

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

J. KOKOTT

van 3 maart 2011¹

I — Inleiding

1. Ingevolge de artikelen 1, tweede alinea, en 10, lid 3, VEU vindt de besluitvorming in de Europese Unie op een zo open mogelijke wijze plaats. Bijgevolg bestaat er een recht op toegang tot documenten, dat is verankerd in artikel 15, lid 3, VWEU (oud artikel 255 EG), in artikel 42 van het Handvest van de grondrechten en in 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.²

2. Moet de Commissie evenwel interne discussies over de gevolgen van een nederlaag voor de rechterlijke instanties van de Unie, in

het arrest *Airtours*³, openbaar maken? Of zou een dergelijke openheid het besluitvormingsproces van de Commissie ondermijnen? Dit is de vraag die aan de orde is in de onderhavige hogere voorziening tegen het arrest in de zaak T-403/05⁴.

3. Voor de door haar betrachtte vertrouwelijkheid beroept de Commissie zich met steun van Duitsland, Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk op de bescherming van de interne beraadslagingen en de bescherming van juridisch advies. Zweden, gesteund door Denemarken, Nederland en Finland, wil daarentegen enkel een uitzondering op het beginsel van openbaarheid toelaten wanneer er sprake is van een concrete ondermijning van deze belangen.

3 — Het betrof een „historische” nederlaag van de Commissie in een concentratiezaak, zie arrest van het Gerecht van 6 juni 2002, *Airtours/Commissie* (T-342/99, Jurispr. blz. II-2585). Andere nederlagen volgden in de arresten van 22 oktober 2002, *Schneider Electric/Commissie* (T-310/01, Jurispr. blz. II-4071, en T-77/02, Jurispr. blz. II-4201), en 25 oktober 2002, *Tetra Laval/Commissie* (T-5/02, Jurispr. blz. II-4381, en T-80/02, Jurispr. blz. II-4519). Tegen de twee laatstgenoemde zijn hogere voorzieningen ingesteld, die hebben geleid tot de arresten van 15 februari 2005, *Commissie/Tetra Laval* (C-12/03 P, Jurispr. blz. I-987, en C-13/03 P, Jurispr. blz. I-1113).

4 — Arrest van het Gerecht van 9 september 2008, *MyTravel/Commissie* (Jurispr. blz. II-2027).

1 — Oorspronkelijke taal: Duits.

2 — PB L 145, blz. 43.

II — Juridisch kader

4. Verordening nr. 1049/2001 bepaalt de beginselen, de voorwaarden en de beperkingen van het in artikel 255 EG verankerde recht van toegang van het publiek tot de documenten van de instellingen.

5. Artikel 2, lid 1, van deze verordening bepaalt het volgende:

„Iedere burger van de Unie en iedere natuurlijke of rechtspersoon met verblijfplaats of statutaire zetel in een lidstaat heeft een recht van toegang tot documenten van de instellingen, volgens de beginselen en onder de voorwaarden en beperkingen, die in deze verordening worden bepaald.”

6. Artikel 4, leden 2 en 3, van verordening nr. 1049/2001 luidt:

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

— [...]

— gerechtelijke procedures en juridisch advies,

— het doel van inspecties, onderzoeken en audits,

tenzij een hoger openbaar belang openbaarmaking gebiedt.

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

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

7. Daarnaast moet worden gewezen op de procedureregels met betrekking tot de controle op concentraties van ondernemingen. Artikel 18, lid 3, van verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van

ondernemingen⁵ regelt het recht op toegang tot het dossier:

„De Commissie baseert haar beschikkingen uitsluitend op bezwaren waarover de betrokkenen hun opmerkingen kenbaar hebben kunnen maken. De rechten ter zake van de verdediging van de betrokkenen worden bij het verloop van de procedure ten volle gewaarborgd. Het dossier is ten minste toegankelijk voor de rechtstreeks betrokken partijen, met inachtneming van het rechtmatige belang van de ondernemingen dat hun zakengeheimen niet aan de openbaarheid worden prijsgegeven.”

8. Artikel 17, lid 3, van verordening (EG) nr. 802/2004 van de Commissie van 7 april 2004 tot uitvoering van verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad betreffende de controle op concentraties van ondernemingen⁶ bepaalt evenwel dat het recht van toegang tot het dossier niet geldt voor interne documenten van de Commissie:

„Het recht van toegang tot het dossier geldt niet voor vertrouwelijke inlichtingen of interne documenten van de Commissie of van de bevoegde autoriteiten van de lidstaten. Het recht van toegang tot het dossier geldt evenmin voor de briefwisseling tussen de Commissie en de bevoegde autoriteiten van de lidstaten of tussen die autoriteiten onderling.”

5 — PB L 24, blz. 1. Artikel 18, lid 3, van de op de zaak *Airtours/First Choice* toepasselijke verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad van 21 december 1989 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (PB L 395, blz. 1) was gelijklopend.

6 — PB L 133, blz. 1.

9. Het op de zaak *Airtours/First Choice* toepasselijke artikel 17, lid 1, van verordening (EG) nr. 447/98 van de Commissie van 1 maart 1998 betreffende de aanmeldingen, de termijnen en het horen van betrokkenen en derden overeenkomstig verordening nr. 4064/89⁷ was overeenkomstig geformuleerd:

„Er wordt geen mededeling gedaan van, noch inzage verleend in inlichtingen, met inbegrip van bescheiden, die zakengeheimen van personen of ondernemingen, waaronder de aanmeldende partijen, andere betrokkenen of derden, bevatten, noch van andere vertrouwelijke informatie waarvan de Commissie het voor de procedure niet noodzakelijk acht dat deze openbaar wordt gemaakt, noch van in interne stukken van de autoriteiten vervatte informatie.”

III — Feiten

10. Uit het bestreden arrest blijken de hierna weergegeven feiten.

11. In zijn arrest van 6 juni 2002, *Airtours/Commissie*⁸, verklaarde het Gerecht een beschikking van de Commissie als

7 — PB L 61, blz. 1.

8 — T-342/99, Jurispr. blz. II-2585.

toezichthoudende autoriteit inzake concentraties van ondernemingen nietig, waarbij de Commissie de touroperator Airtours plc, thans MyTravel Group plc (hierna: „MyTravel”), verbood om de concurrerende onderneming First Choice over te nemen.

12. Na het arrest Airtours stelde de Commissie een werkgroep in, bestaande uit ambtenaren van het directoraat-generaal (DG) „Concurrentie” en van de juridische dienst, die als taak had te onderzoeken of het opportuun was, hogere voorziening in te stellen tegen dit arrest, en te bezien welke gevolgen dit arrest had voor de procedures op het gebied van de concentratiecontrole of op andere gebieden. De werkgroep bracht op 25 juli 2002, dat wil zeggen voor de afloop van de termijn voor het instellen van hogere voorziening, rapport uit aan het met mededingingsvraagstukken belaste lid van de Commissie. Er is geen hogere voorziening ingesteld.

13. Op 18 juni 2003 stelde MyTravel een uiteindelijk vruchteloos⁹ gebleven beroep in tot vergoeding van de schade die zij volgens haar had geleden door de wijze waarop de Commissie de concentratie Airtours/First Choice had behandeld en beoordeeld.

14. Terwijl dit beroep nog aanhangig was, verzocht MyTravel bij brief van 23 mei

2005 de Commissie krachtens verordening nr. 1049/2001 om toegang tot verschillende documenten. Het ging om het rapport van de werkgroep (hierna: „rapport”), de documenten ter voorbereiding van dit rapport (hierna: „werkdocumenten”) en de in het dossier van de zaak Airtours/First Choice aanwezige documenten waarop dat rapport is gebaseerd of die in dat rapport worden aangehaald (hierna: „andere interne documenten”).

15. De Commissie besliste bij brief van 5 september 2005 [D(2005) 8461] (hierna: „eerste besluit”) over het rapport en de werkdocumenten, en bij brief van 12 oktober 2005 [D(2005) 9763] (hierna: „tweede besluit”) over de andere interne documenten.

16. In het eerste besluit beroept de Commissie zich onder meer op artikel 4, lid 3, tweede alinea, van verordening nr. 1049/2001 als grond voor haar weigering om toegang te verlenen tot het volledige rapport en tot bepaalde werkdocumenten (punten I.3, II en de bijlage met als opschrift „Lijst van de ,werkdokumenten”). Zij verklaart dat het rapport een intern document is met de beoordeling door haar diensten van de mogelijkheid om hogere voorziening in te stellen tegen het arrest Airtours en om de procedures van onderzoek van concentraties te heroverwegen. Volgens de Commissie zou openbaarmaking van het rapport haar besluitvormingsproces ernstig ondermijnen, aangezien de vrijheid van meningsuiting van de opstellers van dergelijke documenten in gevaar komt wanneer deze daarbij rekening moeten houden met de

⁹ — Arrest van 9 september 2008, MyTravel/Commissie (T-212/03, Jurispr. blz. II-1967).

mogelijkheid dat hun overwegingen openbaar worden, en dit zelfs nadat op basis van hun overwegingen een besluit is genomen.

