ARREST VAN HET HOF (Eerste kamer)

17 december 2020*

„Hogere voorziening – Toegang tot documenten van de Europese Centrale Bank (ECB) – Besluit 2004/258/EG – Artikel 4, lid 3 – Uitzonderingen – Document ontvangen door de ECB – Advies van een externe dienstverlener – Intern gebruik in het kader van beraadslagingen en voorafgaand overleg – Weigering van toegang”

In zaak C-342/19 P,

betreffende een hogere voorziening krachtens artikel 56 van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie, ingesteld op 30 april 2019,

**Fabio De Masi**, wonende te Hamburg (Duitsland),

**Yanis Varoufakis**, wonende te Athene (Griekenland),

vertegenwoordigd door A. Fischer-Lescano, Universitätsprofessor,

rekwiranten,

andere partij in de procedure:

**Europese Centrale Bank (ECB)**, vertegenwoordigd door F. von Lindeiner en A. Korb als gemachtigden, bijgestaan door H.-G. Kamann, Rechtsanwalt,

verweerster in eerste aanleg,

wijst

HET HOF (Eerste kamer),

samengesteld als volgt: J.-C. Bonichot, kamerpresident, L. Bay Larsen (rapporteur), C. Toader, M. Safjan en N. Jääskinen, rechters,

advocaat-generaal: P. Pikamäe,

griffier: A. Calot Escobar,

gezien de stukken,

* Procestaal: Duits.

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 9 juli 2020,

het navolgende

## Arrest

1 Met hun hogere voorziening verzoeken Fabio De Masi en Yanis Varoufakis om vernietiging van het arrest van het Gerecht van de Europese Unie van 12 maart 2019, De Masi en Varoufakis/ECB, T-798/17, EU:T:2019:154 (hierna: „bestreden arrest"), houdende verwerping door het Gerecht van hun beroep tot nietigverklaring van het besluit van de Europese Centrale Bank (ECB) van 16 oktober 2017 (hierna: „litigieus besluit") waarbij hun de toegang was geweigerd tot het document van 23 april 2015, getiteld „Responses to questions concerning the interpretation of Art. 14.4 of the Statute of the ESCB and of the ECB" (hierna: „litigieus document"), een advies dat op verzoek van de ECB door een externe dienstverlener was opgesteld.

### Toepasselijke bepalingen

#### *Besluit 2004/258*

2 De overwegingen 3 en 4 van besluit 2004/258/EG 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), zoals gewijzigd bij besluit (EU) 2015/529 van de Europese Centrale Bank van 21 januari 2015 (PB 2015, L 84, blz. 64) (hierna: „besluit 2004/258"), luiden als volgt:

> „(3) Tot documenten van de ECB dient ruimere toegang te worden verleend, waarbij tegelijkertijd de onafhankelijkheid van de ECB en van de nationale centrale banken (NCB's), zoals voorzien in artikel 108 van het Verdrag en artikel 7 van de statuten, en de vertrouwelijkheid van bepaalde aangelegenheden die specifiek zijn voor de uitvoering van de taken van de ECB, beschermd dienen te worden. Teneinde de doeltreffendheid van haar besluitvormingsproces te waarborgen, met inbegrip van haar interne raadplegingen en voorbereidingen, zijn de besprekingen van de vergaderingen van de besluitvormende organen van de ECB vertrouwelijk, tenzij het betreffende orgaan besluit het resultaat van zijn beraadslagingen openbaar te maken.
>
> (4) Bepaalde openbare en particuliere belangen dienen echter door een uitzonderingsregeling te worden beschermd. […]"

3 Volgens artikel 3, aanhef en onder a), wordt in dat besluit bedoeld met: „document" en „document van de ECB": iedere inhoud, ongeacht de drager ervan (op papier, in elektronische vorm, als geluids-, beeld- of audiovisuele opname), opgesteld door of in bezit van de ECB en betreffende haar beleidsmaatregelen, acties of besluiten, alsook documenten die afkomstig zijn van het Europees Monetair Instituut (EMI) en van het Comité van presidenten van de centrale banken van de lidstaten van de Europese Economische Gemeenschap.

4 Onder het opschrift „Uitzonderingen” bepaalt artikel 4, leden 2, 3 en 5 van dat besluit:

„2. De ECB weigert de toegang tot een document wanneer openbaarmaking ervan zou leiden tot ondermijning van de bescherming van:

[…]

– […] juridisch advies,

– […]

tenzij een hoger openbaar belang openbaarmaking gebiedt.

3. De toegang tot een document opgesteld of ontvangen door de ECB voor intern gebruik in het kader van beraadslagingen en voorafgaand overleg binnen de ECB, en voor gedachte-uitwisseling tussen de ECB en NCB's, NBA's of NAA's, wordt geweigerd, zelfs nadat het besluit is genomen, tenzij een hoger openbaar belang openbaarmaking gebiedt.

[…]

5. Indien het gevraagde document slechts ten dele onder de uitzonderingen valt, worden de overige delen van het document wel vrijgegeven.”

