

EU-Hof van Justitie 1 juli 2008, zaaknr. C-39/05 P en C-52/05 P

<http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=nl&Submit=Zoeken&numaff=C-39/05P>  
<http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=nl&Submit=Zoeken&numaff=C-52/05P>

**Artt.:** artt. 255 en 207, lid 3, tweede alinea, EG, artt. 1, 4, lid 2, tweede streepje, en lid 3, en 12, lid 2, van verordening (EG) nr. 1049/2001 (toegang tot documenten) en de punten 1 t/m 4, 6 en 11 considerans hiervan

**Trefw.:** wetgevingsadvies van de juridische dienst van de Raad; interpretatiekader; onderzoeks- en motiveringsplicht; bescherming belang instelling bij het vragen en het ontvangen van eerlijke, objectieve en volledige juridische adviezen; vereiste van een reëel, redelijkerwijs voorzienbaar en niet louter hypothetisch risico; verbijzondering begrip hoger openbaar belang; algemeen belang van toegankelijkheid van een document, rekening houdend met de voordelen van een grotere transparantie, te weten: een betere deelneming van de burgers aan het besluitvormingsproces en een grotere legitimiteit en meer doelmatigheid en verantwoordelijkheid van de administratie ten opzichte van de burgers binnen een democratisch systeem.

### Samenvatting

Deze uitspraak in hoger beroep betreft een arrest van het GvEA (Turco/Raad, zaaknr. T-84/03). Hierin is het beroep verworpen tegen een weigeringsbesluit van openbaarmaking door de Raad van het advies van zijn juridische dienst met betrekking tot een richtlijn-voorstel inzake minimumnormen voor de opvang van asielzoekers in de lidstaten (wetgevingsprocedure). Het Hof formuleert met betrekking tot de onderzoeks- en motiveringsplicht inzake toepassing van uitzonderingsgronden in art. 4 verordening het volgende toetsingskader.

De Raad is verplicht om in concreto te beoordelen of het verlangde document onder een in art. 4 verordening genoemde uitzonderingsgrond valt. Deze uitzonderingen dienen restrictief te worden uitgelegd en toegepast (HvJ 18 december 2007, JB 2008/53, Zweden/Commissie). Het onderzoek met betrekking tot de uitzondering voor juridische adviezen in art. 4, lid 2, tweede streepje, verordening, kent drie elementen, t.w.: (a) verificatie of het verlangde document inderdaad een juridisch advies is en zo ja, voor welke onderdelen ervan deze kwalificatie geldt, (b) onderzoek of openbaarmaking van de betreffende onderdelen tot – redelijkerwijs voorzienbare, dus niet louter hypothetische - ondermijning van de bescherming van die adviezen zou leiden, uitgaande van de interpretatie dat deze uitzondering het belang van een instelling bij het vragen van juridische adviezen en het ontvangen van eerlijke, objectieve en volledige adviezen beoogt te beschermen en (c) verificatie dat er geen hoger openbaar belang is dat openbaarheid rechtvaardigt, ondanks geconstateerde ondermijning van de bescherming van de juridische adviezen. In deze context is het aan de Raad om het specifiek te beschermen belang bij niet-openbaarmaking af te wegen tegen met name het algemeen belang dat het betreffende document toegankelijk wordt gemaakt, rekening houdend met de voordelen van een grotere transparantie, t.w.: een betere deelneming van de burgers aan het besluitvormingsproces en een grotere legitimiteit en meer doelmatigheid en verantwoordelijkheid van de administratie ten opzichte van de burgers binnen een democratisch systeem.

De aan art. 4 verordening inherente motiveringsplicht concretiseert het Hof als volgt. Alle beslissingen betreffende toepassing van de in art. 4 verordening genoemde uitzonderingen moeten gemotiveerd worden. Deze motivering dient toegespitst te worden op de volgende elementen: (a) uitleg in welk opzicht de toegang tot het verlangde document een concrete en daadwerkelijke ondermijning van een in art. 4 verordening beschermd belang vormt en (b) bij toepassing van een uitzondering in de leden 2 of 3 van dit artikel, de vraag of er geen hoger openbaar belang is dat de openbaarmaking van het betrokken document desondanks rechtvaardigt.

