CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL M. B. ELMER van 15 juli 1997 *

Inleiding

1. In deze hogere voorziening heeft de Raad van de Europese Unie geconcludeerd tot vernietiging van het arrest van het Gerecht van eerste aanleg van 26 juni 1996, De Nil en Impens/Raad [1], T-91/95 (hierna: „arrest"), waarbij dit nietig heeft verklaard de besluiten van de Raad houdende afwijzing van hun verzoeken om vergoeding van materiële en morele schade, op grond dat de Raad onvoldoende maatregelen ter uitvoering van het arrest van het Gerecht van 11 februari 1993 [2] (hierna: „arrest Raiola-Denti") had genomen. De Nil en Impens hebben geconcludeerd tot afwijzing van de hogere voorziening.

De feiten

2. In zijn arrest gaf het Gerecht de volgende feitelijke vaststellingen van de zaak:

„1 Op 26 oktober 1990 publiceerde de Raad in een mededeling aan het personeel nr. 100/90 de aankondiging van intern vergelijkend onderzoek B/228 ter voorziening in vijftien ambten van adjunct-assistent van de rang B 5, waardoor aan ambtenaren van de rang C 1 de mogelijkheid werd geboden hun ambt tot die rang te laten ‚herwaarderen' (...) In de aankondiging werd gepreciseerd, dat, gelet op de aard van het betrokken vergelijkend onderzoek, er geen reservelijst zou worden opgesteld, zodat het aantal geslaagde kandidaten niet hoger mocht liggen dan het aantal van vijftien ambten van de categorie C die voor het jaar 1990 tot de categorie B worden geherwaardeerd.

2 [L. de Nil en C. Impens], destijds ambtenaren van de Raad in de rang C 1, werden bij individuele mededeling van 4 december 1990 tot het examen van het vergelijkend onderzoek toegelaten. Omdat zij door de jury niet op de lijst van geschikte kandidaten van dit vergelijkend onderzoek waren geplaatst, stelden zij samen met zeven andere belanghebbenden op 13 april 1991 een beroep in tot nietigverklaring van de besluiten van de jury. [In het arrest Raiola-Denti] oordeelde het Gerecht, dat het examen niet overeenkomstig de aankondiging van vergelijkend onderzoek B/228 was verlopen, omdat de jury die aankondiging had geschonden en het voorziene taalexamen alle inhoud had ontnomen. Om die redenen verklaarde het Gerecht ‚de verrichtingen die hebben plaatsgevonden na de besluiten tot toelating van de kandidaten tot het examen van intern vergelijkend onderzoek B/228' nietig.

3 Nadat het arrest Raiola-Denti kracht van gewijsde had gekregen besloot de Raad, ener-

* Oorspronkelijke taal: Deens.

1 — Jurispr. blz. II-959.

2 — Arrest Raoila-Denti c. a./Raad (T-22/91, Jurispr. blz. II-69).

zijds, de besluiten houdende herindeling van de voor vergelijkend onderzoek B/228 geslaagde kandidaten per 1 januari 1991 te handhaven, en anderzijds, op 1 september 1993 een aankondiging van intern vergelijkend onderzoek B/228 bis te publiceren ter voorziening, bij wege van herwaardering van ambten van de rang C 1, in zes ambten van adjunct-assistent van de rang B 5. De aard en de wijze van beoordeling van het examen van vergelijkend onderzoek B/228 bis waren identiek aan die van vergelijkend onderzoek B/228. Volgens de aankondiging van vergelijkend onderzoek B/228 bis stond het examen open voor de kandidaten die bij individuele mededeling van 4 december 1990 tot het examen van vergelijkend onderzoek B/228 waren toegelaten. De betrokken ambtenaren werd verzocht vóór 15 oktober 1993 schriftelijk hun deelneming aan vergelijkend onderzoek B/228 bis te bevestigen.

4 [L. de Nil en C. Impens] meldden zich tijdig voor deelneming aan vergelijkend onderzoek B/228 bis aan en werden na afloop van het examen op de lijst van geschikte kandidaten geplaatst. Met ingang van 1 januari 1994 werd het ambt van ieder van hen tot de rang B 5 geherwaardeerd.

5 [L. de Nil en C. Impens] waren echter van mening, dat de Raad, ondanks deze herwaardering, in feite niet de maatregelen had genomen ter vergoeding van de schade die zij hadden geleden door de weigering van de jury van vergelijkend onderzoek B/228 om hen op de lijst van geschikte kandidaten van dit onderzoek te plaatsen, daar zij door die weigering een herindeling per 1 januari 1991 waren misgelopen.

6 Op 9 februari 1994 dienden [L. de Nil en C. Impens] daarom een verzoek in strekkende tot vergoeding van de schade die zij huns inziens hadden geleden door het onregelmatige besluit van de jury van vergelijkend onderzoek B/228. Zij verzochten het tot aanstelling bevoegd gezag, ‚vast te stellen dat de opeenvolgende fouten van de jury van vergelijkend onderzoek B/228 hun zowel materiële als morele schade hadden berokkend'. Zij vorderden een forfaitair bedrag van 500 000 BFR voor ieder van hen als vergoeding van de materiële en morele schade samengenomen.

7 Dit verzoek werd stilzwijgend en vervolgens, bij een op 15 juni 1994 aan [L. de Nil en C. Impens] ter kennis gebracht besluit van de directeur personeelszaken en algemeen beheer, uitdrukkelijk afgewezen.

