

ARREST VAN HET HOF (Eerste kamer)

21 juli 2011*

In zaak C-506/08 P,

betreffende een hogere voorziening krachtens artikel 56 van het Statuut van het Hof van Justitie, ingesteld op 14 november 2008,

Koninkrijk Zweden, vertegenwoordigd door K. Petkovska en A. Falk als gemachtigden,

rekwirant,

ondersteund door:

Koninkrijk Denemarken, vertegenwoordigd door B. Weis Fogh en V. Pasternak Jørgensen als gemachtigden,

Koninkrijk der Nederlanden, vertegenwoordigd door C. Wissels en J. Langer als gemachtigden,

* Procestaal: Engels

Republiek Finland, vertegenwoordigd door J. Heliskoski als gemachtigde,

intervenienten in hogere voorziening,

andere partijen bij de procedure:

MyTravel Group plc, gevestigd te Rochdale (Verenigd Koninkrijk),

verzoekster in eerste aanleg,

Europese Commissie, vertegenwoordigd door X. Lewis, P. Costa de Oliveira en C. O'Reilly als gemachtigden,

verweerster in eerste aanleg,

ondersteund door:

Bondsrepubliek Duitsland, vertegenwoordigd door M. Lumma en B. Klein als gemachtigden,

Franse Republiek, vertegenwoordigd door E. Belliard, G. de Bergues en A. Adam als gemachtigden,

Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland, vertegenwoordigd door E. Jenkinson en S. Ossowski als gemachtigden,

wijst

HET HOF (Eerste kamer),

samengesteld als volgt: A. Tizzano (rapporteur), kamerpresident, A. Borg Barthet, M. Ilešič, M. Safjan en M. Berger, rechters,

advocaat-generaal: J. Kokott,
griffier: L. Hewlett, hoofdadministrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 7 oktober 2010,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 3 maart 2011,

het navolgende

Arrest

- 1 Met zijn hogere voorziening vordert het Koninkrijk Zweden vernietiging van het arrest van het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen van 9 september 2008, MyTravel/Commissie (T-403/05, Jurispr. blz. II-2027; hierna: „bestreden arrest”), houdende verwerping van het door MyTravel Group plc (hierna: „MyTravel”) ingestelde beroep tegen besluit D(2005) 8461 van de Commissie van 5 september 2005 (hierna: „eerste litigieuze besluit”) en besluit D(2005) 9763 van de Commissie van 12 oktober 2005 (hierna: „tweede litigieuze besluit”) tot gedeeltelijke afwijzing van het verzoek van MyTravel om toegang tot bepaalde voorbereidende documenten van de Commissie betreffende de controle op concentraties (hierna gezamenlijk: „litigieuze besluiten”).

Toepasselijke bepalingen

- 2 De punten 2, 4 en 11 van de considerans van verordening (EG) nr. 1049/2001 van het Europees Parlement en de Raad van 30 mei 2001 inzake de toegang van het publiek tot documenten van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie (PB L 145, blz. 43) luiden:

„(2) Deze openheid maakt een betere deelneming van de burgers aan het besluitvormingsproces mogelijk en waarborgt een grotere legitimiteit en meer doelmatigheid en verantwoordelijkheid van de administratie ten opzichte van de burgers binnen een democratisch systeem. Zij draagt bij aan de versterking van de

beginselen van democratie en eerbiediging van de grondrechten, zoals vervat in artikel 6 van het Verdrag betreffende de Europese Unie en in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.

[...]

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

[...]

- (11) In beginsel dienen alle documenten van de instellingen voor het publiek toegankelijk te zijn. Dit neemt niet weg dat de bescherming van bepaalde openbare en particuliere belangen door een uitzonderingenregeling dient te worden gewaarborgd. De instellingen dienen het recht te hebben om hun interne raadplegingen en beraadslagingen te beschermen, wanneer dat voor het behoud van hun vermogen om hun taken uit te voeren, noodzakelijk is. Bij het beoordelen van de uitzonderingen dienen de instellingen rekening te houden met de beginselen van de communautaire wetgeving betreffende de bescherming van persoonsgegevens, op alle terreinen van de activiteiten van de Unie.”

3 Artikel 1 van deze verordening luidt:

„Deze verordening beoogt:

- a) de bepaling van de beginselen, voorwaarden en beperkingen op grond van openbare of particuliere belangen betreffende het in artikel 255 van het EG-Verdrag neergelegde recht van toegang tot documenten van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie (hierna ‚de instellingen’), en wel zodanig, dat een zo ruim mogelijke toegang tot documenten wordt gewaarborgd,

- b) de vaststelling van regels die een zo gemakkelijk mogelijke uitoefening van dit recht verzekeren, en
- c) de bevordering van goede administratieve praktijken met betrekking tot de toegang tot documenten.”

4 Artikel 2, leden 1 en 3, van deze verordening luidt:

„1. 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.

[...]

3. Deze verordening is van toepassing op alle bij een instelling berustende documenten, dit wil zeggen documenten die door de instelling zijn opgesteld of ontvangen en zich in haar bezit bevinden, op alle werkterreinen van de Europese Unie.”

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

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

— [...]

- gerechtelijke procedures en juridisch advies,

- het doel van inspecties, onderzoeken en audits,

tenzij een hoger openbaar belang openbaarmaking gebiedt.

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

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

[...]

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

6 Artikel 7, lid 2, van deze verordening luidt:

„In geval van volledige of gedeeltelijke afwijzing kan de verzoeker binnen vijftien werkdagen na ontvangst van het antwoord van de instelling een confirmatief verzoek indienen, welk verzoek ertoe strekt de instelling haar standpunt te doen herzien.”

Voorgeschiedenis van het geding

- 7 Bij arrest van 6 juni 2002, *Airtours/Commissie* (T-342/99, Jurispr. blz. II-2585), verklaarde het Gerecht nietig beschikking 2000/276/EG van de Commissie van 22 september 1999 waarbij een concentratie met de gemeenschappelijke markt en de EER-Overeenkomst onverenigbaar wordt verklaard (zaak nr. IV/M.1524 — *Airtours/First Choice*) (PB 2000, L 93, blz. 1; hierna: „beschikking *Airtours*”). Die beschikking betrof de concentratie van de Britse touroperator *Airtours plc*, thans *MyTravel*, en haar concurrente *First Choice plc* (hierna: „*First Choice*”).
- 8 De Commissie stelde vervolgens een werkgroep in, bestaande uit ambtenaren van het directoraat-generaal (DG) „Concurrentie” en van haar juridische dienst, die als taak had te onderzoeken of het opportuun was hogere voorziening in te stellen tegen dat arrest, en te bezien welke gevolgen dat arrest kon hebben voor de procedure op het gebied van de concentratiecontrole of op andere gebieden. Die werkgroep stelde een rapport (hierna: „rapport”) op dat op 25 juli 2002, dat wil zeggen vóór de afloop van de termijn voor het instellen van hogere voorziening tegen dat arrest, aan het met mededingingsvraagstukken belaste lid van de Commissie werd voorgelegd.
- 9 Bij brief van 23 mei 2005 verzocht *MyTravel* de Commissie krachtens verordening nr. 1049/2001 om toegang tot het rapport, de documenten ter voorbereiding daarvan (hierna: „werkdocumenten”) en de in het dossier van de betrokken concentratie opgenomen documenten waarop het rapport was gebaseerd of die in dat rapport werden aangehaald (hierna: „andere interne documenten”).
- 10 Wegens het aantal opgevraagde documenten waren *MyTravel* en de Commissie overeengekomen dat de Commissie het rapport en de werkdocumenten enerzijds en de andere interne documenten anderzijds apart zou behandelen.

- 11 Aangezien de Commissie bij twee brieven van 12 juli en 1 augustus 2005 aanvankelijk had geweigerd, althans gedeeltelijk, toegang te verlenen tot al die documenten, diende MyTravel overeenkomstig artikel 7, lid 2, van verordening nr. 1049/2001 twee confirmatieve verzoeken in, waarop de Commissie antwoordde met de vaststelling van de litigieuze besluiten.
- 12 Met het eerste litigieuze besluit weigerde de Commissie met name het rapport en de werkdocumenten aan MyTravel te verstrekken op grond dat deze documenten onder minstens één van de in artikel 4, lid 2, tweede en derde streepje, en lid 3, tweede alinea, van verordening nr. 1049/2001 genoemde uitzonderingen op het recht van toegang vielen, welke respectievelijk betrekking hebben op bescherming van gerechtelijke procedures en juridisch advies, bescherming van het doel van inspecties, onderzoeken en audits, en bescherming van het besluitvormingsproces, en op grond dat geen hoger openbaar belang openbaarmaking van die documenten gebod.
- 13 Met het tweede litigieuze besluit weigerde de Commissie voorts toegang te verlenen tot een deel van de andere interne documenten. Volgens haar golden de in artikel 4, lid 2, derde streepje, en lid 3, tweede alinea, van die verordening bepaalde uitzonderingen ter bescherming van het doel van inspecties, onderzoeken en audits en van het besluitvormingsproces namelijk in het bijzonder voor:
- de nota's die de directeur-generaal van het DG „Concurrentie” aan het met mededingingsvraagstukken belaste lid van de Commissie zond (hierna: „nota's aan het lid van de Commissie”);
 - de vijf nota's die het DG „Concurrentie” aan andere diensten van de Commissie, daaronder begrepen de juridische dienst, zond om het advies van de adressaten over bepaalde ontwerp teksten te vragen of dergelijke adviezen voor te leggen (hierna: „nota's aan de andere diensten”), en

