RAPPORT TER TERECHTZITTING in zaak 114/86 *

I — Feiten

In het kader van de tweede ACS-EEG-Overeenkomst van Lomé (hierna: Lomé II), ondertekend te Lomé op 31 oktober 1979 en goedgekeurd bij verordening (EEG) nr. 3225/80 van 25 november 1980 van de Raad (PB 1980, L 347, blz. 1), verschaffen de Europese Gemeenschap en haar Lid-Staten financiële en technische bijstand aan bepaalde ontwikkelingslanden (aangeduid als „de groep van staten in Afrika, het Caribische gebied en de Stille Oceaan, of ACS-staten"). Deze bijstand wordt gefinancierd uit de middelen van het vijfde Europese Ontwikkelingsfonds (hierna: EOF), ingesteld bij het intern akkoord van 1979 betreffende de financiering en het beheer van de steun van de Gemeenschap (PB 1980, L 347, blz. 210).

Deze zaak betreft de gunning van dienstverrrichtingscontracten krachtens hoofdstuk 10 van titel VII van Lomé II. Hoewel Lomé II afliep op 28 februari 1985, zijn verschillende bepalingen, waaronder titel VII betreffende financiële en technische samenwerking, van kracht gebleven na 28 februari 1985 ingevolge een aantal verordeningen van de Raad, waaronder als meest recente verordening nr. 690/86 van 3 maart 1986 (PB 1986, L 63, blz. 1). Voor zover deze bepalingen van Lomé II van kracht blijven, blijft het voor de uitvoering daarvan in het leven geroepen vijfde EOF eveneens in stand. Het intern akkoord van 1979 bepaalt, dat het EOF van kracht blijft voor zover dit nodig is voor de volledige uitvoering van alle uit hoofde van de Overeenkomst gefinancierde verrichtingen (artikel 31), alsmede dat de overgebleven middelen van eerdere ontwikkelingsfondsen verder worden beheerd als in de desbetreffende interne akkoorden bepaald en in overeenstemming met de op 1 maart 1980 geldende regeling (artikel 30). Evenzo bepaalt artikel 110, lid 1 sub c, van Lomé II, dat hetgeen eventueel in het Fonds resteert na afloop van het laatste toepassingsjaar van de Overeenkomst, geheel volgens de voorwaarden van Lomé II zal worden gebruikt.

De gunning van dienstverrichtingscontracten wordt geregeld in hoofdstuk 10 van titel VII. Ingevolge artikel 140, lid 1, wordt een dienstverrichtingscontract aangegaan „met technische of adviesbureaus, raadgevende ingenieurs of deskundigen die onder meer worden gekozen op grond van hun beroepskwalificaties en praktische ervaring bij het oplossen van de zich voordoende problemen".

Artikel 142, leden 1 en 2, van Lomé II bepaalt, dat „de regels ter zake van de gunning van dienstverleningscontracten bij besluit van de Raad van Ministers worden vastgesteld; tot aan de inwerkingtreding van dit besluit zijn evenwel de artikelen 24 tot en met 27 van Protocol nr. 2, alsmede de gemeenschappelijke verklaring ad artikel 26 van genoemd Protocol, zoals weergegeven in de Slotakte bij de onderhavige Overeenkomst, van toepassing". Aangezien de Raad van Ministers geen besluit heeft genomen over de regels ter zake van de gunning van

* Procestaal: Engels.

dienstverrichtingscontracten, wordt in de artikelen 24 en 25 van Protocol nr. 2 beschreven hoe de Commissie moet optreden.

Artikel 24:

„De contracten voor technische samenwerking worden onderhands gesloten. Sommige contracten kunnen na inschrijving worden gesloten, met name voor belangrijke studies met een bijzonder ingewikkeld en technisch karakter, wanneer het om redenen van technische, economische of financiële aard gewettigd is van deze procedure gebruik te maken."

Artikel 25:

„1. Voor elke actie op het gebied van de technische samenwerking die aanleiding geeft tot een onderhandse procedure stelt de Commissie een beperkte lijst op van de gegadigden uit de Lid-Staten en/of de ACS-staten, gekozen aan de hand van criteria die garanderen dat zij de vereiste kwalificaties, ervaring en onafhankelijkheid bezitten, terwijl er tevens op wordt gelet dat zij voor de voorgenomen actie beschikbaar zijn.

