

Vergaderjaar 2016–2017

22 112

Nieuwe Commissievoorstellen en initiatieven van de lidstaten van de Europese Unie

Nr. 2321

BRIEF VAN DE PARLEMENTAIRE ADVOCaat

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Amsterdam, 6 maart 2017

1 INLEIDING EN CONCLUSIES

1.1 Context van dit parlementair advies

- 1.1.1 De Tweede Kamer heeft De Brauw verzocht¹ een juridische analyse te maken van de verenigbaarheid met de Europese verdragen, de Europese wetgeving en de Europese jurisprudentie op het gebied van transparantie (hierna: het «Europese transparantierecht») van de instrumenten en praktijken die de toegang tot Raadsdocumenten beheersen, in het bijzonder van de Richtsnoeren voor de behandeling van interne Raadsdocumenten («Richtsnoeren»)² en het Reglement van Orde van de Raad («Ordereglement»)³.
- 1.1.2 Dit verzoek voor een parlementair advies dient te worden gezien in het licht van de vier voorstellen die de heer Omtzigt in zijn position paper van november 2016⁴ heeft gedaan ter vergroting van de transparantie van de regering richting het parlement over de besluitvorming in de Europese Unie («EU»), in het bijzonder binnen de Raad van Ministers van de EU («Raad»).

1.2 Onderzoeksvragen

- 1.2.1 Conform het door het presidium goedgekeurde opdrachtvoorstel,⁵ zal dit advies ingaan op de volgende zes onderzoeksvragen:

¹ Brief van de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal d.d. 01.02.17.

² Richtsnoeren voor de behandeling van interne Raadsdocumenten, Raadsdocument d.d. 09.06.11, nr. 11336/11.

³ Besluit van de Raad d.d. 01.12.09 houdende vaststelling van zijn reglement van orde, PbEU d.d. 11.12.09, L 325/25.

⁴ Pieter Omtzigt, «Vier voorstellen voor meer transparantie van de regering richting het parlement over besluitvorming in de Europese Unie», november 2016 (Kamerstuk 22 112, nr. 2250).

⁵ Kamerstuk 22 112, nr. 2291.

- Zijn de Richtsnoeren volledig verenigbaar met het Europese transparantierecht?
- Is het Ordereglement volledig verenigbaar met het Europese transparantierecht?
- Wat is de juridische basis voor het «citeerverbod» voor leden van de Tweede Kamer ten aanzien van «LIMITE»-documenten van de Raad? Hoe verhoudt dit citeerverbod zich tot het Europese transparantierecht en artikel 68 Grondwet?
- Kan men uit het Europese transparantierecht een actieve openbaarmakingsplicht voor de Raad afleiden, in die zin dat de Raad in beginsel verplicht zou zijn documenten openbaar te maken en niet slechts op verzoek daartoe gehouden is?
- Zijn de formele Europeesrechtelijke kaders op het gebied van transparantie van toepassing op de besluitvorming binnen informele Raadsgremia, zoals de Eurogroep, de Eurotop, de trilogon of de EU-27?
- Indien wordt geconstateerd dat de Richtsnoeren, het Ordereglement of het citeerverbod (op onderdelen) onverenigbaar zijn met het Europese transparantierecht, wat zijn dan de procedurele mogelijkheden voor leden van de Tweede Kamer om deze onverenigbaarheden rechtstreeks bij een rechterlijke instantie aan te kaarten?

1.2.2 In het onderhavige advies zal hierna eerst kort het Europeesrechtelijk kader worden geschetst waarbinnen deze onderzoeksvragen dienen te worden gezien (**hoofdstuk 2**). Vervolgens zullen de bovenstaande vragen achtereenvolgens worden geanalyseerd (**hoofdstukken 3 t/m 8**). De belangrijkste conclusies zijn hierna in paragraaf 1.3 opgenomen. Als bijlagen bij dit advies zijn opgenomen een Engelse vertaling van de belangrijkste conclusies van dit advies (**bijlage 1**)⁶, alsmede de relevante verdragsbepalingen en wetgeving (**bijlage 2**)⁷ en de integrale teksten van de Richtsnoeren (**bijlage 3**)⁸ en het Ordereglement (**bijlage 4**)⁹.

1.3 Samenvatting van de belangrijkste conclusies

- 1.3.1 In dit advies is een juridische analyse gemaakt van de verenigbaarheid met het Europese transparantierecht van de instrumenten en praktijken die de toegang tot Raadsdocumenten beheersen, in het bijzonder van de Richtsnoeren en het Ordereglement.
- 1.3.2 De belangrijkste conclusies van dit advies worden als volgt samengevat:
- Wij menen dat de hoofdregel van de Richtsnoeren, volgens welke alle interne Raadsdocumenten als «LIMITE» dienen te worden aangemerkt en in beginsel niet openbaar mogen worden gemaakt,¹⁰ onverenigbaar is met het Europese transparantierecht, meer in het bijzonder met de rechtspraak van de Unierechter inzake de Eurowob.¹¹
 - Wij menen dat de gronden voor beperking van de openbaarmaking van Raadsdocumenten vervat in de leden 4 en 6 van artikel 11 van bijlage II bij het Ordereglement onverenigbaar zijn met het Europese transparantierecht.

⁶ Raadpleegbaar via www.tweedekamer.nl

⁷ Raadpleegbaar via www.tweedekamer.nl

⁸ Raadpleegbaar via www.tweedekamer.nl

⁹ Raadpleegbaar via www.tweedekamer.nl

¹⁰ Zie punten 4 en 20 van de Richtsnoeren.

¹¹ Verordening 1049/2001 van het Europees Parlement en de Raad d.d. 30.05.01 inzake de toegang van het publiek tot documenten van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie, PBEU d.d. 31.05.01, L 145/43.

- Het citeerverbod dient ter verzekering van de naleving van de onder I. vermelde hoofdregel van de Richtsnoeren. Waar deze hoofdregel op gespannen voet staat met het Europese transparantierecht, geldt dat ook het citeerverbod een verdergaande belemmering van toegang tot Raadsdocumenten behelst dan vanuit Europeesrechtelijk perspectief kan worden gerechtvaardigd. Echter, omdat de Richtsnoeren een besluit van de Raad betreffen, waarmee bovendien de lidstaat Nederland heeft ingestemd, menen wij dat het de Nederlandse regering niet vrijstaat om eenzijdig en zonder voorafgaande afstemming met de Raad over te gaan tot intrekking van het citeerverbod.
- Het Europese transparantierecht biedt op dit moment geen expliciete grondslag voor het afleiden van een actieve openbaarmakingsplicht van de Raad ten aanzien van alle typen documenten. Niettemin menen wij dat de Eurowob aanknopingspunten biedt voor de stelling dat op de Raad een actieve openbaarmakingsplicht rust ten aanzien van wetgevingsdocumenten.
- Tenzij informele gremia zoals de Eurogroep, de Eurotop, de triloggen of de EU-27 het Europese transparantierecht vrijwillig op hun activiteiten van toepassing hebben verklaard, zijn deze instanties naar ons oordeel niet aan het Europese transparantierecht gebonden. Het valt buiten de reikwijdte van dit advies om nader in te gaan op de wenselijkheid van de toepassing van het Europese transparantierecht op informele gremia en op de mogelijkheden om toepassing van het Europees transparantierecht op deze informele gremia te bewerkstelligen. Wij menen dat het de moeite waard kan zijn hier nader onderzoek naar te doen.
- De procedurele mogelijkheden voor leden van de Tweede Kamer om de in dit advies geconstateerde onverenigbaarheden bij een rechterlijke instantie aan te kaarten zijn gelimiteerd. Het instellen van een rechtstreeks vernietigingsberoep tegen de Richtsnoeren of het Ordereglement bij het Hof van Justitie van de EU («**HvJEU**») is zowel voor leden van de Tweede Kamer als voor de Nederlandse regering niet mogelijk, nog daargelaten dat de beroepstermijn inmiddels ruim is verstreken.
- Wij zien evenwel de navolgende mogelijkheden voor leden van de Tweede Kamer om de openbaarmaking van Raadsdocumenten – meer in het bijzonder wetgevingsdocumenten – te bevorderen:
- Het staat (individuele) leden van de Tweede Kamer vrij om, al dan niet stelselmatig, met een beroep op de Eurowob bij de Raad te verzoeken om openbaarmaking van Raadsdocumenten en tegen de eventuele afwijzing daarvan beroep in te stellen bij de Unierechter;
- De Kamer kan de regering verzoeken om te bevestigen dat het categorische verbod van openbaarmaking van alle interne Raadsdocumenten onverenigbaar is met het Europese transparantierecht en om bij de Raad aan te dringen op aanpassing van de Richtsnoeren en het Ordereglement teneinde de – inmiddels steeds meer in het oog springende – onverenigbaarheden met het Europese transparantierecht weg te nemen;
- De Kamer kan de regering verzoeken om met de Raad in overleg te treden over aanpassing van het citeerverbod in het licht van de onverenigbaarheid van de Richtsnoeren met het Europese transparantierecht;

- De Kamer kan de regering in concrete gevallen verzoeken om – al dan niet na afstemming met de Raad – het citeerverbod buiten toepassing te laten in gevallen waar het interne Raadsdocumenten betreft waarop duidelijk geen van de uitzonderingsgronden voor openbaarmaking van de Eurowob van toepassing is;
- Leden van de Tweede Kamer kunnen de materie aan de orde stellen bij hun collega's in het Europees Parlement. Aangezien het Europees Parlement als belangrijke partij in het Europese wetgevingsproces er mede verantwoordelijk voor is dat dit wetgevingsproces voldoet aan de randvoorwaarden van het Europese transparantierecht, zou het op de weg van het Europees Parlement liggen om de Raad aan te spreken op wat zou kunnen worden aangemerkt als een systematische schending van het Europese transparantierecht;
- Leden van de Tweede Kamer kunnen de onverenigbaarheid van de Richtsnoeren en het Ordereglement met het Europese transparantierecht onder de aandacht brengen van de Europese Ombudsman.

2. OVERZICHT VAN HET EUROPESE TRANSPARANTIERECHT

2.1 Relevante verdragsbepalingen

- 2.1.1 Sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon is transparantie stevig verankerd de Europese verdragen. Ingevolge dit Verdrag heeft het openheidsbeginsel, dat de basis vormt voor het transparantiebeginsel, een plek gekregen in artikel 1 van het Verdrag inzake de Europese Unie («**VEU**»), dat bepaalt dat besluiten op Europees niveau «in een zo groot mogelijke openheid» en «zo dicht mogelijk bij de burger» dienen te worden genomen, dit om een «steeds hechter verbond tussen de volkeren van Europa» te bewerkstelligen.
- 2.1.2 Het transparantiebeginsel zelf is vevat in artikel 15 van het Verdrag inzake de Werking van de EU («**VWEU**»). Lid 1 van dit artikel bevestigt het belang van het transparantiebeginsel, dat ertoe dient «om goed bestuur te bevorderen en de deelneming van het maatschappelijk middenveld te waarborgen». Van bijzondere relevantie voor dit advies is lid 3 van artikel 15 VWEU. Dit lid bepaalt dat toegang tot documenten van de Europese instellingen, organen en instanties een recht is dat aan iedere Unieburger¹² toekomt. Dit recht op toegang tot documenten gaat gepaard met een recht tot inzage in de bovengenoemde documenten, dat is vastgelegd in artikel 42 EU-Handvest. Ook bevat artikel 15 lid 3 VWEU een verplichting voor «elke instelling», waaronder dus ook de Raad, om te zorgen «voor transparantie in zijn of haar werkzaamheden» door vaststelling van een ordereglement «overeenkomstig» de EU-verordeningen op transparantiegebied.
- 2.1.3 De tegenhanger van het transparantiebeginsel is de geheimhoudingsplicht van artikel 339 VWEU. Dit artikel, dat de basisaanname vormt van de Richtsnoeren, verbiedt leden van de Europese instellingen en Europese ambtenaren om «inlichtingen die naar hun aard vallen onder de geheimhoudingsplicht» openbaar te maken.

