



Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

G. HOGAN

van 15 april 2021¹

Zaak C-650/19 P

**Vialto Consulting Kft.
tegen**

Europese Commissie

„Hogere voorziening – Beroep tot schadevergoeding – Niet-contractuele aansprakelijkheid – Instrument voor pretoetredingssteun – Gedecentraliseerd beheer – Onderzoek van het Europees Bureau voor fraudebestrijding (OLAF) – Controles ter plaatse – Verordening (Euratom, EG) nr. 2185/96 – Artikel 7 – Toegang tot computergegevens – Digitaal forensisch onderzoek – Gewettigd vertrouwen – Recht om te worden gehoord – Immateriële schade”

I. Inleiding

1. Met haar hogere voorziening verzoekt Vialto Consulting Kft. (hierna: „Vialto” of „rekwirante”) om vernietiging van het arrest van het Gerecht van de Europese Unie van 26 juni 2019, Vialto Consulting/Commissie (T-617/17, niet gepubliceerd, EU:T:2019:446; hierna: „bestreden arrest”). Bij dat arrest heeft het Gerecht haar beroep verworpen dat strekte tot vergoeding van de schade die zij beweerdelijk heeft geleden als gevolg van onrechtmatig gedrag van de Europese Commissie en het Europees Bureau voor fraudebestrijding (OLAF) in verband met haar uitsluiting van de dienstverleningsovereenkomst met referentienummer TR2010/0311.01-02/001.

2. Deze hogere voorziening werpt een belangrijke vraag op over de wijze waarop OLAF zijn externe onderzoeken uitvoert, en meer in het bijzonder over de grenzen van digitaal forensisch onderzoek. Zij biedt tevens de gelegenheid om nader te bepalen welke gevolgen toezeggingen van OLAF aan het begin van een controle ter plaatse in het licht van het beginsel van gewettigd vertrouwen hebben, en welke strekking het recht om te worden gehoord heeft in procedures waaraan meerdere autoriteiten, zoals OLAF, de Commissie en een nationale autoriteit, deelnemen.

3. Het arrest van het Hof in de onderhavige procedure in hogere voorziening is bijgevolg van niet te onderschatten belang voor de toekomstige administratieve praktijk van OLAF bij de uitvoering van externe onderzoeken. Voordat ik me buig over de juridische kwesties die deze hogere voorziening opwerpt, dient evenwel eerst het toepasselijke rechtskader te worden geschetst.

¹ Oorspronkelijke taal: Engels.

II. Toepasselijke bepalingen

A. Verordening nr. 2185/96

4. Artikel 4 van verordening (Euratom, EG) nr. 2185/96 van de Raad van 11 november 1996 betreffende de controles en verificaties ter plaatse die door de Commissie worden uitgevoerd ter bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen tegen fraudes en andere onregelmatigheden² bepaalt:

„De controles en verificaties ter plaatse worden door de Commissie voorbereid en geleid in nauwe samenwerking met de bevoegde autoriteiten van de betrokken lidstaat, die tijdig over voorwerp, doel en rechtsgrondslag van de controles en verificaties geïnformeerd worden teneinde alle nodige hulp te kunnen verstrekken. Daartoe kunnen functionarissen van de betrokken lidstaat aan de controles en verificaties ter plaatse deelnemen.

Tevens worden de controles en verificaties ter plaatse, indien de betrokken lidstaat dat wenst, gezamenlijk door de Commissie en de bevoegde autoriteiten van die lidstaat verricht.”

5. Artikel 7 van verordening nr. 2185/96 preciseert wat controleurs van de Commissie mogen doen in het kader van controles en verificaties die zij ter plaatse uitvoeren. Deze bepaling luidt als volgt:

„1. De controleurs van de Commissie hebben onder dezelfde voorwaarden als de nationale administratieve controleurs en met inachtneming van de nationale wetgevingen toegang tot alle gegevens en documenten betreffende de betrokken transacties die voor het goede verloop van de controles en verificaties ter plaatse noodzakelijk blijken. Zij mogen dezelfde materiële controlemiddelen voor onderzoek bezigen als de nationale controleurs en met name de benodigde documenten kopiëren.

De controles en verificaties ter plaatse kunnen met name betrekking hebben op:

- de boeken en bescheiden betreffende beroep of bedrijf, zoals facturen, bestekken, loonstrookjes, staten van dagelijkse werkzaamheden en uitgaven, uittreksels van bankrekeningen welke in het bezit van de marktdeelnemers zijn;
- de computergegevens;
- de productie-, verpakkings- en verzendingssystemen en -methoden;
- de fysieke controle van de aard en de omvang van de goederen of van de verrichte activiteiten;
- het nemen van monsters en de verificatie daarvan;
- de stand van uitvoering van de gefinancierde werkzaamheden en investeringen, en het gebruik en de bestemming van de uitgevoerde investeringen;
- de budgettaire en boekhoudkundige bescheiden;

² PB 1996, L 292, blz. 2.

– de financiële en technische uitvoering van gesubsidieerde projecten.

2. Indien nodig is het aan de lidstaten om op verzoek van de Commissie de door de nationale wetgeving beoogde passende conservatoire maatregelen te treffen, met name om het bewijsmateriaal te beschermen.”

B. Verordening nr. 718/2007

6. Artikel 10, lid 1, van verordening (EG) nr. 718/2007 van de Commissie van 12 juni 2007 houdende uitvoeringsbepalingen van verordening (EG) nr. 1085/2006 van de Raad tot invoering van een instrument voor pretoetredingssteun (IPA)³ luidt als volgt:

„Tenzij in de leden 2, 3 of 4 anders bepaald, wordt de steun uit hoofde van de IPA-verordening gedecentraliseerd beheerd, dat wil zeggen dat de Commissie het beheer van bepaalde acties aan het begunstigde land overdraagt, terwijl zij de algemene eindverantwoordelijkheid voor de uitvoering van de algemene begroting blijft dragen, zulks overeenkomstig artikel 53 quater van verordening (EG, Euratom) nr. 1605/2002 [van de Raad van 25 juni 2002 houdende het Financieel Reglement van toepassing op de algemene begroting van de Europese Gemeenschappen (PB 2002, L 248, blz. 1)] en de desbetreffende bepalingen van de EG-verdragen.”

7. Artikel 21, lid 1, van die verordening bepaalt:

„Het begunstigde land wijst de volgende verschillende instanties en autoriteiten aan:

[...]

f) een operationele structuur per IPA-afdeling of programma;

[...]”

8. Artikel 28, leden 1 en 2, van verordening nr. 718/2007, „Taken en verantwoordelijkheden van de operationele structuur”, bepaalt:

„1. Voor elke afdeling en elk programma van het IPA wordt een operationele structuur opgericht die zich bezighoudt met het beheer en de uitvoering van de steun uit hoofde van de IPA-verordening.

De operationele structuur bestaat uit een instantie of een groep instanties binnen de overheid van het begunstigde land.

2. De operationele structuur is ervoor verantwoordelijk dat het betrokken programma of de betrokken programma's overeenkomstig het beginsel van goed financieel beheer worden beheerd en uitgevoerd. [...]”

³ PB 2007, L 170, blz. 1.

C. Verordening nr. 883/2013

9. Artikel 3 van verordening (EU, Euratom) nr. 883/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 11 september 2013 betreffende onderzoeken door het Europees Bureau voor fraudebestrijding (OLAF) en tot intrekking van verordening (EG) nr. 1073/1999 van het Europees Parlement en de Raad en verordening (Euratom) nr. 1074/1999 van de Raad⁴ betreft de externe onderzoeken die door OLAF worden uitgevoerd. Deze bepaling luidt als volgt:

„1. [OLAF] oefent de bij [verordening nr. 2185/96] aan de Commissie toegekende bevoegdheid uit om in de lidstaten en, conform de vigerende overeenkomsten voor samenwerking en wederzijdse bijstand en andere vigerende rechtsinstrumenten, in derde landen en bij internationale organisaties controles en verificaties ter plaatse te verrichten.

[...]

2. Om vast te stellen of er sprake is van fraude, corruptie of elke andere onwettige activiteit waardoor de financiële belangen van de Unie worden geschaad, in verband met een subsidieovereenkomst of -besluit of een overeenkomst betreffende een financiering door de Unie, kan [OLAF] volgens de voorschriften en procedures van [verordening nr. 2185/96] bij marktdeelnemers controles en verificaties ter plaatse verrichten.

3. Onverminderd het toepasselijke Unierecht gedragen de personeelsleden van [OLAF] zich bij de controles en verificaties ter plaatse op een wijze die in overeenstemming is met de regels en gebruiken van de betrokken lidstaat, en de procedurewaarborgen waarin wordt voorzien bij deze verordening.

De bevoegde autoriteit van de betrokken lidstaat verleent personeelsleden van [OLAF] op verzoek van [OLAF] de nodige bijstand om hun taak doeltreffend te kunnen vervullen, als omschreven in de in artikel 7, lid 2, bedoelde schriftelijke machtiging. Indien het nationale recht voorschrijft dat voor die bijstand de toestemming van een rechterlijke instantie vereist is, wordt die toestemming gevraagd.

Overeenkomstig [verordening nr. 2185/96] zorgt de betrokken lidstaat dat de personeelsleden van [OLAF], onder dezelfde voorwaarden als de bevoegde autoriteiten van die lidstaat en met inachtneming van het nationale recht, toegang hebben tot alle informatie en documenten in verband met de onderzochte feiten die nodig blijken voor het doelmatige en doeltreffende verloop van de controles en verificaties ter plaatse.”

[...]”

D. Richtsnoeren voor OLAF-personeel betreffende digitaal forensisch onderzoek

10. De OLAF-richtsnoeren voor OLAF-personeel betreffende digitaal forensisch onderzoek (hierna: „richtsnoeren betreffende digitaal forensisch onderzoek”) zijn door OLAF vastgestelde interne regels die door de personeelsleden van OLAF moeten worden gevolgd bij het opsporen, verwerven, kopiëren („imaging”), verzamelen, analyseren en bewaren van digitaal bewijsmateriaal. Ze beogen onder meer artikel 7, lid 1, van verordening nr. 2185/96 ten uitvoer te leggen en zijn te vinden op de website van OLAF.

⁴ PB 2013, L 248, blz. 1.

11. Artikel 4 van de richtsnoeren betreffende digitaal forensisch onderzoek heeft het opschrift „Uitvoering van een digitaal forensisch onderzoek – algemene procedure”. Deze bepaling luidt als volgt:

„[...]”

4.3. Bij het begin van het digitaal forensisch onderzoek dient de DES [(Digital Evidence Specialist of OLAF staff, specialist voor digitaal bewijsmateriaal van OLAF-personeel)]: 1) alle digitale media die aan het forensisch onderzoek zullen worden onderworpen, alsmede de fysieke omgeving en de opstelling, te documenteren en te fotograferen, en 2) een inventarisatie van de digitale media te maken. De inventarisatie dient te worden opgenomen in het ‚verslag digitaal forensisch onderzoek’ en de foto’s dienen aan dit verslag te worden gehecht.

4.4. In het algemeen dient de DES over te gaan tot een volledige digitale forensische verwerving met betrekking tot de onder 4.3 bedoelde apparaten. Voor zover haalbaar moeten de DES en de onderzoeker samen een eerste inspectie van die apparaten uitvoeren, om te bepalen of ze gegevens bevatten die relevant voor het onderzoek kunnen zijn, en of een gedeeltelijke forensische verwerving passend zou zijn. Is dit het geval, dan kan de DES overgaan tot gedeeltelijke forensische gegevensverwerving. Tijdens het maken van de digitale forensische image dienen een korte beschrijving van de inhoud en het door de DES toegevoegde referentienummer van de zaak te worden vastgelegd.

[...]”

12. Artikel 8 van de richtsnoeren betreffende digitaal forensisch onderzoek heeft het opschrift „Onderzoek van de gegevens die tijdens een digitaal forensisch onderzoek zijn verzameld”. Dit artikel bepaalt:

„8.1. Direct na zijn terugkeer van het digitaal forensisch onderzoek maakt de DES twee reservekopieën van de digitale forensische image op tape en plaatst hij deze in verzegelde enveloppen met unieke identificatienummers.

8.2. De DES zet de digitale forensische image over op de forensische bestandsserver in het forensisch laboratorium. Het aldus overgezette bestand wordt het forensische werkbestand. Zodra het forensische werkbestand gereed is, stelt de DES de onderzoeker daarvan op de hoogte.

[...]”

8.4. Wanneer het forensische werkbestand beschikbaar is, dient de onderzoeker via de Intelligence Request Module van het CMS [Case Management System] schriftelijke verzoeken in om het forensische werkbestand te indexeren en, voor zover nodig, bijstand van de DES of de operationeel analist te krijgen bij het vaststellen van de voor het onderzoek relevante gegevens. In laatstgenoemd verzoek dient te worden beschreven wat het doel van de zoekopdracht is en welk soort bewijzen en/of bewijselementen de onderzoeker zoekt. Naar aanleiding van het schriftelijke verzoek van de onderzoeker en in samenwerking met de onderzoeker haalt de DES uit het digitale forensische werkbestand de gegevens die overeenkomen met de zoekcriteria en geeft hij de onderzoeker alleen-lezen toegang tot die gegevens.

