ARREST VAN HET GERECHT (Derde kamer — uitgebreid)

9 september 2008 *

In zaak T-403/05,

MyTravel Group plc, gevestigd te Rochdale, Lancashire (Verenigd Koninkrijk), vertegenwoordigd door D. Pannick, QC, A. Lewis, barrister, M. Nicholson, S. Cardell en B. McKenna, solicitors,

verzoekster,

tegen

Commissie van de Europese Gemeenschappen, aanvankelijk vertegenwoordigd door P. Hellström en P. Costa de Oliveira, vervolgens door X. Lewis en Costa de Oliveira, als gemachtigden,

verweerster,

betreffende een verzoek tot nietigverklaring van de besluiten van de Commissie van 5 september [D(2005) 8461] en 12 oktober 2005 [D(2005) 9763] houdende afwijzing van een door verzoekster ingediend verzoek om toegang tot een aantal voorbereidende documenten met betrekking tot beschikking 2000/276/EG van de Commissie van 22 september 1999 waarbij een concentratie met de gemeenschappelijke markt en de EER-Overeenkomst onverenigbaar wordt verklaard (zaak nr. IV/M.1524 — Airtours/First Choice) (PB 2000, L 93, blz. 1), en tot documenten die door de diensten van de

* Procestaal: Engels.

Commissie zijn opgesteld nadat die beschikking bij arrest van het Gerecht van 6 juni 2002, Airtours/Commissie (T-342/99, Jurispr. blz. II-2585), nietig was verklaard,

wijst

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Derde kamer — uitgebreid),

samengesteld als volgt: J. Azizi, kamerpresident, J. D. Cooke, E. Cremona, I. Labucka en S. Frimodt Nielsen (rapporteur), rechters,

griffier: C. Kantza, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 29 april 2008,

het navolgende

Arrest

Toepasselijke bepalingen

1 Verordening (EG) nr. 1049/2001 van het Europees Parlement en de Raad van 30 mei 2001 inzake de toegang van het publiek tot documenten van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie (PB L 145, blz. 43) bepaalt de beginselen, voorwaarden en beperkingen van het in artikel 255 EG bedoelde recht van toegang tot documenten van deze instellingen.

2 Artikel 2, lid 1, van deze verordening luidt als volgt:

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

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

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

— […],

— gerechtelijke procedures en juridisch advies,

— het doel van inspecties, onderzoeken en audits,

tenzij een hoger openbaar belang openbaarmaking gebiedt.

3. […]

De toegang tot een document met standpunten voor intern gebruik in het kader van beraadslagingen en voorafgaand overleg binnen de betrokken instelling wordt ook

geweigerd nadat het besluit genomen is, indien de openbaarmaking van het document het besluitvormingsproces van de instelling ernstig zou ondermijnen, tenzij een hoger openbaar belang openbaarmaking gebiedt."

Aan het geding ten grondslag liggende feiten

1. *Vanaf de concentratie Airtours/First Choice tot aan de gevolgen van het arrest Airtours*

4 Op 29 april 1999 heeft verzoekster, de Britse touroperator Airtours plc, thans MyTravel Group plc, aangekondigd dat zij van plan was alle aandelen in het kapitaal van First Choice plc, een van haar concurrenten in het Verenigd Koninkrijk, op de beurs te verwerven. Dezelfde dag heeft Airtours de voorgenomen concentratie bij de Commissie aangemeld om daarvoor machtiging te krijgen op grond van verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad van 21 december 1989 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (gerectificeerde versie PB 1990, L 257, blz. 13), zoals gewijzigd bij verordening (EG) nr. 1310/97 van de Raad van 30 juni 1997 (PB L 180, blz. 1).

5 Bij beschikking 2000/276/EG van 22 september 1999 (zaak nr. IV/M.1524 — Airtours/First Choice) (PB 2000, L 93, blz. 1; hierna: „beschikking Airtours") heeft de Commissie deze concentratie onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en de EER-Overeenkomst verklaard krachtens artikel 8, lid 3, van verordening nr. 4064/89. Airtours heeft tegen deze beschikking een beroep tot nietigverklaring ingesteld.

6 Bij arrest van 6 juni 2002, Airtours/Commissie (T-342/99, Jurispr. blz. II-2585; hierna: „arrest Airtours"), heeft het Gerecht de beschikking Airtours nietig verklaard.

7 Na het arrest Airtours heeft de Commissie een werkgroep bestaande uit ambtenaren van het directoraat-generaal (DG) „Concurrentie" en van de juridische dienst opgericht om te onderzoeken of het opportuun is, hogere voorziening in te stellen tegen dit arrest, en welke gevolgen dit arrest heeft voor de procedures op het gebied van de controle op concentraties van ondernemingen of op andere gebieden. Op 25 juli 2002, dus vóór het verstrijken van de termijn voor hogere voorziening, is het rapport van de werkgroep aan de Commissie voorgelegd.

8 Op 18 juni 2003 heeft verzoekster een beroep ingesteld strekkende tot vergoeding van de schade die zij haars ziens heeft geleden door de wijze waarop de Commissie de concentratie Airtours/First Choice heeft beheerd en beoordeeld (zaak T-212/03, MyTravel/Commissie; hierna: „beroep tot schadevergoeding").

2. *Het verzoek om toegang tot documenten*

9 Bij brief van 23 mei 2005 heeft verzoekster de Commissie krachtens verordening nr. 1049/2001 verzocht om toegang tot verschillende documenten. Het ging om het rapport van de werkgroep (hierna: „rapport"), de documenten ter voorbereiding van dit rapport (hierna: „werkdocumenten") en de in het dossier van de zaak Airtours/First Choice aanwezige documenten waarop dat rapport is gebaseerd of die in dat rapport worden aangehaald (hierna: „andere interne documenten").

10 Wegens het grote aantal documenten hebben de Commissie en verzoekster overeenkomstig artikel 6, lid 3, van verordening nr. 1049/2001 overleg gepleegd om een billijke oplossing te vinden. Die oplossing bestond erin het rapport en de werkdocumenten enerzijds en de andere interne documenten anderzijds apart te behandelen.

Het rapport en de werkdocumenten (eerste besluit)

11 Bij brief van 12 juli 2005 heeft de Commissie verzoekster laten weten dat het rapport en de werkdocumenten haar niet kunnen worden meegedeeld omdat zij onder de in artikel 4, lid 2, tweede en derde streepje, en artikel 4, lid 3, tweede alinea, van verordening nr. 1049/2001 bepaalde uitzonderingen op het recht van toegang van het publiek tot documenten van de Commissie vallen, en geen hoger openbaar belang openbaarmaking gebiedt.

12 Bij brief van 19 juli 2005 heeft verzoekster krachtens artikel 7, lid 2, van verordening nr. 1049/2001 een confirmatief verzoek ingediend.

13 Bij brief van 5 september 2005 [D(2005) 8461] (hierna: „eerste besluit") heeft de Commissie volledige toegang verleend tot drie documenten (het werkschema, het tijdschema en de opdracht van de werkgroep) en gedeeltelijke toegang tot twee andere documenten (de documenten nrs. 13 en 16). Mededeling van het rapport en van de andere werkdocumenten heeft de Commissie geweigerd om de eerder genoemde redenen.

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

15 De Commissie voert als rechtvaardigingsgrond voor haar weigering om toegang te verlenen tot de afdelingen B en F.1 van het rapport en tot bepaalde werkdocumenten (punten I.3, II en de bijlage met als opschrift „Lijst van de ‚werkdocumenten'" van het eerste besluit) ook artikel 4, lid 2, tweede streepje, van verordening nr. 1049/2001 aan. Volgens haar bevatten deze afdelingen de overwegingen over de vraag of het opportuun is, hogere voorziening in te stellen tegen het arrest Airtours, terwijl in het door verzoekster ingestelde beroep tot schadevergoeding wordt ingegaan op de overwegingen van de Commissie in de beschikking Airtours. De openbaarmaking van die afdelingen in deze stand van het beroep tot schadevergoeding zou dus afbreuk kunnen doen aan het recht van de Commissie om in een serene sfeer en zonder enige invloed van buitenaf over die zaak te pleiten. Op een door verzoekster in haar confirmatief verzoek aangevoerd argument antwoordt de Commissie in haar eerste besluit dat de afdelingen B en F.1 van het rapport wel degelijk „uitsluitend voor een welbepaalde procedure in rechte", namelijk de procedure in de zaak Airtours, zijn opgesteld overeenkomstig de formule van het arrest van het Gerecht van 7 december 1999, Interporc/Commissie (T-92/98, Jurispr. blz. II-3521).

16 Als rechtvaardigingsgrond voor haar weigering om toegang te verlenen tot de afdelingen C, D, E en F.2 van het rapport en tot bepaalde werkdocumenten (punten I.2, II en de bijlage met als opschrift „Lijst van de ‚werkdocumenten'" van het eerste besluit) voert de Commissie ook artikel 4, lid 2, derde streepje, van verordening nr. 1049/2001 aan. Volgens haar zijn die afdelingen het resultaat van een interne audit over de bestaande procedures inzake controle op concentraties van ondernemingen, die is verricht om aanbevelingen te formuleren voor het verbeteren van deze procedures en voor het reorganiseren van haar diensten. De Commissie verklaart dat openbaarmaking van dergelijke gegevens afbreuk zou doen aan haar vermogen om haar acties op het gebied van de mededinging te verbeteren, en dat die aanbevelingen niet hadden kunnen worden geformuleerd indien de audit niet onafhankelijk had kunnen worden verricht. Zij beklemtoont dat deze uitzondering van toepassing blijft nadat de audit is voltooid, aangezien zij zowel het verrichten van de audit als het doel van de audit beschermt.

17 Verder wijst de Commissie erop dat bovengenoemde uitzonderingen gelden tenzij een hoger openbaar belang openbaarmaking van het betrokken document gebiedt (punt IV van het eerste besluit). Zij verklaart dat dit hoger openbaar belang zwaarder moet wegen dan het belang dat door de uitzondering op het recht van toegang wordt beschermd. Volgens haar heeft verzoekster echter geen enkel hoger openbaar belang aangedragen. Integendeel, verzoeksters belang bij het gebruik van de betrokken documenten betreft de uitoefening van haar wettelijke rechten in het kader van het beroep tot schadevergoeding voor het Gerecht, wat veeleer een particulier belang is.

Bijgevolg is de Commissie van mening dat de door haar aangevoerde specifieke belangen voorrang hebben boven het algemene belang van openbaarmaking van de documenten.

De andere interne documenten (tweede besluit)

18 Bij brief van 1 augustus 2005 heeft de Commissie geantwoord op het verzoek om toegang tot de andere interne documenten. Enkele van deze documenten zijn ten dele openbaar gemaakt, terwijl de toegang tot andere documenten is geweigerd om de in de punten II.1 tot en met II.9 van deze brief genoemde redenen.