- de nota's waarmee andere diensten van de Commissie antwoordden op de vijf nota's van het DG „Concurrentie” om hun zienswijze over die ontwerpen uiteen te zetten (hierna: „antwoordnota's van de andere diensten dan de juridische dienst”).
- 14 Voor de vijf nota's waarmee de juridische dienst antwoordde op de bovengenoemde vijf nota's van het DG „Concurrentie” (hierna: „antwoordnota's van de juridische dienst”), beriep de Commissie zich ter rechtvaardiging van de weigering om toegang te verlenen op artikel 4, lid 2, tweede streepje, van verordening nr. 1049/2001, welke bepaling betrekking heeft op de bescherming van gerechtelijke procedures en juridisch advies.
- 15 Verder schetste de Commissie de bijzondere situatie van een aantal documenten waartoe geen of slechts gedeeltelijke toegang is verleend. Het gaat met name om het verslag van de raadadviseur-auditeur, een nota van het DG „Concurrentie” aan het adviescomité en een dossieraantekening betreffende een bezoek aan First Choice.
- 16 Ten slotte beklemtoonde de Commissie dat MyTravel geen enkel argument had aangedragen dat aannemelijk maakte dat een hoger openbaar belang hoe dan ook openbaarmaking gebod van de documenten waarop het verzoek om toegang betrekking had.

Bestreden arrest

- 17 MyTravel stelde op 15 november 2005 een beroep tot nietigverklaring van de litigieuze besluiten in.

- 18 Ter ondersteuning van haar beroep voerde MyTravel een aantal middelen aan ten betoge dat de Commissie met de litigieuze besluiten artikel 4, lid 2, tweede en derde streepje, en lid 3, tweede alinea, van verordening nr. 1049/2001 met betrekking tot de op het recht van toegang geldende uitzonderingen ter bescherming van gerechtelijke procedures en juridisch advies, inspecties, onderzoeken en audits, en het besluitvormingsproces onjuist had toegepast.

Uitzondering inzake de bescherming van het besluitvormingsproces

- 19 Het Gerecht is in de eerste plaats nagegaan of de Commissie in de litigieuze besluiten de in artikel 4, lid 3, tweede alinea, van verordening nr. 1049/2001 bepaalde uitzondering met betrekking tot de bescherming van het besluitvormingsproces juist had toegepast.
- 20 Wat het rapport betreft, heeft het Gerecht na in de punten 42 tot en met 46 van het bestreden arrest te hebben vastgesteld dat het ging om een document dat mogelijk-kerwijs onder die uitzondering viel en dat die uitzondering „ook” kon worden aan-gevoerd „nadat het besluit genomen is”, er in punt 47 van dat arrest op gewezen dat volgens de Commissie openbaarmaking van het rapport haar besluitvormingsproces ernstig had kunnen ondermijnen, aangezien de vrijheid van meningsuiting van de opstellers ervan daardoor in gevaar zou zijn gebracht.
- 21 Dienaangaande heeft het Gerecht in de punten 48 tot en met 53 van dat arrest geoordeeld dat het rapport in het kader van de zuiver bestuurlijke functie van de Com-missie was opgesteld. Het belang van het publiek om toegang tot een document te verkrijgen op grond van het transparantiebeginsel woog evenwel niet even zwaar voor een document dat is opgesteld in het kader van een administratieve procedure, als voor een document betreffende een procedure waarin de betrokken instelling als wetgever optreedt.

- 22 Openbaarmaking van het rapport had dus het risico ingehouden dat de, eventueel kritische, opvattingen van de ambtenaren van de Commissie aan de openbaarheid werden prijsgegeven en dat de inhoud van het rapport werd vergeleken met de uiteindelijk genomen beslissingen. Bovendien bestond de mogelijkheid dat de opstellers ervan aan zelfcensuur waren gaan doen en ervan hadden afgezien om standpunten in te nemen die een risico konden meebrengen voor de adressaat van dat rapport. Dat had de beslissingsvrijheid van de Commissie, waarvan de leden hun ambt volkomen onafhankelijk in het algemene belang van de Unie uitoefenen, ernstig kunnen ondermijnen. Ook had de Commissie niet meer kunnen beschikken over vrije en volledige standpunten van haar ambtenaren en gemachtigden.
- 23 Het Gerecht heeft in punt 54 van het bestreden arrest verder opgemerkt dat een dergelijk gevaar van ernstige ondermijning van het besluitvormingsproces redelijk voorzienbaar en niet zuiver hypothetisch was. Het was immers waarschijnlijk dat het met mededingingsvraagstukken belaste lid van de Commissie ertoe geneigd zou zijn geen schriftelijk, eventueel kritisch, standpunt van zijn medewerkers meer te vragen, indien documenten als het onderhavige openbaar zouden moeten worden gemaakt.
- 24 Met betrekking tot de werkdocumenten heeft het Gerecht in punt 59 van het bestreden arrest geoordeeld dat, aangezien op grond van artikel 4, lid 3, tweede alinea, van verordening nr. 1049/2001 het rapport is beschermd, de documenten op basis waarvan het rapport is opgesteld en die voorbereidende beoordelingen of voorlopige conclusies voor intern gebruik bevatten, eveneens onder die uitzondering vallen.
- 25 Met betrekking tot de andere interne documenten, namelijk de nota's aan het lid van de Commissie, de nota's aan de andere diensten en de antwoordnota's van de andere diensten dan de juridische dienst, heeft het Gerecht er in de punten 94 tot en met 100 van het bestreden arrest op gewezen dat de Commissie terecht heeft betoogd dat de gehele of gedeeltelijke openbaarmaking van die verschillende documenten afbreuk zou doen aan het vermogen van haar diensten om hun standpunt kenbaar te maken en haar besluitvormingsproces in het kader van de controle op concentraties van ondernemingen ernstig zou kunnen ondermijnen.

- 26 Die voorbereidende documenten konden immers standpunten, aarzelingen of ommezwaaien van de Commissie bevatten die aan het einde van het betrokken besluitvormingsproces misschien niet in de eindversie van de beschikking voorkwamen. Bovendien zou openbaarmaking van deze documenten tot gevolg hebben dat de opstellers ervan in de toekomst dermate rekening houden met de mogelijke openbaarmaking dat zij aan zelfcensuur gaan doen en geen standpunt meer innemen dat een risico kan meebrengen voor de adressaat van het betrokken document.
- 27 Het Gerecht was tevens van oordeel dat de Commissie het gevaar van ernstige ondermijning van het besluitvormingsproces afzonderlijk en in concreto had beoordeeld, met name toen zij zich op het standpunt had gesteld dat de openbaarmaking van de documenten haar beoordeling van eventuele soortgelijke concentraties tussen de betrokken partijen of in dezelfde sector dreigde te verstoren.
- 28 Ten slotte heeft het Gerecht in punt 100 van het bestreden arrest geoordeeld dat het gevaar van ernstige ondermijning van het besluitvormingsproces in geval van openbaarmaking van die documenten redelijk voorzienbaar en niet zuiver hypothetisch was. Het was immers waarschijnlijk dat dergelijke documenten, ofschoon zij niet noodzakelijk het definitieve standpunt van de Commissie weergaven, zouden kunnen 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.
- 29 Wat het verslag van de raadadviseur-auditeur betreft, heeft het Gerecht in de punten 104 tot en met 106 van het bestreden arrest geoordeeld dat de Commissie, net als voor de andere interne documenten, de toegang daartoe kon weigeren, aangezien de openbaarmaking van dat verslag met de zienswijze van de raadadviseur-auditeur over de inhoudelijke en procedurele aspecten van de betrokken concentratie diens vrijheid van meningsuiting in gevaar zou kunnen brengen. Dat zou het besluitvormingsproces van de Commissie op het gebied van concentraties van ondernemingen ernstig ondermijnen, aangezien zij zich dan in de toekomst niet meer op onafhankelijke, vrije en volledige adviezen van de raadadviseurs-auditeurs zou kunnen baseren.

