

Noot bij arrest van het Gerecht van eerste aanleg van 30 november 2004 (zaak T-168/02)
<http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=nl&Submit=Zoeken&numaff=T-168/02>

Noot

1. In dit arrest heeft het Gerecht van eerste aanleg zich (opnieuw) uitgesproken over de betekenis van artikel 4, vijfde lid, van Verordening (EG) nr. 1049/2001 inzake de toegang van het publiek tot documenten van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie van 30 mei 2001, Pb 2001 L 145, p. 43, die op 3 december 2001 in werking is getreden. Deze bepaling luidt als volgt: “Een lidstaat kan de instelling verzoeken, een van deze lidstaat afkomstig document niet zonder zijn voorafgaande toestemming openbaar te maken.” Deze – bij ons vaak als Eurowob aangeduide - verordening is gebaseerd op art. 255 EG, dat via het Verdrag van Amsterdam per 1 mei 1999 in het EG-Verdrag is opgenomen. Bij de Slotakte is ten aanzien van dit verdragsartikel onder nr. 35 de volgende interpretatieverklaring opgenomen: “De Conferentie komt overeen dat de in artikel 255, lid 1, van het Verdrag (...) bedoelde beginselen en voorwaarden het een lidstaat mogelijk maken de Commissie of de Raad te verzoeken een uit die lidstaat afkomstig document niet zonder zijn voorafgaande toestemming aan derden door te geven.” Art. 4, vijfde lid, verordening geeft uitvoering aan deze verklaring (zie ook o.w. 10 considerans). Deze bepaling is geredigeerd als uitzondering op het recht van toegang tot alle bij een instelling berustende documenten, d.w.z. documenten die door de instelling zijn opgesteld of ontvangen en zich in haar bezit bevinden (art. 2, eerste en derde lid). Materieel gaat het echter om een afbakeningsbepaling, met name van het toepassingsbereik van de verordening in relatie tot de openbaarheidsregelingen van de lidstaten. Dit om een feitelijk ondergraven van de nationale openbaarheidsregimes te voorkomen (U-bochtconstructies). Naast dit vijfde lid kent art. 4 in het vierde lid nog een algemene voorziening voor documenten van derden, waaronder lidstaten (art. 3), t.w. de verplichting van een voorafgaand horen van betrokkenen in verband met de toepassing van de absolute en relatieve weigeringsgronden in het eerste en tweede lid van dit artikel. De derde component van de bijzondere toegangsregeling tot documenten van derden betreft de artt. 9 jo. 2, vijfde lid, inzake gevoelige documenten. Het derde lid van art. 9 bepaalt, dat gevoelige documenten uitsluitend na instemming van de oorspronkelijke verstrekker in het register worden vermeld of vrijgegeven. Dat kunnen ook lidstaten, derde landen of internationale organisaties zijn. Deze gedifferentieerde regeling in de verordening vormt de vervanging van de zgn. auteursregel in de eerdere gedragscode van Raad en Commissie van 6 december 1993 inzake de toegang van het publiek tot documenten (Pb L 340, p. 41). Deze bepaalde in algemene zin, dat wanneer de auteur van het document een derde was, het verzoek tot openbaarmaking rechtstreeks aan deze gericht moest worden. Dit arrest is toegespitst op de volgende rechtsvragen: (a) de verhouding van het vierde en vijfde lid van artikel 4, (b) de precieze betekenis van art. 4, vijfde lid (raadplegingsplicht, rechtsgevolg verzoek tot niet-openbaarmaking lidstaat en betekenis van het nationale recht) en (c) de verhouding van de uitzonderingsgronden met betrekking tot derden-documenten in art. 4 en het regime inzake gevoelige documenten in art. 9 van de verordening. Of sprake is van een document van een lidstaat hangt (mede) af van de nadere regeling in het reglement van orde van de instelling. Zo gaat de Raad uit van een beperkte definitie van dit begrip, door documenten in het kader van de uitoefening van het lidmaatschap van de Raad c.q. deelneming aan de werkzaamheden van de Raad en diens comités en werkgroepen, hiervan uit te sluiten.

De huidige regeling heeft als bezwaar dat deze ongelijke behandeling kan uitlokken tussen burgers van de verschillende lidstaten onderling, afhankelijk van de vraag of de lidstaat in kwestie over adequate openbaarheidswetgeving beschikt. Een tweede bron van onvrede is de ondoelmatigheid van deze regeling voor de verzoeker, met name indien de informatievraag betrekking heeft op gegevens van meerdere lidstaten. In het voorliggende geval gaat het vooral om het eerste probleem. Weigering van openbaarmaking door de Commissie betekent dat de gevraagde stukken niet openbaar gemaakt zullen worden, nu de Bondsrepubliek (nog) geen wet op de openbaarheid van bestuur kent en de

bondsregering al op voorhand te kennen heeft gegeven de opgevraagde stukken niet openbaar te willen maken.