17. In het tweede besluit voert de Commissie artikel 4, lid 3, tweede alinea, van verordening nr. 1049/2001 en artikel 4, lid 2, derde streepje, van die verordening aan als grond voor haar weigering om toegang te verlenen tot de volgende documenten:

- de ontwerpen betreffende de beslissing bedoeld in artikel 6, lid 1, sub c, van verordening nr. 4064/89, de mededeling van de punten van bezwaar en de eindbeschikking in de zaak Airtours/First Choice (hierna: „ontwerpteksten”) (punt II.6 en documenten vermeld onder rubriek 6 van de eerste bijlage bij het tweede besluit), omdat het gaat om interne voorbereidende documenten waarvan openbaarmaking het besluitvormingsproces inzake de concentratiecontrole ernstig zou ondermijnen;
- de nota’s die de directeur-generaal van het DG „Concurrentie” aan het met mededingingsvraagstukken belaste lid van de Commissie heeft gezonden (hierna: „nota’s aan het lid van de Commissie”) (punt II.1 en de documenten genummerd 1.1 tot en met 1.8 in de eerste bijlage bij het tweede besluit), omdat zij standpunten

voor intern gebruik ter voorbereiding van de beschikking Airtours bevatten en omdat openbaarmaking ervan afbreuk zou doen aan het vermogen van het DG „Concurrentie” om zijn standpunt uiteen te zetten en aan het vermogen van de leden van de Commissie om een goed gemotiveerde beschikking vast te stellen. De Commissie verklaart dat deze analyse niet op losse schroeven wordt gezet door het feit dat de beschikking Airtours reeds is gegeven, aangezien de openbaarmaking van deze documenten haar besluitvormingsproces in soortgelijke zaken kan ondermijnen (zo heeft zij, door de weigering om toegang te verlenen tot de mededeling van de punten bezwaar in de zaak EMI/Time Warner, zonder druk van buitenaf de zaak BMG/Sony, die dezelfde sector betrof, kunnen behandelen);

- de nota’s die het DG „Concurrentie” aan andere diensten van de Commissie, daaronder begrepen de juridische dienst, heeft gezonden om het advies van de adressaten over de ontwerpteksten te vragen of dergelijke adviezen voor te leggen (hierna: „nota’s aan de andere diensten”). De Commissie maakt in dit verband onderscheid tussen de nota’s die aan de juridische dienst zijn gezonden (documenten 2.1 tot en met 2.5) en de nota’s die aan andere diensten zijn gezonden (documenten 4.1 tot en met 4.5). Zij wijst erop dat de aan de juridische dienst gezonden nota’s nauw verbonden zijn met de juridische adviezen die daaraanvolgend zijn gegeven, en dat de openbaarmaking ervan dus wezenlijke onderdelen van die adviezen zou

onthullen, wat haar besluitvormingsproces ernstig zou ondermijnen (punt II.2 van het tweede besluit). De aan de andere diensten van de Commissie gezonden nota's zijn opgesteld in het kader van het interne overleg en geven een beeld van de collectieve aard van het besluitvormingsproces. De Commissie beklemtoont dat dit besluitvormingsproces moet worden beschermd tegen elke ernstige ondermijning als gevolg van de openbaarmaking van dergelijke gegevens (punt II.4 van het tweede besluit);

- de nota's waarmee andere diensten van de Commissie hebben geantwoord op de vijf bovengenoemde nota's van het DG „Concurrentie” om hun zienswijze over de ontwerpteksten uiteen te zetten (hierna: „antwoordnota's van de andere diensten dan de juridische dienst”) (documenten 5.1 tot en met 5.10). De Commissie verklaart dat deze nota's zijn opgesteld in het kader van het overleg dat tussen of binnen de diensten plaatsvindt en eigen is aan haar besluitvormingsproces. Zij wijst erop dat het voor de concentratiecontrole absoluut noodzakelijk is dat deze diensten hun standpunt kunnen uiteenzetten, en dat daaraan afbreuk zou worden gedaan indien die diensten bij het opstellen van dergelijke nota's rekening moeten houden met de mogelijkheid dat hun standpunten openbaar worden gemaakt, zelfs wanneer dit gebeurt

nadat de zaak is afgesloten (punt II.5 van het tweede besluit).

18. In het tweede besluit beroept de Commissie zich ook op artikel 4, lid 2, tweede streepje, van verordening nr. 1049/2001 met betrekking tot de vijf nota's waarmee de juridische dienst heeft geantwoord op de bovengenoemde vijf nota's van het DG „Concurrentie” (hierna: „antwoordnota's van de juridische dienst”) (punt II.3 en documenten 3.1 tot en met 3.5). De Commissie heeft de toegang tot deze documenten geweigerd omdat ze de door de juridische dienst verrichte analyse van de ontwerpteksten bevatten. Volgens de Commissie zou openbaarmaking van deze juridische adviezen onzekerheid met betrekking tot de rechtmatigheid van beschikkingen inzake concentratiecontrole kunnen creëren, hetgeen de stabiliteit van de communautaire rechtsorde en de goede werking van haar diensten negatief zou kunnen beïnvloeden.¹⁰ Zij verkaart dat elke antwoordnota van de juridische dienst afzonderlijk is onderzocht en dat het feit dat geen gedeeltelijke toegang kan worden verleend, niet betekent dat de bescherming van juridisch advies als algemene uitzondering is aangewend.

19. Verder schetst de Commissie in het tweede besluit de bijzondere situatie van een aantal interne documenten waartoe geen of

¹⁰ — Arrest van het Gerecht van 23 november 2004, Turco/Raad (T-84/03, Jurispr. blz. II-4061, punten 54-59).

slechts gedeeltelijke toegang is verleend. Het gaat met name om het verslag van de raadadviseur-auditeur betreffende de zaak Airtours/First Choice, de nota van het DG „Concurrentie” aan het adviescomité en een dossier-aantekening betreffende een bezoek aan First Choice.

20. Ten slotte wijst de Commissie erop dat bovengenoemde uitzonderingen gelden tenzij een hoger openbaar belang openbaarmaking van het betrokken document gebiedt. Zij beklemtoont dat in het onderhavige geval MyTravel geen enkel argument heeft aangebracht dat een hoger openbaar belang aanmerkelijk maakt. Volgens de Commissie dient in deze zaak veeleer de voorrang te worden gegeven aan de bescherming van haar besluitvormingsproces in soortgelijke zaken en aan de bescherming van juridisch advies.

21. MyTravel heeft tegen deze besluiten beroep ingesteld. Met betrekking tot één document heeft het Gerecht in zijn bestreden arrest het beroep toegewezen (punt 1 van het dictum). Voor het overige werd het beroep evenwel afgewezen (punt 2 van het dictum). De Commissie mocht zich volgens het Gerecht beroepen op de bescherming van het interne besluitvormingsproces en van juridisch advies.

22. Het Koninkrijk Zweden heeft tegen het arrest van het Gerecht de onderhavige hogere voorziening ingesteld. Deze lidstaat verzoekt het Hof:

- 1) punt 2 van het dictum van het arrest van het Gerecht van eerste aanleg van 9 september 2008 in zaak T-403/05 te vernietigen;

- 2) besluit D(2005) 8461 van de Commissie van 5 september 2005 overeenkomstig de door MyTravel Group plc voor het Gerecht van eerste aanleg geformuleerde vordering nietig te verklaren voor zover het betrekking heeft op de weigering om toegang te verlenen tot het rapport van de Commissie en tot andere werkdocumenten;

- 3) besluit D(2005) 9763 van de Commissie van 12 oktober 2005 overeenkomstig de door MyTravel Group plc voor het Gerecht van eerste aanleg geformuleerde vordering nietig te verklaren voor zover het betrekking heeft op de weigering om toegang te verlenen tot andere interne documenten van de Commissie, en

- 4) de Commissie te verwijzen in de kosten van de procedure voor het Hof.

23. De Commissie verzoekt het Hof:

- 1) de hogere voorziening af te wijzen, en
- 2) rekwirant in de kosten te verwijzen.

24. Bij beschikking van de president van het Hof van 2 juni 2009 zijn het Koninkrijk Denemarken, het Koninkrijk der Nederlanden en de Republiek Finland toegelaten tot interventie aan de zijde van Zweden, en de Bondsrepubliek Duitsland, de Franse Republiek en het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland tot interventie aan de zijde van de Commissie.