- 30 Met betrekking tot de nota van het DG „Concurrentie” aan het adviescomité heeft het Gerecht geoordeeld dat de openbaarmaking ervan het besluitvormingsproces van de Commissie ernstig zou ondermijnen, aangezien de raadpleging van het adviescomité eveneens deel uitmaakt van dat proces op het gebied van de controle op concentraties. Ook al bestaat het adviescomité uit vertegenwoordigers van de lidstaten en verschilt het daardoor van de Commissie, op grond van het feit dat de Commissie verplicht is om interne documenten aan dit comité voor te leggen zodat het daarover uitspraak kan doen, kan volgens het Gerecht worden aangenomen dat die nota ook een intern document van de Commissie is.
- 31 Het Gerecht was tevens van oordeel dat de openbaarmaking van de dossieraanteekening betreffende een bezoek aan First Choice het besluitvormingsproces van de Commissie ernstig zou ondermijnen omdat bepaalde gedeelten van dit document de door de ambtenaren van het DG „Concurrentie” tijdens het bezoek opgedane indrukken weergeven.
- 32 Het Gerecht heeft voorts uitspraak gedaan op de vraag of in het onderhavige geval een hoger openbaar belang als bedoeld in artikel 4, lid 3, tweede alinea, in fine, van verordening nr. 1049/2001 hoe dan ook openbaarmaking van de betrokken documenten gebod. Dienaangaande heeft het in punt 61 van het bestreden arrest vastgesteld dat MyTravel had gesteld dat „de noodzaak te begrijpen wat er is gebeurd en wat de Commissie heeft gedaan, en de noodzaak een goede rechtsbedeling te waarborgen” een hoger openbaar belang vormen dat openbaarmaking gebiedt van de documenten.
- 33 Het Gerecht heeft in de punten 61 tot en met 67 en 118 van het bestreden arrest in wezen geoordeeld dat op basis van die argumenten niet rechtens genoegzaam kon worden geconcludeerd dat het door verordening nr. 1049/2001 geëiste hoger openbaar belang aanwezig was, en evenmin kon worden nagegaan of de Commissie, na afweging van dat gestelde hoger openbaar belang tegen het belang dat ten opzichte van het publiek de vertrouwelijkheid van de documenten werd beschermd op grond van de uitzonderingen op het recht van toegang, tot de conclusie had moeten komen dat die documenten toch openbaar moesten worden gemaakt. Het Gerecht heeft er verder op gewezen dat het particuliere belang dat MyTravel had bij het verkrijgen van de betrokken documenten om haar argumenten beter geldend te maken in het kader

van het door haar ingestelde beroep tot vergoeding van de schade die zij stelde te hebben geleden als gevolg van de door de Commissie verrichte behandeling en beoordeling van de concentratie waarop de beschikking Airtours betrekking had, als zuiver particulier belang irrelevant was voor de beoordeling van de onderlinge afweging van openbare belangen.

- 34 Het Gerecht heeft dan ook geconcludeerd dat de Commissie geen beoordelingsfout had gemaakt door ervan uit te gaan dat de openbaarmaking van de bovengenoemde documenten haar besluitvormingsproces ernstig zou hebben ondermijnd en dat er geen hoger openbaar belang was dat de openbaarmaking ervan desondanks gebod.

Uitzondering inzake de bescherming van juridisch advies

- 35 In de tweede plaats is het Gerecht nagegaan of de Commissie in het tweede litigieuze besluit de uitzondering van artikel 4, lid 2, tweede streepje, van verordening nr. 1049/2001 juist had toegepast op de antwoordnota's van de juridische dienst.
- 36 Dienaangaande heeft het in de punten 124 tot en met 126 van het bestreden arrest geoordeeld dat door openbaarmaking van die nota's het publiek mogelijkwerwijs informatie had kunnen verkrijgen over de stand van de interne discussies tussen het DG „Concurrentie” en de juridische dienst over de rechtmatigheid van de beoordeling van de verenigbaarheid met de gemeenschappelijke markt van de concentratie waarop de beschikking Airtours betrekking had. In dergelijke omstandigheden was het gevaar van ondermijning van de bescherming van juridisch advies niet zuiver hypothetisch, aangezien openbaarmaking de Commissie in de netelige situatie kon brengen dat haar juridische dienst verplicht was voor de Unierechter een ander standpunt te verdedigen dan het standpunt dat hij intern had ingenomen. Een dergelijk gevaar kon de vrije meningsuiting van de juridische dienst ondermijnen, alsook diens mogelijkheid om het definitieve standpunt van de Commissie voor de Unierechter doeltreffend en

op voet van gelijkheid met de andere vertegenwoordigers van de verschillende partijen in de gerechtelijke procedure te verdedigen.

- ³⁷ Om dezelfde redenen als de in de punten 32 en 33 van dit arrest genoemde redenen met betrekking tot de toepassing van de uitzondering ter bescherming van het besluitvormingsproces, heeft het Gerecht in punt 129 van het bestreden arrest geoordeeld dat geen hoger openbaar belang als bedoeld in artikel 4, lid 2, in fine, van verordening nr. 1049/2001 de openbaarmaking van die nota's gebod.

Conclusies van het bestreden arrest

- ³⁸ Wat het eerste litigieuze besluit betreft, heeft het Gerecht in de punten 80 en 81 van het bestreden arrest het beroep van MyTravel slechts toegewezen met betrekking tot het gedeelte van dat besluit waarbij de toegang tot een werkdocument, namelijk werkdocument 15, werd geweigerd op de enkele grond van de in artikel 4, lid 2, derde streepje, van verordening nr. 1049/2001 bepaalde uitzondering inzake de bescherming van inspecties, onderzoeken en audits. De onderhavige hogere voorziening heeft geen betrekking op dat deel van het bestreden arrest.
- ³⁹ Voor het overige was het Gerecht in punt 79 van het bestreden arrest van oordeel dat de Commissie met het eerste litigieuze besluit geen beoordelingsfout had gemaakt door op grond van artikel 4, lid 3, tweede alinea, van verordening nr. 1049/2001 de toegang te weigeren tot alle andere documenten waarvan haar om openbaarmaking was verzocht.

- 40 Daarnaast heeft het in punt 130 van het bestreden arrest geconcludeerd dat de Commissie met het tweede litigieuze besluit evenmin een beoordelingsfout had gemaakt door op grond van artikel 4, lid 3, tweede alinea, of lid 2, tweede streepje, van verordening nr. 1049/2001 de openbaarmaking te weigeren van de verschillende interne documenten en juridische adviezen waarvoor de Commissie zich op die uitzonderingen had beroepen.
- 41 Het Gerecht heeft dan ook geoordeeld dat om redenen van proceseconomie niet meer behoefde te worden ingegaan op de andere grieven die MyTravel tegen de litigieuze besluiten had aangevoerd.
- 42 Met name is het Gerecht met betrekking tot het eerste litigieuze besluit niet ingegaan op de grieven betreffende de andere uitzonderingen waarop de Commissie zich had beroepen om de openbaarmaking van een gedeelte van het rapport of de werkdocumenten te weigeren, te weten de uitzonderingen van artikel 4, lid 2, tweede en derde streepje, van verordening nr. 1049/2001, welke respectievelijk zien op de bescherming van gerechtelijke procedures en juridisch advies en op de bescherming van het doel van inspecties, onderzoeken en audits.
- 43 Wat het tweede litigieuze besluit betreft, is het Gerecht evenmin ingegaan op de grieven betreffende de uitzondering inzake de bescherming van het doel van inspecties, onderzoeken en audits, in samenhang met de uitzondering ter bescherming van het besluitvormingsproces, waarop de Commissie zich had beroepen om de openbaarmaking van sommige van de andere interne documenten te weigeren.
- 44 Gelet op die overwegingen heeft het Gerecht, na het eerste litigieuze besluit gedeeltelijk nietig te hebben verklaard, in punt 2 van het dictum van het bestreden arrest het beroep voor het overige verworpen.

Procesverloop voor het Hof en conclusies van partijen

- 45 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 het Koninkrijk Zweden, en de Bondsrepubliek Duitsland, de Franse Republiek en het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland aan de zijde van de Commissie.
- 46 Het Koninkrijk Zweden en het Koninkrijk der Nederlanden verzoeken het Hof:
- punt 2 van het dictum van het bestreden arrest te vernietigen;
 - het eerste litigieuze besluit overeenkomstig de door MyTravel voor het Gerecht geformuleerde vordering nietig te verklaren voor zover het betrekking heeft op de weigering om toegang te verlenen tot het rapport en andere werkdocumenten van de Commissie;
 - het tweede litigieuze besluit overeenkomstig de door MyTravel voor het Gerecht 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
 - de Commissie te verwijzen in de kosten van de procedure in hogere voorziening.
- 47 Het Koninkrijk Denemarken en de Republiek Finland concluderen tot vernietiging van punt 2 van het dictum van het bestreden arrest en nietigverklaring van de twee litigieuze besluiten.

- 48 De Commissie, de Bondrepubliek Duitsland, de Franse Republiek en het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland concluderen tot afwijzing van de hogere voorziening en tot verwijzing van het Koninkrijk Zweden in de kosten.

Hogere voorziening

- 49 Met zijn hogere voorziening voert het Koninkrijk Zweden in wezen drie middelen aan: schending van artikel 4, lid 3, tweede alinea; schending van artikel 4, lid 2, tweede streepje, en schending van artikel 4, lid 2, in fine, en lid 3, tweede alinea, in fine, van verordening nr. 1049/2001.

Eerste middel: schending van artikel 4, lid 3, tweede alinea, van verordening nr. 1049/2001

Argumenten van partijen

- 50 Met zijn eerste middel stelt het Koninkrijk Zweden, daarin gesteund door het Koninkrijk Denemarken, het Koninkrijk der Nederlanden en de Republiek Finland, dat het Gerecht de uitzondering inzake de bescherming van het besluitvormingsproces onjuist heeft uitgelegd door te oordelen dat de Commissie zonder enige concrete en individuele beoordeling van de betrokken documenten mocht vaststellen dat de openbaarmaking ervan haar besluitvormingsproces ernstig zou ondermijnen.

