



City Research Online

City, University of London Institutional Repository

Citation: Costa, M. and Peers, S. (2016). 'Beware of Courts Bearing Gifts'. *Nederlands Juristenblad*, 91(16), pp. 1107-1116.

This is the accepted version of the paper.

This version of the publication may differ from the final published version.

Permanent repository link: <https://openaccess.city.ac.uk/id/eprint/15903/>

Link to published version:

Copyright and reuse: City Research Online aims to make research outputs of City, University of London available to a wider audience. Copyright and Moral Rights remain with the author(s) and/or copyright holders. URLs from City Research Online may be freely distributed and linked to.

City Research Online:

<http://openaccess.city.ac.uk/>

publications@city.ac.uk

Beware of Courts Bearing Gifts

*Marios Costa en Steve Peers**

Abstract

In dit artikel wordt het beginsel van transparantie in de rechtsorde van de Europese Unie (EU) opnieuw onder de loep genomen, met als vertrekpunt de rol van het Hof van Justitie van de EU met betrekking tot de “presumptions of non-disclosure” van EU-documenten. Doel van deze bijdrage is te onderzoeken welke rol de rechterlijke macht speelt in relatie tot de volgende, tweeledige vraag: Hoe open kan het besluitvormingsproces binnen de Unie zijn, en is het mogelijk voor burgers om deel te nemen aan het besluitvormingsproces van instellingen, organen en andere instanties? Dit artikel beargumenteert dat gebreken in accountability terzake het recht op toegang tot documenten tot op bepaalde hoogte zijn opgevuld doordat het EU-Hof beperkingen stelt aan ruim geformuleerde afwijkingen van dit recht. Niettemin luidt de conclusie van dit artikel dat de accountability standaarden verslechterd zijn als gevolg van vaste jurisprudentie over algemene aannames (“presumptions”) tegen openheid. Hoewel de EU-wetgever de standaardpositie heeft gesteld op een zo ruim mogelijke toegang tot documenten, in de rechtspraak is dit helaas teruggedraaid naar geheimhouding, in het bijzonder met betrekking tot niet-wetgevende documenten.

Sleutelwoorden: transparantie; toegang tot documenten; accountability; algemene aannames

Introductie

Dit artikel onderzoekt de problematische aspecten van het EU-beleid inzake toegang tot EU-documenten. Het betreft de ambigue geformuleerde uitzonderingen op het recht op toegang tot documenten en de ontwikkeling van de leer van algemene aannames bij geheimhouding van documenten in de jurisprudentie van het EU-Hof. Het artikel beargumenteert in het bijzonder dat de door het Hof geformuleerde beperkingen op afwijkingen van het recht op toegang tot op zekere hoogte de problematische aspecten van de toegangsregels verzacht. Echter, de recentere ontwikkeling (door datzelfde Hof) van een serie aannames tegen openheid (“presumptions”) heeft in feite de maatstaven van accountability verslechterd door de standaardpositie van zo ruim mogelijke toegang terug te draaien naar geheimhouding, in het bijzonder in relatie tot niet-wetgevende documenten.

Om dit te onderbouwen onderzoekt dit artikel eerst het wetgevende raamwerk omtrent toegang tot documenten en omschrijft het, vanuit het perspectief van

* Dr Marios Costa, Senior Lecturer in Law, City University London; Professor Steve Peers, School of Law, University of Essex. Dit artikel is een vertaling van de oorspronkelijke Engelstalige versie.

accountability, de rechtspraak van het Hof van voordat de Transparantieverordening van de EU werd aangenomen. Ten tweede wordt onderzocht of het raamwerk dat door de Transparantieverordening van de EU is geïncorporeerd en momenteel wordt toegepast¹, de doorzichtigheid in het besluitvormingsproces versterkt. De conclusie luidt dat met betrekking tot de niet-wetgevende documenten het netto-effect van de ontwikkelingen in de rechtspraak een verslechtering inhoudt van de maatstaven voor publieke *accountability*.

Achtergrond van wetgeving

Er wordt vaak beweerd dat de besluitvorming binnen de EU onvoldoende transparant is en dat gebreken in *accountability* zelfs groter worden, wat ertoe leidt dat de algemene legitimiteit van de EU wordt aangetast.² De wijdverbreide gedachte dat het besluitvormingsproces van de Unie *accountability* en legitimiteit ontbeerde³ kwam voor het voetlicht door de problemen die naar boven kwamen tijdens het ratificatieproces van het Verdrag van Maastricht.⁴ Als gevolg daarvan moesten EU-instellingen alternatieven in overweging nemen die deze publieke onverschilligheid zou rechtzetten en de Unie dichter bij haar burgers zou brengen. Toegang tot documenten werd vanaf het prille begin gezien als een belangrijke stap naar de oplossing van de legitimiteitsproblemen van de Unie en heeft een centrale rol gespeeld bij de pogingen tot het bereiken van transparantie.⁵

De beginstap, die de hoeksteen van het recht op informatie bleek, was een Verklaring inzake transparantie die aan de slotakte van het Verdrag van

¹Verordening (EU) Nr. 1049/2001 [2001] OJ L145/43.

² M Costa, *The Accountability Gap in EU Law* (binnenkort te verschijnen, Routledge 2016); M Bovens, D Curtin en P Hart, *The Real World of EU Accountability, What Deficit?* (Oxford University Press, 2010); A Arnull en D Wincott (red.), *Accountability and Legitimacy in the EU* (Oxford University Press, 2002).

³ S Peers, 'The New Regulation on Access to Documents: A Critical Analysis' (2001) 21 (1) *Yearbook of European Law* 385; I Osterdahl, 'Openness v. Secrecy: Public Access to Documents in Sweden and the European Union' (1998) 23 (4) *European Law Review* 336.

⁴ Het betrof de negatieve reactie van de Deense kiezers alsook de krappe meerderheid waarmee Frankrijk in 1992 bij referendum de ratificatie van het Verdrag van Maastricht verwierp. In het Britse parlement en het Duitse *Bundesverfassungsgericht* was ratificatie evenmin vanzelfsprekend.

⁵ Het is van belang hier te vermelden dat de meerderheid van de lidstaten, met Cyprus als opmerkelijke uitzondering, de kwestie hebben geregeld en voorzieningen hebben aangebracht voor publieke toegang tot documenten, hetzij op grondwettelijk, hetzij op wetgevend niveau. Grondwettelijke voorzieningen bestaan in Zweden, Spanje, Nederland, Oostenrijk, Portugal, Ierland, Griekenland, Italië, Duitsland, het Verenigd Koninkrijk, Luxemburg, Tsjechië, Estland, Hongarije, Letland, Litouwen, Malta, Polen, Portugal, Slovaakse en Slovenië. Een vergelijkende analyse van de regels inzake de publieke toegang tot EU-documenten in de lidstaten toont aan dat de kwestie al jaren daarvoor op nationaal niveau was geregeld, nog voordat de Europese wetgeving over die kwestie werd ingevoerd. Zie bijvoorbeeld H Kranenborg en W Voermans, *Access to Information in the European Union: A Comparative Analysis of EC and Member State Legislation* (Europa Law Publishing, 2005).

Maastricht werd gehecht. Daarin werd vastgesteld dat transparantie de democratische legitimititeit van de instituten en het publieke vertrouwen in het bestuur versterkt.⁶ De Verklaring illustreerde dan ook de politieke wil om een “recht” op toegang tot informatie tot stand te brengen en wordt algemeen beschouwd als het begin van een transparanter tijdperk in Europa.⁷ In antwoord op de Verklaring en teneinde de Unie dichter bij haar burgers te brengen, deed de Commissie eerst onderzoek naar nationale wetgeving inzake toegang tot documenten en publiceerde vervolgens een communicatie hierover.⁸ In hetzelfde jaar werd de Gedragscode⁹ inzake toegang tot documenten aangenomen en kort daarna uitgevoerd door de Raad¹⁰ en door de Commissie.¹¹

De volgende stap naar meer transparantie werd met het Verdrag van Amsterdam gezet. Dit bepaalde dat besluiten zo open en zo *dicht mogelijk* bij de burger moeten worden genomen (Artikel 1 EU-Verdrag). En nog belangrijker, iedere burger van de EU en iedere natuurlijke of juridische persoon die in een lidstaat verblijft of daar is gevestigd, kon onder het oude Artikel 255 EG-Verdrag (dat door het Verdrag van Amsterdam toegevoegd is) toegang hebben tot de documenten van het Europees Parlement, de Europese Raad en de Europese Commissie. Toegang mocht alleen geweigerd worden ter bescherming van bepaalde publieke en persoonlijke belangen die destijds door de Raad moesten worden vastgesteld onder de medebeslissingsprocedure. Momenteel vereist Artikel 15 van het EU-Werkingsverdrag (dat Artikel 255 EG-Verdrag verving) van alle Europese organen dat ze hun werk met een zo groot mogelijke openheid uitvoeren.