25. Deze partijen hebben schriftelijke opmerkingen ingediend en, met uitzondering van Nederland, Duitsland en het Verenigd Koninkrijk, eveneens deelgenomen aan de mondelinge behandeling op 7 oktober 2010.

van toegang tot documenten van de instellingen te geven.¹¹ Inmiddels is in artikel 42 van het Handvest van de grondrechten verankerd dat iedere burger dit recht heeft.

IV — Beoordeling

26. De algemene lijnen van de rechtspraak met betrekking tot de toegang tot documenten van de instellingen kunnen worden samengevat als volgt.

27. Blijkens punt 1 van haar considerans berust verordening nr. 1049/2001 op artikel 1, tweede alinea, EU. Volgens deze bepaling markeert dit Verdrag 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. Zoals in punt 2 van de considerans wordt gememoreerd, is het recht van het publiek op toegang tot documenten van de instellingen verweven met het democratisch karakter van de instellingen. Bijgevolg heeft verordening nr. 1049/2001 blijkens punt 4 van de considerans en artikel 1 tot doel, het publiek een zo ruim mogelijk recht

28. Aan dat recht zijn niettemin bepaalde beperkingen gesteld verband houdend met openbare of particuliere belangen. Meer in het bijzonder, en in overeenstemming met punt 11 van de considerans, is in artikel 4 van deze verordening bepaald dat de instellingen de toegang tot een document weigeren wanneer de openbaarmaking ervan zou leiden tot de ondermijning van een van de in dat artikel beschermde belangen. Indien een instelling besluit om de toegang tot een document waarvan haar om openbaarmaking is verzocht, te weigeren, moet zij bijgevolg in beginsel uitleggen in welk opzicht de toegang tot dat document een concrete en daadwerkelijke ondermijning zou vormen van het belang dat wordt beschermd door een van de in artikel 4 van verordening nr. 1049/2001 neergelegde uitzonderingen waarop de instelling zich beroept.¹²

29. Aangezien die uitzonderingen afwijken van het beginsel van de ruimst mogelijke toegang van het publiek tot documenten, moeten zij weliswaar restrictief worden uitgelegd en toegepast. De betrokken instelling mag zich evenwel baseren op algemene aannames die gelden voor bepaalde categorieën documenten, daar vergelijkbare overwegingen van

11 — Arrest van 21 september 2010, Zweden/API en Commissie (C-514/07 P, C-528/07 P en C-532/07 P, Jurispr. blz. I-8533, punten 68 e.v. en aldaar aangehaalde rechtspraak).

12 — Zie arrest van 29 juni 2010, Commissie/Technische Glaswerke Ilmenau (C-139/07 P, Jurispr. blz. I-5885, punt 53), en arrest Zweden/API en Commissie (aangehaald in voetnoot 11, punten 70 e.v.).

algemene aard kunnen gelden voor verzoeken om openbaarmaking met betrekking tot documenten van gelijke aard.¹³

A — *Bescherming van interne beraadslagingen*

30. Het Gerecht heeft deze beginselen in het bestreden arrest overgenomen, en zij worden in het onderhavige geval niet in twijfel getrokken.
31. Zweden voert in zijn hogere voorziening veeleer de volgende vier middelen aan: het Gerecht heeft de uitzondering inzake de bescherming van interne beraadslagingen onjuist toegepast (zie onder A), alsook de uitzondering inzake de bescherming van juridisch advies (zie onder B). Voorts heeft het Gerecht het bestaan van een hoger belang bij openbaarmaking onjuist beoordeeld (zie onder C). Tot slot heeft het Gerecht onvoldoende onderzocht of de Commissie een passende toegang tot delen van de documenten heeft verleend (zie onder D). Daarentegen hoeft niet te worden ingegaan op de bescherming van de activiteiten met betrekking tot onderzoeken, waarop zich de Commissie in haar besluiten eveneens heeft gebaseerd.
32. Het eerste middel van rekwirant betreft de bescherming van de interne beraadslagingen, nadat de betrokken procedure is afgesloten.
33. Ingevolge artikel 4, lid 3, eerste alinea, van verordening nr. 1049/2001 mag de toegang tot een document dat betrekking heeft op een aangelegenheid waarover de instelling nog geen besluit heeft genomen, worden geweigerd. Aanknopend hieraan bepaalt de tweede alinea van dit artikellid dat de toegang tot een document met standpunten voor intern gebruik in het kader van beraadslagingen en voorafgaand overleg binnen de betrokken instelling ook wordt 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.
34. Het staat buiten kijf dat de litigieuze documenten standpunten bevatten voor intern gebruik in het kader van beraadslagingen en voorafgaand overleg binnen de Commissie.
35. Het Gerecht heeft in wezen twee van de door de Commissie aangevoerde risico's als een aanzienlijke ondermijning van besluitvormingsprocessen erkend: zelfcensuur en toevlucht tot informele beraadslagingen. Ik zal deze punten nader bespreken.

¹³ — Zie arrest Zweden/API en Commissie (aangehaald in voetnoot 11, punten 73 e.v. en aldaar aangehaalde rechtspraak).

36. In haar eerste besluit is de Commissie van mening dat openbaarmaking van het rapport haar besluitvormingsproces ernstig zou ondermijnen, aangezien de vrijheid van meningsuiting van de opstellers van dergelijke documenten in gevaar komt wanneer deze daarbij rekening moeten houden met de mogelijkheid dat hun overwegingen openbaar worden gemaakt, en dit zelfs nadat op basis van hun overwegingen een besluit is genomen. De andere documenten waarop dit besluit betrekking heeft, dienden ter voorbereiding van het rapport en zouden bijgevolg a fortiori zijn beschermd.

37. In het tweede besluit stelt de Commissie onder andere dat openbaarmaking van de documenten afbreuk zou doen aan het vermogen van het DG „Concurrentie” om zijn standpunt uiteen te zetten en aan het vermogen van de leden van de Commissie om een goed gemotiveerde beschikking vast te stellen.

38. Het Gerecht acht dit standpunt gefundeerd. In punt 48 van het bestreden arrest legt het uit dat de werkgroep tot taak had om haar mening te geven en kritiek en commentaar te leveren. Zoals het Gerecht in punt 49 van het bestreden arrest benadrukt, ging het hierbij niet om wetgevend maar om zuiver bestuurlijk handelen. Openbaarmaking van de documenten zou de mogelijkheid bieden, de maatregelen van de Commissie te vergelijken met de adviezen van de werkgroep

(punt 51). De Commissie zou evenwel de vrijheid moeten hebben om af te wijken van de adviezen van de ambtenaren (punt 53). De mogelijkheid van openbaarmaking van dergelijke documenten zou tot gevolg hebben dat de ambtenaren in de toekomst geen standpunt meer naar voren brengen dat een risico kan meebrengen voor de adressaat van het advies bij diens beslissingsvrijheid. Dit zou afbreuk doen aan de kwaliteit van het betrokken advies (punt 52). Het is immers logisch en waarschijnlijk dat het met mededingingsvraagstukken belaste lid van de Commissie ertoe geneigd zal zijn, zijn medewerkers niet meer om een schriftelijk en eventueel kritisch standpunt te vragen. Wanneer de Commissie zich zou dienen te beperken tot mondelinge en informele discussies waarvoor geen „document” in de zin van artikel 3, sub a, van verordening nr. 1049/2001 hoeft te worden opgesteld, zou dat de doeltreffendheid van haar interne besluitvormingsproces ernstig schaden, met name op gebieden waar zij ingewikkelde juridische, feitelijke en economische beoordelingen dient te verrichten en bijzonder omvangrijke dossiers dient te onderzoeken (punt 54).

39. Het Gerecht beschrijft mogelijke gevolgen van de openbaarmaking van de betrokken documenten, maar Zweden betoogt terecht dat deze aannames te algemeen zijn. Zoals het Gerecht in zijn recente rechtspraak heeft erkend¹⁴, rechtvaardigen zij bijgevolg

14 — Arresten van 18 december 2008, Muñiz/Commissie (T-144/05, punt 75); 11 maart 2009, Borax Europe/Commissie (T-121/05, punten 66 e.v., en T-166/05, punten 101 e.v.); 9 juni 2010, Éditions Jacob/Commissie (T-237/05, Jurispr. blz. II-2245, punt 141, aangevochten met de hogere voorziening C-404/10 P, gepubliceerd in PB C 274, blz. 19), en 7 juli 2010, Agrofert Holding/Commissie (T-111/07, punt 142, aangevochten met de hogere voorziening C-477/10 P, gepubliceerd in PB C 328, blz. 22).

uiteindelijk niet het bestreden arrest en het bestreden besluit van de Commissie. Dit blijkt wanneer men in het licht van artikel 4, lid 3, van verordening nr. 1049/2001 nagaat, waardoor de besluitvormingsprocessen eigenlijk ernstig kunnen worden ondermijnd.

