

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

## 12 | Samenvattende slotbeschouwing

### 12.1 INLEIDING

De hoofdvraag die in dit onderzoek centraal staat, is welke transparantievereisten bij de verdeling van schaarse bestuursrechtelijke besluiten door Nederlandse bestuursorganen in acht zouden moeten worden genomen, in hoeverre deze vereisten in de Nederlandse bestuursrechtpraktijk al worden nageleefd en, voor zover dat onvoldoende het geval is, hoe deze transparantievereisten dan beter zouden kunnen worden geborgd in het Nederlands bestuursrecht. Op basis van de voorgaande hoofdstukken zal in dit hoofdstuk eerst antwoord worden gegeven op de in hoofdstuk 1 geformuleerde deelvragen en ten slotte op de hoofdvraag.

### 12.2 AFBAKENING: KADER EN TERMINOLOGIE

In dit onderzoek staan twee begrippen centraal, namelijk de 'transparantieplichting' (of het 'transparantiebeginsel') en 'schaarse besluiten' (of 'schaarse rechten'). Voor een goed begrip en de zelfstandige leesbaarheid van deze slotbeschouwing worden deze begrippen hierna kort toegelicht. Voor een uitgebreidere toelichting verwijs ik naar hoofdstuk 2 van dit boek.

#### 12.2.1 Schaarse besluiten

Bij schaarse rechten is het aantal rechten dat verdeeld kan worden beperkt.<sup>1</sup> Deze schaarste kan door bestuursorganen worden gecreëerd door het vaststellen van een 'plafond' dat aangeeft hoeveel toekenningsbesluiten maximaal kunnen worden genomen.<sup>2</sup> Dit onderzoek is beperkt tot het bestuursrecht. Hierdoor staat de toekenning van schaarse rechten bij besluit in de zin van de Awb centraal. Onder 'schaarse besluiten' worden dan alle besluiten verstaan waarbij het aantal (potentiële) aanvragers groter kan zijn dan het aantal be-

---

1 Onderscheid kan gemaakt worden tussen door de natuur of techniek veroorzaakte schaarste en om beleidsmatige redenen, kunstmatig gecreëerde schaarste. Dit onderzoek heeft op beide betrekking.

2 Zie over plafonds ook Van Ommeren 2004, p. 2 en 24 en Wolswinkel 2013, p. 224 e.v.

schikbare toekenningsbesluiten.<sup>3</sup> Schaarse besluiten kunnen dus zowel vergunningen, ontheffingen, concessies als subsidies betreffen. De Awb bevat wel een definitie voor een 'besluit' in artikel 1:3 Awb, maar geen definitie voor een vergunning, ontheffing of concessie. Richtlijn 2004/18/EG bevat wel een definitie voor een opdracht en concessie, maar niet voor een vergunning of subsidie. Bij de beantwoording van de tweede deelvraag (paragraaf 12.4) wordt nader ingegaan op de verschillen tussen een opdracht, concessie, vergunning en subsidie.

Schaarse besluiten worden verdeeld door middel van een verdeelprocedure. Bekende verdeelprocedures zijn een loting, een veiling, een vergelijkende toets (tendersysteem) of verdeling op volgorde van binnenkomst (ook wel 'wie het eerst komt, het eerst maalt' genoemd). Bij al deze verdeelprocedures speelt de transparantieplichting een rol. In alle gevallen is namelijk sprake van een situatie van schaarste waarbij een keuze zal worden gemaakt tussen de diverse aanvragers. Hiervoor zullen de ingediende aanvragen moeten worden gerangschikt. Voor een gelijke behandeling van deze (potentiële) aanvragers is het noodzakelijk dat zij weten welke verdeelmethode gehanteerd zal worden, welke regels er tijdens de procedure zullen worden gehanteerd en welke criteria gelden voor de rangschikking van de aanvragen. Dit zijn allemaal aspecten van de transparantieplichting.

### 12.2.2 De transparantieplichting, het -beginsel en de -vereisten

In dit hoofdstuk wordt onderscheid gemaakt tussen de transparantieplichting, het -beginsel en de -vereisten. De *transparantieplichting* is de hoofdterm die wordt gebruikt voor de, hierna nog uitgebreider omschreven, Unierechtelijke verplichting om elk risico van favoritisme en willekeur uit te bannen door, onder meer, een passende mate van openbaarheid in acht te nemen. De eerste reden hiervoor is dat hiermee aangesloten wordt bij de terminologie van het Hof van Justitie.<sup>4</sup> De tweede reden is dat als een van de deelvragen is óf sprake is van een beginsel, het niet zuiver lijkt om het 'transparantiebeginsel' als hoofdterm te nemen, omdat dit de suggestie wekt dat aan het begin van

---

3 Dit onderzoek heeft betrekking op 'schaarse besluiten'. Zoals gesteld is sprake van schaarste als het aantal toekenningsbesluiten beperkt is. Dit aantal kan één zijn, waardoor een monopolie ontstaat, of een aantal, waardoor een oligopolie ontstaat. Het bij besluit creëren van een monopolie wordt soms ook aangeduid als het verstrekken van een 'alleenrecht', 'uitsluitend recht' of 'exclusief recht'. Het creëren van een oligopolie wordt aangeduid als het verstrekken van een 'bijzonder recht'.

4 Hoewel de terminologie van het Hof van Justitie niet consequent is, kan wel worden geconstateerd dat vaker wordt gesproken over een 'verplichting' dan een 'beginsel'. Zo oordeelde het Hof van Justitie in oktober 2013 dat 'het Unierecht met name het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers of gegadigden en de daaruit voortvloeiende verplichting tot transparantie' toepast (HvJ EU 10 oktober 2013, C-336/12).

het onderzoek al de conclusie vast zou staan dat sprake is van een beginsel, hetgeen niet het geval is. De term *transparantiebeginsel* wordt dus in deze slotbeschouwing uitsluitend gebruikt als ook daadwerkelijk bedoeld wordt op het transparantiebeginsel als zelfstandig algemeen beginsel van behoorlijk bestuur. Ten slotte kan de transparantieplichting (alsmede het transparantiebeginsel) worden geconcretiseerd. Uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie kan een aantal concrete vereisten worden afgeleid. Deze vereisten worden in dit boek aangeduid als *transparantievereisten* en vormen dus onderdeel van de transparantieplichting.

De transparantieplichting die in dit onderzoek centraal staat, is de Unierechtelijke, aanbestedingsrechtelijke transparantieplichting. Volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad<sup>5</sup> en het Hof van Justitie<sup>6</sup> strekt de transparantieplichting in essentie ertoe te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen. Dit betekent in het bijzonder dat aanbestedende diensten bij het begin van een aanbestedingsprocedure een 'passende mate van openbaarheid' moeten betrachten. De transparantieplichting is door de Hoge Raad op 9 mei 2014 als volgt omschreven:

'Uit vaste rechtspraak van het HvJEU (zie onder meer HvJEU 29 april 2004, C-496/99 P, ECLI:NL:XX:2004:BG2419 (Succhi di Frutta), punten 108 en 110) volgt dat de aanbestedende dienst het beginsel van gelijke behandeling moet respecteren. Dit beginsel beoogt de ontwikkeling van een gezonde en daadwerkelijke mededinging tussen de 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.

De aanbestedende dienst dient voorts het transparantiebeginsel in acht te nemen (zie genoemd arrest Succhi di Frutta, punt 111). Dat beginsel 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 de offertes van de inschrijvers beantwoorden aan de criteria die op de betrokken opdracht van toepassing zijn. Deze eisen betreffen mede de door de aanbestedende dienst te hanteren beoordelingssystematiek.<sup>7</sup>

5 O.a. HR 4 november 2005, BR 2006/36, m.nt. H. Nijholt en NJ 2006/204, m.nt. M.R. Mok.

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

7 HR 9 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1078. Vgl. ook HR 7 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9231, TBR 2013/33, m.nt. B.J.H. Blaisse-Verkooyen en ECLI:NL:HR:2012:BW9233. De Hoge Raad gebruikt een identieke formulering om de transparantieplichting te omschrijven, maar voegt hier nog aan toe: 'Een en ander brengt niet alleen mee dat alle aanbieders

Uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie kunnen een drietal doelstellingen en negen verplichtingen die voortvloeien uit de transparantieplichting worden afgeleid. Deze zullen hierna bij de beantwoording van de eerste deelvraag (paragraaf 12.3) worden beschreven.

### 12.2.3 Reikwijdte van de transparantieplichting

Uit jurisprudentie van het Hof van Justitie blijkt dat de transparantieplichting niet alleen uit de aanbestedingsrichtlijnen<sup>8</sup> voortvloeit, maar ook rechtstreeks uit het non-discriminatieverbod zoals dit is neergelegd in het VWEU.<sup>9</sup> Dat de transparantieplichting uit het Unierecht voortvloeit, heeft enerzijds een uitbreiding en anderzijds een beperking van de reikwijdte van het vereiste tot gevolg.

De uitbreiding is erin gelegen dat de werkingssfeer niet beperkt is tot de reikwijdte van de aanbestedingsrichtlijnen, maar ook relevant is bij concessieovereenkomsten, IIB-diensten en opdrachten die de drempelwaarden niet overschrijden. In hoeverre de transparantieplichting toegepast moet worden bij vergunning- en subsidieverlening is minder duidelijk. Om deze reden wordt hierop ingegaan bij de beantwoording van de tweede deelvraag (paragraaf 12.4).

De beperking is gelegen in het feit dat het Unierecht in beginsel niet van toepassing is op zuiver interne situaties.<sup>10</sup> De vraag wanneer sprake is van een zuiver interne situatie mag niet te terughoudend worden beantwoord.<sup>11</sup> Het Hof van Justitie heeft geoordeeld dat de transparantieplichting in acht moet worden genomen wanneer sprake is van een 'duidelijk grensoverschrijdend belang'. Als geen sprake is van een dergelijk duidelijk grensoverschrijdend belang en dus het Unierecht niet van toepassing is, kan 'vrijwillige' adoptie van een Unierechtelijke verplichting plaatsvinden als een lidstaat deze communautaire verplichting een mooie aanvulling acht, of om te voorkomen

---

gelijk worden behandeld, maar ook dat zij in gelijke mate, mede met het oog op een goede controle achteraf, een duidelijk inzicht moeten hebben in de voorwaarden waaronder de aanbesteding plaatsheeft, zoals de selectiecriteria.'

8 Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten en Richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten.

9 Artikel 49 en 56 VWEU, voorheen artikel 43 en 49 EG-Verdrag.

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

11 Zie hierover ook de Conclusie van A-G Bot van 17 december 2009 bij het Betfair-arrest (C-203/08). Vgl. ook HvJ EU 19 juli 2012, C-470/11, AB 2012/324, m.nt. A. Drahmman.

dat in de nationale rechtsorde twee varianten van dezelfde verplichting moeten worden toegepast.<sup>12</sup>

Gelet op de doelstellingen van de transparantieverplichting, waaronder het uitbannen van favoritisme en willekeur en het creëren van eerlijke mededinging door het bieden van gelijke kansen aan alle potentieel geïnteresseerde partijen, is verdedigbaar dat de transparantieverplichting een dergelijke aanvulling van het Nederlandse bestuursrecht zou kunnen zijn. Bovendien vind ik een dergelijke rechtsongelijkheid tussen Unieburgers, zeker als het een norm als de transparantieverplichting betreft die partijen moet beschermen tegen favoritisme en willekeur van de overheid, moeilijk te rechtvaardigen. Dit onderzoek beperkt zich daarom niet tot de vraag wanneer de Unierechtelijke transparantieverplichting in acht *moet* worden genomen, maar omvat ook de vraag of in zuiver interne situaties de in het Unierecht geformuleerde transparantieverplichting al door de bestuursrechter voldoende wordt geborgd door toetsing aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de Awb of dat de transparantieverplichting nog van toegevoegde waarde zou kunnen zijn voor het Nederlandse bestuursrecht. Op deze vraag wordt met name ingegaan in paragraaf 12.5 en 12.6 van deze slotbeschouwing.

#### 12.2.4 De rol van de transparantieverplichting bij de verdeling van schaarse rechten

De transparantieverplichting speelt in het bestuursrecht een rol bij de verdeling van schaarse besluiten, omdat daarbij sprake is van (potentiële) concurrentie, waarbij er meer geïnteresseerden dan beschikbare rechten zijn. In een dergelijke situatie is het mijns inziens vanzelfsprekend dat als er dan toch een situatie van concurrentie (mededinging) wordt gecreëerd, deze mededinging 'eerlijk' moet plaatsvinden, oftewel dat alle potentiële gegadigden gelijke kansen hebben om voor het schaarse besluit in aanmerking te komen. De transparantieverplichting vormt een concretisering van hoe een besluitvormingsprocedure vormgegeven moet worden om die gelijke kansen te kunnen borgen.

De beroepsgronden die in procedures over schaarse besluiten bij de bestuursrechter worden aangevoerd, vertonen overeenkomsten met de gronden die in civiel kort geding worden aangevoerd tegen de gunning van een overheidsopdracht. De civiele rechter toetst daarbij aan de transparantieverplichting en het beginsel van gelijke kansen, terwijl de bestuursrechter toetst aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het zorgvuldigheids- en motive-

---

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

ringsbeginsel. Zo kan uit jurisprudentie van het CBB worden afgeleid dat uit het niet opnemen van verdelingsregels volgens het CBB volgt dat het bestuursorgaan een systeem van verdeling op volgorde van binnenkomst heeft beoogd.<sup>13</sup> Een dergelijk impliciete keuze voor een verdeelsysteem is echter moeilijk te rijmen met de jurisprudentie van het Hof van Justitie die bepaalt dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst moet worden uitgebannen door alle voorwaarden en modaliteiten van de procedure te formuleren op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze. In dit onderzoek wordt daarom onder meer bezien of de transparantieplichting een toegevoegde waarde zou kunnen hebben voor het Nederlandse bestuursrecht. Daarbij is van belang dat volgens vaste jurisprudentie van het CBB aan schaarse besluitvorming, onder meer uit het oogpunt van rechtszekerheid, zware eisen dienen te worden gesteld.<sup>14</sup> Deze zware eisen vertonen vaak opvallende overeenkomsten met de Unierechtelijke transparantieplichting die in dit onderzoek centraal staat. De transparantieplichting kan dan ook wellicht gezien worden als een nadere inkleuring van de door het CBB geformuleerde 'zware eisen'. Op de vraag welke rol de transparantieplichting zou kunnen spelen bij de verdeling van schaarse besluiten in het Nederlands bestuursrecht wordt met name ingegaan in paragraaf 12.5 en 12.6 van deze slotbeschouwing.

### 12.3 DEELVRAAG 1

*Uit jurisprudentie van het Hof van Justitie over aanbestedingsrechtelijke procedures blijkt dat moet worden voldaan aan transparantievereisten. Wat houden deze transparantievereisten in?*

De eerste deelvraag is de vraag welke concrete transparantievereisten door het Hof van Justitie zijn gesteld. Deze deelvraag is – met name – beantwoord in de artikelen/hoofdstukken getiteld 'Op naar een transparant(er) 2012; een overzicht van één jaar transparantierechtspraak' (hoofdstuk 3 en 4 van dit boek) en paragraaf 3 van 'Is de transparantie bij de verdeling van schaarse vergunningen voldoende gewaarborgd?' (hoofdstuk 9 van dit boek).

Hierna zullen eerst de Unierechtelijke transparantievereisten zoals die volgen uit jurisprudentie van het Hof van Justitie worden beschreven en vervolgens een aantal uitspraken van de Nederlandse civiele (kort geding) rechter over de transparantieplichting.

---

13 CBB 28 april 2010, AB 2010/186, m.nt. C.J. Wolswinkel.

14 O.a. CBB 5 december 2012, ECLI:NL:CBB:2012:1, AB 2013/293, m.nt. C.J. Wolswinkel.

### 12.3.1 De Unierechtelijke transparantieplichting zoals die volgt uit jurisprudentie van het Hof van Justitie

Uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie kunnen een drietal doelstellingen die voortvloeien uit de transparantieplichting worden afgeleid. Belangrijk daarbij is dat volgens het Hof van Justitie de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling en de daaruit voortvloeiende transparantieplichting niet een doel op zich vormt, maar moet worden begrepen in het licht van de doelstellingen die met dat beginsel worden nagestreefd.<sup>15</sup> De eerste doelstelling van de transparantieplichting is het openen van de markt voor mededinging.<sup>16</sup> De tweede doelstelling is te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door bestuursorganen wordt uitgebannen.<sup>17</sup> De derde en laatste doelstelling is het verzekeren dat elke geïnteresseerde partij (of elke potentiële aanvrager) kan beslissen een aanvraag in te dienen op basis van het geheel van relevante informatie (ook wel omschreven als het waarborgen van de gelijkheid van kansen).<sup>18</sup>

Daarnaast kan uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie ook een aantal concrete vereisten die voortvloeien uit de transparantieplichting worden afgeleid. Deze jurisprudentie heeft in de meeste gevallen betrekking op geschillen over overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten ('aankoopingsrecht'). Hoewel op de reikwijdte van de transparantieplichting in de volgende paragraaf wordt ingegaan, merk ik hier al op dat er aanknopingspunten zijn om deze vereisten (naar analogie) toe te passen op schaarse besluiten als vergunningen en subsidies. De reden hiervoor is dat er nog weinig jurisprudentie van het Hof van Justitie is over schaarse besluiten, maar in de jurisprudentie die er is, gebruikt het Hof van Justitie identieke terminologie over de betekenis van de transparantieplichting en verwijst het Hof naar eerdere jurisprudentie over overheidsopdrachten.<sup>19</sup>

Op basis van de beschikbare jurisprudentie van het Hof van Justitie heb ik de transparantieplichting onderverdeeld in de volgende negen transparantievereisten.

Ten eerste moet aan elke potentiële aanvrager *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

---

15 HvJ EU 10 oktober 2013, C-336/12.

16 O.a. HvJ EG 7 december 2000, C-324/98.

17 O.a. HvJ EG 29 april 2004, C-496/99.

18 O.a. HvJ EU 16 februari 2012, C-72/10 en C-77/10.

19 O.a. GEU 15 april 2011, T-297/05, AB 2011/285, m.nt. A. Drahmman (over transparante subsidieverlening), HvJ EU 3 juni 2010, C-203/8, AB 2011/17, m.nt. A. Buijze, JB 2010/181, m.nt. C.J. Wolswinkel en NJ 2010/491, m.nt. M.R. Mok en HvJ EU 14 november 2013, C-221/12, NJ 2014/96, m.nt. M.R. Mok, TA 2014/6, m.nt. A. Drahmman en JAAN 2014/3, m.nt. A. Drahmman (beide over transparante vergunningverlening).

criteria.<sup>20</sup> In de Interpretatieve mededeling van de Europese Commissie over de Gemeenschapswetgeving die van toepassing is op het plaatsen van opdrachten die niet of slechts gedeeltelijk onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen (de 'Interpretatieve Mededeling')<sup>21</sup> wordt benadrukt dat een 'selectieve aanpak'<sup>22</sup> alsmede alle vormen van 'passieve publiciteit'<sup>23</sup> in strijd met dit transparantievereiste zijn. Er wordt alleen aan de transparantieverplichting voldaan door de bekendmaking van een 'voldoende toegankelijke aankondiging'.<sup>24</sup>

Ten tweede moeten *alle voorwaarden en modaliteiten* van de verdeelprocedure 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.<sup>25</sup>

---

20 O.a. HvJ EG 25 april 1996, C-87/94 en HvJ EG 7 december 2000, C-324/98.

21 Interpretatieve mededeling van de Europese Commissie over de Gemeenschapswetgeving die van toepassing is op het plaatsen van opdrachten die niet of slechts gedeeltelijk onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen (2006/C 179/02).

22 Hieronder wordt verstaan dat een aanbestedende dienst zelf contact opneemt met een aantal potentiële inschrijvers. Dit is onvoldoende, zelfs als de aanbestedende dienst zich niet tot ondernemingen uit eigen land beperkt of als de dienst probeert alle potentiële leveranciers te bereiken.

23 Hieronder wordt verstaan dat een aanbestedende dienst reageert op verzoeken om informatie van aanvragers die op eigen gelegenheid te weten zijn gekomen dat een opdracht wordt geplaatst.

24 Bestuursorganen mogen zelf besluiten welk medium het meest geschikt is voor de bekendmaking. Hierbij moet volgens de Europese Commissie gekeken worden naar de relevantie van de opdracht voor de interne markt en in het bijzonder naar het onderwerp en de waarde van de opdracht en de gebruikelijke praktijken in de sector. Als voorbeelden voor passende en algemeen gebruikte media geeft de Europese Commissie: (i) Internet, (ii) Staatsbladen, nationale bladen gespecialiseerd in de bekendmaking van overheidsopdrachten, nationale en regionale kranten en vakbladen, (iii) lokale media (weliswaar mogen aanbestedende diensten nog steeds lokale media, zoals plaatselijke kranten, gemeentelijke aankondigingsbladen of zelfs aanplakborden gebruiken, maar omdat deze alleen een bekendmaking op strikt plaatselijk niveau garanderen, is dit alleen geschikt voor speciale gevallen, zoals zeer kleine opdrachten waarvoor alleen een lokale markt bestaat), (iv) Publicatieblad van de Europese Unie/ TED (Tenders Electronic Daily) (Paragraaf 2.1.3 van de Interpretatieve Mededeling van de Commissie over de Gemeenschapswetgeving die van toepassing is op het plaatsen van opdrachten die niet of slechts gedeeltelijk onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen (2006/C 179/02)). De bekendmaking van een schaarse besluitvormingsprocedure kan dan ook beperkt blijven tot een korte beschrijving van de essentiële gegevens van de het schaarse recht, de verdeelprocedure en de contactgegevens van het bestuursorgaan dienst om daar de nadere informatie (onderliggende stukken) op te kunnen vragen.

25 O.a. HvJ EG 29 april 2004, C-496/99, HvJ EU 16 februari 2012, C-72/10 en C-77/10 en HvJ EU 12 september 2013, C-660/11 en C-8/12.

Het derde vereiste is dat *alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende aanvragers de juiste draagwijdte van de gestelde criteria moeten kunnen begrijpen en deze op dezelfde manier interpreteren.*<sup>26</sup>

Ten vierde moet een *uiterste datum voor de ontvangst van de aanvragen* worden gesteld. Hierdoor beschikken alle aanvragers na de bekendmaking van de mogelijkheid om aanvragen in te dienen (de oproep tot mededinging) over evenveel tijd om hun aanvraag voor te bereiden.<sup>27</sup> In de Interpretatieve Mededeling stelt de Europese Commissie dat de termijnen ook passend moeten zijn. De termijnen voor het indienen van een aanvraag moeten lang genoeg zijn om ondernemingen uit andere lidstaten in staat te stellen een zinvolle evaluatie te maken en hun aanvraag voor te bereiden.

Het vijfde transparantievereiste is dat *geen rekening mag worden gehouden met een wijziging in de oorspronkelijke aanvraag van één enkele aanvrager*, omdat deze aanvrager dan wordt bevoordeeld tegenover zijn concurrenten.<sup>28</sup> Wel kan een bestuursorgaan een aanvrager verzoeken de ingediende gegevens gericht te verbeteren of aan te vullen, mits dat verzoek betrekking heeft op gegevens waarvan objectief kan worden vastgesteld dat zij dateren van voor het einde van de indieningstermijn. Als in de verdelingsregels is bepaald dat het ontbrekende stuk of de ontbrekende informatie op straffe van uitsluiting bij de aanvraag moet worden verstrekt, is aanvulling van de aanvraag ook niet meer mogelijk, omdat een bestuursorgaan nauwgezet de door hemzelf vooraf vastgestelde criteria in acht moet nemen. Een dergelijk verzoek mag bovendien niet in het voordeel of nadeel zijn van de gegadigde(n) tot wie dit verzoek is gericht.<sup>29</sup>

Ten zesde moet het bestuursorgaan de *criteria gedurende de gehele procedure op dezelfde wijze uitleggen.*<sup>30</sup>

Ten zevende moeten de *criteria bij de beoordeling van de aanvragen op objectieve en uniforme wijze worden toegepast op alle aanvragers.*<sup>31</sup>

---

26 O.a. HvJ EG18 oktober 2001, C-19/00 en HvJ EG 29 april 2004, C-496/99.

27 O.a. HvJ EG 25 april 1996, C-87/94.

28 O.a. HvJ EG 25 april 1996, C-87/94.

29 HvJ EU 10 oktober 2013, C-336/12. Vgl. ook HvJ EU 29 maart 2012, C-599/10, waarin wordt geoordeeld dat als het een aanbestedende dienst zou worden toegelaten een gegadigde om preciseringen te verzoeken bij een inschrijving die hij onnauwkeurig of niet in overeenstemming met de technische specificaties van het bestek acht, dit een risico zou opleveren dat het zou lijken alsof de aanbestedende dienst, in geval de inschrijving van die gegadigde uiteindelijk zou worden gekozen, over deze inschrijving heimelijk heeft onderhandeld, ten nadele van de andere gegadigden, en in strijd met het beginsel van gelijke behandeling en de transparantieplichting. Bovendien is de aanbestedende dienst in een dergelijke situatie niet verplicht om contact op te nemen met de betrokken gegadigden, aangezien de onduidelijkheid van de inschrijving het gevolg is van een tekortschieten in de zorgvuldigheidsplicht van de gegadigden.

30 O.a. HvJ EG18 oktober 2001, C-19/00.

31 O.a. HvJ EG18 oktober 2001, C-19/00.

Ten achtste moeten verdeelprocedures op *onpartijdigheid kunnen worden getoetst*. Hiervoor is het noodzakelijk dat het schaarse besluit wordt gemotiveerd. Het beginsel van gelijke behandeling omvat een verplichting tot transparantie, opdat de naleving ervan kan worden gecontroleerd.<sup>32</sup>

Het negende en laatste transparantievereiste is dat *wezenlijke wijzigingen van essentiële bepalingen van het schaarse besluit in beginsel niet mogelijk zijn*. 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.<sup>33</sup>

Al deze negen verplichtingen hebben als kenmerk dat zij zorgdragen voor een transparante verdeelprocedure doordat zij bijdragen aan de kenbaarheid en objectiviteit van alle onderdelen van de procedure en daarmee aan de gelijke behandeling van alle potentiële aanvragers in die procedure.

### 12.3.2 De transparantieverplichting zoals die volgt uit jurisprudentie van de Nederlandse civiele (kort geding) rechter

De transparantieverplichting is gecodificeerd in de Aanbestedingswet 2012 (en haar voorganger, het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (Bao)). De Nederlandse civiele (kort geding) rechter heeft de afgelopen jaren dan ook veel uitspraken gedaan over de toepassing van de transparantieverplichting in aanbestedingsrechtelijke geschillen. Hierna zullen een aantal voorbeelden uit het jaar 2012 worden gegeven.<sup>34</sup> Deze uitspraken geven een nadere duiding van de door het Hof van Justitie geformuleerde verplichtingen en de toepassing daarvan in Nederland.

Met betrekking tot de passende mate van openbaarheid is van belang dat als er een tegenstrijdigheid in de bekendmaking staat die geïnteresseerden er mogelijk van heeft weerhouden om in te schrijven, de aanbestedingsprocedure moet worden ingetrokken.<sup>35</sup>

---

32 O.a. HvJ EG 4 december 2003, C-448/01.

33 O.a. HvJ EU 13 april 2010, C-91/08. Vgl. ook HvJ EU 19 juni 2008, C-454/06.

34 Voor het jurisprudentieoverzicht in hoofdstuk 3 en 4 is gezocht is op rechtspraak.nl en curia.europa.eu op alle uitspraken die tussen 1 januari 2012 en 31 december 2012 zijn gepubliceerd en de woorden 'transparantie\*' of 'doorzichtigheid\*' bevatten. Voor deze samenvattende slotbeschouwing is een selectie gemaakt van de mijns inziens meest illustratieve uitspraken over de transparantieverplichting.

35 Rb. Leeuwarden (Vz.) 5 juli 2012, ECLI:NL:RBLEE:2012:BX2163.

Met betrekking tot de duidelijkheid van de gestelde eisen is allereerst van belang dat de civiele rechter voor de uitleg van de eisen uit de aanbestedingsdocumentatie de zogenaamde 'CAO-norm' hanteert. Dit betekent dat eisen worden uitgelegd naar objectieve maatstaven binnen de context van alle aanbestedingsdocumentatie.<sup>36</sup> Een eis waar maar twee partijen aan kunnen voldoen leidt tot een te beperkte toegang tot de opdracht.<sup>37</sup> Als iets niet expliciet uit de aanbestedingsstukken volgt, zal onderzocht moeten worden of datgene op grond van hetgeen in de aanbestedingsdocumenten is vermeld voor een behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver desalniettemin duidelijk diende te zijn.<sup>38</sup> Met (gebrek aan) ervaring van de inschrijvers mag geen rekening worden gehouden.<sup>39</sup> Ook mag geen rekening worden gehouden met eventuele bij de aanbestedende dienst aanwezige kennis over het voldoen aan (bepaalde) eisen door een inschrijver of met kennis en ervaring uit het verleden.<sup>40</sup> Wel kan een rol spelen wat gebruikelijk is in de branche waar de opdrachtverlening betrekking op heeft.<sup>41</sup>

Met betrekking tot de objectiviteit van de gestelde eisen heeft de Voorzieningenrechter van de rechtbank Haarlem geoordeeld dat het beoordelen van een presentatie of een gebruikerstest naar zijn aard subjectief is. Deze criteria kunnen toch deugdelijke criteria zijn, mits deze voldoende verband houden met de uitvoering van de opdracht. Wel speelt daarbij een rol of de beoordeling wordt uitgevoerd door deskundigen.<sup>42</sup>

In het aanbestedingsrecht speelt daarnaast de nota van inlichtingen een grote rol. Als in een kort geding wordt betoogd dat een criterium in strijd is met de transparantieplichting, kan ook van belang zijn of de inschrijver vragen heeft gesteld in de inlichtingenprocedure. Als dit niet het geval is, kan geoordeeld worden dat dit voor risico van de inschrijver komt.<sup>43</sup>

Met betrekking tot de mogelijkheid om de eenmaal gestelde eisen nog te wijzigen, heeft de Voorzieningenrechter van de rechtbank Alkmaar geoordeeld dat het in beginsel niet mogelijk is om kort voor het verstrijken van de inschrijftermijn nog wezenlijke wijzigingen in de aanbestedingsdocumentatie aan te brengen. Een wijziging moet tijdig aan alle potentiële inschrijvers bekend worden gemaakt, zodat zij hun inschrijving hierop kunnen aanpassen. Daarbij kan van belang zijn of het document (bijvoorbeeld de nota van inlichtingen) door alle geïnteresseerden is gedownload.<sup>44</sup>

---

36 O.a. Hof Leeuwarden 20 november 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BY3635, HR 20 februari 2004, NJ 2005/493 en HR 24 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU9889.

37 Rb. Arnhem (Vz.) 2 augustus 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BX7020.

38 Rb. Dordrecht (Vz.) 18 oktober 2012, ECLI:NL:RBDOR:2012:BY0431.

39 Rb. Den Haag (Vz.) 30 augustus 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX6099.

40 Rb. Den Haag (Vz.) 30 augustus 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX6099.

41 Rb. Arnhem (Vz.) 3 februari 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BV6312.

42 Rb. Haarlem (Vz.) 6 maart 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BV7715.

43 O.a. Hof Den Bosch 17 januari 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BV1472.

44 Rb. Alkmaar (Vz.) 23 augustus 2012, ECLI:NL:RBALK:2012:BY1651.

Met betrekking tot de beoordeling van de ingediende inschrijvingen is geoordeeld dat, door bij de beoordeling nieuwe (sub)gunningscriteria te introduceren, in de aanbestedingsstukken genoemde (sub)gunningscriteria te wijzigen of niet vooraf bekendgemaakte wegingsfactoren te hanteren, in strijd is gehandeld met de transparantieplichting.<sup>45</sup> Het duiden en waarden van concrete verschillen tussen inschrijvingen heeft echter niet automatisch het introduceren van nieuwe gunningscriteria tot gevolg. Hiervan is slechts sprake als een inschrijver een bepaalde (concrete) toepassing van de gunningscriteria niet behoefde te verwachten en die (concrete) toepassing van de gunningscriteria – als zij vooraf bekend was geweest – ook tot andere aanbiedingen had geleid.<sup>46</sup> Ook het algemene uitgangspunt dat de aanbestedende dienst bij de beoordeling van de inschrijvingen moet uitgaan van de inschrijvingen zoals die bij het sluiten van de inschrijvingstermijn zijn ontvangen, komt in jurisprudentie aan de orde. Een uitzondering wordt gemaakt voor het verbeteren of aanvullen van inschrijvingen als deze klaarblijkelijk een eenvoudige precisering behoeven, of om kennelijke materiële fouten recht te zetten, mits deze wijziging er niet toe leidt dat in werkelijkheid een nieuwe inschrijving wordt voorgesteld. Ook bij een verzoek van een aanbestedende dienst om een dergelijke nadere toelichting moeten alle inschrijvers gelijk worden behandeld.<sup>47</sup> De mogelijkheid om aanvullende informatie te vragen aan een inschrijver, kan onder omstandigheden ook verplicht zijn, bijvoorbeeld als sprake is van een onduidelijkheid in de aanbestedingsdocumentatie.<sup>48</sup> Voor het beoordelen van de inschrijvingen wordt vaak gebruik gemaakt van beoordelingscommissies, maar er bestaat geen verplichting om externe personen bij het beoordelingsproces te betrekken. De samenstelling van een technische beoordelingscommissie hoeft niet van tevoren bekend te zijn.<sup>49</sup>

Met betrekking tot de motiveringsplicht van de gunningsbeslissing is geoordeeld dat een latere aanvulling van de relevante redenen van de beslissing in beginsel niet mogelijk is. Een nadere toelichting is mogelijk, maar het aanvoeren van nieuwe redenen niet.<sup>50</sup> Er bestaat geen verplichting om informatie beschikbaar te stellen die de commerciële belangen van de inschrijvers zou kunnen schaden.<sup>51</sup>

---

45 Rb. Rotterdam (Vz.) 10 mei 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW5760.

46 Rb. Amsterdam (Vz.) 7 juni 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BW7787 en Rb. Amsterdam (Vz.) 21 februari 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BV8489.

47 Hof Arnhem 7 augustus 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BX4609. Vgl. Rb. Den Haag (Vz.) 13 september 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX7357 en Rb. Arnhem (Vz.) 24 januari 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BV3641.

