

HOF VAN JUSTITIE

48 Zaak C-506/08 P, Zweden/Commissie

Arrest van 21 juli 2011 (Eerste kamer), n.n.g.;
conclusie A-G J. Kokott van 3 maart 2011

Toegang tot documenten – Eurowob – Verordening (EG) nr. 1049/2001 – openbaring besluitvormingsproces – transparantie – space to think

Inleiding

Op 21 juli 2011 sprak het Hof van de Europese Unie in het arrest C-506/08 P, *Zweden/Commissie*, zijn meest recente oordeel uit over het recht van toegang tot documenten van de Europese instellingen. Bijzonder was dat dit de eerste keer was sinds de inwerkingtreding van Verordening (EG) nr. 1049/2001¹ (de Eurowob), dat het Hof zich uitliet over de zogenaamde 'space to think' die instellingen van de Unie zouden genieten. Voordien had slechts het Gerecht dit recht aan de orde gehad.² Uit de uitspraak van het Hof blijkt dat het Hof de uitzondering 'space to think' veel beperkter opvat dan het Gerecht.

Juridisch kader

Artikel 15 lid 13 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) (oud artikel 255 EG-Verdrag) bevat het recht van toegang van het publiek tot de documenten van de Europese instellingen, organen en instanties. Vervolgens de meeste juridische procedures over het recht van toegang worden aanhangig gemaakt tegen de Commissie.

Verordening (EG) nr. 1049/2001, de Eurowob, bevat de voorwaarden, beginselen en beperkingen van dit recht van toegang. De beperkingen worden opgesomd in artikel 4 Eurowob. De beperkingen die in *Zweden/Commissie* aan de orde zijn staan in artikel 4 lid 2 en 3. In essentie houden de uitzonderingen in lid 2 en 3 in dat de betrokken instelling een afweging moet maken tussen het publieke belang om kennis te nemen van documenten, en de redenen die een weigering van toegang zouden rechtvaardigen.³

Artikel 4 lid 2 en 3 bepaalt:

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

- (...)
 - gerechtelijke procedures en juridisch advies,
 - het doel van inspecties, onderzoeken en audits,
- tenzij een hoger openbaar belang openbaarmaking gebiedt.

3. De toegang tot een document dat door een instelling is opgesteld voor intern gebruik of door een instelling is ontvangen, en dat betrekking heeft op een aangelegenheid waarover de instelling nog geen besluit heeft genomen, wordt geweigerd, indien de openbaarmaking ervan het besluitvormingsproces van de instelling ernstig zou ondermijnen, tenzij een hoger openbaar belang openbaarmaking gebiedt.

De toegang tot een document met standpunten voor intern gebruik in het kader van beraadslagingen en voorafgaand overleg binnen de betrokken instelling wordt ook geweigerd nadat het besluit genomen is, indien de openbaarmaking van het document het besluitvormingsproces van de instelling ernstig zou ondermijnen, tenzij een hoger openbaar belang openbaarmaking gebiedt.'

Feiten

De feiten gaan terug op een concentratiebeschikking van de Europese Commissie uit 1999, waarin de voorgenomen fusie tussen de bedrijven Airtours en haar concurrent First Choice onverenigbaar wordt verklaard met de gemeenschappelijke markt.⁴ Deze beschikking is door het Gerecht van het Hof van Justitie van de EU (destijds nog het Gerecht van eerste aanleg) nietig verklaard bij arrest van 6 juni 2002.⁵ Als gevolg hiervan stelde de Commissie een werkgroep in om de gevolgen van het arrest voor de procedures in concentratiecontrole zaken te bespreken, en om te besluiten of ze in beroep zou gaan tegen het arrest bij het Hof.⁶ Ten behoeve van de werkgroep en het op te stellen rapport hebben Commissieambtenaren advies ingewonnen bij onder meer de juridische dienst van de Commissie en de eurocommissaris belast met mededingingsvraagstukken (Mario Monti). Op 25 juli 2002, nog

vóór de termijn om hoger beroep in te stellen afliep, bracht de werkgroep een rapport uit aan de eurocommissaris. Het hoger beroep is nooit ingesteld.

