

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

E. SHARPSTON

van 10 april 2008¹

1. Met de onderhavige verwijzing wenst de Unabhängige Verwaltungssenat im Land Niederösterreich (Oostenrijk) (onafhankelijke bestuursrechter voor het Land Niederösterreich) te vernemen of handelingen die volgens artikel 254 EG moeten worden bekendgemaakt, „documenten” zijn als bedoeld in artikel 2, lid 3, van verordening (EG) nr. 1049/2001 (hierna: „verordening inzake de toegang tot documenten”)² en of verordeningen, of onderdelen daarvan, bindende kracht hebben wanneer zij in strijd met het bepaalde in artikel 254, lid 2, EG niet in het Publicatieblad zijn bekendgemaakt.

Rechtskader

Relevante gemeenschapsrechtelijke bepalingen inzake de bekendmaking van of de toegang tot documenten

Verdragsbepalingen

2. De tweede alinea van artikel 1 EU bepaalt:

„Dit Verdrag markeert een nieuwe etappe in het proces van totstandbrenging van een steeds hechter verbond tussen de volkeren van Europa, waarin de besluiten in zo groot mogelijke openheid en zo dicht mogelijk bij de burger worden genomen.”

¹ — Oorspronkelijke taal: Engels.

² — Verordening van het Europees Parlement en de Raad van 30 mei 2001 inzake de toegang van het publiek tot documenten van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie (PB L 145, blz. 43).

3. Artikel 254 EG bepaalt:

de voorwaarden die overeenkomstig de leden 2 en 3 worden bepaald.

„1. De volgens de procedure van artikel 251^[3] aangenomen verordeningen, richtlijnen en beschikkingen worden [...] bekendgemaakt in het *Publicatieblad van de Europese Unie*. [...].

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.

2. De verordeningen van de Raad en van de Commissie, alsmede de richtlijnen van deze instellingen die tot alle lidstaten zijn gericht, worden in het *Publicatieblad van de Europese Unie* bekendgemaakt. [...]

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

3. Van de overige richtlijnen en van de beschikkingen wordt kennis gegeven aan hen tot wie zij zijn gericht; zij worden door deze kennisgeving van kracht.”

Verordening inzake de toegang tot documenten

4. Artikel 255 EG bepaalt:

„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

5. De eerste vier overwegingen van de considerans leggen het fundament voor de verordening door het belang van openheid, transparantie en verantwoordelijkheid te benadrukken. In de eerste overweging wordt uitdrukkelijk artikel 1 EU aangehaald. In de tweede wordt uiteengezet dat meer openheid een grotere legitimiteit en meer doelmatigheid en verantwoordelijkheid van de administratie ten opzichte van de burgers binnen een democratisch systeem waarborgt. In de derde wordt aangegeven dat de verordening „de initiatieven die de instellingen al hebben genomen om de doorzichtigheid van het besluitvormingsproces te verbeteren[, conso-

3 — De zogenoemde „medebeslissingsprocedure”.

lideert]”. De vierde overweging zet het doel van de verordening uiteen:

„Deze verordening heeft tot doel het recht van toegang van het publiek tot documenten maximaal zijn beslag te geven en de voorwaarden en beperkingen van dat recht vast te leggen in overeenstemming met artikel 255, lid 2, [EG].”

6. Volgens artikel 1, sub a, van de verordening inzake de toegang tot documenten beoogt deze

„de bepaling van de beginselen, voorwaarden en beperkingen op grond van openbare of particuliere belangen betreffende het in artikel 255 van het EG-Verdrag neergelegde recht van toegang tot documenten van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie (hierna: ‚de instellingen’), en wel zodanig, dat een zo ruim mogelijke toegang tot documenten wordt gewaarborgd”.

7. Artikel 2, lid 1, bepaalt dat „[i]edere burger van de Unie en iedere natuurlijke of rechtspersoon met verblijfplaats of statutaire zetel in een lidstaat [...] een recht van toegang [heeft] tot documenten van de instellingen, volgens de beginselen en onder de voorwaarden en beperkingen, die in deze verordening worden bepaald”.

8. Artikel 2, lid 3, bepaalt dat de verordening van toepassing is „op alle bij een instelling berustende documenten, dit wil zeggen documenten die door de instelling zijn opgesteld of ontvangen en zich in haar bezit bevinden, op alle werkterreinen van de Europese Unie”. Artikel 2, lid 5, staat toe dat „[v]oor gevoelige documenten in de zin van artikel 9, lid 1, [...] overeenkomstig dat artikel een bijzondere behandeling [geldt]”.

9. Artikel 3, sub a, omschrijft een „document” als „iedere inhoud, ongeacht de drager ervan (op papier, in elektronische vorm, als geluids-, beeld- of audiovisuele opname), betreffende een materie die verband houdt met beleidsmaatregelen, acties en besluiten welke tot de bevoegdheid van de instelling behoren”.

10. De artikelen 4 en 9 bevatten specifieke bepalingen voor bepaalde uitzonderingen op het beginsel van de publieke toegang tot documenten. Aldus bepaalt artikel 4:

„1. De instellingen weigeren de toegang tot een document wanneer de openbaarmaking ervan zou leiden tot ondermijning van de bescherming van:

a) het openbaar belang, wat betreft:

— de openbare veiligheid,

12. Artikel 13 bevat specifieke bepalingen betreffende de bekendmaking in het Publicatieblad:

— defensie en militaire aangelegenheden,

„1. Naast de besluiten van artikel 254, leden 1 en 2, van het EG-Verdrag [...] worden de volgende documenten, met inachtneming van de artikelen 4 en 9 van deze verordening, in het Publicatieblad bekendgemaakt:

[...]”

11. Artikel 9, lid 1, omschrijft „gevoelige documenten” als „documenten die afkomstig zijn van de instellingen of van de agentenschappen hiervan, van lidstaten, van derde landen of van internationale organisaties, en die op grond van de regels van de betrokken instelling ter bescherming van wezenlijke belangen van de Europese Unie, of van één of meer van haar lidstaten, op de gebieden van artikel 4, lid 1, sub a — in het bijzonder openbare veiligheid —, defensie en militaire aangelegenheden, als ‘TRÈS SECRET/TOP SECRET’, ‘SECRET’ of ‘CONFIDENTIEL’ [sic] zijn gerubriceerd”. Artikel 9 bepaalt voor het overige, onder andere, dat verzoeken om toegang tot gevoelige documenten uitsluitend worden behandeld door personen die het recht hebben zelf van deze documenten kennis te nemen. Deze personen beoordelen eveneens welke verwijzingen naar dergelijke documenten in het openbare documentenregister, zoals is voorzien in artikel 11, kunnen worden opgenomen. Instellingen die de toegang tot een dergelijk document weigeren, moeten dat besluit met redenen omkleeden; de regels van de instelling betreffende de toegang van het publiek tot dergelijke documenten moeten openbaar worden gemaakt.

a) Commissievoorstellen;

b) gemeenschappelijke standpunten van de Raad overeenkomstig de artikelen 251 en 252 van het EG-Verdrag, tezamen met de motivering, almede de standpunten van het Europees Parlement in deze procedures;

[...]”

„2. Voor zover mogelijk worden de volgende documenten in het Publicatieblad bekendgemaakt:

[...]

14. Artikel 4, leden 1 en 2, bepaalt:

- c) richtlijnen die niet vallen onder artikel 254, leden 1 en 2, van het EG-Verdrag, en besluiten, aanbevelingen en adviezen die niet vallen onder artikel 254, lid 1, van het EG-Verdrag.

„1. De gemeenschappelijke basisnormen betreffende maatregelen voor beveiliging van de luchtvaart [...] zijn neergelegd in de bijlage.

3. [...]”

2. De nodige maatregelen voor de uitvoering en de technische aanpassing van deze gemeenschappelijke basisnormen worden vastgesteld volgens de procedure van artikel 9, lid 2 ^[5], waarbij naar behoren rekening wordt gehouden met de verschillende soorten activiteiten en met de gevoeligheid van de maatregelen in verband met:

- a) prestatiecriteria en acceptatietests voor apparatuur;

Verordening nr. 2320/2002

13. Volgens artikel 1 van verordening (EG) nr. 2320/2002 ⁴ is het hoofddoel ervan „de vaststelling en uitvoering van dienstige communautaire maatregelen om tegen de burgerluchtvaart gerichte wederrechtelijke daden te voorkomen”.

- b) gedetailleerde procedures die gevoelige informatie bevatten;

- c) gedetailleerde criteria voor vrijstelling van beveiligingsmaatregelen.”

⁴ — Verordening van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 2002 tot vaststelling van gemeenschappelijke regels op het gebied van de beveiliging van de burgerluchtvaart — Interinstitutionele verklaring (PB L 355, blz. 1).

⁵ — Een regelgevende comitologieprocedure.

15. Artikel 6 bepaalt:

ii) gedetailleerde procedures die gevoelige informatie bevatten,

„De lidstaten kunnen, met inachtneming van het Gemeenschapsrecht, strengere maatregelen toepassen dan die welke in deze verordening zijn neergelegd. Zo spoedig mogelijk nadat die maatregelen van toepassing zijn geworden, stellen de lidstaten de Commissie en de andere lidstaten in kennis van de aard daarvan.”

iii) gedetailleerde criteria voor vrijstelling van beveiligingsmaatregelen,

bedoeld in artikel 4, lid 2,

16. Artikel 8 bepaalt met betrekking tot de verspreiding van informatie:

[...]

„1. Onverminderd het recht van het publiek op toegang tot documenten, neergelegd in [de verordening inzake de toegang tot documenten]

geheim. Zij worden niet gepubliceerd. Zij worden alleen beschikbaar gesteld aan de in artikel 5, lid 2^[6], bedoelde autoriteiten, die daarvan, overeenkomstig de toepasselijke nationale regels voor de verspreiding van gevoelige informatie, alleen mededeling doen aan belanghebbenden die niet zonder die informatie kunnen.

a) zijn de maatregelen in verband met

[...]”

i) prestatiecriteria en acceptatietests voor apparatuur,

6 — Een door elke lidstaat aangewezen autoriteit.

17. Artikel 12 bepaalt dat de sancties op overtredingen van de bepalingen van de verordening „doeltreffend, evenredig en afschrikkend” moeten zijn.

18. De bijlage waarnaar in artikel 4, lid 1, wordt verwezen, is naar behoren bekendgemaakt als integraal deel van de verordening. Zij bevat onder andere algemene basishoudingen voor het onderzoek van passagiers (punt 4.1) en handbagage (punt 4.3). Alle vertrekkende passagiers moeten worden onderzocht teneinde te voorkomen dat verboden voorwerpen in een om beveiligingsredenen beperkt toegankelijke zone en aan boord van het vliegtuig worden gebracht. Hun handbagage moet worden onderzocht voordat de passagiers toegang krijgen tot een om beveiligingsredenen beperkt toegankelijke zone en aan boord van het vliegtuig worden toegelaten. Alle verboden voorwerpen worden de passagier ontnomen, of de passagier wordt de toegang geweigerd tot de om beveiligingsredenen beperkt toegankelijke zone of het vliegtuig, naar gelang van het geval.

19. Punt 1.18 van de bijlage omschrijft een „verboden voorwerp” als een „voorwerp dat voor een wederrechtelijke daad kan worden gebruikt en dat niet aangegeven en aan de toepasselijke wet- en regelgeving onderworpen is”. Een indicatieve lijst van dergelijke verboden voorwerpen is opgenomen in het (bekendgemaakte) „aanhangsel” bij de bijlage, dat richtsnoeren voor de indeling van verboden voorwerpen bevat. De inleidende zinnen luiden: „[d]it zijn richtsnoeren inzake de mogelijke vorm van wapens en aan beperkingen onderworpen voorwerpen. De

vraag of een voorwerp als wapen kan worden gebruikt, moet met gezond verstand worden beoordeeld.” „Slagwapens: ploertendoders, wapenstokken, honkbalknuppels en soortgelijke instrumenten”, zijn vermeld onder punt iii) van het aanhangsel. Punt vi) vermeldt: „[a]ndere artikelen: ijspriemen, bergstokken, scheermessen, lange scharen, en voorwerpen die meestal niet als dodelijke of gevaarlijke wapens worden beschouwd, maar wel als wapen kunnen worden gebruikt, met inbegrip van speelgoed- of nepwapens en -granaten”. Punt vii) vervolgt: „[a]lle soorten artikelen waarvan redelijkerwijs kan worden vermoed dat ze kunnen worden gebruikt om een dodelijk wapen te simuleren, zoals onder andere: voorwerpen die op explosietuigen lijken of andere voorwerpen die eruitzien als een wapen of een gevaarlijk voorwerp”.

Door de Commissie vastgestelde uitvoeringsverordeningen

20. De eerste twee overwegingen van de considerans van verordening (EG) nr. 622/2003⁷, die uitvoering geeft aan veror-

7 — Verordening van de Commissie van 4 april 2003 tot vaststelling van maatregelen voor de tenuitvoerlegging van de gemeenschappelijke basishoudingen op het gebied van de beveiliging van de luchtvaart (PB L 89, blz. 9). De niet-bekendgemaakte bijlage is veelvuldig gewijzigd, het meest recent bij verordening (EG) nr. 23/2008 van de Commissie van 11 januari 2008 (PB L 9, blz. 12). De tekst van de verordening zelf is slechts eenmaal gewijzigd, toen bij verordening (EG) nr. 65/2006 van de Commissie van 13 januari 2006 (PB L 11, blz. 4) een artikel 3 bis (met betrekking tot nieuwe technische methoden en processen) werd ingevoegd.

dening nr. 2320/2002, lichten de vorm en beperkte bekendmaking ervan toe als volgt:

„(1) De Commissie moet maatregelen vaststellen voor de tenuitvoerlegging van gemeenschappelijke basismatregelen voor de beveiliging van de luchtvaart in de hele Europese Unie. Een verordening is daarvoor het meest geschikte instrument.

(2) Overeenkomstig verordening [...] nr. 2320/2002 en om wederrechtelijke daden te voorkomen, zouden de maatregelen in de bijlage bij deze verordening geheim moeten zijn en niet gepubliceerd moeten worden.”

21. Artikel 1 bepaalt dat in de verordening de nodige maatregelen worden vastgesteld voor de tenuitvoerlegging en technische aanpassing van gemeenschappelijke basismatregelen voor de beveiliging van de luchtvaart die in de nationale programma's voor de beveiliging van de burgerluchtvaart worden opgenomen.

