CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
P. MENGOZZI
van 15 september 2009 [1]

I — Inleiding

1. Met haar hogere voorziening verzoekt Internationaler Hilfsfonds eV, een niet-gouvernementele organisatie die werkzaam is op het gebied van de humanitaire hulp, het Hof, zakelijk weergegeven, in de eerste plaats te vernietigen het arrest van het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen van 5 juni 2008 [2] (hierna: „bestreden arrest"), waarbij niet-ontvankelijk is verklaard het beroep dat verzoekster had ingesteld tegen de beschikking die beweerdelijk was vervat in de brief van de Commissie van 14 februari 2005 waarbij haar de toegang tot bepaalde documenten is geweigerd, en in de tweede plaats voormelde beschikking nietig te verklaren en in de zaak definitief ten gronde te beslissen.

II — Rechtskader

A — *Communautaire regelgeving betreffende de toegang van het publiek tot documenten van het Europees Parlement, de Raad van de Europese Unie en de Commissie van de Europese Gemeenschappen*

2. Verordening (EG) nr. 1049/2001 van het Europees Parlement en de Raad van 30 mei 2001 inzake de toegang van het publiek tot documenten van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie [3], definieert de beginselen, de voorwaarden en de beperkingen van het in artikel 255 EG neergelegde recht op toegang tot documenten van die instellingen. Deze verordening geldt sinds 3 december 2001.

3. Volgens artikel 4, lid 3, tweede alinea, van verordening nr. 1049/2001 wordt de toegang tot een document met standpunten voor intern gebruik in het kader van beraadslagingen en voorafgaand overleg binnen de betrokken instelling, ook geweigerd nadat het

1 — Oorspronkelijke taal: Frans.
2 — Internationaler Hilfsfonds/Commissie (T-141/05).
3 — PB L 145, blz. 43.

besluit genomen is, indien de openbaarmaking van het document het besluitvormingsproces van de instelling ernstig zou ondermijnen, tenzij een hoger openbaar belang openbaarmaking gebiedt.

4. Artikel 6, lid 1, van verordening nr. 1049/2001 bepaalt dat verzoeken om toegang tot een document geschieden in schriftelijke vorm, elektronische vorm daaronder begrepen, en dat de verzoeker niet verplicht is de redenen voor zijn verzoek te vermelden.

5. In dat verband maakt verordening nr. 1049/2001 onderscheid tussen de behandeling van initiële verzoeken respectievelijk van confirmatieve verzoeken.

6. Met betrekking tot de behandeling van initiële verzoeken bepaalt artikel 7, leden 1 en 2, van verordening nr. 1049/2001:

„1. Een verzoek om toegang tot een document wordt onmiddellijk behandeld. De verzoeker ontvangt een ontvangstbevestiging. Binnen vijftien werkdagen na registratie van het verzoek verleent de instelling de verzoeker toegang tot het gevraagde document en maakt zij het toegankelijk in de zin van artikel 10, ofwel deelt zij de verzoeker schriftelijk de redenen mede waarom zij het verzoek volledig of gedeeltelijk afwijst, waarbij zij hem attendeert op zijn recht om overeenkomstig lid 2 een confirmatief verzoek in te dienen.

2. In geval van volledige of gedeeltelijke afwijzing kan de verzoeker binnen vijftien werkdagen na ontvangst van het antwoord van de instelling een confirmatief verzoek indienen, welk verzoek ertoe strekt de instelling haar standpunt te doen herzien."

7. Artikel 8, lid 1, van verordening nr. 1049/2001 bepaalt het volgende voor de behandeling van confirmatieve verzoeken:

„Een confirmatief verzoek wordt onmiddellijk behandeld. Binnen vijftien werkdagen te rekenen na registratie van het confirmatief verzoek verleent de instelling toegang tot het gevraagde document en maakt zij het toegankelijk in de zin van artikel 10, of deelt zij de verzoeker schriftelijk de redenen mede waarom zij het verzoek volledig of gedeeltelijk afwijst, waarbij zij hem attendeert op de beroepsmogelijkheden die hem openstaan,

namelijk beroep op de rechter tegen de instelling en/of een klacht bij de [O]mbudsman, onder de voorwaarden van respectievelijk de artikelen 230 en 195 van het EG-Verdrag."

8. Voor het overige moet volgens artikel 2, eerste en tweede alinea, van de bijlage bij besluit 2001/937/EG, EGKS, Euratom van de Commissie van 5 december 2001 tot wijziging van haar Reglement van orde [4], ieder verzoek om toegang tot een document het secretariaat-generaal van de Commissie, het directoraat-generaal of de bevoegde dienst per post, fax of elektronische post worden toegezonden. De Commissie beantwoordt de initiële en confirmatieve verzoeken om toegang binnen een termijn van vijftien werkdagen vanaf de datum waarop het verzoek is geregistreerd. Wanneer het om complexe of omvangrijke documenten gaat, kan deze termijn met vijftien werkdagen worden verlengd. Iedere verlenging van de termijn moet met redenen worden omkleed en vooraf aan de verzoeker worden meegedeeld.

9. Aangaande de behandeling van initiële verzoeken is in artikel 3 van de bijlage bij besluit 2001/937 bepaald dat de verzoeker van het gevolg dat aan zijn verzoek is gegeven in kennis wordt gesteld, hetzij door de directeur-generaal of het hoofd van de betrokken dienst, hetzij door een hiertoe bij het secretariaat-generaal aangewezen directeur, of door de door hen daartoe aangewezen ambtenaar. Voorts schrijft deze bepaling voor dat elk, zelfs gedeeltelijk afwijzend antwoord de verzoeker in kennis moet stellen van zijn recht binnen een termijn van vijftien werkdagen na ontvangst van het antwoord een confirmatief verzoek in te dienen bij de secretaris-generaal van de Commissie.

10. Met betrekking tot de behandeling van confirmatieve verzoeken bepaalt artikel 4 van de bijlage bij besluit 2001/937 dat de bevoegdheid om beslissingen te nemen betreffende confirmatieve verzoeken wordt gedelegeerd aan de secretaris-generaal, die bij de voorbereiding van de beslissing wordt bijgestaan door het directoraat-generaal of de bevoegde dienst. De beslissing wordt genomen door de secretaris-generaal nadat de juridische dienst hiermee heeft ingestemd. Zij wordt de verzoeker schriftelijk of eventueel langs elektronische weg meegedeeld, waarbij deze laatste wordt gewezen op zijn recht beroep in te stellen bij het Gerecht of een klacht in te dienen bij de Europese Ombudsman.

B — *Communautaire regelgeving inzake klachten bij de Europese Ombudsman*

11. Artikel 195, lid 1, tweede alinea, EG bepaalt:

„Overeenkomstig zijn opdracht verricht de [O]mbudsman het door hem gerechtvaardigd

4 — PB L 345, blz. 94.

geachte onderzoek op eigen initiatief dan wel op basis van klachten welke hem rechtstreeks of via een lid van het Europees Parlement zijn voorgelegd, behalve wanneer de vermeende feiten het voorwerp van een gerechtelijke procedure uitmaken of hebben uitgemaakt. Indien de [O]mbudsman een geval van wanbeheer heeft vastgesteld, legt hij de zaak voor aan de betrokken instelling, die over een termijn van drie maanden beschikt om hem haar standpunt mee te delen. De [O]-mbudsman doet vervolgens een verslag aan het Europees Parlement en aan de betrokken instelling toekomen. De persoon die de klacht heeft ingediend wordt op de hoogte gebracht van het resultaat van dit onderzoek."

12. Overeenkomstig artikel 2, lid 6, van besluit 94/262/EGKS, EG, Euratom van het Europees Parlement van 9 maart 1994 inzake het statuut van de Europese Ombudsman en de algemene voorwaarden voor de uitoefening van zijn ambt [5], zoals gewijzigd bij besluit 2002/262/EG, EGKS, Euratom van het Europees Parlement van 14 maart 2002 [6] (hierna: „besluit 94/262") schorsen de bij de Ombudsman ingediende klachten niet de voor een beroep op de rechter of een administratief beroep vastgestelde termijnen. Lid 7 van hetzelfde artikel bepaalt dat wanneer de Ombudsman vanwege een lopende of afgeronde gerechtelijke procedure over de vermeende feiten, een klacht niet-ontvankelijk moet verklaren of een eind moet maken aan de behandeling ervan, de resultaten van het onderzoek dat hij eventueel reeds heeft verricht ter zijde worden gelegd.

5 — PB L 113, blz. 15.
6 — PB L 92, blz. 13.

13. Artikel 6 van het besluit van de Europese Ombudsman van 8 juli 2002 tot het vaststellen van uitvoeringsbepalingen bij besluit 94/262, zoals gewijzigd op 5 april 2004, getiteld „Minnelijke schikkingen", bevat de volgende bepalingen:

„6.1. Indien de Ombudsman een geval van wanbeheer vaststelt, werkt hij zoveel mogelijk met de betrokken instelling samen bij het streven naar een minnelijke schikking om aan dit geval van wanbeheer een einde te maken en de klager genoegdoening te verschaffen.

6.2. Indien de Ombudsman van oordeel is dat deze samenwerking succes heeft opgeleverd, sluit hij de zaak af aan de hand van een met redenen omkleed besluit. Hij stelt de klager en de betrokken instelling van dit besluit in kennis.

6.3. Indien de Ombudsman van oordeel is dat een minnelijke schikking niet mogelijk is of dat het streven daarnaar geen succes heeft opgeleverd, sluit hij de zaak af aan de hand van een met redenen omkleed besluit dat een kritische opmerking kan bevatten, of stelt hij een verslag met ontwerp-aanbevelingen op."

