

dit niet de eerste keer was. Dat werd bevestigd door de broer van appelland. Exit geringe ernst. Daarnaast gebruikte appelland ook nog een bemiddelingsbureau, "The Friendly Host". Zeker in Amsterdam zijn dergelijke bedrijven de afgelopen jaren als kool gegroeid: zij specialiseren zich in de bemiddeling, maar ook in de schoonmaak en het ontvangst. En inderdaad duidt dat, zoals de Afdeling ook stelt, toch eerder op regelmatig verhuur dan incidenteel verhuur. Verder komt appelland nog met te weinig bewijs van incidenteel verhuur. Dat komt vooral doordat appelland slechts met overzichten komt van twee maanden in het jaar, in plaats van bijvoorbeeld het hele jaar.

In de uitspraak ECLI:NL:RVS:2020:1127, fluit de Afdeling de rechtbank terug in het inwilligen van een matigingsverzoek. Kennelijk deed appelland vooral een beroep op de geringe ernst van de overtreding door te stellen dat er geen sprake was van overlast en dat er slechts beperkt financieel voordeel gehaald zou zijn. Volgens de Afdeling duidt dit, mijns inziens terecht, niet op een geringe ernst van de overtreding. Het is me niet helemaal duidelijk waarom het derde argument ter sprake is gebracht: de zoon van de twee eigenaren zou melding van de woonfraude hebben gedaan. De Afdeling doet dit simpelweg af door te constateren dat de zoon die melding niet gedaan heeft op basis van het meldingsrapport. Maar ook als de zoon wel de melding had gedaan, is dat volgens mij geen bijzondere omstandigheid. De inkeer na de overtreding doet niet per se af aan de ernst ervan.

5. In de uitspraak met nummer ECLI:NL:RVS:2020:1103 wordt voor matiging van de bestuurlijke boete een beroep gedaan op het ne-bis-in-idembeginsel, door de overtreder die een ambtenaar was, werkzaam bij de Afdeling Handhaving en Toezicht. De overtreding betrof de B&B-regel waarbij niet meer dan 40% van de woning gebruikt mag worden voor B&B; de ambtenaar overschreed die 40%. De ambtenaar kreeg niet alleen een bestuurlijke boete van € 13.500, maar werd ook ontslagen (het zogenaamde "strafontslag") en blijktbaar vond de ambtenaar dat hij op deze manier onevenredig zwaar bestraft werd. De Afdeling is het met de rechtbank eens dat niet gesproken kan worden van dubbele bestraffing. De twee sancties hebben verschillende doelen: de bestuurlijke boete heeft (als klasiieke straf) onder meer een afschrikkings- en een vergeldingsfunctie, terwijl het zogenoemde 'strafontslag' een disciplinaire maatregel is en geen vaststelling van een strafbaar feit inhoudt. Een medewerker die gedrag heeft vertoond dat de werkgever ontoelaatbaar vindt, wordt uit de organisatie verwijderd. (Zie in dit verband voor het ambtenarentuchtrecht, Th.A. Velo, *Inzicht in*

het ambtenarenrecht, Apeldoorn – Antwerpen: Maklu 2008, p. 158.) Het strafontslag is een tuchtrechtelijke maatregel die primair is gericht op de bescherming van de beroepsgroep. Om die reden is zo'n tuchtrechtelijke sanctie doorgaans ook geen 'criminal charge'. Vergelijk de 'Engel-criteria' uit de rechtspraak van het EHRM, en ook bijvoorbeeld CRvB 3 juli 2008, TAR 2008/175, waar de Centrale Raad dat onderscheid onderstreepte in een vergelijkbare zaak. Dat gezegd hebbende, werkt het in het bestuursrecht, evenals in het strafrecht, zo dat een al opgelegde sanctie, van welke aard ook, een omstandigheid kan zijn die kan leiden tot matiging van een straf. Dat had hier misschien ook gekund, maar dan moet de volgorde wel zo zijn dat eerst het ontslag wordt gegeven en daarna de bestuurlijke boete wordt opgelegd. Zou de volgorde andersom zijn geweest, dan kan de oplegging van de bestuurlijke boete niet ertoe leiden dat het ontslag achterwege zou moeten blijven.

T.I. Oost

AB 2020/262

AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK VAN DE RAAD VAN STATE

11 december 2019, nr. 201807779/1/A3

(Mrs. D.A.C. Slump, E. Steendijk, H.J.M. Baldinger)
m.nt. A. Drahmann*

Art. 10 lid 1 onder c Wob; art 7:4 Awb

BR 2020/17

ECLI:NL:RVS:2019:4173

Een presentatie die in het kader van een aanvraag om een schaarse vergunning is verstrekt, bevat vertrouwelijke bedrijfsgegevens. Concurrerende aanvrager die Wob-verzoek indient, maakt geen misbruik van recht.

De rechtbank heeft terecht geen aanleiding gezien om het beroep van Jack's Casino en JVH niet-ontvankelijk te verklaren wegens misbruik van recht. Dat Jack's Casino en JVH de door hen gewenste informatie mogelijk ook op grond van artikel 7:4 van de Awb hadden kunnen verkrijgen in de procedure over de afwijzing van hun aanvraag betekent in dit geval evenmin dat zij misbruik van recht hebben gemaakt.

