ARRÊT DE LA COUR (Première chambre)

21 juillet 2011 *

Dans l'affaire C-506/08 P,

ayant pour objet un pourvoi au titre de l'article 56 du statut de la Cour de justice, introduit le 14 novembre 2008,

Royaume de Suède, représenté par Mmes K. Petkovska et A. Falk, en qualité d'agents,

partie requérante,

soutenu par:

Royaume de Danemark, représenté par Mmes B. Weis Fogh et V. Pasternak Jørgensen, en qualité d'agents,

Royaume des Pays-Bas, représenté par Mme C. Wissels et M. J. Langer, en qualité d'agents,

* Langue de procédure : l'anglais

République de Finlande, représentée par M. J. Heliskoski, en qualité d'agent,

parties intervenantes au pourvoi,

les autres parties à la procédure étant:

MyTravel Group plc, établie à Rochdale (Royaume-Uni),

partie requérante en première instance,

Commission européenne, représentée par M. X. Lewis ainsi que par Mmes P. Costa de Oliveira et C. O'Reilly, en qualité d'agents,

partie défenderesse en première instance,

soutenue par:

République fédérale d'Allemagne, représentée par MM. M. Lumma et B. Klein, en qualité d'agents,

République française, représentée par Mme E. Belliard ainsi que par MM. G. de Bergues et A. Adam, en qualité d'agents,

Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, représenté par Mme E. Jenkinson et M. S. Ossowski, en qualité d'agents,

LA COUR (première chambre),

composée de M. A. Tizzano (rapporteur), président de chambre, MM. A. Borg Barthet, M. Ilešič, M. Safjan et Mme M. Berger, juges,

avocat général: Mme J. Kokott,
greffier: Mme L. Hewlett, administrateur principal,

vu la procédure écrite et à la suite de l'audience du 7 octobre 2010,

ayant entendu l'avocat général en ses conclusions à l'audience du 3 mars 2011,

rend le présent

Arrêt

1 Par son pourvoi, le Royaume de Suède demande l'annulation de l'arrêt du Tribunal de première instance des Communautés européennes du 9 septembre 2008, MyTravel/Commission (T-403/05, Rec. p. II-2027, ci-après l'«arrêt attaqué»), par lequel celui-ci a rejeté le recours introduit par MyTravel Group plc (ci-après «MyTravel») contre la décision D(2005) 8461 de la Commission, du 5 septembre 2005 (ci-après la «première décision litigieuse») et la décision D(2005) 9763 de la Commission, du 12 octobre 2005 (ci-après la «seconde décision litigieuse»), rejetant partiellement la demande présentée par MyTravel visant à obtenir l'accès à certains documents préparatoires de la Commission en matière de contrôle des concentrations (ci-après, ensemble, les «décisions litigieuses»).

Le cadre juridique

2 Les deuxième, quatrième et onzième considérants du règlement (CE) nº 1049/2001 du Parlement européen et du Conseil, du 30 mai 2001, relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission (JO L 145, p. 43), sont libellés comme suit:

«(2) La transparence permet d'assurer une meilleure participation des citoyens au processus décisionnel, ainsi que de garantir une plus grande légitimité, efficacité et responsabilité de l'administration à l'égard des citoyens dans un système démocratique. La transparence contribue à renforcer les principes de

la démocratie et le respect des droits fondamentaux tels qu'ils sont définis à l'article 6 du traité UE et dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

[…]

(4) Le présent règlement vise à conférer le plus large effet possible au droit d'accès du public aux documents et à en définir les principes généraux et limites conformément à l'article 255, paragraphe 2, du traité CE.

[…]

(11) En principe, tous les documents des institutions devraient être accessibles au public. Toutefois, certains intérêts publics et privés devraient être garantis par le biais d'un régime d'exceptions. Il convient de permettre aux institutions de protéger leurs consultations et délibérations internes lorsque c'est nécessaire pour préserver leur capacité à remplir leurs missions. Lors de l'évaluation de la nécessité d'une exception, les institutions devraient tenir compte des principes consacrés par la législation communautaire en matière de protection des données personnelles dans tous les domaines d'activité de l'Union.»

3 L'article 1er dudit règlement dispose:

«Le présent règlement vise à:

a) définir les principes, les conditions et les limites, fondées sur des raisons d'intérêt public ou privé, du droit d'accès aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission (ci-après dénommés 'institutions') prévu à l'article 255 du traité CE de manière à garantir un accès aussi large que possible aux documents;

b) arrêter des règles garantissant un exercice aussi aisé que possible de ce droit, et

c) promouvoir de bonnes pratiques administratives concernant l'accès aux documents.»

4 Aux termes de l'article 2, paragraphes 1 et 3, du même règlement:

«1. Tout citoyen de l'Union et toute personne physique ou morale résidant ou ayant son siège dans un État membre a un droit d'accès aux documents des institutions, sous réserve des principes, conditions et limites définis par le présent règlement.

[...]

3. Le présent règlement s'applique à tous les documents détenus par une institution, c'est-à-dire établis ou reçus par elle et en sa possession, dans tous les domaines d'activité de l'Union européenne.»

5 L'article 4, paragraphes 2, 3 et 6, du règlement nº 1049/2001 prévoit:

«2. Les institutions refusent l'accès à un document dans le cas où sa divulgation porterait atteinte à la protection:

— […]

— des procédures juridictionnelles et des avis juridiques,

— des objectifs des activités d'inspection, d'enquête et d'audit,

à moins qu'un intérêt public supérieur ne justifie la divulgation du document visé.

3. L'accès à un document établi par une institution pour son usage interne ou reçu par une institution et qui a trait à une question sur laquelle celle-ci n'a pas encore pris de décision est refusé dans le cas où sa divulgation porterait gravement atteinte au processus décisionnel de cette institution, à moins qu'un intérêt public supérieur ne justifie la divulgation du document visé.

L'accès à un document contenant des avis destinés à l'utilisation interne dans le cadre de délibérations et de consultations préliminaires au sein de l'institution concernée est refusé même après que la décision a été prise, dans le cas où la divulgation du document porterait gravement atteinte au processus décisionnel de l'institution, à moins qu'un intérêt public supérieur ne justifie la divulgation du document visé.

[…]

6. Si une partie seulement du document demandé est concernée par une ou plusieurs des exceptions susvisées, les autres parties du document sont divulguées.»

6 Aux termes de l'article 7, paragraphe 2, dudit règlement:

«En cas de refus total ou partiel, le demandeur peut adresser, dans un délai de quinze jours ouvrables suivant la réception de la réponse de l'institution, une demande confirmative tendant à ce que celle-ci révise sa position.»

Les antécédents du litige

7 Par arrêt du 6 juin 2002, Airtours/Commission (T-342/99, Rec. p. II-2585), le Tribunal a annulé la décision 2000/276/CE de la Commission, du 22 septembre 1999, déclarant une concentration incompatible avec le marché commun et avec l'accord EEE (affaire IV/M.1524 — Airtours/First Choice) (JO 2000, L 93, p. 1, ci-après la «décision Airtours»). Cette décision concernait l'opération de concentration entre le voyagiste britannique Airtours plc, devenu par la suite MyTravel, et son concurrent First Choice plc (ci-après «First Choice»).

8 La Commission a alors mis en place un groupe de travail réunissant des fonctionnaires de la direction générale (DG) «Concurrence» et du service juridique de cette institution, ayant pour mission d'examiner l'opportunité d'introduire un pourvoi à l'encontre dudit arrêt et d'apprécier les répercussions que ce dernier pourrait avoir sur les procédures applicables au contrôle des concentrations ou à d'autres domaines. Ce groupe de travail a rédigé un rapport (ci-après le «rapport») qui a été présenté au membre de la Commission chargé des questions de concurrence le 25 juillet 2002, soit avant l'expiration du délai prévu pour l'introduction d'un pourvoi contre ce même arrêt.

9 Par lettre du 23 mai 2005, MyTravel a demandé à la Commission, en application du règlement nº 1049/2001, à avoir accès au rapport, aux documents relatifs à sa préparation (ci-après les «documents de travail»), ainsi qu'aux documents figurant au dossier de l'opération de concentration en cause, sur lesquels le rapport était fondé ou qui étaient cités dans celui-ci (ci-après les «autres documents internes»).

10 Compte tenu du nombre de documents demandés, MyTravel et la Commission sont convenues que cette dernière traiterait séparément, d'une part, le rapport et les documents de travail et, d'autre part, les autres documents internes.

11 La Commission ayant initialement refusé, à tout le moins partiellement, l'accès à tous ces documents par deux lettres des 12 juillet et 1er août 2005, MyTravel a introduit deux demandes confirmatives, conformément à l'article 7, paragraphe 2, du règlement nº 1049/2001, auxquelles la Commission a répondu en adoptant les décisions litigieuses.