Bijna drie jaar later, in mei 2005, verzocht Airtours – thans MyTravel – om openbaarmaking van het rapport, de documenten ter voorbereiding daarvan en de andere interne documenten die in het rapport werden aangehaald of waarop het rapport was gebaseerd. MyTravel wenste toegang tot deze documenten in het kader van een vordering tot schadevergoeding tegen de Commissie.⁷ De Commissie heeft echter in twee besluiten de toegang grotendeels geweigerd, haar weigering baserend op artikel 4 lid 2 en 3 Eurowob. De eerste weigering betrof de bekendmaking van het rapport en de werkdocumenten, en de tweede betrof andere interne documenten.⁸

MyTravel stelde beroep in tegen de Commissiebesluiten, hetgeen op 9 september 2008 resulteerde in een arrest van het Gerecht in zaak T-403/05.⁹ Het Gerecht verklaarde een van de besluiten van de Commissie deels nietig – voor zover het de notulen van een gesprek betrof – maar verwierp het beroep voor het overige.¹⁰ Volgens het Gerecht kon de Commissie terecht toegang tot de informatie weigeren voor zover het vrijgeven ervan de bescherming van juridisch advies en de besluitvormingsprocessen van de instelling zou kunnen ondermijnen.¹¹ Benadrukt werd dat ambtelijke opstellers van dergelijke documenten wellicht aan zelfcensuur zouden gaan doen als ze wisten dat hun stukken op een dag openbaar zouden kunnen worden gemaakt.¹²

In hoger beroep is het niet MyTravel, maar het Koninkrijk Zweden dat vernietiging vordert van het arrest van het Gerecht. Het is niet de eerste keer dat Zweden het opneemt tegen de Europese instellingen op het gebied van toegang tot documenten: zowel als eiser als ondersteuner komt Zweden regelmatig terug als partij in zaken op dit gebied.¹³ Daarnaast hebben opvallend veel lidstaten zich als partij in deze zaak gemeld. Aan de zijde van Zweden hebben zich Denemarken, Nederland en Finland geschaard (en uiteraard MyTravel), hoewel deze geen advocaat heeft gesteld), en aan de zijde van

de Commissie treft men Duitsland, Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk.

Conclusie advocaat-generaal Kokott

De conclusie van advocaat-generaal (A-G) Kokott in zaak C-506/08 P werd op 3 maart 2011 gepubliceerd. Achteraf gezien was de strekking ervan een waarschuwing voor wat het Hof zou doen, want de advocaat-generaal kon zich niet vinden in de uitspraak van het Gerecht.

Ten aanzien van de betrouwbaarheid van de adviezen van de juridische dienst, haalt de A-G de uitspraak van het Hof in *Zweden en Turco* over wetgevingskwesaties aan.¹⁴ Het Hof stelde in deze zaak dat openbaring van deze documenten juist meer legitimiteit zou geven aan de instellingen van de Unie. De A-G overweegt dat deze stelling niet alleen voor wetgevingskwesaties geldt, maar ook voor administratieve aangelegenheden.¹⁵

Daarbij maakt de A-G een onderscheid tussen administratieve documenten in procedures die nog lopen, en in procedures die zijn beëindigd.¹⁶ Indien documenten tijdens de besluitvorming niet openbaar kunnen worden gemaakt,¹⁷ dan kan transparantie slechts achteraf worden verschaft door de documenten openbaar te maken.¹⁸

Om een beroep te kunnen doen op de weigeringsgrond 'ernstige ondermijning van besluitvormingsprocessen' van artikel 4 lid 3 van de Eurowob moet volgens de A-G bovendien sprake zijn van concrete aanwijzingen, dat openheid 'atypische gevaren meebrengt'.¹⁹ Een voorbeeld van zo'n gevaar zou volgens de A-G zijn dat 'medewerkers van de betrokken instelling moeten vrezen voor concrete nadelen wanneer hun standpunten bekend zouden worden'.²⁰

De A-G concludeert tot vernietiging van punt 2 van het dictum van het arrest van het Gerecht (waarin het beroep van MyTravel grotendeels werd verworpen), en tot nietigverklaring van de twee Commissiebesluiten van 2005 betreffende het verzoek van MyTravel. Het Hof gaat hier deels in mee.

Arrest

In *Zweden/Commissie* voerde Zweden verschillende argumenten aan om het Hof te overtuigen van de onjuiste interpretatie van de Eurowob die de Commissie en het Gerecht zouden hebben gehanteerd. De argu-

menten zijn samen te vatten onder drie noemers:

- De Commissie zou zonder enige concrete en individuele beoordeling van de betrokken documenten hebben vastgesteld dat openbaarmaking van de betrokken documenten het besluitvormingsproces ernstig zou ondermijnen;²¹
- Het Gerecht heeft de Eurowob, meer specifiek de uitzonderingsgrond voor gerechtelijke procedures en juridisch advies, geschonden door te bepalen dat de Commissie zich hierop mocht beroepen, zonder de inhoud van de nota's zelf te hebben onderzocht;²²
- Het Gerecht heeft onjuist beoordeeld of hier sprake zou zijn van een hoger openbaar belang dat de openbaring van de documenten zou hebben gerechtvaardigd.²³

Het Hof wijst de eerste twee middelen toe en bepaalt dat het derde middel daarom geen onderzoek behoeft.²⁴ Toch gaat het Hof niet volledig mee in de eisen van Zweden: het verklaart het eerste besluit van de Commissie slechts nietig voor zover het is gebaseerd op artikel 4 lid 3 tweede alinea. De Commissie had dit besluit echter gebaseerd op meerdere gronden die in eerste instantie niet allemaal door het Gerecht zijn onderzocht. Gevolg hiervan is dat het Hof een deel van die gronden intact laat.²⁵ Bijgevolg verwijst het Hof de zaak terug naar het Gerecht voor behandeling van deze gronden die niet in eerste aanleg zijn onderzocht.