8.5. Het zoeken naar mogelijk bewijsmateriaal is een dynamisch proces dat meerdere achtereenvolgende iteraties kan inhouden. Het zoekproces kan onder andere omvatten: het

zoeken naar sporen van verwijderde gegevens in niet-toegewezen ruimte, het specificeren van trefwoorden waarop gezocht moet worden of het uitvoeren van complexere zoekopdrachten, zoals speciale expressies of het zoeken op tijdlijnen.

8.6. De onderzoeker stelt onder begeleiding van de DES en met gebruikmaking van de faciliteiten van het forensisch laboratorium vast welke informatie relevant kan zijn. De onderzoeker kan ook aan de DES vragen om relevante bestanden af te drukken of daar een elektronische kopie van te maken, waarbij deze moeten worden gevoegd bij het betrokken CMS-dossier. Elke overdracht van gegevens uit het forensisch laboratorium aan de onderzoeker moet in de Intelligence Request Module van het CMS worden vastgelegd, om de bewijsketen intact te houden.

8.7 Na afronding van het onderzoek van het digitale forensische werkbestand in het kader van de door de onderzoeker gedane Intelligence Request [verzoek om inlichtingen], stelt de DES een ‚verslag digitaal forensisch onderzoek’ op, waarin de resultaten van de uitgevoerde forensische activiteiten worden samengevat en de aan de onderzoeker ter beschikking gestelde informatie wordt opgesomd. Dit verslag moet bij het betrokken CMS-dossier worden gevoegd.

8.8 Na afronding van de analyse stelt de operationeel analist een ‚verslag operationele analyse’ op met daarin de gegevens die uit het digitale forensische werkbestand zijn gehaald en de verkregen resultaten. Dit verslag moet bij het betrokken CMS-dossier worden gevoegd.”

III. Voorgeschiedenis van het geding

13. De voorgeschiedenis van het geding is in de punten 1 tot en met 23 van het bestreden arrest uiteengezet. Zij kan als volgt worden samengevat.

14. Vialto is een vennootschap die is opgericht naar Hongaars recht en die adviesdiensten verleent aan ondernemingen en entiteiten in de particuliere en publieke sector.

15. Op 22 april 2011 sloot de Europese Commissie een financieringsovereenkomst met de Republiek Turkije in het kader van het systeem van gedecentraliseerd beheer met controle vooraf, dat onderdeel uitmaakte van het nationale programma voor de Republiek Turkije onder de afdeling „omschakeling en institutionele opbouw” van het instrument voor pretoetredingssteun (IPA) zoals voorzien in verordening (EG) nr. 1085/2006 van de Raad van 17 juli 2006 tot invoering van een instrument voor pretoetredingssteun (IPA).⁵ Als operationele structuur in de zin van artikel 21 van verordening nr. 718/2007 werd de centrale eenheid financiering en contracten (CFCU) aangewezen.

16. Op 17 december 2013 werd een oproep tot mededinging voor een opdracht die zou worden gegund door middel van een niet-openbare procedure en die betrekking had op dienstverlening op het gebied van externe kwaliteitscontrole in het kader van project TR2010/0311.01 „Digitalisering van het landbouwpercelenidentificatiesysteem” (hierna: „betrokken project”), gepubliceerd in het supplement bij het *Publicatieblad van de Europese Unie* (PB 2013/S 244-423607) onder referentie EuropeAid/132338/D/SER/TR. Het doel van deze oproep tot mededinging was het sluiten van een initiële overeenkomst met een initiële looptijd van 26 maanden, voor een maximaal budget van 4 500 000 EUR. De in de oproep tot mededinging aangewezen aanbestedende dienst was de CFCU.

⁵ PB 2006, L 210, blz. 82.

17. Op 19 september 2014 is de opdracht waarop de oproep tot mededinging betrekking had, gegund aan een door Agrotec SpA gecoördineerd consortium (hierna: „consortium”), dat uit vijf leden bestond, onder wie rekwirante. Het consortium sloot onder referentienummer TR2010/0311.01-02/001 een dienstverleningsovereenkomst met de CFCU (hierna: „betrokken overeenkomst”).

18. Nadat een onderzoek was geopend wegens het vermoeden dat in het kader van het betrokken project sprake was van corruptie of fraude, besloot OLAF om op basis van artikel 3 van verordening nr. 883/2013 bij rekwirante controles en verificaties ter plaatse te verrichten (hierna: „controle ter plaatse”).

19. Op 7 april 2016 wees OLAF in twee machtigingen de functionarissen aan die verantwoordelijk waren voor het verrichten van de controle ter plaatse en van een digitaal forensisch technisch onderzoek. Volgens die machtigingen bestond het doel van de controle ter plaatse erin om bij rekwirante bewijsmateriaal te verzamelen over haar mogelijke betrokkenheid bij corrupte en frauduleuze handelingen die beweerdelijk in verband met het betrokken project waren gepleegd. Het doel van het digitaal forensisch onderzoek was het verkrijgen van onder andere een forensische kopie van alle digitale middelen van rekwirante die gebruikt werden om het betrokken project te beheren, zoals desktops, laptops, tablets, externe of draagbare opslagmedia, mobiele telefoons en alle andere apparaten die van belang zouden kunnen zijn voor het doel van het onderzoek, servers die gebruikt werden om gegevens en bestanden uit te wisselen, de e-mailcorrespondentie van rekwirante en van de medewerkers van rekwirante, alsmede de functionele mailboxen die ten behoeve van het onderzoek kunnen worden gebruikt.

20. De controle ter plaatse en het digitaal forensisch onderzoek zijn van 12 tot en met 14 april 2016 verricht. OLAF heeft een verslag van elke betreffende dag opgesteld. In het verslag van 14 april 2016 is opgemerkt dat rekwirante had geweigerd OLAF bepaalde informatie te verstrekken. Rekwirante heeft elk van deze verslagen getekend en waar nodig opmerkingen gemaakt.

21. Bij brief van 6 mei 2016 heeft rekwirante een klacht bij OLAF ingediend, waarin zij bepaalde in die verslagen opgenomen informatie heeft betwist en opmerkingen ter zake heeft gemaakt. Ze stelde in het bijzonder dat haar verplichting om OLAF medewerking te verlenen uitsluitend gold binnen de grenzen van het voorwerp van het door OLAF uitgevoerde onderzoek, te weten de financiering van het betrokken project, en dat zij bijgevolg uitsluitend verplicht was aan OLAF informatie beschikbaar te stellen die betrekking had op het voorwerp van dat onderzoek. Daarnaast heeft zij OLAF verzocht passende maatregelen te nemen in het licht van de inbreuken op procedurele waarborgen die tijdens de controle ter plaatse door zijn vertegenwoordigers waren gemaakt. Op 18 mei 2016 heeft OLAF de ontvangst van deze klacht bevestigd.

22. Bij brief van 8 juli 2016 heeft OLAF geantwoord op de klacht van rekwirante. Na de grieven van rekwirante te hebben samengevat en de omvang van zijn onderzoeksbevoegdheden in herinnering te hebben gebracht, stelde OLAF dat zijn onderzoekers het recht hadden om digitale forensische images van rekwirantes harde schijven te maken en dat het de controle ter plaatse had moeten afbreken omdat rekwirante weigerde mee te werken. Rekwirante had OLAF om te beginnen geen toestemming gegeven om een kopie van de voorgeselecteerde informatie, en dus de gemaakte digitale forensische images mee te nemen, en had voorts de gevraagde financiële informatie niet verstrekt. OLAF voegde hieraan toe dat artikel 339 VWEU en artikel 10, lid 1, van verordening nr. 883/2013 waarborgen dat de verzamelde informatie vertrouwelijk wordt behandeld. OLAF concludeerde ten eerste dat zijn functionarissen de controle ter plaatse binnen

de grenzen van hun bevoegdheden hadden uitgevoerd en ten tweede dat de bescherming van de bedrijfsgeheimen van rekwirante geen geldige reden vormde voor het belemmeren van het onderzoek. Het oordeelde dan ook dat tijdens de controle ter plaatse geen inbreuk was gemaakt op de procedurele rechten van rekwirante.

23. Bij brief van 14 september 2016 stelde OLAF rekwirante ervan op de hoogte dat zij als betrokkene werd beschouwd in het onderzoek naar corruptie of fraude in het kader van het betrokken project. OLAF nodigde haar vervolgens uit om binnen tien dagen haar opmerkingen te maken.

24. Bij brief van 23 september 2016 diende rekwirante haar opmerkingen bij OLAF in en verklaarde zij dat zij overeenkomstig de toepasselijke regels had gehandeld en aan alle voorwaarden had voldaan wat de rechtmatige toegang tot haar gegevens door OLAF betrof. Ze zei bereid te zijn de samenwerking met OLAF voort te zetten en toegang te verlenen tot alle relevante gegevens die in het kader van het onderzoek van OLAF verzameld konden worden.

25. Bij brief van 29 september 2016 stelde de CFCU Agrotec op de hoogte van de controle ter plaatse bij rekwirante en van het feit dat rekwirante er niet mee had ingestemd OLAF toegang te geven tot bepaalde informatie waarom laatstgenoemde ten behoeve van de uitvoering van het onderzoek had verzocht. Zij voegde eraan toe dat OLAF van oordeel was dat rekwirante door haar gedrag inbreuk had gemaakt op artikel 25 van de algemene voorwaarden die van toepassing waren op de betrokken overeenkomst (hierna: „algemene voorwaarden”) en dat het de situatie met de bevoegde diensten van de Commissie onderzocht. Ten slotte stelde de CFCU Agrotec ervan in kennis dat zij de betaling van alle door haar ingediende facturen opschortte, ten minste totdat het onderzoek van OLAF zou zijn afgerond, omdat Agrotec volgens haar op grond van de algemene voorwaarden haar enige gesprekspartner voor alle contractuele en financiële aangelegenheden was.

26. Op 30 september 2016 stuurde Agrotec de daags voordien ontvangen brief van de CFCU naar rekwirante. Zij verzocht Vialto ten eerste om de situatie waarin zij zich bevond onmiddellijk met OLAF op te helderen en, ten tweede, om Agrotec en de andere leden van het consortium te informeren over haar eventuele niet-nakoming die voor OLAF aanleiding was geweest om het onderzoek te openen. Agrotec voegde eraan toe dat zij zich het recht voorbehold om de nodige maatregelen te treffen, met name via de CFCU, om haar belangen te beschermen tegen beweerdelijk door rekwirante gepleegde handelingen die onverenigbaar zijn met hun samenwerkingsverband.

27. Bij brief van 4 oktober 2016 informeerde rekwirante Agrotec over de voortgang van het haar betreffende OLAF-onderzoek en stuurde zij Agrotec de correspondentie die zij met OLAF had uitgewisseld. Daarbij liet rekwirante Agrotec tevens weten waarom de CFCU volgens haar, in het licht van de algemene voorwaarden, ten onrechte had besloten de met de betrokken overeenkomst verband houdende betalingen op te schorten.

28. Bij brief van 6 oktober 2016 stelde de CFCU Agrotec ervan in kennis dat OLAF haar had geïnformeerd over het lopende onderzoek en dat de Commissie, omdat de tegen rekwirante te nemen maatregelen nog niet waren vastgesteld, de CFCU had aanbevolen alle betalingen aan het consortium op te schorten totdat OLAF-onderzoek zou zijn beëindigd.

29. Bij brief van 13 oktober 2016 heeft het directoraat-generaal Europees Nabuurschapsbeleid en Uitbreidingsonderhandelingen van de Commissie (hierna: „DG Uitbreiding”) de CFCU geïnformeerd over de weigering van rekwirante, in strijd met artikel 25 van de algemene voorwaarden, om medewerking te verlenen aan OLAF-onderzoek en heeft het de CFCU verzocht om overeenkomstig die algemene voorwaarden de nodige maatregelen te treffen, waarbij haar dienaangaande als een van de mogelijke maatregelen in overweging werd gegeven de uitvoering van de betrokken overeenkomst of van het door rekwirante uitgevoerde onderdeel daarvan op te schorten op grond van de artikelen 25 en 35 van de algemene voorwaarden. Het DG Uitbreiding voegde hieraan toe dat het van oordeel was dat de uit hoofde van de betrokken overeenkomst aan rekwirante betaalde bedragen niet in aanmerking kwamen voor financiering met middelen uit de EU-begroting en verzocht de CFCU deze bedragen exact te bepalen.

30. Bij brief van 9 november 2016 heeft OLAF rekwirante geïnformeerd over de beëindiging van zijn onderzoek, het toezenden van zijn definitieve onderzoeksverslag naar het DG Uitbreiding en over de aanbevelingen aan dit DG inzake het nemen van passende maatregelen teneinde de toepassing te verzekeren van de procedures en sancties die voortvloeien uit de ernstige inbreuk op de algemene voorwaarden door rekwirante.