Bovengenoemde verdragswijzigingen tonen duidelijk de politieke consensus om het beginsel van transparantie binnen de EU te integreren. De exacte status van transparantie in de rechtsorde van de EU is echter minder duidelijk, vanwege uiteenlopende nationale ideeën over deze kwestie.¹²

De periode van voor de Transparantieverordening: de Gedragscode

⁶ Verklaring Nr. 17, Verdrag van de Europese Unie, Maastricht, 7 februari 1992.

⁷ S Peers, ‘From Maastricht to Laeken: The Political Agenda of Openness and Transparency in the EU’ in V Deckmyn (red.), *Increasing Transparency in the European Union* (European Institute of Public Administration, 2002); A Tomkins, ‘Transparency and the Emergence of a European Administrative Law’ (1999) 19 (1) *Yearbook of European Law* 217; D Curtin en H Meijer, ‘The principle of open government in Schengen and the European Union: democratic retrogression?’ (1995) 32 (2) *Common Market Law Review* 391.

⁸ [1993] OJ L 156/5 and [1993] OJ L 166/4.

⁹ 93/730/EC, Code of Conduct concerning public access to Council and Commission documents, OJ L340/41, 31 December 1993.

¹⁰ Decision 93/731, [1993] OJ L 340/43.

¹¹ Decision 94/90, [1994] OJ L 340/41.

¹² A Guggenbuhl, ‘A Miracle Formula or an Old Powder in New Packaging? Transparency and Openness after Amsterdam’ in V Deckmyn en I Thomson (red.), *Openness and Transparency in the European Union*, (European Institute of Public Administration, 1998); R W Davis, ‘Public access to community documents: a fundamental human right?’ (1999) 3 *European Integration Online Papers* 8.

Het belangrijkste beginsel dat volgens het Hof van Justitie van de Europese Unie verankerd lag in de Gedragscode inzake de toegang van het publiek tot documenten van de Raad en de Commissie is het principe van een “zo ruim mogelijke toegang tot documenten”; daaruit vloeit voort dat uitzonderingen zo beperkt mogelijk geïnterpreteerd dienden te worden.¹³ De Gedragscode voorzag in het weigeren van toegang waar openbaarmaking de bescherming van bepaalde publieke en persoonlijke belangen zou kunnen ondermijnen. Niettemin sloeg door de erg lange en niet-limitatieve lijst aan bindende uitzonderingen¹⁴ de balans grondig om van positieve rechten met negatieve uitzonderingen naar een tekst die de toegang als uitzondering behandelde. Zelfs na inwerkingtreding van de Gedragscode was er ontevredenheid over de staat van openheid. De Raad en de Commissie waren, op basis van een geheimhoudingssysteem, terughoudend in het implementeren van de Gedragscode ten gunste van openheid.¹⁵ Dit leidde tot een constante weigering van allerlei documenten. Over de besluiten van Raad en Commissie hiertoe sprak het EU-Hof van Justitie zich verschillende keren uit.

Het Gerecht van Eerste Aanleg, nu het Gerecht, bepaalde bijvoorbeeld dat uitzonderingen op objectieve gronden gerechtvaardigd dienen te worden en streng zullen moeten worden toegepast – op zo’n wijze dat dit niet de toepassing van het principe van een zo ruim mogelijke toegang zou belemmeren.¹⁶ Van nog groter belang was de uitspraak dat abstracte en

¹³ *Svenska Journalistförbundet v Council*, T-174/95, EU:T:1998:127, paragraaf 66; *WWF v Commission*, T-105/95, EU:T:1997:26, paragraaf 56; *Interporc (I) v Commission*, T-124/96, EU:T:1998:25, paragraaf 49; *Kuijjer (II) v Council*, T-211/00, EU:T:2002:30, paragraaf 55; B Vesterdorf, ‘Transparency – not just a vogue word’ (1998) 22 (3) *Fordham International Law Journal* 902.

¹⁴ *Carlsen v Council*, T-610/97, EU:T:1998:48, paragraaf 48, waar de President van het Hof bepaalde dat de bindende uitzonderingen met betrekking tot de bescherming van het publieke belang niet uitputtend waren en dat er een uitzondering bestond met betrekking tot de stabiliteit van de Communautaire rechtsorde, die ook het juridische advies door de juridische dienst van de instituten dekt.

¹⁵ A Alemanno en O Stefan, ‘Openness at the Court of Justice of the European Union: Toppling a taboo’ (2014) 51 (1) *Common Market Law Review* 97; D Curtin, ‘Official secrets and the negotiation of international agreements: Is the EU executive unbound?’ (2013) 50 (2) *Common Market Law Review* 423; C Harlow, *Accountability in the European Union*, (Oxford University Press, 2002); Zie ook de open brief aan de Secretaris-Generaal van de Raad door de Europese Federatie van Journalisten, d.d 30 april 1996 waarin ernstige bedenkingen worden geuit over de interpretatie en uitwerking door de Raad van de Gedragscode met betrekking tot de toegang tot documenten.

¹⁶ *WWF v Commission*, EU:T:1997:26. Dit was de eerste uitspraak over de regeling van toegang tot documenten met betrekking tot de Commissie. Bepaald werd dat de interne institutionele regels over toegang in staat zijn om rechten toe te kennen aan burgers alsmede om verplichtingen op te leggen aan de Commissie. Het Gerecht oordeelde ook over de ‘algemeen belang’-uitzondering met betrekking tot inspecties en onderzoeken en bepaalde dat de documenten die in verband staan met niet-nakomingsprocedures, in overeenstemming met art. 226 van het EG-Verdrag (nu artikel 258 van het Werkingsverdrag) aan de vereiste voorwaarden voldoen waar de Commissie zich aan moet houden om te kunnen steunen op de algemeen belang-exceptie

algemene rechtvaardigingen niet konden worden geaccepteerd en dat de instellingen verplicht waren om redenen op te geven. Hierdoor moesten de instellingen per geval een concrete beoordeling uitvoeren alvorens er een besluit werd genomen om de opgevraagde documenten wel of niet vrij te geven.¹⁷ Het risico dat het publieke of persoonlijke belang zou worden ondermijnd moet redelijkerwijze te voorzien zijn en niet enkel en alleen hypothetisch zijn.¹⁸ In dit opzicht oordeelde het Gerecht van Eerste Aanleg in *Kuijer (II)*¹⁹ dat de Raad de uitzondering voor ‘internationale relaties’ op onjuiste wijze had toegepast. Naar het oordeel van het Gerecht had de Raad nagelaten te onderzoeken of verspreiding van de documenten schade zou kunnen toebrengen aan de relaties van de Unie met de derde landen in kwestie. Dat een analyse van relevante factoren achterwege bleef en in plaats daarvan op basis van algemene uitspraken en aannames geweigerd werd, vormde effectief een ondermijning van de betreffende uitzondering voor internationale relaties. Niettemin kan in beperkte omstandigheden worden afgeweken van de eis van een beoordeling per concreet document; onder de “administrative burden rule” mogen de instellingen de te verwachten werklust afwegen tegen het publieke belang bij het verkrijgen van toegang. Met andere woorden: als een verzoek buitensporig veel administratief werk veroorzaakt, kan de instelling de ruimte hebben om af te wijken van het beginsel van zo ruim mogelijke toegang.²⁰

Verordening 1049/2001 en de relevante jurisprudentie

Het transparantiebeginsel werd met het aannemen van Verordening 1049/2001 formeel in de Europese rechtsorde vastgelegd. Deze verordening regelt, op het moment van schrijven, het grondrecht²¹ van burgers en inwoners

overeenkomstig art. 4(1) van de Gedragscode. *Netherlands v Council*, C-58/94, EU:C:2003:125; *Netherlands and Van der Wal v Commission*, C-174/98 P & 189/98 P, EU:C:2000:1, paragraaf 27 en *Hautala v Council*, C-353/99 P, EU:C:2001:661, paragraaf 25; RW Davis, ‘The Court of Justice and the right of public access to Community-held documents’ (2000) 25 (3) *European Law Review* 303.