Verwijzend naar eerdere arresten over de Eurowob benadrukt het Hof dat een deel van de documenten waar de verzoeken van MyTravel op zien zijn opgesteld in het kader van de administratieve activiteiten van de Commissie. Het beoordelen of een hoger beroep kansrijk is, is een administratieve taak.²⁶ Hoewel administratieve werkzaamheden niet een even ruime toegang tot documenten vereisen zoals wetgevende werkzaamheden dat kunnen, betekent dit niet dat er helemaal geen toegang tot administratieve documenten is. De Eurowob geldt ook voor administratieve werkzaamheden, aangezien zij van toepassing is op alle bij een EU-instelling berustende documenten.²⁷

Ten aanzien van het beroep van de Commissie op de uitzondering voor documenten waarvan de openbaarmaking het besluitvormingsproces van de instellingen zou kunnen aantasten, bepaalt het Hof dat het Gerecht meer onderbouwing van de Commissie had

moeten eisen. Dit geldt met name omdat de procedure waarover de documenten gaan, sinds lange tijd is gesloten.²⁸

Ten aanzien van de stelling van de Commissie dat openbaring van de documenten de betrokken ambtenaren in verlegenheid zou kunnen brengen – en dat door tegenstrijdige meningen het vertrouwen van het publiek in de instanties zou afnemen – bepaalt het Hof dat bij toegang tot dergelijke documenten juist sprake is van het tegenovergestelde: openbaarheid, waardoor blijkt hoe argumenten intern worden weerlegd, zou juist goed zijn voor het publieke vertrouwen in de Europese instellingen.²⁹ Het Hof, net zoals de A-G, sluit zich dus aan bij de overwegingen uit het arrest *Zweden en Turco*.³⁰

Bespreking

Effectiviteit rechtspraak

Door deze uitspraak is MyTravel in feite weer terug bij af: de zaak is terugverwezen naar het Gerecht, en na zes jaar procederen is het eind nog niet in zicht.³¹ Dat roept vragen op van effectiviteit: is dit hoe verzoeken om toegang tot documenten het beste worden behandeld? Voor eenieder die ooit eens heeft gedacht aan het opvragen van informatie over een zaak – met name een zaak die al lang en breed is afgelopen en waar niets meer aan kan gebeuren – is dit arrest enigszins afschrikwekkend. In de tijd dat deze procedure heeft gelopen, en met het geld dat ermee is gemoeid, had MyTravel wellicht beter opnieuw een poging kunnen wagen om alsnog met First Choice te fuseren.

Interessant is om te zien dat het Hof vrijwel alle argumenten om de redenering van het Gerecht opzij te zetten, baseert op de eerdere uitspraak in *Zweden en Turco*. Wellicht probeerde het Gerecht alsnog een mogelijkheid te vinden waarin het de uitzondering toch kon toepassen: het arrest *Zweden en Turco* werd door één auteur omschreven als 'spectacularly progressive',³² en door een andere als 'unconvincing'.³³ Hieruit blijkt dat men in de literatuur mogelijkheden zag voor verdere ontwikkelingen. Vermoedelijk dacht het Gerecht ook de mogelijkheid te zien om de instanties meer te beschermen dan het Hof tot dan toe had gedaan.

In tegenstelling tot de zaak *Zweden en Turco*, waar zowel Turco zelf (destijds een Europarlementariër) als Zweden in beroep gingen tegen de uitspraak van het Gerecht, heeft in de MyTravel-zaak alleen Zweden hoger be-

roep ingesteld. De voornaamste reden voor MyTravel om het rapport van de werkgroep, de onderliggende documenten en het advies van de juridische dienst op te vragen was om dit te gebruiken in haar vordering tot schadevergoeding tegen de Commissie voor de onterechte afwijzing van de Airtours/First Choice fusie. Nu zij hierin niet was geslaagd³⁴ had MyTravel geen belang meer bij het verkrijgen van toegang tot de informatie. Uit het hoger beroep blijkt echter dat het Gerecht, en daardoor in eerste instantie ook de Commissie, de excepties van artikel 4 Eurowob te ruim uitleggen. In het geval van de Commissie heeft ze wel zes jaar lang ten onrechte toegang geweigerd tot de documenten. Door de maatstaf onjuist toe te passen heeft ze mogelijk ook andere beslissingen genomen die misschien niet in twijfel zijn getrokken door de adressanten, maar wel onjuist waren.

