

# Waarom het transparantiebeginsel maar niet transparant wil worden

Mr. A.W.G.J. Buijze\*

Het Europese transparantiebeginsel breidt zich uit als een olievlek over de zee van het Europese recht. Nu meer en meer rechtsgebieden onder de reikwijdte van het transparantiebeginsel vallen, wordt het steeds moeilijker het belang van het beginsel voor het Nederlandse recht te ontkennen. Toch blijft het moeilijk te preciseren wat het transparantiebeginsel precies vereist. In dit artikel wordt betoogd dat de sleutel ligt in het instrumentele karakter van het transparantiebeginsel: steeds is een mate van transparantie vereist die zo goed mogelijk bijdraagt aan het realiseren van de doelen die in een bepaalde context bij transparantie zijn gediend.

## Inleiding

Het Europese transparantiebeginsel mag zich verheugen in een toenemende belangstelling. De reikwijdte van het beginsel is ruim, en lijkt zich verder uit te breiden. Het wordt steeds duidelijker dat consequenties voor het Nederlandse recht niet uit kunnen blijven.

De focus in de literatuur ligt vaak op het transparantiebeginsel zoals dat zich ontwikkeld heeft in het aanbestedingsrecht.<sup>1</sup> Dat is niet onterecht, want de ontwikkelingen op dit gebied gaan snel, en de implicaties voor het Nederlandse recht zijn hier het opvallendst. Toch wil ik hier nog eens in herinnering brengen dat het transpa-

rantiebeginsel breder is dan dat.<sup>2</sup> Van toegang tot documenten van de Europese instellingen tot transparantie als voorwaarde voor gelijke behandeling van de seksen:<sup>3</sup> het transparantiebeginsel is overal.

Ik denk dan ook dat het tijd is om te ontdekken of een bredere benadering van het transparantiebeginsel kan helpen verduidelijken wat in concrete gevallen de verplichtingen zijn die uit dat beginsel voortvloeien.<sup>4</sup> Daartoe zal ik hierna eerst bespreken wat het transparantiebeginsel nu eigenlijk is. Vervolgens zal ik trachten de reikwijdte van het transparantiebeginsel te herdefiniëren. Een klein uitstapje naar de economische ratio voor transparantie in het economisch recht mag daarbij naar mijn mening niet ontbreken. Vervolgens zal ik ingaan op wat er in het algemeen op grond van het transparantiebeginsel van de overheid verwacht kan worden, en zal ik bespreken hoe specifieke omstandigheden kunnen leiden tot hogere transparantie-eisen, met name bij zogenoemde schaarse besluiten – besluiten waarbij er meer aanvragers zijn dan beschikbare rech-

\* Mr. A.W.G.J. Buijze is promovenda bij het Instituut voor Staats- en Bestuursrecht van de Universiteit Utrecht.

1. A. Drahmman, 'Tijd voor een Nederlands transparantiebeginsel?', in: M.J.M. Verhoeven, J.E. van den Brink en A. Drahmman, *Europees offensief tegen nationale rechtsbeginselen? Over legaliteit, rechtszekerheid, vertrouwen en transparantie*, Jonge VAR-reeks 8, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 143-197; H.M. Stergiou, 'Het Hof van Justitie: Engelbewaarder van het transparantiebeginsel', *NTER* 2011/3, p. 77-87.

2. Dit is geen nieuw inzicht. Zie S. Prechal, 'De emancipatie van "het algemene transparantiebeginsel"', *SEW* 2008, 145, p. 316-322; S. Prechal en M. de Leeuw, 'Dimensions of Transparency: The Building Blocks for a New General Principle?', *REALaw*, vol. 0, nr. 1, 2007, p. 51-61; A.W.G.J. Buijze en R.J.G.M. Widdershoven, 'De Awb en EU-recht: het transparantiebeginsel', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden en J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 589-607.

3. C. McCrudden, 'Effectiveness of European Equality Law: National Mechanisms for Enforcing Gender Equality Law in the Light of European Requirements', *The Oxford Journal of Legal Studies* 1993, vol. 13, iss. 3, 320-367, p. 331.

4. Wel moet een onderscheid gemaakt worden tussen algemene toegang tot overheidsinformatie, zoals die wordt gereguleerd in de WOB en de Eurowob, en wat wel 'targeted transparency' wordt genoemd (A. Fung, M. Graham en D. Weil, *Full Disclosure: The Perils and Promise of Transparency*, Cambridge: Cambridge University Press 2007.) Hierbij wordt specifieke informatie, vaak actief, gecommuniceerd aan bepaalde groepen of individuen die er belang bij hebben die informatie te ontvangen. Onder de WOB en de Eurowob mag het specifieke belang van degene die de informatie ontvangt juist geen rol spelen. In de rest van dit artikel zal publieke toegang tot informatie buiten beschouwing blijven. De geïnteresseerde lezer wordt verwezen naar Buijze en Widdershoven (2010).

ten.<sup>5</sup> Ten slotte zal ik ingaan op de consequenties van het transparantiebeginsel voor het Nederlandse recht.

## Aard en definitie van het transparantiebeginsel

Het transparantiebeginsel is het jongste algemene rechtsbeginsel in Europa, en wordt ook als zodanig erkend in de rechtspraak van het Hof van Justitie.<sup>6</sup> Volgens Tridimas verdient een rechtsbeginsel het predicaat algemeen wanneer het een specifiek rechtsgebied overstijgt en ten grondslag ligt aan het hele rechtssysteem.<sup>7</sup> Op het eerste gezicht is misschien niet helder dat het transparantiebeginsel aan dat criterium beantwoordt. Zelfs een algemeen aanvaarde definitie van het transparantiebeginsel ontbreekt. Volgens Drahmman vereist het beginsel dat overheden transparant moeten handelen.<sup>8</sup> Prechal wijst erop dat het een open beginsel is, dat ingevuld wordt afhankelijk van de specifieke context waarin het gehanteerd wordt.<sup>9</sup> In ieder geval gaat het bij transparantie als beginsel van publiekrecht steeds om de beschikbaarheid, toegankelijkheid en duidelijkheid van informatie over overheidshandelen.<sup>10</sup> Het begrip ‘informatie over overheidshandelen’ is daarbij breed: het kan betrekking hebben op concrete bij de overheid berustende documenten, maar het kan ook gaan om procedures waarvan duidelijk moet zijn hoe ze zullen verlopen, of eisen die gesteld worden aan burgers die helder moeten worden gecommuniceerd.<sup>11</sup> Helaas is daarmee nog niet gezegd welke informatie beschikbaar moet zijn, voor wie, en wanneer.

Een zekere vaagheid is echter inherent aan rechtsbeginselen.<sup>12</sup> Rechtsbeginselen zijn rechtsnormen, maar in tegenstelling tot regels zijn ze niet-prescriptief.<sup>13</sup> Dat betekent dat hun toepassing op een juridische casus niet automatisch tot een bepaalde uitkomst leidt. Een rechtsregel verbindt aan een casus met juridisch relevant kenmerk *x* een juridische consequentie *y*, terwijl een rechtsbeginsel alleen een belang aanwijst dat bij een juridische afweging moet worden betrokken. Bij die afweging wordt het gewicht dat moet worden toegekend aan een beginsel, bepaald door de juridisch relevante belangen

die de reden en rechtvaardiging voor dat beginsel vormen.<sup>14</sup>

Voor het transparantiebeginsel betekent dat dat de mate van transparantie die is vereist, wordt bepaald door de doelstellingen die men op een bepaald beleidsterrein of met bepaalde regelgeving met transparantie tracht te realiseren. In rechtsfilosofische termen wordt het gewicht dat in een bepaalde context aan het transparantiebeginsel moet worden toegekend groter naarmate transparantie meer wordt gerechtvaardigd door onderliggende doelen en beginselen. Omdat transparantie bijdraagt aan het realiseren van een groot aantal juridisch relevante belangen, van gelijke behandeling tot het vergroten van het vertrouwen in de Europese instituties, zijn er ook veel factoren die het gewicht van het beginsel, en dus de concrete regels die uiteindelijk uit het beginsel voortvloeien, beïnvloeden.