2. De aanleiding tot dit arrest is de weigering tot openbaarmaking van de Commissie op grond van art. 4, vijfde lid, verordening, van door een Duitse belangenorganisatie op het terrein van dierenwelzijn opgevraagde documenten, die de Commissie van de Duitse overheid heeft ontvangen in het kader van de statuswijziging van een beschermd natuurgebied ten behoeve van industriële uitbreidingsplannen (briefwisseling Duitse regering met de stad Hamburg en brieven van de bondskanselier). Deze zaak is door een aantal lidstaten aangegrepen om een principiële uitspraak over deze weigeringsgrondslag uit te lokken. Nederland, Zweden en Denemarken steunden appellant en het Verenigd Koninkrijk en Noord-Ierland intervenueerden ten behoeve van het Commissie-standpunt. Van Nederlandse zijde is het standpunt ingenomen, dat alle documenten die de instellingen onder zich hebben in beginsel voor het publiek toegankelijk moeten zijn. Een uitlegging van art. 4, vijfde lid, in die zin dat de lidstaten over een vetorecht zouden beschikken, zou in deze visie het recht op toegang tot documenten immers te zeer inperken en zich niet verdragen met de doelstelling van de verordening (r.o. 35). De Engelse regering wees daarentegen op het ontbreken van een harmonisatiegrondslag inzake openbaarheid van bestuur in het gemeenschapsrecht. Niet-erkenning van het in art. 4, vijfde lid, begrepen vetorecht van de lidstaten zou impliceren dat bepalingen van nationaal recht die openbaarmaking verhinderen, door de instellingen terzijde geschoven kunnen worden, hetgeen in strijd zou komen met het subsidiariteitsbeginsel. In rechte zijn de volgende middelen aangevoerd: (a) schending van art. 4 verordening en (b) schending van art. 253 EG (motivering). Zoals de tekst laat zien is bij de toelichting op deze middelen werkelijk alles aan juridische spitsvondigheid uit de kast gehaald. De poging om het Gerecht aldus te bewegen tot enige vorm van rechterlijk activisme heeft echter schipbreuk geleden. Op basis van eenzelfde, zij het veel minder uitgewerkte, motivering als in zijn eerdere arrest van 17 september 2003, Messina/Commissie (T-76/02), wijst het Gerecht de stelling van appellante en interveniënten af, dat de uiteindelijke beslissingsbevoegdheid over de openbaarmaking van documenten van de lidstaten aan de instellingen toekomt. Uitgangspunt is de constatering van het Gerecht (r.o. 54), dat de auteursregel in besluit 94/90 jo. gedragscode niet in de verordening is overgenomen (vgl. o.w. 11, eerste zin, dat in beginsel alle documenten van de instellingen voor het publiek toegankelijk dienen te zijn). Daarentegen bevat art. 4, vierde lid, van de verordening een algemene voorziening met betrekking tot deze categorie van documenten in de vorm van een verplichting tot raadpleging van de betreffende derden, toegesneden op de toepassing van de uitzonderingsbepalingen in art. 4, eerste en tweede lid. Binnen deze categorie van derden-documenten nemen lidstaten op grond van art. 4, vijfde lid, echter een bijzondere positie in, ingekleurd overeenkomstig de bedoeling van verdragspartijen bij het Verdrag van Amsterdam, zoals vastgelegd in de aan de Slotakte toegevoegde verklaring nr. 35 omtrent de betekenis van het nieuw opgenomen art. 255 EG-Verdrag. Het vijfde lid vormt derhalve een *lex specialis* op het vierde lid van art. 4. Dit betekent dat terzake op de instellingen een raadplegingsplicht rust en dat van de lidstaten afkomstige documenten pas na voorafgaande toestemming openbaar gemaakt mogen worden. Een verzoek tot niet-openbaarmaking van een lidstaat geldt derhalve voor de instelling als een bevel tot het nemen van een weigeringsbesluit. De lidstaat hoeft een dergelijk verzoek niet te motiveren, terwijl de instelling niet bevoegd is te onderzoeken of een dergelijke weigering van niet-openbaarmaking door het openbaar belang is gerechtvaardigd. Een weigeringsverzoek van een lidstaat ex art. 4, vijfde lid, heeft derhalve als rechtsgevolg, dat de toegang tot het betreffende document niet onder de werkingssfeer van de verordening valt, maar uitsluitend wordt beheerst door het nationale recht van de betreffende lidstaat. Maakt de lidstaat in het kader van deze raadplegingsprocedure echter geen bezwaren tegen openbaarmaking, dan rust ingevolge art. 4, vierde lid, op de instelling alsnog de plicht om te beoordelen of het document in het licht van de absolute en relatieve weigeringsgronden in art. 4, eerste en tweede lid, van de verordening, al dan niet openbaar gemaakt moet/mag worden. Uit wat het Gerecht opmerkt over art. 9, het regime betreffende de openbaarmaking van gevoelige documenten, blijkt dat het hier gaat om een geheel eigenstandige regeling, toegespitst op een specifieke categorie van documenten, die qua interpretatie niet met art. 4,