1. Artikel 4, lid 3, van verordening nr. 1049/2001

40. Reeds uit de bewoordingen van artikel 4, lid 3, van verordening nr. 1049/2001 blijkt dat de twee hierin opgenomen uitzonderingen op het toegangsrecht zeer restrictief moeten worden toegepast: een enkele ondermijning van het besluitvormingsproces van de instelling door de openbaarmaking van de documenten volstaat niet. Het moet gaan om een *ernstige* ondermijning.

41. Hiermee verschillen de in artikel 4, lid 3, van verordening nr. 1049/2001 opgenomen uitzonderingen van die in de eerste twee leden, die elke vorm van ondermijning toereikend verklaren, ook al is die niet „ernstig”. En reeds deze uitzonderingen moeten restrictief worden uitgelegd.¹⁵ Bijgevolg weegt het beginsel van een restrictieve uitlegging nog zwaarder bij de toepassing van artikel 4, lid 3, van verordening nr. 1049/2001.

15 — Zie punt 29 hierboven.

42. De ontstaansgeschiedenis van artikel 4, lid 3, van verordening nr. 1049/2001 bevestigt deze vaststelling.

43. De Commissie had voorgesteld om documenten voor intern gebruik, zoals overdenkings- en discussiestukken en adviezen van diensten, alsmede informele boodschappen uit te sluiten van de werkingssfeer van verordening nr. 1049/2001.¹⁶ Hiermee wilde zij de instellingen de vereiste „ruimte om na te denken” bieden.¹⁷ Zou dit voorstel zijn overgenomen, dan zou haar weigering om de litigieuze documenten openbaar te maken volledig rechtmatig zijn geweest.

44. Aangezien de wetgever deze documenten echter niet heeft willen uitsluiten van de werkingssfeer van verordening nr. 1049/2001, moeten zij in beginsel net als alle andere documenten openbaar worden gemaakt.¹⁸ Sterker nog: aangezien de uitzondering inzake de bescherming van interne beraadslagingen beperkter is geformuleerd dan de andere uitzonderingen, moet er zelfs ruimer toegang worden geboden. De wetgever wilde daarom de „ruimte om na te denken” minder sterk beschermen dan andere belangen.

16 — Artikel 3, sub a, van het voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad inzake de toegang van het publiek tot documenten van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie, COM(2000) 30 def.

17 — COM(2000) 30 def., blz. 4.

18 — Zie de twee in voetnoot 14 aangehaalde arresten Borax Europe/Commissie van het Gerecht (T-121/05, punt 66, en T-166/05, punt 101).

45. Overigens zal ook in de toekomst de bescherming van besluitvormingsprocessen zeer waarschijnlijk niet versterkt worden. In de lopende procedure voor de wijziging van verordening nr. 1049/2001 heeft de Commissie enkel redactionele wijzigingen van artikel 4, lid 3, voorgesteld¹⁹, terwijl de rapporteur van het Parlement aandringt op een duidelijk ruimere openbaarmaking van de besluitvormingsprocessen.²⁰

2. Ernstige ondermijning van besluitvormingsprocessen

46. Wat moet evenwel tegen deze achtergrond worden verstaan onder ernstige ondermijning van besluitvormingsprocessen? Is hiervan reeds sprake wanneer bij het interne beraad mogelijk een grotere mate van terughoudendheid wordt betracht of wellicht de voorkeur wordt gegeven aan informele procedures die minder of zelfs helemaal geen schriftelijke sporen achterlaten?

47. Bij de beantwoording van deze vraag moet worden uitgegaan van punt 2 van

verordening nr. 1049/2001. Volgens deze overweging waarborgt openheid onder andere een grotere legitimiteit en meer verantwoordelijkheid van het bestuur ten opzichte van de burgers binnen een democratisch systeem.

48. De burgers van de Unie *dienen* bijgevolg te weten te komen hoe en op welke gronden het bestuur zijn besluiten neemt. Het is een doel van verordening nr. 1049/2001 om de burgers informatie te verschaffen over standpunten die door de betrokken instelling intern zijn besproken en later zijn verworpen. Op die manier kunnen zij zich een mening vormen over de kwaliteit van het bestuursoptreden en in het bijzonder van de hiermee verbonden besluitvormingsprocessen, deelnemen aan de openbare discussie over het bestuursoptreden en mogelijkere wijs een gericht gebruik maken van hun stemrecht bij verkiezingen.

49. De door de Commissie en het Gerecht geuite vrees heeft betrekking op mogelijke strategieën ter ontduiking van deze verantwoordelijkheid. In plaats van de burgers informatie te verschaffen over het bestuursoptreden, zou kunnen worden geprobeerd om deze informatie in het geheel niet te laten ontstaan dan wel deze niet vast te leggen.

19 — Ontwerpverslag over het voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende de toegang van het publiek tot documenten van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie, COM(2008) 229 def., blz. 15 (overweging 17) en 20 (artikel 4, leden 3 en 4).

20 — Ontwerpverslag over het voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende de toegang van het publiek tot documenten van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie van 12 mei 2010 (PE439.989v01-00), blz. 14 (overweging 12 ter), 17 e.v. (overweging 17) en 31 e.v.

50. Het lijkt geen twijfel dat er een zeker gevaar bestaat dat de instellingen of individuele ambtenaren hun toevlucht zoeken tot dergelijke strategieën. Bij de uitlegging van

het Unierecht mag evenwel niet worden uitgegaan van de vrees dat de instellingen deze voorschriften mogelijkserwijs ontduiken. Zou een dergelijke vrees gegrond blijken, dan moeten veeleer maatregelen worden genomen om de ontduiking tegen te gaan.

51. Overigens houdt openheid niet alleen het gevaar in van zelfcensuur en toevlucht tot informele beraadslagingen; zij biedt ook een prikkel om besluiten zeer zorgvuldig en grondig voor te bereiden teneinde latere kritiek te vermijden.

52. Het is weliswaar denkbaar dat bij de beraadslagingen meer terughoudendheid wordt betracht, maar van de andere kant kan een mogelijke latere openbaarmaking juist leiden tot bijzonder eerlijke en kritische opvattingen. Het is voor beslissers namelijk vele malen moeilijker om zonder overtuigende argumenten aan een goed onderbouwd standpunt van medewerkers of andere ambtelijke instanties voorbij te gaan, wanneer dit standpunt openbaar wordt.

53. Ook de toevlucht tot informele vormen van overleg biedt niet alleen maar voordelen. Te denken valt om te beginnen aan de kwaliteit van het bestuurshandelen, waaraan — zoals het Gerecht terecht benadrukt — afbreuk zou kunnen worden gedaan wanneer de beraadslagingen niet meer schriftelijk worden vastgelegd. Alle actoren in het bestuurlijke proces hebben er evenwel belang bij om kwalitatief goede besluiten te nemen, aangezien anders pas goed kritiek dreigt.

54. Maar ook los van de kwaliteit van het individuele besluit kan, ingeval er geen documenten bestaan waarin inzage kan worden verkregen, de indruk ontstaan dat men iets wil verbergen dan wel dat het besluit op zijn minst niet voldoende is voorbereid.²¹ En indien er alleen documenten zijn waaruit niet blijkt dat andere opvattingen zijn getoetst, dan moeten er vraagtekens worden geplaatst bij de geschiktheid van de opstellers ervan. Openheid kan bijgevolg ook ertoe bijdragen dat het overleg geformaliseerd, gedocumenteerd en dus inzichtelijk wordt teneinde kritiek te voorkomen en beslissingen te rechtvaardigen.

55. Reeds uit de weergegeven tegengestelde belangen blijkt bovendien dat de gevaren van zelfcensuur en toevlucht tot informele vormen van overleg geen redelijkerwijs voorzienbare ernstige ondermijning van besluitvormingsprocessen kunnen zijn, maar voornog enkel hypothetisch van aard zijn. Een louter hypothetische ondermijning kan evenwel de gebruikmaking van een uitzondering niet rechtvaardigen.²²

21 — Zie mijn conclusie van 6 mei 2010, Afton Chemical (C-343/09, Jurispr. blz. I-7027, punten 43 e.v.). Het Hof heeft weliswaar in het arrest van 8 juli 2010, punten 38 e.v., mijn twijfels over het toereikende onderzoek van de problematiek niet overgenomen, maar hieruit blijkt enkel dat zij in dit geval niet volstonden om de rechtmatigheid van het besluit in twijfel te trekken.

