

Annotatie

Openbaarheid en fusiecontrole

Mr. P.J. Kreijger*

Hof EU 21 juli 2011, zaak C-506/08 P, Zweden/MyTravel-Commissie, n.n.g. Verordening (EG) nr. 1049/2001 (Eurowob en concentratietoezicht – toegang tot documenten uit het dossier Airtours/First Choice – reikwijdte excepties na afsluiting onderzoek – motiveeringsplicht Commissie bij afwijzing verzoek tot openbaarmaking)

194

De schokgolven van de vernietiging van de verbodsbeschikking in de *Airtours/First Choice*-zaak zijn bijna tien jaar later nog altijd voelbaar. Waar de poging van MyTravel (voorheen Airtours) om ter onderbouwing van haar schadevergoedingsactie met een beroep op de Eurowob documenten uit het fusiecontrole-dossier te bemachtigen nog spaak liep bij Commissie en Gerecht, oordeelt het Hof van Justitie thans dat MyTravel met een te magere motivering is afgescheept.

Achtergrond

De zaak die aan het hier besproken arrest ten grondslag ligt, begint met de beschikking uit 1999 waarin de Commissie de voorgenomen concentratie van de Britse touroperators Airtours en First Choice (door middel van een vijandig bod van Airtours op First Choice) verbood, in essentie omdat deze zou resulteren in een collectieve machtspositie voor de na de fusie resterende drie grote aanbieders van pakketreizen op de Britse markt.¹ Dit besluit, ook kritisch besproken in dit blad,² trok uiteraard de nodige aandacht; verbodsbeschikkingen zijn

relatief schaars en zeker wanneer deze op (althans in 1999) relatief exotisch beschouwde *theories of harm* zijn gebaseerd. Partijen gingen dan ook in beroep en *the rest is history*: het Gerecht vernietigde in 2002 de verbodsbeschikking in niet mis te verstane bewoordingen³ en zette mede daarmee een reorganisatie binnen de Commissie in gang die onder meer het einde van de ‘Merger Task Force’ inluidde en moest resulteren in een meer objectieve en gedegen (met name ook in economisch opzicht) besluitvorming, onder meer door het introduceren van een *Chief Economist* en het organiseren van meer interne tegenspraak bij de beoordeling van concentraties.

Intussen zat Airtours niet in stilte na te genieten van haar overwinning. De vernietiging van de verbodsbeschikking was voor haar aanleiding op 18 juni 2003 bij het Gerecht een beroep tot schadevergoeding aanhangig te maken op grond van artikel 340 VWEU (art. 288 EG-Verdrag oud).⁴ Zoals bekend, en bepaald anders dan in het Nederlands recht het geval is,⁵ vergt vaststelling van deze aansprakelijkheid van Unie-instellingen voor hun besluiten meer dan de enkele vernietiging daarvan door de rechter: eerst bij een ‘voldoende gekwalificeerde schending’ kan aansprakelijkheid aan de orde zijn, en daarvan is in essentie eerst dan sprake wanneer de betrokken instelling de haar toekomstige beoordelingsvrijheid ‘kennelijk en ernstig’ heeft overschreden. Met betrekking tot aansprakelijkheid voor (vernietigde) besluiten van de Commissie in het kader van het concentratietoezicht is dat niet anders en de lat ligt aldus hoog, hoewel de eerste uitspraak van het Hof van Justitie inzake aansprakelijkheid voor fusiecontrole-besluiten in de *Schneider*-saga inmiddels heeft geleerd dat een

* Mr. P.J. Kreijger is advocaat te Amsterdam (Linklaters LLP).

1. Beschikking van 22 september 1999, zaak IV/M.1524 – *Airtours/First Choice*, Pb. EG 2000, L 93.
2. S. Baker en T. van Dijk, ‘Gezamenlijke marktmacht en het besluit inzake *Airtours/First Choice*’, *M&M* 2000/3, p. 89-95.

3. GvEA 6 juni 2002, zaak T-342/99, *Airtours/Commissie*, *Jur.* 2002, p. II-2585, geannoteerd door E.J. Kloosterhuis, *M&M* 2002/8, p. 266-271.

4. Pb. EU 2003, nr. C 200, p. 28.

5. Vaste rechtspraak sinds HR 24 februari 1984, *NJ* 1984, 669 en *AB* 1984, 399 (*St. Oedenrode-Driessen*).

dergelijke claim niet geheel kansloos is.⁶ Niettemin bleek voor MyTravel de lat toch te hoog te liggen: bij arrest van 9 september 2008 verwierp het Gerecht haar beroep tot schadevergoeding.⁷ Tegen dit arrest heeft MyTravel geen hoger beroep aangetekend, zodat de kous daarmee in zoverre af was. Niettemin valt toch, drie jaar na de uitspraak van het Gerecht waarin de schadeclaim van MyTravel strandde, een uitspraak van het Hof van Justitie in hoger beroep te bespreken.