¹⁷ *Van der Wal v Commission*, T-83/96, EU:T:1998:59, paragraaf 43; *Interporc (I) v Commission*, EU:T:1998:25, paragraaf 52; *Svenska Journalistförbundet v Council*, EU:T:1998:127, paragraaf 112; *Netherlands v Council*, EU:C:2003:125; *Netherlands and Van der Wal v Commission*, EU:C:2000:1, paragraaf 27 en *Hautala v Council*, EU:C:2001:661, paragraaf 25.

¹⁸ *Kuijer (II) v Council*, EU:T:2002:30, paragraaf 56.

¹⁹ *Kuijer (II) v Council*, EU:T:2002:30.

²⁰ *Hautala v Council*, EU:C:2001:661, paragraaf 30; *Hautala v Council*, T-14/98, EU:T:1999:157, paragraaf 86; *Kuijer v Council*, T-188/98, EU:T:2000:101, paragrafen 55-56; *Kuijer (II) v Council*, EU:T:2002:30, paragraaf 57. Zie bijvoorbeeld J Heliskoski en P Leino, ‘Darkness at the Break of Noon: The Case Law on Regulation No. 1049/2001 on Access to Documents’ (2007) 43 (3) *Common Market Law Review* 735; A Flanagan, ‘EU Freedom of Information: Determining where the Interest Lies’ (2007) 13 (4) *European Public Law* 595.

²¹ Rechtswetenschappers (en de verzoekers voor het Hof) hebben herhaaldelijk gedebatteerd over het fundamentele karakter van het recht op toegang. Zie hiervoor bijvoorbeeld D Curtin, ‘Citizens’ fundamental right of access to EU information: an

van de EU om in beginsel toegang te hebben tot alle documenten die door het Europees Parlement, de Europese Raad en de Europese Commissie zijn opgesteld of in hun bezit zijn.²² De invoering van deze maatregel werd als een echte overwinning gezien voor de voorstanders van transparantie binnen de EU.²³ Voor de eerste keer in de geschiedenis van de Europese integratie stelde de Europese wetgeving bindende eisen op om de democratische rechten van geïnformeerde burgers te garanderen. De Verordening reflecteert de algehele intentie om, zoals in de tweede sub-paragraaf van Artikel 1 van het Verdrag betreffende de Europese Unie precies omschreven staat, een nieuwe fase in het totstandkomingsproces van een nog nauwere Unie onder de volkeren van Europa te markeren, waarin besluiten zo open en zo dicht mogelijk bij de burger worden genomen. Ook is er in de tweede overweging van de preambule van de Verordening gespecificeerd dat er een direct oorzakelijk verband is tussen het grondrecht van de burgers en ingezetenen van de EU om toegang te hebben enerzijds en het democratische karakter van de EU-instellingen anderzijds. Dit formele vermogen van het publiek om te participeren, invloed uit te oefenen en toezicht te houden op het besluitvormingsproces was bedoeld om de staat van *accountability* in de EU te vergroten en om openheid in het besluitvormingsproces te verzekeren. Zo bezien wordt toegang tot documenten beschouwd als een essentieel onderdeel van *accountability*, omdat zonder kennis over de basis waarop besluiten worden genomen, en door wie, het voor de verschillende *accountability forums* onmogelijk is om de actoren te controleren en verantwoordelijk te houden.

Nu bevat de Verordening een aantal ambigue bepalingen die onderstrepen dat over de exacte status van transparantie in de EU-rechtsorde wel enige mate van politieke onenigheid bestaat. Het is precies deze ambiguïteit die een extra verplichting op de schouders van rechters legt om de juiste balans te bepalen tussen de verschillende belangen die op het spel staan. Hoe het ook zij, alle documenten die zich bevinden *in het bezit* van de EU-instellingen zijn

evolving digital passepartout?' (2000) 37 (1) *Common Market Law Review* 7; M Broberg, 'Access to Documents: A General Principle of Community Law', (2002) 27 (2) *European Law Review* 194. Dit debat behoort nu tot het verleden. Sinds het Verdrag van Lissabon erkent Artikel 6 VEU het Handvest van de Grondrechten als juridisch bindend en kent het daaraan dezelfde juridische waarde toe als aan de Verdragen. Het Handvest omvat in Artikel 42 een recht op toegang tot documenten. Bovendien is Artikel 15 van het Werkingsverdrag, dat het equivalent is van het oude Artikel 255 EG-Verdrag, aanmerkelijk verruimd. Zo bestrijkt het de instituten, organen en instanties van de Unie, maar ook het Hof van Justitie, de Europese Centrale Bank en de Europese Investeringsbank vallen onder deze bepaling voor wat betreft hun bestuurlijke taken.

²² Hoewel in beginsel de rechthebbenden op het toegangsrecht tot documenten burgers en ingezetenen van de EU zijn, verleent Artikel 2(2) van de Verordening aan de EU-instanties die eraan gebonden zijn de beleidsvrijheid om toegang te verlenen aan elke natuurlijke of juridische persoon die niet in een lidstaat verblijft of daar zijn vestiging heeft. De instituten reageerden op deze optie positief. Zie Besluit 2001/840 van de Raad (OJ 2001, L313/40, Besluit 2001/937 van de Commissie (OJ 2001, L 345/94 en het Besluit van het Europees Parlement (OJ 2001, L 374 /I). Daarbovenop werd de toepassing van de Verordening, door aparte wettelijke maatregelen, uitgebreid naar alle EU-instellingen, organen en instanties.

²³ I Harden, 'Citizenship and Information', (2001) 7 (2) *European Public Law* 165.

overeenkomstig Artikel 2 van de Verordening onderworpen aan de regels voor toegang. Ten opzichte van de periode voorafgaande aan de Transparantieverordening betekent dat een aanzienlijke positieve verandering. Onder de Gedragscode moesten verzoeken voor deze documenten die weliswaar in het bezit van de instellingen waren, maar door derde partijen en lidstaten waren opgesteld aan deze laatsten worden gericht omdat zij niet werden gedekt door de regels van toegang.²⁴

De Verordening voorziet in vier categorieën uitzonderingen: verplicht, ‘discretionair’, de bescherming van het besluitvormingsproces, en tenslotte documenten afkomstig van derde partijen en lidstaten. De eerste categorie uitzonderingen (Artikel 4(1) van de Verordening) sluit toegang uit tot elk document dat hierbinnen valt en vereist geen afweging van op het spel staande belangen. Als de instituten kunnen aantonen dat de documenten in deze categorie vallen, is weigering automatisch gerechtvaardigd.²⁵

De tweede categorie, zoals geformuleerd in Artikel 4(2) is niet echt discretionair, omdat die op dezelfde bindende wijze is geformuleerd (“weigeren”) als de uitzonderingen in Artikel 4(1). Maar deze uitzondering is wel onderworpen aan een voorrangsbepaling ten gunste van openbaarmaking wanneer een hoger openbaar belang dat gebiedt.

De besluitvormingsuitzondering in Artikel 4(3), ten derde, is het equivalent van de vertrouwelijkheidsuitzondering onder de Gedragscode. Maar de toets in de Verordening stelt een hogere drempel voor geheimhouding dan onder de Gedragscode. De Verordening vereist specifiek dat openbaarmaking de besluitvorming “ernstig zou ondermijnen”. Dienovereenkomstig slaat de balans richting openbaarmaking door.

