

# De Awb en EU-recht: het transparantiebeginsel

A.W.G.J. Buijze & R.J.G.M. Widdershoven\*

## I Inleiding

De roep om transparantie klinkt luid in Europa, en niet tevergeefs.<sup>1</sup> Sinds begin jaren negentig ontwikkelt zich in de jurisprudentie van het Hof van Justitie een nieuw rechtsbeginsel op heel verschillende gebieden. De contouren van de nieuwe telg in de Europese beginselenfamilie zijn nog wat vaag en te pas en te onpas beroepen partijen zich voor het Hof van Justitie op het transparantiebeginsel. Heel verbazingwekkend is dat niet, want transparantie is ironisch genoeg een alles behalve duidelijk concept. Wel kan men uit de literatuur en rechtspraak destilleren wat er ongeveer mee wordt bedoeld. Bij transparantie gaat het om de beschikbaarheid, toegankelijkheid en duidelijkheid van informatie over overheidshandelen. Het begrip ‘informatie over overheidshandelen’ is daarbij nogal 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 en die helder moeten worden gecommuniceerd.

Met deze omschrijving wordt het concept weliswaar helderder, maar blijft het nog steeds breed en enigszins ongrijpbaar. Deze ongrijpbaarheid wordt verergerd door het instrumentele karakter van het beginsel; de mate van transparantie die is vereist, wordt bepaald door de materiële doelstelling van het beleidsterrein of de regelgeving waarin het beginsel een rol speelt. Deze doelstellingen zijn heel uiteenlopend en variëren van het vergroten van het democratische gehalte van de Europese Unie, via het realiseren van een interne markt, van gelijkheid op die markt en het voorkomen van ‘favoritisme’ en willekeur, tot het verzekeren dat een burger zijn belangen adequaat kan behartigen. Het zijn die substantiële doelen die

---

\* Mr. A.W.G.J. Buijze en prof. mr. R.J.G.M. Widdershoven zijn als promovenda, respectievelijk hoogleraar Europees Bestuursrecht verbonden aan het Instituut voor Staats- en Bestuursrecht van de UU.

1 Zie bijvoorbeeld: S. Kallas, *The Need for a European Transparency Initiative*, Speech at The European Foundation for Management, Nottingham Business School, <http://www.oecd.org/data-oecd/44/62/38947925.pdf>, 3 maart 2005; A. Héritier, ‘Composite democracy in Europe: the role of transparency and access to information’, *Journal of European Public Policy* (10) 2003-5, p. 814-833; S. Boysen, ‘Transparenz im Europäischen Verwaltungsverbund. Das Recht auf Zugang zu Dokumenten der Gemeinschaftsorgane und Mitgliedstaaten in der Rechtsprechung der europäischen Gerichte’, *Die Verwaltung* (42) 2009-2, p. 215-246; A. Roberts, *Blacked Out: Government Secrecy in the Information Age*. Cambridge University Press 2006, p. 174 e.v.

bepalen welke mate van transparantie gepast is, en in hoeverre transparantieverplichtingen moeten wijken voor andere belangen.

Gelet op het voorgaande kan de vraag worden opgeworpen wat het Nederlands bestuursrecht en de Awb met een dergelijk breed en moeilijk te operationaliseren beginsel moeten. Deze twijfel wordt versterkt doordat – zoals in de literatuur ook is gesignaleerd – het beginsel nogal wat overlap vertoont met algemene rechtsbeginselen die in Nederland in de Awb of als ongeschreven beginsel al worden erkend zoals het rechtszekerheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel en het onpartijdigheidsbeginsel.<sup>2</sup> Wat voegt het transparantiebeginsel daaraan eigenlijk toe? Om deze vragen te beantwoorden wordt in deze bijdrage op een aantal terreinen van Europees recht bekeken hoe het transparantiebeginsel is geoperationaliseerd en in hoeverre deze ervaringen van belang zijn of zouden kunnen zijn voor het Nederlands bestuursrecht en de Awb. Het betreft in de eerste plaats twee terreinen waarop het beginsel al zodanig is uitgekristalliseerd dat daaruit werkbare normen voortvloeien, te weten openbaarheid van bestuur (par. 2) en het aanbestedingsrecht en andere vormen van vergunningverlening door middel van een vergelijkende toets (par. 3). In paragraaf 4 worden enige andere – vooralsnog minder uitgewerkte – Europese toepassingen van het beginsel verkend, zodat ook inzicht wordt geboden in *potentiële* toepassingen van het beginsel. In de onderscheiden paragrafen wordt op een aantal plaatsen al aangegeven welke betekenis het transparantiebeginsel zou kunnen hebben voor de Awb. In paragraaf 5 wordt op deze vraag in algemene zin ingegaan.

## 2 Transparantie, Eurowob en Wob

Het transparantiebeginsel, zoals dat gecodificeerd is in Verordening 1049/2001 (Eurowob), is een uitwerking van de idee dat bij de Europese instellingen berustende documenten zoveel mogelijk voor eenieder openbaar moeten zijn. Naast het doel van het vergroten van het vertrouwen in de Europese instituties, dient deze transparantie vooral om burgers in staat te stellen te functioneren in het democratische proces.

Op het eerste gezicht lijkt het Europese transparantiebeginsel voor zover het de toegang van het publiek tot bij de overheid berustende documenten reguleert weinig relevant voor de Awb. In Nederland is diezelfde materie immers geregeld in de Wob. Toch is het nuttig hieraan wel enige aandacht te besteden. De diverse incarnaties van het transparantiebeginsel delen een aantal kenmerken. Wie die kenmerken inzichtelijk maakt, heeft een betere kans te voorspellen in welke richting

---

2 Annemarie Drahmman, *Tijd voor een Nederlands transparantiebeginsel*, Jonge VAR 2009; S. Prechal, 'De emancipatie van "het algemene transparantiebeginsel"', *SEW* 2008, 145, p. 316-322; Sacha Prechal & Madeleine de Leeuw, 'Dimensions of Transparency: The Building Blocks for a New General Principle?', *REALaw*, vol. 0, nr. 1, 2007, p. 51-61; R.J.G.M. Widdershoven, M.J.M. Verhoeven, S. Prechal, e.a., *De Europese agenda van de Awb*, Den Haag: BJU 2007, p. 85-92; F.J. van Ommeren, *Schaarse vergunningen. De verdeling van schaarse vergunningen als onderdeel van het algemeen bestuursrecht* (Oratie VU), Deventer: Kluwer 2004, p. 44-52.

het transparantiebeginsel zich verder zal ontwikkelen.<sup>3</sup> Daarnaast is het min of meer toevallig dat de Wob nog steeds een zelfstandige regeling is. Zoals bekend was het de bedoeling van het voorontwerp vierde tranche Awb om de Wob zonder inhoudelijke wijzigingen in de Awb op te nemen. Daarvan is uiteindelijk afgezien omdat het, volgens de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel vierde tranche, beter was om eerst de uitkomst van de op dat moment lopende evaluatie van de Wob af te wachten.<sup>4</sup> Die evaluatie is er uiteindelijk gekomen in 2004<sup>5</sup> en heeft mede aan de basis gelegen van het voorstel Van der Meulen voor een Algemene wet op de Overheidsinformatie.<sup>6</sup> Nu dat voorlopig weer van de baan is, bestaat de mogelijkheid dat in een volgende tranche de Wob alsnog in de Awb wordt opgenomen. Gelet op de ambitie van de Awb zou dat niet onlogisch zijn.

Maar of de Wob nu in de Awb geïntegreerd wordt of anderszins wordt herzien, bij elke wijziging zal rekening moeten worden gehouden met de wisselwerking tussen de Wob en de Eurowob. Die wisselwerking bestaat wanneer uit Europa afkomstige stukken zich bij Nederlandse bestuursorganen bevinden, of wanneer de Europese instellingen uit Nederland afkomstige documenten onder zich hebben. Het uitgangspunt van de Eurowob is in principe hetzelfde als dat van de Wob. Bij de overheid berustende informatie is openbaar, tenzij een van de in de (Euro)wob opgenomen uitzonderingsgronden van toepassing is. Tussen de uitzonderingsgronden van de Wob en Eurowob bestaan echter verschillen.<sup>7</sup> Zo is de bescherming van commerciële belangen (Eurowob) of bedrijfs- en fabricagegegevens (Wob) in de Eurowob een relatieve uitzonderingsgrond, terwijl dit belang in de Wob een absolute uitzonderingsgrond is. Daarnaast bevat de Wob diverse uitzonderingsgronden die in de Eurowob helemaal niet voorkomen, zoals (uiteraard) de bescherming van de eenheid van de Kroon, het belang dat de geadresseerde erbij heeft als eerste kennis te kunnen nemen van de informatie en het voorkomen van onevenredige bevoordeling of benadeling van bij de aangelegenheid betrokken natuurlijke of rechtspersonen. Daarnaast kunnen er verschillen bestaan in de uitleg door de nationale en Europese rechters van op het eerste gezicht vergelijkbare gronden. Deze verschillen kunnen, als gezegd, tot problemen leiden bij Europese stukken die zich bij een nationaal bestuursorgaan bevinden en andersom voor stukken van nationale oorsprong bij de EU-instellingen.

