

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL
D. RUIZ-JARABO COLOMER

van 3 mei 2001¹

Inhoud

I — Inleiding	I-5284
II — De feiten van het geding	I-5285
III — Het bestreden arrest	I-5287
IV — De hogere voorziening	I-5288
Eerste middel: onregelmatigheden tijdens de procedure voor het Gerecht, te weten het verzuim zich uit te spreken over het verzoek om getuigen te horen en ontoereikende instructie	I-5288
Tweede middel: schending van het gemeenschapsrechtelijke „beginsel van hoor en wederhoor” en ontoereikende motivering	I-5289
Derde middel: het Gerecht heeft geen uitspraak gedaan over het middel inzake de rechten van de verdediging en het recht van hoor en wederhoor	I-5290
Vierde middel: schending van het gemeenschapsrecht en ontoereikende motivering met betrekking tot de „laster”	I-5290
Vijfde middel: verdraaiing van de feiten wat de gestelde „belangenverstrengeling” betreft, ontoereikende motivering en onjuiste juridische kwalificatie	I-5290
Zesde middel: verdraaiing van de feiten en ontoereikende motivering wat het vermeende verzet van de vertegenwoordiger van Ismeri tegen zijn ontslag uit de raad van bestuur van het Agentschap betreft	I-5291
V — Onderzoek van de hogere voorziening	I-5291
1. De formele middelen	I-5292
A — Verzuim zich uit te spreken over het aanbod van getuigenbewijs (eerste middel)	I-5292
B — Verzuim te beslissen (derde middel)	I-5294
a) Geen uitspraak over de door Ismeri gestelde schending van haar recht om door de Europese Rekenkamer te worden gehoord	I-5294

1 — Oorspronkelijke taal: Spaans.

b) Het beroep tot nietigverklaring en de Rekenkamer	I- 5295
i) De mogelijkheid om tegen de handelingen van de Rekenkamer beroep tot nietigverklaring in te stellen	I- 5296
ii) Het begrip handelingen die rechtsgevolgen ten aanzien van derden hebben	I- 5299
a) De aard van de werkzaamheden van de Rekenkamer	I- 5300
b) De controlerende taak en de controle van de uitvoering van de commu- nautaire begroting	I- 5301
iii) De termijn voor het instellen van het beroep tot nietigverklaring	I- 5301
2. De betwisting van de door het Gerecht vastgestelde feiten (zesde middel en eerste onderdeel van het vijfde middel)	I- 5302
3. Ten gronde (tweede en vierde middel en tweede onderdeel van het vijfde middel) .	I- 5304
A — Het begrip „belangenverstrengeling”	I- 5304
B — De verslagen van de Rekenkamer, het met naam noemen en het horen	I- 5305
a) Het met naam noemen	I- 5306
b) Het horen	I- 5309
C — De afwijzing van de vordering tot schadevergoeding en tot bekendmaking van de opmerkingen van rekwirante over het verslag van de Rekenkamer	I- 5312
VI — Kosten	I- 5313
VII — Conclusie	I- 5314

I — Inleiding

2. In haar verzoekschrift verzocht zij het Gerecht:

1. Iseri Europa Srl (hierna: „Iseri”) had krachtens de artikelen 178 en 215 EG-Verdrag (thans artikelen 235 EG en 288 EG) bij het Gerecht van eerste aanleg beroep ingesteld tot vergoeding van de schade die zij stelde te hebben geleden ten gevolge van de kritiek die de Rekenkamer van de Europese Gemeenschappen jegens haar had geuit in haar speciaal verslag nr. 1/96 over de MED-programma's.

1) „de schending van het grondbeginsel van het recht van verweer en het recht van hoor en wederhoor, en bijgevolg de onrechtmatigheid van de gedraging van de Rekenkamer” vast te stellen;

2) op grond van het voorgaande eveneens „de niet-contractuele aansprakelijkheid” van die gemeenschapsinstelling vast te stellen; en

inzake steunmaatregelen aan de mediterrane derde landen en beantwoorden aan de wens van de Gemeenschap om de multilaterale samenwerking met en tussen die landen te ontwikkelen.

3) de Rekenkamer te veroordelen tot „bekendmaking van de opmerkingen van de vennootschap in het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen* en onverwijld officiële en formele mededeling daarvan aan het Parlement, door Ismeri het recht toe te kennen haar verklaringen met betrekking tot de MED-programma's kenbaar te maken, zoals dit recht ingevolge artikel 206, lid 1, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap is toegekend aan de verschillende door de Rekenkamer gecontroleerde instellingen”.

De opzet van de programma's is erop gericht in bepaalde sectoren³ ontwikkeling mogelijk te maken door een gedecentraliseerde samenwerking die bestaat in de goedkeuring van projecten waarvoor de Commissie de ontbrekende geldmiddelen en de technische bijstand verschaft.

3. Het Gerecht verwierp het beroep in zijn arrest van 15 juni 1999.² Daarop stelde Ismeri bij verzoekschrift van 24 augustus 1999 hogere voorziening in bij het Hof.

— De Commissie besteedde het administratieve en financiële beheer van de voor de MED-programma's bestemde middelen uit aan een vereniging zonder winstoogmerk naar Belgisch recht die speciaal daarvoor was opgericht, het Agentschap voor de Transmediterrane Netwerken (hierna: „Agentschap”). Voor het technisch toezicht waren overeenkomsten gesloten met bureaus voor technische bijstand, doorgaans adviesbureaus.

II — De feiten van het geding

4. In verband met deze hogere voorziening zijn met name de volgende feiten uit het arrest van belang:

— De MED-programma's maken deel uit van het beleid van de Europese Unie

— De goedkeuring van de projecten geschiedt door een vastleggingscomité, dat is samengesteld uit vertegenwoor-

2 — Ismeri Europa/Rekenkamer (T-277/97, Jurispr. blz. II-1825).

3 — De plaatselijke overheid (MED-Urbs), het hoger onderwijs (MED-Campus), de media (MED-Media), het onderzoek (MED-Avicena) en het zakenleven (MED-Invest).

digers van het Agentschap en de bureaus voor technische bijstand. De vertegenwoordigers van deze bureaus zijn bij de besprekingen aanwezig om technisch advies te geven en hebben geen stemrecht. Het comité wordt voorgezeten door de administrateur die de Commissie vertegenwoordigt.

op 24 april en 12 juni 1997, en ontving daarop in beide gevallen wederom een negatief antwoord.

- In haar speciaal verslag nr. 1/96 van 30 mei 1996⁴ uitte de Rekenkamer ernstige kritiek op het beheer van de MED-programma's en wees zij op de belangenverstremgeling inzake het beheer in het algemeen. Zij merkte op dat twee van de vier bestuursleden van het Agentschap tot april 1995 ook leidinggevende functionarissen waren van twee bureaus voor technische bijstand die met het toezicht op de programma's waren belast. Een bijzondere omstandigheid was voorts dat met beide firma's contracten waren gesloten die zij zelf hadden helpen opstellen in het kader van de raad van bestuur van het Agentschap. Ismeri is een van de twee adviesbureaus die in het verslag met naam waren genoemd.
- Op 31 januari 1997 verzocht Ismeri de Rekenkamer om rectificatie van de onjuistheden in voornoemd speciaal verslag. Ismeri stelde bovendien dat zij voorafgaand aan de publicatie van het verslag geraadpleegd had moeten worden. De Rekenkamer wees het verzoek af en deelde Ismeri mee dat de procedure was nageleefd. Ismeri herhaalde haar verzoek nog tweemaal,
- Ter zitting van 17 juli 1997 nam het Europees Parlement een resolutie⁵ aan over speciaal verslag nr. 1/96 van de Rekenkamer waarin het de bevindingen van de Rekenkamer overnam. Het onderstreepte dat 62 % van de uitgaven voor technische bijstand juist naar de twee bureaus was gevloeid die ieder een eigen bestuurder in het Agentschap hadden. Hieruit leidde het Parlement af „dat gedurende verscheidene jaren sprake was van een duidelijk geval van belangenverstremgeling”⁶ en dat de leden van de raad van bestuur in „een situatie waren geraakt die mogelijk op grond van het strafwetboek van de betrokken lidstaten strafbaar is”.⁷ Het onderstreepte voorts de voorbeeldfunctie van de zaak en verzocht de Commissie, „wier geloofwaardigheid op het spel [stond]”, drastische maatregelen te nemen om herhaling van dit soort situaties in het kader van andere samenwerkingsprogramma's te voorkomen.⁸
- Op 20 oktober 1997 stelde Ismeri bij het Gerecht het beroep in dat werd verworpen bij het arrest dat zij in deze hogere voorziening bestrijdt.

5 — PB C 286, blz. 263.

6 — Punt L.

7 — Punt Q.

8 — Punt AF.

4 — PB C 240, blz. 1.

III — Het bestreden arrest

5. Wat de grond van de zaak betreft⁹, bestaat het arrest van het Gerecht uit twee duidelijk verschillende delen. Het ene betreft de vermeende schending van het beginsel van hoor en wederhoor en het andere de vermeendelijk lasterlijke aard van de in speciaal verslag nr. 1/96 van de Rekenkamer jegens Ismeri geformuleerde bezwaren.

6. Met betrekking tot de schending van het beginsel van hoor en wederhoor heeft het Gerecht het volgende overwogen:¹⁰

— De Gemeenschap kan enkel niet-contractueel aansprakelijk worden gesteld wanneer de verzoekende partij niet alleen aantoonde dat de aan de betrokken instelling verweten gedraging onrechtmatig is en er schade bestaat, maar ook dat er sprake is van een causaal verband tussen die gedraging en de schade.

— Al aangenomen dat de Rekenkamer Ismeri in de gelegenheid had moeten stellen haar standpunt kenbaar te maken vóór de vaststelling van het

speciaal verslag en zij dus onrechtmatig heeft gehandeld door dit niet te doen, dan nog zou de inhoud van het verslag eender zijn geweest. Het Gerecht baseert zich hiervoor op de omstandigheid dat de Rekenkamer alle opmerkingen van Ismeri in dier brief van 31 januari 1997 van de hand had gewezen. Uit de teneur van haar antwoord blijkt duidelijk dat zij, ook ingeval verzoekster haar opmerkingen voorafgaand aan de vaststelling van het speciaal verslag had kunnen maken, de inhoud ervan niet zou hebben gerectificeerd.

7. Met betrekking tot de lasterlijke aard van de in het verslag jegens Ismeri geformuleerde bezwaren, heeft het Gerecht het volgende vastgesteld:¹¹

— Om haar taak doeltreffend te vervullen, kan de Rekenkamer bij wijze van uitzondering zich genoopt zien het volle licht te laten schijnen over de vastgestelde feiten en dus de derden die daar rechtstreeks bij betrokken zijn, met naam te noemen. Namen noemen is vooral noodzakelijk wanneer anonimiteit tot verwarring dreigt te leiden of twijfel kan doen rijzen omtrent de identiteit van de betrokkenen, hetgeen de belangen kan schaden van personen die door het onderzoek van de Rekenkamer worden geraakt, doch tot wie de kritiek van deze laatste niet is gericht. In ieder geval is een dergelijk oordeel

9 — In de punten 24 tot en met 94 wijst het Gerecht de door de Rekenkamer opgeworpen middelen van niet-ontvankelijkheid af.

10 — Punten 97 tot en met 105 van het arrest Ismeri Europa/ Rekenkamer, reeds aangehaald.