Conclusie is dat het te lang duurt voordat er zekerheid is omtrent verzoeken voor toegang tot documenten van de instellingen. Voor MyTravel is het oordeel van het Hof drie jaar te laat gekomen: haar vordering tot schadevergoeding is afgewezen omdat ze niet hard kon maken dat de Commissie haar bevoegdheden ernstig had overschreden,³⁵ en de termijn om hoger beroep in te stellen is allang verlopen. De vraag die dan nog rest is: was dit ook gebeurd als de uitzonderingen van de Eurowob op een correcte wijze waren toegepast?

Twijfel aan rechtmatigheid door burgers

Het Hof maakt korte metten met het argument van de Commissie dat openbaring van een advies van de juridische dienst aanleiding zou kunnen geven tot twijfel aan de rechtmatigheid van de uiteindelijke beslissing (met name als deze afwijkt van de ontwerpbeslissingen en de adviezen van de juridische dienst). Transparantie maakt een open discussie mogelijk, verleent de instellingen een grotere legitimiteit, en vergroot het vertrouwen van de burgers in de (instellingen van de) Unie.³⁶

En daarmee slaat het Hof – aangemoedigd door Zweden en de A-G – de spijker op de kop. Algemene aanname is dat men erop dient te kunnen vertrouwen dat de adviezen van de juridische dienst voldoende onderbouwd en juridisch correct zijn, waardoor alleen de sterkste argumenten het besluit halen. In dat geval zouden tegenargumenten en debatten tussen de juridische dienst en D-G Mededinging de kwaliteit van de beslis-

sing ten goede (moeten) komen. Als dit niet het uitgangspunt zou zijn dan zou immers elk Commissiebesluit twijfelachtig zijn qua juridische onderbouwing. Dit is een argument waar de Commissie niet omheen kan. Ze kon moeilijk de kundigheid van haar eigen juridische dienst in twijfel trekken.

Had ze dit wel gedaan – in welk geval de juridische dienst dit zelfter zitting zou moeten hebben betogen – dan zou dit mijns inziens betekenen dat er iets ernstigs schort aan het besluitvormingsproces binnen de Commissie. Als sterke argumenten niet en zwakkere argumenten wel een besluit halen, zouden de opstellers van dat besluit juist in verlegenheid moeten worden gebracht door toegang tot die documenten te verlenen.

Conclusie is dat geen sprake is van het door de A-G aangehaalde criterium ‘atypisch gevaar’ als de Commissie toegang had verleend tot de documenten. Door zich te verschuilen achter het ‘in verlegenheid brengen’ van opstellers van besluiten en een fictieve ‘space to think’ te creëren trekt de Commissie alleen maar de overtuigingskracht van haar eigen besluitvorming in twijfel.

Doel van de Eurowob is de openbaarheid en transparantie van de instellingen te vergroten.³⁷ De vraag is echter of dit doel in de praktijk wordt behaald. Hoe openbaar is openbaar? Is het Hof niet te naïef als het denkt dat het met toegang tot instantiedocumenten het vertrouwen van de burgers in het werk van de instellingen gaat verbeteren?³⁸ Volgens rapporten van de Commissie over de Eurowob is het met name ‘the academic world’ die verzoeken indient voor documenten, ongeveer 30% van alle aanvragen voor toegang komt van deze groep.³⁹

Gezien het type zaak waar het hier om gaat, een concentratiezaak, is het uiterst twijfelachtig of het brede publiek ooit kennis zal krijgen van Commissiedocumenten. Verzoeken om documenten zijn enigszins een academische vraag geworden, omdat tegen de tijd dat de uitzonderingen (op correcte wijze) worden toegepast en men eventueel toegang heeft tot een document, de procedure waarvoor het document nodig was allang zou kunnen zijn geëindigd.

Los daarvan is het onwaarschijnlijk dat MyTravel zou willen dat informatie over de afgewezen fusie aan het publiek bekend wordt gemaakt. Bovendien kan zij helemaal niets meer met die informatie: haar verzoek om schadevergoeding is afgewezen, de termijnen zijn verstreken, en bijgevolg is de kans dat de informatie in de toekomst breed be-

kend wordt gemaakt via een juridische procedure gering.

A zeggen, B doen, leert het Gerecht wel van het Hof?

