



## **Nader tot U - Brussel verordent openbaarheid EU-documenten**

Verschenen in *Mediaforum* 2000-3, p. 73-79

### **M.M.M. van Eechoud**

Terwijl in Nederland de premier zich beklagt over het feit dat de pers met een beroep op de Wet openbaarheid van bestuur (Wob) inzage krijgt in lunchbonnetjes van politici<sup>[1]</sup> zet Brussel weer een stap in de richting van een -door Nederland zo fel gewenste- echte Euro-wob. In deze bijdrage een beknopte analyse van het huidige openbaarheidsregime, met de nadruk op recente EG-rechtspraak daarover, en veranderingen die de ontwerp-verordening inzake toegang tot documenten meebrengt.

Op 28 januari jl. zond de Europese Commissie een ontwerp-verordening inzake publieke toegang tot documenten naar Parlement en Raad.<sup>[2]</sup> Deze verordening moet deels de plaats innemen van de huidige algemene Europese openbaarheidsregelingen:

- Gedragscode inzake de toegang tot documenten van de Raad en de Commissie<sup>[3]</sup> (hierna: de Gedragscode 1993),
- Besluit 93/731/EG van de Raad inzake de toegang tot documenten van de Raad<sup>[4]</sup> (hierna: Besluit 93/731),
- Besluit 97/632/EGKS, EG, Euratom van het Europees Parlement inzake de toegang van het publiek tot de documenten van het Europees Parlement,<sup>[5]</sup>
- Besluit 94/90/EGKS, EG, Euratom van de Commissie inzake de toegang tot documenten van de Commissie<sup>[6]</sup> (hierna: Besluit 94/90).

Directe aanleiding voor de totstandkoming van de Gedragscode en de daarop gebaseerde besluiten was Verklaring nr. 17 bij het Verdrag van Maastricht: volgens de lidstaten versterkt doorzichtigheid van het (Europese) besluitvormingsproces zowel het democratisch gehalte van de instellingen als het vertrouwen van burgers in de overheid. Vandaar dat de Commissie gevraagd werd om uiterlijk in 1993 te rapporteren over mogelijke maatregelen die de toegang verbeteren tot documenten waarover de Europese instellingen beschikken. De Europese Raad spoorde de Commissie aan tot haast, in verklaringen aangenomen tijdens de bijeenkomsten in Birmingham (1992), Edinburgh (1992) en Kopenhagen (1993).

De Commissie kwam eind 1993 met een voorstel dat leidde tot de Gedragscode, waarop al snel de nadere uitwerking volgde in de vorm van Besluit 93/731 en Besluit 94/90, respectievelijk gebaseerd op het reglement van orde van de Raad en de Commissie.<sup>[7]</sup> Het Europees Parlement liet nog enkele jaren op zich wachten.

Voor andere Europese organen -zoals de Europese Investeringsbank, het Europees Milieuagentschap en ECOSOC- geldt de Gedragscode niet, wel hebben ze in meer of mindere mate vergelijkbare openbaarheidsregelingen,<sup>[8]</sup> gebaseerd op huishoudelijke reglementen. Ook de ontwerp-verordening voorziet niet in één centrale regeling, tot spijt van het Parlement.<sup>[9]</sup>

In zijn bespreking van de Gedragscode 1993 merkt Wopereis terecht op dat Brussel niet lijkt te vertrekken van het uitgangspunt dat burgers een recht hebben op toegang tot overheidsinformatie, maar dat toegang een middel is om het vertrouwen van de burger in de Europese instellingen te verbeteren.<sup>[10]</sup> Dat is toch wel een week aftreksel van de meer gebruikelijke opvatting over openbaarheidswetgeving als noodzakelijk middel voor de vrije (politieke) meningsvorming en deelname aan politieke besluitvormingsprocessen, of zelfs als onderdeel of verlengde van het fundamentele recht van informatievrijheid.<sup>[11]</sup>

Over Neerlands algemene openbaarheidregeling Wob pleegt de Afdeling Rechtspraak te zeggen: 'Blijkens de parlementaire geschiedenis van de Wet openbaarheid van bestuur ligt aan de totstandkoming van deze wet vooral de gedachte ten grondslag dat, teneinde de burger in de gelegenheid te stellen bestuurlijke besluitvormingsprocessen in heden en verleden te doorzien en hem de mogelijkheid te bieden bij een goede en democratische besluitvorming betrokken te zijn en daartoe bij te dragen, bestuurlijke informatie waarover de overheid beschikt in beginsel niet aan de openbaarheid onttrokken dient te zijn of te blijven...'.<sup>[12]</sup> Of korter: '...deze Wet juist beoogd het meedenken door een ieder over besluitvormingsprocessen te bevorderen.'<sup>[13]</sup> In Brussel leek men, in ieder geval tot voor kort, wat anders te denken over doel en aard van het recht op toegang tot overheidsinformatie. Het nieuwe artikel 255 EG, dat uitdrukkelijk bepaalt dat de burger recht op toegang heeft tot documenten van Parlement, Raad en Commissie, verankert weliswaar de openbaarheid, of het in de praktijk ook tot een verbeterde openbaarheidsregeling leidt valt te bezien. Daarover later meer, na het overzicht van de huidige regeling en recente rechtspraak daarover.