¹² Krachtens artikel 15 lid 3 VWEU komt dit recht op toegang eveneens toe aan iedere natuurlijke of rechtspersoon met een verblijfplaats of statutaire zetel in een lidstaat.

2.2 Verordening 1049/2001 («Eurowob»)

- 2.2.1 De Eurowob vormt een nadere uitwerking van artikel 15 VWEU en bevat de algemene beginselen en beperkingen van het recht op toegang tot EU-documenten. Hoewel deze verordening in beginsel slechts van toepassing is op (documenten van) de Raad, de Europese Commissie en het Europees Parlement,¹³ hebben inmiddels bijna alle EU instellingen, agentschappen en organen de Eurowob (in ieder geval gedeeltelijk) op hun documenten van toepassing verklaard door middel van interne besluiten.¹⁴
- 2.2.2 Uitgangspunt van de Eurowob is het waarborgen van een «zo ruim mogelijke toegang tot documenten».¹⁵ Deze openheid maakt een «betere deelneming van de burgers aan het besluitvormingsproces mogelijk» en zorgt voor «een grotere legitimiteit en meer doelmatigheid en verantwoordelijkheid van de administratie ten opzichte van de burgers binnen een democratisch systeem».¹⁶
- 2.2.3 Het hierboven geschetste ruime recht op toegang tot documenten kan echter worden beperkt op basis van de limitatief in artikel 4 Eurowob opgenomen uitzonderingsgronden. Deze uitzonderingsgronden zien op de bescherming van het openbaar belang, wat betreft de openbare veiligheid, defensie en militaire aangelegenheden, de internationale betrekkingen, het financieel, monetair of economisch beleid van de Unie of van een lidstaat,¹⁷ de persoonlijke levenssfeer en de integriteit van het individu, in het bijzonder gelet op de bescherming van persoonsgegevens,¹⁸ de bescherming van commerciële belangen van natuurlijke of rechtspersonen, met inbegrip van intellectuele eigendom, de bescherming van gerechtelijke procedures en juridisch advies en de bescherming van het doel van inspecties, onderzoeken en audits.¹⁹
- 2.2.4 De voor dit advies meest relevante uitzonderingsgrond is de zogeheten «space to think»-clausule²⁰ van artikel 4 lid 3 Eurowob, die betrekking heeft op de bescherming van het besluitvormingsproces. Deze uitzonderingsgrond luidt:
- «3. De toegang tot een document dat door een instelling is opgesteld voor intern gebruik of door een instelling is ontvangen, en dat betrekking heeft op een aangelegenheid waarover de instelling nog geen besluit heeft genomen, wordt geweigerd, indien de openbaarmaking ervan het besluitvormingsproces van de instelling ernstig zou ondermijnen, tenzij een hoger openbaar belang openbaarmaking gebiedt.*
- De toegang tot een document met standpunten voor intern gebruik in het kader van beraadslagingen en voorafgaand overleg binnen de betrokken instelling wordt ook geweigerd nadat het besluit genomen is, indien de openbaarmaking van het document het besluitvormingsproces van de instelling ernstig zou ondermijnen, tenzij een hoger openbaar belang openbaarmaking gebiedt.»*
- (onderstrepingen en markeringen toegevoegd)

¹³ Artikel 1, sub a) Eurowob, in samenhang gelezen met de toelichting bij de Eurowob, COM/2000/0030def., punt 4.

¹⁴ Zie voor een overzicht bijvoorbeeld: document van het algemeen secretariaat van de Raad, d.d. 15.11.13, nr. 16331/13, online te raadplegen via: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-16331-2013-INIT/en/pdf>.

¹⁵ Artikel 1 Eurowob. Zie ook de 1^{ste} en de 4^{de} preambules bij de Eurowob.

¹⁶ 2^{de} preambule bij de Eurowob.

¹⁷ Artikel 4 lid 1, sub a) Eurowob.

¹⁸ Artikel 4 lid 1, sub b) Eurowob.

¹⁹ Artikel 4 lid 2 Eurowob.

²⁰ Zie bijvoorbeeld Abazi en Hillebrandt, «The legal limits to confidential negotiations: Recent case law developments in Council transparency: *Access Info Europe* and *In 't Veld*», CMLR 52, 825–846, 2015, p. 826.

- 2.2.5 De toepassing van de hierboven genoemde uitzonderingsgronden dient te geschieden overeenkomstig artikel 4 lid 6 Eurowob. Dit lid bepaalt dat toegang slechts mag worden geweigerd tot die delen van documenten die onder de uitzonderingen van artikel 4 Eurowob vallen. De delen van documenten die niet onder de uitzonderingsgronden vallen, dienen derhalve openbaar te worden gemaakt.
- 2.2.6 Artikel 9 Eurowob bevat een speciale procedure voor de behandeling van openbaarmakingsverzoeken van zogeheten «gevoelige» documenten, dat wil zeggen documenten die «ter bescherming van de wezenlijke belangen» van de EU of haar lidstaten op het terrein van de openbare veiligheid, defensie en militaire aangelegenheden (de uitzonderingsgronden van artikel 4 lid 1 Eurowob) als «TOP SECRET», «SECRET» of «CONFIDENTIEL» zijn gerubriceerd.²¹
- 2.2.7 Tot slot hecht de Eurowob speciale waarde aan wetgevingsdocumenten, dat wil zeggen «documenten die zijn opgesteld of ontvangen in de loop van procedures tot aanneming van in of voor de lidstaten bindende besluiten».²² Voor dit type documenten bepaalt de Eurowob:
«Ruimere toegang tot documenten dient te worden verleend in gevallen waarin de instellingen optreden in hun hoedanigheid van wetgever [...], waarbij tegelijkertijd de doeltreffendheid van het besluitvormingsproces van de instelling behouden moet blijven.»²³
- 2.2.8 Bovendien dienen wetgevingsdocumenten krachtens artikel 12 Eurowob zo veel mogelijk rechtstreeks toegankelijk te worden gemaakt, in elektronische vorm of via een register.²⁴ Deze rechtstreekse toegang dient te worden onderscheiden van toegang door middel van een schriftelijk verzoek, waar de Eurowob ook in voorziet.²⁵

2.3 Relevante Europese transparantierechtspraak

- 2.3.1 De Unierechter heeft een belangrijke bijdrage geleverd aan de ontwikkeling van het Europese transparantierecht door richtlijnen te geven voor het interpreteren van het recht op toegang tot EU-documenten en van de uitzonderingsgronden van artikel 4 Eurowob.

Uitgangspunt: zo ruim mogelijk recht op toegang tot EU-documenten

- 2.3.2 Volgens het HvJEU heeft als uitgangspunt te gelden dat het publiek een zo ruim mogelijk recht op toegang dient te hebben tot documenten van Europese instellingen.²⁶ In de context van de Raad betekent dit dat «de toegang van het publiek tot de volledige inhoud van de documenten van de Raad de regel vormt.»²⁷ Deze

²¹ Besluit van de Raad d.d. 23.09.13 betreffende de beveiligingsvoorschriften voor de bescherming van gerubriceerde EU-informatie, PbEU d.d. 15.10.13, L-274/1.

²² Artikel 12 lid 2 Eurowob.

²³ 6^{de} preambule bij de Eurowob.

²⁴ Artikel 12 lid 2 Eurowob.

²⁵ Artikel 2 lid 4 jo. artikel 10 Eurowob.

²⁶ HvJEU, C-350/12P, *Raad / In 't Veld*, arrest d.d. 03.07.2014, ECLI:EU:C:2014:2039, r.o. 48; HvJEU, C-280/11P, *Raad / Access Info Europe*, arrest d.d. 17.10.13, ECLI:EU:C:2013:671, r.o. 28; HvJEU, C-506/08P, *Zweden / MyTravel en Commissie*, arrest d.d. 21.07.11, ECLI:EU:C:2011:496, r.o. 73; HvJEU, gevoegde zaken C-514/07P, C-528/07P en C-532/07P, *Zweden e.a. / API en Commissie*, arrest d.d. 21.09.10, ECLI:EU:C:2010:541, r.o. 69; HvJEU, gevoegde zaken C-39/05P en C-52/05P, *Zweden en Turco / Raad*, arrest d.d. 01.07.08, ECLI:EU:C:2008:374, r.o. 33.

²⁷ HvJEU, *Access Info Europe*, zie hierboven voetnoot 26, r.o. 35.

interpretatie van het HvJEU sluit aan bij het in 2.2.2 genoemde centrale uitgangspunt van de Eurowob.

- 2.3.3 Het bovenstaande betekent dat instellingen verplicht zijn om het publiek toegang tot hun documenten te verlenen, tenzij één van de uitzonderingen van artikel 4 Eurowob van toepassing is. Deze hoofdregel geldt volgens het HvJEU ook ten aanzien van juridisch advies²⁸ en ten aanzien van het weergeven van individuele standpunten van lidstaten in een voorbereidend wetgevingsdocument.²⁹

Strikt afwegingskader voor beperken recht toegang

- 2.3.4 Beperkingen van het ruime recht op toegang tot EU-documenten dienen volgens het HvJEU restrictief te worden uitgelegd en dienen hun basis te vinden in de wettelijke uitzonderingsgronden van artikel 4 Eurowob.³⁰
- 2.3.5 In het bijzonder dient een instelling bij het beperken van de toegang tot documenten toe te lichten in welk opzicht toegang tot documenten een concrete en daadwerkelijke, redelijkerwijs voorzienbare en niet louter hypothetische ondermijning van een door artikel 4 Eurowob beschermd belang vormt.³¹ Bovendien dient een instelling bij het weigeren van toegang tot documenten een belangenafweging te maken, waarbij het belang van niet-openbaarmaking dient te worden afgezet tegen het algemeen belang dat documenten toegankelijk worden gemaakt, rekening houdend met de voordelen van een grotere transparantie, waaronder een betere deelneming van burgers aan besluitvorming, een grotere legitimiteit en meer doelmatigheid en verantwoordelijkheid van burgers richting het democratisch systeem.³²
- 2.3.6 Tot slot dienen instellingen bij een verzoek tot openbaarmaking per individueel document te beoordelen of dit onder een van de uitzonderingen van artikel 4 Eurowob valt³³ en dient een toegangsweigeringsuitvoering te worden gemotiveerd, zodanig dat duidelijk is dat het verlangde document werkelijk onder een uitzonderingsgrond van artikel 4 Eurowob valt en dat de behoefte aan bescherming van de uitzondering reëel is.³⁴ Zoals hierboven reeds is toegelicht, zijn instellingen in het kader van deze individuele beoordeling bovendien verplicht om, op grond van artikel 4 lid 6 Eurowob, na te gaan of individuele documenten in hun geheel of slechts gedeeltelijk onder een van de uitzonderingsgronden van artikel 4 Eurowob vallen.

²⁸ HvJEU, *Turco*, zie hierboven voetnoot 26, r.o. 68.