Over de stukken van Europese oorsprong die zich bij de lidstaten bevinden, bepaalt artikel 5 Eurowob dat de lidstaat de betrokken instelling moet consulteren om vervolgens een besluit te nemen dat in overeenstemming is met de doelstel-

3 Henk Addink & Gio ten Berge, 'Over algemene beginselen van goed bestuur en het transparantiebeginsel', in: Th.G. Drupsteen e.a. (red.), *Weids water, Opstellen over waterrecht*, Den Haag: Sdu uitgevers 2006, p. 255-282, i.h.b. p. 271.

4 *Kamerstukken II 2003-2004*, 29 702, nr. 3.

5 Over Wetten en praktische bezwaren. Een evaluatie en toekomstvisie op de Wet openbaarheid van bestuur, Universiteit van Tilburg, Tilburg, januari 2004, [http://www.minbzk.nl/search/contents/pages/9366/wobevaluatie\\_eindrapport\\_060404.pdf](http://www.minbzk.nl/search/contents/pages/9366/wobevaluatie_eindrapport_060404.pdf)

6 B.M.J. van der Meulen, *Voorontwerp Algemene Wet Overheidsinformatie* <http://www.law.wur.nl/nl/wob>, p. 37.

7 Zie uitvoerig over deze en andere verschillen, A.P.W. Duijkersloot, 'Nieuwe rechtspraak over de Eurowob: gevolgen voor het Nederlandse openbaarheidsrecht', *JBplus*, 2009/1, p. 18-34.

ling van de Eurowob,<sup>8</sup> tenzij duidelijk is dat wel of juist niet tot openbaarmaking kan worden overgegaan. In de zaak AKD heeft de Afdeling bestuursrechtspraak (hierna: ABRvS) uitgemaakt dat een Nederlands bestuursorgaan in de regel niet aan de consultatieplicht van een Europese instelling kan ontkomen door het verzoek om openbaarheid van een Europees document te weigeren op grond van een uitzonderingsgrond van de Wob.<sup>9</sup> Volgens de Afdeling is dit namelijk niet mogelijk, als de uitzonderingsgrond van de Wob ruimte laat voor beoordeling en afweging en niet op voorhand duidelijk is of de uitzonderingsgronden van de Eurowob tot weigering van openbaarheid nopen. Met deze uitspraak is het zelfstandige belang van de uitzonderingsgronden van de Wob afgenomen. Zoals Duijkersloot terecht stelt, is van 'ruimte voor beoordeling en afweging' immers in ieder geval sprake bij alle relatieve uitzonderingsgronden van de Wob, maar soms ook bij de absolute uitzonderingsgronden.<sup>10</sup> In die gevallen wordt de openbaarheid van het document vervolgens bepaald door de uitzonderingsgronden van de Eurowob. Indien op voorhand duidelijk is dat deze gronden tot weigering moeten leiden, mag het bestuursorgaan dat zelf vaststellen. Zo niet, dan moet de Europese instelling worden geconsulteerd. Aldus worden in de situatie dat Europese documenten zich bevinden bij een Nederlands bestuursorgaan de nationale uitzonderingsgronden in hoge mate 'verdrongen' door de Europese. Dat is overigens niet vreemd nu het verzoek uiteindelijk betrekking heeft op de openbaarheid van een Europees document.

Voor stukken van nationale oorsprong die zich bij een EU-instelling bevinden geldt het regime van artikel 4, vijfde lid, Eurowob. Op grond hiervan kan de lidstaat de instelling verzoeken een van deze lidstaat afkomstig document niet zonder zijn voorafgaande toestemming openbaar te maken. Anders dan het Gerecht van Eerste Aanleg,<sup>11</sup> vat het Hof in de zaak *Tierschutz* deze toestemmingsbevoegdheid niet op als een discretionair vetorecht voor de lidstaten.<sup>12</sup> Volgens het Hof moet de lidstaat een negatief advies motiveren, waarbij deze (waarschijnlijk) uitsluitend nog in de Eurowob genoemde uitzonderingsgronden mag invoeren. Weliswaar laat de uitspraak van het Hof ruimte voor de mogelijkheid dat een door de lidstaat ingeroepen nationale uitzonderingsgrond 'kan worden beschouwd als een algemeen belang dat bescherming verdient uit hoofde van de in deze verordening (Eurowob – AB&RW) neergelegde uitzonderingen'.<sup>13</sup> Deze overweging betekent ons inziens echter geen *passé partout* voor uitzonderingsgronden die alleen nationaal worden erkend. Dat zou in strijd zijn met het uitgangspunt van het Hof in de zaak *Tierschutz* dat alle bij de EU-instellingen aanwezige (ook nationale) documenten onder het regime van de Eurowob vallen. Bovendien zou deze uitleg op gespannen voet staan met de opvatting van het Hof dat de uiteindelijke beslissing

8 Als de betrokken instelling over het verzoek om openbaarheid gemotiveerd negatief adviseert, dient een Nederlands bestuursorgaan het verzoek te weigeren op grond van artikel 10, tweede lid, sub a, Wob. Vergelijk ABRvS 23 november 2005, *JB* 2006, 28, m.nt. Overkleeft-Verburg.

9 ABRvS 9 april 2008 (AKD), *JB* 2008, 124, m.nt. Overkleeft-Verburg.

10 Duijkersloot 2009, p. 24-25.

11 GvEA 30 november 2004, zaak T-168/02 (*Tierschutz*), *Jur.* 2004, p. II-04135.

12 HvJEG 18 december 2007, zaak C-64/05P (*Tierschutz*), *AB* 2008, 111, m.nt. J.A. van Schagen, *JB* 2008, 53, m.nt. M. Overkleeft-Verburg.

13 Zaak *Tierschutz*, punt 84.

over openbaarmaking een ‘communautaire beslissing is’, die bij de gemeenschapsrechter moet worden aangevochten, ongeacht of die beslissing voortvloeit uit een beoordeling van de openbaarheidsuitzonderingen door de instelling zelf of door de lidstaat.<sup>14</sup> Aangezien de gemeenschapsrechter niet kan oordelen over de juistheid van een nationale uitzonderingsgrond, moet de ingeroepen grond wel een Europese zijn. Welke betekenis de hiervoor geciteerde overweging dan wel heeft is minder duidelijk. Met Van Schagen achten wij de meest waarschijnlijke interpretatie dat de lidstaat bij de inkleuring van de Europese uitzonderingsgronden kan verwijzen naar het nationale recht.<sup>15</sup> Helemaal zeker is deze uitleg echter niet.<sup>16</sup> Is de meest waarschijnlijke uitleg van de zaak *Tierschutz* de juiste, dan kan de Nederlandse Wob worden omzeild bij documenten die zich ook bij een Europese instelling bevinden en voor zover onder de Eurowob een voor de aanvrager gunstiger regime geldt. Daarmee boeten de uitzonderingsgronden van de Wob aan belang in. Naarmate Nederlandse documenten zich vaker bij Europese instellingen bevinden, kan daarom de vraag worden opgeworpen of enige afstemming van de nationale uitzonderingsgronden op die van de Eurowob niet wenselijk is. Sowieso leidt *Tierschutz*, dat uiteraard ook voor andere lidstaten geldt, binnen Europa tot een zekere harmonisatie van openbaarheidsregimes.

### 3 Van aanbesteding naar schaarse dienstenvergunningen en verder?

Een tweede Europees terrein waarop het transparantiebeginsel tot in detail is geoperationaliseerd, is het aanbestedingsrecht. Een relatief recente ontwikkeling is dat de werkingsfeer van dit aanbestedingsrechtelijke transparantiebeginsel ook buiten het terrein van de aanbesteding steeds vaker wordt toegepast, meer in het bijzonder bij de verdeling van schaarse dienstenvergunningen. Deze uitbreiding van de werkingsfeer wordt niet alleen bewerkstelligd door Europese rechtspraak en regelgeving (Dienstenrichtlijn), maar ook door rechtspraak van de Nederlandse bestuursrechters, vooral het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CBB). Hieronder wordt eerst aandacht besteed aan de betekenis van het beginsel in het Europese aanbestedingsrecht. Daarna worden de recente uitbreidingen en verdere perspectieven voor toepassing van het beginsel besproken.