Vandaar dat het transparantiebeginsel in het aanbestedingsrecht, waar transparantie gelijke behandeling van (potentiële) inschrijvers en de werking van de interne markt moet verzekeren, op het eerste gezicht nauwelijks iets te maken lijkt te hebben met het transparantiebeginsel zoals dat tot uitdrukking komt in Verordening (EG) nr. 1049/2001, dat democratisering en het vergroten van het vertrouwen van burgers in de Europese instituties moet realiseren.

Rechtsbeginselen kunnen zelfstandig worden toegepast door de rechter, maar ze kunnen ook geoperationaliseerd worden door regels. Rechtsregels worden dan gezien als het resultaat van een afweging door de wetgever van diverse beginselen, die ook direct de rechtvaardiging voor die regels vormen. Dat betekent dat de rechtsbeginselen die binnen een bepaalde jurisdictie gelden, kunnen worden afgeleid uit de geldende rechtsregels, zoals het Hof van Justitie aanvankelijk het aanbestedingsrechtelijke transparantiebeginsel afleidde uit de tekst van Richtlijn 90/531/EEG.<sup>15</sup> Een analyse van transparantieverplichtingen in het bestaande recht kan dus ten eerste bevestigen dat het transparantiebeginsel inderdaad het etiket algemeen beginsel verdient, en ten tweede verduidelijken wat dat beginsel precies inhoudt.

## Reikwijdte

In onderstaande paragraaf zal ik betogen dat het transparantiebeginsel inderdaad een algemeen beginsel van Europees recht is, dat de grenzen van het aanbestedingsrecht overstijgt en ten grondslag ligt aan het hele rechtssysteem. Wel zal blijken dat het transparantiebeginsel op een aantal terreinen dominant aanwezig is. Dat laat zich verklaren doordat transparantie bijdraagt aan het realiseren van juridisch relevante doelen die op andere terreinen een veel kleinere rol spelen, en dus een groter gewicht krijgen.

5. F.J. van Ommeren, W. den Ouden en C.J. Wolswinkel, ‘Schaarse publieke rechten: naar een algemeen leerstuk,’ in: F.J. van Ommeren, W. Den Ouden en C.J. Wolswinkel, *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2011, p. 19.
6. Bijv. in HvJ EG 13 september 2007, zaak C-260/04, *Commissie/Italië*, *Jur.* 2007, p. I-7083.
7. T. Tridimas, *The General Principles of EU Law*, Oxford: Oxford University Press 2007, p. 1.
8. Drahmman (2010), p. 146.
9. Prechal (2008), p. 316.
10. Buijze en Widdershoven (2010), p. 589.
11. Buijze en Widdershoven (2010), p. 589.
12. Er is dan ook geen consensus over het belang en de precieze aard van rechtsbeginselen. Ik zal me in onderstaande paragraaf daarom beperken tot relatief onbetwiste hoofdlijnen. Dat neemt niet weg dat ook daarop stevige kritiek mogelijk is.
13. H. Ávila, *Theory of Legal Principles*, Dordrecht: Springer 2007.

14. Ávila (2007), p. 28.

15. HvJ EG 25 april 1996, zaak C-87/94, *Waalse bussen*, *Jur.* 1996, p. I-02043.

Voor zover het transparantiebeginsel gecodificeerd is in de verdragen, is zijn werking niet beperkt tot een of meer deelgebieden van het recht. Artikel 1 EU-Verdrag bepaalt dat ernaar wordt gestreefd dat beslissingen zo open mogelijk en zo dicht mogelijk bij de burger worden genomen. Ook een aantal klassieke rechtsbeginselen vereist een zekere mate van transparantie. Dat geldt bijvoorbeeld voor het de eisen van behoorlijk bestuur in artikel 41 van het Handvest en het motiveringsbeginsel van artikel 296 VWEU (oud art. 253 EG-Verdrag), die beide in de literatuur als gedeeltelijke codificaties van het transparantiebeginsel zijn aangewezen.<sup>16</sup> Hetzelfde geldt voor het rechtszekerheidsbeginsel. Vaak is de lijn tussen die klassieke beginselen en het transparantiebeginsel onscherp. Zo is niet op voorhand duidelijk waarin het transparantiebeginsel zich nu precies onderscheidt van het rechtszekerheidsbeginsel, waarmee het geregeld in één adem wordt genoemd. Advocaat-generaal Ruiz-Jarabo Colomer heeft geprobeerd een onderscheid te maken tussen de twee concepten in zijn opinie in *België/Commissie*.<sup>17</sup> Volgens hem ‘wordt met doorzichtigheid bedoeld op een inhoud die helder en duidelijk is, die zonder twijfel of dubbelzinnigheid kan worden begrepen’.<sup>18</sup> Rechtszekerheid daarentegen vereist dat ‘de lidstaten via de door de Commissie in de uitoefening van de haar verleende machtiging goedgekeurde regeling vernemen onder welke voorwaarden hun steunregelingen van de verplichting tot voorafgaande aanmelding kunnen worden vrijgesteld’.<sup>19</sup> Meer in het algemeen vereist rechtszekerheid dat rechtssubjecten zich bewust zijn van hun rechten en plichten, en weten welke juridische consequenties hun handelen zal hebben. Daarmee ligt bij het rechtszekerheidsbeginsel de nadruk op de rechtssubjecten, terwijl het transparantiebeginsel eisen stelt aan de communicatie door de overheid. Daarmee is transparantie noodzakelijk om rechtszekerheid te realiseren, maar zijn de twee begrippen toch niet precies hetzelfde. De mate van transparantie die is vereist, wordt bepaald door het doel, in dit geval het realiseren van rechtszekerheid.

Daarmee wil ik overigens niet beargumenteren dat het transparantiebeginsel ‘verder gaat’ dan het rechtszekerheidsbeginsel. Dit toont echter wel aan dat (1) transparantie al impliciet in het Europese recht aanwezig was voor de aanvaarding van het transparantiebeginsel, waarbij die impliciete transparantieplichting bovendien algemene gelding heeft, en (2) dat de inhoud van die al aanwezige transparantieplichtingen gerechtvaardigd wordt door het achterliggende doel, in dit geval rechtszekerheid.

16. B. Vesterdorf, ‘Transparency – Not just a vogue word,’ *Fordham International Law Journal*, vol. 22, 1998-1999, p. 903; Prechal (2008), p. 317. Ook bij deze artikelen gaat het immers om de beschikbaarheid, toegankelijkheid en duidelijkheid van informatie over overheidshandelen.