22. Artikel 3 bevat bepalingen omtrent de vertrouwelijkheid. Het bepaalt dat de „in artikel 1 bedoelde maatregelen [...] in de bijlage worden vermeld. Deze maatregelen zijn geheim en worden niet gepubliceerd. Ze worden alleen ter beschikking gesteld aan personen die naar behoren door een lidstaat of de Commissie gemachtigd zijn.”

23. Latere verordeningen waarbij de bijlage bij verordening nr. 622/2003 is gewijzigd, bevatten allemaal, met uitzondering van verordening nr. 1477/2007⁸, een artikel dat bepaalt dat de „bijlage bij verordening (EG) nr. 622/2003 wordt gewijzigd overeenkomstig de bijlage bij deze verordening. Artikel 3 van eerstgenoemde verordening is van toepassing met betrekking tot de vertrouwelijke aard van de [...] bijlage.”¹⁰

24. De considerans van verordening nr. 68/2004¹¹, de eerste verordening waarbij de bijlage bij verordening nr. 622/2003 werd gewijzigd, bevat de volgende relevante overwegingen:

8 — Verordening (EG) van de Commissie van 13 december 2007 (PB L 329, blz. 22).

9 — „De bijlage” bij verordening (EG) nr. 68/2004 van de Commissie van 15 januari 2004 (PB L 10, blz. 14).

10 — Overweging 6 van de considerans van verordening nr. 1477/2007 luidt: „De maatregelen van de onderhavige verordening behoren niet tot die welke overeenkomstig artikel 8, lid 1, van verordening (EG) nr. 2320/2002 vertrouwelijk zijn en niet mogen worden gepubliceerd.” De tweede zin van artikel 1 bepaalt overeenkomstig dat artikel 3 van verordening nr. 622/2003, met betrekking tot de vertrouwelijke aard van bovenvermelde bijlage, *niet* van toepassing is. De bijlage bij de verordening is naar behoren bekendgemaakt en luidt als volgt: „Aanhangsel 3 wordt vervangen door de volgende tekst: „Aanhangsel 3[.] Republiek Singapore[.] De luchthaven van Changi.” Aangezien, anders dan de Commissie ter terechtzitting heeft verzekerd, de rest van de bijlage bij verordening nr. 622/2003 (zoals gewijzigd) niet bekendgemaakt blijft, kan de verklaring in de bijlage bij verordening nr. 1477/2007 in het gunstigste geval als raadselachtig worden bestempeld.

11 — Dit is volgens de verwijzende rechter de relevante verordening, en wel omdat, zoals ter terechtzitting is gebleken, de door de latere wijzigingsverordening [verordening (EG) nr. 857/2005 van de Commissie van 6 juni 2005 (PB L 143, blz. 9)] aangebrachte wijzigingen — de laatste wijziging voordat de gebeurtenis plaatsvond die heeft geleid tot deze verwijzing — de lijst van verboden voorwerpen in de bijlage bij verordening nr. 622/2003 niet heeft veranderd. In het vervolg van deze conclusie zal ik eenvoudigweg verwijzen naar „verordening nr. 622/2003 (zoals gewijzigd)” om de ten tijde van de feiten toepasselijke versie van verordening nr. 622/2003 aan te duiden. Aangezien de bijlagen bij alle latere verordeningen (net als de oorspronkelijke bijlage bij verordening nr. 622/2003) niet zijn bekendgemaakt, heb ik niet kunnen nagaan of de lijst van verboden voorwerpen is gewijzigd ten opzichte van de oorspronkelijke versie van de bijlage bij verordening nr. 68/2004.

„(2) Overeenkomstig verordening (EG) nr. 2320/2002 en teneinde onrechtmatige daden te voorkomen, dienen de in de bijlage bij verordening (EG) nr. 622/2003 vermelde maatregelen geheim te zijn en mogen zij niet worden gepubliceerd. Dezelfde regel is uiteraard ook van toepassing voor besluiten tot wijziging daarvan.[¹²]

(3) Er is evenwel behoefte aan een geharmoniseerde en voor het publiek toegankelijke lijst van de artikelen die door passagiers niet mogen worden meegenomen in zones met beperkte toegang en de cabine van een vliegtuig en van de artikelen die niet mogen worden meegenomen in bagage die bestemd is om in het ruim van het vliegtuig te worden geladen.

(4) Het is algemeen erkend dat een dergelijke lijst nooit volledig kan zijn. De bevoegde autoriteit moet dan ook andere artikelen da[n] die welke in de lijst zijn opgenomen, kunnen verbieden. Het is wenselijk dat de passagiers vóór en tijdens het inchecken duidelijk worden ingelicht over alle artikelen die verboden zijn.”

12 — Enigszins andere bewoordingen, maar met dezelfde strekking, zijn gebruikt in de derde overweging van de considerans van verordening (EG) nr. 437/2007 van de Commissie van 20 april 2007 (PB L 104, blz. 16) en in de zesde overweging van de considerans van verordening (EG) nr. 915/2007 van de Commissie van 31 juli 2007 (PB L 200, blz. 3): „Overeenkomstig verordening (EG) nr. 2320/2002 zijn de in de bijlage bij verordening (EG) nr. 622/2003 vastgestelde maatregelen geheim en worden ze niet gepubliceerd. Dit geldt uiteraard ook voor besluiten tot wijziging daarvan.”

25. Ondanks de derde en de vierde overweging van de considerans bevatte de bekendgemaakte tekst van verordening nr. 68/2004 geen voor het publiek toegankelijke lijst van verboden voorwerpen.

26. De considerans van latere verordeningen waarbij de bijlage bij verordening nr. 622/2003 is gewijzigd, bevat geen overeenkomstige overwegingen, tot verordening nr. 1546/2006¹³, die de in de tweede, derde en vierde overweging van de considerans van verordening nr. 68/2004 weergegeven overwegingen samenvoegde in één enkele overweging:

„(3) Overeenkomstig verordening (EG) nr. 2320/2002 en teneinde wederrechtelijke daden te voorkomen, zijn de in verordening (EG) nr. 622/2003 vastgestelde normen geheim en mogen ze niet worden gepubliceerd. Hetzelfde geldt voor alle wijzigingsbesluiten. Desondanks moeten de passagiers duidelijk worden geïnformeerd over de regels met betrekking tot voorwerpen die niet aan boord van luchtvaartuigen mogen worden gebracht.”

13 — Verordening (EG) van de Commissie van 4 oktober 2006 (PB L 286, blz. 6).

27. Ondanks deze overweging bevatte de bekendgemaakte tekst van verordening nr. 1546/2006 (net als haar voorgangsters) geen voor het publiek toegankelijke lijst van verboden voorwerpen.¹⁴

3. Bij redactie van besluiten wordt rekening gehouden met de doelgroep, zodat de betrokkenen ondubbelzinnig hun rechten en verplichtingen kunnen kennen [...].

Redactionele richtsnoeren

[...]

28. Op 22 december 1998 hebben het Europees Parlement, de Raad en de Commissie een interinstitutioneel akkoord betreffende de gemeenschappelijke richtsnoeren voor de redactionele kwaliteit van de communautaire wetgeving gesloten.¹⁵ De richtsnoeren zijn juridisch niet bindend.¹⁶ Tot de algemene beginselen die zij bevatten, behoren de volgende:

10. De overwegingen hebben tot doel de essentiële bepalingen van het regelgevend gedeelte beknopt te motiveren [...] Zij bevatten geen regelgevende bepalingen [...].¹⁷

„1. De communautaire wetgevingsbesluiten worden duidelijk, eenvoudig en nauwkeurig geredigeerd.

[...]

22. De technische aspecten van het besluit zijn opgenomen in de bijlagen, waarnaar in het regelgevend gedeelte van het besluit specifiek wordt verwezen. De bijlagen mogen dus geen nieuwe rechten of verplichtingen die niet in het regelgevend gedeelte voorkomen, bevatten.”

14 — Gelet op deze overweging kan het zijn dat de lijst van verboden voorwerpen is gewijzigd bij de bijlage bij verordening nr. 1546/2006. Ik heb niet kunnen nagaan of dat het geval is.

15 — PB 1999, C 73, blz. 1; hierna: „interinstitutioneel akkoord betreffende de redactie”.

16 — Zie zevende overweging van de consideransen.

17 — Zie eveneens arrest van 12 juli 2005, Alliance for Natural Health e.a. (C-154/04 en C-155/04, Jurispr. blz. I-6451, punt 92, dat verwijst naar het interinstitutioneel akkoord).

Hoofdgeding en prejudiciële vragen

29. Op 25 september 2005, na zich te hebben gemeld voor zijn vlucht, presenteerde G. Heinrich zich bij de veiligheidscontrole op de luchthaven Wien-Schwechat. Zijn handbagage bleek tennisrackets te bevatten. Aangezien dit naar verluidt verboden voorwerpen¹⁸ waren, werd hem niet toegestaan de veiligheidscontrole te passeren. Hij is blijkbaar desalniettemin met de tennisrackets in zijn handbagage aan boord van het vliegtuig gegaan.¹⁹ Veiligheidspersoneel heeft hem vervolgens bevolen het vliegtuig te verlaten.

30. Heinrich heeft een zaak aangespannen voor de verwijzende rechter, die uiteenzet dat personen die in de bijlage bij verordening nr. 622/2003 (zoals gewijzigd) opgenomen verboden voorwerpen bij zich hebben, de veiligheidscontrole niet mogen passeren en niet aan boord van vliegtuigen mogen gaan, en bij overtreding van deze bepalingen moeten rekenen met de „doeltreffende, evenredige en afschrikkende sancties” van artikel 12 van verordening nr. 2320/2002. Hij is derhalve van mening dat de bepalingen van de bijlage bij

verordening nr. 622/2003 (zoals gewijzigd) niet enkel zijn gericht tot overheidsorganen, maar eveneens tot particulieren, die verplicht zijn om hun gedrag aan te passen aan de verordening. Dit wordt echter onmogelijk gemaakt door het feit dat de bijlage bij verordening nr. 622/2003, zoals gewijzigd bij verordening nr. 68/2004, niet bekend is gemaakt in het Publicatieblad en bijgevolg niet toegankelijk is voor het publiek.

31. De verwijzende rechter is van mening dat het niet-bekendmaken van verordeningen (of delen daarvan) in het Publicatieblad, in strijd met de vereisten van artikel 254, leden 1 en 2, EG, een dermate ernstige schending van het recht vormt, dat dergelijke verordeningen juridisch non-existent zijn en dus geen bindende kracht hebben. Hij verwijst naar artikel 42 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, dat het belang van „toegang tot het recht” benadrukt.

18 — Tennisrackets zijn als zodanig niet vermeld in het (bekendgemaakte) aanhangsel bij de bijlage bij verordening nr. 2320/2002, hoewel de punten iii, vi en vii een begin van een aanwijzing zouden kunnen vormen, dat zij als wapens zouden kunnen worden gebruikt en derhalve mogelijk eveneens zouden moeten worden verboden.

19 — Ik spreek mij niet uit over de vraag of de handelwijze van Heinrich, om aan boord van het vliegtuig te gaan nadat hij bij de veiligheidscontrole was tegengehouden, een afzonderlijke (verzwarende) handeling was of dat deze kan worden beschouwd als onderdeel van de algemene vraag of het hem was toegestaan met zijn tennisrackets naar het vliegtuig te gaan. Dat is een zaak voor de nationale rechter.

32. De verwijzende rechter is eveneens van mening dat op de verordening inzake de toegang tot documenten geen beroep kan worden gedaan om de toegang te beperken tot handelingen die bindende kracht hebben jegens particulieren en onder andere om die reden verplicht bekend moeten worden gemaakt in het Publicatieblad.

33. De verwijzende rechter heeft derhalve beslist om de volgende vragen om een prejudiciële beslissing aan het Hof voor te leggen:

„1) Moeten onder documenten in de zin van artikel 2, lid 3, van verordening (EG) nr. 1049/2001 van het Europees Parlement en de Raad van 30 mei 2001 inzake de toegang van het publiek tot documenten van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie, ook handelingen worden verstaan die volgens artikel 254 EG moeten worden bekendgemaakt in het *Publicatieblad van de Europese Unie*?

2) Hebben verordeningen, respectievelijk onderdelen van verordeningen, bindende kracht wanneer zij — in strijd met het bepaalde in artikel 254, lid 2, EG — niet zijn bekendgemaakt in het *Publicatieblad van de Europese Unie*?”

34. Schriftelijke opmerkingen zijn ingediend door de Duitse, de Finse, de Franse, de Griekse, de Hongaarse, de Poolse, de Tsjechische en de Zweedse regering, evenals door de Raad en de Commissie.

35. Ter terechtzitting op 13 november 2007 waren de partijen die schriftelijke opmerkingen hebben ingediend (met uitzondering van de Duitse, de Franse en de Hongaarse regering), alsook de Deense en de Oosten-

rijkse regering en de regering van het Verenigd Koninkrijk en het Europees Parlement aanwezig en hebben mondelinge opmerkingen gemaakt.²⁰

Ontvankelijkheid

36. Verschillende lidstaten hebben om diverse redenen, die elkaar gedeeltelijk overlappen, gesteld dat de verwijzing geheel of gedeeltelijk niet-ontvankelijk is.

37. De Duitse en de Franse regering en de regering van het Verenigd Koninkrijk voeren aan dat het onmogelijk is om vast te stellen of een antwoord op de prejudiciële vragen noodzakelijk is om de bij de nationale rechter aanhangige zaak op te lossen, omdat de verwijzende rechter noch de nadere omstandigheden waaronder Heinrich de zaak aanhangig heeft gemaakt, noch het gevorderde specificeert. De Franse regering voert verder aan dat de eerste prejudiciële vraag niet-ontvankelijk is omdat de toepassing van de verordening inzake de toegang tot documenten niet tot de bevoegdheid van nationale rechters behoort; de tweede vraag is niet-ontvankelijk omdat de Oostenrijkse autoriteiten in elk geval bevoegd waren te verbieden, voorwerpen aan boord van een vliegtuig te brengen. De nationale rechter

²⁰ — Heinrich heeft de terechtzitting bijgewoond, maar was niet vertegenwoordigd en heeft geen opmerkingen ingediend.

heeft de enige relevante vraag niet gesteld, namelijk of de betrokken nationale bepalingen verenigbaar zijn met verordening nr. 2320/2002. De Duitse regering stelt dat de grondslag van de litigieuze maatregelen moet worden gezocht in het Oostenrijkse recht en niet in de door de verwijzende rechter aangehaalde verordeningen. Hij heeft niet duidelijk gemaakt hoe de nietigverklaring van deze verordeningen de geldigheid van de betrokken nationale bepalingen zou kunnen aantasten.

