

EHRC 2015/146

Gerecht EU

22 april 2015, T-320/09.

(Kancheva (President)

Wetter

Bieliūnas)

Planet AE Anonymi Etaireia Parochis
Symvouleftikon Ypiresion (hierna: Planet)
tegen
Europese Commissie

Rechtsgrondslag, Recht om te worden
gehoord, Onschuldpresumptie,
Motiveringsplicht, Bescherming van de
financiële belangen van de Europese Unie

[Handvest Grondrechten EU - 48 ; Besluit
2008/969/EG, Euratom]

» Samenvatting

Planet is een Griekse onderneming die op enig moment door OLAF wordt verdacht van onregelmatigheden bij door de EC gefinancierde projecten. Daarom wordt Planet opgenomen in het zogenaamde Early Warning System van OLAF met een zogenaamde W1-waarschuwing. Dit EWS-systeem is een intern systeem van OLAF, maar heeft in dit geval wel effecten gegenereerd, in die zin dat extra voorwaarden zijn gesteld aan de bankrekeningen waarop de EC gelden kon overmaken. Planet klaagt erover dat onvoldoende grondslag bestond voor het nemen van deze kwalificatiebeslissingen en dat de procedurele rechten hierbij onvoldoende in acht zijn genomen. Het Gerecht stelt vast dat de gevolgen van de EWS-kwalificaties per waarschuwing verschillen, maar dat toch niet kan worden gezegd dat het gaat om louter interne maatregelen die geen rechtsgevolgen sorteren voor de betrokken ondernemingen. Bij het opleggen van deze maatregelen kan sprake zijn van een aantasting van de onschuldpresumptie zoals die in art. 48 Hv

is vastgelegd, nu daarbij nog geen schuld is vastgesteld door een rechter. Dat vergt dat in het bijzonder een toereikende grondslag bestaat en de waarschuwingen voldoen aan eisen van proportionaliteit en noodzakelijkheid. Nu een voldoende specifieke grondslag in het EU-recht ontbreekt, moeten de waarschuwingen hier nietig worden verklaard. Dat geldt eveneens omdat ook verder de procedurele waarborgen niet in acht zijn genomen, nu Planet niet op de hoogte is gesteld van het feit dat de waarschuwing in het register van OLAF is opgenomen, en dus al helemaal niet is gehoord daarover, en bovendien de waarschuwing niet is gemotiveerd.

[beslissing/besluit](#)

» Uitspraak

Voorgeschiedenis van het geding

1. Verzoekster, Planet AE Anonymi Etaireia Parochis Symvouleftikon Ypiresion, is een Griekse vennootschap die advies inzake ondernemingsbeheer verstrekt. Sinds 2006 is zij als lid van drie consortiums betrokken bij drie door de Europese Commissie gefinancierde projecten in Syrië. Sinds 16 oktober 2007 loopt tegen haar met name een onderzoek van het Europees Bureau voor fraudebestrijding (OLAF) over vermoedens van onregelmatigheden in het kader van deze drie projecten.

2. Na een aanbestedingsprocedure in het kader van het zevende kaderprogramma voor onderzoek en technologische ontwikkeling is verzoekster door de Commissie bij brief van 18 april 2008 uitgenodigd tot onderhandelingen over de vaststelling van de definitieve voorwaarden van een subsidieovereenkomst betreffende haar voorstel de rol van coördinator te spelen van een consortium betreffende het project “Advancing knowledge – intensive entrepreneurship and innovation for growth and social well-being in Europe”. De brief

van de Commissie vermeldde dat de eventuele subsidie van de Europese Gemeenschap het bedrag van 3 300 000 EUR niet kon overschrijden en de onderhandelingen vóór 30 juni 2008 moesten zijn afgesloten.

3. Het OLAF verzocht in de loop van het in punt 1 hierboven vermelde onderzoek om verzoeksters registratie in het systeem voor vroegtijdige waarschuwing (Early Warning System; hierna: “EWS”), dat is ingesteld bij besluit 2008/969/EG, Euratom van de Commissie van 16 december 2008 betreffende het EWS dat door de ordonnateurs van de Commissie en de uitvoerende agentschappen kan worden gebruikt (PB L 344, blz. 125). Het verzocht op 26 februari 2009 om activering van een W1a waarschuwing en op 19 mei 2009 om activering van een W1b waarschuwing. De registraties zijn op 10 maart en 25 mei 2009 verricht (hierna samen: “bestreden handelingen”).

4. Op 27 februari 2009 heeft de Commissie verzoekster de onderhandelde subsidieovereenkomst (hierna: “overeenkomst”) gestuurd voor ondertekening door laatstgenoemde en de andere leden van het consortium waartoe zij behoorde. Op 11 maart 2009 heeft verzoekster de Commissie de ondertekende overeenkomst teruggestuurd voor ondertekening door deze laatste.

5. Op 4 juni 2009 deelde de Commissie verzoekster per e-mail mee dat de procedure van ondertekening van de overeenkomst was opgeschort totdat was voldaan aan een extra voorwaarde, namelijk de opening door verzoekster van een geblokkeerde bankrekening waardoor zij alleen beschikte over het haar toekomende gedeelte van het voorschot in het kader van de overeenkomst, terwijl de bank de overige consortiumleden de rest van het voorschot rechtstreeks zou betalen. De e-mail wees erop dat deze nieuwe voorwaarde het gevolg was van een

onverwachte gebeurtenis, namelijk verzoeksters registratie in het EWS respectievelijk de activering van de W1a-waarschuwing en vervolgens van de W1b-waarschuwing.

6. Nadat verzoeksters bank verzoekster had beloofd om vanaf de ontvangst van het door de Commissie uit te keren voorschot elk consortiumlid het hem toekomende bedrag over te maken, heeft de Commissie de overeenkomst op 3 juli 2009 ondertekend.

Procedure en conclusies van partijen

7. Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 14 augustus 2009, heeft verzoekster het onderhavige beroep ingesteld.

8. Bij ter griffie van het Gerecht op 9 november 2009 neergelegde afzonderlijke akte heeft de Commissie krachtens artikel 114, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht een exceptie van niet ontvankelijkheid opgeworpen.

9. Bij beschikking van 13 april 2011, Planet/Commissie (T 320/09, Jurispr., EU:T:2011:172), heeft het Gerecht (Zesde kamer) de exceptie van niet-ontvankelijkheid verworpen.

10. Bij maatregel tot organisatie van de procesgang van 19 april 2011 heeft het Gerecht de Commissie verzocht zich uit te spreken over de rechtsgrondslag van haar bevoegdheid om met name de maatregelen te nemen waarin besluit 2008/969 voorziet. De Commissie heeft binnen de gestelde termijn aan dit verzoek voldaan. Verzoeksters opmerkingen zijn op 28 juni 2011 ingekomen ter griffie van het Gerecht.

11. Het verzoekschrift is op 27 mei 2011 ter griffie van het Gerecht neergelegd.

12. Bij beschikking van de president van de Zesde kamer van het Gerecht van 12 juli 2011 is de procedure in de onderhavige zaak op verzoek van de Commissie opgeschort in afwachting van de eindbeslissing van het Hof op de onder nummer C 314/11 P ingeschreven hogere voorziening van de Commissie tegen de beschikking Planet/Commissie, punt 9 supra (EU:T:2011:172).

13. Bij arrest van 19 december 2012, Commissie/Planet (C 314/11 P, Jurispr., EU:C:2012:823), is de hogere voorziening tegen de beschikking Planet/Commissie, punt 9 supra (EU:T:2011:172), afgewezen. Nadien is de procedure voor het Gerecht hervat.

14. Op 19 februari 2013 heeft de Commissie een verzoek om afdoening zonder beslissing ingediend, aangezien de bevoegde diensten van de Commissie op verzoek van het OLAF de waarschuwing over verzoekster hadden verwijderd, zodat het beroep zonder voorwerp was geraakt.

15. De memorie van repliek is op 20 februari 2013 neergelegd ter griffie van het Gerecht.

16. Bij beschikking van het Gerecht (Zesde kamer) van 18 juli 2013 is het verzoek om afdoening zonder beslissing gevoegd met de zaak ten gronde.

17. Bij brief van 22 juli 2013 heeft de Commissie ervan afgezien om een memorie van dupliek in te dienen en in plaats daarvan heeft zij de mededeling van een van haar leden over bepaalde voorlopige maatregelen voor de toepassing van het EWS doen toekomen. Volgens de Commissie heeft dat document betrekking op de voorlopige maatregelen om gevolg te geven aan het arrest Commissie/Planet, punt 13 supra (EU:C:2012:823), zolang besluit 2008/969 niet “definitief is gewijzigd”.