Dat het Gerecht een harde tik op de vingers krijgt van het Hof is niet verwonderlijk. De indruk bestaat dat het Gerecht in het algemeen sneller een uitzondering op het recht op toegang toestaat dan het Hof, met name in zaken waar het gaat om documenten over juridisch advies.⁴⁰

Het is merkwaardig dat na het arrest in de zaak T-84/03 (*Turco*), waarin het Gerecht de exceptie van juridisch advies toestond maar daarmee volgens het Hof de fout was ingegaan, het Gerecht hier wederom hetzelfde juridische vraagstuk onjuist beoordeelt. Ook in de gevoegde arresten C-39/05 en C-52/05 (*Zweden en Turco*)⁴¹ bepaalde het Hof dat het Gerecht ten onrechte had geoordeeld dat er met betrekking tot adviezen van de juridische dienst van de Raad inzake wetgevingskwesties een algemene behoefte aan vertrouwelijkheid bestond.⁴² En in MyTravel had het Gerecht wederom geprobeerd om een exceptie wegens algemene behoefte aan vertrouwelijkheid toe te staan, maar deze keer voor documenten die worden geproduceerd in de administratieve procedure.⁴³ Het Hof veegt de te algemene en abstracte overwegingen van het Gerecht hierover van tafel.⁴⁴

Het Hof bepaalt in r.o. 89 dat de afwijzing van het verzoek van MyTravel om toegang te hebben tot het Commissierapport, op geen enkele manier is gestaafd met informatie over de concrete inhoud van dat rapport ‘op basis waarvan kan worden achterhaald waarom de openbaring ervan het besluitvormingsproces van de Commissie ernstig zou hebben ondermijnd, ook al was de procedure waarop dat document betrekking heeft, reeds afgesloten’.⁴⁵ Bijgevolg mocht de Commissie in die omstandigheden niet de toegang tot het gehele rapport weigeren.⁴⁶ Het Hof volgt hier het onderscheid van de A-G inzake afgesloten en niet-afgesloten procedures: nu de procedure in kwestie allang was afgesloten, lag de drempel om toegang te verlenen tot het rapport en de andere documenten lager.

Het Gerecht had besloten dat, nu toegang tot het rapport zou mogen worden geweigerd, daardoor automatisch ook toegang geweigerd mocht worden tot de documenten die als basis van het rapport diende. Het Hof gaat hier in r.o. 100 gelukkig niet in mee.

Gezien de nadruk die alle partijen leggen op individueel onderzoek was de stap van het Gerecht ook niet logisch: zo stelt het Gerecht zelf dat:

‘Volgens vaste rechtspraak vereist de behandeling van een verzoek om toegang tot documenten een concreet onderzoek. (...) Dit concrete onderzoek moet bovendien worden verricht voor elk document waarop het verzoek betrekking heeft.’⁴⁷

Dat het Gerecht hier in eerdere overwegingen volledig aan voorbijgaat is in strijd met zijn eigen (latere) constatering.⁴⁸ Zo kunnen werkdocumenten die als basis voor een rapport hebben gediend, ook andere informatie bevatten waardoor de Commissie zich kan verzetten tegen openbaarmaking. Daarnaast zouden werkdocumenten ook als basis kunnen dienen voor andere (lopende) besluiten. Anderzijds had een concrete toetsing van de documenten tot de conclusie kunnen leiden dat delen daarvan wel toegankelijk konden worden gemaakt. Het Gerecht ging hier echter volledig aan voorbij, en besloot op basis van niet-gemotiveerde veronderstellingen dat de werkdocumenten ‘bijgevolg’ gebruik konden maken van de uitzondering omdat het rapport waarvoor ze zijn gebruikt dat ook kon, zonder veel ruimte te laten voor andere interpretaties.

Jammer is echter dat het Hof niet verder ingaat op deze constatering van het Gerecht. De achterliggende gedachte van het Gerecht lijkt te zijn geweest dat de basisdocumenten ‘ondergeschikt’ zijn aan het rapport, waardoor ze als het ware meeliften op de status van het rapport. Het Hof verklaart simpelweg dat het enkele feit dat die werkdocumenten als basis voor het opstellen van het rapport hadden gediend, niet voldoende was om toegang te weigeren. Het was interessant geweest om van het Hof te horen hoe het Gerecht de twee verschillende zaken – het rapport enerzijds, de basisdocumenten anderzijds – had moeten beoordelen. Ook rijst hier de vraag of het überhaupt mogelijk zou zijn voor bepaalde documenten om gebruik te maken van de status van een groter document, bijvoorbeeld als een groot deel van de inhoud van het basisdocument is opgenomen in het grotere document. Het Hof heeft hier helaas geen richtlijnen voor gegeven. Denkbaar is echter dat elk basisdocument apart moet worden beoordeeld, omdat de aard van basisdocumenten van geval tot geval verschilt. Simpelweg een dergelijk document te laten meeliften op de status van een

groter document is mijns inziens te kort door de bocht.

Conclusie

Het Hof heeft in deze zaak de uitzondering voor juridisch advies en de inroepbaarheid van deze uitzondering voor administratieve procedures die al zijn afgelopen verduidelijkt. Hiermee laat het minder ruimte over aan de instellingen voor de zogenaamde ‘space to think’ dan waar men bij de Commissie eerst van uitging. Wellicht zou deze exceptie wel nog gebruikt kunnen worden in administratieve procedures waar het besluit nog moet worden genomen, maar in procedures die zijn afgesloten is deze mogelijkheid inmiddels sterk beperkt.

