

CM2111 Tekortkomingen in de toegang tot documentenpraktijk van Frontex

October 2021

1. Introductie

De laatste jaren is het Europees Agentschap voor het beheer van de operationele samenwerking aan de buitengrenzen van de lidstaten van de Europese Unie, beter bekend als Frontex, een steeds prominentere rol gaan spelen. Of dit nu uitgedrukt wordt in termen van budget, wettelijke reikwijdte en competenties, of het domein van activiteiten, het agentschap heeft in korte tijd een sterke ontwikkeling doorgemaakt. Inmiddels vormt Frontex een duidelijk voorbeeld van hoe de Europese uitvoerende macht een directe en krachtige invloed uitoefent op het leven van individuen, in het bijzonder asielzoekers en migranten die proberen het grondgebied van de Unie te bereiken.

De impact van de activiteiten van Frontex op de mensenrechten is al langer een onderwerp van kritiek. Een terugkerend punt van kritiek is daarbij het gebrek aan (functionerende) verantwoordingsinstrumenten, dat deels wordt veroorzaakt door een tekort aan transparantie. Immers vormt transparantie bij alle publieke organen een grondvoorwaarde voor verantwoording. Dit probleem werd onderstreept door de recente oprichting van de zgn. Frontex Scrutiny Working Group door de Commissie burgerlijke vrijheden, justitie en binnenlandse zaken (LIBE) van het Europees Parlement. Deze groep heeft als doel om Frontex permanent te monitoren.

Deze notitie gaat nader in op Frontex' implementatie van het EU-recht op openbare toegang tot documenten, een centrale pijler van het voor EU-organen juridisch bindende transparantiekader. De notitie zet de volgende aspecten uiteen:

- het juridisch kader voor toegang tot documenten (sectie 2);
- Frontex' verplichting tot het proactief openbaar maken van documenten (sectie 3);
- Frontex' praktijk bij het behandelen van verzoeken om toegang tot documenten (sectie 4); en
- de kwestie van toegang tot de rechter waar het openbare toegang tot documenten-besluiten betreft (sectie 5).

Elke sectie sluit af met meerdere aanbevelingen.

2. Het juridisch kader voor toegang tot documenten

Het recht op openbare toegang tot documenten is vastgelegd in de Europese verdragen (Artikel 42 Handvest van de Grondrechten van de EU [HG], Artikel 15(3) VWEU), en wordt nader uitgewerkt in Verordening 1049/2001, van kracht sinds december 2001.¹ Alhoewel Verordening 1049/2001 slechts verwijst naar de drie belangrijkste Europese instellingen, werd de reikwijdte van het toegangsrecht in 2009 uitgebreid middels Artikel 15(3) VWEU, dat spreekt van het publieke recht op toegang tot documenten van alle "instellingen, organen en instanties van de Unie". Hoewel Verordening 1049/2001 nog niet is herzien om agentschappen

¹ Verordening (EC) No 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, OJ L145/43.

aan zijn lijst van addressanten toe te voegen, is Frontex reeds expliciet aan de verplichtingen onder deze Verordening gebonden middels Artikel 114 van de Europese Grens- en Kustwacht [EGKW] Verordening.² De EGKW Verordening bevestigt het publieke recht om toegang tot documenten te vragen in alle officieel erkende Unietalen, naast het recht om extern beroep aan te tekenen tegen toegangsbesluiten van Frontex, via een gang naar de Europese Ombudsman of het Hof van Justitie. Bovendien vereist de EGKW Verordening dat Frontex zijn toegang tot documenten-procedure nader uitwerkt in een apart besluit.

De interne procedure ter zake is vastgelegd in Management Board Decision No 25/2016 (hierna: het Frontex OTD Besluit).³ Dit besluit neemt de belangrijkste voorzieningen van Verordening 1049/2001 aangaande zaken als de verzoeksprocedure, deadlines, beroepsgangen, documenten afkomstig uit derde landen één op één over. In sommige gevallen, voegt het preciseringen toe om de procedure aan te passen aan de interne organisatie van het agentschap.

3. Het proactief openbaar maken van documenten

Verplichtingen

Verordening 1049/2001 stelt zich tot doel “een zo ruim mogelijke toegang tot documenten” te waarborgen (Artikel 1(a)). Het uitgangspunt is daarbij dat documenten openbaar gemaakt dienen te worden, terwijl uitzonderingen op dit uitgangspunt specifiek dienen te worden verantwoord (Artikel 4). Verordening 1049/2001 omvat twee specifieke verplichtingen voor EU-organen voor het proactief faciliteren van toegang tot documenten:

- De verplichting om een documentenregister op te zetten en bij te houden (Artikel 11).
- De verplichting om jaarlijks te rapporteren over de implementatie van het recht op toegang tot documenten in het voorgaande jaar (Artikel 17).