#### 3.1 Het Europese aanbestedingsrecht

Het aanbestedingsrechtelijke transparantiebeginsel werd in 1996 door het Hof voor het eerst toegepast in de zaak *Commissie tegen België*.<sup>17</sup> Doel van dit beginsel is het voorkomen van willekeur in aanbestedingsprocedures, en het openen van

14 Zaak *Tierschutz*, punt 94.

15 Vergelijk diens annotatie in AB 2008, 111, aantekening 6.

16 Deze onduidelijkheid wordt mede veroorzaakt doordat de Commissie in een voorstel tot wijziging van de Eurowob, COM (2008) 229 def., een codificatie van de zaak *Tierschutz* voorstelt, waarin de lidstaten zich ter voorkoming van openbaarheid wel kunnen baseren op nationale uitzonderingsgronden. Op dit punt is het voorstel niet alleen in strijd met *Tierschutz*, maar heeft het bovendien diverse moeilijk op te lossen procedurele complicaties tot gevolg. Vergelijk hiervoor Duijkersloot 2009, p. 28 e.v.

17 HvJEG 25 april 1996, zaak C-87/94 (Waalse bussen), Jur. 1996, p. I-02043.

de interne markt voor potentiële opdrachtnemers uit de lidstaten van de Unie. Inmiddels is het beginsel gecodificeerd in de aanbestedingsrichtlijnen 2004/18/EG en 2004/17/EG, maar toentertijd leidde het Hof het af uit de specifieke bepalingen van de toen geldende richtlijn.<sup>18</sup> Later huldigt het Hof de opvatting dat het transparantiebeginsel rechtstreeks voortvloeit uit het gelijkheidsbeginsel, wat de deur opent voor toepassing buiten de context van de aanbestedingsrichtlijnen.<sup>19</sup> Lange tijd blijft onduidelijk wat de relatie is tussen het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel. Het laatste zou niet meer zijn dan een noodzakelijk vereiste om het eerste te realiseren, en het zou dus geen echt, onafhankelijk beginsel zijn. De controverse is niet echt opgelost, maar er zijn sterke aanwijzingen dat het Hof het transparantiebeginsel toch wel als een zelfstandig, onafhankelijk beginsel ziet.<sup>20</sup> Het zou, samen met het gelijkheidsbeginsel, voortvloeien uit artikel 43 en 49 EG.<sup>21</sup> Volgens Prechal en De Leeuw moeten we het transparantiebeginsel zien als een zelfstandig beginsel omdat het vooraf gaat aan het gelijkheidsbeginsel.<sup>22</sup> Transparantie is een voorwaarde voor gelijke behandeling en is een belangrijke waarborg voor de verwezenlijking van het laatste beginsel. Daarnaast moet transparantie iedere vorm van favoritisme en willekeur voorkomen, en daarmee gaat het verder dan het gelijkheidsbeginsel.

Binnen het aanbestedingsrecht vloeit een aantal concrete overheidsverplichtingen voort uit het transparantiebeginsel. Allemaal hebben die betrekking op de meestal actieve verstrekking van informatie onder inschrijvers en potentiële inschrijvers, zowel voor, tijdens, als na de aanbestedingsprocedure.<sup>23</sup>

Voorafgaand aan de eigenlijke procedure moet de aanbestedende autoriteit bekend maken dat er een opdracht is. Daarbij moet aan elke potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid worden gegarandeerd, zodat de aanbesteding of concessie 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>24</sup> Welke mate van publiciteit vereist is bij welke opdracht is nog niet helemaal uitgekristalliseerd in de jurisprudentie van het Hof. In elk geval moet de bekendmaking algemeen 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>25</sup> In de bekendmaking moet duide-

---

18 In de zaak *Waalse bussen* las het Hof een transparantieverplichting in de tekst van richtlijn 90/531/EEG.

19 HvJEG 7 december 2000, zaak C-324/98 (Telaustria), *Jur.* 2000, p. I-10745; HvJEG 18 november 1999, zaak C-275/98 (Unitron), *Jur.* 1999, p. I-08291.

20 HvJEG 21 februari 2008, zaak C-412/04 (Commissie v. Italië), *Jur.* 2008, p. I-00619.

21 HvJEG 21 juli 2005, zaak C-231/03 (Coname), *Jur.* 2005, p. I-07287. Zo ook de Interpretatieve Mededeling van de Commissie, *PbEU C* 2006, 179/02.

22 Prechal & De Leeuw 2007, p. 59. Zo ook Prechal 2008, p. 320, Drahmman 2009, p. 19, alsmede de Hoge Raad in HR 4 april 2003, *NJ* 2004, 35.

23 Zie uitvoerig Drahmman 2009, p. 4-8, alsmede de Interpretatieve Mededeling van de Commissie, *PbEU C* 2006, 179/02.

24 *PbEU C* 2006, 179/02.

25 *PbEU C* 2006, 179/02.

lijk gecommuniceerd worden wat de voorwaarden voor inschrijving 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>26</sup> Daarbij moet in elk geval de uiterste datum van inschrijving opgenomen worden.<sup>27</sup> Ook de gunningscriteria moeten helder en eenduidig zijn, en van tevoren worden vastgesteld en gecommuniceerd naar potentiële inschrijvers.<sup>28</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>29</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>30</sup> Dat betekent ook dat na binnenkomst van een tender deze niet nader aangevuld mag worden. De aanbestedende autoriteit mag dus niet naar nadere details of aanvullingen vragen. Wanneer de criteria eenmaal vast staan, staan ze vast. 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.

Ook wanneer de aanbestedingsprocedure 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>31</sup> En wanneer de opdracht eenmaal aan een van de inschrijvers gegund is, mogen de voorwaarden niet worden gewijzigd. Het Hof 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>32</sup>

### 3.2 Verruiming naar schaarse dienstenvergunningen

Inmiddels is de reikwijdte van transparantiebeginsel niet langer beperkt tot het Europese aanbestedingsrecht. Een kleine stap tot verruiming van de reikwijdte zette het Hof in de zaak *Medipac*, waarin het beginsel ook werd toegepast op aanbestedingen die onder de drempelwaarde voor een Europese aanbesteding vallen.<sup>33</sup>

26 HvJEG 18 oktober 2001, zaak C-19/00 (*Siac*), *Jur.* 2001, p. I-07725; HvJEG 18 december 2008, zaak C-384/07 (*Wienstrom*), n.n.g.

27 Zie zaak *Waalse bussen*.

28 HvJEG 12 december 2002, zaak C-470/99 (*Universale Bau*), *Jur.* 2002, p. I-11617; HvJEG 9 februari 2006, gevoegde zaken C-226/04 en C228/04 (*La Cascina*), *Jur.* 2006, p. I-01347.

29 HvJEG 24 januari 2008, C-532/06 (*Lianakis*), *Jur.* 2008, p. I-00251.

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

31 HvJEG 18 juni 2002, zaak C-92/00 (*Hospital Ingenieure Krankenhausstechnik Planungs-Gesellschaft mbH (HI)/Stadt Wien*), *Jur.* 2002, p. I-05553.

32 HvJEG 29 april 2004, zaak C-496/99 P (*Succhi di Frutta*), *Jur.* 2004, p. I-03801.

33 HvJEG 14 juni 2007, zaak C-6/05 (*Medipac*), *Jur.* 2007, p. I-04557.

Een principiële uitbreiding vond vervolgens plaats in de zaak *Commissie tegen Italië*,<sup>34</sup> waarin het Hof oordeelde dat het geheel ontbreken van een aanbesteding voor de toewijzing van de enige concessie voor het beheer van paardenwedenschappen niet in overeenstemming is met artikel 43 en 49 EG (het recht op vrije vestiging en het vrij verkeer van diensten, thans artikel 49 en 56 WEU) en ‘in het bijzonder niet strookt met het algemene transparantiebeginsel’. De hernieuwing van de concessie zonder aanbesteding verhindert immers openstelling voor mededinging en de toetsing van de procedure op onpartijdigheid.