5 Artikel 7, lid 2, van dat besluit luidt:

„In geval van volledige of gedeeltelijke afwijzing kan de verzoeker binnen 20 werkdagen na ontvangst van het antwoord van de ECB een confirmatief verzoek indienen, welk verzoek ertoe strekt dat de directie het standpunt van de ECB herziet. Voorts geeft het uitblijven van een antwoord van de ECB binnen de voorgeschreven termijn van 20 werkdagen voor het behandelen van het initiële verzoek de verzoeker het recht een confirmatief verzoek in te dienen.”

### *Verordening (EG) nr. 1049/2001*

6 De overwegingen 1 en 4 van verordening (EG) nr. 1049/2001 van het Europees Parlement en de Raad van 30 mei 2001 inzake de toegang van het publiek tot documenten van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie (PB 2001, L 145, blz. 43) zijn als volgt verwoord:

„(1) In artikel 1, tweede alinea, van het Verdrag betreffende de Europese Unie vindt het begrip ‚openheid' zijn verankering: het Verdrag markeert een nieuwe etappe in het proces van totstandbrenging van een steeds hechter verbond tussen de volkeren van Europa, waarin de besluiten in zo groot mogelijke openheid en zo dicht mogelijk bij de burger worden genomen.

[…]

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

7 Onder het opschrift „Uitzonderingen” bepaalt artikel 4, leden 2 en 3, van deze verordening:

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

– […] juridisch advies,

– […]

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.”

## Voorgeschiedenis van het geding en litigieus besluit

8 De voorgeschiedenis van het geding is door het Gerecht uiteengezet in de punten 1 tot en met 6 van het bestreden arrest en kan ten behoeve van de onderhavige procedure als volgt worden samengevat.

9 Bij schrijven van 24 april 2017 hebben De Masi en Varoufakis de ECB krachtens besluit 2004/258 verzocht om toegang tot alle externe juridische adviezen waar de ECB om zou hebben verzocht met het oog op het onderzoek van haar besluiten van 4 februari en 28 juni 2015 betreffende het verstrekken van noodliquiditeitssteun aan Griekse banken door de centrale bank van Griekenland.

10 Bij schrijven van 31 mei 2017 heeft de ECB rekwiranten meegedeeld dat zij voor die besluiten niet om juridisch advies had verzocht. Daarnaast heeft zij hen in kennis gesteld van het bestaan van het litigieuze document.

11 Bij schrijven van 7 juli 2017 hebben rekwiranten de ECB verzocht om toegang tot dat document.

12 Bij schrijven van 3 augustus 2017 heeft de ECB de toegang tot het litigieuze document geweigerd op grond van, ten eerste, de in artikel 4, lid 2, tweede streepje, van besluit 2004/258 neergelegde uitzondering inzake de bescherming van juridisch advies en, ten tweede, de in artikel 4, lid 3, eerste alinea, van dat besluit neergelegde uitzondering inzake de bescherming van documenten voor intern gebruik.

13 Bij schrijven van 30 augustus 2017 hebben rekwiranten overeenkomstig artikel 7, lid 2, van dat besluit een confirmatief verzoek om toegang tot het litigieuze document ingediend.

14 Bij schrijven van 16 oktober 2017 heeft de ECB haar besluit van 3 augustus 2017 houdende weigering van toegang tot het litigieuze document bevestigd, waarbij zij zich op dezelfde uitzonderingen heeft beroepen als in dat besluit.

**Procedure bij het Gerecht en bestreden arrest**

15 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 8 december 2017, hebben De Masi en Varoufakis beroep tot nietigverklaring van het litigieuze besluit ingesteld.

16 Tot staving van hun beroep hebben rekwiranten in wezen twee middelen aangevoerd, waarvan het eerste betrekking had op schending van artikel 4, lid 2, tweede streepje, van besluit 2004/258 en het tweede op schending van artikel 4, lid 3, eerste alinea, van dat besluit.

17 Bij het bestreden arrest heeft het Gerecht het beroep van rekwiranten ongegrond verklaard. Na het onderzoek van het tweede middel heeft het in punt 74 van dat arrest geoordeeld dat de ECB haar weigering om toegang te verlenen tot het litigieuze document terecht op de in artikel 4, lid 3, eerste alinea, van besluit 2004/258 neergelegde uitzondering mocht baseren. Dientengevolge heeft het overwogen dat het eerste middel, dat betrekking had op de uitzondering op het recht op toegang in artikel 4, lid 2, tweede streepje, van dat besluit, niet onderzocht hoefde te worden.

18 Met betrekking tot het eerste onderdeel van het tweede middel, ontleend aan een onjuiste toepassing van de uitzondering op de bescherming van documenten voor intern gebruik, heeft het Gerecht geoordeeld dat artikel 4, lid 3, eerste alinea, van dat besluit niet vereist dat wordt aangetoond dat het besluitvormingsproces ernstig zou worden ondermijnd. In dat verband heeft het in punt 30 van het bestreden arrest verklaard dat voor de weigering op basis van deze bepaling uitsluitend hoefde te worden aangetoond, ten eerste, dat dat document bestemd was voor intern gebruik in het kader van beraadslagingen en voorafgaand overleg binnen de ECB of voor gedachte-uitwisseling tussen de ECB en de betrokken nationale autoriteiten, en, ten tweede, dat er geen sprake was van een hoger openbaar belang dat openbaarmaking van dat document gebood.