18. Bij de gedeeltelijke vervanging van de leden van het Gerecht is de rechter-rapporteur toegevoegd aan de Achtste kamer, waarnaar de onderhavige zaak dan ook is verwezen.

19. Omdat de president van de kamer verhinderd was, heeft de president van het Gerecht volgens de in artikel 6 van het Reglement voor de procesvoering neergelegde rangorde een rechter aangewezen ter vervanging, en overeenkomstig artikel 32, lid 3, van het Reglement voor de procesvoering een andere rechter aangewezen ter aanvulling van de kamer.

20. Op 29 januari 2014 heeft verzoekster om een maatregel tot organisatie van de procesgang op grond van artikel 64 van het Reglement voor de procesvoering verzocht opdat de Commissie een termijn zou worden gesteld om het nieuwe besluit betreffende het EWS in te dienen ter bekendmaking in het *Publicatieblad van de Europese Unie*.

21. Op rapport van de rechter-rapporteur heeft het Gerecht (Achtste kamer) besloten tot de mondelinge behandeling over te gaan.

22. Verzoekster en de Commissie zijn ter terechtzitting van 26 september 2014 in hun pleidooien en hun antwoorden op de mondelinge vragen van het Gerecht gehoord.

23. Verzoekster concludeert dat het het Gerecht behage:

- de bestreden handelingen nietig te verklaren;
- het verzoek om afdoening zonder beslissing af te wijzen, en
- de Commissie te verwijzen in de kosten.

24. De Commissie concludeert dat het het Gerecht behage:

- vast te stellen dat niet meer hoeft te worden beslist op het beroep;
- het beroep ongegrond te verklaren, en
- verzoekster te verwijzen in de kosten.

In rechte

Verzoek om afdoening zonder beslissing

25. De Commissie voert aan dat haar bevoegde diensten na het arrest van het Hof, Commissie/Planet, punt 13 supra (EU:C:2012:823), op verzoek van het OLAF de waarschuwingen over verzoekster hebben verwijderd. Aangezien de gebruikers van het EWS niet langer voor verzoekster worden gewaarschuwd en de bestreden waarschuwingen derhalve niet langer bestaan, is de Commissie van mening dat het beroep zonder voorwerp is geraakt.

26. Verzoekster betwist dat het beroep zonder voorwerp is geraakt. In dit verband voert zij in de eerste plaats aan dat de vraag naar de rechtsgrondslag van de bevoegdheid van de Commissie om de in besluit 2008/969 vervatte maatregelen te nemen, nog steeds het voorwerp van het geschil vormt en nog steeds actueel is, aangezien in het arrest Commissie/Planet, punt 13 supra (EU:C:2012:823), hierover geen uitspraak is gedaan. In de tweede plaats voert verzoekster aan dat zij, ook al heeft de Commissie de registratie in het EWS verwijderd (verwijdering ex nunc), nog steeds een procesbelang heeft en een belang heeft bij de vaststelling dat de registratie wegens het ontbreken van een rechtsgrondslag en derhalve omdat de Commissie onbevoegd is, ab initio (ex tunc) nietig is, dat wil zeggen vanaf de datum van de waarschuwing. Het is immers niet uitgesloten dat de Commissie na de

afdoening zonder beslissing “opnieuw op de proppen komt” en om dezelfde redenen opnieuw tot de registratie overgaat.

27. Het procesbelang van een verzoeker moet, gelet op het voorwerp van het beroep, op straffe van niet-ontvankelijkheid bestaan in het stadium van de instelling van het beroep. Dit voorwerp van het geding moet, evenals het procesbelang, op straffe van afdoening zonder beslissing blijven bestaan tot aan de rechterlijke beslissing, hetgeen onderstelt dat de uitkomst van het beroep in het voordeel kan zijn van de partij die het heeft ingesteld. Indien het procesbelang van de verzoeker in de loop van het geding verdwijnt, kan een uitspraak van het Gerecht ten gronde hem evenwel geen voordeel opleveren (arresten van 7 juni 2007, Wunenburger/Commissie, C 362/05 P, Jurispr., EU:C:2007:322, punten 42 en 43, en 10 april 2013, GRP Security/Rekenkamer, T 87/11, EU:T:2013:161, punt 45).

28. Uit de rechtspraak van het Hof volgt echter dat verzoekster een belang kan behouden bij een vordering tot nietigverklaring van een handeling van een instelling van de Europese Unie om te voorkomen dat de onwettigheid die aan die handeling zou kleven, zich in de toekomst weer voordoet (zie arrest Wunenburger/Commissie, punt 27 supra, EU:C:2007:322, punt 50 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Voorts kan een verzoeker een belang behouden om nietigverklaring te vorderen van een handeling die hem rechtstreeks raakt, teneinde van de rechter van de Unie de vaststelling van een jegens hem begane onrechtmatigheid te verkrijgen, zodat deze vaststelling als grondslag kan dienen voor een eventueel beroep tot schadevergoeding waarmee de door de bestreden handeling berokkende schade passend kan worden vergoed (zie arrest GRP Security/Rekenkamer, punt 27 supra, EU:T:2013:161, punt 47 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

29. Gelet op die rechtspraak moet worden onderzocht of verzoekster een concreet voordeel kan halen uit de procedure voor het Gerecht.

30. De opheffing van een handeling van een instelling van de Unie houdt geen erkenning van de onrechtmatigheid ervan in en werkt ex nunc, in tegenstelling tot een arrest houdende nietigverklaring, krachtens hetwelk de handeling met terugwerkende kracht uit de rechtsorde wordt verwijderd en geacht wordt nooit te hebben bestaan (zie in die zin arrest van 6 juni 2013, *Ayadi/Commissie*, C 183/12 P, EU:C:2013:369, punt 66). Indien de Commissie onbevoegd is of het beroep om andere redenen moet worden toegewezen, is verzoeksters registratie in casu dus ab initio nietig.

31. In casu moet worden voorkomen dat door de instellingen vastgestelde handelingen die beperkte gevolgen in de tijd hebben en die buiten werking treden nadat een beroep tot nietigverklaring is ingesteld maar vóórdat het Gerecht het desbetreffende arrest heeft kunnen uitspreken, aan elk rechterlijk toezicht ontsnappen, aangezien een dergelijke situatie onverenigbaar met de geest van artikel 263 VWEU is (arrest van 18 maart 2009, *Shanghai Excell M&E Enterprise en Shanghai Adepteck Precision/Raad*, T 299/05, Jurispr., EU:T:2009:72, punten 56 en 57).

32. Ook al is verzoeksters registratie in het EWS verwijderd (verwijdering ex nunc), uit de hierboven aangehaalde rechtspraak volgt voorts dat verzoekster een procesbelang heeft, met name omdat verzoeksters registratie schade kon toebrengen aan haar imago en alleen een nietigverklaring dit kan verhelpen en als grondslag kan dienen voor een eventueel beroep tot schadevergoeding. Om die redenen moet het verzoek om afdoening zonder beslissing worden afgewezen.

Bevoegdheid van de Commissie om de betrokken maatregelen te nemen

33. Tot staving van het beroep voert verzoekster twee middelen aan. Het eerste middel betreft in wezen schending van de wezenlijke vormvoorschriften van besluit 2008/969 en het tweede middel betreft schending van de algemene beginselen en fundamentele rechten van het Unierecht, met name van het beginsel van behoorlijk bestuur, het recht om te worden gehoord, de rechten van de verdediging en de motiveringsplicht.

34. In de beschikking *Planet/Commissie*, punt 9 supra (EU:T:2011:172), heeft het Gerecht vastgesteld dat besluit 2008/969, waarop de bestreden handelingen berusten, niet verwees naar enige bepaling van primair of afgeleid recht die de Commissie uitdrukkelijk de bevoegdheid verleende een gegevensbank te creëren, te gebruiken of te beheren over natuurlijke of rechtspersonen die worden vermoed een gevaar voor de financiële belangen van de Unie op te leveren.