- 51 Om te beginnen brengt de Zweedse regering allereerst in herinnering dat volgens punt 66 van het arrest van 18 december 2007, Zweden/Commissie (C-64/05 P, Jurispr. blz. I-11389), elke uitzondering op het transparantiebeginsel strikt moet worden uitgelegd en de toepassing ervan een onderzoek van de inhoud van het betrokken document vergt. Voorts geldt het transparantiebeginsel voor alle werkzaamheden binnen de Unie, zonder dat een onderscheid wordt gemaakt naargelang van de bestuurlijke of wetgevende aard van de procedure waarop het document waartoe om toegang wordt verzocht, betrekking heeft. Ten slotte is het vermoeden dat pleit voor openbaarmaking sterker aanwezig wanneer het zoals in casu om een afgesloten zaak gaat. Zoals het Koninkrijk Denemarken ook aanvoert, dienen de instellingen immers rekening te houden met de chronologie van een zaak.
- 52 Volgens het Koninkrijk Zweden en de drie lidstaten die aan zijn zijde zijn geïnterveneerd, is volgens de rechtspraak, in het bijzonder het arrest van 1 juli 2008, Zweden en Turco/Raad (C-39/05 P en C-52/05 P, Jurispr. blz. I-4723), vereist dat een instelling die op grond van een van de uitzonderingen van verordening nr. 1049/2001 de toegang tot een document weigert, met name onderzoekt of openbaarmaking van dat document een concrete ondermijning zou vormen van het belang dat door de betrokken uitzondering wordt beschermd. In het onderhavige geval heeft de Commissie de vertrouwelijkheid van de opgevraagde documenten weliswaar in zekere mate beoordeeld, maar die beoordeling was niet zo volledig als in de verordening wordt verlangd, aangezien de Commissie de toepassing van de uitzonderingen heeft gebaseerd op een abstracte redenering over de vrijheid van meningsuiting van ambtenaren en interne communicatievrijheid, en niet op de inhoud van de documenten waarop het verzoek om toegang betrekking had.
- 53 Meer in het bijzonder betoogt het Koninkrijk Zweden met betrekking tot het rapport om te beginnen dat ook zonder de inhoud ervan te kennen, aangenomen mag worden dat het niet alleen vertrouwelijke informatie bevat, maar ook delen die niet gevoelig zijn, zoals het in herinnering brengen van de beschikking Airtours en het aangehaalde arrest Airtours/Commissie of algemene verklaringen, welke openbaar mogen en

moeten worden gemaakt met name overeenkomstig artikel 4, lid 6, van verordening nr. 1049/2001, waarin is voorzien in de mogelijkheid van gedeeltelijke toegang.

- 54 Voorts verwijt het Koninkrijk Zweden het Gerecht dat dit het argument van de Commissie heeft bevestigd dat ambtenaren hun standpunten niet vrijelijk zouden formuleren indien de mogelijkheid zou bestaan dat hun geschriften openbaar worden gemaakt. De vraag of een van de uitzonderingen van artikel 4 van verordening nr. 1049/2001 van toepassing is, moet in feite worden beantwoord op basis van de inhoud van het rapport en niet door middel van een algemene redenering over de vrijheid van meningsuiting van de opstellers ervan en de eventuele vrees voor de gevolgen van openbaarmaking. De Republiek Finland voegt daaraan toe dat, aangezien er volgens artikel 4, lid 3, van verordening nr. 1049/2001 sprake moet zijn van gevaar van ernstige ondermijning van het besluitvormingsproces, de eisen inzake de op de instelling rustende bewijslast bijzonder hoog zijn.
- 55 Ten slotte wijst het Koninkrijk Zweden met betrekking tot het gevaar dat ambtenaren door de openbaarmaking van hun standpunten mogelijkwijs aan zelfcensuur gaan doen, erop dat ambtenaren de uit hun ambt voortvloeiende verplichtingen op objectieve en onpartijdige wijze en met inachtneming van hun loyaliteitsplicht tegenover de Unie dienen te vervullen. Dat het publiek recht heeft op inzage in de werkzaamheden van de instellingen, is geen geldige reden om die verplichtingen niet te vervullen. Hoe dan ook dienen de ambtenaren van de instellingen zich bewust te zijn van dat inzagerecht en mogen zij niet op goede gronden verwachten dat de bescherming van de vertrouwelijkheid van de documenten die in het bezit van de Commissie zijn, verder gaat dan hetgeen in verordening nr. 1049/2001 is bepaald.
- 56 Wat de werkdocumenten betreft, stelt het Koninkrijk Zweden dat de redenering van het Gerecht dat de toegang tot deze documenten mocht worden geweigerd omdat het rapport zelf onder de uitzondering van artikel 4, lid 3, tweede alinea, van verordening nr. 1049/2001 viel, te algemeen is en dat daarmee de werkingsfeer van de betrokken uitzondering ten onrechte wordt uitgebreid.

- 57 Met betrekking tot de nota's aan het lid van de Commissie, de nota's aan de andere diensten en de antwoordnota's van de andere diensten dan de juridische dienst heeft het Gerecht volgens het Koninkrijk Zweden eveneens een algemene en hypothetische redenering gevolgd door zich te baseren op de vrees dat de communicatievrijheid tussen de verschillende diensten van de Commissie wordt verstoord.
- 58 Wat het verslag van de raadadviseur-auditeur betreft, voert die lidstaat aan dat dit verslag overeenkomstig artikel 16, lid 3, van besluit 2001/462/EG, EGKS van de Commissie van 23 mei 2001 betreffende het mandaat van de raadadviseur-auditeur in bepaalde mededingingsprocedures (PB L 162, blz. 21), moet worden bekendgemaakt samen met de beschikking van de Commissie in de zaak met betrekking waartoe het verslag is opgesteld. Het valt dan ook te betwijfelen of dit verslag onder het begrip „standpunten voor intern gebruik” als bedoeld in artikel 4, lid 3, tweede alinea, van verordening nr. 1049/2001 valt. Het is juist dat in casu de zaak werd afgesloten in 1999, dus vóór de vaststelling van dat besluit. Toch had, ook al viel het verslag overeenkomstig de in 1999 geldende regeling mogelijkwijs onder de uitzondering met betrekking tot dat begrip, nog steeds moeten worden aangetoond dat vertrouwelijkheid inderdaad was vereist.
- 59 De nota van het DG „Concurrentie” aan het adviescomité kan volgens het Koninkrijk Zweden geen deel uitmaken van het besluitvormingsproces van de Commissie inzake de concentratiecontrole, aangezien dit comité onafhankelijk is van de Commissie, zodat de betrokken uitzondering niet eens van toepassing is. Bovendien bevat artikel 19, lid 7, van verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (PB L 24, blz. 1) voor het advies van het adviescomité openbaarmakingsregels die vergelijkbaar zijn met die voor het verslag van de raadadviseur-auditeur. Voorts kon volgens artikel 19, lid 7, van verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad van 21 december 1989 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (PB 1990, L 257, blz. 13) het adviescomité de Commissie aanbevelen zijn advies bekend te maken. Een aan het adviescomité gerichte en

met diens taak verband houdende nota kan dus pas als gevoelig worden aangemerkt nadat de inhoud van die nota uitvoerig is onderzocht.

- 60 Tot slot stelt het Koninkrijk Zweden dat de omstandigheden rond de dossieraantekening betreffende een bezoek aan First Choice niet duidelijk blijken uit het bestreden arrest. Indien deze aantekening, zoals MyTravel heeft verklaard, betrekking heeft op mondelinge opmerkingen van First Choice, is het zelfs niet zeker dat zij wel degelijk een standpunt voor intern gebruik als bedoeld in artikel 4, lid 3, tweede alinea, van verordening nr. 1049/2001 bevat. De inhoud van deze aantekening moet dan ook duidelijker worden omschreven, zodat kan worden nagegaan of de in die bepaling neergelegde uitzondering daarop van toepassing is.
- 61 De Commissie, daarin gesteund door de Bondsrepubliek Duitsland, de Franse Republiek en het Verenigd Koninkrijk, stelt dat de hogere voorziening van het Koninkrijk Zweden volstrekt ongegrond is, aangezien het Gerecht er in geen geval is van uitgegaan dat een analyse van elk document afzonderlijk zinloos was.
- 62 Deze partijen beklemtonen om te beginnen dat het Koninkrijk Zweden niet is opgekomen tegen de in punt 49 van het bestreden arrest opgenomen zienswijze van het Gerecht dat het belang van het publiek om toegang tot een document te verkrijgen niet even zwaar weegt met betrekking tot een document dat is opgesteld in het kader van een administratieve procedure inzake het mededingingsrecht bijvoorbeeld, als wanneer het gaat om een document betreffende een wetgevingsprocedure. De verschillende behandeling van die documenten is gerechtvaardigd met name gelet op de voor bestuurshandelingen geldende rechtmatigheidstoetsing.
- 63 Voor het overige betoogt het Verenigd Koninkrijk dat de door het Koninkrijk Zweden bepleite benadering nadelig kan zijn voor de verwezenlijking van de doelstelling van de Uniewetgever om een interne „denkruimte” binnen de instelling te handhaven, zoals blijkt uit de voorstukken van verordening nr. 1049/2001.

