

GvEA EU van 6 juli 2006, zaaknrs. T-391/03 en T-70/04

<http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=nl&Submit=Zoeken&numaff=T-391/03>
<http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=nl&Submit=Zoeken&numaff=T-70/04>

Artt.: art. 255 EG, verordening (EG) nr. 1049/2001, besluit nr. 2001/937/EG, EGKS, Euratom en verordening (EG) nr. 1073/1999

Trefwoorden: Olaf, recht op toegang tot documenten, intern en extern onderzoek, mededeling van onderzoeksrapporten, confirmatief verzoek, gerechtelijke procedures en juridisch advies, het doel van inspecties, onderzoeken en audits, een hoger openbaar belang, beroepsgeheim, gegevensbescherming

Samenvatting

Verzoekers zijn de voormalige directeur-generaal en de voormalige directeur van Eurostat. Olaf heeft onderzoek gedaan naar mogelijke onregelmatigheden in de contractuele en subsidierelaties van Eurostat met enkele ondernemingen. Conform art. 10 van verordening nr. 1073/1999 heeft Olaf onderzoeksdoSSIERS toegezonden aan de Luxemburgse en Franse gerechtelijke instanties. De Commissie heeft besloten tot het initiëren van een tuchtprocedure tegen verzoekers. Die hebben vervolgens om toegang verzocht tot de door Olaf aan de Luxemburgse en Franse gerechtelijke instanties en aan de Commissie toegezonden stukken, zich beroepend op een algemeen transparantiebeginsel, op het fundamentele recht op toegang tot documenten in art. 42 Handvest van de grondrechten, verordening nr. 1049/2001 en van besluit nr. 2001/937. Nadien is nog een tweede verzoek om toegang tot verschillende documenten gedaan, waaronder het eindverslag van een door de Dienst interne audit (DIA) ingesteld onderzoek. Beide verzoeken zijn geweigerd en nadien als confirmatief verzoek door respectievelijk Olaf en de Commissie afgewezen. Tegen deze weigeringen is door verzoekers beroep bij het Gerecht ingesteld. Het Gerecht toetst aan verordening nr. 1049/2001 omdat de bestreden besluiten op basis van deze verordening zijn genomen. Daarbij gaat het in het bijzonder om de toepassing van de uitzonderingen van art. 4, lid 2, tweede en derde streepje, van verordening nr. 1049/2001, respectievelijk de bescherming van gerechtelijke procedures en de bescherming van het doel van inspecties, onderzoeken en audits. Ten aanzien van de eerste uitzonderingsgrond oordeelt het Gerecht, dat nu de toezending van onderzoeksverslagen door Olaf aan de nationale autoriteiten of aan een instelling niet verplicht resulteert in een nationale gerechtelijke procedure of een communautaire tuchtrechtelijke of administratieve procedure, de typering van deze stukken als uitsluitend opgesteld voor een gerechtelijke procedure niet in overeenstemming is met de betekenis van deze uitzondering in de rechtspraak en de verplichting de uitzonderingen op het recht op toegang eng uit te leggen. De naleving van de nationale procedureregels is voldoende gewaarborgd indien de instelling zich ervan vergewist dat openbaarmaking van de documenten geen inbreuk op het nationale recht oplevert. Derhalve had Olaf de nationale rechter moeten raadplegen en de toegang enkel mogen weigeren indien deze zich tegen verspreiding van de documenten zou hebben verzet. Deze uitzonderingsgrond is derhalve niet juist toegepast. Wat de tweede uitzondering betreft oordeelt het Gerecht, dat de omstandigheid dat een document betrekking heeft op een inspectie of onderzoek op zichzelf onvoldoende grond is voor toepassing van de ingeroepen uitzondering. Deze bepaling moet aldus worden uitgelegd, dat deze gezien het doel ervan slechts van toepassing is wanneer de openbaarmaking van de betrokken documenten de voltooiing van de inspecties, onderzoeken of audits in gevaar kan brengen. Hoewel de verschillende onderzoeks- of inspectiehandelingen onder de uitzondering vallen zolang de inspectie- of onderzoekswerkzaamheden nog lopen, ook al is het concrete onderzoek of de concrete inspectie waartoe het opgevraagde verslag heeft geleid, afgesloten, betekent dit niet dat de werking hiervan doorloopt zolang niet is beslist over het aan deze procedures te geven gevolg. Een dergelijke uitleg zou indruisen tegen de doelstelling om het publiek de toegang te waarborgen tot documenten over mogelijke onregelmatigheden in het financiële beheer, zodat de burgers de mogelijkheid hebben beter toe te zien op de regelmatigheid van de uitoefening van het overheidsgezag. Naar het Gerecht resumeert kent de onderzoeksplicht van de instelling de volgende elementen: (a) of het document onder één van de in artikel 4 van verordening nr.