²⁹ HvJEU, *Access Info Europe*, zie hierboven voetnoot 26, r.o. 35. *In casu* weigerde de Raad individuele standpunten van lidstaten in een voorbereidend wetgevingsdocument openbaar te maken, omdat de openbaarmaking de besluitvorming binnen de Raad ernstig zou schaden. Volgens de Raad beperkte openbaarmaking de manoeuvreerruimte van lidstaten, nu lidstaten als gevolg van negatieve druk van de publieke opinie en de media na openbaarmaking niet meer zouden kunnen afwijken van het in eerste instantie door hen ingenomen standpunt. Het Gerecht en het Hof gingen hier niet in mee.

³⁰ Zie onder meer HvJEU, *Access Info Europe*, zie hierboven voetnoot 26, r.o. 30; HvJEU, *Turco*, zie hierboven voetnoot 26, r.o. 36; HvJEU, C-266/05P, *Sison / Raad*, arrest d.d. 01.02.07, ECLI:EU:C:2007:75, r.o. 63.

³¹ Zie onder meer HvJEU, *Access Info Europe*, zie hierboven voetnoot 26, r.o. 31; HvJEU, *Turco*, zie hierboven voetnoot 26, r.o. 43.

³² Zie onder meer HvJEU, *Access Info Europe*, zie hierboven voetnoot 26, r.o. 32; HvJEU, *Turco*, zie hierboven voetnoot 26, r.o. 45.

³³ Zie onder meer HvJEU, *Turco*, zie hierboven voetnoot 26, r.o. 35.

³⁴ GEU, T-796/14, *Philip Morris / Commissie*, arrest d.d. 15.09.16, ECLI:EU:T:2016:483, r.o. 31; GEU, T-331/11, *Besselink / Raad*, arrest d.d. 12.09.13, ECLI:EU:T:2013:419, r.o. 99.

Extra strikte toetsing wetgevingsdocumenten

- 2.3.7 Het hierboven genoemde algemeen belang dat documenten toegankelijk worden gemaakt is volgens het HvJEU bij uitstek relevant wanneer instellingen, en in het bijzonder de Raad, optreden als wetgever. Transparantie draagt in deze context namelijk bij aan een versterking van de democratie, door burgers in staat te stellen *alle* informatie te controleren die aan wetgevende handelingen ten grondslag ligt.³⁵
- 2.3.8 In dit kader is de zaak *Access Info Europe* bijzonder relevant. In deze zaak trachtte de Raad zich, bij een weigering toegang te verlenen tot documenten, namelijk te beroepen op de uitzonderingsgrond van artikel 4 lid 3 Eurowob door te wijzen op de «gevoeligheid» van de documenten in kwestie.³⁶
- 2.3.9 Het HvJEU was echter van mening dat documenten die deel uitmaken van de normale werking van het wetgevingsproces, waaronder door lidstaten geformuleerde wijzigings- en herformuleringsvoorstellen, «volgens geen enkel criterium» als «gevoelig» konden worden aangemerkt.³⁷ Instellingen kunnen daarom op basis van artikel 4 lid 3 Eurowob toegang tot wetgevingsdocumenten niet weigeren met een beroep op de «gevoeligheid» van deze documenten. Hiermee lijkt het Hof de drempel voor instellingen om toegang tot wetgevingsdocumenten te weigeren, te hebben verhoogd.
- 2.3.10 Relevant in dit kader is de op dit moment bij het Gerecht van de EU («**Gerecht**») aanhangige zaak *De Capitani*.³⁸ In dit beroep ligt naar verluidt de vraag voor of toegang tot voorbereidende wetgevingsdocumenten, inclusief documenten opgesteld in triloggen, *überhaupt* kan worden geweigerd op basis van artikel 4 lid 3 Eurowob. Het verdient aanbeveling de ontwikkelingen

³⁵ Zie onder meer HvJEU, *Access Info Europe*, zie hierboven voetnoot 26, r.o. 33; HvJEU, *Turco*, zie hierboven voetnoot 26, r.o. 46.

³⁶ Het gebruik van de term «gevoelig» is in deze zaak bijzonder verwarrend. Zoals hierboven reeds is toegelicht, bevat artikel 9 Eurowob een speciale procedure voor de behandeling van «gevoelige» documenten. Dit zijn documenten die onder een aantal van de uitzonderingsgronden van artikel 4 lid 1 Eurowob vallen (en daarnaast een extra kwalificatie namelijk «gevoelig» bevatten). De Raad doet in *Access Info Europe* echter een beroep op de «gevoeligheid» van de documenten in kwestie om een uitzonderingsgrond van artikel 4 lid 3 Eurowob nader in te vullen, en niet om zich te beroepen op de speciale procedure van artikel 9 of op een uitzonderingsgrond van artikel 4 lid 1. Wij gaan er daarom van uit dat de referentie van het HvJEU en de Raad aan «gevoelige» documenten niet ziet op documenten die onder artikel 9 Eurowob vallen, maar betrekking heeft op de interpretatie van de uitzonderingsgrond van artikel 4 lid 3 Eurowob.

³⁷ HvJEU, *Access Info Europe*, zie hierboven voetnoot 26, r.o. 63:

«Hoe dan ook, gesteld al dat het Gerecht ten onrechte zou hebben geoordeeld dat het criterium op basis waarvan kan worden vastgesteld of een document bijzonder gevoelig is, bestaat uit het gevaar dat de openbaring van dit document afbreuk doet aan een wezenlijk belang van de Unie of van de lidstaten, moet worden geconstateerd dat het Gerecht in casu, in punt 77 van het bestreden arrest, niet op basis van dat criterium heeft uitgesloten dat het gevraagde document bijzonder gevoelig lag. Het heeft die conclusie immers gebaseerd op de vaststelling dat de verschillende door de vier delegaties van de lidstaten geformuleerde wijzigings- en herformuleringsvoorstellen welke in het gevraagde document werden weergegeven, deel uitmaakten van de normale werking van het wetgevingsproces, zodat deze voorstellen niet alleen op basis van het criterium betreffende gevaar voor afbreuk aan een wezenlijk belang van de Unie of van de lidstaten niet als gevoelig konden worden aangemerkt, maar dit volgens geen enkel criterium het geval was.» (onderstrepingen toegevoegd)

³⁸ GEU, T-540/15, *De Capitani / parlement*, aanhangige zaak. De middelen en voornaamste argumenten van verzoeker in deze procedure zijn te raadplegen op: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=172426&pageIndex=0&doclang=NL&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=504038>.

rondom deze zaak te volgen omdat deze relevant kunnen zijn voor eventuele vervolgstappen naar aanleiding van dit advies.³⁹

Omvang rechterlijke toetsing van weigeringsbesluiten

- 2.3.11 Tot slot zij opgemerkt dat de rechterlijke toetsing van weigeringsbesluiten, dat wil zeggen besluiten waarmee instellingen naar aanleiding van een verzoek tot openbaarmaking weigeren toegang te verlenen tot bepaalde documenten, beperkt is.
- 2.3.12 Instellingen hebben namelijk een ruime beoordelingsmarge bij het beoordelen of een bepaald document een door de Eurowob beschermd openbaar belang schaadt. Het HvJEU dient zich naar eigen oordeel te beperken tot het controleren of procedure- en motiveringsvoorschriften zijn nageleefd, of de feiten materieel juist zijn, of deze niet kennelijk verkeerd zijn beoordeeld en of er geen misbruik van bevoegdheid heeft plaatsgevonden.⁴⁰
- 2.3.13 De zojuist geschetste beperkte rechterlijke toetsing heeft het HvJEU er in de praktijk tot op heden overigens niet van weerhouden zeer kritisch te kijken naar weigeringsbesluiten van de instellingen, en om, waar nodig, weigeringsbesluiten als onverenigbaar met het Europese transparantierecht te bestempelen en te vernietigen.⁴¹

3 VERENIGBAARHEID RICHTSNOEREN MET EUROPEES TRANSPARANTIERECHT

3.1 Overzicht Richtsnoeren

- 3.1.1 De Richtsnoeren bevatten voorschriften voor de wijze waarop de Raad omgaat met zijn interne documenten. «Interne Raadsdocumenten» worden in deze context gedefinieerd als: *«niet-gerubriceerde Raadsdocumenten waarvan de verspreiding intern is in de Raad, haar leden, de Commissie, EDEO [de Europese Dienst voor Extern Optreden], en, afhankelijk van het beleidsterrein, andere organen en instellingen.»*⁴²
- 3.1.2 De hoofdregel van de Richtsnoeren is dat alle interne Raadsdocumenten de code «LIMITE» dienen te dragen.⁴³
- 3.1.3 De achtergrond van deze hoofdregel is de volgende: *«Wanneer deze documenten te vroeg bekend worden gemaakt, kan dat de besluitvormingsprocedures van de Raad nadelig beïnvloeden.»*⁴⁴ (onderstrepingen toegevoegd)
- 3.1.4 De kwalificering van alle interne Raadsdocumenten als «LIMITE» heeft belangrijke consequenties voor de wijze waarop deze documenten dienen te worden behandeld. Allereerst bepalen dat Richtsnoeren dat «LIMITE»-documenten worden geacht onder de geheimhoudingsplicht te vallen in de zin van artikel 339 VWEU en dat deze dienen te worden behandeld overeenkomstig de Eurowob.⁴⁵

³⁹ Op grond van informatie die wij van de griffie van het HvJEU ontvingen, zal naar verwachting niet voor 2018 uitspraak worden gedaan in deze zaak.

⁴⁰ HvJEU, *In 't Veld*, zie hierboven voetnoot 26, r.o. 63.

⁴¹ Zie bijvoorbeeld HvJEU *Access Info Europe*, zie hierboven voetnoot 26; HvJEU, *Turco*, zie hierboven voetnoot 26.

⁴² Document van de Juridische Dienst van de Raad d.d. 31.05.13, nr. 10384/13, getiteld:

«Handling of documents Internal to the Council», punt 2.

⁴³ Punt 4 van de Richtsnoeren. Zie eveneens punt 2 van het document van de Juridische Dienst van de Raad d.d. 31.05.13, nr. 10384/13, zie hierboven voetnoot 42.

⁴⁴ Punt 1 van de Richtsnoeren.

⁴⁵ Punt 5 van de Richtsnoeren.