Het zijn deze toetsingsmaatstaven die het Hof hanteert ten aanzien van het arrest van het Gerecht en achterliggend besluit van de Raad. Als eerste de vraag of het Gerecht een verkeerde toepassing heeft gegeven aan de uitzonderingsgrond in art. 4, lid 2, tweede streepje, verordening nr. 1049/2001. Het oordeel luidt bevestigend. Het Hof is er niet van overtuigd dat sprake is van

een reëel, redelijkerwijs voorzienbaar en niet louter hypothetisch risico dat de openbaarmaking van de adviezen van de juridische dienst van de Raad in het kader van wetgevingsprocedures, de bescherming van de juridische adviezen in de zin van art. 4, lid 2, tweede streepje van verordening nr. 1049/2001 ondermijnt.

Voor zover dat wel het geval zou zijn dient dit risico echter te worden afgewogen tegen de aan deze verordening ten grondslag liggende hogere belangen, in het bijzonder dat door openbaarheid van de adviezen van de juridische dienst over juridische vraagstukken betreffende wetgevingsinitiatieven, de transparantie en openheid van het wetgevingsproces worden verhoogd en het democratisch recht van de Europese burgers om de informatie die ten grondslag heeft gelegen aan een wetgevingshandeling te controleren, worden versterkt. Naar 's Hof's oordeel prevaleert dit transparantie-belang, concluderend, dat verordening nr. 1049/2001 in beginsel een verplichting vastlegt tot openbaarmaking van de adviezen van de juridische dienst van de Raad. Niettemin blijft er ruimte voor uitzonderingen en dus voor een weigering op grond van art. 4, lid 2, tweede streepje, verordening, met name voor specifieke juridische adviezen met een bijzonder gevoelig karakter of een strekking die verder gaat dan het desbetreffende wetgevingsproces. In zo'n geval dient de instelling de weigering uitvoerig echter te motiveren.

Het hoger beroep is gegrond; het arrest van het Gerecht wordt vernietigd en de beschikking van de Raad wordt nietig verklaard. De Raad is dus weer aan zet.

### **Noot**

1. Dit is de tweede keer in korte tijd dat het Hof van Justitie in hoger beroep een baanbrekend arrest wijst met betrekking tot de toepassing van verordening (EG) nr. 1049/2001 inzake toegang tot documenten. Zie eerder HvJ 18 december 2007, JB 2008/53, Zweden/Commissie m.nt. dzz. over de zeggenschap/participatie van de lidstaten in het communautaire besluitvormingsproces terzake van de openbaarmaking van van de lidstaten afkomstige documenten. Zie voorts het arrest Sison/Raad van 1 februari 2007, zaaknr. C-266/05 P, in het bijzonder ten aanzien van de toepassing van de uitzonderingsgronden in art. 4, eerste lid, verordening, de ruime beoordelingsmarge van de Raad en de hierop toegesneden rechterlijke toetsing. Het hiervoor opgenomen arrest sluit daar bij aan, want betreft de uitleg en toepassing van een uitzonderingsgrond in art. 4, tweede lid, verordening, met – anders dan in het eerste lid – het “hoger openbaar belang” als zelfstandige afwegingsfactor. De uitzonderingen in het tweede lid zijn derhalve relatief, in tegenstelling tot die opgenomen in het eerste lid van art. 4. Er zitten nog meer principiële rechtsvragen in de pipeline, zoals de afbakening tussen de artikelen 254 en 255 EG (vgl. de conclusie in zaak C-345/06), en – op langere termijn - het belangrijke hoger beroep tegen het arrest van het GvEA van 8 november 2007, JB 2008/21 (Bavarian Lager Company) m.nt. dzz. betreffende de doorwerking van gegevensbescherming in het communautaire openbaarheidsrecht, toegespitst op transparantie inzake participatie van lobbyisten.