17. Opinie van A-G Ruiz-Jarabo Colomer in zaak C-110/03, *België/Commissie*, *Jur.* 2005, p. I-2801.

18. Punt 44.

19. Punt 60.

Voor de jurisprudentie van het Hof van Justitie ligt dat iets anders. Aanvankelijk paste het van Justitie het transparantiebeginsel uitsluitend toe in de specifieke context van het aanbestedingsrecht, en dan nog alleen op zaken die onder de werking van de aanbestedingsrichtlijnen vielen. Die situatie duurde echter niet lang. Er is al vaak beschreven hoe het Hof van Justitie in zijn *Waalse bussen*-arrest het transparantiebeginsel ontdekte in de tekst van Richtlijn 90/531/EEG,<sup>20</sup> en hoe het daarna het transparantiebeginsel baseerde op het gelijkheidsbeginsel,<sup>21</sup> en op artikel 49 en 43 EG-Verdrag.<sup>22</sup> Immers, door transparantie kan gewaarborgd worden dat bij aanbestedingen inschrijvers daadwerkelijk gelijke kansen krijgen.<sup>23</sup> Door het aanvankelijk op een richtlijn gebaseerde transparantiebeginsel in tweede instantie te ontlenen aan primair Europees recht kon het Hof van Justitie transparantieplichtingen uit het aanbestedingsrecht ook toepassen op opdrachten die niet onder de richtlijnen vielen, op concessies, en recent zelfs op het verlenen van vergunningen voor het aanbieden van diensten.<sup>24</sup> Want hoewel de aanbestedingsrichtlijnen op dergelijke gevallen niet van toepassing zijn, is primair unierecht dat wel.

Deze benadering heeft er wel voor gezorgd dat lange tijd onduidelijk bleef of het transparantiebeginsel een zelfstandig beginsel was, of dat het een aspect van het gelijkheidsbeginsel was. Ondanks het feit dat het Hof van Justitie hier nog altijd geen duidelijke keuze in lijkt te maken, lijkt waarschijnlijk dat het transparantiebeginsel wel degelijk een onafhankelijk beginsel is. In aanbestedingsrechtelijke en aanverwante zaken lijkt het transparantiebeginsel namelijk verder te gaan dan het gelijkheidsbeginsel. Zo stelt advocaat-generaal Jacobs in zijn opinie in *Unitron* dat het doel van transparantie is om handelsbarrières af te schaffen en gelijke kansen te garanderen.<sup>25</sup> In *Telaustria* stelt het Hof van Justitie dat een mate van openbaarheid vereist is die de dienstenmarkt opent voor competitie en die ervoor zorgt dat aanbestedingsprocedures op onpartijdigheid kunnen worden getoetst.<sup>26</sup> Dat is een ander criterium dan een mate van transparantie die naleving van het gelijkheidsbeginsel garandeert, en gaat potentieel verder. Transparantie draagt immers ook direct bij aan het gladjes functioneren van de markt, zonder tussenkomst van het gelijkheidsbeginsel, bijvoorbeeld doordat het transactie-

20. HvJ EG 25 april 1996, zaak C-87/94, *Waalse bussen*, *Jur.* 1996, p. I-02043.

21. HvJ EG 7 december 2000, zaak C-324/98, *Telaustria*, *Jur.* 2000, p. I-10745; HvJ EG 18 november 1999, zaak C-275/98, *Unitron*, *Jur.* 1999, p. I-08291.

22. HvJ EG 21 juli 2005, zaak C-231/03, *Coname*, *Jur.* 2005, p. I-07287. Zo ook de Interpretatieve Mededeling van de Commissie, Pb. EU C 2006, 179/02.

23. HvJ EG 18 november 1999, zaak C-275/98, *Unitron*, *Jur.* 1999, p. I-08291.

24. HvJ EU 13 juni 2010, zaak C-203/08, *Sporting Wxchange Ltd (Betfair)/minister van Justitie*, AB 2011, 17 m.nt. Buijze.

25. Opinie A-G Jacobs, zaak C-275/98, *Unitron*, *Jur.* 1999, p. I-08291.

26. HvJ EG 7 december 2000, zaak C-324/98, *Telaustria*, *Jur.* 2000, p. I-10745.

kosten beperkt.<sup>27</sup> Volgens Prechal en De Leeuw moet het transparantiebeginsel worden gezien als onafhankelijk omdat het vooraf gaat aan het gelijkheidsbeginsel, en omdat het iedere vorm van willekeur moet voorkomen.<sup>28</sup>

Deze ontwikkeling van het van origine aanbestedingsrechtelijke transparantiebeginsel is op zich al reden genoeg om te vermoeden dat zijn opmars nog niet ten einde is. Zoals advocaat-generaal Bot in zijn opinie bij *Betfair/Ladbroke's* zei, is de transparantieplichting 'een dwingende prelabelle 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>29</sup> Hetzelfde geldt in feite wanneer er wel meer begunstigen kunnen zijn, maar hun totale aantal aan een maximum gebonden is. Het Hof van Justitie bepaalde dat expliciet voor een beperkt aantal concessies dat werd verleend voor het organiseren van paardenrennen,<sup>30</sup> maar het valt niet in te zien waarom dat voor een andere wijze van het verlenen van een beperkt aantal rechten niet zo zou zijn.<sup>31</sup>

Zo zou het transparantiebeginsel toegepast kunnen worden bij het verlenen van alle schaarse economische rechten. Nog algemener wordt het transparantiebeginsel wanneer we ons realiseren dat transparantie een voorwaarde vormt voor de proportionaliteit van een beperking van het vrije verkeer – en daarmee voor de aanvaardbaarheid van een dergelijke beperking onder het Europese recht.<sup>32</sup> Ook de Nederlandse rechter lijkt deze benadering te omarmen. In *Schindler* baseerde de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State een transparantieplichting op artikel 49 EG-Verdrag en het proportionaliteitsbeginsel.<sup>33</sup> De Afdeling concludeerde dat het zonder aanbesteding verlengen van loterijvergunningen 'om greep te houden op de markt' in strijd was met artikel 49 EG-Verdrag. Dit doel kon immers ook bereikt worden 'door de vergunningverlening aan objectieve criteria te binden, waarbij elke potentiële aanbieder onder dezelfde voorwaarden naar het verkrijgen daarvan kan meedingen'.<sup>34</sup> Daarbij moet wel opgemerkt worden dat de verplichting een aanbesteding te organiseren niet gebaseerd is op het transparantiebeginsel. Is echter de conclusie getrokken dat aanbesteed moet worden, dan horen daar uiteraard ook de specifieke verplichtingen bij die voor aanbestedingen voortvloeien uit het transparantiebeginsel.

27. C. Zoellner, 'Transparency: an analysis of an evolving fundamental principle in international economic law,' *Michigan Journal of International Law*, vol. 27, 2006, p. 579-627.

28. Prechal en De Leeuw (2007), p. 59.

29. Opinie A-G Bot, gevoegde zaken C-203/08 en C-258/08, *Betfair en Ladbroke's*, n.n.g.

30. HvJ EG 13 september 2007, zaak C-260/04, *Commissie/Italië*, *Jur.* 2007, p. I-7083.

31. Zie noot Buijze bij *Betfair/Ladbroke's*.

32. Bijv. HvJ EG 13 december 2007, zaak C-250/06, *United Pan-Europe Communications Belgium SA e.a./Belgische staat*, *Jur.* 2007, p. I-11135; HvJ EG 18 maart 2004, zaak C-8/02, *Leichtle*, *Jur.* 2004, p. I-2641, punt 48.