De betrokken ACS-staat kiest uit deze lijst vrijelijk de gegadigden met wie hij een contract wil aangaan.

2. In geval van een aanbestedingsprocedure wordt de beperkte lijst van gegadigden opgesteld in nauwe samenwerking tussen de Commissie en de betrokken ACS-staat, op grond van de in lid 1 genoemde criteria. Het contract wordt gegund aan de gegadigde wiens aanbesteding door de Commissie en de betrokken ACS-staat wordt geacht economisch het meest voordelig te zijn.

3. ..."

Naast de maatstaven van artikel 25 hanteerde de Commissie tot 1983 een volledig quotastelsel, waarin het aantal aan de onderdanen van een Lid-Staat gegunde overeenkomsten werd gekoppeld aan de hoogte van de bijdrage van die staat aan het EOF. Na 1 juni 1983 voerde de Commissie op proef een beperkt quotastelsel in, waarbij ongeveer 18,25% van de beschikbare middelen buiten het quotastelsel om aan de meest concurrerende bieder werd gegund.

De Commissie deelde op de vergadering van de ACS/FIN-groep van 6 maart 1986 mee, dat zij per 1 maart 1986 weer was overgegaan op het volledige quotastelsel.

II — Schriftelijke behandeling en conclusies

1. Bij verzoekschrift ingediend op 16 mei 1986, heeft het Verenigd Koninkrijk het onderhavige beroep ingesteld.

2. Op 24 juli 1986 heeft de Commissie een exceptie van niet-ontvankelijkheid opgeworpen in de zin van artikel 91 van het Reglement voor de procesvoering en het Hof verzocht daarover uitspraak te doen zonder op de zaak ten principale in te gaan.

Verzoekers opmerkingen over de exceptie van niet-ontvankelijkheid zijn ter griffie van het Hof ingeschreven op 6 oktober 1986.

Bij twee beschikkingen van 15 oktober 1986 heeft het Hof het Koninkrijk der Nederlanden toegestaan te interveniëren ter ondersteuning van de conclusies van verzoeker, en de Italiaanse Republiek om te interveniëren ter ondersteuning van de conclusies van verweerster.

De opmerkingen van de Nederlandse regering zijn ingediend op 9 december 1986 en die van de Italiaanse regering op 15 december 1986.

Bij beschikking van 28 januari 1987 heeft het Hof de exceptie van niet-ontvankelijkheid gevoegd met de hoofdzaak.

3. Voor het overige heeft de schriftelijke procedure een normaal verloop gehad.

Het Hof heeft, op rapport van de rechter-rapporteur en de advocaat-generaal gehoord, besloten zonder instructie tot de mondelinge behandeling over te gaan. Bij brief van 21 december 1987 heeft het de Commissie evenwel verzocht om overlegging van de haar ter beschikking staande stukken (vergadernotulen enz.) en andere inlichtingen betreffende de wederinvoering per 1 maart 1986 van het in geding zijnde stelsel van quota naar nationaliteit, en van de statistische gegevens waarvan de Commissie sinds 1980 gebruik maakte voor de controle op de naleving van dat quotastelsel. Kopieën van twee interne notities van de directeur-generaal van directoraat-generaal VIII aan de betrokken directeuren en diensten zijn bij 's Hofs griffie ingeschreven op 18 februari 1988; het Hof heeft tevens kopieën van de gevraagde statistieken ontvangen.

4. Het *Verenigd Koninkrijk* concludeert dat het den Hove behage:

— nietig te verklaren het op de bijeenkomst van de ACS/FIN groep van 6 maart 1986 meegedeelde besluit van de Commissie ter wederinvoering per 1 maart 1986 van het vóór 1 juni 1983 gehanteerde stelsel, waarbij de Commissie de nationaliteit van ondernemingen in aanmerking nam bij het opstellen van lijsten van gegadigden voor dienstverrichtingscontracten in het kader van de tweede ACS/EEG-Overeenkomst van Lomé van 31 oktober 1979;

— de Commissie in de kosten te verwijzen.