12 Par la première décision litigieuse, la Commission a notamment refusé de communiquer à MyTravel le rapport et les documents de travail en considérant, d'une part, que ceux-ci étaient couverts par l'une au moins des exceptions au droit d'accès énoncées à l'article 4, paragraphes 2, deuxième et troisième tirets, et 3, second alinéa, du règlement nº 1049/2001, lesquelles visent, respectivement, la protection des procédures juridictionnelles et des avis juridiques, des objectifs des activités d'inspection, d'enquête et d'audit ainsi que du processus décisionnel, et, d'autre part, qu'aucun intérêt public supérieur ne justifiait la divulgation de tels documents.

13 Par la seconde décision litigieuse, la Commission a de même refusé de donner accès à une partie des autres documents internes. Elle a en effet considéré que les exceptions prévues à l'article 4, paragraphes 2, troisième tiret, et 3, second alinéa, dudit règlement, visant la protection des objectifs des activités d'inspection, d'enquête et d'audit ainsi que du processus décisionnel s'appliquaient notamment:

— aux notes adressées par le directeur général de la DG «Concurrence» au membre de la Commission chargé des questions de concurrence (ci-après les «notes au commissaire»);

— à cinq notes adressées par la DG «Concurrence» à d'autres services de la Commission, y compris au service juridique, pour transmettre et demander l'avis des destinataires sur certains projets de texte (ci-après les «notes aux autres services»), et

— aux notes d'autres services de la Commission en réponse aux cinq notes précitées de la DG «Concurrence» afin d'exposer l'analyse de ces services concernés sur lesdits projets (ci-après les «notes en réponse des autres services que le service juridique»).

14 En ce qui concerne les cinq notes présentées par le service juridique en réponse aux cinq notes précitées de la DG «Concurrence» (ci-après les «notes en réponse du service juridique»), la Commission a invoqué, pour justifier le refus d'accès, l'article 4, paragraphe 2, deuxième tiret, du règlement nº 1049/2001, disposition concernant la protection des procédures juridictionnelles et des avis juridiques.

15 Par ailleurs, la Commission a évoqué la situation particulière de certains documents pour lesquels un accès partiel ou total n'a pas été accordé. Il s'agit notamment du rapport du conseiller-auditeur, d'une note de la DG «Concurrence» adressée au comité consultatif et d'une note au dossier relative à une visite du site de First Choice.

16 Enfin, la Commission a souligné que MyTravel n'avait présenté aucun argument susceptible d'établir un intérêt public supérieur justifiant que les documents faisant l'objet de la demande d'accès soient, en tout état de cause, divulgués.

L'arrêt attaqué

17 MyTravel a, le 15 novembre 2005, introduit un recours en annulation contre les décisions litigieuses.

18 Au soutien de son recours, MyTravel invoquait une série de moyens tendant à démontrer que, par les décisions litigieuses, la Commission avait effectué une application erronée de l'article 4, paragraphes 2, deuxième et troisième tirets, et 3, second alinéa, du règlement nº 1049/2001, concernant les exceptions au droit d'accès visant la protection des procédures juridictionnelles et des avis juridiques, des activités d'inspection, d'enquête et d'audit ainsi que du processus décisionnel.

Sur l'exception visant la protection du processus décisionnel

19 Le Tribunal a, en premier lieu, vérifié si, dans les décisions litigieuses, la Commission avait bien appliqué l'exception concernant la protection du processus décisionnel, prévue à l'article 4, paragraphe 3, second alinéa, du règlement nº 1049/2001.

20 S'agissant du rapport, après avoir constaté, aux points 42 à 46 de l'arrêt attaqué, qu'il s'agissait d'un document susceptible de relever du champ d'application de cette exception et que celle-ci pouvait être invoquée «même après que la décision a été prise», le Tribunal a rappelé, au point 47 du même arrêt, que la Commission avait estimé que la divulgation du rapport aurait été susceptible de porter gravement atteinte à son processus décisionnel étant donné qu'elle aurait remis en question la liberté d'opinion de ses auteurs.

21 À cet égard, le Tribunal a considéré, aux points 48 à 53 dudit arrêt, que le rapport s'inscrivait dans le cadre des fonctions purement administratives de la Commission. Or, l'intérêt du public à obtenir communication d'un document au titre du principe de transparence n'aurait pas le même poids pour un document relevant d'une procédure administrative que pour un document relatif à une procédure dans le cadre de laquelle l'institution concernée intervient en qualité de législateur.

22 La divulgation du rapport aurait dès lors risqué d'exposer l'opinion, éventuellement critique, des fonctionnaires de la Commission et de permettre de comparer le contenu du rapport avec les décisions finalement prises. En outre, les auteurs de celui-ci auraient pu être amenés à s'autocensurer et à éviter d'exprimer des opinions susceptibles de faire courir un risque au destinataire dudit rapport. Cela aurait risqué de porter gravement atteinte à la liberté décisionnelle de la Commission, dont les membres doivent exercer leurs fonctions en pleine indépendance dans l'intérêt général de l'Union. De même, la Commission aurait été privée de l'opinion libre et complète de ses agents et fonctionnaires.

23 Le Tribunal a également relevé, au point 54 de l'arrêt attaqué, qu'un tel risque d'atteinte grave au processus décisionnel était raisonnablement prévisible et non purement hypothétique. En effet, il serait vraisemblable que le membre de la Commission chargé des questions de concurrence serait incité à ne plus solliciter l'opinion écrite, éventuellement critique, de ses collaborateurs, si des documents tels que celui en question devaient être divulgués.

24 Quant aux documents de travail, le Tribunal a estimé, au point 59 de l'arrêt attaqué, que, dès lors que le rapport est protégé au titre de l'article 4, paragraphe 3, second alinéa, du règlement nº 1049/2001, les documents qui en ont permis la réalisation et qui comportent des appréciations préparatoires ou des conclusions provisoires pour un usage interne relèvent également de cette exception.

25 En ce qui concerne les autres documents internes, c'est-à-dire les notes au commissaire, les notes aux autres services et les notes en réponse des autres services que le service juridique, le Tribunal a relevé, aux points 94 à 100 de l'arrêt attaqué, que c'est à bon droit que la Commission a soutenu que la divulgation, partielle ou totale, de ces différents documents diminuerait la capacité de ses services pour exprimer leur point de vue et risquerait de porter gravement atteinte à son processus décisionnel dans le cadre du contrôle des concentrations.

26 En effet, ces documents préparatoires pourraient indiquer les opinions, les hésitations ou les revirements qui, à la fin du processus décisionnel en cause, ne figureront peut-être plus dans les versions finales des décisions concernées. En outre, la divulgation desdits documents signifierait que leurs auteurs prendraient en compte à l'avenir la possibilité de divulgation à un point tel qu'ils pourraient être amenés à s'autocensurer et à ne plus faire état d'une opinion susceptible de faire courir un risque au destinataire du document en cause.

27 Le Tribunal a également considéré que le risque d'atteinte grave au processus décisionnel avait été apprécié par la Commission de manière individuelle et concrète, notamment lorsqu'elle avait estimé que la divulgation des documents risquerait de perturber son appréciation des opérations similaires susceptibles d'intervenir entre les parties concernées ou dans le même secteur.

28 Enfin, le Tribunal a jugé, au point 100 de l'arrêt attaqué, que le risque d'atteinte grave au processus décisionnel en cas de divulgation de ces documents était raisonnablement prévisible et non purement hypothétique. En effet, il serait vraisemblable de supposer que de tels documents puissent être utilisés, alors même qu'ils ne reprennent pas nécessairement la position définitive de la Commission, pour influencer la position de ses services lors de l'examen d'affaires similaires intéressant le même secteur d'activités ou les mêmes notions économiques.

29 Au regard du rapport du conseiller-auditeur, le Tribunal a considéré, aux points 104 à 106 de l'arrêt attaqué, que, au même titre que les autres documents internes, la Commission pouvait en refuser l'accès, compte tenu du fait que, ce rapport contenant les opinions du conseiller-auditeur sur le fond et les aspects procéduraux de l'opération de concentration en cause, sa divulgation serait susceptible de mettre en péril la liberté d'opinion de celui-ci. Cela porterait gravement atteinte au processus décisionnel de la Commission en matière de concentration, puisque celle-ci ne pourrait plus se fonder à l'avenir sur des avis indépendants, libres et complets des conseillers-auditeurs.

30 S'agissant de la note de la DG «Concurrence» adressée au comité consultatif, le Tribunal a considéré que sa divulgation porterait gravement atteinte au processus décisionnel de la Commission, étant donné que la consultation du comité consultatif fait également partie de ce processus en matière de contrôle des concentrations. Même si le comité consultatif est composé de représentants des États membres et que, à ce titre, il est donc distinct de la Commission, le fait que celle-ci soit obligée de transmettre à ce comité des documents internes afin qu'il puisse se prononcer permettrait de considérer que ladite note demeure un document interne à la Commission.

31 Le Tribunal a également jugé que la divulgation de la note au dossier relative à une visite du site de First Choice porterait gravement atteinte au processus décisionnel de la Commission en considération du fait que, pour certaines parties, ce document reflétait les impressions des fonctionnaires de la DG «Concurrence» au cours de la visite.