33. ABRvS 18 juli 2007, AB 2007, 302 m.nt. Jans.

34. Zaak *Schindler*, overweging 2.5.8.

Het transparantiebeginsel is inmiddels ook gecodificeerd in de Dienstenrichtlijn. Deze bevat niet alleen transparantieplichtingen die gelden bij het verlenen van schaarse dienstenvergunningen, maar ook bij het verlenen van andere vergunningen die het vrij verkeer kunnen beperken.<sup>35</sup> De verplichtingen in de Dienstenrichtlijn zijn vooral een codificatie van staande jurisprudentie van het Hof van Justitie. Dat betekent onder meer dat de transparantieplichtingen in de richtlijn niet alleen van toepassing zijn op dienstenverkeer dat onder de richtlijn valt. De verplichtingen die zijn opgenomen in de richtlijn, zijn door het Hof van Justitie eerder ontleend aan primair Europees recht, en gelden dus in beginsel ook voor dienstenverkeer dat van de werking van de richtlijn is uitgezonderd.<sup>36</sup>

### Het Hof van Justitie voorbij

Wie zich alleen richt op de jurisprudentie van het Hof van Justitie, krijgt wellicht de indruk dat we de opkomst van het transparantiebeginsel vooral te denken hebben aan dat instituut. Maar dat valt mee. De opkomst van het transparantiebeginsel in de rechtspraak van het Hof van Justitie staat niet op zichzelf. Sinds midden jaren zeventig is de aandacht van economen voor de rol die informatie speelt in het functioneren van de markt enorm gegroeid.<sup>37</sup> Daaruit zijn boeiende conclusies voortgekomen. Ten eerste blijkt dat de impact van informatie enorm is. Anders dan aanvankelijk gedacht kunnen kleine informatie-imperfecties leiden tot ernstig marktfalen. Andersom lijkt een ruime beschikbaarheid van informatie een aantal positieve effecten te hebben: transactiekosten zijn lager, actoren zijn beter in staat inschattingen te maken en dus de beste wijze van handelen te selecteren, en informatievoordelen kunnen niet langer misbruikt worden om oneigenlijk voordeel te halen ten koste van de transactiepartner.<sup>38</sup>

Voor de Europese Unie zijn hieruit twee conclusies te trekken. Ten eerste: het functioneren van de interne markt heeft baat bij een ruimte beschikbaarheid van informatie. Ten tweede: wanneer lidstaten maatregelen nemen die niet-economische doelen hebben, zoals het beschermen van de volksgezondheid, kan dat leiden tot een verstoring van de interne markt. Die verstoring zal groter zijn als de maatregel niet transparant is, omdat marktpelers ofwel hoge kosten moeten maken om informatie te vergaren, of slechter in staat zullen zijn economisch verantwoorde beslissingen te nemen.

Deze ontdekkingen hebben hun weerslag gehad op vele aspecten van het Europese recht. Zo vinden we het transparantiebeginsel al met naam en toenaam in de pre-

35. Art. 10 lid 2 Dienstenrichtlijn.

36. G. Davies, 'The Services Directive: extending the country of origin principle, and reforming public administration,' *ELR* 2007, 32(2), p. 232-245, p. 236. Ook de Nederlandse wetgever gaat hiervan uit: *Kamerstukken II* 2008/09, 31 579, nr. 3, par. 3.4.2.3.

37. J. Stiglitz, 'Perspectives on information analysis,' in: *Selected Works of Joseph E. Stiglitz*, Volume I, Oxford: Oxford University Press 2009.

38. Voor een overzicht van de positieve effecten van transparantie, zie Zoellner (2006), p. 588.

ambule van de ONP-richtlijnen van 1993,<sup>39</sup> en wordt, ondanks magere jurisprudentie van het Hof van Justitie op dit gebied, in de literatuur transparantie al jaren aangevaard als 'beginsel van goed markttoezicht'.<sup>40</sup> Het beginsel is gecodificeerd in artikel 3 lid 3 van de Kaderrichtlijn elektronische communicatie, waarin staat dat NRAs hun bevoegdheden onpartijdig en transparant moeten uitvoeren.<sup>41</sup> Dit vereiste is uitgewerkt in talloze bepalingen van de elektronische-communicatierichtlijnen.<sup>42</sup> Net als in het aanbestedingsrecht, is deze verplichting uiteindelijk gebaseerd op artikel 49 EG-Verdrag.<sup>43</sup> Ze vereist dat toezichthouders transparant handelen voor, tijdens en na het besluitvormingsproces.<sup>44</sup> Lavrijssen benadrukt het belang van transparant toezicht in met name netwerksectoren, omdat partijen daar alleen de investeringen zullen maken die nodig zijn voor het functioneren van de sector als ze die afdoende kunnen plannen, en de zekerheid hebben dat ze die terug kunnen verdienen.<sup>45</sup>

Ook in wetgeving die wat minder aandacht krijgt in de juridische literatuur, zoals de richtlijn tot vaststelling van kwaliteits- en veiligheidsnormen voor het doneren, verkrijgen, testen, bewerken, bewaren en distribueren van menselijke weefsels en cellen prijkt het transparantiebeginsel in de preambule.<sup>46</sup> Ook hier heeft dus blijkbaar het transparantiebeginsel (mede) aan de basis gelegen van de in de richtlijn vervatte normen.

Een gebied waar transparantie al door het Hof van Justitie erkend is, maar mogelijk een grote vlucht gaat nemen, is het staatssteunrecht. Al in 2008 wees Prechal in een verkennend artikel op het feit dat ook hier het transparantiebeginsel opdook.<sup>47</sup> Het ging daarbij vooral over aan rechtszekerheid verwante aspecten van transparantie: het moest voor ontvangers van staatssteun en voor de lidstaten duidelijk zijn hoe de Commissie gebruik zou maken van haar bevoegdheden. Daarbij is vooral van belang dat de Commissie niet afwijkt van richtlijnen die ze heeft opgesteld over hoe ze haar

bevoegdheden gaat gebruiken.<sup>48</sup> Daarnaast moeten dergelijke richtlijnen helder en begrijpelijk zijn.<sup>49</sup>

In haar actieplan staatssteun omarmt de Commissie transparantie als noodzakelijke voorwaarde voor effectieve staatssteun.<sup>50</sup> Het gaat daarbij niet langer alleen om haar eigen handelen, al streeft de Commissie ernaar ook dat transparanter te maken. Hessel heeft erop gewezen dat in de algemene groepsvrijstellingsverordening inderdaad geprobeerd is hier handen en voeten aan te geven.<sup>51</sup> Nieuw is dat ook het verlenen van staatssteun door de lidstaten transparant moet gebeuren. In het actieplan staatssteun spreekt de Commissie een voorkeur uit voor de transparante allocatie van staatssteun, waarbij de steun wordt verdeeld volgens objectieve, transparante en non-discriminatoire procedures. De Commissie zet hier de deur wijd open voor het in het aanbestedingsrecht ontwikkelde transparantiebeginsel. Concrete verplichtingen zijn er echter nog niet. Een transparante allocatie is geen voorwaarde in de groepsvrijstellingsverordening. Wel zou het zo kunnen zijn dat steunmaatregelen die niet onder die verordening vallen, wanneer de verdelingsprocedure voldoet aan de eisen die worden gesteld aan het transparantiebeginsel, de Commissietoets gemakkelijker zullen doorstaan.

Wanneer inderdaad het transparantiebeginsel in het staatssteunrecht verder tot ontwikkeling komt, en dat is wel te verwachten, dan kan men twee conclusies trekken. Ten eerste zou het betekenen dat de uit het aanbestedingsrecht afkomstige verplichtingen op nog een verdelingsprocedure van toepassing zijn. Daarnaast zouden dan door het Hof van Justitie binnen eenzelfde rechtsgebied zowel klassieke, nauw aan het rechtszekerheidsbeginsel verwante transparantieplichtingen, als nieuwe, specifiek bij verdelingsprocedures toepasselijke transparantieplichtingen expliciet gebaseerd worden op het transparantiebeginsel. Dit zou eens te meer de verwantschap en de gemeenschappelijke wortels van die verplichtingen aantonen.