2. Dit arrest illustreert opnieuw dat het Hof verordening nr. 1049/2001 in een constitutioneel-rechtsstatelijke context interpreteert. Niet alleen omdat deze regeling een uitwerking vormt van art. 255 EG, maar ook omdat, zoals advocaat-generaal M. Poiares Maduro opnieuw benadrukt, het hier gaat om een recht met de status van grondrecht (punt 32 Conclusie). Zie in dit verband ook artikel 42 van het EU Handvest van de grondrechten. Het principiële element in deze casus is het openbaarheidsbelang van juridische adviezen in het communautaire wetgevingsproces, in dit geval de toegang tot een advies van de juridische dienst van de Raad betreffende een – politiek gevoelig en juridisch omstreden - richtlijnvoorstel inzake minimumnormen voor de opvang van asielzoekers in de lidstaten. Daarbij hanteert het Hof verschillende interpretatiemethoden. In het genoemde arrest Zweden/Commissie lag de nadruk op de systematisch-teologische methode, in het hiervoor opgenomen arrest Zweden en Turco/Raad kiest het Hof bij de interpretatie van het begrip juridisch advies – in navolging van de advocaat-generaal - voor een primair grammaticale en wetshistorische benadering.

De betekenis van dit arrest betreft drie punten. Allereerst de gecreëerde helderheid in de betekenis van de uitzonderingsgrond “juridisch advies” in art. 4, tweede lid, tweede streepje, van verordening nr. 1049/2001. Voorts vanwege de nadere uitwerking door het Hof van het toetsingskader in het besluitvormingsproces en de verbijzondering van de motiveringsplicht. Zijn

deze criteria al van breder belang, dat geldt in het bijzonder voor 's Hof's interpretatie en toepassing van het begrip "hoger openbaar belang" als afwegingsfactor in art. 4, tweede lid, laatste zinsdeel, verordening.

3. Wat de betekenis van het begrip "juridische advies" in art. 4, tweede lid, tweede streepje, verordening betreft oordeelt het Hof, dat dit begrip ziet op een zelfstandige categorie van juridische adviezen, naast de juridische adviezen die begrepen zijn in het begrip "gerechtelijke procedures" in dezelfde bepaling. Deze categorie omvat mede de juridische adviezen van de juridische diensten van de instellingen betreffende wetgevingsvoorstellen.

Gezien de aard van het recht van toegang tot documenten vergt een rechtmatige toepassing van deze uitzonderingsgrond een concreet en individueel onderzoek, gebaseerd op de inhoud van het document, als uitvloeisel van het beginsel van strikte uitlegging en toepassing van restricties op openbaarmaking (eerder genoemd arrest Zweden/Commissie) en van het evenredigheidsbeginsel. Met een abstracte en globale – categoriale - beoordeling van het afbreukrisico van openbaarmaking kan dus niet worden volstaan. Het Hof concretiseert de aan het onderzoek te stellen eisen in drie elementen, te weten: (a) de verificatie of het verlangde document of delen daaruit als juridisch advies heeft te gelden, (b) onderzoek naar het daadwerkelijke – redelijkerwijs voorzienbare en niet louter hypothetische - risico van ondermijning van het met de uitzonderingsgrond juridische adviezen gemoeide vertrouwensbelang, in casu het belang van een instelling bij het vragen van juridische adviezen en het ontvangen van eerlijke, objectieve en volledige adviezen en (c) de verificatie of in geval van het bestaan van een concreet risico, een hoger openbaar belang openbaarmaking – niettemin – rechtvaardigt.

De motiveringsplicht van een weigeringsbesluit kent minder zware eisen, want wordt mede ingekleurd door de (on)mogelijkheid dat vertrouwelijke informatie naar buiten komt. Is dat risico reëel, dan kan met een algemene motivering worden volstaan, met inbegrip van op bepaalde categorieën documenten toegesneden algemene aannames. (vgl. ow. 82 arrest Sison/Raad).