Ten vierde, voor de uitzondering betreffende de documenten die door derde partijen en lidstaten zijn opgesteld, vereisen Artikel 4(4) en (5) dat de instelling de derde partij raadpleegt om te bepalen of de uitzonderingen van Artikel 4(1) en (2) toepasbaar zijn, tenzij helder is dat het document wel of niet openbaar moet worden gemaakt.

In april 2008 publiceerde de Commissie een wetsvoorstel om de Verordening te wijzigen.²⁶ Het Europees Parlement nam daarop een aantal amendementen aan en op verzoek van het Parlement kwam de Commissie met een gewijzigd voorstel.²⁷ Op 15 december 2011 keurde het Europees Parlement het voorstel

²⁴ Peers, zie voetnoot 3.

²⁵ H Kranenborg, ‘Access to documents and data protection in the European Union: On the public nature of personal data’ (2008) 45 (4) *Common Market Law Review* 1079; *Sison v Council*, joined cases T-110/03, T-150/03 and T-405/03, EU:T:2005:143; *Kuijjer (II) v Council*, EU:T:2002:30; *Hautala v Council*, EU:T:1999:157; *Sweden and Others v API and Commission*, joined cases C-514/07 P, C-528/07 P & C-532/07 P, EU:C:2010:541; *Commission v Technische Glaswerke Ilmenau*, C-139/07 P, EU:C:2010:376.

²⁶ Proposal for a Regulation regarding public access to European Parliament, Council and Commission documents, COM (2008) 229 final (April 30, 2008), 2008/0090(COD).

²⁷ Proposal for a Regulation regarding public access to European Parliament, Council and Commission documents, COM (2011) 137 final (March 30, 2011), 2011/0073(COD).

met wijzigingen goed.²⁸ De zwakke punten van de huidige regeling, welke hiervoor al zijn genoemd, zijn voornamelijk het gevolg van de vele uitzonderingen die vastgelegd zijn in de Verordening. In het wijzigingsproces had daarom de nadruk moeten worden gelegd op de verheldering van deze uitzonderingen. Helaas laat de wetgevingsprocedure voor wijziging van de huidige regeling van toegang tot documenten het tegendeel zien; transparantie is verre van gegarandeerd met het nieuwe voorstel.

In het bijzonder Artikel 2(6) van het Commissievoorstel behelst een dramatische verslechtering van de huidige maatstaven: op basis van deze bepaling zouden documenten die deel uitmaken van lopende onderzoeken of besluitvorming van individuele strekking buiten de reikwijdte van de Verordening vallen tot het onderzoek is afgerond of het besluit definitief geworden is. Bovendien geldt dat “documenten met informatie die in het kader van een dergelijk onderzoek door een instelling is verkregen van natuurlijke of rechtspersonen” zelfs na het sluiten van het onderzoek niet toegankelijk zijn voor het publiek. Op dit moment bepaalt Artikel 4(2) van de Verordening dat openbaarmaking van documenten wordt geweigerd als door openbaarmaking de bescherming van het doel van inspecties, onderzoeken en audits zou worden ondermijnd, tenzij een hoger openbaar belang openbaarmaking gebiedt. Als de voorgestelde bepaling definitief aangenomen wordt, zou dit dus een stap terug betekenen ten opzichte van de *status quo*, nu daarin het hoger openbaar belang bij openbaarmaking niet wordt beschermd. Zoals hieronder nader wordt toegelicht, zou daarmee de regel van de algemene aannames van geheimhouding op ongeëvenaarde wijze worden verankerd en een weerlegging van deze "presumptions" onmogelijk worden.

De jurisprudentie van voor de Verordening is tot op zekere hoogte in de Verordening geïntegreerd; tenzij duidelijk anders vermeld is deze onverminderd van toepassing.²⁹ De rechtvaardiging hiervoor is neergelegd in Overweging 3 van de preambule, die bepaalt dat de Verordening “consolideert de initiatieven die de instellingen al hebben genomen.” De rechtspraak over het recht op toegang tot documenten liet twee benaderingswijzen zien. De eerste benadering werd omschreven als de “marginale beoordeling”, waar de tweede benadering werd aangeduid als de maatstaf van voorzienbaarheid.³⁰ De eerste benadering heeft betrekking op de ruime discretionaire ruimte van de

²⁸ Voor algemene kritiek op het Commissievoorstel, zie N Diamandouros, ‘Contribution of the European Ombudsman to the public hearing on the revision of Regulation 1049/2001 on public access to documents’, toespraak in het EP gehouden op 2 juni 2008.

²⁹ Peers, zie voetnoot 3; H Kranenborg, ‘Is it Time to Revise the European Regulation on Public Access to Documents?’ (2006) 12 (2) *European Public Law* 251; *Franchet and Byk v Commission*, joined cases T-391/03 & T-70/04, EU:T:2006:190, paragrafen 82 and 88 waar het Hof de voorafgaande jurisprudentie toepast en verder ontwikkelt met betrekking tot de uitzonderingen op de regels van toegang.

³⁰ D Adamski, ‘How wide is “the widest possible”? Judicial interpretation of the exceptions to the right of access to official documents revisited’, (2009) 46 (2) *Common Market Law Review* 521.

instellingen bij de toepassing van de uitzondering³¹, ten gevolge waarvan de rechterlijke toetsing in aanzienlijke mate aan banden werd gelegd. De tweede benadering bekrachtigt het vereiste van zo ruim mogelijke toegang, zolang het gevaar van afbreuk aan beschermde belangen niet enkel hypothetisch is.

Blijkens de rechtspraak inzake Artikel 4.1 betreffende dwingende uitzonderingen wordt consequent de marginale beoordeling toegepast, omdat de rechter “enkel [kan] toetsen of de procedure- en motiveringsvoorschriften in acht zijn genomen, de feiten materieel juist zijn, de feiten niet kennelijke verkeerdt zijn beoordeeld en geen misbruik van bevoegdheid is gemaakt”.³² Nochtans moeten de uitzonderingen die in Artikel 4 zijn geformuleerd eng uitgelegd en toegepast worden zodat het *effet utile* van het recht tot toegang niet in het gedrang komt. Hieruit vloeit voort dat wanneer een instelling besluit een van de uitzonderingen in te roepen “it must explain how access to that document could specifically and effectively undermine the interest protected by an exception”³³. Deze delicate afweging van belangen wordt wezenlijk geacht; toegang kan niet worden ontzegd zonder een voorafgaande concrete en individuele beoordeling van de opgevraagde documenten.

In weerwil van de zorgvuldige en consistente nadruk op transparantie ontwikkelen zich parallel daaraan, paradoxaal genoeg, meerdere algemene aannames (tegen openheid). Beargumenteerd kan worden dat door algemene aannames het doel van de zo ruim mogelijke toegang – zo categorisch benadrukt in de rechtspraak van de voorbije 20 jaar – teniet wordt gedaan.³⁴ En in wezen laat de ontwikkeling van algemene "presumptions" zien dat het EU-Hof van Justitie een tamelijk beperkte koers voorstaat met betrekking tot openheid. Dat gegeven beïnvloedt uiteraard het debat over het gebrek aan accountability in de EU. Dat volgt uit de navolgende bespreking van de toepassing van uitzonderingen in de rechtspraak, zowel met betrekking tot wetgevende, administratieve als gerechtelijke documenten.

Wetgevende documenten

In *Turco*³⁵ verzocht de aanvrager toegang tot een oordeel van de juridische dienst van de Raad inzake een voorstel voor een Richtlijn van de Raad tot vaststelling van minimumnormen de opvang van asielzoekers in de lidstaten

³¹ *Kuijer (II) v Council*, EU:T:2002:30, paragraaf 53: ‘(...) oefent de Raad, wanneer hij beslist of toegang tot een document afbreuk kan doen aan het algemeen belang, een beoordelingsbevoegdheid uit die tot de hem door de verdragen toegekende, politieke verantwoordelijkheden behoort.’ *Sison v Council*, C-266/05 P, EU:C:2007:75, paragraaf 15: ‘Met betrekking tot de dwingende uitzonderingen op de toegang van het publiek tot documenten, waarin artikel 4, lid 1, sub a, van verordening nr. 1049/2001 voorziet, beschikken de instellingen dus over een ruime beoordelingsbevoegdheid.’