De vraag of het voorgaande ook geldt voor een éénvergunningstelsel is daarmee nog niet beantwoord en is daarom door de ABRvS in de zaak *Betfair* verwezen naar het Hof.<sup>35</sup> Deze zaak betreft de klacht van Betfair dat het bedrijf geen eerlijke kans heeft gehad om mee te dingen naar de enige vergunning die op grond van de Wet op de Kansspelen voor een sporttotalisator kan worden verleend en reeds is verleend aan de Lotto. Met Drahmman verwachten wij dat het Hof zijn oordeel in de zaak *Commissie tegen Italië* ook zal toepassen in deze zaak, zeker nu de vergunning in *Betfair* grote gelijkenis vertoont met de concessie in de eerstgenoemde zaak.<sup>36</sup> De conclusie van AG Bot van 17 december wijst ook in die richting.<sup>37</sup> Hoewel de AG een éénvergunningstelsel in principe niet in strijd acht met het vrij verkeer, zijn volgens hem wel het beginsel van gelijke behandeling en de bijbehorende transparantieverplichtingen van toepassing op een dergelijk stelsel. In beginsel moet bij het verlenen van de vergunning een oproep tot mededinging worden gedaan, tenzij het achterwege laten van die oproep wordt gerechtvaardigd door een van de in het verdrag of de rechtspraak erkende gronden. De AG laat het aan de nationale rechter over om te bepalen of dat het geval is. Als het Hof de AG volgt, wordt de reikwijdte van het transparantiebeginsel verder verruimd.

In de hiervoor genoemde rechtspraak van het Hof vloeit het beginsel voort uit de artikelen 43 en 49 EG, waarbij de vraag aan de orde is of een beperking van het aantal concessies of vergunningen wordt gerechtvaardigd door een dwingende reden van algemeen belang.<sup>38</sup> Het antwoord van het Hof is, heel kort gezegd, bevestigend, mits het transparantiebeginsel wordt toegepast. In de Dienstenrichtlijn,<sup>39</sup> meer precies artikel 12, eerste lid, wordt het beginsel voorgeschreven voor een specifieke groep van schaarse dienstenvergunningen, namelijk vergunning waarvan het aantal wordt beperkt ‘door de schaarste van de beschikbare natuurlijke hulpbronnen of de bruikbare technische mogelijkheden’. Voor deze vergunningen schrijft de richtlijn voor dat de lidstaten een selectie uit de gegadigden moeten maken ‘volgens een selectieprocedure die alle waarborgen voor onpartijdigheid en

34 HvJEG 13 september 2007 (*Commissie/Italië*), zaak C-260/04, *Jur.* 2007, p. I-7083. Zie voor eerdere toepassingen van het beginsel op concessies, de zaken *Unitron* en *Telaustria*.

35 ABRvS 14 mei 2008, zaaknummer 200700622/1, zaak C-203/08. De Hoge Raad stelde ongeveer dezelfde vragen in *Ladbroke*, HR 13 juni 2008, NJ2008/337.

36 Drahmman 2009, p. 15.

37 Conclusie AG Bot 17 december 2009, gevoegde zaken C-203/08 (*Betfair*) en C-258/08 (*Ladbroke*), paras. 152-173.

38 Vergelijk C.J. Wolswinkel ‘Diensten tussen frequenties en kansspelen. Contouren van een Europees kader voor het verlenen van een beperkt aantal vergunningen’, *SEW* 2009, 120, p. 287-299.

39 Richtlijn 2006/123/EG, *PbEU* 2006, L 376.



transparantie biedt, met inbegrip van met name een toereikende bekendmaking van de opening, uitvoering en afsluiting van de procedure'. Welke eisen precies uit deze transparantieverplichting voortvloeien maakt de richtlijn niet duidelijk. Het ligt echter voor de hand dat deze op hoofdlijnen zullen aansluiten bij de in paragraaf 3.1 genoemde eisen uit het Europese aanbestedingsrecht, die immers voor een vergelijkbare selectieprocedure ontwikkeld zijn.

Hoe de ontwikkelingen in Europa precies verder zullen gaan, valt moeilijk te voorspellen. Niettemin lijkt er sprake van een Europese tendens om ofwel via de toetsing aan een dwingende reden van algemeen belang ofwel via specifieke regelgeving,<sup>40</sup> zoals de Dienstenrichtlijn, het transparantiebeginsel voor te schrijven bij de verdeling van schaarse dienstenvergunningen.<sup>41</sup> Deze verwachting lijkt in elk geval richtinggevend in recente rechtspraak van de Nederlandse bestuursrechtshof.<sup>42</sup>

Wat betreft de nationale rechtspraak kan in de eerste plaats worden gewezen op de uitspraak van de ABRvS in de zaak *Schindler*.<sup>43</sup> In deze zaak achtte de Afdeling het beleid van de minister van Justitie om maximaal drie vergunningen te verlenen voor het organiseren van loterijen waarbij deze vergunningen steeds voor een periode van vijf jaar worden verleend aan dezelfde vennootschappen zonder dat enige vorm van aanbesteding plaatsvindt, in strijd met artikel 49 EG. Volgens de Afdeling kan dit beleid in het licht van Europese eisen van geschiktheid en proportionaliteit niet worden gerechtvaardigd met een verwijzing naar het belang van het houden van greep op de markt, aangezien 'dit belang voldoende wordt gediend door de vergunningverlening aan objectieve criteria te binden, waarbij elke potentiële aanbieder op dezelfde voorwaarden naar het verkrijgen daarvan kan meedingen'.<sup>44</sup> Aldus schrijft de Afdeling, via de band van het Europese proportionaliteitsbeginsel, voor deze groep van schaarse dienstenvergunningen, een verdelingsmechanisme voor dat op hoofdlijnen zal moeten voldoen aan het transparantiebeginsel.<sup>45</sup> Transparantie is immers een voorwaarde voor het bestaan van mededinging.

Ook in de speelautomatenrechtspraak van het CBB duiken aspecten van het beginsel steeds vaker op, waarbij het opmerkelijk is dat de werking ervan niet wordt gebaseerd op het EG-recht. Dit ziet men in de eerste plaats in de zaak *Amutron*,<sup>46</sup> waarin het ging om een speelautomatenvergunning die na vergelijking van verschillende aanvragen door de burgemeester van Culemborg in afwijking van zijn eigen beleidsregels aan Amutron was verleend. Volgens het College had de burge-

40 Ook op andere terreinen, zoals telecommunicatie (vergelijk richtlijn 2002/20 en richtlijn 2002/21) en energie (vergelijk richtlijn 2003/54), wordt het transparantiebeginsel in Europese regelgeving voorgeschreven. Zie ook Prechal 2008, p. 320-321.

41 Zo ook: Wolswinkel 2009, p. 298-299; Drahmman, p. 17-18.

42 Uiteraard past de Nederlandse bestuursrechter en civiele rechter het aanbestedingsrechtelijke transparantiebeginsel ook toe in zaken waarin aanbesteding Europees is voorgeschreven. Zie bijvoorbeeld Vz. CBB 17 oktober 2005, AB 2006, 46; HR 4 november 2005, NJ 2006, 204.

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

44 Zaak Schindler, overweging 2.5.8.

45 Zo ook Jans in zijn annotatie in AB 2007, 302, alsmede Drahmman 2009, p. 14.

46 CBB 19 december 2007, JB 2008, 67.

meester geen bijzondere omstandigheid aanwezig mogen achten om met toepassing van artikel 4:84 Awb van de beleidsregels af te wijken en had hij de beleidsregel evenmin gedurende de besluitvormingsfase mogen wijzigen. Naar het oordeel van het College 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 besluit wordt vervolgens vernietigd wegens strijd met artikel 4:84 Awb. In deze uitspraak – waarin het EG-recht, als gezegd, geen rol speelt – wordt niet alleen het transparantiebeginsel als nationaal beginsel erkend, maar worden bovendien diverse aspecten van het beginsel, die naadloos aansluiten bij de aanbestedingsrechtspraak van het Hof (zie par. 3.1), voorgeschreven. Wel is van belang dat het bestuur in deze zaak zelf ervoor had gekozen om de schaarse speelautomatenvergunning via een vergelijkende toets van verschillende aanvragen te verlenen.