Hoewel op bepaalde punten het arrest grotendeels een bevestiging is van eerdere rechtspraak van het Hof, biedt dit niet veel soelaas voor (potentiële) aanvragers van documenten. Ten eerste slaat het Gerecht stelselmatig een andere weg in dan het Hof. Wie dus met zekerheid wil weten of de exceptie ten aanzien van juridisch advies waarmee hij/zij is afgescheept écht juist is toegepast, doet er gezien de in het verleden behaalde resultaten bij het Gerecht goed aan om door te procederen tot aan het Hof. Ten tweede legt het Hof zwaar de nadruk op de perceptie die burgers hebben van de instellingen van de Europese Unie. De vraag is echter of de Eurowob, gezien het feit dat de meeste aanvragen voor toegang van academici en advocaten afkomstig zijn, hier echt aan bijdraagt. Tot slot is het duidelijk dat het Hof een lijn volgt die het eerder in gedachten reeds heeft uitgestippeld: in contrast met het Gerecht, dat a zegt en b doet, volgt het Hof het pad naar een steeds ruimere toegang tot EU-documenten.

A.M. Schadd⁴⁹

Voetnoten

- 1 Verordening (EG) nr. 1049/2001 van het Europees Parlement en de Raad van 30 mei 2001 inzake de toegang van het publiek tot documenten van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie, *PbEU* 2001, L 145/43, 31 mei 2001.
- 2 H.R. Kranenborg, ‘Tien jaar Eurowob: reden voor een feestje?’, *SEW* 2011-5, p. 228.
- 3 Heliskoski, Leino, ‘Darkness at the break of noon: the case law on Regulation no. 1049/2001 on access to documents’, *CML Rev.* 2006, nr. 43, p. 744.
- 4 Commissie beschikking 2000/276/EG van 22 september 1999, *PbEG* 2000, L 93, 13 april 2000.
- 5 GvEA EG 6 juni 2002, zaak T-342/99 (*Airtours/Commissie*), *Jur.* 2002, p. II-02585.

- 6 GvEA EG 9 september 2008, zaak T-212/03 (*MyTravel/Commissie*), *Jur.* 2008, p. II-01967, r.o. 16.
- 7 *Ibid.*, r.o. 16-18.
- 8 Besluit D(2005) 8461 van de Europese Commissie van 5 september 2005 en besluit D(2005) 9763 van de Europese Commissie van 12 oktober 2005.
- 9 GvEA EG 9 september 2008, zaak T-403/05 (*MyTravel/Commissie*), *Jur.* 2008, p. II-02027.
- 10 *Ibid.*, r.o. 132.
- 11 *Ibid.*, r.o. 79.
- 12 *Ibid.*, r.o. 52 en 97.
- 13 Zo valt te denken aan zaak T-84/03 (*Turco/Raad*), *Jur.* 2004, p. II-04061 (ondersteuner), gevoegde zaken C-39/05 en C-52/05 (*Zweden en Turco/Raad*), *Jur.* 2008, p. I-04723 (eiseres), *SEW* 2009-5, p. 224, m.nt. H. Kranenborg, zaak T-237/02 (*TGI/Commissie*), *Jur.* 2006, p. II-05131 (ondersteuner), zaak C-139/07 (*Commissie/TGI*), *Jur.* 2010, p. I-05885 (ondersteuner), zaak T-111/07 (*Agrofert/Commissie*), n.n.g. (ondersteuner), en de lopende zaak C-477/10 P (*Commissie/Agrofert*) (ondersteuner).
- 14 Conclusie van A-G Kokott van 3 maart 2011 in zaak C-506/08 P (*Zweden/Commissie*), punt 91.
- 15 *Ibid.*, punt 92.
- 16 *Ibid.*, punt 74.
- 17 In concentratiezaken geldt de toegang tot documenten derhalve volgens artikel 17 lid 3 van Verordening (EG) nr. 802/2004 niet voor interne documenten van de Commissie.
- 18 Conclusie van A-G Kokott in zaak C-506/08 P, punt 75.
- 19 *Ibid.*, punt 56.
- 20 *Ibid.*, punt 56.
- 21 HvJ EU, zaak C-506/08 P, r.o. 50.
- 22 *Ibid.*, r.o. 104.
- 23 *Ibid.*, r.o. 120.
- 24 *Ibid.*, r.o. 121.
- 25 *Ibid.*, r.o. 126-127.
- 26 *Ibid.*, r.o. 77.
- 27 *Ibid.*, r.o. 88. Punt 6 van de considerans van de Eurowob bepaalt dat ruimere toegang dient te worden verleend in gevallen waarin de instellingen optreden in hun hoedanigheid van wetgever.
- 28 *Ibid.*, r.o. 89.
- 29 *Ibid.*, r.o. 113.
- 30 HvJ EG, gevoegde zaken C-39/05 en C-52/05, r.o. 59.
- 31 Zie ook het commentaar van P. Stanley, ‘Back to Square One’, *Solicitors Journal* 15 augustus 2011.
- 32 D. Adamski, ‘How wide is “The widest possible”? Judicial interpretation of the exceptions to the right of access to official documents revisited’, *CML Rev.* 2009, nr. 46, p. 536.
- 33 A. Arnulf, ‘Joined Cases C-39/05 P & C-52/05 P, Sweden and Turco v. Council, judgment of the Grand Chamber of 1 July 2008, not yet reported’, *CML Rev.* 2009, nr. 46, p. 1231.
- 34 GvEA EG, zaak T-212/03 (*MyTravel/Commissie*). De uitspraak in deze zaak is gelijktijdig bepaald met de uitspraak in zaak T-403/05 (*MyTravel/Commissie*).
- 35 G. Drauz, T. Chellingsworth en H. Hyrkas, ‘Recent Developments in Merger Control’, *Journal of European Competition Law* 2010, nr. 1, p. 22-23.
- 36 HvJ EU, zaak C-506/08 P, r.o. 113.
- 37 Verordening (EG) nr. 1049/2001, *supra* noot 1, considerans punt 2.
- 38 A. Arnulf, *supra* noot 33, p. 1231-1232.