14. Artikel 8 van het besluit van de Europese Ombudsman van 8 juli 2002, zoals gewijzigd op 5 april 2004, getiteld „Verslagen met ontwerp-aanbevelingen", luidt als volgt:

„8.1. De Ombudsman doet de betrokken instelling of het betrokken orgaan een verslag met ontwerp-aanbevelingen toekomen indien hij van mening is dat:

a) de betrokken instelling of het betrokken orgaan in staat is het geval van wanbeheer ongedaan te maken, dan wel

b) het geval van wanbeheer algemene implicaties heeft.

8.2. De Ombudsman doet een exemplaar van zijn verslag en de ontwerp-aanbevelingen toekomen aan de betrokken instelling en de burger.

8.3. De betrokken instelling zendt de Ombudsman binnen een termijn van drie maanden een omstandig advies. Dit omstandig advies kan bestaan uit instemming met het besluit van de Ombudsman en een beschrijving van de ter uitvoering van de aanbevelingen genomen maatregelen.

8.4. Indien de Ombudsman het omstandig advies onbevredigend acht, stelt hij over het geval van wanbeheer een speciaal verslag op voor het Europees Parlement. Dit verslag kan aanbevelingen bevatten. De Ombudsman doet een exemplaar van dit verslag toekomen aan de betrokken instelling en aan de burger."

III — Voorgeschiedenis van het geding, conclusies van partijen en procedure voor het Hof

15. In 1998 heeft verzoekster met de Commissie LIEN-overeenkomst 97-2011 getekend met het oog op de medefinanciering van een programma voor medische hulp dat zij in Kazachstan organiseerde.

16. Nadat de Commissie LIEN-overeenkomst 97-2011 eenzijdig had beëindigd en de uitgekeerde bedragen had teruggevorderd — waarop verzoekster op 7 maart 2002 een klacht indiende bij de Ombudsman — heeft verzoekster de Commissie op 9 maart 2002 verzocht om toegang tot de documenten met betrekking tot die overeenkomst.

17. Op 8 juli 2002 heeft de Commissie verzoekster een lijst van de in vier dossiers opgenomen documenten doen toekomen. Met een beroep op het bepaalde in artikel 4, lid 3, van verordening nr. 1049/2001 heeft zij verzoeksters verzoek afgewezen met betrekking tot een aantal van de in de drie eerste dossiers opgenomen documenten en met betrekking tot alle in het vierde dossier opgenomen documenten.

18. Bij brief van 11 juli 2002 heeft verzoekster de voorzitter van de Commissie verzocht om volledige toegang tot de documenten betreffende LIEN-overeenkomst 97-2011.

19. Op 26 juli 2002 heeft de Commissie verzoekster een antwoord gestuurd waarin werd verwezen naar de brief van 8 juli 2002.

20. Op 26 augustus 2002 heeft verzoekster de dossiers waartoe de Commissie haar toegang had verleend geraadpleegd.

21. In de maand maart 2003 heeft de Ombudsman de behandeling gesloten van de klacht die verzoekster op 7 maart 2002 had ingediend in verband met de eenzijdige beëindiging van eerdergenoemde overeenkomst door de Commissie en de terugvordering van de uitgekeerde bedragen. Hij heeft onder meer vastgesteld dat de Commissie en verzoekster een minnelijke schikking hadden getroffen.

22. Begin oktober 2003 kwamen de Commissie en verzoekster evenwel tot het inzicht dat zij niet tot een minnelijke schikking konden komen.

23. Op 6 oktober 2003 heeft verzoekster bij de Ombudsman een klacht ingediend over de weigering van de Commissie om hem volledig toegang te geven tot de documenten met betrekking tot LIEN-overeenkomst 97-2011.

24. Op 15 juli 2004 heeft de Ombudsman de Commissie een ontwerp-aanbeveling gezonden waarin hij vaststelde dat de Commissie het door verzoekster gedane verzoek om volledige toegang tot de documenten met betrekking tot LIEN-overeenkomst 97-2011 niet correct had behandeld en haar verzocht dat verzoek opnieuw in behandeling te nemen. Bovendien gaf hij de Commissie de aanbeveling, toegang tot bedoelde documenten te verlenen tenzij zij kon aantonen dat toegang daartoe onder een van de in verordening nr. 1049/2001 bedoelde uitzonderingen viel.

25. Op 12 oktober 2004 heeft de Commissie de Ombudsman een omstandig advies doen toekomen waarin zij te kennen gaf dat zij

bovengenoemde ontwerp-aanbeveling aanvaardde en dat zij het door verzoekster gedane verzoek om toegang tot de documenten met betrekking tot LIEN-overeenkomst 97-2011 opnieuw had onderzocht. Ondanks dit nieuwe onderzoek bleef zij echter bij haar weigering verzoekster toegang te verlenen tot de documenten waarvan zij inzage reeds had geweigerd, met uitzondering van vijf documenten, waarvan een afschrift in bijlage bij het standpunt was gevoegd.

26. Op 14 december 2004 heeft de Ombudsman definitief beslist op de door verzoekster op 6 oktober 2003 ingediende klacht. Als eindconclusie maakte de Ombudsman een kritische opmerking over de bestuurlijke praktijk van de Commissie in het aan hem voorgelegde geval. Hij stelde vast dat de omstandigheid dat de Commissie geen geldige redenen had aangevoerd voor haar weigering om verzoekster toegang te verlenen tot een aantal documenten met betrekking tot LIEN-overeenkomst 97-2011, moest worden beschouwd als een geval van wanbeheer. Met de overweging dat het Europees Parlement geen maatregelen kon treffen die het standpunt van verzoekster en het zijne in de onderhavige zaak konden steunen, heeft de Ombudsman het niet noodzakelijk geacht het Parlement een speciaal verslag te doen toekomen en besloten, de behandeling van verzoeksters klacht te sluiten.

27. Op 22 december 2004 heeft verzoekster onder verwijzing naar de conclusies van de Ombudsman in diens beslissing van 14 december 2004, de Commissie verzocht om volledige toegang tot de documenten met betrekking tot LIEN-overeenkomst 97-2011.

28. Op 14 februari 2005 heeft de directeur van de directie „Operational Support" van het Bureau voor samenwerking EuropeAid verzoeksters raadsman een brief gezonden waarin te kennen werd gegeven dat de Commissie, na haar standpunt over de beslissing van de Ombudsman van 14 december 2004 te hebben ingenomen, had besloten geen toegang te verlenen tot de documenten die onder de uitzonderingen van verordening nr. 1049/2001 vielen, naast de reeds op 26 augustus 2002 ter beschikking gestelde documenten en de vijf bij het omstandig advies van 12 oktober 2004 gevoegde documenten, waarvan de inhoud aan verzoekster was meegedeeld.

29. Op 11 april 2005 heeft verzoekster bij het Gerecht beroep ingesteld met een verzoek om nietigverklaring van de in de brief van 14 februari 2005 beweerdelijk vervatte beslissing.

30. In het bestreden arrest heeft het Gerecht primair geoordeeld dat de brief van 14 februari 2002 een zuivere bevestiging vormde van de beschikking van 26 juli 2006, die jegens verzoekster definitief was geworden, en dat het beroep tegen die handeling dan ook niet-ontvankelijk moest worden verklaard. In dit verband heeft het Gerecht onder meer verworpen het standpunt van verzoekster dat de conclusies van de Ombudsman in zijn beslissing van 14 december 2004 alsmede de ontwikkelingen en de resultaten van het onderzoek dat hij bij de behandeling van verzoeksters klacht had verricht nieuwe elementen vormden die de beroepstermijnen

opnieuw konden doen ingaan. Het heeft tevens vastgesteld dat aan de beschikking die beweerdelijk was vervat in de brief van 14 februari 2005 geen nieuw onderzoek van verzoeksters situatie was voorafgegaan.

31. Ten overvloede heeft het Gerecht geoordeeld dat, gesteld al dat de brief van 14 februari 2005 niet zuiver een bevestiging is van de beschikking van 26 juli 2002, het door verzoekster tegen die handeling ingestelde beroep prematuur is daar deze slechts een antwoord vormt op een initieel verzoek in de zin van artikel 7, lid 1, van verordening nr. 1049/2001, waarop verzoekster een confirmatief verzoek in de zin van artikel 7, lid 2, van voormelde verordening had moeten indienen.

32. Het Gerecht heeft het beroep dan ook niet-ontvankelijk verklaard en verzoekster in de kosten van de procedure verwezen.

33. Bij handeling neergelegd ter griffie van het Hof op 7 augustus 2008 heeft verzoekster tegen het bestreden arrest beroep ingesteld. Primair verzoekt zij het Hof, het bestreden arrest te vernietigen, de in de brief van 14 februari 2005 vervatte beschikking nietig te verklaren en in de zaak definitief ten gronde te beslissen met veroordeling van de Commissie in alle kosten. Subsidiair heeft verzoekster het Hof verzocht de zaak naar het Gerecht terug te verwijzen.

34. In haar verweerschrift verzoekt de Commissie het Hof, de hogere voorziening gedeeltelijk niet-ontvankelijk en gedeeltelijk ongegrond te verklaren en verzoekster in de kosten te verwijzen.

35. Verzoekster en de Commissie zijn ter terechtzitting van 30 juni 2009 door het Hof gehoord. Partijen is verzocht zich met het oog op de terechtzitting voornamelijk te concentreren op de gevolgen van het uitblijven van de in artikel 8, lid 1, van verordening nr. 1049/2001 bedoelde vermelding van de beroepswegen in een beschikking waarbij toegang tot documenten wordt geweigerd, inzonderheid op de vraag of de beroepstermijnen tegen een dergelijke beschikking beginnen te lopen, en op de toepasselijkheid, in het kader van verordening nr. 1049/2001, van de rechtspraak op het gebied van de ontvankelijkheid van een beroep tot nietigverklaring dat is gericht tegen een handeling die louter een niet binnen de gestelde termijn aangevochten eerdere handeling bevestigt.