11 — Punten 106 tot en met 147 van het arrest.

over derden aan een volledige controle door het Gerecht onderworpen en kan dit een onrechtmatige handeling vormen die tot niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap kan leiden.¹²

- In het kader van de vervulling van haar taak moest de Rekenkamer een situatie aan het licht brengen waarin een overheidsopdracht was gegund aan een persoon die betrokken was bij de beoordeling en selectie van de offerten. Nu een bestuurder van Ismeri lid was van de raad van bestuur van het Agentschap, kon zij invloed uitoefenen op de besluitvorming en aldus haar eigen belangen voortrekken. Ismeri bevond zich derhalve in een situatie van belangenverstrengeling.¹³

- De in het speciaal verslag gemaakte opmerkingen over het verzet van Ismeri tegen de verzoeken van de Commissie inzake de terugtrekking van de bestuurders van de twee bureaus voor technische bijstand uit de raad van bestuur van het Agentschap, hebben betrekking op materieel vaststaande en correct uitgelegde feiten. Het ontslag van Ismeri's bestuurder uit de raad van bestuur van het Agentschap vond eerst twee jaar na het verzoek daartoe van de Commissie plaats en pas nadat was voldaan aan de aan het ontslag verbonden voorwaarden met betrekking tot de keuze van een opvolger en de gunning van een contract inzake technische bijstand.¹⁴

- De beoordeling van de kwaliteit en de resultaten van Ismeri's werkzaamheden vormt geen criterium dat afbreuk kan doen aan de relevantie van de vaststellingen van de Rekenkamer in speciaal verslag nr. 1/96.¹⁵

IV — De hogere voorziening

8. Ismeri voert in hogere voorziening zes middelen aan. Ik ga hieronder eerst in op de inhoud van de verschillende middelen en het antwoord daarop van de Rekenkamer. Vervolgens analyseer ik de middelen in punt V van deze conclusie.

Eerste middel: onregelmatigheden tijdens de procedure voor het Gerecht, te weten het verzuim zich uit te spreken over het verzoek om getuigen te horen en ontoereikende instructie

9. Ismeri stelt dat het verzuim van het Gerecht zich uit te spreken over haar verzoek om getuigen te horen een procedurefout inhoudt, daar het Gerecht op grond van algemene rechtsbeginselen moet ingaan op alle kwesties die aan hem worden

12 — Punten 109 en 110 van het arrest.

13 — Punten 112 tot en met 125 van het arrest.

14 — Punten 126 tot en met 143 van het arrest.

15 — Punten 144 tot en met 147 van het arrest.

voorgelegd. Deze impliciete weigering van het aangeboden bewijs wijst op een ontoereikende instructie van de zaak, voorzover het Gerecht de geloofwaardigheid van sommige documenten heeft betwijfeld en zich liever heeft gebaseerd op de versie van de feiten zoals weergegeven in speciaal verslag nr. 1/96 van de Rekenkamer.

10. De Rekenkamer betoogt dat dit middel niet-ontvankelijk is, daar het Hof zich op een terrein zou moeten begeven dat buiten zijn competentie valt, omdat de waardering van de bewijselementen uitsluitend een zaak van het Gerecht is, behoudens in geval van een onjuiste voorstelling door het Gerecht bij die waardering, hetgeen niet is gesteld. Subsidiair stelt zij dat het middel ongegrond is, daar de instructie toereikend was en de rechter voorts niet verplicht is in zijn arrest te motiveren waarom hij — hetgeen in casu overigens evident is — het voorgestelde getuigenbewijs niet heeft aanvaard.

Tweede middel: schending van het gemeenschapsrechtelijke „beginsel van hoor en wederhoor” en ontoereikende motivering

11. Ismeri verwijt het Gerecht dat het zich niet heeft uitgesproken over de toepassing van het beginsel van hoor en wederhoor in de procedure voor de Rekenkamer en dat

het als voornaamste argument aanmerkt dat de beoordeling van die instelling de teneur van het verslag ook niet zou hebben gewijzigd indien zij vóór publicatie daarvan zou zijn gehoord. De inachtneming van het beginsel van hoor en wederhoor, inhoudende dat belanghebbenden vóór de vaststelling van een hen betreffend besluit gehoord moeten worden, is een fundamentele voorwaarde voor de uitoefening van een discretionaire bevoegdheid door een overheidsorgaan. Op grond van artikel 206 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 276 EG) hebben zowel de instellingen als de overige door de Rekenkamer gecontroleerde rechtssubjecten het recht om gehoord te worden. Het vooraf horen is tevens een noodzakelijk onderdeel van de kwijtingprocedure voor het Europees Parlement.

12. De Rekenkamer preciseert dat het in de onderhavige procedure om de vaststelling van de niet-contractuele aansprakelijkheid gaat, en niet om de beoordeling van een onrechtmatige handeling. Aangezien voor deze niet-contractuele aansprakelijkheid moet zijn voldaan aan drie cumulatieve voorwaarden (onrechtmatige handeling, schade en causaal verband tussen de gedraging en de schade), kan het Gerecht, wanneer aan één van de voorwaarden (causaal verband) niet wordt voldaan, elke aansprakelijkheid uitsluiten zonder dat het zich hoeft uit te spreken over de andere twee voorwaarden (onrechtmatigheid en schade). Overigens herhaalt rekwirante volgens haar slechts de reeds in eerste aanleg aangevoerde argumenten zonder de grondslagen van het bestreden arrest te kritiseren, zodat het middel niet-ontvankelijk is.

Derde middel: het Gerecht heeft geen uitspraak gedaan over het middel inzake de rechten van de verdediging en het recht van hoor en wederhoor

13. Volgens Ismeri is het Gerecht niet ingegaan op een voor de zaak cruciale kwestie die zij in haar verzoekschrift had opgeworpen, te weten de toepassing van de rechten van de verdediging en het recht van hoor en wederhoor in de procedure voor de Rekenkamer.

14. De Rekenkamer antwoordt dat het Gerecht deze kwestie niet meer behoefde te behandelen toen het eenmaal had vastgesteld dat ook in geval van toepassing van het beginsel van hoor en wederhoor de strekking van het speciaal verslag niet zou zijn gewijzigd. Haars inziens is dit middel dan ook ongegrond.

Vierde middel: schending van het gemeenschapsrecht en ontoereikende motivering met betrekking tot de „laster”

15. De zienswijze van het Gerecht met betrekking tot het begrip laster is volgens rekwirante niet gemotiveerd en ongegrond. Het met naam noemen van de twee bureaus voor technische bijstand in het speciaal verslag en de vermelding van eventuele strafvervolgingen is in strijd met het ver-

trouwelijkheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel.

16. Volgens de Rekenkamer is dit middel niet-ontvankelijk, voorzover het niet rechtstreeks is gericht tegen de redenering in het bestreden arrest en slechts een herhaling is van de in het verzoekschrift geformuleerde argumenten. Bovendien introduceert het middel aspecten die niet eerder zijn aangevoerd (de omstandigheid dat de overige twee leden van de raad van bestuur van het Agentschap niet tot een met het toezicht op de MED-programma's belast bureau voor technische bijstand behoorden; de verplichting tot geheimhouding; het evenredigheidsbeginsel) en bijgevolg eveneens niet-ontvankelijk zijn.

Vijfde middel: verdraaiing van de feiten wat de gestelde „belangenverstrengeling” betreft, ontoereikende motivering en onjuiste juridische kwalificatie

17. Ismeri meent dat de opvatting van het Gerecht met betrekking tot de beslissende rol van de raad van bestuur van het Agentschap bij de gunning van contracten aan de bureaus voor technische bijstand, zijn beoordeling van de twee contracten die haar waren gegund en zijn overwegingen met betrekking tot de zogenoemde „expe-

rimentele fase”, het resultaat zijn van een kennelijke verdraaiing van de feiten en daarenboven elke motivering ontberen. Ook zijn juridische constructie van het begrip „belangenverstremgeling” is onjuist en niet gemotiveerd.

18. De Rekenkamer stelt dat het middel niet-ontvankelijk is, daar het is gericht tegen de beoordeling van de feiten door het Gerecht, terwijl van feitelijke onjuistheid of onjuiste voorstelling van de bewijselementen geen sprake is. Aangaande de discussie over het begrip „belangenverstremgeling” betoogt de Rekenkamer dat dit middel niet-ontvankelijk is, daar het niet meer inhoudt dan een herhaling van een reeds in eerste aanleg aangevoerd middel zonder enige kritische analyse van het bestreden arrest. Voorts is het middel ongegrond, omdat het Gerecht heeft aangegeven wat in casu onder dit begrip moet worden verstaan.

Zesde middel: verdraaiing van de feiten en ontoereikende motivering wat het vermeende verzet van de vertegenwoordiger van Ismeri tegen zijn ontslag uit de raad van bestuur van het Agentschap betreft

19. Volgens rekwirante kon het Gerecht niet ermee volstaan de geloofwaardigheid

in twijfel te trekken van een document dat aantoonde dat de Commissie niet langer het ontslag eiste van haar vertegenwoordiger uit de raad van bestuur van het Agentschap. Zij bestrijdt dat het ontslag pas zou hebben plaatsgevonden nadat uiteindelijk na lang onderhandelen bepaalde voorwaarden waren geaccepteerd.

20. Volgens de Rekenkamer is het middel niet-ontvankelijk, nu niet gesteld kan worden dat het Gerecht door zijn eerdere vaststellingen de aan zijn beslissing ten grondslag liggende bewijselementen heeft verdraaid.

V — Onderzoek van de hogere voorziening

21. De zes middelen die Ismeri in hogere voorziening aanvoert, zijn er in werkelijkheid meer, aangezien sommige verschillende grieven omvatten. De middelen kunnen evenwel worden onderverdeeld in drie groepen:

- de middelen die betrekking hebben op de formele regelmatigheid van de procedure of het arrest: het eerste en het derde middel;

- de middelen die tegen de feitelijke vaststellingen in het arrest zijn gericht: het eerste onderdeel van het vijfde middel en het zesde middel;
 - ten slotte de middelen ten gronde die tegen de uitlegging van het recht door het Gerecht zijn gericht: het tweede en het vierde middel, en het tweede onderdeel van het vijfde middel.
- dat is afgeleid uit artikel 6, lid 1, van het Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden van 4 november 1950.¹⁶ Het recht op bewijslevering en om de middelen te gebruiken die nodig zijn ter staving van de feiten die de basis vormen van het juridisch relevante belang dat elke partij in het geding verdedigt, is een van de bevoegdheden die een eerlijk proces waarborgen. Weliswaar belet dit recht de geadieerde rechterlijke instantie niet de relevantie van de voorgestelde bewijsmiddelen te beoordelen en de middelen die niet relevant of ter zake dienend zijn, af te wijzen, doch een dergelijke afwijzing dient echter wel te worden gemotiveerd en een groter motiveeringsgebrek dan stilzwijgen is er niet.

22. Deze indeling, die louter is bedoeld voor de overzichtelijkheid, kan enigszins geforceerd aandoen omdat bepaalde argumenten in verschillende middelen terugkomen. Vanwege de onderlinge verknochtheid van de middelen zal ik meer dan eens moeten terugblikken om een tijdelijk onderbroken gedachtegang te hervatten.

1. *De formele middelen*

A — Verzuim zich uit te spreken over het aanbod van getuigenbewijs (eerste middel)

23. Het recht op een eerlijk proces is een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht

24. Vormen, ook procedurevormen, zijn een instrument, nooit een doel. Wil een dergelijk middel in hogere voorziening kunnen slagen, dan is niet voldoende dat zich een procedurefout heeft voorgedaan, maar moet de partij die het middel aanvoert als gevolg daarvan daadwerkelijk in zijn verweermiddelen zijn beknot. Bovendien moet degene die klaagt over schending van zijn rechten van de verdediging door een procedurefout, de gevolgen daarvan hebben ondervonden toen die fout werd

¹⁶ — Zie advies 2/94 van 28 maart 1996 (Jurispr. blz. I-1759, punt 33), alsmede arresten van 29 mei 1997, Kremzow (C-299/95, Jurispr. blz. I-2629, punt 14), en 17 december 1998, Baustahlgewebe/Commissie (C-185/95 P, Jurispr. blz. I-8417, punt 21).

begaan en hiertegen bij de eerst mogelijke gelegenheid zijn opgekomen.

