



# Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL  
M. WATHELET  
van 6 april 2017<sup>1</sup>

**Zaak C-331/15 P**

**Franse Republiek  
tegen**

**Carl Schlyter**

„Hogere voorziening – Toegang tot documenten – Uitvoerig gemotiveerde mening van de Europese Commissie over een ontwerp van besluit betreffende de jaarlijkse opgave van stoffen die nanodeeltjes bevatten, door de Franse autoriteiten aan de Commissie meegedeeld op grond van richtlijn 98/34/EG – Besluit van de Commissie waarbij toegang wordt geweigerd – Verordening (EG) nr. 1049/2001 – Artikel 4, lid 2, derde streepje – Uitzondering op recht van toegang – Bescherming van het doel van onderzoeken”

## Inleiding

1. In hogere voorziening verzoekt de Franse Republiek om vernietiging van het arrest van het Gerecht van de Europese Unie van 16 april 2015, Schlyter/Commissie (T-402/12, EU:T:2015:209; hierna: „bestreden arrest”), waarbij het Gerecht het beroep van Carl Schlyter strekkende tot nietigverklaring van het besluit van de Commissie van 27 juni 2012, heeft toegewezen (hierna: „litigieus besluit”).

2. Met het litigieuze besluit heeft de Europese Commissie op grond van artikel 4, lid 2, derde streepje, 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<sup>2</sup>, tijdens de „status-quo-periode” of periode van uitstel<sup>3</sup> Schlyter de toegang geweigerd tot de uitvoerig gemotiveerde mening<sup>4</sup> van de Commissie over een ontwerp van besluit betreffende de inhoud en de voorwaarden voor indiening van de jaarlijkse opgave van stoffen die nanodeeltjes bevatten

1 Oorspronkelijke taal: Frans.

2 PB 2001, L 145, blz. 43.

3 Zoals bepaald in artikel 9, lid 2, tweede streepje, van richtlijn 98/34/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 juni 1998 betreffende een informatieprocedure op het gebied van normen en technische voorschriften (PB 1998, L 204, blz. 37).

4 Kenbaar gemaakt op grond van artikel 9, lid 2, tweede streepje, van richtlijn 98/34.

(2011/673/F), dat haar door de Franse autoriteiten was meegedeeld op grond van richtlijn 98/34, zoals gewijzigd bij richtlijn 98/48/EG van het Parlement en de Raad van 20 juli 1998.<sup>5</sup> Dit standpunt was gebaseerd op een analogie tussen enerzijds de procedure van richtlijn 98/34 en anderzijds de niet-nakomingsprocedure van artikel 258 VWEU en de staatssteunprocedure van artikel 108 VWEU.<sup>6</sup>

3. In de onderhavige hogere voorziening gaat het om de uitzondering van artikel 4, lid 2, derde streepje, van verordening nr. 1049/2001 betreffende de bescherming van het doel van inspecties, onderzoeken en audits en meer in het bijzonder om de vraag of een uitvoerig gemotiveerde mening die door de Commissie kenbaar is gemaakt in het kader van de procedure van richtlijn 98/34, al dan niet moet worden aangemerkt als een onderzoek in de zin van die bepaling.

4. De kenmerken van de in de artikelen 8 en 9 van richtlijn 98/34 neergelegde procedure dienen dus in kaart te worden gebracht om te bepalen of deze procedure al dan niet moet worden aangemerkt als een onderzoek in de zin van artikel 4, lid 2, derde streepje, van verordening nr. 1049/2001.

5. Voorts dient, ingeval de uitvoerig gemotiveerde mening die door de Commissie kenbaar is gemaakt in het kader van de in de artikelen 8 en 9 van richtlijn 98/34 neergelegde procedure moet worden aangemerkt als een onderzoek in de zin van artikel 4, lid 2, derde streepje, van verordening nr. 1049/2001, te worden nagegaan of openbaarmaking van dit document, in het onderhavige geval, afbreuk doet aan het doel van de procedure van richtlijn 98/34.

## **Toepasselijke bepalingen**

### **Richtlijn 98/34**

6. Artikel 8 van richtlijn 98/34 luidt als volgt:

„1. Onverminderd artikel 10 delen de lidstaten de Commissie onverwijld ieder ontwerp voor een technisch voorschrift mee [...]; zij geven de Commissie tevens kennis van de redenen waarom de vaststelling van dit technisch voorschrift nodig is, tenzij die redenen reeds uit het ontwerp zelf blijken.

[...]

De Commissie stelt de overige lidstaten onverwijld van het haar voorgelegde ontwerp voor een technisch voorschrift en van alle aan haar verstrekte documenten in kennis. [...]

Wat de [...] technische specificaties [...] betreft, kunnen de opmerkingen of uitvoerig gemotiveerde meningen van de Commissie of van de lidstaten alleen betrekking hebben op het aspect dat eventueel een belemmering vormt voor het handelsverkeer of, wat betreft de regels betreffende diensten, het vrije verkeer van diensten of de vrijheid van vestiging van dienstverleners, doch niet op het fiscale of financiële aspect van de maatregel.

5 PB 1998, L 217, blz. 18. Opgemerkt dient te worden dat richtlijn 98/34 is ingetrokken bij artikel 10 van richtlijn (EU) 2015/1535 van het Europees Parlement en de Raad van 9 september 2015 betreffende een informatieprocedure op het gebied van technische voorschriften en regels betreffende de diensten van de informatiemaatschappij (PB 2015, L 241, blz. 1). Gezien het feit dat richtlijn 98/34 „herhaaldelijk en ingrijpend [was] gewijzigd[, diende] [t]er wille van de duidelijkheid en een rationele ordening van de tekst tot codificatie van die richtlijn te worden overgegaan.” (zie overweging 1 van richtlijn 2015/1535). Ik merk in dit verband op dat de artikelen 5 en 6 van richtlijn 2015/1535 (ratione temporis niet van toepassing op de onderhavige zaak) in wezen overeenkomen met de artikelen 8 en 9 van richtlijn 98/34.

6 Zie punt 41 van het bestreden arrest. In het litigieuze besluit heeft de Commissie het feit benadrukt dat zowel de staatssteunprocedure als de procedure van richtlijn 98/34 bilateraal van aard zijn en dat de gedetailleerde conclusies en de opmerkingen van de Commissie alleen bestemd zijn voor de betrokken lidstaat.

2. De Commissie en de lidstaten kunnen bij de lidstaat die een ontwerp voor een technisch voorschrift ter kennis heeft gebracht, opmerkingen indienen, waarmee deze lidstaat bij de verdere uitwerking van het technisch voorschrift zoveel mogelijk rekening dient te houden.

3. De lidstaten delen onverwijld de definitieve tekst van een technisch voorschrift aan de Commissie mee.

4. De op grond van dit artikel verstrekte inlichtingen worden niet als vertrouwelijk aangemerkt, tenzij de kennisgevende lidstaat uitdrukkelijk verzoekt deze inlichtingen als zodanig te beschouwen. Een dergelijk verzoek wordt met redenen omkleed. [...]

[...]”

7. Artikel 9 van deze richtlijn luidt als volgt:

„1. De lidstaten stellen de goedkeuring uit van een ontwerp voor een technisch voorschrift voor de duur van drie maanden, te rekenen vanaf de datum waarop de Commissie de in artikel 8, lid 1, bedoelde mededeling ontvangt.

2. De lidstaten

- [...],
- stellen de goedkeuring van elk ander ontwerp voor een technisch voorschrift onverminderd de leden 3, 4 en 5 (met uitsluiting van ontwerpen inzake diensten) met zes maanden uit,

te rekenen vanaf de datum waarop de Commissie de in artikel 8, lid 1, bedoelde mededeling ontvangt, indien de Commissie of een andere lidstaat binnen een termijn van drie maanden na die datum in een uitvoerig gemotiveerde mening te kennen geeft, dat de beoogde maatregel aspecten bezit die eventueel belemmeringen kunnen opleveren voor het vrije verkeer van goederen in het kader van de interne markt;

[...]

De betrokken lidstaat doet de Commissie verslag over het gevolg dat hij voornemens is aan dergelijke uitvoerig gemotiveerde meningen te geven. De Commissie geeft haar commentaar op deze reactie.

[...]

3. De lidstaten stellen de goedkeuring van een ontwerp voor een technisch voorschrift, met uitsluiting van ontwerpen voor regels betreffende diensten, met twaalf maanden uit, te rekenen vanaf de datum waarop de Commissie de in artikel 8, lid 1, bedoelde mededeling ontvangt, indien de Commissie binnen een termijn van drie maanden na die datum te kennen geeft op dit gebied overeenkomstig artikel [288 VWEU] een richtlijn, een verordening of een beschikking te willen voorstellen of vaststellen.”

### **Verordening nr. 1049/2001**

8. Verordening nr. 1049/2001 bepaalt de beginselen, voorwaarden en beperkingen betreffende het in artikel 15 VWEU neergelegde recht van toegang tot documenten van de instellingen van de Europese Unie.

9. Artikel 2 van deze verordening, „Toegangsgerechtigden en toepassingsgebied”, luidt als volgt:

„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.

2. De instellingen kunnen toegang tot documenten verlenen, volgens dezelfde beginselen, en onder dezelfde voorwaarden en beperkingen, aan natuurlijke of rechtspersonen die geen verblijfplaats of geen statutaire zetel hebben in een lidstaat.

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.

[...]”

10. Artikel 4 van die verordening voorziet in uitzonderingen op het recht van toegang tot documenten van de instellingen van de Unie, waarbij mijn belangstelling uitgaat naar de uitzonderingen die worden genoemd in lid 2 ervan, dat bepaalt:

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

- de commerciële belangen van een natuurlijke of rechtspersoon, met inbegrip van intellectuele eigendom,
- gerechtelijke procedures en juridisch advies,
- het doel van inspecties, onderzoeken en audits,

tenzij een hoger openbaar belang openbaarmaking gebiedt.”

11. Artikel 4, lid 6, van dezelfde verordening bepaalt het volgende:

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

12. Artikel 4, lid 7, van verordening nr. 1049/2001 luidt als volgt:

„De uitzonderingen van de leden 1 tot en met 3 zijn slechts van toepassing gedurende de periode waarin bescherming op grond van de inhoud van het document gerechtvaardigd is. [...]”

## **Feiten**

13. Op 29 december 2011 hebben de Franse autoriteiten overeenkomstig artikel 8, lid 1, van richtlijn 98/34 aan de Commissie mededeling gedaan van een ontwerp van besluit betreffende de inhoud en de voorwaarden voor indiening van de jaarlijkse opgave van stoffen die nanodeeltjes bevatten, genomen op grond van de artikelen R. 523-12 en R. 523-13 van de Code de l'environnement (milieuwetboek) (hierna: „ontwerp van besluit”).

14. Overeenkomstig artikel 9, lid 1, van richtlijn 98/34 is de „status-quoperiode” of periode van uitstel van drie maanden, te rekenen vanaf het tijdstip waarop de Commissie de in artikel 8, lid 1, van die richtlijn bedoelde mededeling heeft ontvangen, aangevangen op 30 december 2011. In maart 2012, tijdens die „status-quoperiode” of periode van uitstel, heeft de Bondsrepubliek Duitsland de Franse autoriteiten verzocht om aanvullende informatie over het ontwerp van besluit en vervolgens deze informatie ontvangen.

15. Op 30 maart 2012 heeft de Commissie een uitvoerig gemotiveerde mening kenbaar gemaakt, wat overeenkomstig artikel 9, lid 2, tweede streepje, van richtlijn 98/34, tot gevolg had dat de aanvankelijke „status-quoperiode” als bedoeld in artikel 9, lid 1, van richtlijn 98/34 met drie maanden werd verlengd (hierna: „uitvoerig gemotiveerde mening”). Op 2 april 2012 heeft het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland overeenkomstig artikel 8, lid 2, van deze richtlijn eveneens zijn opmerkingen over het ontwerp van besluit ingediend. Op 6 juni 2012 hebben de Franse autoriteiten op de opmerkingen van het Verenigd Koninkrijk geantwoord.

16. Bij brief van 16 april 2012, dat wil zeggen tijdens de „status-quoperiode” of periode van uitstel, heeft Schlyter verzocht om toegang tot de uitvoerig gemotiveerde mening van de Commissie.

17. Bij brief van 7 mei 2012 heeft de Commissie het verzoek om toegang van 16 april 2012 afgewezen, waarbij zij zich beriep op de uitzondering van artikel 4, lid 2, derde streepje, van verordening nr. 1049/2001. Voorts heeft de Commissie overwogen dat gedeeltelijke toegang niet mogelijk was omdat het volledige document onder de aangevoerde uitzondering viel. Bovendien was zij van mening dat geen hoger openbaar belang in de gegeven omstandigheden openbaarmaking van het document gebod.

18. Op 29 mei 2012 heeft Schlyter bij de Commissie overeenkomstig artikel 7, lid 2, van verordening nr. 1049/2001 een confirmatief verzoek ingediend, dat ertoe strekte de Commissie haar standpunt te doen herzien.

19. Op 27 juni 2012 heeft de Commissie bij het litigieuze besluit het confirmatieve verzoek van Schlyter afgewezen om de redenen die hierna worden uiteengezet.

20. De Commissie heeft in punt 3 van het litigieuze besluit, „Bescherming van het doel van onderzoeken”, overwogen dat openbaarmaking van de betrokken uitvoerig gemotiveerde mening zou leiden tot ondermijning van de bescherming van het doel van onderzoeken als bedoeld in artikel 4, lid 2, derde streepje, van verordening nr. 1049/2001.

21. In punt 4 van het litigieuze besluit, „Gedeeltelijke toegang”, heeft de Commissie de mening uitgesproken dat die overweging gold voor het volledige document waartoe om toegang was verzocht, zodat gedeeltelijke openbaarmaking op grond van artikel 4, lid 6, van verordening nr. 1049/2001 volstrekt uitgesloten was.

22. In punt 5 van het litigieuze besluit, „Hoger openbaar belang bij openbaarmaking”, heeft de Commissie overwogen dat er evenmin sprake was van een hoger openbaar belang, als bedoeld in artikel 4, lid 2, in fine, van verordening nr. 1049/2001, dat zou gebieden het document niettemin openbaar te maken.

23. De „status-quoperiode” voor het ontwerp van besluit is geëindigd op 2 juli 2012. De Franse Republiek heeft op de uitvoerig gemotiveerde mening van de Commissie geantwoord op 16 juli 2012. Op 26 juli 2012 heeft de Commissie de Franse autoriteiten verzocht haar het gewijzigde ontwerp van besluit over te leggen, wat zij nog dezelfde dag hebben gedaan.