8 Op 6 september 1994 dienden [L. de Nil en C. Impens] een klacht in tegen het afwijzend besluit.

9 Bij besluit van het tot aanstelling bevoegd gezag van 4 januari 1995 werd de klacht uitdrukkelijk afgewezen."

De procedure voor het Gerecht

3. Bij op 29 maart 1995 ter griffie van het Gerecht neergelegd verzoekschrift stelden L. de Nil en C. Impens bij het Gerecht een beroep tot nietigverklaring van het besluit van de Raad in.

4. In zijn arrest verklaarde het Gerecht het volgende:

„34 Om te voldoen aan de krachtens artikel 176 van het Verdrag op haar rustende verplichting dient de instelling waarvan de door de gemeenschapsrechter nietig verklaarde handeling is uitgegaan, te bepalen welke maatregelen nodig zijn ter uitvoering van een arrest houdende nietigverklaring, en dient zij de beoordelingsbevoegdheid waarover zij dienaangaande beschikt uit te oefenen met inachtneming van zowel het dictum en de rechtsoverwegingen van het uit te voeren arrest als de bepalingen van gemeenschapsrecht.

35 Daar zij voor de uitvoering van een arrest het gemeenschapsrecht in acht dient nemen, moet de betrokken instelling de eerbiediging verzekeren van de beginselen van gelijke behandeling van ambtenaren en de ontwikkeling van hun loopbaan, welke voor de Europese ambtenaren gelden.

36 In casu diende de Raad bij de vaststelling en de inhoud van de ter uitvoering van het arrest Raiola-Denti genomen maatregelen, rekening te houden met die twee beginselen.

(...)

38 Door zijn weigering om de herindeling van [L. de Nil en C. Impens], net als die van de voor vergelijkend onderzoek B/228 geslaagde kandidaten, per 1 januari 1991 te laten ingaan, heeft de Raad verzoeksters een kans ontnomen om (...) eerder tot de rang B 4 en vervolgens eerder tot de rang B 3 te worden bevorderd en aldus hun loopbaan op dezelfde wijze te zien verlopen als die van de voor vergelijkend onderzoek B/228 geslaagde kandidaten. Gelijk [L. de Nil en C. Impens] beklemtonen, zonder door de Raad te worden weersproken, waren elf van de vijftien voor vergelijkend onderzoek B/228 geslaagde kandidaten, die in 1991 waren heringedeeld, op 1 januari 1996 namelijk reeds bevorderd tot de rang B 3, en komen drie ervan in 1996 in aanmerking voor bevordering tot de rang B 2, terwijl de vier andere geslaagde kandidaten op die zelfde datum waren bevorderd tot de rang B 4, en drie ervan in 1996 in aanmerking komen voor bevordering tot de rang B 3. In antwoord op een schriftelijke vraag van het Gerecht heeft de Raad toegegeven, dat indien [L. de Nil en C. Impens] in januari 1991 in de rang B 5 waren heringedeeld, zij (...) in juli 1991 eventueel tot de rang B 4 en op 1 juli 1993 tot de rang B 3 zouden kunnen zijn bevorderd en op laatstgenoemde datum hun nettobezoldiging meer zou hebben bedragen dan zij op dat ogenblik daadwerkelijk ontvingen.

39 De loopbaanvooruitzichten van [L. de Nil en C. Impens] zijn dus nadelig beïnvloed ten opzichte van de loopbaanvooruitzichten van de voor vergelijkend onderzoek B/228 geslaagde kandidaten (...) De Raad had immers reeds bij de organisatie van vergelijkend onderzoek B/228 bis (...) kunnen bepalen, dat de herindeling van de geslaagde kandidaten op dezelfde datum zou ingaan als de herindeling van de voor vergelijkend onderzoek B/228 geslaagde kandidaten. Daar de Raad niet vooraf aan die oplossing had gedacht, had hij bij de behandeling van het daarop gerichte verzoek [van L. de Nil en C. Impens] de besluiten houdende herindeling per 1 januari 1994 moeten intrekken en vervolgens, ter verzekering van een gelijke behandeling, de loopbaan van de betrokkenen moeten reconstrueren (...)

41 Enerzijds betreft de gevraagde terugwerkende kracht niet het hypothetisch slagen van [L. de Nil en C. Impens] voor vergelijkend onderzoek B/228 met een daaraanvolgende plaatsing op de desbetreffende lijst van geschikte kandidaten, maar de gevolgen die moeten worden verbonden aan hun daadwerkelijk slagen voor vergelijkend onderzoek B/228 bis.

42 Anderzijds waren de twee vergelijkende onderzoeken niet duidelijk gescheiden. Bij [het arrest Raiola-Denti] zijn immers alleen de verrichtingen die hebben plaatsgevonden na de besluiten tot toelating van [L. de Nil en C. Impens] tot het examen van vergelijkend onderzoek B/228 nietig verklaard. Hieruit volgt, dat dit vergelijkend onderzoek nog open was en het onderzoek door het tot aanstelling bevoegd gezag van de (...) toegelaten kandidaten nog niet was voltooid. Bij de organisatie van vergelijkend onderzoek B/228 bis heeft de Raad in feite niet meer gedaan dan het heropenen van de verrichtingen van vergelijkend onderzoek B/228 voor de kandidaten die na afloop van het voorgaande examen niet op de lijst van geschikte kandidaten waren geplaatst. De kandidaten die zijn geslaagd voor de op basis van aankondigingen B/228 en B/228 bis georganiseerde examens, moeten dus worden geacht voor een en hetzelfde vergelijkend onderzoek te zijn geslaagd. De Raad diende de op basis van aankondiging B/228 bis geslaagde kandidaten dus op dezelfde wijze te behandelen als de op basis van aankondiging B/228 geslaagde kandidaten, door aan de herindeling van eerstgenoemden dezelfde gevolgen te verbinden als aan die van laatstgenoemden.