25. Ismeri voert aan dat zij in het verzoekschrift had verzocht om het horen van negen getuigen en dat het Gerecht niet uitdrukkelijk op dit verzoek is ingegaan. Hoewel onbetwist, zijn beide stellingen niet geheel waar. Rekwirante verzwijgt dat zij het aanbod van getuigenbewijs in repliek had herhaald, maar enkel „ingeval het Gerecht van oordeel mocht zijn dat de door verzoekster en verweerster overgelegde documenten niet volstaan voor de reconstructie van de feiten en voor de vaststelling dat de door de Rekenkamer geformuleerde bezwaren met betrekking tot de handelwijze van Ismeri ongegrond zijn”. Evenmin vermeldt zij dat zij het Gerecht nadien niet meer heeft herinnerd aan zijn verplichting om te beslissen op het bewijsaanbod.

26. Uit het voorgaande volgt dat dit middel ongegrond is. Ismeri stelde immers zelf in repliek het horen van de getuigen afhankelijk van de voorwaarde dat het Gerecht de door partijen overgelegde stukken onvoldoende zou achten, hetgeen blijkens het arrest (met name de punten 95 tot en met 147) niet het geval was. Bovendien achtte Ismeri zelf dat bewijs kennelijk niet noodzakelijk. Zij vond het blijkbaar niet nodig het Gerecht na afloop van de schriftelijke behandeling en voorafgaand aan de uit-

spraak te herinneren aan de wenselijkheid van de instructiemaatregel waarom zij aanvankelijk had verzocht of te wijzen op de inbreuk op de rechten van de verdediging waartoe het achterwege blijven van die maatregel kan leiden. Ik meen dat de partij die door zijn passiviteit of onachtzaamheid bijdraagt aan de inbreuk op de rechten van de verdediging, geen schending daarvan kan stellen. Alles wijst erop dat rekwirante dit middel slechts heeft aangevoerd uit ontgoocheling over het feit dat zij in het ongelijk was gesteld en dat zij de procedurefout, die zij toentertijd irrelevant achtte, enkel als voorwendsel heeft gebruikt.

27. Aan dit middel ligt een steeds terugkerend argument in het betoog van Ismeri ten grondslag: het Gerecht heeft verkozen uit te gaan van de versie van de feiten van de Rekenkamer en geen gebruik te maken van het bewijsaanbod van rekwirante. Aldus voorgesteld, is het middel kennelijk niet-ontvankelijk. De vaststelling van de feiten van het geding aan de hand van de waardering van het beschikbare bewijs komt toe aan het Gerecht. In hogere voorziening kan het Hof enkel optreden wanneer bij de bewijsvergaring een bepaling of algemeen beginsel van gemeenschapsrecht is geschonden, of wanneer het Gerecht inbreuk heeft gemaakt op de regels inzake de bewijslast en de bewijswaardering door deze onlogisch of arbitrair uit te leggen, waardoor de bewijselementen verkeerd worden opgevat. Het Hof kan slechts de eventuele schending van het recht door het Gerecht herstellen, maar nooit de feiten

vaststellen, onverminderd zijn toetsing van de juridische kwalificatie daarvan.¹⁷

B — Verzuim te beslissen (derde middel)

a) Geen uitspraak over de door Ismeri gestelde schending van haar recht om door de Europese Rekenkamer te worden gehoord

28. Het verzuim op een grief in te gaan, is een rechtsweigerig die rechtstreeks de kern van het recht op een eerlijk proces raakt. Als eenieder het recht toekomt om gehoord te worden, is stilzwijgen de meest ernstige verloochening van dat recht.

29. Ismeri formuleerde voor het Gerecht drie vorderingen. De eerste is complex van inhoud en strekte tot erkenning van haar recht om door de Rekenkamer te worden gehoord vóór de publicatie van een verslag dat haar raakt, alsmede tot vaststelling dat deze gemeenschapsinstelling dat recht had geschonden. De tweede vordering strekte tot verkrijging van een vergoeding van de

schade die de Rekenkamer haar zou hebben berokkend door schending van haar recht om gehoord te worden. De derde vordering ten slotte strekte tot veroordeling van de Rekenkamer tot bekendmaking van haar opmerkingen over speciaal verslag nr. 1/96. Ik zal hieronder beginnen met een analyse van de eerste vordering; op de andere twee kom ik later terug.

30. Ismeri verwijt het Gerecht dat het niet heeft beslist op haar eerste vordering.¹⁸ Het bestreden arrest zegt inderdaad niets over deze vordering en gaat meteen over tot het onderzoek van de tweede vordering, die wordt afgewezen met de overweging dat ook indien de Rekenkamer Ismeri had moeten horen vóór de publicatie van haar verslag en dus onrechtmatig zou hebben gehandeld door dit niet te doen, er geen sprake was van niet-contractuele aansprakelijkheid wegens het ontbreken van een causaal verband tussen deze hypothetische onrechtmatige gedraging en de door Ismeri gestelde schade.

31. Om van verzuim te beslissen te kunnen spreken, moet de vordering waarop niet is beslist, relevant zijn en dus waard om te worden onderzocht en beantwoord. Indien dit niet het geval is, is het stilzwijgen van het Gerecht irrelevant. Wie geen recht heeft

17 — Zie arresten van 2 maart 1994, Hilti/Commissie (C-53/92 P, Jurispr. blz. I-667, punt 42), en 14 december 1999, DSR-Senator Lines/Commissie [C-346/99 P (R), Jurispr. blz. I-8733, punt 45]. Zie tevens mijn conclusie in de zaak Ufex e.a./Commissie (arrest van 4 maart 1999, C-119/97 P, Jurispr. blz. I-1341, punt 41).

18 — Het Gerecht heeft evenmin beslist op de derde vordering.

om gehoord te worden, kan niet klagen dat hij niet wordt gehoord.

b) Het beroep tot nietigverklaring en de Rekenkamer

32. Ismeri stelde in de inleiding van haar verzoekschrift dat zij een vordering wegens niet-contractuele aansprakelijkheid instelde krachtens de artikelen 215, tweede alinea, en 178 van het Verdrag. Bij de formulering van haar conclusies ging zij echter een stap verder en vorderde zij niet alleen vaststelling van de aansprakelijkheid van de Rekenkamer, maar tevens erkenning van haar recht om door deze instelling te worden gehoord, vaststelling dat dit recht was geschonden en veroordeling van de Rekenkamer tot bekendmaking van haar opmerkingen over speciaal verslag nr. 1/96. Deze conclusies zijn niet alleen geformuleerd als vooronderstelling voor en gevolg van de aansprakelijkstelling, maar ook als zelfstandige vorderingen.

33. Er is niets wat dit procesgedrag verbiedt. De cumulatie van verschillende vorderingen in een en dezelfde procedure is zonder meer toelaatbaar¹⁹, mits zij met elkaar verband houden en niet onverenigbaar zijn. Een dergelijk gedrag strookt volledig met de metajuridische regels van proceseconomie. Achter de cumulatie van vorderingen schuilen echter ook redenen van juridische aard: het gaat erom dat wordt voorkomen dat verschillende procedures ontstaan en dat het gevaar voor tegenstrijdige uitspraken wordt tegengegaan.

34. De vraag doet zich derhalve voor of een declaratoire vordering als door Ismeri ingesteld mogelijk is: kon zij erkenning vorderen van haar recht om met betrekking tot speciaal verslag nr. 1/96 van de Rekenkamer gehoord te worden en in voorkomend geval vaststelling van de schending van dat recht? Wat Ismeri vorderde, is een toetsing van de regelmatigheid van de door de Rekenkamer bij de vaststelling van dat speciaal verslag gevolgde procedure en de constatering dat wezenlijke vormvoorschriften zijn geschonden.

35. Op het eerste gezicht moet het antwoord op deze vraag ontkennend zijn. In het kader van een krachtens artikel 173 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 230 EG) ingesteld beroep kan slechts de nietigverklaring worden uitgesproken van de handeling die voorwerp is van dat beroep.²⁰ Het beroep kan niet louter strekken tot vaststelling van feitelijke of juridische aspecten.²¹ Wat Ismeri vordert, is de nietigverklaring van speciaal verslag nr. 1/96 (een andere kwestie is of een dergelijke handeling voorwerp van nietigverklaring kan zijn; hierop kom ik later nog terug). De vaststelling dat het recht van verweer en van hoor en wederhoor in de bij de vaststelling van speciaal verslag nr. 1/96 gevolgde procedure is geschonden, zou immers leiden tot ongeldigheid van die

19 — Niet te verwarren met de voeging van zaken of procedures als bedoeld in artikel 50 van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht van eerste aanleg (zie ook artikel 43 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie).

20 — Zie beschikking van 8 maart 1993, *Lezzi Pietro/Commissie* (C-123/92, Jurispr. blz. I-809, punt 10).

21 — Zie beschikking van 6 maart 1997, *Bernardi/Parlement* (C-303/96 P, Jurispr. blz. I-1239, punt 45).

handeling, die vervolgens nietig zou moeten worden verklaard.

i) De mogelijkheid om tegen de handelingen van de Rekenkamer beroep tot nietigverklaring in te stellen

36. Artikel 173 van het Verdrag heeft slechts betrekking op de handelingen van het Europees Parlement en de Raad gezamenlijk, op de handelingen van de Raad, van de Commissie en van de Europese Centrale Bank, voorzover het geen aanbevelingen of adviezen betreft, en op de handelingen van het Europees Parlement die beogen rechtsgevolgen ten aanzien van derden te hebben. De Rekenkamer wordt in de bepaling niet genoemd. Op grond van de tekst van die bepaling zouden het verslag van de Rekenkamer en de bij de vaststelling daarvan gevolgde procedure dus niet door de rechter getoetst kunnen worden en zou het beroep van Iseri op dit punt niet-ontvankelijk zijn. Het stilzwijgen van het Gerecht zou dan niet relevant zijn en het middel bijgevolg ongegrond.

37. Ik ben echter van mening dat de redenering hier niet kan ophouden. Men dient verder te gaan en zich te verdiepen in de strekking van die bepaling om te bezien of de handelingen van de Rekenkamer inderdaad niet het voorwerp van een beroep tot nietigverklaring kunnen zijn. Nader onderzoek van artikel 173 van het Verdrag wettigt de conclusie dat het beroep tot nietigverklaring een tweeledig doel heeft: het toezicht op de eerbiediging van het gemeenschapsrecht door de instellingen en

de verdediging van de rechten van verzoekers (andere gemeenschapsinstellingen, lidstaten of particulieren) tegenover de handelwijze van die instellingen. De handelwijze van één van die instellingen, te weten de Rekenkamer²², kan daarvan niet worden uitgesloten. De Rekenkamer is zonder twijfel een gemeenschapsinstelling, daar haar die status is toegekend in het Verdrag betreffende de Europese Unie²³, waarbij zij is opgenomen in artikel 4 EG-Verdrag (thans artikel 7 EG), ook al is de erkenning van die rang paradoxaal²⁴, omdat zij in tegenstelling tot de overige instellingen niet deelneemt aan de uitoefening van welke wezenlijke bevoegdheid van de Gemeenschap dan ook. Zij bezit evenwel beheersautonomie, evenals rechtsbevoegdheid en de bevoegdheid om geheel naar eigen

22 — De Rekenkamer is opgericht bij het Verdrag van Brussel van 22 juli 1975, houdende wijziging van een aantal budgettaire bepalingen van de Verdragen tot oprichting van de Europese Gemeenschappen en van het Verdrag tot instelling van één Raad en één Commissie welke de Europese Gemeenschappen gemeen hebben. Volgens P. Lelong, *El Tribunal de Cuentas de las Comunidades Europeas: composición y funcionamiento*, PGP, nr. 20 (1984), blz. 181, „beantwoordde [de oprichting ervan] aan een politieke en technische noodzaak”, omdat „een reactie nodig was op de gevoeligheden van de Europese publieke opinie, die werd gevormd door de belastingbetalers die met de door hen verschaft middelen rechtstreeks de begroting van de Gemeenschappen voeden”. J.M. Márquez Gutiérrez, „El Tribunal de Cuentas en el marco de las Comunidades Europeas”, in het verzamelwerk *El Tribunal de Cuentas de las Comunidades Europeas y los Tribunales de Cuentas de los países miembros: competencias y relaciones*, Ed. Tribunal de Cuentas, Madrid, 1986, blz. 258, noemt als een van de elementen die de oprichting van de Rekenkamer begunstigen, de grotere begrotingsbevoegdheden van het Europees Parlement na de ondertekening van de Verdragen van Luxemburg van 22 april 1970 en van Brussel van 22 juli 1975.