32 Le Tribunal s'est en outre prononcé sur la question de savoir si, en l'espèce, un intérêt public supérieur, au sens de l'article 4, paragraphe 3, second alinéa, dernière phrase, du règlement nº 1049/2001, justifiait que les documents en question soient, en tout état de cause, divulgués. À cet égard, il a constaté, au point 61 de l'arrêt attaqué, que MyTravel avait allégué que «la nécessité de comprendre ce qui s'est passé et ce qui a été fait par la Commission ainsi que la nécessité de garantir une bonne administration de la justice» constituent des intérêts publics supérieurs justifiant la divulgation des documents.

33 Le Tribunal a en substance considéré, aux points 61 à 67 et 118 de l'arrêt attaqué, que ces arguments ne permettaient pas de caractériser à suffisance de droit l'intérêt public supérieur requis par le règlement nº 1049/2001 ni de vérifier que, au terme d'une mise en balance entre ce prétendu intérêt public supérieur et l'intérêt de préserver la confidentialité des documents à l'égard du public au titre des exceptions au droit d'accès, la Commission aurait dû parvenir à la conclusion que ces documents devaient néanmoins être divulgués. Par ailleurs, le Tribunal a également relevé que l'intérêt privé de MyTravel de disposer des documents en cause pour mieux faire valoir ses arguments

dans le cadre du recours en responsabilité qu'elle avait introduit afin d'être indemnisée du préjudice prétendument subi par elle du fait de la gestion et de l'appréciation par la Commission de l'opération ayant fait l'objet de la décision Airtours ne saurait, en tant qu'intérêt purement privé, être pertinent pour apprécier la balance des intérêts publics.

34 Le Tribunal a dès lors conclu que la Commission n'avait pas commis d'erreur d'appréciation en considérant que la divulgation des documents susmentionnés aurait porté gravement atteinte à son processus décisionnel et qu'il n'existait pas d'intérêt public supérieur susceptible de justifier la divulgation de ceux-ci nonobstant une telle atteinte.

Sur l'exception relative à la protection des avis juridiques

35 En second lieu, le Tribunal a vérifié si la Commission, dans la seconde décision litigieuse, avait bien appliqué aux notes en réponse du service juridique l'exception prévue à l'article 4, paragraphe 2, deuxième tiret, du règlement nº 1049/2001.

36 À cet égard, il a considéré, aux points 124 à 126 de l'arrêt attaqué, que la divulgation de ces notes aurait risqué de transmettre au public des informations sur l'état des discussions internes entre la DG «Concurrence» et le service juridique sur la légalité de l'appréciation relative à la compatibilité avec le marché commun de l'opération ayant fait l'objet de la décision Airtours. Dans de telles circonstances, le risque d'atteinte à la protection des avis juridiques ne serait pas purement hypothétique, puisque la divulgation de ces avis risquerait de mettre la Commission dans la situation délicate où son service juridique pourrait se voir obligé de défendre devant le juge de l'Union une position qui n'était pas celle qu'il avait soutenue en interne. Or, un tel risque serait susceptible d'affecter considérablement la liberté d'opinion du service juridique ainsi que la possibilité de celui-ci de défendre efficacement devant ce juge, sur un pied

d'égalité avec les autres représentants des différentes parties à la procédure juridictionnelle, la position définitive de la Commission.

37 Pour les mêmes raisons que celles évoquées en ce qui concerne l'application de l'exception visant la protection du processus décisionnel, rappelées aux points 32 et 33 du présent arrêt, le Tribunal a estimé, au point 129 de l'arrêt attaqué, qu'aucun intérêt public supérieur, au sens de l'article 4, paragraphe 2, dernier membre de phrase, du règlement nº 1049/2001, ne justifiait la divulgation desdites notes.

Sur les conclusions de l'arrêt attaqué

38 S'agissant de la première décision litigieuse, le Tribunal n'a, aux points 80 et 81 de l'arrêt attaqué, accueilli le recours de MyTravel qu'en ce qui concerne la partie de cette décision refusant l'accès à l'un des documents de travail, à savoir le document de travail 15, sur le seul fondement de l'exception concernant la protection des activités d'inspection, d'enquête et d'audit, visée à l'article 4, paragraphe 2, troisième tiret, du règlement nº 1049/2001. Cette partie de l'arrêt attaqué ne fait pas l'objet du présent pourvoi.

39 Pour le reste, le Tribunal a considéré, d'une part, au point 79 de l'arrêt attaqué, que, par la première décision litigieuse, la Commission n'avait pas commis d'erreur d'appréciation en refusant, sur le fondement de l'article 4, paragraphe 3, second alinéa, dudit règlement, l'accès à tous les autres documents dont la communication lui avait été demandée.

40 D'autre part, il a, au point 130 de l'arrêt attaqué, conclu que, par la seconde décision litigieuse, la Commission n'avait pas non plus commis d'erreur d'appréciation en invoquant l'article 4, paragraphes 3, second alinéa, ou 2, deuxième tiret, du règlement nº 1049/2001 pour refuser la divulgation des différents documents internes ou des avis juridiques pour lesquels ces exceptions avaient été invoquées par la Commission.

41 Par conséquent, le Tribunal a estimé qu'il n'y avait plus lieu, pour des motifs d'économie de procédure, d'examiner les autres griefs de MyTravel dirigés contre les décisions litigieuses.

42 En particulier, s'agissant de la première décision litigieuse, le Tribunal n'a pas examiné les griefs relatifs aux autres exceptions que la Commission avait invoquées pour refuser la divulgation de l'une ou l'autre partie du rapport ou des documents de travail, à savoir les exceptions prévues à l'article 4, paragraphe 2, deuxième et troisième tirets, du règlement nº 1049/2001 et concernant, respectivement, la protection des procédures juridictionnelles et des avis juridiques ainsi que des objectifs des activités d'inspection, d'enquête et d'audit.

43 Quant à la seconde décision litigieuse, le Tribunal s'est également abstenu d'examiner les griefs relatifs à l'exception concernant la protection des objectifs des activités d'inspection, d'enquête et d'audit, en combinaison avec l'exception visant la protection du processus décisionnel, invoquée par la Commission pour refuser la divulgation de certains des autres documents internes.

44 Eu égard à ces considérations et après avoir partiellement annulé la première décision litigieuse, le Tribunal a, au point 2 du dispositif de l'arrêt attaqué, rejeté le recours pour le surplus.

La procédure devant la Cour et les conclusions des parties

45 Par ordonnance du président de la Cour du 2 juin 2009, le Royaume de Danemark, le Royaume des Pays-Bas ainsi que la République de Finlande ont été admis à intervenir au soutien des conclusions du Royaume de Suède et la République fédérale d'Allemagne, la République française ainsi que le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord ont été admis à intervenir au soutien des conclusions de la Commission.

46 Le Royaume de Suède et le Royaume des Pays-Bas demandent à la Cour:

— d'annuler le point 2 du dispositif de l'arrêt attaqué;

— d'annuler la première décision litigieuse, conformément aux conclusions formulées par MyTravel devant le Tribunal, dans la mesure où elle refuse l'accès au rapport et aux autres documents de travail de la Commission;

— d'annuler la seconde décision litigieuse, conformément aux conclusions formulées par MyTravel devant le Tribunal, dans la mesure où elle refuse l'accès aux autres documents internes de la Commission, et

— de condamner la Commission aux dépens relatifs à la procédure de pourvoi.

47 Le Royaume du Danemark et la République de Finlande concluent à l'annulation du point 2 du dispositif de l'arrêt attaqué ainsi que des deux décisions litigieuses.

48 La Commission, la République fédérale d'Allemagne, la République française, ainsi que le Royaume-Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord concluent au rejet du pourvoi et à la condamnation du Royaume de Suède aux dépens.

Sur le pourvoi

49 Dans son pourvoi, le Royaume de Suède soulève, en substance, trois moyens, tirés de la violation, respectivement, de l'article 4, paragraphe 3, second alinéa, du règlement nº 1049/2001, du paragraphe 2, deuxième tiret, du même article ainsi que de la partie finale des paragraphes 2 et 3, second alinéa, dudit article 4.

Sur le premier moyen, tiré d'une violation de l'article 4, paragraphe 3, second alinéa, du règlement nº 1049/2001

Argumentation des parties

50 Par son premier moyen, le Royaume de Suède, soutenu par le Royaume de Danemark, le Royaume des Pays-Bas et la République de Finlande, fait valoir que le Tribunal a interprété de manière erronée l'exception concernant la protection du processus décisionnel en ce qu'il aurait considéré que la Commission pouvait, sans effectuer aucune appréciation concrète et individuelle des documents en cause, constater que la divulgation de ceux-ci porterait gravement atteinte au processus décisionnel de cette institution.