(...)

44 Hieruit volgt, dat de weigering van de Raad om de concrete maatregelen te nemen om [L. de Nil en C. Impens] op dezelfde voet te behandelen als hun collega's (...) dus een schending van artikel 176 van het Verdrag heeft opgeleverd.

45 De Raad moet daarom de schade vergoeden die deze schending daadwerkelijk heeft veroorzaakt.

(...)

47 [L. de Nil en C. Impens] maken aannemelijk dat zij recht hebben op vergoeding van de schade die voortvloeit uit het feit dat zij niet op hetzelfde ogenblik als de voor

vergelijkend onderzoek B/228 geslaagde kandidaten in de categorie B zijn ingedeeld, omdat zij, zelfs al hadden zij na hun herindeling geen recht op bevordering gehad, in elk geval een kans hebben verloren om hun loopbaan in de toekomst op vergelijkbare wijze te zien verlopen als die van de voor vergelijkend onderzoek B/228 geslaagde kandidaten.

48 [L. de Nil en C. Impens] stellen voorts morele schade te hebben gelopen, die zij op een symbolisch bedrag van 1 ECU ramen.

(...)

50 Het Gerecht is van oordeel, dat de door [L. de Nil en C. Impens] daadwerkelijk geleden morele schade verband houdt met hun langdurige onzekerheid over het verloop van hun loopbaan. (...) het onderhavige geval werd gekenmerkt door belangrijke onregelmatigheden in het verloop van het op basis van aankondiging B/228 georganiseerd examen, door een ernstige inbreuk op het recht van [L. de Nil en C. Impens] op een regelmatig verloop van dat examen en door het feit, dat de weigering van de Raad om hen op dezelfde voet te behandelen als hun (...) collega's, gebeurde op een ogenblik waarop verzoeksters reeds voor het op basis van aankondiging B/228 bis georganiseerde examen waren geslaagd.

51 Het Gerecht raamt de door [L. de Nil en C. Impens] geleden schade, materiële en morele schade samengenomen, ex aequo et bono op 500 000 BFR. Mitsdien wordt de Raad veroordeeld tot betaling van dit bedrag aan [L. de Nil en C. Impens]."

Juridische beoordeling

5. Tot staving van zijn conclusies tot vernietiging van het arrest voert de Raad zes middelen aan.

Het eerste middel van de Raad

6. In het kader van zijn eerste middel betoogt de Raad, dat het Gerecht hem verwijt onvoldoende maatregelen ter uitvoering van het arrest Raiola-Denti te hebben genomen, aangezien hij in het kader van zijn beoordelingsbevoegdheid besloten had een nieuw vergelijkend onderzoek te organiseren en de daarvoor geslaagde kandidaten met ingang van 1 januari 1994 te herindelen. Volgens de Raad heeft het Gerecht hierdoor de draagwijdte van artikel 176 EG-Verdrag miskend, zoals deze is omschreven in de arresten

Detti/Hof van Justitie [3], Commissie/Albani e.a. [4] en Parlement/Meskens. [5] Bovendien zou het Gerecht zichzelf tegenspreken, daar het enerzijds stelt, dat het niet aan het Gerecht staat te bepalen welke maatregelen voor de uitvoering van een arrest vereist zijn en anderzijds opnoemt, welke maatregelen de Raad had moeten nemen. Hierdoor wordt de rechtspraak over de beoordelingsvrijheid van de instelling ten aanzien van de keuze van maatregelen elke nuttige werking ontnomen.

7. L. de Nil en C. Impens stellen echter, dat het Gerecht met zijn arrest artikel 176 van het Verdrag noch de voormelde rechtspraak heeft geschonden, aangezien uit die rechtspraak volgt, dat de bevoegde instelling de volledige schade moet vergoeden en het Gerecht achteraf mag controleren, of de instelling in het kader van haar beoordelingsbevoegdheid voor de uitvoering van een arrest voldoende efficiënte maatregelen heeft gekozen.

8. Artikel 176, eerste alinea, van het Verdrag luidt:

„De instelling of instellingen wier handeling nietig is verklaard of wier nalatigheid strijdig met dit Verdrag is verklaard, is respectievelijk zijn gehouden de maatregelen te nemen welke nodig zijn ter uitvoering van het arrest van het Hof van Justitie."

9. Uit de vaste rechtspraak van het Gerecht en het Hof volgt [6]:

„Artikel 176 van het Verdrag voorziet in een verdeling van bevoegdheden tussen het rechterlijke gezag en het administratieve gezag, volgens welke de instelling waarvan de nietigverklaarde handeling is uitgegaan, dient te bepalen welke maatregelen nodig zijn ter uitvoering van een arrest tot nietigverklaring (...)

Bij de uitoefening van deze beoordelingsbevoegdheid moet het administratieve gezag zowel de gemeenschapsregels naleven als het dictum en de rechtsoverwegingen van het uit te voeren arrest (...)"