23 — Sinds 1 januari 1993, de datum van inwerkingtreding van het Verdrag van Maastricht.

24 — A. Espinosa Fernández, „El control externo de los ingresos y los gastos comunitarios: El Tribunal de Cuentas de las Comunidades Europeas”, in het verzamelwerk *El Tribunal de Cuentas de las Comunidades Europeas y los Tribunales de Cuentas de los países miembros: competencias y relaciones*, reeds aangehaald, blz. 218; Y. Gómez Sánchez, *El Tribunal de Cuentas. El control económico financiero externo en el ordenamiento constitucional español*, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2001, blz. 71, wijst op het institutionele karakter van de Europese Rekenkamer. P. Lelong, „El Tribunal de Cuentas de la Comunidad Económica Europea”, in het verzamelwerk *La función de los Tribunales de Cuentas en la sociedad democrática*, Ed. Tribunal de Cuentas, Madrid, 1985, blz. 208, stelt dat zij van quasi-institutionele aard is. F. Bautista Pérez Pérez, *Algunas notas sobre el Tribunal de Cuentas de las Comunidades Europeas*, PGP, nr. 6 (1980), blz. 71, betwist dat de Rekenkamer een gemeenschapsinstelling is.

inzicht een Reglement van Orde op te stellen.

38. Het Hof heeft zich reeds eerder over de vraag moeten buigen of artikel 173 van het Verdrag van toepassing is op de handelingen van instellingen die niet in die bepaling worden genoemd. Voor het eerst deed het dit in zijn arrest van 10 februari 1983, Luxemburg/Parlement²⁵, waarin het evenwel een antwoord omzeilde op de vraag of genoemde bepaling een ruime uitlegging toestond die een beroep tot nietigverklaring van handelingen van het Parlement mogelijk zou maken.²⁶ Pas in een later arrest van 23 april 1986, Les Verts/Parlement²⁷, verklaarde het Hof zich bevoegd om kennis te nemen van een krachtens artikel 173 van het Verdrag ingesteld beroep tot nietigverklaring van een handeling van het Europees Parlement die rechtsgevolgen ten aanzien van derden in het leven beoogt te roepen. Die rechtspraak is sedert dit arrest bevestigd.²⁸

39. In bovengenoemd arrest Les Verts/Parlement herinnerde het Hof eraan dat de

25 — Zaak 230/81, Jurispr. blz. 255.

26 — In punt 20 van het arrest overwoog het Hof: „Nu artikel 38, eerste alinea, EGKS-Verdrag in casu toepasselijk is, behoeft niet te worden ingegaan op de vraag of de beginselen inzake de eerbiediging van de wettigheid en de terzake door het Hof uitgeoefende controle, zoals neergelegd in de artikelen 164 EEG-Verdrag en 136 EGA-Verdrag, verlangen dat de artikelen 173 EEG-Verdrag en 146 EGA-Verdrag in die zin worden uitgelegd, dat het Parlement partij kan zijn in een geding voor het Hof”.

27 — Zaak 294/83, Jurispr. blz. 1339.

28 — Zie arresten van 3 juli 1986, Raad/Parlement (34/86, Jurispr. blz. 2155, punt 5), en 23 maart 1993, Weber/Parlement (C-314/91, Jurispr. blz. I-1093, punt 8), alsmede beschikking van 4 juni 1986, Europese Rechtse Fractie/Parlement (78/85, Jurispr. blz. 1753, punt 10).

Europese Gemeenschap een rechtsgemeenschap is in die zin, dat noch haar lidstaten noch haar instellingen ontkomen aan het toezicht op de verenigbaarheid van hun handelingen met het constitutionele handvest, zijnde het Verdrag. De artikelen 173 en 164 EG-Verdrag (thans artikel 220 EG) enerzijds en artikel 177 EG-Verdrag (thans artikel 234 EG) anderzijds voorzien in een volledig stelsel van rechtsmiddelen en procedures, waarbij het Hof het toezicht op de wettigheid van de handelingen van de instellingen is opgedragen. Hierdoor is rechtstreeks beroep mogelijk tegen „alle door de instellingen getroffen bepalingen die beogen rechtsgevolg teweeg te brengen”.²⁹

40. Het Hof nam de hindernis van het ontbreken van een uitdrukkelijke vermelding van het Parlement in artikel 173 bij de instellingen waarvan de handelingen vatbaar zijn voor beroep, met de stelling dat de reden daarvoor gezocht moest worden in het feit dat het EEG-Verdrag in zijn oorspronkelijke versie het Parlement enkel raadgevende en politieke controlerende bevoegdheden verleende en niet de bevoegdheid om handelingen met rechtsgevolgen jegens derden te stellen. Wanneer het Parlement echter de bevoegdheid had om dergelijke bepalingen vast te stellen, stond beroep tot nietigverklaring open, zoals in het geval van artikel 38 EGKS-Verdrag. Toen het Parlement dus eenmaal in het kader van het EEG-Verdrag handelingen kon verrichten en bepalingen kon vaststellen met mogelijke externe gevolgen, moest dit ertoe leiden dat die bevoegdheid langs de weg van artikel 173 aan het toezicht van het Hof moest worden onder-

29 — Punten 23 en 24. De zin tussen aanhalingstekens is door het Hof geciteerd uit het arrest van 31 maart 1971, Commissie/Raad (22/70, Jurispr. blz. 263).

worpen. Een uitlegging van deze bepaling die „de handelingen van het Europees Parlement uitsluit [...] zou leiden tot een resultaat dat zowel in strijd is met de geest van het Verdrag, zoals tot uitdrukking komend in artikel 164, als met het stelsel ervan”.³⁰

41. Deze rechtspraak vond bij artikel G.53 van het Verdrag betreffende de Europese Unie ingang in artikel 173, eerste alinea, en maakt thans deel uit van artikel 230 EG. Overeenkomstig de nieuwe versie oefent het Hof tevens toezicht uit op „de handelingen van het Europees Parlement die beogen rechtsgevolgen ten aanzien van derden te hebben”.

42. Wat het beroep tot nietigverklaring betreft, is de huidige situatie van de Rekenkamer dus gelijk aan die van het Parlement in 1986 en is de redenering van het Hof in het eerdergenoemde arrest *Les Verts/Parlement* thans op de Rekenkamer van toepassing.

43. De verschillende instellingen hebben elk binnen de hun door het Verdrag verleende bevoegdheden tot taak de doelstellingen van de Gemeenschap te bereiken (artikel 4 van het Verdrag). De verwezenlijking van die in artikel 2 omschreven doelstellingen impliceert de uitvoering van beleid en activiteiten, zoals die van artikel 3, die de rechtssfeer van de rechtssubjecten van de verschillende lidstaten kun-

nen raken. Het Europa van de burgers dat in de artikelen 8 tot en met 8 E EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikelen 17 EG tot en met 22 EG) is geschetst, zou geen realiteit zijn indien de eigenlijke adressaten (artikel 8, lid 2) niet over de juiste middelen zouden beschikken om rechtsbescherming met betrekking tot het handelen van de instellingen te verlangen. Dit vereist het grondrecht dat in artikel 6, lid 1, van het Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden is erkend en tot eerbiediging waarvan de Europese Unie zich heeft verbonden.³¹

44. De communautaire constituerende wetgever wenste de handelingen van alle instellingen te onderwerpen aan de rechterlijke toetsing door het Hof voorzover deze voor derden rechtsgevolgen kunnen hebben. Daar de Rekenkamer een gemeenschapsinstelling is, staat niets de mogelijkheid van beroep tot nietigverklaring van haar handelingen in de weg.³² Maar wat dient te worden verstaan onder handelingen die rechtsgevolgen ten aanzien van derden hebben?

31 — Zie artikel 6 EU-Verdrag.

32 — Aldus advocaat-generaal Darmon in zijn conclusie in de zaak *Maurissen en Union Syndicale/Rekenkamer* (arrest van 11 mei 1989, 193/87 en 194/87, Jurispr. blz. I-1045). Hij stelde: „de ‚ratio decidendi‘ van ’s Hof’s arrest [bedoeld is het arrest *Les Verts/Parlement*] maakt [...] de discussie over de vraag of de Rekenkamer een instelling ‚stricto sensu‘ is, overbodig. Het toezicht op de wettigheid is niet minder noodzakelijk wanneer het gaat om een handeling van een ‚quasi-instelling‘ of van ‚een hulporgaan met specifieke bevoegdheden van administratieve aard‘” (punt 54). Het Hof deed in zijn arrest geen uitspraak over de kwestie. Advocaat-generaal Lenz sloot zich bij dit standpunt aan in zijn conclusie in de zaak *H./Rekenkamer* (arrest van 17 mei 1994, C-416/92, Jurispr. blz. I-1741). In dit arrest sprak het Hof zich evenmin uitdrukkelijk uit over de mogelijkheid van beroep tegen de handelingen van de Rekenkamer krachtens artikel 173 van het Verdrag, maar wees het het beroep wel toe nadat het meteen al had aangegeven dat het een beroep krachtens voornoemde bepaling betrof.

30 — Punten 24 en 25 van het arrest *Les Verts/Parlement*, reeds aangehaald.

ii) Het begrip handelingen die rechtsgevolgen ten aanzien van derden hebben

geoordeeld dat beroep mogelijk is tegen een brief³⁶ en zelfs tegen een mondeling besluit.³⁷

45. Voor een antwoord op deze vraag is het zinvol te kijken naar 's Hofs rechtspraak, waaruit valt op te maken dat de aanduiding of de vorm van de handeling niet van belang is. Beslissend zijn inhoud en draagwijdte van de handeling.³³ Vatbaar voor beroep zijn alle handelingen met bindende rechtsgevolgen die de belangen van de verzoeker kunnen aantasten door wijziging van zijn rechtspositie. In de lijn daarvan achtte het Hof een beroep tot nietigverklaring ontvankelijk van een beslissing van de Raad waarin de lidstaten werden opgeroepen voor rekening van de Gemeenschap een internationaal akkoord te sluiten³⁴, evenals een beroep tegen een mededeling van de Commissie die de lidstaten onder het voorwendsel van uitlegging van de bepalingen van een richtlijn nieuwe verplichtingen oplegde.³⁵

46. De vorm van de handeling is niet van belang, aangezien het Hof immers heeft

47. Niet-ontvankelijk daarentegen zijn beroepen die worden ingesteld tegen handelingen die zelf geen rechten en verplichtingen met externe werking in het leven kunnen roepen. Om die reden heeft het Hof de beroepen verworpen tegen maatregelen van huishoudelijke aard die geen gevolgen hebben buiten de interne sfeer van de instelling die de handeling stelt.³⁸ Evenmin ontvankelijk zijn de beroepen tegen handelingen die voorafgaan aan of volgen op een definitieve beschikking in een gecompliceerde procedure. De gebreken die kleven aan de handelingen ter voorbereiding van een latere handeling die de beschikking van de instelling inhoudt, dienen in het beroep tegen deze laatste handeling aan de orde te worden gesteld.³⁹ Dit sluit echter niet uit dat de voorbereidende handelingen voorwerp van een zelfstandig beroep kunnen zijn, voorzover deze door hun rechtsgevolgen een incident van de procedure ten principale definitief beslechten. Om diezelfde reden is geen beroep mogelijk tegen handelingen die eerdere handelingen slechts herhalen of bevestigen⁴⁰, alsook tegen loutere uitvoeringshandelingen.⁴¹

33 — In zijn eerder geciteerde arrest van 31 maart 1971, Commissie/Raad, heeft het Hof uitgemaakt dat beroep tot nietigverklaring open dient te staan met betrekking tot alle door de instellingen getroffen bepalingen, ongeacht hun aard of vorm, die beogen rechtsgevolgen teweeg te brengen (punt 42).

