

Transparantie en democratische legitimiteit in de wetgevingsprocedure Quo vaditis, trialogi?

3

M. Chamon*

Wetgeving op EU-niveau komt vandaag niet meer tot stand zonder dat de instellingen informeel onderhandelen via de zogenaamde trialogen. Hoewel de trialogen van vitaal belang (doch niet onontbeerlijk) lijken voor een effectieve besluitvorming, doen ze ook de vraag rijzen in hoeverre het eigenlijke besluitvormingsproces nog conform de Verdragen verloopt. Deze bijdrage concludeert dat vanuit constitutioneel perspectief vooral bedenkingen geuit kunnen worden m.b.t. de problematische transparantie van de trialogen.

I. Inleiding

‘De Grondwet van een staat moet een helder inzicht geven in de machtsverhoudingen en de manieren van besluitvorming in die staat.’¹ Aan deze maatstaf toetst Wilfried Dewachter de Belgische Grondwet om te concluderen dat het idee van de parlementaire democratie een mythe is en dat de Grondwet ‘haaks [staat] op het werkelijke politieke verloop’.² Eenzelfde analyse zou kunnen gemaakt worden voor Nederland, de andere EU-lidstaten en menig andere democratie: de primordiale positie die het parlement formeel geniet (althans in parlementaire systemen), wordt in de praktijk verdrongen door een overwicht voor de uitvoerende macht. Maar geldt deze analyse ook voor de EU zelf? Heeft het Europees Parlement niet stelselmatig aan macht en invloed gewonnen sinds de Europese Akte?³ Hoewel het Europees Parlement op dit punt inderdaad verschilt van zijn nationale tegenhangers, geldt ook voor de EU dat haar constitutionele handvest geen accuraat beeld schetst van hoe de besluitvorming in de praktijk geschiedt.

Hoewel het slechts een deel van de verklaring is, heeft een en ander te maken met het feit dat de EU, net zoals België en Nederland, een pacificatiedemocratie is. In het

werk van Arend Lijphart wordt deze democratie ook wel aangeduid als een *consociational democracy* waarin beleid eerder steunt op een brede consensus tussen partijen en actoren dan op de toevallige meerderheid van het moment.⁴ Dit zoeken naar consensus geeft stabiliteit aan politieke entiteiten die zeer gefragmenteerd zijn, wat bij uitstek geldt voor een politiek construct als de EU. Het betekent doorgaans ook dat de formele besluitvormingsregels zoals vastgelegd in een constitutioneel document in de praktijk niet zonder meer gevolgd worden, indien en voor zover dit vereist is om een consensus te bouwen. In wat volgt zal nader ingegaan worden op de gewone wetgevingsprocedure die wordt uiteengezet in artikel 294 VWEU. Daarbij hoeft men de EU-instellingen niet van binnenuit te kennen om te weten dat de zogenaamde trialogen in de praktijk cruciaal zijn geworden om wetgeving aan te nemen, hoewel artikel 294 VWEU hierover met geen woord reept.

Hoewel de trialogen gezien kunnen worden als een concrete toepassing van het beginsel van loyale samenwerking tussen de instellingen (vervat in artikel 13 lid 2 VEU), houdt dit nog niet in dat zij Verdragsconform zijn. Hiervoor moet ook nagegaan worden welke impact de trialogen hebben (i) op de prerogatieven van de instellingen, zoals formeel vastgelegd in de Verdragen en (ii) op de vereiste dat de besluitvorming op EU-niveau democratisch dient te verlopen. Een en ander zal hierbij besproken worden in het licht van recente ombudsprudentie en rechtspraak.

2. De gewone wetgevingsprocedure: theorie

Het Verdrag van Lissabon introduceerde de verplichting voor de Raad om in openbaarheid te beraadslagen over voorstellen tot wetgevende handelingen (artikel 16 lid 8 VEU) en herdoopte de medebeslissingsprocedure tot de gewone wetgevingsprocedure, zonder evenwel iets te wijzigen aan het eigenlijk verloop van de procedure. Deze

* Dr. Merijn Chamon is postdoctoraal onderzoeker van het FWO Vlaanderen, verbonden aan het Ghent European Law Institute, Universiteit Gent (Jean Monnet Centre of Excellence).

1 Wilfried Dewachter, *De mythe van de parlementaire democratie – Een Belgische analyse*, Leuven: Acco 2003, p. 15.

2 Ibid.

3 Marie-Clotilde Runavot, ‘La réorientation de la parlementarisation du droit de l’UE: “enquête” sur la notion de démocratie représentative’, in: Cathérine Haguenau-Moizard & Christian Mestre, *La démocratie dans l’Union européenne*, Bruxelles: Bruylant 2018, p. 42.

4 Arend Lijphart, *Patterns of democracy: government forms and performance in thirty-six countries*, New Haven: Yale University Press 2012, p. 40-45.

vond zijn huidige vorm in het Verdrag van Amsterdam. De krachtlijnen van de procedure zijn de volgende: elk wetgevend initiatief start exclusief bij de Europese Commissie die een voorstel toestuurt aan Raad en Parlement.⁵ Beide instellingen hebben vervolgens drie 'lezingen' om 'pingponggewijs' een akkoord te vinden over een identieke tekst. Vanaf de tweede lezing gelden daarbij tijdslijmieten: eenmaal Parlement en Raad de eerste lezing hebben afgerond door elk hun standpunt vast te stellen, moet de procedure worden afgerond binnen een termijn van ongeveer 14 maanden. Doorheen de procedure staan Parlement en Raad op gelijke voet. Hoewel de Europese Commissie geen veto heeft over de besluitvorming moet opgemerkt worden dat haar rol niet is uitgespeeld nadat ze een voorstel heeft neergelegd. In het licht van de standpuntbepalingen en onderhandelingen kan de Commissie haar voorstel wijzigen. Daarbij kan de Raad slechts met eenparigheid een (geactualiseerd) voorstel van de Commissie wijzigen en indien het Parlement, in tweede lezing, het standpunt van de Raad amendeert, kan de Raad het standpunt van het Parlement enkel bekrachtigen met een gekwalificeerde meerderheid indien de Commissie hierover positief adviseert. Bij een negatief advies van de Commissie kan de Raad enkel met unanimité bekrachtigen.⁶ Bij uitzondering kan de Commissie ook een voorstel intrekken, indien ze van mening is dat het Parlement en de Raad haar voorstel dusdanig zouden wijzigen dat de oorspronkelijke opzet van het voorstel ondermijnd zou worden.⁷ Het Parlement beslist doorheen de procedure met een meerderheid van de uitgebrachte stemmen, tenzij het in de tweede lezing van de procedure het standpunt (in eerste lezing) van de Raad amendeert of verwierpt. In die gevallen moet het Parlement beslissen met een meerderheid van de leden.