- 3.1.5 Wat betreft de verspreiding van «LIMITE»-documenten (dat wil zeggen de personen aan wie dergelijke documenten toegezonden mogen worden), bepalen de Richtsnoeren dat «LIMITE»-documenten enkel verstuurd mogen worden naar «iedere functionaris bij een nationale overheid van een lidstaat» of naar «onderdanen van een lidstaat die uit hoofde van hun functie naar behoren bevoegd zijn om dergelijke documenten in te zien».⁴⁶ «LIMITE»-documenten mogen niet zonder voorafgaande toestemming worden verspreid aan de media of het publiek.⁴⁷
- 3.1.6 Wat ten slotte de openbaarmaking van «LIMITE»-documenten betreft, bepaalt punt 20 van de Richtsnoeren dat: *«LIMITE-documenten worden niet openbaar gemaakt tenzij daartoe bevoegde Raadsfunctionarissen, de rijksoverheid van een lidstaat (zie punt 21) of, indien van toepassing, de Raad, overeenkomstig Verordening (EG) nr. 1049/2001 en zijn reglement van orde, daartoe hebben besloten.»* (onderstreping toegevoegd)
- 3.1.7 Bovendien bepaalt punt 21 van de Richtsnoeren dat wanneer (rijksoverheidspersoneel van) een lidstaat overweegt bepaalde «LIMITE»-documenten toch openbaar te maken, in beginsel vóór het nemen van een dergelijk besluit het secretariaat-generaal van de Raad dient te worden geraadpleegd: *«Personeel in een andere EU-instelling of een ander EU-orgaan dan de Raad mag zelf niet besluiten LIMITE-documenten openbaar te maken, zonder voordien het SGR te hebben geraadpleegd. Rijksoverheidspersoneel van een lidstaat raadpleegt het SGR alvorens een dergelijk besluit te nemen, tenzij duidelijk is dat het document openbaar gemaakt kan worden overeenkomstig artikel 5 van Verordening (EG) nr. 1049/2001.»*⁴⁸
- 3.1.8 Wij merken op dat punt 21 van de Richtsnoeren enkel refereert aan rijksoverheidspersoneel, waaronder niet kunnen worden begrepen leden van nationale parlementen, maar wel ambtenaren in dienst van die parlementen, zoals in het geval van Nederland bijvoorbeeld de griffier van de Tweede Kamer.
- 3.1.9 Hoewel de Richtsnoeren in beginsel enkel interne werking hebben voor de Raad en de andere EU-instellingen, hebben zij ook effecten voor de nationale overheden van de lidstaten. Het aanknopingspunt daarvoor wordt gevonden in de Verdragsverplichting tot loyale samenwerking, die is verankerd in artikel 4 lid 3 VEU. Tegen deze achtergrond bepalen de Richtsnoeren in punt 2 het volgende: *«Deze specifieke vereisten gelden voor de werking van de Raad en dienen bijgevolg te worden geëerbiedigd door de lidstaten, in de mate waarin zij lid zijn van de Raad, overeenkomstig het beginsel van loyale samenwerking dat de betrekkingen tussen de instellingen en de lidstaten regelt.»*
- 3.1.10 Zoals in hoofdstuk 5 van dit advies nader zal worden toegelicht, vormen de zojuist genoemde punten 20 en 21 van de Richtsnoeren de basis van het citeerverbod waaraan leden van de Tweede Kamer zijn gebonden. Bovendien verplichten deze twee punten van de Richtsnoeren de lidstaten om erop toe te zien dat alle personen aan wie zij toegang verlenen tot interne Raadsdocumenten de openbaarmakingsregels van de Richtsnoeren respecteren.⁴⁹

⁴⁶ Punt 14 van de Richtsnoeren.

⁴⁷ Punt 17 van de Richtsnoeren.

⁴⁸ Punt 21 van de Richtsnoeren.

⁴⁹ Punt 7 van het extra Raadsbesluit 2013, ter uitlegging van ptn. 20+21 van de Richtsnoeren.

3.2 Verenigbaarheid Richtsnoeren met Europees transparantierecht

- 3.2.1 Vooropgesteld moet worden dat de Richtsnoeren in beginsel als een intern werkende handeling van de Raad moeten worden aangemerkt, die niet vatbaar is voor beroep bij het HvJEU op de voet van artikel 263 VWEU. Het ontbreken van een voor derden verbindend karakter van de Richtsnoeren brengt mee dat de Unierechter deze niet in zijn beoordeling betreft bij de rechterlijke toetsing aan de Eurowob van besluiten van de Raad op openbaar-makingsverzoeken. Zo negeerde het Gerecht in de zaak *Access Info Europe* een beroep van de Raad op de Richtsnoeren, daarmee impliciet aangevend dat de in die zaak aangevochten gedeeltelijke weigering van toegang tot een Raadsdocument niet kon worden gerechtvaardigd op basis van de uitgangspunten van de Richtsnoeren.⁵⁰ In de hogere voorziening⁵¹ tegen de uitspraak van het Gerecht in die zaak merkte de advocaat-generaal bij het HvJEU het navolgende op over de Richtsnoeren:⁵²
- «De beperking [van de toegang tot Raadsdocumenten, toevoeging De Brauw] kan echter niet zo ver gaan als voorzien in de «richtsnoeren» die de Raad hanteert bij de toepassing van verordening nr. 1049/2001 en waarnaar hij in de punten 16 tot en met 25 van zijn hogere voorziening verwijst. Overeenkomstig deze «richtsnoeren» weigert de Raad in beginsel de openbaarmaking van de namen van de betrokken delegaties in elk document waarover de instelling nog geen besluit heeft genomen. Zoals ik hierna nog zal uiteenzetten, ben ik van mening dat de onverkorte toepassing van die regel, zonder rekening te houden met de aard van de procedure waarvan het document deel uitmaakt, zich niet verdraagt met de geest en het doel van verordening nr. 1049/2001.»*
- 3.2.2 Ook de advocaat-generaal toetste niet rechtstreeks aan de Richtsnoeren en het HvJEU verwees er in zijn arrest – waarbij de hogere voorziening van de Raad werd afgewezen – in het geheel niet naar.⁵³
- 3.2.3 Voor de volledigheid merken wij nog op dat indien zou moeten worden aangenomen dat (de punten 20 en 21 van) de Richtsnoeren ten aanzien van derden – lees: de lidstaten – rechtsgevolgen beogen en in zoverre niet uitsluitend intern werken, geldt dat de beroepstermijn van twee maanden van artikel 263 VWEU ongebruikt is verstreken. Dit betekent dat de lidstaat Nederland niet (meer) in staat is om de rechtsgeldigheid van de Richtsnoeren in rechte aan te vechten.
- 3.2.4 Het bovenstaande laat echter onverlet dat de hoofdregel van de Richtsnoeren, te weten dat *alle* interne Raadsdocumenten in beginsel *niet* openbaar mogen worden gemaakt, naar ons oordeel onverenigbaar is met de Eurowob. Wij lichten dit als volgt toe.
- 3.2.5 Zowel uit de Europese verdragen, als uit de Eurowob, als uit de Europese transparantierechtspraak blijkt dat het recht op toegang tot documenten ruim dient te worden uitgelegd. In het bijzonder heeft te gelden dat volledige toegang tot documenten de hoofdregel is, en dat uitzonderingen op dit beginsel strikt dienen te worden geïnterpreteerd.⁵⁴ Bovendien zijn lidstaten krachtens de

⁵⁰ GEU, T-233/09 *Access Info Europe*, arrest d.d. 22.03.2011, ECLI:EU:T:2011:105, r.o. 43.

⁵¹ Hogere voorziening is de in het VWEU gebedigde term voor hoger beroep tegen een uitspraak van het Gerecht.

⁵² Conclusie van advocaat-generaal Cruz Villalón d.d. 16.05.13 in zaak C-280/11P *Access Info Europe*, ECLI:EU:C:2013:325, overweging 56.

⁵³ HvJEU, *Access Info Europe*, zie hierboven voetnoot 26, r.o. 27 e.v.

⁵⁴ Zie onder meer HvJEU, *Access Info Europe*, zie hierboven voetnoot 26, r.o. 28–30; HvJEU, *Turco*, zie hierboven voetnoot 26, r.o. 33–36.

- transparantierechtspraak verplicht per individueel document te beoordelen of dit onder één van de uitzonderingsgronden van artikel 4 Eurowob valt.⁵⁵
- 3.2.6 Het bovenstaande maakt dat wij menen dat de hoofdregel van de Richtsnoeren, die *alle* interne Raadsdocumenten *automatisch*, dat wil zeggen zonder dat hier een individuele beoordeling aan ten grondslag ligt, als «LIMITE» aanmerkt, in strijd is met het Europeesrechtelijk transparantiebeginsel. De hoofdregel van de Richtsnoeren is immers «niet-openbaarmaking, tenzij» terwijl de Eurowob nu juist het principe «openbaarmaking, tenzij» voorschrijft.
- 3.2.7 Bovendien is de hoofdregel van de Richtsnoeren gestoeld op een met de Eurowob onverenigbare premisse. Zoals hierboven reeds is gesteld, veronderstelt de hoofdregel van de Richtsnoeren dat «wanneer deze [LIMITE]-documenten te vroeg bekend worden gemaakt, kan dat de besluitvormingsprocedures van de Raad nadelig beïnvloeden.»⁵⁶
- 3.2.8 Deze constatering staat op gespannen voet met artikel 4 lid 3 Eurowob. Dit artikel legt immers een veel strengere maatstaf op voor de weigering tot openbaarmaking van deze documenten. Er moet krachtens dit artikel namelijk sprake zijn van een «ernstige ondermijning» van het besluitvormingsproces van de Raad, en niet slechts van een mogelijkheid («kan») dat het besluitvormingsproces van de Raad «nadelig» wordt beïnvloed.
- 3.2.9 Bovendien blijkt uit de jurisprudentie van het HvJEU dat deze «ernstige ondermijning» ook nog eens zeer strikt dient te worden uitgelegd, doordat instellingen dienen te bewijzen dat er sprake is van een *concrete* en *daadwerkelijke* ernstige ondermijning van de besluitvorming in de Raad die *redelijkerwijs voorzienbaar* en *niet louter hypothetisch* is. Ook dient deze «ernstige ondermijning» krachtens de jurisprudentie van het HvJEU te worden afgewogen tegen het algemene belang dat een bepaald document openbaar dient te worden gemaakt.⁵⁷ De Richtsnoeren maken geen melding van een dergelijke afweging. Wij hebben niet kunnen vaststellen dat deze afweging in de praktijk plaatsvindt.
- 3.2.10 In aanmerking nemende dat ook de Richtsnoeren zelf voorschrijven dat de behandeling van interne Raadsdocumenten dient te geschieden overeenkomstig de Eurowob,⁵⁸ menen wij dat de hoofdregel van de Richtsnoeren, volgens welke alle interne Raadsdocumenten als «LIMITE» dienen te worden aangemerkt en in beginsel niet openbaar mogen worden gemaakt, onverenigbaar is met het Europese transparantierecht, meer in het bijzonder met de rechtspraak van de Unierechter inzake de Eurowob.
- 3.2.11 Deze strijdigheid van de Richtsnoeren met het Europese transparantierecht geldt onzes inziens bij uitstek voor wetgevingsdocumenten. In de zaak *Access Info Europe* heeft het HvJEU naar ons oordeel een extra hoge drempel aangenomen voor het weigeren van toegang tot dergelijke documenten op basis van artikel 4 lid 3 Eurowob.⁵⁹ Dit lijkt zich niet goed te verhouden met de hoofdregel van de Richtsnoeren die categorisch toegang tot alle interne Raadsdocumenten (waaronder ook wetgevingsdocumenten) weigert. De uitkomst van de hiervoor genoemde nog aanhangige

⁵⁵ Zie onder meer HvJEU, *Turco*, zie hierboven voetnoot 26, r.o. 35.

⁵⁶ Punt 1 van de Richtsnoeren.

⁵⁷ Zie onder meer HvJEU, *Access Info Europe*, zie hierboven voetnoot 26, r.o. 31–32; HvJEU, *Turco*, zie hierboven voetnoot 26, r.o. 43–45.

⁵⁸ Punt 5 van de Richtsnoeren.

⁵⁹ HvJEU, *Access Info Europe*, zie hierboven voetnoot 26, r.o. 63.

De Capitani-zaak⁶⁰ is daarbij mogelijk van belang voor dit vraagstuk.