De procedure ex artikel 288 EG-Verdrag (oud) die MyTravel in 2003 aanhangig maakte, was namelijk niet de enige procedure. Hangende deze procedure had MyTravel vernomen dat de Commissie naar aanleiding van de uitspraak van het Gerecht uit 2002 een interne werkgroep van medewerkers van DG Mededinging en de Juridische dienst had samengesteld die, simpel gesteld, tot taak had de toegebrachte wonden te likken c.q. te onderzoeken of hoger beroep opportuun was en welke gevolgen het arrest ook overigens kon hebben voor het concentratietoezicht. Op 25 juli 2002, vóór de afloop van de beroepstermijn tegen het *Airtours*-arrest, rapporteerde deze werkgroep aan de Commissaris voor mededinging.

Dit was aanleiding voor MyTravel om, uiteraard ter onderbouwing van haar schadeclaim, in 2005 een verzoek op grond van Verordening (EG) nr. 1049/2001 (de 'Eurowob') in te dienen. MyTravel verzocht toegang tot drie (categorieën van) documenten, namelijk (1) het eigenlijke rapport van de werkgroep, (2) de documenten ter voorbereiding daarvan ('werkdokument') en ten slotte (3) de documenten uit het zaaksdossier die in het rapport worden genoemd of daarin worden aangehaald ('andere interne documenten'). Het overleg met de Commissie leidde tot niets, dat wil zeggen: een besluit waarin toegang werd geweigerd tot het rapport en een besluit waarin toegang werd geweigerd tot de werkdokument en andere interne documenten.

De toegang tot het rapport en de werkdokument werd geweigerd onder verwijzing naar de uitzonderingen ter bescherming van gerechtelijke procedures en juridisch advies, bescherming van het doel van inspecties, onderzoeken en audits, en bescherming van het besluitvormingsproces (art. 4 lid 2, tweede en derde streepje, en art. 4 lid 3 Eurowob) terwijl volgens de Commissie ook geen hoger openbaar belang alsnog tot openbaarmaking noopte. De toegang tot de overige interne documenten werd geweigerd met een beroep op de uitzonderingen ter bescherming van het doel van inspecties, onderzoeken en audits en van het besluitvormingsproces. Dit zou in het bijzonder gelden voor een reeks van interne nota's van de directeur-generaal van DG Concurrentie aan de Commissaris, nota's van DG Concurrentie aan andere diensten, waaronder de juridische dienst en de schriftelijke reactie van die diensten. De antwoorden van de

juridische dienst zouden in het bijzonder beschermd zijn door de exceptie voor bescherming van gerechtelijke procedures en juridisch advies. Ook werd toegang geweigerd tot het verslag van de raadgever-auditeur, een nota van DG Concurrentie aan het adviescomité en een dossieraantekening van een bezoek aan First Choice, het voormalige doelwit van de door Airtours beoogde vijandige overname.

Tegen deze besluiten ging MyTravel op 15 november 2005 in beroep,⁸ maar tevergeefs: op dezelfde dag waarop het Gerecht de schadeclaim van MyTravel afwees, verwierp het ook grotendeels (behoudens ten aanzien van enkele ondergeschikte documenten) het beroep tegen de besluiten van de Commissie tot weigering van de door MyTravel gevraagde openbaarmaking.⁹

Met betrekking tot de exceptie in artikel 4 lid 3, tweede alinea, Eurowob overwoog het Gerecht dat het rapport, hoewel pas na het besluit (het verbod van de Airtours-First Choice transactie in 1999) opgesteld, samenhang met de zuiver bestuurlijke functie van de Commissie zodat het publiek belang bij toegang tot dit document minder zwaar woog. Bij openbaarmaking zouden de opstellers voortaan aan zelfcensuur kunnen gaan doen. Het Gerecht trekt deze redenering door tot de onderliggende documenten. Die dreiging acht het Gerecht concreet nu de Commissie stelde dat haar beoordeling van eventuele soortgelijke concentraties tussen de betrokken partijen of in dezelfde sector verstoord zou raken. Het zuiver particuliere belang van MyTravel bij het onderbouwen van haar beroep tot schadevergoeding kwalificeert niet als een hoger openbaar belang dat een andere uitkomst zou rechtvaardigen.