24. Op 6 augustus 2012 heeft de Franse Republiek het besluit betreffende de inhoud en de voorwaarden voor indiening van de jaarlijkse opgave van stoffen die nanodeeltjes bevatten, genomen op grond van de artikelen R. 523-12 en R. 523-13 van de Code de l'environnement, vastgesteld (JORF van 10 augustus 2012, blz. 13166). Dat besluit werd aan de Commissie meegedeeld op 22 augustus 2012.

25. Nadat de Commissie het onderzoek van het besluit had beëindigd en had beslist dat er geen reden was om tegen de Franse Republiek een niet-nakomingsprocedure in te stellen, heeft zij Schlyter op 25 oktober 2012 een afschrift van de betrokken uitvoerig gemotiveerde mening doen toekomen.

### **Bestreden arrest**

26. Ter ondersteuning van zijn beroep voor het Gerecht heeft Schlyter<sup>7</sup> drie middelen aangevoerd.

27. Het eerste middel van Schlyter was ontleend aan onjuiste rechtsopvattingen en kennelijke beoordelingsfouten bij de toepassing van artikel 4, lid 2, derde streepje, van verordening nr. 1049/2001 en artikel 6, lid 1, van verordening (EG) nr. 1367/2006 van het Europees Parlement en de Raad van 6 september 2006 betreffende de toepassing van de bepalingen van het Verdrag van Aarhus betreffende toegang tot informatie, inspraak bij besluitvorming en toegang tot de rechter inzake milieuaangelegenheden op de communautaire instellingen en organen.<sup>8</sup>

28. Het eerste middel had allereerst betrekking „op de vraag of artikel 4, lid 2, derde streepje, van verordening nr. 1049/2001, op grond waarvan de instellingen toegang tot een document weigeren wanneer openbaarmaking ervan zou leiden tot ondermijning van de bescherming van het doel van inspecties, onderzoeken en audits, van toepassing is op de betrokken uitvoerig gemotiveerde mening, die in de procedure van richtlijn 98/34 kenbaar is gemaakt. Daarnaast is tussen partijen in geding of de Commissie zich, gelet op de aard van die uitvoerig gemotiveerde mening, tijdens de ‚status-quoperiode‘ op grond van artikel 4, lid 2, derde streepje, van verordening nr. 1049/2001, uitgelegd in het licht van artikel 6, lid 1, van verordening nr. 1367/2006, kon baseren op een algemeen vermoeden dat openbaarmaking van die mening zou leiden tot ondermijning van dat doel”.<sup>9</sup>

29. Het tweede middel was ontleend aan een onjuiste rechtsopvatting, een kennelijke beoordelingsfout en een ontoereikende motivering bij de toepassing van het door artikel 4, lid 2, in fine, van verordening nr. 1049/2001 en artikel 6, lid 1, van verordening nr. 1367/2006 vereiste criterium van een hoger openbaar belang.<sup>10</sup>

30. Het derde middel was ontleend aan een onjuiste rechtsopvatting, een kennelijke beoordelingsfout en een ontoereikende motivering bij de toepassing van artikel 4, lid 6, van verordening nr. 1049/2001.<sup>11</sup>

31. Wat betreft het eerste middel, heeft het Gerecht geoordeeld dat het begrip „onderzoek” zowel betrekking had op alle onderzoekshandelingen die een bevoegde instantie verricht om een inbreuk vast te stellen als op de procedure die een administratie volgt om informatie te vergaren en bepaalde feiten te verifiëren alvorens een besluit te nemen.<sup>12</sup> Volgens het Gerecht kan de Commissie in de procedure van richtlijn 98/34 een uitvoerig gemotiveerde mening kenbaar maken waarin zij uiting geeft aan haar opvatting dat het ontwerp voor een technisch voorschrift aspecten bezit die eventueel

7 Hij werd ondersteund door de Republiek Finland en het Koninkrijk Zweden. De Commissie werd ondersteund door de Franse Republiek.

8 PB 2006, L 264, blz. 13. Zie punt 34 van het bestreden arrest.

9 Zie punt 35 van het bestreden arrest.

10 Zie punt 34 van het bestreden arrest.

11 Zie punt 34 van het bestreden arrest.

12 Zie punt 53 van het bestreden arrest.

belemmeringen kunnen opleveren voor het vrije verkeer van goederen, het vrije verkeer van diensten of de vrijheid van vestiging voor dienstverleners in het kader van de interne markt.<sup>13</sup> Echter, volgens het Gerecht maakt de uitvoerig gemotiveerde mening die de Commissie in die procedure kenbaar maakt, evenwel geen deel uit van een procedure die de administratie volgt om informatie te vergaren en bepaalde feiten te verifiëren alvorens een besluit te nemen.<sup>14</sup>

32. In de eerste plaats heeft het Gerecht geoordeeld dat het in de procedure van richtlijn 98/34 niet de taak van de Commissie is informatie te vergaren alvorens een uitvoerig gemotiveerde mening kenbaar te maken. Volgens het Gerecht moeten de lidstaten de Commissie hun ontwerpen voor technische voorschriften meedelen.<sup>15</sup>

33. In de tweede plaats verifieert de Commissie, volgens het Gerecht, weliswaar bepaalde feiten op basis van de informatie die is verstrekt door de lidstaat die het ontwerp heeft meegedeeld, maar stelt zij geen besluit vast doch maakt in voorkomend geval een niet-bindende en voorlopige mening kenbaar. Wanneer de Commissie een uitvoerig gemotiveerde mening kenbaar maakt, is dit namelijk slechts de uitkomst van haar analyse van het ontwerp voor een technisch voorschrift, als gevolg waarvan zij de opvatting is toegedaan dat het ontwerp voor een technisch voorschrift aspecten bezit die eventueel belemmeringen kunnen opleveren voor het vrije verkeer van goederen en diensten of de vrijheid van vestiging voor dienstverleners in het kader van de interne markt. Bovendien geeft die uitvoerig gemotiveerde mening niet noodzakelijkerwijs het definitieve standpunt van de Commissie weer, aangezien de betrokken lidstaat, nadat de mening kenbaar is gemaakt, de Commissie verslag doet over het gevolg dat hij voornemens is aan die mening te geven, en de Commissie haar commentaar op deze reactie geeft.<sup>16</sup>

34. Het Gerecht heeft eraan toegevoegd dat de uitvoerig gemotiveerde mening die de Commissie in de procedure van richtlijn 98/34 kenbaar maakt, evenmin de uitkomst was van onderzoekshandelingen die een bevoegde instantie verricht om een inbreuk vast te stellen.<sup>17</sup> Volgens het Gerecht is een ontwerp voor een technisch voorschrift immers naar de aard ervan een voorbereidende tekst die kan evolueren en wijzigen. Zolang dat voorschrift niet is vastgesteld, kan het geen inbreuk maken op de regels inzake het vrije verkeer van goederen, het vrije verkeer van diensten of de vrijheid van vestiging voor dienstverleners in het kader van de interne markt.<sup>18</sup> Bijgevolg heeft het Gerecht geoordeeld dat de lidstaat waaraan die uitvoerig gemotiveerde mening is gericht, zich niet aan schending van het Unierecht schuldig kan hebben gemaakt, daar het nationale technische voorschrift slechts een ontwerp is wanneer de uitvoerig gemotiveerde mening op grond van richtlijn 98/34 kenbaar wordt gemaakt.<sup>19</sup>

35. Het Gerecht heeft geoordeeld dat het feit dat volgens richtlijn 98/34 zowel de Commissie als de andere lidstaten een uitvoerig gemotiveerde mening kenbaar kunnen maken over het ontwerp voor een technisch voorschrift van de lidstaat die dat ontwerp heeft meegedeeld, bevestigt dat wanneer de Commissie een uitvoerig gemotiveerde mening kenbaar maakt, zij aldus geen onderzoekshandeling verrichtte teneinde een inbreuk vast te stellen, omdat de lidstaten enkel melding kunnen maken van schending van de Unieregels door een andere lidstaat, maar geen met redenen omkleed advies kunnen uitbrengen zoals dat waarin de Commissie formeel verklaart dat sprake is van een inbreuk. Volgens het Gerecht wordt met de uitvoerig gemotiveerde mening, ongeacht of die door de Commissie of door een

13 Zie punt 54 van het bestreden arrest.

14 Zie punt 55 van het bestreden arrest.

15 Zie de punten 56 en 57 van het bestreden arrest.

16 Zie punt 58 van het bestreden arrest.

17 Zie punt 59 van het bestreden arrest.

18 Zie punt 60 van het bestreden arrest.

19 Zie punt 61 van het bestreden arrest.

lidstaat kenbaar wordt gemaakt, louter melding gemaakt van een potentiële strijdigheid van een ontwerp voor een technisch voorschrift met het Unierecht inzake het vrije verkeer van goederen, het vrije verkeer van diensten of de vrijheid van vestiging voor dienstverleners in het kader van de interne markt.<sup>20</sup>

36. Het Gerecht heeft geoordeeld dat de uitvoerig gemotiveerde mening die de Commissie in de procedure van richtlijn 98/34 kenbaar heeft gemaakt, geen deel uitmaakte van een onderzoek. Zij vormde immers geen besluit waarbij een inbreuk werd vastgesteld, aangezien het ging om een eerste, voorlopig en raadgevend standpunt van de Commissie op basis van de analyse van een meegedeeld ontwerp voor een technisch voorschrift, dat de lidstaat die dat ontwerp heeft meegedeeld, aldus de mogelijkheid biedt, het ontwerp vóór de vaststelling ervan te wijzigen.<sup>21</sup>

37. Het Gerecht heeft beslist dat de niet-nakomingsprocedure een klassiek voorbeeld was van een controle achteraf, die erin bestaat nationale maatregelen te toetsen zodra zij door de lidstaten zijn vastgesteld, en dient om de naleving van de rechtsorde te herstellen. Hoewel ook in de precontentieuze fase van de niet-nakomingsprocedure is voorzien in een dialoog tussen de Commissie en de betrokken lidstaat, bestaat volgens hem echter het doel erin een minnelijke schikking te vinden voor een geschil tussen de Commissie en de betrokken lidstaat of, bij gebreke daarvan, de zaak eventueel bij het Hof aanhangig te maken wegens onverenigbaarheden van een in werking getreden nationale maatregel die rechtsgevolgen heeft op de interne markt.<sup>22</sup>

38. In dit verband vormt de uitvoerig gemotiveerde mening die de Commissie in de procedure van richtlijn 98/34 kenbaar maakt, geen ingebrekestelling aangezien er in deze fase van die procedure formeel gesproken geen enkel geschil bestaat tussen de Commissie en de betrokken lidstaat.<sup>23</sup>

39. Subsidiair heeft het Gerecht geoordeeld dat, zelfs in het geval de uitvoerig gemotiveerde mening deel uitmaakte van een onderzoek als bedoeld in artikel 4, lid 2, derde streepje, van verordening nr. 1049/2001, de in die bepaling neergelegde uitzondering niet strekte tot bescherming van onderzoeken als zodanig, maar van het doel van die onderzoeken.<sup>24</sup> In dit opzicht zou openbaarmaking tijdens de „status-quoperiode” van een uitvoerig gemotiveerde mening die de Commissie in de procedure van richtlijn 98/34 kenbaar heeft gemaakt, niet noodzakelijkerwijs afbreuk doen aan het doel van die procedure. Volgens het Gerecht vormt openbaarmaking door de Commissie van haar uitvoerig gemotiveerde mening volgens welke aspecten van het ontwerp voor een technisch voorschrift eventueel belemmeringen kunnen opleveren voor het vrije verkeer van goederen, het vrije verkeer van diensten of de vrijheid van vestiging voor dienstverleners in het kader van de interne markt, geen gevaar voor het doel dat ertoe strekt dat nationale technische voorschriften in overeenstemming zijn met het Unierecht. Deze openbaarmaking zal, volgens het Gerecht, door de betrokken lidstaat daarentegen worden opgevat als een extra aansporing om zich ervan te vergewissen dat zijn technisch voorschrift verenigbaar is met de Unieregels inzake die fundamentele vrijheden.<sup>25</sup>

40. Bijgevolg heeft het Gerecht het litigieuze besluit nietig verklaard voor zover daarbij op grond van artikel 4, lid 2, derde streepje, van verordening nr. 1049/2001 toegang is geweigerd tot de betrokken uitvoerig gemotiveerde mening<sup>26</sup> en geoordeeld dat geen uitspraak meer behoefde te worden gedaan over de vraag of de Commissie zich, gelet op de aard van de betrokken uitvoerig gemotiveerde

<sup>20</sup> Zie punt 62 van het bestreden arrest.

<sup>21</sup> Zie punt 63 van het bestreden arrest.

<sup>22</sup> Zie punt 79 van het bestreden arrest.

<sup>23</sup> Zie punt 80 van het bestreden arrest.

<sup>24</sup> Zie punt 84 van het bestreden arrest.

<sup>25</sup> Zie punt 87 van het bestreden arrest.

<sup>26</sup> Zie punt 89 van het bestreden arrest.



mening, tijdens de „status-quoperiode” kon baseren op een algemeen vermoeden dat openbaarmaking van die mening zou leiden tot ondermijning van het doel van onderzoeken.<sup>27</sup> Daarenboven heeft het Gerecht geoordeeld dat geen uitspraak meer behoefde te worden gedaan over Schlyters tweede en derde middel.<sup>28</sup>

### **Procedure bij het Hof**

41. Bij brief van de president van het Hof van 29 oktober 2015 is de Tsjechische Republiek toegelaten tot interventie aan de zijde van de Franse Republiek.

42. Schriftelijke opmerkingen zijn ingediend door Schlyter, de Franse Republiek, de Tsjechische Republiek, de Republiek Finland, het Koninkrijk Zweden en de Commissie. Ter terechtzitting van 8 februari 2017 zijn mondelinge opmerkingen gemaakt door diezelfde partijen, met uitzondering van de Tsjechische Republiek.

### **Hogere voorziening**

43. De Franse Republiek voert één enkel middel aan ter ondersteuning van haar hogere voorziening. Met dit enige middel stelt zij zich op het standpunt dat het Gerecht op meerdere punten blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting met betrekking tot de uitlegging van artikel 4, lid 2, derde streepje, van verordening nr.1049/2001.

44. Dit enige middel bestaat uit twee onderdelen.

45. In de eerste plaats is de Franse Republiek van mening dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat de procedure van richtlijn 98/34 niet kon worden aangemerkt als een onderzoek in de zin van artikel 4, lid 2, derde streepje, van verordening nr. 1049/2001.

46. In de tweede plaats is de Franse Republiek van mening dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door subsidiair te oordelen dat, zelfs in het geval de uitvoerig gemotiveerde mening van de Commissie deel uitmaakte van een onderzoek in de zin artikel 4, lid 2, derde streepje, van verordening nr. 1049/2001, openbaarmaking van dit document niet noodzakelijkerwijs afbreuk zou doen aan het doel van de procedure van richtlijn 98/34.