Daarnaast bevat de EGKW Verordening meerdere voorzieningen betreffende de rapportage over taken en proactieve openbaarmaking die niet gespecificeerd zijn in Verordening 1049/2001. Zo vereist Artikel 114(2) EGKW Verordening dat Frontex er zorg voor draagt “het publiek en alle belanghebbende partijen snel objectieve, gedetailleerde, nauwkeurige, betrouwbare en begrijpelijke informatie omtrent zijn werk ontvangen”. De EGKW Verordening bevat tevens een lijst van documenten die systematisch dienen te worden opgesteld en openbaar gemaakt.

De volgende sectie bespreekt de tekortkomingen van het Frontex register en het openbare toegang tot documenten-jaarrapport.

Een ontoereikend documentenregister

Het documenten register, dat EU-organen gehouden zijn bij te houden, vervult twee functies. Enerzijds biedt het directe toegang tot documenten in elektronische vorm; anderzijds biedt het individuen de mogelijkheid

² Verordening (EU) No 2019/1896 van het Europees Parlement en de Raad van 13 november 2019 betreffende de Europese grens- en kustwacht en tot intrekking van Verordening (EU) nr. 1052/2013 en Verordening (EU) 2016/1624 [2019] OJ L295/1, 14.11.19 [hereinafter EGKW Verordening], Artikel 114(1).

³ Management Board Decision No 25/2016 of 21 September 2016 adopting practical arrangements regarding public access to the documents held by the European Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders of the Member States of the European Union (the “Agency”).

om documenten op te vragen (doordat ze zich vertrouwd kunnen maken met de documenten die het EU-orgaan beheert).⁴

Hoewel de Frontex homepage altijd enkele documenten openbaar beschikbaar stelde, is het agentschap lang onwillig geweest om een volledig documentenregister op te zetten. Dit gebrek aan naleving van Verordening 1049/2001 leidde in maart 2020 tot een klacht bij de Europese Ombudsman door burgerrechtenorganisatie Statewatch.⁵ Op basis van een voorstel tot een oplossing van de Europese Ombudsman begin 2021, stelde Frontex een speciale webpagina voor zijn documentenregister op met de titel “Public Access to Documents Registry”.⁶ Hoewel beschikbare documenten nog steeds verspreid beschikbaar worden gemaakt, onder andere via de “Key Documents” portal, vormt deze gedeeltelijke centralisatie een verbetering.⁷

Niettemin blijven er aanzienlijke tekortkomingen bestaan die Frontex dient te herstellen om aan zijn wettelijke verplichting te voldoen. Een urgent probleem is daarbij dat het register incompleet is. Het bestaat voornamelijk uit beleids- en budgetaire documenten, maar bevat zeer weinig documenten gerelateerd aan de kernactiviteit van het agentschap: de implementatie van gezamenlijke operaties. Zo ontbreekt bijvoorbeeld elke verwijzing naar, of referentie aan documenten zoals operationele plannen, evaluatierapporten van gezamenlijke operaties, of andersoortige “omvattende informatie aangaande afgesloten en huidige gezamenlijke operaties”, zoals nadrukkelijk vereist in Artikel 114(2) EGKW Verordening.

Frontex rechtvaardigt de niet-openbaarmaking van deze documentencategorieën op basis van “de aard van de activiteiten”.⁸ Deze informatie is echter essentieel voor het begrijpen van de aard en omvang van de activiteiten van Frontex, evenals de taken en verantwoordingsplicht waaraan het agentschap gehouden is. Zo bevatten delen van operationele plannen bijvoorbeeld de precieze verdeling rollen en taken van alle bij gezamenlijke operaties betrokken medewerkers – cruciale informatie voor het vaststellen van verantwoordelijkheden wanneer mensenrechtenschendingen plaatsvinden in de operationele context.⁹ In dit licht bezien zouden deze documenten tenminste gedeeltelijk toegankelijk gemaakt moeten worden; niet slechts op basis van toegangsverzoeken, maar middels het openbare documentenregister.

Voorts zou een documentenregister niet alleen documenten moeten bevatten die volledig openbaar zijn, maar ook verwijzingen naar documenten en documentsoorten waartoe geen directe toegang verschaft kan

⁴ Verordening (EC) No 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, Artikelen 11(1), 12(1, 4).

⁵ Europese Ombudsman zaak 2273/2019/MIG, geopend op 12 maart 2020, <https://www.ombudsman.europa.eu/en/case/en/56157>.