4. In navolging van het GvEA en de advocaat-generaal in zijn conclusie constateert het Hof dat de bescherming van vertrouwelijkheid van alle juridische wetgevingsadviezen als openbaar belang is aan te merken en als zodanig is begrepen in genoemde uitzonderingsgrond. Gezien de twee-fasenstructuur van deze bepaling verschuift vervolgens het accent in de toetsing naar de betekenis van het begrip "hoger openbaar belang" als afwegingsfactor in art. 4, tweede lid, laatste zinsdeel, verordening. Het vertrouwelijkheidsbelang van de juridische adviezen is immers niet absoluut. Op dit punt oordeelde het Gerecht dat het hoger openbaar belang dat na belangenafweging alsnog openbaarmaking kan rechtvaardigen, in beginsel een ander belang moet zijn dan de beginselen van transparantie, openheid en democratie of deelneming van de burgers, die ten grondslag liggen aan verordening nr. 1049/2001, tenzij verzoeker aantoont dat - gelet op de bijzondere omstandigheden van het geval - het beroep op deze beginselen zo dringend is dat het prevaleert boven het vertrouwensbelang van juridische adviezen. Het Hof oordeelt deze rechtsopvatting echter als een onjuiste interpretatie van deze bepaling. Want het is aan de instellingen om het door de weigering van openbaarmaking te beschermen bijzondere belang als uitzonderingsgrond af te wegen tegen het algemene, openbare belang bij de verlening van toegang tot het verlangde document. Op grond van punt 2 van de considerans van verordening 1049/2001 dient daarbij rekening te worden gehouden met de voordelen van een grotere transparantie, in het bijzonder: "een betere deelneming van de burgers aan het besluitvormingsproces en een grotere legitimiteit en meer doelmatigheid en verantwoordelijkheid van de administratie ten opzichte van de burgers binnen een democratisch systeem" (ow. 45). Naar het Hof afleidt uit punt 6 van de considerans is dit interpretatiekader met name relevant wanneer de Raad als wetgever optreedt, omdat in dat geval ruimere toegang tot documenten moet worden verleend. "Transparantie ter zake draagt bij tot de versterking van de democratie door de burgers in staat te stellen, alle informatie te controleren die aan een wetgevingshandeling ten grondslag heeft gelegen. De mogelijkheid van de burgers om kennis te nemen van de grondslagen van wetgevingshandelingen is immers een voorwaarde voor een doeltreffende uitoefening van hun democratische rechten", aldus het Hof, waarbij hij tevens verwijst naar de erkenning van het specifieke karakter van het wetgevingsproces in art. 12, tweede lid, verordening (ow. 46 en 47).

Toegepast op de voorliggende casus oordeelt het Hof dat verordening nr. 1049/2001 in beginsel een verplichting vast legt tot openbaarmaking van de adviezen van de juridische dienst van de Raad inzake een wetgevingsproces. Hierop zijn uitzonderingen mogelijk, met name indien sprake is van een specifiek juridisch wetgevingsadvies met een bijzonder gevoelig karakter of een bijzonder ruime strekking, die verder gaat dan het betreffende wetgevingsproces. In dat geval kan toegang tot het betreffende document worden geweigerd met een beroep op art. 4, tweede lid, tweede streepje, verordening, zij het binnen de grenzen van het zevende lid van dit artikel. Een dergelijke weigering is echter onderworpen aan een verzwaarde motiveringsplicht.

5. De relevantie van deze uitspraak betreft in het bijzonder de concretisering van het begrip “hoger openbaar belang” als afwegingsfactor in art. 4, tweede lid, laatste zinsnede, verordening nr. 1049/2001 op basis van de punten 2 en 6 in de considerans.

Dit openbaar belang bij transparantie, als afwegingsfactor in de belangenafweging met het in de afzonderlijke uitzonderingsgronden beschermde bijzondere belang, werkt het Hof in algemene zin uit als: “een betere deelneming van de burgers aan het besluitvormingsproces en een grotere legitimiteit en meer doelmatigheid en verantwoordelijkheid van de administratie ten opzichte van de burgers binnen een democratisch systeem” en toegespitst op het wetgevingsproces als: “bijdrage tot de versterking van de democratie door de burgers in staat te stellen, alle informatie te controleren die aan een wetgevingshandeling ten grondslag heeft gelegen, tevens voorwaarde voor een doeltreffende uitoefening van hun democratische rechten”.