1049/2001 genoemde uitzonderingen valt, (b) of de beschermingsbehoefte met betrekking tot deze uitzonderingsgrond reëel is en (c) of de bescherming op het gehele document van toepassing is dan wel dat partiële openbaarmaking mogelijk is. Met betrekking tot aan de nationale autoriteiten meegedeelde informatie oordeelt het Gerecht dat de Commissie aan deze uitzonderingsgrond een juiste toepassing heeft gegeven. Wat de mededelingen van Olaf aan de Commissie betreft komt het Gerecht tot een ander oordeel omdat Olaf niet rechtens genoegzaam heeft aangetoond dat de openbaarmaking ervan concreet afbreuk zou doen aan de bescherming van het doel van inspecties, onderzoeken en audits, noch dat de in aanmerking genomen uitzondering daadwerkelijk van toepassing was op alle informatie in deze documenten. Vervolgens spreekt het Gerecht zich erover uit of ingevolge art. 4, aanhef en tweede lid, laatste zinsdeel, verordening nr. 1049/2001, ondanks de toepasselijkheid van uitzonderingsgronden “een hoger openbaar belang openbaarmaking gebiedt” van de opgevraagde documenten. Het Gerecht interpreteert het element “openbaar belang” in relatie tot artikel 2, lid 1, van deze verordening. Daarin is het recht van toegang tot documenten toegekend aan burgers van de Unie. Omdat dit recht dus aan een ieder toekomt, kan het bijzondere belang van een verzoeker bij toegang tot een document dat hem persoonlijk betreft, niet in aanmerking worden genomen. Het bestaan van de rechten van de verdeling waarop verzoekers zich beroepen, vormt stellig een algemeen belang. In casu concretiseren zich deze rechten echter in het subjectieve belang van verzoekers om zich te verdedigen zodat het belang waarop verzoekers zich beroepen, geen algemeen maar een particulier belang is.

Art. 8, lid 2, van verordening (EG) nr. 1073/1999 betreffende onderzoeken door Olaf kent een bijzondere regeling van geheimhouding en gegevensbescherming, in het bijzonder verplichte doelbinding en een beroepsgeheim. Door toepassing te geven aan verordening nr. 1049/2001 geeft het Gerecht tevens een (stilzwijgende) uitleg aan het geheimhoudingsregime in deze onderzoeksverordening.

Noot

1. Deze uitspraak is om meerdere redenen van belang. Allereerst omdat het Gerecht hierin een tweetal uitzonderingsgronden (gerechtelijke procedures en inspecties, onderzoeken en audits) in art. 4, lid 2, van verordening (EG) nr. 1049/2001 (Eurowob) heeft verduidelijkt, evenals de op ditzelfde artikel gebaseerde toetsing op openbaarmaking vanwege een hoger openbaar belang. Bovendien verduidelijkt dit arrest de betekenis van het confirmatief verzoek (besluit) in de artikelen 7, lid 2, en 8 van verordening nr. 1049/2001 uit een oogpunt van rechtsbescherming bij de Europese rechter (artikel 230, vierde alinea, EG). In de derde plaats vanwege de nadere afbakening van het toepassingsbereik van deze verordening in de gevallen dat Olaf onderzoeksrapporten ter afdoening naar gerechtelijke instanties van een lidstaat heeft gezonden, waarbij het Gerecht een onderzoeksplicht (vergewisplicht) van de Commissie/Olaf jegens de lidstaat formuleert. Deze uitspraak is voorts van grote betekenis met het oog op het voor Olaf geldende informatie(geheimhoudings)regime in artikel 8 (geheimhouding en gegevensbescherming) van verordening (EG) nr. 1073/1999 en artikel 8 van (EG) verordening nr. 2185/96 (vgl. GvEA van 30 mei 2006, JB 2006, 239 m.nt. dzz., mede in relatie tot de geheimhoudingsplicht in artikel 287 EG). In breder perspectief gaat het daarbij op Europees niveau om de verhouding van de Eurowob tot specifieke informatie(geheimhoudings)regimes in algemene en sectorverordeningen en op nationaal niveau om de mogelijke doorwerking van deze jurisprudentie in de implementatiewetgeving, in relatie tot de werkingssfeer van de Wet openbaarheid van bestuur (artikel 2 Wob). Ook voor de gelding van de Eurowob in relatie tot verordening nr. 45/2001 betreffende de bescherming van persoonsgegevens is dit arrest relevant. Als laatste wil ik wijzen op het rechtstreekse belang van deze jurisprudentie voor Nederlandse burgers. Weliswaar zijn verzoekers in dit geval Europese ambtenaren, maar is deze rechtspraak betreffende aspecten van het functioneren van Olaf evenzeer van belang voor personen, ondernemingen en instellingen in de lidstaten, die als marktdeelnemer of in verband met een subsidierelatie met Olaf als communautaire onderzoeksinstantie te maken krijgen.