34 — Zie het in de vorige voetnoot aangehaalde arrest Commissie/Raad.

35 — Zie arrest van 16 juni 1993, Frankrijk/Commissie (C-325/91, Jurispr. blz. I-3283).

36 — Arrest van 10 december 1957, Société des usines à tubes de la Sarre/Hoge Autoriteit (1/57 en 14/57, Jurispr. blz. 215).

37 — Arrest van 9 februari 1984, Kohler/Rekenkamer (316/82 en 40/83, Jurispr. blz. 641). Het betrof in dit geval een mondelinge mededeling van de Rekenkamer aan een ambtenaar van haar linguïstische dienst.

38 — Zie arrest van 17 juli 1959, Phoenix-Rheinrohr/Hoge Autoriteit (20/58, Jurispr. blz. 173).

39 — Zie het in de vorige voetnoot aangehaalde arrest Phoenix-Rheinrohr/Hoge Autoriteit.

40 — Zie arresten van 22 maart 1961, SNUPAT/Hoge Autoriteit (42/59 en 49/59, Jurispr. blz. 101); 25 oktober 1977, Metro/Commissie (26/76, Jurispr. blz. 1875), en 25 mei 1993, Foyer culturel du Sart-Tilman/Commissie (C-199/91, Jurispr. blz. I-2667).

41 — Zie arrest van 25 februari 1988, Les Verts/Parlement (190/84, Jurispr. blz. 1017).

48. Nu aangetoond is dat alle gemeenschapsinstellingen zonder uitzondering door middel van het beroep tot nietigverklaring aan de rechterlijke toetsing door het Hof en het Gerecht onderworpen kunnen worden wanneer zij handelingen verrichten die rechtsgevolgen teweeg brengen ten aanzien van derden, is de volgende vraag die antwoord behoeft of de Rekenkamer dergelijke besluiten kan nemen. Nauwkeuriger geformuleerd: zijn de verslagen die zij opstelt handelingen die rechtsgevolgen ad extra kunnen sorteren? Het antwoord op deze vraag vereist een analyse van de aard van de werkzaamheden van deze instelling.

a) De aard van de werkzaamheden van de Rekenkamer

49. De Rekenkamer⁴² heeft een dubbele taak: een controlerende en een raadgevende. In het kader van de eerstgenoemde taak onderzoekt zij de rekeningen van het totaal van ontvangsten en uitgaven van de Gemeenschap. Zij onderzoekt de wettigheid en de regelmatigheid van de ontvangsten en uitgaven, en gaat na of een goed financieel beheer is gevoerd. Zij dient in het bijzonder verslag uit te brengen over onregelmatigheden. Teneinde alle gegevens te verzamelen die nodig zijn voor de vervulling van haar taak, kan de Rekenkamer de nodige controles van de stukken verrichten ter plaatse bij de overige instellingen van de Gemeenschap, in de gebouwen van alle instanties die ontvangsten of uitgaven namens de Gemeenschap beheren en in de gebouwen van alle natuurlijke of rechts-

personen die betalingen uit de begroting ontvangen. Al deze instellingen, instanties en personen zijn voorts verplicht de Rekenkamer alle daartoe benodigde documenten of gegevens te verstrekken. In het kader van deze activiteit stelt de Rekenkamer verslagen en opmerkingen op. De tweede taak is een raadgevende, die geschiedt in de vorm van adviezen.⁴³

50. De verslagen van de Rekenkamer (jaarverslagen en speciale verslagen) bevatten haar standpunten en opmerkingen over het onderzochte financiële beheer. Zij vormen de afsluiting van een procedure waarin na nauwkeurige controles de resultaten worden beoordeeld, steeds nadat de Rekenkamer de opmerkingen van de gecontroleerde instelling met betrekking tot haar commentaar heeft ontvangen, wat ertoe bijdraagt om de nauwkeurigheid en juistheid van haar beweringen te waarborgen.⁴⁴ De verslagen zelf kunnen echter niet op grond van de aard ervan rechtstreeks

43 — Zie de artikelen 246, 248, 279 en 280 EG (respectievelijk artikelen 188 A, 188 C, 209 en 209 A EG-Verdrag, voortgaand aan de wijziging).

44 — Zie de artikelen 83 e.v. van het Financieel Reglement van 21 december 1977 van toepassing op de algemene begroting der Europese Gemeenschappen (PB L 356, blz. 1), in de versie van verordening (Euratom, EGKS, EEG) nr. 610/90 van de Raad van 13 maart 1990 (PB L 70, blz. 1), alsmede Titel III van het Reglement van Orde van de Rekenkamer, zoals vastgesteld op haar vergadering van 29 april 1999. Uit deze bepalingen kan worden afgeleid dat de procedure voor het opstellen en vaststellen van een verslag door de Rekenkamer zich kenmerkt door een constante dialoog met de gecontroleerde instelling. Na voltooiing van het veldwerk wordt een concept met voorlopige opmerkingen opgesteld en toegezonden aan de gecontroleerde instelling, die hierop schriftelijk moet antwoorden. Vervolgens begint een procedure op tegenspraak ter verificatie van de geconstateerde feiten en nuancering van de conclusies. De procedure mondt uit in de vaststelling van het definitieve verslag dat vergezeld moet gaan van de antwoorden van de instelling. Het verslag kan worden bekendgemaakt in het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen*; in het geval van een jaarverslag is deze bekendmaking verplicht.

42 — Ondanks de benaming „Cour” (des comptes) oefent de Rekenkamer geen rechterlijke taak uit.

rechten en verplichtingen voor de gecontroleerde instellingen of organen in het leven roepen, daar zij geen besluit bevatten, maar slechts uitdrukking geven aan een standpunt.

b) De controlerende taak en de controle van de uitvoering van de communautaire begroting

51. De controlerende taak van de Rekenkamer is onderdeel van een veel breder proces, namelijk de controle op de uitvoering van de begroting van de Gemeenschap. Deze is opgedragen aan de Raad en het Europees Parlement en bestaat uit een procedure van rekening en verantwoording, of „kwijting”, waarbij de Rekenkamer met haar verslagen en opmerkingen een essentiële⁴⁵, zij het slechts ondersteunende rol speelt: zij staat deze twee instellingen bij met haar visie op de uitvoering van de begroting.⁴⁶ De uiteindelijke beslissing tot kwijting is aan het Parlement, op aanbeveling van de Raad.⁴⁷

52. Een verslag van de Rekenkamer is mijns inziens dan ook geen handeling die rechtsgevolgen ten aanzien van derden teweeg kan brengen, zodat het volgens de rechtspraak van het Hof niet vatbaar is voor beroep tot nietigverklaring. Het verzuim van het Gerecht te beslissen op de

vordering van Ismeri is derhalve niet relevant, omdat die vordering hoe dan ook niet-ontvankelijk was en het middel dus opnieuw ongegrond blijkt te zijn.

iii) De termijn voor het instellen van het beroep tot nietigverklaring

53. Nu zou men kunnen stellen dat de rechtspraak van het Hof niet verlangt dat de handeling van de instelling de rechtssfeer van de adressaten ervan rechtstreeks aantast en deze kan wijzigen, maar dat eenvoudigweg een beïnvloeding daarvan volstaat, ook al is deze indirect⁴⁸, zoals een weinig flatterende vermelding in een verslag van de Rekenkamer dat in het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen* is bekendgemaakt.

54. Maar ook in dat geval zou de eerste vordering van Ismeri niet-ontvankelijk zijn op grond dat zij tardief is ingediend. Overeenkomstig de bepaling van artikel 230, vijfde alinea, EG had Ismeri immers beroep moeten instellen binnen een termijn van twee maanden te rekenen vanaf de bekendmaking van het verslag in het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen*, wat zij niet heeft gedaan. Speciaal verslag nr. 1/96 was

45 — Zij is wel het „financieel geweten” van de Gemeenschap genoemd.

46 — Zie artikel 188 C EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 248 EG), inzonderheid lid 4.

47 — Zie artikel 206 van het Verdrag.

48 — Dit is niet zeker. Men hoeft slechts te kijken naar artikel 230, vierde alinea, EG (tweede alinea van het oude artikel 173 EG-Verdrag) en de rechtspraak dienaangaande om te concluderen dat de litigieuze handeling de rechtssfeer van derden rechtstreeks moet aantasten. Dit is de enige uitleg die kan worden gegeven aan het vereiste dat gewone of niet-bevoorrechte verzoekers pas beroep kunnen instellen wanneer de bestreden handeling hen rechtstreeks en individueel raakt [zie arresten van 17 januari 1985, Piraiki-Patraiki/Commissie (11/82, Jurispr. blz. 207, punt 4) en 5 mei 1998, Glencore Grain/Commissie (C-404/96 P, Jurispr. blz. I-2435, punt 41)].

bekendgemaakt op 19 augustus 1996 en het verzoekschrift werd bij het Gerecht ingediend op 20 oktober 1997.⁴⁹ Op deze laatste datum was de termijn reeds verstreken en het beroep derhalve niet-ontvankelijk, zodat de handeling in dit opzicht definitief was geworden.

55. Zoals ik reeds in een andere zaak heb opgemerkt⁵⁰, is de algemene regel dat definitieve handelingen onaantastbaar zijn, niet van toepassing op handelingen die van rechtswege nietig zijn, dat wil zeggen handelingen waaraan een gebrek kleeft dat zelfs niet door het verstrijken van de tijd of door stilzwijgende instemming van de betrokkene hersteld kan worden. Als klassieke voorbeelden van handelingen die van rechtswege nietig zijn, noemde ik een algeheel en absoluut verzuim om de voorgeschreven wettelijke procedure te volgen en het verrichten van een handeling door een orgaan dat daartoe kennelijk niet bevoegd is. Voorts wees ik erop dat deze juridische categorie en de gevolgen daarvan, alhoewel in uiterst beperkte mate, in de rechtspraak van het Hof zijn doorgedrongen via het begrip non-existente handeling.⁵¹

56. Het formele gebrek dat Ismeri de Rekenkamer in de bij de vaststelling van

speciaal verslag nr. 1/96 gevolgdde procedure verwijt, kan dit verslag mijns inziens niet tot een materieel non-existente handeling maken. De handeling zou hoogstens vatbaar voor beroep tot nietigverklaring kunnen zijn voorzover rekwirante haar mogelijkheden van verweer verminderd zou hebben gezien doordat zij niet voorafgaand aan de vaststelling van het verslag is gehoord. Daarvoor zou zij echter binnen de in het Verdrag bepaalde termijn gereageerd moeten hebben, wat zij, zoals gezegd, niet heeft gedaan.

57. Concluderend kan de eerste vordering van Ismeri niet ontvankelijk zijn en kan het stilzwijgen van het Gerecht niet worden opgevat als een rechtsweigerings als gevolg van het verzuim te beslissen.