- 39 Zie bijvoorbeeld Report from the Commission on the application in 2008 of Regulation (EC) No 1049/2001 regarding public access to European Parliament, Council and Commission documents, COM(2009) 331 final, en Report from the Commission on the application in 2010 of Regulation (EC) No 1049/2001 regarding public access to European Parliament, Council and Commission documents, COM(2011)492 final.
- 40 Zie ook de noot van A. Arnulf, *supra* noot 33, p. 1238.
- 41 Conclusie van A-G Kokott in zaak C-506/08 P.
- 42 *Ibid.*, r.o. 57.
- 43 GvEA EG, zaak T-403/05 r.o. 125. Zie ook D. Adamski, *supra* noot 32, p. 536.
- 44 HvJ EU, zaak C-506/08 P, r.o. 115.
- 45 *Ibid.*, r.o. 89.
- 46 *Ibid.*, r.o. 90.
- 47 GvEA EG, zaak T-403/05, r.o. 73-74.
- 48 *Ibid.*, r.o. 59.
- 49 A.M. Schadd is advocaat Europees en Mededingingsrecht bij AKD te Brussel.

GERECHT

49 Zaak T-297/05, IPK International/Europese Commissie

Arrest van 15 april 2011 (Derde kamer), n.n.g.

Europese subsidies – Fraude – Werkingsfeer Verordening (EG) nr. 2988/95 – Rechtsgrondslag administratieve maatregel – Onregelmatigheid – Schending van het transparantiebeginsel – Onderscheid Europese en nationale subsidies – Verjaring

Welkom in de wereld van de Europese subsidies

In deze zaak gaat het om een intrekking van een Europese subsidie door de Europese Commissie (hierna: de Commissie) omdat er bij de toekenning daarvan, mede door toedoen van een ambtenaar van diezelfde Commissie, van alles is misgegaan. Een Europese subsidie kan worden gedefinieerd als een subsidie die ten laste komt van de Europese begroting. Sommige Europese subsidies, zoals de onderhavige, worden door de Europese Commissie zelf verstrekt. Veel vaker komt het echter voor dat de lidstaten worden ingeschakeld; in dat geval is sprake van subsidieverstrekking in gedeeld beheer. Voorbeelden van dergelijke Europese subsidies zijn de bekende betalingen uit de Structuurfondsen, als het ESF en het EFRO, maar ook die uit de minder bekende Migratiefondsen, zoals het Europees Terugkeerfonds en het Europees Vluchtelingenfonds. Kenmerk van de Europese subsidies die in gedeeld beheer worden verstrekt is dat de Commissie een subsidierelatie aangaat met

de lidstaat. Op basis van deze subsidierelatie verstrekt een daartoe door de lidstaat aangevozen nationale autoriteit vervolgens een Europese subsidie aan de eindbegunstigden in de lidstaat. Omdat sprake is van een Europese subsidie, wordt de nationale subsidieverhouding beheerst door zowel het Europese als het nationale recht, een en ander afhankelijk van de mate waarin regels op Europees niveau zijn vastgesteld. Dit leidt tot gecompliceerde juridische vraagstukken, bijvoorbeeld in hoeverre een nationaal uitvoeringsorgaan een *bevoegdheid* kan ontleen aan een in een Europese verordening neergelegde *verplichting* tot terugvordering. Deze vraag was aan de orde in het *ESF*-arrest.¹

De Europese subsidies die door nationale uitvoeringsorganen worden verstrekt zijn nogal eens negatief in het nieuws door de fraude die daarmee gepaard gaat. Elk jaar weer constateert de Europese Rekenkamer dat in de betalingen door de lidstaten zodanig veel fouten zijn gevonden, dat een goedkeurende verklaring er niet in zit.² Het onderhavige arrest laat zien dat ook bij de verstrekking van Europese subsidies door de Europese Commissie sprake kan zijn van fouten en zelfs van fraude. Wat was er in de onderhavige zaak nu eigenlijk aan de hand?