2. Olaf, het Europees Bureau voor fraudebestrijding, is door de Commissie ingesteld bij Besluit 1999/352/EG, EGKS, Euratom. Olaf is als onafhankelijke Europese dienst belast met de uitvoering van administratieve onderzoeken (intern en extern onderzoek) met het oog op het

bestrijden van fraude, corruptie en elke andere onwettige activiteit, waardoor de financiële en economische belangen van de Europese Gemeenschappen wordt geschaad. Zie wat de taken van de Commissie betreft de artikelen 274 en 280 EG. Taken, bevoegdheden en werkwijze van Olaf zijn vastgelegd in het instellingsbesluit, verordening (EG) nr. 1073/1999 en verordening (Euratom) nr. 1074/1999 (onderzoeksverordeningen), het interinstitutioneel akkoord van het Europees Parlement, Raad en Commissie betreffende de uitvoering door Olaf van interne onderzoeken en de op artikel 4, zesde lid, verordening nr. 1073/1999 jo. het interinstitutioneel akkoord gebaseerde besluiten van Raad, EP, Commissie, ECB en HvJ, de regeling van het externe onderzoek in verordeningen (EG) nrs. 2185/96 en 2988/95 (aan Olaf gedelegeerde onderzoekstaken en -bevoegdheden van de Commissie) en specifieke voorzieningen in sectorregelingen. In mei 2006 heeft de Commissie een herzien voorstel bij het EP en de Raad ingediend tot wijziging en aanvulling van verordening nr. 1073/1999 (SEC(2006) 638). Met betrekking tot de Euratom-onderzoeksverordening is reeds eerder een wijzigingsvoorstel ingediend. Zie omtrent het institutionele kader, het arrest van het HvJ van 10 juli 2003, zaaknr. C-11/00 over de vernietiging van het onderzoeksbesluit van de Europese Centrale Bank en ter zake van de onafhankelijkheid en immuniteit van leden van het EP, HvJ van 30 maart 2004, zaaknr. C-167/02 P. Zie voor de betekenis van het interne onderzoek van Olaf met betrekking tot corruptiebestrijding binnen de Commissie, HvJ van 11 juli 2006, Commissie/Edith Cresson.

3. Olaf is belast met onderzoekstaken. De bevoegde nationale instanties en de instellingen, organen of instanties van de gemeenschap besluiten op grond van het door Olaf opgestelde verslag welk gevolg aan de onderzoeksbevindingen wordt gegeven. Daarom voorzien de artikelen 9, derde lid, en 10, eerste lid, van verordening nr. 1073/1999 in de verplichting van de directeur van Olaf om onderzoeksgegevens steeds aan de bevoegde autoriteiten van de betrokken lidstaten mee te delen. Eenzelfde informatieplicht is in het vierde lid van artikel 9 en in het tweede lid van artikel 10 opgenomen met betrekking tot verslagen van intern onderzoek; in dit geval betreft de mededelingsplicht de betrokken instellingen, organen of instanties. Met het oog op (strafrechtelijke c.q. bestuursrechtelijke) sanctionering zijn de onderzoeksverslagen van Olaf aangemerkt als toelaatbare bewijsmiddelen in administratieve of gerechtelijke procedures (artikel 9, eerste en tweede lid, verordening nr. 1073/1999). Tegen de mededeling van onderzoeksbevindingen aan de bevoegde autoriteiten staat geen rechtsbescherming open. Zie hieromtrent de uitspraak in hoger beroep van de President van het Hof van 19 april 2005, zaaknr. C-521/04 P(R) in de zaak Tillack. Hierin is het oordeel van de kortgedingrechter bevestigd, dat een mededeling van Olaf geen beschikking is in de zin van artikel 230, vierde alinea, EG, want voor betrokkenen geen bindende rechtsgevolgen heeft nu Olaf de bevoegde instanties vrijlaat in de beslissing over de hieraan te verbinden gevolgen, zodat zij alleen en volledig verantwoordelijk zijn voor het aan de verstrekte informatie te geven gevolg. Zie in dit verband ook de beschikking van de President van het Hof van 8 april 2003, zaaknr. C-471/02 P(R) in de zaak Santiago Gómez-Reino (rechten van de verdediging). Het hiervoor opgenomen arrest heeft betrekking op onderzoeksrapporten c.a. betreffende door Olaf verricht intern en extern onderzoek in de zgn. Eurostat affaire, betreffende fraude en corruptie bij het Europese Bureau voor de Statistiek. Deze rapporten zijn ter afdoening toegezonden aan de gerechtelijke instanties van Frankrijk en Luxemburg (strafvervolging) en aan de Commissie (tuchtrechtelijke procedures).