31. Bij brief van 11 november 2016, heeft de CFCU Agrotec geïnformeerd over de beëindiging van OLAF-onderzoek en over de conclusie van OLAF dat rekwirante inbreuk had gemaakt op artikel 25 van de algemene voorwaarden. Ook informeerde de CFCU Agrotec over haar beslissing om rekwirante in alle opzichten uit te sluiten van de betrokken overeenkomst en verder uitvoering te blijven geven aan de overeenkomst, in plaats van de overeenkomst volledig op te schorten zoals het DG Uitbreiding als een van de mogelijke maatregelen had voorgesteld. De CFCU heeft Agrotec daarop verzocht de activiteiten van rekwirante onmiddellijk, met ingang van 11 november 2016, te beëindigen en de nodige stappen te zetten om haar van het consortium uit te sluiten, en wel door een addendum bij de betrokken overeenkomst op te stellen.

32. Op 17 november 2016 tekenden Agrotec en de leden van het consortium, met uitzondering van rekwirante, een addendum bij de tussen hen gesloten samenwerkingsovereenkomst, dat tot doel had een nieuwe taakverdeling tussen die leden vast te leggen. Bij brief van 5 december 2016, die gericht was aan de CFCU, heeft rekwirante haar uitsluiting van de betrokken overeenkomst betwist. Bij brief van 10 januari 2017 heeft de CFCU de argumenten van rekwirante verworpen. Op 13 december 2016 hebben de CFCU en Agrotec een addendum bij de betrokken overeenkomst getekend dat tot doel had rekwirante van de lijst van leden van het consortium te verwijderen en daaraan de passende consequenties te verbinden, in het bijzonder in financieel opzicht.

33. Bij brief van 6 januari 2017 heeft de CFCU Agrotec geïnformeerd dat met de deelname van rekwirante aan de uitvoering van de betrokken overeenkomst een bedrag was gemoeid van 182 350,75 EUR, en dat dit bedrag wegens niet-nakoming van de contractuele verplichtingen door rekwirante niet in aanmerking kwam voor financiering uit de EU-begroting.

IV. Procedure bij het Gerecht en bestreden arrest

34. Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 7 september 2017, heeft Vialto beroep ingesteld dat ertoe strekte de Commissie te veroordelen tot betaling aan haar van 320 944,56 EUR als vergoeding voor materiële schade en 150 000 EUR wegens immateriële

schade, vermeerderd met rente, die beweerdelijk is ontstaan als gevolg van het onrechtmatig handelen van de Commissie en OLAF met betrekking tot haar uitsluiting van de betrokken overeenkomst.

35. Ter ondersteuning van dat beroep heeft Vialto twee middelen aangevoerd die betrekking hebben op het onrechtmatig handelen van OLAF, namelijk ten eerste schending van artikel 7, lid 1, van verordening nr. 2185/96 en ten tweede schending van het recht op behoorlijk bestuur, het beginsel van non-discriminatie, het evenredigheidsbeginsel en het beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen. Daarnaast heeft Vialto een grief inzake onrechtmatig handelen van de Commissie aangevoerd, volgens welke het recht om te worden gehoord werd geschonden.

36. Ter terechtzitting voor het Gerecht heeft Vialto afstand gedaan van haar vordering tot vergoeding van de materiële schade en verlaagde zij het als vergoeding voor de immateriële schade gevorderde bedrag naar 25 000 EUR, vermeerderd met rente.

37. Bij het bestreden arrest heeft het Gerecht, na te hebben geoordeeld dat de Commissie de bevoegdheid van het Gerecht en derhalve de ontvankelijkheid van het beroep ten onrechte had betwist, alle grieven van Vialto inzake het onrechtmatig handelen van OLAF en de Commissie van de hand gewezen, en heeft het bijgevolg het beroep in zijn geheel verworpen.

38. Het Gerecht oordeelde om te beginnen dat de gegevens waartoe de functionarissen van OLAF in de onderhavige zaak toegang vroegen, als relevant voor OLAF-onderzoek konden worden beschouwd en dat het maken van een digitale forensische image onder de bevoegdheden valt die de Commissie krachtens artikel 7, lid 1, van verordening nr. 2185/96 heeft. Het Gerecht oordeelde dat de functionarissen van OLAF niet in strijd met die bepaling hadden gehandeld door Vialto te verzoeken om toegang tot die gegevens voor analysedoeleinden.

39. Het Gerecht verwierp vervolgens de argumenten van Vialto inzake schending van het recht op behoorlijk bestuur, het beginsel van non-discriminatie, het evenredigheidsbeginsel en het beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen door OLAF. Met betrekking tot dit laatste beginsel bracht het Gerecht eerst in herinnering aan welke voorwaarden moet zijn voldaan om zich daarop te kunnen beroepen en stelde het daarna vast dat de functionarissen van OLAF in casu met betrekking tot de plaats waar de gegevens werden verzameld en verwerkt en het medium dat daartoe werd gebruikt, hadden ingestemd met een afwijking van de procedure zoals die is vastgelegd in de richtsnoeren digitaal forensisch onderzoek nadat Vialto had geweigerd te voldoen aan hun rechtmatige verzoeken tot het verzamelen van gegevens.

40. Ten slotte wees het Gerecht de grief af van Vialto inzake schending door de Commissie van haar recht om te worden gehoord, waarbij het ten eerste heeft vastgesteld dat Vialto opmerkingen over de controle ter plaatse had ingediend middels aan OLAF gerichte brieven, en ten tweede dat de beslissing om Vialto uit te sluiten van de betrokken overeenkomst was genomen door de CFCU, zonder dat deze gebonden was aan enige uitspraak dienaangaande van het DG Uitbreiding.

V. Conclusies van partijen en procedure bij het Hof

41. Met haar hogere voorziening verzoekt Vialto het Hof:

- het bestreden arrest te vernietigen,

- de Commissie te verwijzen in de kosten van de onderhavige procedure en van de procedure bij het Gerecht.

42. Vialto preciseerd dat bij vernietiging van het bestreden arrest door het Hof zij zich verlaat op de wijsheid van het Hof om te beslissen of de zaak moet worden terugverwezen naar het Gerecht voor een nieuwe uitspraak.

43. De Commissie verzoekt het Gerecht:

- de hogere voorziening ongegrond te verklaren,
- Vialto te verwijzen in de kosten.

VI. Hogere voorziening

44. Ter ondersteuning van haar hogere voorziening voert rekwirante drie middelen aan.

45. Om te beginnen voert Vialto met haar eerste middel aan dat het Gerecht bij de toepassing van artikel 7, lid 1, van verordening nr. 2185/961 blijk heeft gegeven van een onjuiste opvatting van de feiten en van een onjuiste rechtsopvatting. Vervolgens voert Vialto met haar tweede middel aan dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting en zijn arrest ontoereikend heeft gemotiveerd wat de schending van het beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen betreft. Ten slotte voert Vialto met haar derde middel een onjuiste opvatting van de feiten en een onjuiste rechtsopvatting aan met betrekking tot de schending van het recht om te worden gehoord. Ik zal deze middelen nu stuk voor stuk bespreken.

A. Eerste middel: onjuiste opvatting van de feiten en onjuiste rechtsopvatting met betrekking tot de beweerde schending van artikel 7, lid 1, van verordening nr. 2185/961 door OLAF

1. Argumenten van partijen

46. Met haar eerste middel verwijst rekwirante naar de punten 74, 75, 77, 79, 80 en 83 van het bestreden arrest en voert zij aan dat het Gerecht in die punten blijk heeft gegeven van een onjuiste opvatting van de feiten en van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat OLAF artikel 7, lid 1, van verordening nr. 2185/96 niet heeft geschonden. Het eerste middel bestaat in wezen uit drie onderdelen.

a) Eerste onderdeel (punt 80 van het bestreden arrest)

47. Met het eerste onderdeel van het eerste middel voert rekwirante aan dat het Gerecht de feiten op twee manieren onjuist heeft opgevat en daarmee blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

48. Zij betoogt ten eerste dat de procedure tegen de Commissie niet zag op de legitimiteit van het verzoek van OLAF om toegang te krijgen tot de door het Gerecht in punt 71 van het bestreden arrest opgesomde gegevens, maar op de legitimiteit van het verzoek van OLAF om toestemming te krijgen voor het verzamelen, dat wil zeggen het verwijderen en meenemen, van zaken die geen

verband hielden met het onderzoek. Het Gerecht heeft bijgevolg de feiten onjuist beoordeeld en uitspraak gedaan over een vraag die in het kader van deze zaak nooit is opgeworpen, te weten het recht om de gegevens te *onderzoeken* van de onderneming waarop een onderzoek betrekking heeft, in plaats van een analyse te verrichten van het recht om gegevens te *verzamelen* die geen verband houden met het voorwerp van het onderzoek. Ten tweede betoogt rekwirante dat deze verwarring tot een onjuiste rechtsopvatting heeft geleid, aangezien het Gerecht artikel 7, lid 1, van verordening nr. 2185/96 niet aldus had moeten uitleggen dat deze bepaling een verregaand recht op onderzoek verleent dat van toepassing is op alle gegevens waarop die bepaling betrekking heeft, maar in de zin dat zij alleen een beperkt recht verleent op het verzamelen van gegevens die verband houden met het voorwerp van het onderzoek. Ten derde heeft Vialto, anders dan in punt 80 van het bestreden arrest wordt gesteld, OLAF daadwerkelijk toegang verleend tot de zeven categorieën gegevens die in punt 71 van dat arrest zijn opgesomd – dat wil zeggen ze heeft het recht verleend om die gegevens te onderzoeken.

49. De Commissie sluit zich aan bij de redenering van het Gerecht en is van mening dat uit de bewoordingen van artikel 7, lid 1, van verordening nr. 2185/96 – dat uitdrukkelijk voorziet in de toegang tot en het kopiëren van gegevens – volgt dat het maken en verplaatsen van digitale forensische images in de ruimten van OLAF binnen de bevoegdheden van de Commissie valt.

50. De Commissie stelt dat het Gerecht het voorwerp van het geschil volledig heeft begrepen en heeft onderzocht of OLAF rechtmatig had verzocht om verzameling van de litigieuze gegevens ten behoeve van zijn onderzoek. Ten eerste meent zij dat het onderscheid dat Vialto maakt tussen de toegang tot gegevens en het verzamelen daarvan, willekeurig is. In het kader van een digitale forensische analyse is een dergelijk onderscheid onmogelijk en onjuist. Een dergelijke toegang kan immers slechts een nuttig effect sorteren indien de betrokken gegevens worden verzameld met het oog op de verwerking ervan middels speciale software. De onderzoekers van OLAF krijgen pas werkelijk toegang tot de betrokken gegevens nadat deze afzonderlijke stappen zijn doorlopen. Ten tweede kunnen de woorden „toegang tot de gegevens” in punt 80 van het bestreden arrest niet als een onjuiste voorstelling van de feiten worden beschouwd. Tot sommige gegevens, bijvoorbeeld transacties, zal rechtstreeks toegang worden gevraagd, en tot andere gegevens indirect, namelijk om een digitale forensische image te maken. Vialto zou echter de daadwerkelijke toegang tot de betrokken gegevens hebben verhinderd.

b) Tweede onderdeel (punten 74, 75 en 83 van het bestreden arrest)

51. In het kader van het tweede onderdeel van het eerste middel voert rekwirante een aantal argumenten aan die ertoe strekken te bewijzen dat het Gerecht fouten heeft gemaakt met betrekking tot de bevoegdheden van OLAF om gegevens te verzamelen.

52. Zij stelt in de eerste plaats dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door geen rechtvaardiging te geven voor de vaststelling in punt 74 van het bestreden arrest dat de gegevens die OLAF wilde verzamelen, verband hielden met de betrokken transacties en noodzakelijk waren voor het goede verloop van de controle ter plaatse in de zin van artikel 7, lid 1, van verordening nr. 2185/96. In de tweede plaats zou een dergelijke vaststelling willekeurig zijn en derhalve blijk geven van een onjuiste rechtsopvatting, aangezien vóór het zoeken op trefwoorden niet kon worden gesteld dat alle door OLAF gevraagde gegevens verband hielden met de transacties waarop het onderzoek betrekking had en noodzakelijk waren voor dat onderzoek. In de derde plaats heeft het Gerecht de feiten onjuist opgevat door in punt 75 van het bestreden arrest vast te stellen dat Vialto slechts bezwaar heeft gemaakt tegen het verzamelen van

die gegevens op media die zouden worden meegenomen naar de ruimten van OLAF. Vialto heeft zich van meet af aan in algemene bewoordingen verzet tegen het verzamelen van gegevens die geen verband hielden met het te onderzoeken project.

53. De Commissie sluit zich aan bij de redenering van het Gerecht en meent dat het verzamelen van de gevraagde gegevens noodzakelijk was voor het goede verloop van de controle ter plaatse.