48 Rb. Utrecht (Vz.) 7 september 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BX6236.

49 Rb. Utrecht (Vz.) 1 augustus 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BX3372 en Rb. Amsterdam (Vz.) 18 augustus 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BR6264.

50 HR 7 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9231, *TBR* 2013/33, m.nt. B.J.H. Blaisse-Verkooyen.

51 Rb. Almelo (Vz.) 4 juni 2012, ECLI:NL:RBALM:2012:BW7664 en ECLI:NL:RBALM:2012:BW7541.

In civiele procedures komt, net als in het bestuursrecht, de beleidsvrijheid van bestuursorganen, alsmede de daaruit voortvloeiende terughoudende toetsing door de rechter, aan de orde. Aanbestedende diensten hebben een grote mate van vrijheid bij het kiezen van de gunningscriteria, de inrichting van een aanbestedingsprocedure, het bepalen van de beoordelingssystematiek en het beoordelen van deze criteria. De voorzieningenrechter toetst terughoudend: behoudens in geval van grove fouten en andere evidente misslagen is het niet aan de voorzieningenrechter om te treden in de beoordeling die het beoordelingsteam van de aanbestedende dienst gegeven heeft aan de inschrijvingen. Bij deze terughoudende toets is van belang of een aanbestedende dienst het beoordelingsproces ten aanzien van objectiviteit en zorgvuldigheid voldoende heeft gewaarborgd, bijvoorbeeld door een (externe) (deskundige) beoordelingscommissie. Deze terughoudendheid past niet als de aanbestedingsstukken moeten worden uitgelegd. Beoordeeld moet worden of de eisen zijn geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze. Als partijen geen (expliciet) beroep doen op de transparantieverplichting wordt niet buiten het geschil getreden als de voorzieningenrechter de rechtsgronden aanvult.<sup>52</sup>

Volgens het Hof van Justitie zijn wezenlijke wijzigingen van essentiële bepalingen van eenmaal gegunde opdrachten in beginsel niet mogelijk.<sup>53</sup> Uit jurisprudentie van de Nederlandse civiele rechter blijkt dat van een wezenlijke wijziging sprake is als: (1) een aanbesteder voorwaarden invoert, die, wanneer zij in de oorspronkelijke aanbestedingsprocedure waren genoemd, zouden hebben geleid tot (a) toelating van andere inschrijvers dan die welke oorspronkelijk waren toegelaten of (b) de keuze voor een andere offerte dan die waarvoor oorspronkelijk was gekozen; (2) een aanbesteder de opdracht in belangrijke mate uitbreidt tot diensten die oorspronkelijk niet waren opgenomen; of (3) een aanbesteder het economisch evenwicht van de overeenkomst wijzigt in het voordeel van de opdrachtnemer op een wijze die door de voorwaarden van oorspronkelijke opdracht niet was bedoeld. Zo kan een alternatieve wijze van uitvoering, ook als deze besteksconform is, een wezenlijke wijziging vormen.<sup>54</sup>

Tot slot is interessant om te bezien welke consequentie de civiele rechter aan een schending van de transparantieverplichting verbindt. Allereerst is het

---

52 Rb. Amsterdam (Vz.) 7 juni 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BW7787, Rb. Den Haag (Vz.) 16 oktober 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BY5239, Hof Arnhem 30 oktober 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BY2248.

53 O.a. HvJ EU 13 april 2010, C-91/08 (Wall). Vgl. ook HvJ EU 19 juni 2008, C-454/06 (Presse-text Nachrichtenagentur).

54 O.a. Rb. Amsterdam (Vz.) 21 september 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX9050, Rb. Amsterdam (Vz.) 1 juni 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX3758 en Rb. Den Haag 3 oktober 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BY0155.

mogelijk dat een vordering tot heraanbesteding wordt toegewezen.<sup>55</sup> In plaats van een heraanbesteding kan soms een herbeoordeling van de ingediende inschrijvingen afdoende zijn.<sup>56</sup> Ook kan een bevel tot gunning worden gegeven, maar dit is alleen mogelijk als duidelijk is aan wie de opdracht gegund moet worden en komt daarom niet vaak voor.<sup>57</sup> Ook vervangende schadevergoeding behoort tot de mogelijkheden.<sup>58</sup>

### 12.3.3 Conclusie

Op basis van het voorgaande kan de vraag worden beantwoord wat de door het Hof van Justitie geïntroduceerde transparantievereisten inhouden.

Twee belangrijke uitgangspunten zijn dat transparantievereisten waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door bestuursorganen wordt uitgebannen en dat transparantievereisten moeten verzekeren dat elke potentiële aanvrager kan beslissen een aanvraag in te dienen op basis van het geheel van relevante informatie. Deze uitgangspunten kunnen worden gerealiseerd door diverse vormen van openbaarheid. Deze transparantievereisten gelden zowel voor, tijdens als na de verdeelprocedure.

Vóór de verdeelprocedure moeten alle voorwaarden en modaliteiten van de verdeelprocedure vooraf worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze. 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, zodat alle aanvragers over evenveel tijd beschikken om hun aanvraag voor te bereiden.

Tijdens de verdeelprocedure moet het bestuursorgaan in staat zijn om na te gaan of de aanvragen beantwoorden aan de (vooraf) gestelde criteria. Geen rekening mag worden gehouden met een wijziging in de oorspronkelijke

---

55 Als deze vordering wordt toegewezen, dan zal de aanbestedende dienst de aanbestedingsprocedure helemaal opnieuw moeten organiseren. Rb. Rotterdam (Vz.) 10 mei 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW5760, Rb. Den Haag (Vz.) 24 januari 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BV1636 en ECLI:NL:RBSGR:2012:BV1638, Rb. Haarlem (Vz.) 14 juni 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BX0160, Rb. Maastricht (Vz.) 27 februari 2012, ECLI:NL:RBMAA:2012:BV7037 en Rb. Zutphen (Vz.) 1 maart 2012, ECLI:NL:RBZUT:2012:BW5058.

56 O.a. Rb. Den Haag (Vz.) 17 februari 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BV8342.

57 Bij een dergelijk bevel moet de aanbestedende dienst de opdracht gunnen aan (en de bijbehorende overeenkomst sluiten met) één bepaalde partij (de eisende partij en dus niet de partij aan voorlopige gunning was gericht). O.a. Rb. Leeuwarden (Vz.) 3 oktober 2012, ECLI:NL:RBLEE:2012:BX9015, Rb. Den Haag (Vz.) 25 juli 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX3356, Rb. Den Haag (Vz.) 13 november 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BY5065, Rb. Arnhem (Vz.) 3 februari 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BV6312 en Hof Arnhem 9 oktober 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BX9806.

58 Rb. Amsterdam (Vz.) 29 mei 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX1677 en Rb. Utrecht 14 november 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BY5823.

aanvraag van één enkele aanvrager. 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.

Ten slotte moet, na de verdeelprocedure, de procedure op onpartijdigheid kunnen worden getoetst door een motivering van het besluit. Wezenlijke wijzigingen van essentiële bepalingen van het schaarse besluit zijn in beginsel niet mogelijk.

Indien de transparantieverplichting in acht wordt genomen, hebben alle (potentiële) aanvragers dezelfde kansen om voor het schaarse recht in aanmerking te komen, waardoor de relevante markt voor mededinging is geopend en het beoogde doel van de transparantieverplichting wordt bereikt.

#### 12.4 DEELVRAAG 2

*Wat is de reikwijdte van de door het Hof van Justitie geïntroduceerde transparantieverplichting?*

Deze deelvraag is – met name – beantwoord in de artikelen/hoofdstukken getiteld 'Transparantie en mededinging in het Nederlandse bestuursrecht: van opdrachten, via concessies naar vergunningen' (hoofdstuk 5 van dit boek), 'Uitdijning van de werking van het transparantiebeginsel: van concessies naar vergunningen?' (hoofdstuk 6 van dit boek) en 'Is het strikte onderscheid tussen subsidie- en opdrachtverlening nog houdbaar?' (hoofdstuk 7 van dit boek). In het artikel/hoofdstuk getiteld 'De betekenis van het transparantiebeginsel voor het omgevingsrecht' (hoofdstuk 10 van dit boek) is bezien in hoeverre de transparantieverplichting zou kunnen worden toegepast in het omgevingsrecht. Hierna zullen de belangrijkste bevindingen uit deze hoofdstukken worden beschreven. Daarnaast zal ingegaan worden op enkele recente ontwikkelingen, zoals het vaststellen van nieuwe richtlijnen door het Europees Parlement. Deze ontwikkelingen zijn niet beschreven in voornoemde artikelen/hoofdstukken.

Eerst zal de reikwijdte van de Unierechtelijke transparantieverplichting kort worden beschreven. Vervolgens zal ingegaan worden op twee grijze gebieden bij het bepalen van de reikwijdte van de transparantieverplichting, namelijk het onderscheid tussen een vergunning en een concessie en het onderscheid tussen een subsidie en een opdracht. Ten slotte zal worden ingegaan op de vraag hoe de reikwijdte van de transparantieverplichting zou kunnen – en wellicht moeten – worden uitgebreid.

### 12.4.1 Reikwijdte van de Unierechtelijke transparantieplichting

De Unierechtelijke, aanbestedingsrechtelijke transparantieplichting moet blijkens jurisprudentie van het Hof van Justitie in acht worden genomen bij: (i) het verstrekken van een opdracht die valt binnen de werkingssfeer van Richtlijn 2004/18/EG; (ii) het verlenen van een concessie voor diensten; (iii) IIB-diensten; (iv) het verstrekken van een opdracht die de drempelwaarden van Richtlijn 2004/18/EG niet overschrijdt; (v) het verlenen van een vergunning aan een of enkele ondernemers 'aangezien de gevolgen van een dergelijke vergunning jegens in andere lidstaten gevestigde ondernemingen, die mogelijk geïnteresseerd zouden zijn in het verrichten van deze activiteit, dezelfde zijn als die van een concessieovereenkomst voor diensten' en (vi) Europese subsidies.<sup>59</sup> Deze zes categorieën zullen hierna kort worden toegelicht.

Achtereenvolgens zal worden ingegaan op Richtlijn 2004/18/EG en het non-discriminatieverbod (A), de Aanbestedingswet 2012 (B), de nieuwe richtlijnen 2014/23/EU en 2014/24/EU (C), Richtlijn 2006/123/EG (D), vergunningverlening (E), Europese subsidies (F), het onderscheid tussen werken, leveringen en diensten (G), het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (H), de Europese wet bestuursrecht (I) en de werkingssfeer van het Unierecht (J).

#### A) *Richtlijn 2004/18/EG en het non-discriminatieverbod*

Op grond van artikel 2 van Richtlijn 2004/18/EG<sup>60</sup> behandelen aanbestedende diensten ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze en betrachten zij transparantie in hun handelen.<sup>61</sup> De Richtlijn is van toepassing op overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten boven een bepaalde drempelwaarde. Buiten twijfel is dus dat deze transparantieplichting, sinds de implementatie van de Richtlijn in Nederland, in acht moet worden genomen bij deze opdrachtverstrekking.

Het toepassingsbereik van de Richtlijn is, naast de al genoemde drempelwaarde, echter op bepaalde onderdelen beperkt. Allereerst is de Richtlijn niet van toepassing op concessieovereenkomsten voor diensten. Ten tweede is de Richtlijn niet van toepassing op bepaalde in de bijlage bij de Richtlijn genoem-

59 Volledigheidshalve wijs ik in dit verband nog op de 'private aanbesteding'. Bij een private aanbesteding besluit een private partij vrijwillig om een 'aanbesteding' te organiseren. Hij kan daarbij besluiten ook het transparantiebeginsel in acht te nemen (o.a. HR 3 mei 2013, TBR 2013/118, m.nt. B.J.H. Blaisse-Verkooyen).

60 Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten.

61 Daarnaast is ook van belang Richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten.

de diensten. Het Hof van Justitie heeft echter geoordeeld dat de transparantie-verplichting ook hier in acht moet worden genomen, omdat de transparantie-verplichting rechtstreeks voortvloeit uit het non-discriminatieverbod zoals dit is neergelegd in het VWEU.<sup>62</sup> De transparantieplichting behoort daarmee tot het primaire Unierecht.<sup>63</sup>

B) *Aanbestedingswet 2012*

Richtlijn 2014/18/EG was in Nederland eerst in het Bao<sup>64</sup> geïmplementeerd en sinds 1 april 2013 in de Aanbestedingswet 2012.<sup>65</sup> De Aanbestedingswet bepaalt dat bij zowel Europese aanbestedingen als nationale aanbestedingen een aanbestedende dienst transparant moet handelen.<sup>66</sup> Ook voor opdrachten die binnen het toepassingsbereik van de Aanbestedingswet 2012 vallen, staat dus buiten twijfel dat de transparantieplichting in acht moet worden genomen.

C) *Nieuwe richtlijnen: Richtlijn 2014/23/EU en Richtlijn 2014/24/EU*

Op 28 maart 2014 zijn nieuwe richtlijnen in het Publicatieblad van de Europese Unie gepubliceerd. Naast een nieuwe richtlijn voor overheidsopdrachten is er ook een richtlijn voor concessieovereenkomsten vastgesteld.<sup>67</sup> Nederland zal deze richtlijnen uiterlijk op 18 april 2016 moeten implementeren.

---

62 De artikelen 49 en 56 VWEU, voorheen de artikelen 43 en 49 EG-Verdrag. Voor concessies heeft het Hof van Justitie dit geoordeeld in o.a. HvJ EG 7 december 2000, C-324/98, NJ 2001/387 (Telaustia) en HvJ EG 21 juli 2005, C-231/03 (Coname); voor IIB-diensten in o.a. HvJ EG 13 november 2007, C-507/03, NJ 2008/101, m.nt. M.R. Mok (An Post) en HvJ EU 18 november 2010, C-226/09 (Commissie/Ierland) en voor opdrachten die de drempelwaarden niet overschrijden in o.a. HvJ EG 21 februari 2008, C-412/04, BR 2008/111, m.nt. P.H.L.M. Kuypers (Commissie/Italië), HvJ EG 18 december 2007, C-220/06, NJ 2008/281 (Correos).

63 De Europese Commissie heeft hierover een Interpretatieve Mededeling vastgesteld (Interpretatieve Mededeling van de Commissie over de Gemeenschapswetgeving die van toepassing is op het plaatsen van opdrachten die niet of slechts gedeeltelijk onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen, 2006/C179/02).

64 Stb. 2005, 408.

65 Stb. 2012, 542.

66 Artikel 1.9 en 1.12 Aanbestedingswet 2012. De bepaling voor 'nationale aanbestedingen' geldt voor aanbestedende diensten waarop de afdeling over Europese aanbestedingen (op grond van artikel 1.7) niet van toepassing is en die uit eigen beweging een aankondiging hebben bekendgemaakt.

67 Daarnaast is ook nog vastgesteld Richtlijn 2014/25/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten en houdende intrekking van Richtlijn 2004/17/EG.

Richtlijn 2014/24/EU betreft het plaatsen van overheidsopdrachten.<sup>68</sup> Artikel 18 omschrijft de aanbestedingsbeginselen. Het eerste lid bepaalt dat aanbestedende diensten ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze behandelen en op een transparante en proportionele wijze handelen. Richtlijn 2014/23/EU betreft het plaatsen van concessieovereenkomsten.<sup>69</sup> De transparantieplichting is neergelegd in artikel 3 van de Richtlijn.

Voor de reikwijdte en betekenis van de transparantieplichting zullen de nieuwe Richtlijnen naar verwachting geen gevolgen hebben. Zowel in de huidige als in de nieuwe richtlijnen voor het verstrekken van opdrachten wordt de transparantieplichting immers gecodificeerd. Voor het verlenen van dienstenconcessies zal de ongeschreven, door het Hof van Justitie geïntroduceerde, transparantieplichting worden gecodificeerd in de Concessierichtlijn.

D) *Richtlijn 2006/123/EG*

Richtlijn 2006/123/EG, beter bekend als de Dienstenrichtlijn, heeft als doel het vrij verkeer van diensten te vergemakkelijken.<sup>70</sup>

De Dienstenrichtlijn bevat verplichtingen voor 'vergunningstelsels'.<sup>71</sup> Het aantal beschikbare vergunningen in de zin van de Dienstenrichtlijn kan beperkt (schaars) zijn, maar dit hoeft niet. Voor de reikwijdte van de transparantieplichting zijn de artikelen 10 en 12 van belang. Artikel 10 van de Dienstenrichtlijn bepaalt dat vergunningstelsels moeten zijn gebaseerd op criteria die beletten dat de bevoegde instanties hun beoordelingsbevoegdheid op willekeurige wijze uitoefenen. Deze criteria moeten onder meer 'transparant en toegankelijk' zijn. Artikel 12 van de Dienstenrichtlijn bepaalt dat, als het aantal beschikbare vergunningen voor een activiteit beperkt is wegens een schaarste aan natuurlijke hulpbronnen of technische mogelijkheden, een selectieprocedure moet worden vastgesteld. Dat betekent dat bestuursorganen een selectie uit de gegadigden moeten maken 'volgens een selectieprocedure die alle waarborgen voor onpartijdigheid en transparantie biedt, met inbegrip van met name een toereikende bekendmaking van de opening, uitvoering en afsluiting van de procedure.'

---

68 Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG (L 94/65).

69 Richtlijn 2014/23/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten (L 94/1).

70 Zie uitgebreid over de Dienstenwet: Wolswinkel, *SEW* 2009/120, Wolswinkel, *REALaw* 2009, p. 61-104 en Buijze 2013, p. 199-200 en 207-208.

71 Onder een 'vergunningstelsel' wordt verstaan: 'elke procedure die voor een dienstverrichter of afnemer de verplichting inhoudt bij een bevoegde instantie stappen te ondernemen ter verkrijging van een formele of stilzwijgende beslissing over de toegang tot of de uitoefening van een dienstenactiviteit' (artikel 4 van de Dienstenrichtlijn).

De richtlijn heeft echter een beperkte reikwijdte. Ten eerste is de richtlijn uitsluitend van toepassing op het verrichten van diensten.<sup>72</sup> De Dienstenrichtlijn heeft geen betrekking op het vrije verkeer van goederen. De Afdeling heeft geoordeeld over een bestemmingsplan over detailhandel in supermarkten dat de verrichte economische activiteiten geen diensten vormen in de zin van de Dienstenrichtlijn, omdat de vrijheid van diensten in dit geval ondergeschikt is aan het vrije verkeer van goederen.<sup>73</sup> Ten tweede is de verplichting om een transparante selectieprocedure te volgen op grond van deze richtlijn, beperkt tot schaarste aan natuurlijke hulpbronnen of technische mogelijkheden.<sup>74</sup> Kunstmatige, om beleidsredenen geïntroduceerde, schaarse vergunningstelsels vallen dus niet onder deze bepaling. Ten slotte is van belang dat de richtlijn alleen van toepassing is op eisen met betrekking tot de toegang tot of de uitoefening van een dienstenactiviteit. Dit heeft tot gevolg dat de richtlijn niet van toepassing is op voorschriften inzake ruimtelijke ordening en stedenbouw.<sup>75</sup> Volgens vaste jurisprudentie van de Afdeling is de Dienstenrichtlijn daarom niet van toepassing op bestemmingsplannen.<sup>76</sup>

Als de Dienstenrichtlijn niet van toepassing is, hoeft dit mijns inziens niet te betekenen dat de transparantieplichting niet van belang kan zijn bij vergunningverlening. In dat geval kan, zoals bijvoorbeeld in het *Betfair*-arrest het geval was, de transparantieplichting direct uit het VWEU voortvloeien.

#### E) Vergunningverlening

Vergunningverlening valt buiten de reikwijdte van Richtlijn 2004/18/EG (en vaak ook Richtlijn 2006/123/EG), maar uit jurisprudentie van het Hof van Justitie blijkt dat bij sommige vergunningstelsels de fundamentele regels van het VWEU, waaronder de transparantieplichting, in acht moeten worden genomen. Het betreft dan het verlenen van een vergunning aan een of enkele ondernemers 'aangezien de gevolgen van een dergelijke vergunning jegens in andere lidstaten gevestigde ondernemingen, die mogelijk geïnteresseerd

---

72 Een 'dienst' in de Dienstenrichtlijn gedefinieerd als 'elke economische activiteit, anders dan in loondienst, die gewoonlijk tegen vergoeding geschiedt, zoals bedoeld in artikel 50 van het Verdrag' (artikel 4, aanhef en onder 1, van Richtlijn 2006/123/EG). Artikel 50 van het EG-Verdrag is thans artikel 57 VWEU. Het artikel bepaalt dat, in de zin van de Verdragen, als diensten worden beschouwd 'de dienstverrichtingen welke gewoonlijk tegen vergoeding geschieden, voor zover de bepalingen, betreffende het vrije verkeer van goederen, kapitaal en personen op deze dienstverrichtingen niet van toepassing zijn. De diensten omvatten met name werkzaamheden: a) van industriële aard, b) van commerciële aard, c) van het ambacht, d) van de vrije beroepen.'

73 O.a. ABRvS 25 juni 2014, *TBR* 2014/133, m.nt. J.C. van Oosten en I.L. Haverkate.

74 Artikel 12 van de Dienstenrichtlijn.

75 Overweging 9 van de Dienstenrichtlijn.

76 O.a. ABRvS 19 januari 2011, *AB* 2011/86, m.nt. A.G.A. Nijmeijer, ABRvS 2 mei 2012, *AB* 2012/153, m.nt. A.G.A. Nijmeijer.

zouden zijn in het verrichten van deze activiteit, dezelfde zijn als die van een concessieovereenkomst voor diensten'.<sup>77</sup>

F) *Europese subsidies*

Ook subsidieverlening valt buiten de reikwijdte van Richtlijn 2004/18/EG, maar dat betekent niet dat de transparantieplichting niet in acht hoeft te worden genomen. Bij Europese subsidieverlening waarop Verordening (EG, Euratom) nr. 966/2012<sup>78</sup> – de opvolger van het Financieel Reglement<sup>79</sup> – van toepassing is, moet de toekenning van subsidies met inachtneming van de transparantieplichting en het beginsel van gelijke behandeling geschieden.<sup>80</sup>

Het Gerecht van de Europese Unie heeft een oordeel moeten geven over een procedure waarin niet dit Financieel Reglement van toepassing was, maar een eerdere versie waarin deze beginselen nog niet uitdrukkelijk werden genoemd. Het Gerecht oordeelt dat, gelet op het fundamentele belang van de transparantieplichting en het beginsel van gelijke behandeling, deze beginselen mutatis mutandis van toepassing zijn op deze procedure voor de toekenning van subsidies ten laste van de gemeenschapsbegroting.<sup>81</sup>

---

77 HvJ EU 3 juni 2010, C-203/8, AB 2011/17, m.nt. A. Buijze, JB 2010/181, m.nt. C.J. Wolswinkel en NJ 2010/491, m.nt. M.R. Mok (Betfair).

78 Artikel 125 van Verordening (EG, Euratom) nr. 966/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2012 tot vaststelling van de financiële regels van toepassing op de algemene begroting van de Unie en tot intrekking van Verordening (EG, Euratom) nr. 1605/2002.

79 Verordening (EG, Euratom) nr. 1605/2002.

80 Zie over de toepassing van de transparantieplichting in het Europees subsidie recht ook: Van den Brink 2012, p. 172-179 en 354-363.

81 Het Gerecht omschrijft de transparantieplichting voor subsidieverstrekking vervolgens op vrijwel identieke wijze als het Hof van Justitie dat doet in aanbestedingsrechtprocedures: 'Op begrotingsgebied heeft de verplichting tot doorzichtigheid, als het logische uitvloeisel van het beginsel van gelijke behandeling, immers in essentie tot doel te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de begrotingsautoriteit wordt uitgebannen. Deze verplichting impliceert dat alle voorwaarden en modaliteiten van de toekenningsprocedure op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze in de uitnodiging tot het indienen van voorstellen worden geformuleerd. Alle informatie die relevant is voor een goed begrip van de uitnodiging tot het indienen van voorstellen moet dus zo snel mogelijk ter beschikking worden gesteld van alle marktdeelnemers die er potentieel een belang bij hebben om deel te nemen aan een procedure voor de toekenning van subsidies, opdat, enerzijds, alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende aanvragers de juiste draagwijdte ervan kunnen begrijpen en zij deze op dezelfde manier kunnen interpreteren, en, anderzijds, de begrotingsautoriteit in staat is om metterdaad na te gaan of de voorgestelde projecten beantwoorden aan de vooraf bekendgemaakte selectie- en toekenningscriteria' (GEU 15 april 2011, T-297/05, AB 2011/285, m.nt. A. Drahmman).

G) *Werken, leveringen en diensten: Richtlijn 2004/18/EG en Richtlijn 2006/123/EG*

In de Aanbestedingsrichtlijn (Richtlijn 2004/18/EG) en Dienstenrichtlijn (Richtlijn 2006/123/EG) wordt onderscheid gemaakt tussen werken, leveringen en (een beperkt aantal) diensten. De Aanbestedingsrichtlijn is niet van toepassing op concessieovereenkomsten voor diensten. Bovendien bevat de richtlijn verschillende drempelwaarden voor werken, leveringen en diensten. Voor de vraag of een aanbestedingsprocedure die voldoet aan de eisen van deze richtlijn moet worden gevolgd, is dus van belang of sprake is van een werk, levering of dienst. De Dienstenrichtlijn heeft eveneens betrekking op het verrichten van diensten, maar uitsluitend binnen de werkingssfeer van de richtlijn.<sup>82</sup> Indien de Aanbestedings- en Dienstenrichtlijn niet van toepassing zijn, kan de transparantieplichting niet op deze richtlijnen worden gebaseerd. In dat geval moet teruggevallen worden op het non-discriminatieverbod zoals dit is neergelegd in het VWEU.<sup>83</sup>

Schematisch kan dit als volgt worden weergegeven:

	Werk <sup>a</sup>	Levering <sup>b</sup>	Dienst <sup>c</sup>
Opdracht	Art. 2 Richtlijn 2004/18/EG met aanvullende werking VWEU	Art. 2 Richtlijn 2004/18/EG met aanvullende werking VWEU	Art. 2 Richtlijn 2004/18/EG met aanvullende werking VWEU
Concessie	Art. 2 Richtlijn 2004/18/EG met aanvullende werking VWEU	Art. 2 Richtlijn 2004/18/EG met aanvullende werking VWEU	VWEU
Vergunning	VWEU	VWEU	Art. 10 en 12 Dienstenrichtlijn met aanvullende werking VWEU
Europese subsidie	Verordening nr. 966/2012 met aanvullende werking VWEU	Verordening nr. 966/2012 met aanvullende werking VWEU	Verordening nr. 966/2012 met aanvullende werking VWEU

- a Een 'werk' is 'het product van een geheel van bouwkundige of civieltechnische werken dat ertoe bestemd is als zodanig een economische of technische functie te vervullen' (artikel 1 lid 2, onder b, van Richtlijn 2004/18/EG).
- b Een 'levering' heeft betrekking op de aankoop, leasing, huur of huurkoop, met of zonder koopoptie, van producten (artikel 1 lid 2, onder c, van Richtlijn 2004/18/EG).
- c 'Overheidsopdrachten voor diensten' zijn andere overheidsopdrachten dan overheidsopdrachten voor werken of leveringen, die betrekking hebben op het verrichten van de in bijlage II van richtlijn 2004/18/EG bedoelde diensten (artikel 1 lid 2, onder b-d, van

82 Artikel 2 van Richtlijn 2006/123/EG.

83 Artikel 49 en 56 VWEU, voorheen artikel 43 en 49 EG-Verdrag.

Richtlijn 2004/18/EG). Daarnaast is een 'dienst' in de Dienstenrichtlijn gedefinieerd als 'elke economische activiteit, anders dan in loondienst, die gewoonlijk tegen vergoeding geschiedt, zoals bedoeld in artikel 50 van het Verdrag' (artikel 4, aanhef en onder 1, van Richtlijn 2006/123/EG). Artikel 50 van het EG-Verdrag is thans artikel 57 VWEU. Het artikel bepaalt dat, in de zin van de Verdragen, als diensten worden beschouwd 'de dienstverrichtingen welke gewoonlijk tegen vergoeding geschieden, voor zover de bepalingen, betreffende het vrije verkeer van goederen, kapitaal en personen op deze dienstverrichtingen niet van toepassing zijn. De diensten omvatten met name werkzaamheden: a) van industriële aard, b) van commerciële aard, c) van het ambacht, d) van de vrije beroepen.'

H) *Handvest van de grondrechten van de Europese Unie*

De transparantieplichting (zoals dat centraal staat in dit onderzoek) is niet (expliciet) in het Handvest opgenomen.<sup>84</sup> Wel is in artikel 21 het non-discriminatieverbod opgenomen. Op grond van het tweede lid van dit artikel is, binnen de werkingssfeer van de Verdragen en onverminderd de bijzondere bepalingen ervan, iedere discriminatie op grond van nationaliteit verboden. Dit is in lijn met de vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie dat de transparantieplichting rechtstreeks voortvloeit uit het non-discriminatieverbod zoals dit is neergelegd in het VWEU.<sup>85</sup>

I) *Naar een Europese wet bestuursprocesrecht?*

Het Research Network on EU Administrative Law, ReNEUAL heeft in de periode 2009-2014 gewerkt aan 'ReNEUAL Model Rules on EU Administrative Procedure'. Met deze Model Rules wordt beoogd om de algemene beginselen van het Unierecht te versterken en om best practices te formuleren. In Boek IV (Contracts) is in hoofdstuk 2, paragraaf 3 een 'Competitive award procedure' opgenomen. In deze paragraaf is onder meer een verplichting tot 'prior advertising' opgenomen. Artikel IV-16 (Equal treatment) bevat een algemene verplichting om transparantie en gelijke behandeling te garanderen gedurende de procedure. Book III betreft 'Single Case Decision-Making', oftewel het verlenen van beschikkingen. In hoofdstuk 2 (artikel II-6.4) wordt de 'Competitive award procedure' van overeenkomstige toepassing verklaard op aanvraagprocedures waarbij het aantal aanvragen dat toegewezen kan worden, beperkt is. De Model Rules hebben geen juridische status. Op 15 januari 2013 heeft het Europees Parlement een resolutie aangenomen waarin het de Commissie verzoekt om een voorstel in te dienen voor een verordening houdende een Europese wet bestuursprocesrecht.<sup>86</sup> Het is de vraag of een deel van Model

84 Indien de transparantieplichting in een andere, ruimere betekenis wordt gehanteerd, dan zijn het recht op inzage van documenten (artikel 42) en het recht op behoorlijk bestuur (artikel 41) relevant.

85 O.a. HvJ EU 13 april 2010, C-91/08, NJ 2010/367 (Wall AG/ Stadt Frankfurt am Main).

86 Resolutie van het Europees Parlement van 15 januari 2013 met aanbevelingen aan de Commissie betreffende het bestuursprocesrecht van de Europese Unie (2012/2024(INI)).

Rules ook in deze Europese wet bestuursprocesrecht terecht zal komen. Van Ommeren en Wolswinkel noemen de Model Rules een bron van inspiratie voor het Nederlandse bestuursrecht en wijzen daarbij onder meer op de regeling voor de verdeling van schaarse publieke rechten die van toepassing is ongeacht of de verdeelprocedure resulteert in een overeenkomst of een beschikking. Zij verwachten dat de Model Rules een uitstralingseffect zullen hebben op het recht van de lidstaten, omdat het op termijn niet meer goed te rechtvaardigen valt waarom EU-autoriteiten aan wezenlijk andere voorschriften gebonden zouden zijn dan nationale autoriteiten.<sup>87</sup> Een dergelijk uitstralingseffect zou ik een goede ontwikkeling vinden.

J) *De werkingssfeer van het Unierecht: zuiver interne situaties*

Dat de reikwijdte van de transparantieplichting niet is beperkt tot de werkingssfeer van Richtlijn 2004/18/EG komt doordat het Hof van Justitie heeft geoordeeld dat de transparantieplichting rechtstreeks voortvloeit uit het non-discriminatieverbod zoals dit is neergelegd in het VWEU.<sup>88</sup> De transparantieplichting behoort daarmee tot het primaire Unierecht.<sup>89</sup> De reikwijdte van de Unierechtelijke transparantieplichting is beperkt tot de werkingssfeer van het Unierecht. De verdragsbepalingen inzake het vrij verkeer van diensten zijn niet van toepassing bij 'zuiver interne situaties'.<sup>90</sup> De vraag wanneer sprake is van een zuiver interne situatie mag niet te terughoudend worden beantwoord.<sup>91</sup> Met betrekking tot de Unierechtelijke transparantieplichting heeft het Hof van Justitie bovendien geoordeeld dat 'de fundamentele regels van het VWEU en het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit, het beginsel van gelijke behandeling en de hieruit voortvloeiende transparantieplichting' in acht moeten worden genomen wanneer sprake is van een opdracht of concessie met een 'duidelijk grensoverschrijdend belang'. Dit duidelijke grensoverschrijdende belang 'kan met name voortvloeien uit het economische belang van de geplande overeenkomst, de plaats van uitvoering ervan (...) of uit de technische kenmerken ervan'. Voor het bestaan van een duidelijk grensoverschrijdend belang is niet vereist dat een marktdeelnemer daadwerkelijk belangstelling heeft geuit. Door een gebrek aan transparantie hebben de marktdeelnemers uit andere lidstaten immers geen reële mogelijk-

---

87 Van Ommeren en Wolswinkel, *NTB* 2014/23. Zie over de ReNEUAL Model Rules ook Addink, *NTB* 2014/24.

88 De artikelen 49 en 56 VWEU, voorheen de artikelen 43 en 49 EG-Verdrag.

89 De Europese Commissie heeft hierover een Interpretatieve Mededeling vastgesteld (Interpretatieve Mededeling van de Commissie over de Gemeenschapswetgeving die van toepassing is op het plaatsen van opdrachten die niet of slechts gedeeltelijk onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen, 2006/C179/02).

