



# Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL  
M. BOBEK  
van 21 december 2016<sup>1</sup>

**Zaak C-213/15 P**

**Commissie  
tegen**

**Patrick Breyer**

„Hogere voorziening — Toegang tot documenten van de instellingen van de Unie — Artikel 15, lid 3, VWEU — Verordening (EG) nr. 1049/2001 — Toepassingsgebied — Documenten in het bezit van de Commissie — Memories die door een lidstaat zijn ingediend in een procedure bij het Hof — Afgesloten procedure — Toegang van derden — Modaliteiten — Openheid van het Hof bij de uitoefening van zijn van rechterlijke taken”

## Inhoud

I – Inleiding .....	2
II – Toepasselijke bepalingen .....	3
A – Primair recht .....	3
1. Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie .....	3
2. Handvest van de grondrechten .....	4
B – Secundair recht .....	4
1. Verordening nr. 1049/2001 .....	4
2. Besluit inzake de toegang van het publiek tot documenten die door het Hof worden gehouden in de uitoefening van zijn administratieve taken .....	5
III – Feiten en procedure .....	5
IV – Bestreden arrest en procedure bij het Hof .....	6
V – Beoordeling .....	7

<sup>1</sup> — Oorspronkelijke taal: Engels.

A – Bestreden arrest.....	8
1. Toepassingsgebied van de verordening.....	9
2. Betekenis van artikel 15, lid 3, VWEU voor de uitlegging van de reikwijdte van verordening nr. 1049/2001 .....	11
B – Aan de API-oplossing verbonden operationele en praktische problemen .....	13
C – Het beginsel van openheid en de rechter .....	14
1. Openheid bij het Hof van Justitie.....	14
2. Vrijheid om kennis te nemen van informatie .....	15
3. De aan rechterlijke openheid ten grondslag liggende waarden .....	17
a) Democratische geschillenbeslechting .....	18
b) Kwaliteit van de rechtspraak .....	19
4. Vergelijkend overzicht als inspiratiebron .....	19
D – Herziening van de toegang tot (externe) gerechtelijke documenten van het Hof .....	21
1. Fysieke toegang van derden tot individuele documenten van het dossier.....	23
2. Toegang op afstand van derden tot individuele documenten van het dossier.....	24
3. Online toegang tot een selectie van gerechtelijke documenten .....	24
4. Tot slot .....	25
E – Kosten .....	26
VI – Conclusie .....	27

## I – Inleiding

1. Patrick Breyer (hierna: „rekwirant”) heeft de Commissie verzocht om toegang tot de door een lidstaat in een niet-nakomingsprocedure bij het Hof ingediende memories. Nadat die procedure was afgesloten, heeft hij zich tot de Commissie gewend met het verzoek hem toegang tot die memories te verlenen overeenkomstig verordening (EG) nr. 1049/2001 inzake de toegang van het publiek tot documenten van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie (hierna ook: „verordening”)<sup>2</sup>. De Commissie heeft dat verzoek afgewezen, waarop Breyer een procedure is gestart bij het Gerecht. Het Gerecht heeft het besluit van de Commissie nietig verklaard omdat naar zijn oordeel de gevraagde memories hadden moeten worden vrijgegeven.

2 — Verordening (EG) nr. 1049/2001 van het Europees Parlement en de Raad van 30 mei 2001 (PB 2001, L 145, blz. 43).

2. Met deze hogere voorziening komt de Commissie op tegen de beslissing van het Gerecht. De bij het Hof aanhangig gemaakte zaak bestaat uit meerdere lagen, waarvan de eerste betrekking heeft op het specifieke punt dat met deze hogere voorziening aan de orde wordt gesteld: vallen door een lidstaat ingediende memories die in het bezit zijn van de Commissie, onder het toepassingsgebied van de verordening? Kunnen die memories worden vrijgegeven zodra de procedure waarin zij zijn ingediend, is afgesloten?

3. Gelet op de door het Hof in het arrest Zweden e.a./API en Commissie (hierna: „arrest API”)<sup>3</sup> gevolgde benadering, kan ik niet anders dan het Hof in overweging geven beide vragen bevestigend te beantwoorden. Hiermee worden echter tegelijkertijd de diepere lagen van het actuele probleem blootgelegd, waaraan zowel een praktische als een normatieve kant zit. In praktische zin kunnen wij ons afvragen of het wel aan een partij of interveniënt in een zaak is om de memories van een andere partij openbaar te maken, indien daarom wordt verzocht. Zou dat niet de taak van het Hof moeten zijn? En in ruimere zin, op normatief niveau: welke mate van openheid mag van het Hof bij de uitoefening van zijn rechterlijke taken worden verlangd?

## II – Toepasselijke bepalingen

### A – *Primair recht*

#### 1. Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie

4. Artikel 15, lid 1, VWEU bepaalt dat, „[o]m goed bestuur te bevorderen en de deelneming van het maatschappelijk middenveld te waarborgen, [...] de instellingen, organen en instanties van de Unie in een zo groot mogelijke openheid [werken]”.

#### 5. Artikel 15, lid 3, VWEU luidt:

„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 de instellingen, organen en instanties van de Unie, ongeacht de informatiedrager waarop zij zijn vastgelegd, volgens de beginselen en onder de voorwaarden die overeenkomstig het huidige lid worden bepaald.

Het Europees Parlement en de Raad bepalen bij verordeningen volgens de gewone wetgevingsprocedure de algemene beginselen en de beperkingen op grond van openbare of particuliere belangen betreffende dit recht op toegang tot documenten.

Elke instelling, elk orgaan of elke instantie zorgt voor transparantie in zijn of haar werkzaamheden en neemt in zijn of haar eigen reglement van orde specifieke bepalingen betreffende de toegang tot zijn of haar documenten op, overeenkomstig de in de tweede alinea bedoelde verordeningen.

Ten aanzien van het Hof van Justitie van de Europese Unie, de Europese Centrale Bank en de Europese Investeringsbank, geldt het onderhavige lid alleen voor de uitoefening van hun administratieve taken.

[...]”

3 — Arrest van 21 september 2010, Zweden e.a./API en Commissie, API/Commissie en Commissie/API (C-514/07 P, C-528/07 P en C-532/07 P, EU:C:2010:541).

## 2. Handvest van de grondrechten

6. Volgens artikel 11, lid 1, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: „Handvest”) heeft „[e]enieder [...] recht op vrijheid van meningsuiting. Dit recht omvat de vrijheid een mening te hebben en de vrijheid kennis te nemen en te geven van informatie of ideeën, zonder inmenging van enig openbaar gezag en ongeacht grenzen”.

7. En volgens artikel 42 van het Handvest („Recht van inzage in documenten”) heeft „[i]edere burger van de Unie en iedere natuurlijke of rechtspersoon met verblijfplaats of statutaire zetel in een lidstaat [...] een recht van inzage in de documenten van de instellingen, organen en instanties van de Unie, ongeacht het medium waarop zij zijn vastgelegd”.

## B – *Secundair recht*

### 1. Verordening nr. 1049/2001

8. Verordening nr. 1049/2001 regelt de toegang van het publiek tot documenten van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie.

9. Deze verordening beoogt volgens overweging 2 ervan „een betere deelneming van de burgers aan het besluitvormingsproces mogelijk [te maken] en [...] een grotere legitimiteit en meer doelmatigheid en verantwoordelijkheid van de administratie ten opzichte van de burgers binnen een democratisch systeem [te waarborgen]”. In overweging 4 wordt verklaard dat de verordening „tot doel [heeft] het recht van toegang van het publiek tot documenten maximaal zijn beslag te geven”.

10. In overweging 10 van de verordening staat te lezen dat, „[t]eneinde de openheid van de werkzaamheden van de instellingen te verbeteren, [...] het Europees Parlement, de Raad en de Commissie toegang [dienen] te verlenen niet alleen tot documenten die zij zelf hebben opgesteld, maar ook tot documenten die zij ontvangen hebben. In dit verband zij eraan herinnerd dat volgens Verklaring nr. 35 bij de Slotakte van het Verdrag van Amsterdam, een lidstaat de Commissie of de Raad erom kan verzoeken, een uit die lidstaat afkomstig document zonder diens voorafgaande instemming niet aan derden door te geven.”

11. In overweging 11 wordt verklaard dat „[i]n beginsel [...] alle documenten van de instellingen voor het publiek toegankelijk [dienen] te zijn. Dit neemt niet weg dat de bescherming van bepaalde openbare en particuliere belangen door een uitzonderingenregeling dient te worden gewaarborgd. De instellingen dienen het recht te hebben om hun interne raadplegingen en beraadslagingen te beschermen, wanneer dat voor het behoud van hun vermogen om hun taken uit te voeren, noodzakelijk is. Bij het beoordelen van de uitzonderingen dienen de instellingen rekening te houden met de beginselen van de communautaire wetgeving betreffende de bescherming van persoonsgegevens, op alle terreinen van de activiteiten van de Unie.”

12. Artikel 2, lid 3, van de verordening bepaalt dat „[d]eze 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”.

13. Voor de toepassing van de verordening wordt het begrip „document” in artikel 3, onder a), omschreven 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”.

14. In artikel 4 van de verordening zijn enkele uitzonderingen op het beginsel van toegang tot documenten geformuleerd, alsmede de praktische aspecten daarvan. Zo bepaalt artikel 4, lid 2, met name dat „[d]e instellingen [...] de toegang tot een document [weigeren] wanneer de openbaarmaking ervan zou leiden tot ondermijning van de bescherming van [...] gerechtelijke procedures en juridisch advies [...], tenzij een hoger openbaar belang openbaarmaking gebiedt”.

15. Artikel 4, lid 4, bepaalt dat „[w]anneer het gaat om documenten van derden, [...] de derde door de instelling [wordt] geraadpleegd om te kunnen beoordelen of een uitzondering [...] van toepassing is, tenzij het duidelijk is dat het document wel of niet openbaar moet worden gemaakt”. Volgens artikel 4, lid 5, kan „[e]en lidstaat [...] de instelling verzoeken, een van deze lidstaat afkomstig document niet zonder zijn voorafgaande toestemming openbaar te maken”.

16. Artikel 4, lid 7, stelt temporele beperkingen aan de toepassing van de in dit artikel geformuleerde uitzonderingen, door te bepalen dat „[d]e uitzonderingen van de leden 1 tot en met 3 [...] slechts van toepassing [zijn] gedurende de periode waarin bescherming op grond van de inhoud van het document gerechtvaardigd is. De uitzonderingen gelden voor ten hoogste 30 jaar. In geval van documenten die vallen onder de uitzonderingen op grond van de persoonlijke levenssfeer of van commerciële belangen en in geval van gevoelige documenten, kunnen de uitzonderingen zo nodig na afloop van deze periode van toepassing blijven”.

2. Besluit inzake de toegang van het publiek tot documenten die door het Hof worden gehouden in de uitoefening van zijn administratieve taken<sup>4</sup>

17. Dit besluit is volgens artikel 1, lid 1, ervan „van toepassing op alle documenten die door het Hof van Justitie van de Europese Unie worden gehouden, dat wil zeggen die door hem zijn opgesteld of zijn ontvangen of in zijn bezit zijn, in het kader van de uitoefening van zijn administratieve taken”.

18. Volgens artikel 3, lid 3, van het besluit wordt „[d]e toegang tot een document dat door het Hof van Justitie van de Europese Unie is opgesteld voor intern gebruik of door hem is ontvangen, en dat betrekking heeft op een aangelegenheid waarover het nog geen besluit heeft genomen, [...] geweigerd, indien de openbaarmaking ervan het besluitvormingsproces van het Hof van Justitie van de Europese Unie ernstig zou ondermijnen. De toegang tot een document met standpunten voor intern gebruik in het kader van beraadslagingen en voorafgaand overleg binnen het Hof van Justitie van de Europese Unie wordt ook geweigerd nadat het besluit genomen is, indien de openbaarmaking van het document het besluitvormingsproces van het Hof van Justitie van de Europese Unie ernstig zou ondermijnen.”

### III – Feiten en procedure

19. Bij brief van 30 maart 2011 heeft Breyer de Commissie verzocht hem overeenkomstig verordening nr. 1049/2001 toegang te verlenen tot een aantal documenten. De gevraagde documenten hadden betrekking op niet-nakomingsprocedures die de Commissie in 2007 tegen de Bondsrepubliek Duitsland en de Republiek Oostenrijk was gestart over de uitvoering van richtlijn 2006/24/EG betreffende de bewaring van gegevens<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> — Besluit van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 11 december 2012 inzake de toegang van het publiek tot documenten die door het Hof van Justitie van de Europese Unie worden gehouden in de uitoefening van zijn administratieve taken (PB 2013, C 38, blz. 2).

<sup>5</sup> — Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 15 maart 2006 betreffende de bewaring van gegevens die zijn gegenereerd of verwerkt in verband met het aanbieden van openbaar beschikbare elektronische communicatiediensten of van openbare communicatienetwerken en tot wijziging van richtlijn 2002/58/EG (PB 2006, L 105, blz. 54).