Een formele lezing van artikel 294 VWEU doet vermoeden dat de twee medewetgevers en de Commissie slechts op specifieke punten met elkaar interageren en dat tussen deze punten de drie instellingen 'intern' hun posities bepalen: nadat de Commissie haar voorstel neerlegt, bepaalt het Parlement zijn positie. Eenmaal die is vastgesteld, wordt deze gecommuniceerd aan de Raad, waarna die aan de slag gaat en zijn standpunt vaststelt, enz. Enkel in de derde lezing zien we een simultaan optreden van de instellingen aangezien dan een 'bemiddelingscomité' wordt samengeroepen. In dit comité zetelen vertegenwoordigers van het Parlement en de Raad, ondersteund door de Commissie, om een akkoord te vinden over een gemeenschappelijke tekst. Het is in deze derde lezing dat de trialogen, die hun oorsprong vinden in de begrotingsprocedure, in de wetgevingsprocedure werden

geïntroduceerd en wel om het werk van het bemiddelingscomité voor te bereiden.⁸

3. De gewone wetgevingsprocedure: praktijk

In realiteit verloopt de procedure van artikel 294 VWEU helemaal niet beurtelings maar nagenoeg volledig simultaan. Dit is het gevolg van de veralgemening van de trialogen, die nu ook plaatsvinden in eerste en tweede lezing. De trialogen houden in dat delegaties van de drie instellingen relatief informeel en achter gesloten deuren samenzitten, en in verschillende rondes (zoveel als nodig) een compromistekst uitwerken. Deze compromistekst wordt nadien, overeenkomstig de formele procedure van artikel 294 VWEU, door de beide wetgevers bekrachtigd. Meer in detail beschrijven Roederer-Rynning en Greenwood de trialogen als een drielaagig proces bestaande uit de politieke trialogen, de technische trialogen en de informele bilaterale contacten tussen het Parlement en de Raad.⁹ De informele contacten vinden voornamelijk plaats voorafgaand aan de eigenlijke trialogen en leggen er de basis voor. De politieke en technische trialogen wisselen elkaar af en bouwen op elkaar voort. In de politieke trialogen wordt de delegatie van het Europees Parlement geleid door de voorzitter van de verantwoordelijke parlementaire commissie die verder bestaat uit de rapporteur en schaduwrapporteurs, bijgestaan door hun ondersteunde diensten. De Raad wordt vertegenwoordigd door zijn voorzitterschap. De delegatie van de Commissie bestaat ten slotte uit de diensten van de bevoegde commissaris.¹⁰ In de trialogen onderhandelen de medewetgevers aan de hand van tabellen met vier kolommen, waarbij het origineel Commissievoorstel, de amendementen van het Parlement, de positie van de Raad en de (voorlopige) uitkomst van de onderhandelingen opgelijst staan. Eenmaal een compromis bereikt wordt over de gehele tekst, wordt de compromistekst conform de formele besluitvormingsprocedure goedgekeurd.

3.1. De wonderbaarlijke vermenigvuldiging van de trialogen

Hoe valt de wonderbaarlijke vermenigvuldiging van de trialogen te verklaren? De informaliteit van de trialogen staat toe aan de Uniewetgever om op effectieve wijze compromissen te bereiken, niettegenstaande de zware procedurele vereisten onder de formele procedure van artikel 294 VWEU.¹¹ Het is die informaliteit die ook de

5 Bij uitzondering kunnen ook de lidstaten wetgevingsvoorstellen indienen, zie artikel 76 sub b VWEU. Daarnaast hebben instellingen zoals het Parlement, het Hof en de ECB ook in uitzonderlijke gevallen een initiatiefrecht.

6 Deze verhoogde besluitvormingsdrempel geldt niet in de derde lezing.

7 Dit is niet als dusdanig voorzien in het Verdrag, maar werd bevestigd door het Hof van Justitie. Zie HvJ EU, C-409/13, ECLI:EU:C:2015:217 (*Raad/Commissie*).

8 Katrin Huber & Michael Shackleton, 'Codecision: a practitioner's view from inside the Parliament', (2013) 20 *JEPP* 7, p. 1043.

9 Christilla Roederer-Rynning & Justin Greenwood, 'The culture of trilogues', (2015) 22 *JEPP* 8, p. 1153-1156.

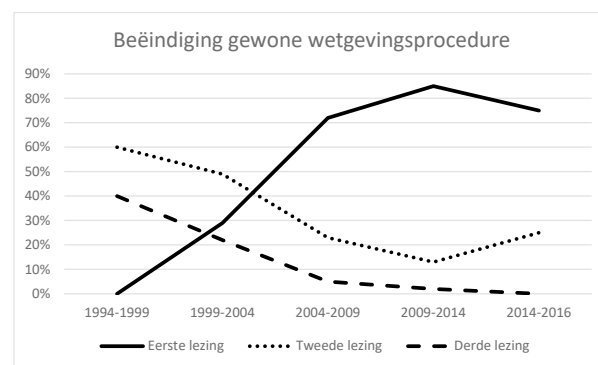
10 Zie Koen Lenaerts & Piet Van Nuffel, *Europees Recht*, Antwerpen: Intersentia 2017, p. 429.

11 Deirde Curtin & Päivi Leino, 'In Search of Transparency for EU Law-Making: Trilogues on the Cusp of Dawn', (2017) 54 *CML Rev.* 6, p. 1681; Anne Elizabeth Stie, *Democratic Decision-making in the EU – Technocracy in Disguise?*, London: Routledge, 2012, p. 62-63.

nodige marge creëert om een consensus te bouwen in een EU met een pluraliteit aan belangen en partijen.¹² Von Achenbach gaat nog verder en stelt dat die trialogen een functioneel deficit van de medebeslissingsprocedure opvangen: daadwerkelijk wetgeving aannemen vereist een effectieve samenwerking tussen de instellingen, maar de beurtelinge dialoog die artikel 294 VWEU voorschrijft doet volgens Achenbach de bestaande meningsverschillen eerder escaleren dan ze glad te strijken,¹³ waardoor de nood aan een parallelle (en effectieve) besluitvorming ontstaat. Gesteld in de termen van Lijpharts theorie van de pacificatiedemocratie (zie eerder): de formele besluitvormingsprocedure waarmee de EU behept werd, is te gebrekkig of disfunctioneel om tot politieke consensus en wilsvorming te komen in een gefragmenteerd politiek systeem zoals de EU. Het resultaat is een parallel (en informeel) besluitvormingsproces in de vorm van de trialogen.

Nadat het Verdrag van Amsterdam de medebeslissingsprocedure zo aanpaste dat nieuwe wetgeving reeds in eerste lezing kon worden aangenomen (i.p.v. pas in tweede lezing), lieten de drie instellingen optekenen dat de trialogen in 'het bemiddelingscomité hun nut hebben bewezen. De instellingen bevestigen dat deze contacten moeten worden uitgebouwd over de gehele medebeslissingsprocedure.'¹⁴ Daarbij werd afgesproken dat ernaar gestreefd wordt om wetgevingsprocedures te concluderen in eerste lezing.¹⁵ In de herziene Gemeenschappelijke Verklaring m.b.t. de medewetgevingsprocedure van 2007 werden de trialogen ook bij naam genoemd en werden de modaliteiten om trialoogakkoorden te formaliseren in detail vastgesteld.¹⁶ Daarbij kan een onderscheid gemaakt worden tussen de volgende types akkoorden,¹⁷ naargelang de fase in de formele besluitvormingsprocedure: bij een (i) (vroegtijdig) akkoord in eerste lezing resulteren de trialogen in een akkoord dat door het Parlement (plenair) wordt goedgekeurd als zijn standpunt en nadien ook bevestigd wordt door de Raad. Indien het onderhandelingsmandaat voor de trialogen eerst wordt aangenomen door de plenaire vergadering, i.p.v. de bevoegde parlementaire commissie, kan de plenaire vergadering via een 'gedeeltelijke stemming' een standpunt

in eerste lezing aannemen. Eenmaal een compromis is bereikt in de trialogen, wordt dit compromis door het Parlement in eerste lezing als definitief standpunt aangenomen, waarna het kan bevestigd worden door de Raad.¹⁸ Bij een (ii) 'vroegtijdig akkoord in tweede lezing' (early second reading agreement) neemt het Parlement zijn formele standpunt aan vooraleer er een compromis bereikt wordt in de trialogen. Op basis van dit standpunt wordt verder onderhandeld (in de trialogen) waarna de Raad het akkoord aanneemt als zijn standpunt. Hiermee wordt de eerste lezing formeel afgesloten. Aangezien het standpunt van de Raad de compromistekst behelst, wordt het niet meer behandeld in de bevoegde parlementaire commissie in tweede lezing, maar meteen ter goedkeuring voorgelegd aan de plenaire vergadering van het Parlement.¹⁹ Bij een (iii) (gewoon) akkoord in tweede lezing behandelt de bevoegde parlementaire commissie wel nog het standpunt van de Raad in eerste lezing. De amendementen waarover het Parlement in zijn plenaire vergadering stemt, zijn dan in de trialogen doorgenomen met de Raad en Commissie, waardoor de Raad in tweede lezing dit akkoord enkel hoeft te formaliseren.²⁰ De grafiek²¹ hierna laat zien dat de trialogen zo succesvol zijn dat van een derde lezing in de praktijk nooit meer sprake is.²²



12 Zie supra, noot 4.

13 Jelena von Achenbach, 'Verfassungswandel durch Selbstorganisation: Trilogie im Europäischen Gesetzgebungsverfahren', (2016) 55 *Der Staat* 1, p. 26-27.