## Hoofdpijnen huidige regeling

Kort samengevat geeft de Gedragscode aan welke informatie gevraagd kan worden (documenten die bij de instelling waaraan het verzoek gericht is berusten én waarvan die instelling ook auteur is), hoe dat moet gebeuren,<sup>[14]</sup> en welke weigeringsgronden er zijn. Er is één relatieve weigeringsgrond, namelijk de bescherming van de geheimhouding beraadslagingen van Commissie of Raad. Absolute weigeringsgronden zijn:

- bescherming van het algemeen belang (openbare veiligheid, internationale betrekkingen, monetaire stabiliteit, gerechtelijke procedures, inspectie- en enquêteactiviteiten)
- bescherming van het individu en de persoonlijke levenssfeer
- bescherming van geheime handels- en industriële gegevens
- bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap
- bescherming van de vertrouwelijkheid waar de (rechts)persoon die de informatie heeft verstrekt om heeft verzocht of welke krachtens de wetgeving van de lidstaat die de informatie heeft verstrekt vereist is.

Hoofdbeginsel van de Gedragscode is dat het publiek zo ruim mogelijke toegang krijgt. Net als onder de Wob hoeven verzoekers geen belang aan te tonen bij openbaarheid, noch hun verzoek te motiveren.<sup>[15]</sup> Een weigering kan gebaseerd zijn op meerdere gronden, maar eenmaal bij het Gerecht aangeland kan met betrekking tot een bepaald document niet een andere (of extra) weigeringsgrond ingeroepen worden dan die welke blijkens de afwijzende beschikking van

Commissie of Raad specifiek aan de weigering van dat document ten grondslag lag.<sup>[16]</sup>

## **De status van de huidige regeling**

Vóór het Verdrag van Amsterdam was er geen EG-verdragbepaling die als basis kon dienen voor een algemeen recht op toegang tot EG-informatie.<sup>[17]</sup> Raad, Commissie en Parlement namen hun respectieve reglementen van orde als grondslag voor de openbaarheidsbesluiten. Dat leverde drie problemen op, die voor het Gerecht en Hof zijn uitgevochten in procedures tegen Raad en Commissie.

Ten eerste was volgens sommigen de Raad niet bevoegd om op grond van zijn reglement van orde de toegang tot documenten voor burgers te regelen. Ten tweede werd betwijfeld wat de status was van Gedragscode en de daarop gebaseerde besluiten: geven die de burger wel een (afdwingbaar) recht op informatie, gezien het feit dat ze op de interne organisatiebevoegdheid van de instellingen waren gebaseerd? Het derde probleem was de verhouding tussen geheimhoudingsbepalingen in het reglement van orde en het op datzelfde reglement gebaseerde Besluit 93/731.

### *Bevoegdheid*

Het eerste probleem vonden vooral Nederland en het Europese Parlement acuut: waren Commissie en Raad eigenlijk wel bevoegd om op grond van RvO's de openbaarheid te regelen? Nederland betwijfelde dat en probeerde vergeefs besluit 93/731 vernietigd te krijgen.<sup>[18]</sup> Een zo essentieel democratisch recht als het recht op toegang tot (overheids)informatie moet volgens Nederland en het Europees Parlement niet geregeld worden alsof het een vraagstuk van interne organisatie is. Zeker regelingen inzake toegang die erop gericht zijn rechtsgevolgen voor burgers teweeg te brengen, moeten niet op reglementen van orde gebaseerd zijn (r.o. 29-31).

Het Hof geeft Nederland na dat het recht op toegang tot documenten die bij de overheid berusten in de meeste lidstaten als een grondrechtelijk of wetgevingsbeginsel wordt erkend. Dat argument wordt vervolgens gebruikt om de bestaande regeling te rechtvaardigen: aangezien het recht op openbaarheid zo belangrijk is, en dit ook op gemeenschapsniveau bij herhaling is bevestigd, moeten de instellingen maatregelen kunnen treffen die de toegang verbeteren; bij gebreke aan een algemene regeling door de gemeenschapswetgever<sup>[19]</sup> kan dat op grondslag van reglementen van orde (r.o. 34-40). Dat Besluit 93/731 een interne maatregel is, staat er niet aan in de weg dat het rechtsgevolgen heeft jegens derden (r.o. 38).

De Gedragscode zelf is overigens (zoals ook Nederland beweerde) in tegenstelling tot de Besluiten 90/94 en 731/93 geen op rechtsgevolg gericht besluit, waartegen dus ook geen beroep kan worden ingesteld bij het Hof.

### *Toegang een recht?*

Dat de besluiten daadwerkelijk (een afdwingbaar) recht op toegang geven, was uit bovenstaande Nederland/Raad uitspraak al duidelijk. Meer expliciet kwam dit aan de orde in de zaak-Carvel (zie hieronder) en vooral in de zaak WWF/Commissie.<sup>[20]</sup> Begin 1997 oordeelde het Gerecht in deze laatste zaak dat de Commissie met Besluit 94/90, een maatregel van interne organisatie, vrijwillig verplichtingen op zich heeft genomen, maar dat dat er niet aan af doet dat het besluit rechten schept voor derden die de Commissie moet respecteren.

Al met al kon er begin 1997 geen twijfel meer over bestaan dat de openbaarheidsregelingen

minder ‘vrijblijvend’ zijn dan Commissie en Raad wellicht hadden gehoopt. Des te vreemder was het verweer van de Commissie tijdens de behandeling van de zaak Interporc in oktober 1997,<sup>[21]</sup> waar zij opmerkte: ‘De Commissie erkent het politieke belang van de toegang tot bij de gemeenschapsinstellingen berustende documenten. Zij vraagt zich echter af, wat de juridische betekenis is van het beginsel van toegang tot documenten zoals dat uit de verklaringen inzake de doorzichtigheid [o.m. bovengenoemde Verklaring 17, mve] voortvloeit. Ten aanzien van de juridische status van besluit 94/90 wijst zij er met nadruk op, dat dit besluit is vastgesteld in het kader van haar interne organisatiebevoegdheid, krachtens welke zij passende maatregelen kan treffen om haar interne werking in het belang van een goed bestuur te verzekeren...’(r.o. 35).