De *Commissie* concludeert dat het den Hove behage:

— het beroep niet-ontvankelijk, subsidiair ongegrond te verklaren;

— verzoeker in de kosten te verwijzen.

III — Middelen en argumenten van partijen

A — *Ontvankelijkheid*

De *Commissie* brengt met betrekking tot de ontvankelijkheid drie middelen naar voren. Het eerste middel betreft de vorm van de aan het Hof ter beoordeling voorgelegde maatregel, het tweede de auteur van de maatregel, het derde de inhoud en de gevolgen ervan.

1. *De vorm van de maatregel*

a) De *Commissie* betoogt dat aan een minimum van formaliteiten moet zijn voldaan, wil rechterlijke toetsing op grond van artikel 173 EEG-Verdrag mogelijk zijn. Zij verwijst naar de richtlijnen neergelegd door de Hoge Autoriteit in haar beschikking nr. 22/60 (PB 1960, blz. 1248), volgens welke de handeling uitdrukkelijk als „beschikking" moet zijn aangeduid, een datum, een nauwkeurige aanduiding van de rechtsgrondslag in het Verdrag, duidelijke motieven en genummerde artikelen moet bevat-

ten, en ondertekend moet zijn door een Lid van de Hoge Autoriteit; de Commissie stelt, dat in het onderhavige geval aan geen van deze vereisten is voldaan.

b) *Verzoeker* brengt naar voren, dat het Hof altijd meer belang heeft gehecht aan inhoud dan aan vorm als beslissend criterium bij de vraag of tegen bepaalde handelingen beroep krachtens artikel 173 kan worden ingesteld (zie onder meer de arresten van 31 maart 1970, zaak 22/70, Commissie/ Raad, Jurispr. 1971, blz. 263, 277, en 11 november 1981, zaak 60/81, IBM, Jurispr. 1981, blz. 2639). Dit is zelfs het geval bij het meer restrictieve artikel 33 EGKS-Verdrag, dat slechts beroep openstelt tegen beschikkingen en aanbevelingen van de Commissie. Ten slotte zou aanvaarding van het argument van de Commissie, dat het ontbreken van een formeel besluit het beroep niet-ontvankelijk maakt, erop neerkomen, dat de Commissie met een beroep op haar eigen onwettig handelen het door verzoeker ingestelde beroep kan frustreren (arrest van 9 februari 1984, gevoegde zaken 361/82 en 40/83, Kohler, Jurispr. 1984, blz. 641, 656).

2. *De auteur van de maatregel*

a) Met betrekking tot de auteur van de maatregel merkt de *Commissie* op, dat een handeling in de zin van artikel 173 EEG-Verdrag door het bevoegd orgaan moet zijn verricht. In de onderhavige zaak evenwel is slechts sprake van een door de diensten van de Commissie ingenomen standpunt. Daar er geen stuk is, ondertekend door de Commissie als college of door een van haar leden op grond van delegatie van bevoegdheid, kan het niet worden gezien als „het zich definitief uitspreken" van de Commissie (arrest van 16 juni 1966, zaak 54/65, Forges de Châtillon, Jurispr. 1966, blz. 229).

b) *Verzoeker* wijst erop, dat de Commissie, nu zij niet ontkent dat zij tot het quotastelsel is teruggekeerd, niet met een beroep op het ontbreken van een formeel besluit kan beweren, dat de betrokken maatregel niet ter toetsing aan het Hof kan worden voorgelegd. Ook bij gebreke van een formeel besluit kan een handeling van de Commissie, indien zij enig rechtsgevolg heeft, op grond van artikel 173, eerste alinea, in rechte worden betwist.