38. Hoewel de Zweedse regering de ontvanke-lijkheid van de verwijzing niet uitdrukkelijk betwist, vraagt zij zich desalniettemin af of de niet-bekendmaking van de bijlage bij verorde-ning nr. 622/2003 (zoals gewijzigd) recht- streeks relevant is voor de vraag of Heinrich zich kon vergewissen van zijn wettelijke verplichtingen. Ter terechtzitting heeft de regering van het Verenigd Koninkrijk zich eveneens afgevraagd of de niet-bekendmaking van de bijlage relevant is voor het resultaat van de nationale procedure. Zij heeft aangevoerd dat Heinrich de noodzakelijke inlichtingen had kunnen achterhalen via het internet, met name uit een persbericht van de Commissie²¹ en/of van internetsites van luchthavens en luchtvaartmaatschappijen, en heeft erop geat- tendeerd dat een lijst van verboden voor- werpen te vinden is op de website van Austrian Airlines.²²

21 — Persbericht IP/04/59 van de Commissie van 16 januari 2004, online beschikbaar te <http://europa.eu/rapid/pressRelease-sAction.do?reference=IP/04/59&format=HTML&aged=1&language=EN&guiLanguage=en> (Engelse taalversie, niet in het Nederlands beschikbaar). Tennisrackets staan op deze lijst *niet* als verboden voorwerpen. Zonder de tekst van de niet-bekendgemaakte bijlage kan echter niet worden nage- gaan of de lijst uit het persbericht een exacte kopie is van de lijst van verboden voorwerpen in de niet-bekendgemaakte bijlage.

22 — Uit het dossier van de nationale rechter blijkt echter dat Heinrich niet met Austrian Airlines heeft gevlogen.

39. Ik acht het noodzakelijk deze argumenten te bespreken.

40. Volgens vaste rechtspraak moet de natio- nale rechter een omschrijving geven van het feitelijke en juridische kader waarin de gestelde vragen moeten worden geplaast, of althans de feiten uiteenzetten waarop die vragen zijn gebaseerd, zodat het Hof tot een voor de nationale rechter nuttige uitlegging van het gemeenschapsrecht kan komen.²³

41. De in de verwijzingsbeschikking verstrekte gegevens moeten ook de rege- ringen van de lidstaten en de andere belang- hebbende partijen de mogelijkheid bieden, overeenkomstig artikel 23 van het Statuut van het Hof van Justitie opmerkingen te maken. Het Hof heeft meerdere malen geoordeeld dat het erop dient toe te zien dat deze mogelijk- heid gewaarborgd blijft, nu ingevolge genoemde bepaling alleen de verwijzings- beslissingen ter kennis van de belangheb- bende partijen worden gebracht.²⁴

42. Het is juist dat de verwijzingsbeschikking niet uitdrukkelijk aangeeft waarom Heinrich gerechtelijke stappen heeft ondernomen. De

23 — Zie arrest van 23 maart 2006, Enirisorse (C-237/04, Jurispr. blz. I-2843, punt 17 en de aldaar aangehaalde rechtspraak).

24 — Zie arrest Enirisorse, aangehaald in voetnoot 23 hierboven, punt 18 en de aldaar aangehaalde rechtspraak.

strekking van zijn vordering is echter volkomen duidelijk. Heinrich stelt dat hij niet bekend was met het feit dat tennisrackets als handbagage verboden voorwerpen waren en dat hij zichzelf bloot stelde aan sancties (en niet aan boord mocht komen) wanneer hij zou pogen ze mee te nemen in de cabine van het vliegtuig. Hij stelt dat de veiligheidsagenten die aan boord van het vliegtuig kwamen en hem bevalen het te verlaten, derhalve onrechtmatig handelden.²⁵

43. Uit het dossier van de nationale rechter blijkt dat de nationale autoriteiten in e-mailcorrespondentie met Heinrich en voor de nationale rechter een beroep hebben gedaan op het gemeenschapsrecht, te weten de verordeningen nrs. 2320/2002 en 622/2003 (zoals gewijzigd), als grondslag voor de classificatie (naar nationaal recht) van tennisrackets als verboden voorwerpen.²⁶

44. Voor de nationale rechter heeft Heinrich derhalve aangevoerd dat de bijlage bij verordening nr. 622/2003 (zoals gewijzigd bij verordening nr. 68/2004) niet was bekendgemaakt.

45. Uit de schriftelijke en mondelinge opmerkingen die bij het Hof zijn ingediend, blijkt dat

de in de verwijzingsbeschikking verstrekte gegevens belanghebbenden in staat hebben gesteld, nuttige opmerkingen in te dienen met betrekking tot de prejudiciële vragen.²⁷ Relevante onderdelen van de aanvullende gegevens uit het door de nationale rechter overgelegde zaakdossier zijn samengevat in het rapport ter terechtzitting en zijn derhalve ter kennis van partijen gebracht met het oog op de terechtzitting, waar zij hun opmerkingen zo nodig hebben kunnen aanvullen.²⁸

46. Ik ben van mening dat de verwijzende rechter aan zijn verplichting heeft voldaan om het Hof voldoende kennis van het feitelijke en juridische kader van het hoofdgeding te verschaffen, zodat dit de betrokken gemeenschapsbepalingen kan uitleggen met het oog op de situatie die in dat geding aan de orde is. Het prejudiciële verzoek dient derhalve niet om die reden niet-ontvankelijk te worden verklaard.²⁹

47. Voor zover het de relevantie van de prejudiciële vragen betreft, is het vaste rechtspraak dat in het kader van de gerechtelijke samenwerking die de procedure van artikel 234 EG inhoudt, het uitsluitend de zaak is van de nationale rechter aan wie het

25 — Heinrich heeft zelf geen schriftelijke of mondelinge opmerkingen ingediend. De feiten die hij aanvoert in zijn schriftelijke opmerkingen in de nationale procedure (die zijn opgenomen in het ter griffie neergelegde dossier van de nationale rechter) zouden, wanneer zij door de nationale rechter bewezen worden geacht, echter wijzen op een belangrijk rechtszekerheidstekort.

26 — Er is geen prejudiciële vraag gesteld over de uitlegging of geldigheid van verordening nr. 2320/2002.

27 — Arrest van 21 september 2000, ABBOI (C-109/99, Jurispr. blz. I-7247, punt 44).

28 — Zie eveneens arrest ABBOI, aangehaald in voetnoot 27 hierboven, punt 45 en de aldaar aangehaalde rechtspraak.

29 — Zie wederom arrest ABBOI, aangehaald in voetnoot 27, punten 46 en 47.

geschil is voorgelegd en die de verantwoorde-
lijkheid draagt voor de te geven rechterlijke
beslissing, om, gelet op de bijzonderheden van
het geval, zowel de noodzaak van een
prejudiciële beslissing voor het wijzen van
zijn vonnis te beoordelen, als de relevantie van
de vragen die hij aan het Hof voorlegt.
Wanneer de vragen betrekking hebben op de
uitlegging van gemeenschapsrecht, is het Hof
derhalve in beginsel verplicht daarop te
antwoorden.³⁰ Op vragen over de uitlegging
van het gemeenschapsrecht rust derhalve een
vermoeden van relevantie.³¹

48. Het is juist dat het Hof in uitzonderlijke
omstandigheden de voorwaarden onderzoekt
waaronder de zaak door de nationale rechter
is verwezen, teneinde te beoordelen of het
bevoegd is. Het kan een verzoek van een
nationale rechter echter slechts afwijzen
wanneer duidelijk blijkt dat de gevraagde
uitlegging van het gemeenschapsrecht geen
verband houdt met een reëel geschil of met
het voorwerp van het hoofdeding, of
wanneer het vraagstuk van hypothetische
aard is of het Hof niet beschikt over de
feitelijke en juridische gegevens die het nodig
heeft om een zinvol antwoord te kunnen
geven op de gestelde vragen.³²

49. De eerste prejudiciële vraag is een gevolg
van het feit dat de verwijzende rechter van

mening is dat de niet-bekendmaking van de
bijlage bij verordening nr. 622/2003 (zoals
gewijzigd) is gebaseerd op artikel 8 van
verordening nr. 2320/2002, dat bepaalt dat
bepaalde categorieën veiligheidsmaatregelen
in de luchtvaart geheim zijn, echter „onver-
minderd” het recht van het publiek op toegang
tot documenten, neergelegd in de verorde-
ning inzake de toegang tot documenten. De
verwijzende rechter vraagt zich af of laatst-
genoemde verordening kan worden aange-
voerd ter rechtvaardiging van de niet-bekend-
making van documenten waarvan het
Verdrag uitdrukkelijk bepaalt dat ze moeten
worden bekendgemaakt. Hij heeft derhalve
behoefte aan advies over de uitlegging van de
verordening inzake de toegang tot docu-
menten, teneinde de voor hem aanhangige
zaak op te lossen.

50. De tweede prejudiciële vraag weerspiegelt
de twijfel van de nationale rechter aan de
bindende kracht van bepalingen van gemeen-
schapsrecht die niet zijn bekendgemaakt,
maar die volgens hem desalniettemin
verplichtingen aan particulieren opleggen.
Naar mijn mening vereist het begrip
„bindende kracht”, dat moet worden nage-
gaan zowel of verordening nr. 622/2003
verplichtingen aan particulieren oplegt,
alsook of zij geldig of, sterker nog, juridisch
existent is. Overeenkomstig zijn verplich-
tingen krachtens het arrest Foto-Frost³³
heeft de nationale rechter derhalve beslist
om de tweede vraag aan het Hof voor te
leggen.

30 — Zie onder andere arresten van 18 juli 2007, Lucchini
(C-119/05, Jurispr. blz. I-6199, punt 43 en de aldaar
aangehaalde rechtspraak), en 15 november 2007, Interna-
tional Mail Spain (C-162/06, Jurispr. blz. I-9911, punt 23).

31 — Zie onder andere arresten van 7 september 1999, Beck en
Bergdorf (C-355/97, Jurispr. blz. I-4977, punten 22-24);
5 december 2006, Cipolla (C-94/04 en C-202/04, Jurispr.
blz. I-11421, punt 25), en 8 november 2007, Amurta
(C-379/05, Jurispr. blz. I-9569, punt 64).

32 — Zie arrest Amurta, aangehaald in voetnoot 31 hierboven,
punt 64 en de aldaar aangehaalde rechtspraak.

33 — Arrest van 22 oktober 1987 (314/85, Jurispr. blz. 4199,
punten 17-20, waar is vastgesteld dat enkel het Hof een
communautaire maatregel ongeldig kan verklaren).

51. Het Hof heeft de niet-bekendgemaakte bijlage bij verordening nr. 622/2003 (zoals gewijzigd) niet gezien. En, voor zover ik kan nagaan, de nationale rechter evenmin. Geen van beide rechters kan derhalve zeggen of tennisrackets als zodanig voorkomen op de lijst van verboden voorwerpen in die bijlage, of dat er elders in de bijlage andere machtigings- of gebodsbepalingen voorkomen die van invloed zouden kunnen zijn op de uitkomst van deze zaak.³⁴ Geen van beide rechters kan derhalve met zekerheid vaststellen of verordening nr. 622/2003 (zoals gewijzigd) in haar bijlage verplichtingen oplegt aan particulieren, en, zo ja, wat de precieze inhoud daarvan is.

52. Zoals ik echter heb aangegeven, is de essentie van deze zaak, dat de nationale autoriteiten voor de nationale rechter een beroep blijken te doen op niet-bekendgemaakte gemeenschapswetgeving, waarvan de geldigheid of existentie aanvechtbaar is juist *omdat* zij niet is bekendgemaakt. Het Hof kan toetsen of de niet-bekendmaking rechtens tot deze gevolgen leidt, zonder de inhoud van de bijlage te onderzoeken. Wanneer het de gemeenschapswetgeving ongeldig of non-existent acht, zal het voor de nationale rechter eveneens niet noodzakelijk zijn de inhoud ervan te onderzoeken.

34 — Het feit dat de Commissie een persbericht heeft uitgegeven (zie voetnoot 21) met een lijst van verboden voorwerpen (waarop tennisrackets niet voorkomen) is interessant, maar wat dit betreft niet relevant. Het Hof heeft recent in het arrest van 11 december 2007, Skoma-Lux (C-161/06, Jurispr. blz. I-10841, punten 47-50), uitdrukkelijk geoordeeld dat de „bekendmaking” van een verordening op de EUR-Lex-internetsite niet voldoet aan de vereisten van artikel 254 EG (zie verder de punten 88 en 89 hieronder). Bekendmaking door middel van een persbericht in een beperkt aantal officiële talen van de Unie (Engels, Frans en Duits) kan a fortiori niet als geschikt of in overeenstemming met de rechtszekerheid worden beschouwd.

53. Hieruit volgt dat de prejudiciële vragen ontvankelijk zijn.

Ten gronde

Inleidende opmerkingen

54. Het EG-Verdrag voorziet in de bekendmaking en/of kennisgeving van maatregelen die rechtsgevolgen beogen, en in een recht op toegang tot documenten van de instellingen van de Gemeenschap. Het Verdrag behandelt deze afzonderlijke kwesties in twee opeenvolgende en elkaar aanvullende bepalingen.

55. Artikel 254 EG bepaalt de regels volgens welke de handelingen van de Gemeenschap worden bekendgemaakt aan degenen die erdoor worden geraakt, en waarborgt een passend niveau van verplichte communicatie — ofwel bekendmaking in het Publicatieblad ofwel kennisgeving — voor juridisch bindende handelingen. Voor de in artikel 254, leden 1 en 2, EG genoemde rechtshandelingen is bekendmaking in het Publicatieblad dwingend voorgeschreven, opdat een zo groot mogelijk publiek kennis krijgt van de inhoud ervan. Voor de in artikel 254, lid 3, EG genoemde rechtshandelingen van geringer publiek belang — richtlijnen die niet tot alle lidstaten zijn gericht en beschikkingen — is

kennisgeving aan de adressaten ervan dwingend voorgeschreven; zij komen echter niet automatisch in het publiek domein door bekendmaking in het Publicatieblad.