Een volgende stap zet het CBB in de zaak *Swiss Leisure Group*.<sup>47</sup> Op basis van de Haagse Verordening op de kansspelen konden hoogstens acht vergunningen voor speelautomaten worden verleend, verdeeld over drie gebieden met elk een eigen deelmaximum. Omdat een exploitant zijn gokhal wilde verhuizen van gebied 1 naar gebied 2, wijzigde de gemeenteraad de verordening, zodat in gebied 1 voortaan twee hallen minder waren toegestaan en in gebied 2 één hal meer. Vervolgens werd de vergunning voor de extra hal aan de exploitant verleend. Het CBB acht deze hantering van een maximumstelsel niet in strijd met de artikelen 43 en 49 EG, maar komt niettemin tot een vernietiging van de bestreden vergunning, omdat de verlening ervan op gespannen voet staat met het beginsel van behoorlijk bestuur dat besluiten met de vereiste zorgvuldigheid worden voorbereid en genomen. Volgens het College vergt het zorgvuldigheidsbeginsel ‘in een geval als het onderhavige – dat er door wordt gekenmerkt dat de mogelijkheid wordt gecreëerd van een vergunning voor een derde speelautomatenhal in het centrum, maar er geen ruimte bestaat voor het verstrekken van een vergunning zolang niet een reeds verleende vergunning komt te vervallen dan wel wordt ingetrokken – dat op het moment dat er ruimte ontstaat een vergunning te verlenen, andere ondernemers in beginsel de mogelijkheid wordt geboden mee te dingen naar deze schaarse vergunning’.<sup>48</sup> In deze uitspraak schrijft het College in de situatie van schaarse vergunningen de plicht tot het creëren van mededingingsruimte voor.<sup>49</sup> Wordt die plicht eenmaal aangenomen, dan vloeien daaruit bepaalde transparantieplichtingen voort. Ook die worden door het College gebaseerd op het zorgvuldigheidsbeginsel, maar volgens het Europese recht zouden ze voortvloeien uit het transparantiebeginsel. Opnieuw zullen gelet op de zaak *Amutron* bij de verdeling van de mededingingsruimte de diverse eisen die voortvloeien uit het aanbestedingsrechtelijke transparantiebeginsel moeten worden toegepast.

47 CBB 3 juni 2009, AB 2009, 373 (*Swiss Leisure Group*), m.nt. Wolswinkel.

48 Zaak *Swiss Leisure Group*, overweging 6.3.5.

49 Zo ook Wolswinkel in zijn annotatie in AB 2009, 273, aantekening 1.

Ten slotte kan nog worden gewezen op de uitspraak van het CBB in de zaak *Heerlen*.<sup>50</sup> In deze uitspraak stelt het College principieel dat bij concurrerende aanvragen voor een schaarse (speelautomaten)vergunning in bezwaar *ex tunc* – volgens de feiten en omstandigheden op het moment van de primaire besluitvorming – moet worden getoetst. Nu verweerder zich had voorgenomen op een gefixeerd tijdstip de beslissing over de verdeling van de vergunningen te nemen, kon hij niet omstandigheden die zich ná dat tijdstip voordeden in de beslissing op bezwaar betrekken. Gelet op dit uitgangspunt wordt de aan exploitant A in bezwaar alsnog verleende vergunning vernietigd, omdat de aanvraag van exploitant B voor een vergunning op dezelfde locatie ongelijk is behandeld in die zin dat de weigeringsgrond ‘strijd met het bestemmingsplan’ ten tijde van de primaire besluitvorming voor de aanvragen van beide exploitanten gold, maar alleen jegens exploitant B is ingeroepen. De omstandigheid dat gedurende de bezwaarprocedure het bestemmingsplan ten gunste van exploitant A is gewijzigd, mag bij de beoordeling in bezwaar niet worden meegenomen. Het besluit wordt vervolgens vernietigd wegens strijd met het motiveringsbeginsel van artikel 7:12 Awb. Materieel wordt ook in deze zaak de uit het aanbestedingsrechtelijke transparantiebeginsel voortvloeiende eis, dat de criteria voor de verdeling van schaarse vergunningen gedurende de procedure niet mogen worden veranderd, toegepast.

### 3.3 Mogelijkheden voor verdere verruiming?

Hiervoor is gesignaleerd dat het uit het Europese aanbestedingsrecht afkomstige transparantiebeginsel de laatste jaren steeds vaker wordt toegepast op schaarse dienstenvergunningen. Deze ‘migratie’ van het beginsel wordt niet alleen veroorzaakt door Europese rechtspraak en regelgeving (Dienstenrichtlijn), maar ook onafhankelijk daarvan door de rechtspraak van het CBB. Zij leidt ertoe dat bij de verdeling van steeds meer schaarse dienstenvergunningen een mededingingsruimte moet worden gecreëerd en dat deze verdeling moet geschieden volgens een vergelijkende toets, waarbij diverse eisen van het aanbestedingsrechtelijke transparantiebeginsel moeten worden toegepast.

In de literatuur ziet men pleidooien om de werking van het beginsel verder te verruimen tot alle schaarse vergunningen,<sup>51</sup> of zelfs alle schaarse besluiten.<sup>52</sup> Onder schaarse vergunningen worden verstaan alle vergunningen waarvoor meer aanvragers dan beschikbare vergunningen zijn, omdat daarvoor een plafond geldt.<sup>53</sup> De bepleite uitbreiding naar besluiten is vooral van belang voor subsidies waarvoor immers ook een plafond kan gelden. Deze pleidooien spreken ons op zich aan, zij het wel met een kleine kanttekening. De diverse eisen die uit het transparantiebeginsel voortvloeien (par. 3.1), gelden indien bij verdeling een mededingingsruimte is gecreëerd en de besluiten vervolgens worden genomen via een vergelijk-

50 CBB 3 juli 2009, *JB* 2009, 227.

51 F.J. van Ommeren 2004; Widdershoven e.a. 2007, p. 92.

52 Drahmman, p. 26 e.v.

53 Van Ommeren 2004, p. 2. Onder het begrip ‘vergunning’ vallen ook ontheffingen, vrijstelling, concessies en andere vormen van overheidstoestemming.

kende toets in ruime zin.<sup>54</sup> De plicht tot het creëren van een mededingingsruimte vloeit daarbij voor een steeds groter wordende groep van vergunningen voort uit het Europese of nationale recht en kan worden beschouwd als een toepassing van het transparantiebeginsel. Deze verplichting kan echter niet bij alle schaarse besluiten hierop worden gebaseerd. Zo is het goed denkbaar dat een bestuursorgaan een subsidieplafond creëert, maar vervolgens kiest voor een afdoening in de volgorde van ontvangst van de aanvragen. Evenzeer komt het voor dat het bestuur ervoor kiest om de schaarse ruimte te verdelen volgens een systeem van loting.<sup>55</sup> In deze gevallen zullen niet alle eisen van het transparantiebeginsel even relevant zijn.

## 4 Verdere perspectieven voor het transparantiebeginsel

Hiervoor zijn twee terreinen besproken waarop het Europese transparantiebeginsel al in hoge mate is geoperationaliseerd en doorwerkt in het nationale recht. Zoals in paragraaf 1 is aangegeven is transparantie in Europa echter een breder concept en ziet men ook andere toepassingen van het beginsel die overigens minder ver of heel beperkt nader zijn uitgewerkt. Om de potentie van het beginsel duidelijk te maken, passeert in deze paragraaf een aantal van deze toepassingen de revue.

### 4.1 Transparantie bij niet-schaarse besluiten

Op grond van het Europese recht geldt het transparantiebeginsel niet alleen bij de in paragraaf 3.2 besproken verdeling van schaarse dienstenvergunningen, maar ook bij de verlening van andere vergunningen die het vrij verkeer kunnen beperken. Voor dienstenvergunningen blijkt dit (wederom) uit de Dienstenrichtlijn. Om te voorkomen dat nationale vergunningstelsels voor toegang tot of uit uitoefening van diensten willekeurig worden toegepast, bepaalt artikel 10, tweede lid, van deze richtlijn namelijk dat deze stelsels *transparant en toegankelijk* moeten zijn. Daarnaast moeten zij volgens de richtlijn overigens ook niet-discriminatoir, evenredig, duidelijk en ondubbelzinnig, objectief en vooraf openbaar bekendgemaakt zijn. Al deze eisen zijn niet door de Dienstenrichtlijnwetgever zelf bedacht, maar vloeien voort uit de rechtspraak van het Hof over de beperking van het vrij verkeer van diensten.<sup>56</sup> Zij gelden op grond van het Europese recht in beginsel ook voor nationale vergunningstelsels die andere vrijheden, zoals het vrij verkeer van goederen, beperken. Kortom, de reikwijdte van deze transparantieplichting is ruim.

Tegelijkertijd wordt het vereiste dat (ook) procedures voor de verlening van niet-schaarse vergunningen transparant en toegankelijk moeten zijn in de rechtspraak van het Hof tot nu toe maar in beperkte mate uitgewerkt. Dit betekent ons inziens echter niet dat een nadere operationalisering ervan niet mogelijk is, zowel

54 Daaronder valt niet alleen de verdeling door middel van aanbesteding, maar ook door middel van een veiling, 'beauty contest', tenderprocedure etc.