10. Bovendien verklaarde het Hof in het arrest Parlement/Meskens, reeds aangehaald [7]:

„Behalve de verplichting om de maatregelen te nemen welke nodig zijn ter uitvoering van

3 — Arrest van 14 juli 1983 (144/82, Jurispr. blz. 2421).
4 — Arrest van 6 juli 1993 (C-242/90 P, Jurispr. blz. I-3839).
5 — Arrest van 9 augustus 1994 (C-412/92 P, Jurispr. blz. I-3757).
6 — Zie bijvoorbeeld arrest Gerecht van 8 oktober 1992, Meskens/Parlement (T-84/91, Jurispr. blz. II-2335).
7 — Arrest aangehaald in voetnoot 5, punten 24, 25 en 26.

het arrest van het Hof, legt artikel 176 van het Verdrag de administratie immers de verplichting op om de bijkomende schade te vergoeden die eventueel uit de nietig verklaarde onwettige handeling voortvloeit (...) Artikel 176 stelt als voorwaarde voor schadevergoeding dus niet het bestaan van een nieuwe fout, die onderscheiden is van de nietig verklaarde oorspronkelijke onwettige handeling, maar schrijft de vergoeding voor van de schade die het gevolg is van die handeling en die nog bestaat na de nietigverklaring ervan en de uitvoering door de administratie van het arrest waarbij de nietigverklaring is uitgesproken.

In casu had het Gerecht (...) een fout van het Parlement vastgesteld, die bestond in de weigering om Meskens tot vergelijkend onderzoek nr. B/164 toe te laten. Er moest derhalve nog worden nagegaan, of de door die handeling veroorzaakte schade na de nietigverklaring ervan nog bestond.

Dit heeft het Gerecht in het bestreden arrest gedaan. Het heeft immers geoordeeld, dat de door de betrokken onwettige handeling veroorzaakte immateriële schade nog bestond, doordat het Parlement niets had gedaan om de gevolgen ervan ongedaan te maken."

11. In het licht van deze overwegingen deel ik het standpunt van de Raad, dat de instellingen op het moment waarop het Gerecht een arrest houdende nietigverklaring heeft gewezen over een beoordelingsbevoegdheid beschikken om te bepalen welke maatregelen ter uitvoering van dit arrest moeten worden genomen. In een latere instantie kan het Gerecht echter controleren, of de instelling in het kader van die beoordelingsbevoegdheid maatregelen heeft gekozen die ter uitvoering van het betrokken arrest voldoende efficiënt zijn. Een dergelijke controle maakt de beoordelingsbevoegdheid van de instellingen niet illusoir. Mits zij maatregelen kiezen die ter uitvoering van het arrest voldoende efficiënt zijn, kunnen de instellingen vrijelijk bepalen welke maatregelen zij in het concrete geval het geschiktst achten.

12. Het feit dat het Gerecht in punt 39 van het arrest de maatregelen noemt die de Raad had kunnen nemen om voldoende uitvoering aan het arrest te geven, doet op geen enkele wijze afbreuk aan de beoordelingsbevoegdheid waarover de instellingen van meet af aan beschikken, aangezien het Gerecht die maatregelen slechts bij wijze van voorbeeld noemt.

13. Ten aanzien van de keuze van maatregelen ter uitvoering van een arrest verklaarde het Hof in het arrest Detti/Hof van Justitie, dat betrekking had op onregelmatigheden in het kader van een algemeen vergelijkend onderzoek, georganiseerd om een aanwervingsreserve te vormen:

„verzoeksters rechten [worden] afdoende beschermd indien de jury en het aanstellingsgezag hun besluiten herzien en (...) voor haar geval een billijke oplossing zoeken, en [het] is (...) niet nodig de gehele uitslag van het

vergelijkend onderzoek op losse schroeven te zetten of de daaruit voortvloeiende benoemingen nietig te verklaren". [8]

In het arrest Commissie/Albani e.a. herhaalde het Hof deze passage en voegde het hieraan toe:

„Deze rechtspraak is gebaseerd op de noodzaak de belangen van de door een onregelmatigheid tijdens een vergelijkend onderzoek benadeelde kandidaten en de belangen van de andere kandidaten tegen elkaar af te wegen. De rechter is mitsdien gehouden, niet alleen de noodzaak tot herstel van de rechtspositie van de benadeelde kandidaten, maar ook het gerechtvaardigd vertrouwen van de reeds uitgekozen kandidaten in aanmerking te nemen." [9]

14. Uit het voorgaande volgt in de eerste plaats, dat de instelling de kandidaten van een vergelijkend onderzoek de schade moet vergoeden die zij door de onregelmatige handeling eventueel hebben geleden. Hierbij moet een oplossing worden gezocht die eveneens rekening houdt met de andere kandidaten. Het arrest raakt echter niet de kandidaten van vergelijkend onderzoek B/228, aangezien er geen sprake van is, dat het Gerecht van de Raad eist dat hij de uitslag van het gehele vergelijkend onderzoek herziet en de herindelingen die naar aanleiding daarvan hebben plaatsgevonden nietig verklaart. Het Gerecht stelt in zijn arrest slechts vast, dat L. de Nil en C. Impens dezelfde rechten hadden moeten hebben als de geslaagden voor vergelijkend onderzoek B/228. Mijns inziens leidt het arrest van het Gerecht daarom niet tot een herziening van de rechtspraak over de draagwijdte van artikel 176 van het Verdrag.

15. Het eerste middel van de Raad moet daarom worden afgewezen.

Het tweede middel van de Raad

16. Met zijn tweede middel stelt de Raad, dat het Gerecht in punt 42 van het arrest ten onrechte heeft aangenomen, dat de vergelijkende onderzoeken B/228 en B/228 bis één en niet twee afzonderlijke vergelijkende onderzoeken vormden.