Het Gerecht herhaalt daarop maar weer dat het feit dat het besluit op een interne organisatiebevoegdheid berust, er niet aan in de weg staat dat het burgers een recht op toegang tot commissiedocumenten geeft (r.o. 46-47).

### *Verhouding tot reglement van orde*

Het derde probleem -de verhouding tussen geheimhoudings- danwel openbaarheidsbepalingen in een reglement van orde zelf en in een daarop gebaseerd besluit- kwam aan de orde in de zaak Carvel.<sup>[22]</sup> Een journalist van de Guardian verzocht om toezending van stukken betreffende verschillende bijeenkomsten van de Raad. Een deel van die stukken werd niet verstrekt. Notulen, presentielijsten en stemverslagen en besluiten van de Justitie Raad werden niet toegezonden omdat ze op grond van het reglement van orde niet zouden mogen worden verspreid daar ze rechtsreeks betrekking hadden op de beraadslagingen van de Raad.

Art. 4 lid 2 van Besluit 93/731 luidt: ‘Toegang tot een document van de Raad kan worden geweigerd in verband met de geheimhouding van de beraadslagingen van de Raad’. Deze relatieve uitzonderingsgrond noopt de Raad tot een concrete afweging tussen het belang van verzoeker bij toegang en het belang van geheimhouding van de beraadslagingen van de Raad.

Volgens de Raad heeft Besluit 93/731 echter geen voorrang op het reglement van orde waarop het is gebaseerd, en moet het worden uitgelegd in overeenstemming met het RvO. In het reglement van orde art. 5 lid 1 staat: ‘onverminderd [...] andere terzake geldende bepalingen, zijn de beraadslagingen van de Raad aan geheimhouding onderworpen, voor zover de Raad niet anders besluit [...]’. De Raad meende tot documenten die betrekking hebben op beraadslagingen als hoofdregel geen toegang te hoeven geven.

Het Gerecht volgt die redenering niet. Het constateert dat Besluit 93/731 de enige (wetgevende) tekst is die het recht van de burger op toegang tot raadsdocumenten regelt; het reglement van orde regelt alleen de interne werking van de Raad. De rechten die de burger op grond van het Besluit heeft, mag de Raad hen niet ontnemen door geen gebruik te maken van de bevoegdheid die art. 5 lid 1 RvO biedt (i.e. besluiten dat beraadslagingen niet geheim zijn).

### **Welk soort documenten toegankelijk?**

Volgens de Gedragscode (met equivalent in art. 2 lid 2 Besluit 93/731) geldt dat wanneer de auteur van het document waarom is verzocht en dat bij de Instelling (i.e. Commissie of Raad) berust, een natuurlijk of een rechtspersoon, een lidstaat, een andere instelling of een orgaan de Gemeenschap of enige andere nationale of internationale organisatie is, het verzoek rechtstreeks tot de auteur van het document moet worden gericht. Deze ‘auteurschap-regel’ heeft al meerdere malen aanleiding gegeven tot klachten bij de ombudsman of procedures bij het Gerecht.

De Ombudsman (die medio 1995 zijn werk begon) ontvangt jaarlijks meer dan duizend klachten, waarvan er echter maar ruim 10% leidt tot een onderzoek: de rest van de klachten valt buiten de bevoegdheid, is niet-ontvankelijk, of is wel ontvankelijk maar geeft onvoldoende grond voor een onderzoek. Gebrekkige informatievoorziening, weigering van informatieverstrekking en gebrek aan transparantie geven het meest aanleiding tot klachten bij de ombudsman: ruim een kwart van de onderzoeken valt in die categorie.<sup>[23]</sup> Deze zaken gaan overigens lang niet allemaal over de weigering documenten te verstrekken in de zin van de Gedragscode. Voor zover ik op basis van de jaarverslagen kon nagaan hadden er in de periode 1996-1998 vijftien onderzoeken direct betrekking op Gedragscode en de Besluiten 93/731 en 94/90.

In bijna de helft van de gevallen was de twistappel de aard van de documenten: viel een document onder de openbaarheidsregeling, d.w.z. was het document afkomstig van Commissie (of Raad)? Illustratief is het geval van ene mr. B, die de Raad verzocht om de agenda's van bijeenkomsten van stuur- en werkgroepen van de Raad inz. Binnenlandse Zaken en Justitie, die plaatsvonden tijdens Iers voorzitterschap. Het secretariaat van de Raad weigerde die documenten te verstrekken omdat niet de Raad, maar 'het Ierse voorzitterschap' de agenda's opstelde. De Ieren zeiden de agenda's niet openbaar te maken. In de loop van het onderzoek veranderde de raad van opvatting: documenten die door een lidstaat in de hoedanigheid van voorzitter van de Raad zijn opgesteld, zijn wel raadsdocumenten. Documenten die echter door werkgroepen waren opgesteld waarin Raad, Commissie en de Verenigde Staten samenwerkten zouden niet als raadsdocumenten beschouwd moeten worden. De ombudsman constateerde -en daar ben ik het geheel mee eens- dat een dergelijke opvatting een ongerechtvaardigde oprekking van een de facto weigeringsgrond tot gevolg heeft.<sup>[24]</sup>

Een strikte interpretatie van de auteurschap-regel geeft vooral een verzoek om toegang tot documenten die door een combinatie van Europese instellingen zijn opgesteld een Kafkaëske bijmaak. Weigert de Raad bijv. met een beroep op de auteurschapregel toegang en zend hij de verzoeker dus door naar de co-auteur, zeg de Commissie, dan krijgt de verzoeker ook daar nul op het rekest, en wordt weer naar de Raad verwezen.