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

91 Zie hierover ook de Conclusie van A-G Bot van 17 december 2009 bij het Betfair-arrest (C-203/08). Vgl. ook HvJ EU 19 juli 2012, C-470/11, AB 2012/324, m.nt. A. Drahmman.

heid gehad om hun belangstelling te uiten. Zodra vaststaat dat sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang, geldt de transparantieplichting bovendien ten aanzien van elke potentiële inschrijver, ook al is deze gevestigd in dezelfde lidstaat als de instantie.<sup>92</sup> Het Hof van Justitie acht dus van belang of sprake is van een potentiële handelsbelemmering, terwijl Nederlandse rechters uitsluitend de feitelijke verhoudingen in de procedure in aanmerking lijken te nemen.<sup>93</sup>

K) *Grijs gebied?*

Op basis van het voorgaande zou geconcludeerd kunnen worden dat de reikwijdte van de transparantieplichting redelijk is uitgekristalliseerd. Maar zoals vrijwel altijd in het recht, zijn er grijze gebieden aan te wijzen. Ten eerste is er een grijs gebied tussen een vergunning en een concessieovereenkomst voor diensten. Ten tweede is er een grijs gebied tussen een subsidie en een opdracht. Hierna zal, in de paragrafen 12.4.2 en 12.4.3, uitgebreider ingegaan worden op het onderscheid tussen deze rechtsfiguren.

#### 12.4.2 Grijs gebied 1: de vergunning en de concessie

Bij een concessie bestaat de tegenprestatie voor de te verlenen diensten uit de verlening van een recht. Ook bij een schaars besluit wordt een recht verleend. Zo wordt het verbod om kansspelen aan te bieden, doorbroken door aan één of enkele partijen een exploitatierecht te verlenen.

Uit het *Betfair*-arrest volgt dat de transparantieplichting bij vergunningverlening in acht moet worden genomen als sprake is van vergunningverlening aan een of enkele ondernemers, waarbij 'de gevolgen van een dergelijke vergunning jegens in andere lidstaten gevestigde ondernemingen, die mogelijk geïnteresseerd zouden zijn in het verrichten van deze activiteit, dezelfde zijn als die van een concessieovereenkomst voor diensten'.<sup>94</sup>

Uit dit arrest blijkt dat het Hof van Justitie niet kijkt naar de vorm van overheidsoptreden (opdracht, concessie of vergunning), maar naar het effect

---

92 HvJ EU 14 november 2013, C-221/12, *TA* 2014/6, m.nt. A. Drahmman en *NJ* 2014/96, m.nt. M.R. Mok. Op dezelfde dag oordeelde het Hof van Justitie ook dat uit het enkele feit dat een concessie geen netto-opbrengsten van betekenis kan opleveren, niet kan worden afgeleid dat die concessie geen economisch belang heeft voor ondernemingen uit andere lidstaten, omdat een onderneming het tactische besluit kan nemen een (verliesgevende) concessie in die staat aan te vragen, aangezien dat haar hoe dan ook de kans biedt haar intrede op de markt van die staat te maken en er bekendheid te verwerven, teneinde haar toekomstige expansie voor te bereiden.' (HvJ EU 14 november 2013, C-388/12).

93 Steyger, *SEW* 2014/24.

94 HvJ EU 3 juni 2010, C-203/08, *JB* 2010/171, m.nt. C.J. Wolswinkel (*Betfair*) en HvJ EU 9 september 2010, C-64/08, *NJ* 2010/661 (Engelmann).

daarvan op het vrij verkeer van diensten. Zodra marktdeelnemers uit verschillende lidstaten geen reële mogelijkheid hebben gehad om hun belangstelling te uiten, is de transparantieplichting geschonden. Dit geldt zowel voor de verlening van een uitsluitend (of exclusief) recht<sup>95</sup> als bijzondere rechten.<sup>96</sup>

De transparantieplichting moet derhalve in acht worden genomen als sprake is van een 'vergunning' met dezelfde effecten als een 'concessieovereenkomst voor diensten'. Het is dan ook interessant om te bezien wat de overeenkomsten en verschillen tussen een vergunning en concessie zijn.

De definitie van een concessieovereenkomst voor diensten in Richtlijn 2004/18/EG bepaalt dat een concessie een overeenkomst is

'met dezelfde kenmerken als een overheidsopdracht voor diensten met uitzondering van het feit dat de tegenprestatie voor de te verlenen diensten bestaat hetzij uitsluitend het recht de dienst te exploiteren, hetzij uit dit recht, gepaard gaande met een prijs.'<sup>97</sup>

De in 2014 vastgestelde Concessierichtlijn<sup>98</sup> definieert een 'concessie voor diensten' als

'een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel waarbij een of meer aanbestedende diensten of aanbestedende instanties de verrichting van diensten met uitzondering van de uitvoering van werken als bedoeld in punt a) laten uitvoeren door een of meer ondernemers, waarvoor de tegenprestatie bestaat hetzij uitsluitend in het recht de diensten die het voorwerp van het contract vormen, te exploiteren, hetzij in dit recht en een betaling.'

---

95 Artikel 1.1. Aanbestedingswet 2012 definieert een uitsluitend recht als 'een recht dat bij wettelijk voorschrift of bij besluit van een bestuursorgaan aan een onderneming wordt verleend, waarbij voor die onderneming het recht wordt voorbehouden om binnen een bepaald geografisch gebied een dienst te verrichten of een activiteit uit te oefenen'. Met een uitsluitend recht wordt dus een monopolie voor de houder van het recht gecreëerd.

96 Artikel 1.1. Aanbestedingswet 2012 definieert een bijzonder recht als 'bijzonder recht: een recht dat bij wettelijk voorschrift of bij besluit van een bestuursorgaan aan een beperkt aantal ondernemingen wordt verleend en waarbij binnen een bepaald geografisch gebied: (a) het aantal van deze ondernemingen die een dienst mogen verrichten of een activiteit mogen uitoefenen op een andere wijze dan volgens objectieve, evenredige en niet-discriminerende criteria tot twee of meer wordt beperkt, (b) verscheidene concurrerende ondernemingen die een dienst mogen verrichten of een activiteit mogen uitoefenen op een andere wijze dan volgens deze criteria worden aangewezen, of (c) op een andere wijze dan volgens deze criteria aan een of meer ondernemingen die een dienst mogen verrichten of een activiteit mogen uitoefenen voordelen worden toegekend, waardoor enige andere onderneming aanzienlijk wordt belemmerd in de mogelijkheid om dezelfde activiteiten binnen hetzelfde geografische gebied onder in wezen dezelfde omstandigheden uit te oefenen'. Met een bijzonder recht wordt dus een oligopolie voor de houders van het recht gecreëerd.

97 Artikel 1 van Richtlijn 2004/18/EG. Dit artikel is geïmplementeerd in artikel 1.1 Aanbestedingswet 2012.

98 Artikel 5, lid 1, onder b, van Richtlijn 2014/23/EU.

Een 'vergunning' wordt niet gedefinieerd in Richtlijn 2004/18/EG.<sup>99</sup> Uit een arrest van het Hof van Justitie van november 2013 blijkt dat het verschil tussen een concessie en een vergunning is gelegen in de uitvoeringsplicht. In dit arrest merkt het Hof van Justitie, onder verwijzing naar het Betfair- en Engelmänn-arrest, op

'dat het Unierecht de overdragende instantie dezelfde verplichtingen zou opleggen indien de overeenkomst die in het hoofdgeding aan de orde is, de cessionaris niet ertoe zou verplichten om de overgedragen activiteit uit te oefenen, en hierbij dus een vergunning zou worden verleend om een economische activiteit uit te oefenen.'<sup>100</sup>

Ook uit overweging (14) van Richtlijn 2014/23/EU blijkt dat er een onderscheid gemaakt moet worden tussen concessies (in de zin van richtlijn) en vergunningen. Overwogen wordt:

'Ook bepaalde handelingen van lidstaten zoals machtigingen of vergunningen waarbij de lidstaat of een overheid daarvan de voorwaarden voor de uitoefening van een economische activiteit vaststelt, waaronder een voorwaarde om een bepaalde verrichting uit te voeren die, normaliter, op verzoek van een ondernemer en niet op initiatief van de aanbestedende dienst of de aanbestedende instantie wordt verleend en waarbij het de ondernemer vrijstaat zich uit de uitvoering van werken of verlening van diensten terug te trekken, mogen niet als concessies worden aangemerkt. In het geval van zulke handelingen van de lidstaten kunnen de specifieke bepalingen van Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad [de Dienstenrichtlijn – toev. AD] van toepassing zijn. Anders dan in het geval van deze handelingen van een lidstaat, voorzien concessieovereenkomsten in wederzijds bindende verplichtingen, waarbij de uitvoering van deze werken of diensten is onderworpen aan specifieke door de aanbestedende dienst of de aanbestedende instantie gedefinieerde vereisten die juridisch afdwingbaar zijn.'

Deze uitvoeringsplicht volgt uit de 'bezwarende titel' die een concessieovereenkomst heeft. Een 'gewone' vergunning heeft in beginsel geen uitvoeringsplicht. Zo is een houder van een omgevingsvergunning niet verplicht om te bouwen. Het bestuursorgaan kan een vergunning wel vaak intrekken als er geen gebruik

---

99 Artikel 4 van de Dienstenrichtlijn bevat wel een omschrijving van een 'vergunningstelsel'. Hieronder wordt verstaan: 'elke procedure die voor een dienstverrichter of afnemer de verplichting inhoudt bij een bevoegde instantie stappen te ondernemen ter verkrijging van een formele of stilzwijgende beslissing over de toegang tot of de uitoefening van een dienstenactiviteit'.

100 HvJ EU 14 november 2013, C-221/12, *TA* 2014/6, m.nt. A. Drahmman en *NJ* 2014/96, m.nt. M.R. Mok. Het Hof van Justitie voegt hieraan toe dat een dergelijke vergunning zich immers niet onderscheidt 'van een concessieovereenkomst voor diensten, voor zover het gaat om de verplichting om de fundamentele regels van het Verdrag en de daaruit voortvloeiende beginselen in acht te nemen, wanneer marktdeelnemers uit andere lidstaten geïnteresseerd kunnen zijn in de uitoefening van deze activiteit'.

van wordt gemaakt en soms vervalt een vergunning van rechtswege indien er geen of niet tijdig gebruik van wordt gemaakt. Het bestuursorgaan kan een vergunninghouder normaliter niet verplichten om gebruik te maken van de vergunning en de vergunde activiteit uit te voeren. Ook in het subsidierecht kan de subsidie slechts lager (tot op nihil) worden vastgesteld als de activiteit niet wordt verricht; er is in beginsel geen uitvoeringsplicht.

Bij de verlening van schaarse besluiten wordt soms een uitvoeringsplicht opgelegd, omdat het onwenselijk wordt geacht dat na een selectieprocedure een schaars recht wordt toegekend aan één of enkele partijen en vervolgens dit recht niet wordt benut. In het subsidierecht is het mogelijk om een uitvoeringsovereenkomst te sluiten.<sup>101</sup> Het komt echter ook voor dat de uitvoeringsplicht in een wettelijk voorschrift<sup>102</sup> of een vergunningvoorschrift<sup>103</sup> wordt neergelegd. Als de uitvoering van een vergunde activiteit kan worden gehandhaafd door middel van een (bestuurlijke) boete, een last onder dwangsom of een last onder bestuursdwang, kan mijns inziens gesproken worden van een 'bezwarende titel'. Als ook aan de overige elementen van de definitie van een concessie wordt voldaan,<sup>104</sup> dan zou een vergunning onder omstandigheden kunnen worden aangemerkt als een concessie. Dit is, blijkens onder meer het *Betfair*-arrest, niet van belang voor de reikwijdte van de transparantieverplichting, maar kan wel van belang worden als de Concessierichtlijn in Nederland is geïmplementeerd op uiterlijk op 18 april 2016.

Opvallend in dit verband is ten slotte dat de Aanwijzingen voor de regeling (Ar) wel een definitie bevat voor de begrippen 'vergunning', 'vrijstelling', 'onthefing' en 'erkenning', maar niet voor het begrip 'concessie'. In de Ar wordt gesteld dat het gebruik van andere termen dan deze vier figuren moet worden vermeden. Uit het voorgaande blijkt dat een schaarse vergunning met een uitvoeringsplicht onder omstandigheden kan worden aangemerkt als een 'concessie' als bedoeld in Richtlijn 2004/18/EG.

---

101 Artikel 4:36 lid 2 Awb.

102 Bijv. artikel 34 Wet personenvervoer 2000.

103 Bijv. artikel 4 van de Beschikking Staatsloterij bepaalt dat ten minste tien maal per jaar de staatsloterij gehouden moet worden. Uit de Regeling aanvraag- en veilingprocedure vergunningen 800, 900 en 1800 MHz (Stcrt. 2012, 392, p. 47-48) blijkt dat aan de frequentievergunningen een ingebruiknameverplichting wordt verbonden.

104 In dit verband wijs ik erop dat uit jurisprudentie van het Hof van Justitie volgt dat ook het begrip 'overeenkomst' materieel en ruim moet worden uitgelegd. Gesteld kan bovendien worden dat bij een schaars besluit sprake is van een 'acte negocié'. Moeilijk voorstelbaar is dat immers aan een marktpartij tegen zijn wil een schaars besluit wordt verleend.

*Aanbeveling*

Ik zou er daarom voor willen pleiten om het concessiebesluit als rechtsfiguur toe te voegen aan de Ar. Deze omschrijving zou zoveel mogelijk moeten aansluiten bij het materiële concessiebegrip uit Richtlijn 2004/18/EG en de toekomstige Concessierichtlijn. Gedacht zou kunnen worden aan:

‘een concessie is een besluit dat de uitvoering van werken of de verrichting van diensten als voorwerp heeft, waarbij de tegenprestatie bestaat hetzij uitsluitend in het recht het werk of de dienst te exploiteren, hetzij in dit recht en een betaling, en waarbij de concessiehouder verplicht wordt de werken of diensten uit te voeren’.

De transparantieplichting moet ook bij de verlening van schaarse besluiten zonder uitvoeringsplicht in acht worden genomen. Het zal voor zowel bestuursorganen als potentiële aanvragers niet altijd eenvoudig te bepalen zijn van wat voor soort vergunningstelsel sprake is. Hier ligt een rol voor de (centrale en decentrale) wetgever als een nieuw vergunningstelsel wordt gecreëerd. Hiervoor kunnen de volgende twee aanbevelingen worden geformuleerd:

*Aanbeveling*

Het is wenselijk dat bij de invoering van een schaars vergunningstelsel, expliciet in de toelichting wordt gesteld dat sprake is van een vergunningstelsel dat de verlening van een uitsluitend of bijzonder recht mogelijk maakt en dat een vergunning pas zal worden verleend nadat een transparante procedure is gevolgd. Ook als dit niet het geval is, zal de bestuursrechter bij de beslechting van geschillen over schaarse besluiten zich steeds de vraag moeten stellen of het vergunningstelsel materieel een concessiestelsel is, dan wel een vergunningstelsel is dat dezelfde effecten heeft (omdat een exclusief of bijzonder recht wordt verleend). In beide gevallen moeten, indien sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang, Verdragsbeginselen zoals het beginsel van gelijke behandeling en de transparantieplichting door het bestuursorgaan in acht worden genomen en zou de bestuursrechter daaraan moeten toetsen.

*Aanbeveling*

Het verdient aanbeveling bij de totstandkoming van een vergunningstelsel na te denken over de volgende drie vragen:

- 1) Is het noodzakelijk om het aantal beschikbare rechten te beperken door een plafond vast te stellen?
- 2) Is sprake van een duidelijk grensoverschrijdend belang?

Als het antwoord op deze twee vragen bevestigend is, dan moet de transparantieplichting in acht worden genomen. Deze verplichting

om een transparante verdeelprocedure te organiseren kan worden aangeduid als een 'aanbesteding light'. Dat betekent dat geen volledige aanbesteding volgens de regels van Richtlijn 2004/18/EG (en vanaf 18 april 2016 Richtlijnen 2014/23/EU en 2014/24/EU) hoeft plaats te vinden, maar wel een transparante verdeelprocedure moet worden gevolgd.

3) Is het noodzakelijk om aan het besluit een uitvoeringsplicht te verbinden (of kan worden volstaan met een intrekingsbevoegdheid)?

Als aan het besluit een uitvoeringsplicht wordt verbonden, kan sprake zijn van een concessiebesluit en moet, vanaf 2016, ook aan de eisen van de Richtlijn 2014/23/EU (de Concessierichtlijn) voldaan worden.

#### 12.4.3 Grijs gebied 2: de subsidie en de opdracht

Uit jurisprudentie van het Hof van Justitie blijkt dat op de procedure voor de toekenning van subsidies ten laste van de begroting van de Europese Unie de transparantieplichting van toepassing is.<sup>105</sup>

Daarnaast zou de Unierechtelijke transparantieplichting in acht moeten worden genomen als een subsidie<sup>106</sup> gekwalificeerd zou kunnen worden als een opdracht.<sup>107</sup> Vaak is duidelijk of de verstrekking van financiële middelen kwalificeert als een subsidie of als een opdracht ('inkoop'), maar er is ook een grijs gebied. Er kunnen vier materiële verschillen tussen een opdracht en subsidie worden onderscheiden, namelijk (i) of sprake is van een bezwarende titel; (ii) wie de initiatiefnemer is (de aanbestedende dienst of de subsidieaanvrager); (iii) wat het doel van de activiteit is (eigen belang of algemeen belang); en (iv) of sprake is van commerciële activiteiten (marktconforme prijs of gedeeltelijke vergoeding van de kosten).<sup>108</sup>

Bij een opdracht moet, net als bij een concessie, sprake zijn van een 'bezwarende titel' en een 'overeenkomst'. Als naast een subsidiebeschikking ook een uitvoeringsovereenkomst wordt gesloten, is sprake van een 'bezwarende titel' (namelijk de uitvoeringsplicht) en een 'overeenkomst' en wordt dus aan beide

---

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

106 Een subsidie is een aanspraak op financiële middelen door een bestuursorgaan verstrekt met het oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager, anders dan als betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten (artikel 4:21 Awb).

107 In Richtlijn 2004/18/EG worden 'overheidsopdrachten' gedefinieerd als schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel die tussen een of meer ondernemers en een of meer aanbestedende diensten zijn gesloten en betrekking hebben op de uitvoering van werken, de levering van producten of de verlening van diensten.

108 Zie Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 33-34 en Ten Kate & Van den Ende, *Gst.* 2006/149, maar ook bijvoorbeeld de website van Pianoo ([www.pianoo.nl](http://www.pianoo.nl)) of Europa Decentraal ([www.europadecentraal.nl](http://www.europadecentraal.nl)).

elementen voldaan. Als ook aan de andere drie criteria wordt voldaan, dan zou sprake kunnen zijn van het verstrekken van een opdracht waar de transparantieplichting in acht moet worden genomen. Nu zowel de subsidie als de opdracht materiële begrippen zijn, zou de (bestuurs)rechter niet alleen waar nodig een besluit tot het aangaan van een overeenkomst moeten converteren naar een subsidiebesluit,<sup>109</sup> maar ook omgekeerd, van een subsidiebesluit naar een opdracht.

In de nieuwe Richtlijn 2014/24/EU wordt benadrukt dat de aanbestedingsregels van de Unie niet zijn bedoeld om alle vormen van besteding van overheidsgeld te bestrijken, maar uitsluitend betrekking hebben op die vormen welke gericht zijn op de verkrijging van werken, leveringen of diensten tegen betaling door middel van een overheidsopdracht. Deze verkrijging valt onder de werkingssfeer van de Richtlijn, ongeacht of deze verkrijging geschiedt door aankoop, leasing of een andere contractvorm. Benadrukt wordt dat

‘het uitsluitend financieren, met name via subsidies, van een activiteit, waaraan vaak de verplichting is gekoppeld de ontvangen bedragen terug te betalen indien deze niet worden benut voor de beoogde doeleinden, doorgaans niet onder het toepassingsgebied van de aanbestedingsregels [valt]. Tevens is in gevallen waarin alle ondernemers die aan bepaalde voorwaarden voldoen, zonder onderscheid het recht hebben een bepaalde taak uit te voeren zoals regelingen voor consumentenkeuze of dienstenvouchers, geen sprake van aanbesteding, maar van een gewone vergunningsregeling (bijvoorbeeld voor geneesmiddelen of medische diensten).’

Ten slotte is bij het vergelijken van een subsidie met een opdracht en concessie van belang dat als een (markt)partij wordt uitgesloten van subsidie (bijvoorbeeld omdat het plafond is bereikt), dit niet betekent dat deze partij niet dezelfde activiteit mag gaan ontplooiën. In tegenstelling tot een concessie wordt geen exclusief recht verstrekt. Dit neemt natuurlijk niet weg dat het in de praktijk vaak moeilijk zal zijn om zonder subsidie een activiteit te verrichten, zeker als een concurrent de subsidie wel heeft gekregen. Een subsidie wordt immers normaliter verleend om een bepaalde activiteit te stimuleren die zonder die subsidie niet verricht zou (kunnen) worden.

Op basis van het voorgaande kan de volgende algemene aanbeveling worden geformuleerd:

#### *Aanbeveling*

Het verdient aanbeveling bij de totstandkoming van een subsidiestelsel na te denken over de volgende vragen:

1) Is sprake van de uitvoering van een Europees subsidiestelsel?

Als het antwoord op deze vraag bevestigend is, dan moet de transparantieplichting in acht worden genomen.

---

109 Zie bijv. CBb 9 september 2008, AB 2008/340, m.nt. J.R. van Angeren.

- 2) Voldoet de 'subsidie' aan de definitie van een 'opdracht' en is sprake van een duidelijk grensoverschrijdend belang?

Als het antwoord op deze vraag bevestigend is, dan moet de transparantieverplichting in acht worden genomen.

#### 12.4.4 Mogelijke uitbreiding van de reikwijdte van de transparantieverplichting

De Unierechtelijke transparantieverplichting heeft een ruime reikwijdte, omdat het rechtstreeks voortvloeit uit het primaire Unierecht. Het speelt daarom een rol bij al het overheidshandelen dat het vrij verkeer van (met name) diensten beperkt door marktdeelnemers uit verschillende lidstaten geen reële mogelijkheid te bieden om mee te dingen. Het kan daarbij gaan om zowel opdrachten, concessies, vergunningen als Europese subsidies.<sup>110</sup> Met Buijze ben ik van mening dat de transparantieverplichting van toepassing zal worden – voor zover het niet al het geval is – bij iedere verdeling van schaarse rechten.<sup>111</sup> Dat betekent ten eerste een uitbreiding van het beginsel naar zuiver interne situaties en, binnen zuiver interne situaties, naar alle deelgebieden binnen het bestuursrecht, inclusief het omgevingsrecht.

##### A) *Zuiver interne situaties*

De Unierechtelijke transparantieverplichting is niet van toepassing in zuiver interne situaties. Het is de vraag of dit wenselijk is. '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.<sup>112</sup> Gelet op de doelstellingen van de transparantieverplichting, ben ik van mening dat de transparantieverplichting een dergelijke aanvulling van het Nederlandse bestuursrecht zou kunnen zijn. Bovendien bestaat anders het risico dat er een verschil in rechtsbescherming zal ontstaan tussen Unierechtelijke geschillen en nationale geschillen. Dit risico speelt met name bij subsidieverstrekking nu het Hof van Justitie voor Europese subsidieverstrekking al heeft geoordeeld

---

<sup>110</sup> Szydło gaat daarnaast nog in op de vraag wie gebonden is aan de transparantieverplichting, in het bijzonder in hoeverre private partijen gebonden zijn aan deze verplichting. Volgens hem zou het non-discriminatiebeginsel wel horizontaal indirect effect hebben, maar de transparantieverplichting niet (Szydło, *ELR* 2009, p. 720-737).

<sup>111</sup> Buijze 2013, p. 287.

<sup>112</sup> Widdershoven 2004, p. 293-327, i.h.b. p. 307-308. Indien de Unierechtelijke transparantieverplichting op rechtstreekse en onvoorwaardelijke wijze toepasselijk wordt gemaakt door het nationale recht dan zal het Hof van Justitie zich ook bevoegd achten om deze verplichting uit te leggen in zuiver interne situaties (aldus o.a. HvJ EU 21 december 2011, nr. C-482/10, *AB* 2012/254, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven).

dat de toekenning van subsidies met inachtneming van met name de transparantieplichting en het beginsel van gelijke behandeling moet geschieden.<sup>113</sup> Een laatste voordeel is ten slotte dat de toepassing van de transparantieplichting in het Nederlandse bestuursrecht niet langer zou worden beheerst door de formele voorvragen of sprake is van een privaatrechtelijke overeenkomst en of sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang.

Op de vraag of toepassing van de transparantieplichting in het Nederlandse bestuursrecht ook tot materiële wijzigingen in het recht zou leiden, wordt bij de beantwoording van de volgende deelvraag ingegaan.

B) *Van vergunningen en subsidies naar andere besluiten: transparant omgevingsrecht*

Hiervoor is in het kader van schaarse besluiten met name ingegaan op vergunningen, ontheffingen en subsidies. Als gekeken wordt naar het omgevingsrecht, dan valt op dat er daar andere schaarse besluiten zijn waar ernaar gestreefd wordt de (milieu)gebruiksruimte zo efficiënt mogelijk te verdelen. De transparantieplichting speelt tot op heden met name een rol in het privaatrechtelijke deel van het omgevingsrecht (gebiedsontwikkeling). Door middel van publiekrechtelijke besluiten kan het bevoegd gezag echter ook het gebruik vergaand reguleren. Zo kan een gemeenteraad door het vaststellen van een bestemmingsplan bepalen welk gebruik waar in het kader van een goede ruimtelijke ordening gewenst dan wel verboden is. Op de vaststelling van een bestemmingsplan is het klassieke aanbestedingsrecht niet van toepassing. Desalniettemin kan een dergelijk besluit wel tot gevolg hebben dat slechts één partij ontwikkelings- of exploitatiemogelijkheden krijgt ten koste van anderen. Hiervoor is al ingegaan op de vaste jurisprudentie van de Afdeling waaruit volgt dat de Dienstenrichtlijn niet van toepassing is op bestemmingsplanvoorschriften. Met Botman vraag ik mij echter af of de Afdeling niet teveel waarde hecht aan overweging 9 in de considerans van de Dienstenrichtlijn.<sup>114</sup> De Dienstenrichtlijn bouwt voort op het vrij verkeer van diensten en vestiging en moet daarom worden uitgelegd in overeenstemming met de artikelen 49 en 56 vWEU en de rechtspraak van het Hof van Justitie hierover. Zo heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat voorschriften op het terrein van ruimtelijke ordening een beperking van de vrijheid van vestiging kunnen vormen.<sup>115</sup> Bovendien volgt uit jurisprudentie van het Hof van Justitie dat de transparantieplichting rechtstreeks voortvloeit uit het Unierecht. De transparantiever-

---

113 In dit verband is ook de ontwikkeling van een 'Europese Awb' relevant, omdat 'een Europese wet bestuursprocesrecht een spontane convergentie in het nationale bestuursrecht in de hand kan werken' (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: Meuwese, *RegelMaat* 2013, afl. 2, p. 135-139).

114 ABRvS 26 september 2012, AB 2013/63, m.nt. M.R. Botman.

115 HvJEU 24 maart 2011, C-400/08, BR 2011/92, m.nt. G. Aarts.

plichting is een dwingende prealabele voorwaarde van het recht van een lidstaat om aan één ondernemer het exclusieve recht te verlenen om een economische activiteit te verrichten, ongeacht de wijze van selectie van deze ondernemer.<sup>116</sup> Als in het omgevingsrecht een besluit wordt genomen dat aan een ondernemer een exclusief recht verleent ten koste van een andere ondernemer, zal de transparantieverplichting in acht moeten worden genomen. De meeste omgevingsrechtelijke besluiten, zoals bestemmingsplannen, zullen niet een dergelijk recht toekennen. In het omgevingsrecht is echter een stijgende tendens waarneembaar dat plafonds worden ingesteld of exclusieve rechten worden verleend. Hieronder volgen drie omgevingsrechtelijke figuren waar de transparantieverplichting zou kunnen (en indien sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang, waarschijnlijk zelfs moeten) worden toegepast:

*Programmatische aanpak*<sup>117</sup>

De kern van de programmatische aanpak is dat een pakket wordt vastgesteld met enerzijds maatregelen die ruimte voor ontwikkelingen creëren en anderzijds projecten die ruimte nodig hebben. Zo ontstaat (milieu)gebruiksruimte. Deze (milieu)gebruiksruimte moet worden verdeeld. Deze verdeelregeling zou mijns inziens moeten voldoen aan de transparantieverplichting.

*Bestemmingsplannen met een one-in-one-out-regeling*<sup>118</sup> of *zonering*<sup>119</sup>

Op grond van het specialiteitsbeginsel toetst de Afdeling een bestemmingsplan uitsluitend aan ruimtelijk relevante aspecten. Door middel van het maximaliseren van het aantal vestigingen in het bestemmingsplan wordt de vestiging van nieuwe vestigingen in beginsel onmogelijk gemaakt en dus één partij bevoordeeld ten opzichte van andere partijen. Verdedigbaar is dat deze schaarse (vestigings- of gebruiks)rechten transparant verdeeld moeten worden.

Opvallend is dat bestemmingsplannen soms een koppeling bevatten met decentrale éénvergunningstelsels (exploitatievergunningen).<sup>120</sup> In dergelijke gevallen wordt bij (gemeentelijke) verordening bepaald dat het verboden is een bepaalde activiteit te verrichten zonder vergunning en dat slechts een beperkt aantal (exploitatie)vergunningen verleend kan worden. Eén van de

---

116 HvJ EU 3 juni 2010, C-203/08, AB 2011/17, m.nt. A. Buijze, JB 2010/171, m.nt. C.J. Wolswinkel en NJ 2010/491, m.nt. M.R. Mok.

117 Zie de Kabinetsnotitie Stelselwijziging Omgevingsrecht d.d. 9 maart 2012 (Kamerstukken II 2011/12, 33 118, nr. 3). Voorbeelden van programma's met een programmatische aanpak zijn het Nationale Samenwerkingsprogramma Luchtkwaliteit (NSL) en de Programmatische Aanpak Stikstof (PAS) in de Natuurbeschermingswet 1998.

118 ABRvS 24 november 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO4872 en ABRvS 9 januari 2013, BR 2013/63, m.nt. A. Drahmman.

119 ABRvS 29 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:200, AB 2014/124, m.nt. A. Drahmman.

120 Vgl. ABRvS 9 januari 2013, BR 2013/63, m.nt. A. Drahmman en ABRvS 29 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:200, AB 2014/124, m.nt. A. Drahmman.

weigeringsgronden voor de vergunning is dat de activiteit ook planologisch mogelijk is op grond van het bestemmingsplan.

#### *Geluidszonering*

Het zonebeheerplan van de Wet geluidhinder (en in de toekomst de Omgevingswet) zou, mits het een duidelijke juridische status krijgt, kunnen worden benut voor een transparante verdeling van geluidsruimte.

Op basis van het voorgaande kunnen de volgende twee aanbevelingen worden geformuleerd:

#### *Aanbeveling*

Het verdient aanbeveling om bij de totstandkoming van de Omgevingswet aandacht te besteden aan de hiervoor geschetste tendens dat in het omgevingsrecht plafonds worden ingesteld of exclusieve rechten worden gevestigd. Als er in de Omgevingswet een regeling komt voor een breder gebruik van de programmatische aanpak, dan zou in de Omgevingswet (of de onderliggende regeling) bepaald kunnen worden dat de ontwikkelingsruimte transparant verdeeld moet worden.

#### *Aanbeveling*

Exploitatievergunningen die een sterke koppeling met het bestemmingsplan hebben, zouden onderdeel van de omgevingsvergunning kunnen worden. Bij wettelijk voorschrift (de Omgevingswet in samenhang met een omgevingsverordening) zou een verdeelsysteem kunnen worden geïntroduceerd. Dit verdeelsysteem moet transparant zijn, hetgeen met name betekent dat als er exploitatieruimte beschikbaar komt, dit algemeen bekend moet worden gemaakt en duidelijk moet zijn wie er onder welke voorwaarden voor de vergunning in aanmerking komen. Mocht een dergelijke integratie nog een brug te ver worden gevonden, dan verdient het aanbeveling om de diverse schaarse besluiten in ieder geval gecoördineerd tot stand te laten komen, bijvoorbeeld door gelijktijdige vaststelling van het bestemmingsplan (of verlening van de omgevingsvergunning) en exploitatievergunning.

#### C) *Tussenconclusie*

Op basis van het voorgaande kan de volgende algemene aanbeveling worden geformuleerd:

*Aanbeveling*

Het verdient aanbeveling om de transparantieverplichting ook toe te passen bij zuiver interne situaties. Daarbij kan gedacht worden aan schaarse vergunning- en ontheffingverlening, subsidieverstrekking en bepaalde omgevingsrechtelijke rechtsfiguren.

## 12.4.5 Conclusie

Op basis van het voorgaande kan de vraag worden beantwoord wat de reikwijdte is van de door het Hof van Justitie geïntroduceerde transparantieverplichting. De Unierechtelijke transparantieverplichting moet blijkens jurisprudentie van het Hof van Justitie in acht worden genomen bij (i) het verstrekken van een opdracht die valt binnen de werkingssfeer van Richtlijn 2004/18/EG; (ii) het verlenen van een concessie voor diensten; (iii) IIB-diensten; (iv) het verstrekken van een opdracht die de drempelwaarden van Richtlijn 2004/18/EG niet overschrijdt; (v) het verlenen van een vergunning aan een of enkele ondernemers 'aangezien de gevolgen van een dergelijke vergunning jegens in andere lidstaten gevestigde ondernemingen, die mogelijk geïnteresseerd zouden zijn in het verrichten van deze activiteit, dezelfde zijn als die van een concessieovereenkomst voor diensten'; en (vi) Europese subsidies.

Daarnaast heb ik bij het beantwoorden van deze deelvraag bijzondere aandacht gevraagd voor de begrippen 'opdracht' en 'concessie'. Het Hof van Justitie oordeelt namelijk zelf of aan deze begripsomschrijvingen is voldaan, los van de nationale kwalificatie van een overeenkomst of besluit. Dit is echter voor de toepassing van de transparantieverplichting niet van belang, omdat bij zowel opdrachten als concessies aan de transparantieverplichting moet worden voldaan.

Ten slotte heb ik ervoor gepleit om de transparantieverplichting ook toe te passen bij zuiver interne situaties. Daarbij kan gedacht worden aan schaarse vergunning- en ontheffingverlening, subsidieverstrekking en bepaalde omgevingsrechtelijke rechtsfiguren.