19 Volgens het Gerecht had de ECB dan ook terecht aangenomen dat het litigieuze document een document voor intern gebruik in de zin van artikel 4, lid 3, eerste alinea, van dat besluit was, aangezien dat document volgens de ECB was bedoeld om informatie te verschaffen en ondersteuning te bieden bij de beraadslagingen van de raad van bestuur in het kader van de bevoegdheden waarover deze krachtens artikel 14, lid 4, van Protocol nr. 4 betreffende de statuten van het Europees Stelsel van centrale banken (ESCB) en van de ECB beschikt.

20 Het Gerecht heeft aldus in de punten 44 tot en met 47 van het bestreden arrest het argument van De Masi en Varoufakis verworpen dat de uitzondering in artikel 4, lid 3, eerste alinea, van besluit 2004/258 niet van toepassing was op het litigieuze document omdat dat een juridisch advies zou zijn dat binnen de werkingssfeer van de in artikel 4, lid 2, tweede streepje, van dat besluit bedoelde uitzondering inzake de bescherming van juridisch advies valt.

21 Het Gerecht heeft in de punten 48 tot en met 52 van het bestreden arrest eveneens het argument van rekwiranten van de hand gewezen dat niet was voldaan aan de voorwaarden voor toepassing van artikel 4, lid 3, eerste alinea van dat besluit omdat het litigieuze document geen intern document was en ook geen verband hield met een concrete procedure.

22 Daarnaast heeft het Gerecht in de punten 53 tot en met 58 van het bestreden arrest de grief betreffende niet-nakoming van de motiveringsplicht onderzocht en afgewezen.

23 In de punten 62 tot en met 73 van het bestreden arrest heeft het Gerecht het tweede onderdeel van het tweede middel, betreffende het bestaan van een hoger openbaar belang dat openbaarmaking van het litigieuze document zou gebieden, van de hand gewezen.

## Procedure bij het Hof en conclusies van partijen

24 Met hun hogere voorziening verzoeken rekwiranten het Hof:

– het bestreden arrest in zijn geheel te vernietigen;

– hun in eerste aanleg ingestelde vorderingen toe te wijzen, en

– de ECB te verwijzen in de kosten.

25 De ECB concludeert tot:

– afwijzing van de hogere voorziening, en

– verwijzing van rekwiranten in de kosten.

## Hogere voorziening

26 Tot staving van hun hogere voorziening voeren rekwiranten vier middelen aan betreffende (1) schending van artikel 10, lid 3, VEU, artikel 15, lid 1, en artikel 298, lid 1, VWEU alsook artikel 42 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: „Handvest"), gelezen in samenhang met artikel 52, lid 1, daarvan; (2) niet-nakoming van de motiveringsplicht; (3) schending van artikel 4, leden 2 en 3, van besluit 2004/258, en (4) schending van artikel 4, lid 3, van dat besluit.

### *Eerste middel*

#### *Argumenten van partijen*

27 Met hun eerste middel stellen rekwiranten dat het Gerecht voorbij is gegaan aan het transparantiebeginsel, dat is neergelegd in artikel 10, lid 3, VEU, artikel 15, lid 1, en artikel 298, lid 1, VWEU en in artikel 42 van het Handvest, gelezen in samenhang met artikel 52, lid 1, ervan, in het licht waarvan de uitzonderingen in besluit 2004/258 hadden moeten worden uitgelegd.

28 Dit middel bestaat uit twee onderdelen.

29 Met het eerste onderdeel wordt het Gerecht verweten dat het in punt 29 van het bestreden arrest heeft geoordeeld dat voor de toepassing van de in artikel 4, lid 3, eerste alinea, van besluit 2004/258 neergelegde uitzondering niet hoeft te worden aangetoond dat het besluitvormingsproces ernstig zou worden ondermijnd. In dat verband stellen rekwiranten dat

het Gerecht zich ten onrechte heeft gebaseerd op de bewoordingen van deze bepaling en verwijten zij het dat zijn uitlegging van die bepaling niet in overeenstemming is met artikel 10, lid 3, VEU, artikel 15, lid 1, en artikel 298, lid 1, VWEU en met artikel 42 van het Handvest, gelezen in samenhang met artikel 52, lid 1, daarvan. Deze bepalingen vormen namelijk de weerslag van de doelstelling van een brede transparantie en van een recht op toegang tot documenten, die het Gerecht heeft miskend.

30 Volgens rekwiranten kan de ECB de drempel voor de beperking van het transparantiebeginsel niet verlagen door geen rekening te houden met het vereiste van een ernstige ondermijning van het besluitvormingsproces, hoewel dat vereiste niet wordt genoemd in artikel 4, lid 3, eerste alinea, van dit besluit, want deze drempel is in het primaire recht neergelegd.

31 De ECB overweegt dat het eerste onderdeel van het eerste middel niet-ontvankelijk moet worden verklaard. Subsidiair stelt zij dat dit onderdeel ongegrond is.