Zo'n kastje-naar-de muur probleem deed zich ook voor in het geval van een Ierse man, die zijn ministerie van Sociale zaken om een document had gevraagd, dat volgens het ministerie een commissiedocument was waarvoor hij dus in Brussel moest zijn. De Commissie vond het document in kwestie geen commissiedocument. Het betrof een document waarin de resultaten waren samengebracht van op verzoek van de Commissie door lidstaten aangeleverde informatie over armoede(bestrijding). De informatie was deels vertaald, en het document circuleerde in Ierland met een 'COM'-omslag. De ombudsman was voorstander van verstrekking en orkestreerde een 'friendly solution'. De Commissie bleef weliswaar bij haar standpunt, maar vroeg en kreeg wel toestemming van alle lidstaten om het document te verstrekken, en deed dat vervolgens ook.<sup>[25]</sup>

Recentelijk heeft het Gerecht van Eerste Aanleg zich in de zaak Rothmans/Commissie<sup>[26]</sup> ook gebogen over de auteurschapregel. Rothmans vroeg om toegang tot o.a. notulen van bijeenkomsten van het 'comité douanewetboek', een comitologie-comité. De Commissie weigerde toegang omdat de notulen geen commissiedocument in de zin van de Gedragscode zouden zijn, hoewel de Commissie het secretariaat van het comité verzorgt, de voorzitter een commissieambtenaar is, de commissie de (concept)notulen opstelt, en het comité niet over eigen financiële middelen beschikt, noch over een eigen archief, vergaderplaats of postadres.

Het Gerecht oordeelde (r.o. 59) dat de comitologie-comité's geen 'andere instelling of orgaan van de gemeenschap' zijn, en ook geen externe instelling (lidstaat, internationale organisatie e.d.). Het

uitsluiten van documenten van comitologie-comité's zou het recht op toegang aanzienlijk beperken, hetgeen niet verenigbaar is met het doel van het recht op toegang (r.o. 61). De Commissie moet verzoeken om toegang tot dergelijke stukken dus gewoon in behandeling nemen, als ging het om commissiedocumenten.

Op dezelfde dag dat bovengenoemd arrest werd gewezen, deed het Gerecht ook uitspraak in de zaak Hautala/Raad.<sup>[27]</sup> Fins europarlementariër Hautala wilde een rapport van de 'Groep Export van Conventionele Wapens', een werkgroep die is ingesteld in het kader van het gemeenschappelijk buitenlands- en veiligheidsbeleid (titel V EU-Verdrag; de zgn. 'tweede' peiler). Het Hof van Justitie heeft op grond van art. 46 EU geen bevoegdheid inz. titel-V onderwerpen, en interveniënt Frankrijk<sup>[28]</sup> vond dat het zich dus ook niet kon uitspreken over toegang tot titel-V documenten. Het Gerecht herhaalde echter het eerder in de zaak Zweedse Journalistenbond/Raad<sup>[29]</sup> gegeven oordeel, dat het feit dat een document betrekking heeft op materie die onder de derde (of zoals in Hautala: tweede) peiler valt, er niet aan in de weg staat dat Gedragscode en Besluiten 94/90 en 93/731 van toepassing zijn. Dat het Gerecht niet bevoegd is te oordelen over de wettigheid van onder de derde of tweede peiler vallende handelingen, is niet relevant voor de bevoegdheid uitspraak te doen over de toegang tot tweede/derde-peiler documenten.

## Weigeringsgronden

Volgens cijfers van de Raad is de 'bescherming van de geheimhouding van de beraadslagingen' de meest voorkomende weigeringsgrond. Een goede tweede is 'algemeen belang (openbare veiligheid, internationale betrekkingen, monetaire stabiliteit, gerechtelijke procedures, inspectie- en enquêteactiviteiten)'.

In 1994-95 vroegen 142 aanvragers de Raad om 443 documenten. De Raad weigerde uiteindelijk de toegang tot 156 documenten (35%), waarvan in bijna 8 op de 10 gevallen op grond van de bescherming van de geheimhouding van de beraadslagingen van de Raad, en/of de bescherming van het algemeen belang.<sup>[30]</sup> In 1996-97 verzochten 451 aanvragers om 3.325 raadsdocumenten, waarvan ruim driekwart werd vrijgegeven. Van de weigeringen was tweederde gemotiveerd met een beroep op geheimhouding van de beraadslagingen.<sup>[31]</sup>

Het Secretariaat-Generaal is naar eigen zeggen geneigd om toegang op eerste verzoek te weigeren op grond van de geheimhoudingsbepaling, omdat zeer veel raadsdocumenten betrekking hebben op de beraadslagingen van de Raad of voorbereiding daarvan, en bij twijfel over de juiste belangenafweging geheimhouding wint. Het is dan in het kader van de beoordeling van een eventueel 'confirmatief' verzoek aan deskundigen, Coreper en de Raad op ministerieel niveau om alsnog over openbaarheid te beslissen.<sup>[32]</sup>

Deze weigeringsgrond is zoals gezegd de enige relatieve uitzonderingsgrond. Voor de toetsing betekent dit dat de Raad of Commissie per document daadwerkelijk moet afwegen welk belang voor gaat: dat van de burger bij toegang of dat van de instelling bij geheimhouding. Blijkt uit de motivering van de weigering niet dat een dergelijke afweging heeft plaatsgevonden, dan is sprake van een motiveringsgebrek (WWF/Commissie; Carvel/Raad r.o. 73, 77-78).