51 À titre liminaire, le gouvernement suédois rappelle, tout d'abord, que, selon le point 66 de l'arrêt du 18 décembre 2007, Suède/Commission (C-64/05 P, Rec. p. I-11389), toute exception au principe de transparence est d'interprétation stricte et son application requiert un examen du contenu du document concrètement concerné. Ensuite, le principe de transparence s'appliquerait à l'égard de toute activité au sein de l'Union, sans qu'une distinction soit effectuée selon la nature administrative ou législative de la procédure à laquelle le document concerné par une demande d'accès se réfère. Enfin, la présomption en faveur d'une divulgation serait plus forte lorsqu'il s'agit, comme en l'espèce, d'une affaire clôturée. En effet, ainsi que le soutient également le Royaume de Danemark, les institutions devraient tenir compte de la chronologie d'une affaire.

52 Selon le Royaume de Suède ainsi que les trois États membres qui sont intervenus à son soutien, la jurisprudence, en particulier l'arrêt du 1er juillet 2008, Suède et Turco/Conseil (C-39/05 P et C-52/05 P, Rec. p. I-4723), exige que, lorsqu'une institution refuse l'accès à un document en invoquant l'une des exceptions prévues par le règlement nº 1049/2001, elle doit notamment examiner si la divulgation de ce document porterait concrètement atteinte à l'intérêt protégé par l'exception en cause. En l'espèce, même si la Commission a, dans une certaine mesure, procédé à une appréciation de la confidentialité des documents demandés, cette appréciation ne serait cependant pas aussi complète que ne le requiert ledit règlement, étant donné que cette institution a fondé l'application des exceptions sur un raisonnement abstrait concernant la liberté d'opinion des fonctionnaires ainsi que sur la libre communication interne et non pas sur le contenu des documents ayant fait l'objet de la demande d'accès.

53 Plus spécifiquement, s'agissant du rapport, le Royaume de Suède soutient, tout d'abord, que, même sans avoir connaissance de son contenu, il est raisonnable de supposer qu'il contient non seulement des informations confidentielles, mais également des parties qui ne constituent pas des éléments sensibles, telles que, par exemple, un rappel de la décision Airtours et de l'arrêt Airtours/Commission, précité, ou bien des déclarations générales, qui peuvent et doivent être divulguées, notamment en

application de l'article 4, paragraphe 6, du règlement nº 1049/2001, disposition qui prévoit la possibilité d'un accès partiel.

54 Ensuite, le Royaume de Suède reproche au Tribunal d'avoir entériné l'argument de la Commission selon lequel les fonctionnaires n'exprimeraient pas librement leurs points de vue s'il existait une possibilité que leurs écrits soient publiés. En fait, la question de savoir si l'une des exceptions prévues à l'article 4 du règlement nº 1049/2001 peut trouver application devrait être tranchée en partant du contenu du rapport et non au moyen d'un raisonnement général concernant la liberté d'opinion des auteurs de celui-ci et une éventuelle crainte liée aux conséquences d'une publication. La République de Finlande ajoute à cet égard que, l'article 4, paragraphe 3, du règlement nº 1049/2001 exigeant l'existence d'un risque d'atteinte grave au processus décisionnel, l'exigence relative à la charge de la preuve qui incombe à l'institution est particulièrement élevée.

55 Enfin, quant au risque que la divulgation des opinions des fonctionnaires puisse inciter ceux-ci à s'autocensurer, le Royaume de Suède rappelle que les fonctionnaires sont tenus de s'acquitter des obligations découlant de leur fonction de manière objective et impartiale ainsi que dans le respect de leur devoir de loyauté envers l'Union. Le fait que le public a un droit de regard sur les activités des institutions ne saurait constituer une raison acceptable pour ne pas s'acquitter de ces obligations. En tout état de cause, les fonctionnaires des institutions devraient avoir conscience de ce droit de regard, sans pouvoir s'attendre légitimement à ce que la protection de la confidentialité des documents détenus par la Commission aille au-delà de ce que prévoit le règlement nº 1049/2001.

56 En ce qui concerne les documents de travail, le Royaume de Suède soutient que le raisonnement du Tribunal, selon lequel l'accès à ces documents pouvait être refusé étant donné que le rapport lui-même était protégé par l'exception visée à l'article 4, paragraphe 3, second alinéa, du règlement nº 1049/2001, est trop général et étend indûment le champ d'application de l'exception en cause.

57 S'agissant des notes au commissaire, des notes aux autres services et des notes en réponse des autres services que le service juridique, le Royaume de Suède estime que le Tribunal a également suivi un raisonnement général et hypothétique, en se fondant sur la crainte d'empêcher une libre communication entre les différents services de la Commission.

58 Concernant le rapport du conseiller-auditeur, ledit État membre fait valoir que l'article 16, paragraphe 3, de la décision 2001/462/CE, CECA de la Commission, du 23 mai 2001, relative au mandat des conseillers-auditeurs dans certaines procédures de concurrence (JO L 162, p. 21), exige que ce rapport soit publié en même temps que la décision de la Commission dans l'affaire à propos de laquelle ce rapport a été établi. Par conséquent, il serait même douteux que ledit rapport relève de la notion d'«avis destinés à l'utilisation interne» au sens de l'article 4, paragraphe 3, second alinéa, du règlement nº 1049/2001. Certes, en l'espèce, l'affaire a été clôturée en 1999, c'est-à-dire avant l'adoption de ladite décision. Toutefois, même si au regard du régime applicable en 1999 le rapport était susceptible de bénéficier de l'exception relative à ladite notion, il aurait encore été nécessaire de prouver l'exigence effective de confidentialité.

59 S'agissant de la note de la DG «Concurrence» adressée au comité consultatif, le Royaume de Suède conteste que celle-ci puisse relever du processus décisionnel de la Commission en matière de contrôle des concentrations, compte tenu du fait que ce comité est indépendant de la Commission, de sorte que l'exception en cause ne serait même pas applicable. Par ailleurs, l'article 19, paragraphe 7, du règlement (CE) nº 139/2004 du Conseil, du 20 janvier 2004, relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (JO L 24, p. 1), prévoirait, pour l'avis du comité consultatif, des règles de publication analogues à celles régissant le rapport du conseiller-auditeur. De même, aux termes de l'article 19, paragraphe 7, du règlement (CEE) nº 4064/89 du Conseil, du 21 décembre 1989, relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises (JO 1990, L 257, p. 13), le comité consultatif pouvait recommander à la Commission la publication de son avis. Dans ces conditions, selon ledit État membre, avant de pouvoir qualifier de sensible une note adressée au comité

consultatif au sujet de la mission de celui-ci, un examen approfondi du contenu de cette note était nécessaire.

60 Enfin, le Royaume de Suède fait valoir que les circonstances entourant la note au dossier relative à une visite du site de First Choice ne ressortent pas clairement de l'arrêt attaqué. Si, comme MyTravel l'aurait affirmé, cette note concernait des observations orales de First Choice, il ne serait pas même certain qu'elle contienne effectivement un avis destiné à l'utilisation interne au sens de l'article 4, paragraphe 3, second alinéa, du règlement nº 1049/2001. Il serait, dès lors, nécessaire de clarifier quel est le contenu de ladite note afin de déterminer si l'exception prévue à cette disposition lui est applicable.

61 La Commission, soutenue par la République fédérale d'Allemagne, la République française et le Royaume-Uni, rétorque que le pourvoi du Royaume de Suède est dénué de tout fondement, dans la mesure où le Tribunal n'a aucunement sous-entendu qu'une analyse document par document était inutile.

62 Lesdites parties soulignent, tout d'abord, que le Royaume de Suède n'a pas contesté l'affirmation du Tribunal, contenue au point 49 de l'arrêt attaqué, selon laquelle l'intérêt du public à obtenir la communication d'un document n'a pas le même poids s'agissant d'un document relevant d'une procédure administrative visant, par exemple, le droit de la concurrence que lorsque c'est un document relatif à une procédure législative qui est en cause. Or, la différence de traitement entre ces documents serait justifiée notamment en considération du contrôle de légalité qui est exercé sur les actes administratifs.

63 Au demeurant, le Royaume-Uni soutient que l'approche préconisée par le Royaume de Suède est susceptible d'entraver la réalisation de l'objectif du législateur de l'Union visant à préserver un «espace de réflexion» interne à l'institution, tel qu'il ressortirait des travaux préparatoires du règlement nº 1049/2001.

64 La République fédérale d'Allemagne souligne, à cet égard, que les intérêts protégés par le règlement nº 1049/2001 diffèrent des intérêts des parties à une procédure administrative. En effet, la protection de ces derniers serait assurée par des actes spécifiques, tels que le règlement (CE) nº 802/2004 de la Commission, du 7 avril 2004, concernant la mise en œuvre du règlement nº 139/2004 (JO L 133, p. 1), applicable en l'occurrence. Par ailleurs, au point 22 de son ordonnance du 29 janvier 2009, Donnici/Parlement (C-9/08), la Cour aurait déjà précisé que l'intention d'utiliser des documents internes dans le cadre d'une procédure juridictionnelle individuelle contre une institution de l'Union, comme l'aurait déclaré MyTravel, est un indice d'un intérêt purement particulier.