56. Wanneer het in het belang van de transparantie en een opener bestuur wenselijk wordt geacht om categorieën documenten voor het publiek beschikbaar te maken die *niet* onder de dwingende bekendmakingseisen van artikel 254, leden 1 en 2, vallen, moeten daarvoor andere (aanvullende) methoden worden vastgesteld.

57. Artikel 255 maakt duidelijk dat dat moet gebeuren. Het legt het beginsel vast dat „[i]edere burger van de Unie en iedere natuurlijke of rechtspersoon met verblijfplaats of statutaire zetel in een lidstaat [...] recht op toegang [heeft] tot documenten van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie”, en verleent de Raad en de afzonderlijke instellingen de noodzakelijke bevoegdheden om, respectievelijk, de algemene beginselen en de specifieke bepalingen betreffende dit recht op toegang vast te stellen.

58. De verordening inzake de toegang tot documenten regelt „de algemene beginselen en de beperkingen op grond van openbare of particuliere belangen betreffende dit recht op toegang tot documenten”.³⁵ Zij baseert zich hierbij uitdrukkelijk op artikel 255 EG³⁶ en volgt de in die verdragsbepaling aangegeven systematiek. Dienovereenkomstig omschrijft zij eerst haar doel, namelijk „dat een zo ruim

mogelijke toegang tot documenten” wordt gewaarborgd, dat regels worden vastgesteld die „een zo gemakkelijk mogelijke uitoefening van dit recht verzekeren” en dat „goede administratieve praktijken met betrekking tot de toegang tot documenten [worden bevorderd]”.³⁷ Dat kan enkel inhouden dat de toegang wordt gewaarborgd tot dat wat anders *niet* openbaar zou zijn. Er is geen krachtens artikel 255 EG vastgestelde secundaire wetgeving nodig om „toegang” te krijgen tot een document waarvan bekendmaking in het Publicatieblad dwingend wordt voorgeschreven door artikel 254, leden 1 en 2, EG.³⁸

59. De verplichting om verordeningen bekend te maken vloeit derhalve duidelijk rechtstreeks voort uit artikel 254, leden 1 en 2, EG. Dat geldt ongeacht de vraag of de tekst van een verordening (gewoonlijk op papier of in elektronische vorm)³⁹ kan worden beschouwd als een „document” als bedoeld in de verordening inzake de toegang tot documenten.

60. Het lijkt mij derhalve juist om de prejudiciële vragen in omgekeerde volgorde te bespreken.

³⁷ — Respectievelijk artikel 1, sub a, sub b en sub c.

³⁸ — Zie beschikking van het Gerecht van 27 oktober 1999, Meyer/Commissie (T-106/99), Jurispr. blz. II-3273, punt 39): „Besluit 94/90 [een voorloper van de verordening inzake de toegang tot documenten] beoogt niet om documenten die reeds toegankelijk zijn door de bekendmaking ervan in het Publicatieblad, voor het publiek toegankelijk te maken door een recht op toegang vast te stellen waaraan de Commissie dient te voldoen.”

³⁹ — Wat betreft de ongeschiktheid van bekendmaking in elektronische vorm, zie arrest Skoma-Lux, aangehaald in voetnoot 34, punten 47-50.

³⁵ — Artikel 255, lid 2, EG.

³⁶ — Zie haar wettelijke grondslag, de vierde overweging van de considerans en artikel 1, sub a.

Tweede prejudiciële vraag

61. Met zijn tweede vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of verordeningen, respectievelijk onderdelen van verordeningen, bindende kracht hebben, wanneer zij — in strijd met het bepaalde in artikel 254, lid 2, EG — niet zijn bekendgemaakt in het *Publicatieblad van de Europese Unie*.

Wat is een toereikende bekendmaking van een verordening?

62. Artikel 254, leden 1 en 2, EG is geheel duidelijk:

„1. [...] verordeningen [...] worden bekendgemaakt in het [Publicatieblad]. [...]

2. De verordeningen van de Raad en van de Commissie [...] worden in het [Publicatieblad] bekendgemaakt. [...]

63. Uit het Verdrag en uit wat ik in mijn inleidende opmerkingen heb aangevoerd, volgt dat de verplichting tot bekendmaking van verordeningen ingevolge deze bepalingen ondubbelzinnig en onvoorwaardelijk is.

64. Een bijlage vormt een integrerend onderdeel van een wettelijke maatregel. Het tegenovergestelde standpunt zou de opstellers van de maatregel de mogelijkheid bieden om de vereisten van artikel 254 EG te ontgaan door simpelweg materiële bepalingen in een niet-bekendgemaakte bijlage onder te brengen. Dat is precies wat de Commissie in het onderhavige geval poogde te doen. De bekendgemaakte bepalingen van verordening nr. 622/2003 vormen slechts een skelet.⁴⁰ De lezer kan de gevolgen van de verordening niet beoordelen zonder inzage van de bijlage, omdat de volledige normatieve inhoud van de verordening in de bijlage staat.⁴¹

65. Verordening nr. 622/2003 (zoals gewijzigd) is opmerkelijk bondig in de uitleg waarom voor een verordening is gekozen en toch de materiële regels niet in het regel-

40 — Zij bevatten, in deze volgorde, de doelstelling van de verordening (artikel 1), twee definities (artikel 2), de verwijzing naar de bijlage, waarvoor geheimhouding wordt geëist (artikel 3), een bepaling die het gebruik van nieuwe technische methoden en processen mogelijk maakt (artikel 3 bis), een verplichting tot kennisgeving wanneer lidstaten gebruik hebben gemaakt van de mogelijkheid om krachtens artikel 4, lid 3, van verordening nr. 2320/2002 nationale veiligheidsmaatregelen toe te passen op kleine luchthavens in plaats van de maatregelen uit de verordening (artikel 4), een soortgelijke verplichting tot kennisgeving wanneer compenserende maatregelen worden toegepast omdat gecontroleerde en aankomende passagiers fysiek niet kunnen worden gescheiden (artikel 5), en de standaardbepaling over de datum van inwerkingtreding en de rechtstreekse toepasselijkheid (artikel 6).

41 — Namelijk de „nodige maatregelen [...] voor de tenuitvoerlegging en technische aanpassing van gemeenschappelijke basisnormen voor de beveiliging van de luchtvaart die in de nationale programma's voor de beveiliging van de burgerluchtvaart worden opgenomen”: zie artikel 1, waarnaar artikel 3 verwijst. De gehanteerde techniek lijkt een duidelijke schending van punt 22 van het interinstitutioneel akkoord betreffende de redactie, dat niet toestaat dat een bijlage nieuwe rechten of verplichtingen die niet in het regelgevend gedeelte voorkomen, bevat.

gevend gedeelte, maar in een niet-bekendgemaakte bijlage zijn ondergebracht. De overwegingen van de considerans zeggen hierover kortweg dat „een verordening [...] het meest geschikte instrument [is]”⁴² voor de Commissie om maatregelen vast te stellen ter uitvoering van gemeenschappelijke basisnormen voor de beveiliging van de luchtvaart in de hele Europese Unie, zonder uit te leggen waarom dat zo is. De motivering om alle inhoudelijke zaken in een niet-bekendgemaakte bijlage onder te brengen, is al even bondig: dit zou in overeenstemming zijn met „verordening [...] nr. 2320/2002 en om wederrechtelijke daden te voorkomen”.⁴³ Dit alles is moeilijk te verenigen met de in het interinstitutioneel akkoord betreffende de redactie opgenomen richtlijnen.⁴⁴ Naar mijn mening zou echter zelfs een uitgebreidere motivering nog immer niet hebben volstaan om de verordening uit te zonderen van volledige bekendmaking in het Publicatieblad.

nr. 2320/2002 haar verplichtte de lijst van verboden voorwerpen geheim te houden, vormde het uitgeven van het persbericht⁴⁵ een flagrante schending van dat artikel. Wanneer de Commissie daarentegen van mening was dat de lijst van verboden voorwerpen niet onder artikel 8 viel, had zij deze uiteraard in het Publicatieblad bekend moeten maken. De basis„richtsnoeren” voor welke soort voorwerpen moeten worden verboden, komen wel voor in het (bekendgemaakte) aanhangsel bij de (bekendgemaakte) bijlage bij verordening nr. 2320/2002. Het is derhalve tamelijk moeilijk om de logica te ontdekken achter de *niet*-bekendmaking van wat (waarschijnlijk) een nader uitgewerkte versie van deze lijst is. Ten slotte is het innerlijk tegenstrijdig om in de considerans van verordening nr. 68/2004 (naar mijn mening volkomen juist) te stellen dat „[e]r [...] behoefte [is] aan een geharmoniseerde en voor het publiek toegankelijke lijst [...]”⁴⁶ en vervolgens een dergelijke lijst niet openbaar te maken.

66. Zoals het Europees Parlement ter terechtzitting heeft opgemerkt, bevat het standpunt van de Commissie bovendien een fundamentele ongerijmdheid. Wanneer de Commissie van mening was dat artikel 8 van verordening

67. De bekendmaking van het skelet zonder de normatieve inhoud vormde derhalve een gebrekkige en ontoereikende bekendmaking die niet voldoet aan de vereisten van artikel 254, lid 2, EG.

42 — Overweging 1 van de considerans.

43 — Overweging 2 van de considerans.

44 — Zie het interinstitutioneel akkoord betreffende de redactie, richtlijnen 1, 3, en 22. Omtrent het belang van dit akkoord, zie de conclusie van advocaat-generaal Geelhoed in de zaak *Alliance for Natural Health*, aangehaald in voetnoot 17, punt 88. De meer gedetailleerde „Gemeenschappelijke praktische handleiding van het Europees parlement, de Raad en de Commissie ten behoeve van eenieder die binnen de Gemeenschapsinstellingen bij de opstelling van wetteksten is betrokken” (hierna: „GPH”; beschikbaar op <http://eur-lex.europa.eu/nl/techleg/1.htm> e.v.) wijst eveneens op het belang van een duidelijke en toereikende motivering, met name met betrekking tot repressieve maatregelen: zie met name de GPH richtlijnen 10 (in het bijzonder 10.14), 18 en 22.

45 — Zie voetnoot 21.

46 — Derde overweging van de considerans van verordening nr. 68/2004. De vierde overweging van de considerans erkent dat „een dergelijke lijst nooit volledig kan zijn” en dat „[d]e bevoegde autoriteit [...] dan ook andere artikelen dat die welke in de lijst zijn opgenomen, [moet] kunnen verbieden”, maar voegt daar onmiddellijk aan toe dat „[h]et [...] wenselijk [is] dat de passagiers vóór en tijdens het inchecken duidelijk worden ingelicht over alle artikelen die verboden zijn”.

Rechtsgevolgen van de niet-bekendmaking van een verordening

— Niet-bekendgemaakte maatregelen kunnen niet worden toegepast op particulieren

68. Wanneer het Hof in afwijking van datgene wat ik zal voorstellen⁴⁷, beslist om geen oordeel uit te spreken omtrent de geldigheid van de verordening, zou het desalniettemin zijn vaste rechtspraak in herinnering moeten roepen, dat niet-bekendgemaakte communautaire rechtshandelingen geen verplichtingen kunnen opleggen aan het publiek.

69. Het Hof heeft meer dan eens uitgemaakt dat het „rechtszekerheidsbeginsel vereist dat een gemeenschapsregeling de belanghebbenden met name in staat stelt de omvang van de verplichtingen die zij hun oplegt, nauwkeurig te kennen”⁴⁸ en dat „justitiabelen [...] immers ondubbelzinnig hun rechten en verplichtingen [moeten] kunnen kennen en dienovereenkomstig hun voorzieningen kunnen treffen”.⁴⁹

47 — In de punten 78-110 hieronder.

48 — Zie arresten van 1 oktober 1998, Verenigd Koninkrijk/Commissie (C-209/96, Jurispr. blz. I-5655, punt 35); 20 mei 2003, Consorzio del Prosciutto di Parma en Salumificio S. Rita (C-108/01, Jurispr. blz. I-5121, punt 89); 21 februari 2006, Halifax e.a. (C-255/02, Jurispr. blz. I-1609, punt 72), en 21 juni 2007, ROM-projecten (C-158/06, Jurispr. blz. I-5103, punt 25).

49 — Zie arresten van 13 februari 1996, Van Es Douane Agenten (C-143/93, Jurispr. blz. I-431, punt 27), en 26 oktober 2006, Koninklijke Coöperatie Cosun (C-248/04, Jurispr. blz. I-10211, punt 79). Zie bijvoorbeeld eveneens arrest van 25 januari 1979, Racke (98/78, Jurispr. blz. 69, punt 15), en arrest ROM-projecten, aangehaald in voetnoot 48, punt 25.

70. Noch het Hof, noch de verwijzende rechter heeft de geheime bijlage gezien. Geen van beide rechters kan derhalve met zekerheid verklaren of, en zo ja, hoe en in welke mate verordening nr. 622/2003 (zoals gewijzigd) Heinrich heeft geraakt. Beide rechters weten enkel dat de nationale autoriteiten verordening nr. 622/2003 (met verordening nr. 2320/2002) hebben aangewezen als grondslag voor hun handelen bij de weigering om Heinrich aan boord te laten gaan.

71. Wanneer het Hof beslist om enkel te oordelen over de vraag of verordening nr. 622/2003 (zoals gewijzigd) verplichtingen oplegt aan particulieren, ben ik van mening dat het zichzelf moet beperken tot de abstracte vaststelling dat de geheime bijlage geen enkele verplichting voor particulieren kan bevatten of scheppen.

72. Ik zal kort de mogelijkheden voor het Hof uiteenzetten, wanneer het beslist om verder te gaan dan deze abstracte vaststelling en wil onderzoeken of de bijlage bij verordening nr. 622/2003 daadwerkelijk beoogde verplichtingen op te leggen aan particulieren.