Uit bovenstaande blijkt dat het transparantiebeginsel inderdaad beschouwd kan worden als een algemeen beginsel van Europees recht. Het overstijgt immers een specifiek rechtsgebied en ligt ten grondslag aan het rechtssysteem als geheel. Dat is expliciet gemaakt in artikel 1 EU-Verdrag, maar blijkt ook uit de aanwezigheid van een groot aantal transparantieplichtingen in het secundaire recht en in de rechtspraak van het Hof van Justitie.

Wel is het transparantiebeginsel opvallender aanwezig in het economisch recht. De verklaring hiervoor is dat het gewicht dat aan het transparantiebeginsel wordt toegekend in een concrete context bepaald wordt door de doelen die met transparantie gediend worden. Hoewel

39. Art. 10 Richtlijn 92/44/EG van 5 juni 1992 betreffende de toepassing van Open Network Provision (ONP) op huurlijnen, Pb. EG L 165, 19 juni 1992, p. 27-36.

40. L. Hancher, P. Larouche en S.A.C.M. Lavrijssen, 'Principles of Good Market Governance', *Journal of Network Industries* 2003, no. 4, p. 355-389; S.A.C.M. Lavrijssen, *Onafhankelijke mededingingstoezichthouders, regulerende bevoegdheden en de waarborgen voor good governance*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2006.

41. Par. 21 van de preambule bij Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten (Kaderrichtlijn), Pb. EG 2002, L 108/33.

42. Bijv. art. 9 lid 1 van de kaderrichtlijn voor de verdeling van schaarse frequenties, art. 10 lid 1 voor de allocatie van nummers, art. 2 lid 4 van de machtigingsrichtlijn over toestemming de telecommarkt te betreden.

43. HvJ EG 31 januari 2008, zaak C-380/05, *Centro Europa*, Jur. 2008, p. I-349, punt 116.

44. Hancher e.a. (2003), p. 2.

45. Lavrijssen (2006), p. 20.

46. Richtlijn 2004/23/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 tot vaststelling van kwaliteits- en veiligheidsnormen voor het doneren, verkrijgen, testen, bewerken, bewaren en distribueren van menselijke weefsels en cellen.

47. Prechal (2008).

48. HvJ EG 24 maart 1993, zaak C-313/90, *CIRFS*, Jur. 1993, p. I-1125.

49. HvJ EG 10 januari 2008, zaak C-70/06, *Commissie/Portugal*, Jur. 2008, I-1, punt 34.

50. Actieplan staatssteun; Minder en beter gerichte staatssteun: een routekaart voor de hervorming van het staatssteunbeleid 2005-2009, COM (2005)107.

51. B. Hessel, 'De algemene groepsvrijstellingsverordening voor staatssteun: aanzienlijk meer mogelijkheden voor decentrale staatssteun,' *Gemeentestem* 2009, 11.

transparantie altijd bijdraagt aan het realiseren van juridisch erkende doelen zoals rechtszekerheid, en dus altijd wordt meegewogen, krijgt het meer gewicht in het economisch recht, omdat het daar een belangrijke bijdrage levert aan het soepel functioneren van de markt.

## Verplichtingen

In plaats van een overzicht te geven van de verplichtingen die voortvloeien uit het aanbestedingsrechtelijke transparantiebeginsel, en vervolgens in te gaan op de mate waarin die verplichtingen ook gelden voor andere besluiten, wil ik hier de omgekeerde benadering kiezen. Welke transparantieplichtingen gelden op basis van primair EU-recht in het algemeen, en onder welke omstandigheden gelden zwaardere verplichtingen?

Er bestaat een nauw verband tussen rechtszekerheid en transparantie. Beide zijn beginselen van Europees recht die gerespecteerd dienen te worden, aldus advocaat-generaal Ruiz-Jarabo Colomer.<sup>52</sup> Wat betreft dit aspect van transparantie kan worden gewezen op rechtspraak van het Hof van Justitie waarin het, met het oog op de voorspelbaarheid van de bestuurlijke toepassing van discretionaire bevoegdheden, positief waardeert dat beleidsregels worden vastgesteld, (mede) op basis van het transparantiebeginsel.<sup>53</sup> In de toekomst zou dat wellicht kunnen leiden tot een verplichting tot het vaststellen van beleidsregels.<sup>54</sup> Hoewel een dergelijke verplichting nog niet expliciet door het Hof van Justitie is vastgesteld, moet de supervisie van staatssteunmaatregelen door de Commissie wel degelijk transparant zijn, wat wil zeggen dat de procedure die de Commissie volgt bij het beoordelen van staatssteunmaatregelen duidelijk is en dat de criteria die gehanteerd worden bij de beoordeling helder zijn.<sup>55</sup> Het opstellen van beleidsregels of verordeningen lijkt een geschikte manier om aan dit vereiste te voldoen. Het transparantiebeginsel vereist ook dat de Commissie zich aan die procedure en criteria houdt, ook als die alleen in beleidsregels zijn opgenomen.<sup>56</sup> Verder ligt het beginsel, opnieuw samen met het beginsel van rechtszekerheid, aan de basis van de eis dat Europese regelgeving en nationale omzettingswetgeving duidelijk en precies moet zijn,<sup>57</sup> en dat Europese en nationale regelingen ter uitvoering van Europese recht

moeten voorzien in duidelijke en begrijpelijke procedures.<sup>58</sup>

### Transparantieplichtingen bij beperkingen van het vrij verkeer

Iedere beperking van het vrij verkeer moet, wil ze evenredig zijn, in elk geval aan zekere transparantie-eisen voldoen.<sup>59</sup> Dit valt gemakkelijk te rechtvaardigen. Hoewel dergelijke beperkingen nodig kunnen zijn met het oog op allerlei legitieme doelen, zoals het beschermen van de volksgezondheid, doen ze afbreuk aan de werking van de interne markt. Door dergelijke beperkingen in elk geval zo transparant mogelijk te maken, wordt de negatieve invloed op de interne markt beperkt. Immers: niet-transparante barrières leiden tot hogere kosten dan transparante barrières. In de Dienstenrichtlijn is dit, althans voor de diensten die onder het bereik vallen, gecodificeerd. Beperkende stelsels moeten op basis van artikel 10 lid 2 Dienstenrichtlijn transparant en toegankelijk zijn, niet-discriminatoir, evenredig, duidelijk en ondubbelzinnig, objectief, en vooraf openbaar bekendgemaakt.<sup>60</sup> In de Dienstenrichtlijn worden, anders dan in de rechtspraak van het Hof van Justitie, transparantie en evenredigheid naast elkaar gezet.

De Dienstenrichtlijn is overigens niet de enige richtlijn waarin is vastgelegd dat beperkingen van het vrij verkeer transparant dienen te zijn. Voor elektronische communicatie is bepaald in artikel 6 lid 1 van de Machtigingsrichtlijn dat alle eisen die worden gesteld aan aanbieders die de markt op willen transparant moeten zijn.<sup>61</sup>

Deze eisen zijn in de rechtspraak van het Hof van Justitie nauwelijks uitgewerkt, maar de Dienstenrichtlijn kan ter inspiratie dienen bij een nadere invulling van de aan het transparantiebeginsel te ontleen eisen.<sup>62</sup> Zo zouden eisen kunnen worden gesteld aan de informatievoorziening door de overheid over een concrete vergunningsprocedure, zoals de verplichting om een ontvangstbevestiging te sturen, om informatie te verstrekken over het verdere verloop van de procedure, over afhandelingstermijnen, en over de gevolgen van een termijnoverschrijding (art. 13 lid 3 e.v. Dienstenrichtlijn).