4. Het bijzondere van de hiervoor opgenomen uitspraak is dat het verzoek om toegang tot de onderzoeksrapporten van Olaf is uitgegaan van betrokkenen, te weten de vroegere directeur-generaal en de vroegere directeur van Eurostat. Deze “noodgreep” houdt waarschijnlijk verband met de thans nog gebrekkige rechtspositie van subjecten van Olaf-onderzoek omdat de rechten van de verdediging in de onderzoeksregelingen onvoldoende zijn geëxpliciteerd. Weliswaar is in ow. 10 van de considerans van verordening nr. 1073/1999 bepaald dat onderzoeken door Olaf mede moeten worden uitgevoerd “onder volledige eerbiediging van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden”, een door het Hof bevestigd uitgangspunt in ow. 139 van zijn arrest van 10 juli 2003, zaaknr. C-11/00 (ECB), maar zijn de concrete rechten van betrokkene niet vastgelegd in deze verordening. Artikel 4, zesde lid, aanhef en sub b, van deze onderzoeksregeling voorziet in de verplichting van de instellingen, organen en instanties om bij besluit de procedures en de waarborgen inzake de rechten van personen die in een intern onderzoek betrokken zijn,

vast te stellen. Uit artikel 4 van het als bijlage bij het genoemde institutioneel akkoord opgenomen modelbesluit blijkt, dat de voorzieningen ten aanzien van een lid, bestuurder, ambtenaar of personeelslid met persoonlijke betrokkenheid beperkt zijn tot het recht om spoedig te worden ingelicht, wanneer zulks geen nadeel voor het onderzoek dreigt op te leveren. Als bottom-line geldt: “In geen geval kunnen na afloop van het onderzoek conclusies worden getrokken waarin een lid, een bestuurder, een ambtenaar of personeelslid van (instelling, orgaan of instantie) met name wordt genoemd zonder dat de betrokkene in de gelegenheid is gesteld zich over alle hem of haar betreffende feiten uit te spreken”. Uit de tweede alinea van dit artikel blijkt, dat deze verplichting wegens de noodzaak van absolute geheimhouding of gebruikmaking van opsporingsmiddelen die tot de bevoegdheid van de nationale rechterlijke instantie behoren, kan worden opgeschort. Aan deze voorzieningen kan betrokkene derhalve geen recht op kennisneming van de onderzoeksrapporten ontnemen. Zie ook de in het hierboven opgenomen arrest weergegeven opvattingen van Olaf, waarbij voor het door betrokkenen ingeroepen recht op toegang tot het dossier is verwezen naar de Franse en/of Luxemburgse bevoegde autoriteiten (ow. 22) en de Commissie voor het Gerecht nog eens benadrukt, dat verordening nr. 1049/2001 niet is bedoeld om de toegang tot dossiers van eventueel bij een onderzoek van Olaf betrokken personen te regelen, zodat zij hun verdediging kunnen voorbereiden.

5. Zoals eerder opgemerkt zal de rechtspositie van subjecten van onderzoek met de invoering van het op 24 mei 2006 door de Commissie ingediende (herziene) wijzigingsvoorstel van verordening nr. 1073/1999 (SEC(2006) 638) worden versterkt door opneming van een aantal uniforme, zowel voor intern als extern onderzoek geldende procedurele waarborgen en de invoering van een interne compliance-voorziening (verscherpte controle), naast het reeds bestaande Comité van toezicht, in de persoon van de onafhankelijke adviseur-revisor. Een en ander tegen de achtergrond van ow. 16 in de considerans, dat deze verordening de grondrechten eerbiedigt, met name die in het EU-Handvest van de grondrechten, in het bijzonder de artikelen 47 en 48. Wat de kennisneming van de onderzoeksresultaten betreft gaat het met name om de nieuwe artikelen 7 bis (waarborgen tijdens de procedure) en 8bis (kennisgeving van het eindverslag bij afsluiting van het onderzoek). Ingevolge artikel 7bis, tweede alinea, is voorafgaand aan de vaststelling van de eindconclusies van een onderzoek het horen van betrokkene over de op hem betrekking hebbende feiten verplicht. “De tot hem gerichte uitnodiging om opmerkingen te maken moet een samenvatting van deze feiten bevatten”, aldus het vervolg van dit artikel, terwijl voorts is bepaald dat betrokkene zich kan laten bijstaan door een persoon naar zijn keuze en voorts het recht heeft om niet tegen zichzelf te hoeven getuigen. Artikel 8bis van het wijzigingsvoorstel bepaalt, dat voordat het eindverslag van een intern of extern onderzoek aan de betrokken instellingen, organen of instanties of de bevoegde autoriteiten van de betrokken lidstaten wordt toegezonden, het Bureau persoonlijk de betrokken persoon in kennis stelt van de conclusies en aanbevelingen van het eindverslag. Wel blijven op deze kennisgevingsverplichting de thans reeds geldende uitzonderingen van toepassing. De positie van betrokkene wordt voorts versterkt door opneming in artikel 8bis, derde alinea, van een interne klachtenregeling met betrekking tot de naleving van de procedurele waarborgen, via de indiening van een verzoek om advies bij de “adviseur-revisor”, de nieuwe compliance-functionaris, zoals geregeld in artikel 14.