35. Voorts is de onbevoegdheid van de instelling die de bestreden handeling heeft vastgesteld volgens vaste rechtspraak een middel tot nietigverklaring van openbare orde dat ambtshalve door de rechter van de Unie in aanmerking moet worden genomen, ook al heeft geen van de partijen hierom verzocht (zie in die zin arresten van 17 december 1959, *Société des fonderies de Pont-à-Mousson/Hoge Autoriteit*, 14/59, Jurispr., EU:C:1959:31, blz. 473; 10 mei 1960, *Duitsland/Hoge Autoriteit*, 19/58, Jurispr., EU:C:1960:19, blz. 488, en 13 juli 2000, *Salzgitter/Commissie*, C 210/98 P, Jurispr., EU:C:2000:397, punt 56). De rechter van de Unie is weliswaar niet verplicht ambtshalve de onbevoegdheid op te werpen van de instelling die de handeling heeft vastgesteld op basis waarvan de bestreden handeling is vastgesteld, maar het is mogelijk dat hij ertoe wordt gebracht om dat te doen. Dit

kan het geval zijn op grond van de gegevens in het dossier of in geval van een kennelijk gebrek, met andere woorden wanneer de rechter van de Unie het gebrek gemakkelijk kan ontdekken en als zodanig identificeren (zie in die zin conclusie van advocaat generaal Mengozzi in de zaak Common Market Fertilizers/Commissie, C 443/05 P, Jurispr., EU:C:2007:127, punt 104).

36. Gezien het procesverloop en de gegevens in het dossier en in het licht van de vaststelling in punt 40 van de beschikking Planet/Commissie, punt 9 supra (EU:T:2011:172), rijst in casu de vraag of er een rechtsgrondslag bestaat op grond waarvan de Commissie bevoegd is om de in besluit 2008/969 vervatte maatregelen te nemen.

37. Alvorens de twee middelen te onderzoeken, moet derhalve eerst de bevoegdheid van de Commissie om besluit 2008/969 vast te stellen en bijgevolg om de bestreden handelingen te stellen, worden onderzocht.

38. Daaromtrent heeft de Commissie onder verwijzing naar artikel 27 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, zoals gewijzigd (PB L 248, blz. 1; hierna: “Financieel Reglement”), aangevoerd dat dit besluit was vastgesteld op grond van het beginsel van goed financieel beheer en voor de toepassing van dat beginsel. Volgens de Commissie delegeert zij, als enige instelling en oorspronkelijke ordonnateur, overeenkomstig de artikelen 51 en 59, lid 2, van het Financieel Reglement aan haar diensten en binnen die diensten bevoegdheden tot uitvoering van de begroting door gedelegeerde of gesubdelegeerde ordonnateurs. Voor die delegatie gelden de in de toepasselijke interne voorschriften gestelde

voorwaarden. Zij wijst er voorts op dat dit besluit als zodanig is gebaseerd op het voornaamste voorrecht van alle instellingen en institutionele organen om de interne organisatie van hun diensten zelfstandig te regelen.

39. Verzoekster betwist de argumenten van de Commissie. Noch op grond van het primaire recht noch op grond van het afgeleide recht is de Commissie bevoegd om een gegevensbank over entiteiten te creëren, te gebruiken of te beheren op de enkele grond dat zij worden vermoed een gevaar voor de financiële belangen van de Unie op te leveren. Het in artikel 27 van het Financieel Reglement neergelegde beginsel van goed financieel beheer vormt een doelstelling en kan niet de rechtsgrondslag vormen voor de registraties in het EWS.

40. De budgettaire verantwoordelijkheid van de Commissie is gebaseerd op artikel 274 EG. Volgens dat artikel voert de Commissie de begroting van de Unie overeenkomstig de bepalingen van het ter uitvoering van artikel 279 EG vastgestelde reglement uit onder haar eigen verantwoordelijkheid, binnen de grenzen der toegekende kredieten en met het beginsel van goed financieel beheer.

41. Het Financieel Reglement geeft de beginselen en de basisregels voor de begroting van de Unie weer, met name het beginsel van goed financieel beheer. Het bevat voorts de voorschriften voor het plaatsen van opdrachten, waaronder de redenen om een gegadigde of een inschrijver uit te sluiten, en het opzetten van een centrale gegevensbank waarin nadere gegevens betreffende die personen worden opgenomen.

42. Artikel 93, lid 1, van het Financieel Reglement ziet met name op de uitsluiting van deelname aan een overheidsopdracht in geval van een faillissement, een vereffening, een veroordeling bij een rechterlijke beslissing met kracht van

gewijsde voor een delict dat de beroepsmoraliteit in het gedrang brengt, fraude of corruptie en in geval van niet betaling van de socialezekerheidsbijdragen of belastingen. Artikel 94 van dat reglement ziet op de uitsluiting van de gunning van een opdracht in geval van een belangenconflict of valse verklaringen bij deelname aan de aanbesteding, en op de gevallen van uitsluiting als bedoeld in artikel 93, lid 1, van het Financieel Reglement. Artikel 96 van het Financieel Reglement ziet op administratieve of financiële sancties die de aanbestedende dienst kan opleggen aan gegadigden of inschrijvers in het geval van valse verklaringen als bedoeld in artikel 94 van dat reglement en aan contractanten die ernstig in gebreke zijn gesteld wegens niet-nakoming van hun verplichtingen uit hoofde van uit de begroting gefinancierde opdrachten.

43. Artikel 95, lid 1, van het Financieel Reglement luidt:

“Er wordt een centrale gegevensbank opgericht die wordt beheerd door de Commissie, met inachtneming van de communautaire voorschriften inzake de bescherming van persoonsgegevens. De gegevensbank bevat gegevens over de kandidaten en de inschrijvers die zich in een van de in artikel 93, artikel 94 en artikel 96, lid 1, onder b), en lid 2, onder a), bedoelde situaties bevinden. Het gaat om een gezamenlijke gegevensbank van de instellingen, de uitvoerende agentschappen en de in artikel 185 bedoelde organen.”

44. De centrale gegevensbank van uitsluitingen waarvan sprake is in artikel 95 van het Financieel Reglement, is opgezet bij verordening (EG, Euratom) nr. 1302/2008 van de Commissie van 17 december 2008 over de centrale gegevensbank van uitsluitingen (PB L 344, blz. 12). De gegevensbank wordt beheerd door de rekenplichtige van de Commissie of diens ondergeschikte personeelsleden

(artikel 4 van verordening nr. 1302/2008). Die verordening bepaalt voorts door welke entiteit, op welke wijze en onder welke voorwaarden toegang wordt verleend tot de gegevens in de gegevensbank van uitsluitingen (artikel 5 van verordening nr. 1302/2008).

45. Ter bestrijding van fraude en andere illegale activiteiten die de financiële belangen van de Unie schaden, heeft de Commissie op 16 december 2008 voorts besluit 2008/969 betreffende het EWS vastgesteld. Dat besluit vervangt besluit C(2004) 193/3 van de Commissie over het EWS.

46. Volgens overweging 4 van besluit 2008/969 “[heeft] [h]et EWS [...] ten doel de uitwisseling te verzekeren, binnen de Commissie en haar uitvoerende agentschappen, van vertrouwelijke informatie over derden die de financiële belangen en reputatie van de Gemeenschappen of alle andere door de Gemeenschappen beheerde middelen zouden kunnen schaden”.

47. Volgens de overwegingen 5 tot en met 7 van besluit 2008/969 is het OLAF, dat voor zijn onderzoekstaak en informatieverzamelingsstaak met het oog op fraudepreventie toegang heeft tot het EWS, samen met de bevoegde ordonnateurs en de diensten Interne audit verantwoordelijk voor de verzoeken tot registratie, wijziging of verwijdering van waarschuwingen in het EWS, dat door de rekenplichtige van de Commissie of diens ondergeschikte personeelsleden wordt beheerd.

48. In dit verband bepaalt artikel 4, lid 1, tweede alinea, van besluit 2008/969 dat de “rekenplichtige [van de Commissie of diens ondergeschikte personeelsleden] [...] EWS-waarschuwingen [invoeren], wijzig[en] of [deze] verwijder[en] [...] op verzoek van de bevoegde gedelegeerde ordonnateur, het OLAF en de dienst Interne audit [...]”.

49. Ingevolge artikel 5, lid 1, eerste alinea, van dat besluit “[worden] [a]lle verzoeken tot registratie, wijziging of verwijdering van waarschuwingen [...] gericht aan de rekenplichtige”.

50. Volgens artikel 6, lid 2, derde alinea, van dat besluit “[controleert] [b]ij procedures voor het plaatsen van opdrachten of het verlenen van subsidies [...] de bevoegde gedelegeerde ordonnateur, of diens personeel, vóór het besluit tot gunning of het EWS een waarschuwing bevat”.

51. Uit artikel 9 van besluit 2008/969 volgt dat het EWS op waarschuwingen berust tot identificatie van het risiconiveau van een entiteit op basis van categorieën gaande van W1 voor het laagste risiconiveau tot W5 voor het hoogste risiconiveau.