19 Bij brief van 5 augustus 2005 heeft verzoekster krachtens artikel 7, lid 2, van verordening nr. 1049/2001 een confirmatief verzoek ingediend.

20 Bij brief van 12 oktober 2005 [D(2005) 9763] (hierna: „tweede besluit") heeft de Commissie alsnog ten dele toegang verleend tot verschillende in het confirmatief verzoek genoemde documenten. Met betrekking tot de andere documenten heeft zij haar aanvankelijke overwegingen om geen toegang te verlenen, bevestigd.

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

— de ontwerpen betreffende de beslissing als bedoeld in artikel 6, lid 1, sub c, van verordening nr. 4064/89, de mededeling van de punten van bezwaar en de eindbeschikking in de zaak Airtours/First Choice (hierna: „ontwerp teksten") (punt II.6 en documenten vermeld onder rubriek 6 van de eerste bijlage bij het

tweede besluit), omdat het gaat om interne voorbereidende documenten waarvan openbaarmaking het besluitvormingsproces inzake de controle op concentraties van ondernemingen ernstig zou ondermijnen;

— de nota's die de directeur-generaal van het DG „Concurrentie" aan het met mededingingsvraagstukken belaste lid van de Commissie heeft gezonden (hierna: „nota's aan het lid van de Commissie") (punt II.1 en de documenten genummerd 1.1 tot en met 1.8 in de eerste bijlage bij het tweede besluit), omdat zij standpunten voor intern gebruik ter voorbereiding van de beschikking Airtours bevatten en omdat openbaarmaking ervan afbreuk zou doen aan het vermogen van het DG „Concurrentie" om zijn standpunt uiteen te zetten en aan het vermogen van de leden de Commissie om een goed gemotiveerde beschikking vast te stellen. De Commissie verklaart dat deze analyse niet op losse schroeven wordt gezet door het feit dat de beschikking Airtours reeds is gegeven, aangezien de openbaarmaking van deze documenten haar besluitvormingsproces in soortgelijke zaken kan ondermijnen (zo heeft zij, door de weigering om toegang te verlenen tot de mededeling van de punten bezwaar in de zaak EMI/Time Warner, zonder druk van buitenaf de zaak BMG/Sony, die dezelfde sector betrof, kunnen behandelen);

— de nota's die het DG „Concurrentie" aan andere diensten van de Commissie, daaronder begrepen de juridische dienst, heeft gezonden om het advies van de adressaten over de ontwerp teksten te vragen of dergelijke adviezen voor te leggen (hierna: „nota's aan de andere diensten"). De Commissie maakt in dit verband onderscheid tussen de nota's die aan de juridische dienst zijn gezonden (documenten 2.1 tot met 2.5) en de nota's die aan andere diensten zijn gezonden (documenten 4.1 tot en met 4.5). Zij wijst erop dat de aan de juridische dienst gezonden nota's nauw verbonden zijn met de juridische adviezen die daaraanvolgend zijn gegeven, en dat de openbaarmaking ervan dus wezenlijke onderdelen van die adviezen zou onthullen, wat haar besluitvormingsproces ernstig zou ondermijnen (punt II.2 van het tweede besluit). De aan de andere diensten van de Commissie gezonden nota's zijn opgesteld in het kader van het interne overleg en geven een beeld van de collectieve aard van het besluitvormingsproces. De Commissie beklemtoont dat dit besluitvormingsproces moet worden beschermd tegen elke ernstige ondermijning als gevolg van de openbaarmaking van dergelijke gegevens (punt II.4 van het tweede besluit);

— de nota's waarmee andere diensten van de Commissie hebben geantwoord op de vijf bovengenoemde nota's van het DG „Concurrentie" om hun zienswijze over de ontwerp teksten uiteen te zetten (hierna: „antwoordnota's van de andere diensten dan de juridische dienst") (documenten 5.1 tot en met 5.10). De Commissie verklaart dat deze nota's zijn opgesteld in het kader van het overleg dat tussen of binnen de diensten plaatsvindt en eigen is aan haar besluitvormingsproces. Zij wijst erop dat het voor de controle op concentraties van ondernemingen absoluut noodzakelijk is dat deze diensten hun standpunt kunnen uiteenzetten, en dat daaraan afbreuk zou worden gedaan indien die diensten bij het opstellen van dergelijke nota's rekening moeten houden met de mogelijkheid dat hun standpunten openbaar worden gemaakt, zelfs wanneer dit gebeurt nadat de zaak is afgesloten (punt II.5 van het tweede besluit).

22 In het tweede besluit beroept de Commissie zich ook op artikel 4, lid 2, tweede streepje, van verordening nr. 1049/2001 met betrekking tot de vijf nota's die de juridische dienst heeft voorgelegd in antwoord op bovengenoemde vijf nota's van het DG „Concurrentie" (hierna: „antwoordnota's van de juridische dienst") (punt II.3 en documenten 3.1 tot en met 3.5). De Commissie heeft de toegang tot deze documenten geweigerd omdat deze de door de juridische dienst verrichte analyse van de ontwerp teksten bevatten. Volgens de Commissie zou openbaarmaking van deze juridische adviezen rechtsonzekerheid met betrekking tot de rechtmatigheid van de beschikkingen inzake controle op concentraties van ondernemingen kunnen creëren, hetgeen de stabiliteit van de communautaire rechtsorde en de goede werking van haar diensten negatief zou kunnen beïnvloeden (arrest Gerecht van 23 november 2004, Turco/Raad, T-84/03, Jurispr. blz. II-4061, punten 54-59). Zij verkaart dat elke antwoordnota van de juridische dienst afzonderlijk is onderzocht, en dat het feit dat geen gedeeltelijke toegang kan worden verleend, niet betekent dat de bescherming van juridisch advies als algemene uitzondering is aangewend.

23 Verder schetst de Commissie in het tweede besluit de bijzondere situatie van een aantal interne documenten waartoe geen toegang of slechts gedeeltelijke toegang is verleend. Het gaat met name om het verslag van de raadadviseur-auditeur betreffende de zaak Airtours/First Choice, de nota van het DG „Concurrentie" aan het adviescomité en een dossieraantekening betreffende een bezoek aan First Choice.

24 Ten slotte wijst de Commissie erop dat bovengenoemde uitzonderingen gelden tenzij een hoger openbaar belang openbaarmaking van het betrokken document gebiedt (punt V van het tweede besluit). Zij beklemtoont dat in het onderhavige geval verzoekster geen enkel argument heeft aangedragen dat een hoger openbaar belang

aannemelijk maakt. Volgens de Commissie dient in deze zaak veeleer de voorrang te worden gegeven aan de bescherming van haar besluitvormingsproces in soortgelijke zaken en aan de bescherming van juridisch advies.

Procesverloop en conclusies van partijen

25 Bij een op 15 november 2005 ter griffie van het Gerecht neergelegd verzoekschrift heeft verzoekster het onderhavige beroep ingesteld.

26 Bij beslissing van 6 december 2007 is de zaak toegewezen aan een uitgebreide formatie.

27 Op rapport van de rechter-rapporteur heeft het Gerecht (Derde kamer — uitgebreid) beslist, over te gaan tot de mondelinge behandeling.

28 Ter terechtzitting van 29 april 2008 zijn partijen gehoord in hun pleidooien en hun antwoorden op de vragen van het Gerecht.

29 Verzoekster concludeert dat het het Gerecht behage:

— het eerste besluit nietig te verklaren;

— het tweede besluit nietig te verklaren;

— de Commissie te verwijzen in de kosten.

30 De Commissie concludeert dat het het Gerecht behage:

— het beroep te verwerpen;

— verzoekster te verwijzen in de kosten.

In rechte

1. *Inleidende opmerkingen*

31 Er zij aan herinnerd dat het recht van toegang tot documenten van de Commissie het beginsel is, en dat een weigeringsbesluit slechts geldig is indien het berust op een van de uitzonderingen waarin artikel 4 van verordening nr. 1049/2001 voorziet.

32 Gelet op de in verordening nr. 1049/2001 genoemde doelstellingen, waaronder de in punt 2 van de considerans van deze verordening in herinnering gebrachte omstandigheid dat het recht van het publiek op toegang tot documenten van de instellingen samenhangt met het democratische systeem waartoe deze laatste behoren, en het feit dat deze verordening, zoals in punt 4 van de considerans en in artikel 1 ervan wordt gepreciseerd, ertoe strekt het publiek een zo ruim mogelijke toegang tot documenten te verlenen, moeten de in artikel 4 van deze verordening genoemde uitzonderingen op dit recht strikt worden uitgelegd en toegepast (arrest Hof van 18 december 2007, Zweden/Commissie e.a., C-64/05 P, Jurispr. blz. I-11389, punt 66, en arrest Gerecht van 6 juli 2006, Franchet en Byk/Commissie, T-391/03 en T-70/04, Jurispr. blz. II-2023, punt 84).

33 In dit verband blijkt uit de rechtspraak eveneens dat de omstandigheid dat een document een door een uitzondering beschermd belang betreft, op zich niet voldoende is om deze uitzonderingsgrond toe te passen. Toepassing daarvan is in beginsel slechts gerechtvaardigd indien de instelling vooraf heeft beoordeeld, ten eerste, of de toegang tot het document concreet en daadwerkelijk afbreuk doet aan het beschermde belang en, ten tweede, of in de in artikel 4, leden 2 en 3, van verordening nr. 1049/2001 bedoelde gevallen geen hoger openbaar belang openbaarmaking van het betrokken document gebiedt. Bovendien moet het gevaar van afbreuk aan een beschermd belang redelijkerwijze voorzienbaar zijn en mag het niet louter hypothetisch zijn. Dit onderzoek moet tot uitdrukking komen in de motivering van het besluit (arrest Gerecht van 13 april 2005, Verein für Konsumenteninformation/Commissie, T-2/03, Jurispr. blz. II-1121, punt 69).

34 Tegen de achtergrond van deze rechtspraak dient het beroep te worden onderzocht.

2. *Het eerste besluit, betreffende het rapport en de werkdocumenten*

35 In het eerste besluit baseert de Commissie haar weigering om toegang te verlenen tot het rapport en tot een aantal documenten op drie in verordening nr. 1049/2001 genoemde uitzonderingen (zie punten 14 tot en met 16 hierboven), namelijk de uitzondering betreffende bescherming van het besluitvormingsproces (artikel 4, lid 3, tweede alinea), de uitzondering betreffende bescherming van inspecties, onderzoeken en audits (artikel 4, lid 2, derde streepje) en de uitzondering betreffende bescherming van gerechtelijke procedures en juridisch advies (artikel 4, lid 2, tweede streepje).