Ook in de Awb staan diverse verplichtingen die de transparantie van het overheidsoptreden vergroten, en die in de toekomst dus ook gebruikt zouden kunnen worden om verder uitwerking te geven aan het Europeesrechtelijke transparantiebeginsel. Daarbij kan worden gedacht aan doorzendingverplichtingen (vgl. de art. 2:3 en 6:15 Awb), aan rechtsmiddelvoorlichting (vgl. de

52. *Opinie A-G Ruiz-Jarabo Colomer*, zaak C-110/03, *België/Commissie*, ECR 2005, P I-2801, punt 37.

53. HvJ EG 7 maart 2002, zaak C-310/99, *Italië/Commissie*, *Jur.* 2002, p. I-2289; HvJ EG 28 juni 2005, gevoegde zaken C-189/02 e.a., *Dansk Rorindustri A/S/Commissie*, *Jur.* 2005, p. I-5425. Zie Prechal en De Leeuw (2007), p. 55-57, alsmede Prechal (2008), p. 318-319.

54. Widdershoven e.a., *De Europese agenda van de Awb, derde evaluatie van de Algemene wetbestuursrecht 2006*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 91-92.

55. *Opinie A-G Ruiz-Jarabo Colomer*, *België/Commissie*. De Commissie erkent dit ook in haar actieplan staatssteun.

56. HvJ EG 24 maart 1993, zaak C-313/90, *CIRFS*, *Jur.* 1993, p. I-1125.

57. Vergelijk Prechal en De Leeuw (2007), p. 53-55.

58. Zie bijv. HvJ EG 12 juli 2005, gevoegde zaken C-154/04 en C-155/04, *Natural Health*, *Jur.* 2005, p. I-6451. Zie ook art. 13 lid 1 Dienstenrichtlijn.

59. HvJ EG 13 december 2007, zaak C-250/06, *United Pan-Europe Communications Belgium SA e.a./Belgische staat*, *Jur.* 2007, p. I-11135; HvJ EG 18 maart 2004, zaak C-8/02, *Leichtle*, *Jur.* 2004, p. I-2641, punt 48.

60. Buijze en Widdershoven (2010), p. 600.

61. Richtlijn 2002/20/EG betreffende de machtiging voor elektronische communicatienetwerken en diensten.

62. Onderstaande is ontleend aan Buijze en Widdershoven (2010), p. 601-602.

art. 3:45 en 6:23 Awb, alsmede art. 7 en 10 lid 6 Dienstenrichtlijn), aan de verplichting om de burger te informeren over andere vergunningen die voor een bepaalde activiteit noodzakelijk zijn (vgl. art. 3:20 Awb) of de verplichting om een één-loketvoorziening te creëren waarlangs burgers alle voor een bepaalde activiteit noodzakelijke procedures en formaliteiten kunnen afwikkelen (vgl. art. 6 Dienstenrichtlijn).

### Transparantieverplichtingen bij vergelijkende toetsen

Wanneer ervoor is gekozen een besluit te nemen na een vergelijkende toets gelden veelal hardere eisen, hetzij op basis van de jurisprudentie van het Hof van Justitie, hetzij op basis van richtlijnen. Het gaat daarbij niet alleen om *tenders*, ook een *veiling of beauty contest* behoren tot de mogelijkheden. Zo is transparantie bijvoorbeeld ook een vereiste bij de verdeling van schaarse radiofrequenties op grond van artikel 9 lid 1 van de kaderrichtlijn, waarbij vaak geveild wordt. Het is moeilijk precies vast te stellen wanneer deze hardere eisen gelden. Het lijkt er sterk op dat deze verdergaande eisen in elk geval gelden wanneer de overheid gebruik wil maken van marktmechanismen om haar beleidsdoelen te bereiken. Dat sluit goed aan bij het inzicht dat transparantie noodzakelijk is om de markt goed te doen functioneren. Transparantie is hier geen middel om de schade aan de interne markt te beperken, maar een noodzakelijke voorwaarde om beleidsdoelen te realiseren. Zonder transparantie zal een aanbestedingsprocedure er bijvoorbeeld niet zo maar toe leiden dat de overheid zoveel mogelijk waar voor haar geld krijgt.

Deze extra transparantie-eisen zijn ontleend aan het aanbestedingsrechtelijk transparantiebeginsel en hebben zich van daaruit verspreid, en zijn al eerder beschreven.<sup>63</sup> Ik zal ze hier kort herhalen.

Voorafgaand aan de eigenlijke procedure moet de aanbestedende autoriteit bekend maken dat er een opdracht, concessie of vergunning te vergeven is. Daarbij moet aan alle potentiële gegadigden een passende mate van openbaarheid worden gegarandeerd, zodat de aanbesteding, concessie of vergunning voor mededinging openstaat en de procedures op onpartijdigheid kunnen worden getoetst. Wat een passende mate van openbaarheid is, hangt af van de opdracht. Het Publicatieblad van de EU volstaat altijd, maar voor kleine opdrachten kan wellicht volstaan worden met een advertentie in een lokale krant.<sup>64</sup> Dit criterium kan men problematiseren en inderdaad heeft het Hof van Justitie er weinig over gezegd.<sup>65</sup> Dat er een passende mate van openbaarheid moet zijn, betekent in ieder geval niet dat er een volledig opgetuigde aanbestedingsprocedure moet komen, aldus het Hof van Justitie in *Telaustria*. Het criterium heeft uitsluitend betrekking op de communicatie van de te volgen procedure. Het lijkt verstandig niet te snel aan te nemen dat er geen buitenlandse gegadigden zijn, en dus voor een genereus communica-

tiekanaal te kiezen. Het belangrijkste echter lijkt dat de bekendmaking algemeen moet zijn. Het is niet afdoende om contact op te nemen met een aantal geïnteresseerde partijen, ook niet als de autoriteit in kwestie van mening is dat alle geïnteresseerde partijen daarmee bereikt worden.<sup>66</sup>

Wat betreft de inhoud van de bekendmaking geldt voor opdrachten die onder de aanbestedingsrichtlijnen vallen dat in de bekendmaking duidelijk gecommuniceerd moet worden wat de voorwaarden voor deelname aan de procedure zijn en welke procedure gevolgd zal worden. Ambigüiteit is uit den boze: de selectiecriteria moeten zodanig geformuleerd zijn dat iedere redelijk geïnformeerde en zorgvuldige inschrijver ze op dezelfde manier zal interpreteren.<sup>67</sup> Daarbij moet in elk geval de uiterste datum van inschrijving (of indiening van de aanvraag) opgenomen worden.<sup>68</sup> Ook de gunningscriteria moeten helder en eenduidig zijn, en van tevoren worden vastgesteld en gecommuniceerd naar potentiële inschrijvers.<sup>69</sup> Bij voorkeur wordt het relatieve belang van de verschillende criteria aangegeven. Dat kan bijvoorbeeld door de criteria op volgorde van belangrijkheid te zetten.<sup>70</sup>