3. *Inhoud en gevolgen van de maatregel*

a) Wat de *inhoud* van de in geding zijnde maatregel betreft, merkt de *Commissie* op, daarin gesteund door de *Italiaanse regering*, dat zij bij het opstellen van een lijst van geselecteerde gegadigden zoals bedoeld in artikel 25 van bijlage XIV bij Lomé II, interne richtlijnen toepast waarin het criterium van naar nationaliteit bepaalde quota is opgenomen; dergelijke richtlijnen bevatten alleen algemene criteria, als onderdeel van de interne regels, opgesteld door meerderen ten behoeve van hun ondergeschikten binnen de diensten van de Commissie, om hen te helpen bij het opstellen van beperkte lijsten voor dienstverrichtingscontracten. Deze richtlijnen zijn niet strikt bindend voor de interne diensten tot welke zij zijn gericht; zij bevatten maar één van de criteria waarop de ambtenaren van de Commissie bij het samenstellen van een lijst van geselecteerde gegadigden zich desgewenst kunnen baseren. Dergelijke interne of voorbereidende maatregelen, die de weg plaveien voor de uiteindelijke beslissing, kunnen niet ingevolge artikel 173 EEG-Verdrag ter vernietiging aan het Hof worden voorgelegd (arresten van 17 juli 1959, zaak 20/58, Phoenix-Rheinrohr, Jurispr. 1959, blz.75; 12 februari 1960, gevoegde zaken 16 tot en met 18/59, Geitling en anderen, Jurispr. 1960,

blz. 17; en 11 november 1981, zaak 60/81, IBM, Jurispr. 1981, blz. 2639).

Het in geding zijnde criterium heeft geen feitelijke gevolgen voor ondernemingen, daar in een later stadium van de procedure nog namen op de lijst gezet kunnen worden door de meerdere van de ambtenaar of door de ACS-landen. Pas in een veel later stadium kunnen bepaalde rechtsgevolgen optreden door de keuze van het ACS-land voor een bepaalde inschrijver, wat echter geen rechtsgevolgen zijn in de zin van artikel 173 EEG-Verdrag. De Commissie beroept zich hiervoor op de arresten van het Hof van 10 juli 1984 (zaak 126/83, STS, Jurispr. 1984, blz. 2769) en 10 juli 1985 (zaak 118/83, Muratori, Jurispr. 1985, blz. 2325), waarin werd beslist dat bedrijven die aan de inschrijvingsprocedure voor contracten op grond van Lomé II deelnemen, slechts rechtsbetrekkingen hebben met de ACS-staat en niet met de Commissie.

Indien, ten slotte, de enige rechtsgrond is dat de maatregel rechtsgevolgen heeft voor particulieren, dan dient artikel 173, tweede alinea, in acht te worden genomen.

b) *Verzoeker* merkt op, dat het *vaststellen* van een regeling voor de gunning van contracten een besluit is in die zin, dat het een uitdrukkelijke wilsuiting van de Commissie vormt met betrekking tot de uitoefening van haar beheersbevoegdheid. Dat belet niet, dat de *toepassing* van die regeling flexibel kan zijn. Bovendien is niet van belang, of de in geding zijnde maatregel slechts een onderdeel vormt van de door de Commissie gevolgde gunningsprocedure, daar het quotacriterium van meet af aan wordt gehanteerd en voor de opeenvolgende stadia van de procedure bepalend moet zijn.

Het volstaat dat de bestreden handeling andere rechtsgevolgen heeft dan voor particulieren. Dat een maatregel een intern karakter heeft, is alleen van belang in zaken die krachtens artikel 173, tweede alinea, worden voorgelegd; voorwaarde voor ontvankelijkheid is dan, dat de bestreden handeling rechtstreeks gevolg heeft voor derden buiten de instelling. Dit geldt echter niet voor een beroep krachtens artikel 173, eerste alinea, en de door de Commissie aangehaalde zaken Phoenix-Rheinrohr en Geitling zijn dan ook in de onderhavige zaak van geen belang. In ieder geval heeft het Hof in de zaak Phoenix-Rheinrohr de vraag opengelaten, of interne richtlijnen in hun algemeenheid rechtsgevolg kunnen hebben. De conclusie moet dan ook zijn, dat interne beheersbeslissingen van de Commissie rechtsgevolg kunnen hebben en derhalve vatbaar zijn voor een beroep tot nietigverklaring (arresten van 30 januari 1974, zaak 148/73, Louwage, Jurispr. 1974, blz. 81; 29 maart 1984, zaak 25/83, Buick, Jurispr. 1984, blz. 1773; 10 februari 1983, zaak 230/81, Luxemburg/Parlement, Jurispr. 1983, blz. 255; en 10 april 1984, zaak 108/83, Luxemburg/Parlement, Jurispr. 1984, blz. 1945). Bovendien is het niet zo, dat interne maatregelen rechtsgevolg ontberen enkel omdat het instructies zijn van het ene onderdeel van een instelling aan een ander (arrest van 20 mei 1976, zaak 66/75, Macevicius, Jurispr. 1976, blz. 593).