De uitzondering betreffende bescherming van het besluitvormingsproces

Argumenten van partijen

36 Verzoekster voert allereerst aan dat toepassing van de uitzondering betreffende bescherming van het besluitvormingsproces op het gehele rapport ingaat tegen het doel van verordening nr. 1049/2001, namelijk dat besluitvormingsproces transparant te maken behoudens in een zeer beperkt aantal omstandigheden. Zij beroept zich in dit

verband op het beginsel dat uitzonderingen op het recht van toegang tot documenten strikt moeten worden uitgelegd; op het feit dat de betrokken uitzondering slechts geldt indien de openbaarmaking van het document het besluitvormingsproces „ernstig" ondermijnt, en op het beginsel dat meer voor openbaarmaking pleit wanneer het voorgenomen besluit reeds is genomen [punt 3.4.4 van het Verslag van de Commissie van 30 januari 2004 over de toepassing van de beginselen van verordening nr. 1049/2001, COM(2004) 45 def.; hierna: „Verslag over de toepassing van de verordening"]. Gelet op de omstandigheden van de zaak en op de beslissing van de Commissie om geen hogere voorziening in te stellen tegen het arrest Airtours, kan de Commissie volgens haar niet op goede gronden aanvoeren dat openbaarmaking van het rapport haar vermogen om in de toekomst beschikkingen te geven in soortgelijke omstandigheden ernstig zou ondermijnen. De interne evaluatie van de administratieve praktijk mag immers niet aan het oog van de burger worden onttrokken en de onafhankelijkheid van dit proces wordt niet aangetast door de openbaarmaking van het resultaat van die evaluatie. De weigering om toegang te verlenen tot dit soort documenten geeft aanleiding om te denken dat de Commissie het belang van de burger bij mededeling van dit soort documenten niet echt afweegt tegen haar eventueel belang bij geheimhouding van haar beraadslagingen.

37 De Commissie beklemtoont dat de betrokken uitzondering haar de mogelijkheid biedt om de documenten betreffende haar interne raadplegingen en beraadslagingen niet mee te delen wanneer dat noodzakelijk is voor het behoud van haar vermogen om haar taken uit te voeren (punt 11 van de considerans van verordening nr. 1049/2001). Zij betoogt dat openbaarmaking van de door verzoekster gevraagde documenten in casu het besluitvormingsproces „ernstig ondermijnt".

38 Verder, en algemeen, wijst verzoekster erop dat, zelfs indien een van de in het eerste en het tweede besluit aangevoerde uitzonderingen van toepassing zou zijn, openbaarmaking van de gevraagde documenten geboden is op grond van een hoger openbaar belang. Zij voert in dit verband aan dat de Commissie wegens de strenge kritiek van het Gerecht in het arrest Airtours een intern onderzoek heeft verricht om lessen te trekken uit dit arrest en te bepalen welke wijzigingen aan haar beschikkingspraktijk moeten worden aangebracht. In deze context is het van een hoger openbaar belang, te begrijpen wat er is gebeurd, hoe dit had kunnen worden voorkomen, en wat er is gedaan om te vermijden dat dit opnieuw gebeurt. Transparantie zal het publiek in staat stellen, na te gaan of de maatregelen die zijn getroffen om een deficiëntie van de administratie op te heffen, passend en adequaat zijn. Verzoekster wijst ook op het hoger openbaar belang van een goede rechtsbedeling. In het onderhavige geval zou de niet-openbaarmaking

van de betrokken documenten gevolgen hebben voor de vaststelling van verzoeksters recht op vergoeding van haar door de Commissie veroorzaakte schade. Als instelling zou de Commissie als beleidslijn moeten hebben, de door haar acties ten onrechte veroorzaakte schade te vergoeden.

39 De Commissie voert aan dat een hoger openbaar belang zwaarder moet wegen dan het door de uitzondering op het recht van toegang beschermde belang. In het onderhavige geval heeft verzoekster veeleer een particulier belang bij het gebruik van de gevraagde documenten in het kader van het beroep tot schadevergoeding. Bovendien dient de relevantie van deze documenten voor de uitoefening van verzoeksters rechten van verdediging te worden beoordeeld in het kader van het beroep tot schadevergoeding en niet in het kader van de onderhavige procedure.

Beoordeling door het Gerecht

40 Volgens artikel 4, lid 3, tweede alinea, van verordening nr. 1049/2001 wordt de toegang tot een document met standpunten voor intern gebruik in het kader van beraadslagingen en voorafgaand overleg binnen de betrokken instelling ook geweigerd nadat het besluit genomen is, indien de openbaarmaking van het document het besluitvormingsproces van de instelling ernstig zou ondermijnen, tenzij een hoger openbaar belang openbaarmaking gebiedt.

41 In het onderhavige geval moet allereerst worden nagegaan of de Commissie niet verkeerdelijk overeenkomstig bovengenoemde bepaling heeft geoordeeld dat openbaarmaking van het rapport en van de werkdocumenten waartoe geen volledige of gedeeltelijke toegang is verleend, haar besluitvormingsproces ernstig zou ondermijnen. In voorkomend geval moet vervolgens worden onderzocht of de Commissie geen beoordelingsfout heeft gemaakt bij haar analyse betreffende het bestaan van een hoger openbaar belang.

— De ernst van de ondermijning van het besluitvormingsproces door openbaarmaking van het rapport

42 Vaststaat allereerst dat het rapport een „document met standpunten voor intern gebruik in het kader van beraadslagingen en voorafgaand overleg binnen de [Commissie]" in de zin van artikel 4, lid 3, tweede alinea, van verordening nr. 1049/2001 is.

43 Uit de opdracht van de werkgroep, die aan verzoekster is meegedeeld als bijlage bij het eerste besluit, blijkt dat deze groep is opgericht om de verschillende fasen van de administratieve en de gerechtelijke procedure in de zaak Airtours/First Choice te analyseren en passende voorstellen te doen (punt A „Doelstellingen"). Volgens de opdracht moet de werkgroep de volgende vragen behandelen en in voorkomend geval aangeven, op welke punten zij het niet eens is met het Gerecht: „(1) Is hogere voorziening tegen het arrest [Airtours] aangewezen? (2) Welke zwakke plekken […], met name in de administratieve procedure die tot de beschikking heeft geleid, heeft het arrest aan het licht gebracht? (3) Welke conclusies kunnen uit deze zaak worden getrokken met betrekking tot de interne procedures […]? (4) Welke lessen kunnen daaruit worden getrokken voor andere werkterreinen van het DG ‚Concurrentie'? (5) Welke in het arrest [Airtours] behandelde materiële aspecten van het mededingingsbeleid verdienen een aanvullend onderzoek in het kader van de nieuwe onderzoeken die thans lopen of in de toekomst zullen worden verricht? (6) Zijn er implicaties voor andere bij het Gerecht aanhangige mededingingszaken?" (punt C „Vragen die moeten worden behandeld"). In de opdracht wordt ook gepreciseerd dat het rapport dient te worden voorgelegd met het oog op bespreking ervan met het met mededingingsvraagstukken belaste lid van de Commissie (punt D „Tijdschema"). Dit laatste is gebeurd op 25 juli 2002, dus vóór het verstrijken van de termijn voor hogere voorziening.

44 Het gehele rapport betreft dus standpunten voor intern gebruik in het kader van beraadslagingen en voorafgaand overleg binnen de Commissie. Het valt dus als zodanig binnen de werkingssfeer van artikel 4, lid 3, tweede alinea, van verordening nr. 1049/2001.

45 In de tweede plaats sluit verzoeksters argument dat meer voor openbaarmaking pleit wanneer het besluit waarop het betrokken document ziet, reeds is genomen (zie punt 36 hierboven), ongeacht of het gegrond is, niet elke mogelijkheid om zich op de uitzondering van artikel 4, lid 3, tweede alinea, van verordening nr. 1049/2001 te beroepen uit. Uit de tekst zelf van deze bepaling blijkt immers dat betrokken uitzondering „ook" kan worden aangevoerd „nadat het besluit genomen is". Het feit alleen dat de Commissie geen hogere voorziening heeft ingesteld tegen het arrest Airtours, of dat gevolg is gegeven aan een aantal in het rapport geformuleerde aanbevelingen (punt 1.3 van het eerste besluit), volstaat dus niet om te concluderen dat openbaarmaking van dit rapport het besluitvormingsproces niet of niet meer ernstig kan ondermijnen. Bijgevolg faalt dit argument.

46 Hieraan wordt niet afgedaan door het door verzoekster in haar betoog aangevoerde punt 3.4.4 van het Verslag over de toepassing van de verordening. In dat verslag tracht de Commissie een eerste kwalitatieve evaluatie te geven van de toepassing van verordening nr. 1049/2001 met betrekking tot het transparantiebeleid van de instellingen van de Gemeenschap (Verslag over de toepassing van de verordening, „Woord vooraf", blz. 2). Met betrekking tot artikel 4, lid 3, tweede alinea, van deze verordening wijst de Commissie er aldaar op, dat het bestaan van een ernstige ondermijning van het besluitvormingsproces bijzonder moeilijk is aan te tonen indien de weigering betrekking heeft op een reeds genomen besluit. Het betrokken besluitvormingsproces is dan immers afgerond en de openbaarmaking van een voorbereidend document dat is opgesteld in het kader van interne beraadslagingen over die handeling, zou het vermogen van de instelling om in de toekomst besluiten te nemen ernstig moeten ondermijnen, hetgeen te abstract dreigt te worden. Dit impliceert echter niet dat de Commissie afziet van de mogelijkheid om zich op de betrokken uitzondering te beroepen wanneer zij kan aantonen dat openbaarmaking van het rapport haar besluitvormingsproces ernstig zou ondermijnen, en dit zelf ingeval een aantal besluiten met inachtneming van de inhoud van dit document zijn genomen.

47 In de derde plaats verklaart de Commissie, met betrekking tot de vraag wanneer sprake is van een ernstige ondermijning van het besluitvormingsproces, in het eerste besluit in wezen dat openbaarmaking van het rapport de vrijheid van meningsuiting van de opstellers ervan in gevaar zou brengen. Hun overwegingen zouden dan immers ter kennis van het publiek worden gebracht terwijl zij bij het opstellen van hun advies alleen de adressaat van het rapport in gedachten hebben gehad (zie punt 14 hierboven).