<sup>27</sup> Zie punt 90 van het bestreden arrest.

<sup>28</sup> Zie punt 90 van het bestreden arrest.

## Analyse

### Eerste onderdeel van het enige middel en bestaan van „onderzoek”

#### *Opmerkingen van partijen*

##### *– Franse Republiek*

47. De Franse Republiek is in de eerste plaats van mening dat de wijze waarop het begrip „onderzoek” in het bestreden arrest wordt gedefinieerd niet is gestoeld op enige definitie uit verordening nr. 1049/2001, richtlijn 98/34 of de rechtspraak. Zij merkt op dat het Hof tot nu toe geen algemene definitie heeft gegeven van het begrip onderzoek in de zin van artikel 4, lid 2, derde streepje, van verordening nr. 1049/2001. Volgens de Franse Republiek blijkt uit het arrest van 16 juli 2015, ClientEarth/Commissie (C-612/13 P, EU:C:2015:486), dat het Hof de kwalificatie van het „doel” van onderzoeken als bedoeld in artikel 4, lid 2, derde streepje, van verordening nr. 1049/2001, niet wenste af te bakenen met formele voorwaarden. Zodoende verzet dit arrest zich tegen de zeer restrictieve uitlegging die het Gerecht in punt 53 van het bestreden arrest heeft gegeven aan de definitie van het begrip „onderzoek”.

48. De Franse Republiek is in de tweede plaats van mening dat de definitie van het begrip „onderzoek” in het bestreden arrest incoherent is met de oplossing die het Gerecht heeft gekozen in het arrest van 25 september 2014, Spirlea/Commissie (T-306/12, EU:T:2014:816). Hoewel het Gerecht in dit laatste arrest heeft vastgesteld dat partijen het erover eens waren dat de EU-pilot-procedure kon worden aangemerkt als een onderzoek in de zin van artikel 4, lid 2, derde streepje, van verordening nr. 1049/2001, heeft het Gerecht deze procedure, volgens de Franse Republiek, toch onderzocht om te bepalen of die inderdaad aan deze kwalificatie beantwoordde.

49. De Franse Republiek merkt op dat het Gerecht in het arrest van 25 september 2014, Spirlea/Commissie (T-306/12, EU:T:2014:816), heeft geoordeeld dat een procedure kan worden „gekwalificeerd als onderzoek” wanneer de Commissie verzoeken om inlichtingen en informatie tot de betrokken lidstaat richt, vervolgens de verkregen antwoorden onderzoekt en ten slotte haar gevolgtrekkingen, zij het in voorlopige vorm, uiteenzet. Bijgevolg zou het Gerecht in het arrest van 25 september 2014, Spirlea/Commissie (T-306/12, EU:T:2014:816), anders dan in het bestreden arrest, niet de voorwaarde hebben gesteld dat de betrokken procedure ziet op de vaststelling van een inbreuk of dat zij leidt tot het nemen van een definitieve beslissing, om als „onderzoek” te worden gekwalificeerd.

50. De Franse Republiek is van mening dat de doelen en het verloop van de EU-pilot-procedure grote overeenkomsten vertonen met de doelen en het verloop van de procedure in richtlijn 98/34. Zij benadrukt dat de EU-pilot-procedure, die de Commissie en de lidstaten op vrijwillige basis in het leven hebben geroepen, erop gericht is te controleren of het Unierecht correct wordt nageleefd en toegepast binnen de lidstaten, waarna de Commissie eventueel een niet-nakomingsprocedure kan inleiden.

51. Volgens de Franse Republiek is de procedure van richtlijn 98/34, net als de EU-pilot-procedure, een dialoogprocedure tussen de Commissie en de lidstaat. Zij merkt op dat de Commissie tijdens de procedure van richtlijn 98/34 de lidstaat om inlichtingen en informatie verzoekt, deze vervolgens onderzoekt om, in voorkomend geval, haar standpunt kenbaar te maken met betrekking tot de verenigbaarheid van het ontwerp voor een technisch voorschrift met het Unierecht door middel van de uitvoerig gemotiveerde mening als bedoeld in artikel 9, lid 2, van richtlijn 98/34. De Franse

Republiek merkt ook op dat uit de richtsnoeren betreffende de EU-pilot, die de Commissie in november 2014 heeft opgesteld ten behoeve van de lidstaten, blijkt dat deze procedure niet kan worden gevoerd als het gaat om een tekst die is vastgesteld na de voltooiing van een procedure van richtlijn 98/34.

52. De Franse Republiek is in de derde plaats van mening dat, in het geval het Hof de definitie van het begrip „onderzoek” uit het bestreden arrest overneemt, de procedure van richtlijn 98/34, gelet op de doelen en het verloop ervan, in ieder geval aan deze definitie voldoet.

53. De Franse Republiek is van mening dat het Gerecht, door de rol van de Commissie in het kader van de procedure van richtlijn 98/34 te reduceren tot de enkele passieve ontvangst van de mededeling van de lidstaat, voorbij is gegaan aan het doel, het verloop en de evenwichtigheid ervan.

54. Volgens de Franse Republiek is de dialoog in het kader van de procedure van richtlijn 98/34 bedoeld om standpunten toe te lichten, te wijzigen of te nuanceren alsmede om een minnelijke schikking te vinden voor een geschil tussen de Commissie en de lidstaat met betrekking tot de juiste toepassing van het Unierecht. Zij betoogt dat deze procedure tot doel heeft om de ontwerpen voor een nationaal technisch voorschrift in overeenstemming te brengen met de regels betreffende de interne markt, zelfs al kan de procedure niet leiden tot de vaststelling van een inbreuk op het Unierecht, aangezien het betrokken nationale technische voorschrift op het moment van de controle niet van kracht is. Volgens de Franse Republiek voert de Commissie tijdens deze procedure een preventieve controle uit teneinde het vrije verkeer van goederen te beschermen. De Commissie zou in dit kader vaak genoodzaakt zijn om feiten te verzamelen, informatie te verifiëren en gedetailleerde vragen te stellen met betrekking tot het ontwerp voor een nationaal technisch voorschrift, zodat zij informatie kan verzamelen met het oog op de eventuele vaststelling van een inbreuk.

55. Daarenboven is de Franse Republiek het niet eens met de bewering, in punt 58 van het bestreden arrest, dat de Commissie slechts een niet-bindende en voorlopige mening kenbaar maakt. Zij is daarentegen van mening dat het kenbaar maken van een uitvoerig gemotiveerde mening moet worden aangemerkt als een beslissing die de Commissie neemt op basis van het onderzoek dat zij heeft verricht naar het ontwerp van het nationale technische voorschrift en naar de handelsbelemmeringen tussen de lidstaten waartoe dit voorschrift kan leiden. Zij voegt eraan toe dat een dergelijke mening, waardoor de aanvankelijke „status-quo-periode” wordt verlengd, bindend zou zijn voor de lidstaat.

56. De Franse Republiek merkt voorts op dat de Commissie na afloop van de procedure van richtlijn 98/34 moet beslissen of zij gebruikmaakt van de mogelijkheid om een niet-nakomingsprocedure in te stellen.

– *Schlyter*

57. Schlyter is van mening dat de drie argumenten van de Franse Republiek niet-ontvankelijk en/of ongegrond moeten worden verklaard.

58. Hij is van mening dat, ten eerste, het aan het Gerecht staat om de litigieuze juridische begrippen nader te bepalen en verder te ontwikkelen, ten tweede, het Gerecht niet is afgeweken van haar eerdere standpunt, ervan uitgaande dat de EU-pilot-procedure niet vergelijkbaar is met die van richtlijn 98/34 waardoor een verschillende behandeling mogelijk is, en ten derde, de procedure van richtlijn 98/34 niet kan worden aangemerkt als een onderzoek vanwege het ontbreken van een mandaat dat de Commissie de bevoegdheid geeft om actief informatie te vergaren.

59. Schlyter is van mening dat, in de eerste plaats, het Gerecht gerechtigd was om het begrip „onderzoek” in het bestreden arrest nader te omschrijven aangezien het meningsverschil over dit begrip de kern van het geschil betrof. Hij merkt op dat het Gerecht „het begrip ‚onderzoek’ heeft onderzocht zoals dat is toegepast in eerdere arresten die betrekking hadden op niet-nakomingsprocedures en staatssteunprocedures teneinde de kenmerken van het begrip ‚onderzoek’ vast te stellen op grond van deze rechtspraak, hetgeen het Gerecht tegelijkertijd in staat stelde onderscheid te maken tussen deze eerdere arresten en de onderhavige zaak (met andere woorden, de arresten betreffende niet-nakomingsprocedures en staatssteunprocedures hadden betrekking op onderzoeken, terwijl de onderhavige zaak, die een procedure op grond van richtlijn 98/34 betreft, geen deel uitmaakt van een onderzoek)”.<sup>29</sup>

60. Schlyter is van mening dat, in de tweede plaats, de opmerking van de Franse Republiek volgens welke de toepassing van het begrip „onderzoek” in het bestreden arrest incoherent zou zijn met de oplossing die het Gerecht heeft gekozen in het arrest van 25 september 2014, Spirlea/Commissie (T-306/12, EU:T:2014:816), waarin het Gerecht heeft geoordeeld dat de EU-pilot-procedure moest worden aangemerkt als een onderzoek in de zin van artikel 4, lid 2, derde streepje, van verordening nr. 1049/2001, niet-ontvankelijk is. Schlyter beschouwt deze opmerking als een nieuw middel dat voor het Gerecht had kunnen worden aangevoerd – ondanks het feit dat het arrest van 25 september 2014, Spirlea/Commissie (T-306/12, EU:T:2014:816), is gewezen na het bestreden arrest – aangezien de partijen in deze zaak niet hadden betwist dat het ging om een onderzoek en de sinds 2008 van toepassing zijnde EU-pilot-procedure al was gevolgd. Bijgevolg hadden deze vergelijking en het door de Franse Republiek aangevoerde argument aan het Gerecht kunnen worden voorgelegd.

61. Daarenboven is Schlyter van mening dat deze opmerking van de Franse Republiek niet ter zake dienend is, omdat zelfs als een dergelijke incoherentie tussen het arrest van 25 september 2014, Spirlea/Commissie (T-306/12, EU:T:2014:816), en het bestreden arrest zou bestaan, hetgeen niet het geval is, dat niet kan worden beschouwd als een toereikend middel. Schlyter betoogt dat dit argument, in ieder geval, ook ongegrond is, omdat, anders dan de Franse Republiek beweert, de EU-pilot-procedure [die door het Gerecht in het arrest van 25 september 2014, Spirlea/Commissie (T-306/12, EU:T:2014:816), is aangemerkt als een „onderzoek”], niet vergelijkbaar is met de procedure van richtlijn 98/34, die, vanwege die verschillende kenmerken, niet kan worden aangemerkt als een „onderzoek”. Er is derhalve geen sprake van incoherentie tussen de verschillende arresten van het Gerecht.

62. Schlyter benadrukt dat de Commissie in de procedure van richtlijn 98/34, anders dan het geval is in de EU-pilot-procedure, niet actief informatie vergaart, maar een mededeling van een lidstaat ontvangt die gewoonlijk al alle informatie en documenten moet bevatten die de Commissie nodig heeft om de verenigbaarheid van het medegedeelde technische voorschrift met het Unierecht te beoordelen. Hij voegt eraan toe dat de Commissie achteraf vragen kan stellen aan de betrokken lidstaat, maar dat zij niet over de bevoegdheid beschikt om informatie te verzamelen bij burgers en ondernemingen. Vóór de vaststelling van een uitvoerig gemotiveerde mening is er over het algemeen nauwelijks sprake van een dialoog met de lidstaat.

63. Schlyter is van mening dat, anders dan bij de EU-pilot-procedure waarbij in beginsel sprake is van een vermeende inbreuk, de kans dat er een niet-nakomingsprocedure volgt op de procedure van de artikelen 8 en 9 van richtlijn 98/34 klein is. In de eerste plaats is volgens Schlyter de procedure van richtlijn 98/34 neutraal en automatisch en vloeit die voort uit de uitwerking van een ontwerp voor een nationale maatregel die onder de werkingssfeer van de richtlijn valt, waarbij een eventuele inbreuk niet aan de orde is. In de tweede plaats is Schlyter van mening dat een uitvoerig gemotiveerde mening niet kan leiden tot een niet-nakomingsprocedure, aangezien er geen sprake is van een inbreuk en het niet zeker is dat er een risico op inbreuk bestaat.

<sup>29</sup> Zie punt 8 van de memorie van antwoord van Schlyter.

64. Schlyter is in de derde plaats van mening dat de Franse Republiek ten onrechte beweert dat het Gerecht, in het bestreden arrest, de rol van de Commissie heeft gereduceerd tot de enkele passieve ontvangst van informatie.<sup>30</sup> Deze beperking en deze passieve rol staan in de richtlijn zelf vermeld, waardoor de nadruk komt te liggen op de rol die de door de lidstaat verstrekte informatie speelt. Volgens Schlyter zijn de beweringen van de Franse Republiek, dat, om na te gaan of een ontwerp voor een technisch voorschrift al dan niet verenigbaar is met de regels van de interne markt, de Commissie „vaak genoodzaakt is om feiten te verzamelen”<sup>31</sup>, ongegrond. Hij is van mening dat daarbij een feitelijke constatering ter discussie wordt gesteld die niet kan worden onderzocht in het kader van een hogere voorziening. Dit argument zou dus niet-ontvankelijk zijn. Daarenboven is dit argument van de Franse Republiek volgens Schlyter onjuist, omdat op grond van de richtlijn geen enkel nader verzoek om wezenlijke informatie van de Commissie is vereist en deze informatie evenmin een goed inzicht in de aard van de procedure van richtlijn 98/34 kan geven. Hij merkt op dat de Commissie, anders dan het geval is in de EU-pilot-procedure, niet bevoegd is om contact op te nemen met derden om aanvullende informatie te verzamelen. Schlyter voegt eraan toe dat de uitvoerig gemotiveerde mening geen bindend besluit is.

65. Hij merkt op dat niets in het arrest van 16 juli 2015, ClientEarth/Commissie (C-612/13 P, EU:C:2015:486), erop wijst dat het begrip „onderzoek” niet „limitatief” mag worden uitgelegd. Daarenboven volgt uit dit arrest, volgens Schlyter, evenmin dat iedere maatregel die samenhangt met de taak van de Commissie als hoedster van de Verdragen, kan worden aangemerkt als een onderzoek.