20. De Commissie heeft dat verzoek in eerste instantie afgewezen, maar nadat Breyer een confirmatief verzoek had ingediend, heeft zij hem toegang verleend tot enkele van de gevraagde documenten. Zij heeft hem met name toegang geweigerd tot de memories<sup>6</sup> die de Republiek Oostenrijk had ingediend in de zaak die heeft geleid tot het arrest Commissie/Oostenrijk<sup>7</sup>, omdat die memories volgens haar niet onder het toepassingsgebied van verordening nr. 1049/2001 vielen.

21. De Commissie stelde zich op het standpunt dat dergelijke memories documenten van het Hof zijn en dat de regels inzake toegang tot documenten ten aanzien van het Hof alleen voor de uitoefening van zijn administratieve taken gelden. Ook voerde zij aan dat het Statuut van het Hof niet voorziet in het toezenden van afschriften van memories aan derden. Verder wees zij erop dat het Hof in het arrest API<sup>8</sup> niet was ingegaan op de vraag of de instellingen toegang moeten verlenen tot de memories van een andere partij. Hoe dan ook zou volgens de Commissie bij een dergelijke interpretatie het feit worden miskend dat artikel 15 VWEU in de weg staat aan een uitlegging van verordening nr. 1049/2001 volgens welke ook memories van lidstaten onder het toepassingsgebied ervan vallen.

#### IV – Bestreden arrest en procedure bij het Hof

22. Op 30 april 2012 heeft Breyer bij het Gerecht een verzoek tot gedeeltelijke nietigverklaring van het besluit van de Commissie ingediend, namelijk voor zover hem daarbij toegang tot de litigieuze memories was geweigerd. Het door hem aangevoerde middel kwam erop neer dat de Commissie artikel 2, lid 3, van de verordening had geschonden. De Republiek Finland en het Koninkrijk Zweden hebben aan zijn zijde geïntervenieerd.

23. De Commissie heeft betoogd dat memories van lidstaten geen bij een instelling berustende „documenten” zijn in de zin van artikel 2, lid 3, van de verordening, gelezen in samenhang met artikel 3, onder a), ervan. Zij heeft ook aangevoerd dat dergelijke memories moeten worden beschouwd als documenten van het Hof, die wegens hun aard van het in de verordening geregelde recht van toegang tot documenten zijn uitgesloten.

24. Het Gerecht heeft zich in het bestreden arrest<sup>9</sup> gebaseerd op het arrest API. Het heeft in de eerste plaats verklaard dat door een derde opgestelde memories die in het bezit van de Commissie zijn, moeten worden aangemerkt als bij die instelling berustende documenten. De Commissie heeft die memories ontvangen in de uitoefening van haar bevoegdheden met het oog op haar contentieuze activiteit, zodat er sprake is van documenten in de zin van artikel 2, lid 3, van de verordening, gelezen in samenhang met artikel 3, onder a), ervan.<sup>10</sup>

25. In de tweede plaats heeft het Gerecht het belang van artikel 15, lid 3, vierde alinea, VWEU voor het toepassingsgebied van de verordening onderzocht. Het heeft zich op het standpunt gesteld dat „uit de rechtspraak over de uitzondering inzake de bescherming van gerechtelijke procedures van artikel 4, lid 2, tweede streepje, van [de verordening] [...] duidelijk [blijkt] dat de memories van de Commissie onder het toepassingsgebied van die verordening vallen, hoewel zij [...] deel uitmaken van de rechterlijke activiteit van de rechterlijke instanties van de Unie en deze activiteit volgens artikel 15, lid 3, vierde alinea, VWEU niet valt onder het recht van toegang tot documenten”.<sup>11</sup> Het Gerecht heeft daaruit afgeleid dat „[n]aar analogie dient te worden geoordeeld dat memories die, zoals de

6 — Ik zal in deze conclusie de algemene term „memories” gebruiken voor alle door een partij of een interveniënt in een procedure bij het Hof ingediende schrifturen, waarbij het dus zowel om (schriftelijke) „opmerkingen” als om (schriftelijke) „conclusies” kan gaan.

7 — Arrest van 29 juli 2010 (C-189/09, EU:C:2010:455).

8 — Arrest van 21 september 2010, Zweden e.a./API en Commissie, API/Commissie en Commissie/API (C-514/07 P, C-528/07 P en C-532/07 P, EU:C:2010:541).

9 — Arrest van 27 februari 2015, Breyer/Commissie (T-188/12, EU:T:2015:124).

10 — Punten 47 en 48 van het bestreden arrest.

11 — Punt 74 van het bestreden arrest.

litigieuze memories, door een lidstaat zijn ingediend in het kader van een niet-nakomingsberoep, net zo min als de memories van de Commissie vallen onder de uitsluiting van het recht van toegang tot documenten die met betrekking tot de rechterlijke activiteit van het Hof van Justitie is neergelegd in artikel 15, lid 3, vierde alinea, VWEU”.<sup>12</sup>

26. Op grond daarvan is het Gerecht tot de slotsom gekomen dat „de litigieuze memories [...] geen documenten van het Hof vormen, die om die reden op grond van artikel 15, lid 3, vierde alinea, VWEU zijn uitgesloten van het recht van toegang tot documenten en bijgevolg van het toepassingsgebied van verordening nr. 1049/2001”.<sup>13</sup> Dit betekende volgens het Gerecht dat „de Commissie, door zich in het besluit van 3 april 2012 op het standpunt te stellen dat de litigieuze memories niet onder het toepassingsgebied van verordening nr. 1049/2001 vielen, artikel 2, lid 3, van die verordening [had] geschonden”.<sup>14</sup>

27. Het Gerecht heeft bijgevolg het besluit van de Commissie nietig verklaard voor zover daarbij aan Breyer toegang tot de Oostenrijkse memories was geweigerd.

28. In het kader van deze onderhavige voorziening voert de Commissie, ondersteund door het Koninkrijk Spanje en de Franse Republiek, als enige middel aan dat het Gerecht artikel 15, lid 3, VWEU verkeerd heeft uitgelegd. Gelet op het bijzondere karakter van de rechterlijke activiteit, had deze bepaling volgens de Commissie aldus moeten worden uitgelegd dat memories van lidstaten van het toepassingsgebied van de verordening zijn uitgesloten.

29. In reactie daarop stelt Breyer, ondersteund door de Republiek Finland en het Koninkrijk Zweden, in wezen dat ingevolge artikel 15, lid 3, VWEU uitsluitend documenten die het Hof in de uitoefening van zijn rechterlijke activiteit creëert, van het recht van toegang zijn uitgezonderd, en niet gerechtelijke documenten in het algemeen. Het Gerecht heeft in zijn ogen dan ook geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door de verordening van toepassing te achten.

30. Schriftelijke opmerkingen zijn ingediend door de Commissie, Breyer en de vier genoemde interveniënten, namelijk Spanje, Frankrijk, Finland en Zweden, die alle ter terechtzitting van 26 september 2016 hun standpunten mondeling hebben toegelicht.

## V – Beoordeling

31. Deze conclusie is als volgt opgebouwd. Eerst zal ik duidelijk maken waarom naar mijn mening het bestreden arrest in stand moet worden gelaten als logische consequentie van zowel de verordening als het arrest API. De vaststelling van het nieuwe, van na Lissabon daterende artikel 15, lid 3, VWEU heeft daarin geen enkele wijziging gebracht (deel A). Hoewel de voorgestelde uitkomst de logische en noodzakelijke voortzetting is van het arrest API, valt niet te ontkennen dat die uitkomst enkele nogal bedenkelijke praktische consequenties heeft (deel B).

32. In de tweede plaats zou ik het Hof dan ook willen voorstellen deze hogere voorziening als een welkome gelegenheid te beschouwen om zijn eigen institutionele regelingen inzake toegang tot sommige van de met zijn rechterlijke activiteit verband houdende documenten nog eens onder de loep te nemen. Ik ga in dit verband eerst in op het beginsel van (rechterlijke) openheid, zowel vanuit een normatieve als vanuit een vergelijkende invalshoek (deel C). Vervolgens schets ik in het kort hoe het Hof aan dat beginsel invulling zou kunnen geven door zijn gerechtelijke documenten deels toegankelijk te maken (deel D). Tot besluit ga ik in op de kosten van de onderhavige hogere voorziening (deel E).

<sup>12</sup> — Punt 80 van het bestreden arrest.

<sup>13</sup> — Punt 112 van het bestreden arrest.

<sup>14</sup> — Punt 113 van het bestreden arrest.

A – *Bestreden arrest*

33. Kort gezegd staat in deze hogere voorziening de volgende vraag centraal: is de Commissie op grond van de verordening verplicht een derde toegang te verlenen tot de memories die een lidstaat heeft ingediend in een zaak die reeds is afgesloten? Op grond van de bestaande rechtspraak van het Hof, en dan met name het arrest API, kan het antwoord op deze vraag volgens mij niet anders dan „ja” luiden.

34. In het arrest API heeft het Hof onderzocht of de verordening *ratione materiae* van toepassing is op memories van de Commissie die zij heeft ingediend in een bij het Hof aanhangige procedure. Het Hof heeft enerzijds erkend dat rechterlijke werkzaamheden als zodanig niet onder het recht van toegang tot documenten vallen.<sup>15</sup> Anderzijds heeft het onderscheid gemaakt tussen nog lopende zaken en zaken die al zijn afgesloten, waarbij het zich heeft gebaseerd op de in artikel 4, lid 2, van de verordening geformuleerde uitzondering met betrekking tot de bescherming van gerechtelijke procedures.

35. Op grond van dat onderscheid heeft het Hof verklaard dat openbaarmaking van de in een *aanhangige* procedure door de Commissie ingediende memories kan worden geacht te leiden tot ondermijning van de bescherming van die procedure. Dit ligt volgens het Hof echter anders bij zaken die al zijn *afgesloten*, dat wil zeggen wanneer de betrokken procedure bij rechterlijke beslissing is afgedaan. In dat laatste geval hoeft er immers niet meer van te worden uitgegaan dat openbaarmaking van de memories leidt tot ondermijning van de rechterlijke werkzaamheden van het Hof, die immers al zijn beëindigd.<sup>16</sup>

36. Het is van groot belang erop te wijzen dat het Hof in het arrest API de openbaarmaking van memories van de Commissie in aanhangige zaken (en zeker in afgesloten zaken) niet principieel heeft uitgesloten. Het heeft slechts een algemeen vermoeden geformuleerd dat die openbaarmaking in een aanhangige zaak de bescherming van de betrokken gerechtelijke procedure kan ondermijnen.<sup>17</sup> Dit betekent dat de Commissie niet elk opgevraagd document concreet hoeft te beoordelen om openbaarmaking ervan te kunnen weigeren. Het door het Hof geformuleerde vermoeden heeft tot gevolg dat de bewijslast wordt verlegd.

37. Dit vermoeden is echter niet van invloed op de definitie van toegankelijke documenten in de zin van de verordening. Uit het arrest API volgt integendeel juist dat, zowel in nog lopende als in reeds afgesloten zaken, bij het Hof ingediende memories van de Commissie, wanneer zij bij de Commissie worden opgevraagd, onder het toepassingsgebied van de verordening en onder de daarin gegeven definitie van „document” vallen.

38. Ik zie geen enkele reden waarom dezelfde redenering niet ook zou opgaan voor memories van een lidstaat die zich in het bezit van de Commissie bevinden, waarom het in de onderhavige zaak gaat. Deze conclusie volgt naar mijn mening duidelijk uit de bewoordingen en de systematiek van de verordening (1), en daaraan wordt op geen enkele wijze afgedaan door het nieuwe artikel 15, lid 3, VWEU (2).

15 — Zie arrest van 21 september 2010, Zweden e.a./API en Commissie, API/Commissie en Commissie/API (C-514/07 P, C-528/07 P en C-532/07 P, EU:C:2010:541, punten 79 e.v.).

16 — Zie arrest van 21 september 2010, Zweden e.a./API en Commissie, API/Commissie en Commissie/API (C-514/07 P, C-528/07 P en C-532/07 P, EU:C:2010:541, punten 130 en 131).

17 — Zie arrest van 21 september 2010, Zweden e.a./API en Commissie, API/Commissie en Commissie/API (C-514/07 P, C-528/07 P en C-532/07 P, EU:C:2010:541, punten 92 e.v.).



## 1. Toepassingsgebied van de verordening

39. Zoals uit haar titel blijkt, is de verordening „*ratione institutionae*” van toepassing op documenten van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie. Die toepasselijkheid „*ratione institutionae*” maakt alleen duidelijk bij welke instellingen in de praktijk een verzoek om toegang tot een document kan worden ingediend. Welke documenten er daadwerkelijk bij de betrokken instelling kunnen worden opgevraagd, is een andere vraag, die verband houdt met de toepasselijkheid *ratione materiae* van de verordening.

40. Wat het toepassingsgebied *ratione materiae* van de verordening betreft, wordt het begrip „document” in artikel 3, onder a), gelezen in samenhang met artikel 2, lid 3, zeer ruim gedefinieerd als „iedere inhoud, ongeacht de drager ervan [...], betreffende een materie die verband houdt met beleidsmaatregelen, acties en besluiten welke tot de bevoegdheid van de instelling behoren”.