65 Ensuite, la Commission et les États membres intervenus à son soutien font valoir que, dans les décisions litigieuses, elle a examiné de façon concrète chacun des documents dont l'accès avait été sollicité, ce qui serait d'ailleurs confirmé par le fait qu'elle avait accordé à MyTravel la communication de certains de ceux-ci. La République fédérale d'Allemagne ajoute à cet égard que la relation entre le degré d'importance de la motivation du refus et le cas d'espèce dépend directement de la situation concrète en cause. En ce qui concerne les affaires en matière de concurrence, les divergences d'opinion survenant entre services au cours d'une procédure administrative, qui sont concrétisées dans des avis internes du service juridique ou d'autres services de la Commission, ne manqueraient pas d'être exploitées. La Commission risquerait alors de se voir opposer, dans des procédures administratives ou juridictionnelles futures, des avis internes antérieurs divergents.

66 Enfin, la Commission estime que l'argument du Royaume de Suède selon lequel un fonctionnaire est tenu de s'acquitter des fonctions qui lui sont dévolues avec impartialité et objectivité est dépourvu de pertinence en l'espèce.

67 S'agissant des différents documents en cause, la Commission estime que les arguments du Royaume de Suède selon lesquels il serait raisonnable de penser, sans même en avoir pris connaissance, que le rapport contient des parties qui ne présentent pas

un caractère sensible, qui seraient donc susceptibles de faire l'objet d'une divulgation partielle, sont injustifiés. En tout état de cause, un accès partiel ne serait pas envisageable lorsqu'aucune des parties d'un document n'est dissociable des autres.

68 Concernant les documents de travail, la Commission soutient qu'elle en a refusé l'accès après un examen concret et ayant concerné chacun de ceux-ci. En effet, ces documents auraient été rédigés afin de préparer le rapport et seraient souvent reproduits littéralement dans celui-ci. Par conséquent, ils n'auraient pu être divulgués pour les mêmes raisons que celles invoquées à l'égard du rapport lui-même.

69 Quant au rapport du conseiller-auditeur, la Commission fait valoir que, au cours d'une enquête en matière de concentrations, le conseiller-auditeur établit deux rapports, à savoir un rapport intermédiaire, qui est purement interne, et un rapport final, qui est destiné à la publication, conformément à l'article 16, paragraphe 3, de la décision 2001/462. Or, le rapport dont il est question en l'espèce serait un rapport intermédiaire, rédigé à l'attention du membre de la Commission chargé des questions de concurrence. Le Tribunal aurait énoncé, aux points 104 à 106 de l'arrêt attaqué, les raisons pour lesquelles ce rapport ne devait pas être divulgué. En tout état de cause, la Commission précise que le régime antérieur à ladite décision, applicable ratione temporis en l'espèce, ne prévoyait aucune publication du rapport du conseiller-auditeur.

70 S'agissant de la note interne de la DG «Concurrence» adressée au comité consultatif, la Commission et le Royaume-Uni considèrent que la circonstance que l'avis dudit comité soit public n'est pas pertinente en l'espèce. En effet, la note en question, dans laquelle cette direction générale résumerait son projet de décision, aurait une teneur totalement différente de celle de cette dernière et devrait être considérée, de ce fait, comme étant un document interne.

71 La Commission observe enfin que la note au dossier relative à une visite du site de First Choice reflétait les impressions des fonctionnaires de la DG «Concurrence» au cours de la visite. Or, donner plus de détails sur le contenu de ce document reviendrait à priver l'exception en question de son effet utile.

Appréciation de la Cour

72 À titre liminaire, il y a lieu de rappeler que, conformément à son premier considérant, le règlement nº 1049/2001 s'inscrit dans la volonté exprimée à l'article 1er, deuxième alinéa, UE, inséré par le traité d'Amsterdam, de marquer une nouvelle étape dans le processus créant une union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe, dans laquelle les décisions sont prises dans le plus grand respect possible du principe d'ouverture et le plus près possible des citoyens. Ainsi que le rappelle le deuxième considérant dudit règlement, le droit d'accès du public aux documents des institutions se rattache au caractère démocratique de ces dernières (arrêts Suède et Turco/Conseil, précité, point 34, ainsi que du 21 septembre 2010, Suède e.a./API et Commission, C-514/07 P, C-528/07 P et C-532/07 P, Rec. p. I-8533, point 68).

73 À cette fin, le règlement nº 1049/2001 vise, comme l'indiquent son quatrième considérant et son article 1er, à conférer au public un droit d'accès aux documents des institutions qui soit le plus large possible (arrêts Suède et Turco/Conseil, précité, point 33; du 29 juin 2010, Commission/Technische Glaswerke Ilmenau, C-139/07 P, Rec. p. I-5885, point 51, ainsi que Suède e.a./API et Commission, précité, point 69).

74 Certes, ce droit n'en est pas moins soumis à certaines limites fondées sur des raisons d'intérêt public ou privé. Plus spécifiquement, et en conformité avec son onzième considérant, ledit règlement prévoit, à son article 4, un régime d'exceptions autorisant

les institutions à refuser l'accès à un document dans le cas où la divulgation de ce dernier porterait atteinte à l'un des intérêts protégés par cet article (voir, en ce sens, arrêts du 1er février 2007, Sison/Conseil, C-266/05 P, Rec. p. I-1233, point 62, ainsi que Suède e.a./API et Commission, précité, points 70 et 71).

75 Néanmoins, dès lors que de telles exceptions dérogent au principe de l'accès le plus large possible du public aux documents, elles doivent être interprétées et appliquées strictement (arrêts précités Sison/Conseil, point 63; Suède et Turco/Conseil, point 36, ainsi que Suède e.a./API et Commission, point 73).

76 Ainsi, lorsque l'institution concernée décide de refuser l'accès à un document dont la communication lui a été demandée, il lui incombe, en principe, de fournir des explications quant aux questions de savoir de quelle manière l'accès à ce document pourrait porter concrètement et effectivement atteinte à l'intérêt protégé par une exception prévue à l'article 4 du règlement nº 1049/2001 que cette institution invoque (arrêt Suède e.a./API et Commission, précité, point 72 et jurisprudence citée). En outre, le risque d'une telle atteinte doit être raisonnablement prévisible et non purement hypothétique (arrêt Suède et Turco/Conseil, précité, point 43).

77 S'agissant de l'exception visant la protection du processus décisionnel prévue à l'article 4, paragraphe 3, du règlement nº 1049/2001, il convient de vérifier si, comme le font valoir le Royaume de Danemark et le Royaume de Suède, la circonstance que les documents visés par cette disposition concernent une procédure administrative ayant déjà été clôturée est pertinente pour l'application concrète de l'exception en cause. En effet, contrairement aux faits en cause dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt Commission/Technische Glaswerke Ilmenau, précité (point 18), mentionné par le Royaume de Suède lors de l'audience, et comme il ressort du point 9 du présent arrêt, MyTravel a introduit sa demande d'accès aux documents concernant la procédure

ayant abouti à la décision Airtours le 23 mai 2005, c'est-à-dire à un moment auquel cette décision, qui porte la date du 22 septembre 1999, non seulement avait déjà été adoptée, mais avait également été annulée par l'arrêt du Tribunal Airtours/Commission, précité, à l'encontre duquel le délai de pourvoi était en outre expiré.

78 À cet égard, il y a lieu de relever que ledit article 4, paragraphe 3, opère une distinction claire précisément en fonction de la circonstance qu'une procédure est clôturée ou non. Ainsi, d'une part, selon le premier alinéa de cette disposition, relève du champ d'application de l'exception visant la protection du processus décisionnel tout document établi par une institution pour son usage interne ou reçu par une institution et qui concerne une question sur laquelle celle-ci n'a pas encore pris de décision. D'autre part, le second alinéa de la même disposition prévoit que, après que la décision a été prise, l'exception en cause couvre uniquement les documents contenant des avis destinés à l'utilisation interne dans le cadre de délibérations et de consultations préliminaires au sein de l'institution concernée.

79 Ce n'est dès lors que pour une partie seulement des documents à usage interne, à savoir ceux contenant des avis destinés à l'utilisation interne dans le cadre de délibérations et de consultations préliminaires au sein de l'institution concernée, que le second alinéa dudit paragraphe 3 permet d'opposer un refus même après que la décision a été prise, lorsque leur divulgation porterait gravement atteinte au processus décisionnel de cette institution.

80 Il s'ensuit que le législateur de l'Union a considéré que, une fois la décision adoptée, les exigences de protection du processus décisionnel présentent une acuité moindre, de sorte que la divulgation de tout document autre que ceux mentionnés à l'article 4, paragraphe 3, second alinéa, du règlement nº 1049/2001 ne peut jamais porter atteinte audit processus et que le refus de divulgation d'un tel document ne saurait être autorisé, alors même que la divulgation de celui-ci aurait porté gravement atteinte à ce processus si elle avait eu lieu avant l'adoption de la décision en cause.