55 Vergelijk Drahmman, p. 26.

56 Mede om die reden zijn deze eisen als zodanig niet omgezet in de Dienstenwet. Zie *Kamerstukken II 2008-2009*, 31 579, nr. 3, par. 3.4.2.3.

ter versterking van andere beginselen als rechtszekerheid en onpartijdigheid als los daarvan. Hierna worden enige eisen vermeld die als een uitwerking van het transparantiebeginsel kunnen worden gezien, waarbij inspiratie wordt ontleend aan de Dienstenrichtlijn en de beperkte rechtspraak van het Hof, maar ook aan de Awb. De meeste van deze eisen lijken ons niet alleen relevant voor vergunningen die het vrij verkeer beperken, maar ook voor andere vergunningen en besluiten.

Wat betreft de zelfstandige op het transparantiebeginsel te baseren eisen, kan in de eerste plaats worden gedacht aan diverse bestuurlijke verplichtingen om de burger bijstand te verlenen bij zijn zoektocht binnen de overheidsorganisatie in ruime zin. Daarbij kan worden gedacht aan doorzendverplichtingen (vergelijk de artikelen 2:3 en 6:15 Awb), aan rechtsmiddelvoorlichting (vergelijk de artikelen 3:45 en 6:23 Awb, alsmede 7 en 10, zesde lid, Dienstenrichtlijn), aan de verplichting om de burger te informeren over andere vergunningen die voor een bepaalde activiteit noodzakelijk zijn (vergelijk artikel 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 (vergelijk artikel 6 Dienstenrichtlijn). In de tweede plaats kunnen op grond van het transparantiebeginsel eisen 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, over de gevolgen van een termijnoverschrijding et cetera (vergelijk voor deze eisen bijvoorbeeld artikel 13, derde lid e.v. Dienstenrichtlijn).

Daarnaast kunnen aan het transparantiebeginsel eisen worden ontleend die dienen ter versterking van (de naleving van) andere beginselen zoals rechtszekerheid en onpartijdigheid. Wat betreft rechtszekerheid kan worden gewezen op rechtspraak van het Hof waarin de verplichting om, met het oog op de voorspelbaarheid van de bestuurlijke toepassing van discretionaire bevoegdheden, beleidsregels vast te stellen (mede) wordt gebaseerd op het transparantiebeginsel.<sup>57</sup> Verder ligt het beginsel, samen met het beginsel van rechtszekerheid, aan de basis van de eis dat Europese regelgeving en nationale omzettingwetgeving duidelijk en precies moet zijn,<sup>58</sup> en dat Europese en nationale regelingen ter uitvoering van Europees recht moeten voorzien in duidelijke en begrijpelijke procedures.<sup>59</sup> Wat betreft het onpartijdigheidsbeginsel kan worden opgemerkt dat, zoals aangegeven in paragraaf 3, het transparantiebeginsel er in algemene zin mede toe dient om 'favoritisme' bij besluitvorming te voorkomen. Om deze functie te verwezenlijken kunnen op grond van het beginsel eisen worden gesteld aan de niet-betrokkenheid van bestuurders, ambtenaren of leden van adviescolleges bij besluitvorming waarbij zij

57 Zaak C-310/99 (Italië versus Commissie), *Jur.* 2002, p. I-2289; gevoegde zaken C-189/02 e.a. (Dansk Rorindustri A/S versus Commissie), *Jur.* 2005, p. I-5425. Zie Prechal & De Leeuw 2007, p. 55-57, alsmede Prechal 2008, p. 318-319.

58 Vergelijk Prechal & De Leeuw 2007, p. 53-55.

59 Zie bijvoorbeeld gevoegde zaken C-154/04 en C-155/04 (Natural Health), *Jur.* 2005, p. I-6451. Zie ook artikel 13, eerste lid, Dienstenrichtlijn.

belang kunnen hebben, over de verplichting om nevenfuncties openbaar te vermelden et cetera.<sup>60</sup>

Veel van de hiervoor genoemde eisen gelden in Nederland al, op grond van de Awb of de bijzondere wetgeving, op grond van beginselen van behoorlijk bestuur of op grond van ombudsnormen en beginselen van goed bestuur.<sup>61</sup> Het voorgaande maakt echter duidelijk dat deze eisen een gemeenschappelijke achtergrond hebben, namelijk het transparantiebeginsel. Steeds betreft het verplichtingen van de overheid om de burger adequaat te informeren over de inhoud en de gang van zaken bij het nemen van besluiten (en soms bij het verrichten van andere handelingen), waarbij die burger belang kan hebben.

#### 4.2 Transparantiebeginsel als missing link tussen publieke openbaarheid en de rechten van verdediging

Voor een laatste mogelijke toepassing van het transparantiebeginsel moet een uitstapje worden gemaakt naar de in paragraaf 2 besproken publieke openbaarheid van overheidsinformatie op grond van de (Euro)wob. Volgens deze regelingen geldt ten einde de burger in staat te stellen te functioneren in het democratische proces als uitgangspunt dat overheidsinformatie voor iedereen openbaar is, tenzij er goede redenen zijn om die informatie geheim te houden. Vanwege de genoemde achtergrond kunnen in het kader van deze regelingen individuele belangen bij de openbaarheid van stukken niet worden meegewogen. Dit betekent enerzijds dat openbaarheid van stukken voor een bepaalde persoon of groep openbaarheid voor een ieder impliceert,<sup>62</sup> maar anderzijds dat een openbaarheidsverzoek van een persoon op grond van een van de uitzonderingsgronden kan worden afgewezen, ook al heeft deze persoon een specifiek individueel belang bij de verstrekking van de informatie aan hem.

Dat een individu de betreffende stukken niet kan bemachtigen via de Wob of Eurowob wil niet zonder meer zeggen dat zij voor hem altijd geheim blijven. In het geval het Europese bestuur of het nationale bestuur, voor zover dat handelt binnen de werkingssfeer van het EG-recht, op basis van die stukken een bezwarend besluit wil nemen, heeft hij namelijk op grond van het Europese beginsel van de rechten van verdediging in beginsel recht op toegang tot de desbetreffende stukken.<sup>63</sup> Dit recht – dat ook is opgenomen in artikel 41, tweede lid, van het inmiddels bindende Handvest voor de Grondrechten van de EU – geldt in de regel al als het bestuur voornemens is het bezwarende besluit te nemen.<sup>64</sup> Wanneer er een voldoende rechtvaardiging is op grond van een algemeen belang, bijvoorbeeld het belang van de volksgezondheid, kunnen de rechten van de verdediging in de primaire fase

60 J.H.J. van den Heuvel, *Fatsoenlijk en onbaatzuchtig besturen*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2007, p. 20-21, en 61.

61 Vergelijk Ph.M. Langbroek & P. Rijpkema (eindredactie), *Ombudsprudentie, Over de behoorlijkheidsnorm en zijn toepassing*, Den Haag: BJu 2004, p. 152-252.

62 ABRvS 25 april 2000 (KNVB), JB 2000/142.

63 Vergelijk J.H. Jans, R. de Lange, S. Prechal, R.J.G.M. Widdershoven, *Europeanisation of Public Law*, Groningen: Europa Law Publishing 2007, p. 191-193; Widdershoven e.a. 2007, p. 78-85.