⁶ Europese Ombudsman, Besluit in zaak 2273/2019/MIG, 3 februari 2021, <https://www.ombudsman.europa.eu/en/decision/en/137721>, para 12.

⁷ Op dit moment zijn de meeste Frontex-documenten opgeslagen in het openbare toegang tot documenten-register, het Key Documents-register, en de eu-LISA database. Deze zijn respectievelijk hier te vinden:

<https://frontex.europa.eu/accountability/public-access-to-documents/public-access-to-documents-registry/?category=european-integrated-border-management-strategy>, hier: <https://frontex.europa.eu/about-frontex/key-documents/> en hier: <https://www.eulisa.europa.eu/>. Laatstgenoemde is een zelfstandig agentschap opgericht met als doel het “[bieden] van lange-termijnsoplossingen voor het operationele beheer van grootschalige IT-systemen, welke essentiële instrumenten vormen bij de uitvoering van asiel-, grensbewakings- en migratiebeleid van de EU” [vertaling CM].

⁸ Zie bijvoorbeeld hier: <https://www.ombudsman.europa.eu/pdf/en/141622>.

⁹ Verordening (EU) No 2019/1896 van het Europees Parlement en de Raad van 13 november 2019 betreffende de Europese grens- en kustwacht en tot intrekking van Verordening (EU) nr. 1052/2013 en Verordening (EU) 2016/1624, Artikel 38.

worden.¹⁰ De enige uitzondering hierop zijn zogenaamde officieel als “sensitive” geclassificeerde documenten, die uitsluitend met instemming van de opsteller in het register kunnen worden weergegeven.¹¹ Deze situatie is niet van toepassing op de in de paragraaf hierboven genoemde documenten. Aangezien kennis van het bestaan van een document een voorwaarde is voor het opvragen ervan, vormt een incompleet register een aanzienlijk obstakel for diegenen die gebruik wensen te maken van hun rechten onder Verordening 1049/2001. Een gebrek aan kennis van welke documenten überhaupt bestaan is, mede vanwege de algemene geheimhouding van de activiteiten van Frontex, een aanzienlijke uitdaging voor aanvragers.

Daarbij dient te worden opgemerkt dat het direct elektronisch beschikbaar maken van documenten ook in het belang van Frontex is. Immers zou dit de werklast van het in behandeling nemen van de grote aantallen documentenverzoeken die het agentschap momenteel ontvangt vermoedelijk sterk verminderen (zie sectie 4.3 hieronder).

Een onvolledig toegang tot documenten-jaarrapport

Volgens Verordening 1049/2001 (Artikel 17), dienen EU-organen jaarlijks te rapporteren over hoe zij het recht op toegang tot documenten in het voorgaande jaar hebben geïmplementeerd. Dit omvat de plicht om het aantal verzoeken dat werd afgewezen, de grond van afwijzing, en het aantal “sensitive” documenten dat niet in het register wordt vermeld te rapporteren.

Frontex begon deze rapportageplicht in 2010, zes jaar na zijn oprichting, consistent in de praktijk te brengen.¹² Sinds 2012 voegt Frontex een speciale Annex toe aan zijn jaarlijkse Activiteitenrapport om deze verplichting na te komen. Deze Annex biedt doorgaans statistieken over het aantal ontvangen initiële en confirmatieve verzoeken, het aantal verzoeken waarbij (gedeeltelijke) toegang werd verschaft, en het aantal afgewezen verzoeken. In tegenstelling tot de andere Europese instellingen geeft Frontex de toegepaste uitzonderingen weer zonder specifieke inzage te bieden in hoe vaak elke individuele uitzonderingsgrond werd toegepast.¹³

Noemenswaardig is het feit dat Frontex vanaf 2017 zijn rapportagepraktijk heeft aangepast. Het agentschap maakte het vanaf toen aanzienlijk moeilijker om toegang te verkrijgen tot relevante statistische informatie. Het document dat nu als het jaarlijkse Activiteitenrapport op de website van Frontex wordt geplaatst bevat geen Annexen meer. Het bevat daarom geen data meer over de implementatie van het agentschap met betrekking tot toegang tot documenten-verzoeken van het voorgaande jaar.¹⁴ Op het eerste oog lijkt het volledige jaarlijkse Activiteitenrapport volledig van de Frontex-website te zijn verdwenen. Deze rapporten zijn nu te vinden onder “Key Documents” als Annexen van de betreffende besluiten van het Management Board op basis waarvan zij zijn aangenomen. Deze praktijk van het begraven van belangrijke informatie is

¹⁰ Europese Ombudsman, Besluit in zaak 2273/2019/MIG, 3 februari 2021, <https://www.ombudsman.europa.eu/en/decision/en/137721>, para 8.