81 Certes, ainsi que le Tribunal l'a en substance relevé au point 45 de l'arrêt attaqué, la simple possibilité de se prévaloir de l'exception en question pour refuser l'accès à des documents contenant des avis destinés à l'utilisation interne dans le cadre de délibérations et de consultations préliminaires au sein de l'institution concernée n'est nullement affectée par la circonstance que la décision a été adoptée. Toutefois, cela ne signifie pas que l'appréciation que l'institution concernée est appelée à effectuer pour établir si la divulgation d'un de ces documents est susceptible ou non de porter gravement atteinte à son processus décisionnel ne doit pas tenir compte de la circonstance que la procédure administrative à laquelle se rapportent ces documents a été clôturée.

82 En effet, les raisons invoquées par une institution et pouvant justifier le refus d'accès à un tel document dont la communication a été demandée avant la clôture de la procédure administrative pourraient ne pas être suffisantes pour opposer le refus de divulgation du même document après l'adoption de la décision, sans que cette institution explique les raisons spécifiques pour lesquelles elle estime que la clôture de la procédure n'exclut pas que ce refus d'accès demeure justifié à l'égard du risque d'atteinte grave à son processus décisionnel (voir, par analogie avec l'article 4, paragraphe 2, deuxième tiret, du règlement nº 1049/2001, arrêt Suède e.a./API et Commission, précité, points 132 à 134).

83 C'est à la lumière de ces principes qu'il convient d'examiner le premier moyen invoqué par le Royaume de Suède au soutien de son pourvoi.

84 À cette fin, il y a lieu de vérifier si le Tribunal a correctement appliqué l'article 4, paragraphe 3, second alinéa, du règlement nº 1049/2001 à l'égard de chacun des documents dont l'accès avait été refusé à MyTravel par les décisions litigieuses sur le fondement de cette disposition.

85 S'agissant du rapport, il y a lieu d'examiner la question de savoir si c'est à bon droit que le Tribunal a, au point 55 de l'arrêt attaqué, conclu que la divulgation de l'intégralité du rapport aurait porté gravement atteinte au processus décisionnel de la Commission.

86 À cet égard, le Tribunal a, tout d'abord, considéré, au point 49 de l'arrêt attaqué, que l'intérêt du public à obtenir la communication d'un document au titre du principe de transparence n'a pas le même poids en ce qui concerne un document relevant d'une procédure administrative visant l'application des règles régissant le contrôle des concentrations ou le droit de la concurrence en général qu'en ce qui concerne un document relatif à une procédure dans le cadre de laquelle l'institution communautaire intervient en qualité de législateur. Ensuite, il a, aux points 50 à 52 dudit arrêt, estimé que, dans de telles circonstances, la divulgation au public d'un document, tel que le rapport, empêcherait la Commission de disposer d'une opinion libre et complète de ses propres services, étant donné qu'elle amènerait les auteurs de ce document à s'autocensurer. Enfin, l'obligation de divulguer de tels documents inciterait le membre de la Commission chargé de la concurrence à ne plus solliciter l'opinion écrite, éventuellement critique, de ses collaborateurs sur des questions qui relèvent de sa compétence ou de celle de la Commission, ce qui nuirait considérablement à l'efficacité du processus décisionnel interne de celle-ci.

87 Or, il convient de relever, premièrement, que, certes, comme la Cour l'a déjà précisé, l'activité administrative de la Commission n'exige pas un accès aux documents aussi étendu que celui concernant l'activité législative d'une institution de l'Union (voir arrêts précités Commission/Technische Glaswerke Ilmenau, point 60, ainsi que Suède e.a./API et Commission, point 77).

88 Toutefois, cela ne signifie aucunement, comme le font valoir à juste titre le Royaume de Suède, le Royaume des Pays-Bas et la République de Finlande, qu'une telle activité échappe au champ d'application du règlement nº 1049/2001. En effet, il suffit de rappeler à cet égard que l'article 2, paragraphe 3, de ce règlement précise que celui-ci s'applique à tous les documents détenus par une institution, c'est-à-dire établis ou reçus par elle et en sa possession, dans tous les domaines d'activité de l'Union.

89 Deuxièmement, les autres considérations mentionnées au point 86 du présent arrêt et retenues par le Tribunal comme étant suffisantes pour justifier le refus opposé par la Commission à la demande d'accès de MyTravel ne sont aucunement étayées par des éléments circonstanciés, au regard du contenu concret du rapport, permettant de comprendre les raisons pour lesquelles la divulgation de celui-ci aurait été susceptible de porter gravement atteinte au processus décisionnel de la Commission, alors même que la procédure à laquelle ce document se rapporte avait déjà été clôturée. En d'autres termes, le Tribunal aurait dû exiger de la Commission qu'elle indique, conformément aux principes énoncés notamment aux points 81 et 82 du présent arrêt, les raisons spécifiques pour lesquelles cette institution considérait que la clôture de la procédure administrative n'excluait pas que le refus d'accès au rapport demeurât justifié au regard du risque d'atteinte grave audit processus décisionnel.

90 Il s'ensuit que le Tribunal a commis une erreur de droit en considérant que la Commission pouvait, dans de telles circonstances, refuser l'accès à l'intégralité du rapport.

91 S'agissant des autres documents, il y lieu d'examiner au préalable les arguments invoqués par le Royaume de Suède pour contester que le rapport du conseiller-auditeur, la note de la DG «Concurrence» adressée au comité consultatif et la note au dossier relative à une visite du site de First Choice puissent être considérés, contrairement à l'appréciation du Tribunal contenue, respectivement, aux points 105, 111 et 116 de l'arrêt attaqué, comme des documents contenant des avis destinés à l'utilisation interne dans le cadre de délibérations et de consultations préliminaires au sein de l'institution concernée, au sens de l'article article 4, paragraphe 3, second alinéa, du règlement nº 1049/2001.

92 Or, en ce qui concerne, tout d'abord, le rapport du conseiller-auditeur, force est de constater que, même si le Royaume de Suède éprouve des doutes quant à la possibilité d'appliquer l'exception en cause à un tel rapport, qui est soumis à la réglementation prévue par la décision 2001/462, il reconnaît lui-même que, au regard du régime

concrètement applicable en 1999 au rapport du conseiller-auditeur dont MyTravel avait demandé la communication, celui-ci relève du champ d'application dudit article 4, paragraphe 3, second alinéa.

93 S'agissant, ensuite, de la note de la DG «Concurrence» adressée au comité consultatif, il est évident que, contrairement à ce que fait valoir le Royaume de Suède, la circonstance qu'un document est susceptible d'être publié n'exclut pas, en tant que telle, que ce même document puisse relever de l'exception en cause. En effet, il ressort du libellé de l'article 4, paragraphe 3, second alinéa, du règlement nº 1049/2001 que celui-ci s'applique à tout document contenant des avis destinés à l'utilisation interne dans le cadre de délibérations et de consultations préliminaires au sein de l'institution. Or, ainsi que l'a relevé le Tribunal au point 111 de l'arrêt attaqué, sans être contredit sur ce point par le Royaume de Suède ni par les États membres intervenus au soutien de ce dernier, ce qui permet de considérer que le document en cause est un document interne à la Commission aux fins de l'application de ladite disposition, c'est précisément le fait que la Commission était obligée de transmettre à ce comité consultatif des documents internes en application de l'article 19 du règlement nº 4064/89 afin qu'il puisse se prononcer conformément à la procédure qui requiert son intervention.

94 Enfin, quant à la note au dossier relative à une visite du site de First Choice, il convient de relever que le Royaume de Suède ne soutient pas que le Tribunal a dénaturé les faits lorsqu'il a, au point 116 de l'arrêt attaqué, constaté que ce document contenait des délibérations internes de la DG «Concurrence» concernant l'enquête dans la mesure où, pour certaines parties, ce document reflétait les impressions des fonctionnaires de cette direction générale au cours de la visite et non pas, comme le soutenait MyTravel en première instance, des observations orales de First Choice. Dans ces conditions, cette appréciation des faits effectuée par le Tribunal ne saurait être remise en cause au stade du pourvoi.

95 Il s'ensuit que le Tribunal n'a commis aucune erreur de droit en considérant que le rapport du conseiller-auditeur, la note de la DG «Concurrence» adressée au comité consultatif et la note au dossier relative à une visite du site de First Choice constituaient

des documents contenant des avis destinés à l'utilisation interne dans le cadre de délibérations et de consultations préliminaires au sein de la Commission, au sens de l'article article 4, paragraphe 3, second alinéa, du règlement nº 1049/2001.

96 Toutefois, le Royaume de Suède soutient que le Tribunal a violé l'article 4, paragraphe 3, second alinéa, du règlement nº 1049/2001 lorsqu'il a conclu, en substance, aux points 59, 94, 104, 111 et 115 de l'arrêt attaqué, que la divulgation des trois documents mentionnés au point 91 du présent arrêt ainsi que, d'une part, des documents de travail et, d'autre part, des notes au commissaire, des notes aux autres services et des notes en réponse des autres services que le service juridique aurait porté gravement atteinte au processus décisionnel de la Commission.