73. Het komt mij voor dat er drie hypotheses mogelijk zijn met betrekking tot de rechtsgrondslag van de tegen Heinrich genomen maatregelen:

- a) de maatregelen waren gebaseerd op soevereine nationale bevoegdheden of op verordening nr. 2320/2002, waarvan artikel 6 de lidstaten een tamelijk grote vrijheid laat. Wanneer dat het geval is, is verordening nr. 622/2003 (zoals gewijzigd) niet van belang voor het hoofdgeding;
- b) de maatregelen waren gebaseerd op nationale bevoegdheden, die zelf uitsluitend waren afgeleid uit en/of omschreven in de bijlage bij verordening nr. 622/2003 (zoals gewijzigd), en zonder die bijlage zouden zij niet geldig zijn geweest. In dat geval staat of valt het verbod op het meenemen van tennisrackets in vliegtuigen met verordening nr. 622/2003 (zoals gewijzigd);
- c) de maatregelen vormden een rechtstreekse toepassing van de bepalingen van de bijlage. De gevolgen voor het verbod op tennisrackets zouden dezelfde zijn als onder b.

74. Zonder de niet-bekendgemaakte bijlage bij verordening nr. 622/2003 (zoals gewijzigd) te hebben gezien, is het voor het Hof onmogelijk om gefundeerd te beslissen welke van deze hypotheses juist is.

75. Verordening nr. 622/2003 (zoals gewijzigd) is een uitvoeringsverordening die de Commissie krachtens artikel 4, lid 2, van verordening nr. 2320/2002 en volgens de procedure van artikel 9, lid 2, daarvan heeft vastgesteld. Zij moet (waarschijnlijk) samen met artikel 4, lid 1, van deze verordening, de bijlage daarbij en het aanhangsel bij de bijlage daarbij, worden gelezen. Punt 4 van de bijlage eist dat de passagier alle verboden voorwerpen worden afgenomen of hem de toegang wordt geweigerd tot de om beveiligingsredenen beperkt toegankelijke zone of tot het vliegtuig, naar gelang van het geval. Het aanhangsel bevat richtlijnen inzake de voorwerpen die als verboden voorwerpen moeten worden beschouwd. Het lijkt aannemelijk dat de eigenlijke lijst van verboden voorwerpen, alsook eventuele meer gedetailleerde overwegingen over welke voorwerpen nog als verboden zijn te beschouwen (en waarom) en een eventuele uitdrukkelijke of impliciete goedkeuring op communautair niveau van aanvullende maatregelen, zijn te vinden in de bijlage bij verordening nr. 622/2003 (zoals gewijzigd). Artikel 12 van verordening nr. 2320/2002 verplicht de lidstaten om te waarborgen dat de sancties op overtredingen van de bepalingen van de verordening „doeltreffend, evenredig en afschrikkend” zijn.

76. Tegen deze achtergrond komt het mij intuïtief aannemelijk voor dat verordening nr. 622/2003 (zoals gewijzigd) verplichtingen oplegt aan particulieren. Dat is echter louter speculatie. Dit zou enkel kunnen worden opgelost door de bijlage bij verordening nr. 622/2003 (zoals gewijzigd) in te zien.

77. Ik ben derhalve niet van mening dat het Hof in staat is te oordelen over de vraag of de bijlage bij verordening nr. 622/2003 (zoals gewijzigd) verplichtingen aan particulieren oplegt, zonder inzage van de bijlage te eisen en de mondelinge behandeling te heropenen. Ik stel echter niet voor zulks te doen.

— Geldigheid van verordening nr. 622/2003 (zoals gewijzigd)

78. De tweede prejudiciële vraag stelt de kwestie van de geldigheid niet uitdrukkelijk aan de orde. Uit de verwijzingsbeschikking blijkt echter duidelijk dat de nationale rechter ernstig twijfelt aan de bindende kracht van verordening nr. 622/2003 (zoals gewijzigd) en dat deze twijfel tot de verwijzing heeft geleid.⁵⁰

79. In deze omstandigheden mag het Hof oordelen over de geldigheid van de litigieuze communautaire maatregel.⁵¹ Hoewel het aan de nationale rechter is om te beslissen over de relevantie van de gestelde vragen, is het de taak van het Hof, „uit alle door de nationale rechter verstrekte gegevens die gemeenschapsrechtelijke elementen naar voren te halen welke, rekening houdend met het onderwerp van het geding, moeten worden uitgelegd of op hun geldigheid moeten worden beoordeeld”.⁵²

⁵⁰ — Zie punten 31 en 50 hierboven.

⁵¹ — Zie arresten van 1 december 1965, Schwarze (16/65, Jurispr. blz. 1104); 3 februari 1977, Strehl (62/76, Jurispr. blz. 211), en 15 oktober 1980, Roquette Frères (145/79, Jurispr. blz. 2917, punten 6 en 7).

⁵² — Arrest Roquette Frères, hierboven aangehaald, punt 7.

80. Ik richt mij derhalve op de vraag welke gevolgen niet-bekendmaking van een verordening heeft voor de geldigheid ervan.

81. In het arrest Opel Austria⁵³ besliste het Gerecht dat het opzettelijk antidateren van het nummer van het Publicatieblad waarin de bestreden verordening was bekendgemaakt, met het gevolg dat de verordening vóór haar bekendmaking in werking was getreden, in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel is.⁵⁴ De verordening werd derhalve nietig verklaard.

82. Het Hof heeft reeds verscheidene malen geoordeeld dat het beginsel van rechtszekerheid zich in het algemeen ertegen verzet dat een gemeenschapsbesluit reeds vóór zijn afkondiging van kracht is, maar daaraan toegevoegd dat hiervan „bij wijze van uitzon-

⁵³ — Arrest van 22 januari 1997, Opel Austria/Raad (T-115/94, Jurispr. blz. II-39).

⁵⁴ — Punten 127-133. Zie eveneens punt 124 met betrekking tot het rechtszekerheidsbeginsel in het algemeen, dat met name verlangt dat handelingen met negatieve gevolgen voor particulieren, duidelijk en nauwkeurig zijn en de toepassing ervan voor hen voorzienbaar is [zie eveneens in dezelfde zin, arresten van 15 december 1987, Ierland/Commissie (325/85, Jurispr. blz. 5041); 15 februari 1996, Duff e.a. (C-63/93, Jurispr. blz. I-569, punt 20), en 7 juni 2005, VEMW e.a. (C-17/03, Jurispr. blz. I-4983, punt 80), en arrest Van Es Douane Agenten, aangehaald in voetnoot 49, punt 27].

dering” kan worden afgeweken, indien dit voor het te bereiken doel noodzakelijk is en het gewettigd vertrouwen van de betrokkenen naar behoren in acht is genomen.⁵⁵ Er is bijgevolg weinig steun in de rechtspraak voor de stelling dat communautaire rechtshandelingen reeds vóór hun bekendmaking rechtsgevolg kunnen hebben.⁵⁶

83. Deze zaken hadden betrekking op een verlate bekendmaking.⁵⁷ In het onderhavige geval was het nooit de bedoeling om de bijlage bekend te maken. De beslissing van het Gerecht in het arrest Opel Austria lijkt hier derhalve te meer toepasselijk. Bovendien staat het Hof terugwerkende kracht enkel toe wanneer twee voorwaarden zijn vervuld: het moet voor het te bereiken doel noodzakelijk zijn en het gewettigd vertrouwen van de betrokkenen moet naar behoren in acht zijn genomen.⁵⁸ Ik kan moeilijk inzien hoe in het onderhavige geval beide voorwaarden vervuld kunnen worden beschouwd.

84. Het arrest Sevince⁵⁹ helpt ons niet verder in deze zaak. In dat arrest heeft het Hof geoordeeld dat de niet-bekendmaking van de besluiten nrs. 2/76 en 1/80 van de associatierraad EEG-Turkije geen beletsel vormde voor de rechtstreekse werking van deze bepalingen en dat een particulier daarop een beroep kon doen.⁶⁰ Er bestaat echter geen verplichting, noch volgens artikel 254 EG, noch volgens de associatieovereenkomst EEG-Turkije⁶¹, om dergelijke handelingen bekend te maken.⁶²

85. De rechtspraak met betrekking tot de verplichting van artikel 254, lid 3, EG om kennis te geven van (individuele) beschikkingen aan hen tot wie zij zijn gericht, kan wel nuttige aanwijzingen opleveren, omdat deze kennisgevingsverplichting als het functionele equivalent van de bekendmakingsverplichting van artikel 254, leden 1 en 2, EG kan worden beschouwd. Het doel van beide verplichtingen is, degenen die door rechtsregels worden geraakt, te informeren over de inhoud van die regels.

55 — Zie onder andere arresten van 13 november 1990, Fedesa e.a. (C-331/88, Jurispr. blz. I-4023, punt 45); 2 oktober 1997, Parlement/Raad (C-259/95, Jurispr. blz. I-5303, punt 21), en 28 november 2006, Parlement/Raad (C-413/04, Jurispr. blz. I-11221, punt 75).

56 — Zie arrest Racke, aangehaald in voetnoot 49, punt 20, en arrest van 25 januari 1979, Decker (99/78, Jurispr. blz. 101, punt 8) (beide betreffende monetair compenserende bedragen voor de handel in wijn), en arrest van 21 februari 1991, Zuckerfabrik (C-143/88 en C-92/89, Jurispr. blz. I-415, punt 52 (heffing voor suikerproducenten over het voorgaande verkoopseizoen). Zie eveneens de „isoglucose zaken”: arresten van 30 september 1982, Amylum/Raad (108/81, Jurispr. blz. 3107), Roquette Frères/Raad (110/81, Jurispr. blz. 3159) en Tunnel Refineries (114/81, Jurispr. blz. 3189).

57 — Zie eveneens arrest van 29 mei 1974, Hauptzollamt Bielefeld/König (185/73, Jurispr. blz. 607), waarin het Hof besliste dat de verlate bekendmaking van de verordening slechts betekenis kon hebben voor de datum waarop de verordening voor het eerst kon worden toegepast of effect sorteren, maar niet voor de geldigheid ervan (punt 6).

58 — Zie evenzo, conclusie van advocaat-generaal Tizzano in de zaak Goed Wonen (C-376/02, Jurispr. blz. I-3445, punten 31 en 35), waar hij de hierboven in voetnoot 55 aangehaalde zaken parafraseert.

59 — Arrest van 20 september 1990 (C-192/89, Jurispr. blz. I-3461).

60 — Het Hof heeft een zorgvuldig onderscheid gemaakt tussen de gevolgen voor lidstaten en die voor particulieren: „[d]eze omstandigheid [dat de besluiten niet zijn bekendgemaakt] kan wel een beletsel zijn om particulieren verplichtingen op te leggen, maar kan hun niet de mogelijkheid ontnemen, de rechten die die besluiten hun verlenen, tegenover een overheidsinstantie te doen gelden” (punt 24).

61 — PB 1973, C 113, blz. 1.

62 — Vergelijk arrest van 23 november 1999, Portugal/Commissie (C-149/96, Jurispr. blz. I-8395). Het bestreden besluit [besluit 96/386/EG van de Raad van 26 februari 1996 betreffende de sluiting van Memoranda van Overeenstemming tussen de Europese Gemeenschap en de Islamitische Republiek Pakistan en tussen de Europese Gemeenschap en de Republiek India inzake regelingen op het gebied van de toegang tot de markt voor textielproducten (PB L 153, blz. 47)] had geen specifieke adressaat. Het viel derhalve buiten de categorie handelingen die krachtens artikel 254 EG bekend moeten worden gemaakt (in tegenstelling tot hetgeen het geval zal zijn krachtens artikel 297 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, wanneer het Verdrag van Lissabon van kracht wordt). Het betrof desalniettemin een maatregel die duidelijk bekendmaking verdiende. Tegen deze achtergrond heeft het Hof duidelijk terecht geoordeeld dat „verlate publicatie van een gemeenschapshandeling in het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen* niet van invloed is op de geldigheid van die handeling” (punt 54).

86. Het Hof heeft in het arrest Hoechst duidelijk gemaakt dat een volledig „verzuimde kennisgeving [...] enkel tot non-existent- of nietigverklaring van [de] handeling kan leiden.” Het heeft daaraan toegevoegd dat „het gemeenschapsrecht derhalve geen situatie [kent] die het midden houdt tussen non-existentverklaring van een handeling en nietigverklaring ervan” en dat „[t]egen deze conclusie [...] niet [kan] worden aangevoerd, dat beschikkingen volgens artikel 254, lid 3, EG van kracht worden door de kennisgeving ervan en bij gebreke van kennisgeving geen enkel gevolg hebben. Zoals bij ieder ander vormvoorschrift is in het geval van de kennisgeving van een handeling ofwel de onregelmatigheid zo ernstig en klaarblijkelijk, dat zij de non-existentie van de bestreden handeling meebrengt, ofwel levert zij een schending van wezenlijke vormvoorschriften op, die tot de nietigverklaring ervan kan leiden.”⁶³

87. In het arrest Spanje/Commissie⁶⁴ heeft het Hof verklaard dat de achterwege gebleven kennisgeving in bepaalde gevallen grond tot nietigverklaring van een handeling van een gemeenschapsinstelling kan opleveren.⁶⁵ Daarmee heeft het Hof een ontbrekende kennisgeving niet enkel aangemerkt als een eenvoudig beletsel voor de inwerkingtreding⁶⁶, maar zelfs als een fundamenteel gebrek dat de geldigheid van de maatregel aantast. Mij dunkt dat de rationele grondslag van deze benadering gemakkelijk toepasbaar is op de niet-bekendmaking van een verorde-

88. Het Hof heeft zeer recent, in het arrest Skoma-Lux⁶⁷, de rechtsgevolgen moeten beoordelen van het feit dat een gemeenschapsverordening, die Skoma-Lux zou hebben geschonden, ten tijde van de feiten nog niet in het Tsjechisch in het Publicatieblad was bekendgemaakt. Het heeft zeer duidelijk verklaard⁶⁸ dat „[u]it de bewoordingen zelf van artikel 254, lid 2, EG volgt dat een verordening slechts rechtsgevolgen kan sorteren wanneer zij in het *Publicatieblad van de Europese Unie* werd bekendgemaakt”. Op zichzelf gelezen, zou deze passage tot de conclusie kunnen leiden dat verordening nr. 622/2003 (zoals gewijzigd), die niet volledig is bekendgemaakt, helemaal geen rechtsgevolgen kan sorteren. In het arrest Skoma-Lux zelf heeft het Hof een dergelijke conclusie zorgvuldig vermeden. Het heeft, los van elkaar, in de eerste plaats bezien of de betrokken verordening aan particulieren kon worden tegengeworpen (wat het ontkende)⁶⁹, en in de tweede plaats of de verordening desalniettemin voor de betrokken lidstaat vanaf diens toetreding onmiddellijk verbindend was (wat het bevestigde)⁷⁰, voordat het in de derde plaats de gevolgen behandelde, namelijk of krachtens die verordening genomen nationale beslissingen die volgens het toepasselijke nationale recht onherroepelijk waren geworden, ter discussie dienden te worden gesteld (wat het ontkennend beantwoordde, met echter een uitzondering voor „administratieve maatregelen of rechterlijke beslissingen, in het bijzonder met het karakter van een sanctie, [...] die inbreuk maken op fundamentele rechten”).⁷¹

63 — Arrest van 8 juli 1999, Hoechst/Commissie (C-227/92 P, Jurispr. blz. I-4443, punten 68, 71 en 72).