52. In de artikelen 10 tot en met 14 van besluit 2008/969 worden de waarschuwingen omschreven. Zo betekent een W1a-waarschuwing dat er in een vroeg stadium van de OLAF onderzoeken voldoende redenen zijn om aan te nemen dat er wellicht vaststellingen in verband met fraude of ernstige administratieve fouten in het EWS zullen worden geregistreerd. Voorts betekent een W1b-waarschuwing dat de lopende onderzoeken van het OLAF en van de dienst Interne audit voldoende redenen verschaffen om aan te nemen dat er wellicht definitieve vaststellingen in verband met ernstige administratieve fouten of fraude in het EWS zullen worden geregistreerd. Een W2 waarschuwing betekent dat ernstige administratieve fouten of fraude zijn vastgesteld. Een W3 waarschuwing betekent dat de rekenplichtige in bepaalde omstandigheden een kennisgeving betreffende een beslagleggingsbevel heeft ontvangen of dat er een gerechtelijke procedure wegens ernstige administratieve fouten of fraude loopt. Een W4 waarschuwing betekent dat de Commissie een invorderingsopdracht heeft gegeven die

een bepaald bedrag overschrijdt en waarvan de betalingstermijn aanmerkelijk is overschreden. Ten slotte worden W5 waarschuwingen opgenomen voor personen die zijn uitgesloten wegens uitsluitingswaarschuwingen als bedoeld in artikel 10, leden 1 tot en met 3, van verordening nr. 1302/2008 (W5a waarschuwing) of omdat voor die personen financiële beperkingen in verband met het gemeenschappelijk buitenlands en veiligheidsbeleid (GBVB) gelden (W5b waarschuwing) (artikel 14, leden 1 en 2, van besluit 2008/969).

53. De artikelen 10 tot en met 14 van besluit 2008/969 bepalen voorts de duur dat een waarschuwing van kracht blijft. Die duur varieert naargelang van de betrokken waarschuwing.

54. De gevolgen van de registraties in het EWS verschillen naar gelang van de categorie waarschuwing. Die gevolgen, die zijn vermeld in de artikelen 16 tot en met 22 van besluit 2008/969, variëren van een W1 waarschuwing, die uitsluitend ter informatie wordt geregistreerd en waaraan als enige gevolg verscherping van het toezicht kan worden verbonden, tot een W5 waarschuwing, die leidt tot uitsluiting van procedures voor het plaatsen van opdrachten en het verlenen van subsidies, met betrekking tot procedures voor het plaatsen van opdrachten en het verlenen van subsidies, of bijvoorbeeld tot opschorting van betalingen, van de uitvoering van de opdracht of van een subsidie, met betrekking tot bestaande opdrachten of subsidies, en het rechtstreeks of indirect blokkeren van tegoeden en economische middelen in de context van het GBVB. W2, W3b en W4 waarschuwingen kunnen, naast de verscherping van het toezicht, tot gevolg hebben dat de bevoegde gedelegeerde ordonnateur de opdracht aan een andere inschrijver gunt of de procedure afsluit zonder een opdracht te plaatsen. In het geval van een lopende opdracht kan de

gedelegeerde ordonnateur de betalingstermijn opschorten, de uitvoering van de opdracht opschorten of de opdracht stopzetten, indien de betrokken overeenkomst in die mogelijkheid voorziet.

55. Volgens artikel 14, lid 3, van besluit 2008/969 bestaat er een verplichting om derden te informeren over een registratie in het EWS en om hen in de gelegenheid te stellen om schriftelijk hun standpunt uiteen te zetten. Die verplichting is beperkt tot de W5a waarschuwing, dus tot situaties waarin de bevoegde gedelegeerde ordonnateur voornemens is een derde uit te sluiten op grond van artikel 93, lid 1, onder a) tot en met e), van het Financieel Reglement.

56. Artikel 27 van besluit 2008/969 bepaalt dat dit besluit ter informatie wordt bekendgemaakt in het *Publicatieblad van de Europese Unie* en dat het wordt gehecht aan de interne regels betreffende de uitvoering van de algemene begroting van de Unie.

57. In casu zij er allereerst aan herinnerd dat volgens artikel 5 EG en het beginsel van bevoegdheidsverlening iedere instelling binnen de grenzen van de haar door het Verdrag verleende bevoegdheden dient te handelen. Het rechtszekerheidsbeginsel vereist immers dat elke handeling die beoogt rechtsgevolgen teweeg te brengen, haar bindende kracht ontleent aan een bepaling van Unierecht die expliciet als rechtsgrondslag wordt vermeld (arresten van 16 juni 1993, Frankrijk/Commissie, C 325/91, Jurispr., EU:C:1993:245, punt 26, en 17 september 2007, Frankrijk/Commissie, T 240/04, Jurispr., EU:T:2007:290, punt 31).

58. Noch uit artikel 274 EG noch uit het Financieel Reglement volgt dat de Commissie over de uitdrukkelijke bevoegdheid beschikt om een besluit als besluit 2008/969 vast te stellen.

59. De Commissie voert krachtens artikel 274 EG weliswaar de begroting van de Unie uit overeenkomstig de bepalingen van het reglement dat is vastgesteld ter uitvoering van artikel 279 EG, volgens welk artikel de gewone wetgevingsprocedure moet worden gevolgd. Het Financieel Reglement, met als rechtsgrondslag artikel 279 EG, vermeldt echter geen systeem als het EWS. Zoals reeds opgemerkt in punt 43 hierboven, voorziet dat reglement alleen in de oprichting van een centrale gegevensbank van verplichte uitsluitingen.

60. In dit verband moet worden opgemerkt dat op grond van het Unierecht evenmin tot het bestaan van een impliciete bevoegdheid kan worden geconcludeerd. Uit de rechtspraak blijkt immers dat het bestaan van een impliciete bevoegdheid, die een afwijking van het in artikel 5 EG neergelegde beginsel van bevoegdheidsverlening vormt, restrictief moet worden beoordeeld. Dergelijke impliciete bevoegdheden worden door de rechtspraak slechts bij wijze van uitzondering erkend en hiertoe is vereist dat zij noodzakelijk zijn om de bepalingen van het Verdrag of van de betrokken basisverordening een nuttig effect te geven (zie arrest van 17 november 2009, MTZ Polyfilms/Raad, T 143/06, Jurispr., EU:T:2009:441, punt 47 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

61. Ook al kan een waarschuwingssysteem een nuttig instrument zijn voor de uitoefening door de Commissie van haar taken als hoedster en uitvoerster van de begroting van de Unie, in casu heeft de Commissie niet betoogd noch aangetoond dat het EWS voldoet aan de in het vorige punt vermelde voorwaarde om tot het bestaan van een impliciete bevoegdheid te kunnen concluderen.

62. De Commissie heeft immers alleen aangevoerd dat het om een maatregel van interne organisatie ging, waarvan de

vaststelling een voorrecht van alle instellingen van de Unie was. De Commissie is weliswaar bevoegd om overeenkomstig de door haar aangevoerde artikelen 51 en 59, lid 2, van het Financieel Reglement haar interne werking te organiseren om een zo efficiënt mogelijke werking te waarborgen, maar dat neemt niet weg dat haar bevoegdheid tot zelfregulering beperkt is tot de haar toegekende bevoegdheden.

63. Bovendien moet in dit verband worden opgemerkt dat interne maatregelen in beginsel slechts binnen de administratie zelf gevolgen hebben en geen rechten of verplichtingen voor derden doen ontstaan (zie arrest Frankrijk/Commissie, punt 57 supra, EU:T:2007:290, punt 43 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en conclusie van advocaat generaal Tesauro in de zaak Frankrijk/Commissie, C 366/88, EU:C:1990:304, punt 22). In casu beoogt besluit 2008/969 duidelijk externe rechtsgevolgen teweeg te brengen. Het feit dat de betrokken ambtenaren het EWS moeten raadplegen en gelet op de registraties in dat systeem bepaalde conclusies moeten trekken alsook de bekendmaking van besluit 2008/969 in het *Publicatieblad van de Europese Unie*, vormen belangrijke aanwijzingen in dat verband.

64. Voorts heeft de wetgever van de Unie een rechtsgrondslag voor uitsluitingswaarschuwingen geschapen, maar heeft hij het niet passend geacht dat voor de overige waarschuwingen in besluit 2008/969 te doen. Anders dan W5 waarschuwingen, die op objectieve en, in zekere mate, bewezen gegevens steunen, is de registratie van een W1a of W1b waarschuwing bovendien het gevolg van een OLAF onderzoek, hoewel nog geen vaststellingen in verband met fraude of administratieve fouten zijn gedaan. Ten slotte kan, zoals in casu is aangetoond, ontegenzeggelijk sprake zijn van bindende gevolgen.