## 12.5 DEELVRAAG 3

*In hoeverre zijn de transparantievereisten reeds in het Nederlandse algemeen bestuursrecht geborgd?*

De derde deelvraag, waarin centraal staat in hoeverre de transparantievereisten reeds in het Nederlandse algemeen bestuursrecht zijn geborgd, valt in twee delen uiteen, namelijk de vraag of er elementen in de Awb zijn die overeenkomen of juist op gespannen voet staan met de transparantieverplichting en daarnaast of er lijnen in de jurisprudentie van de Nederlandse bestuursrechters

zijn die overeenkomen met of juist op gespannen voet staan met de transparantieverplichting.

Deze deelvraag is – met name – beantwoord in het artikel/hoofdstuk getiteld 'Is de transparantie bij de verdeling van schaarse vergunningen voldoende gewaarborgd?' (hoofdstuk 9 van dit boek).

Daarnaast is ten behoeve van de beantwoording van deze deelvraag bijzondere aandacht besteed aan de volgende drie deelgebieden binnen het bestuursrecht waar schaarse rechten worden verleend:

- In hoeverre worden transparantievereisten in acht genomen bij de verlening van schaarse ontheffingen op grond van de Winkeltijdenwet en de verlening van schaarse vergunningen en ontheffingen op grond van Algemene Plaatselijke Verordeningen (APVs)? Deze vraag wordt – met name – beantwoord in het artikel/hoofdstuk 'Is de transparantie bij de verdeling van schaarse vergunningen voldoende gewaarborgd?' (hoofdstuk 9);
- In hoeverre worden transparantievereisten in acht genomen bij subsidieverstrekking? Deze vraag wordt – met name – beantwoord in het artikel/hoofdstuk 'Kan het subsidierecht transparanter?' (hoofdstuk 8); en
- In hoeverre moeten de transparantievereisten worden toegepast (bij de verlening van vergunningen en het vaststellen van plannen) in het omgevingsrecht en worden deze eisen reeds materieel toegepast? Deze vraag wordt – met name – beantwoord in het artikel/hoofdstuk 'De betekenis van het transparantiebeginsel voor het omgevingsrecht' (hoofdstuk 10).

Bij de beantwoording van deze deelvraag zijn twee uitgangspunten mogelijk. Ten eerste is het mogelijk om de (in de eerste deelvraag geformuleerde) transparantievereisten als uitgangspunt te nemen en daar vervolgens het nationale recht op toe te passen. De tweede mogelijkheid is om juist het nationale recht als uitgangspunt te nemen en die aan de transparantieverplichting te toetsen. Welke mogelijkheid de voorkeur heeft, zal afhangen van het perspectief van de lezer. Daarom zal deze deelvraag op beide manieren worden beantwoord.

Aandachtspunt is dat de jurisprudentie van de bestuursrechter betrekking heeft op een bepaald bestuursrechtelijk rechtsgebied, bijvoorbeeld een subsidie, een evenementenvergunning of een winkeltijdenwetontheffing. Bestuursorganen kunnen besluiten een plafond vast te stellen en daarmee schaarste te creëren, maar dit is niet verplicht. Dit onderzoek heeft betrekking op schaarse besluiten. In deze slotbeschouwing wordt jurisprudentie over bijvoorbeeld een schaarse evenementenvergunning of een schaarse subsidie veralgemeniseerd bij het beantwoorden van de vraag of bij schaarse besluiten wordt getoetst aan transparantievereisten. Het is mogelijk dat de bestuursrechter bij zijn oordeel niet beoogd heeft een algemeen oordeel te geven over schaarse besluiten in bredere zin dan alleen het aan de orde zijnde vergunning- of subsidiestelsel. Mijn uitgangspunt is echter dat de transparantieverplichting

een (onderdeel van een) rechtsregel is die in acht moet worden genomen bij alle schaarse besluitvorming en dat daarom veralgemenisering mogelijk zou moeten zijn.

Hierna zullen eerst de vereisten die zijn geformuleerd bij het beantwoorden van de eerste deelvraag worden vergeleken met jurisprudentie van de bestuursrechter over schaarse besluiten en de Awb. Vervolgens zal de vraag worden beantwoord of (en zo ja welke) artikelen uit de Awb op gespannen voet staan met de transparantieverplichting. Ten slotte zal de vraag worden beantwoord of er lijnen in de jurisprudentie van de bestuursrechter zijn aan te wijzen die in overeenstemming zijn met of juist op gespannen voet staan met de transparantieverplichting. Op deze wijze kan worden bezien in hoeverre de transparantieverplichting is geborgd in het Nederlandse bestuursrecht.

#### 12.5.1 Van de Unierechtelijke transparantieverplichting naar het nationale bestuursrecht

Bij de beantwoording van de eerste deelvraag zijn in paragraaf 12.3.1 negen transparantievereisten geformuleerd. Deze vereisten zullen hierna worden vergeleken met de Awb en jurisprudentie van de bestuursrechter.

*A) Aan elke potentiële aanvrager moet een passende mate van openbaarheid worden gegarandeerd*

Dit transparantievereiste houdt in het bijzonder in dat alle potentiële aanvragers vóór de indiening van hun aanvraag kennis moeten kunnen nemen van de criteria waaraan de aanvraag moet voldoen, alsmede van het relatieve belang van elk van deze criteria. Dit betekent dat voor een schaarse besluitvormingsprocedure ten minste de volgende informatie passend bekendgemaakt zal moeten worden: de periode wanneer aanvragen kunnen worden ingediend (begin- en einddatum); aan welke voorwaarden deze aanvragen zullen worden getoetst (selectiecriteria); en op welke wijze de besluitvorming zal plaatsvinden (procedurevoorschriften).

Als gekeken wordt naar de Awb dan vallen twee onderdelen op, namelijk afdeling 3.6 Awb (bekendmaking en mededeling) en titel 4.2 Awb (subsidies).

In afdeling 3.6 Awb bepaalt artikel 3:42 Awb dat de bekendmaking van dergelijke besluiten moet plaatsvinden in de Staatscourant (centrale overheid), of (voor decentrale overheden) in een van overheidswege uitgegeven blad of een dag-, nieuws- of huis-aan-huisblad, dan wel op een andere geschikte wijze. Deze bepaling zorgt voor een algemene bekendmaking van besluiten en is dus in beginsel in overeenstemming met dit transparantievereiste. Het artikel is algemeen geformuleerd. Uit het artikel zelf blijkt niet wat de inhoud van de besluiten moet zijn. Dit betekent dat het artikel 'transparant' zou moeten

worden ingekleurd bij de verdeling van schaarse besluiten. Waar nodig kan hier dus een taak voor de bestuursrechter liggen.

Daarnaast bevat de subsidietitel van de Awb enkele bepalingen die relevant zijn voor de passende bekendmaking, namelijk artikel 4:23 Awb (wettelijke grondslag), artikel 4:25 Awb (subsidieplafond) en artikel 4:26 Awb (wijze van verdeling). Met behulp van deze bepalingen wordt de passende mate van openbaarheid bij de verdeling van schaarse subsidies gegarandeerd. Zo moet bij de bekendmaking van het subsidieplafond ook de wijze van verdeling worden vermeld. Ook hier kan echter de kanttekening worden gemaakt dat de bepalingen zeer algemeen geformuleerd zijn. Het is aan de bestuursrechter om nadere duiding aan deze wettelijke bepalingen te geven.

De vervolgvraag is dan hoe de bestuursrechter tot op heden invulling heeft gegeven aan deze artikelen uit de Awb. Jurisprudentie over de algemene bekendmaking van (de verdeling van) schaarse besluiten laat zien dat de transparantie redelijk geborgd is, maar dat er vijf aandachtspunten zijn te formuleren.

Ten eerste is van belang dat de bekendmaking een *algemene* bekendmaking moet zijn. Ook uit jurisprudentie van het CBb blijkt dat het selectief benaderen van een aantal partijen niet afdoende is.<sup>121</sup> Alle gegadigden moet de gelegenheid worden geboden om mee te dingen naar het schaarse besluit.<sup>122</sup> Het verlenen van een schaars besluit onder gelijktijdige intrekking van een eerder verleend schaars besluit is in strijd met het transparantievereiste. Ook het CBb heeft geoordeeld dat daarmee een situatie in het leven wordt geroepen waarin derden niet van tevoren op de hoogte konden worden gebracht van het feit dat een vergunning was vrijgekomen en het plafond niet langer was bereikt.<sup>123</sup> Deze jurisprudentie borgt dit transparantievereiste (via artikel 3:2 en 3:4 Awb) dus afdoende. Aandachtspunt hierbij is wel dat het CBb in zijn oordeel lijkt mee te wegen dat sprake was van een situatie waarin een beperkte kring van belanghebbenden werd benaderd, terwijl het bestuursorgaan ermee bekend was dat er ook andere gegadigden waren. Uit jurisprudentie van het Hof van Justitie volgt dat deze kennis bij het bestuursorgaan niet nodig is.

---

121 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. Het CBb achtte deze handelwijze in strijd met artikel 3:2 en 3:4 Awb.

122 CBb 15 mei 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW6630, AB 2012/372, m.nt. C.J. Wolswinkel. Het CBb achtte de besluitvorming in strijd met artikel 3:4 Awb. Uit deze uitspraak blijkt ook dat het verlenen van een schaars besluit voor onbepaalde tijd de belangen van anderen om in de toekomst mee te kunnen dingen naar de ontheffing miskent. Ook de verlenging van een verleende ontheffing is in beginsel niet mogelijk (CBb 6 juni 2012, AB 2012/374, m.nt. C.J. Wolswinkel). Bij het omzetten van een vergunning voor onbepaalde tijd naar bepaalde tijd zal een overgangsregeling nodig zijn (CBb 5 december 2012, AB 2013/293, m.nt. C.J. Wolswinkel en CBb 17 juli 2013, AB 2013/294, m.nt. C.J. Wolswinkel).

123 CBb 3 juni 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BI6466, JB 2009/188 en AB 2009/373, m.nt. C.J. Wolswinkel.

Op grond van het transparantievereiste is steeds een passende bekendmaking nodig die alle potentiële – en dus niet alleen de bekende – gegadigden bereikt.

Ten tweede moet op grond van dit transparantievereiste de wijze waarop deze verdeling gaat plaatsvinden (de verdeelprocedure) van tevoren worden vastgesteld en bekendgemaakt. Voor subsidieverlening is dit gecodificeerd in artikel 4:26 Awb. Aandachtspunt hierbij is dat het CBb in het kader van de verlening van ontheffingen op grond van de Winkeltijdenwet, heeft geoordeeld dat als in (beleids)regels geen verdeelprocedure is voorgeschreven, een verdeling op basis van volgorde van binnenkomst van de aanvragen niet onredelijk is.<sup>124</sup> Ook de Afdeling heeft geoordeeld dat als een bestuursorgaan zich voor de situatie ziet gesteld dat een keuze gemaakt moet worden tussen twee aanvragen en een wettelijk toetsingskader voor het maken van die keuze ontbreekt, de bestuursrechter zich dient te beperken tot de vraag of de door het bestuursorgaan gemaakte afweging onredelijk is, dan wel anderszins in strijd is met algemene beginselen van behoorlijk bestuur.<sup>125</sup> Mijs inziens is een impliciete keuze voor een verdeelmethode onvoldoende transparant.<sup>126</sup>

Ten derde is van belang dat bij de introductie van een nieuw of gewijzigd verdeelsysteem op grond van het transparantievereiste een begindatum voor het indienen van de aanvragen moet worden vastgesteld en bekendgemaakt. Op grond van artikel 4:27 Awb moet een subsidieplafond vooraf worden bekendgemaakt. Als een subsidieplafond te laat wordt bekendgemaakt, heeft deze bekendmaking in beginsel geen gevolgen voor voordien ingediende aanvragen.<sup>127</sup> Een aandachtspunt dat volgt uit jurisprudentie is dat het uit een oogpunt van transparantie moeilijk verdedigbaar is dat de begindatum in het verleden ligt. Het CBb lijkt echter (wederom in het kader van ontheffingen op grond van de Winkeltijdenwet), om te bepalen wie als eerste een aanvraag heeft ingediend, geen bezwaar te hebben tegen een peildatum die in het verleden ligt.<sup>128</sup> Het CBb heeft daarnaast geoordeeld dat als de introduc-

---

124 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 CBb (Vz.) 22 april 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ3306, AB 2011/179, m.nt. C.J. Wolswinkel.

125 ABRvS 25 september 2013, AB 2013/385, m.nt. A. Drahmman.

126 Zeker omdat zich bij deze verdeelmethode ook complicaties kunnen voordoen, zoals de zogenoemde 'postzakproblematiek'. Wat moet een bestuursorgaan doen als er op één dag met de post meer (volledige) aanvragen binnenkomen (en deze dus allemaal op hetzelfde moment ontvangen zijn) dan er toegekend kunnen worden? Het is wenselijk dat het bestuursorgaan dan voor de aanvang van de procedure vastlegt dat in dat geval bijvoorbeeld geloot zal worden als subsidiaire verdeelmethode (o.a. CBb 18 november 2010, AB 2011/37, m.nt. C.J. Wolswinkel en ABRvS 3 april 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ7542, AB 2013/219, m.nt. C.J. Wolswinkel).

127 Vgl ook ABRvS 3 januari 2007, AB 2007/224, m.nt. W. den Ouden.

128 Zie echter: CBb 7 december 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BU8507 en ECLI:NL:CBB:2011:BU8509, AB 2012/55, m.nt. C.J. Wolswinkel (over een koerswijziging in 2011 die het gevolg was van een eerdere beroepsprocedure over ontheffingverlening waardoor de ontheffingsaanvraag uit 2008 de eerste aanvraag was die voor verlening in aanmerking kwam en een algemene bekendmaking volgens het CBb niet nodig was). Vgl ook CBb 13 december 2012,

tie of wijziging van een verdeelmethode algemeen bekend wordt gemaakt in de vorm van een aankondiging, maar nog niet in een formeel besluit is neergelegd, die mededeling alleen maar zo kan worden verstaan, dat voorafgaand aan de nieuwe verdeling geen honorering van aanvragen meer kan plaatsvinden. Een dergelijke honorering zou immers de introductie van het nieuwe verdeelmechanisme feitelijk onmogelijk maken.<sup>129</sup> Deze standstill-bepaling komt de transparantie ten goede.

Ten vierde is in het kader van dit transparantievereiste van belang dat alle potentiële aanvragers moeten (kunnen) weten aan welke voorwaarden zij moeten voldoen als het schaarse besluit aan hen zou worden toegekend. In het bestuursrecht worden deze voorwaarden soms neergelegd in een algemeen verbindend voorschrift (bijvoorbeeld een verordening), maar vaak ook in vergunningvoorschriften. Bij overtreding van deze voorschriften kan handhavend worden opgetreden. Bij de verdeling van een schaars besluit kan het daarom voor alle (potentiële) aanvragers van belang zijn om te weten wat de voorschriften zullen worden. In dergelijke gevallen is het nodig om ook het ontwerp-toekenningsbesluit passend bekend te maken.<sup>130</sup> Het CbB is tot een vergelijkbaar oordeel gekomen. Een handelwijze waarbij de precieze inhoud van een ontheffing pas wordt meegedeeld op het moment dat de loting een aanvang neemt, zodat de aanvragers geen bezwaren meer tegen de inhoud kunnen inbrengen, acht het CbB onvoldoende zorgvuldig en in strijd met de artikelen 3:2 en 3:4 Awb.<sup>131</sup> Het CbB heeft tevens geoordeeld dat door de vaststelling en bekendmaking van een ontwerpvergunning, zoals die zal worden verleend met de voorschriften en beperkingen die aan de vergunning zullen worden verbonden, de inhoud van de naderhand te verlenen vergunning in zoverre reeds wordt bepaald. Deze vaststelling is, volgens het CbB, voor een potentiële gegadigde van groot belang (in het kader van een veiling voor de bepaling van de hoogte van het uit te brengen bod). Hierdoor wordt de rechtspositie van de potentiële vergunninghouder, los van de uiteindelijke

---

ECLI:NL:CBB:2012:BZ2031, AB 2013/295, m.nt. C.J. Wolswinkel, waaruit volgt dat bij de verdeling op volgorde van binnenkomst in beginsel een peildatum kan worden vastgesteld die in het verleden ligt, maar dat een onherroepelijk afgewezen aanvraag niet kan worden aangemerkt als eerste aanvraag.

129 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: CbB (Vz.) 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:BV797, AB 2012/148, m.nt. C.J. Wolswinkel en *Gst.* 2012/65, m.nt. W.P. Adriaanse.

130 In het verlengde hiervan kan het soms ook zinvol zijn om voorafgaand aan de verdeelprocedure 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 verdeelcriteria (incl. de vergunningvoorschriften) vroegtijdig bekend en kan daar waar nodig rekening mee worden gehouden.

131 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.

verlening van de vergunning (aan de hoogste bidder), nader gepreciseerd, waardoor (ook) de ontwerpvergunningen appellabele besluiten (kunnen) zijn.<sup>132</sup>

In het kader van de bekendmaking van de relevante documentatie is ook de rol van adviescommissies van belang. Als een adviescommissie eigen toetsingsleidraden of -formulieren opstelt aan de hand waarvan zij de aanvragen toetsen en deze leidraden extra uitleg geven aan de selectiecriteria die worden gehanteerd, dan zouden deze documenten mijns inziens (zelfs voorafgaand aan de procedure) op grond van dit transparantievereiste openbaar gemaakt moeten worden. De Afdeling heeft echter anders geoordeeld.<sup>133</sup> Wel kan het ontbreken van dergelijke documenten tot de conclusie leiden dat het besluit onvoldoende gemotiveerd is.<sup>134</sup>

Ten vijfde is naast de inhoud van de bekendmaking ook de wijze van de bekendmaking van belang. Vaak kiezen bestuursorganen ervoor om hun verdeelprocedures en -criteria vast te leggen in beleidsregels.<sup>135</sup> Er is echter een verschil tussen beleidsregels en algemeen verbindende voorschriften en dat is de inherente afwijkingsbevoegdheid van artikel 4:84 Awb. De toepassing van deze afwijkingsbevoegdheid verhoudt zich slecht met het transparantievereiste: door af te wijken van de in de beleidsregel neergelegde regels worden de (potentiële) aanvragers immers niet meer gelijk behandeld. Op deze spanning tussen de inherente afwijkingsbevoegdheid en de transparantieplichting wordt in de volgende paragraaf nader ingegaan. Hier wordt reeds in algemene zin opgemerkt dat het de voorkeur verdient om de verdeelprocedure en -criteria vast te leggen in een algemeen verbindend voorschrift.

Ten slotte is het van belang dat de passende mate van openbaarheid tijdig in de besluitvormingsprocedure in acht wordt genomen. Dit is met name van belang bij zogenaamde 'ketenbesluitvorming'. Hiervan is sprake als een bestuursorgaan een verdeelprocedure voor een schaars besluit organiseert, maar dat voor dat schaarse besluit niet meer eenieder in aanmerking komt, omdat door een eerder besluit al een 'voorselectie' is gemaakt. De vraag in hoeverre er een 'mededingingsplicht' bestaat, blijft in dit onderzoek buiten beschouwing.<sup>136</sup> Vanuit een oogpunt van transparantie kan echter wel worden opgemerkt dat als men ervoor kiest om een schaarse besluitvormingsprocedure

---

132 CbB 24 mei 2012, AB 2013/66, m.nt. C.J. Wolswinkel.

133 ABRvS 10 december 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG6429 en ABRvS 24 april 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ8429, AB 2013/327, m.nt. C.J. Wolswinkel.

134 ABRvS 16 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1521, AB 2014/40, m.nt. C.J. Wolswinkel.

135 Bestuursorganen hebben een discretionaire bevoegdheid om ontheffing te verlenen en hebben 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 (CbB 29 april 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ3763 en CbB 1 februari 2013, ECLI:NL:CBB:2013:BZ3871).

136 Van Ommeren 2011a, p. 235-265.

te organiseren, het in de rede ligt om de diverse besluiten in de keten gecoördineerd tot stand te brengen en daarbij een passende mate van openbaarheid in acht te nemen, dan wel een transparante verdeelprocedure voor het eerste besluit in de keten te organiseren. Voorbeelden van dergelijke ketenbesluitvorming kunnen gevonden worden in het subsidierecht<sup>137</sup> en in het omgevingsrecht.<sup>138</sup>

Uit het voorgaande blijkt dat het vereiste om een passende mate van openbaarheid te garanderen al grotendeels geborgd is in de Awb (met name de artikelen 3:42, 4:23, 4:25 en 4:26 Awb). Ook de bestuursrechter acht dit onderdeel van de transparantieverplichting van belang. Indien geen passende mate van openbaarheid in acht is genomen, acht de bestuursrechter dit in strijd met de zorgvuldigheidsnormen van de artikelen 3:2 en 3:4 Awb of het rechtszekerheidsbeginsel. Op onderdelen is echter optimalisatie mogelijk.

*B) Alle voorwaarden en modaliteiten van de verdeelprocedure moeten vooraf worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze*

Een ander aspect van de transparantieverplichting is dat alle voorwaarden en modaliteiten van de verdeelprocedure vooraf moeten worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze. Ook de Afdeling heeft geoordeeld dat onder meer het ontbreken van kenbare maatstaven en een kenbare afweging bij het nemen van een schaars besluit onzorgvuldig is.<sup>139</sup>

Dit transparantievereiste houdt verder in dat het bestuursorgaan (aan de hand van de door de aanvragers verstrekte inlichtingen en bewijsstukken) in staat moet zijn om na te gaan of de aanvragen beantwoorden aan de gestelde criteria. Ook de Afdeling heeft geoordeeld dat als voor schaarse besluitvorming gebruik gemaakt wordt van rapporten, deze rapporten voldoende duidelijk moeten zijn en dat het besluit anders onvoldoende gemotiveerd is.<sup>140</sup>

Daarnaast kan het aanbeveling verdienen dat een bestuursorgaan een aanvraagformulier vaststelt, zodat alle aanvragers op een vergelijkbare manier aangeven in hoeverre ze aan de gestelde criteria voldoen.<sup>141</sup> Dit draagt bij aan de transparantie van de procedure. Ook uit jurisprudentie van de bestuursrechter blijkt dat dit formulier dan wel volledig moet zijn. De aanvrager mag ervan uitgaan dat hij door beantwoording van alle vragen op het formulier

137 ABRvS 20 oktober 2010, *JB* 2011/3, m.nt. M.J. Jacobs en *AB* 2011/232, m.nt. W. den Ouden (Coach4Kids).

138 Vgl. ABRvS 9 januari 2013, *BR* 2013/63, m.nt. A. Drahmman en ABRvS 29 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:200, *AB* 2014/124, m.nt. A. Drahmman.

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

140 ABRvS 8 september 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AQ9962, *AB* 2005/107, m.nt. F.R. Vermeer.

141 Als er geen verplichting tot het gebruik van een standaardaanvraagformulier in de subsidie-regeling is opgenomen, dan kunnen aanvragen die niet met het formulier zijn ingediend niet buiten behandeling worden gelaten (ABRvS 19 januari 2001, *AB* 2001/113, m.nt. N. Verheij).

en door het overleggen van alle stukken waarvan op het formulier staat aangegeven dat die moeten worden bijgevoegd, alle gegevens heeft verstrekt die nodig zijn voor de beoordeling van die aanvraag. De Afdeling heeft daarbij expliciet overwogen dat duidelijkheid omtrent de bij de aanvraag over te leggen gegevens des te meer van belang is, nu een aanvrager feitelijk maar één kans heeft om een succesvolle aanvraag in te dienen, omdat het (in casu subsidie)plafond veelal is bereikt op het moment dat een onvolledige aanvraag wordt aangevuld.<sup>142</sup>

- C) *Alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende aanvragers moeten de juiste draagwijdte van de gestelde criteria kunnen begrijpen en deze op dezelfde manier interpreteren*

Een derde aspect van de transparantieverplichting is dat alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende aanvragers de juiste draagwijdte van de gestelde criteria moeten kunnen begrijpen en deze op dezelfde manier interpreteren. In dit verband kan het wenselijk zijn om aanvragers de mogelijkheid te geven vragen te stellen over de gestelde criteria. Dit kan het bestuursorgaan doen door met een 'nota van inlichtingen' te werken. Het is onwenselijk om aan één partij (telefonisch of schriftelijk) nadere informatie over de gestelde criteria te geven, omdat op dat moment deze partij over meer informatie beschikt dan de andere (potentiële) aanvragers. Alleen door de informatie aan eenieder te verstrekken kan de gelijke positie van de potentiële aanvragers worden gegarandeerd. Dit is mogelijk door in de bekendmaking op te nemen dat alle geïnteresseerden voor een bepaalde datum hun vragen over de criteria kunnen stellen. Deze vragen worden dan tegelijkertijd in een schriftelijk document beantwoord en algemeen bekendgemaakt. Het is ook mogelijk om informatiebijeenkomsten te organiseren, mits eenieder daarvoor wordt uitgenodigd én er een proces-verbaal opgesteld en algemeen bekendgemaakt wordt van de tijdens de bijeenkomst gegeven informatie. Door deze algemene bekendmaking, bijvoorbeeld via de website, wordt gegarandeerd dat alle geïnteresseerden over dezelfde informatie beschikken.

- D) *Er moet een uiterste datum voor de ontvangst van de aanvragen worden gesteld, zodat alle aanvragers over evenveel tijd beschikken om hun aanvraag voor te bereiden*

Op grond van de transparantieverplichting moet er een uiterste datum worden vastgesteld waarop aanvragen door het bestuursorgaan moeten zijn ontvangen. Hierdoor beschikken alle aanvragers na de bekendmaking van de mogelijkheid

---

<sup>142</sup> Vgl. CBB 17 juni 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ9603 en ABRvS 29 mei 2013, AB 2013/356, m.nt. A. Drahmman.

om aanvragen in te dienen (de oproep tot mededinging) over evenveel tijd om hun aanvraag voor te bereiden.

De vraag is dan wel hoe het bestuursorgaan moet omgaan met onvolledige aanvragen. Het is de vraag of deze nog kunnen worden aangevuld in de primaire fase. In algemene zin kan gesteld worden dat, op grond van dit transparantievereiste, 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. Wel kan een bestuursorgaan een aanvrager verzoeken de gegevens van een dergelijk dossier gericht te verbeteren of aan te vullen, mits dat verzoek betrekking heeft op gegevens waarvan objectief kan worden vastgesteld dat zij dateren van voor het einde van de indieningstermijn. Ook kan gesteld worden dat het bestuursorgaan, volgens het Hof van Justitie, niet verplicht is om contact op te nemen met de aanvragers, omdat de onduidelijkheid van de inschrijving het gevolg is van een tekortschieten in de zorgvuldigheidsplicht van de aanvragers.

Over het gevolg van onvolledige aanvragen is veel jurisprudentie beschikbaar. Daarnaast is de verhouding tussen dit transparantievereiste en de bestuursrechtelijke herstelbaarheid van artikel 4:5 Awb interessant.<sup>143</sup>

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. Het bieden van een hersteltermijn kan in overeenstemming zijn met zowel artikel 4:5 Awb als de transparantieplichting, mits de hiervoor geformuleerde uitgangspunten in acht worden genomen. Op de mogelijke spanning tussen artikel 4:5 Awb en de transparantieplichting zal in de volgende paragraaf nog nader worden ingegaan.

Daarnaast blijkt uit jurisprudentie van de bestuursrechter dat bij schaarse besluitvorming bijzondere eisen worden gesteld aan de aanvragen, welke eisen afwijken van de vaste jurisprudentie over artikel 4:5 Awb bij 'gewone' niet-schaarse besluiten.<sup>144</sup> Zo heeft de Afdeling geoordeeld 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 tenderstelsel centraal staat.<sup>145</sup> Ook het CBb heeft geoordeeld dat het mogelijk is

---

143 Zie over de toepassing van artikel 4:5 Awb ook: Jacobs & Den Ouden 2011, Jacobs & Den Ouden, *JBplus* 2011, p. 35-58, Drahmman 2011 en Wolswinkel, *NTB* 2014/7.

144 Volgens vaste jurisprudentie staat het een bestuursorgaan, hoewel het hiertoe niet gehouden is, vrij om ontbrekende gegevens die na het nemen van het primaire besluit tot buiten behandeling stelling alsnog zijn overgelegd, bij zijn heroverweging in aanmerking te nemen (o.a. ABRvS 1 oktober 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BF3868, *AB* 2009/17, m.nt. A.T. Marseille).

145 ABRvS 26 september 2012, *AB* 2012/397, m.nt. A. Drahmman, ECLI:NL:RVS:2012:BX8283.

een gebrekkige aanvraag, die tijdig is ingediend, na afloop van het wettelijke indieningstijdstip aan te vullen, maar dat geldt alleen voor het ontbreken van een vóór de afloop van het indieningstijdstip bestaand document. Als dat document, in casu een vergunning, op dat moment nog niet bestaat, is er geen grondslag om de aanvraag ingevolge artikel 4:5 Awb buiten behandeling te laten en moet de aanvraag worden geweigerd.<sup>146</sup> Deze jurisprudentie is geheel in lijn met dit transparantievereiste.

*E) In beginsel mag geen rekening worden gehouden met een wijziging in de oorspronkelijke aanvraag van één enkele aanvrager*

In het verlengde van het voorgaande, volgt uit de transparantieplichting verder dat geen rekening mag worden gehouden met een wijziging in de oorspronkelijke aanvraag van één enkele aanvrager, omdat deze aanvrager dan wordt bevoordeeld tegenover zijn concurrenten. De Nederlandse bestuursrechter hanteert een vergelijkbaar uitgangspunt. Volgens vaste jurisprudentie van de Afdeling verdraagt het meenemen van informatie die dateert van na de sluiting van de aanvraagtermijn zich niet met de gelijktijdige onderlinge beoordeling en rangschikking van de ingediende aanvragen, die in een tenderstelsel centraal staan. Uit de aard van het tendersysteem vloeit voort dat vóór de sluiting van de aanvraagtermijn alle voor die beoordeling en rangschikking relevante gegevens moeten zijn overgelegd en dat daarna geen rekening mag worden gehouden met informatie die neerkomt op een wijziging of aanvulling van de aanvraag.<sup>147</sup> Dit uitgangspunt zou mijns inziens niet alleen voor een vergelijkende toets moeten gelden, maar voor alle schaarse verdeelprocedures.

Het Cbb heeft, geheel in lijn met dit transparantievereiste, geoordeeld dat uitsluitend de inhoudelijke informatie die door aanvragers voor het einde van de aanvraagperiode is verstrekt, bij de beoordeling kan worden betrokken. Het ligt daarom niet op de weg van het bestuursorgaan om in de beoordelingsfase nog naar die inhoudelijke informatie te informeren. Het bestuursorgaan moet bij de voorbereiding van een besluit wel nagaan of een aanvraag compleet is en, indien dit niet het geval blijkt te zijn, de aanvrager in de gelegenheid stellen om ontbrekende informatie alsnog te verstrekken (op grond van artikel 4:5 Awb).<sup>148</sup>

Zowel de bestuursrechter als het Hof van Justitie maakt dus onderscheid tussen enerzijds ontbrekende, maar wel bestaande, informatie en anderzijds nieuwe (inhoudelijke) informatie. De eerste informatie kan worden aangevuld, maar bij de tweede soort informatie is sprake van een ontoelaatbare wijziging

---

146 Cbb 18 november 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BU5467.

147 O.a. ABRvS 15 juli 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ2654, ABRvS 20 december 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AZ4815, en ABRvS 25 juli 2001, AB 2001/339, m.nt. N. Verheij.

148 Cbb 6 november 2013, ECLI:NL:CBB:2013:224, AB 2014/112, m.nt. A. Drahmann.

van de aanvraag. Het zal niet altijd eenvoudig zijn te bepalen of sprake is van een (ontoelaatbare) 'wijziging' van de aanvraag. De volgende vier voorbeelden uit de jurisprudentie van de bestuursrechter kunnen wellicht meer duidelijkheid geven:

- De mededeling van de aanvrager dat bij nader inzien toch geen BTW gecompenseerd of afgetrokken kon worden, is een wijziging van de aanvraag.<sup>149</sup>
- Herstelbare kennelijke verschrijvingen zijn zeer evidente reken- of typefouten die onmiddellijk en zonder enige twijfel als vergissing herkenbaar zijn.<sup>150</sup>
- Het 'opnieuw' indienen van de aanvraag, maar dan op het juiste aanvraagformulier, is mogelijk, mits geen sprake is van nieuwe informatie die inhoudelijk relevant is.<sup>151</sup>
- Als sprake is van een substantiële wijziging van de aanvraag, die te ver verwijderd is van de oorspronkelijke aanvraag, moet het wijzigingsverzoek worden aangemerkt als een nieuwe aanvraag.<sup>152</sup>

De bestuursrechter neemt eveneens als uitgangspunt dat van een aanvrager zorgvuldigheid mag worden verwacht bij het invullen en indienen van een subsidieaanvraag.<sup>153</sup> Deze eigen verantwoordelijkheid van de aanvrager voor het indienen van zijn aanvraag heeft niet alleen gevolgen voor de (beperkte) wijzigingsmogelijkheden, maar heeft ook tot gevolg dat het bestuursorgaan in beginsel zelf geen actie hoeft te ondernemen om nadere gegevens te verkrijgen van de aanvrager.<sup>154</sup>

F) *Het bestuursorgaan moet de criteria gedurende de gehele procedure op dezelfde wijze uitleggen*

Op grond van de transparantieplichting moeten de eenmaal vastgestelde selectiecriteria en procedureregels gedurende de gehele procedure worden gehanteerd. Ook de bestuursrechter heeft geoordeeld dat het hangende de procedure wijzigen van een verdeelmethode van vergelijkende toets naar volgorde van binnenkomst, in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel is.<sup>155</sup> Ook het hangende de procedure wijzigen van de verleningscriteria is onaanvaardbaar vanuit een oogpunt van objectiviteit, transparantie en rechtszekerheid.<sup>156</sup>

149 O.a. ABRvS 15 augustus 2007, AB 2008/29, m.nt. J.H.A. van der Grinten en W. den Ouden.

150 CBb 7 juli 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BR5050.

151 ABRvS 12 januari 2005, AB 2005/239, m.nt. N. Verheij.

152 CBb 11 augustus 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BN4730.

153 CBb 11 augustus 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BN4730.

154 CBb 3 april 2001, ECLI:NL:CBB:2001:AB1115.

155 CBb 8 januari 2010, AB 2010/73, m.nt. I. Sewandono.

156 CBb 19 december 2007, JB 2008/67.

Ten slotte volgt uit dit transparantievereiste dat de procedureregels voor de aanvang van de verdeelprocedure moeten worden vastgesteld en gedurende de procedure niet gewijzigd kunnen worden. Voor het Nederlands bestuursrecht heeft dit tot gevolg dat in bezwaar ex tunc besloten moet worden.<sup>157</sup> Dit is dus een uitzondering op het klassieke uitgangspunt dat een bestuursorgaan ex nunc beslist.<sup>158</sup> De Afdeling heeft geoordeeld dat als relevant peilmoment geldt dat het recht dient te worden toegepast zoals dat gold op de laatste dag waarop de aanvragen konden worden ingediend.<sup>159</sup> Het zou de transparantie (nog meer) dienen als dit peilmoment niet de laatste dag, maar de eerste dag waarop de aanvragen konden worden ingediend, zou zijn. De uitspraak van de Afdeling maakt het mogelijk om nog tijdens de aanvraagperiode (maar na de bekendmaking van de verdeelprocedure) de verdeelregels te wijzigen. Dit is vanuit transparantieoogpunt risicovol, omdat onzeker is of alle (potentiële) aanvragers van deze wijziging kennis hebben kunnen nemen en hun aanvraag hierop hebben kunnen aanpassen. Als de laatste dag als uitgangspunt wordt genomen, dan zou in ieder geval op het bestuursorgaan de bewijslast moeten rusten dat alle (potentiële) aanvragers kennis hebben genomen van de wijziging zodat zij hun aanvraag hierop hebben kunnen aanpassen.