Voor opdrachten die niet onder de richtlijnen vallen, geldt een minder zware openbaarheidsplicht. Een korte beschrijving van de essentiële gegevens van de opdracht, de gunningsprocedure, en de contactgegevens van de aanbestedende dienst om nadere informatie op te kunnen vragen volstaan.<sup>71</sup>

In artikel 12 lid 1 van de Dienstenrichtlijn is specifiek voor schaarse vergunningen bepaald dat een toereikende bekendmaking van de opening, uitvoering en afsluiting van de procedure verplicht is. De procedure zelf moet overigens ook alle waarborgen voor onpartijdigheid en transparantie bieden. Het is aannemelijk dat voor de uitwerking van die criteria aansluiting wordt gezocht bij de regels uit het aanbestedingsrecht. Drahmans stelt een bekendmaking voor die bestaat uit 'een korte beschrijving van de beschikbare vergunning, de verleningsprocedure en de contactgegevens van het bestuursorgaan'.<sup>72</sup> Tijdens de procedure moet de aanbestedende autoriteit de gunningscriteria steeds op dezelfde wijze blijven interpreteren. Vanzelfsprekend moeten ze ook objectief en uniform worden toegepast.<sup>73</sup> Dat betekent ook dat na binnenkomst van een *tender* of aanvraag deze niet nader aangevuld mag worden. De organiserende autoriteit mag dus niet naar nadere details of aanvullingen vragen, omdat op die manier zou worden afgeweken van de

63. Zie uitgebreid Stergiou (2011).

64. Zie uitgebreid Drahmans (2011).

65. Stergiou (2011), p. 85.

66. Pb. EU C 2006, 179/02.

67. HvJ EG 18 oktober 2001, zaak C-19/00, *Siac*, *Jur.* 2001, p. I-07725; HvJ EG 18 december 2008, zaak C-384/07, *Wienstrom*, *Jur.* 2008, p. I-10393.

68. Zie zaak *Waalse bussen*.

69. HvJ EG 12 december 2002, zaak C-470/99, *Universale Bau*, *Jur.* 2002, p. I-11617; HvJ EG 9 februari 2006, gevoegde zaken C-226/04 en C-228/04, *La Cascina*, *Jur.* 2006, p. I-01347.

70. HvJ EG 24 januari 2008, zaak C-532/06, *Lianakis*, *Jur.* 2008, p. I-00251.

71. Drahmans (2011), p. 270.

72. Drahmans (2011), p. 271.

73. Zie de zaken *Siac* en *Wienstrom*.

vooraf bekendgemaakte procedureregels.<sup>74</sup> Dat betekent ook dat wanneer geen van de binnengekomen voorstellen aan die criteria voldoet, de aanbestedende autoriteit de criteria niet naar beneden mag bijstellen en vervolgens op grond van die bijgestelde criteria een keus kan maken. In plaats daarvan moet een nieuwe opdracht worden uitgeschreven. Het CBB paste deze eis toe bij vergunningverlening.<sup>75</sup> De burgemeester van Culemborg week af van zijn eigen beleidsregels. Volgens het CBB dienen

‘vanuit een oogpunt van objectiviteit, transparantie en rechtszekerheid (...) bij de toepassing 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.’

Het CBB vernietigt wegens strijd met artikel 4:84 Awb, nu er geen bijzondere reden was om van de beleidsregel af te wijken. Al is dit niet zo zwart-wit als de aanbestedingsrechtelijke regel dat van de vooraf vastgestelde procedure en criteria niet mag worden afgeweken, deze uitspraak lijkt in elk geval te impliceren dat afwijken van een beleidsregel zwaarder gemotiveerd moet worden in het geval van een vergelijkende toets.

Ook wanneer de procedure eenmaal is afgerond, vloeien er nog verplichtingen voort uit het transparantiebeginsel. Zo moet de uitkomst van de procedure worden meegedeeld. Ook als de opdracht wordt ingetrokken moet dat worden gecommuniceerd.<sup>76</sup> En ook wanneer de opdracht eenmaal aan een van de inschrijvers gegund is, mogen de voorwaarden niet worden gewijzigd. Het Hof van Justitie bepaalde dat in de zaak *Succhi di Frutta*, waarin de Commissie een betaling in natura bij nader inzien niet in appels, maar in ander fruit wilde verrichten. Immers, als de andere inschrijvers dat vooraf hadden geweten, hadden ze wellicht hun voorstel hierop aan willen passen.<sup>77</sup>

Met een vergelijkende toets worden dus de nodige transparantieplichtingen binnengehaald. Maar hoewel het transparantiebeginsel in de jurisprudentie van het Hof van Justitie vaak hand in hand gaat met een vergelijkende toets, is een dergelijk verdelingsmechanisme op grond van het transparantiebeginsel niet vereist. Maar evenmin is het zo dat het transparantiebeginsel buiten de deur kan worden gehouden door geen vergelijkende toets te organiseren. Het transparantiebeginsel geldt ook wanneer een ander verdelingsmechanisme wordt gebruikt.

Men zou kunnen verwachten dat bij schaarse besluiten waarbij geen vergelijkende toets wordt uitgevoerd ook zwaardere transparantieplichtingen gelden dan wanneer dat wel het geval is, om zo gelijke kansen te verze-

keren voor alle geïnteresseerden. Die verwachting wordt wel een beetje, maar niet helemaal waargemaakt. Zo kan een wie-het-eerst-komt-eerst-maakt-systeem ook transparant zijn. Daartoe moet van tevoren duidelijk worden aangegeven dat dit systeem gebruikt zal worden, en eenieder moet de kans hebben gekregen een aanvraag in te dienen. Het CBB volgt deze lijn in zijn *Flash*-uitspraak.<sup>78</sup> Hier dienden twee concurrenten van Flash, een speelautomatenhallenexploitant, een vergunningaanvraag in op het moment dat het ontwerpbesluit voor de vergunning van Flash al ter inzage lag. De burgemeester verleent de vergunning aan Flash en wijst de andere twee af. Het CBB acht dit aanvaardbaar, *mits voor potentiële gegadigden kenbaar is dat de vergunning beschikbaar is of komt en wat de te volgen procedure is*. Het CBB stelt overigens geen hoge eisen aan de bekendmaking van die beschikbaarheid, maar overweegt dat de ondernemers in kwestie bekend hadden kunnen zijn met het feit dat de vergunning beschikbaar kwam. Hoe, wordt niet helemaal duidelijk uit de uitspraak, die kritisch is ontvangen.<sup>79</sup> Een bekendmaking van het feit dat een vergunning beschikbaar was, zou niet hebben misstaan, en lijkt op grond van artikel 56 VWEU in elk geval vereist wanneer er potentiële geïnteresseerden zijn over de grens. En zoals Drahmans terecht opmerkt, is wellicht niet alleen een uiterste indiendatum, maar ook een officiële opening van de indientermijn wenselijk.<sup>80</sup>

### Tussenconclusie

Bovenstaande maakt nogmaals duidelijk dat het transparantiebeginsel het aanbestedingsrecht overstijgt en weerspiegeld wordt in het gehele Europese recht. In het Europese recht wordt gestreefd naar transparantie, meer specifiek naar die mate van transparantie die nodig is voor het realiseren van andere, rechtens relevante doelen, zoals rechtszekerheid en het functioneren van de interne markt.