65. Overigens kan het adagium *qui potest majus potest et minus* niet worden aanvaard zonder de fundamentele rechten, waaronder het vermoeden van onschuld, te schenden.

66. Het vermoeden van onschuld zoals neergelegd in artikel 48, lid 1, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, dat overeenkomt met artikel 6, leden 2 en 3, van het op 4 november 1950 te Rome ondertekende Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, beoogt eenieder te garanderen dat hij niet als schuldig aan een strafbaar feit wordt aangewezen of behandeld voordat zijn schuld in rechte is komen vast te staan.

67. Anders dan uitsluitingswaarschuwingen (zie punten 43 en 65 hierboven) hebben W1a en W1b waarschuwingen ontegenzeggelijk betrekking op een situatie waarin nog onderzoeken lopen en waarin een rechter dus nog geen dergelijke schuld heeft vastgesteld. Bijgevolg heeft de Commissie, indien zij het noodzakelijk acht om in een vroeg stadium preventieve maatregelen te nemen, in het bijzonder om die reden, een rechtsgrondslag nodig op grond waarvan een dergelijk waarschuwingssysteem kan worden opgezet en desbetreffende maatregelen kunnen worden genomen. Dat waarschuwingssysteem moet in overeenstemming zijn met de rechten van de verdediging, het evenredigheidsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel. Volgens dit laatste beginsel moeten de gevolgen van rechtsregels duidelijk, precies en voorspelbaar zijn, in het bijzonder wanneer die regels nadelig kunnen werken voor particulieren en ondernemingen.

68. Derhalve bestaat er voor de uitsluitingswaarschuwingen als bedoeld in artikel 93, te weten de W5a waarschuwing, en artikel 94, te weten de W1d waarschuwing, van het Financieel Reglement, een rechtsgrondslag, namelijk

artikel 95 van het Financieel Reglement. Voorts kan de rechtsgrondslag voor de W5b waarschuwing worden gevormd door een in de context van het GBVB vastgestelde verordening of uitvoeringshandeling. Voor de W1a en W1b waarschuwingen en de overige waarschuwingen, te weten de W1c en W2 tot en met W4 waarschuwingen, en de gevolgen ervan, kan echter niet naar een rechtsgrondslag worden verwezen. Besluit 2008/969 verwijst niet naar enige bepaling van primair of afgeleid recht die de Commissie uitdrukkelijk de bevoegdheid verleent een gegevensbank te creëren, te gebruiken of te beheren over natuurlijke of rechtspersonen die worden vermoed een gevaar voor de financiële belangen van de Unie op te leveren. Dat besluit 2008/969 op algemene wijze naar het Financieel Reglement verwijst, zonder echter een specifiek artikel te noemen, volstaat in dit verband niet.

69. Dat de Commissie, om beter aan de uit de fundamentele rechten voortvloeiende eisen te voldoen, haar praktijk, zolang besluit 2008/969 niet formeel is “gewijzigd” (zie punt 17 hierboven), voorlopig aldus heeft aangepast dat entiteiten waarvoor om registratie van een waarschuwing van categorie W1 tot en met W4 is verzocht, thans de mogelijkheid hebben om hun standpunt uiteen te zetten, namelijk om vóór de registratie van de waarschuwing schriftelijke opmerkingen in te dienen, laat de vaststelling in punt 68 hierboven onverlet.

70. Bij ontstentenis van een specifieke bepaling waarbij de Commissie wordt gemachtigd om een dergelijk besluit vast te stellen, had de Commissie, indien de vaststelling van een dergelijke handeling noodzakelijk of nuttig bleek, derhalve de procedure van artikel 279 EG moeten volgen. Zij had met andere woorden bij het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie een voorstel moeten indienen om de noodzakelijke

rechtsgrondslag te scheppen. Ter terechtzitting heeft de Commissie voorts erop gewezen dat zij recentelijk bij de wetgever van de Unie een voorstel had ingediend om het Financieel Reglement in die zin te wijzigen.

71. Bij ontstentenis van een rechtsgrondslag voor de vaststelling door de Commissie van besluit 2008/969 bestaat voor de bestreden handelingen, die op basis van dat besluit zijn vastgesteld, derhalve evenmin een rechtsgrondslag, zodat zij nietig moeten worden verklaard.

Tweede middel

72. Ook al zou de Commissie bevoegd zijn om besluit 2008/969 vast te stellen, het Gerecht is in ieder geval van oordeel dat de bestreden handelingen op grond van het tweede middel nietig moeten worden verklaard.

73. Met dat middel stelt verzoekster schending van de fundamentele rechten, zoals het beginsel van behoorlijk bestuur, het recht om vooraf te worden gehoord, het recht van verweer en het vermoeden van onschuld. Voorts stelt zij schending van de motiveringsplicht.

74. Meer in het bijzonder bekritiseert verzoekster het feit dat zij haar opmerkingen over de bezwarende maatregelen met bindende werking niet kenbaar heeft kunnen maken doordat de Commissie haar in strijd met artikel 8 van besluit 2008/969, het recht om vooraf te worden gehoord en het vermoeden van onschuld niet naar behoren en tijdig in kennis heeft gesteld.

75. De Commissie betwist de gestelde schending van de fundamentele rechten. Voorts is zij van mening dat verzoekster goed wist waarom zij in het EWS was geregistreerd en uit alle feitelijke omstandigheden en de haar meegedeelde documenten kon afleiden waarom zij

volgens de Commissie met een zekere terughoudendheid moest worden benaderd.

76. In dit verband zij eraan herinnerd dat uit vaste rechtspraak volgt dat de eerbiediging van de rechten van de verdediging in iedere procedure tegen iemand die tot een bezwarend besluit kan leiden, is te beschouwen als een grondbeginsel van gemeenschapsrecht, dat zelfs bij ontbreken van iedere regeling inzake de betrokken procedure in acht moet worden genomen (zie arresten van 13 februari 1979, Hoffmann-La Roche/Commissie, 85/76, Jurispr., EU:C:1979:36, punten 9 en 11, en 1 oktober 2009, Foshan Shunde Yongjian Housewares & Hardware/Raad, C 141/08 P, Jurispr., EU:C:2009:598, punt 83 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

77. Voorts zij eraan herinnerd dat de verplichting om een bezwarende handeling te motiveren, die een logisch gevolg is van het beginsel van eerbiediging van de rechten van de verdediging, volgens vaste rechtspraak ertoe dient enerzijds de betrokkene voldoende gegevens te verschaffen om na te gaan of de handeling gegrond is dan wel een gebrek vertoont op grond waarvan de geldigheid ervan voor de rechter van de Unie kan worden betwist, en anderzijds de rechter van de Unie in staat te stellen de rechtmatigheid van die handeling te toetsen (arresten van 2 oktober 2003, Corus UK/Commissie, C 199/99 P, Jurispr., EU:C:2003:531, punt 145; 28 juni 2005, Dansk Rørindustri e.a./Commissie, C 189/02 P, C 202/02 P, C 205/02 P–C 208/02 P en C 213/02 P, Jurispr., EU:C:2005:408, punt 462, en 29 september 2011, Elf Aquitaine/Commissie, C 521/09 P, Jurispr., EU:C:2011:620, punt 148).

78. De door artikel 253 EG vereiste motivering moet evenwel beantwoorden aan de aard van de betrokken handeling en aan de context waarin zij is vastgesteld. Het motiveringsvereiste moet worden beoordeeld aan de hand van de

omstandigheden van het geval, met name de inhoud van de handeling, de aard van de redengeving en het belang dat de adressaten of andere personen die door de handeling rechtstreeks en individueel worden geraakt, bij een toelichting kunnen hebben. Het is niet noodzakelijk dat alle relevante feitelijke en juridische omstandigheden in de motivering worden gespecificeerd, aangezien bij de vraag of de motivering van een handeling aan de vereisten voldoet, niet alleen acht moet worden geslagen op de bewoordingen ervan, doch ook op de context en op het geheel van rechtsregels die de betrokken materie beheersen (arrest van 2 april 1998, Commissie/Sytraval en Brink's France, C 367/95 P, Jurispr., EU:C:1998:154, punt 63; arrest Elf Aquitaine/Commissie, punt 78 supra, EU:C:2011:620, punt 150, en arrest van 15 november 2012, Al Aqsa/Raad en Nederland/Al-Aqsa, C 539/10 P en C 550/10 P, Jurispr., EU:C:2012:711, punten 139 en 140).