IV — Juridische analyse

A — *Inleidende overwegingen*

36. Tot staving van haar vordering tot vernietiging van het bestreden arrest voert verzoekster drie middelen aan. Zij betoogt dat

de brief van 26 juli 2002 ten onrechte is gekwalificeerd als een voor beroep vatbare beschikking, dat de brief van 14 februari 2005 ten onrechte is gekwalificeerd als een zuiver bevestigende handeling en dat artikel 7, lid 2, van verordening nr. 1049/2001 onjuist is uitgelegd.

37. De eerste twee middelen die verzoekster aanvoert zijn gericht tegen de — primaire — vaststelling van het Gerecht dat de in eerste aanleg aangevochten handeling zuiver een bevestiging vormde van de in de brief van 26 juli 2002 vervatte beschikking.

38. Daarentegen heeft het derde middel betrekking op de vaststelling „ten overvloede" door het Gerecht dat het beroep prematuur was en gebaseerd op een premisse die lijnrecht in strijd was met de conclusie van haar primaire analyse, te weten dat de in eerste aanleg bestreden handeling geen zuiver bevestigende handeling was.

39. Dit tweede deel van de redenering van het Gerecht is dus niet zozeer uiteengezet ten overvloede, maar duidelijk voor het alternatieve — volgens verzoekster aan de orde zijnde geval — geval waarin de bestreden handeling niet als een zuiver bevestigende handeling kon worden aangemerkt.

40. Ofschoon op de gebruikmaking van een dergelijke rechterlijke techniek kritiek kan worden geleverd, vooral omdat eruit blijkt dat de bodemrechter betwijfelt hoe een communautaire handeling rechtens moet worden gekwalificeerd, vormt zij op zich onvoldoende reden voor vernietiging van het bestreden arrest, inzonderheid wanneer, zoals in casu, het tweede deel van de redenering van het Gerecht ertoe strekt rechtstreeks te antwoorden op de argumenten die verzoekster heeft aangevoerd tot staving van haar betoog dat haar beroep in eerste aanleg ontvankelijk was.

41. Wat de onderhavige procedure betreft heeft de Commissie in haar memorie van antwoord op de hogere voorziening terecht aangevoerd dat, gesteld al dat de primaire redenering van het Gerecht moet worden verworpen, de hogere voorziening slechts tot vernietiging van het bestreden arrest kan leiden en tot de vaststelling door het Hof dat het beroep in eerste aanleg ontvankelijk was indien ook het derde middel in hogere voorziening gegrond wordt verklaard.

42. Indien daarentegen het derde middel in hogere voorziening moet worden verworpen, kan het Hof slechts concluderen dat de niet-ontvankelijkverklaring van het beroep in eerste aanleg gegrond was, ongeacht de vraag of de eerste twee middelen in hogere voorziening moeten worden aanvaard.

43. Naar mijn oordeel moet dan ook allereerst het derde middel in hogere voorziening worden onderzocht. Slechts indien dit middel moet worden aanvaard, zal het Hof de gegrondheid van ten minste een van de twee andere middelen in hogere voorziening moeten nagaan.

44. Ik wijs er echter nu al op dat het derde middel in hogere voorziening naar mijn oordeel moet worden verworpen, zodat daarmee de hogere voorziening zal moeten worden afgewezen. Het eerste en het tweede middel zal ik dan ook enkel subsidiair onderzoeken.

B — *Primair, het derde middel in hogere voorziening, ontleend aan een onjuiste uitlegging van artikel 7, lid 2, van verordening nr. 1049/2001*

1. Argumenten van partijen

45. Verzoekster betoogt om te beginnen dat de beoordelingen in de punten 105 tot en met 108 van het bestreden arrest steun bieden aan het door haar in eerste aanleg verdedigde standpunt dat het op 22 december 2004 neergelegde verzoek om toegang moest worden beschouwd als een eerste verzoek in de zin van artikel 7, lid 1, van verordening nr. 1049/2001, dat geheel nieuw was en door de Commissie overigens als zodanig is behandeld. Niettemin begrijpt verzoekster niet hoe het Gerecht in de punten 109 en 110 van het bestreden arrest heeft kunnen concluderen dat het in de bestreden handeling vervatte antwoord een initieel antwoord was, waartegen verzoekster een confirmatief verzoek in de zin van artikel 7, lid 2, van verordening nr. 1049/2001 had moeten indienen en niet rechtstreeks beroep bij het Gerecht krachtens artikel 230 EG had moeten instellen. Volgens verzoekster was het gelet op onder meer het duidelijke definitieve antwoord in de brief van 14 februari 2005 zinloos haar ertoe te dwingen, bij de Commissie een nieuw confirmatief verzoek in te dienen dat voor haar aanvullend tijdverlies en extra advocatenkosten zou hebben betekend. Bovendien bevat artikel 7, lid 2, van verordening nr. 1049/2001 een facultatieve regel en was zij gezien de omstandigheden van het geval niet gehouden een nieuw confirmatief verzoek in te dienen. Overigens verwijt verzoekster het Gerecht een procedurefout, voor zover het heeft geweigerd het rapport ter terechtzitting van 1 februari 2007 aan te vullen door daarin op te nemen het argument dat de bepalingen van artikel 7, lid 2, van verordening nr. 1049/2001 facultatief zijn.

46. De Commissie stelt voor dit middel af te wijzen. Zij wijst erop dat verzoekster heeft toegegeven dat zij geen confirmatief verzoek in de zin van verordening nr. 1049/2001 heeft ingediend en dat het initiële antwoord in de zin van artikel 7, lid 1, van deze verordening geen aanvechtbare handeling vormt.

2. Beoordeling

47. Om te beginnen zij opgemerkt dat, zoals gezegd, de redenering van het Gerecht in de punten 103 tot en met 110 van het bestreden arrest is gebaseerd op de premisse dat de in eerste aanleg aangevochten handeling (de brief van 14 februari 2005) niet louter een bevestiging vormde van de in de brief van 26 juli 2002 vervatte beschikking, zoals verzoekster voor het overige staande hield. Verzoekster heeft voor het Gerecht betoogd (en handhaaft in het kader van de huidige hogere voorziening voor het Hof het standpunt) dat het verzoek om toegang tot de documenten met betrekking tot LIEN-overeenkomst 97-2011 dat zij op 22 december 2004 bij de Commissie had ingediend, een (geheel nieuw) initieel verzoek vormde in de zin van artikel 7, lid 1, van verordening nr. 1049/2001. [7]

48. Hierna zal blijken dat verzoekster noch in eerste aanleg, noch in het kader van deze hogere voorziening ter onderbouwing van haar betoog heeft aangevoerd dat *in de context van verordening nr. 1049/2001* de rechtspraak van het Hof betreffende de niet-ontvankelijkheid van een beroep dat is gericht tegen een handeling die louter een bevestiging vormt van een niet binnen de statutaire termijn aangevochten eerdere handeling, zonder meer irrelevant is. Integendeel, zij lijkt veeleer op het standpunt te staan dat die rechtspraak in het kader van verordening nr. 1049/2001 van toepassing is, maar huldigt tegelijkertijd de opvatting dat de bestreden handeling, *gelet op de omstandigheden van de zaak,* niet als een *zuivere* bevestiging van de in de brief van 26 juli 2002 vervatte beschikking kan worden beschouwd.

49. In de punten 103 tot en met 110 van het bestreden arrest heeft het Gerecht zich niet uitgesproken over de precieze redenen waarom verzoekster heeft betoogd dat de bestreden handeling geen zuivere bevestiging vormde van de in de brief van 26 juli 2002 vervatte beschikking. Het is enkel van de veronderstelling uitgegaan dat zulks het geval was teneinde te onderzoeken of tegen de bestreden handeling niettemin beroep in rechte kon worden ingesteld, zoals verzoekster beweerde. Deze benadering is volgens mij op zich niet onjuist, aangezien de bodemrechter zich niet heeft uit te spreken over alle elementen van het geding, maar enkel over de elementen die, gelet op onder meer de argumenten van partijen en in het belang van een goede rechtsbedeling, essentieel zijn voor de beslechting daarvan. [8]

50. Gelet op een en ander moet in herinnering worden gebracht dat het Gerecht in zijn beoordeling zoals die in de punten 105 tot en

7 — Ofschoon verzoekster zich in antwoord op een schriftelijke vraag krachtens artikel 54 bis van het Reglement voor de procesvoering van het Hof „bereid" heeft getoond te verklaren dat het Hof het verzoek van 22 december 2004 kon aanmerken als een confirmatief verzoek, is dit antwoord, behalve dat het niet nader is uitgewerkt en in tegenspraak met de argumenten die verzoekster aanvoert tot staving van het derde middel van de hogere voorziening, uitsluitend geformuleerd voor het geval het „de rechtsbedeling ten goede komt" en „zeer subsidiair", terwijl het ter terechtzitting voor het Hof niet opnieuw is aangevoerd. In die omstandigheden kan aan dit antwoord nauwelijks ook maar de status van een ter ondersteuning van het onderhavige middel van de hogere voorziening aangevoerd argument worden toegekend.

8 — Zo heeft het Hof verklaard dat het Gerecht zich in een geding ten gronde kon uitspreken zonder over een exceptie van niet-ontvankelijkheid te beslissen, mits het beroep hoe dan ook ongegrond werd verklaard (zie arrest van 26 februari 2002, Raad/Boehringer, C-23/00 P, Jurispr. blz. I-1873, punt 52), welke praktijk het Hof zelf ook toepast (zie arrest van 23 maart 2004, Frankrijk/Commissie, C-233/02, Jurispr. blz. I-2759, punt 26).

met 110 van het bestreden arrest is uiteengezet, in hoofdzaak heeft vastgesteld dat het beroep tot nietigverklaring van de bestreden handeling prematuur was aangezien die handeling slechts diende ter voorbereiding van een tot stand te komen definitieve handeling.