De rechtsgevolgen van de maatregel waar het in deze zaak om gaat, komen hieruit voort, dat alle handelingen van de Commissie in de uitoefening van haar beheerstaken krachtens de Lomé-overeenkomsten, worden verricht namens de Gemeenschap en dat

de Gemeenschap voor die handelingen aansprakelijk is tegenover de andere verdragsluitende partijen; indien de Commissie bij de uitoefening van die taken onrechtmatig handelt, vormt dat een schending door de Gemeenschap van haar verbintenissen uit de Overeenkomsten. Schending van de Overeenkomsten kan derhalve het voorwerp zijn van een beroep krachtens artikel 173.

Ten slotte stelt verzoeker, dat de bestreden handeling in elk geval de rechtspositie van derden beïnvloedt, namelijk van de ondernemingen die door de genomen maatregel worden uitgesloten. De rechtsgevolgen voor de gegadigden zijn niet gering, daar een aanzienlijk aantal van de door de Commissie opgestelde lijsten van gegadigden voor krachtens Lomé II toe te kennen contracten slechts één naam bevatten, zodat daarmee wel vaststaat welke gegadigde door de ACS-landen wordt gekozen.

c) Ook de *Nederlandse regering* is van mening, dat de opstelling van een beperkte lijst moet worden beschouwd als een voorselectie van ondernemingen die eventueel aan de voorwaarden voor gunning van een contract voldoen. Wanneer een onderneming niet op de beperkte lijst wordt geplaatst, heeft dat tot gevolg dat zij van verdere selectie wordt uitgesloten, zodat de kans op een contract verkeken is. In die zin brengt de sluiting van de voorselectie in de voorbereidende procedure een onherroepelijk rechtsgevolg teweeg. Dit is bovendien uitsluitend aan het optreden van de Commissie toe te rekenen, daar alleen zij de beperkte lijst mag samenstellen. Is een gegadigde eenmaal van de beperkte lijst uitgesloten, dan doet voor de vaststelling of dit rechtsgevolg heeft, niet ter zake dat hij in een later stadium van de procedure misschien niet voor het contract gekozen zou zijn.

Zelfs indien een dergelijk besluit slechts een interne beheersbeslissing zou zijn, valt niet uit te sluiten, dat deze rechtsgevolgen kan hebben. In elk geval kan de Commissie niet in strijd met de betrokken bepalingen van de Overeenkomsten en het EEG-Verdrag handelen zonder haar bevoegdheid te overschrijden. Het Hof van Justitie is dan ook bevoegd, het optreden van de Commissie in de uitoefening van haar bevoegdheden krachtens Lomé II op zijn rechtmatigheid te toetsen.

Ten slotte dient men wel te onderscheiden tussen de arresten van het Hof betreffende concurrerende inschrijving krachtens Lomé II en de onderhavige zaak (zie de zaken 126/83, STS, en 118/83, Muratori, reeds aangehaald). In de eerdere zaken concludeerde het Hof, dat er in de betrekkingen die bij de gunning van contracten ontstaan tussen de Commissie en de betrokken ACS-staat enerzijds en tussen die staat en de inschrijvers anderzijds, geen sprake is van een handeling in de zin van artikel 173, tweede alinea. Naast het feit dat het beroep van het Verenigd Koninkrijk berust op de eerste alinea van artikel 173, heeft de Commissie in het onderhavige geval haar eigen bevoegdheid, die bestaat in het opstellen van de beperkte lijst. De betrokken ACS-staat kan vervolgens van die lijst degene kiezen met wie hij een contract wil sluiten.