48 In het onderhavige geval blijkt uit de opdracht van de werkgroep, die als bijlage bij het eerste besluit aan verzoekster is meegedeeld (zie punt 42 hierboven), dat aan de opstellers van het rapport is gevraagd, hun mening over en eventueel hun kritiek op de bij het onderzoek van de concentratie Airtours/First Choice gevolgde administratieve procedure te geven en vrijelijk commentaar te leveren op het arrest Airtours met het oog op een eventuele hogere voorziening. Deze analyse, overweging en kritiek is voor intern gebruik en niet ten behoeve van het publiek verricht, aangezien het de bedoeling was, het resultaat ervan ter discussie voor te leggen aan het met mededingingsvraagstukken belaste lid van de Commissie. Het is dus op basis van dit rapport dat deze laatste beslissingen heeft genomen over vraagstukken zoals het al dan niet instellen van hogere voorziening of het voorstellen van verbeteringen aan de administratieve procedure inzake de controle op concentraties van ondernemingen of inzake andere aspecten van het mededingingsrecht, die tot zijn bevoegdheid of die van de Commissie behoren en niet tot de bevoegdheid van de werkgroep.

49 Daarbij komt dat, anders dan wanneer de instellingen van de Gemeenschap als wetgever handelen en volgens punt 6 van de considerans van verordening nr. 1049/2001 een ruimere toegang tot documenten dient te worden verleend, het rapport is opgesteld in het kader van de zuiver bestuurlijke functie van de Commissie. De voorgenomen procedure van hogere voorziening en de in het rapport besproken verbeteringen van de administratieve procedure zijn immers vooral van belang voor de bij de concentratie Airtours/First Choice en bij concentraties in het algemeen betrokken ondernemingen. Het belang van het publiek om mededeling van een document te verkrijgen op grond van het transparantiebeginsel, dat erop is gericht, een betere deelneming van de burgers aan het besluitvormingsproces mogelijk te maken en een grotere legitimiteit, een grotere doelmatigheid en een grotere verantwoordelijkheid van de administratie ten opzichte van de burgers binnen een democratisch systeem te waarborgen, weegt derhalve niet even zwaar met betrekking tot een document dat is opgesteld in het kader van een administratieve procedure inzake de toepassing van de regels betreffende de controle op concentraties van ondernemingen of betreffende het mededingingsrecht in het algemeen, als met betrekking tot een document betreffende een procedure waarin de instelling van de Gemeenschap als wetgever optreedt.

50 In die omstandigheden kan de Commissie op goede gronden oordelen dat de mogelijkheid voor een van haar leden om een vrij en volledig standpunt van haar eigen diensten te krijgen over de aan het arrest Airtours te geven gevolgen, door openbaarmaking van het rapport ernstig zou worden ondermijnd.

51 Openbaarmaking van dit document dreigt hier immers niet alleen de, eventueel kritische, opvatting van de ambtenaren van de Commissie aan de openbaarheid prijs te geven, maar ook de mogelijkheid te bieden, de inhoud van het rapport — een voorbereidend document dat de adviezen en aanbevelingen van de werkgroep bevat — te vergelijken met de beslissingen die door het met mededingingsvraagstukken belaste lid van de Commissie of binnen de Commissie uiteindelijk over deze punten zijn genomen, en daardoor de discussie binnen de Commissie openbaar te maken. Welnu, dit dreigt de beslissingsvrijheid van de Commissie, die met toepassing van het collegialiteitsbeginsel beslist en waarvan de leden hun ambt volkomen onafhankelijk in het algemene belang van de Gemeenschap uitoefenen, ernstig te ondermijnen.

52 Bovendien zou openbaarmaking van dit rapport tot gevolg hebben dat de opstellers van een dergelijk rapport in de toekomst dermate rekening zullen houden met dit risico van openbaarmaking dat zij aan zelfcensuur gaan doen en geen standpunt meer innemen dat een risico kan meebrengen voor de adressaat van het rapport. De Commissie zou daardoor niet meer kunnen beschikken over een vrij en volledig standpunt van haar ambtenaren en gemachtigden en over zonder enige dwang of druk van buitenaf geformuleerde constructieve interne kritiek ter vergemakkelijking van haar beslissing over het al dan niet instellen van hogere voorziening tegen een arrest van het Gerecht of ter verbetering van haar administratieve procedures inzake de controle op concentraties van ondernemingen of, meer algemeen, inzake het mededingingsrecht.

53 In het onderhavige geval dient er ook op te worden gewezen dat het met mededingingsvraagstukken belaste lid van de Commissie, als adressaat van het rapport, de in dat rapport geformuleerde opvatting vrijelijk moet kunnen beoordelen met inaanmerkingneming van omstandigheden die eventueel buiten de werkingssfeer vallen van de geldende regels in de uitlegging die de diensten van de Commissie en de communautaire rechterlijke instanties daarvan geven, wat de mogelijkheid impliceert om een voorstel niet te volgen om redenen die verband houden met de beleidsprioriteiten van de Commissie of met de beschikbare middelen.

54 Verder dient erop te worden gewezen dat in het onderhavige geval het gevaar van ernstige ondermijning van het besluitvormingsproces in geval van bekendmaking van het rapport redelijk voorzienbaar en niet zuiver hypothetisch is. Het is immers logisch en waarschijnlijk dat, indien dergelijke rapporten niet meer vertrouwelijk zijn ten opzichte van het publiek en het risico bestaat dat zij openbaar worden gemaakt, het met

mededingingsvraagstukken belaste lid van de Commissie ertoe geneigd zal zijn, geen schriftelijk, eventueel kritisch standpunt van zijn medewerkers meer te vragen over vraagstukken die tot zijn bevoegdheid of die van de Commissie behoren, daaronder begrepen over de vraag of hogere voorziening dient te worden ingesteld tegen een arrest van het Gerecht houdende nietigverklaring van een beschikking van de Commissie inzake controle op concentraties van ondernemingen. Wanneer de Commissie zich zou dienen te beperken tot mondelinge en informele discussies waarvoor geen „document" in de zin van artikel 3, sub a, van verordening nr. 1049/2001 moet worden opgesteld, zou de doeltreffendheid van haar intern besluitvormingsproces, met name op gebieden waar zij ingewikkelde juridische, feitelijke en economische beoordelingen dient te verrichten en bijzonder omvangrijke dossiers dient te onderzoeken zoals in het kader van de controle op concentraties van ondernemingen, daar ernstig onder lijden. Een schriftelijke analyse van het administratieve dossier en van de voorstellen voor een besluit door de bevoegde diensten is dus absoluut noodzakelijk voor het garanderen van een beraadslaging en besluitvorming met kennis van alle wezenlijke elementen en volgens de regels van de kunst door het met mededingingsvraagstukken belaste lid van de Commissie en vervolgens, op basis van overleg tussen de verschillende betrokken diensten, binnen de Commissie. Bijgevolg dient, overeenkomstig punt 11 van de considerans van verordening nr. 1049/2001 aan de instellingen van de Gemeenschap de mogelijkheid te worden geboden om hun interne raadplegingen en beraadslagingen te beschermen, wanneer dat, zoals in het onderhavige geval, noodzakelijk is in het algemeen belang van behoud van hun vermogen om hun taken uit te voeren, met name in het kader van de uitoefening van hun bestuurlijke beslissingsbevoegdheid, zoals op het gebied van de controle op concentraties van ondernemingen.

55 Mitsdien moet afwijzend worden beslist op verzoeksters grief, dat de openbaarmaking van het gehele rapport het besluitvormingsproces van de Commissie niet ernstig zou ondermijnen.

— De ernst van de ondermijning van het besluitvormingsproces door openbaarmaking van de werkdocumenten 4 tot en met 14 en 16 tot en met 19

56 Met betrekking tot de werkdocumenten waartoe de Commissie in haar eerste besluit de toegang geheel of ten dele heeft geweigerd op grond van de uitzondering betreffende de

bescherming van het besluitvormingsproces, dient te worden opgemerkt dat verzoekster alleen stelt dat de ten aanzien van het rapport aangevoerde argumenten ook gelden voor de door de werkgroep gebruikte documenten.

57 Dienaangaande blijkt uit de als bijlage bij het eerste besluit meegedeelde lijst dat de uitzondering van artikel 4, lid 3, tweede alinea, van verordening nr. 1049/2001 is aangevoerd voor de volgende documenten:

— de documenten 4 en 5, te weten een herzien rapport en een analysenota opgesteld door de subwerkgroep belast met de analyse en de beoordeling van het arrest Airtours, daaronder begrepen het in voorkomend geval aangeven van de punten waarop de subwerkgroep het niet eens is met het arrest Airtours en de opportuniteit van hogere voorziening;

— de documenten 6, 7 en 8, te weten nota's met een analyse van het arrest Airtours opgesteld door, respectievelijk, een ambtenaar van de juridische dienst, een ambtenaar van het DG „Concurrentie" en een raadadviseur-auditeur, die allen deel uitmaakten van bovengenoemde subwerkgroep;

— document 9, te weten een discussiedocument betreffende de interne organisatie en de mogelijke verbeteringen, opgesteld door de subwerkgroepen belast met het onderzoek van eventuele zwakke plekken bij de Commissie en met de boordeling van de voorstellen tot verbetering;

— document 10, te weten een tussenrapport opgesteld door een van deze subwerkgroepen, en de documenten 11 tot en met 13, te weten bijlagen bij dit rapport (tot een deel van document 13 is toegang verleend);

— document 14, te weten de vragen voor de gesprekken met de ploeg van de zaak Airtours;

— document 16 (waartoe ten dele toegang is verleend), te weten een door een subwerkgroep gebruikt kaderdocument;

— document 17, te weten de voorstellen voor verbetering en het voorlopige rapport van 25 juni 2002, die zijn opgesteld door een subwerkgroep;

— document 18, te weten een nota met als opschrift „Lessen voor andere werkterreinen" opgesteld door de subwerkgroep belast met het onderzoek van de gevolgen voor andere gebieden van het mededingingsbeleid;

— document 19, te weten een voorlopig rapport van 26 juni 2002 opgesteld door de subwerkgroep belast met de formulering van de fundamentele beleidsvragen.

58 In het eerste besluit verklaart de Commissie ook dat de werkdocumenten zijn opgesteld ter voorbereiding van het rapport en dat de voorlopige rapporten van de verschillende subwerkgroepen vaak letterlijk zijn overgenomen in het rapport. In het eerste besluit preciseert zij ook dat elk werkdocument afzonderlijk is onderzocht.

59 Mitsdien is het Gerecht van oordeel dat, aangezien het rapport is beschermd op grond van artikel 4, lid 3, tweede alinea, van verordening nr. 1049/2001, de documenten op basis waarvan het rapport is opgesteld en die, zoals blijkt uit de lijst, voorbereidende beoordelingen of voorlopige conclusies voor intern gebruik bevatten, eveneens onder

die uitzondering vallen. In het eerste besluit beroept de Commissie zich dus op juridisch goede gronden op deze uitzondering voor haar oordeel dat volledige of gedeeltelijke toegang tot de werkdocumenten 4 tot en met 14 en 16 tot met 19 haar besluitvormingsproces ernstig zou ondermijnen.