Het gewettigd vertrouwen van de vijftien voor vergelijkend onderzoek B/228 geslaagde kandidaten zou niet worden beschermd, indien men aanneemt, gelijk het Gerecht heeft gedaan, dat vergelijkend onderzoek B/228 gedurende bijna twee jaar open was gebleven. Bovendien volgt uit artikel 30 van het Statuut, dat het tot aanstelling bevoegd gezag voor elk vergelijkend onderzoek een jury benoemt, hetgeen de Raad in casu precies heeft gedaan.

8 — Arrest aangehaald in voetnoot 3, punt 33.
9 — Arrest aangehaald in voetnoot 4, punt 14.

17. L. de Nil en C. Impens betogen, dat de vraag of de vergelijkende onderzoeken B/228 en B/228 bis samen één of twee afzonderlijke vergelijkende onderzoeken vormden een feitelijke vraag is, die op grond van artikel 51 van 's Hofs Statuut-EG niet het voorwerp van een hogere voorziening kan vormen.

18. Artikel 51, eerste alinea, van 's Hofs Statuut-EG luidt:

„Hogere voorziening bij het Hof kan alleen rechtsvragen betreffen. Zij moet gebaseerd zijn op middelen ontleend aan onbevoegdheid van het Gerecht, onregelmatigheden in de procedure voor het Gerecht, waardoor aan de belangen van de verzoekende partij afbreuk is gedaan, dan wel schending van het gemeenschapsrecht door het Gerecht."

19. In punt 42 van zijn arrest stelde het Gerecht vast, dat de vergelijkende onderzoeken B/228 en B/228 bis niet twee afzonderlijke vergelijkende onderzoeken vormden, maar een en hetzelfde. Met zijn tweede middel vraagt de Raad het Hof in feite om een nieuwe feitelijke beoordeling, aangezien hij betoogt, dat het om twee afzonderlijke vergelijkende onderzoeken ging. Uit artikel 51 van 's Hofs Statuut-EG volgt echter, dat een hogere voorziening voor het Hof beperkt is tot rechtsvragen. Het Hof kan in het kader van een hogere voorziening daarom geen uitspraak doen over een feitelijke vraag, maar moet dit feit voor vastgesteld houden in de zin van het door het Gerecht gewezen arrest. [10]

20. Om die redenen kan het tweede middel van de Raad mijns inziens niet ten gronde worden onderzocht.

Het derde middel van de Raad

21. Met zijn derde middel betoogt de Raad, dat het in strijd is met het beginsel van gelijke behandeling om de voor vergelijkend onderzoek B/228 bis geslaagde kandidaten op dezelfde datum te herindelen als de voor vergelijkend onderzoek B/228 geslaagde kandidaten, aangezien eerstgenoemden zijn geslaagd voor een ander vergelijkend onderzoek met nieuwe vragen, die door andere personen zijn beoordeeld.

Bovendien zijn de herindelingen die naar aanleiding van vergelijkend onderzoek B/228 plaatsvonden voor vijf posten goedgekeurd in het begrotingsjaar 1991 en voor één post in het begrotingsjaar 1993. Slechts vijf van de zes voor vergelijkend onderzoek B/228 bis

10 — Zie bijvoorbeeld beschikking van 20 maart 1991, Turner/Commissie (C-115/90 P, Jurispr. blz. I-1423); arrest van 2 april 1992, Pitrone/Commissie (C-378/90 P, Jurispr. blz. I-2375), en beschikking van 26 september 1994, X/Commissie (C-26/94 P, Jurispr. blz. I-4379).

geslaagde kandidaten konden dus met ingang van 1 januari 1991 worden heringedeeld, hetgeen eveneens in strijd zou zijn met het beginsel van gelijke behandeling.

22. L. de Nil en C. Impens stellen in dit verband, dat vergelijkend onderzoek B/228 wegens onregelmatigheden nietig is verklaard. De volledige vergoeding van de door hen geleden schade vereist, dat zij in dezelfde situatie worden geplaatst als waarin zij zich zouden bevinden, indien die onregelmatigheden niet hadden plaatsgevonden.

23. Het eerste onderdeel van het derde middel van de Raad berust wederom op de vooronderstelling, dat de vergelijkende onderzoeken B/228 en B/228 bis twee afzonderlijke vergelijkende onderzoeken waren. Zoals hierboven reeds aangegeven, heeft het Gerecht echter definitief vastgesteld, dat het om een en hetzelfde vergelijkende onderzoek ging. Het is daarom niet strijdig met het beginsel van gelijke behandeling om de voor vergelijkend onderzoek B/228 bis geslaagde kandidaten op dezelfde wijze te behandelen als zij die voor vergelijkend onderzoek B/228 waren geslaagd. Gezien de vaststelling van het Gerecht, dat het om een en hetzelfde vergelijkend onderzoek ging, zou het juist in strijd met dat beginsel zijn om die twee groepen niet op dezelfde wijze te behandelen.

24. Het tweede onderdeel van het middel houdt verband met het feit, dat het om budgettaire redenen slechts mogelijk zou zijn geweest, vijf van de zes voor vergelijkend onderzoek B/228 bis geslaagde kandidaten met ingang van 1 januari 1991 te herindelen, hetgeen eveneens strijdig met het beginsel van gelijke behandeling zou zijn geweest.