14 Zie de Preamble van de Gemeenschappelijke Verklaring over de wijze van uitvoering van de nieuwe medebeslissingsprocedure, *PbEG* 1999, C 148/1.

15 *Ibid.*, para. 1.

16 Zie de Gemeenschappelijke Verklaring over de wijze van uitvoering van de medebeslissingsprocedure, *PbEU* 2007, C 145/5.

17 Zie hierover ook Lenaerts & Van Nuffel 2017, *supra*, noot 10, p. 431-433.

18 Zie bijv. Wetgevingsresolutie van het Europees Parlement van 17 april 2018 over het voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende bindende jaarlijkse broeikasgasemissiereducties (P8_TA(2018)0097) dat de gedeeltelijke stemming over de Amendementen van het Europees Parlement aangenomen op 14 juni 2017 op het voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende bindende jaarlijkse broeikasgasemissiereducties (P8_TA(2017)0256) vervangt.

19 Zie Edward Best, *Understanding EU Decision-making*, Berlin: Springer 2016, p. 57-58.

20 *Ibid.*, p. 58.

21 De data in deze figuur werden uit de Verslagen der werkzaamheden van het Europees Parlement genomen. Zie Europees Parlement, Verslag van de Werkzaamheden van 1 mei 2004 tot en met 13 juli 2009 van de delegaties in het Bemiddelingscomité, p. 10; European Parliament, Activity Report on the Ordinary Legislative Procedure – 4 July 2014 – 31 December 2016, p. 10. 'Spoedige akkoorden in tweede lezing' worden hierbij beschouwd als tweede-lezing-akkoorden.

22 Dit 'succes' van de trialogen was niet geheel geanticipeerd. Zo merkte Shackleton juist na de inwerkingtreding van het Verdrag van Amsterdam nog op: 'It is unlikely that the possibility provided under the new Treaty of reaching agreement at first reading without the Council having to adopt a common position will be used on a widespread basis.' Zie Michael Shackleton, 'The Politics of Co-decision', (2000) 38 *JCMS* 2, p. 340.

4. Trialogen: een constitutioneel perspectief

Aangezien de trialogen in de wetgevingspraktijk van wezenlijk belang zijn, maar niet als dusdanig voorzien zijn in artikel 294 VWEU stelt zich de vraag hoe zij geëvalueerd moeten worden in het licht van het constitutioneel handvest van de EU. Von Achenbach kwalificeert de trialogen als een geval van grondwetsontwikkeling door zelforganisatie (*Verfassungsentwicklung durch Selbstorganisation*). Algemeen kunnen er volgens haar drie types van zulke verdere ontwikkeling ontwaard worden: vooreerst kan via een formele grondwetswijziging een eerder gegroeide institutionele praktijk gecodificeerd worden. In een tweede type kan een bepaalde institutionele praktijk de grondwettelijke regels *praeter legem* aanvullen. De praktijk die tot stand komt via zelforganisatie vervult dan een functie waar de grondwet niet in heeft voorzien, maar laat daarbij de toepassing en functie van de bestaande grondwettelijke regels onverlet. In een derde type wordt de oorspronkelijke ratio of functie van een grondwettelijke regel gesubstitueerd en wordt de grondwettelijke regeling louter nog formeel nageleefd.²³ Op het eerste gezicht lijken de trialogen onder het tweede type te vallen: zij zijn niet als dusdanig voorzien in artikel 294 VWEU, maar vullen de bepalingen van dit artikel aan, zonder de functie van de gewone wetgevingsprocedure te wijzigen. Een en ander hangt natuurlijk af van hoe men (op een eerder abstract niveau) de functie van deze procedure en de functie van de trialogen kwalificeert. Von Achenbach zelf komt dan ook tot de conclusie dat de praktijk van de trialogen onder het derde type grondwetsontwikkeling vallen. Volgens haar wordt de oorspronkelijke functie van de medebeslissingsprocedure, zijnde een mechanisme om tot politieke wilsvorming te komen, vervangen door een nieuwe functie: de goedkeuring van een exogeen compromis. Tezelfdertijd merkt von Achenbach op dat de instellingen hierbij handelen in lijn met het beginsel van loyale samenwerking: aangezien de complexe procedure van artikel 294 VWEU volgens haar een obstakel is voor het bereiken van een compromis (vgl. *supra*), hebben de instellingen een praktijk uitgewerkt die het (alsnog) mogelijk maakt constructief samen te werken.²⁴

Echter, ook al zouden de trialogen ingegeven zijn door het beginsel van loyale samenwerking, dit betekent nog niet dat zij ook Verdragsconform zijn. Het is immers vaste rechtspraak van het Hof dat een praktijk van de instellingen geen afbreuk kan doen aan de procedureregels voorgeschreven door de Verdragen²⁵ en dat ook een beroep op het beginsel van loyale samenwerking hiertoe geen soelaas biedt.²⁶ De twee meest relevante constitutionele maatstaven waaraan de trialogen verder getoetst moeten worden zijn dan het beginsel van institutioneel evenwicht vervat in artikel 13 lid 2 VEU dat in casu een specifieke expressie krijgt in artikel 294 VWEU en de vereiste van een democratische besluitvorming zoals voorgeschreven door artikel 10 VEU.

4.1. Trialogen en het institutioneel evenwicht

Hoewel de EU-Verdragen het institutioneel evenwicht niet als dusdanig als een beginsel van het Unierecht kwalificeren, volgt dit wel uit de rechtspraak van het Hof²⁷ en bepaalt artikel 13 lid 2 VEU dat '[i]edere instelling binnen de grenzen van de bevoegdheden die haar in de Verdragen zijn toegeedeeld [handelt] en volgens de daarin bepaalde procedures, voorwaarden en doelstellingen.' De precieze inhoud en functie van het institutioneel evenwicht als grondwettelijk beginsel zijn nog steeds gecontesteerd,²⁸ maar op zijn minst verlangt het institutioneel evenwicht dat de instellingen hun bevoegdheden uitoefenen overeenkomstig de procedures voorzien in de Verdragen (zoals expliciet te lezen valt in artikel 13 lid 2 VEU). Daarbovenop komen nog één positieve en één negatieve verplichting: een instelling mag in het uitoefenen van haar bevoegdheden niet raken aan de prerogatieven van een andere instelling én een instelling moet elke andere instelling ook toelaten om haar rol in de institutionele structuur van de Unie op te nemen, opdat de doelstellingen van de Unie verwezenlijkt zouden kunnen worden.²⁹ Indien het institutioneel evenwicht aldus geconcipieerd wordt, stellen zich de volgende vragen: (1) vormen de trialogen een inbreuk op de procedure zoals voorgeschreven door artikel 294 VWEU, (2) worden de prerogatieven van een der instellingen geschonden door de praktijk van de trialogen en (3) wordt een der instellingen in het vervullen van haar institutionele rol gehinderd? Op het eerste gezicht kan geen van deze drie vragen positief beantwoord worden. Zoals reeds gesteld vinden de trialogen *praeter*

23 Jelena von Achenbach, 'Verfassungswandel durch Selbstorganisation: Trilogie im Europäischen Gesetzgebungsverfahren', (2016) 55 *Der Staat* 1, p. 2-3.

24 *Ibid.*, p. 27.