De weigeringsgrond algemeen belang (dat kan bestaan in bescherming van openbare veiligheid, internationale betrekkingen, monetaire stabiliteit, gerechtelijke procedures, inspectie- en enquêteactiviteiten) is absoluut, en vergt dus geen concrete belangenafweging. Wel moet per document (of bij verzoeken om grote aantallen documenten) bekeken worden of er daadwerkelijk een risico is dat verspreiding ervan een van de genoemde belangen



aantast.<sup>[33]</sup> Raad en Commissie zijn beiden teruggefloten door het Gerecht toen ze deze weigeringsgrond te ruim interpreteerden. In het afgelopen jaar zijn over de interpretatie van weigeringsgronden de volgende vonnissen gewezen:

#### *Van der Wal/Commissie*

In het in januari 2000 gewezen Van der Wal/Commissie-arrest<sup>[34]</sup> was aan de orde wanneer sprake is van mogelijke schade aan het algemeen belang (i.c. in de hoedanigheid van gerechtelijke procedures) door verspreiding van een document. De documenten in kwestie hielden verband met inlichtingen die een Franse rechter op grond van een speciale inlichtingenregeling inwon bij de Commissie over art. 81 en 82 (85 en 86 oud) EG. De Commissie ging er van uit dat alleen de nationale rechter bevoegd is te beslissen of de documenten die de Commissie zond openbaar gemaakt konden worden. Het Gerecht<sup>[35]</sup> volgde de Commissie in zoverre, dat voor zover het gaat om lopende procedures (waarbij de Commissie geen partij hoeft te zijn), ten behoeve waarvan de Commissie documenten heeft opgesteld, toegang tot die documenten geweigerd moet worden. Het Gerecht baseert zich daarbij op het beginsel van procedurele autonomie (van de nationale rechter) zoals dat uit art. 6 EVRM zou volgen.

Het Hof erkent dat die procedurele autonomie in art. 6 EVRM besloten ligt, maar oordeelt -in tegenstelling tot het Gerecht- dat daaruit niet volgt dat alleen de geadieerde rechter bevoegd is te beslissen over toegang tot de stukken. Het Hof analyseert vervolgens wat voor type informatie de Commissie geeft naar aanleiding van verzoeken van nationale rechters. De conclusie is dat het vaak gaat om bestaande documenten of feitelijke gegevens (marktanalyses, statistieken), of om wel speciaal voor de rechter opgestelde documenten, maar dan documenten die slechts verwijzen naar voordien al bestaand materiaal (brief met opsomming van stukken bijv.), of die slechts een algemeen advies bevatten (r.o. 20-24). Bij de vraag of dergelijke documenten verstrekt moeten worden is niet van belang dat ze betrekking hebben op een (lopende) procedure in een lidstaat. Dat staat er overigens niet aan in de weg dat de documenten op grond van een andere weigeringsgrond niet verstrekt worden; enkel het argument dat het document betrekking heeft op een gerechtelijke procedure kan niet tot weigering leiden.

Alleen voor een andere groep documenten, namelijk die welke juridische of economische analyses bevatten gebaseerd op door de nationale rechter verstrekte gegevens, kan de eerbiediging van het nationale recht aan openbaarmaking door de Commissie in de weg staan (r.o. 25). De Commissie moet in zulke gevallen per document vaststellen of de nationale (proces)regels zich tegen openbaarmaking verzetten, en bij twijfel daarover te rade gaan bij de rechter in kwestie (r.o. 28). Staat het nationale recht niet aan openbaarmaking in de weg, dan kan weigering dus niet gebaseerd worden op de bescherming van gerechtelijke procedures (i.c. procedurele autonomie).

#### *Bavarian/Commissie*

Deze ook recente zaak<sup>[36]</sup> ontstond naar aanleiding van Britse bierwetgeving: The Bavarian wilde Duits flessenbier verkopen in Britse cafés, maar exclusieve afnameovereenkomsten tussen pubs en brouwers stonden daaraan in de weg. Ook de 'Guest Beer Provision', een wettelijke bepaling die brouwerijen met deelnames in meer dan 2000 pubs verplicht om de pubs de mogelijkheid te bieden om bier van een ander te betrekken, bood geen uitkomst: deze bepaling zag alleen op fustbier, niet op flessenbier.

The Bavarian diende begin 1993 een klacht in bij de Commissie wegens schending van art. 30 (thans na wijziging 28) EG, waarop de Commissie een onderzoek startte. In april 1995 besloot de

Commissie een niet-nakomingprocedure cf. art. 169 (thans 226) EG te beginnen. Nog ruim een jaar later besloot de Commissie de tweede fase van de niet-nakomingprocedure in te gaan, en het Verenigd Koninkrijk een met reden omkleed advies te zenden. Dat advies was nog niet opgesteld toen in maart 1997 de Britten aankondigde de Guest Beer Provision te wijzigen. De Commissie schortte de inbreukprocedure op (april 1997), evenals het besluit om een advies te zenden (maart 1997, nogmaals in juni 1997). Nadat de nieuwe Britse bierwetgeving in augustus 1997 in werking was getreden, zag de Commissie in december 1997 af van verdere stappen.

Inmiddels had The Bavarian al in april 1997 DGXV verzocht om een kopie van het (nooit aan het VK verzonden) advies, welk verzoek werd afgewezen omdat er een interne regel zou zijn op grond waarvan een dergelijk advies vertrouwelijk is, en dus niet voor openbaarmaking in aanmerking komt. The Bavarian deed nog een poging, ditmaal werd het verzoek afgewezen met een beroep op de bescherming van het algemeen belang.

Verspreiding van het document zou de goede rechtsbedeling schaden, de schikking van schendingen van het gemeenschapsrecht in het gedrang kunnen brengen en 'afbreuk kunnen doen aan de sfeer van wederzijds vertrouwen die nodig is voor een diepgaande en open discussie tussen de Commissie en de lidstaat om de nakoming door deze lidstaat van de krachten het Verdrag op hem rustende verplichtingen te garanderen' (r.o. 17). Deze laatste motivering stond ook centraal in de afwijzende beschikking op het confirmatieve verzoek dat Bavarian indiende. De Commissie voerde verder onder meer aan dat aangezien de uitzonderingsgrond 'algemeen belang (...inspectie- en enquêteactiviteiten)' van toepassing was, een belangenafweging niet vereist was.