32 Met het tweede onderdeel van het eerste middel verwijten rekwiranten het Gerecht dat het de ECB in punt 54 van het bestreden arrest een ruime beoordelingsmarge heeft gelaten en aldus de omvang van zijn rechterlijke toetsing heeft beperkt, hetgeen in strijd is met het primaire recht, zodat de beoordeling in punt 43 en verder van dat arrest onjuist is. Zij menen dat de toegang tot documenten vanwege het belang van het transparantiebeginsel geen kwestie is die aan beoordeling onderhevig is. Artikel 52 van het Handvest vereist volgens hen dat de eventuele beperkingen op dat beginsel evenredig zijn en de voorwaarden voor de toepassing ervan volledig getoetst kunnen worden.

33 Volgens de ECB is dit onderdeel niet-ontvankelijk en in elk geval ongegrond.

### *Beoordeling door het Hof*

34 Met betrekking tot het eerste onderdeel van het eerste middel in hogere voorziening moet in herinnering worden gebracht dat het voorwerp van het geschil voor het Gerecht volgens artikel 170, lid 1, tweede volzin, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof in hogere voorziening niet mag worden gewijzigd. Zoals volgt uit vaste rechtspraak van het Hof zou een partij, wanneer zij voor het eerst voor het Hof een grief zou mogen aanvoeren die zij voor het Gerecht niet heeft aangevoerd, bovendien in feite bij het Hof (die een beperkte bevoegdheid in hogere voorziening heeft) een geschil aanhangig mogen maken met een ruimere strekking dan het geschil waarvan het Gerecht kennis heeft genomen. In hogere voorziening is het Hof dus alleen bevoegd om de beoordeling door het Gerecht van de daarvoor bepleite middelen en argumenten te onderzoeken (zie met name beschikking van 15 januari 2020, BS/Parlement, C-642/19 P, niet gepubliceerd, EU:C:2020:32, punt 24).

35 De uitlegging van de aangehaalde bepalingen van primair recht, zoals voorgesteld door rekwiranten, kan enkel met vrucht worden ingeroepen ter onderbouwing van een exceptie van onwettigheid van artikel 4, lid 3, eerste alinea, van besluit 2004/258. Uit de bewoordingen van deze bepaling vloeit namelijk voort dat de ECB de toegang tot haar documenten heeft willen weigeren zodra aan de voorwaarden van die bepaling is voldaan.

36 Deze bepaling maakt echter in het geheel geen melding van een voorwaarde zoals rekwiranten aandragen. De opvatting dat voor weigering van toegang tot de documenten van de ECB op grond van artikel 4, lid 3, eerste alinea, van besluit 2004/258 een andere voorwaarde geldt dan daarin is omschreven, is derhalve een uitlegging contra legem van deze bepaling.

37 Onder die omstandigheden en omdat rekwiranten voor het Gerecht niet uitdrukkelijk hebben aangevoerd dat artikel 4, lid 3, eerste alinea, van besluit 2004/258 daardoor het transparantiebeginsel ondermijnt dat is neergelegd in de bepalingen van het VWEU of van het Handvest – die zij inroepen – moet worden overwogen dat een dergelijke exceptie van onwettigheid in eerste aanleg niet is opgeworpen en dus niet voor het eerst in hogere voorziening kan worden aangevoerd.

38 Een argument dat niet in eerste aanleg is aangevoerd, vormt evenwel geen nieuw middel dat in hogere voorziening niet-ontvankelijk is wanneer het slechts een verdere uitwerking vormt van een betoog dat reeds is ontwikkeld in het kader van een middel dat in het verzoekschrift voor het Gerecht is aangevoerd (arrest van 16 november 2017, Ludwig-Bölkow-Systemtechnik/Commissie, C-250/16 P, EU:C:2017:871, punt 29). Dit is in casu evenwel niet het geval.

39 In dat verband hebben rekwiranten in hun verzoekschrift in eerste aanleg deze bepalingen van primair recht weliswaar genoemd, maar zij zijn in dat verzoekschrift niet uitdrukkelijk ingeroepen ter ondersteuning van een betoog dat artikel 4, lid 3, eerste alinea, van besluit 2004/258 niet in overeenstemming is met deze bepalingen.

40 Daaruit volgt dat dit onderdeel van het eerste middel niet kan worden beschouwd als een uitwerking van de middelen in het verzoekschrift in eerste aanleg, aangezien het betoog van rekwiranten in eerste aanleg niet inhield dat artikel 4, lid 3, eerste alinea, van besluit 2004/258 niet in overeenstemming was met deze bepalingen van primair recht en de overeenstemming van die bepaling voor het eerst voor het Hof ter discussie wordt gesteld.

41 Dientengevolge moet het eerste onderdeel van het eerste middel in hogere voorziening niet-ontvankelijk worden verklaard.

42 Met betrekking tot het tweede onderdeel van dit middel moet worden opgemerkt dat de beoordelingsmarge die het Gerecht in punt 54 van het bestreden arrest aan de ECB heeft gelaten en de beperking van de wettigheidscontrole die het heeft uitgeoefend enkel zagen op de kwestie of door de openbaarmaking van het litigieuze document een hoger openbaar belang kon worden aangetast. Deze overwegingen hebben dus de beoordeling van het Gerecht in de punten 43 tot en met 52 van dat arrest niet kunnen verstoren. Daarin ging het niet om de vraag of het openbaar belang was ondermijnd maar om de gronden die de weigering van toegang tot een document van de ECB kunnen rechtvaardigen en om de aard van het litigieuze document. Het betoog van rekwiranten op dit punt kan dus niet slagen.