³² *Hautala v Council*, EU:T:1999:157, paragraaf 72. Dit is bevestigd met betrekking tot de Verordening: zie *Sison v Council*, EU:T:2005:143, paragraaf 46; *Sison v Council*, EU:C:2007:75, paragrafen 34 en 64.

³³ *Borax v Commission*, T-121/05, EU:T:2009:64.

³⁴ Zie *LPN and Finland v Commission*, EU:C:2013:738.

³⁵ *Turco v Council*, T-84/03, EU:T:2004:339.

werd vastgelegd (Opvangrichtlijn).³⁶ Het Gerecht herhaalde, in overeenstemming met voorafgaande jurisprudentie, dat weigering van toegang gebaseerd moet zijn op een concreet en individueel onderzoek. Maar niettemin werd het algemene karakter van de motivering van de Raad tot weigering gerechtvaardigd bevonden door het feit dat het verstrekken van bijkomende informatie de betreffende uitzondering “zinloos zou maken”.³⁷ De *rationale* achter deze uitzondering voor toegang tot juridisch advies ligt volgens het Hof in het voorkomen van het laten bestaan van twijfel over de rechtmatigheid van EU-wetgeving³⁸, het garanderen van de onafhankelijkheid van de juridische dienst en het beschermen van de belangen van de instelling bij onafhankelijk en openhartig advies.³⁹ In wezen oordeelde het Hof dat de uitzondering voor juridisch advies ertoe strekt te ontkomen aan de plicht die op de instellingen rust een “case-by-case”-beoordeling uit te voeren en dat het hoger openbaar belang nooit op dergelijk advies van toepassing is. Met andere woorden: als het document betrekking heeft op juridisch advies zou het onmogelijk zijn om een geval te bedenken waarin het hogere belang ooit voorrang zou krijgen.

Met betrekking tot wetgevende documenten kan deze jurisprudentie niet langer als *good law* worden gezien. In de gevoegde zaken van *Zweden en Turco v. Raad* werd de beredenering van het Gerecht vernietigd⁴⁰, werd de hogere voorziening gegrond verklaard en werd bepaald dat juridisch advies binnen de kaders van wetgevingsprocedures vrijgegeven moet worden. Het oordeel van het EU-Hof van Justitie ging in op de vraag hoe instituten met openbaarmakingsverzoeken op het gebied van juridisch advies zouden moeten omgaan en oordeelde dat wanneer aan instellingen om openbaarmaking van een dergelijk document werd gevraagd, zij een specifieke procedure in drie stappen dienen uit te voeren welke overeenkomen met de drie criteria die door het Hof zijn bepaald.⁴¹ Ten eerste moet de instelling verifiëren of het document een juridisch advies is, en als dat zo is onderzoeken of gedeeltelijke toegang gegeven kan worden.⁴² Ten tweede moet de instelling onderzoeken of de openbaarmaking van enige delen van het document de bescherming van het advies zou ondermijnen.⁴³ Het Hof merkte op dat de uitzondering in kwestie uitgelegd moet worden in het licht van de doelstelling van de Verordening. Dientengevolge “moet de uitzondering inzake juridische adviezen [...] aldus worden uitgelegd dat deze de bescherming beoogt van het belang van een instelling bij het vragen van juridische adviezen en het ontvangen van eerlijke,

³⁶ *Turco v Council*, EU:T:2004:339, paragraaf 4.

³⁷ *Turco v Council*, EU:T:2004:339, paragraaf 74.

³⁸ *Turco v Council*, EU:T:2004:339, paragraaf 78.

³⁹ *Turco v Council*, EU:T:2004:339, paragraaf 79.

⁴⁰ *Sweden and Turco v Council*, gevoegde zaken C-39/05 P and C-52/05 P, EU:C:2008:374. See also A Arnulf, ‘Joined Cases C-39/05 P & C-52/05 P, Sweden and Turco v Council, judgment of the Grand Chamber of 1 July 2008’ (2009) 46 (4) *Common Market Law Review* 1219; D Adamski, ‘Approximating a workable compromise on access to official documents: The 2011 developments in the European Courts’ (2012) 49 (2) *Common Market Law Review* 521.

⁴¹ *Sweden and Turco v Council*, EU:C:2008:374, paragraaf 37.

⁴² *Sweden and Turco v Council*, EU:C:2008:374, paragraaf 38.

⁴³ *Sweden and Turco v Council*, EU:C:2008:374, paragraaf 40.

objectieve en volledige adviezen.”⁴⁴ Tenslotte rust op de instelling de taak om het belang van geheimhouding gemotiveerd af te wegen tegen enig mogelijk compenserend belang, waarbij het algemene doel in gedachten moet worden gehouden om de zo ruim mogelijke toegang te garanderen.⁴⁵

Meest belangrijk aan het oordeel van het Hof in *Turco* is de bevinding dat het Gerecht er een onjuiste rechtsopvatting op nahield door te concluderen dat de *raison d'être* van de uitzondering voor juridisch advies er in bestaat om het laten bestaan van twijfel over de rechtmatigheid van wetgeving te voorkomen. In de bewoordingen van het Hof van Justitie is het veeleer de afwezigheid van informatie en discussie die bij de burgers twijfel doet ontstaan, niet alleen aan de rechtmatigheid van een individuele handeling, maar ook aan de legitimiteit van het gehele besluitvormingsproces.”⁴⁶ Het arrest vergroot daarmee niet alleen de publieke toegang in geval van juridisch advies, het plaatst ook in meer fundamentele zin de toegangsregeling naast beginselen van de democratische rechtsstaat en burgerparticipatie in het algehele besluitvormingsproces. Daarmee wordt tot uitdrukking gebracht dat de mogelijkheid van burgers om toegang te hebben tot informatie als één van de *Union's fundamental credentials* geldt.

Door het beroep gegrond te verklaren herintroduceerde het Hof van Justitie de hoeksteen van de regeling rond toegang alsook de relatie tussen toegang enerzijds en accountability en legitimiteit anderzijds. Centraal in het hele arrest staat de mogelijkheid die de burger moet hebben om de ontwikkeling van beleid op impact te beoordelen, te becommentariëren en te beïnvloeden, en uiteindelijk de *government* ter verantwoording te roepen.

Uit de beredenering van het Hof blijkt duidelijk dat het democratisch gehalte van de EU mede afhangt van de mogelijkheid voor burgers om geïnformeerd te blijven. In lijn daarmee, en in tegenstelling tot de uitspraak van het Gerecht, mag het hoger openbaar belang dat openbaarmaking van het juridische advies kan rechtvaardigen niet onderscheiden worden van de beginselen van openheid, transparantie, democratie en burgerparticipatie in het besluitvormingsproces, welke al aan de Verordening ten grondslag liggen.⁴⁷ Misschien is dat wel de belangrijkste bijdrage van het Hof aan accountability, dat het de toegang tot informatie prioriteert onder de compenserende belangen die op het spel staan.

*Access Info*⁴⁸ bevestigde de geldigheid van ruimere toegang tot wetgevende documenten. Het Gerecht bepaalde dat de Raad ten onrechte besloten had om de identiteit van landen die inzake de hervorming van het toegangsbeleid voorstellen hadden ingediend, niet bekend te maken. Het Gerecht stelde dat door de Raad “geenszins [wordt] aangetoond”⁴⁹ hoe openbaarmaking van de

⁴⁴ *Sweden and Turco v Council*, EU:C:2008:374, paragraaf 42.

⁴⁵ *Sweden and Turco v Council*, EU:C:2008:374, paragraaf 44.

⁴⁶ *Sweden and Turco v Council*, EU:C:2008:374, paragraaf 59.

⁴⁷ *Sweden and Turco v Council*, EU:C:2008:374, paragraaf 74.

⁴⁸ *Access Info Europe v Council*, T-233/09, EU:T:2011:105.