G) *De criteria moeten bij de beoordeling van de aanvragen op objectieve en uniforme wijze worden toegepast op alle aanvragers*

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. Uit jurisprudentie van het Hof van Justitie volgt dat de verdelingscriteria openbaar gemaakt moeten worden.<sup>160</sup> De onderlinge weging van die criteria hoeft niet vooraf openbaar gemaakt te worden, maar moet wel voor de beoordeling van de ingediende aanvragen vastgesteld zijn.<sup>161</sup> In dit verband is de uitspraak van het CBb interessant, waarin het CBb oordeelde dat een werkwijze waarbij de (deel)commissies, die adviseerden over de rangschikking van de ingediende subsidieaanvragen, op basis van de in de verschillende aanvragen aangetroffen elementen van de plannen adviseren over de waardering van die elementen

---

157 CBb 3 juli 2009, AB 2009/334, m.nt. I. Sewandono en JB 2009/227, waarin het CBb oordeelt dat de beoordeling in bezwaar moet plaatsvinden naar de feiten en omstandigheden op de beslissingsdatum van het primaire besluit.

158 Voor zover daarvan gesproken kan worden, vgl. Verheij, *JBplus* 2003, p. 26-47.

159 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. Zie echter anders: ABRvS 6 april 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ0297 en ECLI:NL:RVS:2011:BQ0298.

160 O.a. HvJ EG 25 april 1996, C-87/94 (Waalse bussen) en HvJ EG 24 januari 2008, C-532/06 (Lianakis e.a.).

161 HvJ EU 18 november 2010, C-226/09, NJ 2011/87.

in een puntentelling en ook deelnemen aan de toepassing van het aldus ontwikkelde puntensysteem, niet in strijd met artikel 4:26 Awb is.<sup>162</sup> Een handelwijze waarbij pas na ontvangst en eerste bestudering van de aanvragen het puntensysteem ontwikkeld wordt, is in strijd met dit transparantievereiste. Het bestuursorgaan had voor deze methode gekozen om rekening te kunnen houden met nieuwe inzichten en ideeën die uit de aanvragen naar voren zouden kunnen komen. In plaats daarvan zou een bestuursorgaan bij een dergelijke subsidieverstrekking voor innovatieve projecten, waarbij het bestuursorgaan kennelijk zelf over onvoldoende kennis beschikt over wat innovatief is, moeten kiezen voor een voorafgaande marktconsultatie.

H) *Verdeelprocedures moeten op onpartijdigheid kunnen worden getoetst en daarom moeten besluiten worden gemotiveerd*

Verdeelprocedures moeten op onpartijdigheid kunnen worden getoetst. Hiervoor is het noodzakelijk dat het schaarse besluit wordt gemotiveerd. De motiveringsplicht van het bestuursorgaan kan worden omschreven als een 'vergelijkende motiveringsplicht'.<sup>163</sup> Het beginsel van gelijke behandeling omvat een verplichting tot transparantie, opdat de naleving ervan kan worden gecontroleerd. Het CbB heeft geoordeeld dat bij een systeem van subsidietoekenning 'waarbij de ingediende aanvragen onderling vergeleken en vervolgens gerangschikt worden op een aantal kwalitatieve criteria, ter bevordering van een voldoende mate van transparantie wel eisen gesteld moeten worden aan de wijze waarop achteraf van de wegingen en waarderingen die hebben plaatsgevonden, verslag wordt gedaan en verantwoording wordt afgelegd.' Dit betekent dat zowel over de ontwikkeling van de criteria, als over de toepassing daarvan op de ingediende aanvragen, inzichtelijke documentatie beschikbaar moet zijn. Deze documentatie bestaat uit inzicht in de samenstelling van de commissie(s), die zich over hun aanvragen gebogen hebben, de exacte taak en werkwijze van de commissie(s) en het advies van de commissie(s).<sup>164</sup> Soms kan het wenselijk zijn dat een proces-verbaal van de gevolgde procedure wordt gemaakt. Hiermee kan worden gemotiveerd dat de procedure transparant is verlopen.<sup>165</sup> De Afdeling heeft geoordeeld dat bij een (subsidie)tendersysteem het bestuursorgaan beoordelingsvrijheid toekomt, maar dat dit niet wegneemt dat een besluit van een inzichtelijke motivering dient te worden voorzien,

---

162 CbB 21 december 2011, AB 2012/63, m.nt. A. Drahmman en J.M.J. van Rijn van Alkemade.

163 J.M.J. van Rijn van Alkemade, 'Rechtsbescherming bij de verdeling van schaarse subsidies: motivering en (processuele) openbaarheid' in: Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel 2011, p. 379 e.v.

164 CbB 21 december 2011, AB 2012/63, m.nt. A. Drahmman en J.M.J. van Rijn van Alkemade. Zie ook ABRvS 22 september 2009, AB 2010/138, m.nt. J.M.J. van Rijn van Alkemade en ABRvS 15 december 2010, AB 2011/87, m.nt. W. den Ouden.

165 Vgl. Concl. A-G 12 april 2005, C-231/03 en CbB 20 september 2002, ECLI:NL:CBB:2002:AE9952.

waarbij recht wordt gedaan aan de beoordelingscriteria, zodat inzicht kan worden verkregen in de beoordeling die aan het besluit ten grondslag ligt en toetsing van de door het bestuursorgaan gevolgde puntenscore mogelijk is. In dit geval hadden de door het bestuursorgaan ingeschakelde experts elk op afzonderlijke scoreformulieren vermeld hoeveel punten het project op de beoordelingscriteria en bijbehorende deelcriteria had gescoord en wat de totaalscore van het project was. Dit acht de Afdeling onvoldoende, omdat deze formulieren geen inzichtelijke motivering geven van de puntentoekenning, omdat niet inzichtelijk is hoe de toetsingscriteria zijn ingevuld.<sup>166</sup>

I) *Wezenlijke wijzigingen van essentiële bepalingen van het schaarse besluit zijn in beginsel niet mogelijk*

Wezenlijke wijzigingen van essentiële bepalingen van het schaarse besluit zijn in beginsel niet mogelijk. Een wijziging kan worden aangemerkt als 'wezenlijk' wanneer hierbij verplichtingen worden ingevoerd die, indien zij in de oorspronkelijke 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 (algemeen bekendgemaakte) wettelijk voorschrift (of daarop gebaseerde nadere regels) waarop de verdeelprocedure is gebaseerd.

Ook in het subsidierecht is de wijziging van subsidiebesluiten beperkt. Zo is het in beginsel niet mogelijk om het bij besluit verleende subsidiebedrag later te verhogen, omdat het achteraf aanpassen van het subsidiebedrag leidt tot ongelijkheid ten opzichte van andere aanvragers.<sup>167</sup> Een na de bekendmaking van het subsidieplafond ingediend verzoek tot wijziging van een activiteit kan slechts worden gehonoreerd, indien deze wijziging volledig valt binnen de kaders van de vóór de bekendmaking van het plafond verleende subsidie en de wijziging de hoogte van de verleende subsidie niet te boven gaat.<sup>168</sup> Als sprake is van een essentiële afwijking van hetgeen in de oorspronkelijke aanvraag was opgenomen, is (volledige) nihilstelling niet onredelijk als de wijziging tot gevolg zou hebben gehad dat de aanvraag wezenlijk anders zou zijn beoordeeld en aanmerkelijk lager zou zijn gerangschikt.<sup>169</sup> Een vergelijkbare lijn zou ook voor andere schaarse besluiten gehanteerd moeten worden.

---

166 ABRvS 16 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1521, AB 2014/40, m.nt. C.J. Wolswinkel.

167 CBb 11 augustus 2010, JB 2010/243.

168 Bijvoorbeeld de enkele wijziging van de naam van een project of een andere administratieve wijziging die geen inhoudelijke betekenis heeft (ABRvS 17 september 2008, AB 2009/77, m.nt. J.E. van den Brink). Vgl. ook ABRvS 2 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1365, AB 2014/31, m.nt. M.A.M. Dieperink.

169 ABRvS 25 augustus 2005, AB 2005/390, m.nt. J.H. van der Veen.

### 12.5.2 Van Awb naar de Unierechtelijke transparantieplichting

In de vorige paragraaf is aan de hand van de negen transparantievereisten een aantal parallellen met de Awb en jurisprudentie van de bestuursrechter getrokken. In deze paragraaf wordt de Awb als uitgangspunt genomen. Van de meest in het oog springende artikelen zal worden beschreven in hoeverre zij bijdragen aan de transparantie en waar eventuele risico's zitten.

#### A) *De bekendmaking van besluiten: artikel 3:42 Awb en artikelen 4:23-4:26 Awb*

Op grond van artikel 3:42 Awb moet de bekendmaking van besluiten plaatsvinden in de Staatscourant (centrale overheid) of in een van overheidswege uitgegeven blad of een dag-, nieuws- of huis-aan-huisblad, dan wel op een andere geschikte wijze. Deze bepaling zorgt voor een algemene bekendmaking van besluiten en is dus in beginsel in overeenstemming met de transparantieplichting. Het artikel is echter algemeen geformuleerd. Uit het artikel zelf blijkt niet wat de inhoud van de besluiten moet zijn. Op grond van de transparantieplichting volgt dat voor een schaarse besluitvormingsprocedure ten minste de volgende informatie passend bekendgemaakt zal moeten worden: (a) de periode wanneer aanvragen kunnen worden ingediend (begin- en einddatum); (b) aan welke voorwaarden deze aanvragen zullen worden getoetst (selectiecriteria); en (c) op welke wijze de besluitvorming zal plaatsvinden (procedurevoorschriften). Deze verplichtingen zullen dus in artikel 3:42 Awb moeten worden ingelezen. Een alternatief is dat voor schaarse besluitvorming een aanvullende regeling wordt getroffen. Deze regeling zou dan kunnen lijken op de nadere eisen die zijn opgenomen in de subsidietitel (in het bijzonder de artikelen 4:23-4:26 Awb). Door deze bepalingen wordt de passende mate van openbaarheid bij de verdeling van schaarse subsidies gegarandeerd. Zo moet bij de bekendmaking van het subsidieplafond ook de wijze van verdeling worden vermeld. Ook hier kan echter de kanttekening worden gemaakt dat de bepalingen zeer algemeen geformuleerd zijn en dat de toepassing daarvan door de bestuursrechter niet altijd tot gevolg heeft dat gesproken kan worden van transparante besluitvorming. Zo heeft het CbB geoordeeld dat een werkwijze waarbij een adviescommissie op basis van de reeds ingediende aanvragen een puntentelling maakte en dit puntensysteem vervolgens ook toepaste op de aanvragen, niet in strijd is met artikel 4:26 Awb.<sup>170</sup> Deze handelwijze, waarbij pas na ontvangst en eerste bestudering van de aanvragen het puntensysteem ontwikkeld wordt, is echter in strijd met de transparantieplichting.<sup>171</sup> Daarnaast heeft de Afdeling geoordeeld dat een subsidieverdeelsys-

---

170 CbB 21 december 2011, AB 2012/63, m.nt. A. Drahmman en J.M.J. van Rijn van Alkemade.

171 Bovendien moet betwijfeld worden of de door het bestuursorgaan gestelde criteria niet dusdanig open waren dat zij niet geformuleerd waren op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze. Het bestuursorgaan had voor deze methode gekozen om rekening

teem op grond van artikel 3:42 Awb eigenlijk bekendgemaakt had moeten worden in de Staatscourant, maar dat een op internet gepubliceerde brochure kan worden aangemerkt als vaste gedragslijn en daarom aan de besluitvorming ten grondslag mocht worden gelegd.<sup>172</sup>

Geconstateerd kan dan ook worden dat deze artikelen uit de Awb niet in strijd zijn met de transparantieplichting, maar dat het aan het bestuursorgaan en, waar nodig, de bestuursrechter is om een nadere, transparante duiding aan deze wettelijke bepalingen te geven. Uit de volgende paragraaf zal blijken dat dit tot op grote hoogte ook gebeurt, maar dat er enkele verbeterpunten zijn.

Ten slotte merk ik nog op dat de vraag gesteld kan worden of een bekendmaking in een van overheidswege uitgegeven blad of een dag-, nieuws- of huis-aan-huisblad 'passend' is. Op grond van de Aanbestedingswet 2012 moeten aankondigingen voor overheidsopdrachten geplaatst worden op de website van TenderNed. Op deze manier zijn de overheidsopdrachten van alle aanbestedende diensten op één plaats te vinden. Artikel 3:42 Awb bevat niet de verplichting tot een dergelijke centrale bekendmaking. Een groeiend aantal bestuursorganen stelt hun lokale bekendmakingen inmiddels ter beschikking op [www.overheid.nl](http://www.overheid.nl).<sup>173</sup> Dit vind ik een goede ontwikkeling, omdat het gebruik van één centrale website door alle bestuursorganen de transparantie vergroot; zeker als hier ook nog de mogelijkheid van een e-mailattending aan wordt verbonden.

#### *Aanbeveling*

Op basis van het voorgaande zou overwogen kunnen worden om, in aanvulling op de regeling omtrent de bekendmaking van besluiten in artikel 3:40 Awb e.v., een actieve, algemene bekendmakingsplicht voor schaarse besluiten te introduceren. Op grond hiervan zouden bestuursorganen verplicht worden om algemeen bekend te maken dat een procedure waarbij een schaars besluit 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 bekendmakings-

---

te kunnen houden met nieuwe inzichten en ideeën die uit de aanvragen naar voren zouden kunnen komen. In plaats daarvan zou een bestuursorgaan bij een dergelijke subsidieverstrekking voor innovatieve projecten, waarbij het bestuursorgaan kennelijk zelf over onvoldoende kennis beschikt over wat innovatief is, moeten kiezen voor een voorafgaande marktconsultatie.

172 ABRvS 14 november 2002, ECLI:NL:RVS:2012:BY3051, AB 2013/121, m.nt. A. Drahmman.

173 Een kennisgeving via het internet kan een geschikte wijze van kennisgeving als bedoeld in artikel 3:12, lid 1, Awb zijn. Op grond van artikel 2:14, lid 2, en artikel 3:12, lid 1, Awb dient van een ontwerpbesluit echter op ten minste één niet-elektronische, geschikte wijze kennis te worden gegeven, tenzij bij wettelijk voorschrift anders is bepaald (ABRvS 7 maart 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ4007, JB 2013/81, m.nt. G. Overkleef-Verburg).

plicht voor bestuursorganen wordt gegarandeerd dat alle potentieel geïnteresseerde partijen kennis kunnen nemen van de procedure en hieraan kunnen deelnemen. Deze algemene bekendmakingsplicht zou expliciet in de Awb kunnen worden opgenomen of door de bestuursrechter kunnen worden gebaseerd op artikel 3:42 Awb (eventueel in combinatie met het gelijkheidsbeginsel of de transparantieverplichting). Een alternatief is om (in navolging van Aanbestedingswet 2012) alle bestuursorganen te verplichten om (de verdeling van hun schaarse) besluiten centraal bekend te maken op één website. Een dergelijke verplichting zou dan in de Awb neergelegd moeten worden. Hoewel dit voor een passende mate van openbaarheid niet strikt noodzakelijk is, zou dit mijns inziens de transparantie aanzienlijk vergroten.

B) *Advisering: afdeling 3.3 Awb*

Afdeling 3.3 Awb betreft de advisering aan bestuursorganen. Artikel 3:9 Awb betreft de vergewisplicht. Bestuursorganen moeten zich ervan vergewissen dat een onderzoek van een externe adviseur op zorgvuldige wijze heeft plaatsgevonden. Bij de verdeling van schaarse besluiten wordt vaak gebruik gemaakt van adviescommissies met deskundigen.<sup>174</sup> Ook deze adviescommissies zullen de transparantieverplichting in acht moeten nemen en het bestuursorgaan zal zich ervan moeten vergewissen of dit is gebeurd. Hieronder zullen enkele aandachtspunten worden genoemd voor adviescommissies en bestuursorganen die gebruik maken van externe adviseurs bij de verdeling van schaarse besluiten.

Ten eerste heeft de transparantieverplichting mede als doel te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door bestuursorganen wordt uitgebannen. Bij de samenstelling van deze commissies moet aandacht worden besteed aan dit risico van favoritisme. Zo is het onzorgvuldig en in strijd met het verbod tot vooringenomenheid (zoals neergelegd in artikel 2:4 Awb) om een van de huidige vergunninghouders onderdeel te laten zijn van een adviescommissie die moet adviseren over de toekomstige verdeling van diezelfde vergunning.<sup>175</sup>

Ten tweede moeten bestuursorganen en adviescommissies de verdeelcriteria gedurende de gehele procedure op dezelfde wijze uitleggen. Het CbB heeft geoordeeld dat een werkwijze waarbij de (deel)commissies, die adviseerden over de rangschikking van de ingediende subsidieaanvragen, op basis van de in de verschillende aanvragen aangetroffen elementen van de plannen adviseren over de waardering van die elementen in een puntentelling en ook deelnemen aan de toepassing van het aldus ontwikkelde puntensysteem, niet

---

174 Zie bijv. ABRvS 24 maart 2010, AB 2010/137, m.nt. W. den Ouden, en ABRvS 25 februari 2009, AB 2009/222, m.nt. W. den Ouden en J.M.J. van Rijn van Alkemade.

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

in strijd is met artikel 4:26 Awb.<sup>176</sup> Hiervoor is al toegelicht dat een handelwijze waarbij pas na ontvangst en eerste bestudering van de aanvragen het puntensysteem ontwikkeld wordt, in strijd is met de transparantieplichting.

Ten derde is van belang dat als een adviescommissie eigen toetsingsleidraden of -formulieren opstelt aan de hand waarvan zij de aanvragen toetsen en deze leidraden extra uitleg geven aan de selectiecriteria die worden gehanteerd, deze documenten mijns inziens (zelfs voorafgaand aan de procedure) op grond van dit transparantievereiste openbaar gemaakt moeten worden. De Afdeling heeft echter anders geoordeeld.<sup>177</sup>

Ten slotte moeten (schaarse) besluiten worden gemotiveerd. Het CBB heeft geoordeeld dat bij schaarse besluitvorming eisen gesteld moeten worden aan de wijze waarop achteraf van de wegingen en waarderingen die hebben plaatsgevonden, verslag wordt gedaan en verantwoording wordt afgelegd. Dit betekent dat zowel over de ontwikkeling van de criteria, als over de toepassing daarvan op de ingediende aanvragen, inzichtelijke documentatie beschikbaar moet zijn. Deze documentatie bestaat uit inzicht in de samenstelling van de commissie(s), die zich over hun aanvragen gebogen hebben, de exacte taak en werkwijze van de commissie(s) en het advies van de commissie(s).<sup>178</sup>

C) *Beleidsregels en de inherente afwijkingsbevoegdheid: artikel 4:84 Awb*

Vaak kiezen bestuursorganen ervoor om hun verdeelprocedures en -criteria vast te leggen in beleidsregels.<sup>179</sup> Bestuursorganen moeten op grond van artikel 4:84 Awb handelen overeenkomstig deze beleidsregels, 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. Deze inherente afwijkingsbevoegdheid verhoudt zich slecht met de transparantieplichting, omdat door af te wijken van de in de beleidsregel neergelegde regels niet meer alle (potentiële) aanvragers gelijk worden

---

176 CBB 21 december 2011, AB 2012/63, m.nt. A. Drahmman en J.M.J. van Rijn van Alkemade.

177 ABRvS 10 december 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG6429 en ABRvS 24 april 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ8429, AB 2013/327, m.nt. C.J. Wolswinkel. Wel kan het ontbreken van dergelijke documenten tot de conclusie leiden dat het besluit onvoldoende gemotiveerd is (ABRvS 16 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1521, AB 2014/40, m.nt. C.J. Wolswinkel).

178 CBB 21 december 2011, AB 2012/63, m.nt. A. Drahmman en J.M.J. van Rijn van Alkemade. Zie ook ABRvS 22 september 2009, AB 2010/138, m.nt. J.M.J. van Rijn van Alkemade en ABRvS 15 december 2010, AB 2011/87, m.nt. W. den Ouden. Vgl. ook ABRvS 16 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1521, AB 2014/40, m.nt. C.J. Wolswinkel.

179 Bestuursorganen hebben een discretionaire bevoegdheid om ontheffing te verlenen en hebben 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 (CBB 29 april 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ3763 en CBB 1 februari 2013, ECLI:NL:CBB:2013:BZ3871).

behandeld. De bestuursrechter heeft hier dan ook terecht aanleiding in gezien om artikel 4:84 Awb transparant in te kleuren bij de verdeling van schaarse besluiten. Zo heeft de Afdeling geoordeeld dat bij de verdeling van subsidie via een tendersysteem 'in beginsel geen ruimte bestaat om in individuele gevallen uitzonderingen toe te staan. Bij de toepassing van artikel 4:84 Awb moet het gaan om bijzondere, dat wil zeggen bij het vaststellen van de beleidsregel niet verdisconteerde omstandigheden.' Door te kiezen voor een tenderprocedure heeft het bestuursorgaan er dus, volgens de Afdeling, bewust voor gekozen om aanvragen te beoordelen aan de hand van bepaalde objectieve criteria.<sup>180</sup> Het CBb heeft daarnaast geoordeeld dat als geen enkele ingediende aanvraag voldoet aan de vooraf in een beleidsregel vastgestelde verdeelcriteria, alle aanvragen moeten worden afgewezen. Het feit dat geen enkele aanvraag aan de gestelde criteria voldoet is geen bijzondere omstandigheid als bedoeld in artikel 4:84 Awb.<sup>181</sup>

Deze uitleg van artikel 4:84 Awb is in lijn met de transparantieverplichting, hoewel de Afdeling nog wel een kleine afwijkingsmogelijkheid open houdt door te oordelen dat er 'in beginsel' geen afwijkingsmogelijkheid is.

Hier kan ook worden geconstateerd dat er een potentiële spanning bestaat tussen artikel 4:84 Awb en de transparantieverplichting. Deze spanning kan worden (en is – grotendeels – door de Afdeling) weggenomen door de afwijkingsmogelijkheid te beperken: bij de verdeling van schaarse besluiten kan geen sprake zijn van bijzondere omstandigheden die onevenredig zijn in verhouding tot de met de beleidsregel te dienen doelen, namelijk het organiseren van een transparante verdeelprocedure waar iedereen gelijke kansen moet hebben om voor het schaarse recht in aanmerking te komen.<sup>182</sup>

Bij het voorgaande kunnen nog wel twee kanttekeningen gemaakt worden. De eerste kanttekening is of de hiervoor geschetste inkleuring van artikel 4:84 Awb door de bestuursrechter wenselijk is. De inkleuring lijkt toch enigszins op een ongeschreven uitzondering op de Awb. De tweede kanttekening betreft de meer bestuurlijke vraag waarom bestuursorganen er de voorkeur aan geven om te werken met beleidsregels in plaats van algemeen verbindende voorschrif-

---

180 ABRvS 24 april 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ8429, AB 2013/327, m.nt. C.J. Wolswinkel. Ook voor het verlenen van ontheffingen op grond van de Winkeltijdenwet heeft het CBb geoordeeld dat het afwijken van de in de beleidsregels vastgelegde procedureregels (over de te volgen lotingsprocedure) in strijd was met artikel 4:84 Awb (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).

181 CBb 19 december 2007, ECLI:NL:CBB:2007:BC2460, JB 2008/67. In deze uitspraak overweegt het CBb ook dat het een bestuursorgaan niet vrij staat om gedurende de besluitvormingsfase over te gaan tot een wijziging van de beleidsregels. Vanuit een oogpunt van objectiviteit, transparantie en rechtszekerheid dienen bij het toepassen van een vergelijkende toets de criteria waaraan de aanvragen worden getoetst, tevoren te worden vastgelegd en kunnen deze criteria gedurende de besluitvormingsfase niet worden gewijzigd, hooguit verduidelijkt.

182 Vgl. Wolswinkel die stelt dat de inherente afwijkingsbevoegdheid zich voegt naar het schaarse karakter van het recht (Wolswinkel, NTB 2014/7).

ten (bijvoorbeeld in de vorm van een 'nadere regeling').<sup>183</sup> Gelet op het belang van kenbare regels (die bij algemeen verbindende voorschriften over het algemeen groter is dan bij beleidsregels) en de beperkte afwijkmogelijkheden (bij zowel algemeen verbindende voorschriften als beleidsregels) zouden bestuursorganen mijns inziens in overweging moeten nemen om vaker te kiezen voor een algemeen verbindend voorschrift in plaats van beleidsregels. Hoewel niet strikt noodzakelijk, zou er daarom – als er een titel komt voor de verdeling van schaarse besluiten – een expliciete uitzondering op artikel 4:84 Awb opgenomen kunnen worden, dan wel een verplichting om de verdeelregels en -criteria neer te leggen in een algemeen verbindend voorschrift.

Ten slotte is van belang dat de inherente afwijkmogelijkheid is bedoeld voor bijzondere omstandigheden. Niet alle onvoorziene omstandigheden kwalificeren als bijzondere omstandigheden. Op grond van de transparantieplichting moet een bestuursorgaan voorafgaand aan de verdeelprocedure de verdeelcriteria vaststellen. Dit betekent dat bestuursorganen voldoende kennis moeten hebben om deze criteria vast te stellen. Indien een bestuursorgaan over onvoldoende kennis beschikt bij de verdeling van schaarse besluiten waar innovatie een selectie criterium is, dan zou een bestuursorgaan kunnen overwegen voorafgaand een (internet)consultatie te doen waarbij een ontwerpregeling wordt gepubliceerd en eenieder wordt uitgenodigd mee te denken over de invulling van de innovatieve subsidiecriteria.<sup>184</sup> Een alternatief is het geven van een termijn om vragen te kunnen stellen over de gestelde criteria, welke vragen dan kunnen worden beantwoord in een openbare nota. Dit is vergelijkbaar met de nota van inlichtingen bij 'gewone' aanbestedingsprocedures.<sup>185</sup> Een laatste mogelijkheid is om in de verdeelregeling expliciet bepaalde flexibiliseringsmogelijkheden op te nemen.<sup>186</sup> Indien (een deel van deze) mogelijkheden wordt benut door bestuursorganen, dan zullen bijzondere, onvoorziene omstandigheden zich niet of nauwelijks voordoen, waardoor het belang van artikel 4:84 Awb afneemt.

---

183 Zie bijv. CBB 1 februari 2013, AB 2013/296, m.nt. C.J. Wolswinkel.

184 Ook in het aanbestedingsrecht is de afgelopen jaren ervaring opgedaan met het aanbesteden van complexe projecten waar de aanbestedende dienst zelf niet in staat is de voorwaarden van het project vooraf te specificeren en niet vooraf kan beoordelen wat de markt te bieden heeft. Voor dergelijke projecten kan de zogenaamde procedure van de 'concurrentiegerichtede dialoog' gevolgd worden. Onderdeel van deze procedure kan een marktconsultatie zijn.

185 Vgl. CBB 21 december 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BU9729, AB 2012/63, m.nt. A. Drahmman en J.M.J. van Rijn van Alkemade.

186 Parallellen kunnen hierbij gemaakt worden met de jurisprudentie van het Hof van Justitie (o.a. HvJ EU 13 april 2010, C-91/08 (Wall) en HvJ EU 19 juni 2008, C-454/06 (Presstext Nachrichtenagentur)) over de wezenlijke wijziging: 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.

*Aanbeveling*

Er bestaat een spanning tussen artikel 4:84 Awb en de transparantieverplichting. Deze kan worden opgelost door

- i) als uitgangspunt te nemen dat bij schaarse besluitvorming geen sprake is van bijzondere omstandigheden die onevenredig zijn in verhouding tot de met de beleidsregel te dienen doelen,
- ii) (als er in de Awb een regeling omtrent de verdeling van schaarse besluiten zou worden opgenomen) in de Awb een uitzondering op dit artikel op te nemen, of
- iii) verdeelcriteria en -regels niet vast te leggen in een beleidsregel maar in een algemeen verbindend voorschrift.

*D) Aanvullen van onvolledige aanvragen: artikel 4:5 Awb*

Uitgangspunt van de transparantieverplichting is dat alle aanvragers, na de bekendmaking van de mogelijkheid om aanvragen in te dienen (de oproep tot mededinging), over evenveel tijd moeten beschikken om hun aanvraag voor te bereiden. 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. Ook hier kan er spanning ontstaan tussen artikel 4:5 Awb en de transparantieverplichting, maar kan deze worden voorkomen door artikel 4:5 Awb transparant in te kleuren bij de verdeling van schaarse besluiten.<sup>187</sup>

Deze transparante toepassing van artikel 4:5 Awb heeft betrekking op: (i) het beperken van de soort informatie die aangevuld mag worden; en (ii) de wijze waarop artikel 4:5 Awb zal worden toegepast vooraf vast te leggen. Op deze wijze kan het bieden van een hersteltermijn in overeenstemming zijn met de transparantieverplichting, waarbij die uiteraard wel voor alle aanvragers gelijk moet worden toegepast.

Met betrekking tot het soort informatie dat kan worden aangevuld, heeft zowel het Hof van Justitie als de bestuursrechter geoordeeld dat het mogelijk is een gebrekkige aanvraag, die tijdig is ingediend, na afloop van het wettelijke indieningstijdstip aan te vullen, maar dat dit alleen geldt voor het ontbreken van een vóór de afloop van het indieningstijdstip bestaand document alsmede voor het herstellen van kennelijke vergissingen.<sup>188</sup> Uitsluitend de inhoudelijke informatie die door aanvragers voor het einde van de aanvraagperiode is

---

187 Hierbij is van belang dat van artikel 4:5 Awb slechts bij wet in formele zin kan worden afgeweken. Bestuursorganen zullen dan ook uitsluitend artikel 4:5 Awb kunnen 'inkleuren', maar er niet van afwijken.

188 CBb 18 november 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BU5467. Vgl. ook ABRvS 15 augustus 2007, AB 2008/29, m.nt. J.H.A. van der Grinten en W. den Ouden, CBb 7 juli 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BR5050 en ABRvS 12 januari 2005, AB 2005/239, m.nt. N. Verheij.

verstrekt, kan dus bij de beoordeling worden betrokken. Het bestuursorgaan is niet verplicht om in de beoordelingsfase nog naar die inhoudelijke informatie te informeren, maar het bestuursorgaan moet wel bij de voorbereiding van een besluit nagaan of een aanvraag compleet is en, indien dit niet het geval blijkt te zijn, de aanvrager in de gelegenheid stellen om ontbrekende informatie alsnog te verstrekken.<sup>189</sup>

Met betrekking tot het tweede aspect (de wijze waarop artikel 4:5 Awb zal worden toegepast vooraf vast te leggen) kan het subsidierecht als voorbeeld worden gebruikt. In het subsidierecht is het gebruikelijk om in de subsidieregeling vast te leggen dat de rangschikking van de ingediende aanvragen zal plaatsvinden op basis van *volledige* aanvragen.<sup>190</sup> Hierdoor wordt duidelijk gemaakt dat, overeenkomstig artikel 4:5 Awb, aanvulling van de aanvraag mogelijk is, maar dat het indienen van een onvolledige aanvraag nadelige gevolgen heeft voor de rangschikking. Hiermee wordt ook voorkomen dat het lonend wordt om zo snel mogelijk een pro forma-aanvraag in te dienen.<sup>191</sup> In aanvulling hierop is het ook mogelijk om 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 aanvragers met een onvolledige aanvraag op dezelfde datum eenzelfde termijn zullen krijgen om dit gebrek te herstellen.<sup>192</sup> 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.

Daarnaast is van belang dat als een aanvrager geen gebruik maakt van de herstelkans, zijn aanvraag buiten behandeling kan worden gesteld. De vervolgvraag is dan of in bezwaar alsnog de ontbrekende informatie kan worden overgelegd. Volgens vaste jurisprudentie bij de verlening van 'gewone' niet-schaarse besluiten staat het een bestuursorgaan, hoewel het hiertoe niet gehouden is, vrij om ontbrekende gegevens die na het nemen van het primaire besluit tot buiten behandeling stelling alsnog zijn overgelegd, bij zijn heroverweging in aanmerking te nemen. Dit betreft een discretionaire bevoegdheid welke door de rechter terughoudend dient te worden getoetst.<sup>193</sup> Deze vaste jurisprudentie over artikel 4:5 Awb kan mijns inziens niet worden toegepast bij schaarse besluitvorming. De Afdeling heeft immers ook geoordeeld dat 'vóór de sluiting van de aanvraagtermijn alle voor die beoordeling en rangschikking relevante gegevens moeten zijn overgelegd en dat daarna geen

---

189 CbB 6 november 2013, ECLI:NL:CBB:2013:224, AB 2014/112, m.nt. A. Drahmman. Vgl. ook CbB 3 april 2001, ECLI:NL:CBB:2001:AB1115 en CbB 11 augustus 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BN4730.

190 O.a. artikel 58 van het Besluit stimulering duurzame energieproductie.

191 CbB 18 november 2010, AB 2011/37, m.nt. Wolswinkel. Vgl. ABRvS 19 januari 2001, AB 2001/113, m.nt. N. Verheij.

192 Vgl. ABRvS 8 maart 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AV3886.

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

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.<sup>194</sup>

Op de hierboven omschreven manier wordt artikel 4:5 Awb 'transparant' toegepast. Dit is echter niet eenvoudig in het artikel te lezen en vergt een goede kennis van de jurisprudentie van de bestuursrechter hierover. Dit zou reden kunnen zijn om, als er in de Awb een regeling omtrent de verdeling van schaarse besluiten zou worden opgenomen, daarin een uitzondering op artikel 4:5 Awb op te nemen.