4 VERENIGBAARHEID ORDERELEMENT MET EUROPEES TRANSPARANTIERECHT

4.1 Overzicht Orderelement

- 4.1.1 Het Orderelement van de Raad bevat, naast procedureregels met betrekking tot de organisatie en het verloop van Raadsvergaderingen, meerdere bepalingen over de toegang tot documenten. Allereerst bepaalt het Orderelement voor meerdere categorieën documenten, waaronder de agenda's van Raadsvergaderingen, dat deze openbaar dienen te zijn en dat deze gelijktijdig aan de Raad, de Europese Commissie en de nationale parlementen dienen te worden toegezonden.⁶¹
- 4.1.2 Artikel 10 van het Orderelement heeft specifiek betrekking op de toegang van het publiek tot documenten van de Raad. Dit artikel verwijst voor de specifieke bepalingen met betrekking tot de toegang tot Raadsdocumenten naar bijlage II van het Orderelement. Het is derhalve deze bijlage die voor dit advies in het bijzonder relevant is.
- 4.1.3 Artikel 1 van bijlage II bij het Orderelement stelt voorop dat iedere natuurlijke of rechtspersoon toegang dient te hebben tot Raadsdocumenten onder de voorwaarden en beperkingen die zijn neergelegd in de Eurowob. Dit artikel erkent derhalve dat het Orderelement in lijn dient te zijn met de Eurowob.
- 4.1.4 Artikel 11 van bijlage II bevat een lijst met Raadsdocumenten die onder bepaalde omstandigheden openbaar kunnen worden gemaakt. In het bijzonder bepalen leden 4 en 6 van artikel 11:
«4. Onder de voorwaarde dat zij duidelijk niet vallen onder een van de uitzonderingen van artikel 4 van Verordening (EG) nr. 1049/2001, kan het secretariaat-generaal tevens de volgende documenten onmiddellijk na hun verspreiding ter beschikking stellen van het publiek: [...]
b) andere documenten, zoals informatieve nota's, verslagen, voortgangsverslagen en verslagen over de stand van de besprekingen in de Raad of in een van zijn voorbereidende instanties die geen individuele standpunten van delegaties bevatten, met uitzondering van adviezen en bijdragen van de Juridische dienst.
6. Na de aanneming van een [...] handeling of na de definitieve aanneming van de betrokken handeling, stelt het secretariaat-generaal alle documenten in verband met deze handeling die vóór een van deze handelingen zijn opgesteld, zoals informatieve nota's, verslagen, voortgangsverslagen en verslagen over de stand van de besprekingen in de Raad of in een van zijn voorbereidende instanties met uitzondering van adviezen en bijdragen van de Juridische dienst en documenten die vallen onder de uitzonderingen van artikel 4, leden 1 tot en met 3, van Verordening (EG) nr. 1049/2001, ter beschikking van het publiek.
Op verzoek van een lidstaat worden documenten die onder de eerste alinea vallen en die het individuele standpunt van de delegatie van die lidstaat in de Raad bevatten, niet aan het publiek beschikbaar gesteld.» (onderstrepingen toegevoegd)

⁶⁰ GEU, *De Capitani*, zie hierboven voetnoot 38.

⁶¹ Zie artikel 3 Orderelement. Zie eveneens artikelen 7–9 en 13 van het Orderelement.

4.2 Verenigbaarheid Ordereglement met Europees transparantierecht

- 4.2.1 Voor het Ordereglement geldt *mutatis mutandis* hetzelfde als in paragraaf 3.2.1 over de Richtsnoeren is opgemerkt: het betreft een intern werkende handeling van de Raad, die niet vatbaar is voor beroep bij het HvJEU op de voet van artikel 263 VWEU. Het ontbreken van een voor derden verbindend karakter van het Ordereglement brengt mee dat de Unierechter dit niet in zijn beoordeling betreft bij de rechterlijke toetsing aan de Eurowob van besluiten van de Raad op verzoeken tot het verlenen van toegang tot Raadsdocumenten. In de zaak *Access Info Europe* beriep de Raad zich weliswaar mede op het eigen Ordereglement ter rechtvaardiging van een gedeeltelijke afwijzing van een verzoek tot toegang tot een Raadsdocument, maar het Gerecht en het HvJEU gingen ook hier volledig aan voorbij.
- 4.2.2 Naar onze mening geldt ook voor het Ordereglement dat dit op gespannen voet staat met de geest en het doel van de Eurowob. Meer in het bijzonder noemen wij de volgende aanknopingspunten voor de constatering dat het Ordereglement, en in het bijzonder artikel 11 van bijlage II bij dit Ordereglement, onverenigbaar is met de Eurowob en het Europese transparantierecht.

Artikel 11 lid 4 van bijlage II

- 4.2.3 Het uitgangspunt van artikel 11 lid 4 van bijlage II bij het Ordereglement dat «informatieve nota's, verslagen, voortgangsverslagen en verslagen over de stand van de besprekingen in de Raad of in een van zijn voorbereidende instanties die geen individuele standpunten van delegaties bevatten, met uitzondering van adviezen en bijdragen van de Juridische dienst» slechts toegankelijk «kunnen» worden gemaakt indien zij «duidelijk» niet vallen onder één van de uitzonderingen van de Eurowob, achten wij op meerdere punten in strijd met het Europese transparantierecht.
- 4.2.4 Allereerst wordt in het arrest *Access Info Europe* als gezegd het uitgangspunt gehanteerd dat de toegang tot documenten die individuele standpunten van delegaties bevatten in beginsel niet geweigerd mag worden,⁶² terwijl artikel 11 lid 4 van bijlage II bij het Ordereglement bepaalt dat documenten slechts openbaar kunnen worden gemaakt indien deze geen individuele standpunten van delegaties bevatten.
- 4.2.5 Ten tweede lijkt de bepaling in artikel 11 lid 4 van bijlage II bij het Ordereglement, dat documenten slechts openbaar kunnen worden gemaakt voor zover deze geen adviezen en bijdragen van de Juridische dienst bevatten, in strijd met het *Turco*-arrest, waarin is bepaald dat juridische adviezen in beginsel openbaar dienen te zijn, tenzij sprake is van een uitzonderingssituatie op basis van artikel 4 Eurowob.⁶³
- 4.2.6 Ten slotte achten wij de strikte voorwaarde uit artikel 11 lid 4 van bijlage II bij het Ordereglement dat een document slechts openbaar «kan» worden gemaakt indien het «duidelijk» niet valt onder een uitzonderingsgrond van de Eurowob, niet verenigbaar met de Eurowob, die in artikel 4 lid 3 een dergelijke voorwaarde niet stelt. Immers, op basis van artikel 4 lid 3 Eurowob «wordt» toegang tot documenten slechts geweigerd «indien de openbaarmaking ervan het besluitvormingsproces van de instelling ernstig

⁶² HvJEU, *Access Info Europe*, zie hierboven voetnoot 26, r.o. 35.

⁶³ HvJEU, *Turco*, zie hierboven voetnoot 26, r.o. 68.

zou ondermijnen, tenzij een hoger openbaar belang openbaarmaking gebiedt.»

Artikel 11 lid 6 van bijlage II

- 4.2.7 Zoals hierboven reeds is toegelicht, worden krachtens artikel 11 lid 6 van bijlage II bij het Ordereglement op verzoek van een lidstaat bepaalde documenten die onder de eerste alinea van artikel 11 lid 6 vallen niet aan het publiek beschikbaar gesteld indien deze het individuele standpunt van de delegatie van een lidstaat in de Raad bevatten. Wij achten het aannemelijk dat artikel 11 lid 6 in tweeërlei opzicht strijdig is met het Europese transparantierecht.
- 4.2.8 Allereerst voorzien de Eurowob, de Europese verdragen en de Europese transparantierechtspraak niet in de mogelijkheid voor een lidstaat om een verzoek in te dienen bij de Raad met de strekking dat een Raadsdocument geheim dient te worden gehouden vanwege het feit dat het individuele standpunt van deze lidstaat bevat. In feite introduceert artikel 11 lid 6 van bijlage II bij het Ordereglement met deze bepaling een nieuwe uitzonderingsgrond in het Europese transparantierecht, die niet gebaseerd is op, en daarmee onverenigbaar is met de Eurowob. Een dergelijk verzoek zou bovendien regelrecht indruisen tegen de *Access Info Europe*-rechtspraak, waarin is bepaald dat de toegang tot documenten die individuele standpunten van delegaties bevatten in beginsel niet mag worden geweigerd.⁶⁴
- 4.2.9 In de tweede plaats lijkt artikel 11 lid 6 van bijlage II bij het Ordereglement, dat bepaalt dat volledige documenten op verzoek van lidstaten niet publiek beschikbaar worden gesteld, in strijd te zijn met artikel 4 lid 6 Eurowob. Dit artikel bepaalt immers dat slechts toegang tot delen van documenten die onder de uitzonderingsgronden van artikel 4 Eurowob vallen, kan worden geweigerd en niet *de facto* de toegang tot volledige documenten.
- 4.2.10 Op basis van het bovenstaande menen wij dat de gronden voor beperking van de openbaarmaking van Raadsdocumenten vervat in de leden 4 en 6 van artikel 11 van bijlage II bij het Ordereglement onverenigbaar zijn met het Europese transparantierecht.

5 BEOORDELING RECHTMATIGHEID CITEERVERBOD «LIMITE»-DOCUMENTEN

5.1 Verstrekking van inlichtingen aan de Staten-Generaal

- 5.1.1 In het Nederlandse staatsbestel zijn Ministers en staatsecretarissen verantwoordelijk voor hun departement. Dit geldt ook ten aanzien van «Europese kwesties» die hun departement aangaan. Deze ministeriële verantwoordelijkheid volgt uit artikel 42 lid 2 Grondwet. Op grond daarvan zijn Ministers en Staatssecretarissen ertoe gehouden ongevraagd verantwoording af te leggen aan het parlement. Zij hebben een *actieve* informatieplicht jegens de Staten-Generaal.⁶⁵
- 5.1.2 Uitvloeisel van de ministeriële verantwoordelijkheid is ook de inlichtingenplicht zoals vastgelegd in artikel 68 van de Grondwet.⁶⁶ Deze *passieve* informatieplicht houdt in dat Ministers en Staatssecretarissen verplicht zijn om de inlichtingen te verstrekken waar

⁶⁴ HvJEU, *Access Info Europe*, zie hierboven voetnoot 26, r.o. 35.

⁶⁵ Opgemerkt zij dat de regering in een notitie over de reikwijdte van artikel 68 Grondwet het standpunt innam dat de actieve informatieplicht samenhangt met de ongeschreven vertrouwensregel (zie Kamerstuk 28 362, nr. 2, p. 3.

⁶⁶ Kamerstuk 14 225, nr. 3, p. 3.