79. In casu zijn de bestreden handelingen niet aan verzoekster meegedeeld. Dientengevolge heeft verzoekster niet de mogelijkheid gehad om haar opmerkingen dienaangaande kenbaar te maken en heeft zij evenmin kennis gehad van de redenen voor haar registratie in het EWS.

80. Artikel 8, lid 1, van besluit 2008/969 vermeldt weliswaar dat derden, zoals gegadigden, inschrijvers, leveranciers, dienstverleners en hun respectieve subcontractanten, in oproepen tot het indienen van blijken van belangstelling en oproepen tot het indienen van voorstellen en, wanneer er geen oproepen worden gedaan, vóór het gunnen van opdrachten of het verlenen van subsidies wordt meegedeeld dat hun gegevens in het EWS kunnen worden opgenomen en dat wanneer derden juridische entiteiten zijn, de personen met vertegenwoordigings-, beslissings- of controlebevoegdheid ten aanzien van deze entiteiten ook worden geïnformeerd. Die mededeling van de

bevoegde gedelegeerde ordonnateur dat gegevens in het EWS kunnen worden opgenomen, heeft echter slechts betrekking op een mogelijkheid en houdt geen verplichting in om de betrokken derde op de hoogte te brengen bij de werkelijke registratie in het EWS.

81. Artikel 8, lid 2, van besluit 2008/969 bepaalt dat de dienst die om registratie van een waarschuwing verzoekt, de betrokken natuurlijke of rechtspersoon informeert over het verzoek tot het activeren, bijwerken of verwijderen van W5a uitsluitingswaarschuwingen die het subject rechtstreeks aangaan en de redenen hiervoor vermeldt. Die verplichting om de betrokken persoon te informeren gaat gepaard met het uit artikel 14, lid 3, van dat besluit voortvloeiende recht van die persoon om zijn opmerkingen over de uitsluitingswaarschuwing kenbaar te maken.

82. De artikelen 8, lid 2, en 14, lid 3, van besluit 2008/969 zijn immers de enige bepalingen die het recht om geïnformeerd te worden over een registratie in het EWS vermelden. Voor de overige waarschuwingen is niet voorzien in een dergelijk recht om vooraf te worden geïnformeerd en om zijn opmerkingen kenbaar te maken.

83. Volgens de in punt 76 hierboven aangehaalde rechtspraak moeten de rechten van de verdediging echter steeds worden gewaarborgd, zelfs bij ontbreken van iedere regeling inzake de betrokken procedure. Hetzelfde geldt voor de motiveringsplicht.

84. In dit verband zij opgemerkt dat het feit dat het OLAF verzoekster bij brief van 6 februari 2009 in kennis heeft gesteld van de ingestelde onderzoeken en van de redenen daarvoor, op zich niet volstaat en niet betekent dat verzoekster niet had moeten worden geïnformeerd over de bestreden handelingen overeenkomstig besluit 2008/969.

85. Volgens besluit 2008/969 kan een onderzoek voor het OLAF inderdaad een reden zijn om om de registratie van een persoon in het EWS te verzoeken. Uit artikel 10 van dat besluit volgt dat het OLAF om een dergelijke activering van een W1a waarschuwing verzoekt wanneer zijn onderzoeken in een vroeg stadium voldoende redenen verschaffen om aan te nemen dat er wellicht vaststellingen in verband met ernstige administratieve fouten of fraude in het EWS zullen worden geregistreerd. In casu staat vast dat verzoekster pas op 6 februari 2009 ervan op de hoogte is gebracht dat tegen haar onderzoeken liepen en dat als onderdeel van die onderzoeken in de periode van 22 tot en met 26 februari 2009 een controle ter plaatse was gepland. De Commissie kan zich derhalve niet alleen op die door het OLAF in die onderzoeken aan verzoekster verstrekte informatie baseren en in wezen betogen dat verzoekster uit de betrokken omstandigheden en documenten kon “afleiden” waarom zij aan toezichtsmaatregelen was onderworpen. Uit het aan het Gerecht overgelegde dossier blijkt overigens evenmin dat het OLAF verzoekster erop heeft gewezen dat die onderzoeken ook tot een verzoek konden leiden om haar in het EWS te registreren.

86. Voorts is verzoekster noch voor noch na haar registratie in het EWS geïnformeerd. Ook al is het doel de begroting van de Unie met voorzorgsmaatregelen te beschermen, dat rechtvaardigt geenszins dat verzuim om informatie te verstrekken. Verzoekster heeft haar registratie in het EWS slechts toevallig ontdekt, namelijk doordat de Commissie het contractuele proces heeft opgeschort en een aanvullende zekerheid heeft geëist voor het project “Advancing knowledge – intensive entrepreneurship and innovation for growth and social well-being in Europe”.

87. Ook al zou het EWS als intern instrument zijn ingesteld, dit neemt niet

weg dat de registratie in het EWS rechtsgevolgen heeft voor de betrokken geregistreerde persoon, wat betekent dat de rechten van de verdediging, met inbegrip van de motiveringsplicht, moeten worden geëerbiedigd.

88. Derhalve moet het middel inzake ontoereikende motivering en schending van de rechten van de verdediging worden toegewezen en moeten de bestreden handelingen op dezelfde grondslag nietig worden verklaard, zonder dat op het eerste middel van het beroep hoeft te worden geantwoord en zonder dat hoeft te worden beslist op het in punt 20 hierboven genoemde verzoek om een maatregel tot organisatie van de procesgang.

Kosten

89. Volgens artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dit is gevorderd. Aangezien de Commissie in het ongelijk is gesteld, moet zij worden verwezen in haar eigen kosten en in die van verzoekster.

Het Gerecht (Achtste kamer),

rechtdoende, verklaart:

1) De besluiten van het Europees Bureau voor fraudebestrijding (OLAF) waarbij is verzocht om de registratie van Planet AE Anonymi Etaireia Parochis Symvouleftikon Ypiresion in het systeem voor vroegtijdige waarschuwing (EWS) en de besluiten van de Europese Commissie tot activering van een W1a- en een W1b waarschuwing over die vennootschap, worden nietig verklaard.

2) De Commissie wordt verwezen in de kosten.

» Noot

1. De bescherming van de financiële belangen van de Europese Unie is een terrein van gedeelde competentie tussen de lidstaten en de Unie. De meest zichtbare manier waarop de Unie deze bevoegdheid uitvoert, is door middel van administratieve onderzoeken die plaatsvinden door OLAF. Dit fraudebestrijdingsbureau is formeel een onderdeel van de Europese Commissie, maar is onafhankelijk in zijn onderzoek naar onregelmatigheden en fraude die de financiële belangen van de Europese Unie aantasten. Dit onderzoek vindt plaats op grond van Verordening (EU, Euratom) nr. 883/2013, die in de plaats is gekomen van de twee verordeningen uit 1999 die voorheen van kracht waren. Het onderzoek van OLAF is louter administratief van aard: wanneer het van mening is dat een geval van fraude zo ernstig is dat er strafrechtelijke sancties zouden moeten worden opgelegd, dient het een rapport op te maken en dit in te sturen naar het Openbaar Ministerie van de lidstaat die het meest in aanmerking komt om vervolging in te stellen. Hoewel OLAF formeel geen opsporingsbevoegdheden mag toepassen, beschikt het wel over ingrijpende bevoegdheden in het kader van de administratieve onderzoeken die het uitvoert. Deze bevoegdheden zijn deels terug te vinden in de hierboven genoemde verordening, en deels in Verordening (EG, Euratom) nr. 2988/95 betreffende de bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen, aangevuld met Verordening (Euratom, EG) nr. 2185/96, die specifiek handelt over controles en verificaties ter plaatse.

2. Wanneer in het kader van een administratief onderzoek door OLAF een vermoeden ontstaat van fraude of ernstige administratieve fouten, dan kan de ‘derde’ jogens wie dat vermoeden is gerezen, worden geregistreerd in het zogenoemde ‘Early Warning System’ (ingesteld bij Besluit van de Commissie van 16 december 2008 betreffende het systeem voor vroegtijdige waarschuwing dat door de

ordonnateurs van de Commissie en de uitvoerende agentschappen kan worden gebruikt (2008/969/EG, Euratom)). Dit systeem dient ertoe, om in een vroegtijdig stadium aan de Europese Commissie en relevante EU-agentschappen informatie te verstrekken met betrekking tot deze derden. Zodoende kan er bij (met name) beslissingen op subsidieaanvragen rekening worden gehouden met geregistreerde waarschuwingen.