22 — Arrest van 1 juli 2008, Zweden en Turco/Raad (C-39/05 P en C-52/05 P, Jurispr. blz. I-4723, punt 43). Zie ook de in voetnoot 12 aangehaalde arresten.

56. Er moeten dus telkens nadere concrete aanwijzingen zijn, dat openheid in het individuele geval bijzondere, dat wil zeggen atypische gevaren meebrengt. Dergelijke gevaren kunnen bijvoorbeeld voortkomen uit het feit dat een zaak zeer omstreden is en de hiermee belaste medewerkers van de betrokken instelling bijgevolg moeten vrezen voor concrete nadelen wanneer hun standpunten bekend zouden worden.

57. Bijgevolg moet worden nagegaan of de Commissie in het onderhavige geval dergelijke omstandigheden heeft aangevoerd. Hierbij moet onderscheid worden gemaakt tussen enerzijds de documenten of delen van documenten die enkel de zaak Airtours betreffen (zie onder 3), en anderzijds de standpunten over de gevolgen van het arrest Airtours voor de procedures inzake concentratiecontrole of de procedures op andere gebieden (zie onder 4).

3. Documenten met betrekking tot de zaak Airtours

58. Bij de documenten met betrekking tot de zaak Airtours gaat het om de documenten ter voorbereiding van de beschikking Airtours/First Choice, inclusief het verslag van de raadadviseur-auditeur²³ en de nota aan het

adviescomité²⁴, alsmede om documenten die na het arrest Airtours zijn opgesteld ter voorbereiding van het besluit over het verdere optreden in deze zaak. De twee Commissiebesluiten hadden betrekking op de weigering om deze documenten openbaar te maken.

59. De ernstige ondermijning van het besluitvormingsproces wordt in de eerste plaats erop gebaseerd, dat het om administratieve werkzaamheden met betrekking tot de concentratiecontrole gaat (zie onder a), en in de tweede plaats op de gevolgen voor andere procedures op het gebied van de concentratiecontrole (zie onder b).

a) Openheid van administratieve werkzaamheden, in het bijzonder met betrekking tot de concentratiecontrole

60. Het Gerecht benadrukt in punt 49 van het bestreden arrest dat de documenten betrekking hebben op de bestuurlijke functie van de Commissie. Ook de Commissie en Duitsland zijn in de hogere voorziening deze mening toegeedaan.

61. Feit is dat volgens de recente rechtspraak van het Hof niet dezelfde mate van toegang tot documenten vereist is waar het

23 — Zie punten 102 e.v. van het bestreden arrest.

24 — Zie punten 108 e.v. van het bestreden arrest.

de administratieve werkzaamheden als waar het de wetgevende werkzaamheden van een instelling van de Unie betreft.²⁵ Aangezien wetten algemene gelding hebben, bestaat uit de aard der zaak een groter openbaar belang bij het voorafgaande besluitvormingsproces dan bij de voorbereiding van bestuursbesluiten in individuele gevallen. En aangezien de bestuurlijke beoordelingsvrijheid wettelijk is vastgelegd en afgebakend, zijn ook de publieke bemoeyenis en het openbare toezicht niet in dezelfde mate vereist.

duidelijk dat openheid een grotere legitimiteit en meer doelmatigheid en verantwoordelijkheid waarborgt van de *administratie* — dus niet van de wetgever — ten opzichte van de burgers binnen een democratisch systeem. Zelfs het Hof is thans krachtens artikel 15, lid 3, VWEU onderworpen aan de transparantieplichtingen wanneer het administratieve taken uitoefent.²⁶

62. In zoverre verklaart het Gerecht terecht dat het belang van het publiek om mededeling van een document te verkrijgen, niet even zwaar weegt met betrekking tot een document dat is opgesteld in het kader van een administratieve procedure inzake de toepassing van de regels betreffende de concentratiecontrole of betreffende het mededingingsrecht in het algemeen, als met betrekking tot een document betreffende een procedure waarin de instelling als wetgever optreedt.

64. Met betrekking tot in het bijzonder de bescherming van het interne beraad maakt artikel 4, lid 3, van verordening nr. 1049/2001 geen onderscheid tussen administratieve activiteiten en wetgeving. Wat de administratieve activiteiten betreft, kan er bijgevolg geen plaats zijn voor ongenueanceerde veronderstellingen met betrekking tot ernstige ondermijning van besluitvormingsprocessen.

63. Dit betekent evenwel niet dat de toegang tot documenten uitgesloten is wanneer het om administratieve werkzaamheden gaat. Verordening nr. 1049/2001 beoogt weliswaar om bij het wetgevingsproces nog meer openheid te bewerkstelligen, maar ingevolge artikel 2, lid 3, ervan is de verordening van toepassing op documenten op *alle* werkterreinen van de Unie. Reeds uit punt 2 van de considerans van verordening nr. 1049/2001 blijkt

65. Niettemin verdienen *lopende* administratieve procedures een sterkere bescherming. Zolang er nog geen beslissing is, bestaat een verhoogd risico dat de toegang tot interne documenten van de betrokken procedure nadelige gevolgen heeft. De in deze documenten opgenomen informatie kan door belanghebbende partijen worden aangewend voor gerichte beïnvloeding, hetgeen met name afbreuk kan doen aan de kwaliteit van de uiteindelijke beslissing.

25 — Arrest Zweden/API en Commissie (aangehaald in voetnoot 11, punt 77). Zie ook reeds arrest Technische Glaswerke Ilmenau (aangehaald in voetnoot 12, punt 60).

26 — Zie arrest Zweden/API en Commissie (aangehaald in voetnoot 11, punt 81).

66. Bovendien zijn juist op het gebied van de concentratiecontrole administratieve procedures gebonden aan strikte termijnen, waarvan de inachtneming gevaar zou lopen wanneer de Commissie zich tijdens de procedure zou moeten bezighouden met reacties op haar interne communicatie.

67. Daarom moet evenals in het geval van gerechtelijke procedures ook bij administratieve procedures worden gegarandeerd dat deze „onverstoord verlopen”.²⁷ Voorkomen moet worden dat op de administratieve activiteiten — al is het alleen maar in de perceptie van het publiek — druk van buitenaf wordt uitgeoefend en afbreuk kan worden gedaan aan het ongestoorde verloop van de beraadslagingen.²⁸

68. In concentratiezaken geldt de toegang tot documenten derhalve volgens artikel 17, lid 3, van verordening nr. 802/2004 niet voor interne documenten van de Commissie.²⁹ Dit kon indirect ook worden afgeleid uit het op de zaak *Airtours/First Choice* toepasselijke artikel 17, lid 1, van verordening nr. 447/98, aangezien die bepaling de toegang tot interne

documenten van autoriteiten, dat wil zeggen ook van de Commissie, van de toegang tot het dossier uitsloot.

69. Met dit gegeven dient rekening te worden gehouden bij de uitlegging van de uitzondering bedoeld in artikel 4, lid 3, van verordening nr. 1049/2001. Indien de partijen bij de procedure in staat zouden zijn om op basis van verordening nr. 1049/2001 toegang te krijgen tot de interne documenten van de Commissie, zou immers de beperking van de toegang tot het dossier in concentratiezaken worden doorkruist.³⁰

70. Deze overwegingen met betrekking tot de administratieve activiteiten en in het bijzonder de procedureregels voor concentratiezaken verliezen evenwel hun geldigheid wanneer de betrokken procedure haar beslag heeft gekregen, dat wil zeggen wanneer het uiteindelijke besluit niet meer voor de rechter kan worden betwist. Zoals reeds blijkt uit artikel 18, lid 3, van verordening nr. 139/2004 is het recht op toegang tot het dossier in concentratiezaken namelijk een uitvloeisel van

27 — Zie voor de bescherming van gerechtelijke procedures, arrest *Zweden/API en Commissie* (aangehaald in voetnoot 11, punt 92).

28 — Zie voor de bescherming van gerechtelijke procedures, arrest *Zweden/API en Commissie* (aangehaald in voetnoot 11, punt 93).

29 — Aldus ook voor interne documenten in kartelzaken, arrest *Gerecht van 18 juni 2008, Hoechst/Commissie* (T-410/03, Jurispr. blz. II-881, punt 165) met verdere verwijzingen naar de rechtspraak van het Hof van 18 juni 1986, *British American Tobacco en Reynolds Industries/Commissie* (142/84 en 156/84, Jurispr. blz. 1899, punt 11). Zie ook arrest van 6 april 1995, *BPB Industries en British Gypsum/Commissie* (C-310/93 P, Jurispr. blz. I-865, punt 22).