Zelf heb ik nog altijd moeite met een nogal abstract gebleven begrip als het publieke belang van openbaarmaking, in samenhang met het belang van een democratische bestuursvoering in de considerans van de Wob. Een verbijzondering van deze afwegingsfactor, zoals het Hof doet, maakt de belangenafweging concreter en meer inzichtelijk en is dus gewenst. Naar ik meen is op dit punt echter niet alleen sprake van een verschil in terminologie en uitwerking tussen verordening en Wob, maar ook van een inhoudelijk onderscheid. Wat de facilitering van het democratie-beginsel betreft stemmen beide openbaarheidsregelingen overeen. Het verschil zie ik in door het Hof genoemde elementen als: (a) legitimiteit, doelmatigheid en verantwoordelijkheid van de administratie en (b) controle door de burger van onderliggende informatie bij het wetgevingsproces in het kader van de uitoefening van zijn democratische rechten. De Europese openbaarheidsregeling in verordening nr. 1049/2001 is aldus veel instrumenteler ingekleurd dan de Wob. Dit geldt in het bijzonder voor transparantie-aanspraken als – preventief - instrument van integriteitsbewaking, niet alleen van personen, maar ook van besluitvormings- en uitvoeringsprocessen. Zie mede in dit verband de sterk toegenomen aandacht voor de invloed van lobbyisten in de Europese besluitvorming en de toenemende druk om dwingende regelingen te treffen. Aan de hand van de openbaarheidsjurisprudentie van Hof en GvEA kan worden geïllustreerd dat het integriteits-element een belangrijke factor is in de belangenafweging. Ook het hiervoor opgenomen arrest laat zien dat de Europese rechter het openbaarheidsrecht zo ruim mogelijk interpreteert, echter met voldoende oog voor de bijzondere geheimhoudingsbelangen (vgl. het eerdergenoemde arrest Sison/Raad).

6. Van dit arrest naar de vraag hoe de openbaarheid van juridische wetgevingsadviezen in ons recht is geregeld, is een kleine stap. Wat de wetgevingsadviezen van de Raad van State betreft is de openbaarmaking geregeld in de art. 25a en 25b van de Wet op de Raad van State. De Wob is op deze openbaarmaking niet van toepassing, omdat het regime van artikel 25a door de bestuursrechter als derogierend aan de Wob is aangemerkt (thans art. 2, eerste lid, Wob). Zie Vz. ARRvS 18 juli 1983, AB 1983/527 en van 3 januari 1984, AB 1984/258 en ARRvS 1 november 1983, AB 1984/257. Uitgangspunt van deze bijzondere voorziening is de openbaarmaking van adviezen. Ingevolge art. 25a, vierde lid, sub a, en art. 25b, derde lid, sub a, blijft openbaarmaking achterwege in de gevallen bedoeld in artikel 10 Wet openbaarheid van bestuur. Of en hoe deze bepalingen worden toegepast is mij niet bekend. Tegen de achtergrond van het hiervoor opgenomen arrest is duidelijk dat het aantal mogelijke uitzonderingen op de openbaarmaking van wetgevingsadviezen van de Raad van State veel groter is dan op Europees niveau. Het momenteel bij de Tweede Kamer aanhangige wetsvoorstel tot wijziging van de Wet op de Raad van State, Kamerstukken II 2005/2006, 30585, nrs. 1-3, vervangt genoemde artikelen door

een tweetal nieuwe: de artikelen 26 en 27. Het uitgangspunt van openbaarheid en de op artikel 10 Wob gebaseerde uitzonderingsregeling blijven echter ongewijzigd.

Ambtelijk uitgebrachte wetgevingsadviezen vallen in beginsel onder art. 11 Wob, evenals bepaalde (gevoelige) contract-adviezen van derden (vgl. ABRvS 14 mei 2008, JB 2008/142 m.nt. dzz. en AB 2008/215 m.nt. Stolk). Daarnaast geldt voor wetgevingsadviezen van derden het algemene regime van de Wob, althans voor zo ver het gaat om bij bestuursorganen aanwezige documenten.

M.O-V

Prof.mr. G. Overkleeft-Verburg  
hgl. Staats- en Bestuursrecht EUR