3. Registratie van waarschuwingen vindt plaats in verschillende hoofdcategorieën die worden aangeduid als W1 tot en met W5. Voor alle W1-waarschuwingen (de waarschuwingen die relevant zijn voor de onderhavige zaak) geldt dat tot registratie wordt overgegaan ‘wanneer informatie voldoende redenen bevat om aan te nemen dat er wellicht vaststellingen in verband met fraude of ernstige administratieve fouten zullen worden geregistreerd, of wanneer er voorzorgsmaatregelen geboden zijn naar aanleiding van de uitsluiting van een derde overeenkomstig artikel 94 van het Financieel Reglement’ (art. 9 Besluit 2008/969/EG, Euratom). W1-waarschuwingen worden verder onderverdeeld in W1a tot en met W1d-waarschuwingen (art. 10 Besluit 2008/969/EG, Euratom). Voor deze zaak zijn W1a en W1b-waarschuwingen relevant. Voor W1a-waarschuwingen geldt dat deze kunnen worden aangevraagd wanneer de onderzoeken van OLAF ‘in een vroeg stadium voldoende redenen verschaffen om aan te nemen dat er wellicht vaststellingen in verband met ernstige administratieve fouten of fraude zullen worden geregistreerd met betrekking tot derden, vooral wanneer die derden communautaire middelen ontvangen of hebben ontvangen’. Voor een W1b-waarschuwing geldt een iets zwaarder criterium. OLAF kan deze aanvragen wanneer zijn ‘onderzoeken voldoende redenen verschaffen om aan te nemen dat er wellicht definitieve vaststellingen in verband met ernstige administratieve

fouten of fraude zullen worden geregistreerd met betrekking tot derden, vooral wanneer die derden communautaire middelen ontvangen of hebben ontvangen’. De verschillen tussen beide waarschuwingen zitten hem er dus in dat W1a-waarschuwingen in een vroeg stadium van het onderzoek worden gedaan, terwijl W1b-waarschuwingen worden gedaan wanneer er waarschijnlijk definitieve vaststellingen zullen worden gedaan. Het gevolg van een W1-waarschuwing is tamelijk beperkt: daaraan kan alleen een verscherping van het toezicht worden verbonden en bijvoorbeeld geen negatieve beslissing met betrekking tot de gunning van een opdracht (art. 16 Besluit 2008/969/EG, Euratom). Deze waarschuwingen blijven ook slechts gedurende zes maanden van kracht (art. 10 lid 5 Besluit 2008/969/EG, Euratom).

4. Tegen Planet was in 2007 door OLAF een onderzoek geopend op grond van vermoedens van onregelmatigheden bij drie door de Europese Commissie gefinancierde projecten in Syrië. In 2008 startten er subsidieonderhandelingen tussen Planet en de Commissie in het kader van een nieuw project. Terwijl die onderhandelingen liepen verzocht OLAF in het lopende onderzoek om registratie van waarschuwingen ten aanzien van Planet. Dit betrof eerst, op 26 februari 2009, een verzoek voor een W1a-waarschuwing. Enkele maanden later, op 19 mei 2009, verzocht OLAF om een W1b-waarschuwing. De registratie van de waarschuwingen vond respectievelijk op 10 maart en 25 mei 2009 plaats. De subsidieonderhandelingen bevonden zich inmiddels in de fase dat er onder de subsidieovereenkomst nog slechts handtekeningen moesten worden gezet door de Commissie, Planet en de andere leden van het consortium dat de aanvraag had ingediend. Deze procedure werd door de Commissie op 4 juni 2009 opgeschort, toen zij een e-mail stuurde aan Planet met de mededeling dat Planet eerst een

geblokkeerde bankrekening zou moeten openen, waar door de Commissie het voorschot zou kunnen worden gestort dat in het kader van de subsidieovereenkomst moest worden uitbetaald. Aan de andere leden van het consortium zou het voorschot rechtstreeks worden overgemaakt. De e-mail van de Commissie aan Planet vermeldde dat de reden voor deze extra voorzorgsmaatregel gelegen was in het feit dat ten aanzien van Planet een W1a- en een W1b-waarschuwing waren geregistreerd. Pas op dat moment werd voor Planet duidelijk dat de waarschuwingen geregistreerd waren, en klaarblijkelijk een gevolg bleken te hebben gehad op het verloop van de procedure voorafgaand aan de subsidieovereenkomst.

5. Planet stelde beroep in bij het Gerecht tegen de besluiten van OLAF om te verzoeken om de registratie van de twee waarschuwingen nietig te verklaren. Daarbij speelt nog een ontvankelijkheidsvraag, omdat de Commissie de W1a- en W1b-waarschuwingen voorafgaand aan de behandeling door het Gerecht heeft ingetrokken. Het Gerecht is echter van mening dat Planet wel belang heeft bij de behandeling van het beroep, omdat nietigverklaring van de OLAF-besluiten terugwerkende kracht bezit in tegenstelling tot de intrekking daarvan, en bovendien dat moet worden voorkomen dat door intrekking van een besluit het rechterlijk toezicht daarop onmogelijk wordt gemaakt. Daarom verwierp het de exceptie van niet-ontvankelijkheid.

6. In het eerste middel stelt Planet dat er geen rechtsgrondslag bestaat waarop de Commissie Besluit 2008/969/EG, Euratom kon vaststellen en daarmee een systeem van vroegtijdige waarschuwing in het leven roepen waarmee het de financiële belangen van de Unie beschermt. Aan het verweer van de Commissie, dat art. 274 EG een voldoende rechtsgrondslag biedt om in het kader van het uitvoeren van de EU-

begroting een dergelijk systeem op te zetten, gaat het Gerecht voorbij. Daarin is geen uitdrukkelijke bevoegdheid vermeld om dit systeem op te zetten, en die is tevens niet vermeld in het Financieel Reglement (Verordening (EG, Euratom) nr. 1605/2002) dat de Raad op grondslag van art. 279 EG heeft opgesteld. De Commissie heeft zich niet op het standpunt gesteld dat het nuttig effect dat aan het Verdrag of het Financieel Reglement zou moeten worden gegeven een impliciete bevoegdheidsgrondslag zou meebrengen voor het 'Early Warning System'.

7. De Commissie stelde zich op het standpunt dat het systeem van vroegtijdige waarschuwing slechts een maatregel van interne organisatie zou betreffen, waarvoor geldt dat het nemen van een dergelijke maatregel een voorrecht is van elke instelling van de Unie. Dit argument wordt door het Gerecht verworpen. Besluit 2008/969/EG, Euratom brengt volgens het Gerecht duidelijk externe effecten teweeg. Dat is alleen al gelegen in het feit dat betrokken ambtenaren het systeem dienen te raadplegen en hun conclusies dienen te trekken op grond van de registratie van derden in het systeem. Externe effecten zijn daarom duidelijk aanwezig, op grond waarvan moeilijk kan worden volgehouden dat er sprake is van een maatregel van interne organisatie.

8. Een meer fundamenteel punt betreft de omstandigheid dat W1-waarschuwingen worden gegeven naar aanleiding van gerezen vermoedens. In verband daarmee brengt de onschuldpresumptie volgens het Gerecht mee, dat er een rechtsgrondslag nodig is om een waarschuwingssysteem op te zetten en op grond daarvan maatregelen te nemen. Voor sommige van de waarschuwingen bestaat er rechtsgrondslag, zoals voor de W5-waarschuwingen die gebaseerd zijn op besluiten in het kader van het Gemeenschappelijk Buitenlands- en Veiligheidsbeleid of op de uitsluitingen

waarin art. 93 van het Financieel Reglement voorziet. Volgens het Gerecht mag niet uit het bestaan van een rechtsgrondslag voor deze vergaande waarschuwingen worden afgeleid dat er ook een rechtsgrondslag bestaat voor de mindere bevoegdheid, in dit geval het registreren van een W1-waarschuwing. Deze behelzen immers een beperking van de onschuldpresumptie nu ze in de onderzoeksfase een waarschuwing laten uitgaan naar de Commissie en relevante andere agentschappen. Het Gerecht acht blijkbaar (punt 66) de waarschuwingen een beperking van art. 48 Handvest en art. 6, lid 2 en 3 EVRM. Vertrekkend vanuit die gedachte is het logisch om op grond van art. 52 lid 1 Handvest te verlangen dat voor een beperking van de onschuldpresumptie een wettelijke grondslag nodig is, en daarom een rechtsgrondslag te verlangen voor Besluit 2008/969/EG, Euratom. Dat volgt volgens het Gerecht ook uit het beginsel van rechtszekerheid.