51. Dienaangaande volgt uit de rechtspraak dat met betrekking tot handelingen of beschikkingen die in meerdere fasen, met name na afsluiting van een interne procedure, tot stand komen, in beginsel slechts maatregelen die het standpunt van de betrokken instelling aan het einde van die procedure definitief bepalen aanvechtbare handelingen vormen, met uitsluiting van tussenmaatregelen die dienen ter voorbereiding van de eindbeschikking. [9]

52. Daarentegen is de vorm waarin een handeling of beschikking wordt gegoten in beginsel irrelevant voor de ontvankelijkheid van een beroep tot nietigverklaring, daar de kwalificatie van een handeling als aanvechtbare handeling afhangt van de wezenlijke inhoud van de handeling en van de intentie van de auteurs ervan. [10]

53. De administratieve procedure voor toegang tot documenten die is geregeld in verordening nr. 1049/2001 verloopt overeenkomstig de artikelen 7 en 8 van deze verordening in twee achtereenvolgende etappes. [11]

54. Het genoemde artikel 7 regelt de behandeling van initiële verzoeken. Indien een dergelijk verzoek leidt tot volledige of gedeeltelijke weigering van toegang tot de gevraagde documenten (of indien niet binnen de in artikel 7 van verordening nr. 1049/2001 gestelde termijn is geantwoord) kan een confirmatief verzoek worden ingediend waarin de instelling wordt gevraagd *haar standpunt te herzien*. Artikel 8 van verordening nr. 1049/2001 bepaalt dat de (uitdrukkelijke of stilzwijgende) volledige of gedeeltelijke weigering toegang te verlenen tot de documenten waarom in een confirmatief verzoek is gevraagd, de verzoeker het recht geeft beroep in te stellen tegen de instelling onder de voorwaarden van artikel 230 EG-Verdrag.

55. Hieruit volgt dat, zoals het Gerecht terecht heeft vastgesteld in punt 104 van het bestreden arrest, enkel het antwoord op een confirmatief verzoek rechtsgevolgen kan sorteren die de belangen van de verzoeker raken en derhalve vatbaar is voor beroep tot nietigverklaring krachtens artikel 230 EG.

56. Hieraan wordt niet afgedaan door het betoog van verzoekster dat artikel 7, lid 2, van verordening nr. 1049/2001 louter de moge-

9 — Zie onder meer arresten van 11 november 1981, IBM/Commissie (60/81, Jurispr. blz. 2639, punt 10); 22 juni 2000, Nederland/Commissie (C-147/96, Jurispr. blz. I-4723, punt 27), en 17 juli 2008, Athinaïki Techniki/Commissie (C-521/06 P, Jurispr. blz. I-5829, punt 42).

10 — Zie in die zin arrest Athinaïki Techniki/Commissie, reeds aangehaald (punten 42 en 43).

11 — Zie ook punt 13 van de considerans van verordening nr. 1049/2001.

lijkheid biedt een confirmatief verzoek in te dienen. Het is weliswaar juist dat verordening nr. 1049/2001 niet iedere verzoeker verplicht een confirmatief verzoek in te dienen en hem dus de keuze laat om in het kader van de administratieve procedure het door de instelling in haar antwoord op het initiële verzoek ingenomen „standpunt" te bestrijden, maar genoemde verordening verbindt aan ontvankelijkheid van een beroep tot nietigverklaring krachtens artikel 230 EG wel duidelijk de voorwaarde dat de twee etappes van de administratieve procedure zijn uitgeput.

57. Voor het overige merk ik op dat, ook al brengt verzoekster dit niet duidelijk naar voren, uit de bewoordingen van de bestreden handeling en de bedoeling van de auteur ervan blijkt dat het Gerecht die handeling in punt 109 van het bestreden arrest terecht als antwoord op een initieel verzoek in de zin van artikel 7, lid 1, van verordening nr. 1049/2001 heeft aangemerkt. Bovendien zij erop gewezen — het is niet aan het Hof in het kader van een hogere voorziening de feiten opnieuw te beoordelen — dat verzoekster het Gerecht in het kader van het derde middel van de hogere voorziening niet verwijt de hem voorgelegde feitelijke elementen onjuist te hebben voorgesteld.

58. Voor het overige kan verzoekster uiteraard niet staande houden dat het Gerecht (in navolging van de Commissie) het op 22 december 2004 ingediende verzoek terecht als een volledig nieuw verzoek om toegang tot de documenten van LIEN-overeenkomst 97-2011 uit hoofde van artikel 7, lid 1, van verordening nr. 1049/2001 heeft beschouwd, en tegelijkertijd betogen dat zij zich aan de proceduremodaliteiten van die verordening kan onttrekken omdat die voor haar extra tijdverlies en advocatenkosten meebrengen. Daar komt bij dat, indien zoals verzoekster betoogt het op 22 december 2004 ingediende verzoek moest worden beschouwd als een geheel nieuw verzoek, de feitelijke omstandigheden die aan dat verzoek zijn voorafgegaan van weinig belang zijn om de gegrondheid van haar betoog tot staving van het onderhavige middel van de hogere voorziening te onderzoeken.

59. Bovendien moet worden opgemerkt dat het verzoek van 22 december 2004 de Commissie is toegezonden door verzoeksters raadsman en dat de in eerste aanleg bestreden handeling haar rechtstreeks is betekend. Als rechtsbeoefenaar had verzoeksters raadsman dan ook de nodige voorzichtigheid moeten betrachten en ervoor moeten zorgen dat verzoekster zich zou houden aan de vereisten van de aan instelling van beroep tot nietigverklaring voorafgaande administratieve procedure op grond van verordening nr. 1049/2001. In dit verband zij eveneens opgemerkt dat niet redelijkerwijs kan worden beweerd, zoals verzoeksters vertegenwoordiger ter terechtzitting voor het Hof te verstaan heeft gegeven, dat de procedureregels van verordening nr. 1049/2001 onduidelijk zijn en moeilijk uit te leggen.

60. Het komt mij dan ook voor dat het Gerecht in punt 110 van het bestreden arrest volkomen terecht heeft geoordeeld dat,

gesteld dat de bestreden handeling geen zuiver bevestigende handeling was, die handeling een antwoord vormde op een initieel verzoek in de zin van artikel 7, lid 1, van verordening nr. 1049/2001, dat niet vatbaar was voor beroep tot nietigverklaring krachtens artikel 230 EG.

61. Aangaande de argumenten die verzoekster „overigens" heeft aangevoerd, kan worden volstaan met op te merken dat verzoekster niet uiteenzet hoe de beweerde procedurefout van het Gerecht het dictum van het bestreden arrest zou kunnen aantasten. Voor het overige geeft verzoekster in punt 20 van haar hogere voorziening uitdrukkelijk toe dat haar brief aan het Gerecht, waarin zij uiteenzet waarom zij heeft verzocht dat het argument dat de bepalingen van artikel 7, lid 2, van verordening nr. 1049/2001 facultatief zijn in het rapport ter terechtzitting zou worden opgenomen, aan het dossier van de procedure in eerste aanleg is toegevoegd. Het Gerecht heeft het betrokken argument derhalve wel degelijk in aanmerking genomen, hetgeen overigens stilzwijgend steun vindt in de beoordeling in punt 109 van het bestreden arrest, betreffende, in hoofdzaak, de verplichting om de administratieve procedure in twee etappes als voorzien in de artikelen 7 en 8 van verordening nr. 1049/2001 in acht te nemen alvorens beroep tot nietigverklaring in te stellen krachtens artikel 230 EG.

62. Ik stel derhalve voor, het derde middel van de hogere voorziening af te wijzen.

63. Nu het eerste punt van het dictum van het bestreden arrest, houdende niet-ontvankelijkverklaring van het beroep in eerste aanleg, naar mijn oordeel gegrond is, hoeven bijgevolg het eerste en het tweede middel van de hogere voorziening niet meer te worden onderzocht.

64. Ik zal die twee middelen van de hogere voorziening dan ook slechts subsidiair onderzoeken, voor het geval het Hof het standpunt dat ik hiervóór heb uiteengezet niet mocht volgen.

C — *Subsidiair, het eerste en het tweede middel van de hogere voorziening, inhoudend, respectievelijk, dat de brief van 26 juli 2002 ten onrechte is gekwalificeerd als bevattend een voor beroep vatbare beschikking en dat de brief van 14 februari 2005 ten onrechte als een zuiver bevestigende handeling is beschouwd*

1. Het eerste middel van de hogere voorziening, inhoudend dat de brief van 26 juli 2002 ten onrechte is gekwalificeerd als bevattend een voor beroep vatbare beschikking

a) Argumenten van partijen

65. Volgens verzoekster heeft het Gerecht de brief van 26 juli 2002 ten onrechte gekwalificeerd als een antwoord op een confirmatief

verzoek krachtens artikel 8 van verordening nr. 1049/2001, dat vatbaar is voor beroep tot nietigverklaring op basis van artikel 230 EG. Indien het Gerecht niet buiten beschouwing had gelaten dat de brief van 26 juli 2002 was opgesteld in strijd met wezenlijke vormvoorschriften, had het moeten vaststellen dat de in de brief vervatte beschikking nietig of rechtens non-existent was. Dienaangaande merkt verzoekster op dat de brief van 26 juli 2002 niet is opgesteld door de secretaris-generaal van de Commissie, in strijd met het bepaalde in artikel 4 van de bijlage bij besluit 2001/937, geen enkele motivering bevat en de beschikbare beroepswegen niet aangeeft, in strijd met artikel 8, lid 1, van verordening nr. 1049/2001.