#### *Aanbeveling*

Er bestaat een spanning tussen artikel 4:5 Awb en de transparantieplichting. Deze kan worden opgelost door

- i) artikel 4:5 Awb 'transparant' toe te passen door in de procedure-regels hier een regeling voor op te nemen; of
- ii) (als er in de Awb een regeling omtrent de verdeling van schaarse besluiten zou worden opgenomen) in de Awb een uitzondering op artikel 4:5 Awb op te nemen.

#### *E) Verhouding tot de Wet openbaarheid van bestuur*

De transparantieplichting verplicht tot het bekendmaken van informatie. Ook de Wet openbaarheid van bestuur (Wob) betreft het openbaar maken van informatie. De Wob bevat zowel een actieve als passieve openbaarheidsverplichting. Als de regeling in de Wob wordt vergeleken met de transparantieplichting dan valt het volgende op.

Bij de transparantieplichting is de actieve openbaarmaking het uitgangspunt: een bestuursorgaan moet uit eigen beweging, voorafgaand aan de verdeelprocedure, alle voorwaarden vaststellen en bekend maken. Deze actieve openbaarmaking is neergelegd in artikel 8 van de Wob. Op grond van dit artikel is een bestuursorgaan verplicht uit eigen beweging informatie te verschaffen 'over het beleid, de voorbereiding en de uitvoering daaronder begrepen, zodra dat in het belang is van een goede en democratische bestuursvoering'. Er zijn ten minste drie verschillen tussen deze actieve openbaarmakingsverplichting in de Wob en de transparantieplichting te noemen. Ten eerste is de regeling in de Wob, volgens de Afdeling, primair de verantwoordelijkheid van het bestuursorgaan dat het rechtstreeks aangaat. De Wob voorziet niet in de mogelijkheid om een verzoek tot actieve openbaarmaking

---

194 ABRvS 26 september 2012, AB 2012/397, m.nt. A. Drahmman, ECLI:NL:RVS:2012:BX8283. Vgl. ook ABRvS 15 juli 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ2654; ABRvS 20 december 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AZ4815; en ABRvS 25 juli 2001, AB 2001/339, m.nt. N. Verheij.

in te dienen en die openbaarmakingsplicht is dus niet afdwingbaar.<sup>195</sup> Dit verschilt van de transparantieverplichting die wel een norm oplegt aan het bestuursorgaan. Indien bij de totstandkoming van een schaars besluit de transparantieverplichting niet in acht is genomen, zou de bestuursrechter dat besluit moeten vernietigen. Ten tweede zijn de weigeringsgronden van de Wob op zowel de actieve als passieve openbaarmaking van toepassing.<sup>196</sup> De vraag is hoe dit zich verhoudt tot de transparantieverplichting. Het belang van transparantie bij de verdeling van schaarse besluiten zal tot gevolg hebben dat de weigeringsgronden niet snel van toepassing zullen zijn.<sup>197</sup> Ten slotte is van belang dat de Afdeling (in het kader van passieve openbaarmaking) heeft geoordeeld dat de Wob betrekking heeft op bij de overheid berustende documenten en geen bewerkingsplicht impliceert.<sup>198</sup> De transparantieverplichting verplicht een bestuursorgaan echter (in ieder geval feitelijk) om verdeelregels en -criteria vast te stellen en bekend te maken. Een bestuursorgaan kan niet volstaan met de stelling dat er geen criteria waren en dat deze dus ook niet bekend hoefden te worden gemaakt. Ook het afwezig zijn van die criteria is voldoende reden om het besluit in strijd te achten met het beginsel van gelijke behandeling en de daaruit voortvloeiende transparantieverplichting.

Bij de transparantieverplichting ligt de nadruk dus, in tegenstelling tot de Wob, op de actieve openbaarmaking. De passieve openbaarmaking speelt met name een rol als de 'verliezer' van een verdeelprocedure informatie over de inschrijving en beoordeling van een concurrent probeert te verkrijgen. De Aanbestedingswet 2012 heeft een aan de Wob derogerende regeling<sup>199</sup> waarin is opgenomen dat (i) een aanbestedende dienst informatie die hem door een ondernemer als vertrouwelijk is verstrekt niet openbaar maakt en (ii) een aanbestedende dienst geen informatie openbaar maakt indien die informatie kan worden gebruikt om de mededinging te vervalsen.<sup>200</sup> Buiten de reikwijdte van de Aanbestedingswet 2012 zal echter aan de Wob getoetst moeten worden. Dit is niet altijd zonder problemen, zoals blijkt uit een uitspraak van het CBB. Deze uitspraak betrof de verloting van productierechten op grond van de Meststoffenwet. Na afloop van de loting had het bestuursorgaan de lotnummers en de daaraan gekoppelde aanvraagnummers bekendgemaakt, maar niet het aantal productierechten waarvoor per bedrijf ontheffing was verleend. De appellante betoogde dat het noodzakelijk was om deze informatie te verkrijgen om te kunnen controleren of het plafond was bereikt en zijn aanvraag om die

---

195 ABRvS 19 december 2012, *JB* 2013/23, m.nt. G. Overkleeft-Verburg. Zie over de instructienorm van artikel 8 Wob ook Daalder 2011, p. 227.

196 O.a. ABRvS 15 december 2010, *JB* 2011/41, m.nt. G. Overkleeft-Verburg.

197 Zie in dit verband ook E. Pietermaat en J. Muller, 'De Wob in het aanbestedingsrecht', *TA* 2010, p. 341-357.

198 ABRvS 23 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2770. Zie ook Daalder 2011, p. 139.

199 ABRvS 28 augustus 2013, *JB* 2013/200, m.nt. J.H. Keinemans. Zie ook Hoegge-Kjellefeld, *Gst.* 2014/64.

200 Artikel 2.57 van de Aanbestedingswet 2012

reden terecht was afgewezen. Het CBb volstaat met het oordeel dat er geen aanleiding bestaat te twifelen aan het feit dat het plafond daadwerkelijk is bereikt en dat de appelland geen argumenten voor het tegendeel heeft aangedragen. Wolswinkel merkt in zijn annotatie terecht op dat het punt juist is dat de appelland deze argumenten niet kan aandrazen zonder deze informatie. De transparantieplichting heeft mede ten doel om controle op de besluitvorming mogelijk te maken, zodat getoetst kan worden of de verdeelprocedure onpartijdig is uitgevoerd.<sup>201</sup>

Samenvattend kan gesteld worden dat de transparantieplichting onvoldoende wordt geborgd door de huidige regeling in de Wob. De toegevoegde waarde van de transparantieplichting zit in het feit dat de transparantieplichting, in tegenstelling tot de openbaarmakingsregeling in de Wob, een afdwingbare verplichting is om actief informatie over de verdeling van schaarse besluiten op te stellen en bekend te maken.

### 12.5.3 Van de jurisprudentie van de bestuursrechter naar de Unierechtelijke transparantieplichting

De bestuursrechter heeft inmiddels vele uitspraken gedaan over schaarse besluitvormingsprocedures. Deze zijn (gelukkig) vaak geheel in lijn met de transparantieplichting en zijn in de vorige paragraaf al beschreven. Indien onvoldoende transparantie in acht is genomen, acht de bestuursrechter dit veelal in strijd met de zorgvuldigheidnormen van de artikelen 3:2 en 3:4 Awb of het rechtszekerheidsbeginsel. 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.<sup>202</sup> Deze zware eisen vertonen vaak opvallende overeenkomsten met de transparantieplichting. Hierna zal worden volstaan met enkele uitspraken waarvan gesteld zou kunnen worden dat deze niet

---

201 CBb 30 december 2009, AB 2010/265, m.nt. C.J. Wolswinkel. Zie over de openbaarheid van informatie in een subsidietender: CBb (Vz.) 29 juli 2010, AB 2010/303, m.nt. J.M.J. van Rijn van Alkemade. In deze procedure werd door verzoekers betoogd dat het bestuursorgaan ook op grond van het transparantiebeginsel gehouden zou zijn die informatie te verschaffen. De Voorzieningenrechter beoordeelt uitsluitend of een van de weigeringsgronden van toepassing is en gaat niet in op het betoog inzake het transparantiebeginsel. Uiteindelijk wordt het verzoek toegewezen.

202 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.

leiden tot (optimale) transparante besluitvorming. Daarbij is wel van belang dat jurisprudentie altijd casuïstisch is en dat de omvang van het geding bovendien afhankelijk is van de aangevoerde beroepsgronden.

Allereerst wijs ik op een aantal uitspraken van het CbB die betrekking hebben op de passende mate van openbaarheid die de transparantieverplichting beoogt te garanderen. Het CbB heeft geoordeeld dat, als bij de verlening van een schaarse vergunning gebruik wordt gemaakt van een systeem van volgorde van binnenkomst van de aanvraag, voor potentiële gegadigden kenbaar moet zijn of deze vergunning beschikbaar is of komt en wat de te volgen procedure is. Dit is geheel in lijn met de transparantieverplichting. Vervolgens overweegt het CbB echter dat appellanten (een potentiële aanvrager van de schaarse vergunning) bekend was of bekend had kunnen zijn dat de geldigheidsduur van de eerder verleende vergunning zou verstrijken op 31 december 2007 en de procedure ten aanzien van het verlenen van de vergunning duidelijk was.<sup>203</sup> Hiermee wordt echter een onderzoeksplicht op de potentiële gegadigden gelegd, terwijl de transparantieverplichting juist uitgaat van een actieve bekendmakingsplicht voor het bestuursorgaan. Ook bij een systeem van volgorde van binnenkomst van de aanvragen zou gewerkt moeten worden met een 'openstellingsbesluit'. Verder heeft het CbB geoordeeld dat in het geval van een schaars besluit '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'.<sup>204</sup> In essentie wordt hiermee in lijn met de transparantieverplichting geoordeeld. Mijns inziens zou het CbB echter nog verder mogen gaan. Nog los van het feit dat het CbB uitzonderingen mogelijk acht ('in beginsel'), lijkt het CbB (in de tussenzin) van belang te achten dat het bestuursorgaan ermee bekend was dat er andere geïnteresseerden waren. Deze kennis is mijns inziens echter niet nodig. Op grond van de transparantieverplichting zou een bestuursorgaan een actieve bekendmaking moeten doen die alle (ook onbekende) potentiële aanvragers kan bereiken. Daarnaast 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.<sup>205</sup> Een dergelijke impliciete keuze voor een verdeelmethode is mijns inziens onvoldoende transparant. De wijze waarop deze verdeling gaat plaatsvinden (de verdeelprocedure) moet van tevoren worden vastgesteld en bekendgemaakt. Een laatste aandachtspunt uit de

---

203 CbB 28 april 2010, AB 2010/186, m.nt. C.J. Wolswinkel.

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

205 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 CbB (Vz.) 22 april 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ3306, AB 2011/179, m.nt. C.J. Wolswinkel. Vgl. ook ABRvS 25 september 2013, AB 2013/385, m.nt. A. Drahmman.

jurisprudentie is de rol van documenten die in aanvulling op de verdeelregeling worden opgesteld. Zo stellen adviescommissies vaak toetsingsleidraden vast aan de hand waarvan zij de aanvragen toetsen. Als deze leidraden daarmee een extra uitleg geven aan de selectiecriteria die worden gehanteerd, dan zouden deze documenten mijns inziens op grond van de transparantieverplichting openbaar gemaakt moeten worden. De Afdeling heeft echter geoordeeld dat dergelijke stukken geen op de zaak betrekking hebbende stukken zijn, waardoor ze niet achteraf (laat staan vooraf) bekendgemaakt hoeften te worden.<sup>206</sup> Ook in 2013 heeft de Afdeling nog geoordeeld dat het afdoende is om de beleidsregels met de beoordelingscriteria bekend te maken en niet tevens het 'beoordelingsstramien' waarin vermeld stond op grond waarvan de aanvragen per beoordelingsaspect werden beoordeeld, mits de (bekendgemaakte) beoordelingscriteria helder zijn omschreven en de aanvrager voldoende duidelijk kunnen zijn.<sup>207</sup> Bij al deze uitspraken kan gesteld worden dat het bestuursorgaan niet het belang van alle potentiële aanvragers om een gelijke kans te hebben om voor het schaarse besluit in aanmerking te komen, heeft vooropgesteld. Het bestuursorgaan heeft niet of onvoldoende informatie over de verdeling (de procedure of de criteria) bekendgemaakt. De bestuursrechter had mijns inziens dan ook het besluit moeten vernietigen. Hoewel de procespartij kennelijk niet benadeeld is door de beperkte openbaarheid (hij heeft immers tijdig rechtsmiddelen kunnen aanwenden), waardoor een beroep hierop wellicht enigszins formalistisch overkomt, zou de bestuursrechter bij het beoordelen van deze beroepsgrond het belang van de afwezige, potentiële aanvrager, bij zijn oordeel moeten betrekken.

Hiervoor is er al op gewezen dat het doel van de transparantieverplichting is dat alle aanvragers een gelijke kans moeten krijgen om voor het schaarse besluit in aanmerking te komen. Vanuit dit oogpunt is het moeilijk voorstelbaar dat de begindatum om aanvragen in te kunnen dienen in het verleden ligt. Het CBb lijkt echter geen bezwaar te hebben tegen een peildatum die in het verleden ligt om te bepalen wie als eerste een aanvraag heeft ingediend.<sup>208</sup> In het verlengde daarvan is van belang dat de verdeelprocedure en -criteria voor de aanvang van de verdeelprocedure moeten worden vastgesteld en gedurende de procedure niet gewijzigd kunnen worden. Dit betekent dat in bezwaar ex tunc beslist moet worden. De Afdeling heeft geoordeeld dat als relevant peilmoment geldt dat het recht dient te worden toegepast zoals dat gold op de laatste dag waarop de aanvragen konden worden ingediend.<sup>209</sup> De transparantie zou nog verder vergroot worden als dit peilmoment niet de

---

206 ABRvS 10 december 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG6429.

207 ABRvS 24 april 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ8429, AB 2013/327, m.nt. C.J. Wolswinkel.

208 CBb 7 december 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BU8507 en ECLI:NL:CBB:2011:BU8509, AB 2012/55, m.nt. C.J. Wolswinkel. Vgl ook CBb 13 december 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BZ2031.

209 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. Zie echter anders: ABRvS 6 april 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ0297 en ECLI:NL:RVS:2011:BQ0298.

laatste dag, maar de eerste dag waarop de aanvragen konden worden ingediend, zou zijn. Als de laatste dag als uitgangpunt wordt genomen, dan zou op het bestuursorgaan de bewijslast moeten rusten dat alle (potentiële) aanvragers kennis hebben genomen van de wijziging zodat zij hun aanvraag hierop hebben kunnen aanpassen.

Een ander aandachtspunt is dat uit jurisprudentie van het Hof van Justitie volgt dat de verdelingscriteria openbaar gemaakt moeten worden.<sup>210</sup> De onderlinge weging van die criteria hoeft niet vooraf openbaar gemaakt te worden, maar moet wel voor de beoordeling van de ingediende aanvragen vastgesteld zijn.<sup>211</sup> Het CBB heeft echter geoordeeld dat een werkwijze waarbij adviescommissies pas op basis van de al ingediende aanvragen een puntentelling opstellen en vervolgens ook deelnamen aan de toepassing van dat puntensysteem, niet in strijd met de Awb is.<sup>212</sup> Deze handelwijze, waarbij pas na ontvangst en eerste bestudering van de aanvragen het puntensysteem ontwikkeld wordt, is in strijd met de transparantieverplichting.

De uitspraken van de bestuursrechter zijn vaak geheel in lijn met de transparantieverplichting. Indien onvoldoende transparantie in acht is genomen, acht de bestuursrechter dit veelal in strijd met de zorgvuldigheidsnormen van de artikelen 3:2 en 3:4 Awb of het rechtszekerheidsbeginsel. Desalniettemin kunnen de volgende *aanbevelingen* worden geformuleerd om de transparantie bij de verdeling van schaarse besluiten te vergroten:

- 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 opvallende overeenkomsten met de transparantieverplichting. Het verdient aanbeveling dat de Afdeling deze jurisprudentielijn overneemt, waarbij het wenselijk is dat de transparantieverplichting of het beginsel van gelijke kansen wordt geëxpliciteerd. Hierop wordt in de volgende paragraaf nog nader ingegaan.
- Het verdient aanbeveling dat de bestuursrechter toetst of een bestuursorgaan een passende mate van openbaarheid in acht heeft genomen. Dit betekent dat op het bestuursorgaan een actieve bekendmakingsplicht rust en geen onderzoeksplicht voor de potentiële gegadigden. Er moet een algemene bekendmaking plaatsvinden. Daarnaast is een impliciete keuze voor een verdeelmethode onvoldoende transparant. Het voorgaande geldt voor alle verdeelsystemen, dus ook bij een systeem van volgorde van binnenkomst van de aanvragen.

---

210 O.a. HvJ EG 25 april 1996, C-87/94 (Waalse bussen) en HvJ EG 24 januari 2008, C-532/06 (Lianakis e.a.).

211 HvJ EU 18 november 2010, C-226/09, NJ 2011/87.

212 CBB 21 december 2011, AB 2012/63, m.nt. A. Drahmman en J.M.J. van Rijn van Alkemade.

- Het verdient aanbeveling om een toetsingsleidraad of beoordelingsstramien van adviescommissies, die een extra uitleg geven aan de selectiecriteria die worden gehanteerd, openbaar te maken.
- Het verdient aanbeveling dat de bestuursrechter toetst of de begindatum om aanvragen in te kunnen dienen niet in het verleden ligt. Ook dit geldt voor alle verdeelsystemen, dus ook bij een systeem van volgorde van binnenkomst van de aanvragen.
- Het verdient aanbeveling dat de bestuursrechter toetst of de verdeelprocedure en -criteria voor de aanvang van de verdeelprocedure zijn vastgesteld en gedurende de procedure niet zijn gewijzigd. Dit betekent dat als relevant peilmoment geldt dat het recht dient te worden toegepast zoals dat gold op de eerste dag waarop de aanvragen konden worden ingediend.

#### 12.5.4 Intermezzo: rechtsbescherming

De rechtsbescherming bij schending van de transparantieplichting bij de verdeling van schaarse besluiten maakt geen onderdeel uit van dit onderzoek. Hiervoor verwijs ik naar de (nog te verschijnen) dissertatie van Van Rijn van Alkemade. Desalniettemin wil ik wel een aantal mogelijke knelpunten aanstippen die een effectieve rechtsbescherming bemoeilijken. De reden hiervoor is dat er in het Nederlands bestuursrecht een (op zich goede) tendens is om te streven naar finale geschillenbeslechting. Het is dan ook de vraag wat de gevolgen zijn van een schending van de transparantieplichting.

Sinds 1 januari 2013 kan een besluit, ondanks schending van een geschreven of ongeschreven rechtsregel of algemeen rechtsbeginsel, in stand worden gelaten indien aannemelijk is dat de belanghebbenden daardoor niet zijn benadeeld.<sup>213</sup> Juist bij de verdeling van schaarse besluiten stelt de transparantieplichting de belangen van potentiële aanvragers voorop. Het zijn deze potentiële aanvragers die een gelijke kans moeten krijgen om voor het schaarse besluit in aanmerking te komen. Dit heeft tot gevolg dat, als sprake is van een flagrante schending van de transparantieplichting, een verdeelprocedure helemaal opnieuw georganiseerd moet worden. Van een dergelijk schending is in ieder geval sprake als er in het geheel geen passende mate van openbaarheid heeft plaatsgevonden. Uit jurisprudentie van het Hof van Justitie en de civiele rechter in aanbestedingsgeschillen blijkt dat het soms ook mogelijk is om het gebrek te herstellen, bijvoorbeeld door een aanvullende motivering. Verder is het mogelijk om vervangende schadevergoeding te bieden.<sup>214</sup> Ook de Afdeling heeft geoordeeld dat als een schaars (subsidie)besluit ten onrechte is geweigerd en vervolgens, naar aanleiding van

---

213 Artikel 6:22 Awb.

214 HvJ EG 13 april 2010, C-91/08 (Wall AG). Zie echter over de complicaties in dergelijke schadevergoedingprocedures: Van Rijn van Alkemade, *O&A* 2011/37.

een uitspraak van de rechtbank, alsnog wordt verleend, het bestuursorgaan gehouden is de aanvrager zoveel mogelijk in de situatie te brengen waarin zij zou hebben verkeerd als het bestuursorgaan reeds ten tijde van het primaire besluit een rechtens juiste beslissing had genomen.<sup>215</sup>

Inherent aan het karakter van een schaars besluit is dat er veel over geprocedeed wordt: de (economische) gevolgen zijn immers groot voor de 'verliezer' van de verdeelprocedure. De vraag is dan ook of er manieren zijn om het aantal procedures tegen (zowel de positieve als negatieve) besluiten te verminderen.

Interessant in dit verband is dat voor het subsidierecht een regeling voor gegronde bezwaar- en beroepsprocedures is getroffen in artikel 4:25 lid 3 Awb. Dit artikel bepaalt dat indien niet tijdig, dan wel in bezwaar of beroep of ter uitvoering van een rechterlijke uitspraak omtrent subsidieverstrekking wordt beslist, de verplichting om een subsidie te weigeren als door subsidieverstrekking het subsidieplafond zou worden overschreden, slechts geldt voor zover dit ook gold op het tijdstip, waarop de beslissing in eerste aanleg werd genomen of had moeten worden genomen. Het voordeel van dit artikellid is dat een aanvrager van wie de subsidie is geweigerd geen rechtsmiddelen hoeft aan te wenden tegen aan derden verstrekte subsidies. Het feit dat deze verstrekte subsidies formele rechtskracht krijgen, heeft niet tot gevolg dat zijn bezwaarschrift nooit meer gegrond verklaard kan worden en dat wel alsnog subsidie verstrekt kan worden. Dit is slechts anders als op de datum van het primaire besluit het subsidieplafond al was bereikt. In dat geval kan het interessant zijn om rechtsmiddelen aan te wenden tegen de subsidieverstrekking aan een 'concurrerende' aanvrager.<sup>216</sup> Als dit subsidiebesluit immers wegvalt, dan ontstaan er wellicht weer middelen waardoor nieuwe aanvragen kunnen worden verleend.<sup>217</sup> Het creëren van een extra depot voor gegronde beroepen heeft als nadeel dat hiermee geen daadwerkelijk rechtsherstel wordt geboden. Er wordt immers slechts extra subsidie verleend, maar een eerder ten onrechte verstrekte maar onherroepelijke subsidie wordt daarmee nog niet ingetrokken.<sup>218</sup> Deze nadelen kunnen worden voorkomen door alle besluiten die worden genomen in het kader van een schaars recht geconcentreerd, dat wil zeggen als één (bundel) beschikking(en), tot stand te brengen of om dergelijke

---

215 Een redelijke toepassing van deze regel brengt met zich dat in dit geval als datum voor welke nog geen investeringen mochten worden gedaan niet de dag waarop de subsidie uiteindelijk is toegekend, maar de dag waarop de subsidie behoorde te worden toegekend, moet zijn (ABRvS 11 juli 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX1076, AB 2013/64, m.nt. A.J. Metselaar en J.M.J. van Rijn van Alkemade).

216 Aandachtspunt is wel dat de 'concurrent' moet kunnen worden aangemerkt als belanghebbende in de zin van artikel 1:2 Awb (o.a. ABRvS 29 mei 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA1378, AB 2013/264, m.nt. W. den Ouden).

217 Vgl. ABRvS 24 december 2013, AB 2014/59, m.nt. A. Drahmman, over het ontbreken van procesbelang omdat een (andere) ligplaatsvergunning onherroepelijk was.

218 Zie hierover mijn annotatie bij CBB 6 november 2013, ECLI:NL:CBB:2013:224, AB 2014/112, m.nt. A. Drahmman.

lijke besluiten te beschouwen als onsplitsbaar.<sup>219</sup> Een andere mogelijkheid is om een algemene intrekingsbevoegdheid te creëren voor een (onherroepelijk) schaars besluit, waarvan later blijkt dat het ten onrechte, namelijk in strijd met de transparantieplichting, is verleend.

Bij het voorgaande wordt ervan uitgegaan dat een partij kennis heeft genomen van de besluitvorming, waardoor deze (tijdig) rechtsmiddelen heeft kunnen aanwenden. Dit zal bijvoorbeeld het geval zijn bij een aan hem gericht weigeringsbesluit. Het is echter ook mogelijk dat er ten onrechte in het geheel geen bekendmaking heeft plaatsgevonden. In een dergelijk geval is de kans groot dat het besluit formele rechtskracht heeft verkregen, terwijl de transparantieplichting evident is geschonden. Wat kan een marktpartij dan doen? Mijns inziens zijn twee opties denkbaar. De eerste optie is dat sprake is van verschoonbare termijnoverschrijding (artikel 6:11 Awb). In dat geval zou de partij binnen twee weken nadat zij kennis heeft genomen van de besluitvorming alsnog bestuursrechtelijke rechtsmiddelen moeten aanwenden. De tweede optie is dat het ontbreken van de bekendmaking wordt beschouwd als een onrechtmatige feitelijke handeling (nalaten) waarover de civiele rechter bevoegd is over te oordelen. De marktpartij zou in dat geval de rechtspersoon waartoe het bestuursorgaan behoort, moeten dagvaarden.<sup>220</sup>

Daarnaast wijs ik in dit verband op het feit dat in het kader van de verdeelprocedure vaak meerdere besluiten worden genomen.<sup>221</sup> Tegen zowel algemeen verbindende voorschriften als voorbereidingshandelingen in de zin van artikel 6:3 Awb staat geen rechtsbescherming open. Dit zou kunnen betekenen dat bezwaren tegen bijvoorbeeld een onduidelijk selectiecriterium pas in een laat stadium, namelijk na de verstrekking van de schaarse besluiten, aan de bestuursrechter kunnen worden voorgelegd. Dit is onwenselijk. Ook dit kan op meerdere manieren worden opgelost. Zo is het mogelijk om eerdere besluiten ook appellabel te maken.<sup>222</sup> De tweede optie is om het concept van de

---

219 ABRvS 29 juni 2005, *AB* 2005/365, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven, en *Gst.* 2006/6, afl. 7243, m.nt. L.M. Koenraad, CBb 8 januari 2010, *JB* 2010/75, m.nt. J. Wolswinkel en ABRvS 24 december 2013, *AB* 2014/59, m.nt. A. Drahmman.

220 Zie ook Huisman & Van Ommeren, *NTB* 2014/6.

221 Van Ommeren onderscheidt de volgende vijf beslismomenten: (i) plafond en procedurebeslissing; (ii) uitvoeringsregels: de reglementen; (iii) toelating/selectie; (iv) toekenning/gunning; en (v) verlening (Van Ommeren 2004, p. 23 e.v.).

222 Zie bijvoorbeeld CBb 24 mei 2012, *AB* 2013/66, m.nt. C.J. Wolswinkel en CBb 8 mei 2014, *ECLI:NL:CBB:2014:308*. Widdershoven e.a. benadrukken dat gelet op het feit dat na de tussenbeslissing de vervolprocedure wordt voortgezet, het noodzakelijk is dat de rechtmatigheid van het besluit op korte termijn kan worden voorgelegd aan de bestuursrechter. Gelet op de zeer terughoudende toetsing van de voorzieningenrechter en bovendien het voorlopige karakter van de uitspraak ingeval van een voorlopige voorziening hangende de bezwaarprocedure, zou ook de bezwaarprocedure overgeslagen moeten worden en zou direct beroep mogelijk moeten zijn (Widdershoven e.a. 2007, p. 205-206). Van Ommeren is juist van mening dat een groot aantal appellabele besluiten uit een oogpunt van proces-economie onwenselijk is. Hij stelt voor dat uitsluitend het plafondbesluit en het verleningsbesluit appellabel zijn, maar de tussenliggende beslissingen niet (Van Ommeren 2004).

'rechtsverwerking' of 'klachtplicht' ook in het Nederlandse bestuursrecht te introduceren.<sup>223</sup> In het Grossmann-arrest heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat een persoon, na gunning van een overheidsopdracht, kan worden geacht geen toegang meer te hebben tot beroepsprocedures, wanneer deze persoon niet heeft deelgenomen aan de aanbestedingsprocedure, zulks op grond dat hij wegens gestelde discriminerende specificaties in de aanbestedingsprocedure, waartegen hij evenwel geen beroep heeft ingesteld vóór de gunning van de opdracht, niet in staat zou zijn geweest de te plaatsen opdracht volledig uit te voeren. Dat oordeel hangt samen met de doelstellingen van snelheid en doeltreffendheid van de aanbestedingsrichtlijnen: het afwachten van het besluit tot gunning vooraleer deze juist op grond van de discriminerende aard van die specificaties aan te vechten, belemmert de daadwerkelijke toepassing van de richtlijnen omdat zij de instelling van beroepsprocedures zonder objectieve redenen kan vertragen.<sup>224</sup>

Bovendien is het voor de aanvragers wenselijk dat er zo spoedig mogelijk duidelijkheid ontstaat over de bruikbaarheid van het verleende schaarse besluit. Om dit mogelijk te maken zou ervoor gekozen kunnen worden om de bezwaarprocedure over te slaan en direct beroep mogelijk te maken. Voor het overige bestaan er mijns inziens in de Awb voldoende processuele middelen om een procedure te versnellen, zoals een verzoek om een voorlopige voorziening (al dan niet met kortsluiting), de procedure voor de versnelde behandeling<sup>225</sup> en de bestuurlijke lus.<sup>226</sup>

Ten slotte is de handhaving van schaarse besluiten een aandachtspunt. Hiervoor is al ingegaan op de mogelijkheid om een uitvoeringsplicht te verbinden aan schaarse besluiten. Als deze uitvoeringsplicht is opgelegd, dan kan handhavend worden opgetreden tegen het niet uitvoeren. Als er geen uitvoeringsplicht is, dan kan vaak tot intrekking van het schaarse besluit worden overgegaan.<sup>227</sup> Een concurrent kan dus ook een verzoek tot terugvordering, tot intrekking of tot handhaving bij een bestuursorgaan indienen in de hoop dat daarmee de concurrentieverhoudingen worden hersteld.<sup>228</sup>

---

223 Vgl. CbB 10 juli 2014, ECLI:NL:CBB:2014:244, AB 2014/336, m.nt. A. Drahmman.

224 HvJ EG van 12 februari 2004, C-230/02 en HR 26 juni 2009, NJ 2009/306.

225 Artikel 8:52 Awb.

226 Van Rijn Van Alkemade pleit voor het toekennen van opschortende werking aan het bezwaar of beroep tegen een schaarse vergunning, in combinatie met een verplichting voor de bestuursrechter om binnen een bepaalde termijn versneld uitspraak te doen in het geschil, omdat dit perspectief biedt op een evenwichtiger rechtsbescherming, waarbij de belangen van snelheid, zorgvuldigheid en rechtszekerheid beter met elkaar in balans zijn (Van Rijn Van Alkemade, *JBplus* 2014, p. 40-53).

227 Voor subsidieverstrekking is terugvordering mogelijk op grond van artikel 4:57 Awb.

228 Uit ABRvS 4 mei 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ3428, AB 2011/317, m.nt. W. den Ouden, volgt dat een concurrent belanghebbende is in een procedure over de terugvordering van een subsidie.

### 12.5.5 Conclusie

Op basis van het voorgaande kan de vraag worden beantwoord in hoeverre de transparantievereisten reeds in het algemeen bestuursrecht zijn geborgd en in hoeverre er elementen uit de Awb op gespannen voet staan met de transparantieplichting.

Uit jurisprudentie van de bestuursrechter blijkt dat de transparantie bij de verdeling van schaarse rechten tot op zekere hoogte geborgd is. Op een aantal punten is echter verbetering mogelijk. Deze verbeterpunten hebben zowel betrekking op de (toepassing van de) Awb als op jurisprudentie van de bestuursrechter. Deze verbeterpunten zijn hiervoor zo concreet mogelijk beschreven. De belangrijkste verbeterpunten leiden tot deze aanbevelingen:

#### *Aanbevelingen voor de wetgever*

- Het verdient aanbeveling om, in aanvulling op de regeling omtrent de bekendmaking van besluiten in artikel 3:40 Awb e.v., een actieve, algemene bekendmakingsplicht voor schaarse besluiten te introduceren. Op grond hiervan zouden bestuursorganen verplicht worden om algemeen bekend te maken dat een procedure waarbij een schaars besluit 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 kunnen deelnemen.
- Bestuursorganen zouden verplicht moeten worden om (de verdeling van hun schaarse) besluiten centraal bekend te maken op één website (vgl. TenderNed). Hoewel dit voor een passende mate van openbaarheid niet strikt noodzakelijk is, zou dit mijns inziens de transparantie aanzienlijk vergroten.
- Er bestaat een spanning tussen artikel 4:84 Awb en de transparantieplichting. Deze kan worden opgelost door (als er in de Awb een regeling omtrent de verdeling van schaarse besluiten zou worden opgenomen) in de Awb een uitzondering op dit artikel op te nemen.
- Er bestaat een spanning tussen artikel 4:5 Awb en de transparantieplichting. Deze kan worden opgelost door (als er in de Awb een regeling omtrent de verdeling van schaarse besluiten zou worden opgenomen) in de Awb een uitzondering op artikel 4:5 Awb op te nemen.

#### *Aanbevelingen voor bestuursorganen*

- Er bestaat een spanning tussen artikel 4:84 Awb en de transparantieplichting. Deze kan worden opgelost door verdeelcriteria en -regels niet vast te leggen in een beleidsregel, maar in een algemeen verbindend voorschrift.

- Het verdient aanbeveling dat bestuursorganen een actieve, algemene bekendmakingsplicht in acht nemen.
- Er bestaat een spanning tussen artikel 4:5 Awb en de transparantieverplichting. Deze kan worden opgelost door artikel 4:5 Awb 'transparant' toe te passen door hiervoor in de procedureregels een regeling op te nemen.