- 64 De Bondsrepubliek Duitsland beklemtoont in dit verband dat de in verordening nr. 1049/2001 beschermde belangen verschillen van de belangen van de partijen bij een administratieve procedure. Laatstgenoemde belangen worden immers beschermd in specifieke regelingen, zoals de in casu van toepassing zijnde verordening (EG) nr. 802/2004 van de Commissie van 7 april 2004 tot uitvoering van verordening nr. 139/2004 (PB L 133, blz. 1). Bovendien heeft het Hof in punt 22 van zijn beschikking van 29 januari 2009, Donnici/Parlement (C-9/08), reeds gepreciseerd dat het voornemen om in het kader van een individuele gerechtelijke procedure tegen een instelling van de Unie gebruik te maken van interne documenten, zoals door MyTravel is aangegeven, wijst op een zuiver particulier belang.
- 65 Voorts stellen de Commissie en de lidstaten die aan haar zijde zijn geïntervenieerd, dat de Commissie elk van de documenten waartoe om toegang was verzocht, in de litigieuze besluiten concreet heeft onderzocht, hetgeen overigens wordt bevestigd door het feit dat zij MyTravel toegang had verleend tot een aantal ervan. De Bondsrepubliek Duitsland voegt daaraan toe dat de relatie tussen het belang van de motivering van de weigering en de individuele zaak rechtstreeks afhankelijk is van de concrete situatie. Wat mededingingszaken betreft, is het erg waarschijnlijk dat gebruik zou worden gemaakt van de uiteenlopende standpunten die tijdens een administratieve procedure door diensten zijn ingenomen en tot uiting zijn gebracht in interne adviezen van de juridische dienst of andere diensten van de Commissie. De Commissie zou dan in latere bestuursrechtelijke of gerechtelijke procedures worden geconfronteerd met eerdere afwijkende interne adviezen.
- 66 Ten slotte is het argument van het Koninkrijk Zweden dat een ambtenaar zijn taken op onpartijdige en objectieve wijze dient te vervullen, volgens de Commissie in casu irrelevant.
- 67 Met betrekking tot de verschillende betrokken documenten is de Commissie van mening dat de argumenten van het Koninkrijk Zweden dat het, zelfs zonder ervan kennis te hebben genomen, aannemelijk is dat het rapport delen bevat die niet-gevoelig zijn

en dus in aanmerking kunnen komen voor gedeeltelijke openbaarmaking, ongegrond zijn. Gedeeltelijke toegang kan hoe dan ook niet worden overwogen wanneer geen enkel deel van een document van de andere delen kan worden losgemaakt.

- 68 Wat de werkdocumenten betreft, stelt de Commissie dat zij de toegang daartoe heeft geweigerd na een concreet onderzoek van elk van die documenten. Deze documenten werden immers ter voorbereiding van het rapport opgesteld en worden daarin vaak letterlijk weergegeven. Zij konden dus niet openbaar worden gemaakt om dezelfde redenen als die welke voor het rapport zelf zijn aangevoerd.
- 69 Met betrekking tot het verslag van de raadadviseur-auditeur betoogt de Commissie dat de raadadviseur-auditeur tijdens een concentratieonderzoek twee verslagen opstelt, namelijk een voorlopig verslag, dat zuiver intern is, en een eindverslag, dat overeenkomstig artikel 16, lid 3, van besluit 2001/462 wordt bekendgemaakt. Het verslag waar het in het onderhavige geval om gaat, is een voorlopig verslag dat wordt voorgelegd aan het met mededingingsvraagstukken belaste lid van de Commissie. Het Gerecht heeft in de punten 104 tot en met 106 van het bestreden arrest uiteengezet waarom dit verslag niet openbaar mocht worden gemaakt. In elk geval voorzag de vóór dat besluit geldende regeling, die in casu *ratione temporis* van toepassing is, niet in openbaarmaking van het verslag van de raadadviseur-auditeur.
- 70 Wat de interne nota van het DG „Concurrentie” aan het adviescomité betreft, doet de omstandigheid dat het advies van dat comité openbaar is, volgens de Commissie en het Verenigd Koninkrijk in casu niet ter zake. De betrokken nota, waarin dat directoraat-generaal haar ontwerpbeschikking samenvat, heeft immers een volstrekt andere inhoud dan de beschikking zelf en moet daarom als een intern document worden beschouwd.

- 71 De Commissie merkt ten slotte op dat de dossieraantekening betreffende een bezoek aan First Choice de indrukken van de ambtenaren van het DG „Concurrentie” tijdens het bezoek weergaf. Door de inhoud van dat document nader te omschrijven, zou de betrokken uitzondering haar nuttige werking verliezen.

Beoordeling door het Hof

- 72 Vooraf moet in herinnering worden gebracht dat verordening nr. 1049/2001 overeenkomstig punt 1 van de considerans ervan aansluit bij de wens, geuit in het bij het Verdrag van Amsterdam ingevoegde artikel 1, tweede alinea, EU, om een nieuwe etappe te markeren 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 van deze verordening wordt gememoreerd, is het recht van het publiek op toegang tot documenten van de instellingen verweven met het democratisch karakter van de instellingen (arrest Zweden en Turco/Raad, reeds aangehaald, punt 34, en arrest van 21 september 2010, Zweden e.a./API en Commissie, C-514/07 P, C-528/07 P en C-532/07 P, Jurispr. blz. I-8533, punt 68).
- 73 Verordening nr. 1049/2001 heeft blijkens punt 4 van de considerans en artikel 1 ervan dan ook tot doel het publiek een zo ruim mogelijk recht van toegang tot documenten van de instellingen te geven (arrest Zweden en Turco/Raad, reeds aangehaald, punt 33; arrest van 29 juni 2010, Commissie/Technische Glaswerke Ilmenau, C-139/07 P, Jurispr. blz. I-5885, punt 51, en arrest Zweden e.a./API en Commissie, reeds aangehaald, punt 69).
- 74 Aan dat recht worden evenwel bepaalde beperkingen op grond van openbare of particuliere belangen gesteld. Meer in het bijzonder, en in overeenstemming met punt 11 van de considerans, is in artikel 4 van verordening nr. 1049/2001 een

uitzonderingenregeling bepaald op grond waarvan de instellingen de toegang tot een document mogen weigeren wanneer de openbaarmaking ervan zou leiden tot de ondermijning van een van de in dat artikel beschermde belangen (zie in die zin arrest van 1 februari 2007, *Sison/Raad*, C-266/05 P, Jurispr. blz. I-1233, punt 62, en arrest Zweden e.a./API en Commissie, reeds aangehaald, punten 70 en 71).

- 75 Aangezien die uitzonderingen afwijken van het beginsel van de ruimst mogelijke toegang van het publiek tot documenten, moeten zij evenwel restrictief worden uitgelegd en toegepast (reeds aangehaalde arresten *Sison/Raad*, punt 63; *Zweden en Turco/Raad*, punt 36, en *Zweden e.a./API en Commissie*, punt 73).
- 76 Indien de betrokken instelling weigert toegang te verlenen tot een document waarvan haar om openbaarmaking is verzocht, dient zij bijgevolg in beginsel aan te geven op welke wijze 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 die instelling zich beroept (arrest *Zweden e.a./API en Commissie*, reeds aangehaald, punt 72 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Voorts moet het risico van een dergelijke ondermijning redelijkerwijs voorzienbaar en niet louter hypothetisch zijn (arrest *Zweden en Turco/Raad*, reeds aangehaald, punt 43).
- 77 Wat de uitzondering ter bescherming van het besluitvormingsproces in artikel 4, lid 3, van verordening nr. 1049/2001 betreft, moet worden nagegaan of, zoals het Koninkrijk Denemarken en het Koninkrijk Zweden stellen, de omstandigheid dat de documenten waarvoor op die bepaling een beroep wordt gedaan, een reeds afgesloten administratieve procedure betreffen, relevant is voor de concrete toepassing van de betrokken uitzondering. Anders dan de feiten in de zaak die aanleiding heeft gegeven tot het door het Koninkrijk Zweden ter terechtzitting genoemde en reeds aangehaalde arrest *Commissie/Technische Glaswerke Ilmenau* (punt 18) en zoals blijkt uit punt 9 van dit arrest, heeft *MyTravel* namelijk om toegang tot de documenten betreffende de procedure die tot de beschikking *Airtours* heeft geleid, verzocht op 23 mei

2005, dus op een tijdstip dat die beschikking van 22 september 1999 niet alleen reeds was vastgesteld, maar tevens nietig was verklaard bij het reeds aangehaalde arrest *Airtours/Commissie van het Gerecht*, ten aanzien waarvan de termijn voor hogere voorziening bovendien was verstreken.

- 78 Dienaangaande zij erop gewezen dat in artikel 4, lid 3, juist een duidelijk onderscheid wordt gemaakt naargelang de procedure al dan niet is afgesloten. Volgens de eerste alinea van die bepaling valt onder de uitzondering ter bescherming van het besluitvormingsproces elk 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. Volgens de tweede alinea van die bepaling geldt de betrokken uitzondering, nadat het besluit is genomen, alleen voor documenten met standpunten voor intern gebruik in het kader van beraadslagingen en voorafgaand overleg binnen de betrokken instelling.
- 79 Slechts voor bepaalde documenten voor intern gebruik, te weten documenten met standpunten voor intern gebruik in het kader van beraadslagingen en voorafgaand overleg binnen de betrokken instelling, kan op grond van de tweede alinea van lid 3 de toegang dus ook worden geweigerd nadat het besluit is genomen, indien de openbaarmaking ervan het besluitvormingsproces van die instelling ernstig zou ondermijnen.
- 80 De Uniewetgever heeft derhalve geoordeeld dat de vereisten inzake de bescherming van het besluitvormingsproces na de vaststelling van het besluit minder scherp zijn, zodat de openbaarmaking van andere dan de in artikel 4, lid 3, tweede alinea, van verordening nr. 1049/2001 bedoelde documenten dat proces nooit kan ondermijnen en de openbaarmaking van een dergelijk document niet mag worden geweigerd, ook al zou die openbaarmaking dat proces ernstig hebben ondermijnd indien zij zou hebben plaatsgevonden vóór de vaststelling van het betrokken besluit.