30 — Arresten *Technische Glaswerke Ilmenau* (aangehaald in voetnoot 12, punt 58) over de toegang tot documenten in een staatssteunzaak, en *Zweden/API en Commissie* (aangehaald in voetnoot 11, punt 100) over de toegang tot documenten van gerechtelijke procedures.

de rechten van de verdediging.³¹ Wanneer tegen een besluit geen beroep bij de rechter meer kan worden ingesteld, spelen de op dit besluit betrekking hebbende rechten van de verdediging geen rol meer.

71. Bijgevolg kan uit de regelingen inzake het recht op toegang tot het dossier in concentratiezaken niet worden afgeleid dat wanneer de procedure definitief is afgesloten, de toegang tot interne documenten het besluitvormingsproces van de Commissie ernstig ondermijnt.

72. Maar ook de principiële overwegingen met betrekking tot de bescherming van een *lopend* besluitvormingsproces — het ongestoorde verloop van de beraadslagingen³² — zijn na de afsluiting van de procedure niet meer relevant. Dit besluitvormingsproces kan nu eenmaal niet meer met behulp van interne documenten worden beïnvloed.³³ En, zoals ik hierboven reeds heb uiteengezet, kunnen de abstracte risico's van zelfcensuur en toevlucht tot informele vormen van overleg zonder bijzondere aanwijzingen voor een verhoogd risico in het concrete geval geen rechtvaardiging vormen voor de weigering

om na de afsluiting van een procedure interne documenten openbaar te maken.³⁴

73. In de onderhavige zaak was de procedure inzake de concentratie Airtours/First Choice definitief afgesloten met het verstrijken van de termijn waarbinnen de Commissie hogere voorziening kon instellen tegen het arrest Airtours, dat wil zeggen lang vóór het verzoek om toegang tot documenten. In zoverre verschilt de onderhavige zaak van de omstandigheden die tot het arrest Technische Glaswerke Ilmenau hebben geleid, waarin de staatssteunprocedure waarop de litigieuze documenten betrekking hadden, pas lang na het Commissiebesluit over het verzoek tot openbaarmaking definitief werd afgesloten.³⁵

74. Het Gerecht verklaart in punt 45 van het bestreden arrest weliswaar terecht dat besluitvormingsprocessen ook nog beschermd kunnen worden nadat het betrokken besluit is genomen. Zoals Zweden betoogt, behoeft het besluitvormingsproces evenwel nadat het besluit eenmaal is genomen duidelijk minder bescherming dan ervoor.

75. Terwijl namelijk het belang bij de bescherming van besluitvormingsprocessen afneemt nadat het besluit eenmaal is genomen, neemt het belang bij de openbaarmaking van informatie over het besluitvormingsproces toe. Wordt tijdens het besluitvormingsproces

31 — Zie voor het kartelrecht arresten van 15 oktober 2002, Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commissie (C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P–C-252/99 P en C-254/99 P, Jurispr. blz. I-8375, punt 321); 7 januari 2004, Aalborg Portland e.a./Commissie (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P, Jurispr. blz. I-123, punt 68); 1 juli 2010, Knauf Gips/Commissie (C-407/08 P, Jurispr. blz. I-6375, punt 22), en op het gebied van disciplinaire sancties, arrest van 11 juli 2006, Commissie/Cresson (C-432/04, Jurispr. blz. I-6387, punt 110).

32 — Zie punten 65 e.v. hierboven.

33 — Zie met betrekking tot de bescherming van gerechtelijke procedures arrest Zweden/API en Commissie (aangehaald in voetnoot 11, punten 130 e.v.).

34 — Zie punten 46 e.v. hierboven.

35 — Arrest Technische Glaswerke Ilmenau (aangehaald in voetnoot 12, punten 1 en 14 e.v.).

al geen openheid geboden, dan kan de door het bestuur jegens de burger af te leggen verantwoording enkel worden versterkt door op zijn minst achteraf deze openheid te verschaffen. Verdere vertraging zou een gefundeerde verantwoording van het besluitvormingsproces in sterke mate uitsluiten en moet derhalve specifiek worden gerechtvaardigd.

76. Dit blijkt overigens ook uit artikel 4, lid 3, van verordening nr. 1049/2001. De eerste alinea van artikel 4, lid 3, die ziet op de situatie vóórdat het besluit is genomen, omvat namelijk meer documenten dan de tweede alinea, die van toepassing is nadat het besluit is genomen. Vóórdat het besluit is genomen, zijn *alle* documenten gedekt die een instelling voor intern gebruik heeft opgesteld of ontvangen, en enkel documenten met standpunten voor intern gebruik in het kader van beraadslagingen en voorafgaand overleg binnen de betrokken instelling.

77. De omstandigheid dat interne standpunten in procedures inzake concentratiecontrole onder de administratieve activiteiten van de Commissie vallen, kan bijgevolg de weigering van openbaarmaking ervan niet meer rechtvaardigen na de definitieve afsluiting van de procedure.

b) Ondermijning van andere procedures

78. Ten gunste van de bescherming van reeds afgesloten procedures inzake de concentratiecontrole betoogt de Commissie in haar tweede besluit evenwel dat de informatie het besluitvormingsproces in vergelijkbare concentratiezaken ernstig zou kunnen ondermijnen. Het Gerecht heeft dit argument in de punten 96 en 98 tot en met 100 van het bestreden arrest aanvaard.

79. Het Gerecht verklaart in punt 100 van het bestreden arrest in het bijzonder dat het waarschijnlijk is dat dergelijke documenten — ofschoon zij niet noodzakelijk het definitieve standpunt van de Commissie weergeven — zullen worden gebruikt om bij het onderzoek van soortgelijke zaken betreffende dezelfde bedrijfssector of dezelfde economische begrippen invloed uit te oefenen op de opvatting van haar diensten, die vrij en los van externe druk tot stand moet kunnen komen.

80. Het is evenwel niet duidelijk hoe deze documenten kunnen worden aangewend om in parallele zaken ongerechtvaardigde druk uit te oefenen.

81. Voor zover deze documenten het in het oorspronkelijke geval genomen besluit steunen, kunnen zij enkel worden gebruikt als

aansporing tot een samenhangende beslissingspraktijk. In vergelijking met het openbaar gemaakte besluit komt deze documenten evenwel geen bijzonder bijkomend belang toe.

82. Wijzen de in interne documenten opgenomen argumenten in een andere richting dan het openbaar gemaakte besluit, dan moet het niet al te moeilijk zijn om deze onder verwijzing naar het besluit en de motivering ervan van de hand te wijzen.

83. Deze documenten bieden slechts de mogelijkheid om druk uit te oefenen, wanneer zij argumenten bevatten die in het openbaar gemaakte besluit niet overtuigend zijn weerlegd. Dit zou evenwel neerkomen op een gebrek in het eerdere besluit, dat volkomen terecht aan de Commissie kan worden toegeworpen. Het is nergens voor nodig de Commissie de mogelijkheid te bieden om bij andere, soortgelijke besluiten zwaarwegende argumenten links te laten liggen.

84. Weliswaar valt niet uit te sluiten dat er specifieke gevallen zijn die dermate nauw met elkaar zijn verweven dat de interne documenten met betrekking tot het ene geval het besluit in het andere geval ernstig kunnen ondermijnen. De Commissie noemt evenwel in casu geen aanwijzingen voor een zodanig nauwe verwevenheid, die al niet waarschijnlijk is omdat sinds de oorspronkelijke beschikking Airtours/First Choice vijf jaar waren verstreken toen op het verzoek inzake toegang tot documenten werd beslist.

c) Voorlopig resultaat

85. Bijgevolg heeft het Gerecht blijk gegeven van een onjuiste opvatting van het recht door het standpunt van de Commissie over te nemen en de weigering om toegang te verlenen tot de documenten met betrekking tot de zaak Airtours op grond van artikel 4, lid 3, tweede alinea, van verordening nr. 1049/2001 rechtmatig te verklaren.

4. Standpunten met betrekking tot de gevolgen van het arrest Airtours voor de concentratiecontrole

86. Het eerste besluit van de Commissie had tevens betrekking op die delen van het rapport waarin standpunten over de gevolgen van het arrest Airtours voor de procedures inzake concentratiecontrole dan wel voor de procedures op andere gebieden waren opgenomen, alsook de respectieve voorbereidende documenten.