97 Or, il convient, tout d'abord, de constater que, en ce qui concerne le rapport du conseiller-auditeur, la note de la DG «Concurrence» adressée au comité consultatif et la note au dossier relative à une visite du site de First Choice, le Tribunal, aux points respectivement 106, 111 et 116 de l'arrêt attaqué, a fondé la légalité du refus opposé par la Commission à la demande de divulgation de MyTravel uniquement sur des considérations tenant à l'incidence qu'une telle divulgation aurait pu avoir sur la liberté d'opinion du conseiller-auditeur, à la nature interne des documents en cause et à la circonstance que ceux-ci reflétaient les impressions des fonctionnaires de la Commission.

98 Or, force est de constater que, contrairement aux exigences rappelées aux points 81 et 82 du présent arrêt, le Tribunal n'a nullement vérifié si la Commission avait fourni des raisons spécifiques pour lesquelles de telles considérations permettaient de conclure que la divulgation de ces derniers documents aurait porté gravement atteinte au processus décisionnel de cette institution, alors même que la procédure administrative à laquelle ces documents se référaient était terminée.

99 Ensuite, s'agissant des documents de travail, le Tribunal a, au point 59 de l'arrêt attaqué, estimé que ceux-ci avaient permis la réalisation du rapport et comportaient des appréciations préparatoires ou des conclusions provisoires pour un usage interne et qu'ils relevaient dès lors de l'exception en cause.

100 Force est de constater à cet égard que, compte tenu du fait que, ainsi qu'il a été jugé au point 89 du présent arrêt, les considérations ayant conduit le Tribunal à conclure que l'accès au rapport pouvait être refusé n'étaient pas suffisantes, le Tribunal ne pouvait pas non plus considérer, sur le seul fondement de la circonstance que lesdits documents de travail avaient permis la réalisation du rapport, que la divulgation de ceux-ci aurait porté gravement atteinte au processus décisionnel de la Commission et que, dès lors, ces documents ne devaient pas être divulgués.

101 Enfin, quant aux notes au commissaire, aux notes aux autres services et aux notes en réponse des autres services que le service juridique, le Tribunal a, en revanche, considéré, aux points 98 et 99 de l'arrêt attaqué, que la Commission avait expliqué que le refus opposé à la divulgation de ces documents était justifié même après l'adoption de la seconde décision litigieuse, étant donné qu'une telle divulgation aurait risqué de perturber son appréciation des opérations similaires susceptibles d'intervenir entre les parties concernées ou dans le même secteur ou encore des «affaires relatives au concept de position dominante collective». En outre, la Commission s'était également référée spécifiquement à une affaire EMI/Time Warner, à propos de laquelle elle avait refusé une demande d'accès au titre du règlement nº 1049/2001 concernant la communication des griefs pour protéger les délibérations de ses services dans une affaire BMG/Sony qui concernait le même secteur d'activités.

102 Toutefois, force est de constater que, comme l'a relevé en substance Mme l'avocat général aux points 78 à 84 de ses conclusions, de tels arguments ne sont aucunement étayés. En particulier, la Commission n'a fourni, ainsi qu'il est exigé par la jurisprudence mentionnée au point 76 du présent arrêt, aucun élément permettant de considérer que l'accès auxdits documents aurait eu une incidence concrète sur d'autres

procédures administratives spécifiques. Au demeurant, à supposer même que la Commission ait, dans une affaire isolée, correctement refusé une demande d'accès à la communication des griefs pour protéger les délibérations de ses services dans une autre affaire qui concernait le même secteur d'activités, cela ne démontre nullement que tout refus d'accès à des documents sur le fondement de l'exception en question soit justifié en tant que tel.

103 Au regard de ce qui précède, il convient d'accueillir le premier moyen invoqué par le Royaume de Suède au soutien de son pourvoi.

Sur le deuxième moyen, tiré d'une violation de l'article 4, paragraphe 2, deuxième tiret, du règlement nº 1049/2001

Argumentation des parties

104 Par son deuxième moyen, le Royaume de Suède, soutenu par le Royaume de Danemark, le Royaume des Pays-Bas et la République de Finlande, fait valoir que le Tribunal a violé l'article 4, paragraphe 2, deuxième tiret, du règlement nº 1049/2001 en jugeant, en méconnaissance de la jurisprudence résultant de l'arrêt Suède et Turco/Conseil, précité, que la Commission avait à bon droit refusé l'accès aux notes en réponse du service juridique sur le fondement de l'exception visant la protection des avis juridiques, sans avoir préalablement opéré un examen du contenu de ces notes.

105 En effet, la circonstance que la légalité d'une décision risque d'être remise en cause par la divulgation d'un document ne constituerait pas une raison justifiant que ce document ne soit pas divulgué. Ce serait, en revanche, précisément l'absence d'information qui serait susceptible de faire naître des doutes quant à la légitimité du processus décisionnel au sein des institutions. Or, ce risque serait évité si, dans sa décision, la Commission indiquait clairement les motifs qui l'ont amenée à opter pour une solution à l'égard de laquelle le service juridique avait émis un avis défavorable. En outre, l'affirmation selon laquelle, en cas de divulgation, le service juridique serait amené à faire preuve, à l'avenir, de retenue et de prudence serait infondée. Enfin, l'argument selon lequel il serait difficile pour ce dernier de défendre un point de vue différent du sien devant le juge de l'Union serait trop général pour établir l'existence d'un risque d'atteinte à l'intérêt protégé par ladite disposition.

106 La Commission, soutenue par la République fédérale d'Allemagne, la République française et le Royaume-Uni, estime que le raisonnement du Tribunal est conforme à la jurisprudence résultant de l'arrêt Suède et Turco/Conseil, précité.

107 En effet, le document en cause dans l'affaire ayant donné lieu audit arrêt aurait concerné une procédure législative, tandis que, en l'espèce, les notes en réponse du service juridique ont trait à une procédure de nature administrative. Or, le Tribunal aurait expliqué en détail, aux points 123 à 127 de l'arrêt attaqué, que le risque d'atteinte à la protection des avis juridiques entraîné par la divulgation de ces notes est concret et qu'il est lié à la circonstance que, si le collège des commissaires ne devait pas suivre les avis du service juridique et adopter une décision différente de celle préconisée par ce dernier, la divulgation de ces avis fragiliserait le bénéfice que la Commission peut retirer de ces mêmes avis.

108 La République fédérale d'Allemagne ajoute que la Cour aurait déjà jugé, au point 18 de son ordonnance Donnici/Parlement, précitée, que, dans le contexte d'une procédure juridictionnelle, le principe du procès équitable se trouverait violé si, par exemple, le service juridique se trouvait contraint, en cas de divergence entre l'avis qu'il a émis

et la décision finalement adoptée, de devoir défendre dans un procès une position opposée à celle qu'il avait lui-même exprimée dans le passé.

Appréciation de la Cour

109 Afin de répondre au deuxième moyen du pourvoi, il y a lieu de rappeler d'emblée que, comme il a été précisé aux points 87 et 88 du présent arrêt et contrairement à ce que semble suggérer, notamment, la Commission, l'activité administrative des institutions n'échappe nullement au champ d'application du règlement nº 1049/2001.

110 En outre, il importe de relever également que, comme il a été rappelé au point 76 du présent arrêt, lorsque l'institution concernée décide de refuser l'accès à un document dont la communication lui a été demandée, il lui incombe, en principe, de fournir des explications quant aux questions de savoir de quelle manière l'accès à ce document pourrait porter concrètement et effectivement atteinte à l'intérêt protégé par une exception prévue à l'article 4 du règlement nº 1049/2001 que cette institution invoque.

111 S'agissant, en l'espèce, de l'exception relative à la protection des avis juridiques, prévue à l'article 4, paragraphe 2, deuxième tiret, dudit règlement, il convient de vérifier comme le demandent le Royaume de Suède et les autres États membres intervenus à son soutien, si les considérations retenues par le Tribunal étaient effectivement suffisantes pour conclure que c'est à bon droit que la Commission avait refusé l'accès aux notes en réponse du service juridique.

112 À cette fin, il y a lieu de rappeler que le Tribunal a considéré, premièrement, au point 124 de l'arrêt attaqué, que la divulgation desdites notes aurait risqué de transmettre au public des informations sur l'état des discussions internes entre la DG «Concurrence» et le service juridique sur la légalité de l'appréciation relative à la compatibilité avec le marché commun de l'opération ayant abouti à la décision Airtours, ce qui, en tant que tel, aurait risqué de remettre en cause les décisions susceptibles d'intervenir entre les mêmes parties ou dans le même secteur. Deuxièmement, le Tribunal a, au point 125 dudit arrêt, estimé que le fait de faire droit à la demande de divulgation des notes en cause aurait été susceptible de conduire le service juridique à faire preuve, à l'avenir, de retenue et de prudence dans la rédaction de telles notes afin de ne pas affecter la capacité de décision de la Commission dans les matières où elle intervient en qualité d'administration. Troisièmement, le Tribunal a, au point 126 du même arrêt, relevé que la divulgation de ces notes aurait risqué de mettre la Commission dans la situation délicate où son service juridique pourrait se voir obligé de défendre devant le Tribunal une position qui n'était pas celle qu'il avait soutenue en interne dans le cadre du rôle de conseil des services en charge du dossier qui était le sien au cours de la procédure administrative.