Voor het Gerecht bestreed Bavarian dat het algemeen belang aan openbaarmaking in de weg zou staan. Openbaarmaking van het advies zou juist het algemeen belang dienen omdat het doorzichtigheid van het besluitvormingsproces inzake niet-nakomingprocedures verzekert en vertrouwen in het optreden van de Commissie zou wekken. Aangezien de Commissie er in het voorjaar van 1997 al op wees dat de nakomingprocedure zou worden beëindigd zodra de gewijzigde Britse wet in werking trad, had het Verenigd Koninkrijk geen belang bij het vertrouwelijk blijven van het advies (r.o. 28-29).

Voor het Gerecht beroept de Commissie zich op de WWF-zaak, waarin zou zijn bepaald dat alle documenten met betrekking tot onderzoeken die eventueel tot een niet-nakomingprocedure zouden kunnen leiden, onder de bescherming van het algemeen belang en meer bepaald onder inspectie- en enquêteactiviteiten vallen. (r.o. 30). Aangezien er een onderzoek liep toen The Bavarian om een kopie van het met reden omkleed advies vroeg, en zo'n advies per definitie verband houdt met een niet-nakomingprocedure, werd verstrekking terecht geweigerd (r.o. 32), aldus de Commissie.

Het Gerecht komt tot hetzelfde resultaat, maar via een andere weg. Ten eerste is het document in kwestie helemaal geen met redenen omkleed advies, aldus het Gerecht. Op het moment waarop de Commissie besloot een advies uit te brengen was er nog geen tekst, en de later door de ambtelijke dienst opgestelde tekst was niet door het bevoegde lid van de Commissie ondertekend, noch aan het Verenigd Koninkrijk betekend. Het is in de ogen van het Gerecht een voorbereidend document gebleven. Nu vallen ook documenten die betrekking hebben op de voorbereiding van initiatieven of relevant achtergrondmateriaal onder de openbaarheidsregeling.<sup>[37]</sup>

Toch weigerde de Commissie terecht de toegang volgens het Gerecht, en wel omdat twee dagen voor het verzoek van the Bavarian om toegang (21 maart 1997), de Commissie had besloten het



advies nog niet uit te brengen. Daardoor was ten tijde van het verzoek de niet-nakomingprocedure nog in de onderzoeksfase, en kon een beroep op de bescherming van inspectie- en enquêteactiviteiten uitkomst brengen. ‘Zoals het Gerecht in zijn arrest WWF heeft verklaard, mogen de lidstaten van de Commissie verwachten, dat zij de onderzoeken die eventueel tot een niet-nakomingprocedure zouden kunnen leiden, vertrouwelijk afhandelt (...) Wanneer documenten betreffende de onderzoeksfase tijdens het overleg [curs. mve] tussen de Commissie en de betrokken lidstaat worden openbaar gemaakt, zou namelijk het goede verloop van de niet-nakomingprocedure kunnen worden belemmerd...(r.o. 46).’

Het Gerecht wijst erop dat -in tegenstelling tot wat de Commissie lijkt te denken- niet alle (voorbereidende) documenten die verband houden met een art. 169 (thans 226) EG procedure automatisch door de uitzondering betreffende het algemeen belang worden gedekt. Combineert men echter de oordelen van het Gerecht in WWF (geen verstrekking van documenten m.b.t. onderzoek dat mogelijk tot inbreukprocedure leidt, ook als onderzoek al enige tijd gesloten is) en in Bavarian (tijdens onderzoeksfase geen verstrekking van documenten) dan lijkt er alleen ruimte voor verstrekking van documenten nadat de onderzoeksfase is afgesloten en een volgende stap is gezet in de inbreukprocedure (uitbrengen met reden omkleed advies aan de lidstaat, art. 226 EG). Na dat advies volgt eventueel nog een gang naar het Hof, alwaar, zo lijkt mij in ieder geval, de uitzondering algemeen belang-gerechtelijke procedures toepassing kan vinden.

### *Hautala/Raad*

In de zaak Hautala/Raad werd de beantwoording van de vraag of verstrekking van een document schade kan opleveren aan het algemeen belang, i.c. aan de internationale betrekkingen, door het Gerecht geheel aan de Raad overgelaten, nu het document over materie ging die valt onder titel V EU-Verdrag. Dat geeft reden te vermoeden dat in andere gevallen, waar het document over EG materie gaat, het Gerecht zich wel geroepen voelt zich te bemoeien met de inhoudelijke beoordeling of verspreiding van een document schade aan het algemeen belang kan toebrengen. De kans daarop lijkt me echter klein, aangezien de uitspraken tot nu toe erop wijzen dat met een marginale toetsing wordt volstaan.

Een novum in de Hautala-zaak is het oordeel van het Gerecht dat ook als de Raad tot de conclusie komt dat schade kan ontstaan, hij moet bekijken of gedeeltelijke verstrekking mogelijk is (schrappen van gevoelige passages). Hoewel Gedragscode en Besluit 93/731 niet voorzien in gedeeltelijke verstrekking, is het Gerecht daar wel voorstander van. Het Gerecht motiveert dit door te wijzen op het doel van de Gedragscode (zo ruim mogelijke toegang tot informatie verschaffen) en het evenredigheidsbeginsel.