Het Gerecht accepteert ook het beroep op de exceptie ter bescherming van juridisch advies (art. 4 lid 2, tweede streepje, van de verordening). Inzage in de notities van de juridische dienst zou de interne discussie over de rechtmatigheid van de Airtours-beschikking blootleggen en de juridische dienst kunnen dwingen voor de Unierechter een beschikking te verdedigen waarover ze negatief heeft geadviseerd.

Het arrest

De aandachtige lezer zal zijn opgevallen dat MyTravel geen hogere voorziening tegen het arrest van het Gerecht heeft gevraagd: het hier besproken arrest is gewezen op het beroep van Zweden, als bekend een van de lidstaten die veel belang hecht aan openbaarheid van bestuur. Nu MyTravel geen beroep heeft ingesteld tegen het op dezelfde dag gewezen arrest inzake haar schadeclaim lag een eigen beroep in de openbaarheidszaak ook minder voor de hand. Het beroep van Zweden treft niettemin doel.

Het Hof van Justitie roept in herinnering dat de verordening het publiek een zo ruim mogelijk recht van toe-

6. GvEA 11 juli 2007, zaak T-351/03, *Jur.* 2007, p. II-2237 en HvJ EG 16 juli 2009, zaak C-440/07. Zie voorts M.F. van Wissen, 'Zaak C-440/07 P, Commissie/Schneider Electric – Niet-contractuele aansprakelijkheid van de Europese Commissie in fusiecontrole', *NTER* 2010/1.

7. GvEA 9 september 2008, zaak T-212/03, *Jur.* 2008, p. II-1967.

8. Pb. EG 2000, nr. C 10, p. 29.

9. GvEA 9 september 2008, zaak T-403/05, *Jur.* 2008, p. II-2027.

gang tot documenten van de instellingen beoogt te geven, terwijl de uitzonderingen daarop restrictief moeten worden uitgelegd en toegepast. Dat betekent dat de weigering van toegang tot een document moet worden gemotiveerd aan de hand van een concrete en daadwerkelijke ondermijning van belang dat met de betrokken exceptie wordt beschermd, en het risico van die ondermijning ook redelijk voorzienbaar moet zijn en niet louter hypothetisch. Daar komt bij het onderscheid tussen nog lopende, en reeds afgesloten procedures in artikel 4 lid 3 Eurowob. MyTravel vroeg toegang ruim nadat de beroepstermijn van het arrest waarin de Airtours-beschikking werd vernietigd was verstreken. De mogelijkheden tot weigering van inzage zijn dan veel beperkter.

Vervolgens beoordeelt het Hof van Justitie de overwegingen van het Gerecht per betrokken document. Het rapport betreft weliswaar de administratieve werkzaamheden van de Commissie en geen wetgevingsproces, maar ook daarop is de Eurowob van toepassing. Het Gerecht had daarom van de Commissie een specifieke motivering van de weigering tot inzage moeten verlangen, zeker nu de procedure al afgesloten is. Waarom zou inzage dan niettemin het besluitvormingsproces ernstig ondermijnen?

Ook met betrekking tot de andere documenten is het Gerecht niet nagegaan op welke specifieke gronden openbaarmaking van documenten met betrekking tot een reeds afgesloten procedure diezelfde procedure nog ernstig zouden kunnen ondermijnen. Bovendien, nu de overwegingen van het Gerecht dat toegang tot het rapport mocht worden geweigerd onvoldoende zijn, kon het enkele feit dat de overige opgevraagde werkdocumenten als basis voor het opstellen van het rapport hadden gediend, het achterhouden daarvan rechtvaardigen. Met betrekking tot de interne notities heeft het Gerecht ten onrechte genoeg genomen met het betoog van de Commissie dat openbaarmaking daarvan haar beoordeling van eventuele soortgelijke concentraties tussen de betrokken partijen of in dezelfde sector dan wel van 'zaken betreffende het begrip collectieve machtspositie' had kunnen verstoren. Daarbij had de Commissie nog gewezen op een in de zaak *EMI/Time Warner* door haar afgewezen verzoek om toegang tot de punten van bezwaar, ter bescherming van haar interne beraadslagingen in de zaak *BMG/Sony*, die betrekking had op dezelfde bedrijfssector. Het Hof van Justitie ziet geen enkele onderbouwing voor dit betoog. Nergens blijkt dat toegang tot deze documenten concrete gevolgen voor een andere specifieke administratieve procedure zou hebben gehad. Het voorbeeld inzake *EMI/Time Warner*, wat daar verder van zij, toont ook niet aan dat iedere weigering van toegang tot documenten steeds gerechtvaardigd is.