⁴⁹ *Access Info Europe v Council*, EU:T:2011:105, paragraaf 83.

namen van de lidstaten het besluitvormingsproces ernstig zou ondermijnen.⁵⁰ Het Gerecht was verder van mening dat “de uitoefening door de burgers van hun democratische rechten [inhoudt] dat het besluitvormingsproces in de instellingen die aan de wetgevingsprocedure deelnemen, op de voet kan worden gevolgd en dat alle relevante informatie toegankelijk is”.⁵¹ Het Hof bevestigde deze zienswijze en verwierp het beroep dat door de Raad was ingediend.⁵² Maar in de praktijk blijkt de Raad de namen van delegaties van lidstaten nog steeds niet bekend te maken; volledige toegang is dus slechts mogelijk na een succesvol verzoek onder de Verordening.

De benadering die in *Turco* werd genomen was inderdaad veelbelovend voor wat betreft transparantie en werd omschreven als spectacularly vooruitstrevend.⁵³ De uitspraak legde de basis voor openbaarmaking van juridisch advies, ook als dat gegeven is in het kader van wetgevingsprocedures. In de recente zaak *In't Veld*⁵⁴ werd dit door Het Gerecht, en door het Hof van Justitie bevestigd (terzake juridisch advies in verband met internationale onderhandelingen).

De Turco-paradox: de “presumptions”-doctrine

Alhoewel *Turco* absoluut een bijzonder vooruitstrevende ontwikkeling belichaamde voor zover het wetgevende documenten betrof, moet tegelijkertijd worden geconstateerd dat *this judicial gift* met verborgen beperkingen werd aangeboden, een beetje zoals het legendarische paard van Troje. Het gaat dan met name om de doctrine van ‘algemene aannames’ als grondslag voor weigering van openbaarmaking, waarbij een individuele afweging achterwege blijft. Volgens het Hof mag de Raad zich “in dit verband in principe baseren op algemene aannames die gelden voor bepaalde categorieën documenten, daar vergelijkbare overwegingen van algemene aard kunnen gelden voor verzoeken om openbaarmaking met betrekking documenten van gelijke aard.”⁵⁵ In feite oordeelde het Hof dat de Raad, en analoog daaraan wellicht ook de andere instellingen, toegang kan weigeren op basis van algemene overwegingen, dit in tegenstelling tot de *well-established duty* om per verzoek tot openbaarmaking een concrete en gedetailleerde afweging te maken. Na de *Turco* uitspraak was de kans groot dat de instellingen, en de Commissie in het bijzonder, zouden steunen op algemene afwegingen om zodoende te ontkomen aan het uitvoeren van een concrete beoordeling per geval van de opgevraagde documenten. Met alle respect kan niet anders dan worden vastgesteld dat het Hof de basis legde voor verlating van het transparantiebeginsel, daarmee voorbijgaande aan bijna twintig jaar rechtsontwikkeling. En inderdaad bieden de hieropvolgende ontwikkelingen, welke in het onderstaande worden

⁵⁰ *Access Info Europe v Council*, EU:T:2011:105, paragraaf 84.

⁵¹ *Access Info Europe v Council*, EU:T:2011:105, paragraaf 69.

⁵² *Council v Access Info Europe*, C-280/11 P, EU:C:2013:671.

⁵³ *Adamski*, zie voetnoot 30.

⁵⁴ *Sophie In't Veld v Commission*, T-301/10, EU:T:2013:135; *Council v Sophie In't Veld*, C-350/12 P, EU:T:2013:135.

⁵⁵ *Sweden and Turco v Council*, EU:C:2008:374, paragraaf 50.

besproken, voldoende houvast om de ingenomen stellingname dat *Turco spectacularly* vooruitstrevend was, te betwisten.

Administratieve documenten: het einde van het onderzoek per geval?

Ondanks het aannemen van de Verordening is de staat van transparantie binnen de EU nog steeds problematisch. De instellingen steunen nog steeds op een cultuur van geheimhouding en grijpen elke kans om toegang te weigeren. Niet alleen worden zij gesteund door de "presumptions"-doctrine (zoals hieronder besproken wordt) maar ook door een uitzondering inzake 'administratieve lasten' die ook door het EU-Hof werd ontwikkeld. In *Verein für Konsumenteninformation*,⁵⁶ had een consumentenbond verzocht om toegang tot het administratieve dossier van de Commissie van 47.000 pagina's. De Commissie weigerde toegang tot het complete dossier omdat "een gedetailleerd onderzoek van elk document, dat nodig is voor een eventuele gedeeltelijke inzage, voor haar een buitensporige en onevenredige werklast mee[brengt]".⁵⁷ In de kern ontzegde de Commissie toegang zonder zelfs naar het dossier te kijken en zonder een poging te doen om door de documenten te gaan. Maar laten we even aannemen dat de Commissie gelijk had en dat het verzoek inderdaad bijzonder tijdrovend zou zijn geweest; dat het verzoek zelfs het goede functioneren van de instelling zou hebben lamgelegd. Zou dat dan als gevolg moeten hebben dat aan burgers het fundamentele recht op toegang ontzegd wordt in zulke algemene bewoordingen? Is het acceptabel als de instellingen de transparantiemaatstaven verlagen zonder de uitzonderingen uit de Verordening in te roepen?

Er is geen enkele bepaling in de Verordening die inhoudt dat het vereiste van een concrete en individuele beoordeling in alle omstandigheden achterwege mag worden gelaten. Terwijl Artikel 6(3) de mogelijkheid biedt voor een informeel overleg om tot een billijke oplossing te komen, bepaalt Artikel 7(3) dat de termijn voor de behandeling van een aanvraag onder bepaalde omstandigheden kan worden verlengd. In vergelijkbare zin oordeelde het Gerecht dat bij gebrek aan een billijke oplossing zoals bedoeld in Artikel 6(3), de Verordening geen regel bevat zoals die door de jurisprudentie van het Hof is ontwikkeld met betrekking tot administratieve lasten.⁵⁸ Het Gerecht oordeelde verder dat het proportionaliteitsbeginsel de weigering van een concreet en individueel onderzoek kan rechtvaardigen, zodat wordt vermeden dat een manifest onredelijke hoeveelheid documenten wordt opgevraagd waarmee de goede werking van de instelling aanzienlijk kan worden belemmerd.⁵⁹

Volgens het Gerecht brengt Artikel 6(3) van de Verordening de mogelijkheid tot uitdrukking dat waar een zeer groot aantal documenten wordt opgevraagd, de instelling "de belangen van de verzoeker [verzoent] met die van een behoorlijk bestuur".⁶⁰ Dat heeft tot gevolg dat er gevallen kunnen zijn waar

⁵⁶ *Verein für Konsumenteninformation v Commission*, T-2/03, EU:T:2005:125.

⁵⁷ *Verein für Konsumenteninformation v Commission*, EU:T:2005:125, paragraaf 20.

⁵⁸ *Verein für Konsumenteninformation v Commission*, EU:T:2005:125, paragraaf 96.

⁵⁹ *Verein für Konsumenteninformation v Commission*, EU:T:2005:125, paragraaf 101.

⁶⁰ *Verein für Konsumenteninformation v Commission*, EU:T:2005:125, paragraaf 101.

een individuele beoordeling niet vereist is. Het Gerecht stelde vast dat voor de uitzonderingsmogelijkheid aan vier eisen moet worden voldaan:

- i) De administratieve last die een concreet en individueel onderzoek met zich meebrengt, moet zwaar zijn en moet de grenzen overschrijden van wat in redelijkheid verwacht mag worden.
- ii) De bewijslast ligt bij de instelling die aanvoert dat de last onredelijk is.
- iii) De instelling moet de verzoeker raadplegen om vast te stellen wat zijn belang is en moet overwegen hoe zij een maatregel zou kunnen nemen die minder belastend is dan een concreet en individueel onderzoek.
- iv) De instelling moet prioriteit geven aan de optie die het meest gunstig is voor het recht op toegang van de verzoeker.⁶¹

Met alle respect voor de uitspraak, de validiteit van de hierboven genoemde criteria kan in twijfel worden getrokken. De vereisten ontberen een deugdelijke wettelijke fundering. Als de wetgever de jurisprudentie van voor de Verordening over administratieve last had willen incorporeren, had hij alle gelegenheid gehad om dat te doen. Maar de wetgever heeft dit niet gedaan omdat hij het deze beperking maar moeilijk kon verenigen met het beginsel van zo ruim mogelijke toegang en met de daaruit voortvloeiende fundamentele juridische norm om de uitzonderingen nauw te interpreteren.