#### – *Commissie*

66. De Commissie is van mening dat de definitie van „onderzoek” in punt 53 van het bestreden arrest onnodig restrictief is en schending oplevert van artikel 4, lid 2, derde streepje, van verordening nr. 1049/2001. Zij merkt op dat deze definitie een reeks formele vereisten in het leven roept die niet kunnen worden afgeleid uit het enkele begrip „onderzoek” en dat het begrip „onderzoek” er geenszins op wijst dat het zich beperkt tot procedures die gericht zijn op het vaststellen van een „inbreuk” of een „besluit”. De Commissie benadrukt dat die procedure, anders dan het Gerecht heeft verklaard met betrekking tot de procedure van richtlijn 98/34, een formeel geheel is van fasen en van dialogen met de lidstaten en niet een eenvoudige niet-bindende procedure. Volgens de Commissie is de betrokken lidstaat op grond van artikel 9, lid 2, van richtlijn 98/34, gehouden de goedkeuring van het ontwerp voor een technisch voorschrift met zes maanden uit te stellen wanneer een uitvoerig gemotiveerde mening kenbaar is gemaakt en de Commissie verslag te doen over het gevolg dat hij voornemens is aan de uitvoerig gemotiveerde mening te geven. In dit opzicht zou de uitvoerig gemotiveerde mening dus een bindende verplichting opleggen. De Commissie is van mening dat een uitvoerig gemotiveerde mening niet kan worden beschouwd als een voorlopige mening van deze instelling. Op grond van richtlijn 98/34 zou het gaan om een officiële maatregel die de Commissie kan nemen ten aanzien van een ontwerp voor een technisch voorschrift. De uitvoerig gemotiveerde mening is dus het juridische standpunt van de Commissie in het kader van de procedure van richtlijn 98/34.

67. Het feit dat de Commissie niet actief informatie verzamelt maar die van de lidstaten ontvangt, is duidelijk niet relevant. De Commissie is van mening dat het Gerecht te veel belang hecht aan het feit dat het bij de procedure van richtlijn 98/34 gaat om een controle vooraf van de voorgenomen technische voorschriften en niet om een controle achteraf van deze voorschriften. Volgens de Commissie betekent het preventieve karakter van de procedure van richtlijn 98/34 niet dat het geen onderzoek betreft.

<sup>30</sup> Zie punt 53 van de onderhavige conclusie.

<sup>31</sup> Zie punt 54 van de onderhavige conclusie.

68. De Commissie voegt eraan toe dat de dialoog en de manier waarop zij informatie verzamelt op grond van de artikelen 8 en 9 van richtlijn 98/34 „zeker van informele aard [zijn], maar daadwerkelijk plaatsvind[en] en in feite identiek [zijn] aan de dialoog die plaatsvindt tussen een lidstaat en de Commissie tijdens de ‚EU-pilot-procedure’ of de precontentieuze fase van een niet-nakomingsprocedure, die is aangemerkt als een onderzoek”.<sup>32</sup>

#### – *Tsjechische Republiek*

69. De Tsjechische Republiek ondersteunt de door de Franse Republiek in haar hogere voorziening en door de Commissie in haar memorie van antwoord aangevoerde argumenten. Zij is van mening dat het uitsluiten van de toepasselijkheid van artikel 4, lid 2, derde streepje, van verordening nr. 1049/2001 in een (lopende) procedure op grond van richtlijn 98/34, de rechtspraak van het Hof met betrekking tot de procedures op grond van artikel 258 VWEU haar nuttige werking ontnemt.<sup>33</sup>

#### – *Republiek Finland*

70. De Republiek Finland is van mening dat het Gerecht geen blijk heeft gegeven van een onjuist rechtsopvatting door te oordelen dat de procedure van richtlijn 98/34 niet moet worden aangemerkt als een onderzoek in de zin van artikel 4, lid 2, derde streepje, van verordening nr. 1049/2001. Zij benadrukt dat deze verordening ertoe strekt het publiek een zo ruim mogelijk recht van toegang tot de documenten van de instellingen te verlenen en dat de in artikel 4 van deze verordening genoemde uitzonderingen op de algemene regel, strikt moeten worden uitgelegd.

71. Zij betwist het standpunt van de Franse Republiek dat luidt dat iedere activiteit die verband houdt met de bescherming van de fundamentele vrijheden en op de goede werking van de interne markt, betrekking zou hebben op een onderzoek in de zin van deze bepaling. Zo zou de openbaarmaking van documenten in het kader van de procedure van richtlijn 98/34 geenszins een belemmering vormen voor de Commissie om de taak uit te oefenen die haar is toebedeeld, namelijk die van hoedster van de Verdragen, een taak die niet in verband zou staan met de definitie van „onderzoek” overeenkomstig verordening nr. 1049/2001.<sup>34</sup>

72. De Republiek Finland herinnert eraan dat de procedure van richtlijn 98/34 een samenwerkingsinstrument is dat is bedoeld om preventief invloed uit te oefenen op de nationale wetgevende procedure<sup>35</sup> en dat, aangezien de maatregel die uiteindelijk door de lidstaat wordt vastgesteld aanzienlijk kan verschillen van het oorspronkelijke ontwerp, de Commissie, om te beoordelen of een beroep wegens niet-nakoming dient te worden ingesteld, nieuwe informatie nodig heeft over de nationale regeling.<sup>36</sup> De procedure van richtlijn 98/34 ziet dus niet op een situatie die als

<sup>32</sup> De Commissie merkt op dat „het in het kader van richtlijn 98/34 duidelijk is dat de verschillende fasen van de procedure (opmerkingen, uitvoerig gemotiveerde mening, verplichting om deze in overweging te nemen en verslag uit te brengen, verdere opmerkingen van de Commissie) vaak een dialoog met zich zullen meebrengen, in het kader waarvan de Commissie om informatie en nadere toelichting kan verzoeken, die door de betrokken lidstaat zullen worden gegeven op grond van het beginsel van loyale samenwerking”.

<sup>33</sup> De Tsjechische Republiek en de Commissie verwijzen naar punt 63 van het arrest van 14 november 2013, LPN en Finland/Commissie (C-514/11 P en C-605/11 P, EU:C:2013:738), waarin het Hof heeft geoordeeld dat „[o]penbaarmaking van de documenten van een niet-nakomingsprocedure in de precontentieuze fase ervan [...] de aard en het verloop van deze procedure [kan] wijzigen, daar het in die omstandigheden nog moeilijker kan blijken onderhandelingen aan te knopen en een schikking tussen de Commissie en de betrokken lidstaat tot beëindiging van een verweten niet-nakoming te treffen zodat het Unierecht kan worden nageleefd en een beroep in rechte vermeden.”

<sup>34</sup> De Republiek Finland verwijst naar de conclusie van advocaat-generaal Cruz Villalón in de zaken ClientEarth/Commissie en ClientEarth en PAN Europa/EFSA (C-612/13 P en C-615/13 P, EU:C:2015:219, punt 43).

<sup>35</sup> Zie arrest van 10 juli 2014, Ivansson e.a. (C-307/13, EU:C:2014:2058, punt 41 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

<sup>36</sup> Zie beschikking van 13 september 2000, Commissie/Nederland (C-341/97, EU:C:2000:434, punten 17-21), waarin het Hof heeft geoordeeld dat de procedure tot wijziging van technische voorschriften niet overeenkomt met een niet-nakomingsprocedure.

zodanig kan leiden tot een niet-nakomingsprocedure.<sup>37</sup> Zij merkt op dat de procedures die vallen onder artikel 4, lid 2, derde streepje, van verordening nr. 1049/2001 een verdergaande controle vormen die tot doel heeft na te gaan of de lidstaten het Unierecht hebben nageleefd en correct hebben toegepast.

73. Volgens de Republiek Finland onderscheidt de procedure van richtlijn 98/34 zich ook van de niet-nakomingsprocedure en de EU-pilot-procedure doordat het de lidstaat is die de in richtlijn 98/34 bedoelde informatie aan de Commissie moet verstrekken, terwijl de uitwisseling van informatie in de andere twee procedures plaatsvindt op initiatief van de Commissie.

74. Wat betreft de in punt 53 van het bestreden arrest gegeven definitie van onderzoek, is zij van mening dat die niet in strijd is met de punten 61 en 62 van het arrest van 16 juli 2015, ClientEarth/Commissie (C-612/13 P, EU:C:2015:486).

#### *– Koninkrijk Zweden*

75. Het Koninkrijk Zweden is van mening dat het bestreden arrest gegrond is en dat de door de Franse Republiek hiertegen ingebrachte opmerkingen berusten op een onjuiste uitlegging van artikel 4, lid 2, derde streepje, van verordening nr. 1049/2001.

76. Volgens het Koninkrijk Zweden is het beginsel van een zo groot mogelijke openheid, zoals neergelegd in artikel 1 VEU, artikel 15 VWEU en artikel 42 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, ook terug te vinden in richtlijn 98/34. Zich baserend op punt 37 van het bestreden arrest en op de in richtlijn 98/34 bedoelde preventieve controle, betoogt het Koninkrijk Zweden dat het doel van de richtlijn erin bestaat te voorkomen dat een onderzoek in de zin van artikel 4, lid 2, derde streepje, van verordening nr. 1049/2001 moet worden ingesteld.

77. Het Koninkrijk Zweden herinnert eraan dat het Hof in het arrest van 16 juli 2015, ClientEarth/Commissie (C-612/13 P, EU:C:2015:486), heeft geoordeeld dat de betrokken studies een van de instrumenten van de Commissie vormden in het kader van de krachtens artikel 17, lid 1, VEU op haar rustende verplichting toe te zien op de toepassing van het Unierecht, teneinde mogelijke niet-nakoming door de lidstaten van hun verplichting om de betrokken richtlijnen uit te voeren te ontdekken. Het Koninkrijk Zweden beweert ook dat het Hof heeft geoordeeld dat deze studies derhalve onder het begrip „onderzoek” in de zin van artikel 4, lid 2, derde streepje, van verordening nr. 1049/2001 vielen.

78. Volgens het Koninkrijk Zweden is een uitvoerig gemotiveerde mening die kenbaar is gemaakt in het kader van de procedure van richtlijn 98/34 niet vergelijkbaar met een studie zoals die waar het om ging in de zaak die heeft geleid tot het arrest van 16 juli 2015, ClientEarth/Commissie (C-612/13 P, EU:C:2015:486), gezien hun verschil in inhoud en doel. Het Koninkrijk Zweden voegt eraan toe dat, aangezien dit arrest geen algemene definitie van het begrip „onderzoek” geeft, het arrest in casu niet direct relevant is.

79. Wat betreft de vermeende analogie tussen de procedure van richtlijn 98/34 en de EU-pilot-procedure, is het Koninkrijk Zweden van mening dat er inderdaad bepaalde overeenkomsten tussen beide bestaan, maar dat deze overeenkomsten niet betekenen dat deze twee procedures kunnen worden beschouwd als een onderzoek, maar wel dat zij zich beide onderscheiden van de niet-nakomingsprocedure van artikel 258 VWEU.

<sup>37</sup> Zij verwijst in dit opzicht naar de punten 80 en 81 van het bestreden arrest.

80. Het Koninkrijk Zweden is van mening dat de Franse Republiek ten onrechte beweert dat er grote overeenkomsten bestaan tussen de procedure van richtlijn 98/34 en de niet-nakomingsprocedure. Het Koninkrijk Zweden is van mening dat het oordeel van het Gerecht in punt 63 van het bestreden arrest gegrond is en dat dit oordeel wordt bevestigd door het arrest van 16 juli 2015, *ClientEarth/Commissie* (C-612/13 P, EU:C:2015:486).

81. Het Koninkrijk Zweden beweert ook dat de Franse Republiek ten onrechte meent dat, in het geval waarin het Hof de in het bestreden arrest gegeven definitie van het begrip „onderzoek” zou bevestigen, deze definitie van toepassing zou zijn op de procedure van richtlijn 98/34. Het Koninkrijk Zweden herinnert eraan dat, enerzijds, richtlijn 98/34 niet voorziet in verplichtingen voor de lidstaten om op verzoek van de Commissie aanvullende informatie te verschaffen en zij ook niet voorziet in een grondslag die de Commissie het recht geeft om dergelijke informatie op te eisen. Bijgevolg zou het Gerecht geen blijk hebben gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat het niet aan de Commissie staat om in het kader van de procedure van richtlijn 98/34 informatie te verzamelen alvorens een uitgebreid gemotiveerde mening kenbaar te maken. Anderzijds, is het volgens het Koninkrijk Zweden, gezien het feit dat de betrokken lidstaat, na de uitgebreid gemotiveerde mening te hebben ontvangen, de Commissie op de hoogte moet stellen van de maatregelen die hij voornemens is te nemen naar aanleiding van deze mening en dat de Commissie over deze maatregelen een standpunt moet innemen, voor de Commissie onmogelijk om door middel van deze mening een definitief standpunt in te nemen over de vraag of het Unierecht is geschonden.

### **Ontvankelijkheid**

82. Wat betreft de eerste door Schlyter aangevoerde exceptie van niet-ontvankelijkheid<sup>38</sup>, dient te worden opgemerkt dat uit punt 52 van het bestreden arrest blijkt dat de Franse Republiek voor het Gerecht heeft aangevoerd dat „de procedure van richtlijn 98/34 moet worden aangemerkt als een onderzoek” en dat „het kenbaar maken door de Commissie van een uitvoerig gemotiveerde mening in die procedure deel uitmaakt van een onderzoek als bedoeld in artikel 4, lid 2, derde streepje, van verordening nr. 1049/2001”.

83. De opmerkingen van de Franse Republiek die in het kader van de onderhavige hogere voorziening betrekking hebben op de incoherentie tussen het bestreden arrest en het arrest van het Gerecht van 25 september 2014, *Spirlea/Commissie* (T-306/12, EU:T:2014:816)<sup>39</sup>, zijn erop gericht aan te tonen dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te weigeren om de procedure van richtlijn 98/34 aan te merken als „onderzoek” in de zin van artikel 4, lid 2, derde streepje, van verordening nr. 1049/2001.

84. De Franse Republiek baseert zich immers op het arrest van het Gerecht van 25 september 2014, *Spirlea/Commissie* (T-306/12, EU:T:2014:816), dat van latere datum is dan het bestreden arrest dat is gewezen op 16 april 2015, ter aanvulling en bekrachtiging van haar argument, dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting in zijn juridische kwalificatie van de uitgebreid gemotiveerde mening zoals bedoeld in artikel 9, lid 2, van richtlijn 98/34 door te oordelen dat deze mening niet kan worden beschouwd als een onderzoek in de zin van artikel 4, lid 2, derde streepje, van verordening nr. 1049/2001.