### **De ontwerp-verordening**

De noodzaak van hervormingen die besluitvormingsprocessen stroomlijnen en doorzichtiger maken speelde al sinds Maastricht een aanzienlijke rol in de onderhandelingen tussen lidstaten over nieuwe verdragsbepalingen. Een ‘volwassen’ recht op toegang tot EU-informatie is een van de middelen waarmee de lidstaten hopen de EU ‘dichter bij de burger’ te brengen. Bij Verdrag van Amsterdam werd een nieuw artikel 191 A EG-Verdrag vastgesteld (thans art. 255), dat luidt:

1. Iedere burger van de Unie en iedere natuurlijke of rechtspersoon met verblijfplaats of statutaire zetel in een lidstaat heeft recht op toegang tot documenten van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie, volgens de beginselen en onder de voorwaarden die overeenkomstig de leden 2 en 3 worden bepaald.

2. Binnen twee jaar na de inwerkingtreding van het Verdrag van Amsterdam bepaalt de Raad volgens de procedure van artikel 251 de algemene beginselen en de beperkingen op grond van openbare of particuliere belangen betreffende dit recht op toegang tot documenten.

3. Elk van bovengenoemde instellingen neemt in haar eigen reglement van orde specifieke bepalingen betreffende de toegang tot haar documenten op.

In de co-decisieprocedure wordt dus een verordening opgesteld die de Gedragscode vervangt, waarop nieuwe uitvoeringsbesluiten kunnen worden vastgesteld of de huidige aangepast aan de verordening.

Qua grondslag mag men art. 255 EG een hele verbetering noemen vergeleken met de reglementen van orde. Maar gaat de burger er verder nog op vooruit? Ik behandel kort de voornaamste punten die onder de huidige regeling tot twist hebben geleid:

- 1) instellingen waarop de regeling van toepassing,
- 2) soort documenten waarom verzocht kan worden, en
- 3) reikwijdte van de weigeringsgronden

### **Geadresseerde instellingen**

Over het eerste punt kunnen we kort zijn: de nieuwe verordening zal zoals art. 255 EG voorschrijft en net zoals de Gedragscode nu, formeel alleen gelden voor Parlement, Commissie en Raad, en niet voor andere Europese instellingen of organen. Dat is niet wat het Europees Parlement zou willen: in een Resolutie (A4-476/98 van 12 januari 1999) riep het op om een nieuwe regeling op alle instellingen en organen van toepassing te laten zijn.

De ontwerp-verordening bevat in tegenstelling tot de Gedragscode uitgebreide definities. In artikel 3 lid b wordt duidelijk gemaakt dat 'instelling' duidt op Parlement, Commissie en Raad. Onder Commissie respectievelijk Raad vallen ook comitologie-comité's en andere bij Verdrag of door de instellingen ingestelde diensten en comité's die Raad danwel Commissie moeten bijstaan in de taakuitvoering. Dat documenten van comitologie-comités aangemerkt worden als commissiedocumenten, en dat documenten van werkgroepen van de Raad ingesteld in het kader van de tweede peiler ook onder de noemer Raadsdocumenten vallen had het Gerecht al uitgemaakt, en die lijn volgt de Commissie dus in haar voorstel.

### **Welke documenten worden toegankelijk?**

Op het punt van het soort documenten waarom verzocht kan worden is duidelijk sprake van vooruitgang. De 'auteurschapregel', waarvan ik de kafkaëske potentie hierboven aangeduid heb, wordt grotendeels verleden tijd. Net als bij de Nederlandse Wob, gaat het er als het aan de Commissie ligt voortaan om dat een document bij een van de instellingen berust, onafhankelijk van wie de auteur is (art. 2 lid 1). Voor documenten waarover de instellingen echter al beschikken voor inwerkingtreding van de verordening, blijft de auteurschapregel echter gelden.

Als document geldt 'iedere inhoud ongeacht de drager ervan', waarbij moet aangetekend dat (zoals vanouds) gepubliceerde of anderszins toegankelijke documenten niet binnen de werkingssfeer van de verordening vallen. Verder heeft de Commissie -ongetwijfeld geïnspireerd door bestaande nationale openbaarheidswetten- de werkingssfeer beperkt tot administratieve documenten, dat wil zeggen 'documenten betreffende een materie die verband houdt met de beleidsmaatregelen, acties en besluiten welke tot de bevoegdheid van de instelling behoren, met

uitzondering van teksten voor intern gebruik, zoals overdenking- en discussiestukken en adviezen van diensten, alsmede informele boodschappen' (art. 3 sub a).

De verordening is hier beperkter dan de Wob. Volgens art. 1 lid 2 sub Wob vallen persoonlijke beleidsopvattingen van bewindslieden, ambtenaren e.d. weliswaar buiten de werkingssfeer, maar overige informatie uit documenten waarin die beleidsopvattingen staan wordt wel verstrekt. Aangezien de Commissie (in navolging van de Gedragscode) een documentenstelsel voorstelt -en niet een informatiestelsel zoals we hier te lande kennen- draagt de voorgestelde regeling het risico in zich dat veel documenten wegens de aanwezigheid van beleidsopvattingen daarin buiten de openbaarheid blijven. Aan de andere kant is er geen reden waarom de instellingen niet de overwegingen van het Hof over gedeeltelijke verstrekking (Hautala/Raad) in acht zouden nemen.