54. In de eerste plaats is de vaststelling in punt 74 van het bestreden arrest gebaseerd op de aard van digitaal forensisch onderzoek en is daarom geenszins willekeurig. In de tweede plaats zag het verzoek van OLAF om gegevens te verzamelen niet op alle gegevens van Vialto, maar uitsluitend op elementen die op basis van objectieve criteria *ratione personae* en *ratione temporis* waren gedefinieerd. Vialto begrijpt de aard van digitaal forensisch onderzoek verkeerd voor zover zij betoogt dat op trefwoorden moet worden gezocht voordat er gegevens worden verzameld. Bovendien heeft het Gerecht in zijn arrest van 12 juli 2018, *Nexans France en Nexans/Commissie* (T-449/14, EU:T:2018:456), in het kader van mededingingsinspecties van de Commissie krachtens artikel 20 van verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen [101] en [102 VWEU] de geldigheid van de betrokken methode bevestigd.⁶ In de derde plaats doelde het Gerecht in punt 75 van het bestreden arrest slechts op het bezwaar van Vialto tegen het opslaan van de gegevens op media die vervolgens naar de ruimten van OLAF vervoerd zouden worden, hetgeen Vialto niet heeft ontkend.

c) Derde onderdeel (punten 77 en 79 van het bestreden arrest)

55. Met het derde onderdeel van haar eerste middel betoogt rekwirante dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door de argumenten van Vialto inzake de eerbiediging van de geheimhoudingsplicht en de contractuele bedingen met haar zakenpartners, die zij had aangevoerd om de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Unie te doen gelden, als niet ter zake dienend af te wijzen. Dergelijke argumenten zijn relevant om een schending van artikel 7, lid 1, van verordening nr. 2185/96 door OLAF te kunnen vaststellen, omdat daarmee wordt aangetoond dat het voorbehoud dat Vialto heeft gemaakt met betrekking tot het verzamelen van gegevens die geen verband hielden met het onderzoek, gerechtvaardigd was. Volgens de rechtspraak van het Hof had Vialto echter moeten aantonen dat er bij het formuleren van een dergelijk voorbehoud geen sprake was van rechtsmisbruik. Zij voegt hieraan toe dat het Gerecht de feiten onjuist heeft weergegeven door te oordelen dat OLAF niet kon worden geacht haar te hebben gedwongen om haar geheimhoudingsplicht te schenden of inbreuk te maken op de contractuele bedingen met haar zakenpartners, omdat zij op generlei wijze heeft gesteld dat zij door OLAF werd gedwongen om dit te doen.

56. De Commissie concludeert daarentegen dat het derde onderdeel van het eerste middel moet worden verworpen, omdat het geen doel treft en hoe dan ook ongegrond is.

57. Ten eerste vormen de argumenten inzake de geheimhoudingsplicht en de daarop betrekking hebbende contractuele bedingen in samenhang met bewijzen van mogelijk rechtsmisbruik door de Commissie een nieuwe bewering, zodat deze niet-ontvankelijk zijn. Het Gerecht heeft in punt 78 van het bestreden arrest hoe dan ook terecht geoordeeld dat het inroepen van geheimhoudingsbedingen in overeenkomsten met haar zakenpartners niet ter zake dienend was, aangezien functionarissen van OLAF uit hoofde van hun functie een geheimhoudingsplicht

⁶ PB 2003, L 1, blz. 1.

hebben. Ten tweede heeft Vialto het bestreden arrest onjuist uitgelegd wat de vaststelling van het Gerecht betreft dat OLAF Vialto niet gedwongen heeft om vertrouwelijke informatie ter beschikking te stellen, aangezien een dergelijke vaststelling slechts tot de conclusie zou leiden dat nader onderzoek van de geheimhoudingsbedingen overbodig was.

2. Analyse

58. Het derde onderdeel van het eerste middel betreft een specifieke kwestie. De eerste twee onderdelen van dit middel betreffen echter in wezen hetzelfde vraagstuk – namelijk de omvang van de bevoegdheden van OLAF in het kader van een digitaal forensisch onderzoek krachtens artikel 7, lid 1, van verordening nr. 2185/96 –, en het is dan ook passend om deze samen te behandelen.

a) Eerste twee onderdelen

59. Voordat ik een analyse verricht van de kern van het betoog dat rekwirante in het kader van de eerste twee onderdelen van haar eerste middel heeft ontwikkeld, wil ik ingaan op de in die eerste twee onderdelen aangevoerde argumenten inzake een onjuiste opvatting van de feiten en een ontoereikende motivering, om deze argumenten af te wijzen.

1) Onjuiste opvatting van de feiten en ontoereikende motivering

60. In de eerste plaats betoogt rekwirante onder verwijzing naar punt 80 van het bestreden arrest dat het Gerecht de feiten onjuist heeft beoordeeld en uitspraak heeft gedaan over een vraag die in het kader van deze zaak nooit is opgeworpen, namelijk het recht om de gegevens van Vialto te onderzoeken, in plaats van een analyse te verrichten van het recht om gegevens te verzamelen die geen verband houden met het voorwerp van het onderzoek.

61. Ik ben van mening dat deze lezing van punt 80 van het bestreden arrest wel degelijk deugdelijk kan zijn, gelet op hetgeen in de punten 62 en 75 van ditzelfde arrest is vermeld. Enerzijds stelt het Gerecht in punt 62 van het bestreden arrest dat rekwirante zich erover beklagt dat OLAF in strijd met artikel 7, lid 1, van verordening nr. 2185/96 heeft verzocht gegevens te mogen *verzamelen* die geen verband hielden met het betrokken onderzoek. Anderzijds voegt het Gerecht hier in punt 75 van het bestreden arrest aan toe dat rekwirante heeft gesteld dat zij ermee had ingestemd dat de onderzoekers van OLAF *toegang kregen tot* alle gevraagde gegevens, maar bezwaar had gemaakt tegen *het verzamelen* van die gegevens. Uit deze twee punten blijkt bijgevolg dat het Gerecht perfect begreep welke argumenten rekwirante ten aanzien van OLAF eigenlijk aanvoerde, en dus wat het voorwerp van het ingestelde beroep was.

62. In de tweede plaats lijkt rekwirante punt 75 van het bestreden arrest onjuist te hebben uitgelegd. In dat punt merkt het Gerecht namelijk slechts op dat Vialto bezwaar heeft gemaakt tegen het verzamelen van gegevens op een medium dat „zou worden meegenomen uit haar kantoren”, hetgeen Vialto niet betwist. De vraag of het gebruikte medium eigendom van Vialto is, is echter in dat punt niet aan de orde.

63. In de derde plaats moet worden opgemerkt dat punt 80 van het bestreden arrest de conclusie van het Gerecht vormt met betrekking tot de wijze waarop artikel 7 van verordening nr. 2185/96 dient te worden uitgelegd. Anders dan rekwirante beweert, bevat dit punt geen enkele verwijzing, noch uitdrukkelijk noch stilzwijgend, naar het gedrag van Vialto. Punt 80 van het bestreden arrest

bevat dan ook geen aanwijzingen dat rekwirante geen toegang heeft verleend tot de in punt 71 van dat arrest opgesomde categorieën gegevens. Ook uit de voorafgaande punten van het bestreden arrest kan een dergelijke vaststelling niet worden afgeleid.

64. In de vierde plaats stelt rekwirante dat de vaststelling van het Gerecht in punt 74 van het bestreden arrest – volgens welke de gegevens die OLAF wilde verzamelen, moesten worden geacht verband te houden met de betrokken transacties en noodzakelijk te zijn voor het goede verloop van de controle ter plaatse in de zin van artikel 7, lid 1 van verordening nr. 2185/96 – ontoereikend is gemotiveerd.

65. Dat punt vormt echter, zoals blijkt uit de woorden „Ως εκ τούτου” in de procestaal van het bestreden arrest – die kunnen worden vertaald als „derhalve” of „daarom” – een voorlopige conclusie, die gebaseerd is op de voorafgaande opmerkingen van het Gerecht, en meer in het bijzonder op de opmerkingen in de punten 66 tot en met 73. De verklaring in punt 74 van het bestreden arrest is dus heel goed te begrijpen en toereikend gemotiveerd.

2) *Onjuiste rechtsopvattingen bij de uitlegging van artikel 7, lid 1, van verordening nr. 2185/96*

66. Met twee verschillende argumenten komt rekwirante op tegen de wijze waarop het Gerecht artikel 7, lid 1, van verordening nr. 2185/96 in het bestreden arrest heeft uitgelegd in het specifieke kader van een digitaal forensisch onderzoek. Om te beginnen had het Gerecht deze bepaling anders moeten uitleggen, namelijk in die zin dat zij niet voorziet in een ruim recht op onderzoek dat van toepassing is op alle gegevens waarop die bepaling betrekking heeft, maar alleen in een beperkt recht op het verzamelen van gegevens die verband houden met het voorwerp van het onderzoek. De gegeven uitlegging zou tevens willekeurig zijn, omdat nog niet op trefwoorden was gezocht en derhalve niet kon worden gesteld dat alle door OLAF gevraagde gegevens verband hielden met de transacties waarop het onderzoek betrekking had, en deze dus verzameld mochten worden.

67. Het is in dit verband zinvol in herinnering te brengen dat artikel 7, lid 1, van verordening nr. 2185/96 bepaalt dat de controleurs van de Commissie enerzijds „onder dezelfde voorwaarden als de nationale administratieve controleurs en met inachtneming van de nationale wetgevingen *toegang* [hebben] tot alle gegevens en documenten betreffende de betrokken transacties die voor het goede verloop van de controles en verificaties ter plaatse noodzakelijk blijken” en anderzijds „de benodigde documenten [mogen] *kopiëren*”.⁷

68. Het staat buiten kijf dat de digitale forensische onderzoeken die OLAF krachtens artikel 7, lid 1, van verordening nr. 2185/96 verricht, problematisch zijn.⁸ We hoeven maar te kijken naar het voorstel van de Commissie voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van [verordening nr. 883/2013] wat betreft samenwerking met het Europees Openbaar Ministerie en de doeltreffendheid van de onderzoeken van OLAF⁹, en naar de evaluatie van de toepassing van verordening nr. 883/2013, die daaraan voorafging.¹⁰

⁷ Cursivering van mij.

⁸ Verordening nr. 2185/96 spreekt van „controleurs van de Commissie”, maar deze bevoegdheid wordt nu uitgeoefend door OLAF, overeenkomstig artikel 2 van besluit 1999/352 van de Commissie houdende oprichting van het Europees Bureau voor fraudebestrijding (OLAF) (PB 1999, L 136, blz. 20) en artikel 3, lid 1, van verordening nr. 883/2013.

⁹ COM(2018) 338 final.

¹⁰ Verslag van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad, getiteld „Evaluatie van de toepassing van [verordening nr. 883/2013]” (COM(2017) 589 final).

69. In die evaluatie wordt namelijk onder andere geconcludeerd dat de bevoegdheden van OLAF om digitaal forensisch onderzoek te verrichten onvoldoende duidelijk en gespecificeerd zijn. Volgens het definitieve verslag van de evaluatie van de toepassing van verordening nr. 883/2013 worden deze tekortkomingen door twee factoren veroorzaakt. De eerste factor is dat de bevoegdheden van OLAF om digitaal forensisch onderzoek te verrichten tijdens externe onderzoeken afhankelijk zijn van nationale wetgevingen en praktijken, die van lidstaat tot lidstaat verschillen en onduidelijk of onbestaand zijn.¹¹

70. Het probleem dat wordt vastgesteld in dat onderdeel van de evaluatie van de toepassing van verordening nr. 883/2013 is bijgevolg in feite het samenspel tussen, enerzijds, de verordeningen nr. 2185/96 en nr. 883/2013 en, anderzijds, het nationale wettelijke kader waarbinnen het digitaal forensisch onderzoek wordt verricht.

71. In de onderhavige zaak blijkt echter uit het verslag van de controle ter plaatse bij Vialto van 12 april 2016 dat op de eerste dag van de controle een vertegenwoordiger van de Hongaarse coördinatiestructuur voor fraudebestrijding (AFCOS – Anti-Fraud Coordination Structure) aanwezig was. Bovendien wordt niet betoogd dat het digitaal forensisch onderzoek, zoals dat was omschreven in de door de directeur-generaal van OLAF aan de OLAF-onderzoekers verleende machtiging, inbreuk maakte op de toepasselijke nationale regelgeving, of dat de uitvoering ervan in strijd was met de wensen van de aanwezige nationale functionaris. In deze omstandigheden dient enkel de vraag te worden beantwoord welk type digitaal forensisch onderzoek uitsluitend op grond van artikel 7, lid 1, van verordening nr. 2185/96 is toegestaan.

72. Uit de bewoordingen van artikel 7, lid 1, van verordening nr. 2185/96 kunnen we twee dingen afleiden. Ten eerste wordt in de tweede alinea van die bepaling uitdrukkelijk gesteld dat controles en verificaties ter plaatse betrekking kunnen hebben op computergegevens. Ten tweede volgt uit de eerste alinea van dezelfde bepaling dat dit noodzakelijkerwijs de toegang impliceert tot alle in de computergegevens vervatte gegevens en documenten betreffende de betrokken transacties die voor het goede verloop van de controles en verificaties ter plaatse noodzakelijk blijken, alsmede het recht om de benodigde documenten te kopiëren. De tekst wijst aldus op een onderscheid tussen een recht op toegang, dat uit praktische noodzaak ruim moet zijn, en een recht om te kopiëren, dat daarentegen beperkt is tot relevante gegevens. Dit is coherent: om relevante informatie te *vinden* is het noodzakelijk overal te *zoeken* waar deze informatie kan worden gevonden.