113 Or, s'agissant, tout d'abord, de la crainte que la divulgation d'un avis du service juridique de la Commission relatif à un projet de décision soit susceptible d'induire un doute sur la légalité de la décision définitive, il y a lieu de relever que, ainsi que l'a fait valoir à juste titre le Royaume de Suède, c'est précisément la transparence à cet égard qui, en permettant que les divergences entre plusieurs points de vue soient ouvertement débattues, contribue à conférer aux institutions une plus grande légitimité aux yeux des citoyens de l'Union et à augmenter la confiance de ceux-ci. De fait, c'est plutôt l'absence d'information et de débat qui est susceptible de faire naître des doutes dans l'esprit des citoyens, non seulement quant à la légalité d'un acte isolé, mais aussi quant à la légitimité du processus décisionnel dans son entièreté (arrêt Suède et Turco/Conseil, précité, point 59).

114 Par ailleurs, le risque que des doutes naissent dans l'esprit des citoyens de l'Union quant à la légalité d'un acte adopté par une institution du fait que le service juridique de celle-ci a émis un avis défavorable à propos de cet acte ne se réaliserait le plus

souvent pas si la motivation de celui-ci était renforcée de façon à mettre en évidence les raisons pour lesquelles cet avis défavorable n'a pas été suivi (arrêt Suède et Turco/Conseil, précité, point 60).

115 En ce qui concerne, ensuite, l'argument selon lequel le service juridique devrait faire preuve de retenue et de prudence, il suffit de constater que le Tribunal, sans aucunement vérifier si cet argument était étayé par des éléments concrets et circonstanciés, ne s'est fondé que sur des considérations générales et abstraites.

116 En outre, quant à l'argument selon lequel le service juridique pourrait se trouver contraint de défendre devant les juridictions de l'Union la légalité d'une décision à propos de laquelle il avait exprimé un avis négatif, il convient de relever que, comme le soutient le Royaume de Suède, un argument d'ordre aussi général ne peut justifier une exception à la transparence prévue par le règlement n° 1049/2001 (arrêt Suède et Turco/Conseil, précité, point 65).

117 En effet, en l'espèce, comme il a été rappelé au point 77 du présent arrêt, la demande d'accès de MyTravel a été introduite après que la décision Airtours avait été annulée par l'arrêt du Tribunal Airtours/Commission, précité, et que le délai de pourvoi contre cet arrêt eut expiré. Dans de telles circonstances, ainsi que le relève en substance Mme l'avocat général au point 96 de ses conclusions, le service juridique n'aurait pas pu se trouver dans une situation telle que celle évoquée au point précédent, aucun recours portant sur la légalité de cette décision n'étant plus envisageable devant les juridictions de l'Union.

118 Enfin, en ce qui concerne l'argument soulevé par la République d'Allemagne en s'appuyant sur l'ordonnance Donnici/Parlement, précitée, il suffit de relever que les faits ayant donné lieu à cette ordonnance sont différents de ceux de la présente espèce. En effet, d'une part, ladite ordonnance concernait non pas une demande d'accès au

sens du règlement nº 1049/2001, mais une demande tendant à ce que soit versé au dossier de la procédure devant la Cour un avis du service juridique du Parlement. D'autre part, une telle demande avait été présentée dans le cadre d'un litige pendant qui portait précisément sur la validité de la décision du Parlement à laquelle cet avis se rapportait. Par conséquent, ladite ordonnance ne saurait être pertinente afin de fonder la légalité du refus d'accès en question au regard de l'article 4, paragraphe 2, deuxième tiret, du règlement nº 1049/2001.

119 Eu égard à ce qui précède, le deuxième moyen invoqué par le Royaume de Suède au soutien de son pourvoi doit également être accueilli.

Sur le troisième moyen, tiré d'une violation des membres de phrase figurant à la fin des paragraphes 2 et 3, second alinéa, de l'article 4 du règlement nº 1049/2001

120 Par son troisième moyen, le Royaume de Suède reproche au Tribunal d'avoir mal apprécié l'existence, en l'espèce, d'un intérêt public supérieur justifiant la divulgation des documents, quand bien même une telle divulgation aurait risqué de porter atteinte aux intérêts protégés, respectivement, en application de l'article 4, paragraphes 2, deuxième tiret, et 3, second alinéa, du règlement nº 1049/2001.

121 Or, compte tenu du fait que les premier et deuxième moyens invoqués par le Royaume de Suède au soutien de son pourvoi ont été accueillis par la Cour, il n'y a pas lieu d'examiner le troisième moyen de celui-ci.

Sur le recours et le renvoi au Tribunal

122 Conformément à l'article 61, premier alinéa, du statut de la Cour de justice de l'Union européenne, cette dernière, en cas d'annulation de la décision du Tribunal, peut soit statuer elle-même définitivement sur le litige, lorsque celui-ci est en état d'être jugé, soit renvoyer l'affaire devant le Tribunal pour qu'il statue.

123 En l'espèce, la Cour dispose des éléments nécessaires pour statuer définitivement sur les moyens invoqués au soutien du recours tirés de la violation, d'une part, de l'article 4, paragraphe 3, second alinéa, du règlement nº 1049/2001, dirigé contre les deux décisions litigieuses et, d'autre part, du paragraphe 2, deuxième tiret, dudit article, dirigé contre la seconde décision litigieuse.

124 À cet égard, il suffit de relever que, pour les motifs énoncés aux points 89, 98, 100 et 102 du présent arrêt, la Commission, dans les décisions litigieuses, n'a pas correctement appliqué l'exception visant la protection du processus décisionnel de cette institution. De même, au regard des motifs exposés aux points 113 à 117 du présent arrêt, cette dernière a également appliqué de manière erronée l'exception visant la protection des avis juridiques.

125 Il s'ensuit que, d'une part, les décisions litigieuses doivent être annulées en ce qu'elles se fondent sur l'article 4, paragraphe 3, second alinéa, du règlement nº 1049/2001 et que, d'autre part, la seconde décision litigieuse doit être annulée également en ce qu'elle se fonde sur le paragraphe 2, deuxième tiret, dudit article.

126 En revanche, la Cour n'est pas en mesure de statuer sur les moyens invoqués par My-Travel au soutien de son recours, rappelés au point 42 du présent arrêt, dirigés contre la première décision litigieuse et tirés de la violation de l'article 4, paragraphe 2, deuxième et troisième tirets, du règlement nº 1049/2001, ni sur les moyens, rappelés

au point 43 de cet arrêt, dirigés contre la seconde décision litigieuse et concernant l'exception relative à la protection des objectifs des activités d'inspection, d'enquête et d'audit, en combinaison avec l'exception relative à la protection du processus décisionnel.

127 En effet, ainsi qu'il a été relevé auxdits points 42 et 43 et comme il résulte des points 79 et 130 de l'arrêt attaqué, le Tribunal n'a pas examiné ces moyens.

128 Par conséquent, il y a lieu de renvoyer l'affaire devant le Tribunal pour qu'il statue sur les moyens du recours introduit devant lui par MyTravel sur lesquels il ne s'est pas prononcé.

Sur les dépens

129 L'affaire étant renvoyée devant le Tribunal, il convient de réserver les dépens afférents à la présente procédure de pourvoi.

Par ces motifs, la Cour (première chambre) déclare et arrête:

1) **Le point 2 du dispositif de l'arrêt du Tribunal de première instance des Communautés européennes du 9 septembre 2008, MyTravel/Commission (T-403/05), est annulé.**

2) La décision D(2005) 8461 de la Commission, du 5 septembre 2005, rejetant la demande présentée par MyTravel Group plc visant à obtenir l'accès à certains documents préparatoires de la Commission en matière de contrôle des concentrations, est annulée en ce qu'elle se fonde sur l'article 4, paragraphe 3, second alinéa, du règlement (CE) nº 1049/2001 du Parlement européen et du Conseil, du 30 mai 2001, relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission.

3) La décision D(2005) 9763 de la Commission, du 12 octobre 2005, rejetant partiellement la demande présentée par MyTravel Group plc visant à obtenir l'accès à certains documents préparatoires de la Commission en matière de contrôle des concentrations, est annulée en ce qu'elle se fonde sur l'article 4, paragraphes 2, deuxième tiret, et 3, second alinéa, du règlement nº 1049/2001.

4) L'affaire est renvoyée au Tribunal de l'Union européenne pour qu'il statue sur les moyens du recours introduit devant lui par MyTravel Group plc sur lesquels il ne s'est pas prononcé.

5) Les dépens sont réservés.

Signatures