Hotel Gaming heeft de presentatie in het kader van haar aanvraag om een schaarse vergunning voor een speelautomatenhal verstrekt. Het gaat dus

* A. Drahmann is universitair hoofddocent aan de afdeling staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden.

om concurrentiegevoelige informatie en aannemelijk is dat openbaarmaking van de presentatie de concurrentiepositie van Hotel Gaming kan aantasten. De presentatie bevat gedetailleerde gegevens over de wijze waarop Hotel Gaming invulling geeft aan het door haar ontwikkelde concept, zoals het aantal speelautomaten, andere recreatiemogelijkheden dan die standaard verbonden zijn aan de locatie van de beoogde speelautomatenhal, hoe het gebruik van een cashless systeem integraal in het concept is verwerkt en het beleid dat Hotel Gaming heeft ontwikkeld om een gokverslaving te voorkomen. Zoals ook de burgemeester heeft gesteld, kunnen hieruit wetenswaardigheden worden afgelezen of afgeleid over de technische bedrijfsvoering van Hotel Gaming of het productieproces dan wel informatie met betrekking tot de afzet van de producten. Uit de presentatie kan ook informatie worden afgeleid over de wijze waarop Hotel Gaming omgaat met de eisen die, in dit geval door de burgemeester, aan een schaarse vergunning worden gesteld en hoe Hotel Gaming probeert zich daarbij positief te onderscheiden van andere gegadigden. Ook in zoverre is sprake van informatie die als bedrijfs- en fabricagegegevens is te beschouwen. Gelet hierop heeft de burgemeester zich terecht op het standpunt gesteld dat de slides van de presentatie afzonderlijk en in onderlinge samenhang bezien bedrijfs- en fabricagegegevens bevatten als bedoeld in art. 10 lid 1 aanhef en onder c Wob waarvan openbaarmaking achterwege moet blijven. Verder heeft de burgemeester dat standpunt van een deugdelijke motivering voorzien, mede gelet op zijn onder 5.2. weergegeven toelichting. De burgemeester heeft de slides van de presentatie gecategoriseerd naar de onderdelen van de aanvraag van Hotel Gaming waarbij hij heeft gemotiveerd waarom deze niet openbaar kunnen worden gemaakt. Zoals de burgemeester verder terecht naar voren heeft gebracht, heeft hij, gelet op vaste jurisprudentie van de Afdeling (bijvoorbeeld de uitspraak van 22 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1633), niet elke slide uit een bepaalde categorie afzonderlijk hoeven te motiveren, omdat dit alleen zou leiden tot herhalingen die geen redelijk doel dienen.

Uitspraak op het hoger beroep van Hotel Gaming B.V., gevestigd te Tilburg, appellante, tegen de uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland van 13 augustus 2018 in zaak nr. 17/802 in het geding tussen:

Hotel Gaming,
en

De burgemeester van Leusden.

Procesverloop

Bij besluit van 5 september 2016 is een verzoek van Jack's Casino B.V. en JVH Gaming B.V. om in-

formatie op grond van de Wet openbaarheid van bestuur (hierna: de Wob) deels ingewilligd en deels afgewezen.

Bij besluit van 18 januari 2017 is het door Jack's Casino en JVH daartegen gemaakte bezwaar ongegrond verklaard.

Bij tussenuitspraak van 19 januari 2018 heeft de rechtbank de burgemeester in de gelegenheid gesteld om het geconstateerde gebrek in het besluit van 18 januari 2017 te herstellen. Deze tussenuitspraak is aangehecht (niet opgenomen; red.).

Bij brief van 28 februari 2018 heeft de burgemeester het besluit van 18 januari 2017 van een nadere motivering voorzien.

Bij uitspraak van 13 augustus 2018 heeft de rechtbank het door Jack's Casino en JVH tegen het besluit van 18 januari 2017 ingestelde beroep gegrond verklaard, dat besluit vernietigd voor zover daarbij de openbaarmaking van de vierde alinea op "pagina 1", de weggelakte zin op "pagina 2", de passage beginnend met "Het" op de vijfde regel en eindigend met "Hotel" op de negende regel onder 9.3 op "pagina 36", de tekst onder het kopje 9.7.2 op "pagina 39", het kopje van alinea 9.8.4 en de eerste regel onder dit kopje en de kopjes 9.9. en 9.10 op "pagina 40" en de presentatie is geweigerd, het besluit van 5 september 2016 in zoverre herroepen, het verzoek om openbaarmaking in zoverre ingewilligd, bepaald dat de uitspraak in zoverre in de plaats treedt van het vernietigde besluit en de burgemeester opgedragen binnen zes weken uitvoering te geven aan de uitspraak. Deze uitspraak is aangehecht (niet opgenomen; red.).

Tegen deze uitspraak heeft Hotel Gaming hoger beroep ingesteld.

De burgemeester heeft een schriftelijke uitspraak gegeven.

Hotel Gaming en Jack's Casino en JVH hebben de toestemming, bedoeld in artikel 8:29, vijfde lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb), verleend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 9 september 2019, waar Hotel Gaming, vertegenwoordigd door mr. M.L. Robichon-Lindenkamp, advocaat te Amsterdam, en de burgemeester, vertegenwoordigd door mr. L.J. Wildeboer, advocaat te Amsterdam, zijn verschenen. Verder zijn ter zitting als partij Jack's Casino en JVH, vertegenwoordigd door gemachtigde en mr. M.T.C.A. Smets, advocaat te Eindhoven, gehoord.

Overwegingen

1. Het wettelijk kader is opgenomen in de bijlage, die deel uitmaakt van deze uitspraak.

Inleiding

2. Eerder hebben zowel Jack's Casino, dat deel uitmaakt van JVH, als Hotel Gaming een aanvraag om verlening van een exploitatievergunning voor een speelautomatenhal bij de burgemeester ingediend. Het ging om een schaarse vergunning. Op basis van een vergelijkende toets heeft de burgemeester de aanvraag van Hotel Gaming ingewilligd en de aanvraag van Jack's Casino afgevoerd.