87. Deze documenten hebben weliswaar ook betrekking op de administratieve activiteiten van de Commissie op het gebied van de concentratiecontrole. De aangevoerde argumenten kunnen evenwel nog minder een weigering van de openbaarmaking rechtvaardigen dan in het geval van de documenten met betrekking tot de zaak Airtours zelf. Het ging namelijk niet om een concrete administratieve

procedure, maar om de beoordeling van de gevolgen van het arrest Airtours voor de concentratiecontrole in het algemeen. Het betrof hier dus geen typische administratieve activiteit, maar veeleer de ontwikkeling van beleid of strategie. Ingevolge artikel 12, lid 3, van verordening nr. 1049/2001 dienen dergelijke documenten, evenals wetgevingsdocumenten, zelfs rechtstreeks toegankelijk te worden gemaakt.

88. Bijgevolg is het bestreden arrest met betrekking tot deze documenten en delen van documenten eveneens onjuist.

B — Vertrouwelijkheid van adviezen van de juridische dienst

89. Verder keert Zweden zich tegen de toepassing van artikel 4, lid 2, tweede streepje, van verordening nr. 1049/2001. Volgens deze bepaling weigeren de instellingen de toegang tot een document wanneer de openbaarmaking ervan zou leiden tot ondermijning van de bescherming van gerechtelijke procedures en juridisch advies, tenzij een hoger openbaar belang openbaarmaking gebiedt.

90. De Commissie beriep zich op deze uitzondering met betrekking tot vijf nota's die de juridische dienst had opgesteld in antwoord op vijf nota's van het DG „Concurrentie”. De Commissie heeft de toegang tot deze documenten geweigerd omdat ze de door de juridische dienst verrichte analyse van de

ontwerpteksten bevatten. Volgens de Commissie kon openbaarmaking van deze juridische adviezen tot onzekerheid met betrekking tot de rechtmatigheid van de beschikkingen in concentratiezaken leiden, hetgeen de stabiliteit van de communautaire rechtsorde en de goede werking van haar diensten negatief zou kunnen beïnvloeden.

91. Het Hof heeft deze argumenten in het arrest Turco reeds afgewezen voor juridische adviezen op het gebied van wetgeving: het is immers juist de openheid die, doordat zij een open discussie mogelijk maakt over meerdere uiteenlopende gezichtspunten, ertoe bijdraagt om aan de instellingen een grotere legitimiteit te verlenen in de ogen van de Europese burgers en het vertrouwen van deze burgers te vergroten. In feite is het veeleer de afwezigheid van informatie en discussie die bij de burgers twijfel doet ontstaan, niet alleen aan de rechtmatigheid van een individuele handeling maar ook aan de legitimiteit van het gehele besluitvormingsproces. Overigens zou het risico dat bij de Europese burgers twijfel rijst aan de rechtmatigheid van een door de communautaire wetgever aangenomen wetgevingshandeling, doordat de juridische dienst van de Raad inzake die handeling een negatief advies heeft gegeven, in de meeste gevallen geen werkelijkheid worden indien de motivering van die handeling in die zin werd verbeterd dat daarin duidelijk de redenen worden uiteengezet waarom dit negatief advies niet is gevolgd.³⁶

³⁶ — Arrest Zweden en Turco/Raad (aangehaald in voetnoot 22, punten 59 e.v.).

92. Deze overwegingen gelden niet alleen voor de wetgeving, maar in beginsel ook voor de administratie. In het geval van administratieve activiteiten kan het om de reeds genoemde redenen geboden zijn om lopende procedures te beschermen³⁷, maar dit belang heeft geen gewicht meer na de definitieve afsluiting van de betrokken procedure.

93. Het Gerecht noemt in de punten 124 tot en met 127 van het bestreden arrest evenwel enkele bijkomende gezichtspunten die ervoor zouden pleiten het besluit van de Commissie in stand te laten. Reeds deze aanvulling van de argumenten van de Commissie door het Gerecht is twijfelachtig, maar omdat hiertegen in casu niet wordt opgekomen, behoeft dit in de hogere voorziening geen nader onderzoek.

94. In punt 125 van het bestreden arrest verklaart het Gerecht dat het risico van zelfcensuur ook adviezen van de juridische dienst betreft. Ik heb bij de bescherming van besluitvormingsprocessen reeds uiteengezet dat mij dit argument niet overtuigt.³⁸ In het geval van juridisch advies is dit argument nog minder overtuigend, omdat de juridische dienst van de Commissie onafhankelijk is van het DG „Concurrentie”. Bijgevolg hoeven de medewerkers ervan niet te vrezen voor benadeling vanwege hun kritische adviezen, zelfs niet wanneer die openbaar worden gemaakt. Bovendien zouden de adviezen van de juridische dienst geen enkele functie meer hebben

indien ze geen kritiek bevatten. Zij zijn immers juist bedoeld om op mogelijke problemen en zwakke punten te wijzen.

95. Het is eerder denkbaar dat toevlucht wordt gezocht tot informele vormen van advies, bijvoorbeeld alleen nog mondeling. Ook in zoverre gelden evenwel de genoemde overwegingen inzake de bescherming van besluitvormingsprocessen. In veel gevallen zal reeds op grond van de complexiteit van mededingingsrechtelijke procedures niet volledig kunnen worden afgezien van schriftelijke adviezen.

96. Het door het Gerecht in punt 126 van het bestreden arrest genoemde gevaar van een conflict tussen het interne standpunt van de juridische dienst en het standpunt dat deze dienst mogelijkerwijs voor het Gerecht moet verdedigen, bestaat hoe dan ook niet meer wanneer de rechterlijke beoordeling van de betrokken handeling in kracht van gewijsde is gegaan. Bijgevolg geeft het Gerecht blijk van een onjuiste rechtsopvatting door in punt 127 te verklaren dat het arrest *Airtours* niet relevant is voor de toepassing van de uitzondering voor juridische adviezen.

97. Ook het op dat tijdstip nog aanhangige beroep tot vergoeding van de door de beschikking *Airtours/First Choice* geleden schade leidt niet tot een andere beoordeling.

37 — Zie punten 65 e.v. hierboven.

38 — Zie punten 46 e.v. hierboven.

98. In die zaak ging het in wezen om de vraag of de Commissie bij de vaststelling van de reeds nietig verklaarde beschikking haar verplichtingen voldoende gekwalificeerd had geschonden om een recht op schadevergoeding te kunnen aannemen.³⁹ De adviezen van de juridische dienst met betrekking tot een dergelijke beschikking zullen in de regel enkel aangeven dat het om ingewikkelde vragen gaat, en dus pleiten tegen een gekwalificeerde schending. Uit dergelijke adviezen kan slechts een gekwalificeerde schending blijken, wanneer zij ernstige fouten in de administratieve procedure blootleggen. In dat geval zou evenwel de Commissie geen te beschermen belang hebben bij de niet-openbaarmaking van deze documenten. Het zou veeleer een publiek belang zijn om dergelijke fouten aan het licht te brengen en hiermee herhaling te voorkomen.

99. Bijgevolg heeft het Gerecht ook bij zijn beoordeling van de toepassing van artikel 4, lid 2, tweede streepje, van verordening nr. 1049/2001 blijk gegeven van een onjuiste opvatting van het recht.

C — Beoordeling van het hoger openbaar belang bij de openbaarmaking

100. Zweden keert zich verder tegen de wijze waarop het Gerecht is nagegaan of de

Commissie terecht een hoger openbaar belang bij de openbaarmaking van de betrokken documenten heeft uitgesloten.

101. Artikel 4, lid 2, tweede streepje, en lid 3, van verordening nr. 1049/2001 bepalen dat de instellingen de toegang tot een document weigeren wanneer een beschermd belang wordt ondermijnd, respectievelijk ernstig wordt ondermijnd, tenzij een hoger openbaar belang openbaarmaking gebiedt.

102. Het Gerecht beperkt zich in de punten 60 e.v., 118 e.v. en 129 van het bestreden arrest ertoe de argumenten van MyTravel te onderzoeken en af te wijzen.

103. Zweden brengt hiertegen in dat de verzoeker geen openbaar belang hoeft aan te tonen.

104. Zweden heeft in beginsel gelijk. Het Hof heeft verklaard dat in de gevallen genoemd in artikel 4, leden 2 en 3, van verordening nr. 1049/2001 de betrokken instelling moet nagaan of er geen hoger openbaar belang is dat de openbaarmaking van het betrokken

³⁹ — Zie arrest MyTravel/Commissie (aangehaald in voetnoot 9, in het bijzonder punten 37 e.v.).

document desondanks rechtvaardigt.⁴⁰ Bijgevolg moeten op zijn minst de opvallende gezichtspunten van het concrete geval ambtshalve worden onderzocht.⁴¹

105. In de gerechtelijke procedure wordt een schending van artikel 4, lid 2 of 3, van verordening nr. 1049/2001 wat de beoordeling van het hoger openbaar belang betreft, echter enkel onderzocht wanneer de belanghebbende hiertegen opkomt. Wordt niet het volledig ontbreken van die beoordeling gesteld, dan moeten die gezichtspunten worden genoemd die niet juist zouden zijn beoordeeld. Door zich te beperken tot hetgeen is aangevoerd, heeft het Gerecht dus niet het recht geschonden.