— Het bestaan van een hoger openbaar belang

60 Verordening nr. 1049/2001 bepaalt, net als voor de uitzonderingen van artikel 4, lid 2, dat de uitzonderingen van artikel 4, lid 3, niet van toepassing zijn wanneer een „hoger openbaar belang" openbaarmaking van het document gebiedt.

61 In het onderhavige geval voert verzoekster hetzelfde betoog tegen het eerste en tegen het tweede besluit zonder onderscheid te maken naargelang van de verschillende categorieën van betrokken documenten en naargelang van de aangevoerde uitzondering. Zakelijk weergegeven stelt zij dat de noodzaak te begrijpen wat er is gebeurd en wat de Commissie heeft gedaan, en de noodzaak een goede rechtsbedeling te waarborgen, een hoger openbaar belang vormen dat openbaarmaking gebiedt van de documenten waartoe de toegang is geweigerd.

62 Uit deze argumenten kan echter niet rechtens genoegzaam worden geconcludeerd dat het door verordening nr. 1049/2001 geëiste hoger openbaar belang aanwezig is, en evenmin kan aan de hand van deze argumenten worden nagegaan of de Commissie na afweging van dit gestelde hoger openbaar belang tegen het belang van bescherming van de vertrouwelijkheid van de documenten ten opzichte van het publiek op grond van de hierboven onderzochte uitzonderingen tot de conclusie had moeten komen dat die documenten toch openbaar moeten worden gemaakt.

63 Met betrekking tot de noodzaak, te begrijpen wat er is gebeurd, legt verzoekster immers niet uit waarom zij van mening is dat de gestelde noodzaak een hoger openbaar belang in de zin van artikel 4, lid 3, tweede alinea, van verordening nr. 1049/2001 is, en evenmin in hoeverre dit belang de Commissie zou verplichten om na afweging ervan tegen het algemene belang van bescherming van het vertrouwelijke karakter van de betrokken documenten, deze laatste openbaar te maken.

64 Met betrekking tot de noodzaak, te begrijpen wat de Commissie na het arrest Airtours heeft gedaan, dient erop te worden gewezen dat de Commissie in het eerste en het tweede besluit heeft aangegeven om welke redenen zij van mening is dat zij zich op de uitzondering van artikel 4, lid 3, tweede alinea, van verordening nr. 1049/2001 kan beroepen om zich te verzetten tegen openbaarmaking van het rapport, van een aantal werkdocumenten en van de andere interne documenten. Verzoekster heeft echter niet uitgelegd om welke redenen haar eigen belang — dat verband houdt met haar positie in de context van het geding in zaak T-212/03 — om te begrijpen wat de Commissie na het arrest Airtours heeft gedaan, een dergelijk hoger openbaar belang vormt. Zelfs indien dit toch een hoger openbaar belang zou zijn, heeft verzoekster in elk geval aangevoerd noch aangetoond in welke mate dit belang in het kader van de afweging ervan tegen het algemene belang van bescherming van het vertrouwelijke karakter van de betrokken documenten, voorrang heeft boven dit belang.

65 Met betrekking tot de noodzaak om openbaarmaking van de gevraagde documenten te verkrijgen op grond van het hoger belang van een goede rechtsbedeling, dient erop te worden gewezen dat dit argument in wezen neerkomt op de stelling dat deze documenten verzoekster in staat zouden stellen, haar argumenten in het kader van het beroep tot schadevergoeding beter geldend te maken. Dit laatste doel is op zich echter geen openbaarmaking gebiedend hoger openbaar belang dat voorrang kan hebben boven de bescherming van het vertrouwelijke karakter zoals omschreven in de uitzondering van artikel 4, lid 3, tweede alinea, van verordening nr. 1049/2001. Gelet op het algemene beginsel van toegang tot de documenten zoals dat is geformuleerd in artikel 255 EG en in de punten 1 en 2 van de considerans van die verordening, moet dit belang objectief en algemeen zijn en mag het niet worden verward met particuliere belangen of privébelangen, zoals bijvoorbeeld het belang bij het voeren van een geding tegen de instellingen van de Gemeenschap, aangezien dergelijke particuliere of

privébelangen geen relevant element zijn in het kader van de belangenafweging op grond van artikel 4, lid 3, tweede alinea, van deze verordening.

66 Volgens artikel 2, lid 1, van verordening nr. 1049/2001 heeft immers „iedere burger van de Unie en iedere natuurlijke of rechtspersoon met verblijfplaats of statutaire zetel in een lidstaat" een recht van toegang tot documenten van de instellingen. Hieruit blijkt dat deze verordening tot doel heeft te waarborgen dat iedereen toegang heeft tot openbare documenten en niet alleen dat de verzoekende partij toegang heeft tot documenten die haar betreffen (arrest Gerecht van 26 april 2005, Sison/Raad, T-110/03, T-150/03 en T-405/03, Jurispr. blz. II-1429, punt 50). Het bijzondere belang dat een verzoekende partij stelt te hebben bij de toegang tot een document dat haar persoonlijk betreft, kan bijgevolg in de regel niet van beslissend belang zijn bij de beoordeling of een hoger openbaar belang aanwezig is, en bij de afweging van de belangen op grond van artikel 4, lid 3, tweede alinea, van verordening nr. 1049/2001.

67 Zo is het vaste rechtspraak dat, ook al zijn de gevraagde documenten noodzakelijk voor verzoeksters verweer in het kader van een beroep tot schadevergoeding, welk punt in het kader van dat beroep moet worden behandeld, deze omstandigheid irrelevant is voor de beoordeling van de onderlinge afweging van de openbare belangen (zie in die zin mutatis mutandis arrest Gerecht Sison/Raad, aangehaald in punt 66 hierboven, punt 55, en beschikking Gerecht van 8 juni 2005, SIMSA/Commissie, T-287/03, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 34).

68 Bijgevolg dient afwijzend te worden beslist op verzoeksters grief dat een hoger openbaar belang in de zin van artikel 4, lid 3, tweede alinea, van verordening nr. 1049/2001 openbaarmaking van het rapport en van de werkdocumenten 4 tot en met 14 en 16 en met 19 gebiedt. Dit oordeel geldt ook voor de vraag of er een hoger openbaar belang in de zin van artikel 4, lid 2, in fine, van die verordening aanwezig is,

met betrekking tot dewelke verzoekster dezelfde argumenten heeft aangevoerd als die welke hierboven zijn onderzocht.

De uitzondering betreffende bescherming van inspecties, onderzoeken en audits

Argumenten van partijen

69 Zowel met betrekking tot de onderdelen van het rapport waarop de uitzondering betreffende bescherming van inspecties, onderzoeken en audits betrekking heeft, als met betrekking tot de werkdocumenten waarvoor de Commissie deze uitzondering heeft aangevoerd, betoogt verzoekster dat, aangezien het onderzoek was voltooid en de geboden maatregelen waren getroffen, die uitzondering niet van toepassing was. Doordat de betrokken procedures naar aanleiding van dit onderzoek zijn gewijzigd, heeft het rapport haars inziens zuiver historische waarde en is de inhoud ervan niet zo gevoelig dat een afwijking van de regel dat toegang wordt verleend, gerechtvaardigd is. Bovendien kan niet worden volgehouden dat een intern onderzoek met het oog op de modernisering van de administratieve procedures niet onafhankelijk zou zijn indien het resultaat ervan wordt bekendgemaakt. Integendeel, bekendmaking garandeert dat bij dat onderzoek onafhankelijkheid en transparantie, de kernbegrippen van verordening nr. 1049/2001, in acht worden genomen. Bovendien is de betrokken uitzondering haars inziens niet van toepassing op de zuiver interne onderzoeken van de Commissie, maar alleen op de onderzoeken van de Commissie waarbij derden zijn betrokken.

70 Met betrekking tot het rapport wijst de Commissie erop dat van belang is dat het interne onderzoek uitsluitend is verricht om aanbevelingen voor haar diensten te formuleren. Dit onderzoek zou niet op dezelfde wijze zijn verricht indien de auteurs ervan er rekening mee hadden moeten houden dat het resultaat ervan openbaar zou worden gemaakt, zelfs nadat het was voltooid. Ook al was het onderzoek voltooid, het doel

ervan blijft bestaan. De Commissie wijst er ook op dat er geen grond is om onderscheid te maken tussen interne en externe onderzoeken.

Beoordeling door het Gerecht

71 Artikel 4, lid 2, derde streepje, van verordening nr. 1049/2001 bepaalt dat de instellingen de toegang tot een document weigeren wanneer de openbaarmaking ervan zou leiden tot ondermijning van de bescherming van „het doel van inspecties, onderzoeken en audits", tenzij een hoger openbaar belang openbaarmaking gebiedt.

72 Deze bepaling is slechts van toepassing wanneer openbaarmaking van de betrokken documenten de voltooiing van de inspecties, onderzoeken of audits in gevaar kan brengen (arrest Franchet en Byk/Commissie, punt 32 hierboven, punt 109).

73 Volgens vaste rechtspraak vereist de behandeling van een verzoek om toegang tot documenten een concreet onderzoek. De omstandigheid dat een document een door een uitzondering beschermd belang betreft, is immers op zich niet voldoende om deze uitzonderingsgrond toe te passen. Verder moet er een redelijkerwijze voorzienbaar en niet louter hypothetisch gevaar bestaan, dat aan een beschermd belang afbreuk wordt gedaan. Bijgevolg moet de instelling voor de toepassing van een uitzondering een concreet onderzoek verrichten dat in de motivering van het besluit tot uitdrukking komt (arrest Franchet en Byk/Commissie, punt 32 hierboven, punt 115).

74 Dit concrete onderzoek moet bovendien worden verricht voor elk document waarop het verzoek betrekking heeft. Uit verordening nr. 1049/2001 volgt immers dat alle in artikel 4, leden 1 tot en met 3, genoemde uitzonderingen moeten worden toegepast „op een document". Een concreet en individueel onderzoek van elk document is eveneens noodzakelijk aangezien, zelfs wanneer duidelijk is dat een verzoek om toegang betrekking heeft op documenten die onder een uitzondering vallen, de instelling alleen op grond van een dergelijk onderzoek kan beoordelen of aan de verzoeker ten dele toegang kan worden verleend overeenkomstig artikel 4, lid 6, van verordening nr. 1049/2001 (arrest Franchet en Byk/Commissie, punt 32 hierboven, punten 116 en 117).

75 In het onderhavige geval blijkt uit de als bijlage bij het eerste besluit gevoegde lijst dat de betrokken uitzondering slechts als enige grond voor weigering van openbaarmaking wordt aangevoerd met betrekking tot document 15 met als opschrift „Notulen van het gesprek dat op 24 juni 2002 is gevoerd met een lid van de ploeg belast met zaak M.1524, Airtours/First Choice".