66. De Commissie uit om te beginnen twijfel omtrent de ontvankelijkheid van het eerste middel van de hogere voorziening, voor zover verzoekster niet de onderdelen van het arrest aangeeft waarvan zij vernietiging vordert en, althans in bepaalde opzichten, het Gerecht vergissingen bij de vaststelling of de beoordeling van de feiten lijkt te verwijten, een kwestie waarover het Hof in het kader van de hogere voorziening niet kan oordelen.

67. Ten gronde wijst de Commissie het betoog van verzoekster af voor zover het middel van de hogere voorziening zich slechts uitstrekt tot de onjuiste kwalificatie rechtens van de brief van 26 juli 2002. In de eerste plaats is zij van oordeel dat indien de door verzoekster aangevoerde gebreken schending van wezenlijke vormvoorschriften opleverden, het Gerecht niet zou hebben vastgesteld dat de beschikking van 26 juli 2002 non-existent was, maar hooguit de onrechtmatigheid, en dus de aanvechtbaarheid, ervan zou hebben vastgesteld. Verzoekster had echter juist de mogelijkheid, beroep tegen genoemde beschikking in te stellen om die aanvechtbaarheid aan te voeren, welke mogelijkheid zij niet heeft benut. In de tweede plaats meent de Commissie dat, gesteld al dat de brief van 26 juli 2002 rechtens non-existent is, toch bij het verstrijken van de termijn van vijftien dagen een afwijzende beschikking overeenkomstig artikel 8, lid 3, van verordening nr. 1049/2001 zou zijn gegeven waartegen verzoekster beroep tot nietigverklaring had kunnen instellen. Zo het Gerecht derhalve ten onrechte mocht hebben vastgesteld dat er een geldige uitdrukkelijke beschikking was, zou de brief van 14 februari 2005 niettemin nog steeds moeten worden beschouwd als een handeling houdende enkel een bevestiging van een (stilzwijgende) afwijzende beschikking waartegen verzoekster tijdig had moeten opkomen.

b) Beoordeling

68. Het Hof hoeft niet stil te staan bij de twijfel die de Commissie heeft geuit over de ontvankelijkheid van het onderhavige middel van de hogere voorziening.

69. Ook al zijn de argumenten die verzoekster tot staving van dit middel van de hogere voorziening aanvoert, enigszins vaag, zet deze laatste naar mijn oordeel rechtens afdoende uiteen dat de beoordelingen in de punten 79

tot en met 81 van het bestreden arrest, volgens welke de beschikking van 26 juli 2002 een voor verzoekster bezwarende handeling vormde waartegen beroep tot nietigverklaring openstond en die definitief was geworden, op een onjuiste opvatting van het recht berusten. Anders dan de Commissie te kennen geeft, bestaat de premisse waarop verzoeksters kritiek is gebaseerd bovendien niet in een betwisting van de beoordeling van de feiten door het Gerecht, maar in een onvolledig onderzoek van de aan het Gerecht voorgelegde feitelijke elementen. De gemeenschapsrechter heeft een middel ontleend aan onvolledig onderzoek van de feiten door de bodemrechter reeds in het stadium van de hogere voorziening ontvankelijk geacht. [12] A fortiori zou dit moeten gelden voor een argument tot staving van een middel rechtens.

70. Ten gronde zou de behandeling van het eerste middel van de hogere voorziening wel eens delicater kunnen zijn dan op het eerste gezicht het geval lijkt te zijn.

71. Het beweerde verzuim van het Gerecht rekening te houden met het door verzoekster aangevoerde gebrek aan motivering van de brief van 26 juli 2002, zou gemakkelijk irrelevant moeten kunnen worden verklaard. Vastgesteld moet immers worden dat het Gerecht in — het door verzoekster niet betwiste — punt 78 van het bestreden arrest heeft geoordeeld dat de Commissie blijkens de bewoordingen van die brief, die uitdrukkelijk verwees naar de brief van 8 juli 2002, duidelijk te kennen had gegeven dat zij niet op haar aanvankelijke antwoord wenste terug te komen. Verzoekster kan dus niet beweren dat het Gerecht heeft verzuimd het beweerde gebrek aan motivering van de brief van 26 juli 2002 in de beschouwing te betrekken. Het heeft juist wel degelijk onderzocht of de in de brief van 26 juli 2002 vervatte weigering was gemotiveerd, door op de voorgrond te stellen dat die brief, althans in grote lijnen, de redenen had vermeld waarom de Commissie verzoekster geen volledige toegang tot het dossier betreffende de LIEN-overeenkomst 97-2011 had verleend.

72. Wat daarentegen de twee andere gebreken van de beschikking van 26 juli 2002 betreft, staat vast dat deze noch afkomstig is van de in artikel 4 van de bijlage bij besluit 2001/937 aangewezen bevoegde autoriteit, te weten de secretaris-generaal van de Commissie, noch de beschikbare beroepswegen vermeldde, in strijd met de verplichting die op de instelling jegens de verzoeker rust krachtens artikel 8, lid 1, van verordening nr. 1049/2001. Ook staat vast dat het Gerecht heeft verzuimd voormelde gebreken te onderzoeken.

73. In dit stadium zou de toetsing door het Hof beperkt kunnen blijven tot de vraag of het Gerecht — in de veronderstelling dat het de

12 — Arrest Hof van 15 oktober 2002, Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commissie (C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P–C-252/99 P en C-254/99 P, Jurispr. blz. I-8375, punten 392-406), en arrest Gerecht van 19 september 2008 (Chassagne/Commissie, T-253/06 P, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 57).

twee gebreken van de beschikking van 26 juli 2002 had onderzocht — tot de conclusie zou zijn gekomen dat die beschikking geen „rechtskracht" had voor zover zij als non-existent moest worden beschouwd, zoals verzoekster beweert.

74. Naar mijn oordeel moet het middel van de hogere voorziening echter gedetailleerder worden onderzocht, nu het Gerecht wordt verweten geen onderzoek te hebben ingesteld naar bepaalde feiten die beweerdelijk wel voor deze instantie zijn aangevoerd.

75. Derhalve zal allereerst moeten worden onderzocht of het Gerecht de twee gebreken van de beschikking van 26 juli 2002 die verzoekster in hogere voorziening vermeldt, had moeten onderzoeken.

i) De verplichting om de onbevoegdheid van de auteur van de beschikking van 26 juli 2002 in de beschouwing te betrekken

76. Aangaande de onbevoegdheid van de auteur van de beschikking van 26 juli 2002 staat vast dat deze grief voor het Gerecht niet is aangevoerd.

77. Daarmee rijst de vraag of het Gerecht die onregelmatigheid ambtshalve aan de orde had moeten stellen.

78. Zoals uiteengezet in de punten 102 tot en met 109 van mijn conclusie in de zaak die heeft geleid tot het arrest Common Market Fertilizers/Commissie [13], moet het middel inzake onbevoegdheid van de auteur van een handeling *in beginsel* ambtshalve door de gemeenschapsrechter worden opgeworpen [14] als middel van openbare orde. Een dergelijk middel voldoet naar mijn oordeel *in beginsel* aan de twee fundamentele criteria die advocaat-generaal Jacobs heeft aangeduid in de punten 141 en 142 van zijn conclusie in de zaak waarin het arrest Salzgitter/Commissie [15] is gewezen en aan de hand waarvan kan worden bepaald:

— „of de geschonden bepaling een fundamentele doelstelling van de communautaire rechtsorde dient en of zij een belangrijke rol speelt bij het bereiken van die doelstelling" en

— „of de geschonden bepaling is gegeven in het belang van derden of in het algemeen belang en niet louter in het belang van de rechtstreeks betrokkenen". [16]

13 — Arrest van 13 september 2007 (C-443/05 P, Jurispr. blz. I-7209).

14 — Zie in die zin arresten van 10 mei 1960, Duitsland/Hoge Autoriteit (19/58, Jurispr. blz. 481, 499); 30 september 1982, Amylum/Raad (108/81, Jurispr. blz. 3107, punt 28), en 13 juli 2000 Salzgitter/Commissie (C-210/98 P, Jurispr. blz. I-5843, punten 56 en 57).

15 — Reeds aangehaald.

16 — Zoals ik al zei in mijn conclusie in de zaak die heeft geleid tot het arrest Common Market Fertilizers/Commissie, reeds aangehaald, geloof ik anders dan advocaat-generaal Jacobs niet dat de voorwaarde inzake kennelijke schending van het gemeenschapsrecht betrekking heeft op de kwalificatie van een middel als van openbare orde. Het betreft hier veeleer een prealabele voorwaarde waaraan moet zijn voldaan opdat de gemeenschapsrechter het ambtshalve aan de orde moet stellen.

79. Uiteraard beogen de bevoegdheidsregels een fundamenteel doel (of een fundamentele waarde) van de communautaire rechtsorde, te weten het institutionele evenwicht, te waarborgen. Zij zijn in het algemeen vastgesteld in het belang van de gemeenschap.