- één of meer leden van de Tweede Kamer om vragen, tenzij dit in strijd komt met het belang van de staat.⁶⁷
- 5.1.3 De actieve en passieve informatieplicht vormen een van de fundamenteën van de Nederlandse vertegenwoordigende democratie. Alleen door goed geïnformeerd te zijn, kan het parlement zijn controlerende functie ten opzichte van de regering naar behoren vervullen.⁶⁸ Het verkrijgen van zowel ongevraagde als gevraagde inlichtingen door het parlement is dus onontbeerlijk voor het goed functioneren van het systeem.
- 5.1.4 Het uitgangspunt is dat de inlichtingen door een bewindspersoon *openbaar* aan het parlement worden verstrekt.⁶⁹ Dit volgt uit artikel 66 lid 1 Grondwet, waarin is bepaald dat de Staten-Generaal openbaar beraadslaagt. Dit openbaarheidsvereiste is echter, zo volgt uit artikel 66 leden 2 en 3 Grondwet, niet absoluut. Indien openbare verstrekking door een bewindspersoon niet verantwoord wordt geacht, zal bij het verschaffen van informatie aan de Staten-Generaal een modaliteit gezocht moeten worden die zoveel mogelijk recht doet aan het belang het parlement te informeren.⁷⁰ Het vertrouwelijk verstrekken van informatie is een dergelijke modaliteit.
- 5.1.5 De mogelijkheid voor een Minister of Staatssecretaris om informatie in het geheel niet aan het parlement te verstrekken, is gelet op voornoemd belang van parlementaire controle klein. Weigering kan alleen aan de orde zijn als dat in het belang van de staat noodzakelijk is. De invulling van het begrip «belang van de staat» is ter beoordeling aan de verantwoordelijke bewindspersoon.
- 5.1.6 Met de modaliteit informatie vertrouwelijk aan het parlement te verstrekken, dient door een bewindspersoon niet lichtvaardig te worden omgesprongen. Vertrouwelijke verstrekking van inlichtingen doorkruist immers de mogelijkheden tot openbare democratische controle van het openbaar bestuur. Het vertrouwelijk verstrekken van informatie veronderstelt, ook als dat niet met zoveel woorden wordt gezegd, dat het belang van openbare verstrekking niet opweegt tegen bescherming van het belang van de staat.⁷¹
- 5.1.7 Het is uiteindelijk aan de Eerste Kamer of de Tweede Kamer of zij toepassing van de verschoningsgrond voor het niet of niet-openbaar verstrekken van informatie door een bewindspersoon aanvaardt. Via de weg van de ongeschreven vertrouwensregel kan één der Kamers een Minister of Staatssecretaris naar huis sturen als zij het niet eens is met de wijze waarop zij is geïnformeerd.

5.2 Juridische basis citeerverbod

- 5.2.1 Op basis van het zogeheten «citeerverbod» is het voor leden van de Tweede Kamer verboden om «LIMITE»-documenten van de

⁶⁷ De grondwetgever heeft overigens ook de grens heeft aanvaard van de zogenaamde «natuurlijke belemmeringen». Daarvan kan onder andere sprake zijn wanneer informatie niet wordt verstrekt omdat de gevraagde gegevens niet voorhanden zijn. Een bewindspersoon wordt niet tot het onmogelijke gehouden: als een Minister of Staatssecretaris bepaalde gegevens heeft noch kan achterhalen, dan houdt het op. Zie: Handelingen II 1979/80, blz. 1962.

⁶⁸ Kamerstuk 14 225, nr. 12, p. 1–2.

⁶⁹ Kamerstuk 19 014 (R 1284), nr. 5, blz. 3.

⁷⁰ Kamerstuk 28 362, nr. 2, p. 3.

⁷¹ Kamerstuk 28 362, nr. 2, p. 6.

Raad te delen met hun fractiemedewerkers,⁷² met het publiek of met de media. Bovendien is het leden van de Tweede Kamer niet toegestaan in publieke debatten uit deze documenten te citeren. Dit maakt dat leden van de Tweede Kamer hebben aangegeven dat het citeerverbod hen belemmert in het efficiënt uitoefenen van democratische controle op de activiteiten van de Nederlandse regering in de Raad.⁷³

- 5.2.2 Zoals hierboven in hoofdstuk 3 reeds is opgemerkt, is het citeerverbod gebaseerd op het categorische openbaarheidsverbod van punt 20 van de Richtsnoeren, in samenhang met de verplichting tot loyale samenwerking vervat in artikel 4 lid 3 VEU.
- 5.2.3 Punt 20 van de Richtsnoeren is op 18 januari 2013 door middel van een politieke afspraak geïmplementeerd in de Nederlandse politieke praktijk.⁷⁴ Deze politieke afspraak vermeldt het volgende: *«Het kabinet heeft dan ook besloten uw beider Kamers de mogelijkheid te bieden om via de zogenaamde EU-extranet-database rechtstreekse toegang te verkrijgen tot interne EU-Raadsdocumenten met de aanduiding Limite. Zoals u zult begrijpen vindt dit plaats onder het beslag dat Nederland – en daarmee ook uw Kamers – zich blijft houden aan de tussen de EU-lidstaten in de Raad overeengekomen⁷⁵ richtsnoeren over de omgang met dergelijke documenten. [...] De belangrijkste bepaling uit die richtsnoeren is dat deze documenten of delen ervan niet publiek gemaakt mogen worden zonder voorafgaande autorisatie daartoe door de Raad of personen die met een Raadsbesluit daartoe gemachtigd worden. Dit betekent dat uw beider Kamers en alle Kamerleden deze documenten dienen te behandelen als interne stukken die niet met het publiek of de media mogen worden gedeeld en waaruit in openbare debatten met leden van het kabinet niet mag worden geciteerd.» (onderstreping toegevoegd)*
- 5.2.4 De regering verstrekt blijkens de brief van 18 januari 2013 *actief* inlichtingen aan het parlement over EU-Raadsdocumenten met de aanduiding «LIMITE». Aan de Eerste Kamer en de Tweede Kamer is rechtstreekse toegang verleend tot deze «LIMITE»-documenten via de zogenaamde EU-extranet-database.
- 5.2.5 De regering heeft hier echter wel de voorwaarden aan verbonden dat (i) de documenten niet publiek mogen worden gemaakt, (ii) de documenten moeten worden behandeld als interne stukken en (iii) uit de documenten niet mag worden geciteerd. *De facto* is daarmee sprake van *vertrouwelijke* verstrekking van informatie aan het parlement.

5.3 Verenigbaarheid citeerverbod met Europees transparantierecht

- 5.3.1 In hoofdstuk 3 van dit advies hebben wij geconstateerd dat (punt 20 van) de Richtsnoeren op gespannen voet staat met het Europese transparantierecht, en meer in het bijzonder (de rechtspraak van de Unierechter inzake) de Eurowob.

⁷² Hoewel de Minister van Buitenlandse Zaken bij brief d.d. 23.12.16 heeft toegezegd leden van de Tweede Kamer voortaan de mogelijkheid te bieden experts te raadplegen bij het inzien van «LIMITE»-documenten van de Raad, gaan wij ervan uit dat fractiemedewerkers niet zonder meer als dergelijke experts kunnen worden aangemerkt. Zie Kamerstuk 22 112, nr. 2274, p. 1–3.

⁷³ Wij verwijzen naar ons verkennend gesprek met de heer Omtzigt d.d. 07.12.16, alsook naar het position paper van de heer Omtzigt van november 2016, zie hierboven voetnoot 4.

⁷⁴ Kamerstuk 22 112 nr. 1548, p. 1–2.

⁷⁵ Formeel is geen sprake van tussen de lidstaten overeengekomen richtsnoeren, maar van een besluit van de Raad als instelling van de EU.

- 5.3.2 In deze context is van belang dat de Europese verdragen, de Europese transparantiewetgeving en de Europese transparantierechtspraak geen onderscheid maken tussen leden van het nationale parlement en Unieburgers voor wat betreft het recht op toegang tot documenten. Zo bepalen zowel artikel 15 lid 3 VWEU als artikel 42 van het EU-Handvest dat het recht op toegang tot en het recht op inzage in documenten van de instellingen toekomt aan «iedere burger van de Unie en iedere natuurlijke of rechtspersoon met verblijfplaats of statutaire zetel in een lidstaat.» Ook in de Europese transparantierechtspraak is bepaald dat de toegang «van het publiek» tot documenten van de instellingen zo ruim mogelijk dient te worden geïnterpreteerd en dat «het publiek» in beginsel volledige toegang dient te hebben tot alle documenten van de instellingen.⁷⁶
- 5.3.3 Het bovenstaande brengt mee dat leden van nationale parlementen onder dezelfde omstandigheden toegang dienen te hebben tot EU-documenten als burgers. Punt 20 van de Richtsnoeren en het daarop gebaseerde citeerverbod staan haaks op deze premisse. Weliswaar kan het citeerverbod niet rechtstreeks worden getoetst aan het Europese transparantierecht – dit is inroepbaar tegen handelingen van instellingen van de Unie – maar dat neemt niet weg dat het citeerverbod een verdergaande belemmering van de openbaarmaking van Raadsdocumenten behelst dan vanuit Europeesrechtelijk perspectief kan worden gerechtvaardigd.
- 5.3.4 Het is van belang te wijzen op de gevolgen van een mogelijke opheffing van het citeerverbod. Indien het citeerverbod zou worden opgeheven, zou het publiek in beginsel toegang kunnen krijgen tot *alle* «LIMITE»-documenten van de Raad. Leden van de Tweede Kamer zouden immers alle «LIMITE»-documenten openbaar kunnen maken, of zouden uit deze documenten kunnen citeren in openbare debatten. Deze ongelimiteerde toegang tot «LIMITE»-documenten zou niet enkel de categorische geheimhoudingsplicht van de Richtsnoeren doorkruisen (hetgeen niet problematisch is gezien de onverenigbaarheid daarvan met de Eurowob en de Europese transparantierechtspraak), maar heeft voornamelijk gevolgen voor «LIMITE»-documenten waarop geheel of gedeeltelijk een weigeringsgrond van artikel 4 Eurowob van toepassing is.
- 5.3.5 Met de hoofdregel van de Richtsnoeren dat *alle* interne Raadsdocumenten de code «LIMITE» dragen, worden op dit moment namelijk zowel documenten die *wel* en documenten die *niet* onder de uitzonderingsgronden van artikel 4 vallen als «LIMITE» aangemerkt. Indien het publiek volledig toegang zou krijgen tot *alle* «LIMITE»-documenten, zou het publiek derhalve ook toegang kunnen krijgen tot (delen van) documenten waarop een weigeringsgrond van artikel 4 Eurowob van toepassing is.
- 5.3.6 Dit zou er vervolgens toe moeten leiden dat de Raad wordt gedwongen om, in lijn met de Europese transparantierechtspraak,⁷⁷ steeds een individuele beoordeling uit te voeren van haar interne documenten om na te gaan of toegang tot deze documenten op basis van artikel 4 Eurowob kan worden geweigerd alvorens deze als «LIMITE» aan te merken en als zodanig te behandelen.
- 5.3.7 Op basis van het bovenstaande concluderen wij dat naar de huidige stand van het Unierecht het citeerverbod een verdergaande belemmering van de openbaarmaking van Raadsdocumenten behelst dan vanuit Europeesrechtelijk perspectief kan worden gerechtvaardigd.

⁷⁶ HvJEU, *Access Info Europe*, zie hierboven voetnoot 26, r.o. 35.

⁷⁷ Zie onder meer HvJEU, *Turco*, zie hierboven voetnoot 26, r.o. 35.

- 5.3.8 Wij merken echter ook op dat Nederland als lidstaat in de Raad heeft ingestemd met de tekst van de Richtsnoeren, met inbegrip van de punten 20 en 21 alsmede de verwijzing naar de verplichting tot loyale samenwerking in punt 2 daarvan. Tegen die achtergrond menen wij dat het de Nederlandse regering niet vrijstaat om eenzijdig en zonder voorafgaande afstemming met de Raad over te gaan tot intrekking van het citeerverbod.
- 5.3.9 Wij voegen daaraan nog toe dat, indien zou moeten worden aangenomen dat (de punten 20 en 21 van) de Richtsnoeren rechtsgevolgen beogen voor derden (lees: de lidstaten), geldt dat de beroepstermijn van artikel 263 VWEU ongebruikt is verstreken, hetgeen tot gevolg heeft dat de lidstaat Nederland niet (meer) over de mogelijkheid beschikt om de rechtsgeldigheid van de Richtsnoeren in rechte aan te vechten.
- 5.3.10 Indien zou worden besloten (politieke) stappen te ondernemen om de Richtsnoeren in lijn te (laten) brengen met het Europese transparantierecht (zie hoofdstuk 8), dan zal het citeerverbod in dat kader ook heroverwogen dienen te worden.