2.1. Vervolgens hebben Jack's Casino en JVH op 11 juli 2016 de burgemeester verzocht om op grond van artikel 3, eerste lid, van de Wob onder meer de aanvraag om verlening van een exploitatievergunning voor een speelautomatenhal en de in dat kader gegeven presentatie van Hotel Gaming te verstrekken. Bij besluit van 5 september 2016, dat met het besluit van 18 januari 2017 is gehandhaafd, is op grond van artikel 10, eerste lid, aanhef en onder c, van de Wob geweigerd om onder meer de presentatie van Hotel Gaming te verstrekken, omdat het om bedrijfsgevoelige informatie gaat. In de brief van 28 februari 2018, waarmee de burgemeester de motivering van het besluit van 18 januari 2017 heeft aangevuld, is aan de weigering om de presentatie te verstrekken ook artikel 10, tweede lid, aanhef en onder g, van de Wob ten grondslag gelegd.

Niet-ontvankelijk?

3. Hotel Gaming betoogt dat de rechtbank ten onrechte heeft nagelaten het beroep van Jack's Casino en JVH niet-ontvankelijk te verklaren.

Zij voert onder verwijzing naar de uitspraken van de Afdeling van 20 december 2017 (ECLI:NL:RVS:2017:3482) en 31 januari 2018 (ECLI:NL:RVS:2018:291) aan dat Jack's Casino en JVH met hun verzoek geen openbaarmaking voor eenieder beogen en dat zij misbruik van recht maken. Tijdens de zitting bij de rechtbank op 15 september 2017 hebben Jack's Casino en JVH verklaard dat hun verzoek alleen tot doel heeft informatie te verkrijgen die zij kunnen gebruiken in de procedure over de afwijzing van hun aanvraag om verlening van een exploitatievergunning voor een speelautomatenhal, aldus Hotel Gaming.

3.1. De rechtbank heeft terecht geen aanleiding gezien om het beroep van Jack's Casino en JVH niet-ontvankelijk te verklaren wegens misbruik van recht. Uit de aantekeningen van de zitting van de rechtbank op 15 september 2017 en de eerdere stukken in het dossier kan niet worden opgemaakt dat Jack's Casino en JVH met hun verzoek om informatie op grond van de Wob iets anders beoogden dan openbaarmaking voor eenieder of dat zij alleen informatie wilden om te

kunnen gebruiken in de procedure over de afwijzing van de aanvraag om een exploitatievergunning. Het beroep van Hotel Gaming op de uitspraken van de Afdeling van 20 december 2017 en 31 januari 2018 kan ook niet slagen. Uit deze uitspraken volgt dat een verzoek om informatie op grond van de Wob in verband met het aanvechten van een verkeersboete niet de aangewezen weg is om deze informatie te verkrijgen. Hier is geen sprake van een vergelijkbare situatie. Dat Jack's Casino en JVH de door hen gewenste informatie mogelijk ook op grond van artikel 7:4 van de Awb hadden kunnen verkrijgen in de procedure over de afwijzing van hun aanvraag, zoals Hotel Gaming ter zitting van de Afdeling heeft aangevoerd, betekent in dit geval evenmin dat zij misbruik van recht hebben gemaakt.

Het betoog slaagt niet.

Omvang van het hoger beroep

4. De rechtbank heeft in haar uitspraak van 13 augustus 2018 geoordeeld dat de burgemeester een deel van de aanvraag van Hotel Gaming om verlening van een exploitatievergunning voor een speelautomatenhal en daarnaast haar presentatie moet verstrekken. Omdat de inhoudelijke hogerberoepsgronden van Hotel Gaming alleen over het verstrekken van de presentatie gaan, beperkt het geschil zich verder hiertoe.

Bedrijfs- en fabricagegegevens?

5. Hotel Gaming betoogt dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat de burgemeester met de brief van 28 februari 2018 niet per passage deugdelijk heeft gemotiveerd waarom artikel 10, eerste lid, aanhef en onder c, van de Wob zich tegen openbaarmaking van de presentatie verzet.

Zij voert aan dat de presentatie aan de burgemeester in het kader van haar aanvraag om een schaarse vergunning is verstrekt en dat de presentatie de optelsom vormt van de bedrijfsinformatie die onderdeel is van deze aanvraag. Bij de verdeling van schaarse vergunningen moet volgens Hotel Gaming meer worden geboden dan wordt vereist om zichzelf positief te kunnen onderscheiden van andere gegadigden. Daarom zijn de informatie uit de aanvraag en de wijze waarop deze wordt gepresenteerd uitermate bedrijfsgevoelig. Verder voert Hotel Gaming aan dat de burgemeester met de brief van 28 februari 2018 deugdelijk heeft gemotiveerd waarom de presentatie niet openbaar kan worden gemaakt. Dat de burgemeester niet elke slide afzonderlijk van een motivering heeft voorzien, doet daaraan niet af, omdat dit alleen zou leiden tot herhalingen en geen redelijk doel zou dienen. Hotel Gaming wijst in dit verband op de uitspraken van de Afdeling van 28 april 2010

(ECLI:NL:RVS:2010:BM2629) en van 23 september 2009 (ECLI:NL:RVS:2009:BJ8264).