80. Maar dit neemt niet weg dat ook al moet een middel inzake onbevoegdheid van de auteur van de handeling *in beginsel* ambtshalve worden opgeworpen, de meest correcte benadering erin bestaat om op casuïstische wijze — dat wil zeggen aan de hand van de specifieke bevoegdheidsregel die verondersteld wordt te zijn geschonden — te beoordelen of is voldaan aan de twee hiervóór genoemde criteria, daaronder begrepen bijgevolg het criterium dat de regel een rol van betekenis speelt bij de verwezenlijking van het betrokken fundamentele doel of de betrokken fundamentele waarde. [17]

81. Juist in dit opzicht komt het mij voor dat de in casu geschonden regel, te weten artikel 4, lid 1, van de bijlage bij besluit 2001/937, op grond waarvan de bevoegdheid om confirmatieve verzoeken om toegang tot documenten te beantwoorden is gedelegeerd aan de secretaris-generaal, niet van aanzienlijke betekenis is voor de eerbiediging van het institutionele evenwicht. Deze regel valt veeleer onder de maatregelen van beheer of bestuur binnen de Commissie, overeenkomstig de rechtsgrondslag waarop zij berust, dat wil zeggen artikel 14 van het reglement van orde van de Commissie in de versie die gold op het moment waarop de beschikking van 26 juli 2002 is gegeven. [18] Miskenning van een dergelijke regel vormt mijns inziens dan ook geen geval dat de gemeenschapsrechter ambtshalve *moet* onderzoeken.

82. Hieruit volgt dat het Gerecht naar mijn oordeel geen blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door niet ambtshalve de onbevoegdheid van de auteur van de beschikking van 26 juli 2002 aan de orde te stellen.

ii) De verplichting in de beschouwing te betrekken dat bij de vaststelling van de beschikking van 26 juli 2002 is verzuimd de beschikbare beroepswegen te vermelden

83. Ik breng in herinnering dat, ook al heeft het Hof in de beschikkingen Guérin automobiles/Commissie [19] geoordeeld dat op de

17 — Zie in die zin arrest van 14 december 1988, Hecq/Commissie (280/87, Jurispr. blz. 6433, punt 12), waarin het Hof heeft geweigerd ambtshalve te onderzoeken of een diensthoofd bevoegd was maatregelen van beheer ten aanzien van een ambtenaar te treffen.

18 — Artikel 14 van het reglement van orde van de Commissie, in werking getreden op 1 januari 2001 (PB 2000, L 308, blz. 26), bepaalde dat „[d]e Commissie [...] op voorwaarde dat het beginsel van haar collegiale verantwoordelijkheid ten volle wordt geëerbiedigd, aan de directeuren-generaal en de diensthoofden de bevoegdheid [kan] delegeren om in haar naam en met inachtneming van de door haar vastgestelde grenzen en voorwaarden maatregelen van beheer of bestuur te nemen".

19 — Beschikkingen van 5 maart 1999 (C-153/98 P, Jurispr. blz. I-1441, punt 15, en C-154/98 P, Jurispr. blz. I-1451, punt 15). Zie in die zin ook beschikking van 7 december 2004, Internationaler Hilfsfonds/Commissie (C-521/03 P, punt 44).

communautaire bestuurlijke autoriteiten niet de verplichting rust de justitiabelen in kennis te stellen van de beschikbare beroepswegen, in dit verband wel moet zijn voldaan aan de voorwaarde dat „in het gemeenschapsrecht een uitdrukkelijke bepaling ontbreekt".

84. Aangaande de toegang van het publiek tot documenten van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie, gelast artikel 8, lid 1, van verordening nr. 1049/2001 de betrokken instelling die toegang geheel of gedeeltelijk weigert uitdrukkelijk dat zij de verzoeker „attendeert op de beroepsmogelijkheden die hem openstaan, namelijk beroep op de rechter tegen de instelling en/of een klacht bij de [O]mbudsman, onder de voorwaarden van respectievelijk de artikelen 230 [EG] en 195 [EG]".

85. Zoals ik al zei had de Commissie in casu verzoekster derhalve bij de vaststelling van de beschikking van 26 juli 2002 in kennis moeten stellen van de beroepswegen die haar openstonden tegen die beschikking. [20]

86. Blijkens de aan het Gerecht overgelegde stukken, en zoals de Commissie in haar memorie van antwoord op het verzoek in hogere voorziening heeft toegegeven [21], heeft verzoekster in het kader van het onderzoek door het Gerecht van de ontvankelijkheid van haar beroep tot nietigverklaring wel degelijk — al is het maar summier — als argument aangevoerd dat zij niet was geattendeerd op de beroepswegen die haar openstonden tegen de beschikking van 26 juli 2002.

87. Het is juist dat het Gerecht volgens de rechtspraak niet ieder argument dat een partij aanvoert gedetailleerd hoeft te beantwoorden om zijn arrest rechtens genoegzaam te motiveren. [22]

88. Gelet evenwel op het in artikel 8, lid 1, van verordening nr. 1049/2001 gestelde vereiste, waarvan het Gerecht niet onwetend kon zijn, en het klaarblijkelijke verzuim van de Commissie bij de vaststelling van de beschikking van 26 juli 2002, de openstaande beroepswegen te vermelden, is het duidelijk dat verzoekster op de onregelmatigheid van die beschikking een beroep heeft gedaan met de bedoeling dat het Gerecht zou onder-

20 — Of op die beroepswegen moet worden geattendeerd in de motivering van de beschikking zelf of in de betekening van deze laatste, is niet beslissend en deze vraag wordt hoe dan ook niet door verordening nr. 1049/2001 beheerst. Van belang is dat de beroepswegen kenbaar worden gemaakt op het moment waarop toegang tot de gevraagde documenten geheel of gedeeltelijk wordt geweigerd.

21 — Zie respectievelijk punt 4 (blz. 4) van de opmerkingen van verzoekster over de door de Commissie bij het Gerecht opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid en voetnoot 2 (blz. 4) van de memorie van antwoord in hogere voorziening bij het Hof.

22 — Zie onder meer arresten van 6 maart 2001, Connolly/Commissie (C-274/99 P, Jurispr. blz. I-1611, punt 121); 11 september 2003, België/Commissie (C-197/99 P, Jurispr. blz. I-8461, punt 81), en 9 september 2008, FIAMM e.a./Raad en Commissie (C-120/06 P en C-121/06 P, Jurispr. blz. I-6513, punt 91).

zoeken welke gevolgen dat verzuim kon hebben voor de ontvankelijkheid van het bij hem ingestelde beroep, welke ontvankelijkheid zoals gezegd de Commissie overigens uitdrukkelijk bestreed.

89. Zoals ik hierna zal uiteenzetten, had het Gerecht zich bij dat onderzoek inzonderheid moeten afvragen of de beroepstermijnen verzoekster wellicht niet konden worden tegengeworpen.

90. Door geen gevolg te geven aan het verzoek van verzoekster, de niet-vermelding van de tegen de beschikking van 26 juli 2002 openstaande beroepswegen te onderzoeken en, bijgevolg, door niet na te gaan welke gevolgen die onregelmatigheid bij de vaststelling van een beschikking op basis van artikel 8, lid 1, van verordening nr. 1049/2001 kon hebben, heeft het Gerecht naar mijn oordeel op zijn minst geen afdoende motivering [23] gegeven voor de conclusie waartoe het in het bestreden arrest is gekomen, te weten dat de beschikking van 26 juli 2002 een aanvechtbare handeling vormde die op het moment waarop beroep tegen de handeling van 14 februari 2005 werd ingesteld definitief was geworden.

91. De onjuiste rechtsopvatting met betrekking tot de motiveringsplicht die ik zojuist in het licht heb gesteld kan naar mijn oordeel niet in het kader van de hogere voorziening door het Hof worden goedgemaakt, aangezien het toezicht dat in casu van het Hof wordt verlangd zich niet uitsluitend uitstrekt tot zuivere rechtsoverwegingen, maar ook, althans ten dele, tot de beoordeling van feiten die het Gerecht niet heeft onderzocht. [24]

92. Hieruit volgt dat het bestreden arrest gedeeltelijk zou moeten worden vernietigd, te weten voor zover — primair — daarin het door verzoekster ingestelde beroep niet-ontvankelijk is verklaard op grond dat het is ingesteld tegen een handeling die louter een bevestiging van de op 26 juli 2002 tot stand gekomen handeling vormde.

93. Indien het Hof deze benadering mocht volgen, zou niet meer hoeven te worden ingegaan op het tweede middel van de hogere voorziening, omdat dit middel niet zou kunnen leiden tot een verdergaande nietigverklaring dan de zojuist door mij uiteengezette. [25]

23 — Zoals het Hof reeds heeft vastgesteld, kon — en moest — ontoereikendheid van de motivering door de gemeenschapsrechter ambtshalve worden opgeworpen (zie onder meer arrest van 2 april 1998, Commissie/Sytraval en Brink's France, C-367/95 P, Jurispr. blz. I-1719, punt 67 en aangehaalde rechtspraak).

24 — Zie in die zin arresten van 9 september 2003, Kik/BHIM (C-361/01 P, Jurispr. blz. I-8283, punt 101); 30 september 2003, Biret International/Raad (C-93/02 P, Jurispr. blz. I-10497, punt 60) en Biret et Cie/Raad (C-94/02 P, Jurispr. blz. I-10565, punt 63); 21 oktober 2004, KWS Saat/BHIM (C-447/02 P, Jurispr. blz. I-10107, punten 46-51), en 30 april 2009, CAS Succhi di Frutta/Commissie (C-497/06 P, punten 57-67). Zie ook, voor de mogelijkheid een motivering te vervangen door een andere, punt 179 van de conclusie van advocaat-generaal Léger in de zaak die heeft geleid tot het arrest van 12 november 1996, Ojha/Commissie (C-294/95 P, Jurispr. blz. I-5863).

25 — Zie naar analogie arrest van 3 juli 2003, Chronopost e.a./Ufex e.a. (C-83/01 P, C-93/01 P en C-94/01 P, Jurispr. blz. I-6993, punt 43).