B — *Ten gronde*

1. *Schending van Lomé II*

a) *Verzoeker* stelt, dat het quotastelsel op geen enkele uitdrukkelijke of impliciete be-

paling van de Overeenkomst van Lomé berust en strijdig is met de algehele opzet ervan, die gebaseerd is op het algemene beginsel van gelijke behandeling en non-discriminatie wegens nationaliteit. Waar Lomé II afwijkt van het beginsel van gelijke behandeling, gebeurt dat uitsluitend bij een uitdrukkelijke bepaling en met het doel de ACS-staten en hun onderdanen te bevoorrechten. Bij gebreke van iedere uitdrukkelijke bepaling die voor het onderhavige geval van belang zou kunnen zijn, zijn de algemene regels van Lomé II en de beginselen ontleend aan de algehele opzet daarvan, van toepassing in het kader van hoofdstuk 10 van de Overeenkomst inzake technische samenwerking.

Verzoeker betoogt voorts, dat hantering van een quotastelsel naar nationaliteit onverenigbaar is met het beginsel waarop de Lomé-overeenkomsten berusten, namelijk dat de ACS-staten recht hebben op de meest effectieve hulp die mogelijk is. Wanneer de Commissie adviseurs en adviesbureaus die aan de objectieve criteria voor plaatsing op de beperkte lijst voldoen, op grond van hun nationaliteit uitsluit, dan gebruikt zij de op nationaliteit gebaseerde quota om de geografische spreiding te verminderen en de keuze te beperken. Daarmee verkleint zij de mogelijkheid de meest geschikte adviseurs of adviesbureaus te selecteren.

Subsidiair stelt verzoeker, dat artikel 25, lid 1, van bijlage XIV bij Lomé II de ACS-staten het recht geeft, zonder beperkingen tussen de volgens de criteria van dat artikel geselecteerde gegadigden te kiezen. Voorselectie op grond van nationaliteit maakt niet alleen dit recht illusoir, maar verhindert ook de ACS-staat, te bepalen welke de economisch meest voordelige gegadigde is onder al degenen die hadden kunnen meedingen. Een dergelijke selectie is derhalve strijdig met de doelstellingen van artikel 25, lid 2, van bijlage XIV bij Lomé II.

b) Naar de mening van de *Commissie* hebben contracten voor technische samenwerking een ander karakter dan contracten voor werken van algemene aard, daar de eerste met toepassing van kwalitatieve criteria moeten worden beoordeeld, en de laatste met toepassing van objectieve criteria. Uit dit verschil vloeit voort, dat de algemene regels van Lomé II (bij voorbeeld artikel 125, lid 1, waarin de geografische herkomst van bedrijven die kunnen meedingen, wordt vastgelegd) alleen kunnen gelden voor hoofdstuk 10, voor zover zij niet afwijken van de lex specialis van hoofdstuk 10.

Volgens de bewoordingen van artikel 2 van bijlage XIV bij de slotakte van Lomé II ligt het binnen de bevoegdheid van de Commissie, de lijst van mogelijke gegadigden te „verkorten" of te „beperken". Bovendien verbiedt geen van de door verzoeker aangehaalde artikelen van Lomé II de door de Commissie gevolgde procedure.

De Commissie betoogt voorts, dat het quotastelsel geen invloed heeft op de kwaliteit van de te verrichten dienst of de doelmatigheid van de aan de betrokken ACS-staat geleverde dienstverrichting. Integendeel, de opstelling van een beperkte lijst vergroot de mogelijkheid dat aan de betrokken ACS-staat de meest doelmatige steun wordt verleend. In elk geval is het stelsel altijd ondergeschikt aan de eis, de meest doelmatige hulp te verschaffen.

c) De *Nederlandse regering* is van mening, dat de stelling van de Commissie als zou het hier gaan om een flexibel samenspel van verschillende criteria zoals bekwaamheid, ervaring en nationaliteit, niet relevant is; ook de bewering dat het er slechts om gaat, een betere verdeling van contracten over de

Lid-Staten te bereiken, is niet van belang. Wel relevant is, dat op grond van een nationaliteitscriterium, dat niet in de Overeenkomst is geregeld en niet verenigbaar is met de geest en de doelstelling van Lomé II, de mogelijkheid bestaat dat de meest concurrerende offerte wordt uitgesloten, ook wanneer de betrokken onderneming aan de in de Overeenkomst genoemde criteria voldoet.

d) De *Italiaanse regering* merkt op, dat artikel 25, lid 1, van bijlage XIV bij Lomé II de Commissie een ruime bevoegdheid toekent ten aanzien van de voor het opstellen van een „beperkte lijst van gegadigden" meest geschikte criteria, daaronder begrepen het stelsel van quota naar nationaliteit. Die bevoegdheid is toegekend om een strikte en absolute toepassing van het beginsel van vrije mededinging uit te sluiten, gezien het bijzondere karakter van contracten voor technische samenwerking en overeenkomstig de gangbare internationale praktijk.