- 81 Zoals het Gerecht in punt 45 van het bestreden arrest in wezen heeft vastgesteld, doet het feit dat het besluit is vastgesteld, weliswaar geenszins af aan de mogelijkheid zelf om zich op de betrokken uitzondering te beroepen om de toegang te weigeren tot documenten met standpunten voor intern gebruik in het kader van beraadslagingen en voorafgaand overleg binnen de betrokken instelling. Dat neemt evenwel niet weg dat bij de beoordeling die de betrokken instelling dient te verrichten om te bepalen of de openbaarmaking van een van die documenten haar besluitvormingsproces al dan niet ernstig kan ondermijnen, rekening moet worden gehouden met het feit dat de administratieve procedure waarop die documenten betrekking hebben, is afgesloten.
- 82 De door een instelling aangevoerde redenen die de weigering van toegang tot een dergelijk document waarvan vóór de afsluiting van de administratieve procedure om openbaarmaking is verzocht, kunnen rechtvaardigen, zouden immers na de vaststelling van het besluit niet kunnen volstaan om op grond daarvan de openbaarmaking van dat document te weigeren, tenzij die instelling specifiek uitlegt waarom de afsluiting van de procedure volgens haar niet wegneemt dat die weigering van toegang nog steeds gerechtvaardigd is vanwege het gevaar van ernstige ondermijning van haar besluitvormingsproces (zie naar analogie met artikel 4, lid 2, tweede streepje, van verordening nr. 1049/2001 arrest Zweden e.a./API en Commissie, reeds aangehaald, punten 132-134).
- 83 Met die beginselen moet rekening worden gehouden bij het onderzoek van het eerste middel dat het Koninkrijk Zweden aanvoert tot staving van zijn hogere voorziening.
- 84 Nagegaan moet dus worden of het Gerecht artikel 4, lid 3, tweede alinea, van verordening nr. 1049/2001 juist heeft toegepast voor elk van de documenten waartoe MyTravel in de litigieuze besluiten de toegang werd geweigerd op grond van die bepaling.

- 85 Wat het rapport betreft, moet worden onderzocht of het Gerecht in punt 55 van het bestreden arrest terecht heeft geconcludeerd dat de openbaarmaking van het gehele rapport het besluitvormingsproces van de Commissie ernstig zou hebben ondermijnd.
- 86 Dienaangaande heeft het Gerecht om te beginnen in punt 49 van het bestreden arrest geoordeeld dat het belang van het publiek om op grond van het transparantiebeginsel toegang tot 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 communautaire instelling als wetgever optreedt. Voorts was het in de punten 50 tot en met 52 van dat arrest van oordeel dat in die omstandigheden de Commissie door openbaarmaking van een document, zoals het rapport, geen vrij en volledig standpunt van haar eigen diensten zou krijgen, aangezien de opstellers van dat document aan zelfcensuur zouden gaan doen. Ten slotte zou het met mededingingsvraagstukken belaste lid van de Commissie door de verplichting tot openbaarmaking van dergelijke documenten geneigd zijn zijn medewerkers niet meer om een schriftelijk en eventueel kritisch standpunt te vragen over vraagstukken die tot zijn bevoegdheid of die van de Commissie behoren, hetgeen de doeltreffendheid van het interne besluitvormingsproces van de Commissie ernstig zou schaden.
- 87 Ten eerste zij erop gewezen dat de administratieve werkzaamheden van de Commissie, zoals het Hof reeds heeft vastgesteld, inderdaad niet een even ruime toegang tot documenten vereisen als de wetgevende werkzaamheden van een instelling van de Unie (zie reeds aangehaalde arresten Commissie/Technische Glaswerke Ilmenau, punt 60, en Zweden e.a./API en Commissie, punt 77).
- 88 Dat betekent echter in geen geval, zoals het Koninkrijk Zweden, het Koninkrijk der Nederlanden en de Republiek Finland terecht stellen, dat dergelijke werkzaamheden niet onder verordening nr. 1049/2001 vallen. In dit verband volstaat het immers in herinnering te brengen dat deze verordening volgens artikel 2, lid 3, ervan van toepassing is op alle bij een instelling berustende documenten, dit wil zeggen documenten die door de instelling zijn opgesteld of ontvangen en zich in haar bezit bevinden, op alle werkerreinen van de Europese Unie.

- 89 Ten tweede worden de andere in punt 86 van dit arrest genoemde overwegingen die volgens het Gerecht volstonden ter rechtvaardiging van de afwijzing door de Commissie van het verzoek om toegang van MyTravel geenszins gestaafd met uitvoerige informatie over de concrete inhoud van het rapport op basis waarvan kan worden achterhaald waarom de openbaarmaking ervan het besluitvormingsproces van de Commissie ernstig zou kunnen hebben ondermijnd, ook al was de procedure waarop dat document betrekking heeft, reeds afgesloten. Anders gezegd, het Gerecht had van de Commissie moeten verlangen dat zij overeenkomstig de met name in de punten 81 en 82 van dit arrest uiteengezette beginselen specifiek aangaf waarom volgens haar de afsluiting van de administratieve procedure niet wegnam dat de weigering van toegang tot het rapport nog steeds gerechtvaardigd was vanwege het gevaar van ernstige ondermijning van dat besluitvormingsproces.
- 90 Het Gerecht heeft dus blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat de Commissie in die omstandigheden de toegang tot het gehele rapport mocht weigeren.
- 91 Wat de andere documenten betreft, moeten vooraf de argumenten worden onderzocht die het Koninkrijk Zweden heeft aangevoerd ter betwisting dat het verslag van de raadadviseur-auditeur, de nota van het DG „Concurrentie” aan het adviescomité en de dossieraantekening betreffende een bezoek aan First Choice, anders dan het Gerecht in respectievelijk punt 105, punt 111 en punt 116 van het bestreden arrest van oordeel is, kunnen worden beschouwd als documenten met standpunten voor intern gebruik in het kader van beraadslagingen en voorafgaand overleg binnen de betrokken instelling in de zin van artikel 4, lid 3, tweede alinea, van verordening nr. 1049/2001.
- 92 Wat om te beginnen het verslag van de raadadviseur-auditeur betreft, moet worden vastgesteld dat het Koninkrijk Zweden weliswaar betwijfelt of de betrokken uitzondering kan worden toegepast op een dergelijk verslag, waarvoor de in besluit 2001/462

vastgestelde regeling geldt, maar zelf erkent dat het verslag van de raadadviseur-auditeur waarvan MyTravel om openbaarmaking had verzocht, volgens de in 1999 concreet toepasselijke regeling onder artikel 4, lid 3, tweede alinea, valt.

- 93 Wat voorts de nota van het DG „Concurrentie” aan het adviescomité betreft, is het duidelijk dat, anders dan het Koninkrijk Zweden betoogt, de mogelijke bekendmaking van een document op zichzelf niet uitsluit dat dit document onder de betrokken uitzondering kan vallen. Uit de bewoordingen van artikel 4, lid 3, tweede alinea, van verordening nr. 1049/2001 blijkt immers dat deze bepaling van toepassing is op elk document met standpunten voor intern gebruik in het kader van beraadslagingen en voorafgaand overleg binnen de instelling. Zoals het Gerecht in punt 111 van het bestreden arrest heeft vastgesteld, zonder op dit punt te zijn weersproken door het Koninkrijk Zweden en evenmin door de lidstaten die aan zijn zijde zijn geïnterveneerd, kan juist op basis van het feit dat de Commissie volgens artikel 19 van verordening nr. 4064/89 verplicht was interne documenten aan dit adviescomité voor te leggen zodat het daarover uitspraak kon doen in het kader van de procedure die zijn medewerking voorschrijft, worden aangenomen dat het betrokken document voor de toepassing van artikel 4, lid 3, tweede alinea, van verordening nr. 1049/2001 een intern document van de Commissie is.
- 94 Wat ten slotte de dossieraantekening betreffende een bezoek aan First Choice betreft, moet erop worden gewezen dat het Koninkrijk Zweden niet aanvoert dat het Gerecht een onjuiste voorstelling van de feiten heeft gegeven toen het in punt 116 van het bestreden arrest heeft vastgesteld dat dit document interne beraadslagingen van het DG „Concurrentie” over het onderzoek bevat, aangezien bepaalde gedeelten van dit document de door de ambtenaren van dat directoraat-generaal tijdens het bezoek opgedane indrukken weergeven en niet, zoals MyTravel in eerste aanleg stelde, mondelinge opmerkingen van First Choice. In die omstandigheden kan die beoordeling van de feiten door het Gerecht in het stadium van de hogere voorziening niet ter discussie worden gesteld.
- 95 Het Gerecht heeft dus geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat het verslag van de raadadviseur-auditeur, de nota van het DG „Concurrentie” aan het adviescomité en de dossieraantekening betreffende een bezoek aan

First Choice documenten met standpunten voor intern gebruik in het kader van beraadslagingen en voorafgaand overleg binnen de Commissie in de zin van artikel 4, lid 3, tweede alinea, van verordening nr. 1049/2001 waren.