¹¹ Verordening (EC) No 1049/2001, Artikelen 9(2) and (3). While Frontex has adopted its own Decision regarding the handling of classified information, decisions related to the disclosure of such information, either proactively or upon request, must be taken in conformity with this provision, which is laid down in a hierarchically superior legislative act.

¹² In de jaren voor 2010 legde Frontex slechts één maal verslag van toegang tot documenten-verzoeken, te weten in 2006. In dat jaar was het aantal verzoeken 0. Zie Frontex jaarverslag 2006, 19.

¹³ Zie, bijvoorbeeld, het jaarrapport 2019, Management Board Decision 14/2020 of 29 June 2020 adopting the annual activity report 2019 en de bijbehorende beoordeling, Annex 1, 103.

¹⁴ Zie hier: <https://frontex.europa.eu/accountability/public-access-to-documents/public-access-to-documents-registry/?category=consolidated-annual-activity-report> en hier: <https://frontex.europa.eu/about-frontex/key-documents/?category=consolidated-annual-activity-report>.

strijdig met de geest van de rapportageverplichting zoals vastgelegd in Verordening 1049/2001, en is daarnaast uiterst gebruikersonvriendelijk.

Aanbevelingen

- Vul het documentenregister met meer bestaande documenten in het beheer van Frontex. Naast documenten die volledig en openbaar toegankelijk worden gemaakt zou het register ten minste verwijzingen moeten bevatten naar alle documenten of documentsoorten die niet volledig openbaargemaakt kunnen worden.
- Maak Frontex' jaarverslag inzake toegang tot documenten makkelijk te vinden op de Frontex website.

4. Het faciliteren van verzoeken om toegang tot documenten

Verplichtingen

Artikel 15(3) VWEU, Artikel 42 HGr, en Artikel 2(1) Verordening 1049/2001 verschaffen elke Unieburger en natuurlijke of rechtspersoon met verblijfplaats of statutaire zetel in een lidstaat het recht op toegang tot documenten van alle EU-organen. EU-organen dienen toegang tot documenten te verschaffen tenzij een onder Artikel 4 Verordening 1049/2001 genoemde uitzondering van toepassing is. De twee uitzonderingsgronden waar Frontex zich het vaakst baseert zijn de bescherming van de openbare veiligheid (Artikel 4(1)(a) eerste streepje) en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer en de integriteit van het individu (Artikel 4(1)(b)).

Verordening 1049/2001 stelt als tijdslimiet waarbinnen EU-organen een verzoek dienen te beantwoorden 15 werkdagen, met de mogelijkheid van een verdere verlenging van 15 werkdagen in uitzonderlijke situaties. In het geval van een gehele of gedeeltelijke weigering van toegang, kan de verzoeker een confirmatief verzoek indienen, waarbij het EU-orgaan vraagt zijn initiële besluit te herzien (Artikel 7). Dit finale besluit over toegang kan worden aangevochten voor het Gerecht, met de mogelijkheid tot beroep voor het Hof van Justitie, of via een klacht bij de Europese Ombudsman (Artikel 8).

In het geval van Frontex worden toegang tot documenten-verzoeken beheerd via een web portal. Zodra een verzoek is afgehandeld heeft de verzoeker niet langer toegang tot dit portal of de daardoor vrijgegeven documenten. Evenmin kan de verzoeker nog langer via dit kanaal met Frontex communiceren. Deze beperkingen, evenals de praktijk van Frontex om een copyright-verklaring aan vrijgegeven documenten toe te voegen, resulteerden in een klacht bij de Europese Ombudsman die op dit moment in behandeling is.

Burgers van derde landen uitgesloten van het recht op toegang tot documenten

Bij het evalueren van Frontex is de vraag welke partijen begunstigd zijn met het recht op toegang tot documenten van bijzonder belang. Hoewel het recht op toegang tot documenten in Artikel 15(3) VWEU, Artikel 42 HGr, en Artikel 2(1) Verordening 1049/2001 beperkt is tot Unieburgers en natuurlijke of rechtspersonen met verblijfplaats of statutaire zetel in een lidstaat, beoogt Artikel 2(2) Verordening 1049/2001 deze reikwijdte expliciet als een *de minimis* voorziening die het EU-organen vrij staat op vrijwillige

basis uit te breiden (Artikel 2). Het Frontex OTD Besluit benut deze mogelijkheid door het recht op toegang tot documenten uit te breiden tot burgers van de Schengen-landen. Voorts worden verzoeken van burgers van derde landen per geval beoordeeld op ontvankelijkheid (Artikel 3).