2. *Schending van artikel 7 EEG-Verdrag*

a) *Verzoeker* beklemtoont, dat het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit van artikel 7 EEG-Verdrag slechts de uitdrukkelijke verwoording is van het fundamentele beginsel van gelijke behandeling, dat op alle gebieden van het gemeenschapsrecht moet worden nageleefd (arresten van 12 februari 1974, zaak 152/73, Sotgiu, Jurispr. 1974, blz. 153, en 16 oktober 1980, zaak 147/79, Hochstrass, Jurispr. 1980, blz. 3005). Aangezien handelingen van de Commissie in het kader van Lomé II en Lomé III binnen het toepassingsgebied van het Verdrag vallen, valt ook het onderwerp van het onderhavige beroep onder artikel 7.

De discriminatie waarom het in deze zaak gaat, betreft niet uitsluitend materies die extern zijn aan de Gemeenschap, maar veeleer de wijze waarop de Commissie bepaalde in de Gemeenschap gevestigde ondernemingen behandelt, ook al gaat het daarbij om de vraag of zij geschikt zijn voor de gunning van een dienstverrichtingscontract door derde landen. Het arrest van 28 oktober 1982 (zaak 52/81, Faust, Jurispr. 1982, blz. 3745), dat de Commissie aanhaalt ten betoge dat het non-discriminatiebeginsel niet in alle situaties geldt waarin buitenlandse betrekkingen aan de orde zijn, heeft betrekking op een situatie waarin het uitsluitend ging om buitenlandse betrekkingen, en moet daarom worden onderscheiden van de onderhavige zaak, die de interne betrekkingen binnen de Gemeenschap betreft. Evenzo kunnen de arresten van het Hof van 15 december 1976 (zaak 41/76, Donckerwolcke, Jurispr. 1976, blz. 1921) en 5 maart 1986 (zaak 242/84, Tezi, Jurispr. 1986, blz. 933) van de onderhavige zaak worden onderscheiden, daar in Lomé II geen uitdrukkelijke bepaling voorkomt die de in geding zijnde discriminatie toestaat.

Verzoeker bestrijdt, dat het gemeenschapsbeleid inzake ontwikkelingshulp onvolledig is; in elk geval is artikel 7 ook van toepassing op terreinen waarop nog geen gemeenschappelijk beleid tot stand is gekomen (arrest van 25 januari 1983, zaak 126/82, Smit, Jurispr. 1983, blz. 73). Noch het feit dat de ontwikkelingshulp door de Lid-Staten wordt gefinancierd, noch het feit dat de Overeenkomsten van Lomé gemengde akkoorden zijn, biedt voorts op enigerlei wijze steun aan de conclusie, dat de Commissie onderdanen van de Gemeenschap zou mo-

gen discrimineren op grond van hun nationaliteit.

b) De *Commissie* betoogt dat hier aan de orde is de gunning door derde landen van dienstverrichtingscontracten die krachtens Lomé II gefinancierd worden door de Lid-Staten van de Gemeenschap. Aangezien artikel 7 EEG-Verdrag niet op alle situaties op het gebied van de buitenlandse betrekkingen van toepassing is (arrest van 28 oktober 1982, zaak 52/81, Faust, Jurispr. 1982, blz. 3745, 3762), kan daar in de onderhavige zaak geen beroep op worden gedaan.

Bij de huidige stand van het gemeenschapsbeleid inzake ontwikkelingshulp is er geen sprake van schending van artikel 7. Deze conclusie volgt analogisch uit ,s Hofs arresten van 15 december 1976 (Donckerwolcke), 5 maart 1986 (Tezi, beide reeds aangehaald) en 2 juli 1974 (zaak 153/73, Holtz & Willemsen, Jurispr. 1974, blz. 675), waarin afwijking van grondregels van het Verdrag werd toegestaan, ondanks de uitsluitende gemeenschapsbevoegdheid met betrekking tot respectievelijk de gemeenschappelijke handelspolitiek en de gemeenschappelijke ordening van de landbouwmarkten. Deze benadering gaat a fortiori op voor de financiering van ontwikkelingshulp krachtens de Overeenkomst van Lomé: uit het feit dat het beleid in dezen nog niet volledig is vastgesteld, volgt dat afwijking van artikel 7 voor het onderhavige geval moet worden toegestaan.