De tweede beroepsgrond heeft betrekking op de uitzondering voor juridische adviezen, die de Commissie had ingeroepen ten aanzien van de schriftelijke reacties van de juridische dienst. Deze grond slaagt eveneens. Ten eerste is juist transparantie ten aanzien van dergelijke adviezen bevorderlijk voor de legitimiteit van instellingen

van de Unie; juist de afwezigheid van informatie en discussie doet bij de burgers twijfel ontstaan aan de rechtmatigheid van een individuele handeling en de legitimiteit van het gehele besluitvormingsproces. Ten tweede kan het risico dat een negatief advies van de juridische dienst twijfel doet ontstaan over de rechtmatigheid van een handeling van de instelling worden vermeden door in die handeling duidelijk de reden uiteen te zetten waarom het negatief advies niet is gevolgd. Tot slot heeft het Gerecht zich bij de beoordeling van het argument dat de juridische dienst terughoudend en voorzichtig zou moeten worden beperkt tot algemene en abstracte overwegingen en niet op concrete en gedetailleerde gegevens. De vrees dat de juridische dienst in een spagaat zou komen doordat zij bij de Unierechter een beschikking zou moeten verdedigen waarover zij eerder negatief heeft geadviseerd miskent dat dit niet alleen in het algemeen een veel te generiek argument is, maar bovendien dat het verzoek om toegang van MyTravel is ingediend op een moment (na het verstrijken van de hogerberoepstermijn) dat dit gevaar zich helemaal niet meer kon realiseren.

Commentaar

Met dit arrest bevestigt het Hof van Justitie het wezenlijk belang van de nationale en Europese regels inzake openbaarheid van bestuur voor de toepassing en handhaving van het mededingingsrecht, waaronder fusiecontrole. Gelet op het tamelijk recente uitvoerige overzicht van Haasbeek in dit blad¹⁰ waarin ook het arrest van het Gerecht in de *MyTravel*-zaak is behandeld, beperk ik mij in deze annotatie tot een aantal opmerkingen.

Het Hof van Justitie benadrukt dat de Eurowob ook op de administratieve procedure van concentratiecontrole van toepassing is, nu kennelijk door een aantal interveniënten het tegendeel was betoogd en wellicht ook vanuit de gedachte dat het arrest van het Gerecht daarover twijfel zou kunnen laten bestaan. Weliswaar erkent het Hof van Justitie het onderscheid, door het Gerecht sterk benadrukt, tussen administratieve procedures en wetgeving bij toepassing van artikel 4 lid 3 Eurowob, maar relativeert dit ook weer. Interessant in dat verband zijn de overwegingen van het Gerecht in een van de arresten inzake *Editions Odile Jacob/Commissie* uit 2010, waarin eveneens de toepassing van de Eurowob in de context van de fusiecontrole aan de orde was.¹¹ Met betrekking tot de exceptie van artikel 4 lid 3, tweede alinea, Eurowob accepteerde het Gerecht in die zaak geen algemeen en abstract beroep op deze exceptie zonder dat dit wordt onderbouwd met uitvoerige argumentatie ten aanzien

10. L. Haasbeek, 'De Wob en de Eurowob in het mededingingsrecht', *M&M* 2009/5, p. 137-147.

11. GvEA 9 juni 2010, zaak T-237/05, n.n.g. Beroep van de Commissie is aanhangig onder zaak nr. C-404/10; de gronden van dit beroep zoals weergegeven in Pb. EU 2010, C 274, p. 19 zijn mogelijk door het hier besproken arrest (deels) achterhaald geraakt.

van de inhoud van de in geding zijnde documenten.¹² De argumentatie van de Commissie in die zaak was echter niet abstracter of generieker dan die in de zaak MyTravel. Mogelijk had het Gerecht dus zelf al de draai ingezet op dit punt. Duidelijk is aldus dat de Commissie nadat de procedure is afgesloten met een goed onderbouwd en concreet argument moet komen waarom openbaarmaking van bepaalde documenten niettemin tot ernstige ondermijning van de besluitvorming zou leiden. De abstract-bestuurlijke overwegingen die het Gerecht accepteerde zijn door het Hof van Justitie – terecht – niet aanvaard. Voor het overige spreekt de schrobbering die het Hof van Justitie het Gerecht geeft redelijk voor zich en lijkt deze mij ook terecht – inderdaad was het Gerecht wel erg makkelijk heen gestapt over het feit dat het hier ging om documenten met betrekking tot een procedure die al was afgesloten.