Frontex publiceert geen cijfers over de aantallen toegangsverzoeken van derdelanders, dan wel het percentage van deze verzoeken dat tot (gedeeltelijke) openbaarmaking leidt. Het is daarom moeilijk extern vast te stellen hoe vaak toegangsverzoeken van de derde-landers in de praktijk ontvankelijk worden verklaard. Wij merken hierbij op dat, volgens Artikel 5(3) van het Frontex OTD Besluit, verzoekers bewijs dienen te overleggen dat zij in aanmerking komen om toegang tot documenten te vragen, in de vorm van documentatie die bewijst dat zij Unieburger- of ingezetene zijn. Dit wordt nogmaals bevestigd in het webformulier waardoor toegangsverzoeken dienen te worden ingediend. Dit suggereert dat het recht op openbare toegang tot documenten niet toegankelijk is voor derde-landers. Deze ontoegankelijkheid, gekoppeld aan een algehele onbekendheid met het juridische toegang tot documenten-kader, zou een verklaring kunnen bieden voor de beperkte interesse onder de door Frontex-beleid getroffen individuen, zoals recent vastgesteld door de Europese Ombudsman.¹⁵

De Commissie Meijers wijst erop dat in het geval van Frontex niet-ingezetene burgers van derde landen een juridische kwetsbare groep vormen die bovendien de primaire doelgroep is van het beleid van dit agentschap. In het bijzonder asielzoekers en irreguliere migranten die de EU proberen te bereiken vormen groepen die grote kans hebben direct en significant te worden getroffen door de activiteiten van Frontex. Zij hebben derhalve een legitiem belang in het opvragen van Frontex-documenten om hun fundamentele rechten te beschermen. Het is daarom raadzaam dat Frontex deze juridisch kwetsbare groepen onvoorwaardelijk toegang verschaft tot de groep begunstigde partijen met het recht op toegang tot documenten.

Het recht op toegang tot documenten in de praktijk

De snelle groei van Frontex heeft geleid tot een aanzienlijk toegenomen maatschappelijke interesse in de activiteiten van het agentschap. Deze ontwikkeling heeft ook invloed gehad op de jaarlijkse aantallen toegangsverzoeken die het agentschap te verwerken heeft. Waar er tot 2010 praktisch geen verzoeken waren, en slechts weinige in de daaropvolgende jaren, volgde de eerste piek in toegangsverzoeken in 2015. De 60 in dat jaar gerapporteerde toegangsverzoeken vielen samen met de “vluchtelingencrisis” die in dat jaar plaatsvond. De meest significante toename in toegangsverzoeken vond echter pas in de jaren daarna plaats. In 2019 handelde Frontex 255 verzoeken af (zie hieronder tabel 1). Deze snelle toename in verzoeken vormde een uitdaging, aangezien het agentschap niet toegerust was om een dergelijke stroom aan verzoeken af te handelen. Ook vandaag worstelt Frontex nog steeds met deze omwenteling. De Commissie Meijers is zich van dit feit bewust en prijst Frontex voor de gezette stappen richting verbetering van afhandelingsprocessen.

¹⁵ <https://frontex.europa.eu/accountability/public-access-to-documents/public-access-to-documents-applications/>.

Tabel 1: Verzoeken om openbare toegang tot documenten, 2010-2019

	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Totaal ontvangen	13	17	16	26	39	60	79	140	152	255
Volledige toegang	-	-	11	21	18	12	15	15	8	34
Gedeeltelijke toegang	-	-	4	4	12	32	38	65	58	84
Toegang geweigerd	-	-	1	1	7	6	10	21	19	21
Confirmatieve verzoeken	-	-	0	0	2	6	4	10	19	21

Bron: Jaarverslagen toegang tot documenten 2011-2020.

Dit in ogenschouw nemend, dient te worden vermeld dat er slechts relatief weinig bewijs beschikbaar is om Frontex' naleving van de verplichtingen onder Verordening 1049/2001 vast te stellen. Naast het feit dat de jaarrapporten van Frontex betreffende toegang tot documenten moeilijk zijn te vinden op de website, bieden deze rapporten slechts schaarse informatie over de soorten documenten waartoe succesvol of onsuccesvol toegang is gezocht, en de juridische onderbouwing van de formele antwoorden van het agentschap op deze verzoeken. Zoals reeds in sectie 3.3 werd aangegeven, geeft Frontex de uitzonderingen waarop het zich beroept weer zonder te specificeren hoe vaak het zich op deze uitzonderingen beroept.¹⁶ Daarnaast laten de statistieken betreffende (gedeeltelijke) toegang niet duidelijk zien in welk stadium (initieel of confirmatief) verzoekers toegang werd verleend. Bovendien biedt Frontex geen inzage in de behandelingstijd van verzoeken, of de achtergrond van verzoekers, zoals de andere Europese instellingen dit doen.