In elk geval geeft het quotastelsel elke Lid-Staat een gelijke kans op een gegadigdenlijst te komen, ondanks de verschillen tussen de situaties in de diverse Lid-Staten. Bovendien voorkomt het quotastelsel ongelijke behandeling die uit het ontbreken van objectieve criteria zou kunnen voortkomen, waar contracten gegund zouden kunnen worden enkel op historische of taaltechnische gronden.

c) De *Nederlandse regering* stelt, dat hantering van een nationaliteitscriterium op zichzelf in strijd is met artikel 7. De Overeenkomst mag niet afwijken van de bepalingen van het EEG-Verdrag, tenzij met inachtneming van artikel 236 van het Verdrag.

d) De *Italiaanse regering* meent, dat het gebruik van de onderhavige nationaliteitsquota niet leidt tot discriminatie op grond van nationaliteit. Bovendien leidt de toepassing van dat criterium tot een betere en eerlijker verdeling van dienstverrichtingscontracten in verhouding tot, onder meer, de hoogte van de bijdrage van elke Lid-Staat aan het EOF.

3. *Schending van artikel 3, sub f, EEG-Verdrag*

a) *Verzoeker*, op dit punt gesteund door de *Nederlandse regering*, stelt dat het stelsel van op nationaliteit gebaseerde quota in strijd is met artikel 3, sub f, EEG-Verdrag, omdat mag worden aangenomen dat het de mededingingsstructuur binnen de Gemeenschap verstoort, doordat het dingen naar contracten niet meer stoelt op technische bekwaamheid, ervaring en onafhankelijkheid (arrest van 6 maart 1974, gevoegde zaken 6 en 7/73, Istituto Chemioterapico Italiano, Jurispr. 1974, blz. 223, r. o. 33), voor zover bepaalde adviesbureaus niet daadwerkelijk tot de mededinging om een contract op de gemeenschappelijke markt worden toegelaten.

Bovendien is er geen dwingende reden waarom de mededinging beperkt zou moeten worden door bekwame adviseurs en adviesbureaus enkel op grond van hun nationaliteit uit te sluiten, terwijl toch de doelstelling van de Overeenkomst van Lomé overeenkomt met die van artikel 3, sub k, EEG-Verdrag.

b) De *Commissie* antwoordt, dat verzoeker geen tastbaar bewijs aanvoert voor enige nadelige invloed op de mededingingsverhoudingen. Verder is niet aangetoond, dat de mededinging „binnen de Gemeenschap" wordt aangetast, daar de keuze tussen de gegadigden door een derde land wordt gemaakt en de contracten worden afgesloten buiten de Gemeenschap voor in een ACS-staat te verrichten diensten.

De voornaamste doelstellingen van de Overeenkomst van Lomé, zoals neergelegd in artikel 3, sub k, EEG-Verdrag, moeten voorgaan op artikel 3, sub f, EEG-Verdrag. Ten einde te garanderen dat de in artikel 3, sub k, bedoelde ontwikkeling van de landen overzee daadwerkelijk plaatsvindt, mag het criterium van de eerlijke mededinging van artikel 3, sub f, niet de overhand krijgen over het criterium dat waarborgt dat de meest ervaren, deskundige en onafhankelijke dienstverrichting of advisering wordt aangeboden.

c) Ook de *Italiaanse regering* stelt, dat het hanteren van het nationaliteitscriterium geen inbreuk maakt op de mededingingsregels van het EEG-Verdrag. De gegadigden die voorkomen op de lijst waaruit de ACS-staat zijn keuze maakt, moeten alle voldoen aan de vereisten van bekwaamheid, ervaring en onafhankelijkheid, neergelegd in de toepasselijke bepalingen van Lomé II.

T. F. O'Higgins
rechter-rapporteur