73. Deze uitlegging wordt bevestigd door de context waarin controles ter plaatse worden verricht en door het doel ervan. Artikel 8, lid 3, van verordening nr. 2185/96 bepaalt immers dat een verslag van de controle ter plaatse of de inspectie moet worden opgesteld en dat „[d]e verzamelde materiële gegevens en de bescheiden bedoeld in artikel 7” van verordening nr. 2185/96 in een bijlage bij dat verslag moeten worden bijeengebracht. De aldus opgestelde verslagen vormen toelaatbaar bewijsmateriaal in de administratieve of gerechtelijke procedures van de lidstaat waar het gebruik ervan nodig blijkt. Evenwel zullen uitsluitend documenten die verband houden met de inbreuk die het voorwerp van een administratieve of gerechtelijke procedure vormt – met andere woorden, documenten die relevant zijn voor die procedure – per definitie waarschijnlijk toelaatbaar bewijsmateriaal vormen.

¹¹ Zie het definitieve verslag van de evaluatie van de toepassing van verordening nr. 883/2013, paragraaf 4.2.2.4, „Slotopmerkingen” (in de Engelse taalversie op blz. 97). Ter herinnering: artikel 3, lid 2, van verordening nr. 883/2013 bepaalt uitdrukkelijk dat OLAF volgens de voorschriften en procedures van verordening nr. 2185/96 bij marktdeelnemers controles en verificaties ter plaatse mag verrichten.

74. In het kader van een digitaal forensisch onderzoek betekent dit dat OLAF toegang moet krijgen tot alle computergegevens die zijn vervat in de apparaten die onder de door de directeur-generaal van OLAF verleende machtiging vallen, teneinde te kunnen bepalen welke van deze gegevens verband houden met het betrokken onderzoek. Dit kan alleen worden vastgesteld door een „digitale forensische image” te maken, die in de richtsnoeren betreffende digitaal forensisch onderzoek wordt gedefinieerd als „een forensische (bitsgewijze) kopie van originele gegevens op een digitaal opslagmedium [...] die met een unieke hashwaarde in binair formaat wordt opgeslagen”.¹² Het op deze manier verzamelen van gegevens met behulp van een „image-kopie” mag derhalve niet worden verward met het kopiëren van documenten als bedoeld in artikel 7, lid 1, van verordening nr. 2185/96. Deze digitale forensische image is uit het oogpunt van informatietechnologie onontbeerlijk, omdat deze image het mogelijk maakt om met behulp van speciale forensische computersoftware op trefwoorden te zoeken, waardoor kan worden vastgesteld welke gegevens verband houden met het betrokken project. Pas na deze stap in het proces – dat wil zeggen nadat de software bepaalde documenten als mogelijk relevant heeft geïdentificeerd – kunnen de onderzoekers van OLAF de inhoud daarvan bekijken en zo bepalen welke informatie relevant is in de zin van artikel 7, lid 1, van verordening nr. 2185/96.¹³ Vervolgens mogen ze, indien nodig, een kopie daarvan maken, die bij het verslag dient te worden gevoegd. Met andere woorden, de „image-kopie” wordt in het begin gemaakt louter voor analysedoeleinden.

75. Bovendien kan het indexeren van gegevens met behulp van forensische computersoftware en het daaropvolgende doorzoeken van de geïndexeerde gegevens geruime tijd in beslag nemen, met name omdat ondernemingen tegenwoordig aanzienlijke hoeveelheden gegevens elektronisch opslaan. Dit bijzondere kenmerk van de informatietechnologie verklaart waarom OLAF bij het uitvoeren van zijn onderzoek een kopie van de gegevens gebruikt. Niet alleen OLAF, maar ook de betrokken onderneming heeft hier baat bij, aangezien deze de originele gegevens en de media waarop die zijn opgeslagen, aldus kan blijven gebruiken. Dit betekent dat de onderneming minder in haar werking wordt gehinderd door de inspectie van OLAF.¹⁴ Een algemeen verbod om zonder voorafgaand onderzoek gegevens te kopiëren vormt daarentegen een ongeschikte en derhalve ongerechtvaardigde belemmering voor de uitoefening van de bevoegdheden van OLAF tot het verrichten van inspecties, dat verder zou gaan dan noodzakelijk is om de rechten van de ondernemingen te beschermen. Een dergelijk verbod zou dientengevolge een onnodige inperking vormen van de nuttige werking van de onderzoeken die voor OLAF een noodzakelijk hulpmiddel zijn in de vervulling van zijn taak bij het bestrijden van fraude, corruptie en andere onrechtmatige handelingen die de financiële belangen van de Unie schaden.¹⁵

¹² Zie artikel 1.9 van de richtsnoeren betreffende digitaal forensisch onderzoek.

¹³ Artikel 8.4 van de richtsnoeren betreffende digitaal forensisch onderzoek bepaalt het volgende: „Wanneer het forensische werkbestand beschikbaar is, dient de onderzoeker via de Intelligence Request Module van het CMS [Case Management System] schriftelijke verzoeken in om het forensische werkbestand te indexeren [...] Naar aanleiding van het schriftelijke verzoek van de onderzoeker en in samenwerking met de onderzoeker haalt de DES [Digital Evidence Specialist van OLAF] uit het digitale forensische de gegevens die overeenkomen met de zoekcriteria, en geeft hij de onderzoeker alleen-lezen toegang tot die gegevens.”

¹⁴ Zie in die zin arrest van 16 juli 2020, Nexans France en Nexans/Commissie (C-606/18 P, EU:C:2020:571, punt 66). Evenwel dient te worden opgemerkt dat de mogelijkheid voor OLAF om zijn onderzoek van de gegevens die verband houden met de activiteiten van een onderneming buiten de kantoren van die onderneming voort te zetten, onderworpen is aan de voorwaarde dat die voortzetting de rechten van de verdediging niet schendt en geen inbreuk op de rechten van de betrokken ondernemingen oplevert die verder gaat dan die welke inherent is aan een inspectie in de ruimten van die ondernemingen. OLAF mag dit doen wanneer het op goede gronden kan oordelen dat dit gerechtvaardigd is in het licht van de doeltreffendheid van de inspectie of om te voorkomen dat de werking van de betrokken onderneming al te grote hinder ondervindt (zie in die zin arrest van 16 juli 2020, Nexans France en Nexans/Commissie, C-606/18 P, EU:C:2020:571, punten 87 en 90).

¹⁵ Zie naar analogie (inzake de onderzoeksbevoegdheid van de Commissie op mededingingsgebied krachtens verordening nr. 1/2003) de conclusie van advocaat-generaal Kokott in de zaak Nexans France en Nexans/Commissie (C-606/18 P, EU:C:2020:207, punt 66).

76. In die omstandigheden zie ik niet in waarom OLAF, naargelang van de omstandigheden, niet zou mogen beslissen om de gegevens op de digitale gegevensdrager van de geïnspecteerde onderneming niet op basis van het origineel maar op basis van een „image-kopie” van die gegevens te onderzoeken. Met betrekking tot een vergelijkbare, door de Commissie overeenkomstig verordening nr. 1/2003 gevoerde procedure heeft het Hof onlangs het volgende geoordeeld: „Zowel wanneer zij de originele gegevens onderzoekt als wanneer zij de kopie van die gegevens analyseert, controleert de Commissie [...] dezelfde gegevens.”¹⁶

77. Het is juist dat artikel 20, lid 2, van verordening nr. 1/2003, in tegenstelling tot artikel 7 van verordening nr. 2185/96 en artikel 3, lid 3, van verordening nr. 883/2013, niet naar nationale wetgeving verwijst in gevallen waarin de Commissie haar bevoegdheid tot het verrichten van inspecties in mededingingszaken dient uit te oefenen. Zoals ik reeds heb opgemerkt, wordt in casu evenwel niet beweerd dat inbreuk is gemaakt op de toepasselijke nationale wetgeving en wordt bovendien het beginsel van toegang tot de computergegevens van een onderneming waarop het onderzoek betrekking heeft, uitdrukkelijk bevestigd in artikel 7, lid 1, van verordening nr. 2185/96.

78. Anders dan rekwirante betoogt en in lijn met de analyse van het Hof in het arrest van 16 juli 2020, Nexans France en Nexans/Commissie (C-606/18 P, EU:C:2020:571, punt 63), volgt hieruit dat het recht van OLAF om toegang te krijgen tot verzamelingen e-mails, de harde schijf van een laptop of de gegevens op de server van de gecontroleerde onderneming, en om een image-kopie (dat wil zeggen een „digitale forensische image”) te maken, een *tussenstap* vormt in het kader van het onderzoek van de gegevens in die verzamelingen en op die media. Bij een dergelijke werkwijze worden de als bewijsmateriaal in aanmerking komende documenten gescheiden van de overige gegevens bij de triage die plaatsvindt na het maken van de digitale forensische image.¹⁷ Derhalve vormt dit „kopiëren” met het oog op triage geen grotere ingreep dan de triage zelf. Dit is als zodanig geen aanvullende bevoegdheid die OLAF is verleend, maar valt, zoals het Gerecht in punt 73 van het bestreden arrest terecht heeft verklaard, onder de onderzoeksbevoegdheid die OLAF krachtens artikel 7, lid 1, van verordening nr. 2185/96 heeft en kan noodzakelijk zijn voor het goede verloop van de betrokken controle ter plaatse.

79. Dit kopiëren van gegevens zonder voorafgaand onderzoek moet uiteraard worden toegestaan als OLAF vervolgens onder strikte eerbiediging van de rechten van verdediging van de betrokken onderneming nagaat of die gegevens relevant zijn voor het voorwerp van de inspectie, alvorens de daartoe relevant geachte documenten in het dossier op te nemen en de andere gekopieerde gegevens te wissen.¹⁸

80. Toen de Commissie ter terechtzitting van 10 februari 2021 vragen werden gesteld over deze laatste waarborg, heeft zij uitdrukkelijk bevestigd dat de irrelevante gegevens inderdaad na een bepaalde periode zijn vernietigd, hoewel de vertegenwoordigers van rekwirante dit bestreden. Het is juist dat in de richtsnoeren betreffende digitaal forensisch onderzoek een uitdrukkelijke regel op dit punt ontbreekt. Evenwel kan worden opgemerkt dat in het Informatieblad digitaal forensisch onderzoek van OLAF wordt vermeld dat OLAF de gegevens maximaal 15 jaar na de afsluiting van het onderzoek bewaart. Daarnaast volgt uit artikel 10 van de richtsnoeren

¹⁶ Arrest van 16 juli 2020, Nexans France en Nexans/Commissie (C-606/18 P, EU:C:2020:571, punt 62).

¹⁷ Zie artikel 8.4 van de richtsnoeren betreffende digitaal forensisch onderzoek, aangehaald in voetnoot 13. Bovendien is in het „Informatieblad digitaal forensisch onderzoek” van OLAF het volgende vermeld: „De gegevens die relevant zijn voor het onderzoek worden vastgesteld door te zoeken op trefwoorden en via andere zoekmethoden [en a]lleen die gegevens worden in het dossier opgenomen.”

¹⁸ Zie in die zin arrest van 16 juli 2020, Nexans France en Nexans/Commissie (C-606/18 P, EU:C:2020:571, punt 64).

betreffende digitaal forensisch onderzoek dat, als de onderzoekseenheid van OLAF een digitale forensische image die in het kader van een ander onderzoek is verkregen, opnieuw wil verkrijgen, daartoe een nieuw machtigingsverzoek moet worden ingediend bij de directeur-generaal overeenkomstig dezelfde criteria als die welke gelden voor het verlenen van een machtiging voor een digitaal forensisch onderzoek waarbij controles en verificaties ter plaatse worden uitgevoerd, en de betrokken persoon of marktdeelnemer volledig moet worden geïnformeerd. Dit zijn belangrijke – en noodzakelijke – waarborgen.

81. Het is belangrijk te benadrukken dat deze onderzoeksbevoegdheden aan OLAF zijn verleend omwille van het specifieke karakter van moderne, geavanceerde technologische apparaten, waarop enorme hoeveelheden gegevens kunnen worden opgeslagen. Juist die technologische capaciteit vereist dat in beginsel toegang tot alle gegevens wordt verkregen, zodat vervolgens gericht kan worden gezocht, bijvoorbeeld door het zoeken op passende trefwoorden. Over één ding wil ik heel duidelijk zijn: hoewel het noodzakelijk is dat OLAF in beginsel toegang tot alle gegevens krijgt voor het zoeken naar gegevens, moet OLAF ook de gerechtvaardigde belangen van de betrokken onderneming eerbiedigen wat de privacy en vertrouwelijkheid van niet-relevante documenten betreft. Elk misbruik van die bevoegdheid – bijvoorbeeld ongeoorloofde bekendmaking van aldus verzamelde gegevens aan derden – zou een zeer ernstige schending van de rechten van verdediging van de betrokkene vormen en zou waarschijnlijk buitengewoon ernstige gevolgen hebben voor zowel OLAF als zijn functionarissen. In alle eerlijkheid en voor de goede orde: we moeten erkennen dat in casu niets van dien aard wordt beweerd. In deze omstandigheden wil ik, om de redenen die ik zojuist heb gegeven, voorstellen de eerste twee onderdelen van het eerste middel te verwerpen.

b) Derde onderdeel

82. Met het derde onderdeel van haar eerste middel komt Vialto op tegen de vaststellingen van het Gerecht in de punten 77 en 79 van het bestreden arrest, volgens welke, ten eerste, haar argumenten inzake de eerbiediging van de geheimhoudingsplicht en de contractuele bedingen met haar zakenpartners niet ter zake dienend zijn met het oog op de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Unie en, ten tweede, OLAF niet kan worden geacht haar gedwongen te hebben om die geheimhoudingsplicht te schenden of inbreuk te maken op die contractuele bedingen.