5.1. Volgens vaste rechtspraak van de Afdeling (bijvoorbeeld de uitspraak van 29 april 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD0771) moet artikel 10, eerste lid, aanhef en onder c, van de Wob naar zijn aard restrictief worden uitgelegd. Van bedrijfs- en fabricagegegevens is slechts sprake, als en voor zover uit die gegevens wetenswaardigheden kunnen worden afgelezen of afgeleid met betrekking tot de technische bedrijfsvoering of het productieproces dan wel met betrekking tot de afzet van de producten of de kring van afnemers en leveranciers.

Zoals de Afdeling verder heeft overwogen (uitspraak van 22 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2305), is de weigeringsgrond die is neergelegd in artikel 10, eerste lid, aanhef en onder c, van de Wob, bedoeld om te voorkomen dat bedrijfsgegevens die bedrijven genoodzaakt zijn een bestuursorgaan te verstrekken, maar die zij met het oog op concurrentie geheim willen houden, openbaar worden gemaakt (zie *Kamerstukken II* 1986/87, 19 859, nr. 3, blz. 33).

5.2. De burgemeester heeft aan zijn in de brief van 28 februari 2018 ingenomen standpunt dat elke slide van de presentatie onder de reikwijdte van artikel 10, eerste lid, aanhef en onder c, van de Wob valt het volgende ten grondslag gelegd. De presentatie vormt de optelsom van bedrijfsinformatie die onderdeel is van de aanvraag en heeft daarom integraal een concurrentiegevoelig karakter. Elke slide bevat impressies en een bedrijfsvertrouwelijke toelichting. Deze informatie geeft inzicht in de bedrijfsvoering en illustreert de bedrijfsprocessen van de aanvrager. Voor wat betreft de plattgrond verwijst de burgemeester voor de motivering nog naar pagina 7 van de aanvraag en naar de onderdelen van de aanvraag die zien op de recreatieve functie, het aanbod, de invulling van preventie en verslavingszorg. Daarover heeft de rechtbank geoordeeld dat hij de openbaarmaking van die onderdelen terecht heeft geweigerd. De burgemeester heeft in hoger beroep hierover nader toegelicht dat de slides 1 tot en met 8 informatie bevatten over de totstandkoming van de vertrouwelijke, Hotel Gaming typerende, bedrijfsstrategie, de slides 9 tot en met 14 een toelichting bevatten op het door Hotel Gaming bedachte concept, dat de invulling van preventie en verslavingszorg wordt toegelicht in de slides 15 tot en met 20, de specifieke plannen die Hotel Gaming heeft voor de gemeente Leusden nader uiteen worden gezet in de slides 21 tot en met 38 en in de slides 39 en 40 een toelichting wordt gegeven op de planning en wijze van de exploitatie. Verder heeft de burgemeester afgezien van een meer specifieke

afzonderlijke motivering per slide, omdat het steeds om dezelfde soort slide gaat en een meer uitgebreide motivering ertoe leidt dat de presentatie alsnog volledig of deels bekend wordt gemaakt. Bovendien volgt uit vaste jurisprudentie van de Afdeling dat kan worden afgezien van een motivering per onderdeel als dat zou leiden tot herhalingen die geen redelijk doel dienen, aldus de burgemeester.

5.3. De Afdeling heeft met toepassing van artikel 8:29, vijfde lid, van de Awb kennisgenomen van de vertrouwelijk overgelegde presentatie van Hotel Gaming. Verder is niet in geschil dat Hotel Gaming de presentatie vertrouwelijk aan de burgemeester heeft verstrekt.

5.4. Hotel Gaming heeft de presentatie in het kader van haar aanvraag om een schaarse vergunning voor een speelautomatenhal verstrekt. Hotel Gaming heeft daarbij een specifiek concept voor de gemeente Leusden ontwikkeld, waarbij Hotel Gaming gepoogd heeft zich positief te onderscheiden van de andere gegadigde, Jack's Casino. Het gaat dus om concurrentiegevoelige informatie en aannemelijk is dat openbaarmaking van de presentatie de concurrentiepositie van Hotel Gaming kan aantasten.

De slides van de presentatie bevatten impressies en de uitgeschreven mondelinge toelichting, die overwegend terugslaan op de onderdelen van de aanvraag van Hotel Gaming waarover de rechtbank heeft geoordeeld dat de burgemeester terecht openbaarmaking heeft geweigerd. De presentatie bevat gedetailleerde gegevens over de wijze waarop Hotel Gaming invulling geeft aan het door haar ontwikkelde concept, zoals het aantal speelautomaten, andere recreatiemogelijkheden dan die standaard verbonden zijn aan de locatie van de beoogde speelautomatenhal, hoe het gebruik van een cashless systeem integraal in het concept is verwerkt en het beleid dat Hotel Gaming heeft ontwikkeld om een gokverslaving te voorkomen. Zoals ook de burgemeester heeft gesteld, kunnen hieruit wetenswaardigheden worden afgelezen of afgeleid over de technische bedrijfsvoering van Hotel Gaming of het productieproces dan wel informatie met betrekking tot de afzet van de producten. Uit de presentatie kan ook informatie worden afgeleid over de wijze waarop Hotel Gaming omgaat met de eisen die, in dit geval door de burgemeester, aan een schaarse vergunning worden gesteld en hoe Hotel Gaming probeert zich daarbij positief te onderscheiden van andere gegadigden. Ook in zoverre is sprake van informatie die als bedrijfs- en fabricagegegevens is te beschouwen. Gelet hierop heeft de burgemeester zich terecht op het standpunt gesteld dat de slides van de presentatie afzonderlijk en in onderlinge samenhang bezien