85. Hieruit volgt dat de Franse Republiek geen nieuw middel heeft aangevoerd. Bijgevolg moet de exceptie van niet-ontvankelijkheid worden verworpen.

<sup>38</sup> Zie punt 60 van de onderhavige conclusie.

<sup>39</sup> Zie de punten 48 en 49 van de onderhavige conclusie.



86. Wat betreft de tweede exceptie van niet-ontvankelijkheid van Schlyter<sup>40</sup>, blijkt uit punt 56 van het bestreden arrest dat het Gerecht heeft geoordeeld dat „het in de procedure van richtlijn 98/34 niet de taak van de Commissie [was] informatie te vergaren alvorens een uitvoerig gemotiveerde mening kenbaar te maken”. Mijns inziens heeft deze precisering strikt gezien betrekking op de tekst van de artikelen 8 en 9 van richtlijn 98/34 en heeft het Gerecht, in dit verband, dus geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

87. De Franse Republiek voert echter aan dat de Commissie, die in verband met de bescherming van het vrije verkeer van goederen belast is met een preventieve controle, vaak genoodzaakt is om „feiten te verzamelen”.<sup>41</sup> In punt 31 van haar memorie van repliek brengt de Franse Republiek echter in herinnering „dat haar middel geen betrekking heeft op het verloop van de procedure van richtlijn 98/34 die heeft geleid tot het besluit dat Schlyter voor het Gerecht heeft bestreden, maar dat dit middel betrekking heeft op de kwalificatie van de procedure van richtlijn 98/34 als onderzoek in de zin van artikel 4, lid 2, derde streepje, van verordening nr. 1049/2001”. Het ging dus, volgens haar, wel degelijk om een rechtsvraag.

88. Schlyter merkt daarentegen op dat „noch de richtlijn *noch de praktijk*”<sup>42</sup>, zoals die blijkt uit de door de Franse Republiek gedane mededeling van haar ontwerp voor een maatregel, aantonen dat de Commissie een actieve rol speelt”.

89. Vastgesteld moet worden dat dit verschil van mening over de concrete praktijk van de Commissie niets afdoet aan het oordeel van het Gerecht in punt 56 van het bestreden arrest dat gebaseerd is op de tekst van richtlijn 98/34 zelf.

## Ten gronde

### *Inleidende opmerkingen*

90. Het is vaste rechtspraak dat verordening nr. 1049/2001 tot doel heeft het recht van toegang van het publiek tot documenten van de instellingen van de Unie maximaal zijn beslag te geven.<sup>43</sup>

91. Aan dat recht worden niettemin bepaalde beperkingen op grond van openbare of particuliere belangen gesteld. Meer in het bijzonder, en in overeenstemming met overweging 11<sup>44</sup>, is in artikel 4 van deze verordening bepaald dat de instellingen de toegang tot een document weigeren wanneer openbaarmaking ervan zou leiden tot de ondermijning van een van de in dat artikel beschermde belangen. Indien een instelling besluit om toegang tot een document waarvan haar om

40 Zie punt 64 van de onderhavige conclusie.

41 Zie punt 78 van de hogere voorziening en punt 30 van de memorie van repliek van de Franse Republiek.

42 Cursivering van mij.

43 Arrest van 16 juli 2015, ClientEarth/Commissie (C-612/13 P, EU:C:2015:486, punt 57). Zie ook overweging 4 van verordening nr. 1049/2001 volgens welke „[d]eze verordening [...] tot doel [heeft] 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 15, lid 3, VEU]”, artikel 1 van verordening nr. 1049/2001 dat bepaalt dat deze verordening met name gericht is op „de bepaling van de beginselen, voorwaarden en beperkingen op grond van openbare of particuliere belangen betreffende het in artikel [15 VEU] neergelegde recht van toegang tot documenten van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie [...], en wel zodanig, dat een zo ruim mogelijke toegang tot documenten wordt gewaarborgd” en artikel 2, lid 1, van verordening nr. 1049/2001 dat bepaalt dat „[i]edere burger van de Unie en iedere natuurlijke of rechtspersoon met verblijfplaats of statutaire zetel in een lidstaat [...] een recht van toegang [heeft] tot documenten van de instellingen, volgens de beginselen en onder de voorwaarden en beperkingen, die in deze verordening worden bepaald”. Daarenboven bepaalt artikel 42 van het Handvest van de grondrechten dat „[i]edere burger van de Unie en iedere natuurlijke of rechtspersoon met verblijfplaats of statutaire zetel in een lidstaat heeft een recht van inzage in de documenten van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie”.

44 In deze overweging staat dat „[i]n beginsel [...] *alle documenten van de instellingen voor het publiek toegankelijk [dienen] te zijn*. Dit neemt niet weg dat de bescherming van bepaalde openbare en particuliere belangen door een uitzonderingsregeling 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.” Cursivering van mij.

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. Aangezien die uitzonderingen afwijken van het beginsel van de ruimst mogelijke toegang van het publiek tot documenten, moeten zij restrictief worden uitgelegd en toegepast.<sup>45</sup>

92. Ik merk op dat, ook al bepaalt artikel 4, lid 2, derde streepje, van verordening nr. 1049/2001 dat de instellingen de toegang tot een document weigeren wanneer openbaarmaking ervan zou leiden tot ondermijning van de bescherming van met name de doelstellingen van onderzoeken, het begrip „onderzoeken” in de zin van deze bepaling niet wordt gedefinieerd in verordening nr. 1049/2001.

93. Ondanks het ontbreken van een definitie, heeft het begrip „onderzoeken” niet geleid tot controverse bij het Hof.

94. In de zaken die hebben geleid tot de arresten van 14 november 2013, LPN en Finland/Commissie (C-514/11 P en C-605/11 P, EU:C:2013:738, punt 43), betreffende de niet-nakomingsprocedure van artikel 258 VWEU, en van 28 juni 2012, Commissie/Éditions Odile Jacob (C-404/10 P, EU:C:2012:393, punt 115), betreffende de procedure van controle op concentraties van ondernemingen overeenkomstig verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad van 21 december 1989 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen<sup>46</sup>, stond tussen partijen vast dat de documenten als bedoeld in het verzoek om toegang tot de documenten daadwerkelijk betrekking hadden op een „onderzoek” in de zin van artikel 4, lid 2, derde streepje, van verordening nr. 1049/2001.<sup>47</sup>

95. Daarenboven blijkt uit punt 21 van de conclusie van advocaat-generaal Sharpston in de zaak Zweden/Commissie (C-562/14 P, EU:C:2016:885)<sup>48</sup>, en uit punt 45 van het arrest van het Gerecht van 25 september 2014, Spirlea/Commissie (T-306/12, EU:T:2014:816), met betrekking tot de EU-pilot-procedure dat noch verzoekers noch de aan hun zijde interveniërende lidstaten betwisten dat de litigieuze documenten betreffende een EU-pilot-procedure onder een „onderzoek” in de zin van de in artikel 4, lid 2, derde streepje, van verordening nr. 1049/2001 bedoelde uitzondering vallen.

96. De EU-pilot-procedure is door de Commissie in het leven geroepen in haar mededeling „Een Europa van resultaten – toepassing van het [Unie]recht”.<sup>49</sup> Deze procedure, die een vrijwillige samenwerking tussen de Commissie en de lidstaten inhoudt, gaat vooraf aan een eventueel formeel beroep tot niet-nakoming en heeft zowel tot doel om te controleren of het Unierecht correct wordt toegepast als om de problemen die hieruit voortvloeien in een vroeg stadium op te lossen. De EU-pilot-procedure vervangt de eerdere praktijk van de Commissie om administratieve brieven over dit onderwerp aan de lidstaten te sturen.<sup>50</sup>

97. Het begrip „onderzoeken” is alleen expliciet door het Hof onderzocht in de zaak die heeft geleid tot het arrest van 16 juli 2015, ClientEarth/Commissie (C-612/13 P, EU:C:2015:486), zonder dat dit er echter toe heeft geleid dat het Hof een definitie van het begrip „onderzoeken” heeft gegeven.

45 Arrest van 21 september 2010, Zweden e.a./API en Commissie (C-514/07 P, C-528/07 P en C-532/07 P, EU:C:2010:541, punten 70-73 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

46 PB 1989, L 395, blz. 1, met rectificatie in PB 1990, L 257, blz. 13.

47 Zie ook arrest van 14 december 2006, Technische Glaswerke Ilmenau/Commissie (T-237/02, EU:T:2006:395, punt 76), met betrekking tot de staatssteunprocedure.

48 In deze hogere voorziening heeft het Koninkrijk Zweden het Hof verzocht om vernietiging van het arrest van het Gerecht van 25 september 2014, Spirlea/Commissie (T-306/12, EU:T:2014:816).

49 COM(2007) 502 definitief.

50 Zie met name de richtsnoeren van de Commissie van november 2014 betreffende de EU-pilot.

98. In de punten 61 tot en met 65 van dit arrest heeft het Hof geoordeeld dat studies<sup>51</sup> die zijn uitgevoerd op verzoek en voor rekening van de Commissie, nadat de uitvoeringstermijn van een aantal Unierichtlijnen inzake milieubescherming was verstreken, met als specifiek doel om de stand van zaken in het uitvoeringsproces van die verschillende richtlijnen in een aantal lidstaten na te gaan, pasten in het kader van een onderzoek van de Commissie in de zin van artikel 4, lid 2, derde streepje, van verordening nr. 1049/2001. Het Hof heeft voor recht verklaard dat dergelijke studies een van de instrumenten van de Commissie vormden in het kader van de krachtens artikel 17, lid 1, VEU op haar rustende verplichting om onder toezicht van het Hof toe te zien op de toepassing van het Unierecht, *om mogelijke niet-nakoming* door de lidstaten van hun verplichting om de betrokken richtlijnen uit te voeren *te ontdekken*, en om, in voorkomend geval, te besluiten een niet-nakomingsprocedure in te leiden tegen de lidstaten die volgens haar het Unierecht schenden.<sup>52</sup>

99. Hoewel het duidelijk is dat het begrip „onderzoeken” in verordening nr. 1049/2001 de niet-nakomingsprocedure omvat<sup>53</sup> alsmede onderzoekshandelingen die kunnen leiden tot het instellen van deze procedure<sup>54</sup>, beperkt dit begrip zich niet hiertoe en omvat het ook andere procedures die neergelegd zijn in het Unierecht en die betrekking hebben op het op systematische en formele wijze verzamelen en controleren van informatie die een instelling van de Unie nodig heeft om een definitief besluit met bindende rechtsgevolgen vast te stellen.<sup>55</sup> In dit opzicht ben ik van mening, anders dan de Commissie<sup>56</sup>, dat het Gerecht het begrip „onderzoeken” niet heeft beperkt tot deze twee voorbeelden (te weten de niet-nakomingsprocedure en de onderzoekshandelingen die hiertoe kunnen leiden) door in punt 53 van het bestreden arrest te oordelen dat „het begrip ‚onderzoek’ zowel ziet op alle onderzoekshandelingen die een bevoegde instantie verricht om een inbreuk vast te stellen als op de procedure die een administratie volgt om informatie te vergaren en bepaalde feiten te verifiëren alvorens een besluit te nemen”. Deze aanduidingen van het Gerecht zijn zuiver illustratief en sluiten geen andere gevallen uit.<sup>57</sup>

51 Volgens het Hof „bevat elke studie, die telkens één lidstaat en één richtlijn behandelt, [...] een vergelijking van het onderzochte nationale recht met het relevante Unierecht, samen met een juridische analyse en conclusies betreffende de uitvoeringsmaatregelen die de betrokken lidstaat had vastgesteld”. Arrest van 16 juli 2015, ClientEarth/Commissie (C-612/13 P, EU:C:2015:486, punt 61).

52 Het Hof heeft geoordeeld dat de omstandigheid dat de Commissie de uitvoering van de litigieuze studies heeft toevertrouwd aan een externe dienstverlener, in plaats van deze uit te laten voeren door haar eigen diensten, en deze studies niet het standpunt van deze instelling weergeven, noch verantwoordelijkheid voor haar meebrengen, niet betekent dat de Commissie door opdracht te geven tot dergelijke studies een ander doel heeft nagestreefd dan door middel van deze onderzoeksmethoden uitgebreide informatie in te winnen over de overeenstemming van de wetgeving van een aantal lidstaten met het milieurecht van de Unie, die haar in staat stelt *het bestaan van mogelijke inbreuken* op dat recht *te ontdekken en in voorkomend geval een niet-nakomingsprocedure in te leiden tegen de in gebreke blijvende lidstaat* [zie arrest van 16 juli 2015, ClientEarth/Commissie (C-612/13 P, EU:C:2015:486, punt 63)]. Daarenboven heeft het Hof voor recht verklaard dat het begrip „onderzoeken” niet afhankelijk was van het bestaan van een formeel besluit van de voltallige Commissie om niet-nakomingsprocedures tegen lidstaten in te stellen. Arrest van 16 juli 2015, ClientEarth/Commissie (C-612/13 P, EU:C:2015:486, punt 60).

53 Zie in die zin arrest van 14 november 2013, LPN en Finland/Commissie (C-514/11 P en C-605/11 P, EU:C:2013:738).

54 Zie in die zin arrest van 16 juli 2015, ClientEarth/Commissie (C-612/13 P, EU:C:2015:486), en de conclusie van advocaat-generaal Sharpston in de zaak Zweden/Commissie (C-562/14 P, EU:C:2016:885), inzake de EU-pilot-procedure.

55 Zie in die zin arrest van 28 juni 2012, Commissie/Éditions Odile Jacob (C-404/10 P, EU:C:2012:393, punt 115), waarin het Hof voor recht heeft verklaard dat „[w]at de documenten betreft die tussen de Commissie en de aanmeldende partijen of derden zijn uitgewisseld, [in het kader van een procedure van controle op een concentratie van ondernemingen overeenkomstig verordening nr. 4064/89], [vaststaat] dat de betrokken documenten wel degelijk het voorwerp zijn van een onderzoek in de zin van artikel 4, lid 2, derde streepje, van verordening nr. 1049/2001. Gelet op het doel van een procedure van controle op een concentratie van ondernemingen, na te gaan of de aanmeldende partijen door de concentratie al dan niet marktmacht verkrijgen die de mededinging aanzienlijk kan beïnvloeden, verzamelt de Commissie in het kader van een dergelijke procedure bovendien gevoelige commerciële informatie inzake de commerciële strategie van de betrokken ondernemingen, hun verkoopomzet, hun marktaandeel of hun commerciële betrekkingen, zodat de toegang tot de documenten die in het kader van een dergelijke controleprocedure zijn verzameld, afbreuk kan doen aan de bescherming van de commerciële belangen van deze ondernemingen. De uitzondering ter bescherming van commerciële belangen en de uitzondering ter bescherming van de doelstellingen van het onderzoek zijn in casu dus nauw met elkaar verbonden.”