94. Het zou dan volstaan dat het Hof zich uitspreekt over de gegrondheid van het derde middel van de hogere voorziening, dat is gericht tegen de „ten overvloede" of beter gezegd alternatief aangevoerde overweging van het Gerecht, die in hoofdzaak inhoudt dat, gesteld dat de brief van 14 februari 2005 geen zuiver bevestigende handeling vormde, het door verzoekster ingestelde beroep tot nietigverklaring hoe dan ook prematuur was. Alleen bij aanvaarding van het derde middel van de hogere voorziening zou het arrest namelijk volledig kunnen worden vernietigd.

95. Zoals gezegd moet naar mijn oordeel het derde middel van de hogere voorziening echter worden verworpen.

96. Hieruit volgt dat, ook al mocht het Hof het eerste middel onderzoeken en tot de conclusie komen dat het arrest van het Gerecht gedeeltelijk moet worden vernietigd, op het tweede middel van de hogere voorziening niet zou hoeven te worden beslist.

97. Voor het overige wil ik er in stadium op wijzen dat, gesteld al dat het Hof besluit het eerste en het derde middel van de hogere voorziening te aanvaarden en meent zich te kunnen uitspreken over de ontvankelijkheid van het beroep tot nietigverklaring in eerste aanleg, die ontvankelijkheid naar mijn oordeel niet kan worden afgeleid uit de argumenten die verzoekster ontleent aan de non-existentie of de nietigheid van de beschikking van 26 juli 2002 of zelfs de mogelijkheid dat de beroepstermijnen haar niet kunnen worden tegengeworpen.

98. Aangaande de non-existentie van de beschikking van 26 juli 2002 zij in herinnering gebracht dat volgens vaste rechtspraak op handelingen van de gemeenschapsinstellingen in beginsel een vermoeden van rechtmatigheid rust en dat deze handelingen derhalve, ook indien zij onregelmatigheden vertonen, rechtsgevolgen sorteren zolang zij niet zijn nietigverklaard of ingetrokken. [26]

99. Slechts als uitzondering op dit beginsel moeten handelingen die een onregelmatigheid vertonen waarvan de ernst dermate voor de hand ligt dat zij door de communautaire rechtsorde niet kan worden aanvaard, worden geacht geen rechtsgevolgen te hebben gesorteerd, zelfs niet voorlopig. Die handelingen moeten met andere woorden juridisch als non-existent worden beschouwd. Deze uitzondering dient een evenwicht te verzekeren tussen twee fundamentele, maar soms tegenstrijdige vereisten waaraan een rechtsorde moet voldoen, te weten de stabiliteit der rechtsbetrekkingen en de eerbiediging van de legaliteit. [27]

26 — Arresten van 26 februari 1987, Consorzio Cooperative d'Abruzzo/Commissie (15/85, Jurispr. blz. 1005, punt 10); 15 juni 1994, Commissie/BASF e.a. (C-137/92 P, Jurispr. blz. I-2555, punt 48); 8 juli 1999, Chemie Linz/Commissie (C-245/92 P, Jurispr. blz. I-4643, punt 93), en 5 oktober 2004, Commissie/Griekenland (C-475/01, Jurispr. blz. I-8923, punt 18).

27 — Reeds aangehaalde arresten Commissie/BASF e.a. (punt 49), Chemie Linz/Commissie (punt 94) en Commissie/Griekenland (punt 19).

100. De gevolgen verbonden zijn aan de vaststelling dat een handeling van de instellingen van de Europese Gemeenschap non-existent is, zijn dermate zwaar dat deze vaststelling in het belang van de rechtszekerheid moet worden voorbehouden aan zeer extreme gevallen. [28]

101. Zo heeft het Hof geweigerd als juridisch non-existent te beschouwen beschikkingen waarvan de onregelmatigheden bestonden in het ontbreken van authenticatie van de handeling en/of onbevoegdheid van de auteur ervan. [29]

102. Gelet op de hiervóór in herinnering gebrachte rechtspraak komt het mij voor dat de onregelmatigheid die kleeft aan de brief van 26 juli 2002, inzake de niet-vermelding van de beroepswegen, niet van een dermate klaarblijkelijke ernst is dat zij door de communautaire rechtsorde niet zou kunnen worden aanvaard en derhalve tot gevolg zou hebben dat die brief non-existent is.

103. Daarentegen, en in de tweede plaats, betoogt de Commissie terecht dat die onregelmatigheid in het kader van een beroep tot nietigverklaring krachtens artikel 230 EG tegen de in de brief van 26 juli 2002 vervatte beschikking aan de orde had kunnen worden gesteld wegens schending van artikel 8, lid 1, van verordening nr. 1049/2001.

104. Vaststaat evenwel dat verzoekster deze mogelijkheid niet heeft aangewend tegen voormelde brief, niet omdat zij niet op de hoogte was van de beroepsweg die bij de vaststelling van de beschikking van 26 juli 2002 overeenkomstig artikel 8, lid 1, van verordening nr. 1049/2001 had moeten worden vermeld, maar hoofdzakelijk omdat dit haar, zoals zij voor het eerst in punt 10 van haar hogere voorziening te kennen heeft gegeven, niet de meest geschikte aanpak leek. [30]

105. Bovendien zou, gesteld al dat het gestelde gebrek op zich had kunnen leiden tot nietigverklaring van de beschikking van 26 juli 2002 [31], de gemeenschapsrechter die beschikking echter niet in het kader van een uitsluitend tegen de brief van 14 februari 2005 gericht beroep hebben kunnen nietigverklaren zonder het voorwerp van het geding te verruimen.

28 — Reeds aangehaalde arresten Commissie/BASF e.a. (punt 50), Chemie Linz/Commissie (punt 95) en Commissie/Griekenland (punt 20).

29 — Zie dienaangaande arrest Commissie/BASF e.a., reeds aangehaald (punten 48-53), en arrest van 30 januari 2002, Italië/Commissie (C-107/99, Jurispr. blz. I-1091, punt 45).

30 — Daar zet verzoekster namelijk uiteen dat zij in de beschouwing had betrokken dat een onderzoek door de Ombudsman betere en snellere resultaten zou opleveren dan een procedure voor het Gerecht te Luxemburg, die, gelijk de ervaring toont, lang is.

31 — Zoals bekend bepaalt artikel 231 EG dat indien het beroep tot nietigverklaring gegrond is, de betwiste handeling door het Hof wordt nietig verklaard.

106. In de derde plaats ten slotte geloof ik evenmin dat in casu een ander gevolg, te weten de niet-tegenwerpbaarheid van de beroepstermijnen, voortvloeit uit het feit dat bij de vaststelling van de beschikking van 26 juli 2002 geen informatie over de beroepswegen is verstrekt.

107. In het algemeen is het juist dat in de rechtsorde van een aantal lidstaten het verzuim van een bestuursorgaan om de beroepswegen aan te duiden, niet ertoe leidt dat de beschikking onrechtmatig is, maar tot gevolg heeft dat termijnen om beroep tegen de betrokken bestuurshandeling in te stellen niet kunnen worden tegengeworpen. [32] Deze oplossing biedt de nationale rechter in het algemeen de mogelijkheid, verval van het recht om beroep in te stellen uit te sluiten in gevallen waarin het bestuur niet heeft voldaan aan zijn verplichting, de geadresseerde van de handeling in kennis te stellen van de beroepswegen. Deze sanctie is in beginsel uitdrukkelijk neergelegd in de wet of een andere handeling van algemene strekking, maar kan ook door de rechter worden uitgesproken.

108. Hiertegen zou kunnen worden aangevoerd dat in het gemeenschapsrecht noch het Verdrag noch verordening nr. 1049/2001 de gemeenschapsrechter uitdrukkelijk de bevoegdheid verleent te verklaren dat ingeval de beroepswegen tegen een weigering om toegang tot documenten te verlenen niet zijn aangeduid, de geadresseerde van die weigering de beroepstermijnen niet kunnen worden tegengeworpen.

109. Naar mijn oordeel kan een dergelijke attributie echter worden afgeleid uit het stelsel van beroepswegen van het EG-Verdrag, inzonderheid uit de bevoegdheid die het Hof in artikel 230 EG is ingeruimd, en uit het in artikel 8, lid 1, van verordening nr. 1049/2001 neergelegde vereiste. Wanneer de gemeenschapsrechter de bevoegdheid wordt ingeruimd vast te stellen dat de beroepstermijnen niet kunnen worden tegengeworpen in gevallen waarin het bestuur heeft verzuimd de geadresseerde in kennis te stellen van de beroepswegen die openstaan tegen een beschikking waarbij toegang tot documenten is geweigerd, verkrijgt de justitiabele immers de mogelijkheid de rechtmatigheid van het optreden van de gemeenschapsinstellingen op dat gebied aan toetsing te onderwerpen en wordt hem het recht op toegang tot de rechter gewaarborgd.

110. Uiteindelijk zou het er dan niet om gaan, de gemeenschapsrechter een aanvullende bevoegdheid te verlenen, maar deze rechter in staat te stellen de rechtmatigheid van handelingen van de gemeenschapsinstellingen in het kader van de toepassing van verordening nr. 1049/2001 in volle omvang te toetsen.

111. Ter terechtzitting voor het Hof heeft de Commissie, om te weerleggen dat de beroepstermijnen niet kunnen worden tegengeworpen, ook aangevoerd dat volgens artikel 8,

32 — Zonder te beweren dat mijn opsomming volledig is, wijs ik erop dat de beroepstermijnen naar Belgisch, Deens, Duits, Ests, Fins, Frans, Grieks, Italiaans, Luxemburgs, Nederlands, Pools, Portugees en Spaans recht niet kunnen worden tegengeworpen.

lid 3, van verordening nr. 1049/2001 het verzuim om binnen de gestelde termijn te antwoorden op een confirmatief verzoek neerkomt op een stilzwijgende weigering, die de beroepstermijn doet ingaan. Aangezien een stilzwijgende afwijzende beschikking naar haar aard geen beroepstermijnen vermeldt, zou het volgens de Commissie onredelijk zijn hieruit af te leiden dat aan de geadresseerde van een dergelijke beschikking nooit beroepstermijnen kunnen worden tegengeworpen.