Het beroep van de Commissie op de exceptie voor juridische adviezen (art. 4 lid 2, tweede streepje) aanvaardt het Gerecht in *Editions Odile Jacob* dan weer op identieke gronden als in *MyTravel*,¹³ gronden die inmiddels onjuist zijn gebleken. Niet langer kan worden aangenomen dat de rechtspraak accepteert dat juridische adviezen niet openbaar hoeven te worden gemaakt.¹⁴ De nadruk waarmee het Hof van Justitie de argumentatie inzake de ‘spagaat’ van de juridische dienst wegzet op grond van het doorslaggevende belang van openbaarheid valt op, en hier wordt de lijn van *Turco*, waarin eveneens adviezen van de juridische dienst van de betrokken instelling aan de orde waren, doorgetrokken naar documenten met betrekking tot administratieve procedures.¹⁵ De overwegingen inzake publicatie van negatieve adviezen en motivering waarom uiteindelijk van die adviezen is afgeweken, doet enigszins denken aan het bepaalde in artikel 3:50 Awb, waarin is bepaald dat voor zover een bestuursorgaan afwijkt van een wettelijk voorgeschreven advies dit in het besluit expliciet moet worden vermeld en in de Nederlandse context komt ook regelmatig voor dat de NMa gemotiveerd afwijkt van adviezen van de bezwaaradviescommissie. Uiteraard geldt onder de Wob dat externe juridische adviezen al spoedig onder de exceptie voor persoonlijke beleidsopvattingen vallen, artikel 11 Wob,¹⁶ en is de BAC geen juridische adviseur van de NMa, maar niettemin is het publiekelijk verschil van mening tussen toezichthouder en adviseur niet geheel onbekend zonder dat dit het toezicht van de NMa heeft ondermijnd.

Het Hof van Justitie komt niet meer toe aan de overwegingen van het Gerecht inzake het (ontbreken van) hoger openbaar belang dat alsnog tot openbaarmaking zou nopen. Het belang van MyTravel bij het onderbouwen van haar schadeclaim zou een zuiver persoonlijk

belang zijn en dus per definitie geen ‘hoger openbaar belang’ dat kan opwegen tegen een op zich gerechtvaardigd beroep op de exceptie van artikel 4 lid 3 Eurowob. In haar conclusie wijst advocaat-generaal Kokott erop dat MyTravel heeft aangevoerd dat de documenten die zij vraagt samenhangen met het interne onderzoek van de Commissie naar aanleiding van de harde kritiek van het Gerecht in het arrest *Airtours* en dan kan het hogere openbaar belang erin bestaan dat het publiek zou kunnen nagaan of de maatregelen die de Commissie heeft getroffen passend en adequaat zijn. De advocaat-generaal constateert dat de Commissie niets over dit belang vermeldt zodat het Gerecht er niet van uit kon gaan dat dit is meegewogen.¹⁷ Het Hof van Justitie komt aan dit aspect niet meer toe. Men kan zich mijns inziens ook nog afvragen of het helemaal terecht is het belang van het onderbouwen van een schadeclaim per definitie als een in dezen niet relevant zuiver persoonlijk belang weg te zetten. Uiteraard is een schadeclaim een persoonlijke aangelegenheid van de betrokken onderneming, maar dat laat toch onverlet dat indien de betrokken documenten beslissend zouden kunnen zijn voor toewijzing van een claim, dit betekent dat deze (mede) het oordeel van de Unierechter zouden dragen dat de betrokken instelling een voldoende gekwalificeerde schending heeft begaan. Nu als gezegd de lat op dit punt hoog ligt, moet de instelling het wel bont hebben gemaakt als zij toch aansprakelijk wordt gehouden, maar dan lijkt mij toch ook een hoger belang gelegen in het vergoeden van de schade – niet voor niets staat deze verplichting in het Verdrag. De mogelijkheid voor Unieburgers om het hun door het Verdrag toegekende recht op schadevergoeding geldend te maken lijkt mij toch meer dan een zuiver particulier belang, en zou niet verward moeten worden met het per definitie particuliere karakter van de schade in een concreet geval.

12. R.o. 142-143.

13. R.o. 160-161.

14. Aldus (nog voordat het hier besproken arrest werd gewezen) E.J. Daalder, *Handboek openbaarheid van bestuur*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 524.

15. HvJ EG 1 juli 2008, gevoegde zaken C-39/05 en C-52/05 P, *NJ* 2008, 573.

16. Daalder (2011), p. 265 e.v.

17. Conclusie A-G Kokott 11 maart 2011, randnr. 108-110.