56 De Commissie is van mening dat de in punt 53 van het bestreden arrest gegeven definitie „onnodig restrictief is en een schending vormt van artikel 4, lid 2, derde streepje, van verordening nr. 1049/2001”.

57 Zie arrest van 21 mei 2014, Catinis/Commissie (T-447/11, EU:T:2014:267, punt 51), waarin het Gerecht voor recht heeft verklaard dat de door het Europees Bureau voor fraudebestrijding (OLAF) verzamelde documenten „daadwerkelijk deel uitmaken van een onderzoek” in de zin van artikel 4, lid 2, derde streepje, van verordening nr. 1049/2001. Het verslag dat is opgesteld naar aanleiding van een onderzoek van het OLAF en de aanbevelingen waarvan het vergezeld gaat [zie artikel 11 van verordening (EU, Euratom) nr. 883/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 11 september 2013 betreffende onderzoeken door het Europees Bureau voor fraudebestrijding (OLAF) en tot intrekking van verordening (EG) nr. 1073/1999 van het Europees Parlement en de Raad en verordening (Euratom) nr. 1074/1999 van de Raad (PB 2013, L 248, blz. 1)] vormen geen besluit, en het onderzoek in kwestie is geen niet-nakomingsprocedure in de zin van artikel 258 VWEU.

100. Het ontbreken van een definitie voor het begrip „onderzoeken” in verordening nr. 1049/2001 vereist aldus een nauwkeurige en gedetailleerde analyse van de uitvoerig gemotiveerde mening die kenbaar is gemaakt op grond van artikel 9, lid 2, tweede streepje, van richtlijn 98/34, gezien in het kader van de in de artikelen 8 en 9 van die richtlijn bedoelde procedure en in het licht van met name de twee in punt 99 van deze conclusie genoemde voorbeelden.

101. Bovendien moet eraan worden herinnerd dat, aangezien het begrip „onderzoeken” een uitzondering op de algemene regel betreft op grond waarvan alle documenten toegankelijk moeten zijn, dit begrip strikt moet worden uitgelegd en toegepast.

### **Richtlijn 98/34**

102. Richtlijn 98/34 is onderverdeeld in drie delen. In de eerste plaats zijn meerdere bepalingen van richtlijn 98/34 gewijd aan de normalisatie.<sup>58</sup> In de tweede plaats beoogt richtlijn 98/34 te zorgen voor een grotere doorzichtigheid en een gunstig klimaat voor het concurrentievermogen van het bedrijfsleven.<sup>59</sup> In de derde plaats is het vaste rechtspraak dat de artikelen 8 en 9 van richtlijn 98/34 door middel van een *preventieve controle*<sup>60</sup> beogen met name het vrije verkeer van goederen te waarborgen<sup>61</sup>, dat een van de hoekstenen<sup>62</sup> van de Unie is.

103. Het staat in de onderhavige zaak vast dat de uitvoerig gemotiveerde mening, die is gebaseerd op artikel 9, lid 2, tweede streepje, van richtlijn 98/34, door de Commissie kenbaar is gemaakt naar aanleiding van de door de Franse Republiek gedane mededeling van een ontwerp van besluit zoals bedoeld in artikel 8, lid 1, van deze richtlijn. Bijgevolg heeft het eerste onderdeel van het enige middel van de hogere voorziening betrekking op het rechtskarakter van de procedure van de artikelen 8 en 9 van richtlijn 98/34 en in het bijzonder op het rechtskarakter van de uitvoerig gemotiveerde mening. Het is dus het derde deel van richtlijn 98/34 waar het in casu om gaat. De gedeelten over de normalisatie en het concurrentievermogen van marktdeelnemers zijn in het kader van deze hogere voorziening niet relevant.

58 Zie met name artikelen 2-4 van deze richtlijn. Deze bepalingen zijn ingetrokken bij artikel 26, lid 2, van verordening (EU) nr. 1025/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2012 betreffende Europese normalisatie, tot wijziging van de richtlijnen 89/686/EEG en 93/15/EEG van de Raad alsmede de richtlijnen 94/9/EG, 94/25/EG, 95/16/EG, 97/23/EG, 98/34/EG, 2004/22/EG, 2007/23/EG, 2009/23/EG en 2009/105/EG van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van beschikking 87/95/EEG van de Raad en besluit nr. 1673/2006/EG van het Europees Parlement en de Raad (PB 2012, L 316, blz. 12).

59 In punt 82 van het arrest van 4 februari 2016, Ince (C-336/14, EU:C:2016:72), heeft het Hof voor recht verklaard dat richtlijn 98/34 „beoogt [...] te zorgen dat de voordelen van de interne markt beter worden benut door de marktdeelnemers, door te voorzien in regelmatige publicatie van de technische regelgeving die lidstaten voornemens zijn in te voeren en zo voor de marktdeelnemers de mogelijkheid te scheppen hun beoordeling van het effect daarvan kenbaar te maken”. In dit opzicht heeft het Hof voor recht verklaard dat het van belang is „dat de marktdeelnemers van een lidstaat op de hoogte worden gebracht van de ontwerpen van technische voorschriften van een andere lidstaat en de temporele en territoriale werkingssfeer daarvan, opdat zij de omvang kunnen kennen van de verplichtingen die hun mogelijk worden opgelegd en kunnen anticiperen op de vaststelling van die teksten door in voorkomend geval hun producten of diensten tijdig aan te passen” [zie arrest van 4 februari 2016, Ince (C-336/14, EU:C:2016:72, punt 83)]. Volgens het verslag van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad en het Europees Economisch en Sociaal Comité – De werking van richtlijn 98/34/EG in de periode 2011-2013, van 17 juli 2015 [COM(2015) 0338 final] stelt de kennisgevingsprocedure voor nationale technische voorschriften immers „marktdeelnemers, met inbegrip van het midden- en kleinbedrijf (mkb), [in staat] hun stem [te] laten horen en [...] hun activiteiten ruim op tijd aan [te] passen aan toekomstige technische voorschriften. De marktdeelnemers maken uitvoerig gebruik van deze inspraak, en helpen zodoende de Commissie en de nationale autoriteiten eventuele handelsbelemmeringen op te sporen”.

60 Cursivering van mij. Zie arrest van 4 februari 2016, Ince (C-336/14, EU:C:2016:72, punt 82).

61 Richtlijn 98/34 beoogt niet alleen het ontstaan van belemmeringen voor het vrije verkeer van goederen te voorkomen, maar ook het ontstaan van belemmeringen voor het vrije verkeer van diensten of de vrijheid van vestiging in het kader van de interne markt.

62 Zie overweging 2 van richtlijn 98/34 waarin staat dat „de interne markt een ruimte zonder binnengrenzen omvat waarin het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal is gewaarborgd; dat derhalve het verbod van kwantitatieve beperkingen alsmede van maatregelen van gelijke werking als kwantitatieve beperkingen van het goederenverkeer een van de hoekstenen van de Gemeenschap is”.

– *Artikelen 8 en 9 van richtlijn 98/34*

104. Het doel van de procedure van de artikelen 8 en 9 van richtlijn 98/34 is *het anticiperen op en het voorkomen van* de vaststelling van technische voorschriften die een belemmering kunnen vormen voor de handel.<sup>63</sup> Volgens het Hof is de in de artikelen 8 en 9 van richtlijn 98/34 bedoelde preventieve controle nuttig omdat onder deze richtlijn vallende technische voorschriften het handelsverkeer tussen de lidstaten kunnen belemmeren en dergelijke belemmeringen alleen kunnen worden toegestaan indien zij noodzakelijk zijn om te voldoen aan dwingende eisen die verband houden met een doelstelling van algemeen belang.<sup>64</sup>

105. Dientengevolge voorziet artikel 8 van richtlijn 98/34 in een informatieprocedure op grond waarvan de lidstaten in beginsel verplicht zijn de Commissie mededeling te doen van ieder ontwerp voor een technisch voorschrift dat onder de werkingssfeer van deze richtlijn valt.<sup>65</sup>

106. In dit opzicht zijn de lidstaten volgens artikel 8, lid 1, van richtlijn 98/34 verplicht, teneinde deze preventieve controle mogelijk te maken, ontwerpen van voorschriften waarmee technische specificaties bindend worden gemaakt, voorafgaand aan hun inwerkingtreding aan de Commissie mee te delen.<sup>66</sup> Daarenboven dienen de lidstaten bij de nadere uitwerking van het technisch voorschrift zoveel mogelijk rekening te houden met de eventuele opmerkingen van de Commissie en de andere lidstaten.<sup>67</sup>

107. Op grond van artikel 9 van richtlijn 98/34 moet de goedkeuring van een ontwerp voor een technisch voorschrift dat overeenkomstig artikel 8 van deze richtlijn is medegedeeld, immers worden uitgesteld voor de duur van drie maanden, te rekenen vanaf de datum waarop de Commissie de mededeling van het ontwerp voor een technisch voorschrift ontvangt. Dit artikel bepaalt met name dat deze periode wordt verlengd tot zes maanden<sup>68</sup> indien<sup>69</sup> *de Commissie of een andere lidstaat in een uitvoerig gemotiveerde mening te kennen geeft* dat de beoogde maatregel aspecten bezit die eventueel belemmeringen kunnen opleveren voor het vrije verkeer van goederen.<sup>70</sup>

63 Zie punt 11 van de conclusie van advocaat-generaal Sharpston in de zaak UNIC en Uni.co.pel (C-95/14, EU:C:2015:270) waarin eraan wordt herinnerd dat „[h]et doel van richtlijn 98/34 is het ontstaan van nieuwe belemmeringen voor de handel in het kader van de interne markt te voorkomen. Zij voert een mechanisme voor transparantie en preventieve controle in door van lidstaten te eisen dat zij technische voorschriften in ontwerpvorm melden voordat die definitief worden vastgesteld, en vervolgens, dat zij in de regel een status-quoperiode van ten minste drie maanden in acht nemen voordat het betrokken voorschrift wordt vastgesteld, zodat *andere lidstaten en de Commissie in de gelegenheid worden gesteld om bezwaren te uiten over mogelijke handelsbelemmeringen.*” Cursivering van mij. Opgemerkt dient te worden dat niet alleen de Commissie maar ook de lidstaten een uitvoerig gemotiveerde mening kenbaar kunnen maken op grond van artikel 9, lid 2, tweede streepje, van richtlijn 98/34 en dat de richtlijn *geen enkel juridisch onderscheid* maakt tussen de uitvoerig gemotiveerde meningen van de Commissie en die van de lidstaten. Geen van de partijen beweert dat de lidstaten, in het kader van de procedure van de artikelen 8 en 9 van richtlijn 98/34, onderzoek naar elkaar doen.

64 Zie arrest van 31 januari 2013, Belgische Petroleum Unie e.a. (C-26/11, EU:C:2013:44, punt 49 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

65 Opgemerkt dient te worden dat op grond van artikel 8, lid 4, van richtlijn 98/34 de op grond van artikel 8 van deze richtlijn verstrekte inlichtingen niet als vertrouwelijk worden aangemerkt, tenzij de kennisgevende lidstaat uitdrukkelijk verzoekt deze inlichtingen als zodanig te beschouwen. In artikel 9 van richtlijn 98/34 wordt echter niet verwezen naar de vertrouwelijkheid. Hieruit volgt dat de toegang tot de in artikel 9, lid 2, van richtlijn 98/34 bedoelde uitvoerig gemotiveerde mening onder de bepalingen van verordening nr. 1049/2001 valt. Bijgevolg is richtlijn 98/34 wat betreft de toegang tot de uitvoerig gemotiveerde mening geen *lex specialis* van verordening nr. 1049/2001, zoals is voorgesteld tijdens de terechtzitting.

66 Zie arrest van 15 oktober 2015, Balázs (C-251/14, EU:C:2015:687, punt 43).

67 Zie artikel 8, lid 2, van richtlijn 98/34.

68 Deze periode duurt vier maanden voor ontwerpen voor diensten indien de Commissie of een andere lidstaat in een uitvoerig gemotiveerde mening te kennen geeft dat de beoogde maatregel aspecten bezit die eventueel belemmeringen kunnen opleveren voor het vrije verkeer van diensten of de vrijheid van vestiging van dienstverleners in het kader van de interne markt.

69 Ik ben van mening, overeenkomstig de tijdens de terechtzitting gemaakte opmerkingen van de Franse Republiek, dat het kenbaar maken van een uitvoerig gemotiveerde mening op grond van artikel 9, lid 2, van richtlijn 98/34 geen automatische stap is, maar plaatsvindt indien „de beoogde maatregel aspecten bezit die eventueel belemmeringen kunnen opleveren voor het vrije verkeer van goederen in het kader van de interne markt”.

70 De periode van uitstel wordt verlengd tot twaalf maanden indien de Commissie binnen een termijn van drie maanden na de datum waarop zij de mededeling ontvangt, te kennen geeft een regeling op het gebied van het ontwerp voor een technisch voorschrift te willen voorstellen of vaststellen (zie artikel 9, lid 3, van richtlijn 98/34). Daarenboven kan het technische voorschrift niet aan particulieren worden tegengeworpen, indien de verplichtingen met betrekking tot de mededeling en het uitstel niet zijn nageleefd [zie arrest van 8 november 2007, Schwibbert (C-20/05, EU:C:2007:652, punt 38)].

108. Overeenkomstig artikel 9, lid 2, van richtlijn 98/34, doet de betrokken lidstaat de Commissie verslag over het gevolg dat hij voornemens is aan een dergelijke uitvoerig gemotiveerde mening te geven en geeft de Commissie haar commentaar op deze reactie.

109. Hieruit volgt dat richtlijn 98/34 niet enkel tot doel heeft om de Commissie op de hoogte te stellen, maar vooral om handelsbelemmeringen die het gevolg kunnen zijn van het voorgenomen technische voorschrift op te heffen of te beperken, om de andere lidstaten op de hoogte te stellen van de door een lidstaat voorgenomen technische regelingen, om de Commissie en de andere lidstaten de nodige tijd te geven om te reageren en een wijziging voor te stellen om de uit de voorgenomen maatregel voortvloeiende belemmeringen voor het vrije verkeer van goederen te beperken, op te heffen of te rechtvaardigen, en om de Commissie de nodige tijd te geven om eventueel een harmonisatie-richtlijn voor te stellen.<sup>71</sup>

**– Artikelen 8 en 9 van richtlijn 98/34 en precontentieuze fase van de niet-nakomingsprocedure van artikel 258 VWEU**

110. De preventieve of *ex-ante*beoordeling zoals neergelegd in de artikelen 8 en 9 van richtlijn 98/34 is mijns inziens niet vergelijkbaar met de niet-nakomingsprocedure van artikel 258 VWEU, de EU-pilot-procedure of de procedure waar het om gaat in de zaak die heeft geleid tot het arrest van 16 juli 2015, ClientEarth/Commissie (C-612/13 P, EU:C:2015:486), die erop gericht zijn eventuele inbreuken van lidstaten op te sporen en op te lossen en die een duidelijk voorbeeld zijn van een controle *ex post* op de toepassing en de naleving van het Unierecht. De procedures zijn alle drie door het Hof aangemerkt als „onderzoeken” in de zin van artikel 4, lid 2, derde streepje, van verordening nr. 1049/2001.