106. Zweden heeft evenwel in zoverre gelijk dat MyTravel gezichtspunten heeft aangevoerd die een openbaar belang voldoende zouden kunnen rechtvaardigen.

107. Het Hof heeft weliswaar verklaard dat het recht van het publiek om te worden geïnformeerd over belangrijke kwesties van het Unierecht, zoals inzake mededinging, en over vraagstukken van een zeker politiek belang, omdat zij aan de orde zijn in niet-nakomingsberoepen, niet zonder meer zwaarder weegt

dan de bescherming van *lopende* gerechtelijke procedures.⁴²

108. In het onderhavige geval gaat het evenwel om *afgesloten* administratieve procedures. Vooral heeft MyTravel echter volgens punt 38 van het bestreden arrest aangevoerd dat de Commissie wegens de harde kritiek van het Gerecht in het arrest Airtours een intern onderzoek heeft verricht om lessen te trekken uit dit arrest en te bepalen welke wijzigingen in haar beschikkingspraktijk moeten worden aangebracht. In deze context zou het hogere openbaar belang erin bestaan te beïnvloeden wat er is gebeurd, hoe dit had kunnen worden voorkomen, en wat er is gedaan om te vermijden dat dit opnieuw gebeurt. Transparantie zou het publiek in staat stellen na te gaan of de maatregelen die zijn getroffen om een deficiëntie van de administratie op te heffen, passend en adequaat zijn.

109. Dit grotere openbaar belang bij het verkrijgen van informatie over de gevolgen van het arrest Airtours reikt veel verder dan het algemene belang bij vragen op het gebied van het mededingingsrecht of niet-nakomingsprocedures. Bij de beoordeling van het verzoek om toegang tot de litigieuze documenten moet dit duidelijk zijn geworden. De Commissie heeft evenwel dit belang in de twee besluiten inzake de toegang tot documenten niet vermeld. Daarom kan niet ervan worden uitgegaan dat de Commissie dit heeft meegewogen.

40 — Arrest Zweden en Turco/Raad (aangehaald in voetnoot 22, punt 49).

41 — Zie arrest Zweden/API en Commissie (aangehaald in voetnoot 11, punt 152) en, met betrekking tot juridisch advies in het wetgevingsproces, arrest Zweden en Turco/Raad (aangehaald in voetnoot 22, punt 67). In zoverre niet ondubbelzinnig arrest Technische Glaswerke Ilmenau (aangehaald in voetnoot 12, punten 62 en 70).

42 — Arrest Zweden/API en Commissie (aangehaald in voetnoot 11, punten 157 e.v.).

110. Des te meer valt niet te begrijpen waarom het Gerecht in punt 63 van het bestreden arrest verklaart dat MyTravel niet toelicht waarin het hoger openbaar belang is gelegen, en in de punten 64 e.v. enkel de belangen van MyTravel zelf benadrukt. Dergelijke toelichtingen en mogelijk persoonlijke belangen doen er niet toe, wanneer de Commissie volkomen voorbijgaat aan een voor de hand liggend buitengewoon openbaar belang.

hogere voorziening niet mag worden gewijzigd, is dit middel niet-ontvankelijk.⁴³

E — Resultaat van de beoordeling van de hogere voorziening

111. Bijgevolg heeft het Gerecht ook bij de beoordeling van een mogelijk hoger openbaar belang blijk gegeven van een onjuiste opvatting van het recht.

113. Het bestreden arrest geeft blijk van een onjuiste opvatting van het recht wat de beoordeling van de toepassing van artikel 4, lid 2, tweede streepje, en lid 3, tweede alinea, van verordening nr. 1049/2001 betreft. Bijgevolg moet het in zoverre worden vernietigd.

D — Gedeeltelijke toegang

F — Beroep voor het Gerecht

112. Tot slot verwijt Zweden de Commissie onvoldoende te zijn nagegaan of toegang kon worden gegeven tot delen van de niet-openbaar gemaakte documenten. Dit betoog betreft evenwel een vraag die niet aan de orde was in de procedure voor het Gerecht. Aangezien volgens artikel 113, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof het voorwerp van het geding voor het Gerecht in

114. Overeenkomstig artikel 61, eerste alinea, tweede volzin, van het Statuut van het Hof kan het Hof in geval van vernietiging van het bestreden arrest zelf de zaak afdoen wanneer deze in staat van wijzen is. Dit is hier het geval.

⁴³ — Zie arresten van 1 juni 1994, Commissie/Brazzelli Lualdi e.a. (C-136/92 P, Jurispr. blz. I-1981, punt 59); 24 september 2002, Falck en Acciaierie di Bolzano/Commissie (C-74/00 P en C-75/00 P, Jurispr. blz. I-7869, punt 177), en 14 oktober 2010, Deutsche Telekom/Commissie (C-280/08 P, Jurispr. blz. I-9555, punt 34).

115. MyTravel heeft geconcludeerd tot nietigverklaring van de twee besluiten van de Commissie, waarbij haar verzoek tot toegang is afgewezen.

V — Kosten

116. Weliswaar staat het na de beoordeling van de eerste twee middelen in hogere voorziening vast dat de Commissie in deze besluiten ten onrechte een beroep heeft gedaan op de uitzonderingen betreffende de bescherming van het besluitvormingsproces en van juridisch advies.⁴⁴ Zij baseerde de besluiten evenwel ook op de bescherming van gerechtelijke procedures⁴⁵, alsook op de bescherming van onderzoeken en audits.⁴⁶

117. Het Gerecht heeft weliswaar definitief beslist over de toepassing van laatstgenoemde uitzondering, maar enkel met betrekking tot één document. De vraag of deze twee uitzonderingen de weigering van de toegang tot de overige documenten rechtvaardigen, is daarentegen nog niet beantwoord. De Commissie had voor beide uitzonderingen evenwel rekening moeten houden met het bijzondere openbare belang om kennis te kunnen nemen van de wijze waarop zij met het arrest Airtours omging, hetgeen niet is gebeurd.⁴⁷ Bijgevolg kunnen ook deze uitzonderingen de weigering niet dragen.

118. Bijgevolg moeten de twee Commissiebesluiten in hun geheel nietig worden verklaard.

119. Volgens artikel 122, eerste alinea, van het Reglement voor de procesvoering beslist het Hof ten aanzien van de proceskosten, wanneer de hogere voorziening gegrond is en het zelf de zaak afdoet. Volgens artikel 69, lid 2, van ditzelfde reglement, dat krachtens artikel 118 ervan van toepassing is op de procedure in hogere voorziening, wordt de in het ongelijk gestelde partij verwezen in de kosten, voor zover dat is gevorderd. Artikel 69, lid 4, eerste alinea, bepaalt dat de lidstaten die in het geding zijn tussengekomen, hun eigen kosten dragen.

120. Daar de hogere voorziening van Zweden slaagt, moet de Commissie, zoals is gevorderd, worden verwezen in de kosten die Zweden in het kader van de onderhavige hogere voorziening heeft gemaakt.

121. Denemarken, Duitsland, Frankrijk, Nederland, Finland en het Verenigd Koninkrijk dragen hun eigen kosten.

122. Daar Zweden niet heeft gevorderd de kostenbeslissing van het Gerecht te vernietigen, blijft deze in stand.

44 — Artikel 4, leden 2, tweede streepje, en 3, tweede alinea, van verordening nr. 1049/2001. Zie dienaangaande punten A en B hierboven.

45 — Artikel 4, lid 2, tweede streepje, van verordening nr. 1049/2001.

46 — Artikel 4, lid 2, derde streepje, van verordening nr. 1049/2001.

47 — Zie dienaangaande punten 108 e.v. hierboven.

VI — Conclusie

123. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging te beslissen als volgt:

- „1) Punt 2 van het dictum van het arrest van het Gerecht van 9 september 2008, MyTravel/Commissie (T-403/05) wordt vernietigd.
- 2) Besluit D(2005) 8461 van de Commissie van 5 september 2005 wordt nietig verklaard.
- 3) Besluit D(2005) 9763 van de Commissie van 12 oktober 2005 wordt nietig verklaard.
- 4) De Europese Commissie wordt verwezen in haar eigen kosten alsmede in die van het Koninkrijk Zweden in hogere voorziening.
- 5) Het Koninkrijk Denemarken, de Bondsrepubliek Duitsland, de Franse Republiek, het Koninkrijk der Nederlanden, de Republiek Finland alsmede het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland dragen hun eigen kosten.”