bedrijfs- en fabricagegegevens bevatten als bedoeld in artikel 10, eerste lid, aanhef en onder c, van de Wob waarvan openbaarmaking achterwege moet blijven. Verder heeft de burgemeester dat standpunt van een deugdelijke motivering voorzien, mede gelet op zijn onder 5.2. weergegeven toelichting. De burgemeester heeft de slides van de presentatie gecategoriseerd naar de onderdelen van de aanvraag van Hotel Gaming waarbij hij heeft gemotiveerd waarom deze niet openbaar kunnen worden gemaakt. Zoals de burgemeester verder terecht naar voren heeft gebracht, heeft hij, gelet op vaste jurisprudentie van de Afdeling (bijvoorbeeld de uitspraak van 22 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1633), niet elke slide uit een bepaalde categorie afzonderlijk hoeven te motiveren, omdat dit alleen zou leiden tot herhalingen die geen redelijk doel dienen.

Het betoog slaagt.

5.5. Het voorgaande betekent dat de burgemeester bij de brief van 28 februari 2018 de handhaving van de weigering om de presentatie openbaar te maken alsnog deugdelijk heeft gemotiveerd. De rechtbank had aanleiding moeten zien in zoverre de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit van 18 januari 2017 in stand te laten.

Conclusie

6. Het hoger beroep van Hotel Gaming is gegrond. Wat Hotel Gaming overigens aanvoert, behoeft geen bespreking meer. De uitspraak van de rechtbank moet worden vernietigd, voor zover de rechtbank het besluit van 5 september 2016 ten aanzien van de weigering om de presentatie openbaar te maken heeft herroepen, het verzoek van Jack's Casino en JVH ten aanzien van de openbaarmaking van de presentatie heeft ingewilligd, heeft bepaald dat haar uitspraak in zoverre in de plaats treedt van het vernietigde besluit van 18 januari 2017 en de burgemeester in zoverre heeft opgedragen binnen zes weken uitvoering aan haar uitspraak te geven. Voor het overige moet de uitspraak van de rechtbank worden bevestigd. Doende hetgeen de rechtbank zou behoren te doen, zal de Afdeling bepalen dat de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit van 18 januari 2017, voor zover het betreft de handhaving van de weigering om de presentatie openbaar te maken, in stand blijven. Dit betekent dat de burgemeester de presentatie niet openbaar hoeft te maken.

7. De burgemeester moet op na te melden wijze in de proceskosten worden veroordeeld.

Beslissing

I. verklaart het hoger beroep gegrond;

II. vernietigt de uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland van 13 augustus 2018 in zaak nr. 17/802, voor zover de rechtbank het besluit van 5 september 2016 ten aanzien van de weigering om de presentatie openbaar te maken heeft herroepen, het verzoek van Jack's Casino B.V. en JVH Gaming B.V. ten aanzien van de openbaarmaking van de presentatie heeft ingewilligd, heeft bepaald dat haar uitspraak in zoverre in de plaats treedt van het vernietigde besluit van 18 januari 2017 en de burgemeester in zoverre heeft opgedragen binnen zes weken uitvoering aan haar uitspraak te geven;

III. bevestigt de uitspraak voor het overige;

IV. bepaalt dat de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit van 18 januari 2017, voor zover het betreft de handhaving van de weigering om de presentatie openbaar te maken, in stand blijven;

V. veroordeelt de burgemeester van Leusden tot vergoeding van bij Hotel Gaming B.V. in verband met de behandeling van het hoger beroep opgekomen proceskosten tot een bedrag van € 1.024 (zegge: duizendvierentwintig euro), geheel toe te rekenen aan door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand;

VI. gelast dat de burgemeester van Leusden aan Hotel Gaming B.V. het door haar betaalde griffierecht van € 508 (zegge: vijfhonderdacht euro) voor de behandeling van het hoger beroep vergoedt.

Noot

1. *Inleiding.* Bij de verleningsprocedure voor een schaarse vergunning wordt uit meerdere aanvragen één of enkele aanvragers gekozen. Aan de 'winnaar' van de procedure wordt de schaarse vergunning verleend. In de hier gepubliceerde uitspraak heeft een 'verliezer' van de procedure een verzoek op grond van de Wet openbaarheid van bestuur (hierna: Wob) ingediend om de door de 'winnaar' in het kader van de vergunningprocedure gegeven presentatie te verstrekken. In deze uitspraak oordeelt de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) dat een dergelijk Wob-verzoek géén misbruik van recht vormt, maar wel kan worden afgewezen omdat er sprake is van vertrouwelijke bedrijfsgegevens als bedoeld in art. 10 lid 1 aanhef en onder c Wob. Hierna zal eerst kort de casus worden weergegeven (onder 2). Vervolgens wordt ingegaan op de vraag wanneer er sprake is van misbruik van recht (onder 3) en wanneer er sprake is van concurrentiegevoelige gegevens (onder 4). Ten slotte zal worden ingegaan op de verhouding tussen de Wob en art. 7:4 Awb, in het bijzonder bij schaarse vergunningen en subsidies (onder 5).