2. De betwisting van de door het Gerecht vastgestelde feiten (zesde middel en eerste onderdeel van het vijfde middel)

58. In punt 27 van deze conclusie heb ik reeds eraan herinnerd dat de vaststelling van de feiten van het geding voor het Hof in het kader van een hogere voorziening verboden terrein is. Hieronder bespreek ik de redenen waarom Ismeri de vaststelling van de feiten door het Gerecht bestrijdt om te bezien of deze een deur kunnen openen die anders gesloten dient te blijven.

49 — Zelfs indien de termijn voor het instellen van het beroep geschorst zou zijn door de brief van Ismeri aan de Rekenkamer waarin zij om rectificatie van het verslag verzocht, dan nog zou het recht om beroep in te stellen zijn vervallen, daar de voorgeschreven termijn van twee maanden op het tijdstip van die brief (31 januari 1997) al ruimschoots was overschreden.

50 — Zie mijn conclusie in de zaak *Commissie/AssiDomän Kraft Products AB* (arrest van 14 september 1999, C-310/97 P. Jurispr. blz. I-5363, punten 82 e.v.).

51 — Zie de punten 83 en 84 van de in de vorige voetnoot aangehaalde conclusie.

59. Ismeri betoogt dat het Gerecht dwaalt waar het stelt dat het Agentschap een beslissende rol heeft gespeeld bij de gunning van de contracten inzake technische bijstand⁵², waar het enkele overwegingen wijdt aan de haar gegunde contracten⁵³ en waar het ingaat op de experimentele fase waarin de contracten rechtstreeks werden gesloten.⁵⁴

60. Wat de beslissende rol van het Agentschap bij het gunnen van de contracten betreft, maakt lezing van het verzoekschrift in hogere voorziening (punten 91 tot en met 98) duidelijk dat rekwirante simpelweg het tegendeel beweert van de feitelijke constatering van het Gerecht. Tot die bepalende rol van het Agentschap bij de gunning van de contracten heeft het Gerecht geconcludeerd op basis van feiten met betrekking tot de samenstelling, taken en werkwijze ervan, die Ismeri niet betwist. Daar dit geen arbitraire, onwaarschijnlijke of absurde gevolgtrekking is, is het middel niet-ontvankelijk.

61. De dwalingen waarvan het Gerecht volgens Ismeri blijkt heeft gegeven ten aanzien van de beëindiging van de experimentele fase waarin de contracten rechtstreeks werden gegund⁵⁵, evenals met betrekking tot de twee contracten inzake

technische bijstand die aan Ismeri na de oprichting van het Agentschap waren gegund, wat zij niet betwist, zijn irrelevant.

62. Bij de vaststelling van de betekenis van de vermeende dwalingen mag het perspectief niet uit het oog verloren worden. De door Ismeri betwiste feitelijke constateringen hebben plaatsgevonden in het kader van de redenering van het Gerecht inzake het bestaan van het belangenconflict dat de Rekenkamer in speciaal verslag nr. 1/96 aan het licht heeft gebracht. Het Gerecht stelt in zijn arrest dat sprake was van een reëel conflict, gezien de onbetwiste feitelijke elementen: te weten de taken van het Agentschap, de samenstelling ervan, de aanwezigheid van een leidinggevende functionaris van Ismeri in de raad van bestuur en de gunning van verschillende contracten inzake technische bijstand aan Ismeri. Feiten als de datum waarop de zogeheten experimentele fase eindigde en de vraag of de gunning van een van de contracten op voorstel van het Agentschap of op rechtstreekse instructie van de Commissie is geschied, zijn in dit verband dus niet relevant.

63. Gesteld al dat het Gerecht op dit punt zou hebben gedwaald, dan nog zou zulks niet van belang zijn voor de uitkomst van het geding, zodat het middel van de hogere voorziening ongegrond is.

64. Hier houden de punten waarop Ismeri over de vaststelling van de feiten van het geding met het Gerecht van mening ver-

52 — Punten 115 tot en met 120 van het arrest.

53 — Punten 117 en 118 van het arrest.

54 — Punten 121 en 122 van het arrest.

55 — Ten minste één van de contracten was aan Ismeri gegund.

schilt, echter niet op. In haar laatste middel betwist rekwirante dat haar vertegenwoordiger in de raad van bestuur van het Agentschap zich tegen zijn ontslag zou hebben verzet. Uit de aangevoerde argumenten (punten 122 en volgende) blijkt dat het in wezen gaat om een afwijkend standpunt over de waardering van het bewijs door het Gerecht, alsmede over de geloofwaardigheid die het heeft gehecht aan de documenten waarover het voor zijn beslissing beschikte.⁵⁶ Dergelijke argumenten hebben in hogere voorziening niets te zoeken, zodat dit zesde middel eveneens niet-ontvankelijk is.

3. *Ten gronde (tweede en vierde middel en tweede onderdeel van het vijfde middel)*

A — Het begrip „belangenverstremgeling”

65. Ik begin het onderzoek van de middelen die de uitlegging rechtens in het bestreden arrest betreffen met het tweede onderdeel van het vijfde middel, waarmee Ismeri het

56 — Het volgende fragment uit het verzoekschrift in hogere voorziening is verhelderend: „Rekwirante is — met de verschuldigde hoogachting — ervan overtuigd dat het Gerecht de betekenis van deze documenten heeft genegeerd en verdraaid [bedoeld wordt het document dat het Gerecht in de punten 135 en 136 van zijn arrest bespreekt] evenals de juistheid van de feiten in verband daarmee” (punt 126).

begrip „belangenverstremgeling” ter discussie stelt.⁵⁷

66. Verstremgeling ontstaat wanneer sprake is van onduidelijkheid en wanorde. De voor verstremgeling typische ambiguïteit doet zich voor wanneer een rechtssubject een rechtspositie bekleedt waarin hij — openbare of particuliere — belangen moet verdedigen die botsen met zijn eigen belangen. Niemand, zelfs Ismeri niet, zou het bestaan van een belangenconflict betwisten, wanneer bijvoorbeeld een lid van de Rekenkamer tevens als eigenaar van een onderneming middelen zou ontvangen uit de communautaire begroting die voornoemde instelling moet controleren. Niemand kan derhalve eraan twijfelen, ook Ismeri niet, dat die situatie zich eveneens voordoet wanneer degene die aanbevelingen doet (of deel uitmaakt van een orgaan dat aanbevelingen moet doen) over de gunning van overheidsopdrachten, tevens een leidinggevende functionaris is van een van de ondernemingen die aan de aanbesteding deelnemen. In beide gevallen wordt de vervulling van het algemeen belang, dat bij de financiële controle of advisering voorop moet staan, belemmerd door het particuliere belang van degene die belast is met het beheer van het algemeen belang.

67. Er valt dus niets af te dingen op de constatering van het Gerecht dienaangaande in het bestreden arrest, met name in

57 — Het onderscheid dat Ismeri maakt tussen „belangenverstremgeling” en „belangenconflict” is een woordspeling die onnodig en van geen belang is voor de beslechting van het geschil. In de Franse versie van het arrest van het Gerecht wordt gesproken van „verstremgeling” en in de Spaanse van „conflict”.

de punten 112⁵⁸ en 119.⁵⁹ Een andere kwestie is die van de feitelijke grondslag waarop het Gerecht die constatering steunt. Zoals gezegd, kan het Hof zich evenwel niet in deze kwestie verdiepen daar rekwirante hem geen redenen heeft verschaft die zijn inmenging op dit terrein, die in beginsel ongeoorloofd is, zouden rechtvaardigen.

het verslag; door dit middel af te doen als niet relevant voor de beslissing op de vordering inzake aansprakelijkheid, heeft het Gerecht de strekking van het beginsel van hoor en wederhoor en de verplichting tot toepassing daarvan in de procedures voor de Rekenkamer miskend (tweede middel);

B — De verslagen van de Rekenkamer, het met naam noemen en het horen

— het met naam noemen in de verslagen van de Rekenkamer (vierde middel).

68. De overige twee middelen ten gronde kunnen tezamen behandeld en beantwoord worden. Ismeri bestrijdt de beoordeling van het Gerecht ten aanzien van:

Goed beschouwd wordt met deze middelen de vraag aan de orde gesteld of de Rekenkamer in haar verslagen namen mag noemen en of de met naam genoemde personen of ondernemingen gehoord moeten worden.

— het feit dat de Rekenkamer haar niet heeft gehoord vóór de publicatie van

69. Om te beginnen moet worden opgemerkt dat zo op indirecte wijze een discussie nieuw leven wordt ingeblazen waarvan men dacht dat die op een dood punt was aanbeland en die Ismeri in haar verzoekschrift met haar eerste vordering te onpas heeft heropend. Dit hoort naar mijn mening niet. Zeker niet wanneer men in aanmerking neemt dat de beslissing van het Gerecht op de vordering tot schadevergoeding wegens niet-contractuele aansprake-

58 — „Het beginsel van gelijke behandeling bij de plaatsing van overheidsopdrachten, de bekommernis om een goed financieel beheer van de gemeenschapsgelden en het voorkomen van fraude brengen mee, dat het uiterst laakbaar is, dat een opdracht wordt geplaatst bij een persoon die betrokken is bij de beoordeling en de selectie van de offerten [...]”.

59 — „Daaruit volgt, dat verzoekster in staat was invloed uit te oefenen op de besluitvorming en dus via haar positie en die van haar bestuurder haar eigen belangen kon voortrekken. Derhalve bevond zij zich in een situatie van belangenverstrengeling”.

lijkheid juridisch correct is, ook al kan men de opportuniteit ervan ter discussie stellen, omdat zij de kern van de kwestie omzeilt.

dreigt niet met maatregelen en legt evenmin sancties op.

70. Omdat ik me echter bewust ben van mijn opdracht om het Hof bij de vervulling van zijn taak ter zijde te staan (artikel 222, tweede alinea, EG), zal ik hieronder mijn zienswijze dienaangaande uiteenzetten.

72. Voor de vervulling van de haar toevertrouwde taak moeten derhalve de feiten die een onregelmatigheid of een ondeugdelijke praktijk opleveren, bekend zijn; de identiteit van de verantwoordelijke personen behoeft daarvoor niet bekend te zijn. De objectieve omschrijving van de situatie volstaat opdat zij die daartoe bevoegd zijn, de voor correctie noodzakelijke maatregelen kunnen treffen.

a) Het met naam noemen

71. Voor een antwoord op de vraag of de Rekenkamer in haar verslagen de personen die verantwoordelijk zijn voor de onregelmatigheden die zij vaststelt, met naam mag vermelden, moeten haar taak, waarbij ik reeds hierboven heb stilgestaan, en met name de rechtvaardiging van haar controlerende bevoegdheden in herinnering worden geroepen. De Rekenkamer onderzoekt alle ontvangsten en uitgaven van de Gemeenschap teneinde een goed financieel beheer te waarborgen. Zij werkt daartoe samen met het Europees Parlement en de Raad, wat onder meer tot uitdrukking komt in haar verplichting om verslag uit te brengen over de onregelmatigheden die zij ontdekt. Zij moet de aandacht vestigen op de door haar geconstateerde disfuncties, zodat deze in de toekomst door de bevoegde instanties gecorrigeerd kunnen worden en zich niet meer zullen voordoen. Haar taak is een ondersteunende; zij informeert en brengt in voorkomend geval advies uit, maar neemt geen beslissingen,

73. De algemene regel moet dus zijn dat de Rekenkamer de natuurlijke of rechtspersonen die verantwoordelijk zijn voor de door haar vastgestelde ondeugdelijke financiële praktijken en onregelmatigheden, in haar verslagen niet met naam mag noemen. Deze regel vloeit voort uit het vertrouwelijkheidsbeginsel, dat zowel door de wetgever⁶⁰ als door de rechtspraak⁶¹ in het gemeenschapsrecht is veranderd en dat een afspiegeling is van het grondrecht van artikel 8 van het Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden. Op elke

60 — Zie bijvoorbeeld richtlijn 98/79/EG van het Europees Parlement en de Raad van 27 oktober 1998 betreffende medische hulpmiddelen voor in-vitrodiagnostiek (PB L 331, blz. 1); richtlijn 98/81/EG van de Raad van 26 oktober 1998 tot wijziging van richtlijn 90/219/EEG inzake het ingeperkt gebruik van genetisch gemodificeerde micro-organismen (PB L 330, blz. 13), en richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt („Richtlijn inzake elektronische handel”) (P L 178, blz.1).