- ⁹⁶ Het Koninkrijk Zweden stelt echter dat het Gerecht artikel 4, lid 3, tweede alinea, van verordening nr. 1049/2001 heeft geschonden door in de punten 59, 94, 104, 111 en 115 van het bestreden arrest in wezen te concluderen dat de openbaarmaking van de drie in punt 91 van dit arrest genoemde documenten, evenals van de werkdocumenten en van de nota's aan het lid van de Commissie, de nota's aan de andere diensten en de antwoordnota's van de andere diensten dan de juridische dienst het besluitvormingsproces van de Commissie ernstig zou hebben ondermijnd.
- ⁹⁷ Om te beginnen moet worden vastgesteld dat het Gerecht wat het verslag van de raadadviseur-auditeur, de nota van het DG „Concurrentie” aan het adviescomité en de dossieraantekening betreffende een bezoek aan First Choice betreft, in de punten 106, 111 en 116 van het bestreden arrest de rechtmatigheid van de afwijzing door de Commissie van het verzoek om openbaarmaking van MyTravel alleen heeft gebaseerd op overwegingen betreffende de mogelijke gevolgen van die openbaarmaking op de vrijheid van meningsuiting van de raadadviseur-auditeur, het interne karakter van de betrokken documenten en het feit dat zij de indrukken van de ambtenaren van de Commissie weergeven.
- ⁹⁸ Het Gerecht is, in strijd met de in de punten 81 en 82 van dit arrest in herinnering gebrachte vereisten, geenszins nagegaan of de Commissie specifiek had uitgelegd waarom uit dergelijke overwegingen kon worden afgeleid dat de openbaarmaking van die documenten het besluitvormingsproces van die instelling ernstig zou hebben ondermijnd, ook al was de administratieve procedure waarop die documenten betrekking hadden, afgelopen.

- 99 Voorts was het Gerecht met betrekking tot de werkdocumenten in punt 59 van het bestreden arrest van oordeel dat zij als basis dienden voor het opstellen van het rapport en voorbereidende beoordelingen of voorlopige conclusies voor intern gebruik bevatten, en dus onder de betrokken uitzondering vielen.
- 100 Aangezien, zoals in punt 89 van dit arrest is vastgesteld, de overwegingen op basis waarvan het Gerecht heeft geoordeeld dat de toegang tot het rapport mocht worden geweigerd, niet volstonden, kon het Gerecht op grond van het enkele feit dat die werkdocumenten als basis voor het opstellen van het rapport hadden gediend, evenmin van oordeel zijn dat de openbaarmaking ervan het besluitvormingsproces van de Commissie ernstig zou hebben ondermijnd en dat die documenten dus niet openbaar mochten worden gemaakt.
- 101 Ten slotte heeft het Gerecht wat de nota's aan het lid van de Commissie, de nota's aan de andere diensten en de antwoordnota's van de andere diensten dan de juridische dienst betreft, in de punten 98 en 99 van het bestreden arrest daarentegen geoordeeld dat de Commissie had uitgelegd dat de weigering van de openbaarmaking van die documenten ook na de vaststelling van het tweede litigieuze besluit gerechtvaardigd was, aangezien die openbaarmaking haar beoordeling van eventuele soortgelijke concentraties tussen de betrokken partijen of in dezelfde sector dan wel van „zaken betreffende het begrip collectieve machtspositie” had kunnen verstoren. Bovendien had de Commissie ook specifiek verwezen naar de zaak EMI/Time Warner, met betrekking tot dewelke zij een op verordening nr. 1049/2001 gebaseerd verzoek om toegang tot de mededeling van de punten van bezwaar had afgewezen ter bescherming van de beraadslagingen van haar diensten in de zaak BMG/Sony, welke betrekking had op dezelfde bedrijfssector.
- 102 Zoals de advocaat-generaal in de punten 78 tot en met 84 van haar conclusie in wezen heeft opgemerkt, worden dergelijke argumenten op geen enkele wijze onderbouwd. In het bijzonder heeft de Commissie, anders dan in de in punt 76 van dit arrest aangehaalde rechtspraak wordt verlangd, geen informatie verstrekt waaruit kan worden afgeleid dat de toegang tot die documenten concrete gevolgen voor andere specifieke

administratieve procedures zou hebben gehad. Gesteld al dat de Commissie in een opzichzelfstaand geval een verzoek om toegang tot de mededeling van de punten van bezwaar terecht had afgewezen ter bescherming van de beraadslagingen van haar diensten in een andere zaak die betrekking had op dezelfde bedrijfssector, dan nog blijkt daar bovendien geenszins uit dat elke weigering van toegang tot documenten op grond van de betrokken uitzondering op zichzelf gerechtvaardigd is.

- ¹⁰³ Gelet op een en ander, dient het eerste middel dat het Koninkrijk Zweden tot staving van zijn hogere voorziening aanvoert, te worden toegewezen.

Tweede middel: schending van artikel 4, lid 2, tweede streepje, van verordening nr. 1049/2001

Argumenten van partijen

- ¹⁰⁴ Met zijn tweede middel stelt het Koninkrijk Zweden, daarin ondersteund door het Koninkrijk Denemarken, het Koninkrijk der Nederlanden en de Republiek Finland, dat het Gerecht artikel 4, lid 2, tweede streepje, van verordening nr. 1049/2001 heeft geschonden door met miskenning van de in het reeds aangehaalde arrest Zweden en Turco/Raad ontwikkelde rechtspraak te oordelen dat de Commissie de toegang tot de antwoordnota's van de juridische dienst terecht had geweigerd op grond van de uitzondering ter bescherming van juridisch advies, zonder vooraf de inhoud van die nota's te hebben onderzocht.

- 105 Het risico dat de openbaarmaking van een document afdoet aan de rechtmatigheid van een besluit, kan volgens het Koninkrijk Zweden immers niet rechtvaardigen dat dit document niet openbaar wordt gemaakt. Juist door het ontbreken van informatie kan er net twijfel ontstaan over de legitimiteit van het besluitvormingsproces binnen de instellingen. Dat risico is er echter niet indien de Commissie in haar besluit duidelijk aangeeft waarom zij heeft gekozen voor een oplossing waarvoor de juridische dienst een negatief advies had gegeven. Daarnaast is de stelling dat de juridische dienst in geval van openbaarmaking in de toekomst terughoudend en voorzichtig zou worden, niet onderbouwd. Tot slot is het argument dat het voor de juridische dienst moeilijk zou zijn om voor de Unierechter een ander standpunt dan het zijne te verdedigen, te algemeen om vast te stellen dat er sprake is van een gevaar van ondermijning van het belang dat door die bepaling wordt beschermd.
- 106 De Commissie, daarin ondersteund door de Bondsrepubliek Duitsland, de Franse Republiek en het Verenigd Koninkrijk, is van mening dat de redenering van het Gerecht aansluit bij de in het arrest Zweden en Turco/Raad ontwikkelde rechtspraak.
- 107 Het document dat aan de orde was in de zaak die aanleiding heeft gegeven tot dat arrest, betrof immers een wetgevingsprocedure, terwijl in casu de antwoordnota's van de juridische dienst zien op een administratieve procedure. Het Gerecht heeft in de punten 123 tot en met 127 van het bestreden arrest uitvoerig uiteengezet dat het gevaar dat de bescherming van juridisch advies wordt ondermijnd door de openbaarmaking van die nota's, concreet is en verband houdt met het feit dat, indien het college van leden van de Commissie het advies van de juridische dienst niet volgt en een andere beslissing neemt dan die welke door de juridische dienst werd gesuggereerd, openbaarmaking van die adviezen het nut ervan voor de Commissie zou verminderen.
- 108 De Bondsrepubliek Duitsland voegt daaraan toe dat het Hof in punt 18 van zijn reeds aangehaalde beschikking Donnici/Parlement reeds heeft geoordeeld dat in het kader van een gerechtelijke procedure het recht op een eerlijk proces wordt geschonden indien bijvoorbeeld van de juridische dienst zou worden verlangd, wanneer zijn advies en het uiteindelijk vastgestelde besluit uiteenlopen, dat hij in een procedure een

standpunt verdedigt dat haaks staat op het standpunt dat hij in het verleden zelf had ingenomen.

Beoordeling door het Hof

- ¹⁰⁹ Voor de beantwoording van het tweede middel van de hogere voorziening moet er vooraf aan worden herinnerd dat, zoals in de punten 87 en 88 van dit arrest is gepreciseerd en anders dan met name de Commissie lijkt te suggereren, de administratieve werkzaamheden van de instellingen in elk geval onder verordening nr. 1049/2001 vallen.
- ¹¹⁰ Bovendien moet er tevens op worden gewezen dat, zoals in punt 76 van dit arrest in herinnering is gebracht, de betrokken instelling die besluit om geen toegang te verlenen tot een document waarvan haar om openbaarmaking is gevraagd, in beginsel dient aan te geven op welke wijze 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 die instelling zich beroept.
- ¹¹¹ Wat in casu de in artikel 4, lid 2, tweede streepje, van deze verordening vastgestelde uitzondering inzake de bescherming van juridisch advies betreft, moet, zoals gevraagd door het Koninkrijk Zweden en de andere lidstaten die aan zijn zijde zijn geïntervenieerd, worden nagegaan of de overwegingen van het Gerecht wel degelijk volstonden om te concluderen dat de Commissie de toegang tot de antwoordnota's van de juridische dienst terecht had geweigerd.