25 Zie o.a. HvJ EG, C-327/91, ECLI:EU:C:1994:305, r.o. 36 (*Frankrijk/Commissie*); HvJ EG, Advies 1/94, ECLI:EU:C:1994:384, r.o. 52, m.b.t. GATS & TRIPS; HvJ EG, C-426/93, ECLI:EU:C:1995:367, r.o. 21 (*Duitsland/Raad*); Conclusie van A-G M. Poiares Maduro in C-133/06, ECLI:EU:C:2007:551, r.o. 29 (*Parlement/Raad*).

26 Zie HvJ EU, C-28/12, ECLI:EU:C:2015:282, r.o. 55 (*Commissie/Raad*); HvJ EU, C-5/16, ECLI:EU:C:2018:483, r.o. 90 (*Polen/Parlement en Raad*).

27 Zie o.a. HvJ EU, C-5/16, ECLI:EU:C:2018:483, r.o. 84 (*Polen/Parlement en Raad*); HvJ EU, C-73/14, ECLI:EU:C:2015:663, r.o. 61 (*Raad/Commissie*).

28 Zie o.a. Desmond Johnson, 'The institutional balance as an agent of transformation in the EU constitutional order: reconciling the simultaneous rise of the European Parliament and European agencies', (2017) 6 *Cambridge International Law Journal* 2, p. 206-207; Katja Michel, *Institutionelles Gleichgewicht und EU-Agenturen – Eine Analyse unter besonderer Berücksichtigung der European Banking Authority*, Berlin: Duncker & Humblot 2015, p. 86-90; Merijn Chamon, 'The Institutional Balance, an ill-fated principle of EU law?', (2015) 21 *E.P.L.* 2, p. 372-380.

29 Zie Christophe Hillion, 'Conferral, Cooperation and Balance in the Institutional Framework of EU External Action', in: M. Cremona (red.), *Structural Principles in EU External Relations Law*, Oxford: Hart Publishing 2018, p. 121. Dit valt te verzoenen met Le Bot die de functie van het institutioneel evenwicht ziet als het beschermen van de fundamentele elementen van de institutionele structuur van de Unie, ervan uitgaande dat de institutionele structuur geen doel op zich is, maar een middel om de doelstellingen van de Unie te bereiken. Zie Fabien Le Bot, *Le principe de l'équilibre institutionnel en droit de l'union européenne* (diss. Paris Université Panthéon-Assas), 2012, p. 243.

legem plaats, maar laten ze de formele procedure van artikel 294 VWEU intact. Het argument dat von Achenbach hiertegen uitwerkt (zie eerder), veronderstelt dat de Verdragen de formele procedure van artikel 294 VWEU concipiëren als enig mogelijk medium om tot politieke wilsvorming te komen. Anders gesteld, de procedure van artikel 294 VWEU zou niet louter dienen om politieke wilsvorming te formaliseren, maar is (de enige mogelijke wijze van) politieke wilsvorming. Zo een interpretatie lijkt evenwel bijzonder vergaand. Hoewel het verder niet uit te sluiten valt dat een instelling zou instemmen met het ondermijnen van haar eigen prerogatieven en/of constitutionele rol, doet het consensuele karakter van de trialogen alvast vermoeden dat ook de tweede en derde vraag negatief beantwoord moeten worden.

Een en ander doet uiteraard niets af aan het feit dat, politiek gezien, het opmerkelijk is dat een instelling zoals het Parlement zich schikt in de trialogen. Daar waar het eerder natuurlijk is voor de Raad, alwaar een diplomatieke besluitvormingscultuur nog steeds dominant is,³⁰ om een voorkeur te hebben voor besloten en geheime onderhandelingen, lijkt het ongepast voor een vergadering van rechtstreeks verkozen volksvertegenwoordigers om de formele wetgevingsprocedure te gebruiken als façade voor informele besluitvorming. Als instelling is het Parlement ook altijd kritisch geweest voor de trialogen,³¹ zonder ze evenwel de wacht aan te zeggen. Van de drie instellingen is het dan ook voornamelijk het Europees Parlement dat gepoogd heeft om de trialogen te formaliseren. Zo is afdeling 3 (getiteld interinstitutionele onderhandelingen bij de gewone wetgevingsprocedure) van hoofdstuk 3 van het intern reglement van het Parlement gewijd aan de interne procedureregels van toepassing op de trialogen. Daarenboven is een ‘Gedragscode voor onderhandelingen over dossiers volgens de gewone wetgevingsprocedure’ opgenomen in het reglement als bijlage XXI. De doelstelling van deze formalisering lijkt te zijn om een gemeenschappelijk raamwerk te creëren waarbinnen de parlementaire commissies (die elk hun eigen trialoogpraktijken hebben uitgewerkt)³² moeten opereren en waardoor gegarandeerd wordt dat er geen trialogen plaatsvinden zonder (impliciete)³³ toestemming van de plenaire vergadering. Het intern reglement ziet er dus op toe dat de onderhandelingen in de trialogen namens het Parlement als instelling plaatsvinden.

Von Achenbach merkt daarentegen op dat de trialogen het evenwicht tussen de Raad en het Parlement (kunnen) verschuiven, aangezien (i) het Parlement geen toegang heeft tot de deliberaties in de werkgroepen van de Raad en het COREPER, wat leidt tot informatieasymmetrie en (ii) de Commissie hier wel toegang toe heeft waardoor zij haar rol als *honest broker* niet meer zou kunnen vervullen.³⁴ Dit lijken echter geen pertinente bezwaren onder het beginsel van institutioneel evenwicht. Dit beginsel verlangt immers niet dat er een werkelijk evenwicht is tussen de instellingen, wel dat de relevante procedures gevolgd en de prerogatieven van de instellingen gerespecteerd worden. Ook indien de Verdragsauteurs deze procedures en prerogatieven onevenwichtig definiëren (bijv. in het voordeel van de Raad), doet dit niets af aan het gegeven dat dit het te respecteren institutioneel evenwicht is dat is neergelegd in de Verdragen. Verder miskent het argument m.b.t. de Commissie de eigenlijke rol van deze instelling. Raad en Parlement kunnen misschien wensen dat de Commissie louter de rol van *honest broker* vervult,³⁵ en zelfs indien de Commissie zichzelf ook erkent als facilitator,³⁶ is het de eigenlijke constitutionele taak van de Commissie om te waken over het algemeen belang, ook tijdens de trialogen nadat zij een voorstel heeft ingediend.³⁷

4.2. Trialogen en de vereiste van een democratische besluitvorming

Daar waar een analyse van de trialogen in het licht van het beginsel van institutioneel evenwicht niet meteen manifeste problemen aan het licht brengt, lijkt dit anders indien wordt nagegaan op welke wijze de trialogen bijdragen of afdoen aan de vereiste dat het wetgevingsproces op EU-niveau democratisch moet verlopen. Hierbij moet enigszins omzichtig geconcludeerd worden aangezien de notie ‘democratie’ (nog meer dan het EU-specifieke begrip ‘institutioneel evenwicht’) een *essentially contested concept* is.³⁸ Of een bepaalde (politieke) praktijk als (on)democratisch beschouwd wordt, hangt inderdaad af van de maatstaf die gehanteerd wordt.

Het Verdrag van Lissabon biedt wel enige houvast doordat het voor het eerst een titel ‘Bepalingen inzake de democratische beginselen’ omvat die een specifieke EU-notie van democratie naar voren schuift die kan dienen als maat-

30 Zie hierover ook het Strategisch Onderzoek aangevat door de Europese Ombudsman inzake de transparantie van de Raad in het wetgevend proces, OI/2/2017/TE (verder besproken in de ‘Slotbemerkingen’ bij deze bijdrage).

31 Zie bijv. punten 21-27 van de Resolutie van het Europees Parlement van 28 april 2016 over de publieke toegankelijkheid van documenten voor de periode 2014-2015, *PbEU* 2018, C 66/23; punt 29 van Resolutie van het Europees Parlement van 14 september 2011 over de toegang van het publiek tot documenten in de jaren 2009-2010, *PbEU* 2013, C 51E/72; punt 12 van de Resolutie van het Europees Parlement van 14 januari 2009 over de toegang van het publiek tot documenten van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie, *PbEU* 2010, C 46E/80.