41. De ondubbelzinnige bewoordingen van artikel 2, lid 3, van de verordening maken duidelijk dat het recht van toegang geenszins beperkt is tot documenten waarvan het Europees Parlement, de Raad of de Commissie de *auteur* is. Volgens die bepaling geldt de verordening ook voor alle „bij een instelling berustende documenten” die door de instelling „zijn ontvangen en zich in haar bezit bevinden, op alle werkterreinen van de Europese Unie”.<sup>18</sup> Het hangt dus niet van de identiteit van de auteur van het document af of de in de verordening opgenomen regels inzake toegang van toepassing zijn.

42. Het feit dat het opgevraagde document niet door een instelling is opgesteld, is derhalve irrelevant voor de vraag of er sprake is van een „document” in de zin van de verordening. De verordening heeft de zogeheten „auteursregel” duidelijk afgeschaft.<sup>19</sup> Het enige wat telt, is dat een van de instellingen waarvoor dat instrument van afgeleid recht geldt, de stukken in haar bezit heeft.

43. Ook een systematische uitlegging van de verordening bevestigt dat het recht van toegang net zo goed geldt voor documenten die duidelijk niet door een instelling zijn opgesteld. Zo hebben de leden 4 en 5 van artikel 4 van de verordening betrekking op de wijze waarop derden respectievelijk de lidstaten kunnen worden betrokken bij de openbaarmaking van documenten die niet afkomstig zijn van het Europees Parlement, de Raad of de Commissie. Daaruit blijkt duidelijk de intentie van de wetgever om de verordening ook van toepassing te laten zijn op documenten van derden.

44. De enige andere voorwaarde waaraan een „document” volgens de definitie van artikel 3, onder a), moet voldoen, is dat het verband houdt „met beleidsmaatregelen, acties en besluiten welke tot de bevoegdheid van de instelling behoren”.

45. In casu zijn de bij de Commissie opgevraagde documenten memories van een lidstaat, die de Commissie in haar hoedanigheid van andere partij in de procedure in haar bezit heeft. Het lijkt geen twijfel dat het instellen en voeren van een niet-nakomingsprocedure een activiteit is die tot de bevoegdheid van de Commissie behoort<sup>20</sup>, zodat alle op een dergelijke procedure betrekking hebbende documenten die de Commissie in haar bezit heeft, logischerwijze onder het bereik van de verordening moeten vallen. Dit geldt met name voor de door een partij of door een interveniënt ingediende memories.

18 — Zie arresten van 18 december 2007, Zweden/Commissie (C-64/05 P, EU:C:2007:802, punt 55), en 21 juli 2011, Zweden/MyTravel en Commissie (C-506/08 P, EU:C:2011:496, punt 88). Zie ook overweging 10 van de verordening.

19 — Zie arrest van 18 december 2007, Zweden/Commissie (C-64/05 P, EU:C:2007:802, punt 56).

20 — Hetzelfde geldt trouwens voor andersoortige procedures bij het Hof wanneer de Commissie daarbij betrokken is, met name de prejudiciële procedure. Wanneer de Commissie besluit in een dergelijke procedure te interveniëren overeenkomstig artikel 23 van het Statuut van het Hof van Justitie, verricht zij daarmee vanzelfsprekend ook een handeling die tot haar bevoegdheid in de zin van artikel 3, onder a), van de verordening behoort.

46. Het lijkt dan ook geen twijfel dat door lidstaten ingediende memories die de Commissie in haar bezit heeft, documenten zijn in de zin van artikel 3, onder a), van de verordening, gelezen in samenhang met artikel 2, lid 3, ervan.

47. Aan de andere kant is het ook duidelijk dat de openbaarmaking van een document in een individueel geval kan worden geweigerd op grond van een van de in artikel 4 van de verordening genoemde uitzonderingen. De toepasselijkheid van een dergelijke uitzondering in een concreet geval heeft geen invloed op de kwalificatie van een stuk als „document”. Die kwalificatie als „document” en de daadwerkelijke openbaarmaking zijn twee zaken die duidelijk van elkaar moeten worden onderscheiden.<sup>21</sup> Zo mag een instelling die een document in haar bezit heeft, volgens artikel 4, lid 2, tweede streepje, van de verordening de toegang tot dat document weigeren wanneer de openbaarmaking ervan zou leiden tot ondermijning van de bescherming van gerechtelijke procedures, tenzij een hoger openbaar belang openbaarmaking gebiedt.

48. Om deze redenen kan ik het door de Spaanse regering tijdens de terechtzitting verdedigde standpunt niet onderschrijven. Dat standpunt komt er in wezen op neer dat de eventuele openbaarmaking van memories van lidstaten niet wordt geregeld door de bepalingen van de verordening, maar door de wetgeving van de afzonderlijke lidstaten. Dit zou bijvoorbeeld betekenen dat een persoon die toegang wenst te krijgen tot de memories van de Republiek Oostenrijk, die memories bij de Oostenrijkse regering zou moeten opvragen overeenkomstig het Oostenrijkse recht.

49. Een dergelijk standpunt is om twee redenen onhoudbaar. Ten eerste gaat het voorbij aan de eerder in dit deel (punten 40 tot en met 43) besproken bewoordingen van de verordening, die duidelijk op dergelijke documenten van toepassing zijn. Ten tweede zijn memories van lidstaten, hoewel opgesteld door die lidstaten, naar hun aard EU-documenten: zij zijn opgesteld met het oog op een procedure bij het Hof en komen in handen van andere instellingen van de Unie wegens de betrokkenheid van die instellingen bij de procedure. Die memories zijn niet opgesteld om uitsluitend door en in de lidstaat te worden gebruikt. Het kan niet zo zijn dat voor de toegang tot een bepaalde categorie documenten waarop de verordening duidelijk van toepassing is, 28 verschillende nationale regimes gelden.

50. Tot slot heeft het Hof in het arrest API, zoals ik in punt 35 van deze conclusie heb opgemerkt, wat betreft de bescherming van gerechtelijke procedures onderscheid gemaakt tussen procedures die nog lopen en procedures die al zijn afgesloten. Waar in het geval van een aanhangige procedure de openbaarmaking van memories kan worden vermoed de bescherming van die procedure in het gedrang te brengen, is er in het geval van een afgesloten procedure geen reden meer om aan te nemen dat door die openbaarmaking de rechterlijke werkzaamheden van het Hof zouden worden ondermijnd.

51. In casu gaat het om een reeds afgesloten zaak, zonder duidelijk verband met andere, nog aanhangige zaken. Behoudens bewijs van het tegendeel kan worden aangenomen dat de openbaarmaking van de memories de bescherming van de gerechtelijke procedure niet langer zal ondermijnen. Het is aan de instelling waarbij het opgevraagde document berust, in dit geval de Commissie, om concrete redenen aan te voeren waarom openbaarmaking op grond van een van de uitzonderingen van artikel 4, lid 2, zou moeten worden geweigerd. Bij gebreke daarvan moeten door een lidstaat ingediende memories die in het bezit zijn van de Commissie, op grond van de verordening worden vrijgegeven.

21 — Zie mijn conclusie in de zaak *Typke/Commissie* (C-491/15 P, EU:C:2016:711, punt 35 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

2. Betekenis van artikel 15, lid 3, VWEU voor de uitlegging van de reikwijdte van verordening nr. 1049/2001

52. Het enige door de Commissie in deze hogere voorziening aangevoerde middel heeft betrekking op de uitlegging van een met het Verdrag van Lissabon ingevoerde bepaling, namelijk artikel 15, lid 3, VWEU, en dan met name de vierde alinea ervan.

53. De Commissie stelt in wezen dat de verordening moet worden uitgelegd in het licht van artikel 15, lid 3, vierde alinea, VWEU, gelezen in samenhang met de eerste alinea. Volgens de Commissie heeft artikel 15, lid 3, VWEU het toepassingsgebied *ratione materiae* van de verordening ingeperkt door niet alleen documenten van het Hof daarvan uit te zonderen, maar documenten met een gerechtelijk karakter in het algemeen. Als gevolg daarvan kan aan de verordening geen recht worden ontleend op toegang tot memories van een lidstaat die in het bezit zijn van de Commissie.

54. De Commissie, daarin ondersteund door de Spaanse en de Franse regering, maakt niettemin onderscheid tussen verschillende soorten gerechtelijke documenten. Zij stelt dat zij toegang zou verlenen tot memories die zijn opgesteld door een instelling waarop de verordening van toepassing is (namelijk het Europees Parlement, de Raad en de Commissie), daar deze memories een tweeledig karakter hebben: het zijn gerechtelijke documenten, maar ook documenten van een instelling. Tijdens de terechtzitting heeft de Commissie dat onderscheid nader toegelicht door te verklaren dat zij ten behoeve van de democratische controle op de activiteiten van de instellingen toegang zou verlenen tot haar eigen memories of tot die van een andere instelling waarop de verordening van toepassing is, na de betrokken instelling daarover te hebben geraadpleegd.

55. Breyer, de Finse en de Zweedse regering betogen dat artikel 15, lid 3, VWEU niet van invloed zou moeten zijn op de uitlegging van de verordening. Zij zijn van mening dat artikel 15, lid 3, vierde alinea, uitsluitend ziet op de rechterlijke activiteit van het Hof en niet kan worden geacht betrekking te hebben op gerechtelijke documenten in het algemeen. Zij maken ook bezwaar tegen het onderscheid dat de Commissie maakt op grond van de „theorie van het tweeledige karakter”.

56. Ik kan mij niet vinden in de door de Commissie voorgestane uitlegging van artikel 15, lid 3, VWEU, die gebaseerd lijkt op een nogal selectieve lezing van deze bepaling.

57. Artikel 15, lid 3, eerste alinea, VWEU voorziet in een algemeen recht op toegang tot documenten van de instellingen van de Unie. Dit algemene recht wordt in de vierde alinea afgezwakt door de bepaling dat „[t]en aanzien van het Hof van Justitie van de Europese Unie, de Europese Centrale Bank en de Europese Investeringsbank [...] het onderhavige lid alleen [geldt] voor de uitoefening van hun administratieve taken”.

58. Die bepaling beperkt het recht op toegang tot documenten dus inderdaad tot één onderdeel van de werkzaamheden van het Hof, namelijk de uitoefening van zijn administratieve taken. Terminologisch is de bepaling misschien niet helemaal duidelijk.<sup>22</sup> Ook is het denkbaar dat zich in individuele gevallen afbakeningsproblemen zullen voordoen: heeft een bepaalde door het Hof uitgeoefende taak een gerechtelijk of een administratief karakter? Is een taak altijd uitsluitend administratief of uitsluitend gerechtelijk van aard?

22 — Het is wellicht vermeldenswaard dat artikel 15, lid 3, vierde alinea, VWEU spreekt van „administratieve taken”. Noch in deze bepaling, noch in de verordening, meer bepaald in de uitzondering van artikel 4, lid 2, wordt gesproken van „rechterlijke activiteit”. Wanneer wij echter aannemen dat het Hof ofwel zijn „administratieve taken” ofwel zijn „rechterlijke taken” (*tertium non datur*) uitoefent, zou de uitoefening van „rechterlijke taken” praktisch gezien op één lijn kunnen worden gesteld met „rechterlijke werkzaamheden”, en de uitoefening van „administratieve taken” met „administratieve werkzaamheden”.

59. Het lijkt echter geen twijfel dat de voor de hand liggende lezing van artikel 15, lid 3, vierde alinea, VWEU is dat de in deze bepaling geformuleerde uitzondering primair een *institutionele* uitzondering is, die een tweede, *functionele* uitzondering omvat. De bepaling bevat een tweeledige definitie: voor *het Hof van Justitie* (een instelling) geldt artikel 15, lid 3, VWEU alleen voor de uitoefening van zijn *administratieve taken* (een soort activiteit).

60. In die bepaling van het Verdrag staat in feite niet meer dan dat bij het Hof als instelling geen verzoeken om toegang tot informatie kunnen worden ingediend die inhoudelijk betrekking hebben op de uitoefening van de rechterlijke taken van het Hof. Het Hof als instelling kan daarentegen wel worden verzocht informatie vrij te geven die verband houdt met de uitoefening van zijn administratieve taken.<sup>23</sup>

61. Het is echter ook evident dat de toepasselijkheid van de functionele component van de definitie duidelijk wordt beperkt door de institutionele standaarddefinitie. Die functionele component speelt met andere woorden slechts een rol voor zover er een verzoek om toegang wordt ingediend bij het Hof als instelling. Niets in het Verdrag wijst erop dat de definitie ruimer zou moeten worden gelezen, los van de institutionele dimensie, waarmee feitelijk een nieuwe uitzondering op het recht van toegang zou worden gecreëerd.

62. Toch is dit in wezen wat de Commissie in de onderhavige zaak betoogt. Volgens haar moet artikel 15, lid 3, VWEU aldus worden opgevat dat het de rechterlijke activiteit als zodanig beschermt. Wanneer de primaire institutionele dimensie wordt losgelaten, zou een dergelijke uitzondering echter zeer ver gaan, omdat dan elk document dat verband houdt met de rechterlijke werkzaamheden van het Hof, van het recht van toegang zou kunnen worden uitgesloten, ongeacht wie de auteur ervan is of in wiens bezit het zich bevindt. Elk met de rechterlijke werkzaamheden van het Hof verband houdend document dat door een instelling is opgesteld of zich in het bezit van een instelling bevindt, zou dan dus langdurig, zo niet permanent buiten het toepassingsgebied van de verordening vallen.