6. Uit het voorgestelde artikel 8bis kan worden afgeleid dat – anders dan wel bepleit - de beslissing van toezending van het eindverslag aan de betrokken instellingen, organen of instanties of bevoegde autoriteiten van de betrokken lidstaten, conform de huidige situatie, geen beschikking is in de zin van artikel 230, vierde alinea, EG. Dat kan echter anders liggen, wanneer het nieuw voorgestelde artikel 3bis hierbij wordt betrokken. Dit artikel introduceert het opportuniteitsbeginsel met betrekking tot resultaten van intern onderzoek. Op basis hiervan is de directeur-generaal Olaf bevoegd te besluiten om een eindverslag waarin blijkt van strafrechtelijk vervolgbare feiten niet aan de gerechtelijke autoriteiten van de betrokken lidstaten toe te zenden: “indien hij, gezien met name de aard van de feiten, de geringe ernst ervan of de geringe omvang van de financiële schade, van oordeel is dat er interne maatregelen zijn waarmee daaraan een passender gevolg kan worden gegeven.” Deze bepaling bevat een aanknopingspunt om de beslissing van toezending van het onderzoeksverslag aan de gerechtelijke autoriteiten van de lidstaten wel als beschikking in de zin van artikel 230, vierde alinea, EG aan te merken. Dit zou

betekenen dat de rechtsbescherming van de onderzochte persoon door de wijzigingsverordening sterk verbeterd wordt, omdat in dat geval de Europese rechter rechtstreeks over de rechtmatigheid van het onderzoek c.a. geadieerd kan worden. Of het deze kant uitgaat, staat echter nog niet vast. Wel blijkt uit het voorgaande, dat ook onder het nieuw voorgestelde regime, betrokkenen als regel geen volledig recht op kennisneming van de onderzoeksrapporten/-verslagen van Olaf hebben. Om die reden blijft de hiervoor opgenomen uitspraak van het Gerecht relevant, dus ook na de totstandkoming van de herziening van verordening nr. 1073/1999. Uit de tekst van het wijzigingsvoorstel blijkt dat echter niet, evenmin als uit de bestaande verordening. Weliswaar bevat het voorstel een wijziging van artikel 8, derde en vierde lid, van verordening nr. 1073/1999, deze betreft slechts een accentuering van het bestaande regime door het Bureau expliciet te verplichten tot naleving van verordening nr. 45/2001 (bescherming persoonsgegevens), in combinatie met de geheimhoudingsplicht in artikel 287 EG, en geen melding te maken van de pendant hiervan, verordening 1049/2001 (toegang tot documenten). Het ligt derhalve voor de hand om de voorgestelde regeling op dit punt aan te vullen, toegesneden op de nieuwe rechtspraak van het Gerecht. Daarbij zal een positie van klokkenluiders, getuigen en informanten van Olaf een bijzonder punt van aandacht moeten zijn. In maart 2006 heeft Olaf een persbericht doen uitgaan, dat een onderzoek is gestart naar een serie lekken van interne documenten in de Eurostat affaire en het gebruik daarvan in deze procedure bij het GvEA. Met dit arrest is de Eurostat affaire ook voor het Gerecht nog niet afgesloten. Verzoekers hebben beroep ingesteld om de Commissie te veroordelen tot materiële en immateriële schadevergoeding wegens procedurefouten en schending van hun fundamentele rechten (zaaknummer T-48/05). De aangevoerde beroepsgronden komen grotendeels overeen met de voorgestelde aanvullingen in de wijzigingsverordening.