Het EU-Hof heeft de beperking van de *administrative burdens*-regel verder ontwikkeld door middel van de "algemene aannames" van geheimhouding. De nieuwste tendens is dat een zorgvuldige toetsing van de opgevraagde documenten niet langer nodig is voor bepaalde categorieën documenten, omdat voor documenten van gelijke aard waarschijnlijk vergelijkbare overwegingen zullen gelden. In dit verband erkende het Hof van Justitie in *TGI*⁶² het bestaan van een algemeen vermoeden tegen openbaarmaking met betrekking tot staatssteundocumenten in het administratieve dossier.⁶³ Daarmee stelde het Hof vast dat documenten over controleprocedures inzake staatssteun in wezen uitgezonderd zijn van een beoordeling per document, tenzij er een hoger openbaar belang is dat openbaarmaking rechtvaardigt.⁶⁴ Maar niettemin heeft het Hof geen enkele geldige reden geaccepteerd of uitgelegd die als afdoende kan worden beschouwd om een hoger openbaar belang opzij te kunnen zetten.

Meer recentelijk, en dat lijkt een nieuwe ontwikkeling, bevestigde het Hof in *LPN*⁶⁵ de validiteit van het algemeen vermoeden tegen openheid met betrekking tot inbreukprocedures.⁶⁶ In beroep beargumenteerden de

⁶¹ *Verein für Konsumenteninformation v Commission*, EU:T:2005:125, paragrafen 112-115.

⁶² *Commission v Technische Glaswerke Ilmenau* (C-139/07 P) [2010] E.C.R. I-5885; zie ook: *Commission v Agrofert Holding a.s.* (C-477/10 P); *Commission v Editions Odile Jacob SAS* (C-404/10 P); *Guido Strack v Commission* (T-392/07).

⁶³ *Commission v Technische Glaswerke Ilmenau*, EU:C:2010:376, paragraaf 61.

⁶⁴ *Commission v Technische Glaswerke Ilmenau*, EU:C:2010:376, paragraaf 62.

⁶⁵ *LPN and Finland v Commission*, EU:C:2013:738.

⁶⁶ *LPN v Commission*, T-29/08, EU:T:2011:448, paragraaf 126.

verzoekers, LPN en Finland, dat de Commissie in strijd met vaste rechtspraak toegang weigerde zonder een concrete en individuele beoordeling van de opgevraagde documenten uit te voeren.⁶⁷ Het Hof oordeelde "dat kan worden *aangenomen* [cursivering toegevoegd] dat de openbaarmaking van de documenten van een niet-nakomingsprocedure in de precontentieuze fase ervan de aard van deze procedure dreigt aan te tasten en het verloop ervan te wijzigen, zodat de bescherming van het doel van onderzoeken in de zin van artikel 4, lid 2, derde streepje, van verordening nr. 1049/2001 in beginsel zou worden ondermijnd."⁶⁸

De "aannames"-jurisprudentie staat in direct contrast met zowel het Verdragskader – in het bijzonder met het vereiste om besluiten in zo groot mogelijke openheid te nemen overeenkomstig zowel Artikel 1 VEU – als met de algemene bewoordingen van de Verordening. De Verordening biedt geen basis voor het opstellen van algemene aannames. Het standpunt van het Hof van Justitie inzake aannames heeft aanzienlijke constitutionele implicaties voor het fundamentele aspect van het recht op toegang en stelt beperkingen zonder deze helder uit te leggen. Uit de *LPN*-uitspraak blijkt dat de belangen van een niet-gouvernementele organisatie op het gebied van milieubescherming niet beschouwd kunnen worden als bijzonder relevant om openbaarmaking te rechtvaardigen. Als zo'n belang hier terzijde wordt geschoven, rijst de vraag wat het Hof dan zou doen op andere gebieden waar mogelijke schendingen van het EU-recht door lidstaten plaats zouden kunnen plaatsvinden - het is moeilijk situaties te bedenken waar het Hof openbaarheid wél voorrang zou geven. In feite behandelt de *LPN*-uitspraak, op een nogal paradoxale wijze, een respectabele non-gouvernementele organisatie als "slechts een bemoeial" die niet in staat is om met succes op te komen tegen deze regels.

Gerechtelijke documenten

De benadering van het Hof met betrekking tot zijn eigen documenten is net zo beperkend. Op dit moment wordt verondersteld dat openbaarmaking van gerechtelijke documenten op een voorzienbare wijze schade kan toebrengen aan de uitkomsten van de procedures van het Hof. In *API*⁶⁹ diende een non-profit organisatie van buitenlandse journalisten een verzoek in om toegang te krijgen tot de schrifturen van de Commissie, die onder meer betrekking hadden op een aantal hangende procedures en een reeds afgesloten zaak die wel gerelateerd was aan een openstaand onderzoek.⁷⁰ Het Gerecht bepaalde

⁶⁷ *LPN and Finland v Commission*, EU:C:2013:738, paragraaf 35.

⁶⁸ *LPN and Finland v Commission*, EU:C:2013:738, paragraaf 65.

⁶⁹ *Association de la presse internationale a.s.b.l. (API) v Commission*, T-36/04, EU:T:2007:258.

⁷⁰ *Honeywell International v Commission*, T-209/01, EU:T:2005:455 en *General Electric v Commission*, T-210/01, EU:T:2005:456; *Airtours v Commission*, T-342/99, EU:T:2002:146; *Commission v Austria*, C-203/03, EU:C:2005:76; *Commission v United Kingdom*, C-466/98, EU:C:2002:624; *Commission v Denmark*, C-467/98, EU:C:2002:625; *Commission v Finland*, C-469/98, EU:C:2002:627; *Commission v Belgium*, C-471/98, EU:C:2002:628; *Commission v*

dat de Commissie een algehele weigering met betrekking tot alle documenten kon uitvaardigen zolang de zaak nog niet door de rechter is besproken. De redenering hierachter is het beschermen van gerechtelijke procedures tegen alle druk van buitenaf totdat de zaak de eindfase van de terechtzitting bereikt.⁷¹

Met alle respect: het Gerecht heeft onterecht geoordeeld dat de Commissie in de positie was om inzage van de hele categorie gerechtelijke documenten te weigeren zonder een voorafgaand concreet en individueel onderzoek en zonder het opgeven van gedetailleerde redenen. Uit zo'n algehele weigering als door het Gerecht geaccepteerd, blijkt een onjuist begrip van de ratio van het beleid inzake toegang tot documenten.⁷² Belangrijker nog: het maakt de regels inzake toegang tot documenten kwetsbaar. Zoals hierboven is aangegeven, rechtvaardigt het enkele feit dat een document waarnaar verwezen wordt in de inzageaanvraag een belang betreft dat door een uitzondering wordt beschermd, niet de toepassing van die uitzondering. De uitzonderingen zijn alleen van toepassing als de instelling eerder heeft beoordeeld of toegang specifiek en daadwerkelijk het beschermde belang zou ondermijnen en, als dat het geval is, er geen hoger algemeen belang onder Artikel 4(2) en (3) speelt. Het risico dat het beschermde belang zou worden ondermijnd moet niet enkel hypothetisch zijn. Dientengevolge dient de uitvoering van het onderzoek van de instelling concreet te zijn, en moet de conclusie duidelijk volgen uit de gegeven redenen. Alleen een concreet en individueel onderzoek - in tegenstelling tot een abstract, algemeen onderzoek - maakt dat de instelling de mogelijkheid tot toekenning van gedeeltelijke toegang door de verzoeker (overeenkomstig Artikel 4(6) van de Verordening) kan beoordelen. De verplichting van de instelling om dit type beoordeling uit te voeren is van toepassing op alle uitzonderingen die in de paragrafen 1 t/m 3 van Artikel 4 te vinden zijn.