43 Met betrekking tot de punten 53 tot en met 58 van het bestreden arrest moet worden opgemerkt dat het Gerecht in die punten het middel van rekwiranten heeft onderzocht dat was ontleend aan niet-nakoming van de motiveringsplicht over de eventuele ondermijning van het besluitvormingsproces. Aangezien het voor de uitzondering in artikel 4, lid 3, eerste alinea, van besluit 2004/258 niet nodig is om aan te tonen dat het besluitvormingsproces ernstig zou worden ondermijnd, zoals het Gerecht in punt 29 van het bestreden arrest heeft geoordeeld, hadden de overwegingen over de aard en de intensiteit van de toetsing door de rechter van de Europese Unie van een eventuele ondermijning van het openbaar belang hoe dan ook geen gevolgen voor het lot van dat middel.

44 Dientengevolge moeten de argumenten van rekwiranten in het kader van het tweede onderdeel van het eerste middel worden afgewezen.

45 Gelet op het voorgaande is het eerste middel deels niet-ontvankelijk en deels ongegrond, zodat het in zijn geheel moet worden afgewezen.

### *Tweede middel*

#### *Argumenten van partijen*

46 Met hun tweede middel verwijten rekwiranten het Gerecht dat het in de punten 53 tot en met 57 van het bestreden arrest de motiveringsplicht heeft miskend die het Hof voor verordening nr. 1049/2001 heeft ontwikkeld. Met name verwijten zij het Gerecht dat het heeft erkend dat de ECB zich mag baseren op „hypothetische gevolgen" om haar weigering van toegang tot haar documenten te onderbouwen. Algemene en abstracte risico's kunnen niet volstaan om een dergelijke weigering te rechtvaardigen. De ECB heeft volgens rekwiranten niet uitgelegd op welke manier de toegang tot het gevraagde document de „ruimte om na te denken" van de ECB zou beperken en concreet en effectief het belang zou ondermijnen dat door de door haar ingeroepen uitzondering in artikel 4 van besluit 2004/258 wordt beschermd.

47 De ECB stelt voor dit middel niet-ontvankelijk en, subsidiair, ongegrond te verklaren.

#### *Beoordeling door het Hof*

48 Vooraf moet eraan worden herinnerd dat verordening nr. 1049/2001 niet van toepassing is op het litigieuze document; de toegang daartoe wordt geregeld door besluit 2004/258.

49 Met betrekking tot de vermeende schending van de vereisten op het gebied van de motivering van de handelingen van de instellingen die door het Hof voor deze verordening zijn geformuleerd en waarop rekwiranten zich beroepen, moet worden vastgesteld dat artikel 4, lid 3, tweede alinea, van die verordening weliswaar veronderstelt dat wordt aangetoond dat openbaarmaking van het document het besluitvormingsproces van de instelling ernstig zou ondermijnen, maar een dergelijk bewijs voor de uitzondering in artikel 4, lid 3, eerste alinea, van besluit 2004/258 niet is vereist. Daaruit volgt dat het Gerecht geenszins gehouden was te toetsen of de ECB een toelichting had verstrekt over het risico dat haar besluitvormingsproces ernstig zou worden ondermijnd door toegang te verstrekken tot het litigieuze document.

50 Weigering van toegang tot een document uit hoofde van artikel 4, lid 3, eerste alinea, van besluit 2004/258 veronderstelt namelijk enkel dat wordt aangetoond dat dat document met name bestemd is voor intern gebruik in het kader van beraadslagingen en voorafgaand overleg binnen de ECB, en daarnaast dat er geen sprake was van een hoger openbaar belang dat openbaarmaking van dat document gebiedt.

51 Derhalve heeft het Gerecht de vereisten voor de motivering van handelingen van de instellingen van de Unie niet miskend door in punt 55 van het bestreden arrest de motivering van het litigieuze besluit te toetsen en vervolgens vast te stellen dat daarin werd geconstateerd dat het litigieuze document een document voor intern gebruik in het kader van beraadslagingen en voorafgaand overleg binnen de raad van bestuur was, dat openbaarmaking van dat document de mogelijkheid van een doeltreffende, informele en vertrouwelijke discussie tussen de leden van de besluitvormingsorganen zou ondermijnen en derhalve de „ruimte om na te denken" van de ECB

zou beperken, en dat openbaarmaking van het litigieuze document, wanneer dit document uit zijn context zou worden gehaald, bovendien zou kunnen leiden tot ondermijning van de onafhankelijkheid van de leden van de raad van bestuur.

52 Eveneens met recht heeft het Gerecht in punt 57 van het bestreden arrest geoordeeld dat de motiveringsplicht er niet aan in de weg stond dat de ECB zich baseerde op overwegingen in verband met de hypothetische gevolgen die openbaarmaking van het litigieuze document zou kunnen hebben voor de ruimte van de ECB om na te denken.