25. Zoals reeds gezegd, volgt uit de rechtspraak, dat de instellingen alle schade moeten vergoeden die hun ambtenaren door een onregelmatige handeling eventueel hebben ondervonden. Budgettaire problemen kunnen de instellingen niet van die verplichting bevrijden. De Raad had in casu daarom een budgettaire mogelijkheid moeten zoeken, de zes voor vergelijkend onderzoek B/228 bis geslaagde kandidaten met ingang van 1 januari 1991 te herindelen of hij had de betrokkene(n) die op die datum niet kon(den) worden heringedeeld schadeloos moeten stellen.

26. Ik ben daarom van mening, dat het derde middel van de Raad moet worden afgewezen.

Het vierde middel van de Raad

27. Met zijn vierde middel betoogt de Raad, dat het Gerecht, door te eisen dat L. de Nil en C. Impens met ingang van 1 januari 1991 zouden worden heringedeeld, de regel van artikel 45, lid 2, van het Statuut heeft miskend, dat de overgang van een ambtenaar naar een andere groep of hogere categorie alleen kan plaatsvinden na een vergelijkend onderzoek, aangezien zij niet waren geslaagd voor vergelijkend onderzoek B/228.

28. Dienaangaande stellen L. de Nil en C. Impens, dat dit middel wederom op het argument berust, dat de vergelijkende onderzoeken B/228 en B/228 bis twee afzonder-

lijke vergelijkende onderzoeken vormden. Gelijk in het kader van het tweede middel reeds is aangegeven, kan deze vraag in een hogere voorziening niet worden onderzocht.

29. Blijkens artikel 45, lid 2, kan de overgang van een ambtenaar naar een andere groep of een hogere categorie alleen plaatsvinden na een vergelijkend onderzoek. Zoals hierboven reeds uiteengezet, heeft het Gerecht vastgesteld, dat de voor de vergelijkende onderzoeken B/228 en B/228 bis geslaagde kandidaten moesten worden geacht voor een en hetzelfde vergelijkend onderzoek te zijn geslaagd. Deze feitelijke beoordeling kan niet het voorwerp van een hogere voorziening vormen. Er is daarom geen sprake van schending van artikel 45, lid 2, van het Statuut, aangezien de vereiste herindeling van L. de Nil en C. Impens op 1 januari 1991 juist volgt uit het feit, dat zij zijn geslaagd voor vergelijkend onderzoek B/228-B/228 bis.

30. Het vierde middel van de Raad moet daarom worden afgewezen.

Het vijfde middel van de Raad

31. Met dit middel stelt de Raad, dat het Gerecht in punt 38 van zijn arrest heeft gedwaald ten aanzien van het recht, door de feitelijke situatie zoals die zich op de datum van het arrest voordeed te onderzoeken, en niet de situatie op de datum van de indiening van het verzoekschrift.

De Raad verwijst naar het feit, dat L. de Nil en C. Impens in het verzoekschrift hebben aangegeven hoeveel van de vijftien voor vergelijkend onderzoek B/228 geslaagde en op 1 januari 1991 heringedeelde personen in december 1994 waren bevorderd. Het arrest is echter gebaseerd op inlichtingen die in de loop van het geding zijn verstrekt en betrekking hebben op de situatie in januari 1996. Uit artikel 48, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering volgt echter, dat nieuwe middelen niet in de loop van het geding mogen worden voorgedragen, tenzij zij steunen op gegevens, hetzij rechtens of feitelijk, waarvan eerst in de loop van de behandeling is gebleken.

32. L. de Nil en C. Impens stellen echter, dat de Raad tijdens de procedure voor het Gerecht geen bezwaar heeft gemaakt tegen die informatie. Het zou dus om een nieuw middel gaan, dat in de hogere voorziening niet voor de eerste keer kan worden voorgedragen. Subsidiair zijn zij van mening, dat de informatie over de situatie op 1 januari 1996 van de personen die voor vergelijkend onderzoek B/228 waren geslaagd een gegeven vormt, waardoor het Gerecht de omvang van de geleden schade kon beoordelen. Die informatie kan daarom niet als nieuw middel worden aangemerkt.

33. Volgens artikel 48, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht mogen nieuwe middelen niet in de loop van het geding worden voorgedragen, tenzij zij steunen op gegevens, hetzij rechtens of feitelijk, waarvan eerst in de loop van de behandeling is gebleken. Zou het een partij worden toegestaan om een middel dat zij niet voor het Gerecht heeft aangevoerd, voor het eerst voor het Hof aan te voeren, dan zou haar in feite worden toegestaan om bij het Hof een geschil aanhangig te maken dat een ruimere strekking heeft dan het geschil waarvan het Gerecht kennis heeft genomen. In hogere voorziening is het Hof dus enkel bevoegd om te oordelen over de rechtsbeslissing die is gegeven ten aanzien van de middelen die voor de rechter in eerste aanleg zijn bepleit. [11]

34. De Raad heeft toegegeven, dat hij tijdens het geding voor het Gerecht geen bezwaar heeft gemaakt tegen de betrokken informatie. Het middel dat de Raad ontleent aan het feit, dat het Gerecht heeft gedwaald ten aanzien van het recht, door de feitelijke situatie zoals die zich op de datum van het arrest voordeed te onderzoeken, en niet de situatie op de datum van de indiening van het verzoekschrift, vormt dus een nieuw middel, dat in de hogere voorziening niet voor de eerste keer kan worden aangevoerd.