32 Christilla Roederer-Rynning & Justin Greenwood, ‘The culture of trilogues’, (2015) 22 *JEPF* 8, p. 1157-1159.

33 Artikel 69quater van het reglement schrijft immers voor dat het onderhandelingsmandaat verstrekt wordt door de parlementaire commissie (niet door de plenaire vergadering), maar dat kan verzocht worden dat de plenaire vergadering zich hierover uitsprekt. Indien hiertoe binnen de 48 uur na bekendmaking van het mandaat in de plenaire vergadering geen verzoek komt, wordt het mandaat geacht goedgekeurd te zijn.

34 Jelena von Achenbach, ‘Verfassungswandel durch Selbstorganisation: Trilogie im Europäischen Gesetzgebungsverfahren’, (2016) 55 *Der Staat* 1, p. 34-35. Zij herhaalt hierbij de kritiek die het Europees Parlement hierover zelf geuit heeft, zie Europees Parlement, Verslag van de Werkzaamheden van 1 mei 2004 tot en met 13 juli 2009 van de delegaties in het Bemiddelingscomité, p. 13.

35 Zie bijv. Conclusie van A-G N. Jääskinen in C-409/13, ECLI:EU:C:2014:2470, punt 27 (*Raad/Commissie*).

36 Zie punt 32 van het interinstitutioneel akkoord over Beter Wetgeven, *PbEU* 2016, L 123/1.

37 Zie Merijn Chamon, ‘Grenzen aan de intrekkingsbevoegdheid van de Commissie’, *SEW* 2015, afl. 9, p. 434.

38 David Held, *Models of Democracy*, Cambridge: Polity Press 1996, p. xi.

staf. Echter, om evidente redenen hebben de EU-Verdragen dit democratiebeginsel niet exhaustief gedefinieerd. Over de normatieve inhoud van het EU-democratiebeginsel³⁹ en vooral de concrete vereisten die voortvloeien uit dit beginsel kan dan ook slechts zeer incrementeel een consensus ontstaan.⁴⁰ Concreet schrijft artikel 10 lid 3 VEU voor dat elke burger het recht heeft om aan het democratisch bestel van de Unie deel te nemen en dat de EU-besluitvorming zo open mogelijk en zo dicht mogelijk bij de burger geschiedt. Dit beginsel van openheid omvat, maar gaat ook verder dan het beginsel van transparantie. Naast een algemeen rechtsbeginsel is het transparantiebeginsel dan ook een cruciaal element in het verzekeren van een democratische besluitvorming op EU-niveau,⁴¹ aangezien het een noodzakelijke voorwaarde is voor openheid. Besluitvorming moet immers niet enkel transparant zijn, opdat de burger kan nagaan hoe beslissingen worden genomen, wie welke posities inneemt, enz., maar ook open: eenmaal de burger weet hoe het politieke proces werkt, moet hij of zij ook actief een bijdrage kunnen leveren i.p.v. de EU-instellingen louter passief te aanschouwen.⁴²

Een toetsing van de trialogen aan het beginsel van democratie zoals geconcipieerd in de EU-Verdragen toont aan dat hun opake karakter en het feit dat ze het formele besluitvormingsproces van artikel 294 VWEU verdrongen hebben, een obstakel vormen voor de openheid die onder artikel 10 VEU vereist is. Dit was ook de conclusie van de Europese Ombudsman Emily O'Reilly in haar strategisch onderzoek naar de transparantie van de trialogen. In haar besluit van 12 juli 2016 merkt ze op dat het voor een representatieve democratie noodzakelijk is dat burgers weten hebben van hoe hun vertegenwoordigers handelen.⁴³

Volgens de Ombudsman omvat dit niet enkel informatie m.b.t. het stemgedrag van de vertegenwoordigers, maar ook de argumenten die ze invoeren in de besluitvorming.⁴⁴ Gelet op het belang van de trialogen in de eigenlijke besluitvorming, concludeert de Ombudsman dat burgers dan ook zicht moeten hebben op de onderhandelingen in de trialogen. In de eerste plaats gaat het hier dus over de controle op Europese parlementsleden

die rechtstreeks door de burgers verkozen zijn. Zoals artikel 10 lid 2 VEU echter ook aangeeft, hangt de democratische legitimiteit van EU-wetgeving evenzeer af van de vertegenwoordigers van de lidstaten in de Raad 'die zelf democratische verantwoording verschuldigd zijn aan hun nationale parlement of aan hun burgers'. Hierbij merkt de Ombudsman op dat de geheime onderhandelingen in de trialogen evenzeer een obstakel vormen voor de nationale parlementen bij het vervullen van hun rol onder Protocol 1 en 2 bij de Verdragen.⁴⁵

Het is vermoedelijk nuttig om het probleem van de opaciteit van de trialogen hier concreet te illustreren: indien de trialogen tot een akkoord in eerste lezing leiden, betekent dit dat de trialogen hebben plaatsgevonden vooraleer het Parlement de eerste lezing formeel heeft aangevat. Het compromis dat bereikt wordt in de trialogen moet dan geformaliseerd worden in het standpunt van het Parlement in eerste lezing. Wanneer daarbij het Commissievoorstel gewijzigd wordt, kan elk amendement wel formeel getraceerd worden naar een individueel parlements lid (eventueel de rapporteur), maar dit geeft uiteraard een volledig foutief en vertekend beeld van de politieke verantwoordelijkheid voor deze amendementen, die geen parlementaire amendementen zijn, maar een reflectie van een compromis tussen de delegaties van Parlement en Raad.⁴⁶

Hoewel de Ombudsman in haar analyse de vinger op de wonde legde, waren haar aanbevelingen aan de instellingen heel wat bescheidener. Zo suggereerde ze aan de instellingen om de volgende documenten publiek te maken: de kalender van trialogen, de onderhandelingsmandaten, eventuele samenvattingen van de agenda's van dialoogbijeekkomsten, de tabellen met vier kolommen (eenmaal de onderhandelingen zijn afgerond), de lijst met deelnemers aan dialoogbijeekkomsten en de lijsten met documenten die hebben gecirculeerd op dialoogbijeekkomsten. Ook suggereerde de Ombudsman om een gezamenlijke database inzake wetgeving op te zetten waarin zo veel mogelijk toegang wordt gegeven tot allerlei dialoogdocumenten. Deze laatste suggestie van de Ombudsman sluit aan bij een voornemen dat de drie instellingen een aantal maanden voordien ook ken-

39 Zie bijv. Ines Härtel, 'Gesetzgebungsordnung der Europäischen Union', in: Armin Hatje & Peter-Christian Müller-Graff (red.), *Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht*, Baden-Baden: Nomos 2014, p. 662-666.

40 Zie Alberto Alemanno, 'Unpacking the principle of openness in EU law: transparency, participation and democracy', (2014) 39 *EULR* 1, p. 75. Daarbij is er ook een spanning tussen de klassieke Gemeenschapsmethode en het democratiebeginsel. In zijn bespreking van het arrest *Raad/Commissie* m.b.t. de intrekkingbevoegdheid van de Commissie bekritiseert Ritleng de beslissing van het Hof dan ook op dit punt. Zie Dominique Ritleng, 'Does the European Court of Justice take democracy seriously? Some thoughts about the Macro-Financial Assistance case', (2016) 53 *CML Rev.* 1, p. 11-33. Voor een verdediging van het arrest in het licht van de Gemeenschapsmethode, zie Chamon, *SEW* 2015, afl. 9.