64 Zaak C-349/07 (Sopropé), AB 2009, 29, m.nt. Widdershoven.

echter worden beperkt, mits het individu ze wel kan effectueren in het vervolg van de procedure, in Nederland doorgaans in de fase van bezwaar.<sup>65</sup>

Het verschil in vertrekpunt tussen de publieke openbaarheidsregelingen van de Wob en Eurowob en het individuele recht tot toegang tot de stukken op grond van de rechten van verdediging, leidt nu en dan tot het vreemde resultaat dat een individu bepaalde stukken betreffende zijn rechtspositie niet kan bemachtigen via de Wob of Eurowob, omdat individuele (verdedigings)belangen daarbij geen rol kunnen spelen, terwijl hij wel toegang tot deze stukken heeft – of althans behoort te hebben – als het bestuur op basis ervan een bezwarend besluit wil nemen. Dit ziet men bijvoorbeeld in de zaak *Dokter*, waarin het ging om de laboratoriumresultaten waarop diverse maatregelen ter bestrijding van mond- en klauwzeer waren gebaseerd. Terwijl de pogingen van Dokter om deze resultaten via de Wob te verkrijgen door de ABRvS werden afgewezen,<sup>66</sup> vernietigde het CBB de getroffen maatregelen, omdat Dokter in de fase van bezwaar in strijd met de rechten van verdediging, geen toegang had gekregen tot de laboratoriumgegevens.<sup>67</sup> Hetzelfde ziet men op Europees niveau in de zaken betreffende de uit de Filippijnen afkomstige heer *Sison*, die zich geconfronteerd zag met plaatsing op de op basis van Verordening 2580/2001/EG ingestelde zwarte lijst van personen die verdacht worden van (het ondersteunen van) terrorisme en dientengevolge met bevrozing van zijn tegoeden. Zijn verzoek op grond van de Eurowob om de aan zijn plaatsing ten grondslag liggende documenten in handen te krijgen, werd met instemming van de Europese rechters afgewezen, omdat deze documenten waren verstrekt door een lidstaat die had aangegeven prijs te stellen op de vertrouwelijkheid van de stukken.<sup>68</sup> Dat *Sison* uit hoofde van zijn positie groot belang had bij de in die stukken vervatte informatie kon in het kader van de Eurowob geen rol spelen. Dit lag geheel anders in de beroepszaak van *Sison* tegen de beslissing van de Raad om hem op de lijst te handhaven. Dit besluit wordt door het Gerecht van Eerste Aanleg nietig verklaard.<sup>69</sup> doordat onduidelijk is op welke informatie het besluit is gebaseerd, had de Raad volgens het Gerecht de rechten van de verdediging alsmede de motiveringsplicht geschonden. De Wob en de Eurowob kunnen dus niet worden gebruikt als instrument om een onwillig bestuur alsnog te dwingen de rechten van de verdediging te respecteren.

Het voorgaande roept de vraag op of er voor burgers naast het publieke recht op informatie ook geen individueel informatierecht zou moeten bestaan wanneer zij bij bepaalde informatie een specifiek belang hebben en of dit recht niet zou kunnen worden gebaseerd op het transparantiebeginsel. Voor zover het bestuur op basis van die informatie een bezwarend besluit wenst te nemen, is dat laatste op zich niet nodig omdat het recht op informatie dan al voortvloeit uit het beginsel van de rechten van verdediging. Wel kan worden vastgesteld dat transparantie-

65 Zaak C-28/05 (*Dokter*), AB 2006, 390, m.nt. Widdershoven.

66 ABRvS 26 november 2003, 200205828/1; LJN AN8807.

67 CBB 9 september 2008, AB 2008, 300 m.nt. Sewandono, JB 2008/245, m.nt. MO-V.

68 Gevoegde zaken T-110/03, T-150/03 en T-405/03 (*Sison*), Jur. 2005, p. II-1429; zaak C-266/05 P (*Sison*), Jur. 2007, p. I-1233.

69 Zaak T-47/03 (*Sison*), Jur. 2007, p. II-73.

verplichtingen kennelijk ook voortvloeien uit de rechten van verdediging en dat het transparantiebeginsel in die rechten een concrete uitwerking vindt. Niet altijd bieden de rechten van verdediging de burger echter voldoende soelaas. Dit blijkt uit de zaak *Fisher*.<sup>70</sup>

De zaak *Fisher* betreft een aanvraag om een Europese landbouwsubsidie door de Fishers, de nieuwe eigenaren van een perceel landbouwgrond. Voor de aanvraag is informatie nodig over het gebruik van de grond in voorgaande jaren. De Fishers hebben deze informatie niet. Het bestuur wel, maar dat weigert de informatie aan de Fishers te verstrekken, omdat daardoor de privacyrechten van de eerdere eigenaren zouden worden geschonden. Door de weigering bevat de aanvraag van de Fishers diverse fouten, hetgeen voor het bestuur reden is om hen een boete op te leggen. Nu er een boete in het spel komt, hebben de Fishers – ook volgens de Engelse autoriteiten – wel recht op toegang tot de informatie. De rechten van de verdediging moeten immers worden gewaarborgd. Echt bevredigend is dat natuurlijk niet. Als het bestuur eerder inzage had verleend, hadden de Fishers een correcte subsidieaanvraag kunnen indienen, was de boete nooit opgelegd, en hadden de Fishers zich niet hoeven verdedigen. De Fishers stellen dan ook beroep in tegen de boete en uiteindelijk leidt dat tot het stellen van een aantal prejudiciële vragen aan het Hof.

AG Alber baseert zijn analyse van de zaak op het transparantiebeginsel. Volgens hem brengt dit beginsel mee dat de toegang tot informatie alleen kan worden beperkt als daarvoor een rechtvaardigingsgrond is. Daarbij mag het bestuur *a priori* niet ervan uitgaan dat een dergelijke grond bestaat, maar moet een gedetailleerde belangenafweging worden gemaakt. Alber voert deze afweging vervolgens zelf uit, en neemt daarbij het belang van de Fishers zoals dat kan worden afgeleid van de subsidieverordening in ogenschouw. Daarmee test hij dus niet of er een publiek recht op toegang tot de informatie is. In plaats daarvan onderzoekt hij of de belangen van de Fishers voor hen een recht op toegang tot de informatie met zich mee moeten brengen, en concludeert dat dat inderdaad het geval is. Het lijkt er aldus op dat de AG vindt dat wanneer het Europese recht een bepaald belang erkent – in dit geval het belang van de subsidieaanvrager zoals dat naar voren komt in de verordening – dat dan transparantie is vereist wanneer dat voor het realiseren van dat belang nodig is. In zijn uitspraak komt het Hof tot dezelfde conclusie, maar baseert het zijn uitspraak niet expliciet op het transparantiebeginsel. In plaats daarvan hanteert het een teleologische interpretatie. Het doel van de verordening wordt het gemakkelijkst bereikt door de Fishers in een vroeg stadium toegang te bieden tot de informatie. Ook volgens het Hof geldt aldus materieel voor het bestuur een transparantieverplichting, en wel in die mate dat het doel van de Europese regeling bereikt wordt.

Uit de zaak *Fisher* blijkt de mogelijke functie van het transparantiebeginsel om het gat te vullen tussen publieke openbaarheid en de particuliere rechten van verdediging. Het beginsel gaat aldus verder waar de Eurowob ophoudt en de rechten van verdediging nog niet van toepassing zijn omdat er nog niet sprake is van een bezwarend besluit (maar van een aanvraag om begunstigend besluit). Op grond

---

70 Zaak C-369/98 (*Fisher*), *Jur.* 2000, p. I-6751.



van het beginsel heeft een burger een individueel recht op openbaarheid van stukken, wanneer dat noodzakelijk is voor het realiseren van een door het EG-recht erkend belang.

## **5 Transparantiebeginsel en de Awb**

Ten slotte is de vraag of het transparantiebeginsel of bepaalde uitwerkingen daarvan al een plaats verdienen in de Awb. Om met het laatste te beginnen, zoals in paragraaf 2 is aangegeven beïnvloedt het transparantiebeginsel, zoals dat is vormgegeven in de Eurovob en de jurisprudentie van het Hof, het nationale openbaarheidsrecht en vooral de nationale uitzonderingsgronden op openbaarheid. Op termijn ligt daarom enige afstemming van de – al dan niet in de Awb geïntegreerde – Wob met het Europese openbaarheidsrecht voor de hand. In paragraaf 3 is verder vastgesteld dat het aanbestedingsrechtelijke transparantiebeginsel steeds verder doordringt op het terrein van de schaarse dienstenvergunningen en dat er veel voor te zeggen valt om het beginsel ook voor te schrijven bij andere schaarse besluiten die via een vergelijkende toets worden verleend. De uit het beginsel voortvloeiende eisen zijn daarbij al zodanig uitgewerkt dat een codificatie van het beginsel voor deze schaarse besluiten in de Awb goed mogelijk is. Voor de inhoud van zo'n codificatie kan worden verwezen naar het voorstel dat Drahmman heeft ontwikkeld in haar meergenoemde preadvies voor de Jonge VAR.<sup>71</sup>