Dit gebrek aan informatieve maakt het moeilijk om de toegangspraktijk van Frontex grondig te beoordelen. Dit is betreurenswaardig, aangezien daarmee het risico ontstaat dat achter deze ontransparante uitvoering van een fundamenteel Unierecht inconsistente of zelfs discriminatoire praktijken schuilgaan. Op zijn minst is deze werkwijze niet bevorderlijk voor het vertrouwen in het Europese openbare bestuur.

Aanbevelingen

- Houdt communicatiekanalen met verzoekers om toegang tot documenten open, zelfs nadat het verzoek formeel is afgehandeld.
- Accepteer verzoeken om toegang tot documenten van burgers van derde landen. Draag er zorg voor dat zij zich bewust zijn van dit recht.
- Voeg gedetailleerde statistieken toe aan het jaarverslag inzake toegang tot documenten, inclusief cijfers betreffende de frequentie waarmee elke uitzondering op het recht op toegang is toegepast, de gemiddelde afhandelingstijd van toegangsverzoeken, het percentage van verzoeken waarbij de statutaire deadline overschreden is.
- Voeg statistieken toe aan het jaarverslag inzake toegang tot documenten betreffende toegangsverzoeken van derde-landers, in het bijzonder het percentage succesvolle confirmatieve verzoeken, en de toegepaste afwijzingsgronden onder deze categorie van toegangsverzoeken.

¹⁶ Zie ook hierboven, sectie 3.3.

5. Toegang tot de rechter: De kwestie van toewijzing van proceskosten

Zaak T-31/18 DEP: Proceskosten als onderdrukkingsmechanisme

Het arrest T-31/18 *Izuzquiza en Semsrott v. Frontex* is de eerste toegang tot documenten-zaak die tegen Frontex aangespannen werd voor het Hof van Justitie van de EU. In deze zaak vochten de aanklagers het besluit van Frontex aan om toegang tot documenten met gedetailleerde informatie over schepen die in 2017 aan gezamenlijke operatie Triton hadden deelgenomen.¹⁷ Het Hof stelde de aanklagers in het ongelijk op basis van argumentatie die grotendeels de toepassing van eerdere jurisprudentie betreffende de bescherming van de openbare veiligheid onderschreef. Met name de nasleep van deze uitspraak is opmerkelijk.

Toen de aanklagers in *Izuzquiza en Semsrott v. Frontex* hun zaak verloren, beval het Hof hen om de door het agentschap gemaakte proceskosten te vergoeden. Frontex bracht daarop bij de aanklagers juridische kosten ter hoogte van €23,700 in rekening een uitzonderlijk groot bedrag vergeleken met eerdere algemeen-belangzaken op het gebied van toegang tot documenten. Nadat de aanklagers weigerden deze rekening te voldoen, klaagde Frontex hen eind 2020 aan.¹⁸

De uitspraak die daarop volgde betrof uitsluitend de vraag van kostentoe wijzing.¹⁹ In de gerechtelijke aanvraag had Frontex het oorspronkelijk geëiste bedrag reeds verlaagd naar €19,048, voor diensten geleverd door eigen medewerkers, extern juridisch advies, en een externe expert. De aanklagers in eerste aanleg verweerden zich door te stellen dat het bedrag opgeblazen en niet onderbouwd was. Zij stelden dat een aanzienlijk lager bedrag (€6,606) redelijk zou zijn. Het Hof beslechtte de zaak uiteindelijk door het bedrag dat Frontex mocht terugvorderen te verlagen naar €10,520.

In deze zaak wekte het agentschap sterk de indruk toekomstige aanklagers te willen ontmoedigen om hun recht op toegang tot documenten uit te oefenen. Deze benadering roept bovendien bredere vragen op over toegang tot de rechter in de context van procesvoering in het algemene belang in de EU. In de volgende twee secties gaan wij nader op deze vragen in.

Beoordelingskader van het Hof van Justitie van de EU voor toewijzing van proceskosten

Hoofdstuk 6 van het reglement van orde van het Hof van Justitie stelt de regels vast voor het toewijzen van proceskosten gemaakt door de betrokken partijen. Artikel 138 bepaalt dat de onsuccesvolle partij “[v]oor zover dit is gevorderd, in de kosten verwezen [wordt]”. De enige expliciete uitzondering op deze algemene regel is de mogelijkheid voor het Hof om ook de succesvolle partij kosten toe te wijzen indien “de door haar toedoen aan de andere partij opgekomen kosten [...] naar het oordeel van het Hof nodeloos of vexatoir zijn

¹⁷ Zaak T-31/18 *Luisa Izuzquiza and Arne Semsrott v Frontex* van 29 november 2019 (ECLI:EU:T:2019:815)

¹⁸ Zie <https://euobserver.com/migration/150241>, 20 december 2020.