63. De onhoudbaarheid van een dergelijke benadering wordt ook geïllustreerd door de tegenstrijdigheden in het betoog van de Commissie. Wanneer de door de Commissie voorgestane uitlegging van artikel 15, lid 3, vierde alinea, VWEU tot het uiterste wordt doorgevoerd, zou dit betekenen dat de Commissie ook kan weigeren haar eigen memories of, bijvoorbeeld, die van de Raad of het Europees Parlement openbaar te maken. Dergelijke memories houden ook verband met de rechterlijke taken van het Hof die, indien het betoog van de Commissie werd aanvaard, voortaan op grond van artikel 15, lid 3, vierde alinea, VWEU van het recht van toegang zouden zijn uitgesloten.

64. Om deze redenen staat zowel een letterlijke als een systematische lezing van artikel 15, lid 3, vierde alinea, VWEU aan de in deze zaak door de Commissie voorgestane uitlegging in de weg.

65. Die uitlegging is bovendien in strijd met het algemene doel van het Verdrag van Lissabon, waaraan in het kader van deze hogere voorziening diverse malen is gerefereerd. Gelezen in de context van andere van na Lissabon daterende verdragsbepalingen, zoals artikel 1 VEU en artikel 298 VWEU, alsook van de artikelen 11 en 42 van het Handvest – bepalingen die stuk voor stuk spreken van openheid en transparantie – blijkt artikel 15, lid 3, vierde alinea, VWEU uiteindelijk *niet* iets te willen *uitsluiten*, maar juist expliciet iets anders te willen *insluiten*, door er geen twijfel over te laten bestaan dat het beginsel van toegang tot informatie ten aanzien van het Hof geldt voor de uitoefening van zijn administratieve taken.

23 — Zie het besluit van het Hof van 11 december 2012.

66. Ik ben dan ook van mening dat noch uit de bewoordingen, noch uit de systematiek of de context van artikel 15, lid 3, VWEU kan worden afgeleid dat deze bepaling aldus zou kunnen worden uitgelegd dat zij de reikwijdte van het in de verordening geregelde recht van toegang tot documenten, daaronder begrepen memories die in het bezit zijn van de Commissie, beperkt.

67. Gelet op een en ander ben ik van mening dat de hogere voorziening moet worden afgewezen.

#### *B – Aan de API-oplossing verbonden operationele en praktische problemen*

68. Naar mijn mening is er in de huidige juridische context geen andere dan de zojuist geschetste oplossing voor de onderhavige zaak denkbaar, ervan uitgaande dat het Hof de lijn van het arrest API wenst voort te zetten met gelijktijdige inachtneming van de ruime uitlegging van de verordening, die nog meer aangewezen is in het licht van de institutionele openheid die het Verdrag van Lissabon in het algemeen wenst te bevorderen.

69. Het valt echter niet te ontkennen dat bepaalde praktische consequenties van de oplossing, die ik hierna verder zal aanduiden als de „API-benadering”, problematisch kunnen worden geacht. Alvorens drie van die consequenties te schetsen, wil ik beklemtonen dat die praktische moeilijkheden in aanmerking zouden moeten worden genomen bij het nadenken over toekomstige werkbare oplossingen voor het vraagstuk van de toegang tot bepaalde gerechtelijke documenten van het Hof. Die moeilijkheden mogen echter niet als argument worden aangevoerd om de huidige reikwijdte van het recht van toegang tot documenten in te perken.

70. In de eerste plaats brengt de API-benadering, zoals mogelijk door de onderhavige zaak verruimd, een asymmetrie tussen de partijen teweeg. Het is namelijk de Commissie, of eventueel een andere instelling van de Unie, die kan worden verzocht de memories van een andere partij of van een interveniënt in een procedure openbaar te maken. Een partij, die op gelijke voet zou moeten staan met andere partijen in dezelfde zaak, wordt daarmee plotseling feitelijk de rechter die (uiteraard indirect) beslist over de belangen van de andere partijen als het gaat om openbaarmaking van hun memories. Zonder te willen suggereren dat de partij die dat voordeel geniet, kwaadwillend of geneigd tot misbruik zal zijn, ben ik toch van mening dat een dergelijke positie inherent problematisch is.

71. In de tweede plaats bestaat het gevaar dat bepaalde documenten ontoegankelijk blijven. In de API-benadering is de toegankelijkheid van documenten van derden, zoals memories, ervan afhankelijk of de Commissie – of een andere instelling waarop de verordening van toepassing is – partij was in de procedure voor het Hof. Wanneer dat niet het geval is, is de verordening immers niet van toepassing. In sommige gevallen zullen dus memories waartoe in het algemeen toegang zou kunnen worden verleend, zeker wanneer de zaak is afgesloten, toch niet toegankelijk zijn om de simpele reden dat de respectieve instellingen geen partij waren in de procedure.

72. In de derde plaats brengt de API-benadering voor de Commissie – en mogelijk ook voor het Europees Parlement en de Raad, wanneer zij partij zijn in de procedure bij het Hof – de verplichting mee om een verzoek om toegang tot een document te beoordelen. De betrokken instelling zal daarbij een aantal punten moeten nagaan, bijvoorbeeld of een van de uitzonderingen van artikel 4 van de verordening van toepassing is, en of de zaak verband houdt met andere zaken, zodat de (tijdelijke) uitzondering wegens samenhang die door het arrest API is geïntroduceerd, heeft te gelden. Hoewel ik de hoge mate van deskundigheid van de instellingen waarop de verordening van toepassing is, op geen enkele wijze in twijfel wil trekken, neemt dit niet weg dat een partij of een interveniënt doorgaans niet over alle benodigde informatie betreffende de specifieke zaak of betreffende mogelijk daarmee verband houdende aanhangige zaken beschikt.

73. Al deze overwegingen leiden tot een voor de hand liggende, maar belangrijke en noodzakelijke conclusie: over een verzoek om toegang tot gerechtelijke documenten zou primair moeten worden beslist door het Hof, en niet door een partij of een interveniënt. Zowel om een aantal praktische redenen alsook om normatieve redenen behoort de beslissing over de toegang tot in een gerechtelijk dossier opgenomen documenten primair te worden genomen door de rechterlijke instantie die dat dossier beheert.<sup>24</sup>

74. Al met al leiden een ruimhartige uitlegging van de verordening, met haar ruime definitie van het begrip „document”, en de afschaffing van de auteursregel onvermijdelijk tot de conclusie zoals ik die hierboven in deel A heb uiteengezet. Dit neemt echter niet weg dat, zoals ik in dit deel duidelijk heb gemaakt, deze oplossing een kritische waarnemer onbewust het gevoel geeft dat, om het maar ronduit te zeggen, een instelling – in dit geval de Commissie – feitelijk wordt opgezadeld met een taak die eigenlijk door het Hof zelf zou moeten worden uitgevoerd.

75. In het volgende deel C zal ik dan ook nader onderbouwen waarom het Hof die taak zelf op zich zou moeten nemen, waarna ik in deel D kort zal schetsen hoe daaraan in de praktijk invulling zou kunnen worden gegeven.

### C – *Het beginsel van openheid en de rechter*

76. Het Hof is niet verplicht om toegang te verlenen tot documenten, tenzij het gaat om documenten die verband houden met de uitoefening van zijn administratieve taken. Dit betekent echter niet dat voor het Hof niet het algemene beginsel van openheid geldt (1). Bepaalde aspecten van (rechterlijke) openheid houden ook verband met het in het Handvest verankerde recht van vrijheid op informatie (2). Meer in het algemeen is openheid een waarde die de rechter in zijn dagelijkse rechterlijke werk principieel niet langer kan negeren (3), zoals ook een vergelijkend overzicht duidelijk illustreert (4).

#### 1. Openheid bij het Hof van Justitie

77. Het Hof als instelling is niet verplicht om toegang te verlenen tot documenten die verband houden met de uitoefening van zijn rechterlijke taken. Dit ontslaat het Hof echter niet van de verplichting het algemene beginsel van openheid<sup>25</sup> te eerbiedigen, dat in enkele verdragsbepalingen is geformuleerd.<sup>26</sup>

78. Ten eerste geldt volgens artikel 15, lid 3, VWEU (zoals besproken in de punten 52 tot en met 66 van deze conclusie) de verplichting tot het verschaffen van toegang tot documenten voor het Hof uitsluitend voor de uitoefening van zijn administratieve taken. Het met het Verdrag van Lissabon geïntroduceerde artikel 15, lid 1, VWEU heeft de werkingssfeer van het beginsel van openheid echter duidelijk uitgebreid tot alle instellingen van de Unie. Het bepaalt namelijk dat, „[o]m goed bestuur te

24 — In zoverre sluit ik mij in grote lijnen aan bij de suggestie die advocaat-generaal Poireres-Maduro reeds met betrekking tot de toegang tot gerechtelijke documenten in lopende zaken heeft gedaan in zijn conclusie in de zaken Zweden/API en Commissie, API/Commissie en Commissie/API (C-514/07 P, C-528/07 P en C-532/07 P, EU:C:2009:592, punt 14).

25 — In verband met het Hof, en met rechterlijke instanties in het algemeen, zal ik van „openheid” en niet van „transparantie” spreken. Rechterlijk werk kan nooit transparant zijn, anders zou het karakter ervan aanzienlijk wijzigen. Bij het rechterlijk werk kan echter wel een redelijke mate van openheid worden nagestreefd, in de zin van – zowel intellectuele als fysieke – toegankelijkheid voor de burger.

26 — Zie bijvoorbeeld Alemanno, A., en Stefan, O., „Openness at the Court of Justice of the European Union: Toppling a Taboo”, *Common Market Law Review* deel 51, Kluwer Law International, 2014, blz. 97-139. Zie meer in het algemeen over openheid en transparantie in de context van de Unie Prechal, S., en De Leeuw, M.E., „Transparency: A General Principle of EU Law?”, in Bernitz, U. e.a. (red.), *General Principles of EC Law in a Process of Development*, Kluwer Law International, London, 2008, blz. 201-242; Dyrberg, P., „Accountability and Legitimacy: What is the Contribution of Transparency?”, in Arnulf, A., Wincott, D. (red.), *Accountability and Legitimacy in the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2002, blz. 81-96; Rideau, J. (red.), *La transparence dans l'Union européenne – Mythe ou principe juridique?*, L.G.D.J., Parijs, 1999; Curtin, D., *Executive Power of the European Union. Law, Practices, and the Living Constitution*, Oxford University Press, Oxford, 2009, blz. 204-245, en Coudray, L., „La transparence et l'accès aux documents”, in Auby, J.-B., Dutheil de la Rochère, J. (red.), *Traité de droit administratif européen*, 2e druk, Bruylant, Brussel, 2014, blz. 699-712.

bevorderen en de deelneming van het maatschappelijk middenveld te waarborgen, [...] de instellingen, organen en instanties van de Unie in een zo groot mogelijke openheid [werken]”. Artikel 13, lid 1, VEU noemt het Hof van Justitie van de Europese Unie als een van de instellingen van de Unie. Het Hof van Justitie is dus aan het beginsel van openheid gebonden.

79. Ten tweede wordt het beginsel van openheid ook in andere van na Lissabon daterende verdragsbepalingen benadrukt. In de preambule van het VEU worden de ruim omschreven doelstellingen uiteengezet die de Unie volgens de hoge verdragsluitende partijen moet nastreven. Daarbij wordt met name de nadruk gelegd op de algemene noodzaak om „de democratische en doelmatige werking van de instellingen verder te ontwikkelen”, zonder dat daarbij onderscheid wordt gemaakt tussen de verschillende instellingen. Verder bepaalt artikel 1, tweede alinea, VEU dat „[d]it Verdrag [...] een nieuwe etappe [markeert] 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*”.<sup>27</sup>

80. Ten derde maakt, zoals ook het Hof heeft bevestigd, het „beginsel [van openheid] een betere deelneming van de burgers aan het besluitvormingsproces mogelijk en waarborgt een grotere legitimiteit en meer doelmatigheid en verantwoordelijkheid van de administratie ten opzichte van de burgers binnen een democratisch systeem”.<sup>28</sup>

81. Het algemene beginsel van openheid is kortom zonder onderscheid op *alle* instellingen van de Unie van toepassing. De Verdragen bevatten duidelijke bepalingen op grond waarvan het Hof zelf, net als elke andere instelling, aan dat beginsel is gebonden.

## 2. Vrijheid om kennis te nemen van informatie

82. Dat het Hof bij de uitoefening van zijn rechterlijke taken een redelijke mate van openheid moet betrachten, kan ook worden afgeleid uit de in het Handvest opgenomen bepalingen betreffende grondrechten. De relevante bepaling in dit verband is naar mijn mening niet artikel 42 (recht van inzage in documenten), maar artikel 11 (vrijheid van meningsuiting en van informatie).

83. Artikel 42 van het Handvest, dat staat in titel V („Burgerschap”), voorziet in een algemeen recht van inzage in documenten van de instellingen van de Unie. Wanneer deze bepaling op zichzelf wordt gelezen, zou zij dan ook aldus kunnen worden uitgelegd dat zij voor *alle instellingen* van de Unie, inclusief het Hof van Justitie, de verplichting meebrengt om toegang te verlenen tot hun documenten.