5.4 Verhouding tussen de inlichtingenplicht en het citeerverbod

- 5.4.1 Zoals hiervoor is uiteengezet, verstrekt de regering het parlement *de facto* vertrouwelijk informatie over EU-Raadsdocumenten met de aanduiding «LIMITE». Van het onthouden van inlichtingen aan de Eerste Kamer en de Tweede Kamer is dus géén sprake. De regering beroept zich ter motivering van de vertrouwelijke verstrekking van informatie op de afspraken tussen de EU-lidstaten in de Raad over de omgang met «LIMITE»-documenten, zoals opgenomen in de Richtsnoeren.
- 5.4.2 Gemaakte afspraken over de behandeling van gegevens – in dit geval dus de vertrouwelijke behandeling van de «LIMITE»-documenten – vormen in beginsel een *zwaarwegende factor* bij de afweging deze informatie aan het parlement over te leggen.⁷⁸
- 5.4.3 De regering heeft de afspraken over de vertrouwelijke behandeling van «LIMITE»-documenten verbonden met het belang van de staat. Voor zover het parlement, anders dan de regering, van oordeel is dat bepaalde informatie uit de «LIMITE»-documenten (of «LIMITE»-documenten in het algemeen) *openbaar* aan het parlement moet worden verstrekt, kan de verantwoordelijke Minister of Staatssecretaris worden verzocht daartoe over te gaan. In dat geval ligt het in de rede dat een discussie tussen bewindspersoon en Kamer wordt aangegaan over de opportuniteit van het openbaar verstrekken van de «LIMITE»-documenten.⁷⁹
- 5.4.4 Indien in een concreet geval een Kamerlid meent dat de toepassing van het citeerverbod op een «LIMITE»-document niet gerechtvaardigd is in het licht van de Europese transparantierecht-spraak, zou hij dit in het debat met de bewindspersoon kunnen opbrengen en de bewindspersoon kunnen verzoeken (i) te bevestigen dat deze het ermee eens is dat geheimhouding geen rechtvaardiging kan vinden in de Eurowob-jurisprudentie van de Unierechter en (ii) op de voet van punt 21 van de Richtsnoeren met de Raad af te stemmen dat alsnog van toepassing van het citeerverbod in het concrete geval kan worden afgezien. Als de bewindspersoon daar niet aan wil meewerken, kan de Kamer daar politieke gevolgen aan verbinden.
- 5.4.5 De desbetreffende bewindspersoon kan openbare verstrekking van «LIMITE»-documenten uiteindelijk weigeren als dat naar zijn

⁷⁸ Vgl. Kamerstuk 28 362, nr. 2, p. 11.

⁷⁹ Vgl. Kamerstuk 28 362, nr. 2, p. 5.

oordeel in het belang van de staat noodzakelijk is. Zoals hiervoor is toegelicht, is de invulling van het begrip «belang van de staat» ter discretie van de verantwoordelijke Minister of Staatssecretaris. Als de Eerste Kamer of de Tweede Kamer de door de regering aangevoerde verschoningsgrond niet aanvaardt, kan zij via de weg van de ongeschreven vertrouwensregel de desbetreffende bewindspersoon naar huis sturen.

6 BESTAAN ACTIEVE OPENBAARMAKINGSPLICHT RAAD VAN MINISTERS

- 6.1.1 In het onderstaande wordt onderzocht of de Raad op basis van het Europese transparantierecht gebonden is aan een actieve openbaarmakingsplicht naar Nederlands model,⁸⁰ in die zin dat de Raad in beginsel verplicht zou zijn uit eigen beweging documenten openbaar te maken en daartoe niet slechts op verzoek gehouden is.
- 6.1.2 Allereerst dient te worden opgemerkt dat een actieve openbaarmakingsplicht zoals hierboven omschreven niet expliciet voortvloeit uit de Europese transparantierechtspraak of uit de Europese verdragen. De Eurowob voorziet uitdrukkelijk in de mogelijkheid dat documenten «na een schriftelijk verzoek» en derhalve niet direct uit eigen beweging van de Raad toegankelijk worden gemaakt. Krachtens artikel 2 lid 4 Eurowob kunnen EU-documenten namelijk op de volgende drie wijzen openbaar worden gemaakt:
«Onverminderd de artikelen 4 en 9 worden documenten voor het publiek toegankelijk gemaakt hetzij na een schriftelijk verzoek, hetzij direct in elektronische vorm, hetzij via een register.»
(onderstrepingen toegevoegd)
- 6.1.3 Op basis van het bovenstaande lijkt het naar de huidige stand van het Europese transparantierecht te ver te gaan om te concluderen dat op de Raad een actieve openbaarmakingsplicht rust ten aanzien van alle typen documenten.
- 6.1.4 Specifiek voor wetgevingsdocumenten bepaalt artikel 2 lid 4 Eurowob dat deze «in het bijzonder» «rechtstreeks toegankelijk» dienen te worden gemaakt «overeenkomstig artikel 12». Artikel 12 Eurowob draagt het onderschrift «rechtstreekse toegang in elektronische vorm of via een register» en bepaalt:
«1. Voorzover mogelijk maken instellingen de documenten rechtstreeks toegankelijk voor het publiek, in elektronische vorm of via een register, overeenkomstig de regels van de betrokken instellingen.
2. In het bijzonder wetgevingsdocumenten, dat wil zeggen documenten die zijn opgesteld of ontvangen in de loop van procedures tot aanneming van in of voor de lidstaten bindende besluiten, dienen, met inachtneming van de artikelen 4 en 9, rechtstreeks toegankelijk te worden gemaakt.» (onderstrepingen toegevoegd)
- 6.1.5 Daar waar artikel 2 Eurowob derhalve expliciet voorziet in de mogelijkheid dat documenten «na een schriftelijk verzoek» openbaar worden gemaakt, is dat in artikel 12 Eurowob weggelaten. Hoewel de toelichting bij de Eurowob niets vermeldt over het weglaten van het schriftelijke verzoek, zou het bovenstaande kunnen impliceren dat er wel een actieve openbaarmakingsplicht

⁸⁰ Zie artikel 8 lid 1 van de Wet openbaarheid van bestuur, Stb. 1992, 185.

bestaat voor de Raad voor wat betreft wetgevingsdocumenten.⁸¹ Een dergelijke actieve openbaarmakingsplicht sluit naar ons oordeel goed aan bij het ruimere recht op toegang dat op basis van zowel de Eurowob⁸² als de Europese transparantierecht-spraak⁸³ geldt voor wetgevingsdocumenten.

- 6.1.6 Wij concluderen derhalve dat het huidige Europese transparantierecht geen expliciete grondslag biedt voor het afleiden van een actieve openbaarmakingsplicht van de Raad ten aanzien van alle typen documenten. Niettemin menen wij dat de Eurowob aanknopingspunten biedt om te beargumenteren dat op de Raad een actieve openbaarmakingsplicht rust ten aanzien van wetgevingsdocumenten.

7 TOEPASSING EUROPEES TRANSPARANTIERECHT OP INFORMELE GREMIA

- 7.1.1 Voordat wij ingaan op de procedurele mogelijkheden voor leden van de Tweede Kamer om de hierboven geconstateerde onverenigbaarheden bij een rechterlijke instantie aan te vechten, gaan wij zeer summier in op de toepassing van het Europese transparantierecht op informele gremia, zoals de Eurogroep, de Eurotop, de trilogie of de EU-27.
- 7.1.2 Zoals in hoofdstuk 2 van dit advies reeds is toegelicht, is de reikwijdte van het Europese transparantierecht relatief beperkt ten aanzien van de instanties waarop dit van toepassing is. Zo is de Eurowob in beginsel slechts van toepassing op de Raad, de Europese Commissie en het Europees Parlement.⁸⁴ Dit is bevestigd door het HvJEU in het arrest *Zweden-API-Commissie*.⁸⁵ Ook artikel 15 VWEU ziet enkel op de «instellingen, organen en instanties» van de EU. Informele gremia, zoals de Eurogroep, de Eurotop, de trilogie of de EU-27, vallen echter niet onder deze categorieën.⁸⁶
- 7.1.3 Tenzij deze informele gremia het Europese transparantierecht vrijwillig op hun activiteiten van toepassing hebben verklaard,⁸⁷ is het Europese transparantierecht naar ons oordeel derhalve niet op deze instanties van toepassing.
- 7.1.4 Wij merken nog op dat de uitkomst van de eerder genoemde aanhangige *De Capitani*-zaak⁸⁸ mogelijk van belang is voor dit vraagstuk. Ook wijzen wij op het recente arrest van het Gerecht in *Herbert Smith Freehills*. Daarin is geoordeeld dat de uitwisseling van standpunten tussen de juridische diensten van de Raad, de Europese Commissie en het Europees Parlement die plaatsvinden om in het kader van een triloog een compromis te bereiken wel onder de reikwijdte van de Eurowob en daarmee van het Europese

⁸¹ Zoals hierboven reeds opgemerkt, heeft de term «wetgevingsdocumenten» krachtens artikel 12 lid 2 Eurowob betrekking op «documenten die zijn opgesteld of ontvangen in de loop van procedures tot aanneming van in of voor de lidstaten bindende besluiten.» «Wetgevingsdocumenten» in de zin van de Eurowob zien derhalve op méér dan enkel uiteindelijk vastgestelde wettelijke regelingen.

⁸² Zie de 6^{de} preambule bij de Eurowob.

⁸³ Zie onder meer HvJEU, *Access Info Europe*, zie hierboven voetnoot 26, r.o. 33; HvJEU, *Turco*, zie hierboven voetnoot 26, r.o. 46.

⁸⁴ Artikel 1, sub a) Eurowob, in samenhang gelezen met de toelichting bij de Eurowob, COM/2000/0030def., punt 4.

⁸⁵ *Zweden-API-Commissie*, r.o. 91.

⁸⁶ Zie bijvoorbeeld: https://europa.eu/european-union/about-eu/institutions-bodies_nl.

⁸⁷ Zoals hierboven in hoofdstuk 2 reeds is opgemerkt, hebben inmiddels bijna alle EU instellingen, organen en instanties de Eurowob (in ieder geval gedeeltelijk) op hun documenten van toepassing verklaard door middel van interne besluiten.

⁸⁸ GEU, *De Capitani*, zie hierboven voetnoot 38.

transparantierecht valt.⁸⁹ Dit maakt dat bij de beoordeling of het Europese transparantierecht van toepassing is op informele gremia niet slechts dient te worden gekeken naar het forum waarbinnen documenten circuleren, maar mede naar de instantie waarvan de betreffende documenten afkomstig zijn.

- 7.1.5 Het valt buiten de reikwijdte van dit advies om nader in te gaan op de wenselijkheid van toepassing van het Europese transparantierecht op informele gremia en op de mogelijkheden toepassing van het Europese transparantierecht op deze informele gremia te bewerkstelligen. Wij menen dat het de moeite waard kan zijn hier nader onderzoek naar te doen.