7. Verordening nr. 1073/1999 kent thans in artikel 8 nog een strikt regime van geheimhouding en gegevensbescherming, onder verwijzing naar richtlijn 95/46/EG inzake de bescherming van persoonsgegevens en de artikelen 286 (gegevensbescherming) en 287 (geheimhoudingsplicht) EG. In het wijzigingsvoorstel van deze verordening wordt het gesloten verstrekkingenregime gehandhaafd, zij het met een vervanging van de verwijzing van de richtlijn naar verordening (EG) nr. 45/2001 (bescherming persoonsgegevens). Verordening (Euratom, EG) nr. 2185/96 voorziet in artikel 8 in een vergelijkbaar geheimhoudingsregime. In lijn met zijn arresten van 30 mei 2006, JB 2006, 239 m.nt. dzz. en 13 april 2005, JB 2005, 165 m.nt. dzz. blijkt ook uit de hiervoor opgenomen uitspraak, dat het Gerecht dit type algemene en sectorale geheimhoudingsregimes niet als een belemmering ziet voor de toepassing van verordening nr. 1049/2001. Anders dan de Wob in artikel 2, eerste lid, worden de aan de Eurowob te ontleen openbaarheidsaanspraken niet beperkt door hieraan derogerende specifieke algemene of sectorale geheimhoudingsregelingen. Dit betekent, dat het transparantiestreven via de toepassing van de Eurowob een belangrijke impuls krijgt, omdat het Gerecht - al dan niet expliciet - komt tot een herinterpretatie van de communautaire geheimhoudingsverplichtingen door de openbaarheidsregeling in verordening nr. 1049/2001 hierin begrepen te achten. Zie met name de motivering van het Gerecht in zijn hiervoor genoemde arrest van 30 mei 2006 en de verwijzing in deze uitspraak naar de betekenis van openbaarheid uit een oogpunt van facilitering van burgers om toe te zien op de regelmatigheid van de uitoefening van het overheidsgezag in de gemeenschap (ow. 112). Dit uitgangspunt spoort met het streven van de Commissie naar een grotere legitimiteit voor de EU door meer transparantie, zoals recent uitgewerkt in haar Groenboek over een Europees Transparantie-initiatief van 3 mei 2006. De consequenties van deze jurisprudentie zijn aanzienlijk, omdat de Europese rechter een diepingrijpende heroriëntatie van de gemeenschapsadministratie afdwingt, van een klassieke op geheimhouding georiënteerde overheidsbureaucratie naar een organisatie die transparant is en op publieke verantwoording toegesneden, zonder dat daartoe omvangrijke aanpassingswetgeving nodig is. Meer nog dan eerdere, hiervoor genoemde uitspraken over openbaarheidsaspecten van kartelonderzoeken, is dit arrest inzake Olaf een illustratie van deze structurele vorm van “judicial activism”.

8. Deze ontwikkeling in de communautaire rechtspraak heeft tevens consequenties voor de in het nationale recht geïmplementeerde informatieregimes en de verhouding daarvan tot de Wob. Daarbij moet worden onderscheiden tussen verordeningen en richtlijnen. De

openbaarheidsjurisprudentie van Gerecht en Hof heeft rechtstreekse doorwerking in de uitleg van in het nationale recht geïmplementeerde voorzieningen, zoals in de Mededingingswet. Om die reden heb ik in mijn noten bij GvEA van 13 april 2005, JB 2005, 165 en GvEA van 30 mei 2006, JB 2006, 239 betoogd, dat de artikelen 90 en 91 Mw niet als een aan de Wob derogerende voorzieningen kunnen worden aangemerkt. Deze bepalingen moeten immers strikt verordeningsconform worden uitgelegd, derhalve met inbegrip van de uitleg daarvan door de Europese rechter. De vraag welke betekenis deze rechtspraak heeft voor de interpretatie van specifieke geheimhoudingsregimes in richtlijnen en de implementatie daarvan in nationale wet- en regelgeving is complexer. Aannemelijk is dat het Hof van Justitie het transparantiestreven in toekomstige, op de betekenis van geheimhoudingsregimes in richtlijnen toegesneden prejudiciële procedures zal laten doorwerken. Zie in dit verband ook de opneming van het grondrecht op toegang tot documenten in artikel 42 Handvest en de doorwerking daarvan op nationaal niveau. Er is dus reden om te bepleiten daarop te anticiperen en nog beduidend kritischer te zijn bij het kwalificeren van geïmplementeerde wetgeving als derogierend aan de Wob. Dit temeer omdat anders het gevaar dreigt van een groeiende divergentie in aanspraken op openbaarheid van overheidsdocumenten tussen het Europese en het nationale niveau. Daarom een pleidooi voor een inkleuring van specifieke informatieregimes in richtlijnen op basis van deze rechtspraak van de Europese rechter, resulterend in een ruimere toepassing van de Wob op nationaal niveau.

9. Afgezien van de hiervoor geschetste bredere betekenis van openbaarheidswetgeving en -rechtspraak, zowel op Europees als op nationaal niveau, bevat het hiervoor opgenomen arrest ook zelf nog enkele relevante punten. Ook dit uitspraak vormt weer een illustratie van de zware eisen die de Europese rechter stelt uit een oogpunt van onderzoeks- en motiveringsplichten, met name bij een weigering van de opgevraagde documenten. Naar mijn indruk zijn de op dit punt door Hof en GvEA gestelde eisen strikter dan die van de ABRvS bij de toetsing van Wob-besluiten, ook wanneer het effect van de standaardtoepassing van artikel 8:29 Awb in procedures bij de Afdeling wordt verdisconteerd. Een tweede punt is de continuïteit in rechtsvorming, waarbij de rechtspraak van het Hof op basis van de aan verordening 1049/2001 voorafgaande openbaarheidsregelingen in reglementen van orde een belangrijk referentiekader is gebleven. Dat is niet verwonderlijk, omdat het accent in de rechtsvorming via rechterlijke toetsing van weigeringsbesluiten feitelijk is verschoven naar het Gerecht van Eerste Aanleg. Door het precedentkarakter van eerdere arresten van het Hof te bevestigen, versterkt het Gerecht de legitimiteit van zijn eigen uitspraken. Naar blijkt met succes want opvallend is dat in dit type zaken nauwelijks hoger beroep bij het Hof wordt ingesteld.