84. Volgens artikel 15, lid 3, vierde alinea, VWEU geldt die verplichting voor het Hof echter uitsluitend voor de uitoefening van zijn administratieve taken. In artikel 52, lid 2, van het Handvest is bepaald dat „[d]e door dit Handvest erkende rechten die voorkomen in bepalingen van de Verdragen, worden uitgeoefend onder de voorwaarden en binnen de grenzen die door deze Verdragen zijn gesteld”. Wat dit betreft, verschaft de toelichting bij het Handvest opheldering over de uitlegging van artikel 42. Volgens die toelichting wordt het recht op toegang tot documenten uitgeoefend onder de voorwaarden en binnen de grenzen waarin wordt voorzien door artikel 15, lid 3, VWEU.

85. Artikel 42 van het Handvest geldt ten aanzien van het Hof dus uitsluitend wanneer het zijn administratieve taken uitoefent. Bij de uitoefening van zijn rechterlijke taken is het Hof niet aan deze bepaling gebonden.

27 — Zie ook artikel 10, lid 3, VEU, dat staat in titel II („Bepalingen inzake de democratische beginselen”), en in ruimere zin ook artikel 298, lid 1, VWEU.

28 — Zie arrest van 9 november 2010, Volker und Markus Schecke en Eifert (C-92/09 en C-93/09, EU:C:2010:662, punt 68 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

86. Het feit dat het specifieke recht niet van toepassing is, sluit echter niet de toepasselijkheid uit van andere in het Handvest geformuleerde rechten met een algemener karakter. In het onderhavige geval wordt de vrijheid van informatie ook geregeld door artikel 11 van het Handvest, dat bepaalt dat het recht op vrijheid van meningsuiting de vrijheid omvat om kennis te *nemen* en te *geven* van informatie of ideeën. Dit recht is ruimer dan het recht op inzage van documenten. Het recht op inzage van documenten is met andere woorden een logisch onderdeel of een uitvloeisel van het recht om kennis te nemen van informatie. Eenieder heeft het recht kennis te nemen van informatie teneinde zijn vrijheid van meningsuiting te kunnen benutten.<sup>29</sup>

87. Artikel 11 van het Handvest correspondeert met artikel 10 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: „EVRM”). Laatstgenoemde bepaling wordt door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: „EHRM”) meer en meer aldus uitgelegd dat daarmee de vrijheid om kennis te nemen van informatie in ruime zin wordt gewaarborgd, wat in de buurt komt van de erkenning van een recht van toegang tot informatie.<sup>30</sup>

88. Wat specifiek de toegang tot gerechtelijke documenten betreft, heeft het EHRM in zijn uitspraak in de zaak *Társaság a Szabadságjogokért/Hongarije*<sup>31</sup> vastgesteld dat Hongarije artikel 10 EVRM had geschonden door te weigeren een niet-gouvernementele organisatie (ngo) inzage te verlenen in een bij het Hongaarse constitutionele hof aangehangige klacht betreffende de grondwettigheid van wijzigingen van het nationale wetboek van strafrecht. Het EHRM heeft zich op het standpunt gesteld dat dit een onnodige belemmering vormde van de vrijheid van informatievergaring.<sup>32</sup> Het is wellicht vermeldenswaard dat het EHRM tot deze conclusie is gekomen in verband met een *aanhangige*, nog lopende procedure bij het constitutionele hof, waarin vóór de uitspraak van dat hof om inzage van een processtuk (het oorspronkelijke verzoekschrift) was verzocht.

89. Volgens artikel 52, lid 3, van het Handvest zijn de inhoud en de reikwijdte van de in het Handvest opgenomen rechten dezelfde als die welke er door het EVRM aan worden toegekend. De Unierechtelijke standaard mag dus niet lager zijn dan de standaard die het EHRM heeft vastgesteld. Hoewel nog afgewacht moet worden hoe de afwegingen van het EHRM in toekomstige zaken over hetzelfde onderwerp<sup>33</sup> precies zullen gaan uitvallen, is nu al vrij duidelijk dat het uitgangspunt wat betreft rechterlijke openheid en toegang tot door een partij bij een gerecht ingediende memories meer openheid en een ruimere toegang is.

90. Samengevat is het Hof gebonden aan het beginsel van openheid, dat ook voor zijn rechterlijke werkzaamheden geldt. Het door artikel 11, lid 1, van het Handvest gewaarborgde recht om kennis te nemen van informatie, zoals via artikel 52, lid 3, van het Handvest en artikel 10 EVRM uitgelegd door het EHRM, wijst ook duidelijk in de richting van een grotere mate van openheid.

29 — Overigens zouden in specifieke omstandigheden ook andere rechten relevant kunnen zijn, zoals de in artikel 13 verankerde vrijheid van kunsten en wetenschappen. Dit artikel bepaalt dat „[d]e kunsten en het wetenschappelijk onderzoek [...] vrij zijn” en dat „[d]e academische vrijheid wordt geëerbiedigd”.

30 — Zie bijvoorbeeld EHRM 10 juli 2006, *Sdružení Jihočeské Matky/Tjechische Republiek* (CE:ECHR:2006:0710DEC001910103); EHRM 14 april 2009, *Társaság a Szabadságjogokért/Hongarije* (CE:ECHR:2009:0414JUD003737405, § 35); EHRM 3 april 2012, *Gillberg/Zweden* (CE:ECHR:2012:0403JUD004172306, § 82-83), en EHRM 17 februari 2015, *Guseva/Bulgarije* (CE:ECHR:2015:0217JUD000698707, § 53).

31 — Zie EHRM 14 april 2009, *Társaság a Szabadságjogokért/Hongarije* (CE:ECHR:2009:0414JUD003737405).

32 — Het heeft daarbij in nogal algemene bewoordingen overwogen dat „de onderhavige zaak in wezen betrekking heeft op een belemmering – via de door een informatiemonopolie mogelijk gemaakte censuur – van de uitoefening van de functie van een sociale waakhond, zoals de pers, en niet zozeer op de ontzegging van een algemeen recht op toegang tot officiële documenten” – EHRM 14 april 2009, *Társaság a Szabadságjogokért/Hongarije* (CE:ECHR:2009:0414JUD003737405, § 36).

33 — Zie bijvoorbeeld de bij het EHRM aangehangige zaak over toegang tot een dossier: EHRM, *Studio Monitor en Zuriashvili/Georgië*, verzoekschrift nr. 44920/09.



91. Toch is een benadering langs de lijnen van plichten en verplichtingen en een lijst bepalingen op grond waarvan het Hof van Justitie *verplicht* is iets te doen, niet de beste manier om het vraagstuk aan te pakken. Het zou beter zijn om de vraag anders te formuleren: wat zou een gerecht aan het begin van de eenentwintigste eeuw zelf *willen* doen om geen gesloten bolwerk te zijn?

92. In de volgende twee subonderdelen van dit deel zal ik deze vraag achtereenvolgens vanuit het perspectief van bepaalde waarden (3) en vanuit een vergelijkend perspectief (4) behandelen. Hoe geven gerechten invulling aan het beginsel van openheid en waarom?

### 3. De aan rechterlijke openheid ten grondslag liggende waarden

93. Het belang van openheid van de rechtspraak wordt reeds lang onderkend. Al in de late achttiende eeuw noemde Jeremy Bentham openbaarheid de „very soul of justice”.<sup>34</sup> „Without publicity, no good is permanent. Under the auspices of publicity, no evil can be done [...] The efficacy of this great instrument extends to everything – legislation, administration, judicature.”<sup>35</sup> De openbaarheid van zittingen en de publicatie van rechterlijke uitspraken kunnen dan ook worden gezien als een uitdrukking van openheid<sup>36</sup> en hangen nauw samen met het element van publieke controle op en over de rechterlijke macht.

94. Naarmate de rechtsprekende taak zich in de loop der tijd heeft ontwikkeld, is ook de noodzaak van openheid toegenomen. Vandaag de dag spelen rechters een sleutelrol in democratische samenlevingen. Bevoegdheid betekent verantwoordelijkheid. Dit geldt des te meer voor een supranationaal gerecht als het Hof van Justitie, dat immers duidelijk verder „verwijderd”<sup>37</sup> is en niet het traditionele soort gezag geniet dat nationale gerechten worden geacht te bezitten.

95. In constitutionele democratieën moet de mate van legitimiteit in overeenstemming zijn met de omvang van de bevoegdheden en verantwoordelijkheden, willen de genomen beslissingen maatschappelijk aanvaardbaar zijn. Er zijn natuurlijk verschillende bronnen van legitimiteit. Zo kan er bijvoorbeeld onderscheid worden gemaakt tussen institutionele en argumentatieve legitimiteit<sup>38</sup>, alsook tussen inputlegitimiteit en outputlegitimiteit<sup>39</sup>. Hoe het begrip eventueel ook nader wordt gekwalificeerd, de vraag blijft hetzelfde: hoe en op grond waarvan verwerft een instelling legitimiteit?

96. Op de vraag welke *middelen* er zijn om de legitimiteit van gerechten in een constitutionele democratie te vergroten, lijkt „openheid” het voor de hand liggende antwoord te zijn. Openheid versterkt de algehele legitimiteit van de rechterlijke macht. Enerzijds verhoogt openheid het democratisch gehalte van de rechtspraak, doordat gerechten zich iets responsiever opstellen naar de burger (a). Anderzijds leidt openheid tot een verbetering van de kwaliteit van de rechtspraak, doordat zij een prikkel vormt om het rechterlijke werk en de rechterlijke output te verbeteren (b).

34 — Bentham, J., „Draught of a Code for the Organization of the Judicial Establishment in France, in *Works IV (1790)*”, *The Works of Jeremy Bentham, 1838-1843*, Bowring, J., (red.), Russell & Russell, New York, 1962, blz. 316.

35 — Bentham, J., „Essay on Political Tactics, in *Works II (1791)*”, *The Works of Jeremy Bentham, 1838-1843*, Bowring, J., (red.), Russell & Russell, New York, 1962, blz. 314.

36 — Zie in het algemeen Dawson, J.P., *The Oracles of Law*, University of Michigan Law School, Ann Arbor, 1968, inz. blz. 50-64.

37 — Zie de conclusie van advocaat-generaal Poiares Maduro in de zaken Zweden/API en Commissie, API/Commissie en Commissie/API (C-514/07 P, C-528/07 P en C-532/07 P, EU:C:2009:592, punt 26, laatste zin).

38 — Zie De S.-O.l'E. Lasser, M., *Judicial Deliberations. A Comparative Analysis of Judicial Transparency and Legitimacy*, Oxford University Press, Oxford, 2009, blz. 299 e.v.

39 — Zie Scharpf, F., *Regieren in Europa. Effektiv und demokratisch?*, Campus Verlag, Frankfurt/New York, 1999, blz. 16-28.

a) Democratische geschillenbeslechting<sup>40</sup>

97. Wegens de specifieke en unieke rol van de onafhankelijke rechter kunnen rechten legitimiteit onder de bevolking niet via dezelfde traditionele middelen verwerven als de regering en het parlement.

98. Het is dan ook met name via openheid dat rechten in toenemende mate verantwoording afleggen aan de burger. Openheid maakt rechten democratischer: de burger wordt in staat gesteld het rechterlijke werk te volgen, zijn betrokkenheid daarbij wordt via het publieke debat gewaarborgd en, tot slot, hij zal de rechterlijke uitspraken beter begrijpen. In die zin vormt rechterlijke openheid uiteindelijk de basis voor inputlegitimiteit.

99. Ten eerste verzekert openheid een zekere mate van democratische controle op de rechtspraak. Ik wijs in dit verband op de beroemde uitspraak van Lord Chief Justice Hewart dat „justice should not only be done, but it should manifestly and undoubtedly be *seen* to be done”.<sup>41</sup> Het toegankelijk maken van de in een zaak ingediende memories is één manier om een dergelijke democratische controle mogelijk te maken. Memories zijn essentieel om een rechterlijke uitspraak, de inhoud ervan en de dialectiek die tot die uitspraak heeft geleid, te kunnen begrijpen. Gerechten maken een betrouwbaarder, geloofwaardiger en efficiëntere indruk wanneer zij op zijn minst een deel van de documenten vrijgeven waarop zij zich bij hun oordeelsvorming hebben gebaseerd. Het publiek kan dan zien dat een gerecht de verschillende door de partijen aangedragen argumenten zorgvuldig heeft onderzocht en gewogen. Ook is het voor het publiek dan gemakkelijker om te begrijpen hoe een rechterlijke beslissing tot stand is gekomen en waarom het ene argument overtuigender is geacht dan het andere.