41 Zie Sacha Prechal, 'De emancipatie van 'het algemene transparantiebeginsel'', *SEW* 2008, afl. 9, p. 316. In een recent arrest in de saga tussen Frankrijk en het Europees Parlement inzake de locatie van de werkzaamheden van het Parlement, legt het Hof de nadruk op de relatie tussen transparantie en democratische legitimiteit. Hiermee bouwt het Hof verder aan de EU-notie van democratie (vgl. supra). Zie HvJ EU, C-73/17, ECLI:EU:C:2018:787, r.o. 34-35 (*Frankrijk/Parlement*).

42 Zie Alberto Alemanno, 'Unpacking the principle of openness in EU law: transparency, participation and democracy', (2014) 39 *EULR* 1, p. 76.

43 Zie Decision of 12 July 2016 of the European Ombudsman setting out proposals following her strategic inquiry OI/8/2015/JAS concerning the transparency of Trilogues, para. 16.

44 *Ibid.*, para. 17.

45 *Ibid.* para. 21. Zie hierover ook de antwoorden van vijf nationale parlementen n.a.v. de publieke consultatie over de trialogen door de Ombudsman.

46 De auteur heeft dit zelf ondervonden toen hij bij het Parlement navraag deed over het amendement van MEP Bowles (zie PE527309v01-00), op het Rapport opgemaakt door MEP Ferreira (A7-0478/2013), dat een artikel 77c (uiteindelijk artikel 86) toevoegde aan het Commissievoorstel ter oprichting van de Single Resolution Board. De mogelijkheid die het huidige artikel 86 Verordening (EU) 806/2014 geeft aan de lidstaten om besluiten van de SRB aan te vechten werd eigenlijk ingevoegd (niettegenstaande deze mogelijkheid sowieso bestaat op grond van artikel 263 VWEU) op de expliciete vraag van de lidstaten die niet participeren in de Bankenuunie. De onderhandelingen over de verordening gingen vooraf aan het arrest van het Gerecht in T-496/11, ECLI:EU:T:2015:133 (*VK/ECB*), dat inderdaad de procesbevoegdheid van niet-participerende lidstaten op grond van artikel 263 VWEU bevestigde.

baar hadden gemaakt in hun interinstitutioneel akkoord Beter Wetgeven.⁴⁷ De aangekondigde database zou 'Joint Legislative Portal' gaan heten en staat momenteel in de steigers.⁴⁸

Het arrest *De Capitani* van maart dit jaar gaf een verdere impuls aan dit streven om de trialogen uit de schaduw van de achterkamertjespolitiek te halen. De aanleiding voor dit arrest was het verzoek van de heer De Capitani aan het Europees Parlement om toegang tot alle tabellen met vier kolommen voor alle lopende wetgevingsprocedures. Het Parlement wees dit verzoek af op grond van de werklust die het zou meebrengen.⁴⁹ In zijn confirmatief verzoek beperkte de heer De Capitani zijn aanvraag tot de documenten m.b.t. de lopende procedures in het domein van de Ruimte van Vrijheid, Veiligheid en Recht. Dit verzoek werd ingewilligd met uitzondering van de openbaarmaking van de vierde kolom (bereikt compromis) voor een aantal documenten. Het Parlement baseerde zich hiervoor op artikel 4 lid 3 van de Transparantieverordening die voorziet dat openbaarmaking geweigerd kan worden indien het verzoek 'betrekking heeft op een aangelegenheid waarover de instelling nog geen besluit heeft genomen (...) indien de openbaarmaking ervan het besluitvormingsproces van de instelling ernstig zou ondermijnen, tenzij een hoger openbaar belang openbaarmaking gebiedt.' De delicate balans tussen de noodzaak van transparantie in het wetgevingsproces en het beschermen van een noodzakelijke confidentialiteit om politieke akkoorden tussen de instellingen mogelijk te maken, speelde ook een belangrijke rol in de eerder aangehaalde aanbevelingen van de Ombudsman. Zij erkende immers één fundamenteel bezwaar tegen complete transparantie:⁵⁰

'(...) representative democracies, such as the EU, give elected representatives the responsibility, and mandate, to negotiate the content of legislation on behalf of citizens. For this to function properly, elected representatives must have some privileged space to negotiate. It would be contrary to the very essence of representative democracy, if third parties, wishing to participate directly in a parliamentary debate, were to interrupt a debate amongst democratically elected representatives (for example, by

seeking to intervene from a public gallery while a debate is ongoing).'⁵¹

Omwille van deze reden bleef haar aanbeveling m.b.t. de openbaarmaking van de tabellen met vier kolommen beperkt tot een openbaarmaking *nadat* het besluitvormingsproces gefinaliseerd is. De inzet voor het Gerecht in *De Capitani* was dus hoger: heeft een Unieburger ook een recht op toegang tot deze documenten wanneer de besluitvorming nog gaande is en hoe dient dit recht afgewogen te worden met het evenzeer legitiem belang dat de wetgever een zekere 'ruimte om na te denken' moet gelaten worden. In lijn met de rechtspraak van het Hof inzake de Transparantieverordening argumenteerde De Capitani dat het Parlement niet concreet had aangetoond hoe de voldoening van zijn verzoek het besluitvormingsproces daadwerkelijk zou ondermijnd hebben.⁵² Hiertegenover suggereerden de drie instellingen dat het Gerecht een algemeen vermoeden van niet-openbaarmaking zou erkennen voor de vierde, 'compromis', kolom van trialogdocumenten van lopende procedures.⁵³

Om dit punt te beslechten ging het Gerecht in op de verplichtingen door de transparantieverordening opgelegd aan de instellingen (zoals verduidelijkt in de intussen omvangrijke jurisprudentie van het Hof) en wijdde het ook een analyse aan de trialogen. Dit laatste was een primeur in de jurisprudentie van zowel Hof als Gerecht. Hoewel de trialogen reeds eerder (zijdelings) figureerden in zaken voor Hof en Gerecht,⁵⁴ werden ze vooral door het Hof grotendeels genegeerd. Bij de afweging tussen de noodzaak van transparantie en het beschermen van een 'ruimte tot nadenken', komt het Gerecht vervolgens tot een andere conclusie dan de Ombudsman. Vooreerst hecht het Gerecht een bijzonder belang aan het gegeven dat de procedure in kwestie een formele wetgevingsprocedure was en geen administratieve of gerechtelijke procedure waar het Hof wel een vermoeden van niet-openbaarmaking heeft aanvaard.⁵⁵ Nadat het bestaan van zo een vermoeden verworpen werd, ging het Gerecht na of het Parlement zich in casu op de expliciet voorziene uitzondering van artikel 4 lid 3 van de Transparantieverordening kon beroepen. Het Gerecht toetste daarbij de specifieke bezwaren die het Parlement had opgeworpen in het licht van de bestaande jurisprudentie inzake de

47 Zie punt 39 van het interinstitutioneel akkoord over Beter Wetgeven, *PbEU* 2016, L 123/1.

48 Zie Follow-up from the European Parliament to the Decision of the European Ombudsman following her strategic inquiry OI/8/2015/JAS concerning the transparency of Trilogues, brief van 6 december 2017.

49 Hoewel deze weigeringsgrond niet expliciet voorzien is in Verordening (EG) 1049/2001 is hij wel door het Hof aanvaard. Zie HvJ EU, C-127/13 P, ECLI:EU:C:2014:2250, r.o. 27-28 (*Strack/Commissie*).

50 De Ombudsman erkende ook dat complete transparantie tot meer lobbying kon leiden, maar oordeelde dat dit fundamenteel problematisch is. Volgens de Ombudsman zou het dit enkel zijn indien enkel de *privileged few* lobbyen. Om dit te voorkomen hamerde ze op haar eerdere aanbeveling om een verplicht, betrouwbaar en robuust transparantie register op te zetten. Zie Decision of 12 July 2016 of the European Ombudsman setting out proposals following her strategic inquiry OI/8/2015/JAS concerning the transparency of Trilogues, para. 28.

51 Zie Gerecht EU, T-540/15, ECLI:EU:T:2018:167, r.o. 29 (*De Capitani/Parlement*).

52 *Ibid.*, r.o. 54.