vierde en vijfde lid, in verband gebracht kan worden. De schending van art. 4 verordening wordt derhalve afgewezen. Ook met betrekking tot de beweerdte schending door de Commissie van de motiveringsplicht, maakt de Europese rechter korte metten. Een verwijzing naar het verzoek van niet-openbaarmaking van de Bondsrepubliek en de verplichting hieraan ex art. 4, vijfde lid, gevolg te geven, geldt als een voldoende duidelijke motivering in de zin van art. 253 EG. De Commissie hoefde verzoekster niet uit te leggen wat de redenen van het weigeringsverzoek van de Bondsrepubliek waren, omdat de lidstaten terzake geen motiveringsplicht hebben. Dit rechtsoordeel spoort met eerdere uitspraken over de motiveringsplicht ex art. 253/190 EG van weigeringsbesluiten op basis van de auteursregel. Zie hieromtrent: HvJ EG van 6 maart 2003, Interporc/Commissie (C-41/00), r.o. 57 en 58, en Gerecht van 11 december 2001, Petrie/Commissie (T-191/99), r.o. 49. Ook dit middel had derhalve geen succes.

3. Het voorgaande betekent, dat wat de categorie documenten van de lidstaten bij de instellingen betreft, ingevolge art. 4, vijfde lid, de lidstaten via een daarin begrepen vetorecht het zelf in de hand hebben of over de openbaarmaking daarvan wordt beslist door de betreffende instelling op basis van verordening nr. 1049/2001, danwel door de nationale autoriteit op basis van het nationale recht. Een niet-gemotiveerd verzoek van de bevoegde instantie van de lidstaat in het kader van de raadplegingsplicht van de instelling is daartoe voldoende. Wordt op het informatieverzoek nationaal recht toegepast, zoals in Nederland de Wet openbaarheid van bestuur, dan geldt geen verplichting om de toepassing hiervan communautair in te kleuren. Dat ligt anders bij de spiegelbeeldige situatie: de indiening van een verzoek om openbaarmaking van bij een lidstaat aanwezige, echter van een Europese instelling afkomstige documenten, zoals geregeld in art. 5 van de verordening. In dat geval kan de lidstaat ervoor kiezen zelf op het betreffende verzoek te beslissen, danwel het ter afdoening door te zenden aan de betrokken instelling. In het eerste geval geldt in principe een raadplegingsplicht van de lidstaat jegens de instelling met het oog op nadere besluitvorming door de lidstaat “waardoor het doel van deze verordening niet in gevaar komt”. In een dergelijk geval is de lidstaat derhalve wèl verplicht om het nationale recht, zoals de Wob, conform het gemeenschapsrecht, in het bijzonder verordening nr. 1049/2001, toe te passen. Uit doel en strekking van deze raadplegingsbepaling in art. 5 kan worden afgeleid, dat het bevoegde bestuursorgaan het standpunt van de instelling in zijn besluitvorming zwaar zal moeten laten wegen, m.i. daaraan in de toepassing van de Wob zelfs doorslaggevend betekenis zal moeten toekennen, mits dit in overeenstemming is met de verordening. Zie wat de Wob betreft de notitie “Uniforme behandelwijze voor informatieverzoeken inzake EU-gerelateerde documenten” van het Wob-contactfunctionarissenoverleg (ICER 2003-06/84) en, onder het vorige communautaire openbaarmakingsregime, ABRvS 7 juli 1995, AB 1997, 117 (Metten).