53 Bijgevolg dient het tweede middel ongegrond te worden verklaard.

### *Derde middel*

#### *Argumenten van partijen*

54 Met hun derde middel, verdeeld in twee onderdelen, dat in wezen is gericht tegen de punten 43 tot en met 50 van het bestreden arrest, verwijten rekwiranten het Gerecht dat het de werkingssfeer heeft miskend van artikel 4, lid 3, eerste alinea, van besluit 2004/258 (documenten bestemd voor intern gebruik) en artikel 4, lid 2, tweede streepje ervan (juridische adviezen) en daarnaast deze eerste bepaling onjuist heeft uitgelegd door te oordelen dat in casu was voldaan aan de voorwaarden voor de toepassing ervan.

55 Meer bepaald voeren rekwiranten in het kader van het eerste onderdeel van het derde middel aan dat artikel 4, lid 2, tweede streepje, van besluit 2004/258, gelet op de bewoordingen ervan, betrekking heeft op „juridisch advies", terwijl artikel 4, lid 3, eerste alinea, daarvan enkel betrekking heeft op documenten met andere dan juridische adviezen. Het Gerecht wordt verweten dat het niet heeft geantwoord op de vraag of het litigieuze document een juridisch advies in de zin van deze eerste bepaling was.

56 In dat verband stellen zij dat het litigieuze document een abstract en wetenschappelijk antwoord op een rechtsvraag vormde en niet een juridisch advies, zodat het litigieuze document niet als zodanig kan worden gekwalificeerd in de zin van artikel 4, lid 2, tweede streepje van besluit 2004/258.

57 Dientengevolge had de toepassing van artikel 4, lid 3, eerste alinea, van besluit 2004/258, anders dan het Gerecht in punt 43 van het bestreden arrest heeft geoordeeld, moeten worden afgewezen vanwege het blokkerend effect van artikel 4, lid 2, tweede streepje, van dat besluit, dat een lex specialis is ten opzichte van de eerste bepaling, voor zover artikel 4, lid 2, tweede streepje, van besluit 2004/258 de uitzonderingen op het transparantiebeginsel voor dat type document uitputtend regelt.

58 In het kader van het tweede onderdeel van dat middel betwisten rekwiranten de uitlegging die het Gerecht heeft gegeven aan artikel 4, lid 3, eerste alinea, van besluit 2004/258. In dat verband herhalen zij dat artikel 4, lid 3, eerste alinea, van besluit 2004/258, net als artikel 4, lid 3, tweede alinea, van verordening nr. 1049/2001, ertoe strekt de integriteit van de interne besluitvorming van de ECB te beschermen. Het document waarvan openbaarmaking is gevraagd, valt volgens hen niet binnen de werkingssfeer van de bepaling van het besluit, want het is niet bestemd voor intern gebruik in een welomschreven besluitvormingsproces, maar is een externe analyse die ertoe dient „het buitenkader" van de bevoegdheden van de ECB af te bakenen.

59 De ECB bestrijdt deze argumenten en stelt voor het middel in zijn geheel te verwerpen.

***Beoordeling door het Hof***

60 Met betrekking tot het eerste onderdeel moet om te beginnen worden opgemerkt dat de bewoordingen van artikel 4, lid 2, tweede streepje, van besluit 2004/258 geen enkele aanwijzing bevatten dat dat een lex specialis zou zijn ten opzichte van artikel 4, lid 3, eerste alinea, van dat besluit.

61 Zoals blijkt uit die laatste bepaling ziet de uitzondering die daarin is opgenomen op documenten opgesteld of ontvangen door de ECB voor intern gebruik in het kader van beraadslagingen en voorafgaand overleg binnen de ECB, of bestemd voor gedachte-uitwisseling tussen de ECB en nationale autoriteiten.

62 Voorts sluit niets in de bewoordingen van artikel 4 van besluit 2004/258 uit dat een en hetzelfde deel van een document onder een of meer van de uitzonderingen daarin kan vallen.

63 Het Gerecht heeft in de punten 44 tot en met 47 van het bestreden arrest dus terecht geoordeeld dat de ECB bij de beoordeling van een verzoek om toegang tot bij haar berustende documenten rekening kan houden met verschillende weigeringsgronden, in casu zowel met de weigeringsgrond in artikel 4, lid 2, tweede streepje, van besluit 2004/258 als met de weigeringsgrond in artikel 4, lid 3, eerste alinea, ervan.

64 Voorts is het voor de toepassing van de uitzondering bedoeld in artikel 4, lid 3, eerste alinea, van besluit 2004/258 irrelevant dat het litigieuze document eveneens als „juridisch advies" in de zin van artikel 4, lid 2, tweede streepje, van dat besluit kan worden gekwalificeerd. De wetgever van de Unie heeft de inroepbaarheid van de uitzondering in de eerste bepaling namelijk niet afhankelijk gesteld van het feit dat de daarin bedoelde documenten geen „juridisch advies" in de zin van artikel 4, lid 2, tweede streepje, van dat besluit zijn.

65 Onder die omstandigheden moet het eerste onderdeel van het derde middel ongegrond worden verklaard.

66 Met betrekking tot het tweede onderdeel van het derde middel moet worden opgemerkt dat de toegang tot een door de ECB opgesteld of ontvangen document dat is bestemd voor intern gebruik in het kader van beraadslagingen en voorafgaand overleg binnen de ECB dan wel voor gedachte-uitwisseling tussen de ECB en de nationale autoriteiten volgens artikel 4, lid 3, eerste alinea, van besluit 2004/258 wordt geweigerd, zelfs nadat het besluit is genomen, tenzij een hoger openbaar belang openbaarmaking van dat document gebiedt.