35. Om die reden kan het vijfde middel van de Raad niet ten gronde worden onderzocht.

11 — Zie onder meer arrest van 1 juni 1994, Commissie/Brazzelli Lualdi e. a (C-136/92 P, Jurispr. blz. I-1981).

Het zesde middel van de Raad

36. Met zijn zesde middel betoogt de Raad in de eerste plaats, dat de aansprakelijkheid van een instelling volgens de rechtspraak afhangt van de verwezenlijking van drie voorwaarden, te weten de onwettigheid van de aan de instellingen verweten gedraging, de aanwezigheid van schade en een oorzakelijk verband tussen de gedraging en de gestelde schade. De eerste voorwaarde, namelijk de onwettigheid van de aan een instelling verweten gedraging, is echter niet vervuld, aangezien de Raad met de betrokken besluiten, die waren bedoeld om uitvoering te geven aan het arrest Raiola-Denti, niet onwettig heeft gehandeld. Voorts betoogt de Raad, dat het bedrag van 500 000 BFR, dat het Gerecht aan elk der partijen als vergoeding voor de materiële en morele schade heeft toegekend, kennelijk onevenredig is ten opzichte van de bedragen die eerder door het Hof en het Gerecht zijn toegekend. De Raad is in dit verband ingegaan op de bedragen die eerder aan ambtenaren of aan voor vergelijkende onderzoeken geslaagde kandidaten zijn toegekend.

37. Met betrekking tot het eerste onderdeel van dit middel stellen L. de Nil en C. Impens, dat de vraag of de voorwaarden voor het ontstaan van de verplichting tot schadeloosstelling zijn vervuld, een objectieve en feitelijke beoordeling van het Gerecht inhoudt, die niet het voorwerp van een hogere voorziening kan vormen. Aangaande de omvang van de toegekende schadevergoeding betogen zij, dat het Hof in het kader van een hogere voorziening niet bevoegd is de overeenstemming tussen de door het Gerecht aan de betrokkenen toegekende schadevergoeding en de gestelde schade te beoordelen.

38. Wat het eerste onderdeel van dit middel betreft, heeft het Hof over de vraag van de beoordeling van de feiten het volgende verklaard [12]:

„Het Gerecht is dus (...) bevoegd om de feiten vast te stellen (...) Het Gerecht is eveneens (...) bevoegd om die feiten te beoordelen. Wanneer het Gerecht de feiten heeft vastgesteld of beoordeeld, is het Hof evenwel bevoegd om het hem bij artikel 168 A EEG-Verdrag opgedragen toezicht uit te oefenen, zodra het Gerecht de feiten juridisch heeft gekwalificeerd en daaraan rechtsgevolgen heeft verbonden. In de onderhavige zaak geldt dit voor het oordeel van het Gerecht, dat de traagheid in de voorbereidingsfase als een dienstfout moet worden aangemerkt (...)"

39. Nadat het Gerecht de feiten van de onderhavige zaak had vastgesteld concludeerde het in punt 44 van zijn arrest, dat de weigering van de Raad om de concrete maatregelen te treffen om L. de Nil en C. Impens op dezelfde wijze te behandelen als hun collega's, een schending van artikel 176 of, met andere woorden, een fout opleverde. Op basis van de door het Gerecht vastgestelde feiten is het Hof bevoegd zijn toezicht uit te oefenen op de rechtsgevolgen die het Gerecht daaraan heeft verbonden. Dit onderdeel van het middel moet dus ten gronde worden onderzocht.

40. Volgens het Gerecht is de eerste voorwaarde voor de aansprakelijkheid, te weten de onwettigheid van de aan de instelling verweten gedraging, vervuld, aangezien het vaststelde dat de Raad onwettig had gehandeld, door L. de Nil en C. Impens niet per 1 januari 1991 te herindelen. Met dit rechtsoordeel heeft het Gerecht mijns inziens geen enkele fout begaan, aangezien uit de stukken [13] blijkt, dat L. de Nil en C. Impens door de gedraging van de Raad zijn gediscrimineerd ten opzichte van de ambtenaren die aan vergelijkend onderzoek B/228 hadden deelgenomen en daarvoor waren geslaagd.

41. Dit onderdeel van het zesde middel van de Raad moet dus worden verworpen.

42. Het tweede onderdeel van het zesde middel betreft de omvang van het bedrag dat de Raad als vergoeding voor de materiële en morele schade moet betalen, aangezien het, aldus de Raad, in strijd is met het evenredigheidsbeginsel.

43. Blijkens de rechtspraak van het Hof [14]:

„staat het bij uitsluiting aan het Gerecht om binnen de grenzen van het petitum de wijze en de omvang van de schadevergoeding te beoordelen".

44. Hieruit volgt, dat het Hof in het kader van een hogere voorziening zijn oordeel over

12 — Zie met name arrest Commissie/Brazzelli Lualdi e.a., aangehaald in voetnoot 11.

13 — Zie punt 39 van het arrest.

14 — Zie met name arrest Commissie/Brazzelli Lualdi e.a., aangehaald in voetnoot 11, punt 81.

de omvang van de schade niet in plaats van dat van het Gerecht mag stellen. De vaststelling van de omvang van de schade maakt dus deel uit van de vaststelling van de feiten en het Hof kan hierover in een hogere voorziening geen uitspraak doen. Uit voormelde rechtspraak volgt echter eveneens, dat de schadevergoeding binnen het kader van de vordering moet passen en dat het aan het Gerecht staat, de wijze en de omvang daarvan te beoordelen. Mijns inziens is het Hof bevoegd te controleren, of een veroordeling tot schadevergoeding van het Gerecht binnen de grenzen van de vordering valt en of uit het arrest van het Gerecht op voldoende duidelijke wijze de gegevens blijken, die als basis voor de berekening van het bedrag van de schadevergoeding hebben gediend.