#### *Aanbevelingen voor de bestuursrechter*

- Bestuursorganen moeten een algemene bekendmakingsplicht in acht nemen. De bestuursrechter kan deze verplichting baseren op artikel 3:42 Awb (eventueel in combinatie met het gelijkheidsbeginsel of de transparantieverplichting).
- Er bestaat een spanning tussen artikel 4:84 Awb en de transparantieverplichting. Deze kan worden opgelost door als uitgangspunt te nemen dat bij schaarse besluitvorming nimmer sprake is van bijzondere omstandigheden die onevenredig zijn in verhouding tot de met de beleidsregel te dienen doelen.
- 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 opvallende overeenkomsten met de transparantieverplichting. Het verdient aanbeveling dat de Afdeling deze jurisprudentielijn overneemt, waarbij het wenselijk is dat de transparantieverplichting of het beginsel van gelijke kansen wordt geëxpliciteerd. Hierop wordt in de volgende paragraaf nog nader ingegaan.
- Een bestuursorgaan moet een passende mate van openbaarheid in acht nemen. Dit betekent dat op het bestuursorgaan een actieve bekendmakingsplicht rust en geen onderzoeksplicht voor de potentiële geadigden. Er moet een algemene bekendmaking plaatsvinden. Daarnaast is een impliciete keuze voor een verdeelmethode onvoldoende transparant. Het voorgaande geldt voor alle verdeelsystemen, dus ook bij een systeem van volgorde van binnenkomst van de aanvragen.
- Het verdient aanbeveling om een toetsingsleidraad of beoordelingsstrategieën van adviescommissies die een extra uitleg geven aan de selectiecriteria die worden gehanteerd, openbaar te maken.
- De begindatum om aanvragen in te kunnen dienen kan niet in het verleden liggen. Ook dit geldt voor alle verdeelsystemen, dus ook bij een systeem van volgorde van binnenkomst van de aanvragen.
- De verdeelprocedure en -criteria moeten voor de aanvang van de verdeelprocedure worden vastgesteld en kunnen gedurende de procedure niet gewijzigd worden. Dit betekent dat als relevant peilmoment geldt dat het recht dient te worden toegepast zoals dat gold op de eerste dag waarop de aanvragen konden worden ingediend.

## 12.6 DEELVRAAG 4

*Voor zover de transparantievereisten thans onvoldoende in het Nederlandse algemeen bestuursrecht zijn geborgd en/of er elementen uit de Awb zijn die op gespannen voet staan met de transparantieplichting, hoe kunnen deze vereisten dan alsnog worden geïntroduceerd en geborgd in het Nederlandse bestuursrecht?*

Deze deelvraag is – met name – beantwoord in het artikel/hoofdstuk ‘Hoe kunnen transparantieplichtingen worden geïntroduceerd in het Nederlandse bestuursrecht bij de verdeling van schaarse besluiten?’ (hoofdstuk 11 van dit boek).

Bij de beantwoording van de vorige deelvraag is geconcludeerd dat veel transparantievereisten al zijn geborgd in het Nederlandse bestuursrecht of via algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Toch is er ook een aantal aanbevelingen voor vergroting van de transparantie bij de verdeling van schaarse besluiten gedaan. Om deze aanbevelingen te kunnen realiseren zijn drie opties denkbaar, namelijk:

- i) de transparantieplichting als onderdeel van reeds algemeen erkende algemene beginselen van behoorlijk bestuur;
- ii) erkenning van de transparantieplichting als zelfstandig beginsel; en/of
- iii) codificatie van (onderdelen van) de transparantieplichting in de Awb.

Deze drie opties zullen hierna worden uitgewerkt.

## 12.6.1 De transparantieplichting als onderdeel van reeds algemeen erkende algemene beginselen van behoorlijk bestuur

Uit jurisprudentieonderzoek blijkt dat de bestuursrechter nu al aan transparantievereisten toetst, en wel via het verbod van vooringenomenheid,<sup>229</sup> het formele rechtszekerheidsbeginsel,<sup>230</sup> het willekeurverbod en het materiële zorgvuldigheidsbeginsel,<sup>231</sup> het formele zorgvuldigheidsbeginsel<sup>232</sup> en het

229 O.a. ABRvS 6 juni 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW7592, AB 2013/73, m.nt. C.J. Wolswinkel en ABRvS 24 maart 2010, JB 2010/119 en AB 2010/137, m.nt. W. den Ouden.

230 CBb 7 december 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BU8507 en ECLI:NL:CBB:2011:BU8509, AB 2012/55, m.nt. C.J. Wolswinkel, CBb (Vz.) 22 april 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ3306, AB 2011/179, m.nt. C.J. Wolswinkel, CBb 13 december 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BZ2031, 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 en ABRvS 6 april 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ0297 en ECLI:NL:RVS:2011:BQ0298.

231 CBb 15 mei 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW6630, AB 2012/372, m.nt. C.J. Wolswinkel, 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.

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

motiveringsbeginsel.<sup>233</sup> Hieruit blijkt dat met een combinatie van deze diverse beginselen de transparantie van schaarse besluitvorming grotendeels geborgd is. Voor zover uit voorgaande paragrafen bleek dat bepaalde transparantievereisten nog niet zijn geborgd, zouden zij door een jurisprudentiewijziging ook via deze beginselen geïntroduceerd kunnen worden. Het is echter de vraag of versnippering van transparantievereisten over diverse beginselen – zoals nu in de status quo gebeurt – wenselijk is.

Opvallend is dat het gelijkheidsbeginsel door de bestuursrechter niet als grondslag wordt gebruikt om schaarse besluiten te toetsen aan transparantievereisten, terwijl het Hof van Justitie het beginsel van gelijke behandeling en de transparantieverplichting vaak in een adem noemt, onder meer door te oordelen dat de transparantieverplichting uit dit beginsel van gelijke behandeling voortvloeit.<sup>234</sup> Dit komt wellicht door een verschil tussen de strekking van het Europese beginsel van gelijke behandeling en het nationale gelijkheidsbeginsel. Bij het ene beginsel is de vraag of *potentiële* aanvragers *kunnen* zijn benadeeld, terwijl bij het ander wordt bezien of in een concreet geval *daadwerkelijk* sprake is van een *benadeling* van de een ten opzichte van de ander.

Interessant in dit verband is de uitspraak van het CBb waarin het CBb, in het kader van een subsidietender, overweegt dat het het standpunt van het bestuursorgaan onderschrijft 'dat, *vanuit het oogpunt van gelijke behandeling*, uitsluitend de inhoudelijke informatie die door aanvragers voor het einde van de aanvraagperiode is verstrekt, bij de beoordeling kan worden betrokken.'<sup>235</sup> In dit geval was aanvullende informatie dus terecht niet bij de beoordeling betrokken. Onduidelijk is nog wat het CBb zou oordelen als dit wel het geval zou zijn geweest: zou dan het 'gelijkheidsbeginsel' (in de zin van het beginsel van gelijke behandeling) zijn geschonden?

Door een lichte modificatie van het Nederlandse gelijkheidsbeginsel kan de transparantieverplichting fungeren als middel om gelijke kansen te creëren en daarmee zorgdragen voor een eerlijke mededinging. Een dergelijke uitleg is in lijn met jurisprudentie van het Hof van Justitie waarin als uitgangspunt wordt genomen dat het overkoepelende doel van de transparantieverplichting is om eerlijke mededinging mogelijk te maken. Het gelijk behandelen van alle potentiële aanvragers is volgens het Hof van Justitie noodzakelijk om daadwerkelijke mededinging te kunnen realiseren.<sup>236</sup> De transparantieverplichting zou kunnen worden gezien als *middel* om dat doel te bereiken en dus als *subbeginsel* van het gelijkheidsbeginsel.<sup>237</sup>

---

233 ABRvS 8 september 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AQ9962, AB 2005/107, m.nt. F.R. Vermeer.

234 Zie ook Van Ommeren 2011a, p. 256.

235 CBb 6 november 2013, AB 2014/112, m.nt. A. Drahmman.

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

237 Ook Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014 (hoofdstuk 8, §3) stelt dat bij de verdeling van schaarse rechten alles draait om gelijke kansen en dat daarom veel belang wordt gehecht aan de transparantie van het hele selectieproces (van aankondiging tot en met toewijzing).

Hierbij is van belang dat de transparantieverplichting (vrijwel geheel) een 'formele' verplichting is. De transparantieverplichting stelt uitsluitend eisen aan de wijze waarop de verdeelprocedure moet worden vormgegeven. In die zin kan dus onderscheid worden gemaakt tussen een 'formeel gelijkheidsbeginsel', waarbij een (verdeel)procedure zo moet worden vormgegeven dat alle potentiële aanvragers een gelijke kans moeten krijgen om voor het schaarse recht in aanmerking te komen, en een 'materieel gelijkheidsbeginsel', waarbij de vraag is of een aan de een toegekend recht ook toegekend moet worden aan een ander.

Aan deze lichte modificatie van het gelijkheidsbeginsel kleeft wel een risico: 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. Dit risico geldt echter ook bij de transparantieverplichting als deel van ieder ander beginsel van behoorlijk bestuur en zou alleen door de erkenning van een transparantiebeginsel of codificatie (waarover meer in de volgende paragrafen) kunnen worden voorkomen.

Daarnaast kan de vraag worden gesteld of deze invalshoek wellicht te theoretisch is en te ver verwijderd van de dagelijkse bestuursrechtpraktijk. De door de bestuursrechter meest gehanteerde vernietigingsgrond is het zorgvuldigheidsbeginsel. Een schending van een transparantieverplichting wordt dus in de praktijk beschouwd als een zorgvuldigheidsgebrek van het bestuursorgaan. Gesteld zou dan ook kunnen worden dat het zorgvuldigheidsbeginsel een beter beginsel zou kunnen zijn als basis voor de transparantieverplichting. In dat geval wordt (en blijft) het bijzondere karakter van schaarse rechten echter mijns inziens ten onrechte onderbelicht. Bij de beantwoording van de voorgaande deelvraag is een aantal concrete voorbeelden gegeven van verdeelprocedures die niet transparant zijn verlopen en waarvan de bestuursrechter deze schaarse besluiten niet heeft vernietigd. Een verklaring hiervoor zou kunnen zijn dat de bestuursrechter het bijzondere karakter van schaarse besluitvorming nog onvoldoende (h)erkent door aan te sluiten bij de zorgvuldigheidsnormen van artikel 3:2 en 3:4 Awb. Zoals gesteld dient de transparantieverplichting drie doelen, waaronder het bieden van gelijke kansen aan potentiële aanvragers om zo daadwerkelijke mededinging te kunnen realiseren. Het is weliswaar mogelijk om dit te realiseren door bijzondere zorgvuldigheidsnormen aan bestuursorganen op te leggen, maar mijns inziens is het beter om de ratio van de transparantieverplichting bij de verdeling van schaarse rechten duidelijker naar voren te brengen door middel van het formele gelijkheidsbeginsel.

Volgens vaste jurisprudentie van het CbB dienen zware eisen te worden gesteld aan schaarse besluitvorming.<sup>238</sup> Het oogpunt van gelijke kansen voor de aanvragers wordt hierbij niet benoemd als grondslag voor deze zware eisen. Het identificeren van het (formeel) 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 naar voren wordt gebracht. In het verlengde hiervan zou de transparantieverplichting dan als onderdeel van dit (formeel) gelijkheidsbeginsel bij de verdeling van schaarse besluiten in het Nederlandse bestuursrecht worden geïntroduceerd.

### 12.6.2 Erkenning van het transparantiebeginsel als zelfstandig beginsel

De transparantieverplichting zou in het Nederlandse bestuursrecht ook kunnen worden geïntroduceerd door het te erkennen als een (zelfstandig) algemeen beginsel van behoorlijk bestuur. 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.

Bij de bestuursrechter echter lijkt 'enige huiver' te bestaan om het transparantiebeginsel als zodanig te benoemen.<sup>239</sup> Gelet op het aanzienlijke aantal beginselen van behoorlijk bestuur dat al wordt onderscheiden, is de vraag gerechtvaardigd of nog een beginsel echt nodig is of dat kan worden volstaan met de in de vorige paragraaf genoemde beginselen.

Er is echter een aantal argumenten om de transparantieverplichting te erkennen als zelfstandig beginsel (in plaats van bijvoorbeeld via het gelijkheidsbeginsel). 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.<sup>240</sup>

---

238 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, CbB (Vz.) 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, CbB (Vz.) 22 april 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ3306, AB 2011/179, m.nt. C.J. Wolswinkel.

239 Vgl. Widdershoven, *JBplus* 2012, p. 195-213, m.n. p. 203-204. In Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014 (hoofdstuk 7, §2) is voor het eerst het transparantiebeginsel opgenomen in het overzicht van algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waarbij wel wordt opgemerkt dat het aantal uitspraken waarin rechtstreeks wordt getoetst aan een transparantie-eis nog betrekkelijk gering is.

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

Ten tweede gaat transparantie aan het gelijkheidsbeginsel vooraf: zonder transparantie is de controle op de naleving van het gelijkheidsbeginsel niet mogelijk. Ten derde dient het transparantiebeginsel een ruimere doelstelling, namelijk dat elk risico van favoritisme en willekeur door het bevoegd gezag wordt uitgebannen.<sup>241</sup> 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.<sup>242</sup> Erkenning van het transparantiebeginsel zou verder ook passen in een tendens waar gewezen wordt op de *verdelende* rechtvaardigheid als functie van het algemeen bestuursrecht.<sup>243</sup> 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, duidelijkheid. Als zelfstandig beginsel kan de samenhang tussen de verschillende verplichtingen worden gearticuleerd<sup>244</sup> en ontstaat een nieuw – geïntegreerd – perspectief dat een eigen dynamiek kan ontwikkelen.<sup>245</sup>

### 12.6.3 Codificatie van (onderdelen van) de transparantieplichting in de Awb

In de literatuur wordt gepleit om terughoudend om te gaan met het codificeren van beginselen in de Awb.<sup>246</sup> 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).<sup>247</sup> Met name deze tweede reden zou aanleiding kunnen zijn om toch bepaalde concrete transparantievereisten te codificeren in de Awb.<sup>248</sup>

241 Prechal 2008, Prechal & De Leeuw 2008, m.n. p. 231 en Widdershoven, Verhoeven e.a. 2007, p. 85-93.

242 Buijze 2013, p. 153-157.

243 Van Ommeren 2011b, p. 97-107.

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

245 Prechal 2008 en Prechal & De Leeuw 2008, m.n. p. 241.

246 Schlössels 2012, m.n. p. 96. Zie ook Schlössels, *NTB* 2013/24, waarin hij stelt dat het verstandig is om bij het wijzigen van grote systeemwetten zoals de Awb rust te creëren: 'wijzig met beleid, niet te vaak en niet te veel'.

247 Gerards 2012, p. 19-38. Zie ook Gerards 2010, p. 787-807.

248 Als men de transparantieplichting 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 Addink 2011, m.n. p. 9.

Als er een aparte titel in de Awb zou worden opgenomen voor de verdeling van schaarse besluiten dan zou deze de volgende elementen kunnen bevatten:<sup>249</sup>

- Een definitie van het begrip 'schaars besluit'.
- Een definitie van het begrip 'plafond' en de verplichting voor het bestuursorgaan om dit plafond voorafgaand aan de procedure vast te stellen en bekend te maken.
- Een opsomming van de mogelijke verdeelprocedures, namelijk (i) verlening op grond van de volgorde van ontvangst van de aanvraag, al dan niet met wachtlijst; (ii) loting; (iii) vergelijkende toets, al dan niet in combinatie met een financieel bod; of (iv) veiling; alsmede de verplichting voor het bestuursorgaan om een keuze te maken voor de te volgen procedure en deze voorafgaand aan de procedure bekend te maken.
- Een passende wijze van bekendmaking van de aanvang van de verdeelprocedure.
- Een verplichting om de selectiecriteria bij wettelijk voorschrift of eventueel bij beleidsregel vast te stellen en algemeen bekend te maken.<sup>250</sup>
- Een uitzondering op artikel 4:84 Awb of meer in het algemeen een verbod om van de vastgestelde regels af te wijken, tenzij de regels zelf een afwijkingmogelijkheid bevatten. De eenmaal vastgelegde criteria (en de uitleg daarvan) mogen gedurende de procedure niet meer gewijzigd worden.<sup>251</sup>
- Een uitzondering op, of een transparant alternatief voor artikel 4:5 Awb. Uitgangspunt moet zijn dat na het verstrijken van de aanvraagtermijn aanvragen niet meer kunnen worden gewijzigd of aangevuld.
- Een bepaling dat het bestuursorgaan het toekenningsbesluit algemeen bekend moet maken.
- Een bepaling dat na verlening van het besluit, het bestuursorgaan niet bevoegd is wezenlijke wijzigingen in het besluit aan te brengen, tenzij het besluit zelf een wijzigingsmogelijkheid bevat. Indien het bestuursorgaan dit toch wenst, zal het besluit ingetrokken moeten worden en zal een nieuwe verdeelprocedure gevolgd moeten worden.<sup>252</sup>
- Een omschrijving van de (tussen)beslissingen die appellabel zijn.
- Het mogelijk maken van direct beroep bij de bestuursrechter (overslaan bezwaarfase).

Een dergelijke regeling is mijns inziens niet noodzakelijk om de transparantieverplichting in het Nederlandse bestuursrecht te borgen, maar kan wel toegevoegde waarde hebben om het onderscheid tussen schaarse en niet-schaarse besluiten te verduidelijken. Het lijkt echter niet realistisch om te verwachten

---

249 Zie ook Drahmman 2010.

250 Vgl. Van Ommeren 2004.

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

252 Vgl. Den Ouden 2010, p. 689-715.

dat de wetgever op korte termijn een dergelijke regeling tot stand zal brengen.<sup>253</sup> Een alternatief zou daarom kunnen zijn om in de Aanwijzingen voor de regelgeving aanwijzingen voor een (transparante) verdeelregeling op te nemen dan wel een aparte 'Aanwijzingen voor de regelgeving voor de verdeling van schaarse rechten' op te stellen.<sup>254</sup>

#### 12.6.4 Voorkeursoptie

Op basis van het voorgaande kan de vraag worden beantwoord hoe de transparantieverplichting kan worden geïntroduceerd en geborgd in het Nederlandse bestuursrecht. Geconstateerd is dat in de huidige situatie sprake is van versnippering van de transparantieverplichting over diverse beginselen van behoorlijk bestuur. Deze constatering is enerzijds geruststellend, omdat bestuursorganen nu al tot op grote hoogte de transparantieverplichting in acht (moeten) nemen. Anderzijds is uit het verrichte jurisprudentieonderzoek gebleken dat de transparantieverplichting nog niet volledig geborgd is. Dit is jammer omdat de transparantieverplichting mijns inziens bijdraagt aan betere besluitvorming bij de verdeling van schaarse besluiten. Een mogelijke oorzaak hiervoor is dat de transparantievereisten dusdanig versnipperd zijn dat hierdoor het doel van de transparantieverplichting en daarmee het bijzondere karakter van schaarse besluiten onvoldoende worden (h)erkend.

Hiervoor zijn drie mogelijke opties beschreven die de borging van de transparantievereisten zou kunnen verbeteren, namelijk: (i) het benoemen van de transparantieverplichting als onderdeel van het (formele) gelijkheidsbeginsel; (ii) het erkennen van de transparantieverplichting als zelfstandig beginsel; en/of (iii) codificatie van (onderdelen van) de transparantieverplichting in de Awb.

Bij de beschrijving van deze opties heb ik bewust gekozen voor een zo objectief mogelijke weergave van de voor- en nadelen van ieder van deze opties, met name zoals deze eerder in de literatuur zijn beschreven. Nu is het echter tijd om een keuze voor een van de opties te maken. Juist omdat alle opties voor- en nadelen hebben, vond ik dit geen vanzelfsprekende keuze. Eerder heb ik gepleit voor het erkennen van de transparantieverplichting als ongeschreven beginsel van behoorlijk bestuur, eventueel gecombineerd met de codificatie van deelelementen van de transparantieverplichting.<sup>255</sup> Deze voorkeur was met name gebaseerd op praktische redenen: het is een heldere keuze die de diverse transparantievereisten op relatief eenvoudige wijze

---

253 De vierde tranche van de Awb is tenslotte ook op 22 juli 2004 bij de Tweede Kamer ingediend en pas bijna vijf jaar later op 1 juli 2009 in werking getreden.

254 Idealiter zouden deze Aanwijzingen dan geschikt zijn voor zowel de centrale als decentrale overheid.

255 In mijn preadvies voor de Jonge VAR (Jonge VAR-reeks 8) en mijn bijdrage in Van Ommeren, Den Ouden en Wolswinkel (red.) 2011.

introduceert in het bestuursrecht. Dat vind ik nog steeds een geldige redenering. Ik kom echter, door het verdere onderzoek dat ik sindsdien heb verricht, nu tot een andere voorkeur. Daarbij laat ik het (achterliggende) doel van de transparantieverplichting zwaarder wegen dan praktische redenen. Transparantie is, naar mijn mening, een middel dat het beginsel van gelijke kansen dient. Het heeft daarom mijn voorkeur om de transparantieverplichting te beschouwen als een onderdeel (of subbeginsel) van het (formele) gelijkheidsbeginsel. Hierna zal ik eerst ingaan op de vraag waarom de transparantieverplichting volgens mij geen zelfstandig beginsel zou moeten worden. Vervolgens zal ik motiveren waarom codificeren (vooralsnog) niet mijn voorkeur heeft. Ten slotte zal ik toelichten waarom borging via het gelijkheidsbeginsel mijn voorkeur heeft.

A) *Waarom geen zelfstandig beginsel?*

Mijn belangrijkste bezwaar tegen het erkennen van de transparantieverplichting als zelfstandig beginsel is dat het mijns inziens niet zal bijdragen aan een verdere verduidelijking van de transparantieverplichting bij de verdeling van schaarse besluiten. Dit wordt veroorzaakt door het feit dat 'transparantie' in verschillende betekenissen wordt gehanteerd en met name wordt geassocieerd met de passieve verplichting om documenten te openbaren.

Zo betoogde Alemanno nog recent dat de transparantieverplichting onderdeel uitmaakt van het openbaarheidsbeginsel (principle of openness). Dit openbaarheidsbeginsel bestaat uit een transparantieverplichting en een participatieverplichting. De transparantieverplichting betreft in dat geval de (vooral passieve) verplichting om (op verzoek) documenten openbaar te maken. De participatieverplichting is een verplichting om burgers actief te betrekken bij besluitvorming. Het openbaarheidsbeginsel draagt daarmee bij aan de democratische besluitvorming binnen de Europese Unie.<sup>256</sup> Dit is maar één voorbeeld waaruit blijkt hoeveel verschillende betekenissen de transparantieverplichting kan hebben.

Volgens Prechal en De Leeuw zou een zelfstandig transparantiebeginsel de onderlinge samenhang tussen de verschillende elementen van bestaande beginselen beter kunnen articuleren en als zodanig voor een nieuw – geïntegreerd – perspectief kunnen zorgen dat, op haar beurt, een eigen dynamiek kan ontwikkelen.<sup>257</sup> Mijns inziens is het concept 'transparantie' echter te breed – of te vaag – om als duidelijke, zelfstandig functionerende norm te kunnen fungeren. Ook Buijze heeft aangegeven dat afhankelijk van de context het

---

256 Alemanno, *ELR* 2014, p. 72-90.

257 Prechal 2008 en Prechal & De Leeuw 2008.

‘transparantiebeginsel’ een andere betekenis kan krijgen.<sup>258</sup> Op zich is het niet ongebruikelijk dat een beginsel van behoorlijk bestuur een andere inkleuring krijgt binnen een bepaald bijzonder deel van het bestuursrecht. Dit betekent echter dat bij het erkennen van een zelfstandig transparantiebeginsel, schaarse besluiten zouden moeten worden gezien als een bijzonder deel van het bestuursrecht, waardoor het (nieuwe) transparantiebeginsel een uitleg krijgt die alle hiervoor beschreven (ook actieve) transparantievereisten omvat. Wolswinkel stelt, mijns inziens terecht, dat de verdeling van schaarse publieke rechten zich ergens tussen de bijzondere delen van het bestuursrecht en het algemene bestuursrecht bevindt: schaarse rechten komen op uiteenlopende beleidsterreinen voor, maar enkele elementen keren steeds terug, zoals het plafond en de verdeelprocedure.<sup>259</sup> Ook hierdoor is onzeker of de erkenning van een transparantiebeginsel wel zal bijdragen aan de borging van transparantievereisten bij de verdeling van schaarse besluiten.

Buijze acht het brede bereik van de transparantieverplichting niet problematisch, omdat algemene beginselen volgens haar duiding geven aan de onderliggende specifiekere beginselen en daarmee bijdragen aan de uitleg van die onderliggende beginselen.<sup>260</sup> Hierbij gaat zij ervan uit dat transparantie de algemene norm is die aan democratische besluitvorming ten grondslag ligt. Op zich ben ik het eens met de redenering van Buijze. Ik vraag me echter af of transparantie aangemerkt kan worden als een dergelijk algemeen beginsel. Een verklaring voor het feit dat transparantie afhankelijk van de context een andere betekenis krijgt, is volgens mij dat transparantie geen doel op zich is. Ook Alemanno – die uitgaat van een andere betekenis van transparantie – benadrukt het instrumentele karakter van een transparantieverplichting. Transparantie in de betekenis van de openbaarheid van documenten, draagt bij aan de democratische besluitvorming. Transparantie bij de verdeling van schaarse besluiten draagt bij aan de gelijke behandeling van alle potentiële aanvragers. Als transparantie geen doel op zich is maar een middel om een ander (overkoepelend) doel te bereiken, zou het mijns inziens niet moeten worden verheven tot zelfstandig beginsel.

Volgens Prechal en De Leeuw gaan sommige aspecten van transparantie verder dan de reeds bestaande rechtsbeginselen.<sup>261</sup> Indien wordt gekeken naar de samenhang tussen transparantie en het gelijkheidsbeginsel betogen zij ten eerste dat het transparantiebeginsel zijn eigen, specifieke betekenis lijkt te hebben, die verdergaat dan het gelijkheidsbeginsel. Daarbij wijzen zij op zelfstandige eisen met betrekking tot de helderheid en duidelijkheid van de

---

258 Buijze, *NtER* 2011, nr. 7, p. 240-248. Widdershoven, Verhoeven e.a. hebben het zelfs over een ‘vage verzamelterm die naar inhoud nogal verschilt, afhankelijk van het terrein waarop de term gehanteerd wordt.’ (Widdershoven, Verhoeven e.a. 2007, p. 85).

259 Wolswinkel, *NTB* 2014/7.

260 Buijze 2013, p. 74.

261 Prechal 2008 en Prechal & De Leeuw 2008, m.n. p. 231.

aanbestedingsdocumentatie. Deze eisen kunnen worden geschonden zonder dat er eveneens sprake is van schending van het gelijkheidsbeginsel. Buijze neemt een vergelijkbaar standpunt in. Zij wijst erop dat de verplichting voor bestuursorganen om de selectiecriteria van tevoren vast te stellen en bekend te maken en niet meer te wijzigen, weinig van doen heeft met gelijke behandeling, maar met het in staat stellen van alle aanvragers om een voor hun zo economisch gunstig mogelijke aanvraag in te dienen.<sup>262</sup> Anders dan Buijze stelt, ben ik van mening dat alle transparantievereisten bijdragen aan het garanderen van de gelijke behandeling van potentiële aanvragers. Hierop zal ik hierna onder (C) nog nader ingaan. Dat er zelfstandige transparantievereisten geformuleerd kunnen worden, brengt mijns inziens nog niet met zich dat van deze vereisten een zelfstandig beginsel gemaakt moet worden. In navolging van het Hof van Justitie, kan ook worden gesteld dat het gelijkheidsbeginsel in acht moet worden genomen en dat dit betekent dat een besluit aan bepaalde transparantievereisten moet voldoen.

Ten tweede betogen Prechal en De Leeuw dat de zelfstandigheid van het transparantiebeginsel schuilt in het feit dat transparantie aan het gelijkheidsbeginsel vooraf gaat: zonder transparantie is de controle op de naleving van het gelijkheidsbeginsel niet mogelijk. Uit het feit dat transparantie de controle op de naleving van het gelijkheidsbeginsel mogelijk maakt, volgt mijns inziens juist het instrumentele karakter van de transparantieplichting: transparantie is een middel om de gelijke behandeling van (potentiële) aanvragers te garanderen.

Ten derde betogen Prechal en De Leeuw dat het transparantiebeginsel ook een ruimere doelstelling dient dan gelijkheid, namelijk te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen. Het feit dat transparantie meerdere doelen dient, is mijns inziens echter nog geen reden om het te erkennen als zelfstandig beginsel. Integendeel, ook hieruit volgt weer het instrumentele karakter van de transparantieplichting. Daarnaast is nog van belang dat in de context van de verdeling van schaarse besluiten gesteld kan worden dat, als door middel van transparantie de gelijke behandeling van alle potentiële aanvragers is gegarandeerd, daarmee ook favoritisme en willekeur door het betrokken bestuursorgaan is uitgesloten. Juist door deze ruime en formele uitleg van het gelijkheidsbeginsel worden ook potentiële aanvragers beschermd.

Buijze heeft daarnaast nog een vierde argument voor het erkennen van een transparantiebeginsel gegeven. Volgens haar heeft het transparantiebeginsel in situaties waarin 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. Zij wijst daarmee de interne markt en de Verdragsvrijheden aan als het overkoepelende principe dat aan transparantie ten grondslag ligt.

---

262 Buijze 2013, p. 154-155.

Daarnaast betoogt zij dat transparantie de transactiekosten voor alle marktpartijen verlaagt en daarmee zelfstandig bijdraagt aan het vergroten van de marktefficiëncy.<sup>263</sup> Transparantie in deze zin, lijkt mij echter eerder een beleidsdoel dan een rechtsnorm.

In het verlengde hiervan, heeft Van Ommeren op nationaal niveau gepleit voor een verplichting om mededingingsruimte te creëren (hierna: mededingingsplicht genoemd).<sup>264</sup> Hij heeft daarbij tevens gewezen op de verdelende rechtvaardigheid als functie van het algemeen bestuursrecht.<sup>265</sup> Mijns inziens is de vraag of er een mededingingsplicht bestaat een voorvraag. Bezien zal moeten worden of sprake is van een schaars recht. Als dat het geval is, geldt er in beginsel een mededingingsplicht, tenzij er een rechtvaardigingsgrond is (een dwingende reden van algemeen belang). Als sprake is van een dergelijke rechtvaardigingsgrond, zal het verlenen van een schaars besluit zonder oproep tot mededinging ook een geschikt en evenredig middel moeten zijn ter verwezenlijking van de rechtvaardigingsgrond. Als deze voorvraag positief wordt beantwoord (ja, er bestaat een verplichting om mededingingsruimte te creëren), zal een procedure voor de verdeling van het schaarse recht moeten worden gestart. Die procedure zal aan een groot aantal verplichtingen moeten voldoen. De transparantieplichting is zonder twijfel een van die verplichtingen, maar nog geen reden om een zelfstandig transparantiebeginsel te introduceren. Met een gelijkheidsbeginsel, beschouwd in de context van het creëren van mededingingsruimte, kan eenzelfde resultaat worden bereikt.

Ik kom tot de slotsom dat de argumenten om de transparantieplichting te erkennen als zelfstandig beginsel van behoorlijk bestuur valide, maar onvoldoende overtuigend zijn. Ik betwijfel of het erkennen van een transparantiebeginsel zal verduidelijken welke transparantievereisten in acht moeten worden genomen bij de verdeling van schaarse besluiten. Dit wordt veroorzaakt door de wisselende betekenissen die, afhankelijk van de context, aan het begrip 'transparantie' worden gegeven. Daarnaast heb ik een principiële bezwaar en dat is dat de transparantievereisten mijns inziens (met name) een instrumenteel karakter hebben. Zij dragen bij aan een achterliggend doel, namelijk – in de context van de verdeling van schaarse besluiten zoals hier aan de orde – het garanderen van de gelijke behandeling van alle potentiële aanvragers. Hierop zal ik hierna onder (C) nog nader ingaan, maar eerst zal ik kort nog wat zeggen over de mogelijkheid om de transparantieplichting te codificeren.

---

263 Buijze 2013, p. 156 en p. 272-273.

264 Van Ommeren 2011a, p.235-265.

265 Van Ommeren 2011b, p. 97-107.

*B) Waarom niet codificeren?*

In het kader van de derde evaluatie van de Awb hebben Widdershoven, Verhoeven e.a. een aantal argumenten gegeven waarom een transparantieverplichting in de Awb gecodificeerd zou kunnen worden.<sup>266</sup> In de eerste plaats wijzen zij – net als Prechal en De Leeuw – op de duidelijkheid die expliciteren in de Awb zou geven, in plaats van het hanteren van bestaande beginselen als een vehikel voor transparantievereisten. Hiervoor heb ik al toegelicht dat, gelet op de brede betekenis die transparantie heeft, ik betwijfel of de gewenste duidelijkheid op deze manier het beste bereikt kan worden. In plaats van het codificeren van het transparantiebeginsel als geheel, zou het dan in ieder geval mijn voorkeur hebben om bepaalde concrete transparantievereisten te codificeren.

In de tweede plaats stellen Widdershoven, Verhoeven e.a. ook dat het transparantiebeginsel verdergaande eisen lijkt te stellen dan die welke uit Nederlandse beginselen van behoorlijk bestuur of de Awb kunnen worden afgeleid. Daarbij wordt als voorbeeld gegeven dat de Awb geen algemene verplichting van bestuursorganen kent om de bij het gebruik van hun bevoegdheden gehanteerde regels uitdrukkelijk vast te leggen en algemeen bekend te maken.<sup>267</sup> Artikel 4:81 Awb bevat slechts een bevoegdheid om beleidsregels vast te stellen. Bovendien bevat artikel 4:84 Awb een inherente afwijkingsbevoegdheid. In paragraaf 12.5.2 ben ik op de spanning tussen artikel 4:84 Awb en de transparantieverplichting ingegaan. Deze spanning kan mijns inziens worden opgelost door als uitgangspunt te nemen dat bij schaarse besluitvorming geen sprake is van bijzondere omstandigheden die onevenredig zijn in verhouding tot de met de beleidsregel te dienen doelen. Maar als er in de Awb een regeling omtrent de verdeling van schaarse besluiten zou worden opgenomen, dan is het wel een goed idee om in de Awb een uitzondering op dit artikel op te nemen. Overigens zou het daarnaast mijn voorkeur hebben om de verdeelcriteria en -regels niet vast te leggen in een beleidsregel maar in een algemeen verbindend voorschrift.