67 In de eerste plaats moet er, wat betreft de voorwaarde van intern gebruik van documenten, aan worden herinnerd dat een externe adviseur om het litigieuze document is verzocht om de discussie binnen de besluitvormingsorganen van de ECB te verrijken en ondersteuning te bieden bij haar beraadslagingen en overleg.

68 Daartoe moet worden opgemerkt dat artikel 4, lid 3, eerste alinea, van besluit 2004/258 is opgesteld om interne voorbereidende documenten te beschermen, ook als het litigieuze document door een externe dienstverlener is opgesteld, want deze bepaling verwijst uitdrukkelijk naar een document „ontvangen" door de ECB.

69 Zoals het Gerecht in punt 49 van het bestreden arrest terecht heeft uiteengezet, wordt in het litigieuze besluit niet gesteld dat het litigieuze document een intern document is, maar dat het is bestemd voor intern gebruik.

70 Het Gerecht heeft dus in punt 41 van het bestreden arrest terecht geoordeeld dat de ECB met recht heeft kunnen overwegen dat het litigieuze document bestemd was voor intern gebruik in de zin van artikel 4, lid 3, eerste alinea, van besluit 2004/258.

71 In de tweede plaats kunnen de bewoordingen van artikel 4, lid 3, eerste alinea, van besluit 2004/258 niet aldus worden gelezen dat de bescherming daarvan is voorbehouden aan enkel die documenten die bij een welomschreven besluitvormingsproces horen. Deze bepaling veronderstelt namelijk enkel dat een document wordt gebruikt „in het kader van beraadslagingen en voorafgaand overleg binnen de ECB". Zoals de ECB stelt, kunnen beraadslagingen en voorafgaand overleg betrekking hebben op een concrete procedure, maar ook een ruimere strekking hebben en kwesties van algemene aard betreffen. Doordat deze bepaling ook ziet op documenten bestemd voor gedachte-uitwisseling tussen de ECB en nationale autoriteiten, dekt zij in ruime zin de documenten die horen bij interne procedures van de ECB.

72 Aan een dergelijke uitlegging van artikel 4, lid 3, eerste alinea, van besluit 2004/258 kan niet worden afgedaan door de oplossing die is gekozen in het arrest van 13 juli 2017, Saint-Gobain Glass Deutschland/Commissie (C-60/15 P, EU:C:2017:540), waar rekwiranten zich op beroepen.

73 In dat arrest heeft het Hof in wezen geoordeeld dat het enkel mogelijk was de toegang tot een document op grond van artikel 4, lid 3, eerste alinea, van verordening nr. 1049/2001 te weigeren voor zover het besluitvormingsproces betrekking had op het nemen van een besluit.

74 Anders dan rekwiranten stellen, hebben de bescherming van artikel 4, lid 3, eerste alinea, van besluit 2004/258 en artikel 4, lid 3, eerste alinea van verordening nr. 1049/2001 niet dezelfde strekking. De bepaling van besluit 2004/258 verwijst namelijk naar beraadslagingen en voorafgaand overleg binnen de ECB, terwijl een dergelijk bestanddeel in artikel 4, lid 3, eerste alinea, van verordening nr. 1049/2001 ontbreekt.

75 Voorts stelt artikel 4, lid 3, van die verordening de weigering van toegang tot een document afhankelijk van het feit dat het document „betrekking heeft op een aangelegenheid waarover de instelling nog geen besluit heeft genomen", maar artikel 4, lid 3, eerste alinea, van besluit 2004/258 bevat die voorwaarde niet. Integendeel, in het kader van besluit 2004/258 heeft de ECB zelfs documenten willen beschermen die betrekking hebben op een voltooid besluitvormingsproces. Volgens de bepaling van haar besluit wordt de toegang namelijk geweigerd „zelfs nadat" het besluit is genomen.

76 Bovendien heeft de ECB er bij besluit 2004/258 voor gekozen een recht op toegang tot haar documenten te verlenen onder voorbehoud van de door haar vastgestelde voorwaarden en grenzen. Dat besluit strekt er dus toe het recht op toegang te behouden, maar onder inaanmerkingneming van het specifieke karakter van deze instelling die, overeenkomstig artikel 130 VWEU, de bij haar taken behorende doelstellingen zo goed mogelijk moet kunnen verwezenlijken door de onafhankelijke uitoefening van de specifieke bevoegdheden waarover zij daartoe ingevolge het Verdrag en de statuten van het ESCB beschikt.

77 Voorts moet eraan worden herinnerd dat volgens artikel 15, lid 4, VWEU andere bepalingen van toepassing zijn op de toegang tot documenten van de ECB naargelang zij administratieve of andere taken uitoefent. Zelfs als de regels voor de toegang tot documenten van de instellingen die door deze alinea worden bestreken, moesten worden vastgesteld in overeenstemming met verordening nr. 1049/2001, kan niet worden aangenomen dat een document als het litigieuze document, dat een juridisch advies bevat over de uitlegging van artikel 14, lid 4, van Protocol nr. 4 betreffende de statuten van het Europees Stelsel van centrale banken en van de ECB, een document is dat betrekking heeft op de uitoefening van de administratieve taken van de ECB.