¹⁹ Zaak T-31/18 DEP, *Frontex v Luisa Izuzquiza and Arne Semsrott*.

veroorzaakt”.²⁰ Zodoende staat het Hof, in een restrictieve lezing van zijn reglement van orde, niet vrij om elke partij te bevelen zijn eigen proceskosten te dragen.²¹

Het tegenovergestelde is waar, waar het het *precieze bedrag* betreft dat de onsuccesvolle partij verwacht wordt te betalen. Artikel 144 specificeert dat “invorderbare kosten” kosten omvatten die door de partijen noodzakelijkerwijs zijn gemaakt. Hieronder vallen posten zoals reiskosten of de beloning van agenten, adviseurs of advocaten, biedt het reglement van orde geen aanknopingspunten voor de vraag wat het maximaal als redelijk aan te rekenen bedrag is. Er bestaan bijvoorbeeld op EU-niveau geen kostenschalen die een plafond stellen aan het maximale beloningsbedrag voor advocaten, een veelvoorkomende praktijk in de nationale wetten van veel lidstaten.

Het is daarom primair aan de succesvolle partij gelaten om bij de andere partij kosten in rekening te brengen voor zover dit geoorloofd is. Het is gangbare praktijk dat de EU-instellingen en de lidstaten geen kosten bij elkaar in rekening brengen. Waar het private partijen betreft brengen de EU-instellingen in principe wel hun gemaakte kosten in rekening. Dit principe geldt onafhankelijk van de aard (bijv. bedrijf, individu, NGO), het belang (economisch, persoonlijk, maatschappelijk, strategisch), de financiële situatie van de tegenpartij, of het onderwerp en relevantie van het geschil.

Van belang is dat de Commissie enkel kosten verhaalt van private partijen wanneer zij steun betreft van externe advocaten, maar niet wanneer een zaak wordt verdedigd door interne advocaten. De reden hiervoor is dat, volgens het Hof, salarissen van interne medewerkers niet in aanmerking komen als “invorderbaar”, terwijl dit voor externe advocaten wel het geval is.²² Hoewel EU-instellingen de reis- en onderhoudskosten van hun vertegenwoordigers in rekening zouden kunnen brengen, zijn deze kosten doorgaans te laag om het de moeite waard te maken ze te verhalen. Derhalve heeft het voor een verliezende tegenpartij grote financiële gevolgen wanneer een EU-instelling ervoor gekozen heeft externe advocaten te betrekken. Evenwel zijn de financiële risico’s voor de tegenpartij niet op voorhand mee te wegen in een besluit tot rechtsgang, aangezien een eventueel besluit van een EU-orgaan om externe expertise aan te trekken pas lopende de gerechtelijke procedure bekend wordt.

Indien een geschil ontstaat over de in rekening te brengen kosten stelt het Hof formeel het bij de onsuccesvolle partij invorderbare bedrag vast via een zogenaamde *begroting van kosten* procedure. Vanwege het ontbreken van richtlijnen in het reglement van orde heeft het Hof een pragmatische benadering ontwikkeld die steunt op rechtvaardigheidscriteria van het “gezonde verstand”. In deze afweging worden het doel en de aard van de procedure, the hoeveelheid werk die het geschil oplevert voor betrokken agenten of advisors, en het financiële belang van de betrokken partijen meegenomen.

Proceskosten & toegang tot de rechter

Het bestaande kader voor toewijzing van kosten werpt verschillende vragen op met betrekking tot de toegankelijkheid van een rechtsgang. Het Hof ontbeert momenteel de mogelijkheid om succesvolle partijen te bevelen hun eigen kosten te dragen, hetgeen een obstakel kan vormen voor personen zonder financiële

²⁰ RvO, Artikel 139.

²¹ Dit is uitsluitend mogelijk in gevallen waar “elke partij [...] onderscheidenlijk op een of meer punten in het ongelijk worden gesteld”, zie RvO, Artikel 138(3).