100. Ten tweede stimuleert openheid van rechten het publieke debat. Door die openheid wordt de betrokkenheid van de burger bij de vorming van een publieke opinie in Europa door middel van discussie en de uitwisseling van gedachten bevorderd.<sup>42</sup> Het debat kan met name op gang worden gebracht door ngo's, verenigingen, journalisten, onderzoekers, sociale waakhonden of klokkenluiders, die bijdragen tot een grotere bekendheid van de burger met bepaalde aangelegenheden van publiek belang.<sup>43</sup> Het ligt dus voor de hand dat meer openheid het vertrouwen van het publiek in de rechterlijke macht vergroot.<sup>44</sup>

101. Ik wijs er met klem op dat de mogelijkheid om kritiek te uiten inherent is aan een zinvol debat. Eventuele kritiek kan niet worden geacht de rechtspraak als instituut te ondermijnen. Bovendien is angst voor kritiek zeker geen goede reden om informatie achter te houden. Kritiek behoort juist tot de wezenskenmerken van een democratische samenleving, waarin vrijheid van meningsuiting en een verscheidenheid aan meningen belangrijke waarden zijn.

40 — Zie Ewing, K.D., „A Theory of Democratic Adjudication: Towards a Representative, Accountable and Independent Judiciary”, *Alberta Law Review*, deel 38, 2000, blz. 708-733. In de context van het Hof van Justitie zie de Witte, B., „Democratic Adjudication in Europe – How Can the European Court of Justice be Responsive to the Citizens?”, in Dougan, M., Nic Shuibhne, N., Spaventa, E. (red.), *Empowerment and Disempowerment of the European Citizen*, Hart Publishing, Oxford en Portland, 2012, blz. 129-144.

41 — R v Sussex Justices, *Ex parte* McCarthy ([1924] 1 KB 256, [1923] All ER Rep 233). Cursivering van mij.

42 — Zie Habermas, J., *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1992, blz. 435 e.v.

43 — Het EHRM heeft in twee zaken beklemtoond dat het vrijgeven van informatie aan sociale waakhonden kan bijdragen aan het publieke debat: EHRM 25 juni 2013, Youth Initiative for Human Rights/Servië (CE:ECHR:2013:0625JUD004813506, § 24), en EHRM 28 november 2013, Österreichische Vereinigung zur Erhaltung, Stärkung und Schaffung eines wirtschaftlich gesunden land- und forstwirtschaftlichen Grundbesitzes/Oostenrijk (CE:ECHR:2013:1128JUD003953407, § 33).

44 — Zie de conclusie van advocaat-generaal Poiares Maduro in de zaken Zweden/API en Commissie, API/Commissie en Commissie/API (C-514/07 P, C-528/07 P en C-532/07 P, EU:C:2009:592, punt 33).

102. Ten derde heeft rechterlijke openheid heuristische waarde<sup>45</sup>, doordat de uitkomst van een zaak er begrijpelijker door wordt. Iedereen kan achterhalen, zo niet waarom, dan toch in elk geval *hoe* een gerecht tot een bepaalde beslissing is gekomen, wanneer in beginsel toegang wordt verleend tot de memories van de partijen, die immers aan de beslissing ten grondslag liggen. Die memories kunnen ook bepaalde onduidelijke uitspraken verhelderen en de systematische patronen in de redenering van een gerecht blootleggen. Rechterlijke beslissingen kunnen daardoor voorspelbaarder worden.

#### b) Kwaliteit van de rechtspraak

103. Openheid leidt ook tot een verbetering van zowel de output als de input van het rechterlijk werk, in die zin dat niet alleen de rechterlijke uitspraken, maar ook de memories van de partijen kwalitatief beter worden. Openheid kan de voorwaarden creëren voor een „race naar de top” op het gebied van juridisch werk, aangezien het toezicht en de mogelijke kritiek van het publiek een doeltreffende prikkel kunnen zijn voor de rechter, maar ook voor alle andere bij de procedure betrokken personen om de kwaliteit van hun professionele werk te verbeteren. Ook de belangen van toekomstige procespartijen kunnen gediend zijn met meer openheid, omdat daardoor bepaalde strategieën of redeneerpatronen aan het licht kunnen komen. Openheid zal dus naar verwachting zowel de kwaliteit van het werk van de verschillende betrokken rechtsbeoefenaars als de eerbiediging van het recht in het algemeen ten goede komen.

104. Samengevat: op normatief niveau zal openheid de institutionele legitimiteit van gerechten over het geheel genomen versterken. Er is geen reden om aan te nemen dat deze algemene vaststelling niet ook opgaat voor het Hof van Justitie. De vraag is nu hoe die openheid in de praktijk gestalte zou kunnen krijgen. Andere nationale en internationale systemen kunnen wat dit betreft wellicht als inspiratiebron dienen.

#### 4. Vergelijkend overzicht als inspiratiebron

105. De in de lidstaten van de Unie gehanteerde praktijken op het gebied van de toegang tot gerechtelijke documenten lopen zeer uiteen.<sup>46</sup> Slechts enkele lidstaten, zoals Zweden en Finland, hebben specifieke regels op dit gebied vastgesteld. In andere lidstaten gelden voor de toegang tot gerechtelijke documenten de algemene regels inzake toegang tot overheidsdocumenten. In weer andere lidstaten wordt de toegang van derden tot het gerechtelijk dossier geregeld door de desbetreffende bepalingen van straf-, civiel of administratief procesrecht.

106. Het merendeel van de lidstaten lijkt te hebben gekozen voor een systeem waarbij documenten op verzoek worden vrijgegeven. Daarbij lijkt dikwijls, zij het ook niet altijd, als voorwaarde te gelden dat een rechtmatig belang bij openbaarmaking wordt aangetoond. Afhankelijk van de aard van de zaak kunnen de opgevraagde documenten beschikbaar worden gesteld wanneer de zaak nog loopt dan wel pas nadat de zaak is beslecht. In bepaalde gevoelige zaken kunnen de documenten pas worden vrijgegeven nadat de passende vertrouwelijkheidstermijn is verstreken.

107. Buiten Europa lijkt in een aantal rechtssystemen, waaronder dat van de Verenigde Staten en van Canada, een vrij ruimhartig regime te gelden als het gaat om de toegang van derden tot gerechtelijke documenten, en dan met name memories.<sup>47</sup>

45 — Zie bijvoorbeeld Sharpston, E., „Transparency and Clear Legal Language in the European Union: Ambiguous Legislative Texts, Laconic Pronouncements and the Credibility of the Judicial System”, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* vol. 12, 2010, blz. 409-423.

46 — Zie voor een overzicht van enkele nationale systemen *National practices with regard to the accessibility of court documents*, European Parliament, Directorate-General for Internal Policies, Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs, 2013, of het *Report on Access to Judicial Information*, Open Society Justice Initiative, maart 2009.

47 — Zie in dit verband met name de *Model Policy for Access to Court Records in Canada*, in september 2005 opgesteld door het Judges Technology Advisory Committee of the Canadian Judicial Council, alsmede de *Policy for Access to Supreme Court of Canada Court Records* van 17 maart 2015 (online beschikbaar op <http://www.scc-csc.ca/case-dossier/rec-doc/pol-eng.aspx>).

108. Wanneer we onze blik richten naar internationale hoven, te beginnen met het EHRM, blijkt dat volgens artikel 40, lid 2, EVRM „ter griffie gedeponeerde stukken [...] toegankelijk [zijn] voor het publiek, tenzij de president van het Hof anders beslist”. Verder is in Rule 33, punt 1, van de Rules of Court van het EHRM bepaald dat „alle documenten die door de partijen of door derden in verband met een verzoekschrift ter griffie worden neergelegd [...] toegankelijk [zijn] voor het publiek overeenkomstig de door de griffier vastgestelde modaliteiten, tenzij de kamerpresident ambtshalve of op verzoek van een van de partijen of van een andere belanghebbende [...] anders beslist”. Op grond hiervan worden documenten die betrekking hebben op procedures die al zijn afgesloten, op verzoek beschikbaar gesteld, terwijl documenten in nog lopende zaken in het gebouw van het EHRM kunnen worden ingezien. Rule 33 bevat echter ook een uitputtende opsomming van redenen waarom de publieke toegang tot het dossier kan worden beperkt.<sup>48</sup>

109. Bij het Hof van de Europese Vrijhandelsassociatie (EVA) kunnen personen die belang hebben bij de zaak, het register, dat met name memories bevat, ter griffie raadplegen. Derden kunnen tegen betaling van een vergoeding kopieën of uittreksels ontvangen.<sup>49</sup> Daarnaast is het rapport ter terechtzitting, dat een uiteenzetting van de feiten en de toepasselijke bepalingen alsmede een samenvatting van de middelen en argumenten bevat, online beschikbaar zodra het is opgesteld, dus ook voor zaken die nog aanhangig zijn.

110. Bij het Internationaal Gerechtshof ingediende memories kunnen na raadpleging van de partijen voor het publiek toegankelijk worden gemaakt zodra de mondelinge behandeling is geopend.<sup>50</sup>

111. Het Internationaal Zeerechttribunaal maakt de memories van de partijen in een zaak voor het publiek toegankelijk zodra de mondelinge behandeling is geopend – of eerder, maar dan niet zonder de partijen te hebben geraadpleegd.<sup>51</sup>

112. Bij het Hof van Justitie van de Europese Unie zelf ten slotte, preciezer gezegd bij het Gerecht, was de toegang tot gerechtelijke documenten aanvankelijk geregeld in artikel 5, lid 8, van de instructies voor de griffier van het Gerecht. Volgens die bepaling konden derden, de partijen gehoord, toegang tot het dossier krijgen met uitdrukkelijke toestemming van de president of, wanneer de zaak nog aanhangig was, van de president van de met de zaak belaste rechtsprekende formatie. Inmiddels wordt de toegang tot het procesdossier geregeld door artikel 38, lid 2, van het nieuwe Reglement voor de procesvoering van het Gerecht<sup>52</sup>, dat de regel heeft overgenomen die voorheen bij het Gerecht voor ambtenarenzaken gold<sup>53</sup>. Volgens die bepaling heeft „[e]en derde, ongeacht of het een private of openbare persoon betreft, [...] geen toegang tot het procesdossier dan met uitdrukkelijke toestemming van de president van het Gerecht, de partijen gehoord. Deze toestemming wordt slechts op schriftelijk verzoek geheel of ten dele verleend; dit verzoek gaat vergezeld van een omstandige motivering van het gewettigd belang van de verzoeker bij toegang tot bedoeld dossier.”

113. Als er al lessen zijn te trekken uit dit gevarieerde (en per definitie selectieve) vergelijkende overzicht, welke zijn dat dan? Ik wil in dit verband ter afsluiting van dit deel vier opmerkingen maken.

114. Ten eerste is rechterlijke openheid alom aanwezig.<sup>54</sup> De praktijken op dit gebied op nationaal en internationaal niveau mogen dan zeer uiteenlopen, zij hebben in elk geval gemeen dat gerechten als instellingen er gedurende de afgelopen tien à twintig jaar opener en niet minder open zijn geworden.

48 — Rule 33, punt 2, van de Rules of Court van het EHRM.

49 — Artikel 14, lid 5, van het reglement voor de procesvoering van het EVA-Hof.

50 — Artikel 53 van de Rules of Court van het Internationaal Gerechtshof.

51 — Artikel 67 van de Rules van het Internationaal Zeerechttribunaal.

52 — PB 2015, L 105, blz. 1.

53 — Artikel 22, lid 2, eerste alinea, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht voor ambtenarenzaken (PB 2014, L 206, blz. 1).

54 — Een scepticus zou kunnen opmerken dat het aanvankelijk de liefde was (die alom aanwezig was). Daarna is er kennelijk iets veranderd (in elk geval wat de publieke beeldvorming over gerechten betreft).

115. Ten tweede kan als gemeenschappelijk kenmerk worden vastgesteld dat, daargelaten hoe de individuele of procedurele regelingen van het betrokken systeem er ook uitzien, het doorgaans de gerechten zelf zijn die over de eventuele openbaarmaking van memories van partijen beslissen. Er zijn niet veel systemen waarin er überhaupt geen toegang wordt verleend tot memories.

116. Ten derde kan een vergelijking niet alleen relevant zijn voor het vinden van normatieve oplossingen, maar ook om te zien wat de sociale impact en de gevolgen van bepaalde wetgeving of van een oplossing zijn. Vanuit dit oogpunt zijn er geen aanwijzingen dat in de systemen die voor meer openheid en een ruimere toegankelijkheid van gerechtelijke documenten hebben geopteerd, de dikwijls aangevoerde negatieve gevolgen, bijvoorbeeld dat de vrijgegeven informatie door derden wordt misbruikt of dat de gemachtigden van de partijen dan wel een lid van het gerecht op enigerlei wijze onder druk wordt gezet of wordt beïnvloed, zich concreet hebben gemanifesteerd. Het is natuurlijk mogelijk dat dergelijke incidenten simpelweg niet zijn gemeld. Uit de thans beschikbare vergelijkende informatie blijkt echter niet dat moet worden gevreesd voor de gevaren die vaak als argument tegen meer openheid van gerechten worden aangevoerd.

117. In de vierde en laatste plaats zijn uiteraard de in een bepaald systeem gemaakte normatieve keuzen en gekozen oplossingen niet zonder meer over te planten naar een ander systeem. Vergelijking blijft een inspiratiebron. Het feit dat anderen zaken op een bepaalde manier aanpakken, betekent nog niet dat men hetzelfde zou moeten doen. Maar nu de trend duidelijk in een bepaalde richting wijst, terwijl er bovendien sterke normatieve argumenten zijn aan te voeren voor de stelling dat een redelijke mate van openheid van gerechten een goede zaak is, zou men wel met een zeer overtuigende verklaring moeten komen om aannemelijk te maken dat het Hof van Justitie op dit punt anders is en moet zijn.