9. Het is mijns inziens echter wel de vraag of de onderhavige maatregel onder de reikwijdte van art. 48 Handvest valt, nu het gezien de administratieve aard van OLAF-onderzoeken niet buiten kijf staat dat met het registreren van een waarschuwing ook een vervolging is ingesteld. Het Hof van Justitie stelt aan die conclusie behoorlijk hoge eisen, die ook meebrengen dat in de context van de terugvordering van ten onrechte verkregen subsidies, of de uitsluiting van subsidie-instrumenten voor de toekomst, niet snel sprake zal zijn van een *criminal charge* die de toepasselijkheid van art. 48 Handvest met zich meebrengt (*Bonda*, HvJ EU 5 juni 2012, zaak C-489/10, «EHRC» 2012/163 m.nt. Van Bockel). Daar staat tegenover dat Verordening 883/2013 (EU, Euratom) in art. 9 bepaalt dat OLAF bij al zijn onderzoeken de onschuldpresumptie in acht neemt. De verordening stelt die eis dus in ieder geval wel. Dat in aanmerking genomen, is het nog wel de vraag of de registratie van een waarschuwing op zich al

inbreuk maakt op de onschuldpresumptie. Daarbij moet in aanmerking worden genomen dat voor registratie van een waarschuwing vereist is dat er een zekere verdenkingsgraad bestaat jegens de derde: er moeten voldoende redenen zijn om aan te nemen dat er wellicht (definitieve) vaststellingen zullen worden geregistreerd. Die verdenkingsgraad is weliswaar vrij licht, maar lijkt me eigenlijk voldoende om tot de eveneens vrij lichte maatregel van een W1a- of W1b-waarschuwing over te gaan. Eventueel zou de procedure op dit punt kunnen worden verzwaard. Momenteel is een voorstel van de Commissie aanhangig om Verordening 883/2013 (EU, Euratom) te wijzigen en daarin een nieuwe functionaris toe te voegen: de ‘controller of procedural guarantees’, ruwweg te vergelijken met een rechter-commissaris belast met strafzaken. Het Commissievoorstel zou kunnen worden aangevuld met de mogelijkheid voor betrokkenen om deze functionaris te benaderen met een klacht over de registratie van een waarschuwing. De ‘controller of procedural guarantees’ zou in zo’n geval kunnen bezien of OLAF in redelijkheid tot het oordeel kon komen dat er inderdaad voldoende redenen bestonden om aan te nemen dat er wellicht (definitieve) vaststellingen zouden worden geregistreerd. Een dergelijke rol is slechts denkbaar wanneer de betrokkene op de hoogte is van de registratie, een probleem dat in het tweede middel aan de orde werd gesteld.

10. In dat tweede middel stelt Planet dat de Commissie fundamentele rechten heeft geschonden, zoals het beginsel van behoorlijk bestuur, het recht om te worden gehoord, het recht van verweer en het vermoeden van onschuld. Verder voert Planet aan dat de motiveringsplicht is geschonden. Hiervan bespreekt het Gerecht vooral het recht om te worden gehoord en de motiveringsplicht. De rechten van de verdediging behelzen volgens het Gerecht een grondbeginsel van gemeenschapsrecht,

dat altijd in acht moet worden genomen bij procedures die tot een bezwarend besluit kunnen leiden. Eveneens volgens vaste rechtspraak dient de motiveringsplicht er volgens het Gerecht toe, de betrokkene in staat te stellen te verifiëren of een hem aangaande handeling op de juiste gronden is genomen en de rechter in staat te stellen de rechtmatigheid van de handeling te toetsen. De omvang van de motiveringsplicht is sterk afhankelijk van de aard van de handeling, de context waarin die is vastgesteld, de omstandigheden van het geval, de inhoud van de handeling, de aard van de redengeving en het belang dat de betrokkene of anderen die door de handeling worden geraakt hebben bij een toelichting.

11. Het Gerecht constateert dat Besluit 2008/969/EG, Euratom slechts ten aanzien van W5a-waarschuwingen bepaalt dat de derde wordt geïnformeerd over de registratie (art. 8 lid 2 en 14 lid 3 van het Besluit). Ten aanzien van de andere waarschuwingen is niet voorzien in een verplichting om de derde voorafgaand aan de registratie te informeren, dan wel hem in de gelegenheid te stellen zijn zienswijze mee te delen. In de onderhavige zaak had de Commissie weliswaar Planet op de hoogte gesteld van het lopende onderzoek, maar daarin niet medegedeeld dat zou worden overgegaan tot het registreren van één of meer waarschuwingen in het 'Early Warning System'. Het feit dat Planet op de hoogte raakte van de waarschuwing doordat aanvullende toezichtmaatregelen werden genomen in het kader van andere subsidieaanvraag, onderstreept haar stelling dat de rechten van de verdediging moeten worden gewaarborgd vanwege het bezwarende karakter van de registratie van waarschuwingen: die registratie heeft duidelijk externe gevolgen, in dit geval een door de Commissie genomen aanvullende maatregel. De stelling van de Commissie, dat Planet uit haar mededelingen, alsmede uit de mededeling dat een controle ter

plaats was aangekondigd, zou kunnen afleiden dat tevens een waarschuwing zou worden geregistreerd, is volgens het Gerecht onvoldoende om te voldoen aan de motiveringsplicht. Het Gerecht is daarom van oordeel dat het feit dat Planet nooit is geïnformeerd over het registreren van de waarschuwingen een schending oplevert van de rechten van de verdediging (meer in het bijzonder het recht om te worden gehoord) en de motiveringsplicht.

12. Opmerkelijk is wel dat het Gerecht bij de beoordeling van het tweede middel in het geheel niet refereert aan art. 41, lid 2 onder a, Handvest, wat het recht om te worden gehoord beschermt. Bij de beoordeling van het eerste middel leek het Gerecht juist sterk te leunen op art. 48 Handvest. Ook ten aanzien van het recht om te worden geoord geldt echter dat Verordening 883/2013 (EU, Euratom) zelfstandige voorzieningen kent. OLAF is verplicht een persoon in de gelegenheid te stellen zijn zienswijze kenbaar te maken, wanneer het administratieve onderzoek is afgerond en er ten aanzien van die persoon conclusies worden getrokken (art. 9 lid 4). Daartoe moet hem een samenvatting van de feiten worden gezonden. Overigens kan OLAF kiezen tussen een mondelinge en een schriftelijke behandeling. Het meest opvallende aan deze regeling is het moment in de procedure waarop de hoorplicht ontstaat: na afronding van het onderzoek. Die bepaling gaat duidelijk veel minder ver dan de verplichting die het Gerecht in de onderhavige zaak aanvaardde: voorafgaand aan een bezwarende maatregel tijdens een lopend onderzoek. De beoordeling van het tweede middel had daarom heel anders kunnen uitvallen wanneer het Gerecht ervoor zou hebben gekozen om deze te plaatsen in het licht van art. 41 Handvest en niet van de algemene beginselen van Unierecht. In dat geval zou het Gerecht echter wel de lastige vraag moeten beantwoorden of art. 9 van Verordening 883/2013 (EU, Euratom) wellicht een gerechtvaardigde beperking is van art. 41

Handvest (op grond van de criteria van art. 52 lid 1 Handvest). De wettelijke grondslag voor de beperking is duidelijk voor handen, maar hoe zit het met de vraag of de beperkte hoorplicht van de OLAF-verordening ook de wezenlijke inhoud van het verdedigingsrecht eerbiedigt? Er kunnen zowel argumenten voor een bevestigend als voor een ontkennend antwoord worden gegeven (zie J. Inghelram, 'Procedural Guarantees in OLAF Investigations: Reflections on the Impact of the Charter of Fundamental Rights of the EU', nog te verschijnen). Het lijkt me echter wel duidelijk dat de bescherming van de financiële belangen van de Unie een door de Unie erkende doelstelling van algemeen belang is. Of de beperking van het recht om te worden gehoord noodzakelijk is om dat doel te bereiken staat niet helemaal buiten kijf, lijkt mij. Het Hof van Justitie lijkt vrij kritisch te staan tegenover al te vergaande hoorplichten: in de zaak-*Radu* kwam het vrij gemakkelijk tot de conclusie dat het horen van betrokkene het noodzakelijke verrassingseffect dat een Europees Aanhoudingsbevel moet bezitten kan doorkruisen (*Radu*, HvJ EU 29 januari 2013, zaak C-396/11). Als het noodzakelijk is voor een goed functioneren van de afhandeling van subsidieaanvragen dat de daarmee belaste autoriteiten snel op de hoogte worden gesteld van gerezen verdenkingen, dan zal het oordeel zijn dat de beperking van een hoorplicht gerechtvaardigd is. Of het Hof van Justitie zich daarover zal kunnen uitlaten moet nog worden afgewacht.

W. Geelhoed,