8 PROCEDURELE MOGELIJKHEDEN LEDEN VAN DE TWEDE KAMER TEN AANZIEN VAN GECONSTATEERDE ONVERENIGBAARHEDEN RICHTSNOEREN EN ORDERELEMENT MET EUROPESE TRANSPARANTIERECHT

- 8.1.1 In het onderstaande worden de procedurele mogelijkheden onderzocht voor leden van de Tweede Kamer om de hierboven in hoofdstukken 3 t/m 6 geconstateerde onverenigbaarheden bij een rechterlijke instantie aan te vechten.
- 8.1.2 In de hoofdstukken 3 en 4 hebben wij geconstateerd dat de Richtsnoeren en het Orderelement op wezenlijke onderdelen onverenigbaar zijn met het Europese transparantierecht, meer in het bijzonder met de Eurowob en de Europese transparantierechtspraak.
- 8.1.3 Wij hebben echter eveneens geconstateerd dat de Richtsnoeren en het Orderelement niet vatbaar zijn (geweest) voor beroep bij de Unierechter omdat het intern werkende regelingen betreft die niet voor derden rechtsgevolgen beogen. Indien ten aanzien van de Richtsnoeren zou moeten worden aangenomen dat de punten 20 en 21 daarvan wel voor derden (te weten: de lidstaten) rechtsgevolgen beogen, dan geldt dat beroepstermijn van twee maanden van artikel 263 VWEU voor de lidstaat Nederland al jaren geleden verstreken is met als gevolg dat Nederland de rechtsgeldigheid daarvan niet meer in rechte kan aanvechten. Voor de volledigheid merken wij nog op dat leden van de Tweede Kamer hoe dan ook niet over beroepsmogelijkheden beschikken tegen de Richtsnoeren en het Orderelement, nu het besluiten van een Unie-instelling betreft die niet tot hen zijn gericht en die niet geacht kunnen worden hen rechtstreeks en individueel te raken als vereist ingevolge artikel 263 VWEU.
- 8.1.4 Omdat sprake is van intern werkende regelingen, worden de Richtsnoeren en het Orderelement door de Unierechter genegeerd in het kader van de beoordeling van de rechtmatigheid van besluiten van de Raad met betrekking tot verzoeken tot openbaarmaking van documenten uit hoofde van de Eurowob. Daarmee bevestigt de Unierechter impliciet dat aan de Richtsnoeren en het Orderelement rechtens geen betekenis toekomt, wat spoort met de kwalificatie van beide regelingen als intern werkende regelingen.
- 8.1.5 Daar staat weer tegenover dat wij menen dat het de lidstaat Nederland niet vrijstaat om eenzijdig de beperking van de openbaarmaking van «LIMITE»-documenten vervat in punt 20 van de Richtsnoeren te negeren, nu het beginsel van loyale samenwerking van artikel 4 lid 3 VEU zich daartegen lijkt te verzetten. Dit impliceert naar onze mening ook dat de Nederlandse regering

⁸⁹ GEU, T-710/14, *Herbert Smith Freehills LLP / Raad*, arrest van 15.09.16, ECLI:EU:T:2016:494, r.o. 59.

thans niet gerechtigd is eenzijdig, zonder voorafgaande afstemming met de Raad, het citeerverbod in te trekken. Dat laat echter onverlet dat het citeerverbod een geheimhoudingsverplichting oplegt die een verdergaande belemmering van de openbaarmaking van Raadsdocumenten behelst dan vanuit Europeesrechtelijk perspectief kan worden gerechtvaardigd.

- 8.1.6 Dit alles belet leden van de Tweede Kamer niet de onverenigbaarheid van de Richtsnoeren en het Ordereglement met het transparantierecht aan de orde te stellen. Daarvoor zien wij met name de navolgende mogelijkheden, die afzonderlijk dan wel in samenhang kunnen worden overwogen.
- 8.1.7 Ten eerste staat het (individuele) leden van de Tweede Kamer vrij om bij de Raad al dan niet stelselmatig Eurowob-verzoeken in te dienen met betrekking tot Raadsdocumenten waarvan zij menen dat deze op grond van de Eurowob voor openbaarmaking in aanmerking komen. Wanneer eenmaal openbaar gemaakt onder de Eurowob, staat het de leden van de Tweede Kamer vrij deze documenten te citeren en verder te verspreiden. Tegen eventuele afwijzende beslissingen van de Raad kan beroep worden ingesteld bij het Gerecht.⁹⁰ Wij realiseren ons dat deze aanpak op de korte termijn geen soelaas zal bieden vanwege het spanningsveld tussen enerzijds de termijn waarop leden van de Tweede Kamer in de Nederlandse parlementaire verhoudingen dienen te reageren op standpunten van de regering met betrekking tot wetgevingsvoorstellen van de Raad en anderzijds de termijn waarbinnen de Raad Eurowob-verzoeken afhandelt. Daar staat echter tegenover dat het stelselmatig indienen van Eurowob-verzoeken ertoe bijdraagt dat de onverenigbaarheid van de Richtsnoeren en het Ordereglement met het Europese transparantierecht op de politieke agenda wordt geplaatst. Ook merken wij op dat het stelselmatig indienen van openbaarmakingsverzoeken bij (het Secretariaat-Generaal van) de Raad ertoe zou kunnen bijdragen dat het Secretariaat-Generaal in het kader van de toepassing van de Eurowob een administratieve praktijk ontwikkelt die *de facto* de toepassing van de categorische verspreidingsbeperking van «LIMITE»-documenten beperkt, zonder dat de Richtsnoeren en het Ordereglement formeel worden aangepast.
- 8.1.8 Ten tweede kan de Kamer de regering verzoeken om te bevestigen dat het categorische verbod van openbaarmaking van alle interne Raadsdocumenten onverenigbaar is met het Europese transparantierecht en om bij de Raad (nogmaals) aan te dringen op aanpassing van de Richtsnoeren en het Ordereglement. Het is gezien de vaste jurisprudentie van de Unierechter over de uitleg van de Eurowob niet meer voor redelijke betwisting vatbaar dat de Richtsnoeren en het Ordereglement niet langer sporen met het Europese transparantierecht. De Raad heeft inmiddels diverse keren bakzeil gehaald in beroepsprocedures bij de Unierechter onder het regime van de Eurowob en meer in het bijzonder geen enkel gehoor gevonden voor argumenten ontleend aan de eigen Richtsnoeren en het Ordereglement. De Nederlandse regering zou kunnen worden gevraagd om er bij de Raad op aan te dringen dat deze aan een en ander passende consequenties verbindt door de Richtsnoeren en het Ordereglement aan te passen in het licht van de Europese transparantierechtspraak.
- 8.1.9 Ten derde zou de Kamer de regering kunnen verzoeken om met een beroep op het Europese transparantierecht en onder verwijzing naar punt 21 van de Richtsnoeren in overleg te treden met de Raad over aanpassingen van het vigerende citeerverbod met het

⁹⁰ Zoals eerder Europarlementariër In 't Veld met succes heeft gedaan.

oogmerk de toepassing van het citeerverbod te beperken tot documenten waarvan openbaarmaking op basis van artikel 4 Eurowob redelijkerwijs zou kunnen worden geweigerd. Weliswaar ziet punt 21 van de Richtsnoeren naar de letter enkel op raadpleging van het Secretariaat-Generaal van de Raad door nationale ambtenaren («rijksoverheidspersoneel») in individuele gevallen, maar de desbetreffende regeling zou kunnen worden aangegrepen om het streven naar een meer generieke oplossing aan de orde te stellen.

- 8.1.10 Ten vierde kan de Kamer de regering in concrete gevallen verzoeken om, al dan niet na afstemming met de Raad, het citeerverbod buiten toepassing te laten in gevallen waar het interne Raadsdocumenten betreft waarop duidelijk geen van de uitzonderingsgronden voor openbaarmaking van de Eurowob van toepassing is.
- 8.1.11 Ten vijfde kunnen leden van de Tweede Kamer de materie aan de orde stellen bij hun collega's in het Europees Parlement. Aangezien het Europees Parlement als belangrijke partij in het Europese wetgevingsproces er mede verantwoordelijk voor is dat dit proces voldoet aan de randvoorwaarden van het Europese transparantierecht, zou het op de weg van het Europees Parlement liggen om de Raad aan te spreken op wat zou kunnen worden aangemerkt als een systematische schending van het Europese transparantierecht.
- 8.1.12 Tot slot zouden leden van de Tweede Kamer de onverenigbaarheid van de Richtsnoeren en het Ordereglement met het Europese transparantierecht onder de aandacht kunnen brengen van de Europese Ombudsman. De Europese Ombudsman heeft nog recent op eigen initiatief een onderzoek uitgevoerd naar mogelijkheden om de transparantie van de triloggen te verbeteren.⁹¹ Dit onderzoek heeft zij in mei 2016 afgerond met het uitbrengen van een aantal concrete aanbevelingen.⁹² In dit besluit heeft de Europese Ombudsman onderstreept dat transparantie van de triloggen bij uitstek relevant is voor nationale parlementen, die de mogelijkheid dienen te hebben democratisch toezicht te houden op de posities die hun nationale regeringen innemen in het EU wetgevingsproces.⁹³ Leden van de Tweede Kamer zouden hieraan kunnen refereren bij het benaderen van de Europese Ombudsman. Wij zouden niet willen aanraden om bij de Ombudsman een

⁹¹ Zie het besluit van de Europese Ombudsman d.d. 12.07.16 in zaak OI/8/2015/JAS, beschikbaar via: <https://www.ombudsman.europa.eu/cases/decision.faces/en/69206/html.bookmark>.

⁹² Zo stelde de Europese Ombudsman in haar besluit vast dat de transparantie van triloggen «een essentieel onderdeel [vormt] van de legitimering van het Europese wetgevingsproces» en stelde zij voor dat de Raad, het Europees Parlement en de Europese Commissie, al dan niet na afloop van de onderhandelingen in het kader van de triloggen, onder meer de volgende documenten openbaar maken: de data waarop triloggen plaatsvinden, initiële standpunten van de drie instellingen in de triloggen, algemene agenda's van triloggen, compromisvoorstellen (de zogeheten «vier kolommen» documenten), definitieve compromisteksten, lijsten van de betrokken politieke besluitvormers en, voor zover mogelijk, een lijst van ieder ander document dat op de agenda komt tijdens de onderhandelingen.

⁹³ Zie punt 21 van het besluit van de Europese Ombudsman inzake triloggen, zie hierboven voetnoot 91:

«The EU Treaties also emphasise the special role of national Parliaments in the adoption of EU legislation. During the Ombudsman's public consultation, several national Parliaments expressed concerns about the transparency of Trilogues. National Parliaments must be empowered to exercise democratic scrutiny of the positions their governments take in the course of the EU legislative process. Citizens of Member States can then hold their national Parliaments to account for how they carry out that important role. If this chain of accountability is broken, trust in EU law-making and trust in the EU will suffer. Sufficient transparency regarding Trilogue negotiations is an important element in ensuring that national Parliaments can effectively exercise their role. It also underpins the very necessary democratic connection between what happens in the Member States and what happens in the EU institutions, particularly when it comes to law-making that impacts on every EU citizen.»

formele klacht in te dienen, nu een dergelijke klacht betrekking dient te hebben op administratieve praktijken waarvan de klager meent dat deze «wanbeheer» opleveren. Wij vragen ons in dit kader af of het wenselijk is dat leden van nationale parlementen besluiten of praktijken van de Raad aanmerken als «wanbeheer».

8.1.13 Wij houden ons voor een nadere toelichting graag beschikbaar.

Hoogachtend,

De Brauw Blackstone Westbroek N.V.

N.H. van den Biggelaar
Advocaat

E.H. Pijnacker Hordijk
Advocaat

C.E.E. Zois
Advocaat