111. Hoewel de preventieve procedure van de artikelen 8 en 9 van richtlijn 98/34, net als deze procedures van controle *ex post*, tot doel heeft om te waarborgen dat de betrokken lidstaat zijn uit het Unierecht voortvloeiende verplichtingen nakomt, is zij er niet op gericht na te gaan of vast te stellen dat een lidstaat een van de krachtens de Verdragen op hem rustende verplichtingen niet is nagekomen.<sup>72</sup>

112. Aangezien het meegedeelde ontwerp voor een technisch voorschrift waarover een uitvoerig gemotiveerde mening kenbaar is gemaakt nog niet is goedgekeurd en er dientengevolge nog geen enkel nieuw technisch voorschrift in werking is getreden, kan het ontwerp in dit stadium niet worden beschouwd als een inbreuk op het Unierecht en kan er geen sprake zijn van een niet-nakomingsprocedure op grond van artikel 258 VWEU<sup>73</sup> of van een andere daaraan voorafgaande procedure die gericht is op het opsporen en het oplossen van eventuele inbreuken op de krachtens de

71 Zie naar analogie arrest van 30 april 1996, CIA Security International (C-194/94, EU:C:1996:172, punt 50). In overweging 13 van richtlijn 98/34 staat dat „de Commissie en de lidstaten bovendien moeten kunnen beschikken over de nodige tijd om een wijziging van de beoogde maatregel voor te stellen” en in overweging 16 van deze richtlijn staat dat „de [...] lidstaat [...] de inwerkingtreding van de beoogde maatregel gedurende voldoende tijd moet opschorten om hetzij een gemeenschappelijk onderzoek van de voorgestelde wijzigingen, hetzij de uitwerking van een voorstel voor een dwingend besluit van de Raad of de vaststelling van een dwingend besluit van de Commissie mogelijk te maken”.

72 Zie artikel 258 VWEU.

73 Zie in die zin punten 59-61 van het bestreden arrest. Tijdens de terechtzitting heeft Schlyter opgemerkt dat, wat betreft de procedure van de artikelen 8 en 9 van richtlijn 98/34 die betrekking heeft op ontwerpen voor een technisch voorschrift, het bestaan van een inbreuk op het Unierecht louter hypothetisch, onwerkelijk en speculatief was.

Verdragen op de lidstaten rustende verplichtingen.<sup>74</sup> De opmerking van de Franse Republiek dat „de procedure van richtlijn 98/34 de Commissie in staat stelt om, voordat zij een besluit neemt, informatie te verzamelen en bepaalde feiten te controleren met het oog op de vaststelling van een inbreuk,” lijkt mij derhalve onjuist en moet worden verworpen.

113. Overigens blijkt geenszins uit punt 62 van het arrest van 16 juli 2015, ClientEarth/Commissie (C-612/13 P, EU:C:2015:486), dat ieder initiatief van de Commissie om overeenkomstig artikel 17, lid 1, VEU, toe te zien op de toepassing van de Verdragen zou moeten worden beschouwd als een onderzoek. De door de Commissie uitgevoerde onderzoekshandelingen die in dit arrest aan de orde zijn, waren immers vooral gericht op het opsporen van mogelijke niet-nakoming door de lidstaten van hun verplichting om de betrokken richtlijnen om te zetten en op de vaststelling van een besluit om, in voorkomend geval, een niet-nakomingsprocedure in te leiden tegen de lidstaten die volgens haar het Unierecht schenden.<sup>75</sup>

114. Bovendien is het zo dat, hoewel de uitvoerig gemotiveerde mening van de Commissie kenbaar is gemaakt naar aanleiding van een mededeling van de Franse Republiek van een ontwerp van besluit en deze uitwisseling tussen de Commissie en de lidstaat zou kunnen doen denken aan het verzamelen en het systematisch en formeel controleren van informatie, deze uitvoerig gemotiveerde mening slechts een „eerste, voorlopig en raadgevend standpunt”<sup>76</sup> is van deze instelling over een ontwerp voor een nationale regeling dat kan worden gewijzigd, onder meer naar aanleiding van de in deze mening naar voren gebrachte bezwaren.

115. Hieruit volgt dat de uitvoerig gemotiveerde mening van de Commissie slechts een voorlopig besluit of standpunt is over een ontwerp voor een technisch voorschrift, waarvan het enige bindende rechtsgevolg is dat de goedkeuring van het technische voorschrift door de lidstaat met zes maanden wordt uitgesteld<sup>77</sup>, ook als, volgens de opmerkingen van de Commissie, „de uitvoerig gemotiveerde meningen zijn vastgesteld door het college van commissarissen en derhalve kunnen worden beschouwd als besluiten van de Commissie van dezelfde orde als een ingebrekestelling of een met redenen omkleed advies in het kader van een niet-nakomingsprocedure”.<sup>78</sup>

74 Zoals de Republiek Finland heeft opgemerkt: „[d]e definitieve wettelijke regeling die een lidstaat uiteindelijk op grond van de procedure van richtlijn 98/34 goedkeurt, kan aanzienlijk verschillen van het oorspronkelijke ontwerp. Om te beoordelen of het noodzakelijk is een eventuele inbreukprocedure in te leiden, heeft de Commissie in ieder geval nieuwe informatie nodig over de stand van zaken met betrekking tot de nationale wettelijke regeling en mag de procedure op grond van richtlijn 98/34/EG als zodanig niet worden gebruikt voor het instellen van een beroep bij het Hof” (zie punt 8 van de memorie van antwoord van de Republiek Finland in reactie op de memorie van interventie van de Tsjechische Republiek). Immers, „de controle die wordt uitgevoerd in het kader van de procedure van richtlijn 98/34 is preventief van aard en het doel ervan is een eventuele tegenstrijdigheid met het Unierecht te voorkomen, terwijl de inbreukprocedure een controle a posteriori is waarvan het doel is een einde te maken aan de activiteiten van een lidstaat waarvan wordt vermoed dat ze strijdig zijn met het Unierecht”. Zie punt 11, onder a), van de memorie van antwoord van de Republiek Finland in reactie op de memorie van interventie van de Tsjechische Republiek.

75 Zie punt 98 van de onderhavige conclusie.

76 Zie punt 63 van het bestreden arrest. Hoewel de in de artikelen 8 en 9 van richtlijn 98/34 bedoelde procedure verplicht is, is het standpunt van de Commissie zoals weergegeven in de uitvoerig gemotiveerde mening niet bindend en zijn de lidstaten vrij hun ontwerpen voor een technisch voorschrift al dan niet aan te passen. Zoals de Commissie heeft opgemerkt: „na afloop van de procedure van richtlijn 98/34 staat het aan de betrokken lidstaat om te beslissen of hij de meegedeelde ontwerpen voor een voorschrift goedkeurt, wijzigt of intrekt” (zie punt 21 van de memorie van antwoord van de Commissie). Volgens de Republiek Finland: „[d]e regeling die uiteindelijk door de lidstaat wordt goedgekeurd, rekening houdend met de opmerkingen die hierover zijn gemaakt, kan aanzienlijk verschillen van het oorspronkelijke ontwerp. Om te beoordelen of het noodzakelijk is een eventueel beroep tot niet-nakoming in te stellen, heeft de Commissie dus in ieder geval nieuwe informatie nodig over de stand van zaken met betrekking tot de nationale wettelijke regeling, wat betreft de aspecten die de lidstaat verplicht was te melden op grond van richtlijn 98/34”. Zie punt 11 van de memorie van antwoord van de Republiek Finland.

77 Zie artikel 9, lid 2, tweede streepje, van richtlijn 98/34.

78 Zie punt 21 van de memorie van antwoord van de Commissie.

116. Mijns inziens zou een uitlegging volgens welke iedere procedure waarin sprake is van een uitwisseling van informatie of een dialoog tussen de lidstaten en de Commissie over de toepassing van de Verdragen moest worden aangemerkt als een onderzoek, een onjuiste uitbreiding van dit begrip zijn die noch in overeenstemming zou zijn met het doel van verordening nr. 1049/2001 noch met artikel 42 van het Handvest van de grondrechten, die ertoe dienen om de toegang tot de documenten van de instellingen te bevorderen.<sup>79</sup>

117. Dientengevolge ben ik van mening, net als het Koninkrijk Zweden<sup>80</sup>, dat een duidelijk onderscheid dient te worden gemaakt tussen enerzijds de niet-nakomingsprocedure van artikel 258 VWEU, de EU-pilot-procedure en de procedure die aan de orde is in de zaak die heeft geleid tot het arrest van 16 juli 2015, ClientEarth/Commissie (C-612/13 P, EU:C:2015:486), die tot doel hebben eventuele inbreuken van lidstaten op te sporen en op te lossen, en anderzijds de preventieve procedure zoals neergelegd in de artikelen 8 en 9 van richtlijn 98/34, zodat duidelijk wordt dat de uitvoerig gemotiveerde mening niet onder het begrip „onderzoeken” valt.<sup>81</sup>

118. Aan deze conclusie wordt geenszins afbreuk gedaan door het feit dat de technische voorschriften die naar aanleiding van de procedure van de artikelen 8 en 9 van richtlijn 98/34 en met name naar aanleiding van het kenbaar maken van een uitgebreid gemotiveerde mening op grond van artikel 9, lid 2, van deze richtlijn, uiteindelijk worden goedgekeurd er mogelijk toe kunnen leiden dat een niet-nakomingsprocedure door de Commissie wordt ingeleid.

119. Ook kan geen argument worden ontleend aan de richtsnoeren van de Commissie van november 2014 betreffende de EU-pilot-procedure ter staving van de bewering dat de procedure van de artikelen 8 en 9 van richtlijn 98/34 moet worden aangemerkt als onderzoek in de zin van artikel 4, lid 2, derde streepje, van verordening nr. 1049/2001.

120. Het feit dat de EU-pilot-procedure, volgens deze richtsnoeren van de Commissie, niet kan worden ingeleid als een lidstaat zijn verplichting niet is nagekomen om te reageren op de uitvoerig gemotiveerde mening die kenbaar is gemaakt op grond van artikel 9, lid 2, van richtlijn 98/34 en/of de lidstaat een technisch voorschrift heeft goedgekeurd dat niet in overeenstemming is met het Unierecht, zou erop kunnen wijzen dat beide procedures vergelijkbaar zijn, maar dit blijkt in werkelijkheid niet het geval te zijn.

121. Uit punt 1.15 met het opschrift „Follow-up van de kennisgevingsprocedure” van het verslag van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad en het Europees Economisch en Sociaal Comité blijkt immers dat „[i]n alle andere gevallen waarin de mogelijke inbreuken op de EU-internemarktwetgeving niet volledig zijn afgewikkeld in het kader van de procedure van richtlijn 98/34, de Commissie verder onderzoek [heeft] uitgevoerd dat in sommige gevallen uiteindelijk heeft geleid tot EU-pilots of inbreukprocedures (artikel 258 VWEU)”.<sup>82</sup>

<sup>79</sup> Zie naar analogie punt 43 van de conclusie van advocaat-generaal Cruz Villalón in de zaken ClientEarth/Commissie en ClientEarth en PAN Europe/EFSA (C-612/13 P en C-615/13 P, EU:C:2015:219), volgens welke „het ‚onderzoek’ in de zin van artikel 4, lid 2, derde streepje, van verordening nr. 1049/2001 niet [mocht] worden verward met het ‚toezicht’ dat de Commissie in artikel 17, lid 1, VEU in algemene zin wordt toegekend wat ‚de toepassing van het recht van de Unie’ betreft. Er bestaat namelijk een duidelijk gradueel verschil tussen het onderzoek waar die bepaling van verordening nr. 1049/2001 naar verwijst en de informatievergaring die nodig is, wil de Commissie haar taak als hoedster van de Verdragen kunnen uitoefenen.”

<sup>80</sup> Zie punt 19 van de memorie van antwoord van het Koninkrijk Zweden dat bepaalt „dat er een verband moet bestaan met een verklaring van de Commissie omtrent een inbreuk op het Unierecht opdat de uitzondering op het recht van toegang die het doel van onderzoeken in de zin van artikel 4, lid 2, derde streepje, van verordening nr. 1049/2001 beoogt te beschermen, kan worden toegepast. Een dergelijke afbakening is nodig om de verschillende door de Commissie genomen voorlopige en preventieve maatregelen uit te sluiten.”

<sup>81</sup> Volgens het Koninkrijk Zweden: „[g]ezien het feit dat de betrokken lidstaat, na de uitgebreid gemotiveerde mening te hebben ontvangen, de Commissie op de hoogte moet stellen van de maatregelen die hij voornemens is te nemen naar aanleiding van deze mening en dat de Commissie over deze maatregelen een standpunt moet innemen, is het voor de Commissie onmogelijk om door middel van deze mening een definitief standpunt in te nemen over de vraag of het Unierecht is geschonden”.

<sup>82</sup> Cursivering van mij.



122. Hieruit volgt dat in het licht van de tegenstrijdige documentatie van de Commissie zelf met betrekking tot de interactie van deze twee procedures, het niet vaststaat dat de procedure van de artikelen 8 en 9 van richtlijn 98/34 en de EU-pilot-procedure elkaar niet zouden kunnen opvolgen.

123. Hieraan dient te worden toegevoegd dat, overeenkomstig de opmerkingen van de Republiek Finland<sup>83</sup>, het de lidstaat is die de in richtlijn 98/34 bedoelde gegevens moet verstrekken<sup>84</sup>, terwijl in het geval van de niet-nakomingsprocedure en de EU-pilot-procedure de uitwisseling van informatie plaatsvindt op initiatief van de Commissie.

124. Hoe dan ook, wanneer de Commissie, zoals de Republiek Finland aangeeft, naar aanleiding van de preventieve procedure als bedoeld in de artikelen 8 en 9 van richtlijn 98/34, voldoende informatie heeft over „de inhoud van de nationale wettelijke regeling vóór de vaststelling van een ingebrekestellingsbrief [...] kan de EU-pilot fase worden overgeslagen omdat die [overbodig en onnodig] is”.<sup>85</sup> Uit een dergelijke feitelijke en onzekere situatie die verbonden is aan een specifiek dossier of een specifieke zaak kan echter niet worden afgeleid, anders dan de Franse Republiek en de Commissie opmerken, dat de procedure van de artikelen 8 en 9 van richtlijn 98/34 en de EU-pilot-procedure dezelfde doelen nastreven.