En dan nu de feiten ...

In het jaar 1992 wordt op de Europese begroting een bedrag van € 530 000 gereserveerd voor de ondersteuning van een informatienetwerk over milieuvriendelijke vormen van toerisme in Europa. De Duitse onderneming IPK International dient een verzoek in voor een subsidie voor haar zogenaamde 'Ecodata-project' dat ziet op de realisatie van het door de EU gewenste informatienetwerk. Op voorstel van de ambtenaar Tzoanos geeft de Commissie aan het verzoek van IPK gehoor, en kent de subsidie van het niet mis te verstane bedrag van € 530 000 aan de Duitse onderneming toe. Het eerste deel van de subsidie wordt aan IPK uitbetaald. Ruim een jaar later komt aan het licht dat de ambtenaar Tzoanos er, op zijn zachtst gezegd, dubieuze praktijken op na houdt. Na een tegen hem ingesteld tuchtrechtelijk onderzoek wordt hij in 1994 ontslagen, en in 2000 belandt hij vanwege zelfverrijking en frauduleus handelen zelfs in de gevangenis.

Bij het onderzoek in 1994 naar de praktijken van Tzoanos komen ten aanzien van de gang van zaken rond de toekenning van de subsidie aan IPK geen onregelmatigheden aan het licht. De Commissie weigert desondanks het tweede deel van de subsidie uit te beta-

len. Over deze weigeringsbeschikking wordt vervolgens bij het Gerecht en het Hof geprocedeerd. IPK komt als winnaar uit de strijd: de weigeringsbeschikking wordt vernietigd.³ In het jaar 2004 stelt de Commissie opnieuw een diepgaand onderzoek in naar de door Tzoanos behandelde zaken. Conform het eerdere vermoeden van de Commissie, blijken toch heimelijke afspraken aan de toekenning van de subsidie aan IPK ten grondslag te hebben gelegen. Tzoanos heeft (onder andere) de selectieprocedure gemanipuleerd, waar IPK gebruik van heeft gemaakt.

Op 13 mei 2005 wordt IPK door de Commissie ervan op de hoogte gesteld dat het eerste deel van de subsidie wordt teruggevorderd en dat de aanvraag voor het tweede deel van de subsidie alsnog wordt geweigerd. De brief van 13 mei 2005 vormt de bestreden beschikking in het onderhavige arrest.

De werkingssfeer van de Verordening (EG) nr. 2988/95 betreffende de bescherming van de financiële belangen

In de procedure voor het Gerecht is IPK's belangrijkste grief dat de door de Commissie toegekende Europese subsidie niet kan worden ingetrokken, omdat er geen sprake zou zijn van een onregelmatigheid in de zin van artikel 1 lid 2 van de Verordening (EG) nr. 2988/95 betreffende de bescherming van de financiële belangen van de EU. Voor zover wel sprake zou zijn van een onregelmatigheid is de verjaringstermijn uit artikel 3 lid 1 van de Verordening verstreken, aldus IPK. De Commissie meent daarentegen dat deze verordening überhaupt niet van toepassing is. Frappant is echter dat de Commissie in de aangevochten beschikking van 13 mei 2005 geen enkele bepaling van primair of afgeleid recht noemt die de rechtsgrondslag daarvoor zou kunnen vormen (zie r.o. 116 van het arrest). Tijdens de procedure voor het Gerecht heeft de Commissie betoogd dat de rechtsgrondslag van de beschikking met name artikel 119 lid 2 van het Financieel Reglement is, gelezen tegen de achtergrond van het beginsel *fraus omnia corrumpit*. In voormeld artikel 119 lid 2 is bepaald dat indien de begunstigde zijn wettelijke en contractuele verplichtingen niet nakomt, de subsidie wordt opgeschort en verlaagd of ingetrokken in de in de uitvoeringsvoorschriften bepaalde gevallen, nadat de begunstigde in de gelegenheid is gesteld zijn opmerkingen te formuleren. Nu artikel 4 van de Verordening (EG) nr. 2988/95 niet aan de beschikking ten grondslag ligt, zijn de in die verordening neergelegde verjaringsregels