83. Om te beginnen ben ik van mening dat – anders dan de Commissie betoogt – de eerste grief ter ondersteuning van het derde onderdeel van het eerste middel geen nieuw middel is dat als zodanig niet-ontvankelijk moet worden verklaard.

84. In hogere voorziening is de bevoegdheid van het Hof weliswaar in beginsel beperkt tot het onderzoek van de beoordeling door het Gerecht van de middelen waarover voor het Gerecht verweer is gevoerd, maar een argument dat niet in eerste aanleg is aangevoerd, vormt geen nieuw middel dat in hogere voorziening niet-ontvankelijk is wanneer het slechts een nadere uitwerking is van een argument dat reeds is ontwikkeld in het kader van een middel dat is aangevoerd in het verzoekschrift voor het Gerecht.¹⁹

85. Uit punt 77 van het bestreden arrest blijkt dat rekwirante vanaf het begin het argument inzake de geheimhoudingsplicht en de contractuele bedingen met haar zakenpartners heeft aangevoerd ter rechtvaardiging van haar weigering om een deel van de door OLAF gevraagde gegevens te

¹⁹ Zie in die zin arrest van 9 december 2020, Groupe Canal +/Commissie (C-132/19 P, EU:C:2020:1007, punt 28).

verstrekken. In dit kader is het duidelijk dat het „herformuleren” van dat argument onder de noemer rechtsmisbruik slechts een nadere uitwerking vormt van een argument dat reeds voor het Gerecht is ontwikkeld. Aangezien het Gerecht het onjuist zou hebben beoordeeld, is een dergelijk middel slechts een voortzetting van een argument dat reeds is ontwikkeld in een middel in het verzoekschrift voor het Gerecht. Dit onderdeel van het eerste middel moet bijgevolg ontvankelijk worden verklaard.

86. Niettemin treft het argument mijns inziens geen doel. Het vormt namelijk een onderdeel van het algemenere argument dat Vialto schade heeft geleden als gevolg van de schending van artikel 7, lid 1, van verordening nr. 2185/96 door OLAF, dat informatie zou hebben verzameld die geen verband hield met de controle. Ik ben van mening dat het Gerecht geen blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat OLAF zijn controlebevoegdheden heeft uitgeoefend. Bovendien blijkt uit het dossier dat OLAF in het kader van die controle had voorgesteld om met betrekking tot de gegevens van rekwirante de speciale procedure toe te passen die voor wettelijk beschermde gegevens geldt.²⁰ In deze omstandigheden lijkt het mij dat rekwirantes argument inzake de geheimhoudingsplicht en haar contractuele bedingen hoe dan ook niet had kunnen leiden tot de vaststelling van een voldoende gekwalificeerde schending van een rechtsregel die beoogt haar rechten te verlenen. Derhalve is dit argument niet ter zake dienend.

87. Ook de tweede grief die rekwirante in het derde onderdeel van het eerste middel aanvoert, is niet ter zake dienend. Met deze grief voert Vialto aan dat zij, anders dan het Gerecht in punt 79 van het bestreden arrest heeft gesteld, nooit heeft aangevoerd dat OLAF haar had gedwongen haar geheimhoudingsplicht te schenden of inbreuk te maken op bepaalde contractuele bedingen. Volgens rekwirante heeft het Gerecht uitspraak gedaan over een argument dat niet naar voren is gebracht, en moet het betrokken punt van het bestreden arrest alleen al om die reden nietig worden verklaard. Deze grief moet echter als niet ter zake dienend worden beschouwd, aangezien het Gerecht in punt 79 van het bestreden arrest een argument heeft verworpen dat niet naar voren zou zijn gebracht. Bovendien volgt uit het gebruik van de uitdrukking „hoe dan ook” in dat punt van het bestreden arrest dat het Gerecht bij de beoordeling in dat punt de allergrootste voorzichtigheid heeft betracht, voor het geval dat zou worden geoordeeld dat Vialto zich kon beroepen op het argument inzake de geheimhoudingsplicht en haar contractuele bedingen als rechtvaardiging voor haar weigering om toegang te geven tot bepaalde informatie.

88. Bijgevolg moet het eerste middel ten dele ongegrond en ten dele niet ter zake dienend worden verklaard.

B. Tweede middel: schending van het beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen

1. Argumenten van partijen

89. Met haar tweede middel betoogt Vialto dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting en dat het zijn arrest ontoereikend heeft gemotiveerd wat de beweerde schending van het beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen betreft.

²⁰ Zie artikel 6.3 van de richtsnoeren betreffende digitaal forensisch onderzoek.

90. In de eerste plaats is het bestreden arrest ontoereikend gemotiveerd, voor zover niet is toegelicht aan welke van de drie voorwaarden voor het invoeren van het beginsel van het gewettigd vertrouwen in casu niet is voldaan, en bovendien die voorwaarden niet zijn onderzocht.

91. In de tweede plaats wordt in punt 118 van het bestreden arrest blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, omdat het voorbijgaat aan de rechtspraak volgens welke de intrekking met terugwerkende kracht van een –rechtmatige of onrechtmatige – bestuurshandeling waarbij individuele rechten of soortgelijke voordelen zijn toegekend, verboden is. De toezeggingen die de onderzoekers van OLAF op de eerste dag van de controle hebben gedaan met betrekking tot de bij de uitvoering van de controle te volgen procedure, waren rechtmatig. Bijgevolg konden de functionarissen van OLAF deze toezeggingen achteraf niet intrekken en eisen dat de controle ter plaatse werd uitgevoerd alsof dergelijke toezeggingen nooit waren gedaan.

92. In de derde plaats voert rekwirante aan dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door in datzelfde punt van het bestreden arrest te oordelen dat Vialto zich niet kan beroepen op een schending van het gewettigd vertrouwen dat was gewekt ten aanzien van de toepassing van een afwijkende praktijk in haar voordeel, terwijl zij te kwader trouw was. Rekwirante voert echter aan dat de verzoeken van OLAF strijdig waren met artikel 7, lid 1, van verordening nr. 2185/96, dat zij haar standpunt vanaf de eerste dag van de controle heeft ingenomen en dat de functionarissen van OLAF, als zij van mening waren dat rekwirante hun onderzoek op onrechtmatige wijze belemmerde, overeenkomstig artikel 9 van die verordening bijstand van de nationale autoriteiten hadden moeten vragen. In deze omstandigheden is Vialto van mening dat het bewijs van haar kwade trouw niet kon worden geleverd.

93. De Commissie concludeert tot verwerping van het tweede middel.

94. In de eerste plaats is het oordeel van het Gerecht dat het beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen niet is geschonden, toereikend gemotiveerd. In de tweede plaats legt rekwirante niet uit wat de beweerdelijk door OLAF gedane toezeggingen inhielden, en is in elk geval het vertrouwen dat volgens Vialto was gewekt, ondermijnd door haar eigen gedrag. In de derde plaats is het invoeren van de beginselen inzake het intrekken van bestuurshandelingen in de onderhavige zaak niet ter zake dienend en in ieder geval ongegrond, omdat het verrichten van een controle ter plaatse door OLAF geen bestuurshandeling vormt en zeker geen bestuurshandeling waarbij individuele rechten of soortgelijke voordelen worden toegekend.

2. Analyse

95. Ter onderbouwing van haar tweede middel brengt Vialto drie argumenten naar voren: ten eerste een ontoereikende motivering door het Gerecht wat zijn beoordeling van het betoog inzake het beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen betreft, ten tweede het verbod op intrekking van een rechtmatige bestuurshandeling waarbij individuele rechten of soortgelijke voordelen zijn toegekend, en ten derde een onjuiste rechtsopvatting van het Gerecht door te oordelen dat Vialto zich niet kan beroepen op schending van het gewettigd vertrouwen dat was gewekt ten aanzien van de toepassing van een praktijk die afweek van de normale controleprocedure, omdat zij weigerde het wettige verzoek van OLAF in te willigen.

96. Ik wil deze argumenten samen bespreken, omdat zij alle onlosmakelijk verbonden zijn met de voorafgaande vraag naar het bestaan van „gewettigd vertrouwen” bij Vialto. In punt 114 van het bestreden arrest wijst het Gerecht er terecht op dat het recht om zich op het beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen te beroepen, veronderstelt dat de betrokkene van de

bevoegde instanties van de Europese Unie nauwkeurige, onvoorwaardelijke en onderling overeenstemmende toezeggingen heeft gekregen, die van bevoegde en betrouwbare bronnen afkomstig zijn. Daarentegen kan niemand met succes aanvoeren dat dit beginsel is geschonden wanneer dergelijke toezeggingen ontbreken.²¹ Bovendien moeten deze toezeggingen van dien aard zijn dat ze bij de adressaat ervan gewettigde verwachtingen („attente légitime”) konden wekken.²²

97. Evenzo wordt het verbod om een bestuurshandeling in te trekken gerechtvaardigd door de noodzaak om het gewettigd vertrouwen van de adressaat van de betrokken handeling te eerbiedigen.²³ Met andere woorden, het intrekken van een bestuurshandeling is alleen uitgesloten als de persoon ten voordele van wie de beslissing is genomen een gewettigd vertrouwen had dat de zaak door die beslissing definitief was afgehandeld.²⁴

98. Hieruit volgt dat, als zou blijken dat in de onderhavige zaak niet aan die voorwaarde is voldaan – en dat is volgens mij het geval –, de laatste twee argumenten die rekwirante ter onderbouwing van haar tweede middel naar voren heeft gebracht, ongegrond zouden zijn. Een ontoereikende motivering door het Gerecht zou dan geen gevolgen hebben voor de gegrondheid van de afwijzing van het argument van Vialto inzake het beginsel van de bescherming van het gewettigd vertrouwen en zou derhalve niet ter zake dienend zijn.

99. Allereerst moet in herinnering worden gebracht dat het recht om zich op bescherming van het gewettigd vertrouwen te beroepen, als uitvloeisel van het rechtszekerheidsbeginsel, toekomt aan iedere particulier die in een situatie verkeert waarin de autoriteiten van de Europese Unie bij hem gegronde verwachtingen hebben gewekt („espérances fondées”). Nauwkeurige, onvoorwaardelijke en onderling overeenstemmende inlichtingen die afkomstig zijn van bevoegde en betrouwbare bronnen zijn, ongeacht de vorm waarin zij worden meegedeeld, toezeggingen die dergelijke verwachtingen kunnen wekken. Niemand kan evenwel schending van dit beginsel aanvoeren wanneer er geen sprake is van nauwkeurige toezeggingen die hem door de autoriteiten zijn gedaan.²⁵

100. Het is in casu daarom essentieel om te bepalen welk gewettigd vertrouwen OLAF bij Vialto heeft gewekt. Met andere woorden: welke nauwkeurige, onvoorwaardelijke en onderling overeenstemmende toezeggingen heeft Vialto van OLAF gekregen met betrekking tot het omstreden digitaal forensisch onderzoek?

101. Vialto stelt in haar hogere voorziening zelf dat het Gerecht in punt 116 van het bestreden arrest heeft vermeld wat de door de onderzoekers van OLAF gedane toezeggingen inhielden. Uit dat punt blijkt echter dat de onderzoekers van OLAF, om tegemoet te komen aan de bedenkingen die door rekwirante waren geuit, ermee hadden ingestemd dat werd afgeweken van de in de richtsnoeren betreffende digitaal forensisch onderzoek vastgelegde procedure voor wat betreft, ten eerste, de plaats waar het digitale medium met daarop de gemaakte digitale forensische images werd verkregen en verwerkt en, ten tweede, dat medium zelf.

²¹ Arrest van 16 juli 2020, ADR Center/Commissie (C-584/17 P, EU:C:2020:576, punt 75 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

²² Zie in die zin arrest van 25 maart 2010, Sviluppo Italia Basilicata/ Commissie (C-414/08 P, EU:C:2010:165, punt 107).