78 Daaruit volgt dat artikel 4, lid 3, tweede alinea, van verordening nr. 1049/2001 enkel voorziet in weigering van toegang tot een document met betrekking tot een concreet besluit, terwijl de bescherming van de vertrouwelijkheid van de documenten van de ECB in het kader van artikel 4, lid 3, eerste alinea, van besluit 2004/258 ook wordt gewaarborgd als die documenten niet zijn opgesteld in het kader van een proces dat uitloopt op een dergelijk besluit.

79 Het Gerecht heeft dus zonder blijk te geven van een onjuiste rechtsopvatting bij de uitlegging van artikel 4, lid 3, eerste alinea, van besluit 2004/258 het betoog in eerste aanleg van rekwiranten verworpen.

80 Het tweede onderdeel van het derde middel in hogere voorziening moet dus ongegrond worden verklaard. Als gevolg daarvan moet het derde middel in zijn geheel van de hand worden gewezen.

### *Vierde middel*

#### *Argumenten van partijen*

81 Met hun vierde middel verwijten rekwiranten het Gerecht dat het er in de punten 62 tot en met 72 van het bestreden arrest aan voorbij is gegaan dat openbaarmaking van het litigieuze document wordt gerechtvaardigd door een hoger openbaar belang.

82 Zij voeren in dat verband aan dat zelfs indien was voldaan aan de voorwaarden voor de toepassing van de uitzondering van artikel 4, lid 3, eerste alinea, van besluit 2004/258, er een hoger openbaar belang zou zijn bij openbaarmaking van het litigieuze document.

83 Overwegingen in verband met de toetsing van de wetmatigheid van het optreden van de ECB pleiten daarvoor. Het is immers van openbaar belang dat, in voorkomend geval, de onwettigheid van een besluit van de ECB wordt vastgesteld. Bovendien blijkt uit overweging 1 van besluit 2004/258 dat grotere openheid zorgt voor meer betrokkenheid van de burgers bij besluitvormingsprocessen. Tot slot verwijten rekwiranten het Gerecht dat het de betrokken belangen heeft gewogen zonder concreet en omstandig aan te geven hoe de belangen van de ECB zouden worden ondermijnd.

84 Voorts overwegen rekwiranten dat het Gerecht, door te oordelen dat bewijs van een ernstige ondermijning van het besluitvormingsproces niet vereist was en zodoende de omvang van zijn toetsing te beperken tot machtsmisbruik, zijn toetsing of er een hoger openbaar belang is, heeft gevestigd op een onjuist criterium. Noch voor de bescherming van juridisch adviezen noch voor de bescherming van het interne besluitvormingsproces is namelijk vast komen te staan dat sprake is van een risico of ernstige ondermijning.

85 Anders dan het Gerecht heeft gemeend, is de inaanmerkingneming van abstracte en zuiver hypothetische gegevens derhalve onvoldoende om het risico van ondermijning van het beschermde belang te rechtvaardigen.

86 De ECB overweegt dat dit middel niet-ontvankelijk is en, subsidiair, ongegrond.

***Beoordeling door het Hof***

87 Wat dit middel betreft, moet worden vastgesteld dat de argumenten van rekwiranten over het oordeel van het Gerecht dat een hoger openbaar belang ontbreekt, een herhaling vormen van hun betoog in eerste aanleg. Met hun argumenten beogen rekwiranten in werkelijkheid dus een nieuw onderzoek van het bij het Gerecht ingediende verzoekschrift, waartoe het Hof niet bevoegd is (zie met name arrest van 9 september 2015, Lito Maieftiko Gynaikologiko kai Cheirourgiko Kentro/Commissie, C-506/13 P, EU:C:2015:562, punten 62 en 63).

88 Het betoog van rekwiranten dat het aan de ECB staat om aan te tonen dat het besluitvormingsproces ernstig ondermijnd is, berust op een onjuiste veronderstelling, aangezien een dergelijk bewijs in het kader van de uitzondering in artikel 4, lid 3, eerste alinea, van besluit 2004/258 niet vereist is. In punt 43 van het onderhavige arrest is dat al opgemerkt. Zoals volgt uit dat punt, is het betoog van rekwiranten over het bewijs van een ernstige ondermijning van het besluitvormingsproces niet ter zake dienend.

89 Dientengevolge moet dat middel gedeeltelijk niet-ontvankelijk en gedeeltelijk niet ter zake dienend worden verklaard.

90 Uit een en ander volgt dat geen van de door rekwiranten aangevoerde middelen in hogere voorziening kan slagen.

91 Mitsdien dient de hogere voorziening in haar geheel te worden afgewezen.

**Kosten**

92 Volgens artikel 138, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof, dat krachtens artikel 184, lid 1, van dat Reglement van toepassing is op de procedure in hogere voorziening, wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dat is gevorderd. Aangezien rekwiranten in het ongelijk zijn gesteld, moeten zij overeenkomstig de vordering van de ECB in de kosten worden verwezen.

Het Hof (Eerste kamer) verklaart:

**1) De hogere voorziening wordt afgewezen.**

**2) Fabio De Masi en Yanis Varoufakis worden verwezen in de kosten.**

ondertekeningen