#### *D – Herziening van de toegang tot (externe) gerechtelijke documenten van het Hof*

118. Tegen deze achtergrond gebiedt de eerlijkheid te erkennen dat de huidige situatie bij het Hof op het punt van openheid met betrekking tot zijn rechterlijke activiteiten<sup>55</sup> niet optimaal is. Een geïnteresseerde derde heeft geen toegang tot het gerechtelijk dossier. Tot sommige memories die zijn ingediend in zaken die zijn afgesloten, kan eventueel toegang worden verkregen wanneer aan de voorwaarden van het arrest API is voldaan.

119. De bredere context en de ontwikkeling van de rechterlijke praktijk zijn in dit verband ook van belang. Hoewel zich enkele positieve ontwikkelingen hebben voorgedaan als het gaat om de toegang tot (oudere) gerechtelijke documenten van het Hof<sup>56</sup>, laat dit onverlet dat het over het geheel genomen eerder moeilijker dan gemakkelijker is geworden om toegang te krijgen tot nadere informatie over de lopende rechterlijke werkzaamheden van het Hof. Tot medio jaren negentig kon een geïnteresseerde derde meer informatie over een zaak en de door de partijen aangedragen argumenten verkrijgen via een rapport ter terechtzitting, dat samen met de beslissing van het Hof en de conclusie van een advocaat-generaal in de Jurisprudentie van het Hof van Justitie werd gepubliceerd. Sinds de stopzetting van de publicatie van de rapporten ter terechtzitting is dit niet langer mogelijk. Met de invoering van het nieuwe Reglement voor de procesvoering in 2012 is het rapport ter terechtzitting überhaupt afgeschaft. Daarbij komt dat zowel in de arresten van het Hof als in de conclusies van de advocaten-generaal steeds minder plaats wordt ingeruimd voor de uiteenzetting van de door de partijen of door interveniënten aangevoerde argumenten. Dit houdt uiteraard en begrijpelijkerwijs verband met vertaalkosten.

55 — Ik ga in dit deel niet in op de toegang tot documenten van het Hof die verband houden met zijn administratieve activiteiten, zoals geregeld door het besluit van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 11 december 2012.

56 — Zie besluit van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 10 juni 2014 inzake de opslag van de historische archieven van het Hof van Justitie van de Europese Unie in de historische archieven van de Europese Unie (Europees Universitair Instituut) (PB 2015, C 406, blz. 2).

120. Het is kortom enigszins paradoxaal dat in een tijdperk van een alomtegenwoordige overvloed aan informatie op internet de geïnteresseerde buitenwacht in feite alleen maar steeds minder informatie ontvangt over de rechterlijke werkzaamheden van het Hof. In het licht van de hierboven geschetste ontwikkeling moet het verlenen van ruimere toegang tot bepaalde gerechtelijke documenten van het Hof eerder worden gezien als een herstel van het evenwicht wat betreft het verschaffen van inzicht in de gerechtelijke procedure bij het Hof: sommige informatiekanalen zijn om operationele redenen weggevallen, wat betekent dat andere kanalen, zoals een ruimere toegang tot bij het Hof ingediende memories, moeten worden geopend.

121. Alvorens in dit verband enkele suggesties te formuleren, wil ik drie opmerkingen maken.

122. Ten eerste zijn alle suggesties in dit deel gebaseerd op het beginsel van openheid in de zin van artikel 15, lid 1, VWEU. Ik beklemtoon nog eens dat de verplichting om toegang te verlenen tot documenten, ten aanzien van het Hof *niet* geldt voor de uitoefening van zijn rechterlijke taken. Het hiernavolgende is veeleer een uitdrukking van wat een rechterlijke instantie die zich responsief opstelt en geen gesloten bolwerk wil zijn, uit eigen beweging zou moeten willen doen.

123. De benadering van de Europese Centrale Bank (ECB) is in dit verband wellicht illustratief. De positie van de ECB is vergelijkbaar met die van het Hof: volgens artikel 15, lid 3, vierde alinea, VWEU geldt de verplichting om toegang tot documenten te verlenen voor haar uitsluitend voor de uitoefening van haar administratieve taken.<sup>57</sup> Dit heeft de ECB echter niet ervan weerhouden om enige tijd terug te voorzien in een ruimere toegang tot haar documenten, en wel op basis van het ruime begrip openheid van artikel 1, tweede alinea, VEU.<sup>58</sup>

124. Ten tweede, en zoals uit het voorgaande punt volgt, is ook verordening nr. 1049/2001 niet op het Hof van toepassing. Dit neemt echter niet weg dat de in deze verordening geformuleerde beginselen en de rechtspraak over deze verordening als inspiratiebron kunnen dienen bij het uitwerken van de passende wettelijke oplossing, zoals in feite ook het geval was bij het besluit van het Hof van 11 december 2012.

125. Ten derde moet er voor de toegang onderscheid worden gemaakt tussen twee categorieën *gerechtelijke documenten*<sup>59</sup> van het Hof, namelijk „interne gerechtelijke documenten” en „externe gerechtelijke documenten”.

126. *Interne* gerechtelijke documenten zijn gerechtelijke documenten die binnen en voor het Hof zijn opgesteld, zoals ontwerpconclusies en ontwerparrèsten, voorbereidende rapporten, onderzoeksnota's, nota's met het oog op een besluit over de procedure, of nota's voor de beraadslaging. Die documenten houden verband met de essentie van het proces van rechterlijke oordeelsvorming. Tenzij de aard van de rechtsprekende taak aanzienlijk zou wijzigen, kan daarvoor niet het beginsel van openheid gelden.<sup>60</sup>

57 — Hoewel er destijds geen verdragsbepaling was die haar verplichtte toegang te verlenen tot haar administratieve documenten, voorzag de ECB reeds in die toegang bij besluit ECB/1998/12 van 3 november 1998 inzake toegang van het publiek tot de documentatie en archieven van de Europese Centrale Bank (PB 1999, L 110, blz. 30).

58 — Besluit ECB/2004/3 van de Europese Centrale Bank van 4 maart 2004 inzake de toegang van het publiek tot documenten van de Europese Centrale Bank (PB 2004, L 80, blz. 42).

59 — In tegenstelling tot *administratieve* documenten van het Hof.

60 — Voor zover sommige van die documenten niet toegankelijk worden gemaakt in de historische archieven (zie voetnoot 56 van deze conclusie).

127. Bij *externe* gerechtelijke documenten van het Hof gaat het ofwel om documenten die het Hof zelf heeft opgesteld teneinde in het kader van zijn rechterlijke werkzaamheden met derden (partijen, interveniënten of nationale rechters) te communiceren, ofwel om documenten die in verband met gerechtelijke procedures door derden aan het Hof zijn overgelegd, zoals memories van partijen, maar ook de van nationale rechters afkomstige verzoeken om een prejudiciële beslissing. Die documenten kunnen in beginsel (tenzij een van de uitzonderingen geldt die in het individuele geval aan openbaarmaking in de weg staat) toegankelijk zijn teneinde openheid bij het Hof te bevorderen.

128. Het hiernavolgende heeft uitsluitend betrekking op *externe* gerechtelijke documenten van het Hof. Wat betreft de wijze waarop in de praktijk toegang tot die documenten zou moeten worden verleend, ben ik van mening dat het Hof desgevraagd die documenten zowel fysiek (1) als op afstand (2) toegankelijk zou moeten maken. Ideaal zou zijn als het bepaalde documenten ook uit eigen beweging openbaar zou maken (3).

#### 1. Fysieke toegang van derden tot individuele documenten van het dossier

129. Het zou voor derden die daarom verzoeken mogelijk moeten worden gemaakt om het gerechtelijk dossier, of liever gezegd de daarin opgenomen externe gerechtelijke documenten, in het gebouw van het Hof in te zien, zowel in reeds afgesloten zaken als in zaken die nog aanhangig zijn.<sup>61</sup>

130. Er zou voor die twee categorieën zaken wel een verschillend toegangsregime moeten gelden. De belangenafweging zal verschillend uitvallen. Het juiste evenwicht moet worden gevonden tussen twee met elkaar strijdende belangen, namelijk openheid aan de ene kant en bescherming van gerechtelijke procedures aan de andere kant. Zolang er in een zaak geen uitspraak is gedaan (of in elk geval tot de mondelinge behandeling of tot de afsluiting van de schriftelijke behandeling in zaken waarin geen mondelinge behandeling plaatsvindt), dient de juridische discussie plaats te vinden binnen het Hof en in de rechtszaal, en niet in de media. Bovendien moet het gevaar van beïnvloeding of bedreiging van partijen of hun vertegenwoordigers weliswaar niet worden overdreven, maar kan het ook weer niet helemaal worden uitgesloten.

131. Er is echter geen reden waarom bij voorbaat zou moeten worden aangenomen, zoals het Hof in het arrest API heeft gedaan, dat openbaarmaking van gerechtelijke documenten in aanhangige zaken automatisch in strijd is met het vereiste van bescherming van gerechtelijke procedures. Dit zal per geval moeten worden beoordeeld, ook gelet op de institutionele dimensie van het hier besproken voorstel: wanneer het Hof zelf over de eventuele openbaarmaking beslist, is er wellicht minder behoefte aan vermoedens die zijn geformuleerd om als richtsnoer te dienen bij de invulling van de administratieve beoordelingsruimte.

132. Het zou dus ook mogelijk moeten zijn om toegang te krijgen tot externe gerechtelijke documenten in *aanhangige* zaken, zij het in beperktere mate dan in zaken die reeds zijn beslecht. In aanhangige zaken zou een derde die aantoonde een rechtmatig belang bij inzage van een document te hebben, het recht moeten hebben om dat document op zijn verzoek in het gebouw van het Hof in te zien. Over de toegang zou moeten worden beslist door de president van de met de zaak belaste kamer, die het best in staat is de verschillende aanwezige belangen tegen elkaar af te wegen met inachtneming van de bijzonderheden van de zaak. De partijen in de lopende procedure zouden moeten worden geraadpleegd.

61 — Daarmee zou, zij het in gewijzigde vorm, worden aangesloten bij de regeling van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht en van het inmiddels opgeheven Gerecht voor ambtenarenzaken (zie punt 112 van deze conclusie).

133. In *afgesloten* zaken die geen verband houden met zaken die nog aanhangig zijn, zou er een soepeler toegangsregime moeten gelden. Een rechtmatig belang zou dan niet langer moeten worden verlangd. Wat de belangenafweging betreft, kan het algemene publieke belang bij openheid namelijk worden geacht het zwaarst te wegen, zodat de gevraagde toegang moet worden verleend, tenzij er een legitieme reden is om die toegang te weigeren, zoals de bescherming van persoonsgegevens, van minderjarigen of van zakengeheimen. Om dezelfde redenen, maar ook om een aantal praktische redenen, zou het voor afgesloten zaken niet langer nodig moeten zijn om de partijen te raadplegen.

## 2. Toegang op afstand van derden tot individuele documenten van het dossier

134. Om de individuele toegang tot de in een gerechtelijk dossier opgenomen externe gerechtelijke documenten te vergemakkelijken, zou het ook mogelijk moeten zijn een verzoek in te dienen om op afstand toegang te krijgen tot dergelijke documenten. Die toegangsvorm zal met name relevant zijn voor standaarddocumenten waarvan redelijkerwijs kan worden verwacht dat zij in een dossier aanwezig zijn, zoals door een partij of een interveniënt in een zaak ingediende memories.

135. Het is niet alleen in het belang van de geïnteresseerde derde, maar ook in dat van de instelling zelf om een bepaalde vorm van toegang op afstand mogelijk te maken. In het geval van de geïnteresseerde derde zijn het gelijkheids- en sociale overwegingen die daarvoor pleiten, want niet iedereen kan het zich veroorloven zelf naar Luxemburg te reizen om het dossier in het gebouw van het Hof in te zien. Zoals het Hof meermaals en in verschillende contexten te kennen heeft gegeven, is het niet voldoende dat louter het formele bestaan van een recht of rechtsmiddel wordt gewaarborgd, maar moet er ook voor worden gezorgd dat een bepaald recht daadwerkelijk kan worden uitgeoefend.<sup>62</sup>

136. Hoe dan ook zouden de voorwaarden voor toegang op afstand in grote lijnen dezelfde moeten zijn als die welke ik in de punten 130 tot en met 133 van deze conclusie voor fysieke toegang heb voorgesteld. De geïnteresseerde derde zal echter wel specifiek moeten aangeven welke documenten hij of zij precies wenst te ontvangen. Er zou ook kunnen worden overwogen om een redelijke limiet te stellen aan het aantal kopieën en om voor de verstrekte kopieën een passende vergoeding in rekening te brengen.

## 3. Online toegang tot een selectie van gerechtelijke documenten

137. Tot slot zou bij wijze van aanvulling op het individuele verzoek om toegang kunnen worden overwogen om een meer proactieve houding in te nemen ten aanzien van de openbaarmaking van bepaalde gerechtelijke documenten betreffende zaken die reeds zijn afgesloten (of althans een gedeelte van die zaken). In dergelijke zaken zouden de belangrijkste externe gerechtelijke documenten – zoals het verzoek om een prejudiciële beslissing, de memories van de partijen en, in voorkomend geval, de eindbeslissing van de nationale rechter – standaard op de website van het Hof kunnen worden gezet. Samen met de uitspraak van het Hof en, indien genomen, de conclusie van de advocaat-generaal zouden die documenten dan een online „e-dossier” van een zaak vormen.