²³ Zie in die zin arresten van 26 februari 1987, Consorzio Cooperative d'Abruzzo/Commissie (15/85, EU:C:1987:111, punt 12), en 20 juni 1991, Cargill/Commissie (C-248/89, EU:C:1991:264, punt 20 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

²⁴ Schönberg, S. J., „Legal Certainty and Revocation of Administrative Decisions: A Comparative Study of English, French and EC Law”, *Yearbook of European Law*, deel 19, nr. 1, 1999, blz. 257-298, met name blz. 291. Zie ook Ragnemalm, H., „Confiance légitime et délai raisonnable” in *Mélanges en hommage à Fernand Schockweiler*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1999, blz. 511-522, met name blz. 517 en 518.

²⁵ Arrest van 3 december 2019, Tsjechië/Parlement en Raad (C-482/17, EU:C:2019:1035, punt 153).

102. Dit wordt bevestigd door de verslagen inzake de controle ter plaatse bij Vialto op 12 en 13 april 2016 en de samenvatting daarvan in de punten 52 en 53 van het bestreden arrest, die rekwirante niet betwist. De onderzoekers van OLAF hebben dus inderdaad nauwkeurige, onvoorwaardelijke en onderling overeenstemmende toezeggingen gedaan, maar hierbij moet worden opgemerkt dat de reikwijdte daarvan strikt beperkt was tot de plaats waar de gegevens met behulp van trefwoorden zouden worden verwerkt en het medium dat voor deze indexering en dit zoekproces zou worden gebruikt. De onderzoekers van OLAF hebben op geen enkel moment gesuggereerd dat ze aan de wens van rekwirante zouden voldoen om de gegevens die verband hielden met het betrokken project vooraf te scheiden van de gegevens die daar geen verband mee hielden. Integendeel, uit voornoemde verslagen – die zijn ondertekend door een van de directeuren van Vialto – blijkt duidelijk dat de eerste stap in het proces het maken van digitale forensische kopieën van de harde schijven en voorgeselecteerde mappen op de server zou zijn, waarbij in dit opzicht geen beperkingen waren aangegeven.

103. In deze omstandigheden faalt het argument dat OLAF het gewettigd vertrouwen van Vialto heeft geschonden door het digitaal forensisch onderzoek af te breken na de weigering van Vialto om volledige medewerking te verlenen aan het onderzoek door onder andere te weigeren financiële informatie te verstrekken die relevant was voor het onderzoek. Met de bescherming van het gewettigd vertrouwen wordt immers eenvoudigweg beoogd te waarborgen dat overheidsinstanties hun rechtmatige toezeggingen nakomen en zich overeenkomstig het gewekte vertrouwen gedragen,²⁶ niets meer en niets minder. Wanneer, in voorkomend geval, uitvoering wordt gegeven aan het beginsel van het gewettigd vertrouwen, vormt dit louter de praktische verwezenlijking van de waarborg van behoorlijk bestuur die artikel 41 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: „Handvest”) biedt. In de onderhavige zaak kan dit vertrouwen echter rechtmatig enkel betrekking hebben op het maken van de eerste digitale forensische kopieën in de kantoren van de onderneming, het indexeren en sorteren van gegevens in diezelfde kantoren en het daartoe gebruiken van de apparatuur die Vialto ter beschikking had gesteld.

104. Het Gerecht heeft bijgevolg geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door in punt 118 van het bestreden arrest te oordelen dat Vialto zich niet kan beroepen op een voldoende gekwalificeerde schending van het beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen in de toepassing jegens haar van een afwijkende praktijk, ondanks haar weigering om in te gaan op de verzoeken die overeenkomstig artikel 7, lid 1, van verordening nr. 2185/96 en de richtsnoeren betreffende digitaal forensisch onderzoek door functionarissen van OLAF waren gedaan.

105. Verder is dit punt van het bestreden arrest weliswaar geen toonbeeld van duidelijkheid, maar is het niettemin goed onderbouwd door de verwijzingen naar de voorwaarden voor het beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen en een duidelijke beschrijving van wat we het voorstel van OLAF tot afwijking zouden kunnen noemen. Aangenomen kan dus worden dat het door Vialto ingeroepen argument inzake de bescherming van het gewettigd vertrouwen door het Gerecht is afgewezen omdat Vialto geen nauwkeurige toezeggingen inzake de beperking van het digitaal forensisch onderzoek *sensu stricto* had gekregen.

²⁶ Zie in die zin Gautron, J.-C., „Le principe de protection de la confiance légitime”, in *Le droit de l'Union européenne en principes. Liber amicorum en l'honneur de Jean Raux*, Apogée, Rennes, 2006, blz. 199-218, met name blz. 210.

106. Een ontoereikende motivering op dit punt zou in elk geval geen invloed hebben op de gegrondheid van de afwijzing van het argument door het Gerecht en dus ook niet op het dictum van het bestreden arrest. Het argument inzake ontoereikende motivering moet bijgevolg als niet ter zake dienend worden beschouwd.²⁷

107. Ik ben dan ook van mening dat het tweede middel moet worden verworpen.

C. Derde middel: schending van het recht om te worden gehoord

1. Argumenten van partijen

108. Met haar derde middel brengt rekwirante een aantal argumenten naar voren waarmee wordt opgekomen tegen de redenering van het Gerecht inzake het recht om te worden gehoord.

109. In de eerste plaats zijn de vaststellingen in punt 121 van het bestreden arrest dat rekwirante beweerdelijk door OLAF is gehoord, niet relevant voor het onderzoek van de vraag of haar recht om te worden gehoord door het DG Uitbreiding is geschonden. In de tweede plaats heeft het Gerecht de feiten onjuist opgevat door in de punten 94 en 122 van het bestreden arrest te verklaren dat het door het DG Uitbreiding ingenomen standpunt niet bindend was voor de CFCU. Zoals het Gerecht in punt 93 van het bestreden arrest heeft erkend, blijkt uit het dossier dat het DG een verzoek aan de CFCU had gericht waarbij deze werd verzocht om ten aanzien van Vialto de nodige maatregelen te nemen in verband met de schending door laatstgenoemde van haar contractuele verplichtingen. Een dergelijk verzoek was bindend voor de CFCU. Deze onjuiste opvatting van de feiten heeft geleid tot een onjuiste toepassing van het recht door het Gerecht. Het Gerecht had moeten oordelen dat het DG Uitbreiding verplicht was om Vialto te horen alvorens de CFCU te verzoeken om de nodige, in de betrokken overeenkomst voorziene maatregelen te nemen in verband met de schending door Vialto van haar contractuele verplichtingen. In de derde plaats had het DG Uitbreiding het recht van Vialto om te worden gehoord ook moeten eerbiedigen in het kader van zijn aanbeveling tot opschorting van de uitvoering van de betrokken overeenkomst of het onderdeel van de overeenkomst dat door Vialto werd uitgevoerd. Rekwirante betoogt immers, onder verwijzing naar het arrest van 4 april 2019, OZ/EIB (C-558/17 P, EU:C:2019:289), dat het recht om te worden gehoord ook geëerbiedigd dient te worden als een instelling van de Unie niet-bindende aanbevelingen doet.

110. De Commissie sluit zich aan bij de door het Gerecht gekozen benadering van het recht om te worden gehoord en voert aan dat het derde middel moet worden verworpen.

2. Analyse

111. Met haar derde middel voert rekwirante, verwijzend naar onjuiste rechtsopvattingen en een onjuiste opvatting van de feiten, een aantal argumenten aan waarvan de onderlinge samenhang niet duidelijk is. In wezen worden drie argumenten naar voren gebracht. Ten eerste betwist Vialto de relevantie die het Gerecht bij zijn afweging of het recht van Vialto om te worden gehoord is geschonden door het DG Uitbreiding, heeft toegekend aan het feit dat zij door OLAF was gehoord. Ten tweede stelt zij dat het Gerecht de feiten onjuist heeft opgevat door te oordelen dat het aan de CFCU meegedeelde standpunt van het DG Uitbreiding inzake de ten

²⁷ Zie in die zin arrest van 22 september 2020, Oostenrijk/Commissie (C-594/18 P, EU:C:2020:742, punten 47 en 50).

aanzien van Vialto te nemen maatregelen voor de CFCU niet bindend was, hetgeen tot een onjuiste toepassing van het recht heeft geleid. Ten derde voert Vialto aan dat haar recht om te worden gehoord door het DG Uitbreiding ook is geschonden in het kader van zijn verzoek tot opschorting van de uitvoering van de betrokken overeenkomst of van het onderdeel van de overeenkomst dat door Vialto werd uitgevoerd.

112. Met betrekking tot het tweede argument blijkt uit punt 89 van het bestreden arrest, dat niet wordt betwist, dat het DG Uitbreiding in zijn brief van 13 oktober 2016 de CFCU ervan op de hoogte heeft gesteld dat het van oordeel was dat de weigering van rekwirante om mee te werken aan het onderzoek van OLAF inbreuk maakte op artikel 25, leden 2 en 3, van de algemene voorwaarden, en dat het de CFCU in dit kader verzocht op grond van diezelfde algemene voorwaarden passende maatregelen te nemen in verband met de inbreuk op de overeenkomst. Het DG Uitbreiding voegde er in dat verband aan toe dat de CFCU als een van de concrete mogelijkheden kon overwegen de uitvoering van de betrokken overeenkomst of van het deel dat rekwirante uitvoerde, op te schorten.

113. Zoals rekwirante in haar verzoekschrift erkent, volgt uit voornoemde brief van het DG Uitbreiding van 13 oktober 2016 alsmede uit de brief van de CFCU van 11 november 2016 expliciet dat de Commissie haar *verzocht* passende maatregelen te nemen in verband met de inbreuk op de overeenkomst. Dit is niet zomaar een formulering: deze bewoordingen weerspiegelen de regels die gelden voor overeenkomsten inzake IPA-projecten en de verdeling van de bevoegdheden tussen de interveniërende instanties.

114. De Commissie blijft weliswaar de algemene eindverantwoordelijkheid voor de uitvoering van de algemene begroting dragen, maar de operationele structuur is ervoor verantwoordelijk dat het betrokken programma overeenkomstig het beginsel van goed financieel beheer wordt beheerd en uitgevoerd.²⁸ Het Hof heeft hier in zijn rechtspraak reeds op gewezen: „Overheidsopdrachten die worden toegekend door niet-lidstaten en die in aanmerking komen voor steun uit hoofde van de IPA-regeling blijven, met inachtneming van het beginsel van gedecentraliseerd beheer, nationale overeenkomsten in die zin dat alleen de nationale aanbestedende dienst die verantwoordelijk is voor de realisatie ervan, bevoegd is ze uit te werken, erover te onderhandelen en ze af te sluiten, terwijl de rol van de vertegenwoordigers van de Commissie tijdens die aanbestedingsprocedure beperkt blijft tot de vaststelling, of aan de voorwaarden voor financiering door de Europese Unie is voldaan. Bovendien onderhouden de inschrijvende ondernemingen aan wie de betrokken opdracht wordt gegund alleen rechtsbetrekkingen met de niet-lidstaat die verantwoordelijk is voor de overeenkomst, en kunnen de handelingen van de vertegenwoordigers van de Commissie niet tot gevolg hebben dat een besluit van de Unie in de plaats treedt van een besluit van die niet-lidstaat.”²⁹

115. Gelet op een en ander kan ik niet concluderen dat er sprake is van een onjuiste opvatting van de feiten of van een onjuiste rechtsopvatting in de punten 94 en 122 van het bestreden arrest, waarin het Gerecht heeft geoordeeld dat de beslissing om rekwirante uit te sluiten van de betrokken overeenkomst werd genomen door de CFCU, zonder dat deze gebonden was door een door het DG Uitbreiding ter zake ingenomen standpunt.

²⁸ Zie artikel 10, lid 1, en artikel 28, lid 2, van verordening nr. 718/2007.

²⁹ Beschikking van het Hof van 4 juli 2013, Diadikasia Symvouloi Epicheiriseon/Commissie e.a. (C-520/12 P, niet gepubliceerd, EU:C:2013:457, punt 34 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

116. Ongeacht het ontbreken van een contractuele relatie tussen de Commissie en Vialto, is evenwel nog steeds de vraag aan de orde of de Commissie rekwirante had moeten horen alvorens aanbevelingen te doen aan de CFCU.

117. Volgens artikel 41, lid 2, van het Handvest behelst het recht op behoorlijk bestuur met name, ten eerste, het recht van eenieder om te worden gehoord voordat jegens hem een voor hem nadelige individuele maatregel wordt genomen, ten tweede, het recht van eenieder om inzage te krijgen in het hem betreffende dossier, met inachtneming van het gerechtvaardigde belang van de vertrouwelijkheid en het beroeps- en het zakengeheim, en, ten derde, de plicht van de betrokken diensten om hun beslissingen met redenen te omkleden. In het bijzonder waarborgt het recht om te worden gehoord dat eenieder in staat wordt gesteld naar behoren en daadwerkelijk zijn standpunt kenbaar te maken in het kader van een administratieve procedure en voordat een besluit wordt genomen dat zijn belangen op nadelige wijze kan beïnvloeden.³⁰

118. Ongeacht het feit dat de beslissing om Vialto uit te sluiten van de betrokken overeenkomst is genomen door de CFCU en niet door de Commissie, kan in de onderhavige zaak moeilijk worden volgehouden dat het verzoek van de Commissie aan de CFCU om passende maatregelen in verband met de inbreuk op de betrokken overeenkomst door Vialto te nemen, samen met haar beslissing om het in het kader van die overeenkomst voor de diensten van Vialto betaalde bedrag te beschouwen als niet in aanmerking komend voor financiering uit de EU-begroting, geen beslissing is die nadelig *kan* zijn voor Vialto's belangen in de zin van artikel 41, lid 2, van het Handvest. Het is volkomen duidelijk dat, hoewel de feitelijke beslissing door de CFCU is genomen, de interventie van de Commissie een belangrijke – en misschien zelfs doorslaggevende – stap in het proces is geweest.