2. *Casus.* Jack's Casino en Hotel Gaming hebben beide een aanvraag om een schaarse exploitatievergunning voor een speelautomatenhal bij de burgemeester van Leusden ingediend. Op basis van een vergelijkende toets heeft de burgemeester de schaarse vergunning aan Hotel Gaming verleend. Vervolgens heeft Jack's Casino een Wob-verzoek ingediend en onder meer verzocht om de in het kader van de vergunningaanvraag door Hotel Gaming gegeven presentatie te verstrekken. De burgemeester heeft dit geweigerd omdat het om bedrijfsgevoelige informatie zou gaan. Het hiertegen gerichte bezwaar is ongegrond verklaard. De rechtbank oordeelde dat de burgemeester een deel van de aanvraag van Hotel Gaming en daarnaast de gevraagde presentatie moet verstrekken. Hotel Gaming is tegen deze uitspraak in hoger beroep gegaan, waarbij de inhoudelijke hogerberoepsgronden van Hotel Gaming alleen over het verstrekken van die presentatie gaan.

3. *Misbruik van recht.* In hoger beroep betoogt Hotel Gaming dat het hoger beroep van Jack's Casino niet-ontvankelijk zou moeten worden verklaard, omdat er sprake zou zijn van misbruik van recht. Dit betoog slaagt niet. Ter onderbouwing van haar betoog wijst Hotel Gaming op de uitspraken van de Afdeling van 20 december 2017 (AB 2018/149, m.nt. E.C. Pietermaat) en 31 januari 2018 (ECLI:NL:RVS:2018:291) over Wob-verzoeken in procedures over verkeersboetes. De Afdeling overwoog in die uitspraken dat misbruik van de Wob wordt gemaakt als om informatie over een verkeersboete wordt verzocht en het doel van het verzoek slechts gelegen kan zijn in het aanvechten van die verkeersboete. De Afdeling maakt in deze uitspraak (nogmaals – zie ook ABRvS 18 juli 2018, AB 2018/372, m.nt. P.J. Stolk) duidelijk dat die overweging echt uitsluitend ziet op procedures over verkeersboetes en dat hier geen sprake is van een vergelijkbare situatie. In dit geval kan volgens de Afdeling uit het dossier niet worden opgemaakt dat Jack's Casino met het Wob-verzoek "iets anders beoogden dan openbaarmaking voor eenieder of dat zij alleen informatie wilden om te kunnen gebruiken in de procedure over de afwijzing van de aanvraag om een exploitatievergunning." Interessant is de daaropvolgende overweging van de Afdeling dat de omstandigheid dat Jack's Casino de gewenste informatie mogelijk ook op grond van art. 7:4 Awb had kunnen verkrijgen evenmin betekent dat misbruik van recht wordt gemaakt. Op de betekenis van art. 7:4 Awb bij de verdeling van schaarse vergunningen wordt hierna onder 5 nader ingegaan. Het oordeel van de Afdeling is echter ook buiten de context van schaarse vergunningen van belang. Met de uitspraken van de

Afdeling dat sprake kan zijn van misbruik van recht bij Wob-verzoeken is de deur geopend om naar de achterliggende belangen van de Wob-verzoeker te vragen en deze vervolgens te wegen. Die kier moet mijns inziens zo klein mogelijk blijven. Art. 3 lid 3 Wob bepaalt immers dat de verzoeker bij zijn verzoek geen belang hoeft te stellen. Uitgangspunt is dat met een Wob-verzoek het publieke belang van een goede en democratische bestuursvoering is gemoeid. Bestuursorganen moeten terughoudend zijn met het verweer dat er sprake is van misbruik van de Wob of dat er geen sprake is van een Wob-verzoek. Ook Stijnen stelt dat gewaakt moet worden voor doorgeschoten toetsing aan de poort (ABRvS 11 september 2019, AB 2020/187, m.nt. R. Stijnen). Slechts als er sprake is van bijkomende bijzondere omstandigheden waaruit blijkt dat het verzoek zonder enig redelijk doel wordt gedaan is er sprake van misbruik van recht (vgl ook ABRvS 29 januari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:265; ABRvS 4 maart 2020, AB 2020/145, m.nt. P.J. Stolk en ABRvS 4 december 2019, AB 2020/54, m.nt. P.J. Stolk). In andere gevallen dient een bestuursorgaan zijn verantwoordelijkheid te nemen en het Wob-verzoek in behandeling te nemen.

4. *Concurrentiegevoelige gegevens.* De rechtbank achtte in eerste aanleg (ECLI:NL:RBMNE:2018:3866) de motivering dat de wijze waarop een aanvrager zich presenteert concurrentiegevoelige informatie is, omdat anderen bij een volgende inschrijving hun aanvraag erop kunnen afstemmen, onvoldoende om de presentatie in zijn geheel te weigeren. De Afdeling volgt het oordeel van de rechtbank niet. Hotel Gaming heeft in haar aanvraag voor de schaarse vergunning een specifiek concept voor een speelautomatenhal ontwikkeld, waarmee zij gepoogd heeft zich positief te onderscheiden van de andere gegadigde(n). Daarom is er volgens de Afdeling sprake van concurrentiegevoelige informatie en acht de Afdeling het aannemelijk dat openbaarmaking van de presentatie de concurrentiepositie van Hotel Gaming kan aantasten. Specifiek voor schaarse vergunningen is interessant dat de Afdeling overweegt dat uit de presentatie informatie kan worden afgeleid over de wijze waarop Hotel Gaming omgaat met de eisen die in deze procedure aan de schaarse vergunning werden gesteld en hoe Hotel Gaming probeert zich daarbij positief te onderscheiden van andere gegadigden. De Afdeling wijst daarbij nog op haar vaste jurisprudentie: art 10 lid 1 aanhef en onder c Wob moet weliswaar restrictief worden uitgelegd, maar deze bepaling is juist bedoeld om te voorkomen dat bedrijfsgegevens openbaar worden gemaakt, die bedrijven genoodzaakt zijn aan een bestuursorgaan te verstrekken en die zij evenwel met het