125. Dientengevolge ben ik van mening dat het Gerecht geen blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat de procedure van richtlijn 98/34 niet moet worden aangemerkt als een onderzoek in de zin van artikel 4, lid 2, derde streepje, van verordening nr. 1049/2001.

126. Hieruit volgt dat het eerste onderdeel van het enige middel moet worden verworpen.

### **Tweede onderdeel van het enige middel en vraag of afbreuk wordt gedaan aan het doel van de procedure van richtlijn 98/34**

127. Met het tweede onderdeel van haar enige middel voert de Franse Republiek aan dat, in de punten 84 tot en met 88 van het bestreden arrest, het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door subsidiair te oordelen dat, zelfs in het geval de uitvoerig gemotiveerde mening van de Commissie deel uitmaakt van een onderzoek in de zin artikel 4, lid 2, derde streepje, van verordening nr. 1049/2001, openbaarmaking van dit document niet noodzakelijkerwijs afbreuk doet aan het doel van de procedure van richtlijn 98/34.

128. Hieruit volgt dat het tweede onderdeel van het enige middel uitgaat van de veronderstelling dat de procedure van de artikelen 8 en 9 van richtlijn 98/34 moet worden aangemerkt als een onderzoek in de zin van artikel 4, lid 2, derde streepje, van verordening nr. 1049/2001.

129. Ik onderzoek dit tweede onderdeel dus alleen voor het geval het Hof zou oordelen, anders dan mijn conclusie over het eerste onderdeel, dat de betrokken procedure moet worden aangemerkt als een onderzoek in de zin van artikel 4, lid 2, derde streepje, van verordening nr. 1049/2001.

130. In de eerste plaats merkt de Franse regering op dat Schlyter op geen enkel moment, in zijn oorspronkelijke verzoekschrift, zijn repliek of zijn reactie op de memories van de interveniënten, het argument heeft aangevoerd dat, in het geval de procedure van richtlijn 98/34 zou worden aangemerkt als een onderzoek, openbaarmaking van het bestreden document geen afbreuk zou doen aan het doel van dit onderzoek. Dientengevolge is de Franse regering van mening dat, voor zover het subsidiair

<sup>83</sup> Zie punt 73 van de onderhavige conclusie. Zie ook punt 3, onder a), van de richtsnoeren van de Commissie van november 2014 betreffende de EU-pilot-procedure dat de belangrijkste fasen in de EU-pilot-procedure weergeeft.

<sup>84</sup> Tijdens de terechtzitting heeft Schlyter erop gewezen dat de procedure van de artikelen 8 en 9 van richtlijn 98/34 multilateraal van aard is, terwijl de EU-pilot-procedure bilateraal van aard is.

<sup>85</sup> Zie punt 14 van de memorie van de Republiek Finland in antwoord op de memorie van interventie van de Tsjechische Republiek.

door het Gerecht aangevoerde middel niet is aangevoerd door Schlyter (verzoeker voor het Gerecht) en betrekking heeft op de wettigheid ten gronde van het litigieuze besluit, het Gerecht, in de punten 84 tot en met 88 van het bestreden arrest, blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door dit middel ambtshalve aan te voeren.

131. Ik ben van mening dat dit argument moet worden verworpen.

132. In punt 76 van het bestreden arrest heeft het Gerecht opgemerkt dat „[e]r [...] geen argumenten [zijn] geleverd ter onderbouwing van de verklaring van de Franse Republiek ter terechtzitting dat het destabiliserende gevolg niet mag worden onderschat dat ontstaat wanneer de potentiële kritiek van de Commissie op het meegedeelde ontwerp voor een technisch voorschrift openbaar wordt gemaakt voordat de lidstaat de gelegenheid heeft gehad erop te antwoorden”. Vervolgens heeft het Gerecht geoordeeld dat „de Franse Republiek [met name] niet [heeft] uiteengezet welke instantie om ongegronde redenen zou worden gedestabiliseerd door openbaarmaking van een mening van de Commissie over de verenigbaarheid van een ontwerp voor een technisch voorschrift met bepaalde aspecten van het Unierecht”.<sup>86</sup>

133. Hieruit volgt dat het Gerecht, anders dan de Franse Republiek beweert, het argument dat de toegang tot de uitvoerig gemotiveerde mening afbreuk zou doen aan het doel van de procedure van de artikelen 8 en 9 van richtlijn 98/34 niet ambtshalve heeft aangevoerd, maar slechts heeft gereageerd op de argumenten die de Franse Republiek zelf en de Commissie voor het Gerecht hebben aangevoerd.

134. In de tweede plaats wijst de Franse Republiek erop dat het Gerecht in punt 85 van het bestreden arrest eraan heeft herinnerd dat het doel van de procedure van richtlijn 98/34 was te voorkomen dat de nationale wetgever een nationaal technisch voorschrift goedkeurt waardoor het vrije verkeer van goederen, het vrije verkeer van diensten of de vrijheid van vestiging van dienstverleners in het kader van de interne markt wordt belemmerd. Het Gerecht zou aldus een restrictieve uitlegging hebben gegeven aan het doel van de procedure van richtlijn 98/34.

135. Voor de Franse Republiek heeft de procedure van richtlijn 98/34 ook tot doel om de lidstaat ertoe aan te zetten om, indien nodig, een ontwerp voor een nationale regeling zodanig te wijzigen dat die aan de regels van de interne markt voldoet, en dit door middel van een dialoog en een minnelijke schikking in een geschil tussen de Commissie en de betrokken lidstaat. Zo is de Franse Republiek van mening dat, naast het doel van verenigbaarheid van de nationale regels, de procedure van richtlijn 98/34 ook beoogt de kwaliteit van de dialoog tussen de Commissie en de betrokken lidstaat te verbeteren. De Franse Republiek merkt op dat het Hof heeft geoordeeld, in punt 63 van het arrest van 14 november 2013, LPN en Finland/Commissie (C-514/11 P en C-605/11 P, EU:C:2013:738), dat openbaarmaking van de documenten van een niet-nakomingsprocedure in de precontentieuze fase ervan de aard en het verloop van deze procedure kan wijzigen, daar het in die omstandigheden nog moeilijker kan blijken onderhandelingen aan te knopen en een schikking tussen de Commissie en de betrokken lidstaat te treffen zodat het Unierecht kan worden nageleefd en een beroep in rechte vermeden.

136. De Franse Republiek voegt eraan toe dat, zoals blijkt uit punt 109 van de conclusie van advocaat-generaal Kokott in de zaak Commissie/Technische Glaswerke Ilmenau (C-139/07 P, EU:C:2009:520), „de bescherming van het doel van onderzoeken ook ruimte [biedt] voor ongestoorde discussies over het verwijt van schending van het [Unierecht]. Een dergelijke ruimte is zinvol opdat de betrokken lidstaat, maar eveneens de Commissie, zonder buitengewone openbare pressie kunnen

<sup>86</sup> Zie ook punt 77 van het bestreden arrest volgens welke „het argument van de Commissie dat openbaarmaking tijdens de ‚status-quoperiode‘ van de uitvoerig gemotiveerde mening die zij in de procedure van richtlijn 98/34 kenbaar heeft gemaakt, latere gesprekken tussen de partijen zou kunnen schaden [evenzeer faalt] [punt 3, negende alinea, van het (litigieuze) besluit], omdat die procedure zou kunnen leiden tot een niet-nakomingsberoep tegen de lidstaat die het ontwerp heeft meegedeeld”. Opgemerkt dient te worden dat punt 3, negende alinea, van het litigieuze besluit valt onder het gedeelte dat als opschrift heeft „Protection of the purpose of Investigations” (bescherming van het doel van onderzoeken).

trachten een minnelijke schikking te bereiken. Indien iedere stap van een controversiële niet-nakomingsprocedure openbaar zou zijn, zouden de politiek verantwoordelijke instanties eenmaal ingenomen standpunten slechts moeilijk weer kunnen opgeven. Dit zou wellicht al de weg naar een zinvolle, het recht respecterende, oplossing van het conflict in de weg staan.”

137. Volgens de Franse Republiek rechtvaardigt de minnelijke schikking in een geschil tussen de Commissie en de betrokken lidstaat voordat de zaak bij het Hof aanhangig wordt gemaakt, de weigering van toegang tot de betrokken documenten.

138. Schlyter is van mening dat het „feit dat in dit stadium van de procedure voor de eerste keer een argument naar voren wordt gebracht dat de vermeende nadelige gevolgen voor de dialoog tussen de Commissie en de lidstaten betreft, waarbij wordt verwezen naar de conclusie van advocaat-generaal Kokott [in de zaak Commissie/Technische Glaswerke Ilmenau (C-139/07 P, EU:C:2009:520)], leidt tot niet-ontvankelijkheid. De Franse Republiek heeft de mogelijkheid gehad om haar argument naar voren te brengen in de beginfasen van de procedure. Schlyter en het Gerecht hebben verzocht om onderbouwing van het argument inzake de vermeende nadelige gevolgen, maar de Franse Republiek heeft niet geantwoord en heeft herhaaldelijk de conclusie van advocaat-generaal Kokott geciteerd zonder uit te leggen waarom die relevant is in het kader van het onderhavige geding.”

139. Volgens Schlyter kan noch de rechtspraak<sup>87</sup> noch richtlijn 98/34 zelf ondersteuning bieden aan de bewering van de Franse Republiek dat richtlijn 98/34 er ook toe zou strekken om, als afzonderlijk en onafhankelijk doel, de dialoog tussen de Commissie en de betrokken lidstaat te verbeteren. Hij is van mening dat, hoewel een dergelijke dialoog nuttig kan zijn om het doel van richtlijn 98/34 te bereiken, dit niets verandert aan het feit dat deze richtlijn uiteindelijk slechts één doel heeft, namelijk het waarborgen van de verenigbaarheid van de nationale technische regelingen met het Unierecht en dat de vraag of openbaarmaking van de documenten afbreuk kan doen aan het doel van de procedure, moet worden bezien in het licht van dit doel.

140. Mijns inziens moet de door Schlyter aangevoerde exceptie van niet-ontvankelijkheid<sup>88</sup> worden verworpen. Uit de punten 83 en volgende van de memorie van interventie van de Franse Republiek in de zaak die heeft geleid tot het bestreden arrest volgt immers dat deze lidstaat de betrokken argumenten reeds heeft aangevoerd voor het Gerecht<sup>89</sup> en deze niet voor het eerst heeft aangevoerd voor het Hof in het kader van de onderhavige hogere voorziening.

141. Ten gronde vind ik niet dat het Gerecht een restrictieve uitlegging heeft gegeven aan het doel van de procedure van de artikelen 8 en 9 van richtlijn 98/34 en dat de minnelijke schikking van het geschil tussen de Commissie en de betrokken lidstaat voordat de zaak bij het Hof aanhangig wordt gemaakt, de weigering van toegang tot de betrokken documenten rechtvaardigt. Zoals ik heb aangegeven in mijn bevinding ten aanzien van het eerste onderdeel van het enige middel, is het doel van de procedure die in de genoemde artikelen is neergelegd, het anticiperen op en het voorkomen van de goedkeuring van technische voorschriften die handelsbelemmeringen zouden vormen. Anders dan de Franse Republiek beweert, is de minnelijke schikking van het geschil tussen de Commissie en de betrokken lidstaat voordat de zaak bij het Hof aanhangig wordt gemaakt, niet het doel van de procedure van de artikelen 8 en 9 van richtlijn 98/34. Bijgevolg kan openbaarmaking van de uitvoerig gemotiveerde mening geen afbreuk doen aan het doel van deze artikelen.

<sup>87</sup> Zie arresten van 8 september 2005, Lidl Italia (C-303/04, EU:C:2005:528, punt 22); 15 april 2010, Sandström (C-433/05, EU:C:2010:184, punt 42), en 9 juni 2011, Intercommunale Interrosane en Fédération de l'industrie et du gaz (C-361/10, EU:C:2011:382, punt 10).

<sup>88</sup> Zie punt 138 van de onderhavige conclusie.

<sup>89</sup> Zie de punten 83 en 84 van de memorie van interventie van de Franse Republiek voor het Gerecht in de zaak die heeft geleid tot het bestreden arrest volgens welke „het vaste rechtspraak is dat de lidstaten van de Commissie mogen verwachten dat zij de vertrouwelijkheid garandeert van de onderzoeken die kunnen leiden tot een beroep tot niet-nakoming [...]. In dit opzicht is, zoals advocaat-generaal Kokott in haar conclusie heeft benadrukt [in de zaak] Commissie/Technische Glaswerke Ilmenau (C-139/07 P, EU:C:2009:520), de bescherming van een ruimte waarin ongestoorde discussies over het verwijt van schending van het Unierecht kunnen plaatsvinden, zinvol opdat de betrokken lidstaat en de Commissie zonder pressie kunnen trachten een minnelijke schikking te bereiken.”

142. Dientengevolge geef ik het Hof in overweging het tweede onderdeel van het enige middel eveneens te verwerpen.

### **Kosten**

143. Ingevolge artikel 184, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof beslist het Hof over de kosten wanneer de hogere voorziening ongegrond is. Overeenkomstig artikel 138, lid 1, van dit Reglement, dat krachtens artikel 184, lid 1, ervan van toepassing is op de procedure in hogere voorziening, wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dit is gevorderd. Ingevolge artikel 140, lid 1, van dit Reglement, dat krachtens artikel 184, lid 1, ervan eveneens van toepassing is op de procedure in hogere voorziening, dragen de lidstaten en de instellingen die in het geding hebben geïntervenieerd, hun eigen kosten. Op grond van artikel 184, lid 4, van ditzelfde Reglement kan het Hof beslissen dat een partij die in eerste aanleg heeft geïntervenieerd en deelneemt aan de procedure in hogere voorziening, haar eigen kosten draagt.

144. Ik ben van mening dat de Franse Republiek overeenkomstig de conclusie van Schlyter in de kosten moet worden veroordeeld. De Republiek Finland, het Koninkrijk Zweden, de Tsjechische Republiek en de Commissie zullen hun eigen kosten dragen.

### **Conclusie**

145. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging:

- de hogere voorziening af te wijzen;
- de Franse Republiek in haar eigen kosten en in die van Carl Schlyter te verwijzen, en
- de Tsjechische Republiek, de Republiek Finland, het Koninkrijk Zweden en de Europese Commissie in hun eigen kosten te verwijzen.