119. Verder is het weliswaar onbetwistbaar dat OLAF zijn onderzoeksbevoegdheden in volledige onafhankelijkheid van de Commissie, enige regering, enige andere instelling of instantie of enig ander orgaan uitoefent³¹, maar uit verordening nr. 883/2013 volgt dat OLAF na de beëindiging van zijn onderzoeken uiteindelijk slechts een aanbevelingsbevoegdheid heeft. Volgens artikel 11, lid 1, van deze verordening moet OLAF na afloop van een onderzoek immers een verslag opstellen. Dit verslag dient vergezeld te gaan van aanbevelingen van de directeur-generaal betreffende het al dan niet ondernemen van actie door de instellingen, organen en instanties en door de bevoegde autoriteiten van de betrokken lidstaten. Met betrekking tot externe onderzoeken bepaalt artikel 11, lid 3, van verordening nr. 883/2013 dat verslagen en aanbevelingen moeten worden toegezonden aan de bevoegde autoriteiten van de betrokken lidstaten en, indien noodzakelijk, aan de bevoegde diensten van de Commissie.

120. Binnen dit rechtskader is het derhalve duidelijk dat een persoon op wie of een onderneming waarop een onderzoek van OLAF betrekking heeft, in beginsel moet worden gehoord door zowel OLAF als de instelling, het orgaan of de instantie van de Unie of de bevoegde autoriteit van een lidstaat waaraan het verslag en de aanbevelingen zijn gericht, omdat die instellingen en autoriteiten van de lidstaat uiteindelijk de voor hem of haar nadelige beslissing zullen nemen.³²

³⁰ Zie in die zin arresten van 4 april 2019, OZ/EIB (C-558/17 P, EU:C:2019:289, punten 52 en 53), en 25 juni 2020, SatCen/KF (C-14/19 P, EU:C:2020:492, punten 116 en 117).

³¹ Zie artikel 3 van besluit 1999/352 van de Commissie.

³² Zie naar analogie, in het kader van een procedure waarin aanbevelingen zijn gedaan door een intern comité van een instelling van de Unie, arrest van 4 april 2019, OZ/EIB (C-558/17 P, EU:C:2019:289, punt 56).

121. We mogen echter niet uit het oog verliezen dat, enerzijds, een schending van het recht om te worden gehoord – net als andere rechten van de verdediging – moet worden onderzocht aan de hand van de specifieke omstandigheden van elk geval³³, en, anderzijds, dit specifieke recht een tweeledig doel heeft. Ten eerste dient het om het dossier te onderzoeken en bevordert het als zodanig een behoorlijk bestuur door te waarborgen dat het betrokken bestuursorgaan de feiten zo nauwkeurig en correct mogelijk vaststelt. Ten tweede maakt dit recht het mogelijk om een effectieve bescherming van de betrokkene te waarborgen.³⁴

122. Volgens het Hof heeft de regel dat aan de adressaat van een bezwarend besluit de gelegenheid moet worden gegeven om zijn opmerkingen kenbaar te maken voordat dit besluit wordt genomen, tot doel de bevoegde autoriteit in staat te stellen naar behoren rekening te houden met alle relevante elementen. Deze regel beoogt met name, ter verzekering van de effectieve bescherming van de betrokken persoon of onderneming, hen in staat te stellen om een vergissing te corrigeren of individuele omstandigheden aan te voeren die ervoor pleiten dat het besluit al dan niet wordt genomen, of dat in een bepaalde zin wordt besloten.³⁵

123. In de onderhavige zaak volgt uit het bestreden arrest en het verzoekschrift van Vialto dat de op 13 oktober 2016 aan de CFCU gezonden brief de handeling van de Commissie vormt met betrekking tot welke Vialto van mening is dat zij vóór de vaststelling ervan gehoord had moeten worden.³⁶ In die brief heeft het DG Uitbreiding de CFCU ervan op de hoogte gesteld dat Vialto, ondanks de verplichtingen uit hoofde van artikel 25 van de algemene voorwaarden, OLAF geen toegang had verleend tot de voor zijn onderzoek nodige informatie en zich daarbij beriep op bepaalde geheimhoudingsbedingen en haar eigen uitlegging van de betrokken overeenkomst.

124. Het is juist dat deze feitelijke informatie al in de verslagen van de controle ter plaatse was opgenomen. In dit verband heeft het Gerecht in punt 121 van het bestreden arrest terecht geoordeeld dat rekwirante wel degelijk in de gelegenheid was gesteld om de in die verslagen vervatte elementen te betwisten en opmerkingen ter zake te maken bij brief van 6 mei 2016. Vialto heeft ook, middels haar brief van 23 september 2016, de mogelijkheid gehad om haar opmerkingen in te dienen met betrekking tot de brief van OLAF van 14 september 2016, waarin zij ervan op de hoogte werd gesteld dat zij als betrokkene werd beschouwd in het onderzoek naar corruptie of fraude in het kader van het betrokken project. Nochtans blijkt noch uit het bestreden arrest, noch uit het bij het Hof ingediende dossier, noch uit de antwoorden van de Commissie op de vragen die hierover ter terechtzitting van 10 februari 2021 zijn gesteld, dat het DG Uitbreiding, toen zij de bestreden brief op 13 oktober 2016 aan de CFCU zond, kennis had van die documenten of, a fortiori, van de daarin door rekwirante ontwikkelde argumenten ter verdediging. In deze specifieke omstandigheden ben ik derhalve genoodzaakt te concluderen dat niet kan worden gesteld dat de Commissie, toen zij de CFCU aanschreef met het verzoek bepaalde contractuele maatregelen te nemen, daadwerkelijk de gelegenheid heeft gehad rekening te houden met alle relevante informatie inzake de individuele situatie van Vialto.

³³ Zie in die zin arrest van 25 oktober 2011, Solvay/Commission (C-110/10 P, EU:C:2011:687, punt 63).

³⁴ Zie in die zin arrest van 4 juni 2020, EEAS/De Loecker (C-187/19 P, EU:C:2020:444, punt 69).

³⁵ Zie in die zin arrest van 3 juli 2014, Kamino International Logistics en Datema Hellmann Worldwide Logistics (C-129/13 en C-130/13, EU:C:2014:2041, punt 38).

³⁶ Zie punt 89 van het bestreden arrest en punt 73 van het verzoekschrift in hogere voorziening van Vialto. De twee andere brieven waarnaar in laatstgenoemd punt wordt verwezen zijn geen documenten van de Commissie, maar een brief van 11 november 2016 die de CFCU aan het consortium heeft gezonden, en een brief van 10 januari 2017 die de CFCU aan Vialto heeft gestuurd.

125. Bijgevolg moet de conclusie luiden dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door in punt 122 van het bestreden arrest te oordelen dat Vialto zich niet kon beroepen op een verplichting van de Commissie om haar te horen omdat het besluit tot uitsluiting van Vialto van de betrokken overeenkomst was genomen door de CFCU, en niet door de Commissie.

126. Derhalve ben ik van mening dat het derde middel dat Vialto ter onderbouwing van haar hogere voorziening heeft aangevoerd, moet worden aanvaard voor zover daarbij wordt betoogd dat de Commissie haar recht om te worden gehoord heeft geschonden. De hogere voorziening moet worden toegewezen en het bestreden arrest moet worden vernietigd voor zover daarbij werd geoordeeld dat rekwirante zich niet kon beroepen op een verplichting van de Commissie om haar te horen vóór de vaststelling van het besluit van de CPCU tot uitsluiting van rekwirante van de betrokken overeenkomst.

VII. Beroep bij het Gerecht

127. Volgens artikel 61 van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie vernietigt het Hof de beslissing van het Gerecht in geval van gegrondheid van het verzoek om hogere voorziening en kan het de zaak zelf afdoen wanneer deze in staat van wijzen is.

128. Dit is in casu het geval.

129. Zoals het Gerecht in punt 34 van het bestreden arrest terecht in herinnering heeft gebracht, is voor de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Unie in de zin van artikel 340, tweede alinea, VWEU vereist dat aan een aantal voorwaarden is voldaan, namelijk de onrechtmatigheid van de aan de instelling van de Unie verweten gedraging, het daadwerkelijk bestaan van schade en een causaal verband tussen de gedraging van de instelling en de gestelde schade.³⁷

130. Deze laatste voorwaarde van een causaal verband heeft betrekking op het bestaan van een voldoende direct oorzakelijk verband tussen het gedrag van de instellingen van de Unie en de schade, welk verband door de verzoeker dient te worden bewezen, zodat het verweten gedrag de doorslaggevende oorzaak van de schade moet zijn³⁸

131. Aangezien ik tot de conclusie ben gekomen dat het Gerecht de feiten niet onjuist heeft opgevat en geen blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door de oordelen dat beslissing om rekwirante uit te sluiten van de betrokken overeenkomst is genomen door de CFCU zonder dat deze gebonden was aan een door het DG Uitbreiding ter zake ingenomen standpunt, kan in het licht van het voorgaande niet worden geoordeeld dat het aan de Commissie verweten gedrag de doorslaggevende oorzaak was van de door Vialto gestelde schade.

³⁷ Zie in die zin arresten van 14 oktober 2014, *Giordano/Commissie* (C-611/12 P, EU:C:2014:2282, punt 35), en 5 september 2019, *Europese Unie/Guardian Europe en Guardian Europe/Europese Unie* (C-447/17 P en C-479/17 P, EU:C:2019:672, punt 147).

³⁸ Zie in die zin arresten van 13 december 2018, *Europese Unie/Gascogne Sack Deutschland en Gascogne* (C-138/17 P en C-146/17 P, EU:C:2018:1013, punt 22), en 5 september 2019, *Europese Unie/Guardian Europe en Guardian Europe/Europese Unie* (C-447/17 P en C-479/17 P, EU:C:2019:672, punt 32).

132. Daar het Hof reeds heeft geoordeeld dat een beroep in zijn geheel moet worden verworpen wanneer aan één van de voorwaarden voor de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Unie niet is voldaan, zonder dat de overige voorwaarden voor de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Unie moeten worden onderzocht³⁹, volgt hieruit dat rekwirantes vordering tot schadevergoeding hoe dan ook moet worden verworpen.

VIII. Kosten

133. Artikel 184, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie bepaalt dat, wanneer het Hof bij gegrondheid van de hogere voorziening de zaak zelf afdoet, het Hof over de kosten beslist.

134. Volgens artikel 138, lid 3, van het Reglement voor de procesvoering, dat op grond van artikel 184, lid 1, ervan ook van toepassing is op procedures in hogere voorziening, draagt elk partij haar eigen kosten indien partijen onderscheidenlijk op een of meer punten in het ongelijk worden gesteld. Evenwel kan het Hof, indien dit gelet op de omstandigheden van de zaak gerechtvaardigd voorkomt, beslissen dat een partij behalve in haar eigen kosten ook in een deel van de kosten van de andere partij wordt verwezen.

135. Aangezien het bestreden arrest ten dele dient te worden vernietigd, maar de vordering tot schadevergoeding moet worden verworpen, lijkt het in casu passend om te beslissen dat rekwirante en de Commissie ieder hun eigen kosten in verband met de procedure in eerste aanleg en de hogere voorziening dragen.

IX. Conclusie

136. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging:

- het arrest van het Gerecht van de Europese Unie van 26 juni 2019, Vialto Consulting/Commissie (T-617/17, niet gepubliceerd, EU:T:2019:446), te vernietigen voor zover daarbij werd geoordeeld dat rekwirante zich niet kon beroepen op een verplichting van de Commissie om haar te horen vóór de vaststelling van het besluit van de CPCU tot uitsluiting van rekwirante van de betrokken overeenkomst;
- de hogere voorziening voor het overige af te wijzen;
- het beroep van Vialto Consulting tot vergoeding van de schade die zij beweerdelijk heeft geleden als gevolg van onrechtmatig gedrag van de Europese Commissie en het Europees Bureau voor fraudebestrijding (OLAF) in verband met haar uitsluiting van de dienstverleningsovereenkomst met referentienummer TR2010/0311.01-02/001, te verwerpen;
- Vialto Consulting en de Europese Commissie ieder te verwijzen in hun eigen kosten in verband met de procedure in eerste aanleg en de hogere voorziening.

³⁹ Zie in die zin arrest van 5 september 2019, Europese Unie/Guardian Europe en Guardian Europe/Europese Unie (C-447/17 P en C-479/17 P, EU:C:2019:672, punt 148).