oog op concurrentie geheim willen houden (ABRvS 22 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2305). Uit deze uitspraak volgt dat concurrentiegevoelige informatie die wordt verstrekt in het kader van een procedure voor een schaarse vergunning valt onder 'genoodzaak zijn' de informatie te verstrekken. Dit lijkt mij ook niet meer dan redelijk, omdat zonder deze informatie de vergunning nooit aan Hotel Gaming zou zijn verleend. In aanvulling daarop wijs ik erop dat artikel 2.57 van de Aanbestedingswet 2012 bepaalt dat een aanbestedende dienst informatie die hem door een ondernemer als vertrouwelijk is verstrekt niet openbaar mag maken. Deze bepaling derogeert aan de Wob. Deze uitspraak laat zien dat aanvragen om een schaarse vergunning wel onder de werksfeer van de Wob vallen, nu hiervoor geen bijzondere openbaarmakingsregeling is getroffen. Hetzelfde geldt voor schaarse subsidies (ABRvS 23 mei 2018, AB 2018/233, m.nt. P.J. Stolk). De vraag kan worden gesteld waarom voor schaarse private rechten wel een aan de Wob derogerende regeling is opgenomen en voor schaarse publieke rechten niet. De wetgever zou zich, wellicht in het kader van de toekomstige Wet open overheid, nog eens kunnen buigen over de vraag of dit onderscheid gerechtvaardigd is. Het onderscheid tussen een subsidie en een opdracht of tussen een vergunning en concessie is immers niet altijd duidelijk en de procedure van een schaarse vergunning begint, zeker als er sprake is van een vergelijkende toets zoals in deze procedure, ook steeds meer trekken van een aanbestedingsprocedure te krijgen. Toch kan het voor de transparantie van de besluitvorming van belang zijn om inzichtelijk te maken waarom juist aan die ene aanvrager de vergunning is verleend. Het gedeeltelijk openbaar maken van de aanvraag kan daaraan bijdragen.

5. *Verhouding tot art. 7:4 Awb.* In deze Wob-procedure is de toepassing van art. 7:4 Awb bij schaarse vergunningen niet aan de orde. Toch rijst de vraag waarom Jack's Casino in dit geval een Wob-verzoek heeft ingediend. Hiervoor kan ik ten minste twee redenen bedenken. De eerste reden is dat art. 7:4 lid 2 Awb bepaalt dat de op de zaak betrekking hebbende stukken voorafgaand aan het horen gedurende ten minste een week voor belanghebbenden ter inzage worden gelegd. Als Jack's Casino wil onderbouwen dat haar aanvraag te laag is beoordeeld ten opzichte van de aanvraag van Hotel Gaming dan is het (te) laat als zij pas een week voor de hoorzitting de stukken van haar concurrent ontvangt. Ter vergelijking: op grond van art. 6 Wob moet binnen vier weken op een Wob-verzoek worden beslist. Dat is (in theorie) zelfs nog voor de bezwaartermijn van de schaarse vergunningverlening is verstreken. Vroegtijdige inzage in de gevraagde stukken kan

er daarom zelfs toe leiden dat wordt afgezien van het indienen van bezwaar (of het intrekken van het pro forma bezwaarschrift). De tweede reden om een Wob-verzoek in te dienen is dat in de bezwaarprocedure discussie kan ontstaan over de vraag of concurrerende aanvragen kwalificeren als op de zaak betrekking hebbende stukken: als Jack's Casino een bezwaarschrift wil indienen tegen de weigering van haar aanvraag, is de aanvraag van Hotel Gaming dan in die procedure een op de zaak betrekking hebbend stuk? In 2007 heeft het CbB geoordeeld dat het bij de verdeling van frequentievergunningen niet noodzakelijk is dat alle aanvragers inzicht krijgen in de aanvragen van hun concurrenten. De procedure van de vergelijkende toets was volgens het CbB ook zonder die inzage een voldoende objectieve, doorzichtige en niet-discriminerende procedure (CbB 21 maart 2007, AB 2007/215 en CbB 18 april 2007, AB 2007/216, beide m.nt. G.J.M. Cartigny). In het kader van de verlening van schaarse subsidies heeft de Afdeling daarentegen anders geoordeeld. In de Holland Opera-uitspraak (ABRvS 15 juli 2015, AB 2016/453, m.nt. W. den Ouden) heeft de Afdeling geoordeeld dat om de totstandkoming van de rangorde van de aanvragen op adequate wijze te kunnen bestrijden, het noodzakelijk is om inzicht te krijgen in de totstandkoming van die beoordelingen:

"Daarvoor is vereist dat zoveel als mogelijk inzage wordt verkregen in de stukken die betrekking hebben op de hoger in de rangorde geëindigde aanvragen, voor zover die stukken nodig zijn om de beoordelingen van de hoger in de rangorde geëindigde aanvragen te kunnen controleren. (...) Daarbij is in dit geval niet voldoende dat Holland Opera inzage heeft gekregen in de adviezen van de adviescommissie over de aanvragen van Tafel van Vijf en anderen en de besluiten van het Fonds ten aanzien van Tafel van Vijf en anderen, aangezien uit die documenten slechts kan worden afgeleid hoe de aanvragen van Tafel van Vijf zijn beoordeeld, maar niet of die beoordelingen ook juist zijn en recht doen aan de aanvragen. Daarvoor is vereist dat in ieder geval ook inzage wordt geboden in de aanvragen van Tafel van Vijf en anderen. Deze had het Fonds dan ook op grond van art. 7:4, tweede lid, van de Awb voor Holland Opera ter inzage moeten leggen."