10. Verordening nr. 1049/2001 betreffende toegang tot documenten kent twee typen verzoeken: het initiële en het confirmatieve verzoek. Het in artikel 7 geregelde initiële verzoek resulteert in feitelijke verstrekking van de gevraagde stukken of een mededeling van de redenen van een gehele of gedeeltelijke afwijzing van het verzoek. Artikel 7, tweede lid, opent de mogelijkheid van indiening van een confirmatief verzoek, met de strekking om de instelling haar standpunt te doen herzien. Binnen de daarvoor staande termijn kan een dergelijk verzoek ook tegen een fictieve weigering worden gedaan (vierde lid). Artikel 8 van deze verordening regelt de behandeling van het confirmatieve verzoek, waarbij het eerste lid tevens verplicht tot opneming in geval van weigering van een rechtsmiddelen-clausule. Instellen van beroep of het indienen van een klacht is ook mogelijk bij een fictieve weigering. Voorts bevat artikel 4 van de bijlage bij het Reglement van Orde van de Commissie een delegatieregeling, op grond waarvan beslissingen omtrent de toegang tot documenten worden genomen door de Secretaris-generaal of de directeur van Olaf. In deze procedure was zowel beroep ingesteld tegen de initiële weigeringsbeslissingen als tegen de weigeringen op het confirmatieve verzoek. Deze uitspraak maakt duidelijk, dat de beslissing op het initiële verzoek de status heeft van “tussenmaatregel”, derhalve geen besluit is in de zin van artikel 230, vierde alinea, EG, immers geen bindende rechtsgevolgen kent. Beroep staat slechts open tegen de eindbeslissing, dat wil zeggen een (fictieve) weigering van het confirmatieve verzoek. Daarmee lijkt deze figuur sterk op de vroegere ontvankelijkheidseis van een voor beroep vatbare beslissing”.

11. Artikel 4 is het hart van de Eurowob omdat hierin de absolute (eerste lid) en relatieve (tweede lid) uitzonderingen op het communautaire recht van toegang tot document zijn vastgelegd. In deze zaak gaat het om de weigeringsgronden in artikel 4, tweede lid, aanhef en tweede en derde streepje jo. de toetsing op een prevalerend hoger belang. Anders dan in artikel 10, tweede lid, Wob, op basis waarvan een belangenafweging moet plaatsvinden tussen het publieke belang van openbaarmaking en een of meerdere relevante weigeringsgronden, kent de Eurowob een expliciet onderscheid tussen: (a) de vaststelling of sprake is van een uitzonderingsgrond en (b) de vraag of niettemin openbaarmaking vanwege een hoger belang is geboden. Materieel zijn de verschillen denk ik minimaal. Wel leidt het communautaire toetsingskader tot een scherpere motivering van de rechterlijke uitspraak en krijgt de vaststelling van de gelding van een uitzonderingsgrond groter gewicht, terwijl de Wob resulteert in een meer holistisch getinte toetsing. Wat de uitleg van de primair aangevoerde uitzonderingsgrond “gerechtelijke procedures” betreft, haakt het Gerecht aan bij de uitleg van dit begrip bij zijn arrest van 7 december 1999, zaaknr. T-92/98 (Interporc/Commissie). Herhaald wordt dat deze uitzondering ziet op documenten die – uitsluitend - voor een specifieke gerechtelijke procedure zijn opgesteld. De Commissie kan zich op basis hiervan dus niet aan de verplichting onttrekken om in het kader van een louter administratief dossier opgestelde documenten toegankelijk te maken, ook niet wanneer het gebruik hiervan in een procedure voor de gemeenschapsrechter nadelig voor de Commissie zou kunnen uitpakken. Omdat de bevoegde nationale autoriteiten of de instellingen alleen en volledig verantwoordelijk zijn voor de aan een onderzoeksrapport van Olaf te verbinden consequenties uit een oogpunt van sanctiëring, kan het zijn dat een dergelijk rapport op nationaal niveau niet tot het instellen van een gerechtelijke procedure leidt, evenmin als dat op communautair niveau het geval behoeft te zijn. Onder deze omstandigheden is de uitzonderingsgrond gerechtelijke procedures niet van toepassing. Het Gerecht introduceert in deze uitspraak nog een tweede rechtmatigheids criterium in verband met het functionele oogmerk van deze uitzonderingsgrond: de eerbiediging van regels van nationaal procesrecht. Dit nieuwe criterium kan zelfstandige betekenis hebben in de gevallen dat sprake is van samenwerking van Olaf met toezichthouders/opsporingsinstanties op nationaal niveau en de beslissing omtrent de wijze van sanctioneren al is genomen. Om de hiervoor genoemde reden komt het Gerecht met een onderzoeks/vergewisplicht van de communautaire instantie in de vorm van een verplichting om in geval van twijfel de nationale rechter te raadplegen met betrekking tot de vraag welke documenten geweigerd moeten worden om inbreuk op het nationale procesrecht te voorkomen. Deze vergewisplicht gaat verder dan bestaande overlegverplichtingen in de verordening, met name in de artikelen 4, vierde lid, en 5, omdat het accent in de beoordeling primair bij de nationale instanties ligt. Ook op dit punt krijgt de motivering van de Commissie/Olaf een onvoldoende omdat een dergelijk onderzoek niet is gedaan.