76 In antwoord op een ter terechtzitting gestelde vraag heeft de Commissie het Gerecht erop gewezen dat de reden waarom de uitzondering van artikel 4, lid 2, derde streepje, van verordening nr. 1049/2001 van toepassing is op dat document, wordt gegeven in de navolgende zin van het eerste besluit:

„Met betrekking tot onderdelen van de documenten 13 en 16 en tot alle andere werkdocumenten bevestig ik de aanvankelijke conclusie van het DG ‚Concurrentie' volgens hetwelk de werkdocumenten a fortiori onder de uitzonderingen van artikel 4, lid 2, tweede en derde streepje, en lid 3, tweede alinea, van verordening nr. 1049/2001 vallen."

77 Dergelijke overwegingen zijn te vaag en te algemeen en bij lezing van het eerste besluit en van de bijlagen daarbij kan niet worden uitgemaakt in welk opzicht de „inspecties, onderzoeken en audits" van de Commissie in gevaar zouden komen door openbaarmaking van document 15.

78 Doordat de Commissie dit niet nader heeft uitgelegd, heeft zij niet rechtens genoegzaam aangetoond dat de uitzondering van artikel 4, lid 2, derde streepje, van verordening nr. 1049/2001 van toepassing is op document 15. Bijgevolg moet het eerste besluit op dit punt nietig worden verklaard zonder dat het betoog betreffende het bestaan van een hoger openbaar belang behoeft te worden onderzocht.

Conclusie betreffende het eerste besluit

79 Uit het voorgaande volgt dat de Commissie geen beoordelingsfout heeft gemaakt door op grond van artikel 4, lid 3, tweede alinea, van verordening nr. 1049/2001 te oordelen dat openbaarmaking van het gehele rapport en van de werkdocumenten 4 tot en met 14 en 16 tot en met 19 haar besluitvormingsproces ernstig zou ondermijnen en dat geen hoger openbaar belang de openbaarmaking ervan gebiedt. Bijgevolg behoeft, om redenen van proceseconomie, niet te worden ingegaan op verzoeksters grieven betreffende de andere uitzonderingen die in het eerste besluit zijn aangevoerd om de openbaarmaking te weigeren van een of ander deel van het rapport of van de werkdocumenten waarvoor de betrokken uitzondering is aangevoerd.

80 Met betrekking tot werkdocument 15 blijkt uit het voorgaande echter dat de Commissie niet rechtens genoegzaam heeft aangetoond dat de uitzondering van

artikel 4, lid 2, derde streepje, van verordening nr. 1049/2001 van toepassing was op dat document (zie punt 71 en volgende hierboven).

81 Mitsdien moet het beroep worden verworpen voor zover het betrekking heeft op het eerste besluit, behalve voor zover het betrekking heeft op werkdocument 15, met betrekking tot hetwelk het besluit nietig moet worden verklaard.

3. *Het tweede besluit, betreffende de andere interne documenten*

82 In het tweede besluit beroept de Commissie zich op drie in verordening nr. 1049/2001 genoemde uitzonderingen om toegang tot bepaalde interne documenten te weigeren (zie punten 21-22 hierboven). Het gaat om de uitzondering betreffende de bescherming van het besluitvormingsproces, de uitzondering betreffende de bescherming van onderzoeken en audits en de uitzondering betreffende de bescherming van juridisch advies.

De uitzondering betreffende de bescherming van het besluitvormingsproces

83 Deze uitzondering dient te worden onderzocht met betrekking tot elk van de verschillende categorieën documenten die de Commissie in het tweede besluit heeft genoemd.

De ernst van de ondermijning van het besluitvormingsproces door openbaarmaking van de ontwerp teksten, de nota's aan het lid van de Commissie, de nota's aan de andere diensten en de antwoordnota's van de andere diensten dan de juridische dienst

— Argumenten van partijen

84 Verzoekster komt op tegen het feit dat de Commissie in het tweede besluit met een beroep op artikel 4, lid 3, tweede alinea, van verordening nr. 1049/2001 de mededeling van de gevraagde documenten of van bepaalde gedeelten daarvan heeft geweigerd. Volgens haar is de door de Commissie aangevoerde noodzaak om haar diensten een „denkruimte" te verzekeren, abstract en onverenigbaar met het door verordening nr. 1049/2001 nagestreefde algemene doel van transparantie en met de beperkte draagwijdte van de uitzonderingen op dit beginsel. Het is niet nodig dat de diensten van de Commissie de mededingingsregels in besloten kring toepassen en er is geen grond om de controle op concentraties van ondernemingen anders te behandelen dan de andere domeinen waarop de Commissie intervenieert. Bovendien vormt de hinder en de last die de openbaarmaking van de gevraagde documenten kan meebrengen, op zich geen grond voor toepassing van de betrokken uitzondering. Verder wijst verzoekster erop dat het argument inzake het gevaar van belemmering van de controle op toekomstige en soortgelijke concentraties geen hout snijdt. Nu de beschikking Airtours nietig is verklaard, kan de openbaarmaking van de interne documenten die daarop betrekking hebben, het vermogen van de Commissie om een andere beschikking te geven of de eventuele inhoud daarvan vooraf vast te stellen, niet aantasten. De Commissie dient haar analyse van de concentratie te verrichten met inaanmerkingneming van de omstandigheden van het concrete geval zonder politieke druk of druk van de media.

85 De Commissie beklemtoont dat, ook al vallen interne documenten binnen de werkingssfeer van verordening nr. 1049/2001, volgens artikel 17, lid 3, van verordening (EG) nr. 802/2004 van de Commissie van 7 april 2004 tot uitvoering van verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (PB L 133, blz. 1), dat in de plaats is gekomen van artikel 17, lid 1, van verordening (EG) nr. 447/98 van de Commissie van 1 maart 1998 betreffende de aanmeldingen, de termijnen en het horen van betrokkenen en derden overeenkomstig verordening (EEG) nr. 4064/89 (PB L 61, blz. 1), de regeling inzake toegang tot het dossier niet geldt voor de in het administratieve dossier aanwezige interne documenten. Dat de partijen bij een concentratie geen recht van toegang tot dergelijke documenten hebben, biedt steun voor de stelling dat openbaarmaking daarvan het besluitvormingsproces van de Commissie ter zake ernstig zou ondermijnen. Verder betoogt de

Commissie dat de betrokken uitzondering niet abstract is toegepast, aangezien elke document afzonderlijk is onderzocht en gedeeltelijke toegang is verleend wanneer dit mogelijk was. Deze uitzondering is echter vastgesteld ter bescherming van het besluitvormingsproces van de Commissie in het algemeen, waarbij met name is gedacht aan toekomstige omstandigheden en aan onderwerpen die verband houden met dezelfde kwestie, en niet alleen ter bescherming van het besluitvormingsproces met betrekking tot de betrokken procedure. Volgens de Commissie is het vermogen van haar diensten om adviezen te formuleren, echter absoluut noodzakelijk voor haar besluitvorming en wordt dit vermogen aangetast indien haar diensten bij het formuleren van hun advies rekening moeten houden met de mogelijkheid dat dit openbaar wordt gemaakt, zelfs nadat de zaak is afgesloten.

— Beoordeling door het Gerecht

86 Om te beginnen moet worden vastgesteld dat in verordening nr. 1049/2001 nergens wordt bepaald dat de toegang van het publiek tot de documenten van de Commissie afhankelijk is van het feit of degene die om toegang tot die documenten verzoekt, een bij een concentratie betrokken onderneming is, die volgens artikel 17, lid 3, van verordening nr. 802/2004 (of artikel 17, lid 1, van de daaraan voorafgaande verordening nr. 447/98) geen toegang heeft tot de interne documenten van het administratieve dossier van de Commissie.

87 Integendeel, in artikel 2, lid 1, van verordening nr. 1049/2001 is het recht van toegang tot de documenten van de Commissie zeer ruim geformuleerd, aangezien het toekomt aan iedere burger van de Unie en iedere rechtspersoon met verblijfplaats of statutaire zetel in een lidstaat, zonder dat enige andere voorwaarde wordt gesteld. Verder blijkt uit artikel 2, lid 3, van die verordening dat de bepalingen betreffende de toegang van het publiek tot de documenten van de Commissie gelden voor alle bij die instelling berustende documenten, dat wil zeggen voor alle documenten die door de instelling zijn opgesteld of ontvangen en zich in haar bezit bevinden, op alle werkterreinen van de Europese Unie.

88 Bovendien wordt in artikel 4, lid 3, tweede alinea, van verordening nr. 1049/2001 uitdrukkelijk bepaald onder welke voorwaarden toegang tot een document met standpunten voor intern gebruik in het kader van beraadslagingen en voorafgaand overleg binnen de betrokken instelling kan worden geweigerd, zelfs nadat het besluit is genomen, namelijk indien de openbaarmaking van het document het besluitvormingsproces van de instelling ernstig zou ondermijnen. Deze bepaling is van algemene toepassing ongeacht het werkterrein van de Commissie of de regels die voor de desbetreffende procedures gelden.

89 Bijgevolg kan op grond van het feit dat een onderneming die partij is bij een concentratie, overeenkomstig artikel 17, lid 3, van verordening nr. 802/2004 geen recht van toegang tot de interne documenten van het administratieve dossier heeft, niet worden uitgesloten dat eenieder, wie hij ook is, op grond van de beginselen van verordening nr. 1049/2001 recht van toegang tot die documenten heeft (zie in die zin mutatis mutandis arrest Interporc/Commissie, punt 15 hierboven, punten 44 en 46).

90 De Commissie betwist overigens niet dat de betrokken interne documenten binnen de werkingssfeer van verordening nr. 1049/2001 vallen. Daarbij komt dat het door haar thans aangevoerde argument inzake de toepassing van artikel 17, lid 3, van verordening nr. 802/2004 in het tweede besluit niet is aangedragen ter rechtvaardiging van het beroep op de uitzondering van artikel 4, lid 3, tweede alinea, van verordening nr. 1049/2001.

91 Het is dus met betrekking tot, enerzijds, een rechtspersoon met statutaire zetel in een lidstaat die in die hoedanigheid om toegang tot bepaalde bij de Commissie berustende documenten verzoekt, en anderzijds, de in het tweede besluit gegeven motivering dat het Gerecht zijn rechtmatigheidstoetsing verricht.

92 In het onderhavige geval beroept de Commissie zich in het tweede besluit op de uitzondering van artikel 4, lid 3, tweede alinea, van verordening nr. 1049/2001 met betrekking tot vier categorieën van documenten: de ontwerp teksten, de nota's aan het lid van de Commissie, de nota's aan de andere diensten en de antwoordnota's van de andere diensten dan de juridische dienst (zie punt 21 hierboven). Zelfs al zijn deze documenten concreet en afzonderlijk, document per document, onderzocht, de door de Commissie aangevoerde reden voor toepassing van bovengenoemde uitzondering blijft in wezen dezelfde. Het is overigens daarom dat de partijen in hun memories die documenten globaal en niet afzonderlijk behandelen met betrekking tot de uitleg die in het tweede besluit voor elke van de vier bovengenoemde categorieën is gegeven.