64 — Arrest van 18 juni 2002 (C-398/00, Jurispr. blz. I-5643).

65 — In punt 33; zie eveneens arrest Gerecht van 2 juli 2002, SAT.1/OHMI (SAT.2) (T-323/00, Jurispr. blz. II-2839, punt 12), waarin het Gerecht op basis van de feiten geen werkelijke schending aanwezig achtte.

66 — Zie arrest Hof van 14 juli 1972, ICI/Commissie (48/69, Jurispr. blz. 619, punten 39 en 40). Zie eveneens arrest Gerecht van 28 mei 1998, W/Commissie (T-78/96 en T-170/96, JurAmbt. blz. I-A-239 en II-745, punt 183).

67 — Aangehaald in voetnoot 34.

68 — In punt 33.

69 — Zie punten 32-51 en 60.

70 — Zie punten 57-59.

71 — Zie punten 67-73. Het Hof heeft het aan de bevoegde nationale autoriteiten overgelaten om vast te stellen of deze voorwaarde in concrete gevallen toepasselijk was.

89. De genuanceerde benadering van het Hof in het arrest Skoma-Lux hing samen met het feit dat die zaak geen betrekking had op de volledige niet-bekendmaking van een verordening in enige taal, maar op de niet-tijdige bekendmaking in de officiële taal van de toegetreden lidstaat. Het lijkt derhalve passend om een onderscheid te maken tussen de gevolgen voor lidstaten en voor particulieren. Particulieren moeten hun rechten en verplichtingen kunnen vaststellen in (een van) de officiële ta(al)(en) van de lidstaat waarvan zij onderdaan zijn, wat waarschijnlijk hun moedertaal is. De lidstaat was echter reeds bekend met het acquis communautaire en had het uitdrukkelijk aanvaard. Het was bijgevolg redelijk dat hij werd gebonden door die verordening, die deel uitmaakte van dat (bekendgemaakte) acquis.

90. In het onderhavige geval is de tekst van de bijlage nooit bekendgemaakt. De niet-bekendmaking was bovendien noch toevallig, noch onbedoeld.⁷² De Commissie heeft weloverwogen een reeks nieuwe maatregelen afgekondigd (verordening nr. 622/2003 en haar opvolgsters, waaronder met name verordening nr. 68/2004) en heeft elk daarvan enkel gedeeltelijk bekendgemaakt en de bijlage (met de materiële bepalingen) geheim gehouden. Er was met andere woorden sprake van een systematische en opzettelijke praktijk van niet-bekendmaking.

91. Ik concludeer dat het volledig achterwege laten van bekendmaking van een verordening of een integrerend deel daarvan, in strijd met artikel 254 EG, een schending van wezenlijke vormvoorschriften vormt, die op zijn minst tot ongeldigheid leidt.

— Beperking in de tijd

92. Wanneer het Hof verordening nr. 622/2003 (zoals gewijzigd) ongeldig verklaart, doet de vraag zich voor vanaf welk tijdstip die beslissing moet gelden. Ter terechtzitting hebben de Oostenrijkse en de Poolse regering en de regering van het Verenigd Koninkrijk het Hof verzocht te beslissen dat alle krachtens de bestreden verordening genomen maatregelen onherroepelijk zijn totdat de Commissie een nieuwe maatregel heeft vastgesteld. Zij hebben echter niet aangegeven welke gevolgen van de ongeldigheid van verordening nr. 622/2003 (zoals gewijzigd) zouden rechtvaardigen om de gevolgen in de tijd van dit arrest te beperken.

93. Het is juist dat het Hof bij gelegenheid de gevolgen van ongeldige regelingen heeft gehandhaafd totdat nieuwe regelingen waren vastgesteld. In het arrest Van Landschoot⁷³ achtte het Hof de bestreden verordening discriminerend voor zover de daarin voorziene vrijstellingsregeling van een heffing niet gold voor bepaalde categorieën ondernemers. Een ongeldigverklaring zonder meer zou tot gevolg hebben gehad dat, in afwachting van een nieuwe regeling, iedere vrijstelling uitgesloten was. Het Hof heeft artikel 174, tweede alinea, EEG-Verdrag (thans artikel 231 EG), krachtens welke het Hof die gevolgen van de vernietigde verordening kan aanwijzen welke als gehandhaafd moeten worden beschouwd,

72 — Zie punt 113 hieronder.

73 — Arrest van 29 juni 1988 (300/86, Jurispr. blz. 3443).

overeenkomstig toegepast.⁷⁴ Het besliste dat de bevoegde autoriteiten in afwachting van de nieuwe regeling de in de ongeldig verklaarde bepaling voorziene vrijstelling moesten blijven toepassen, maar ze ook moesten toekennen aan de ondernemers die het slachtoffer van de vastgestelde discriminatie waren.⁷⁵

94. De groep ondernemers die recht had op de vrijstelling werd derhalve vergroot, een gevolg dat niet was bereikt door de bestreden verordening enkel ongeldig te verklaren.⁷⁶

95. Ik ben er niet van overtuigd dat de gevolgen van verordening nr. 622/2003 in

het onderhavige geval moeten worden gehandhaafd.

96. Ongeldigverklaring van verordening nr. 622/2003 zou de verplichtingen onberoerd laten die reeds uit verordening nr. 2320/2002 voor de lidstaten voortvloeien om in de uitoefening van hun naar nationaal recht bestaande bevoegdheden de noodzakelijke maatregelen te treffen teneinde te voorkomen dat verboden voorwerpen in een om beveiligingsredenen beperkt toegankelijke zone en aan boord van een vliegtuig worden gebracht, en om te voldoen aan de andere daarin genoemde of aangehaalde maatregelen met betrekking tot de beveiliging van de burgerluchtvaart. Het aanhangsel bij de bijlage bij verordening nr. 2320/2002 stelt dat „[d]it [...] richtsnoeren [zijn] inzake de mogelijke vorm van wapens en aan beperkingen onderworpen voorwerpen. De vraag of een voorwerp als wapen kan worden gebruikt, moet met gezond verstand worden beoordeeld.” Op deze basis zijn de lidstaten volledig in staat om te zorgen voor de totstandkoming van regels van nationaal recht die verbieden dat mogelijke wapens in een om beveiligingsredenen beperkt toegankelijke zone en aan boord van een vliegtuig worden gebracht, totdat een vervangende verordening (met een lijst van verboden voorwerpen) regulier is bekendgemaakt.

97. De reeds bij verordening nr. 2320/2002 aan de lidstaten opgelegde verplichtingen wordt kracht bijgezet door de meer algemene plicht van artikel 10 EG, „alle algemene of bijzondere maatregelen [te treffen] welke geschikt zijn om de nakoming van de [...] uit handelingen van de instellingen der Gemeen-

74 — Zie bijvoorbeeld arresten van 10 maart 1992, *Lomas e.a.* (C-38/90 en C-151/90, Jurispr. blz. I-1781, punt 23), en 8 november 2001, *Silos* (C-228/99, Jurispr. blz. I-8401, punten 35-38).

75 — In de punten 22-24.

76 — De conclusie van advocaat-generaal Stix-Hackl in de zaak *Banca Popolare di Cremona* (C-475/03, Jurispr. blz. I-9373, punten 132-134) geeft een nuttig overzicht van de gevallen waarin het Hof de gevolgen van een prejudiciële beslissing over de geldigheid van een door de gemeenschapsinstellingen vastgestelde maatregel in de tijd heeft beperkt. Voor een voorbeeld van een beroep tot nietigverklaring waarin het Hof de geldigheid van een deel van een gemeenschapsbepaling heeft gehandhaafd tot de vaststelling van een nieuwe bepaling, zie: arrest van 18 oktober 2007, *Commissie/Parlement en Raad* (C-299/05, Jurispr. blz. I-8695, punten 74-75). In die zaak zou nietigverklaring zonder meer van de vermelding van de disability living allowance (hierna: „DLA”) van het Verenigd Koninkrijk op de lijst van de gewijzigde bijlage II bis bij verordening (EEG) nr. 1408/71 van de Raad tot gevolg hebben gehad dat het Verenigd Koninkrijk het „mobiliteitsbestanddeel” van deze uitkering had moeten toekennen aan een onbepaald aantal begunstigen in de hele Europese Unie, hoewel dit bestanddeel van de DLA onbetwistbaar niet op premie- of bijdragebetaling berustte en dus geldig op voornoemde lijst had kunnen worden opgenomen als niet-exporteerbare prestatie.

schap voortvloeiende verplichtingen te verzekeren”, „de vervulling van [de] taak [van de Gemeenschap te vergemakkelijken]” en zich te „onthouden [...] van alle maatregelen welke de verwezenlijking van de doelstellingen van dit Verdrag in gevaar kunnen brengen”. Uit verordening nr. 2320/2002 zelf is duidelijk wat deze doelstellingen inhouden en hoe zij moeten worden verwezenlijkt, en de lidstaten kennen (natuurlijk) de inhoud van de niet-bekendgemaakte bijlage bij verordening nr. 622/2003.

98. En de tijd tussen deze conclusie en het arrest van het Hof biedt de Commissie gelegenheid na te denken over de vraag hoe ervoor te zorgen dat specifieke veiligheidsmaatregelen met betrekking tot luchthavens, die uitsluitend in de bijlage bij verordening nr. 622/2003 (zoals gewijzigd) zijn vastgesteld, niet in gevaar komen in geval van een algemene beslissing van het Hof over de rechtsgevolgen van deze verordening.⁷⁷

99. Het Hof heeft bovendien altijd gebruik gemaakt van de mogelijkheid om de gevolgen in de tijd van een arrest te beperken wanneer dat in het belang van de rechtszekerheid was. In het onderhavige geval is het duidelijk dat met betrekking tot het enige bekende element⁷⁸ van de bijlage bij verordening nr. 622/2003 (zoals gewijzigd) de rechtszekerheid voor particulieren nog verder wordt geschaad indien de verordening in stand blijft totdat nieuwe maatregelen ter vervan-

ging van de gehele verordening zijn vastgesteld.

100. Ten slotte kan misschien worden gesteld dat het algemeen belang bij het in stand blijven van regels die de veiligheid van luchthavens verhogen, vereist dat het Hof ofwel de duidelijke schending van een dwingend bekendmakingsvereiste door de vingers ziet, ofwel gebruik maakt van de uitzonderlijke bevoegdheid om de gevolgen van een gebrekkige maatregel definitief in stand te laten. Naar mijn mening is dat argument misleidend. Zoals ik zojuist heb uiteengezet, behoeft het Hof deze bevoegdheid niet uit te oefenen om te voorkomen dat de openbare veiligheid op luchthavens in gevaar wordt gebracht. Dergelijke argumenten worden in moeilijke tijden vaker aangevoerd om af te wijken van het normale recht — of het nu gaat om schorsing van de grondrechtelijke waarborgen, beperking van het rechterlijk toezicht of afzwakking van de gevolgen van dat toezicht. Voor dergelijke argumenten is geen plaats in een Europese Unie die door het rechtstaatbeginsel wordt beheerst en waarin het Hof krachtens het Verdrag verplicht is om „de eerbiediging van het recht” te verzekeren.⁷⁹

101. Ik stel derhalve voor, het arrest in deze zaak niet in de tijd te beperken.

⁷⁷ — Zie punten 111-120 hieronder, over wat de Commissie kan doen.

⁷⁸ — Alhoewel de lijst van verboden voorwerpen niet bekend is, staat vast dat de bijlage bij verordening nr. 622/2003 een dergelijke lijst bevat.

⁷⁹ — Artikel 220 EG (voorheen artikel 164). Vergelijk de conclusie van 16 januari 2008 van advocaat-generaal Póitres Maduro in de zaak Kadi/Raad en Commissie (C-402/05 P, punt 35): „[...] wanneer wordt aangenomen dat het gevaar voor de openbare veiligheid buitengewoon hoog is, is er ook een bijzonder grote druk om maatregelen te nemen die voorbijgaan aan de rechten van particulieren [...]. Daarom dienen de rechterlijke instanties in die gevallen meer waakzaamheid te betrachten bij het vervullen van hun taak van handhaving van het recht.”

— Moet het Hof verder gaan en verordening nr. 622/2003 (zoals gewijzigd) non-existent verklaren?

waaraan een rechtsorde moet voldoen, te weten de stabiliteit van de rechtsverhoudingen en de eerbiediging van de legaliteit.⁸¹

102. De verwijzende rechter is van mening dat de niet-bekendmaking van een verordening de non-existentie ervan tot gevolg heeft.

105. Gelet op de ernst van de consequenties van de vaststelling dat een handeling van een gemeenschapsinstelling non-existent is, moet deze vaststelling om redenen van rechtszekerheid beperkt blijven tot zeer extreme gevallen.⁸² Sommige rechtsgeleerde schrijvers hebben betoogd dat de niet-bekendmaking van een verordening tot die categorie behoort.⁸³

103. Het Hof heeft bij verschillende gelegenheden geoordeeld dat handelingen van de gemeenschapsinstellingen in beginsel worden vermoed rechtsgeldig te zijn en rechtsgevolgen in het leven te roepen zolang zij niet zijn ingetrokken, in het kader van een beroep tot nietigverklaring nietig zijn verklaard of in een prejudiciële procedure of op een exceptie van onwettigheid ongeldig zijn verklaard.⁸⁰

106. Voor zover mij bekend is, heeft het Hof slechts eenmaal een handeling non-existent verklaard: in de zaak *Société des usines à tubes*

104. Een uitzondering op dit beginsel vormt het leerstuk van de non-existente handeling. Volgens dat leerstuk moeten handelingen waaraan een onregelmatigheid kleeft die van een zo klaarblijkelijke ernst is, dat zij door de communautaire rechtsorde niet kan worden getolereerd, worden geacht geen enkel — ook geen voorlopig — rechtsgevolg in het leven te hebben geroepen, dat wil zeggen als juridisch non-existent worden beschouwd. Het doel is een evenwicht te bewaren tussen twee fundamentele, zij het soms tegenstrijdige, vereisten

81 — Arresten Commissie/BASF, Chemie Linz/Commissie en Commissie/Griekenland, alle aangehaald in voetnoot 80, respectievelijk punten 49, 94 en 19; arrest Hoechst, aangehaald in voetnoot 63, punt 70.