- 112 Ten eerste heeft het Gerecht in punt 124 van het bestreden arrest geoordeeld dat door openbaarmaking van die nota's het publiek mogelijkwijs informatie had kunnen verkrijgen over de stand van de interne discussies tussen het DG „Concurrentie” en de juridische dienst over de rechtmatigheid van de beoordeling van de verenigbaarheid met de gemeenschappelijke markt van de concentratie die tot de beschikking Airtours heeft geleid, wat op zichzelf eventuele toekomstige beschikkingen tussen dezelfde partijen of in dezelfde sector op losse schroeven dreigde te zetten. Ten tweede was het Gerecht in punt 125 van dat arrest van oordeel dat toewijzing van het verzoek om openbaarmaking van de betrokken nota's tot gevolg had kunnen hebben dat de juridische dienst in de toekomst bij het opstellen van dergelijke nota's terughoudend en voorzichtig zou zijn om geen afbreuk te doen aan het vermogen van de Commissie om beslissingen te nemen op gebieden waar zij als bestuur handelt. Ten derde heeft het Gerecht in punt 126 van dat arrest erop gewezen dat openbaarmaking van die nota's de Commissie in de netelige situatie had kunnen brengen dat haar juridische dienst verplicht was voor het Gerecht een ander standpunt te verdedigen dan het standpunt dat hij intern in de loop van de administratieve procedure in zijn hoedanigheid van adviseur van de met het dossier belaste diensten had ingenomen.
- 113 Wat om te beginnen de vrees betreft dat de openbaarmaking van een advies van de juridische dienst van de Commissie inzake een ontwerpbeschikking aanleiding zou kunnen geven tot twijfel aan de rechtmatigheid van de uiteindelijke beschikking, moet worden opgemerkt dat, zoals het Koninkrijk Zweden terecht heeft gesteld, het juist de transparantie op dit punt is 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 burgers van de Unie 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 (arrest Zweden en Turco/Raad, reeds aangehaald, punt 59).
- 114 Bovendien zou het risico dat bij de burgers van de Unie twijfel rijst over de rechtmatigheid van een handeling van een instelling, doordat haar juridische dienst 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 (arrest Zweden en Turco/Raad, reeds aangehaald, punt 60).

- 115 Wat voorts het argument betreft dat de juridische dienst terughoudend en voorzichtig zou moeten worden, volstaat de vaststelling dat het Gerecht zich alleen op algemene en abstracte overwegingen heeft gebaseerd en geenszins heeft onderzocht of dat argument steun vond in concrete en gedetailleerde gegevens.
- 116 Daarenboven moet met betrekking tot het argument dat de juridische dienst zich gedwongen kan zien voor de Unierechter de rechtmatigheid te verdedigen van een beschikking waarover hij een negatief advies had uitgebracht, erop worden gewezen dat, zoals het Koninkrijk Zweden betoogt, een zo algemeen argument geen uitzondering op de in verordening nr. 1049/2001 voorgeschreven transparantie kan rechtvaardigen (arrest Zweden en Turco/Raad, reeds aangehaald, punt 65).
- 117 Zoals in punt 77 van dit arrest is opgemerkt, is het verzoek om toegang van MyTravel in het onderhavige geval immers ingediend nadat de beschikking Airtours bij het reeds aangehaalde arrest Airtours/Commissie van het Gerecht nietig was verklaard en de termijn voor het instellen van hogere voorziening tegen dat arrest was verstreken. Zoals de advocaat-generaal in punt 96 van haar conclusie in wezen heeft opgemerkt, kon de juridische dienst zich dus niet in een situatie als bedoeld in het vorige punt bevinden, aangezien bij de Unierechter geen beroep betreffende de rechtmatigheid van die beschikking meer kon worden ingesteld.
- 118 Ten slotte kan met betrekking tot het argument dat de Bondsrepubliek Duitsland aanvoert onder verwijzing naar de beschikking Donnici/Parlement, worden volstaan met de opmerking dat de aan die beschikking ten grondslag liggende feiten niet overeenkomen met die van het onderhavige geval. Die beschikking had namelijk geen

betrekking op een verzoek om toegang in de zin van verordening nr. 1049/2001, maar op een verzoek tot overlegging voor het Hof van een advies van de juridische dienst van het Parlement. Verder was dat verzoek ingediend in het kader van een aanhangig geding dat juist zag op de geldigheid van het besluit van het Parlement waarop dat advies betrekking had. Die beschikking kan dan ook niet ter zake doen ter rechtvaardiging van de rechtmatigheid van de betrokken weigering van toegang op grond van artikel 4, lid 2, tweede streepje, van verordening nr. 1049/2001.

- 119 Gelet op een en ander dient ook het tweede middel dat het Koninkrijk Zweden aanvoert ter ondersteuning van zijn hogere voorziening, te worden toegewezen.

Derde middel: schending van artikel 4, lid 2, in fine, en lid 3, tweede alinea, in fine, van verordening nr. 1049/2001

- 120 Met zijn derde middel verwijt het Koninkrijk Zweden het Gerecht een onjuiste beoordeling inzake het bestaan in het onderhavige geval van een hoger openbaar belang dat openbaarmaking van de documenten gebod, ook al hadden de belangen die overeenkomstig artikel 4, lid 2, tweede streepje, respectievelijk lid 3, tweede alinea, van verordening nr. 1049/2001 worden beschermd, door die openbaarmaking ernstig kunnen worden ondermijnd.
- 121 Aangezien het eerste en het tweede middel waarop de hogere voorziening van het Koninkrijk Zweden berust, door het Hof zijn toegewezen, behoeft het derde middel van het Koninkrijk Zweden niet te worden onderzocht.

Beroep en verwijzing naar het Gerecht

- ¹²² Overeenkomstig artikel 61, eerste alinea, van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie kan het Hof in geval van vernietiging van de beslissing van het Gerecht zelf de zaak afdoen wanneer deze in staat van wijzen is, dan wel haar voor afdoening verwijzen naar het Gerecht.
- ¹²³ In het onderhavige geval beschikt het Hof over de gegevens die nodig zijn om definitief uitspraak te doen over de ter ondersteuning van het beroep aangevoerde middelen inzake schending van artikel 4, lid 3, tweede alinea, van verordening nr. 1049/2001 wat de twee litigieuze besluiten betreft, en schending van artikel 4, lid 2, tweede streepje, van deze verordening wat het tweede litigieuze besluit betreft.
- ¹²⁴ Dienaangaande volstaat het erop te wijzen dat de Commissie om de in de punten 89, 98, 100 en 102 van dit arrest genoemde redenen de uitzondering ter bescherming van het besluitvormingsproces van die instelling in de litigieuze besluiten niet juist heeft toegepast. Gelet op de in de punten 113 tot en met 117 van dit arrest uiteengezette redenen heeft zij de uitzondering ter bescherming van juridisch advies voorts evenmin juist toegepast.
- ¹²⁵ Derhalve moeten de litigieuze besluiten nietig worden verklaard voor zover zij gebaseerd zijn op artikel 4, lid 3, tweede alinea, van verordening nr. 1049/2001, en moet het tweede litigieuze besluit tevens nietig worden verklaard voor zover het gebaseerd is op artikel 4, lid 2, tweede streepje, van deze verordening.
- ¹²⁶ Het Hof kan daarentegen geen uitspraak doen over de door MyTravel ter ondersteuning van haar beroep tegen het eerste litigieuze besluit aangevoerde en in punt 42 van dit arrest in herinnering gebrachte middelen inzake schending van artikel 4, lid 2, tweede en derde streepje, van verordening nr. 1049/2001, en evenmin over de tegen

het tweede litigieuze besluit aangevoerde en in punt 43 van dit arrest in herinnering gebrachte middelen inzake de uitzondering met betrekking tot de bescherming van het doel van inspecties, onderzoeken en audits, in samenhang met de uitzondering ter bescherming van het besluitvormingsproces.

- ¹²⁷ Zoals in de genoemde punten 42 en 43 is opgemerkt en uit de punten 79 en 130 van het bestreden arrest blijkt, heeft het Gerecht die middelen immers niet onderzocht.
- ¹²⁸ De zaak moet dus naar het Gerecht worden verwezen voor een uitspraak over de middelen van het door MyTravel bij hem ingestelde beroep waarover het zich niet heeft uitgesproken.

Kosten

- ¹²⁹ Daar de zaak naar het Gerecht wordt verwezen, dient de beslissing omtrent de kosten van de onderhavige hogere voorziening te worden aangehouden.

Het Hof (Eerste kamer) verklaart:

- 1) Punt 2 van het dictum van het arrest van het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen van 9 september 2008, MyTravel/Commissie (T-403/05), wordt vernietigd.**

- 2) **Besluit D(2005) 8461 van de Commissie van 5 september 2005 tot afwijzing van het verzoek van MyTravel Group plc om toegang tot bepaalde voorbereidende documenten van de Commissie betreffende de controle op concentraties, wordt nietig verklaard voor zover het is gebaseerd op artikel 4, lid 3, tweede alinea, van verordening (EG) nr. 1049/2001 van het Europees Parlement en de Raad van 30 mei 2001 inzake de toegang van het publiek tot documenten van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie.**

- 3) **Besluit D(2005) 9763 van de Commissie van 12 oktober 2005 tot gedeeltelijke afwijzing van het verzoek van MyTravel Group plc om toegang tot bepaalde voorbereidende documenten van de Commissie betreffende de controle op concentraties, wordt nietig verklaard voor zover het is gebaseerd op artikel 4, lid 2, tweede streepje, en lid 3, tweede alinea, van verordening nr. 1049/2001.**

- 4) **De zaak wordt verwezen naar het Gerecht van de Europese Unie voor een uitspraak over de middelen van het door MyTravel Group plc bij hem ingestelde beroep waarover het zich niet heeft uitgesproken.**

- 5) **De beslissing omtrent de kosten wordt aangehouden.**

ondertekeningen