45. In een arrest van 20 februari 1997 [15] stelde het Hof dienaangaande vast:

„Het ontbreken van een motivering of een ontoereikende motivering, waardoor deze rechterlijke toetsing wordt belemmerd, zijn bijgevolg middelen van openbare orde die ambtshalve door de gemeenschapsrechter kunnen en moeten worden opgeworpen."

46. In casu heeft het Gerecht in zijn arrest vastgesteld, dat L. de Nil en C. Impens door de onwettige gedraging van de Raad zowel materiële als morele schade hebben geleden. Bij de bepaling van het bedrag van de schadeloosstelling heeft het Gerecht echter geen onderscheid gemaakt tussen de vergoeding van de materiële en die van de morele schade, aangezien het slechts een totaalbedrag aan schadevergoeding noemt.

47. Het arrest bevat geen andere ramingen van de door L. de Nil en C. Impens daadwerkelijk geleden schade, die de Raad volgens punt 45 dient te vergoeden. Na in punt 48 melding te hebben gemaakt van de vordering tot vergoeding van de morele schade voor een bedrag van 1 ECU en in punt 50 te hebben vastgesteld, dat L. de Nil en C. Impens morele schade hebben geleden, stelt het Gerecht in punt 51 het totaalbedrag van de vergoeding aan ieder van hen op 500 000 BFR vast. Bij wijze van motivering stelt het nogal laconiek, dat „de geleden schade, materiële en morele schade samengenomen, ex aequo et bono op 500 000 BFR moet worden gesteld".

48. Deze motivering is mijns inziens absoluut onvoldoende. Aangezien in het arrest niet is aangegeven hoe het bedrag van de materiële schadevergoeding precies is berekend, kan mijns inziens niet worden nagegaan hoe het Gerecht op dit bedrag is uitgekomen en of het bij de berekening ervan zijn beoordelingsbevoegdheid heeft uitgeoefend in het licht van de beschikbare economische informatie over de schade die zij hebben geleden, omdat zij op het betrokken moment niet zijn bevorderd, of dat het een bedrag betreft dat geen verband houdt met de geleden schade, maar in plaats daarvan als een soort „punitive damages" (schadevergoeding met het karakter van een sanctie) is vastgesteld en een bedrag aan vergoeding van de morele schade omvat, dat hoger ligt dan het gevorderde bedrag (1 ECU). Deze ontoerei-

15 — Commissie/Daffix (C-166/95 P, Jurispr. blz. I-983, punt 24).

kende motivering heeft bovendien tot gevolg, dat het Hof niet kan oordelen over het door de Raad aangevoerde middel, dat de toewijzing van een bedrag van 500 000 BFR in strijd is met het evenredigheidsbeginsel.

49. Ik ben van mening, dat het Gerecht in zijn arrest duidelijker onderscheid had moeten maken tussen een bedrag bestemd ter dekking van de materiële en een bedrag bestemd ter dekking van de morele schade, alvorens die schade afzonderlijk te beoordelen en te ramen. Wat de materiële schade betreft, had het Gerecht zich dus niet mogen beperken tot de opmerking, dat L. de Nil en C. Impens „een kans hebben verloren om hun loopbaan in de toekomst op vergelijkbare wijze te zien verlopen als die van voor vergelijkend onderzoek B/228 geslaagde kandidaten" [16], maar had het moeten aangegeven op welke wijze het bedrag van de schadevergoeding precies was berekend, op basis van gegevens waarin de schade werd gespecificeerd die de betrokkenen hadden geleden wegens het feit dat zij niet op 1 januari 1991 waren heringedeeld en wegens het feit dat zij niet op hetzelfde tijdstip waren bevorderd als degenen die meteen voor vergelijkend onderzoek B/228 waren geslaagd, en wel rekening houdend met het voordeel voortvloeiende uit het feit, dat hun dit bedrag nu wordt betaald.

50. Gelet op de voorgaande overwegingen moet mijns inziens worden vastgesteld, dat het arrest, wat de vaststelling van de schadevergoeding betreft, ontoereikend is gemotiveerd. Mitsdien moet het krachtens artikel 54, eerste alinea, van 's Hofs Statuut-EG op dit punt worden vernietigd en moet de zaak voor een nieuwe beslissing naar het Gerecht worden verwezen. De beslissing omtrent de kosten moet eveneens worden aangehouden.

Conclusie

51. Om de hierboven genoemde redenen geef ik het Hof in overweging, te oordelen als volgt:

„1) Het arrest van het Gerecht van eerste aanleg van 26 juni 1996 in zaak T-91/95, L. de Nil en C. Impens/Raad wordt vernietigd, voor zover de Raad van de Europese Unie daarin wordt veroordeeld om L. de Nil en C. Impens ieder een bedrag van 500 000 BFR te betalen.

2) De zaak wordt naar het Gerecht verwezen voor een nieuwe vaststelling van de materiële respectievelijk morele schade, alsmede voor de vaststelling van het bedrag van de schadevergoeding.

3) De beslissing omtrent de kosten wordt aangehouden."

16 — Zie punt 47 van het arrest.