82 — Arresten Commissie/BASF, Chemie Linz/Commissie en Commissie/Griekenland, alle aangehaald in voetnoot 80, respectievelijk punten 50, 95 en 20; arrest Hoechst, aangehaald in voetnoot 63, punt 76. Geen non-existentie heeft het Hof aangenomen in de arresten van 12 juli 1957, *Algera e.a./Gemeenschappelijke Vergadering* (7/56, 3/57–7/57, Jurispr. blz. 87, punt 60); 21 februari 1974, *Kortner e.a./Raad e.a.* (15/73–33/73, 52/73, 53/73, 57/73–109/73, 116/73, 117/73, 123/73, 132/73 en 135/73–137/73, Jurispr. blz. 177, punt 33); 26 februari 1987, *Consorzio Cooperative d'Abruzzo/Commissie* (15/85, Jurispr. blz. 1005, punten 10 en 11: „Zonder dat behoeft te worden ingegaan op de ernst van de door de Commissie gestelde onregelmatigheden, kan worden volstaan met de vaststelling, dat zij geen van beide in het oog springen. Geen van beide was bij lezing van de beschikking duidelijk zichtbaar.”); 30 juni 1988, *Commissie/Griekenland* (226/87, Jurispr. blz. 3611, punt 16); 8 juli 1999, *Hüls/Commissie* (C-199/92 P, Jurispr. blz. I-4287, punten 84–88), *ICI/Commissie* (C-200/92 P, Jurispr. blz. I-4399, punten 70–73), en *Montecatini/Commissie* (C-235/92 P, Jurispr. blz. I-4539, punten 96–100); 30 januari 2002, *Italië/Commissie* (C-107/99, Jurispr. blz. I-1091, punt 45); arrest *Gerecht van 25 oktober 2007*, *SP e.a./Commissie* (T-27/03, T-46/03, T-58/03, T-79/03, T-80/03, T-97/03 en T-98/03, Jurispr. blz. II-4331, punt 122), en arrest *Commissie/Griekenland*, aangehaald in voetnoot 80, punten 18–21.

83 — Zie bijvoorbeeld, H. Von der Groeben, J. Thiesing en C.-D. Ehlermann (eds), *Kommentar zum EU/EG-Vertrag*, 6e druk, deel 4: Art. 189–314 (2004), blz. 834, punt 14.

80 — Zie in deze zin, arresten van 15 juni 1994, *Commissie/BASF e.a.* (C-137/92 P, Jurispr. blz. I-2555, punt 48); 8 juli 1999, *Chemie Linz/Commissie* (C-245/92 P, Jurispr. blz. I-4643, punt 93); 5 oktober 2004, *Commissie/Griekenland* (C-475/01, Jurispr. blz. I-8923, punt 18), en arrest *Hoechst*, aangehaald in voetnoot 63, punt 69.

de la Sarre/Hoge Autoriteit.⁸⁴ Daarin was de vraag of een door de Hoge Autoriteit verzonden brief kon worden beschouwd als een advies in de zin van artikel 54, lid 4, EGKS. Dergelijke adviezen moeten onder andere met redenen zijn omkleed. De brief was niet gemotiveerd. Het Hof besliste dat de motivering van een advies duidelijk wordt voorgeschreven door de artikelen 5, 15 en 54 EGKS en bovendien een wezenlijk en constitutief element vormt. Het ontbreken van een motivering had mitsdien tot gevolg, dat de handeling als niet bestaand moest worden aangemerkt. Aangezien de met het beroep bestreden handeling rechtens niet bestond, verklaarde het Hof het beroep niet-ontvanke-lijk, daar het zonder voorwerp was.

107. In het arrest BASF/Commissie⁸⁵ heeft het Gerecht een beschikking van de Commissie non-existent beschouwd. Het Hof heeft dat arrest in hogere voorziening vernietigd omdat het van mening was dat de door het Gerecht gereleveerde bevoegdheids- en vormgebreken, op zichzelf of zelfs in hun totaliteit beschouwd, niet van een dermate klaarblijkelijke ernst waren, dat de bestreden beschikking als juridisch non-existent moest worden beschouwd.⁸⁶

108. Het komt mij voor dat de onregelmatigheid die aan verordening nr. 622/2003 (zoals gewijzigd) kleefte — het voortdurend en bewust negeren van de dwingende bekendmakingseisen van artikel 254, lid 2, EG met

betrekking tot de *volledige* inhoud van de verordening — van een dermate klaarblijkelijke ernst is, dat zij niet kan worden geduld door de communautaire rechtsorde. Mijn voorkeur gaat er derhalve naar uit om verordening nr. 622/2003 (zoals gewijzigd) non-existent te verklaren. De vraag inzake een mogelijke beperking in de tijd van het arrest is dan niet langer relevant.

109. Wanneer het Hof niet zover wil gaan, is het duidelijk dat er ten minste sprake is van een schending van een wezenlijk vormvoorschrift. Het Hof zou verordening nr. 622/2003 (zoals gewijzigd) derhalve minimaal ongeldig moeten verklaren.

110. Beide beslissingen geven aan, dat niet-bekendmaking van verordeningen of delen daarvan — zoveel te meer wanneer dat opzettelijk gebeurt — onaanvaardbaar is in de rechtsorde van de Europese Unie.

Wat zou de Commissie hebben moeten doen?

111. Ter terechtzitting heeft zowel het Europees Parlement als de Raad het standpunt ingenomen dat artikel 8 van verordening nr. 2320/2002 de Commissie niet de bevoegdheid verleent om een uitvoeringsverordening vast te stellen met een niet-bekendgemaakte bijlage die de gedetailleerde maatregelen bevat welke noodzakelijk zijn om de gemeenschappelijke basisnormen betreffende maatregelen voor beveiliging van de luchtvaart uit

84 — Arrest van 10 december 1957 (1/57 en 14/57, Jurispr. blz. 217).

85 — Arrest van 27 februari 1992, BASF e.a./Commissie (T-79/89, T-84/89–T-86/89, T-89/89, T-91/89, T-92/89, T-94/89, T-96/89, T-98/89, T-102/89 en T-104/89, Jurispr. blz. II-315).

86 — Commissie/BASF, aangehaald in voetnoot 80, punt 52.

te voeren en technisch aan te passen. De Commissie van haar kant heeft verklaard dat zij het nuttig zou vinden wanneer het Hof aangaf welk wettelijk instrument zij zou moeten gebruiken om te voldoen aan de verplichting die artikel 4, lid 2, van verordening nr. 2320/2002 haar oplegt om dergelijke maatregelen vast te stellen.

document en dat toegang ertoe alleen mogelijk zou zijn door middel van de verordening inzake de toegang tot documenten (krachtens welke de toegang vervolgens waarschijnlijk zou worden geweigerd omdat het betrokken document onder de in artikel 4 genoemde uitzonderingen valt en/of een „gevoelig document” is als bedoeld in artikel 9).

112. Hoewel ik mij kritisch heb uitgelaten over de afkondiging van verordening nr. 622/2003 (zoals gewijzigd) door de Commissie, heb ik enig begrip voor haar hachelijke situatie. Ik maak derhalve de volgende opmerkingen.

113. Krachtens artikel 8, lid 1, van verordening nr. 2320/2002 zijn de maatregelen in verband met het functioneren van beveiligingsmaatregelen op luchthavens⁸⁷ „geheim. Zij worden niet gepubliceerd.” Dat geldt „[o]nverminderd” de verordening inzake de toegang tot documenten. Daaruit leid ik af dat de opsteller niet heeft voorzien dat dergelijke maatregelen ooit onderdeel zouden zijn van een communautaire rechtshandeling die krachtens artikel 254 EG dwingend in het Publicatieblad bekend moet worden gemaakt. Het was eerder de bedoeling dat zij zouden worden opgenomen in een ongepubliceerd

114. Ik merk op dat artikel 8 van verordening nr. 2320/2002 een uitzondering maakt op de normale verplichting van transparantie en toegankelijkheid van informatie. Als zodanig moet het restrictief worden uitgelegd. Dit betekent dat enkel gegevens die objectief bezien werkelijk binnen de verschillende categorieën geheime informatie genoemd in artikel 8, lid 1⁸⁸, vallen, in aanmerking mogen komen voor een dergelijke behandeling. Met name gegevens die aansluiten bij gegevens die reeds voor iedereen beschikbaar zijn omdat ze zijn bekendgemaakt als onderdeel van verordening nr. 2320/2002, behoren voor iedereen beschikbaar te blijven.

115. Wat de lijst van verboden voorwerpen betreft, is het voor mij overduidelijk dat deze niet geheim, maar openbaar behoort te zijn. De lijst — en alle andere maatregelen die objectief bezien niet geheim behoeven te worden gehouden — zou derhalve als bijlage bij een verordening in het Publicatieblad moeten worden bekendgemaakt.

87 — Dat zijn: a) prestatiecriteria en acceptatietests voor apparatuur; gedetailleerde procedures die gevoelige informatie bevatten; gedetailleerde criteria voor vrijstelling van beveiligingsmaatregelen; b) de specificaties inzake het toezicht op de naleving van de verordening, en c) de inspectieverslagen en de antwoorden van de lidstaten met betrekking tot het toezicht op de naleving. Artikel 8, leden 2 en 3, voorzien eveneens „zoveel mogelijk [...] overeenkomstig het toepasselijke nationale recht” in een vertrouwelijke behandeling van informatie met betrekking tot andere lidstaten, afkomstig uit inspectieverslagen en antwoorden van lidstaten.

88 — Zie voetnoot 87.

116. Wat moet er gebeuren met gegevens die echt verband houden met het functioneren van beveiligingsmaatregelen op luchthavens en derhalve echt geheim moeten worden gehouden?

117. Wanneer het verstandig wordt geacht om (een deel van) dergelijke gegevens in een juridisch bindende handeling op te nemen, heeft de Commissie in theorie een onbeperkte keuze aan wettelijke instrumenten. De rechtsgrondslag van verordening nr. 2320/2002 was artikel 80, lid 2, EG.⁸⁹ Hoewel de Raad heeft gekozen voor een verordening, was hij daartoe niet verplicht.

118. In de praktijk is echter noch een verordening, noch een tot alle lidstaten gerichte richtlijn een passend wettelijk instrument voor gegevens die eigenlijk geheim zouden moeten blijven. Beide vallen onder het dwingende bekendmakingsvereiste van artikel 254, lid 2, EG.

119. De meer normale keuze zou derhalve een tot alle lidstaten gerichte beschikking (als bedoeld in artikel 249 EG) zijn. Deze behoeft

volgens artikel 254 EG niet te worden bekendgemaakt, maar enkel ter kennis te worden gebracht van degenen tot wie zij is gericht.⁹⁰ Beschikkingen „worden door deze kennisgeving van kracht.”⁹¹ Ik merk op dat artikel 13, lid 2, sub c, van de verordening inzake de toegang tot documenten bepaalt dat dergelijke beschikkingen „[v]oor zover mogelijk” in het Publicatieblad worden bekendgemaakt. Wanneer de beschikking wat haar inhoud betreft onder artikel 4 (uitzonderingen) of artikel 9 (gevoelige documenten) van deze verordening zou vallen, zou het gerechtvaardigd zijn om toegang tot de beschikking te weigeren en te meer om haar niet bekend te maken.

120. De Commissie herinnert er in haar schriftelijke opmerkingen aan dat zij een soortgelijke oplossing voor vertrouwelijke en niet-vertrouwelijke gegevens heeft gekozen bij verordening nr. 1683/95.⁹² De bekendgemaakte bijlage bij deze verordening bevatte bepaalde specificaties voor het model van de door de lidstaten af te geven visa. Artikel 2 van de verordening bepaalde dat aanvullende

⁹⁰ — Artikel 254, lid 3, EG.

⁹¹ — Idem.

⁹² — Verordening (EG) nr. 1683/95 van de Raad van 29 mei 1995 betreffende de invoering van een uniform visummodel (PB L 164, blz. 1), zeer recent gewijzigd bij verordening (EG) nr. 1791/2006 van de Raad van 20 november 2006 tot aanpassing van bepaalde verordeningen, besluiten en beschikkingen op het gebied van vrij verkeer van goederen, vrij verkeer van personen, vennootschapsrecht, mededingingsbeleid, landbouw (met inbegrip van veterinaire en fytosanitaire wetgeving), vervoersbeleid, belastingen, statistiek, energie, milieu, samenwerking op het gebied van justitie en binnenlandse zaken, douane-unie, externe betrekkingen, gemeenschappelijk buitenlands en veiligheidsbeleid en instellingen, in verband met de toetreding van Bulgarije en Roemenië (PB L 363, blz. 1).

⁸⁹ — „De Raad kan met gekwalificeerde meerderheid van stemmen besluiten of, in hoeverre en volgens welke procedure, passende bepalingen voor de zeevaart en de luchtvaart zullen kunnen worden genomen.”

technische specificaties voor het uniforme visummodel, voor aanvullende punten en veiligheidsvereisten, met inbegrip van verbeterde normen ter bestrijding van vervalsing en namaak, en technische methoden en normen voor de invulling van het uniforme visum, door de Commissie werden vastgesteld. Artikel 3 bepaalde dat deze specificaties geheim bleven. De Commissie heeft derhalve een tot alle lidstaten gerichte uitvoeringsbeschikking vastgesteld, die niet is bekendgemaakt.⁹³ Het komt mij voor dat de Commissie strikt genomen een soortgelijke oplossing kan kiezen bij de uitvoering van verordening nr. 2320/2002, om gegevens geheim te houden die objectief bezien een dergelijke bescherming nodig hebben.