61 — Zie arrest van 26 juni 1980, National Panasonic/Commissie (136/79, Jurispr. blz. 2033), door Ismeri in hogere voorziening geciteerd, en meer recent arrest van 5 oktober 1994, X/Commissie (C-404/92 P, Jurispr. blz. I-4737).

algemene regel bestaan evenwel uitzonderingen.

74. Een eerste uitzondering vindt haar oorsprong in soortgelijke redenen als die welke aan vermelding van namen in de verslagen van de Rekenkamer in de weg staan. Wanneer het absoluut noodzakelijk is de naam van de schuldige te vermelden teneinde het met de bekendmaking van de geconstateerde onregelmatigheden nagestreefde doel te bereiken, kan de Rekenkamer niet alleen, maar moet zij zelfs de naam van de schuldige noemen. Het algemeen belang dat de basis van haar bevoegdheden vormt, verlangt dat zij in dergelijke omstandigheden aangeeft wie verantwoordelijk is of zijn.

75. De zaak die thans voor het Hof dient, is nu zo'n geval waarop deze uitzondering van toepassing dient te zijn. Zoals bekend, bestond de onregelmatigheid erin dat twee bureaus voor technische bijstand waaraan contracten waren gegund voor het toezicht op de MED-programma's, elk door een eigen bestuurder werden vertegenwoordigd in de raad van bestuur van het Agentschap, wat op zijn minst tot belangenverstrengeling leidde. Om aan deze situatie een einde te maken, moesten niet alleen deze bestuurders zich terugtrekken, wat zij niet zonder moeilijkheden hebben gedaan vóór de bekendmaking van het verslag, maar moesten tevens het ontwerp, het beheer en de uitvoering van de MED-programma's worden herzien.⁶² In die omstandigheden was

het absoluut noodzakelijk dat beide bureaus met naam werden genoemd, om in de toekomst bij de inrichting van de programma's rekening te kunnen houden met de vroegere situatie.

76. De tweede uitzondering wordt door het Gerecht in zijn arrest genoemd (punt 109) en is gegrond op dezelfde waarde die in de regel juist geheimhouding voorschrijft ten aanzien van degenen die voor de onregelmatigheden in het beheer van de begroting verantwoordelijk zijn. Wanneer stilzwijgen echter twijfel kan doen rijzen en de verantwoordelijkheid als een olievlek kan doen uitbreiden tot derden die niets met de onregelmatige begrotingspraktijken van doen hebben, dient de vertrouwelijkheid te wijken om licht te brengen in de duisternis die de rechtmatige belangen van degenen die niets met de bekritiseerde situatie te maken hebben, kan schaden.

77. De door de Rekenkamer aan de kaak gestelde belangenverstrengeling betrof slechts twee van de vier leden van de raad van bestuur van het Agentschap. De objectieve weergave van de feiten zonder nadere precisering van de betrokken bestuurders zou tot twijfel hebben geleid omtrent de handelwijze van de bestuurders die niet bij de onregelmatigheid betrokken waren.

78. Bovengenoemde uitzonderingen hebben zowel betrekking op de ambtenaren

62 — Zie punten 138 en 140 van het verslag van de Rekenkamer.

en personeelsleden van de gecontroleerde gemeenschapsinstellingen als op degenen die in een andere hoedanigheid dan de genoemde communautaire gelden beheren en ook ontvangen. De Rekenkamer is bevoegd om alle ontvangsten en uitgaven van de Gemeenschap te onderzoeken, en kan voor de uitvoering van haar taak de medewerking verlangen van degenen die de begrotingsgelden beheren en zich toegang tot hun werkplek verschaffen.⁶³ Zij die deze gelden beheren en in voorkomend geval ontvangen, doen dit om de doelstellingen van de Gemeenschap te bereiken, en voorzover zij bij volmacht van de gemeenschapsinstellingen handelen, zijn zij onderworpen aan de controle van de Rekenkamer.⁶⁴

79. De algemene regel is bijgevolg geheimhouding, maar er zijn uitzonderingen. Wanneer de voor de onregelmatigheden verantwoordelijke personen tegen wie de Rekenkamer bezwaren formuleert, met naam genoemd dienen te worden, moet evenwel het evenredigheidsbeginsel in acht worden genomen. Dit beginsel schrijft voor dat de handelingen van de instellingen de grenzen van wat geschikt en noodzakelijk is voor het bereiken van het gestelde doel niet mogen overschrijden, zodat in geval van verschillende alternatieven het minst bezwarende alternatief gekozen dient te worden.⁶⁵ Op grond van dit beginsel dient de vermelding van namen, alsmede de omvang en de inhoud van de in het verslag

geformuleerde waardeoordelen beperkt te worden tot wat strikt noodzakelijk is ter bescherming van de waarden die rechtvaardigen dat de algemene regel van vertrouwelijkheid door de uitzondering opzij wordt gezet.

80. In de onderhavige zaak trachtte men een einde te maken aan de situatie van belangenverstrengeling bij twee van de bureaus voor technische bijstand die beide een eigen bestuurder hadden in de raad van bestuur van het Agentschap, en wilde men tevens een dergelijke situatie in de toekomst voorkomen. Zoals ik reeds heb opgemerkt, was het daartoe absoluut noodzakelijk de namen van die bureaus te vermelden, en bovendien niet meer dan billijk om te vermijden dat twijfel rees ten aanzien van de handelwijze van de overige twee bestuurders. De Rekenkamer heeft dit op de voor eenieder minst bezwarende wijze gedaan: zij heeft de betrokken bestuurders geïdentificeerd door de bureaus voor technische bijstand waarvan zij leidinggevende functionarissen waren met naam te noemen en zij heeft aldus beide doelstellingen bereikt. Aan het evenredigheidsbeginsel en aan de eis van de minst schadelijke werkwijze is mijns inziens dan ook volledig voldaan.

81. Ismeri stelt dat de Rekenkamer hoe dan ook het evenredigheidsbeginsel heeft geschonden door in haar verslag melding te maken van eventuele strafvervolging met betrekking tot de beschreven feiten. Van de voornaamste taalversies van het verslag bezigt echter enkel de Italiaanse een term

63 — Zie artikel 248 EG.

64 — Zie arrest van 13 juni 1958, Meroni/Hoge Autoriteit (9/56, Jurispr. blz. 11).

65 — Zie arresten van 1 oktober 1985, Corman (125/83, Jurispr. blz. 3039, punt 36), en 16 december 1999, UDL (C-101/98, Jurispr. blz. I-8841, punt 30).

die specifiek refereert aan strafrechtelijke aansprakelijkheid.⁶⁶ De overige versies bevatten minder specifieke uitdrukkingen, die op allerlei aantijgingen van strafrechtelijke, civielrechtelijke of louter bestuursrechtelijke aard betrekking kunnen hebben.⁶⁷

punt verwoordt, bevatten integendeel geen enkele bewering in die zin, noch enig strafrechtelijk verwijt aan de verantwoordelijke personen bij Ismeri.⁷⁰

82. Hoe het ook zij, de Rekenkamer vermeldt slechts⁶⁸ dat zij gezien de ernst van de feiten onmiddellijk de Commissie daarover had geïnformeerd, opdat deze de nodige maatregelen kon treffen en de eventuele noodzaak kon onderzoeken om „strafvervolgning” tegen de verantwoordelijke personen in te stellen. In antwoord daarop stelde de Commissie de Rekenkamer in kennis van haar voornemen om een onderzoek te openen en in voorkomend geval „een strafrechtelijke procedure in te leiden”.⁶⁹ Van een onnodig en bijgevolg onevenredig waardeoordeel is hier geen sprake. De Rekenkamer doet verslag van de wijze van beheer van de MED-programma's en de wijze waarop zij haar onderzoekstaak met betrekking tot het systeem had verricht, in het bijzonder met betrekking tot de delegatie van bevoegdheden, en zet uiteen hoe zij zich daarbij genoodzaakt zag de Commissie op de hoogte te stellen van de ernst van de onregelmatigheden en van de noodzaak om de verantwoordelijkheden vast te stellen. De conclusies en de aanbevelingen van het verslag waarin de Rekenkamer haar bedoeling en haar stand-

b) Het horen

83. Een andere kwestie is of de Rekenkamer, wanneer zij in haar verslagen bezwaren formuleert met betrekking tot gedragingen van instellingen en personen die zij met naam vermeldt, deze in de gelegenheid moet stellen om hun standpunt kenbaar te maken en zich tegen die aantijgingen te verweren.

84. Voor het antwoord op deze vraag volstaat niet zonder meer een weergave van wat in artikel 248, lid 4, EG, artikel 276, lid 1, EG, artikel 88 van het Financieel Reglement en artikel 32 van het Reglement van Orde van de Rekenkamer wordt bepaald met betrekking tot de procedure voor het horen. Overeenkomstig deze bepalingen zijn er twee momenten te onderscheiden waarop de gecontroleerde instellingen hun standpunt kenbaar kunnen

66 — „Azione penale” en „procedimento penale”.

67 — In de Spaanse tekst van het verslag wordt in beide gevallen de uitdrukking „iniciar acciones legales” gebruikt, in de Franse „engager des poursuites”. De Engelse versie spreekt van „legal action” en de Duitse van „rechtliche(n) Schritte”.

68 — Zie punt 57 van het verslag.

69 — Ik maak hier gebruik van de Italiaanse versie van het verslag.

70 — Het Europees Parlement verklaarde in zijn resolutie (punt Q) dat de bestuurders van de bureaus voor technische bijstand, die tevens lid waren van de raad van bestuur van het Agentschap, in een mogelijk strafbare situatie waren geraakt. Ook het Gerecht heeft zich over deze kwestie uitgesproken. In punt 112 van zijn arrest stelt het dat situaties zoals die zijn omschreven in het verslag van de Rekenkamer volgens het strafrecht van verschillende lidstaten strafbaar zijn.

maken over de opmerkingen van de Rekenkamer:

- 1) het eerste moment is wanneer het verslag nog slechts een ontwerp is en vóórdat de Rekenkamer het definitief maakt (artikel 32 van genoemd Reglement van Orde);
- 2) de tweede gelegenheid doet zich voor na de vaststelling van het verslag door de Rekenkamer, die haar opmerkingen aan de instellingen zendt, zodat deze de antwoorden kunnen formuleren die zij passend achten en die vervolgens tezamen met het verslag kunnen worden gepubliceerd (artikel 248, lid 4, EG en artikelen 88, leden 1 en 3, en 90 van het Financieel Reglement).⁷¹

85. Het horen is in deze gevallen geen instrument om de rechten van de verdediging van de gecontroleerde instellingen en instanties te waarborgen. Het strekt ertoe dat de opmerkingen van de Rekenkamer en het besluit dat het Europees Parlement te zijner tijd neemt over het beheer van de begroting, juist en redelijk zijn.

71 — Naast de procedure voor de Rekenkamer heeft de Commissie nog een laatste gelegenheid om in de kwijtingsprocedure voor het Europees Parlement een toelichting te geven (zie artikel 276, lid 2, EG).

86. Ismeri heeft het mijns inziens niet bij het rechte eind wanneer zij stelt dat zij gehoord had moeten worden, want deze mogelijkheid is voorzien voor de instellingen. De gecontroleerde instelling in speciaal verslag nr. 1/96 is de Commissie; zo Ismeri wordt genoemd, is dat alleen omdat zij via één van haar bestuurders bemoeienis had met de uitvoering van de begroting en zij bovendien gemeenschapsgelden ontving.