138. Deze suggestie is in feite helemaal niet zo revolutionair als zij wellicht op het eerste gezicht lijkt, aangezien alle drie soorten documenten zich doorgaans al op de een of andere manier in de openbaarheid bevinden. De door nationale rechters gestelde prejudiciële vragen worden al in het *Publicatieblad van de Europese Unie* gepubliceerd. Daarnaast zijn in het merendeel van de lidstaten verzoeken om een prejudiciële beslissing normale rechterlijke beslissingen (beschikkingen) die doorgaans hoe dan ook toegankelijk zijn via de respectieve online databanken van nationale

62 — Zie voor een bredere analogie met zaken die betrekking hebben op effectieve rechterlijke bescherming arresten van 15 september 2016, *Star Stora* e.a. (C-439/14 en C-488/14, EU:C:2016:688, punt 44), en 22 december 2010, *DEB* (C-279/09, EU:C:2010:811, punt 28).



gerechten.<sup>63</sup> Hetzelfde geldt voor de uiteindelijke beslissing van de nationale rechter, die in de meeste rechtsorden ook online toegankelijk zal zijn. Memories van de Commissie in afgesloten zaken kunnen reeds worden verkregen op grond van de API-rechtspraak, en wanneer het Hof de door mij in het eerste deel van deze conclusie (A) voorgestane benadering volgt, zou de Commissie ook verplicht zijn de door andere partijen ingediende schriftelijke opmerkingen openbaar te maken.

139. Al die informatie bevindt zich dus al op de een of andere manier in de openbaarheid. Die informatie is alleen moeilijk lokaliseerbaar en toegankelijk, want verspreid over verschillende databanken in een groot aantal lidstaten en over de instellingen van de Unie. Een dergelijke proactieve houding zou zonder meer bevorderlijk zijn voor het discours over en het bewustzijn omtrent het Unierecht, waarbij het Hof uiteraard zelf gebaat is. Daarnaast zou een dergelijke houding zowel de instelling zelf als de betrokken derde tijd en geld besparen. Er zouden immers geen aparte verzoeken om toegang hoeven te worden ingediend en niemand zou die verzoeken hoeven te behandelen.

140. Ik wil dit deel besluiten met drie opmerkingen die gelden voor alle drie vormen van toegang. In de eerste plaats ben ik van mening dat openheid ten aanzien van externe gerechtelijke documenten betekent dat het dossier kan worden ingezien of dat de documenten op afstand toegankelijk zijn *in de versie* die het Hof van een partij heeft *ontvangen*, en dus ook in de taal waarin het document oorspronkelijk is ontvangen.

141. In de tweede plaats ben ik van mening dat, mocht het Hof zich in een of meer van de in dit deel gedane suggesties kunnen vinden, de geleidelijke implementatie ervan de betrokken partijen de mogelijkheid zou moeten bieden hun handelwijze aan te passen, mochten zij dat wensen. Met name zou vooraf aan de partijen duidelijk moeten worden gemaakt dat een derde wellicht om toegang tot het gerechtelijke dossier zal verzoeken. Wanneer dat inderdaad gebeurt, zou de opsteller van het document (de memories) aan het Hof moeten kunnen aangeven welk gedeelte daarvan ontoegankelijk moet blijven.

142. In de derde plaats zouden de in dit deel gedane suggesties uiteraard een aantal andere technische aanpassingen noodzakelijk maken. De technische en operationele aspecten zouden echter niet het zicht mogen ontnemen op de oorspronkelijke waarde, waarmee ten diepste tot uitdrukking wordt gebracht wat voor soort gerecht het Hof wenst te zijn. Een hervorming zonder verandering bestaat niet.

#### 4. Tot slot

143. Tot besluit en voor de volledigheid: hoe verhouden de in dit deel gedane suggesties zich tot het arrest API, zoals eventueel nader uitgewerkt door het arrest van het Hof in de onderhavige zaak?

144. Zoals ik hierboven (deel B) heb aangegeven, is de API-benadering in haar tot het uiterste doorgetrokken, maar logische en noodzakelijke consequenties niet ideaal, zoals de onderhavige zaak aantoont. Zolang het Hof echter niet zelf voorziet in toegang tot sommige van zijn gerechtelijke documenten, moeten die benadering en de daardoor geboden mogelijkheid overeind blijven. Zodra het Hof echter zou besluiten regels op te stellen voor de toegang tot zijn gerechtelijke documenten, zouden die regels als *lex specialis* voorrang moeten hebben op de in de rechtspraak ontwikkelde – en mogelijk door de onderhavige zaak verruimde – API-benadering.

63 — Sommige – met name hoogste – nationale rechterlijke instanties gaan zelfs nog verder en zetten in verband met door hen bij het Hof ingediende verzoeken om een prejudiciële beslissing zelf bepaalde documenten op hun website. Het gaat dan doorgaans om hun oorspronkelijke verzoek om een prejudiciële beslissing, het antwoord van het Hof en hun eigen eindbeslissing.

145. Zodra een dergelijk systeem is ingevoerd, zullen eventuele verzoeken om openbaarmaking van gerechtelijke documenten in eerste instantie tot het Hof moeten worden gericht. Dit betekent in de praktijk dat wanneer het Hof vóór een andere instelling van de Unie wordt benaderd, zijn beslissing om al dan niet toegang te verlenen, de Commissie en alle andere instellingen van de Unie bindt: zij mogen de opgevraagde documenten, zelfs wanneer deze in hun bezit zijn, niet vrijgeven wanneer het Hof inzage ervan heeft geweigerd. Wanneer de Commissie of een andere instelling waarop de verordening van toepassing is, als eerste wordt benaderd om documenten van een derde vrij te geven, zou naar mijn bescheiden mening dat verzoek moeten worden doorgestuurd naar het Hof. Een en ander zou echter in beginsel voor een instelling geen beletsel mogen vormen om zelf haar eigen documenten, dat wil zeggen haar eigen memories, openbaar te maken. De partijen zouden in lijn met eerdere rechtspraak<sup>64</sup> vrij moeten blijven om hun eigen memories openbaar te maken.

#### E – *Kosten*

146. Tijdens de terechtzitting heeft de Commissie het Hof verzocht om Breyer overeenkomstig artikel 138, lid 3, van het Reglement voor de procesvoering in zijn eigen kosten te verwijzen, ook als haar hogere voorziening zou worden afgewezen.

147. Breyer heeft geconcludeerd tot verwijzing van de Commissie in de kosten van de hogere voorziening. Hij heeft het Hof ook gevraagd in het algemeen duidelijk te maken of een partij de door haar verkregen documenten uitsluitend mag gebruiken ter verdediging van haar eigen belangen, dan wel of het haar ook vrijstaat die documenten online te publiceren en van commentaar te voorzien.

148. In het bestreden arrest heeft het Gerecht Breyer inhoudelijk in het gelijk gesteld. Toch heeft het hem verwezen in de helft van de kosten van de Commissie, en wel omdat hij, terwijl de gerechtelijke procedure nog liep, bepaalde documenten op zijn internetsite had gepubliceerd, te weten het verweerschrift, de repliek, de memorie in interventie van Zweden alsook een briefwisseling tussen de Commissie en hemzelf over de publicatie van die documenten. De publicatie van de documenten zou internetgebruikers de mogelijkheid hebben gegeven om reacties te plaatsen, wat tot enkele voor de Commissie kritische reacties zou hebben geleid.<sup>65</sup>

149. Ik moet benadrukken dat de kostenbeslissing van het Gerecht omtrent de kosten geen voorwerp van deze hogere voorziening is. De Commissie heeft de kostenkwestie niet formeel en als een afzonderlijk middel aangevoerd. Evenmin is de kostenbeslissing door Breyer aan de orde gesteld bij wege van een incidentele hogere voorziening.

150. In plaats daarvan heeft de Commissie het Hof in het kader van de hogere voorziening verzocht om op soortgelijke wijze als het Gerecht over de kosten te beslissen. Indirect wordt het Hof dan ook gevraagd om de benadering van het Gerecht goed te keuren, en wel door deze in feite in hogere voorziening te herhalen.

151. Het Hof zou dat naar mijn mening niet moeten doen. Ik geef het Hof integendeel in overweging om met betrekking tot de kosten van de hogere voorziening de normale regel van artikel 138, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering te volgen en de Commissie als de in het ongelijk gestelde partij te verwijzen in alle door Breyer gemaakte kosten, en wel om twee redenen.

152. Zelfs wanneer de door het Gerecht gekozen benadering met betrekking tot de kosten in een soortgelijke situatie juist zou worden geacht, is in de eerste plaats Breyer door het Gerecht reeds in de helft van zijn eigen kosten verwezen. Ik zie dan ook niet in waarom hij in hogere voorziening nogmaals zou moeten worden veroordeeld voor schijnbaar dezelfde misstap die hij zou hebben begaan.

64 — Zie beschikking van 3 april 2000, Duitsland/Parlement en Raad (C-376/98, EU:C:2000:181, punt 10).

65 — Punt 126 van het bestreden arrest, gelezen tegen de achtergrond van de punten 120 en 122.

153. In de tweede plaats moet ik bekennen ook algemene bedenkingen bij de door het Gerecht gekozen benadering te hebben. Het Gerecht heeft zich bij zijn beslissing omtrent de kosten in de onderhavige zaak gebaseerd op zijn eerdere arrest Svenska<sup>66</sup>. De onderhavige zaak verschilt naar mijn mening nogal van de zaak die tot dat arrest heeft geleid, zowel in feitelijk als in procedureel opzicht.

154. Wat de feiten betreft, heeft het Gerecht in het arrest Svenska opgemerkt dat de verzoeker bewerkte – dat wil zeggen gewijzigde – versies van de relevante gerechtelijke documenten online had gezet, met vermelding van de telefoon- en faxnummers van de gemachtigden van de Raad, en dat hij daarbij uitdrukkelijk het publiek had opgeroepen om commentaar te leveren en daarmee druk uit te oefenen op de Raad, teneinde ervoor te zorgen dat die gemachtigden publiekelijk zouden worden bekritiseerd.<sup>67</sup> De verzoeker heeft om die reden maar twee derde van zijn kosten door de Raad vergoed gekregen, ook al was hij volledig in het gelijk gesteld. In het onderhavige geval blijkt Breyer slechts de integrale versie van de door hem ontvangen documenten online te hebben gezet, zonder daarin wijzigingen te hebben aangebracht en pas na alle persoonsgegevens te hebben geanonimiseerd. En wegens die handelwijze, die toch als een veel minder ernstige verstoring kan worden gezien, heeft hij maar de helft van zijn kosten vergoed gekregen.

155. Er is ook een procedureel verschil. In het arrest Svenska heeft het Gerecht de publicatie van gerechtelijke documenten op internet aangemerkt als procesincident en partijen verzocht opmerkingen te maken over dat incident. Het incident is voorwerp van discussie geweest en de gevolgen van de publicatie voor de procedure zijn onderzocht.<sup>68</sup> In de onderhavige zaak is niet volstrekt duidelijk hoe de (feitelijk nogal verschillende) openbaarmaking concreet inbreuk zou hebben gemaakt op het recht van de Commissie om zich te verdedigen, zodat er sprake zou zijn van oneigenlijk gebruik van de betrokken memories.<sup>69</sup>

156. Om al deze redenen zou het Hof naar mijn oordeel de algemene regel voor de verdeling van de kosten van hogere voorzieningen moeten toepassen: de in het ongelijk gestelde partij moet in de kosten worden verwezen. Een (mogelijk) verstrekkende uitspraak van het Hof over de vraag of en hoe een procespartij de memories van een andere partij of van een interveniënt op internet mag zetten, zou pas kunnen worden gedaan in een andere zaak waarin deze kwestie uitvoerig en naar behoren zou zijn onderzocht en voorwerp van discussie zou zijn geweest.

## VI – Conclusie

157. Gelet op bovenstaande overwegingen geef ik het Hof in overweging:

- „– de hogere voorziening af te wijzen;
- de Commissie te verwijzen in haar eigen kosten en in die van Breyer;
- te beslissen dat het Koninkrijk Spanje, de Franse Republiek, de Republiek Finland en het Koninkrijk Zweden hun eigen kosten zullen dragen.”

66 — Arrest van 17 juni 1998, Svenska Journalistförbundet/Raad (T-174/95, EU:T:1998:127).

67 — Arrest van 17 juni 1998, Svenska Journalistförbundet/Raad (T-174/95, EU:T:1998:127, punt 138).

68 — Arrest van 17 juni 1998, Svenska Journalistförbundet/Raad (T-174/95, EU:T:1998:127, punten 22-24).

69 — Bestreden arrest (punten 123 en 124). Ik wijs erop dat de Commissie blijkbaar pas tijdens de terechtzitting heeft geconcludeerd tot verwijzing van Breyer in zijn eigen kosten (punt 25 van het bestreden arrest).