Kortom: bij schaarse subsidies moeten de aanvragen van hoger gerangschikte aanvragen in beginsel ter inzage worden gelegd. Daarbij achtte de Afdeling wel van belang dat volgens Holland Opera de verschillende aanvragers nauwelijks met elkaar concurreren, zodat de in de aanvraag opgenomen gegevens over artistieke plannen in

zoverre niet kunnen worden aangemerkt als bedrijfsgevoelige gegevens. De Afdeling overweegt echter dat zelfs als er wel sprake zou zijn van dergelijke gegevens, art. 7:4 lid 6 Awb de mogelijkheid biedt om inzage achterwege te laten als geheimhouding om gewichtige redenen geboden is. Mijns inziens zou de bestuursrechter deze lijn ook moeten toepassen bij de verdeling van schaarse vergunningen. Dat betekent dat de aanvragen van concurrenten ter inzage moeten worden gelegd met uitzondering van de vertrouwelijke bedrijfsgegevens. Deze inzage draagt bij aan de transparantie van de besluitvorming en zal niet ten koste gaan van de concurrentiepositie van de aanvragers.

6. *Afronding.* Uit deze uitspraak blijkt dat de Wob en art. 7:4 Awb elkaar niet uitsluiten. Een onderneming van wie de aanvraag om een schaarse vergunning is afgewezen kan zowel een verzoek om stukken indienen op grond van de Wob als op grond van art. 7:4 Awb. Op dit moment is er nog geen uitspraak van de Afdeling waaruit klip en klaar blijkt dat bij de verdeling van schaarse vergunningen concurrerende aanvragen ook op de zaak betrekking hebbende stukken ex art. 7:4 Awb zijn. Een dergelijke uitspraak zal de noodzaak voor een concurrent om een Wob-verzoek in te dienen verkleinen. Verkleinen, maar niet uitsluiten, omdat de op de zaak betrekking hebbende stukken vaak pas laat in de bezwaarprocedure worden verstrekt, terwijl een ondernemer de stukken al eerder wil hebben voor de onderbouwing van het bezwaarschrift. In ieder geval kan worden gesteld dat art. 7:4 Awb in de praktijk bij de verdeling van schaarse vergunningen voorsnog onvoldoende werkt. De Wob biedt dan een aanvullende mogelijkheid zonder dat daarmee sprake is van misbruik van de Wob.

A. Drahmman

AB 2020/263

AFDELING BESTUURSRECHTSpraak VAN DE RAAD VAN STATE

22 mei 2019, nr. 201808074/1/A2

(Mr. N. Verheij)

m.nt. H.E. Bröring

Art. 4:84 Awb; art. 87 lid 2 aanhef en onder f WvW 1994; art. 31 lid 4 en 5 aanhef en onder c Regeling erkenning en keuringsbevoegdheid APK

ECLI:NL:RVS:2019:1627

De RDW had de omstandigheid moeten betrekken dat bij de eerdere overtreding in 2015

rekening is gehouden met bijzondere omstandigheden, op grond waarvan een lichtere sanctie is opgelegd.

De RDW heeft ingevolge het beleid, neergelegd in de Toezichtbeleidsbrief, de erkenning van appellant voor twaalf weken ingetrokken, omdat binnen 30 maanden tweemaal – op 8 december 2015 en op 8 mei 2018 – een categorie III overtreding heeft plaatsgevonden, waarbij het voertuig bij binnenkomst van de steekproefcontroleur niet aanwezig was in de keuringsplaats. Ter zitting is gebleken dat de RDW voor de eerdere overtreding van 8 december 2015 aan appellant geen sanctie heeft opgelegd die past bij een categorie III overtreding. De RDW heeft destijds aanleiding gezien om wegens bijzondere omstandigheden te volstaan met het geven van een waarschuwing en het instellen van verscherpt toezicht. Dit komt overeen met een sanctie die past bij een categorie II overtreding. Onder die omstandigheden had de RDW niet zonder meer tot intrekking van de erkenning voor de duur van twaalf weken mogen overgaan. De RDW had, op grond van art. 4:84 Awb, bij het nemen van zijn besluit van 20 juli 2018 de omstandigheid moeten betrekken dat bij de eerdere overtreding in 2015 rekening is gehouden met bijzondere omstandigheden, op grond waarvan een lichtere sanctie is opgelegd. De RDW had daarbij tevens moeten betrekken dat door het instellen van verscherpt toezicht de frequentie van het toezicht op de erkenning van appellant is verhoogd, waardoor er gedurende 29 maanden een groot aantal steekproeven heeft plaatsgevonden waarbij geen nieuwe overtredingen zijn geconstateerd. Onverkorte toepassing van het beleid, waarbij de erkenning voor de duur van twaalf weken wordt ingetrokken, is in dit geval onevenredig in verhouding tot de met het toezichtbeleid te dienen doelen.

Uitspraak op het hoger beroep van appellant h.o.d.n. bedrijf, (hierna: appellant), tegen de uitspraak van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Limburg van 28 augustus 2018 in zaken nrs. 18/1783 en 18/1784 in het geding tussen: Appellant, en De directie van de Dienst Wegverkeer (hierna: de RDW).

Procesverloop

Bij besluit van 8 juni 2018 heeft de RDW de erkenning van appellant voor het uitvoeren van algemene periodieke keuringen (hierna: APK) voor de categorie voertuigen tot en met 3500 kg met ingang van 15 juni 2018 voor twaalf weken ingetrokken.