Resteert de vraag of het transparantiebeginsel ook als zodanig in de Awb zou moeten worden opgenomen. Deze vraag valt in twee deelvragen uiteen, namelijk: voegt het transparantiebeginsel wel voldoende toe aan de beginselen die in Nederland al bestaan om het als zodanig in Nederland te erkennen? En, indien die vraag bevestigend wordt beantwoord, is er voldoende reden om het beginsel in de Awb op te nemen of is een ongeschreven status (voorlopig) voldoende? Wat betreft de eerste vraag kan – zoals in de literatuur al vaker is gesignaleerd<sup>72</sup> – worden vastgesteld dat diverse aspecten van het transparantiebeginsel geheel of ten dele worden bestreken door al dan niet in de Awb opgenomen beginselen als het gelijkheidsbeginsel, het beginsel van onpartijdigheid van het bestuur en fair play (art. 2:4, eerste lid, Awb), het zorgvuldigheidsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel. Niettemin voegt het transparantiebeginsel naar onze opvatting het nodige toe. In de eerste plaats – maar ook dat is al vaker opgemerkt<sup>73</sup> – wordt door erkenning van het beginsel als zodanig de samenhang die het beginsel aanbrengt tussen beginselen die delen ervan bestrijken 'gearticuleerd'. Daardoor wordt voorkomen dat aspecten ervan tussen wal en schip raken. In de tweede plaats heeft het transparantiebeginsel een belangrijke functie als middel om de verwezenlijking van die andere beginselen te waarborgen. Dit geldt bijvoorbeeld voor het gelijkheidsbeginsel (zie par. 3.1) en de beginselen van rechtszekerheid en onpartijdigheid (zie par. 4.1). Ten slotte vloeien uit het beginsel ook eisen voort die niet zo gemakkelijk onder een bestaand beginsel kunnen worden geschaard, bijvoorbeeld met betrekking tot actieve informatieplicht over inhoud en verloop van procedures (zie par. 4.1) en

71 Drahmman 2009, p. 31-33.

72 Van Ommeren 2004, p. 44-52; Widdershoven e.a. 2007, p. 91; Drahmman 2009.

73 Widdershoven e.a. 2007, p. 91; Drahmman 2009.

het individuele recht op bepaalde informatie voor belanghebbenden (zie par. 4.2). Gelet op het voorgaande is er ons inziens voldoende reden om het transparantiebeginsel als zodanig in Nederland te erkennen.

De vraag die dan nog moet worden beantwoord is of het beginsel in de Awb moet worden opgenomen of dat een ongeschreven status vooralsnog voldoende is. In haar preadvies kiest Drahmman voor de laatste optie.<sup>74</sup> Volgens haar is de betekenis van het beginsel nog onvoldoende uitgekristalliseerd en zou codificatie daarom tot rechtsonzekerheid kunnen leiden. Dit argument achten wij op zich niet zo overtuigend omdat het vanuit het oogpunt van rechts(on)zekerheid weinig uitmaakt of een als zodanig erkend algemeen rechtsbeginsel al dan niet is gecodificeerd. Waar het volgens ons bij de beantwoording van de codificatievraag vooral om draait is de principiële vraag of relatief open algemene rechtsbeginselen thuishoren in de Awb. In haar reactie op het rapport 'De Europese agenda van de Awb' stelt de Commissie Ilsink voorop dat de wetgever 'terughoudend dient te zijn met het in algemene termen en dus onvermijdelijk vage termen codificeren van rechtsbeginselen'.<sup>75</sup> Vanuit dit vertrekpunt is het logisch dat de Commissie de in het rapport gedane voorstellen om op termijn het beginsel van de rechten van verdediging en het transparantiebeginsel in de Awb te codificeren afwijst. Men kan de opgeworpen vraag echter ook principieel anders beantwoorden, namelijk dat de Awb – toch een beetje de 'grondwet' van het bestuursrecht – juist de wet bij uitstek en overigens ook de enige wet (behalve de echte Grondwet) is waarin de voor het bestuur geldende algemene rechtsbeginselen kunnen worden gecodificeerd.<sup>76</sup> Deze opvatting sluit goed aan bij de ambities van de Awb-wetgever van 1994, toen deze ervoor koos om diverse open algemene rechtsbeginselen in de Awb op te nemen, zoals het onpartijdigheidsbeginsel (art. 2:4 Awb), het beginsel van zorgvuldige voorbereiding (art. 3:2 Awb), het beginsel van détournement de pouvoir (art. 3:3 Awb), het beginsel van specialiteit en evenredige belangenafweging (art. 3:4 Awb) en het beginsel van een deugdelijke motivering (art. 3:46 Awb). Deze opvatting ziet men ook op Europees niveau, zowel in de Verdragen als in het bijzonder in het Handvest voor de Grondrechten van de EU. Zo bevat het Handvest een groot aantal in algemene termen geformuleerde grondrechten en algemene rechtsbeginselen – onder meer een recht op goed bestuur, dat het recht omvat voor eenieder dat zijn zaken 'onpartijdig, billijk en binnen een redelijke termijn' worden behandeld (art. 41) – die ook voor nationale bestuursorganen bindend zijn wanneer zij het Europese recht ten uitvoer leggen. Op Europees niveau heeft men kennelijk minder angst voor het in algemene termen codificeren van algemene rechtsbeginselen. Voor welke opvatting men kiest – de beperkte opvatting van de Commissie Ilsink of de ruime opvatting van de Awb-wetgever van 1994 en de Europese wetgever – is in hoge mate een kwestie van smaak. Wij kiezen voor de ruime opvatting en zijn er zeker op termijn voorstander van om het transparantiebeginsel als algemeen

74 Drahmman 2009, p. 21. Zij bepleit overigens wel de erkenning van het transparantiebeginsel als ongeschreven beginsel van behoorlijk bestuur.

75 Commissie Evaluatie Awb III, *Toepassing en effecten van de Algemene wet bestuursrecht 2002-2006*, Den Haag: BJu 2007, p. 53-54.

76 In die zin ook R.J.G.M. Widdershoven e.a., 'Ilsink over de Europese agenda van de Awb', *NTB* 2007, 23, p. 156-159, i.h.b. p. 158.

rechtsbeginsel in de Awb op te nemen. De beste plek is ons inziens afdeling 2.1 Awb, omdat het transparantiebeginsel – evenals het in die afdeling opgenomen onpartijdigheidsbeginsel – het gehele handelen van de overheid in het verkeer met burgers zou moeten bepalen.<sup>77</sup> Tegelijkertijd is een algemene codificatie van het beginsel in de Awb niet heel urgent en liggen wij er niet echt van wakker als voorlopig van codificatie wordt afgezien. Ook zonder steun van de Awb zal naar onze stellige overtuiging het beginsel in zijn diverse verschijningsvormen de komende jaren steeds verder doordringen in het Nederlandse recht.

## 6 Conclusie

Het Europese recht is een *mer à boire* voor algemene rechtsbeginselen in allerlei soorten en maten.<sup>78</sup> Een relatief nieuwe telg van de Europese beginselenfamilie is het transparantiebeginsel. Het beginsel betreft de beschikbaarheid, toegankelijkheid en duidelijkheid van informatie over overheidshandelen, waarbij die informatie betrekking kan hebben op bij de overheid berustende documenten waarbij een burger belang heeft, maar ook op het verloop van procedures, op de eisen die gesteld worden aan burgers etc.

Welke eisen precies uit het transparantiebeginsel voortvloeien is in belangrijke mate afhankelijk van (de doelstelling van) het beleidsterrein of de regelgeving waarin het beginsel een rol speelt. Op twee Europese terreinen is het beginsel al zodanig uitgekristalliseerd dat daaruit concrete, werkbare normen voortvloeien. Dat is in de eerste plaats het terrein van de openbaarheid van bestuur, waarop bovendien sprake is van een toenemende Europese beïnvloeding van nationaal openbaarheidsrecht (par. 2). In de tweede plaats dringt het aanbestedingsrechtelijke transparantiebeginsel steeds verder door op het terrein van schaarse vergunningen en (mogelijk) andere schaarse besluiten (par. 3). Op dit terrein is een codificatie in de Awb volgens ons een reële optie (par. 5).

De potentie van het transparantiebeginsel is echter niet beperkt tot deze toepassingen. Zoals aangegeven in paragraaf 4 vloeien uit het beginsel ook eisen voort die niet onder een bestaand beginsel kunnen worden geschaard, zoals een actieve informatieplicht van de overheid over inhoud en verloop van procedures, en een individueel recht op informatie voor belanghebbenden. Bovendien heeft het beginsel een belangrijke functie als middel om de verwezenlijking van andere beginselen te waarborgen. Vanwege deze functies ligt een erkenning van het beginsel als algemeen rechtsbeginsel in Nederland in de rede. Op termijn dient het beginsel ook te worden opgenomen in de Awb (par. 5).

77 Vergelijk Addink & Ten Berge 2006, p. 272.

78 R.J.G.M. Widdershoven, 'Rechtsbeginselen in het Europese recht', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In beginsel, Over aard, inhoud en samenhang van rechtsbeginselen in het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 293-327.