Het beginsel vereist dat procedures van tevoren worden gepubliceerd, en dat er vervolgens ook de hand aan wordt gehouden. Dat geldt zowel voor de Commissie wanneer zij toezicht houdt op staatssteunmaatregelen als voor aanbestedende autoriteiten die de regels voor een tenderprocedure opstellen. De kloof tussen het aanbestedingsrechtelijke transparantiebeginsel en transparantiebeginsel als aanhangsel van het rechtszekerheidsbeginsel is daarmee minder groot dan die in eerste instantie oogt. Specifiekere eisen gelden wanneer een besluit wordt genomen na een vergelijkende toets, naar mijn inzicht omdat onder die omstandigheden transparantie meer dan anders bijdraagt aan gelijke kansen en een goede marktwerking. Voor zover dit op grond van het geldende recht nog niet bij alle vergelijkende toetsen geldt, kan het transparantiebeginsel als katalysator voor een dergelijke ontwikkeling dienen.

74. *Waalse bussen*, punt 55.

75. CBB 19 december 2007, *Amutron*, JB 2008/67.

76. HvJ EG 18 juni 2002, zaak C-92/00, *Hospital Ingenieure Krankenhaus-technik Planungs-Gesellschaft mbH (HI)/Stadt Wien*, Jur. 2002, p. I-05553.

77. HvJ EG 29 april 2004, zaak C-496/99 P, *Succhi di Frutta*, Jur. 2004, p. I-03801.

78. CBB 28 april 2010, *Flash*, AB 2010, 186 m.nt. Wolswinkel.

79. A. Drahmans, 'Streven naar een transparante (her)verdeling van schaarse publieke rechten,' in: F.J. van Ommeren, W. den Ouden en C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 283.

80. Drahmans (2011), p. 283-284.



Voor de concrete invulling van het transparantiebeginsel zullen altijd het achterliggende doel en de omstandigheden van het geval in gedachten moeten worden gehouden. Transparantie dient met name het functioneren van de interne markt. Als een onduidelijke procedure of een gebrek aan informatie hier een negatief effect op lijkt te hebben, is dat een indicatie dat het transparantiebeginsel zich daartegen verzet.

## Het transparantiebeginsel in Nederland

Er is al vaak op gewezen dat het transparantiebeginsel overlap vertoont met andere rechtsbeginselen, met name het rechtszekerheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel, maar ook met gelijkheidsbeginsel, en met het recht op toegang tot het dossier.

Een aanzienlijk deel van de eisen die voortvloeien uit het transparantiebeginsel geldt dan ook al in Nederland, hetzij op basis van de Awb of de bijzondere wetgeving, hetzij op grond van beginselen van behoorlijk bestuur. Het transparantiebeginsel kan hier helpen de samenhang tussen deze verplichtingen duidelijk te maken, maar – belangrijker – het kan ook helpen bij het interpreteren en ontwikkelen van deze beginselen door duidelijk te maken waarom er transparant gehandeld moet worden: namelijk (mede) om het zo goed mogelijk functioneren van de interne markt te faciliteren. Traditionele rechtsbeginselen zijn minder economisch van aard dan het transparantiebeginsel en dit aspect krijgt bij hun toepassing dan ook zelden aandacht.

Dat het transparantiebeginsel de interpretatie van meer traditionele rechtsbeginselen beïnvloedt, is direct duidelijk voor wie naar de Nederlandse rechtspraak kijkt. Zo vernietigt het CBB in *Swiss Leisure Group* wegens schending van het zorgvuldigheidsbeginsel een vergunning die was verleend aan een exploitant van gokhallen.<sup>81</sup> De exploitant wilde zijn gokhal verhuizen, en om dit te faciliteren wijzigde de gemeenteraad de relevante verordening, zodat in gebied 1 voortaan twee hallen minder waren toegestaan, en in gebied 2 een hal meer. De exploitant leverde zijn vergunning voor gebied 1 in, en ontving vervolgens een vergunning voor een gokhal in gebied 2. Het CBB oordeelde dat in een dergelijk geval het zorgvuldigheidsbeginsel vereist dat andere ondernemers in beginsel de mogelijkheid wordt geboden mee te dingen naar deze schaarse vergunning. Daarmee worden ook de daarbij behorende transparantieplichtingen binnenboord gehaald.

De eis dat de criteria op basis waarvan een besluit genomen wordt niet gedurende de procedure mogen worden veranderd, is door het CBB ook toegepast bij vergunningverlening in de zaak *Heerlen*.<sup>82</sup> Dat betekent dat in bezwaar *ex tunc* getoetst moet worden, op basis van de feiten en omstandigheden op het moment van de pri-

maire besluitvorming. Het betrekken van latere feiten en omstandigheden bij het besluit op bezwaar zou immers onrechtvaardig zijn tegenover andere vergunningaanvragers. Het CBB vernietigt wegens strijd met het motiveringsbeginsel, nu de gewijzigde omstandigheden niet bij de motivering van het besluit op bezwaar hadden mogen worden betrokken. Het transparantiebeginsel is echter wel nodig in deze zaak om helder te krijgen waarom dat dan niet mag.

Het feit dat de criteria bij een vergelijkende toets niet gedurende de procedure mogen worden gewijzigd lijkt gevolgen te hebben voor de toepassing van artikel 8:84 Awb. Op basis van de hiervoor besproken *Amutron* zaak lijken er bij een vergelijkende toets beperktere mogelijkheden te zijn om vanwege bijzondere omstandigheden af te wijken van beleidsregels.

## Hoe nu verder?

We hebben gezien dat het transparantiebeginsel geldt voor alle besluiten die de instellingen van de lidstaten nemen op basis van het EU-recht. De verplichtingen die eruit voortvloeien, variëren echter, en zijn in belangrijke mate afhankelijk van (de doelstelling van) het beleids-terrein of de regelgeving waarin het beginsel een rol speelt. Vandaar dat maar niet transparant wil worden wat het transparantiebeginsel nu precies vereist. De algemene verplichtingen die uit dit beginsel voortvloeien, gelden grotendeels al op basis van bestaande wetgeving en rechtsbeginselen. Het transparantiebeginsel kan hier fungeren als vangnet, en inspiratie bieden bij de interpretatie van bestaande regels en beginselen. Meer theoretisch toont het de samenhang tussen diverse andere rechtsbeginselen, en daarmee levert het nieuwe inzichten op over de structuur van het recht.

Het transparantiebeginsel stelt echter hardere eisen bij vergelijkende toetsen. Op grond van het transparantiebeginsel is een vergelijkende toets niet verplicht, maar wanneer daar eenmaal voor gekozen is, moet van tevoren gepubliceerd worden dat en hoe de procedure gaat plaatsvinden. Tijdens en na de procedure mag daar niet (onder de aanbestedingsrichtlijnen) of slechts in hoogst uitzonderlijke gevallen van afgeweken worden, hetgeen consequenties heeft voor de toepassing van artikel 4:84 Awb. Dat gegevens die na de sluitingsdatum binnenkomen niet meegenomen mogen worden, leidt ertoe dat in afwijking van de hoofdregel in bezwaar *ex tunc* beslist moet worden.

Nu de ontwikkeling van het transparantiebeginsel nog niet ten einde lijkt, is codificatie in de Awb op korte termijn geen halszaak, maar in de toekomst zal dat er toch wel van gaan komen. In elk geval waar het vergelijkende toetsen betreft, heeft het transparantiebeginsel nu al voldoende vlees aan de botten om opname in de Awb te rechtvaardigen.<sup>83</sup>

81. CBB 3 juni 2009, *Swiss Leisure Group*, AB 2009, 373 m.nt. Wolswinkel.

82. CBB 3 juli 2009, *Heerlen*, JB 2009/227.

83. Zie ook Buijze en Widdershoven (2010), p. 607.