²² Zie, bijvoorbeeld, zaak T-264/07 DEP CSL Behring v Commissie en EMA, in het bijzonder ro.15-16.

middelen om een zaak aanhangig te maken bij het Hof van Justitie. Dit probleem zou kunnen worden ondervangen door een rechtsbijstandsprogramma. Naar alle waarschijnlijkheid zullen aanklagers die kans lopen proceskosten te moeten vergoeden, hun besluit om te procederen laten afhangen van de mate van blootstelling aan financieel risico.²³ In dit licht creëert het toewijzing-van-kostenkader van het Hof van Justitie een mate van onzekerheid die procesvoering in het algemeen belang ontmoedigt. Er bestaan twee manieren om dit probleem aan te pakken. Beiden vereisen verdere reflectie over hun algehele gevolgen en wenselijkheid.

Allereerst garandeert Artikel 47 HGr het recht op een doeltreffende voorziening in rechte voor eenieder wiens rechten en vrijheden onder het Unierecht geschonden zijn. Het recht op toegang tot documenten is een fundamenteel recht dat als zodanig expliciet vastgelegd is in Artikel 42 HGr. Hieruit volgt dat het Unierecht een effectieve rechtsgang voor schendingen van dit recht dient te waarborgen. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft in zijn jurisprudentie over Artikel 13 EVRM, hetwelk het recht op een effectieve rechtsgang in de EVRM-context waarborgt, het kader voor toewijzing van kosten onderkend als een relevant aspect in het vaststellen van de toegankelijkheid van de rechtsgang.²⁴

Het Europees Parlement heeft dit punt ook benadrukt toen het zich “ernstig bezorgd” verklaarde over het besluit van Frontex om juridische kosten ter grootte van €23,700 te verhalen in een toegang tot documenten-zaak. Het Europees Parlement merkte daarbij op dat dit “[het] recht [van de aanklagers] op een doeltreffende voorziening in rechte uit hoofde van artikel 47 van het Handvest ondermijnt”.²⁵ Tegen deze achtergrond zou het Hof kunnen overwegen om zijn eigen reglement van orde in het licht van Artikel 47 HGr te interpreteren om grotere flexibiliteit in het toewijzing-van-kostenkader te brengen. Dit zou het Hof in staat stellen om bij beslissingen over proceskosten factoren als de financiële middelen en belangen van een aanklager zwaarder mee te laten wegen.

Ten tweede kunnen EU-instellingen en –agentschappen ook zonder aanpassing van het toewijzing-van-kostenkader stappen zetten om het aspect van toegang tot de rechter mee te nemen in beslissingen over het verhalen van juridische kosten. In de praktijk zou dit bijvoorbeeld kunnen inhouden dat zij geen proceskosten vorderen van aanklagers in processen die het algemeen belang beogen te bevorderen. Daarbij dient te worden aangetekend dat deze optie een aantal uitdagingen opwerpt die een zorgvuldige afweging vereisen. Deze uitdagingen omvatten het risico van arbitraire proceskostenvordering, en het feit dat EU-organen budgetaire verplichtingen hebben die hen wellicht dwingen proceskosten te verhalen in gevallen waar hen dit recht toekomt. Derhalve vereist deze optie een behoedzame toepassing, en pas na zorgvuldige nadere reflectie.

De hierboven genoemde uitdagingen en mogelijke oplossingen reiken voorbij Frontex en zelfs procesvoering betreffende openbare toegang tot documenten. Evenwel is het publieke recht op toegang tot documenten een terrein dat bij uitstek vatbaar is voor procesvoering in het algemeen belang, door individuen en/of maatschappelijke organisaties met beperkte middelen. Het ligt voor de hand dat dit gegeven *a fortiori* van toepassing is op procesvoering in de context van Frontex. Frontex dient daarom alle mogelijke stappen te

²³ Zoals ons te kennen is gegeven door de representanten van verscheidene NGO's die voorheen toegang tot documenten-zaken hebben aangespannen op basis van Verordening 1049/2001.

²⁴ Zie bijvoorbeeld EHRM, Scordino v. Italy (nr.1) [GC], Application no. 36813/97, 29 maart 2006, ro. 201.

²⁵ Zie https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0191_EN.html, punt 44.

zetten om het publieke recht op toegang tot documenten, inclusief toegang tot de rechter om toegangsweigeringen aan te vechten, veilig te stellen.

Aanbevelingen

- Frontex dient zich te onthouden van het vorderen van proceskosten die kunnen worden beschouwd als arbitrair of excessief.
- Bij beslissingen over het vorderen van proceskosten dient Frontex de belangen, juridische status, en financiële situatie van klagers in toegang tot documenten-zaken in overweging te nemen.
- Bij beslissingen over het aanwijzen van proceskosten zou het Hof zijn eigen reglement van orde kunnen interpreteren in het licht van Artikel 47 HGr, waarbij factoren als de middelen en belangen van klagende partijen meer gewicht zou kunnen worden toegekend.