87. Evenwel kan niet gesteld worden dat Ismeri geen recht had om gehoord te worden tijdens de procedure van uitwerking en vaststelling van het verslag. Maar dit recht is gebaseerd op geheel andere gronden dan gelden voor het horen van de instellingen en heeft bijgevolg een heel andere betekenis.

88. De rechten van de verdediging, een algemeen gemeenschapsrechtelijk beginsel⁷², brengen mee dat elk rechtssubject zowel in gerechtelijke als in administratieve procedures de gelegenheid moet hebben om te worden gehoord vóórdat een beschikking wordt vastgesteld die hem rechtstreeks en individueel in negatieve zin raakt⁷³, opdat hij zijn zienswijze kenbaar kan maken voordat de voor hem nadelige

72 — Het Hof heeft onderstreept dat de eerbiediging van de rechten van de verdediging in iedere procedure die tot een nadelige handeling kan leiden, is te beschouwen als een grondbeginsel van gemeenschapsrecht (zie arrest van 10 juli 1986, België/Commissie, 234/84, Jurispr. blz. 2263, punt 27). Over de rechten van de verdediging in de communautaire rechtsorde verwijs ik naar het interessante werk van O. Due, voormalig president van het Hof, „Le respect des droits de la défense dans le droit administratif communautaire”, gepubliceerd in *Cahiers de Droit Européene*, 1987, nrs. 1 en 2, blz. 383.

73 — Zie recent arrest van 8 juli 1999, Hercules Chemicals/Commissie (C-51/92 P, Jurispr. blz. I-4235, punt 76).

handeling wordt vastgesteld, ook wanneer enig voorschrift inzake de betrokken procedure ontbreekt.⁷⁴

niet rechtstreeks verplichtingen en lasten oplegt, kan het feit dat zij daarin met naam wordt genoemd haar reputatie schaden en haar rechtmatige belangen ernstig benadelen.

89. De term „raken” heeft hier een veel ruimere betekenis dan de betekenis die ik hieraan eerder heb gegeven toen ik de mogelijkheid verwierp van beroep tot nietigverklaring van een verslag van de Rekenkamer.⁷⁵ Raken wil zeggen op ongunstige wijze de rechtssfeer van de adressaat beïnvloeden, wat zich voordoet wanneer iemand negatief wordt beoordeeld in een verslag van de Rekenkamer dat moet worden bekendgemaakt in het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen*, zodat eenieder hiervan kennis kan nemen, of dat op „grote” schaal wordt verspreid.⁷⁶ Alhoewel het verslag Ismeri zoals gezegd

90. Ik meen dan ook dat wanneer zich omstandigheden voordoen die, zoals hierboven is overwogen, rechtvaardigen dat de persoon of de instelling die voor de onregelmatigheden met betrekking tot de begroting verantwoordelijk is in een verslag van de Rekenkamer met naam wordt genoemd, de betrokkene de gelegenheid moet krijgen zich te verdedigen wanneer dat verslag gepubliceerd of op grote schaal verspreid wordt. De Rekenkamer dient met deze omstandigheid rekening te houden en zo nodig tot horen over te gaan.

74 — Zie arrest van 24 oktober 1996, Commissie/Lisrestal e.a.(C-32/95 P, Jurispr. blz. I-5373, punt 21), alsmede de daarin genoemde arresten.

75 — Het lijkt wellicht dat hier sprake is van een tegenstrijdigheid. In het voorgaande heb ik gesteld dat de verslagen van de Rekenkamer het rechtsgoed van de rechtssubjecten niet rechtstreeks en individueel kunnen raken, waardoor elke mogelijkheid van beroep krachtens artikel 230 EG was uitgesloten. Thans stel ik daarentegen dat de inhoud van een verslag de rechtmatige belangen kan raken van degenen tegen wie de Rekenkamer in dat verslag bezwaren formuleert, om daaruit het recht om te worden gehoord af te leiden. De tegenstrijdigheid is echter maar schijn. Ik heb het over inmenging in de rechtssfeer van derden met verschillende intensiteit en dus over de rechten van de verdediging op verschillende niveaus. In het tweede geval ontstaan geen verplichtingen of lasten voor de adressaat, die toch indirect getroffen wordt omdat de door de Rekenkamer geuite zienswijze hem in diskrediet kan brengen. Hij dient derhalve in de gelegenheid te worden gesteld zich te verweren en zijn versie van de feiten te geven of althans zijn rechtvaardiging daarvoor. Zijn verweer dient echter daartoe beperkt te blijven, daar het verslag waarin hij op kritische wijze wordt genoemd hem geen verplichtingen oplegt. Dergelijke verslagen zijn zoals gezegd geen handelingen die rechtstreeks gevolgen ad extra kunnen hebben.

76 — Zie artikel 33, lid 6, van het Reglement van Orde van de Rekenkamer.

91. In de onderhavige zaak gaf de Rekenkamer Ismeri niet formeel de gelegenheid om haar zienswijze uiteen te zetten voordat zij speciaal verslag nr. 1/96 vaststelde en verspreidde. Indien het Hof mocht oordelen dat deze middelen in hogere voorziening onderzocht moeten worden⁷⁷, dan zou het deze middelen moeten aanvaarden en moeten vaststellen dat het recht om gehoord te worden is geschonden.

77 — Zij betreffen immers een tardieve vordering die niet-ontvankelijk is en bijgevolg van meet af aan moet worden afgewezen. Voorts zij eraan herinnerd dat het feit dat het Gerecht niet op deze vordering heeft beslist, om diezelfde redenen niet relevant is.

C — De afwijzing van de vordering tot schadevergoeding en tot bekendmaking van de opmerkingen van rekwirante over het verslag van de Rekenkamer

92. De toewijzing van het beroep op die grond zou moeten leiden tot de toewijzing van de eerste vordering in Ismeri's verzoekschrift. Na erkenning van het door haar gestelde recht zou het Hof moeten vaststellen dat dit recht door het Gerecht is geschonden. De tweede en derde vordering zijn echter gedoemd tot falen.

93. Deze laatste vordering kan niet worden toegewezen, omdat de tussenkomen van de instellingen is bedoeld om ertoe bij te dragen dat de verslagen van de Rekenkamer juist en redelijk zijn om de algemene communautaire belangen zo goed mogelijk te dienen, terwijl de grondslag voor het feit dat Ismeri gehoord had moeten worden is gelegen in het waarborgen van de rechten van de verdediging. Er is derhalve geen sprake van dezelfde redenen en niets rechtvaardigt de bekendmaking van Ismeri's opmerkingen in het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen* en de mededeling ervan aan het Parlement. De rechten van de verdediging van rekwirante verlangen dat zij door de Rekenkamer wordt gehoord, maar houden niet in dat haar opmerkingen moeten worden bekendgemaakt en toegezonden aan de instelling die is belast met de goedkeuring van de uitvoering van de begroting van de Gemeenschap.

94. De tweede vordering inzake de niet-contractuele aansprakelijkheid kan niet worden aanvaard, omdat niet is voldaan aan de eis van causaal verband tussen de onrechtmatige handeling van de Rekenkamer en de schade die Ismeri stelt te hebben geleden. Dat verband ontbreekt niet om de door het Gerecht uiteengezette redenen⁷⁸, maar omdat Ismeri eventuele schade alleen aan zichzelf te wijten heeft.

95. De schade die Ismeri stelt te hebben geleden, zou een gevolg zijn van de constatering in speciaal verslag nr. 1/96 van de Rekenkamer. Die constatering is echter juist, in elk geval gezien vanuit procesrechtelijk standpunt. Het Agentschap, zijn taken, de aanwezigheid van een bestuurder van Ismeri in de raad van bestuur, de gunning van verschillende contracten en het tardieve ontslag van die bestuurder zijn feiten die óf rekwirante niet betwist óf het Gerecht bewezen heeft geacht, waarbij het op correcte wijze gebruik heeft gemaakt van zijn bevoegdheid om de beschikbare bewijzen te waarderen. Bovendien is reeds vastgesteld dat de vermeldingen en waardeoordelen die in het verslag van de Rekenkamer zijn geformu-

78 — Die overigens weinig overtuigend zijn. De verklaring dat het besluit niet anders zou hebben geluid, zelfs indien Ismeri vóór de vaststelling ervan de gelegenheid zou hebben gehad om gehoord te worden, getuigt, gezien het antwoord dat zij ontving op haar verklaringen na de vaststelling van het verslag, van een zekere miskenning van de „psychologie” van de instellingen en hun onwilligheid om van een standpunt terug te komen, en houdt bovenal een ontkenning in van de effectiviteit van het horen. Als het antwoord immers hetzelfde zal zijn, ongeacht of de betrokken partij vóór of na het besluit is gehoord, waarom dan nog zo'n procedure vooraf instellen?

leerd, niet buiten de grenzen treden waarbinnen zij moeten blijven. De oorzaak van de schade waarvoor vergoeding wordt gevorderd, is niet gelegen in het verzuim van de Rekenkamer om rekwirante te horen, maar in de handelwijze van Ismeri in het verleden. Mijns inziens zou het stelsel van de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap verstoord worden wanneer aan een persoon onder het voorwendsel van een formele onregelmatigheid een recht op schadevergoeding zou worden toegekend, omdat een instelling in de uitvoering van haar taak verslag doet van diens werkzaamheden.

96. Bovendien ondervond Ismeri, ook al is zij niet gehoord, in feite geen enkele beperking van haar rechten van de verdediging die zij niet aan zichzelf te wijten had. Tijdens de voorbereidende werkzaamheden en de uitwerking van speciaal verslag nr. 1/96 had zij ten minste éénmaal de gelegenheid haar zienswijze naar voren te brengen. Het Agentschap ontving het ontwerp van het speciaal verslag via de Commissie⁷⁹, zodat zij kennis kon nemen van de inhoud van het verslag en de daarin tegen haar geformuleerde bezwaren, aangezien Ismeri als medeoprichtster van het Agentschap zelf aan de algemene vergadering van dat Agentschap deelnam. Nu zij destijds niet reageerde, dient zij de consequenties van haar passiviteit te aanvaarden.

97. De redenering tot slot van deze conclusie luidt hetzelfde als aan het begin. Er is

sprake van een formeel gebrek van de Rekenkamer dat niet relevant is en waarvan de voor rekwirante ongunstige gevolgen door haar eigen handelwijze zijn veroorzaakt, zodat het causale verband ontbreekt dat moet bestaan tussen de gestelde onrechtmatige handeling van de Rekenkamer en de door Ismeri geleden schade om voor de Gemeenschap de verplichting tot schadevergoeding in het leven te roepen.⁸⁰

VI — Kosten

98. Ingevolge artikel 122 juncto artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procedure, dat volgens artikel 118 van toepassing is op de procedure in hogere voorziening, wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen. Wanneer derhalve, zoals ik in overweging geef, de door rekwirante aangevoerde middelen in hogere voorziening of in voorkomend geval het gevorderde in eerste aanleg worden afgewezen, dient rekwirante in de kosten van deze procedure te worden verwezen, alsmede eventueel in die van de procedure in eerste aanleg.

79 — Deze constatering van de Rekenkamer is verval in het verweerschrift in eerste aanleg (punten 44 en 74) en is door Ismeri niet bestreden.

80 — Zie de arresten die het Gerecht citeert in punt 100 van het bestreden arrest.

VII — Conclusie

99. Ik geef het Hof dan ook in overweging de hogere voorziening gedeeltelijk niet-ontvankelijk en gedeeltelijk ongegrond te verklaren. Indien het Hof een van de middelen mocht toewijzen en het geding bijgevolg definitief mocht beslechten, geef ik in overweging het door rekwirante gevorderde af te wijzen en haar te verwijzen in de kosten van de procedures in eerste aanleg en hogere voorziening.