Ik zie de mogelijkheid om tot codificatie van bepaalde concrete transparantievereisten over te gaan als een goede 'stok achter de deur'. Zoals uit de voorgaande paragraaf is gebleken, zijn er geen bepalingen uit de Awb in strijd met de transparantieverplichting. Het is wel noodzakelijk om bij de verdeling van schaarse besluiten bepaalde bepalingen transparant in te kleuren. Indien op termijn blijkt dat deze inkleuring nog onvoldoende geschiedt, bijvoorbeeld doordat de bestuursrechter niet toetst of een besluit van een bestuursorgaan voldoet aan de transparantieverplichting (al dan niet als zelfstandig beginsel dan wel via de band van het gelijkheidsbeginsel), is er mijns inziens pas op

---

266 Widdershoven, Verhoeven e.a. 2007, p. 91-92.

267 In dezelfde zin: Van Ommeren 2004, p. 49-50.

dat moment een taak weggelegd voor de wetgever. In dat geval is het wenselijk dat er een regeling in de Awb komt over schaarse besluiten.

C) *Dus: transparantie als onderdeel van het gelijkheidsbeginsel*

Het heeft mijn voorkeur om de transparantieverplichting als onderdeel van het gelijkheidsbeginsel te zien en meer in het bijzonder van het 'formele' gelijkheidsbeginsel. Onderscheid kan namelijk gemaakt worden tussen formele, materiële en procedurele gelijkheid, zoals uitgebreid wordt beschreven in de dissertatie van Gerards. Gerards verduidelijkt het verschil tussen de drie vormen van gelijkheid door het volgende voorbeeld te geven. De deelnemers aan een schaatswedstrijd verschillen in allerlei opzichten, bijvoorbeeld in getalenteerdheid, getraindheid en de kwaliteit van het materiaal. Een formeel gelijke behandeling betekent dat alle deelnemers aan de start mogen verschijnen en dat gelijke spelregels op hen van toepassing zijn. Bij een procedureel gelijke behandeling wordt waarde gehecht aan enkele verschillen tussen de schaatsers, zodat de kans om te winnen gelijk wordt. Dit zou bijvoorbeeld gerealiseerd kunnen worden door het geven van een training aan alle deelnemers en het voorschrijven en verstrekken van materiaal van een bepaalde kwaliteit. Bij deze procedurele gelijkheid zal er nog een winnaar kunnen worden aangewezen, omdat de verschillen in talent en snelheid blijven bestaan. Bij een materieel gelijke behandeling zullen ook de overige verschillen tussen de deelnemers moeten worden geminimaliseerd, bijvoorbeeld door de langzamere deelnemers een voorsprong te geven, zodat een gelijk resultaat – zijnde dezelfde finishtijd – wordt bereikt.<sup>268</sup>

Ook bij schaarse besluitvorming is sprake van een competitie. Er zijn immers potentieel meer aanvragers dan beschikbare besluiten, waardoor een selectie moet plaatsvinden. Het hanteren van een materieel gelijkheidsbeginsel is daarom geen optie: het doel van de selectieprocedure is juist om een 'winnaar' aan te wijzen. Bij de transparantieverplichting ligt de nadruk op het voorafgaand aan de procedure vaststellen en bekendmaken van informatie die relevant is voor potentiële aanvragers. De nadruk ligt daarbij dus op het creëren van gelijke spelregels. Zo kan geen rekening worden gehouden met de omstandigheid dat een van de aanvragers weinig ervaring heeft met aanbestedingen, juist omdat iedere inschrijver op dezelfde wijze moet worden behandeld.<sup>269</sup> Enige vorm van ongelijkheidscompensatie is op grond van

---

268 Gerards 2002, p. 12-16. Bij de procedurele gelijkheid besteedt Gerards aandacht aan het creëren van gelijke kansen om te kunnen winnen. Bij schaarse besluitvorming is het mijns inziens niet noodzakelijk om procedurele gelijkheid te creëren: alle aanvragers kunnen onderling dusdanig verschillen dat zij geen gelijke kans om te winnen hoeven te hebben, maar zij hebben wel recht op een gelijke behandeling bij het verloop van de procedure (de spelregels).

269 Aldus Rb. Den Haag (vz.) 30 augustus 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX6099.

de transparantieverplichting in beginsel niet vereist en ook niet gewenst.<sup>270</sup> Ik beschouw de transparantieverplichting om deze reden als onderdeel van het formele gelijkheidsbeginsel.

Ik ben niet de eerste die transparantie als onderdeel van het gelijkheidsbeginsel beschouwt. Al in 2004 heeft Van Ommeren het gelijkheidsbeginsel aangemerkt als een grondbeginsel dat bij alle verdeelprocedures in acht moet worden genomen. De functie van het gelijkheidsbeginsel bij verdeelprocedures is, aldus Van Ommeren, om ongelijke gevallen (de verschillende aanvragers) gelijk te behandelen. Ook hij wees dus op de andere (formele) functie die het gelijkheidsbeginsel bij de verdeling van schaarse rechten kan en moet vervullen dan gewoonlijk in het bestuursrecht het geval is, namelijk het voorkomen dat gelijke gevallen ongelijk worden behandeld.<sup>271</sup> Desalniettemin onderscheidt hij vervolgens in zijn oratie het gelijkheidsbeginsel nog wel van het doorzichtigheidsbeginsel.<sup>272</sup> In 2011 heeft Van Ommeren erop gewezen dat het opmerkelijk is dat de Nederlandse bestuursrechter het gelijkheidsbeginsel nog (vrijwel) niet beschouwt als mogelijke grondslag voor een verplichting om mededingingsruimte te creëren, terwijl dit juist het grondbeginsel is bij de verdeling van schaarse besluiten. Ook hij geeft als mogelijke verklaring dat in het Nederlands bestuursrecht een beroep op het gelijkheidsbeginsel als uiterst lastig geldt en zelden slaagt.<sup>273</sup>

Ook volgens Wolswinkel is de transparantieverplichting een 'rechtstreeks gevolg' van het beginsel van gelijke behandeling. Wanneer bepaalde potentiële aanvragers niet in staat worden gesteld om een aanvraag voor een schaars besluit in te dienen, dan worden deze aanvragers ongelijk behandeld ten aanzien van andere, wel geïnformeerde, potentiële aanvragers.<sup>274</sup> Met deze redenering kan ik me geheel verenigen. Des te opvallender is het daarom dat Wolswinkel een onderscheid maakt tussen de verplichting tot een oproep tot mededinging enerzijds en de inhoud en het moment van deze oproep anderzijds. Deze laatste twee elementen schaarst hij niet onder het gelijkheidsbeginsel, maar onder het rechtszekerheidsbeginsel.<sup>275</sup> Uiteraard is een oproep tot be-

---

270 Hierbij geldt wel als ondergrens dat een 'level playing field' gecreëerd moet worden. Bijzonder aandachtspunt is daarbij de positie van de 'zittende inschrijver'. Als sprake is van een 'zittende inschrijver' moet bezien worden of deze partij beschikt over noodzakelijke informatie uit de vorige concessieperiode, waarover de andere inschrijvers niet beschikken. Als deze informatie niet gedeeld wordt met andere potentiële inschrijvers kan geoordeeld worden dat het gelijkheidsbeginsel is geschonden. Niet alle eventuele verschillen tussen gegadigden kunnen worden weggenomen, maar er dient wel een voldoende mate van level playingfield gecreëerd te worden, aldus Rb. Dordrecht (vz.) 24 januari 2008, *TBR* 2008/182, m.nt. B.J.H. Blaisse-Verkooyen en D.C. Orobio de Castro.

271 Van Ommeren 2004, p. 45.

272 Van Ommeren 2004, p. 49-50.

273 Van Ommeren 2011a, p. 256.

274 Wolswinkel 2013, p. 329 en 339-342.

275 Wolswinkel 2013, p. 349-351.

kendmaking die niet duidelijk maakt welke rechten verdeeld worden en vanaf wanneer aanvragen ingediend kunnen worden, in strijd met de rechtszekerheid. In een dergelijk geval is er echter ook sprake van een (potentiële) schending van het gelijkheidsbeginsel, omdat door deze niet-transparante handelwijze niet gegarandeerd wordt dat alle potentiële aanvragers een aanvraag kunnen indienen. Ik zie deze aspecten dan ook als onderdeel van de transparantieplichting en daarmee van het gelijkheidsbeginsel.

Mijn voorkeursoptie is tevens in lijn met Drijber en Stergiou. Volgens hen zou het duidelijker zijn als de artikelen 49 en 56 VWEU als enige toetsingsgrondslag van het Hof van Justitie zouden dienen, welke grondslag geïnterpreteerd zou moeten worden in het licht van het fundamentele beginsel van gelijke behandeling. Transparantie zou niet gezien moeten worden als een apart rechtsbeginsel, maar als een middel om gelijke behandeling te garanderen.<sup>276</sup> Ook Bovis beschrijft de transparantieplichting als een concrete en specifieke uitdrukking van het beginsel van gelijke behandeling. Transparantie draagt bij aan deze gelijke behandeling, omdat het de voorwaarden voor echte mededinging garandeert.<sup>277</sup>

Zoals gesteld, heeft het mijn voorkeur om de transparantieplichting als onderdeel van het (formele) gelijkheidsbeginsel te beschouwen. De transparantieplichting heeft een instrumenteel karakter en, in de context van schaarse besluitvorming, draagt het bij aan de gelijke behandeling van potentiële aanvragers. Deze optie geeft daarmee ook direct nadere duiding aan het bijzondere karakter van schaarse besluiten.

Door deze invalshoek wordt bovendien aangesloten bij jurisprudentie van het Hof van Justitie, die heeft geoordeeld dat 'het Unierecht met name het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers of gegadigden en de daaruit voortvloeiende verplichting tot transparantie' toepast.<sup>278</sup> Daarnaast is hiermee de voorgestelde verandering voor het Nederlandse bestuursrecht klein. In plaats van te pleiten voor een geheel nieuw beginsel (waarvan de reikwijdte onduidelijk is), wordt slechts voorgesteld om het gelijkheidsbeginsel licht te modificeren. Zoals Van Ommeren al schreef, is de functie van het gelijkheidsbeginsel ook om *ongelijke* gevallen *gelijk* te behandelen zodat alle potentiële aanvragers een gelijke kans hebben om voor het schaarse besluit in aanmerking te komen. Met Gerards ben ik van mening dat voor de toetsing aan het gelijkheidsbeginsel beoordeeld moet worden of sprake is van een verschillende behandeling van twee groepen ten opzichte van elkaar.<sup>279</sup> Bij

---

276 Drijber & Stergiou, *CMLR* 2009, p. 845-846. Zij verwijzen daarbij naar de conclusie van de advocaat-generaal van 17 december 2008, C-250/07, ECLI:EU:C:2008:734.

277 Bovis, *CMLR* 2012, p. 247-390, i.h.b. p. 286.

278 HvJ EU 10 oktober 2013, C-336/12.

279 Niet noodzakelijk is dat ook nog gekeken wordt naar de verschillen tussen de twee groepen (Gerards 2004, p. 54). Voor het verschil in behandeling kan een objectieve en redelijke rechtvaardiging bestaan. In dat geval is het gelijkheidsbeginsel niet geschonden.

schaarse besluitvorming is daarbij wel de kernvraag of *potentiële* aanvragers door een niet-transparante handelwijze *kunnen* zijn benadeeld.

Gesteld kan worden dat door deze optie de transparantievereisten onvoldoende kenbaar zullen zijn, omdat zij slechts via een ander beginsel tot uiting komen. Hiervoor heb ik echter gesteld dat ook met de erkenning van een algemeen (breed) transparantiebeginsel dit risico bestaat en misschien zelfs groter is. Als afhankelijk van de context transparantie een andere betekenis krijgt, is evenzeer onduidelijk welke transparantieverplichtingen wanneer gelden. Door het gelijkheidsbeginsel als grondslag te kiezen, wordt het risico van de beperktere kenbaarheid gecompenseerd door de doelstelling van de transparantieverplichting centraal te stellen: het waarborgen van gelijke kansen.

#### 12.6.5 Conclusie

Van de drie hiervoor beschreven opties voor de borging van transparantievereisten (namelijk: (i) het benoemen van de transparantieverplichting als onderdeel van het (formele) gelijkheidsbeginsel; (ii) het erkennen van de transparantieverplichting als zelfstandig beginsel; en/of (iii) codificatie van (onderdelen van) de transparantieverplichting in de Awb) heb ik een voorkeur voor het benoemen van de transparantieverplichting als onderdeel van het (formele) gelijkheidsbeginsel.

Alle geschetste opties hebben voor- en nadelen. Voor de rechtzoekende maakt het, enigszins kort door de bocht gezegd, weinig uit welk van deze drie opties wordt gekozen: eerst en vooral is van belang dat bestuursorganen de transparantieverplichting in acht nemen en dat de bestuursrechter hieraan toetst, zodat de rechtzoekende wordt beschermd tegen met name favoritisme en willekeur.

Naar mijn mening is het primair aan de bestuursrechter om te toetsen aan de transparantieverplichting. Er staat niets in de weg aan het gegrond verklaren van een beroep wegens schending van de transparantieverplichting. Een vernietiging wegens schending van het zorgvuldigheidsbeginsel ligt het dichtst bij de huidige rechtspraktijk. Dit is nu de meest gehanteerde vernietigingsgrond bij schaarse besluiten. Desalniettemin zijn er in de vorige paragrafen ook een aantal verbeterpunten beschreven. Deze worden kennelijk thans niet door bestuursorganen en de bestuursrechter in het zorgvuldigheidsbeginsel gelezen. Daarom heeft het mijn voorkeur om de transparantieverplichting te benoemen als onderdeel van het (formele) gelijkheidsbeginsel. Het identificeren van het 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 naar voren wordt gebracht. 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. Pas als op termijn zou blijken dat de transparantieverplichting nog onvoldoende in het Nederlandse bestuursrecht wordt toegepast, is mijns inziens een taak weggelegd voor de wetgever door (onderdelen van) de transparantieverplichting in de Awb te codificeren.

## 12.7 HOOFDVRAAG

*Welke transparantievereisten zouden bij de verdeling van schaarse bestuursrechtelijke besluiten door Nederlandse bestuursorganen in acht moeten worden genomen; in hoeverre worden deze vereisten in de Nederlandse bestuursrechtpraktijk al nageleefd en, voor zover dat onvoldoende het geval is, hoe zouden deze transparantievereisten dan beter kunnen worden geborgd in het Nederlands bestuursrecht?*

In dit onderzoek stond de vraag centraal welke transparantievereisten bij de verdeling van schaarse bestuursrechtelijke besluiten door Nederlandse bestuursorganen in acht zouden moeten worden genomen, in hoeverre deze vereisten in de Nederlandse bestuursrechtpraktijk al worden nageleefd en, voor zover dat onvoldoende het geval is, hoe deze transparantievereisten dan beter zouden kunnen worden geborgd in het Nederlands bestuursrecht.

Deze hoofdvraag zal in de volgende paragraaf 12.7.1 worden beantwoord. Vervolgens zal in paragraaf 12.7.2 een overzicht worden gegeven van de in deze slotbeschouwing geformuleerde aanbevelingen.

### 12.7.1 Naar een betere borging van transparantievereisten via het formele gelijkheidsbeginsel

Met betrekking tot het eerste deel van de hoofdvraag kan worden geconcludeerd dat de Unierechtelijke transparantieverplichting niet alleen van toepassing is op opdracht- en concessieverlening, maar ook al bij de verlening van schaarse besluiten. De transparantieverplichting moet door bestuursorganen in acht worden genomen bij zowel vergunningverlening als subsidieverstrekking, maar uitsluitend voor zover sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang. Indien dat grensoverschrijdend belang niet aanwezig is, is het Unierecht immers niet van toepassing. Hierbij is nog wel van belang dat de vraag of sprake is van een grensoverschrijdend belang niet te terughoudend beantwoord mag worden.

Mijns inziens zijn er goede redenen om de transparantieverplichting ook in het Nederlandse bestuursrecht te introduceren als het Unierecht niet (direct)

van toepassing is. De doelstellingen die met de transparantieplichting worden gediend, zijn een nuttige aanvulling voor het Nederlandse bestuursrecht bij de verdeling van schaarse besluiten. Bovendien moet worden voorkomen dat er een moeilijk te rechtvaardigen verschil in rechtsbescherming zal ontstaan tussen Unierechtelijke en nationale geschillen.

Uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie over de transparantieplichting kunnen drie doelstellingen en negen concrete vereisten worden afgeleid. De eerste doelstelling is het openen van de markt voor mededinging. De tweede doelstelling is te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door bestuursorganen wordt uitgebannen. De derde en laatste doelstelling is het verzekeren dat elke geïnteresseerde partij (of elke potentiële aanvrager) kan beslissen een aanvraag in te dienen op basis van het geheel van relevante informatie (ook wel omschreven als het waarborgen van de gelijkheid van kansen). De negen transparantievereisten zijn: (1) aan elke potentiële aanvrager moet een passende mate van openbaarheid worden gegarandeerd; (2) alle voorwaarden en modaliteiten van de verdeelprocedure moeten vooraf worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze; (3) alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende aanvragers moeten de juiste draagwijdte van de gestelde criteria kunnen begrijpen en deze op dezelfde manier kunnen interpreteren; (4) er moet een uiterste datum voor de ontvangst van de aanvragen worden gesteld, zodat alle aanvragers over evenveel tijd beschikken om hun aanvraag voor te bereiden; (5) in beginsel mag geen rekening worden gehouden met een wijziging in de oorspronkelijke aanvraag van één enkele aanvrager; (6) het bestuursorgaan moet de criteria gedurende de gehele procedure op dezelfde wijze uitleggen; (7) de criteria moeten bij de beoordeling van de aanvragen op objectieve en uniforme wijze worden toegepast op alle aanvragers; (8) verdeelprocedures moeten op onpartijdigheid kunnen worden getoetst en daarom moeten besluiten worden gemotiveerd; en (9) wezenlijke wijzigingen van essentiële bepalingen van het schaarse besluit zijn in beginsel niet mogelijk.

Als de Unierechtelijke transparantieplichting bij zuiver interne situaties nog niet in acht moet worden genomen, maar het wel wenselijk is dat deze in acht wordt genomen, is de logische vervolgvraag in hoeverre de transparantieplichting in het Nederlandse bestuursrecht al op andere wijze wordt geborgd. Uit jurisprudentieonderzoek blijkt (gelukkig) dat in het Nederlandse bestuursrecht de verdeling van schaarse besluiten nu al grotendeels transparant geschiedt. Via algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het zorgvuldigheids-, evenredigheids-, motiverings- en rechtszekerheidsbeginsel worden aan bestuursorganen transparantievereisten opgelegd bij de verdeling van schaarse besluiten.

Op bepaalde onderdelen van de transparantieplichting is echter nog verbetering mogelijk. Deze verbeteringen hebben met name betrekking op een aantal artikelen uit de Awb die in beginsel op een transparante wijze kunnen worden toegepast. Maar deze transparante uitleg wordt, ook blijkens jurispru-

dentie, niet altijd door bestuursorganen in acht genomen. Het betreft dan in het bijzonder artikel 3:42 Awb (en voor subsidies de artikelen 4:23-4:26 Awb) over de bekendmaking van besluiten, artikel 4:5 Awb over onvolledige aanvragen en artikel 4:84 Awb over de inherente afwijkingsbevoegdheid bij beleidsregels. Daarnaast is er een aantal lijnen in de jurisprudentie dat enigszins genuanceerd zal moeten worden. Het betreft dan met name jurisprudentie die betrekking heeft op de passende mate van openbaarheid die de transparantieverplichting beoogt te garanderen. De transparantieverplichting gaat bijvoorbeeld uit van een actieve bekendmakingsplicht voor het bestuursorgaan. Een bekendmaking die beperkt is tot de bekende potentiële aanvragers is onvoldoende. Ook een impliciete keuze voor een verdeelmethode is onvoldoende transparant. Daarnaast is het doel van de transparantieverplichting dat alle aanvragers een gelijke kans moeten krijgen om voor het schaarse besluit in aanmerking te komen. Vanuit dit oogpunt is het moeilijk voorstelbaar dat de begindatum om aanvragen in te kunnen dienen in het verleden ligt. Dit heeft gevolgen voor de wijze waarop aanvragen zowel in de primaire fase als in besluit door het bestuursorgaan moeten worden getoetst. Nadat de termijn om aanvragen in te dienen is verstreken, is aanvulling van aanvragen beperkt mogelijk. Ten slotte is van belang dat de weging van de onderlinge verdelingscriteria voor de beoordeling van de ingediende aanvragen wordt vastgesteld

Deze (beperkte) verbeteringen kunnen op meerdere manieren in het Nederlandse bestuursrecht worden geïntroduceerd, namelijk: de transparantieverplichting als onderdeel van reeds algemeen erkende algemene beginselen van behoorlijk bestuur, erkenning van de transparantieverplichting als zelfstandig beginsel, en/of codificatie van (onderdelen van) de transparantieverplichting in de Awb. Het benoemen van de transparantieverplichting als onderdeel van het (formele) gelijkheidsbeginsel heeft mijn voorkeur. Het identificeren van het 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 naar voren wordt gebracht. 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.

### 12.7.2 Overzicht van geformuleerde aanbevelingen

In deze dissertatie is een aantal aanbevelingen gedaan. De belangrijkste, algemene aanbevelingen zijn ook in deze slotbeschouwing opgenomen. Voor overige aanbevelingen, die vaak een hoog detailniveau hebben, wordt verwezen naar de voorgaande hoofdstukken. Hierna wordt een overzicht van de aanbevelingen uit de slotbeschouwing gegeven. Deze zijn daarbij, voor een snel overzicht, onderverdeeld in aanbevelingen voor de wetgever, het bestuursorgaan en de bestuursrechter.

*A) Aanbevelingen voor de wetgever in formele zin*

- 1) Het concessiebesluit moet worden toegevoegd als rechtsfiguur aan de Ar. Deze omschrijving zou zoveel mogelijk moeten aansluiten bij het materiële concessiebegrip uit richtlijn 2004/18/EG en de toekomstige concessierichtlijn. Gedacht zou kunnen worden aan:

'een concessie is een besluit dat de uitvoering van werken of de verrichting van diensten als voorwerp heeft, waarbij de tegenprestatie bestaat hetzij uitsluitend in het recht het werk of de dienst te exploiteren, hetzij in dit recht en een betaling en waarbij de concessiehouder verplicht wordt de werken of diensten uit te voeren'.

- 2) Bij de totstandkoming van de Omgevingswet moet aandacht worden besteed aan de verdeling van schaarse rechten. Als er in de Omgevingswet een regeling komt voor een breder gebruik van de programmatische aanpak, dan zou in de Omgevingswet (of de onderliggende regeling) bepaald kunnen worden dat de ontwikkelingsruimte transparant verdeeld moet worden. Daarnaast zouden exploitatievergunningen die een sterke koppeling met het bestemmingsplan hebben, onderdeel van de omgevingsvergunning kunnen worden. Bij wettelijk voorschrift (de Omgevingswet in samenhang met een omgevingsverordening) zou een verdeelsysteem kunnen worden geïntroduceerd. Dit verdeelsysteem moet transparant zijn, hetgeen met name betekent dat als er exploitatieruimte beschikbaar komt, dit algemeen bekend moet worden gemaakt en duidelijk moet zijn wie er onder welke voorwaarden voor de vergunning in aanmerking komen. Mocht een dergelijke integratie nog een brug te ver worden gevonden, dan verdient het aanbeveling om de diverse schaarse besluiten in ieder geval gecoördineerd tot stand te laten komen, bijvoorbeeld door gelijktijdige vaststelling van het bestemmingsplan (of verlening van de omgevingsvergunning) en de exploitatievergunning.
- 3) In aanvulling op de regeling omtrent de bekendmaking van besluiten in artikel 3:40 Awb e.v., moet een actieve, algemene bekendmakingsplicht voor schaarse besluiten worden geïntroduceerd. Op grond hiervan zouden bestuursorganen verplicht worden om algemeen bekend te maken dat een procedure waarbij een schaars besluit 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 kunnen deelnemen.

- 4) Bestuursorganen zouden verplicht moeten worden om (de verdeling van hun schaarse) besluiten centraal bekend te maken op één website (vgl. TenderNed). Hoewel dit voor een passende mate van openbaarheid niet strikt noodzakelijk is, zou dit mijns inziens de transparantie van schaarse verdeelprocedures aanzienlijk vergroten.
  - 5) Als er in de Awb een regeling omtrent de verdeling van schaarse besluiten zou worden opgenomen, moet er een uitzondering op artikel 4:84 Awb worden gemaakt. Hiermee wordt de spanning opgelost die bestaat tussen de inherente afwijkingsbevoegdheid bij de toepassing van beleidsregels (artikel 4:84 Awb) en de transparantieverplichting. Deze spanning bestaat, omdat door af te wijken van de in de beleidsregel neergelegde regels niet meer alle (potentiële) aanvragers gelijk worden behandeld.
  - 6) Als er in de Awb een regeling omtrent de verdeling van schaarse besluiten zou worden opgenomen, moet er een uitzondering op artikel 4:5 Awb worden gemaakt. Hiermee wordt de spanning opgelost die bestaat tussen de verplichting dat een bestuursorgaan de aanvrager in de gelegenheid moet stellen een onvolledige aanvraag aan te vullen (artikel 4:5 Awb) en de transparantieverplichting welke ervan uitgaat dat alle aanvragers, na de bekendmaking van de mogelijkheid om aanvragen in te dienen (de oproep tot mededinging), over evenveel tijd moeten beschikken om hun aanvraag voor te bereiden.
- B) *Aanbevelingen voor (de)centrale overheden die schaarse verdeelregelingen vaststellen*
- 7) Verdeelcriteria en -regels moeten niet worden vastgelegd in een beleidsregel maar in een algemeen verbindend voorschrift. Hiermee wordt de spanning opgelost die bestaat tussen de inherente afwijkingsbevoegdheid bij de toepassing van beleidsregels (artikel 4:84 Awb) en de transparantieverplichting. Deze spanning bestaat, omdat door af te wijken van de in de beleidsregel neergelegde regels niet meer alle (potentiële) aanvragers gelijk worden behandeld.
  - 8) In de verdeelregeling moet worden opgenomen hoe artikel 4:5 Awb 'transparant' zal worden toegepast. Hiermee wordt de spanning opgelost die bestaat tussen de verplichting dat een bestuursorgaan de aanvrager in de gelegenheid moet stellen een onvolledige aanvraag aan te vullen (artikel 4:5 Awb) en de transparantieverplichting welke ervan uitgaat dat alle aanvragers, na de bekendmaking van de mogelijkheid om aanvragen in te dienen (de oproep tot mededinging), over evenveel tijd moeten beschikken om hun aanvraag voor te bereiden.

- 9) Bij de totstandkoming van een schaarse verdeelregeling dient beoordeeld te worden of:
- a) het noodzakelijk is om het aantal beschikbare rechten te beperken door een plafond vast te stellen. Indien geen plafond wordt vastgesteld, is de transparantieverplichting niet van toepassing;
  - b) het Unierecht van toepassing is, omdat sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang of omdat de grondslag voor de regeling een Europese (subsidie)regeling is. Indien dit het geval is dan dient de Unierechtelijke transparantieverplichting in acht te worden genomen. In zuiver interne situaties moet het (formele) gelijkheidsbeginsel en de daaruit voortvloeiende transparantievereisten in acht worden genomen; en
  - c) het noodzakelijk is om aan het besluit een uitvoeringsplicht te verbinden. Indien dit noodzakelijk is, dan is het niet uitgesloten dat het besluit (tevens) kan worden aangemerkt als concessie of opdracht. Hoewel ook bij subsidie- en vergunningverlening het (formele) gelijkheidsbeginsel en de daaruit voortvloeiende transparantieverplichting in acht moeten worden genomen, moeten (indien sprake is van een grensoverschrijdend belang) bij opdrachtverlening en (vanaf 2016) concessieverlening ook de Europese richtlijnen in acht worden genomen.

Bovenstaande afwegingen dienen expliciet in de toelichting gemotiveerd te worden, inclusief de conclusie dat besluitvorming pas kan plaatsvinden nadat een transparante procedure is gevolgd.

C) *Aanbevelingen voor bestuursorganen die schaarse besluiten nemen*

- 10) Bestuursorganen moeten bij de verdeling van schaarse rechten het (formele) gelijkheidsbeginsel en de daaruit voortvloeiende transparantieverplichting in acht nemen. Dit geldt ook voor zogenaamde zuiver interne situaties waarbij het Unierecht niet van toepassing is. Dit geldt voor schaarse vergunning- en ontheffingverlening, subsidieverstrekking en bepaalde omgevingsrechtelijke rechtsfiguren.
- 11) Bestuursorganen moeten een passende mate van openbaarheid in acht nemen. Dit betekent dat:
- a) bestuursorganen een actieve, algemene bekendmakingsplicht tijdig in acht moeten nemen. Deze verplichting vloeit voort uit artikel 3:42 Awb, eventueel in combinatie met het (formele) gelijkheidsbeginsel en de daaruit voortvloeiende transparantieverplichting;
  - b) er geen onderzoeksplicht voor de potentiële gegadigden geldt, maar een actieve bekendmakingsplicht voor bestuursorganen, die resulteert in een algemene bekendmaking van de verdeelprocedure;

- c) een impliciete keuze voor een verdeelmethode onvoldoende transparant is;
- d) een toetsingsleidraad of een beoordelingsstramien van adviescommissies die een extra uitleg geven aan de selectiecriteria die worden gehanteerd, openbaar gemaakt moeten worden;
- e) de begindatum om aanvragen in te kunnen dienen van tevoren bekendgemaakt moet worden en dus niet in het verleden kan liggen;
- f) de verdeelprocedure en -criteria voor de aanvang van de verdeelprocedure moeten worden vastgesteld en gedurende de procedure niet gewijzigd kunnen worden. Als relevant peilmoment geldt daarbij dat het recht dient te worden toegepast zoals dat gold op de eerste dag waarop de aanvragen konden worden ingediend.<sup>280</sup>

Het voorgaande geldt voor alle verdeelsystemen, dus ook bij een systeem van volgorde van binnenkomst van de aanvragen.

- 12) Bestuursorganen moeten als uitgangspunt nemen dat bij schaarse besluitvorming geen sprake kan zijn van bijzondere omstandigheden die onevenredig zijn in verhouding tot de met de beleidsregel te dienen doelen. Hiermee wordt de spanning opgelost die bestaat tussen de inherente afwijkingsbevoegdheid bij de toepassing van beleidsregels (artikel 4:84 Awb) en de transparantieverplichting. Deze spanning bestaat, omdat door af te wijken van de in de beleidsregel neergelegde regels niet meer alle (potentiële) aanvragers gelijk worden behandeld.

*D) Aanbevelingen voor de bestuursrechter*

- 13) De bestuursrechter moet bij de beoordeling of een schaars besluit in strijd is met enig algemeen rechtsbeginsel, toetsen of het besluit niet in strijd is met het (formeel) gelijkheidsbeginsel en de daaruit voortvloeiende transparantieverplichting. Wanneer dit het geval is, blijkt onder meer uit de hiervoor genoemde aanbevelingen, in het bijzonder aanbeveling (11).
- 14) Volgens vaste jurisprudentie van het CBb dienen zware eisen te worden gesteld aan de besluitvorming met betrekking tot de toekenning van een schaars besluit, onder meer uit het oogpunt van rechtszekerheid.<sup>281</sup> Deze zware eisen vertonen vaak opvallende overeenkomsten met de transparantieverplichting. Het CBb zou de transparantieverplichting, als onderdeel

<sup>280</sup> Als de laatste dag als uitgangspunt wordt genomen, dan zou het op bestuursorgaan de bewijslast moeten rusten dat alle (potentiële) aanvragers kennis hebben genomen van de wijziging, zodat zij hun aanvraag hierop hebben kunnen aanpassen.

<sup>281</sup> O.a. CBb 5 december 2012, ECLI:NL:CBB:2012:1, AB 2013/293, m.nt. C.J. Wolswinkel.

van het (formeel) gelijkheidsbeginsel (of het beginsel van gelijke kansen), moeten benoemen als grondslag voor deze zware eisen. De overige hoogste bestuursrechters, in het bijzonder de Afdeling, zouden deze jurisprudentielijn moeten overnemen.

## 12.8 UITLEIDING

In dit onderzoek stond de Unierechtelijke transparantieverplichting centraal. Het doel van deze verplichting is mededinging naar schaarse besluiten mogelijk te maken en daarbij elk risico van favoritisme en willekeur door bestuursorganen uit te bannen en de gelijkheid van kansen van elke potentiële aanvrager te waarborgen. Deze doelstelling lijkt mij ook bij de verdeling van schaarse besluiten in het Nederlandse bestuursrecht nastrevenswaardig.

In hoofdstuk 1 is een voorbeeld gegeven waarbij een bestuursorgaan overging van een geheel gesloten vergunningstelsel naar een schaars vergunningstelsel en daarbij eenieder in de gelegenheid stelde om mee te dingen naar deze vergunning door algemeen bekend te maken dat (en hoe) de vergunningen verdeeld zouden worden. Het bestuursorgaan heeft door deze transparante handelwijze ervoor gezorgd dat ook nieuwkomers een gelijke kans hebben gekregen om voor een exploitatievergunning in aanmerking te komen.

Indien sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang, moet de transparantieverplichting bij de verdeling van schaarse besluiten in acht worden genomen op grond van het Unierecht. In zuiver interne situaties moeten bestuursorganen mijns inziens bij de verdeling van schaarse rechten het (formeel) gelijkheidsbeginsel en de daaruit voortvloeiende transparantievereisten in acht nemen.

Uit jurisprudentieonderzoek blijkt dat de transparantie bij de verdeling van deze schaarse besluiten tot op grote hoogte is geborgd, maar dat er op enkele punten nuttige verbeteringen mogelijk zijn. Deze verbeteringen zijn beschreven in deze dissertatie. De verbeteringen kunnen op meerdere manieren in het Nederlandse bestuursrecht worden geïntroduceerd, namelijk: de transparantieverplichting als onderdeel van reeds algemeen erkende algemene beginselen van behoorlijk bestuur, erkenning van de transparantieverplichting als zelfstandig beginsel, en/of codificatie van (onderdelen van) de transparantieverplichting in de Awb. Ik heb een voorkeur voor het benoemen van de transparantieverplichting als onderdeel van het (formeel) gelijkheidsbeginsel (of beginsel van gelijke kansen). Het identificeren van het (formeel) 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 naar voren wordt gebracht. In het verlengde hiervan zou de transparantieverplichting dan als onderdeel van dit (formeel) gelijkheidsbeginsel in het Nederlandse bestuursrecht bij de verdeling van schaarse besluiten in acht moeten worden genomen door bestuursorganen.