53 *Ibid.*, r.o. 55.

54 Naast het arrest in Gerecht EU, T-710/14, ECLI:EU:T:2016:494 (*Herbert Smith Freehills/Raad*), waarnaar het Gerecht zelf verwijst, moet gewezen worden op HvJ EU, C-409/13, ECLI:EU:C:2015:217 (*Raad/Commissie*); HvJ EU, C-521/15, ECLI:EU:C:2017:982 (*Spanje/Raad*). Dat de trialogen een belangrijke rol op de achtergrond speelden in deze zaken werd o.a. opgemerkt in Merijn Chamon, 'Grenzen aan de intrekingsbevoegdheid van de Commissie', *SEW* 2015, afl. 9, p. 436; Merijn Chamon, 'Fining Member States under the SGP, or how enforcement is different from implementation under Article 291 TFEU: Spain v. Council', (2018) 55 *CML Rev.* 5, p. 1518-1519. Het Hof hoefde het problematische karakter van de trialogen in deze zaken niet te adresseren en deed het dan ook niet.

55 Gerecht EU, T-540/15, ECLI:EU:T:2018:167, r.o. 82 (*De Capitani/Parlement*).

Transparantieverordening en oordeelde dat het Parlement onvoldoende had aangetoond dat de verzochte informatie van (bijzonder) gevoelige aard was.⁵⁶

Van bijzonder belang voor deze bijdrage waren echter de algemene overwegingen m.b.t. het wetgevingsproces die het Parlement aandroeg. Zo argumenteerde het Parlement dat de informatie in de vierde kolom slechts een voorlopige compromistekst is en dat openbaarmaking ervan zou kunnen resulteren in een grote (publieke) druk op parlementsleden. Het vertrouwen tussen de instellingen zou ook ondermijnd worden en het goed functioneren van de gewone wetgevingsprocedure zou op de helling gezet worden. Hierover merkt het Gerecht vooreerst op dat:

‘(...) in een stelsel dat gebaseerd is op het beginsel van de democratische legitimiteit de medewetgevers zich jegens het publiek moeten verantwoorden voor hun handelingen. De uitoefening door de burgers van hun democratische rechten houdt immers in dat het besluitvormingsproces in de instellingen die aan de wetgevingsprocedures deelnemen, op de voet kan worden gevolgd en dat alle relevante informatie toegankelijk is. Bovendien bepaalt artikel 10, lid 3, VEU dat iedere burger het recht heeft om aan het democratisch bestel van de Unie deel te nemen en dat de besluitvorming plaatsvindt op een zo open mogelijke wijze, en zo dicht bij de burgers als mogelijk is. De manifestatie van de publieke opinie ten aanzien van een bepaald voorstel of voorlopig wetgevingsakkoord dat in het kader van een dialoog is gesloten en is overgenomen in de vierde kolom van de dialoogtabellen, maakt dus integrerend deel uit van de uitoefening van de democratische rechten van de burgers van de Unie, temeer daar (...) die akkoorden vervolgens in het algemeen zonder substantiële wijzigingen door de medewetgevers worden overgenomen.’⁵⁷

Zoals Peraldi-Leneuf aangeeft is deze overweging van groot belang: het Gerecht stoffeert hier verder hoe het beginsel van democratie geconcipieerd wordt in de EU-rechtsorde en benadrukt zijn participatief (en niet louter representatief) karakter.⁵⁸

Aangaande het argument dat de informatie in de vierde kolom slechts een voorlopig compromis weerspiegelt, merkte het Gerecht op dat:

‘(...) [d]e publieke opinie (...) zeer goed in staat [is] te begrijpen dat de indiener van een voorstel de inhoud daarvan later mogelijkwijzigt. Juist om diezelfde redenen zal de indiener van een verzoek om toegang tot de documenten van een dialoog zich volledig bewust zijn van het voorlopige karakter van die informatie. Bovendien zal hij heel goed begrijpen dat de informatie in de vierde kolom, overeenkomstig het beginsel “er is geen overeenstemming zolang er geen overeenstemming over alles is”, bedoeld is om gedurende de besprekingen van de dialoogen te worden gewijzigd totdat er een akkoord wordt gevonden over de gehele tekst.’⁵⁹

Ditzelfde voorlopig karakter leidde het Gerecht ertoe te concluderen dat de ‘ruimte tot nadenken’ van de wetgever niet onbehoorlijk ingeperkt wordt door toegang te verlenen.⁶⁰ Met betrekking tot de overige bezwaren van het Parlement, waarbij het risico van ‘externe druk’ en het ondermijnen van het onderling vertrouwen tussen de instellingen werd ingeroepen, wees het Gerecht erop dat het bestaan van zulke risico’s hard moet gemaakt worden door de instelling die ze inroept en dat het bestaan van zulke risico’s niet verondersteld kan worden.⁶¹ Hoewel dit een klassieke toepassing is van de jurisprudentie m.b.t. uitzonderingen onder de Transparantieverordening is de redenering van het Gerecht m.b.t. het onderling vertrouwen enigszins opmerkelijk: het Gerecht erkent immers in beginsel dat het mogelijk is voor een instelling om toegang tot een gezamenlijk document van de instellingen te weigeren, indien de instelling kan hard maken dat het verlenen van toegang ‘schadelijk zou zijn (...) voor de loyale samenwerking die de betrokken instellingen elkaar verschuldigd zijn [conform artikel 13, lid 2 VEU].’⁶² Zou men evenwel niet kunnen opperen dat de Raad in elk geval verplicht is (en blijft) tot loyale samenwerking met het Parlement? De Raad zou dan zijn vertrouwen in het Parlement niet zomaar kunnen opzeggen wanneer deze laatste een burger van de Unie zijn recht erkent op openbaarheid van bestuur.⁶³

Het Gerecht legt de lat in zijn arrest *De Capitani* dus hoger dan de Ombudsman in haar aanbevelingen: hoewel het erkent dat toegang tot dialoogdocumenten voor lopende procedures geweigerd kan worden, moet dit gemotiveerd worden en geldt er geen vermoeden van niet-openbaarheid.⁶⁴ Dit is belangrijk aangezien de instellingen in hun antwoorden op de aanbevelingen van de

56 Zie met name r.o. 89-92. Het Gerecht volgde daarbij het Parlement niet in de suggestie dat de materies binnen het domein van de RVVR te gevoelig zouden zijn voor openbaarmaking. Het Gerecht verwierp ook de suggestie dat de kwestie in casu te gevoelig was, aangezien de verzochte documenten betrekking hadden op een ontwerp van verordening, die conform artikel 289 VWEU van algemene strekking, bindend in al haar onderdelen en rechtstreeks toepasselijk zouden zijn. Het ging hierbij dus om abstracte en algemene kwesties, niet om gevoelige informatie over specifieke personen, projecten of operaties. Verder merkte het op dat de te onderhandelen kwesties delicaat en moeilijk kunnen zijn, maar dat dit ze nog niet ‘bijzonder gevoelig’ maakt.

57 Gerecht EU, T-540/15, ECLI:EU:T:2018:167, r.o. 98 (*De Capitani/Parlement*).

58 Fabienne Peraldi-Leneuf, ‘Accès aux documents’, (2018) *Europe* 5.

59 Gerecht EU, T-540/15, ECLI:EU:T:2018:167, r.o. 102 (*De Capitani/Parlement*).

60 *Ibid.*, r.o. 106.

61 *Ibid.*, r.o. 99.

62 *Ibid.*, r.o. 104.

63 Hierbij zou het Parlement natuurlijk ook conform het beginsel van loyale samenwerking moeten handelen en de Raad en Commissie op de hoogte moeten brengen van het verzoek tot toegang van documenten en hen daarbij de mogelijkheid te geven eventuele bezwaren kenbaar te maken.