93 Ter terechtzitting heeft verzoekster verklaard dat zij niet geïnteresseerd is in mededeling van de ontwerp teksten, te weten de ontwerpen betreffende de beslissing als bedoeld in artikel 6, lid 1, sub c, van verordening nr. 4064/89, de mededeling van de punten van bezwaar en de eindbeschikking in de zaak Airtours/First Choice. Op een desbetreffende vraag van het Gerecht heeft zij geantwoord dat zij haar verzoek om toegang tot die documenten intrekt. Bijgevolg behoeft het Gerecht de rechtmatigheid van het tweede besluit met betrekking tot die documenten niet te onderzoeken.

94 Met betrekking tot de nota's aan het lid van de Commissie, de nota's aan de andere diensten en de antwoordnota's van de andere diensten dan de juridische dienst betoogt de Commissie terecht dat de — naargelang van het geval — gehele of gedeeltelijke openbaarmaking van die verschillende documenten afbreuk zou doen aan het vermogen van haar diensten om hun standpunt te bepalen en haar besluitvormingsproces in het kader van de controle op concentraties van ondernemingen ernstig zou ondermijnen.

95 Ter zake van de controle op concentraties van ondernemingen is de eindbeschikking van belang alsmede de verschillende in verordening nr. 4064/89 bepaalde stappen om tot die beschikking te komen (zoals de beslissing als bedoeld in artikel 6, lid 1, sub c, van verordening nr. 4064/89 of de mededeling van de punten van bezwaar). In het kader daarvan zijn de nota's aan het lid van de Commissie, de nota's aan de andere diensten en

de antwoordnota's van de andere diensten dan de juridische dienst binnen de Commissie uitgewisseld met het oog op de opstelling van de documenten waarin het standpunt van de administratie formeel wordt neergelegd.

96 Zoals de Commissie in het tweede besluit aanvoert, kan de openbaarmaking van dergelijke documenten haar besluitvormingsproces ernstig ondermijnen, zowel met betrekking tot de betrokken concentratieprocedure als met betrekking tot toekomstige concentratieprocedures in dezelfde sector of tussen dezelfde partijen als met betrekking tot de beginselen die in de omstreden procedure zijn toegepast, daar die documenten slechts de opvattingen weergeven die bestonden op een bepaald moment van een procedure die nog niet haar formeel beslag had gekregen in een einddocument. Die voorbereidende documenten kunnen immers standpunten, aarzelingen of ommezwaaien van de diensten van de Commissie bevatten die aan het einde van het betrokken besluitvormingsproces misschien niet in de eindversie van de beschikking voorkomen.

97 Zoals met betrekking tot het rapport is geoordeeld (zie punt 52 hierboven), zou openbaarmaking van de documenten waartoe de toegang is geweigerd, tot gevolg hebben dat de opstellers daarvan in de toekomst dermate rekening houden met dit risico van openbaarmaking dat zij aan zelfcensuur gaan doen en geen standpunt meer innemen dat een risico kan meebrengen voor de adressaat van het betrokken document. Daardoor zou de communicatie tussen de diensten binnen de Commissie niet meer zo vrij en volledig zijn als nodig is voor de opstelling van de beschikkingen en van de mededeling van de punten van bezwaar die in het kader van een procedure van controle op concentraties van ondernemingen zijn vereist.

98 Verzoeksters argumenten kunnen deze analyse niet ontkrachten. De Commissie heeft zich immers niet slechts algemeen en abstract beroepen op de noodzaak om de denkruimte te beschermen, maar heeft dit voor elk document afzonderlijk in concreto gedaan. Zo zijn bepaalde documenten ten dele openbaar gemaakt. Bovendien wordt

deze analyse niet op losse schroeven gezet door het enkele feit dat de betrokken procedure is beëindigd, aangezien artikel 4, lid 3, tweede alinea, van verordening nr. 1049/2001 ook geldt nadat het besluit is genomen, en de Commissie in het tweede besluit uitlegt dat de openbaarmaking van de betrokken documenten haar beoordeling van eventuele soortgelijke concentraties tussen de betrokken partijen of in dezelfde sector dreigt te verstoren.

99 Het is dienaangaande veelzeggend dat de Commissie in het tweede besluit ter verduidelijking van deze stelling zowel verwijst naar zaken in dezelfde sector of tussen dezelfde partijen als naar zaken betreffende het begrip collectieve machtspositie. Zij verwijst specifiek naar de zaak EMI/Time Warner, met betrekking tot dewelke zij een op verordening nr. 1049/2001 gebaseerd verzoek om toegang tot de mededeling van de punten van bezwaar heeft afgewezen ter bescherming van de beraadslagingen van haar diensten in de zaak BMG/Sony, die betrekking had op dezelfde bedrijfssector.

100 Verder dient erop te worden gewezen dat in het onderhavige geval het gevaar van ernstige ondermijning van het besluitvormingsproces in geval van openbaarmaking van de naar aanleiding van de zaak Airtours/First Choice opgestelde interne en voorbereidende documenten redelijk voorzienbaar en niet zuiver hypothetisch is. Zo is het waarschijnlijk, zoals de Commissie in haar tweede besluit uiteenzet, dat dergelijke documenten — ofschoon zij niet noodzakelijk het definitieve standpunt van de Commissie weergeven — zullen worden gebruikt om naar aanleiding van het onderzoek van soortgelijke zaken betreffende dezelfde bedrijfssector of dezelfde economische begrippen invloed uit te oefenen op de opvatting van haar diensten, die vrij en los van externe druk tot stand moet kunnen komen. Aan de Commissie moet dus de mogelijkheid worden geboden, de beraadslagingen en het interne overleg van haar diensten te beschermen wanneer dat, zoals in het onderhavige geval, noodzakelijk is ter vrijwaring van haar vermogen om haar taken op het gebied van de controle op concentraties van ondernemingen te vervullen.

101 Bijgevolg dient afwijzend te worden beslist op verzoeksters grief dat openbaarmaking van bovengenoemde documenten het besluitvormingsproces van de Commissie niet ernstig zou ondermijnen.

De ernst van de ondermijning van het besluitvormingsproces door openbaarmaking van het verslag van de raadadviseur-auditeur

— Argumenten van partijen

102 Verzoekster betoogt dat het verslag van de raadadviseur-auditeur niet onder de uitzondering van artikel 4, lid 3, tweede alinea, van verordening nr. 1049/2001 valt, daar de raadadviseur-auditeur volgens zijn mandaat op de datum in 1999 waarop hij zijn verslag heeft opgesteld, deel uitmaakte van het DG „Concurrentie" en verbonden was aan de directeur-generaal, aan wie hij verslag diende te doen. In die omstandigheden is de onafhankelijkheid van de raadadviseurs-auditeurs ten volle beschermd in het kader van onder hun mandaat vallende activiteiten, zodat deze niet hoeven te vrezen dat hun verslagen openbaar worden gemaakt.

103 De Commissie wijst erop dat het mandaat van de raadadviseur-auditeur geen rol speelt bij haar beslissing over de openbaarmaking van een document dat het advies van de raadadviseur-auditeur in een bepaalde zaak bevat. Aangezien deze zijn mening geeft over de grond en de procedurele aspecten van de zaak, maakt zijn verslag deel uit van de interne beraadslagingen van de Commissie die aan de eindbeschikking voorafgaan.

— Beoordeling door het Gerecht

104 Net als met betrekking tot de andere interne documenten die door de verschillende diensten in het kader van de voorbereiding van de beschikking Airtours zijn opgesteld (zie punt 94 hierboven), is de Commissie op goede gronden van oordeel dat de openbaarmaking van het verslag van de raadadviseur-auditeur in het onderhavige geval haar besluitvormingsproces op het gebied van de controle op concentraties van ondernemingen ernstig zou ondermijnen.

105 Uit het tweede besluit blijkt immers dat de Commissie niet de enkele omstandigheid dat het betrokken document een voor intern gebruik opgesteld advies bevat, aanvoert ter rechtvaardiging van de toepassing van de uitzondering, maar het feit dat de raadadviseur-auditeur in dit document zijn mening geeft over de grond en de procedurele aspecten van de zaak Airtours/First Choice (punt II.7 van het tweede besluit).

106 In het tweede besluit wijst de Commissie er ook terecht op dat de vrijheid van meningsuiting van de raadadviseur-auditeur in gevaar zou komen indien deze rekening moet houden met de mogelijkheid dat zijn verslag openbaar wordt gemaakt, en dat openbaarmaking van dat verslag het besluitvormingsproces op het gebied van concentraties van ondernemingen ernstig zou ondermijnen, aangezien zij zich dan in de toekomst niet meer op onafhankelijke, vrije en volledige adviezen van de raadadviseurs-auditeurs zal kunnen baseren (punt II.7 van het tweede besluit).

107 Bijgevolg dient afwijzend te worden beslist op verzoeksters grief dat openbaarmaking van het verslag van de raadadviseur-auditeur het besluitvormingsproces van de Commissie niet ernstig zou ondermijnen.

De ernst van de ondermijning van het besluitvormingsproces door openbaarmaking van de nota van het DG „Concurrentie" aan het adviescomité

— Argumenten van partijen

108 Verzoekster verklaart dat artikel 4, lid 3, tweede alinea, van verordening nr. 1049/2001 niet kan worden toegepast op de nota van het DG „Concurrentie" aan het adviescomité omdat dit comité bestaat uit vertegenwoordigers van de lidstaten zodat het beroep op dit comité niet behoort tot de beraadslagingen en het voorafgaande overleg „binnen de betrokken instelling".

109 De Commissie betoogt dat dit overleg noodzakelijk is ter voorbereiding van de eindbeschikking en dus moet worden geacht binnen de Commissie plaats te vinden.

— Beoordeling door het Gerecht

110 Net als met betrekking tot de andere interne documenten die door de verschillende diensten in het kader van de voorbereiding van de beschikking Airtours zijn opgesteld (zie punt 94 hierboven), is de Commissie op goede gronden van oordeel dat openbaarmaking van de nota van het DG „Concurrentie" aan het adviescomité (document 7.7) in het onderhavige geval haar besluitvormingsproces op het gebied van de controle op concentraties van ondernemingen ernstig zou ondermijnen (punt II.4 van het tweede besluit).