Bij het voorgaande moet nog de volgende kanttekening worden gemaakt. Aan de toepasselijkheid van de art. 4, vierde en vijfde lid, en 5 verordening gaat de vraag vooraf of sprake is van een document van de instelling of van een document van de lidstaat. De afbakening tussen beide categorieën loopt niet parallel aan de vraag naar de opsteller/verstrekker van het betreffende document, maar is nader gedefinieerd in de reglementen van de instellingen. Onder omstandigheden kan een van een lidstaat afkomstig document derhalve onder het regime van art. 5 vallen, immers krachtens het prevalerende communautaire recht als document van een instelling gelden. Vgl. ABRvS 18 december 2002, AB 2003, 89 (RvO Comité Douanewetboek) en het in dit verband nog steeds relevante ABRvS 7 juli 1995, AB 1997, 117 (Metten).

4. Uit dit arrest blijkt, dat art. 4, vijfde lid, EG-verordening inzake de toegang tot documenten primair het karakter heeft van een reikwijdte-bepaling, toegesneden op de bevoegdheidsverdeling van de gemeenschap en de lidstaten inzake openbaarheid van bestuur. Het huidige EG-Verdrag biedt geen grondslag van harmonisatie van dit type wetgeving in de lidstaten. Het voorstel van een Europese Grondwet doet dat evenmin. Zie in dit verband artikel I-50, ter vervanging van het huidige art. 255 EG, dat het beginsel van transparantie van de werkzaamheden van de instellingen, organen en instanties van de Unie regelt. Wel verruimt dit grondwetsartikel de grondslag van de

openbaarheidsverplichting binnen de Unie, onder meer door uitbreiding van de regelingsverplichting van de Europese wetgever. Gaat het in art. 255 EG nog om een regeling van het recht op toegang tot documenten van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie, in het nieuwe artikel I-50, derde lid, zal de Europese wetgever ook het recht van inzage in documenten van de organen en instanties van de Unie moeten regelen. Anders dan artikel I-51 met betrekking tot de bescherming van persoonsgegevens, voorziet artikel I-50 echter niet in de bevoegdheid tot regeling van de toegang tot documenten in de lidstaten. Deze beperking van de regelingsbevoegdheid inzake openbaarheid van bestuur tot de Unie zelf, spoort met het grondrecht op inzage in documenten in art. II-102 van de Europese Grondwet, dat dit recht eveneens beperkt tot documenten van de instellingen, organen en instanties van de Unie. Iets anders is dat in Europees verband, in het kader van de uitoefening van specifieke bevoegdheden, wel op deelgebieden in bijzondere, de lidstaten verplichtende, openbaarheidsregelingen kan worden voorzien, al dan niet als uitvloeisel van internationale verdragen. Een belangrijk voorbeeld is het Verdrag van Aarhus inzake de openbaarmaking van milieu-informatie, resulterend in Richtlijn 2003/4/EG inzake de toegang van het publiek tot milieu-informatie. Het voorgaande betekent, dat het voorliggende arrest geheel en al spoort met huidig en toekomstig communautair recht. Tegelijkertijd moet worden geconstateerd dat ook al kan er van de EG/EU geen directe impuls uitgaan tot harmonisatie van openbaarheidswetgeving van de lidstaten, de Europese verordening indirect wel een dergelijke (reflex)werking heeft op de lidstaten. In toenemende mate wordt het hebben van deugdelijke openbaarheidswetgeving gezien als een eis van behoorlijk bestuur. Daarbij valt op, dat de betekenis ervan niet alleen meer wordt betrokken op het rechtsstaatsbeginsel van een democratische bestuursvoering, maar tevens uitdrukkelijk in verband wordt gebracht met de integriteit van de overheid, in het bijzonder in het perspectief van de bestrijding van corruptie. Derhalve kan worden geconstateerd, dat het aantal landen met openbaarheidswetgeving nog steeds toeneemt. Zie in dit verband de per 1 januari 2005 volledig in werking getreden Freedom of Information Act 2000 in het Verenigd Koninkrijk en de indiening op 14 december 2004 van het voorstel van een Informationsfreiheitsgesetz (Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes, 15/4493) bij de Duitse Bondsdag. Het initiatief tot het nader effectueren van het rechtsstatelijke beginsel van openbaarheid van bestuur via specifieke wetgeving ligt op dit moment primair bij de Raad van Europa. Zie de door het Comité van Ministers vastgestelde Recommendation Rec(2002)2 on access to official documents van 12 februari 2002. Naar verwachting zal deze aanbeveling aan de lidstaten nader worden uitgewerkt in een verdragstekst. Voorstanders tot een uitbreiding van de openbaarheid van bestuur, waartoe ik mezelf uitdrukkelijk reken, hoeven dus niet te wanhopen. De rechtsontwikkeling gaat nog steeds door. In die zin is sprake van een geleidelijke, echter niet minder diepgaande, cultuuromslag, niet alleen in communautair verband maar ook bij de lidstaten zelf.

Prof. mr. G. Overkleeft-Verburg