Eerste prejudiciële vraag

121. Wanneer het Hof de tweede prejudiciële vraag beantwoordt zoals ik heb voorgesteld, is het niet langer noodzakelijk om de eerste prejudiciële vraag te beantwoorden. Aangezien de eerste prejudiciële vraag echter tot ernstige onenigheid tussen de belanghebbenden, zowel in hun schriftelijke als monde-

linge opmerkingen⁹⁴, heeft geleid, zou ik de volgende opmerkingen willen maken.

122. Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of onder „documenten” in de zin van artikel 2, lid 3, van de verordening inzake de toegang tot documenten, handelingen moeten worden verstaan die overeenkomstig artikel 254 EG moeten worden bekendgemaakt.⁹⁵

123. In overeenstemming met het in artikel 1 vastgestelde doel van de verordening⁹⁶ is het toepassingsgebied in artikel 2, lid 3, ruim omschreven. De verordening „is van toepassing op alle bij een instelling berustende documenten, dit wil zeggen documenten die door de instelling zijn opgesteld of ontvangen en zich in haar bezit bevinden, op alle werkterreinen van de Europese Unie”. Voordat de verordening inzake de toegang tot documenten in werking trad, was een instelling niet bevoegd om van een derde persoon afkomstige documenten bekend te maken, en was de partij die om toegang verzocht, verplicht om het verzoek rechtstreeks tot de auteur van het document te richten (de zogenoemde auteursregel).⁹⁷ Het breed omschreven toepassingsgebied in artikel 2,

93 — De Commissie haalt in haar schriftelijke opmerkingen Duitse rechtsgeleerde schrijvers aan die stellen dat een beschikking enkel voor individuele gevallen is bedoeld: zie bijvoorbeeld, H. Von der Groeben, J. Thiesing, en C.-D. Ehlermann (eds), *Kommentar zum EU-/EG-Vertrag*, aangehaald in voetnoot 83, blz. 791, punt 43. Andere schrijvers hebben echter een tegenovergesteld standpunt ingenomen: zie J. Bast, „On the Grammar of EU Law: Legal Instruments”, Jean Monnet Working Paper 9/03, Heidelberg, 2003, blz. 65 en 66, online beschikbaar op <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/03/030901-05.pdf>. Zie eveneens R. Greaves, „The Nature and Binding Effect of Decisions under Article 189 EC”, *European Law Review*, 1996, blz. 3-16, die meent dat tot alle lidstaten gerichte beschikkingen van quasi-wetgevende aard neigen te zijn. Een duidelijk voorbeeld is beschikking 65/271/EEG van de Raad van 13 mei 1965 met betrekking tot de harmonisatie van bepaalde voorschriften die van invloed zijn op de mededinging in het vervoer per spoor, over de weg en over de binnenwateren (PB 1965, 88, blz. 1500), aan de orde in arrest van 6 oktober 1970, *Grad/Finanzamt Traunstein* (9/70, Jurispr. blz. 825).

94 — Zo stellen de Tsjechische, de Poolse en de Finse regering dat een verordening duidelijk *geen* document in de zin van de verordening inzake de toegang tot documenten is, terwijl de Oostenrijkse, de Deense, de Franse, de Griekse, de Hongaarse, de Zweedse regering en de regering van het Verenigd Koninkrijk alsook de Raad en de Commissie met dezelfde felheid aanvoeren dat dat duidelijk *wel* zo is.

95 — Zie punt 49 hierboven. Ik heb reeds gewezen op de ruimere context van de artikelen 254 en 255 EG: zie de punten 54-60 hierboven.

96 — Zie punt 58 hierboven.

97 — Zie bijvoorbeeld arrest van 26 april 2005, *Sison/Raad* (T-110/03, T-150/03 en T-405/03, Jurispr. blz. II-1429, punt 92).

lid 3, doorbreekt deze regel. Op voorwaarde dat de instelling daadwerkelijk over het document *beschikt*, kan los van het auteurschap om toegang worden verzocht. Bijgevolg zullen de instellingen documenten moeten vrijgeven die afkomstig zijn van derden, waaronder (met name) de lidstaten.⁹⁸

124. De omschrijving van het begrip „document” is evenzeer breed: „iedere inhoud, ongeacht de drager ervan (op papier, in elektronische vorm, als geluids-, beeld- of audiovisuele opname), betreffende een materie die verband houdt met beleidsmaatregelen, acties en besluiten welke tot de bevoegdheid van de instelling behoren”.⁹⁹

125. De artikelen 4 („Uitzonderingen”) en 9 („Gevoelige documenten”) omschrijven de grenzen, op gronden van algemeen of particulier belang, van het recht op toegang tot documenten. Zij volgen de structuur van artikel 255 EG. Als uitzonderingen dienen deze bepalingen strikt te worden uitgelegd, in overeenstemming met de gebruikelijke uitlegingsregels in het gemeenschapsrecht.¹⁰⁰ De noodzaak om ze op deze wijze uit te leggen, wordt onderstreept door het feit dat het dwingende uitzonderingen¹⁰¹ vormen van

een verordening waarvan het enige doel is om overigens „een zo ruim mogelijke toegang tot documenten” te waarborgen.¹⁰²

126. Artikel 13 behandelt de „[b]ekendmaking in het Publicatieblad”. Artikel 13, lid 1, bepaalt dat „[n]aast de besluiten van artikel 254, leden 1 en 2, van het EG-Verdrag”¹⁰³, verschillende soorten documenten, „met inachtneming van de artikelen 4 en 9 van deze verordening, in het Publicatieblad [worden] bekendgemaakt”. Het lijkt mij boven elke discussie verheven dat de opsteller daarmee doelt op bepaalde andere categorieën teksten (*naast* de teksten die in ieder geval krachtens artikel 254, leden 1 en 2, EG worden bekendgemaakt), die systematisch de ruime verspreiding verdienen die bekendmaking in het Publicatieblad meebrengt. Daarnaast zijn er nog meer categorieën documenten die eveneens „[v]oor zover mogelijk” moeten worden bekendgemaakt.¹⁰⁴

127. Enkel documenten die noch onder artikel 12, noch onder artikel 13 vallen, zullen afzonderlijk moeten worden opgevraagd.¹⁰⁵

98 — Zie overweging 10 van de considerans. Zie eveneens arrest van 18 december 2007, Zweden/Commissie (C-64/05 P, Jurispr. blz. I-11389, punten 55 en 56), en de conclusie van advocaat-generaal Poiares Maduro in deze zaak, punten 27 en 28.

99 — Artikel 3, sub a.

100 — Zie wat betreft artikel 4, arrest van 1 februari 2007, Sison/Raad (C-266/05 P, Jurispr. blz. I-1233, punt 63), en arrest Zweden/Commissie, aangehaald in voetnoot 98, punt 66.

101 — Aldus bepaalt artikel 4, lid 1, dat de instellingen de toegang tot documenten weigeren die vallen binnen de aldaar aangegeven categorieën. Nadat artikel 9 heeft omschreven welke documenten „gevoelige documenten” zijn (artikel 9, lid 1), bevat het geen hoofdwerkwoorden meer die geen dwingende instructie inhouden.

102 — Artikel 1, sub a.

103 — Cursivering van mij.

104 — Artikel 13, lid 2; de instellingen zijn krachtens artikel 13, lid 3, bevoegd om nog ruimer te publiceren.

105 — Zie in het algemeen artikelen 6, 7, 8 en 10. Artikel 12 verplicht de instellingen om „[v]oor zover mogelijk” documenten rechtstreeks toegankelijk te maken voor het publiek, in elektronische vorm of via een register. 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”.

128. Tegen deze achtergrond wordt het antwoord op de eerste prejudiciële vraag enigszins duidelijker. De tekst van een verordening kan binnen de zeer ruime omschrijving van „document” in artikel 3, sub a, van de verordening inzake de toegang tot documenten vallen. Een dergelijke tekst heeft een „inhoud [...] betreffende een materie die verband houdt met [...] besluiten welke tot de bevoegdheid van de instelling behoren” en zal een in artikel 3, sub a, genoemde drager hebben. De omschrijving van „document” in artikel 3, sub a, van de verordening inzake de toegang tot documenten is derhalve ruim genoeg om de rechtshandelingen te omvatten die krachtens artikel 254, leden 1 en 2, EG moeten worden bekendgemaakt. Dat betekent echter niet dat dergelijke handelingen binnen het toepassingsgebied van de verordening inzake de toegang tot documenten vallen en dat de toegang daartoe op grond van artikel 4 of artikel 9 kan worden geweigerd. Naar mijn mening is het omgekeerde het geval.

129. Artikel 2, lid 3, van de verordening inzake de toegang tot documenten bepaalt dat de verordening „van toepassing [is] op alle bij een instelling *berustende* documenten, dit wil zeggen documenten die door de instelling zijn *opgesteld of ontvangen en zich in haar bezit bevinden*, op alle werkerterreinen van de Europese Unie”.¹⁰⁶ Het is natuurlijk juist dat een instelling waarschijnlijk exemplaren bezit van de definitieve verordeningstekst zoals deze uiteindelijk is vastgesteld. De tekst zou echter eveneens reeds openbaar toegankelijk moeten zijn krachtens de (verplichte) bekendmaking ervan in het Publicatieblad. Technisch gezien „berust” de tekst als een „document” bij de instelling. Deze letterlijke uitlegging van de verordening inzake de toegang tot documenten gaat echter voorbij aan het feit dat het doel van de verordening is, toegang te

verschaffen tot documenten die anders *niet* automatisch toegankelijk zijn. Een teleologische uitlegging en het gezond verstand wijzen beide in de richting van de conclusie dat wanneer een tekst ingevolge de bekendmakingsplicht van artikel 254, leden 1 en 2, EG toegankelijk is (of zou moeten zijn), deze niet hoeft te (en bijgevolg niet zou moeten) worden beschouwd als een „document” dat „berust” bij een instelling, in de zin van (respectievelijk) artikel 3, sub a, en artikel 2, lid 3, van de verordening inzake de toegang tot documenten. Bovendien omschrijft artikel 1, sub a, het doel van de verordening inzake de toegang tot documenten aldus, dat „een zo ruim mogelijke toegang tot documenten” wordt gewaarborgd. Dat houdt op zichzelf in dat het recht op toegang tot een document via de verordening overbodig zou zijn, wanneer het document krachtens artikel 254 EG in ieder geval moet worden bekendgemaakt. Bekendmaking in het Publicatieblad waarborgt reeds „een zo ruim mogelijke toegang”.

130. Artikel 13 van de verordening inzake de toegang tot documenten bevestigt deze analyse. Het heeft enkel betekenis als men de verordening zo uitlegt, dat zij artikel 254 EG aanvult in plaats van uitholt. Het is niet nodig om voor een document dat behoort tot de in artikel 254, leden 1 en 2, EG genoemde teksten, te zorgen voor (aanvullende) toegang of zelfs bekendmaking door middel van de verordening inzake de toegang tot documenten. Wanneer omgekeerd een document *niet* tot die teksten behoort, is er alle reden om het als binnen het toepassingsgebied van de verordening inzake de toegang tot documenten vallend te beschouwen en om vervolgens te bezien of het krachtens artikel 13 moet worden bekendgemaakt. De juiste uitlegging moet derhalve zijn dat de verordening inzake de toegang tot documenten betrekking heeft op documenten (in alle verschijningsvormen) die niet reeds onder artikel 254, leden 1 en 2, EG vallen.

¹⁰⁶ — Cursivering van mij.

131. Men kan zich afvragen wat de status is van de tekst van een verordening tussen de datum van de vaststelling ervan door de desbetreffende instelling en de datum van de bekendmaking in het Publicatieblad. Naar mijn mening is de verordening als verordening geen „document” in de zin van de verordening inzake de toegang tot documenten (omdat de bekendmakingsplicht van artikel 254 EG reeds geldt). Elk *exemplaar* van die verordening (bijvoorbeeld in gedrukte of elektronische vorm) dat in het bezit van de instelling is, is echter een dergelijk document, waartoe dus krachtens de verordening inzake de toegang tot documenten toegang kan worden verkregen. In de praktijk zal er zich altijd ergens een dergelijk exemplaar bevinden, denk ik. Er zal zich dan ook geen hiaat voordoen waarin de verordening noch door middel van de verordening inzake de toegang tot documenten, noch ingevolge de verplichte bekendmaking ervan krachtens artikel 254 EG toegankelijk is.

132. Bovendien kan de verordening inzake de toegang tot documenten niet worden gebruikt om de bekendmaking van een onder

artikel 254, leden 1 of 2, EG vallend document te beperken. De verordening, die tot de secundaire wetgeving behoort, kan niet aldus worden uitgelegd dat zij ingaat tegen primair recht in de vorm van een verdragsbepaling. De uitzonderingen op de toegang, die zijn opgenomen in de artikelen 4 en 9 van de verordening inzake de toegang tot documenten, zijn derhalve enkel van toepassing op documenten die krachtens deze verordening toegankelijk zijn. Er kan met name geen beroep op worden gedaan teneinde via de achterdeur een uitzondering op de bekendmakingsplicht van het Verdrag te introduceren.

133. Hieruit volgt dat het antwoord op de eerste prejudiciële vraag moet luiden dat handelingen die krachtens artikel 254, leden 1 of 2, EG in het Publicatieblad moeten worden bekendgemaakt, geen documenten zijn als bedoeld in de artikelen 2, lid 3, en 3, sub a, van verordening (EG) nr. 1049/2001, omdat zij reeds zijn onderworpen aan een bekendmakingsverplichting krachtens het Verdrag en derhalve voor het publiek volledig toegankelijk zijn.

Conclusie

134. Op grond van het bovenstaande ben ik van mening dat de prejudiciële vragen van de Verwaltungssenat im Land Niederösterreich als volgt moeten worden beantwoord:

„— Verordeningen die in strijd met het vereiste van artikel 254, lid 2, EG niet zijn bekendgemaakt in het *Publicatieblad van de Europese Unie*, zijn juridisch non-existent.

- Handelingen die krachtens artikel 254 EG in het Publicatieblad moeten worden bekendgemaakt, zijn geen bij een instelling berustende documenten als bedoeld in de artikelen 2, lid 3, en 3, sub a, van verordening (EG) nr. 1049/2001 van het Europees Parlement en de Raad van 30 mei 2001 inzake de toegang van het publiek tot documenten van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie, omdat zij reeds zijn onderworpen aan een bekendmakingsverplichting krachtens het Verdrag en derhalve voor het publiek volledig toegankelijk zijn.”