12. De achterliggende reden van het Gerecht om een vergewisplicht te formuleren is het beginsel van behoorlijk bestuur. Terecht wil het Gerecht voorkomen, dat de justitiabele door de nationale rechter naar de Europese rechter wordt verwezen en vice versa, een kwestie van “klantvriendelijkheid” dus. Daaruit resulteert de vraag waar op nationaal niveau de “knip” gelegd moet worden tussen de gelding van de Eurowob en nationale openbaarheids- en geheimhoudingsregimes. Zelf denk ik dat indien betrokkene een procedure aanhangig heeft gemaakt bij de Europese rechter, het omslagpunt ligt op het punt waarop het straf- of bestuursprocesrecht van toepassing wordt. Vgl. mijn noot bij ABRvS 18 februari 2004, JB 2004, 144 en de nadien nog in werking getreden herziening van de Wet JD, Stb. 2004, 315 (sindsdien: WJSG). Doet betrokkene met betrekking tot openbaarmaking van een Olaf-rapport een Wob-verzoek, dan ligt de situatie echter anders. In dat geval is het betreffende bestuursorgaan bevoegd, echter onder toepassing van artikel 5 van verordening nr. 1049/2001, de raadpleegverplichting jegens de betreffende Europese instelling van wie het document afkomstig is. Vgl. ABRvS 23 november 2005, JB 2006, 28 m.nt. dzz.

13. Het weigeringsbesluit van de Commissie/Olaf was tevens op de uitzonderingsgrond “doel van inspecties, onderzoeken en audits” gebaseerd. De omstandigheid dat de gevraagde stukken op dit type werkzaamheden betrekking hebben is echter onvoldoende om een uitzondering op de openbaarheidsverplichting aan te nemen. Het Gerecht geeft aan deze uitzonderingsgrond een

zodanige uitleg, dat deze pas van toepassing is wanneer de openbaarmaking van de betreffende documenten de voltooiing van de inspecties, onderzoeken of audits in gevaar kan brengen. Dat tijdstip van voltooiing is niet het tijdstip van afsluiting van de concrete inspectie- en onderzoekswerkzaamheden, maar loopt door tot aan het tijdstip waarop is beslist over het aan deze procedures te geven gevolg, mits een hierbij door de gerechtelijke instanties van de lidstaten in acht te nemen redelijke termijn niet is overschreden. Met het oog hierop concretiseert het Gerecht de onderzoeksplicht van de instelling als volgt. Nagegaan moet worden: (a) of het document onder één van de in artikel 4 van verordening nr. 1049/2001 genoemde uitzonderingen valt, (b) indien dit het geval is, of de beschermingsbehoefte met betrekking tot deze uitzondering reëel is en (c) of de bescherming op het gehele document van toepassing is. In het voorliggende geval is de redelijke termijn niet overschreden. Niettemin krijgt de Commissie een onvoldoende omdat zij wat een aantal documenten betreft haar onderzoeksplicht onvoldoende serieus heeft genomen door een teveel aan beoordeling in abstracto.

14. Het belang van dit arrest betreft mede de toetsing aan het bestaan van een hoger openbaar belang (artikel 4, tweede lid, laatste zinsnede). De uitleg van dit begrip door het Gerecht spoort volledig met de interpretatie van het begrip “algemeen belang van openbaarheid van informatie” in artikel 2, eerste lid, Wob, als afwegingsfactor in het kader van de relatieve weigeringsgronden in artikel 10, tweede lid. Allereerst stelt het Gerecht vast, dat verordening nr. 1049/2001 niet voorziet in een recht op selectieve openbaarmaking. Het bijzondere belang van verzoeker bij toegang tot specifieke documenten kan dus geen rol spelen bij de beoordeling van dit verzoek. In dit geval baat betrokkenen evenmin dat zij zich beroepen op de rechten van de verdediging als een algemeen belang. In casu concretiseren deze rechten zich in het subjectieve belang van verzoekers om zich te verdedigen. Verzoekers beroepen zich dus niet op een algemeen, maar op een particulier belang, zodat het door de verordening verlangde hogere belang bij openbaarmaking zich in dit geval niet voor doet.

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