111 Zoals in het tweede besluit is aangegeven, maakt de raadpleging van het adviescomité immers eveneens deel uit van het interne besluitvormingsproces op het gebied van de controle op concentraties van ondernemingen. Ook al bestaat het adviescomité uit

vertegenwoordigers van de lidstaten en verschilt het daardoor van de Commissie, kan op grond van het feit dat de Commissie volgens artikel 19 van verordening nr. 4064/89 verplicht is interne documenten aan dit comité voor te leggen zodat dit comité daarover uitspraak kan doen in het kader van een procedure die de tussenkomst ervan vereist, worden aangenomen dat de betrokken documenten voor de toepassing van artikel 4, lid 3, van verordening nr. 1049/2001 interne documenten van de Commissie zijn.

112 Bijgevolg dient afwijzend te worden beslist op verzoeksters grief dat openbaarmaking van de nota van het DG „Concurrentie" aan het adviescomité het besluitvormingsproces van de Commissie niet ernstig zou ondermijnen.

De ernst van de ondermijning van het besluitvormingsproces door openbaarmaking van een deel van de dossieraantekening betreffende een bezoek aan First Choice

— Argumenten van partijen

113 Volgens verzoekster is deze aantekening geen „standpunt voor intern gebruik" in de zin van artikel 4, lid 3, van verordening nr. 1049/2001. Mondelinge opmerkingen van First Choice zijn vergelijkbaar met schriftelijke opmerkingen en er is geen enkele beleidsreden om toegang tot die opmerkingen te weigeren.

114 De Commissie antwoordt daarop dat de delen van de omstreden aantekening waartoe de toegang is geweigerd, de eigen opvattingen bevatten van de ambtenaar die de aantekening heeft gemaakt.

— Beoordeling door het Gerecht

115 Net als met betrekking tot de andere interne documenten die door de verschillende diensten in het kader van de voorbereiding van de beschikking Airtours zijn opgesteld (zie punt 94 hierboven), is de Commissie op goede gronden van oordeel dat openbaarmaking van een deel van de dossieraantekening betreffende een bezoek aan First Choice (document 7.2) in het onderhavige geval haar besluitvormingsproces op het gebied van de controle op concentraties van ondernemingen ernstig zou ondermijnen (punt II.8.a van het tweede besluit).

116 Uit het tweede besluit blijkt immers dat de Commissie niet de enkele omstandigheid dat het betrokken document een voor intern gebruik opgesteld advies bevat, aanvoert ter rechtvaardiging van de toepassing van de uitzondering, maar het feit dat bepaalde gedeelten van dit document de door de ambtenaren van het DG „Concurrentie" tijdens dat bezoek opgedane indrukken weergeven. Bijgevolg heeft de Commissie terecht geoordeeld dat dit document de interne beraadslagingen van het DG „Concurrentie" over het onderzoek bevat, en dat openbaarmaking daarvan in het onderhavige geval haar besluitvormingsproces ernstig zou ondermijnen.

117 Bijgevolg dient afwijzend te worden beslist op verzoeksters grief dat openbaarmaking van bepaalde gedeelten van de dossieraantekening betreffende een bezoek aan First Choice het besluitvormingsproces van de Commissie niet ernstig zou ondermijnen.

Het bestaan van een hoger openbaar belang

118 Met betrekking tot het bestaan van een hoger openbaar belang dat in voorkomend geval openbaarmaking van deze documenten zou gebieden, dient te worden verwezen naar de punten 38 en 60 tot en met 66 hierboven, aangezien verzoekster tegen het tweede besluit dezelfde argumenten aanvoert als tegen het eerste besluit.

119 Bijgevolg dient afwijzend te worden beslist op verzoeksters grief dat een hoger openbaar belang openbaarmaking gebiedt van de interne documenten die onder de uitzondering betreffende de bescherming van het besluitvormingsproces vallen.

De uitzondering betreffende de bescherming van gerechtelijke procedures en juridisch advies

Argumenten van partijen

120 Verzoekster betoogt dat de uitzondering van artikel 4, lid 2, tweede streepje, van verordening nr. 1049/2001 niet kan worden toegepast op de antwoordnota's van de juridische dienst.

121 De Commissie verklaart dat, ook al is de beschikking Airtours nietig verklaard, openbaarmaking van de omstreden documenten tot gevolg zou hebben dat zij niet meer in dezelfde mate advies zou krijgen van haar diensten, daar zij als college deze adviezen naast zich neer kan leggen en een andere beslissing kan nemen.

Beoordeling door het Gerecht

122 Artikel 4, lid 2, tweede streepje, van verordening nr. 1049/2001 bepaalt dat de Commissie de toegang tot een document weigert wanneer de openbaarmaking ervan zou leiden tot ondermijning van de bescherming van „gerechtelijke procedures en juridisch advies", tenzij een hoger openbaar belang openbaarmaking gebiedt.

123 De termen „juridisch advies" moeten aldus worden begrepen dat de bescherming van het openbaar belang zich kan verzetten tegen openbaarmaking van de inhoud van de documenten die door de juridische dienst van de Commissie in het kader van gerechtelijke procedures, maar ook voor andere doeleinden, zijn opgesteld.

124 In het onderhavige geval blijkt uit het tweede besluit dat de Commissie niet de enkele omstandigheid dat de betrokken documenten — na afzonderlijk te zijn onderzocht — juridische adviezen blijken te zijn, aanvoert ter rechtvaardiging van de toepassing van de uitzondering, maar het feit dat openbaarmaking van de antwoordnota's van de juridische dienst informatie dreigt te geven over de stand van de interne discussies tussen het DG „Concurrentie" en de juridische dienst over de rechtmatigheid van het oordeel over de verenigbaarheid van de concentratie Airtours/First Choice met de gemeenschappelijke markt, wat op zichzelf eventuele toekomstige beschikkingen tussen dezelfde partijen of in dezelfde sector op losse schroeven dreigt te zetten (zie punten 22, 99 en 100 hierboven).

125 Aanvaarden dat de betrokken nota's openbaar worden gemaakt, kan tot gevolg hebben dat de juridische dienst in de toekomst bij het opstellen van dergelijke nota's terughoudend en voorzichtig zal zijn om geen afbreuk te doen aan het vermogen van de Commissie om beslissingen te nemen op gebieden waar deze als bestuur handelt.

126 Verder dient erop te worden gewezen dat in het onderhavige geval het gevaar van ondermijning van de bescherming van juridisch advies als bedoeld in artikel 4, lid 2, tweede streepje, van verordening nr. 1049/2001 redelijk voorzienbaar en niet zuiver hypothetisch is. Aan de in punt 124 hierboven genoemde redenen kan immers worden toegevoegd dat openbaarmaking van deze adviezen de Commissie in de netelige situatie kan brengen dat haar juridische dienst verplicht is voor het Gerecht een ander standpunt te verdedigen dan het standpunt dat hij intern in de loop van de administratieve procedure in zijn hoedanigheid van adviseur van de met het dossier belaste diensten heeft ingenomen. Het is overduidelijk dat het risico van een dergelijke conflictsituatie zowel de vrije meningsuiting van de juridische dienst en diens mogelijkheid om het definitieve standpunt van de Commissie voor de gemeenschapsrechter doeltreffend en op voet van gelijkheid met de andere wettelijke vertegen-

woordigers van de verschillende partijen in de gerechtelijke procedure te verdedigen, kan ondermijnen als het interne besluitvormingsproces van de Commissie, die als college beslist naargelang van de bijzondere taak die haar is opgedragen, en de vrijheid dient te hebben een juridisch standpunt te verdedigen dat verschilt van het standpunt dat haar juridische dienst had ingenomen.

127 Deze analyse wordt niet op losse schroeven gezet door het feit dat de beschikking Airtours, in het kader waarvan de antwoordnota's van de juridische dienst zijn geschreven, door het Gerecht nietig is verklaard. De betrokken uitzondering beschermt immers documenten die vóór de eindbeschikking zijn opgesteld en dit in beginsel ongeacht of deze eindbeschikking later in het kader van een geding voor de gemeenschapsrechter is gehandhaafd of nietig is verklaard.

128 Bijgevolg dient afwijzend te worden beslist op verzoeksters grief dat openbaarmaking van de antwoordnota's van de juridische dienst de bescherming van juridisch advies niet ernstig zou ondermijnen.

129 Met betrekking tot het bestaan van een hoger openbaar belang dat in voorkomend geval openbaarmaking van deze documenten zou gebieden, dient te worden verwezen naar de punten 38 en 60 tot en met 66 hierboven. Bijgevolg dient afwijzend te worden beslist op verzoeksters grief dat een hoger openbaar belang openbaarmaking gebiedt van de interne documenten die onder de uitzondering betreffende de bescherming van juridisch advies vallen.

Conclusie betreffende het tweede besluit

130 Uit het voorgaande blijkt dat de Commissie geen beoordelingsfout heeft gemaakt door op grond van artikel 4, lid 3, tweede alinea, van verordening nr. 1049/2001 of artikel 4, lid 2, tweede streepje, van verordening nr. 1049/2001 na een concreet onderzoek van elk document afzonderlijk openbaarmaking te weigeren van de verschillende interne documenten of juridische adviezen waarvoor deze uitzonderingen zijn aangevoerd. Om redenen van proceseconomie behoeft dus niet meer te worden ingegaan op verzoeksters grieven betreffende de derde uitzondering als aangevoerd in het tweede besluit, in samenhang met de hierboven besproken eerste uitzondering, om de bekendmaking van sommige van deze documenten te weigeren.

131 Mitsdien moet het beroep worden verworpen voor zover het betrekking heeft op het tweede besluit.

Kosten

132 Volgens artikel 87, lid 3, van zijn Reglement voor de procesvoering kan het Gerecht de proceskosten over partijen verdelen of beslissen dat elke partij haar eigen kosten zal dragen, indien zij onderscheidenlijk op een of meer punten in het ongelijk worden gesteld. In het onderhavige geval dient te worden beslist dat de Commissie een tiende van de kosten van verzoekster en een tiende van haar eigen kosten zal dragen. Verzoekster zal negen tienden van haar eigen kosten en negen tienden van de kosten van de Commissie dragen.

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Derde kamer — uitgebreid),

rechtdoende, verklaart:

1) Besluit [D(2005) 8461] van de Commissie van 5 september 2005 wordt nietig verklaard voor zover toegang is geweigerd tot het werkdocument met als opschrift „Notulen van het gesprek dat op 24 juni 2002 is gevoerd met een lid van de ploeg belast met zaak M.1524, Airtours/First Choice".

2) Het beroep wordt verworpen voor het overige.

3) MyTravel Group plc zal negen tienden van haar eigen kosten en negen tienden van de kosten van de Commissie dragen.

4) De Commissie zal een tiende van haar eigen kosten en een tiende van de kosten van MyTravel Group dragen.

Azizi Cooke Labucka

Cremona Frimodt Nielsen

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 9 september 2008.

De griffier De president van de Derde kamer

E. Coulon J. Azizi