In beroep herhaalde het Hof dat de instellingen hun besluiten mogen baseren op algemene aannames, omdat vergelijkbare overwegingen van algemene aard kunnen gelden voor verzoeken om openbaarmaking van documenten van gelijke aard.⁷³ Het Hof bevestigde dat gerechtelijke stukken gedekt worden door een aanname tegen openheid tot de terechtzitting en dat openbaarmaking van de memories de bescherming van gerechtelijke procedures - die blijkt uit de uitzondering van het tweede gedachtestreepje van Artikel 4(2) - zou ondermijnen zolang deze procedures aanhangig is.⁷⁴ Als gevolg hiervan is de Commissie niet verplicht om "elk opgevraagd document concreet te onderzoeken teneinde uit te maken of openbaarmaking, gelet op de specifieke inhoud ervan, zou leiden tot ondermijning van de gerechtelijke procedure waarop dat document betrekking heeft".⁷⁵

Luxembourg, C-472/98, EU:C:2002:629; Commission v Austria, C-475/98, EU:C:2002:630 and Commission v Germany ("the Open Skies cases"), C-476/98, EU:C:2002:631.

⁷¹ *Association de la presse internationale a.s.b.l. (API) v Commission, EU:T:2007:258, paragraaf 99.*

⁷² P Leino, 'Just a little sunshine in the rain: The 2010 case law of the European Court of Justice on access to documents' (2011) 48 (4) *Common Market Law Review* 1215.

⁷³ *Sweden and Others v API and Commission, EU:C:2010:541, paragraaf 74.*

⁷⁴ *Sweden and Others v API and Commission, EU:C:2010:541, paragraaf 94.*

⁷⁵ *Sweden and Others v API and Commission, EU:C:2010:541, paragraaf 104.*

Met dit oordeel heeft het Hof van Justitie de reeds gelimiteerde publieke toegang tot documenten met betrekking tot gerechtelijke procedures aanzienlijk ingeperkt. Na *API* ligt de bewijslast om de aanname van geheimhouding te weerleggen bij de aanvrager, waar in het verleden de instellingen moesten bewijzen dat concreet en individueel onderzoek niet nodig was.⁷⁶ Dit is uiterst onbevredigend voor de staat van transparantie; het zorgt er - in samenhang met het oordeel dat slechts met het hogere algemeen belang rekening mag worden gehouden als dat bijzonder relevant is – in feite voor dat er geen recht is op toegang tot gerechtelijke documenten.⁷⁷

Dit alles overziend is het oordeel van het Hof vooral om twee redenen problematisch. Ten eerste zorgt het voor een drastische afname van publieke toegang tot gerechtelijke documenten tot aan een bepaald moment en zo lang als de procedures nog lopen, waarmee geheimhouding de standaard wordt. Ten tweede, en dit is een nog fundamenteeler punt, legt het Hof de bewijslast om de aanname tegen openheid te weerleggen bij de aanvrager – wat nogal onlogisch is, omdat deze geen zicht heeft op de documenten.

Hoewel er een duidelijke lijn zit in de jurisprudentie over algemene aannames, zijn er nog steeds zaken waarin het Hof het idee van de aanname heeft verworpen en in de tegenovergestelde richting wijst, met als reden dat openbaarmaking het gerechtelijke proces niet kon verstoren.⁷⁸ Hier moet worden gewezen op de uitspraak *Breyer*⁷⁹ (een zaak waarin momenteel hoger beroep loopt), waarin het Gerecht onlangs oordeelde dat de Commissie niet automatisch de toegang zou moeten weigeren tot bij het EU-Hof ingediende memories; het Gerecht benadrukte dat de aanname van geheimhouding alleen van toepassing is als gerechtelijke procedures nog lopen. Niettemin zijn algemene overwegingen ten faveure van geheimhouding inmiddels gevestigd en erg moeilijk te weerleggen.⁸⁰ In de praktijk hangt de werkwijze van het Hof af van het karakter van de opgevraagde documenten. Zoals al eerder naar voren kwam: terwijl de jurisprudentie de publieke toegang tot wetgevende documenten aanzienlijk had verruimd, is met betrekking tot veel niet-wetgevende documenten geheimhouding de standaard. Door deze fundamentele discrepanties kan worden betwijfeld of het Hof wel bijdraagt aan respect voor de transparantieregels, die door de wetgever zijn uitgevaardigd – wat erop wijst dat de staat van transparantie in de EU als geheel problematisch is. Het resultaat hiervan is dat uit de "presumptions"-jurisprudentie een paradox blijkt. We zagen dat het Hof in de afgelopen twintig jaar categorisch heeft bevestigd dat openheid het publieke toezicht op

⁷⁶ *Verein für Konsumenteninformation v Commission*, EU:T:2005:125.

⁷⁷ *Sweden and Others v API and Commission*, EU:C:2010:541, paragraaf 157.

⁷⁸ *Sweden v Commission and MyTravel Group plc. (MyTravel)*, C-506/08 P, EU:C:2011:496; *Batchelor v Commission*, T-250/08, EU:T:2011:236; *NLG v Commission*, joined cases T-109 & 444/05, EU:T:2011:235.

⁷⁹ *Patrick Breyer v Commission*, T-188/12, EU:T:2015:124.

⁸⁰ *LPN and Finland v Commission*, EU:C:2013:738; *Dennekamp v Parliament*, T-82/09, EU:T:2011:688; *Sweden and Others v API and Commission*, EU:C:2010:541; *Commission v Technische Glaswerke Ilmenau*, C-139/07 P, EU:C:2010:376.

de EU-besluitvorming garandeert – het Hof beschrijft openheid als één van de *fundamental credentials* van de democratische samenleving die de Unie is. Maar de jurisprudentie verkleint de publieke toegang aanzienlijk en laat de mogelijkheid van de EU-instellingen intact om bij bepaalde categorieën documenten toegang tot het gehele administratieve dossier te weigeren zonder er zelfs maar een blik op te werpen.

Conclusie

Het Verdrag van Lissabon trachtte de tekortkomingen op het gebied van transparantie recht te zetten door een algemene verplichting op te leggen aan alle EU-organen om transparant te functioneren. Op deze wijze heeft het Verdrag het idee versterkt dat burgers zonder toegang tot relevante informatie niet in staat zijn deel te nemen aan het besluitvormingsproces, om dat proces te monitoren en, tenslotte, om "overheids"-actoren *accountable* te houden. Zo bezien versterkt transparantie het publieke bewustzijn en het begrip van de uiteindelijke doeleinden van deze besluitvormingsprocessen en verleent ze tenslotte legitimiteit aan de EU. De Transparantieverordening heeft op vergelijkbare wijze de positie van het toegangsregime op verschillende manieren verbeterd. Van belang is dat het de uitzonderingen heeft gecodificeerd en het beginsel van een zo ruim mogelijke toegang heeft bevestigd.

De rechterlijke macht heeft ook, in meer of mindere mate, bijgedragen aan de ontwikkeling van het toegangsrecht. Dat heeft zij op een beperktere manier gedaan wat betreft administratieve en gerechtelijke documenten. De ruimhartige erkenning van algemene aannames tegen openheid in de jurisprudentie is fundamenteel onjuist. Als gevolg hiervan kunnen de instellingen nu zelfs veelal het weigeren van toegang tot algehele administratieve dossiers rechtvaardigen, zonder aan te tonen dat zij minder belastende manieren hebben overwogen om het verzoek af te handelen. Dat is zeker zo in het licht van het aanzienlijke aantal zaken waarin algemene aannames een rol spelen met betrekking tot de administratieve functies van de instellingen.⁸¹ In de praktijk zorgt de "presumptions"-jurisprudentie voor een helder onderscheid tussen wetgevende en niet-wetgevende documenten en bevestigt zij, in tegenstelling tot de bewoordingen van de Verordening, het principe van zo ruim mogelijke toegang alleen voor de eerste categorie.

⁸¹ *Commission v Technische Glaswerke Ilmenau*, C-139/07 P, EU:C:2010:376; *Commission v Agrofert Holding a.s.*, C-477/10 P, EU:C:2012:394; *LPN and Finland v Commission*, EU:C:2013:738.