## **Weigeringsgronden**

Van de weigeringsgronden heeft de Commissie veel werk gemaakt in haar ontwerp. De relatieve weigeringsgrond 'geheimhouding van de beraadslagingen' is verdwenen, maar in de plaats daarvoor zijn er absolute weigeringsgronden bijgekomen, allemaal in artikel 4. Op grond van het openbaar belang weigert de instelling toegang tot documenten waarvan de verspreiding 'in belangrijke mate afbreuk zou kunnen doen aan de bescherming van het openbaar belang, met name wat betreft':

- openbare veiligheid (cf. huidig)
- defensie en internationale betrekkingen (nieuw is defensie)
- betrekkingen tussen en/of met de lidstaten of de communautaire en niet-communautaire instellingen en organen (niet in Gedragscode, vervangt deels de geheimhouding van beraadslagingen bepaling)
- financiële of economische belangen (huidig: financiële belangen van de gemeenschap)
- monetaire stabiliteit (cf. huidig)
- stabiliteit van de communautaire rechtsorde (nieuw)
- gerechtelijke procedures (cf. huidig)
- inspectie-, enquête- en auditactiviteiten (nieuw: auditactiviteiten)
- het verloop van inbreukprocedures, met inbegrip van de voorbereidende procedures (nieuw, waarschijnlijk naar aanleiding van de zaken WWF, Van der Wal en Bavarian),
- het doeltreffend functioneren van de instellingen (nieuw; deels ter vervanging van geheimhouding beraadslagingen).

Daarnaast zijn nog drie absolute weigeringsgronden opgenomen: bescherming van de persoonlijke levenssfeer en het individu; bescherming van de financiële en economische belangen van derden (handelsgeheimen e.d.); en bescherming van de vertrouwelijkheid waarom de verstrekker van document of informatie heeft gevraagd of die de wetgeving van de lidstaat vereist.

Deze laatste bepaling stond ook al in de Gedragscode, maar desondanks is bij het Verdrag van Amsterdam een verklaring aangenomen (nr. 35) bij art. 255 (ex 191A) EG, die luidt: 'De conferentie komt overeen dat de in artikel 191A lid 1 [255 EG], van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap 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.'

Wat betreft de uitzonderingsgronden gestoeld op het openbaar belang, neemt de Commissie wat ze met de ene hand geeft -nl. dat de verspreiding niet zoals nu afbreuk zou kunnen doen maar in

belangrijke mate afbreuk zou kunnen doen- terug met de andere, door drie nieuwe en vage absolute uitzonderingsgronden op te nemen. Relatieve uitzonderingsgronden bezorgen de instellingen dan wel meer werk bij het beoordelen van verzoeken omdat een concrete afweging van het belang van openbaarheid tegenover andere belangen achterwege kan blijven, ze vormen wel een fijnzinniger instrument.

## Conclusie

Het zijn vooral de Luxemburgse rechters die hebben verzekerd dat de huidige openbaarheidsregeling geen wassen neus is geworden, m.n. door een ruimhartige interpretatie van de auteurschapregel en een redelijk strikte uitleg van de weigeringsgronden. De voorgestelde verordening dreigt een deel van deze winst weer teniet te doen, vooral door het grote aantal absolute uitzonderingsgronden. De afschaffing van de auteurschapregel lijkt op zich genomen een verbetering, maar in de praktijk kunnen er nog lelijke kanten aan zitten. In gevallen waar Commissie, Parlement of Raad geen auteur zijn, maar een document wel bij een van hen berust, kan de werkelijke auteur (lidstaat, andere instelling of orgaan van de Gemeenschap) immers verzoeken om het document niet vrij te geven. Als de Commissie c.s. standaard aan zo'n verzoek gaat (en mag) voldoen, kan dat ertoe leiden dat per saldo de afschaffing van de auteurschapregel geen ruimere openbaarheid oplevert.

Veel ernstiger zijn de mogelijke implicaties van de ontwerp-verordening voor de openbaarheid in Nederland zelf. Over de geheimhoudingsbepalingen in het reglement van orde van de Raad oordeelde de Afdeling Bestuursrechtspraak RvS al eens dat die de Wob opzij zetten: een document dat openbaar is op grond van de Wob, kan desondanks niet verkregen worden als het volgens het reglement van orde van de Raad geheim moet blijven.<sup>[38]</sup> Als voor de documenten die onder de werkingssfeer van de verordening komen te vallen, de Wob moet wijken, gaat voor een behoorlijk aantal documenten de facto de ruimere weigeringsgronden van de Europese regeling gelden. In het vanuit deze optie slechtst denkbare scenario, namelijk een ruime interpretatie van het soort documenten dat onder de verordening valt, zouden alle documenten die maar enigszins met Brussel te maken hebben en die zowel bij de Nederlandse overheid (in de zin van de Wob) berusten als bij Raad, Commissie of Parlement dus aan een strenger openbaarheidregime onderworpen worden.

Parlement en Raad zijn nu aan zet, de eerste zal zich naar verwachting kritisch uitlaten over de ontwerp-verordening. Op de hoorzitting 21 februari jl. van de 'Conventie' voor een Handvest van Grondrechten voor de EU,<sup>[39]</sup> wist regeringsafgevaardigde F. Korthals-Altes al te melden dat er op instigatie van europarlementariër Maij-Weggen (CDA) kritisch was gedebatteerd over de ontwerp-verordening, op de bijeenkomst van de voltallige 'Conventie' eerder die maand.

Hoe 't het voorstel in de Raad vergaat lijkt me moeilijk te voorspellen. Frankrijk -later dit jaar voorzitter- intervenueerde in drie van de vier zaken tegen de Raad aan diens kant. Ook het Verenigd Koninkrijk sprong in het verleden voor Brussel op de bres. Denemarken, Nederland, Finland en Zweden traden tot nu toe (doorgaans om de beurt) op als interveniënten pro-openbaarheid. Daar moet toch een blok te vormen zijn dat in ieder geval een flinke snoeibeurt van artikel 4 ontwerp-richtlijn teweegbrengt, in het belang van de door Raad en Commissie overigens in alle toonaarden bewierookte beginselen van openheid en openbaarheid.