64 Voor een vergelijking tussen de aanbeveling van de Ombudsman en het arrest van het Gerecht, zie Jean-Paul Jacqué, ‘Chronique Droit institutionnel de l’UE – La transparence des travaux législatifs’, (2018) *RTDE* 2, p. 435-438.

Ombudsman nog enig voorbehoud maakten in het licht van de (toen) hangende zaak *De Capitani*. Nu het Gerecht voluit de kaart heeft getrokken van de transparantie, en geen van de instellingen hogere voorziening heeft ingesteld tegen het arrest van het Gerecht,⁶⁵ is het aan de instellingen om hun 'Joint Legislative Portal' ambitieus in te vullen.⁶⁶ Hierdoor zou de transparantie van het wetgevingsproces hersteld worden, wat een vereiste is voor een representatieve democratie, waarna het wetgevingsproces ook openstaat voor de Unieburger, wat een vereiste is voor een participatieve democratie.

5. Slotbemerkingen

De trialogen zijn ontstaan als antwoord op de beperkingen en tekortkomingen van de formele procedure van artikel 294 VWEU. Ze staan toe aan de politieke instellingen van de Unie om de bevoegdheden van de Unie daadwerkelijk uit te oefenen en aldus de doelstellingen waarvoor de Unie is opgericht te bereiken. Zonder te impliceren dat het aannemen van wetgeving via de gewone wetgevingsprocedure onmogelijk zou zijn zonder de trialogen, verhogen ze onomstotelijk de effectiviteit van het wetgevend optreden op EU-niveau. In die zin dragen ze (potentieel) bij tot de *output*-legitimiteit van de Unie: doordat zij de doelstellingen bereikt waarvoor zij is opgericht, legitimeert de Unie haar eigen bestaan.

In dit opzicht mogen de tekortkomingen van de trialogen op andere vlakken niet onverkort leiden tot de conclusie dat ze moeten afgeschaft worden. Een afschaffing zonder meer zou immers leiden tot een vermindering in *output*-legitimiteit. Dit neemt niet weg dat er inderdaad tekortkomingen zijn. De grootste tekortkoming werd hierboven geïdentificeerd als het gebrek aan procedurele transparantie: de eigenlijke besluitvorming is opaak en de zichtbare besluitvorming is niet meer dan een façade om het informele compromis te formaliseren. Dit gebrek aan transparantie leidt tot een gebrek aan (of zelf een afwezigheid aan) *throughput*-legitimiteit, die consequenties heeft voor hoe burgers potentieel kunnen participeren in de besluitvorming (*input*-legitimiteit).⁶⁷

Al dan niet onder (zachte) dwang van controlerende organen zoals de Ombudsman en de Unierechter, lijken alle drie de politieke instellingen intussen te beseffen dat een herziening van de omkadering van de trialogen zich opdringt. Het opzetten van het 'Joint Legislative Portal' zal hierbij een lakmoestest zijn. Hierbij moet de Unieburger in de eerste plaats zijn hoop vestigen op het Europees Parlement. Het Parlement is immers de instelling met de meest ambivalente houding ten opzichte van de trialo-

gen en heeft blijk gegeven van een bezorgdheid omtrent de impact van de trialogen op de democratische wetgevingsprocedure. De aanbevelingen van de Ombudsman en het arrest *De Capitani* zouden daarbij de aanzet moeten geven voor een meer transparante en open werkwijze m.b.t. de trialogen. Hierbij is het belangrijk dat deze niet moet geconcentreerd worden als een 'externe vereiste' waar de instellingen zich noodgedwongen aan moeten houden (en die toetsbaar is door controleorganen zoals het Hof). Veeleer zouden de instellingen zichzelf deze werkwijze eigen moeten maken en internaliseren, juist omdat een transparante besluitvorming *inherent* is aan een democratische besluitvorming die op haar beurt inherent is aan hoe de EU behoort te functioneren.

In dit licht kan nogmaals gewezen worden op de belangrijke functie die de Europese Ombudsman vervult. Naast haar strategisch onderzoek naar de dialogen heeft zij in maart 2017 ook een strategisch onderzoek gestart specifiek naar de transparantie van de Raad wanneer deze zijn wetgevende rol vervult.⁶⁸ De kritiek van de Ombudsman is zeer duidelijk gestoeld op de premisse dat de Raad in zijn wetgevende functie zo veel mogelijk moet functioneren als een tweede kamer (om Unieburgers toe te laten daadwerkelijk te participeren in de besluitvorming), daar waar de huidige praktijk nog altijd op diplomatieke en intergouvernementele leest geschoeid is. De Ombudsman oordeelt hierbij dat het gebrek aan transparantie een geval van wanbeheer uitmaakt en beveelt de Raad onder meer aan om consistent de posities bij te houden die de verschillende lidstaten innemen tijdens wetgevende onderhandelingen (zodat die nadien ook publiek kunnen gemaakt worden) en duidelijke en publieke criteria te hanteren om te bepalen of documenten (in een wetgevende procedure) in eerste instantie daadwerkelijk confidencieel moeten blijven. Jammerlijk genoeg, en tegelijk veelzeggend, heeft de Raad nagelaten om formeel te antwoorden op de aanbevelingen van de Ombudsman. Op zich is dit echter geen reden tot defaitisme. De ontmanteling van de gesloten diplomatieke vesting van de Raad en zijn omvorming tot een open proeftuin van supranationale democratie zal steen per steen gebeuren en is onvermijdelijk een werk van jaren, indien niet decennia.

Het gegeven dat deze omslag niet met een rechterlijke pennentrek kan doorgevoerd worden en de noodzaak om tot een werkelijke internalisering van een democratisch besluitvormingsproces te komen pareert ook meteen de mogelijke kritiek dat er altijd een zekere informaliteit zal zijn bij politieke besluitvorming. Hoewel dit ontegensprekelijk het geval is, is het ook deels naast de kwestie. Een hervorming van de trialogen en het incrementele proces om normen zoals transparantie en openheid te internaliseren dient immers niet om alle informaliteit uit te bannen. Het dient er wel toe om een transparante en open besluitvorming te doen evolueren tot de natuurlijke vorm

65 Dit is in zekere zin opmerkelijke aangezien zowel de Commissie als de Raad argumenteerde dat er een vermoeden van niet-openbaarheid geldt voor trialoogdocumenten en het Parlement zich hierbij had aangesloten.

66 Dit bijvoorbeeld door de trialoogdocumenten voor lopende procedures proactief online te plaatsen, i.p.v. reactief n.a.v. een verzoek tot toegang tot documenten.

67 Over input-, output- en throughput-legitimiteit, zie Vivien Schmidt, 'Democracy and Legitimacy in the European Union Revisited: Input, Output and "Throughput"', (2013) 61 *Political Studies* 1, p. 2-22.

68 Zie supra, noot 30.

van besluitvorming in onze Unie, waarbij informaliteit de uitzondering is. De aanbevelingen van de Ombudsman en het arrest *De Capitani* zijn hierbij niet meer dan het ontmantelen van individuele stenen. Het Gerecht in *De Capitani* is hier ook duidelijk in: tot tweemaal toe beklemtoont het dat zijn arrest geen toegang tot de trialogen verleent, maar enkel toegang tot dialoogdocumenten.⁶⁹ *De Capitani* betekent dus enkel dat de trialogen transparanter worden, niet dat de trialogen quadrilogen worden (met

een directe participatie van Unieburgers). Transparante besluitvorming is immers nog geen open besluitvorming. Of quadrilogen daadwerkelijk ook vereist zijn onder het beginsel van de participatieve democratie voorzien in artikel 10 lid 3 VEU,⁷⁰ zal afhangen van hoe dit beginsel in de komende decennia invulling krijgt door de cumulatieve besluitvormingspraxis van EU- en nationale actoren en Unieburgers.

69 Gerecht EU, T-540/15, ECLI:EU:T:2018:167, r.o. 86 en 106 (*De Capitani/Parlement*).

70 Burgers kunnen immers ook op verschillende wijzen input leveren in het wetgevingsproces.