112. Dit is weliswaar een zowel gewichtig als logisch argument, maar ik geloof niet dat hieruit algemeen kan worden geconcludeerd dat, zoals de Commissie ter terechtzitting ook heeft betoogd, de vermelding van de beroepswegen die artikel 8, lid 1, van verordening nr. 1049/2001 het bestuur voorschrijft enkel kan worden beschouwd als het ter informatie in herinnering brengen van de relevante bepalingen van het EG-Verdrag, zonder dat het verzuim om aan deze verplichting te voldoen kan worden bestraft.

113. In het bestuursrecht van sommige lidstaten, zoals dat van de Franse Republiek en de Italiaanse Republiek, waarin het stilzwijgen van het bestuur na het verstrijken van een bepaalde termijn neerkomt op een afwijzend besluit, heeft deze situatie geen onoverkomelijk beletsel gevormd voor de invoering van bepalingen op grond waarvan een bestuursorgaan de wegen voor beroep in rechte moet vermelden bij het geven van een uitdrukkelijke *individuele* beschikking en die aan het verzuim van die vermelding de sanctie verbinden dat de beroepstermijnen niet kunnen worden tegengeworpen.

114. In de onderhavige zaak vormde de beschikking van 26 juli 2002 inderdaad een uitdrukkelijke weigering om verzoekster toegang te verlenen tot alle documenten betreffende LIEN-overeenkomst 97-2011.

115. Ofschoon naar mijn oordeel derhalve niets belet dat het verzuim om de beroepswegen aan te duiden bij het geven van een beschikking krachtens artikel 8, lid 1, van verordening nr. 1049/2001 tot gevolg kan hebben dat de beroepstermijnen niet kunnen worden tegengeworpen, rest echter nog de vraag of dit gevolg automatisch intreedt of afhangt van de omstandigheden van het geval.

116. Dienaangaande is het naar mijn oordeel redelijk, het vermoeden te hanteren dat wanneer de in artikel 8, lid 1, van verordening nr. 1049/2001 voorgeschreven informatie over de beschikbare beroepswegen niet is verstrekt, de verzoeker zijn recht van beroep niet binnen de gestelde termijn heeft kunnen uitoefenen. Een dergelijk vermoeden lijkt mij te stroken met de in verordening

nr. 1049/2001 verankerde doelstellingen, het recht op toegang een zo ruim mogelijke draagwijdte te verlenen en de uitoefening van dat recht door de burger van de Europese Unie te vergemakkelijken. [33]

117. Niettemin meen ik ook dat dit vermoeden niet absoluut zou moeten zijn. De rechter moet, op grond van een onderzoek van de concrete omstandigheden van het geval, kunnen uitsluiten dat de beroepstermijnen niet kunnen worden tegengeworpen. Inzonderheid zouden naar mijn oordeel de mate waarin de verzoeker geïnformeerd is of de duidelijk kenbaar gemaakte bedoeling van deze laatste om van zijn recht beroep in rechte in te stellen geen gebruik te maken, relevante elementen vormen die in de beschouwing moeten worden betrokken. [34]

118. Zoals in punt 104 van de onderhavige conclusie is uiteengezet, heeft verzoekster in casu na de vaststelling van de beschikking van 26 juli 2002 besloten een klacht in te dienen bij de Ombudsman, een buitengerechtelijke beroepsweg die eveneens verplicht moet worden vermeld in iedere beschikking houdende afwijzing van een confirmatief verzoek om toegang tot documenten. Zoals verzoekster voor het eerst in punt 10 van haar hogere voorziening heeft aangegeven, leek dit haar geschikter dan een beroep tot nietigverklaring bij het Gerecht in te stellen. [35] Zij was er dus perfect van op de hoogte dat zij beroep tot nietigverklaring kon instellen tegen de beschikking van 26 juli 2002, maar heeft van die mogelijkheid geen gebruik gemaakt.

119. Gelet op een en ander ben ik van oordeel dat het beroep in eerste aanleg niet-ontvankelijk zou kunnen worden verklaard op grond dat het verzuim om bij de vaststelling van de beschikking van 26 juli 2002 de beroepstermijnen te vermelden, ertoe zou hebben geleid dat die beschikking non-existent of nietig was of tot gevolg zou hebben gehad dat de beroepstermijnen niet konden worden tegengeworpen.

120. Gezien het voorgaande zou de gegrondheid van het tweede middel van de hogere voorziening niet hoeven te worden onder-

33 — Uiteraard betekent dat vermoeden dat het geenszins aan de verzoeker is om eventuele verschoonbare dwaling aan te tonen op grond waarvan hij mag afwijken van de regels op het gebied van de beroepstermijnen. Voor het overige betekent dat vermoeden ook dat de beschikking die tot stand is gekomen zonder eerbiediging van de verplichting de beroepstermijnen te vermelden, in beginsel niet definitief is geworden voor de verzoeker. In die omstandigheden kan deze laatste opkomen hetzij tegen de bevestigde beschikking, hetzij tegen de zogenaamde confirmatieve beschikking, hetzij tegen deze beide beschikkingen. Zie arresten van 11 mei 1989, Maurissen en Union syndicale/Rekenkamer (193/87 en 194/87, Jurispr. blz. 1045, 1075, punt 26), en 18 december 2007, Weißenfels/Parlement (C-135/06 P, Jurispr. blz. I-12041, punt 54).

34 — Zoals in zekere zin de consument ermee kan instemmen dat de rechter een onrechtvaardige contractuele clausule niet buiten toepassing laat (zie dienaangaande arrest van 4 juni 2009, Pannon GSM, C-243/08, Jurispr. blz. I-4713, punt 33).

35 — Over de vraag of verzoekster bij de betekening van de beschikking van 26 juli 2002 werd vertegenwoordigd door een raadsman, bestaat verschil van mening. Ofschoon verzoeksters raadsman ter terechtzitting voor het Hof heeft laten doorschemeren dat zulks het geval was, wordt deze insinuatie door geen stuk in het dossier gestaafd, daar de mededelingen destijds rechtstreeks aan de directeur van verzoekster werden gezonden.

zocht. Ik zal dit middel van de hogere voorziening niettemin ten overvloede onderzoeken.

2. Het tweede middel van de hogere voorziening, inhoudend dat de brief van 14 februari 2005 ten onrechte is gekwalificeerd als een zuiver bevestigende handeling

a) Argumenten van partijen

121. In de eerste plaats is verzoekster van oordeel dat het Gerecht ten onrechte niet heeft aanvaard — in de punten 87 tot en met 92 en in punt 101 van het bestreden arrest — dat de conclusie en de resultaten van het door de Ombudsman verrichte onderzoek nieuwe elementen vormden die de beroepstermijnen opnieuw deden ingaan. In de tweede plaats geeft zij te kennen dat het, gelet op de algemene houding van de Commissie, onbegrijpelijk is dat het Gerecht in de punten 93 tot en met 100 van het bestreden arrest heeft geoordeeld dat de brief van 14 februari 2005 niet was voorafgegaan door een nieuw onderzoek van verzoeksters situatie. Volgens verzoekster is het zonder meer duidelijk dat de Commissie haar brief van 22 december 2004 had geanalyseerd als een geheel nieuw verzoek om toegang tot het dossier van LIENovereenkomst 97-2011 en dat deze instelling daarop, na onderzoek van de situatie, een autonoom en definitief antwoord wilde geven. In die omstandigheden kon de brief van 14 februari 2005 dus niet worden aangemerkt als een zuivere bevestiging van de beschikking van 26 juli 2002. Ter terechtzitting voor het Hof heeft verzoekster verklaard dat hoe dan ook de rechtspraak van het Hof op het gebied van de niet-ontvankelijkheid van een beroep tegen een handeling waarbij enkel een niet binnen de gestelde termijn aangevochten eerdere handeling is bevestigd, irrelevant is in het kader van de toepassing van de bepalingen van verordening nr. 1049/2001.

122. De Commissie bestrijdt de kritiek op de redenering van het Gerecht. Haars inziens heeft het Gerecht in punt 86 van het bestreden arrest terecht geoordeeld dat de vaststelling van een geval van wanbeheer door de Ombudsman niet kan afdoen aan het feit dat de beschikking van de Commissie van 26 juli 2002 definitief was geworden. De tegenovergestelde oplossing zou niet te verzoenen zijn met het feit dat de klachtprocedure voor de Ombudsman over de termijnen voor beroep in rechte geen schorsende werking heeft. Die oplossing zou tevens voorbij gaan aan het feit dat de procedure voor de Ombudsman geen gerechtelijke procedure is en het advies van deze laatste niet voor uitvoering vatbaar. Aangaande het criterium dat verzoeksters situatie niet opnieuw is onderzocht is de Commissie, in antwoord op een vraag van het Hof krachtens artikel 54 bis van zijn Reglement voor de procesvoering, in hoofdzaak van oordeel dat hier geen sprake is van een zelfstandige voorwaarde naast het vereiste van een nieuw element, dat in casu ontbreekt.

3. Beoordeling

a) De toepasselijkheid van de rechtspraak op het gebied van de niet-ontvankelijkheid van een beroep tegen een handeling die enkel een niet binnen de gestelde termijn aangevochten eerdere handeling bevestigt in de context van verordening nr. 1049/2001

123. Volgens vaste rechtspraak zijn de termijnen voor het instellen van beroep krachtens artikel 230 EG van openbare orde. Deze termijnen, die zijn vastgelegd om de duidelijkheid en de zekerheid van rechtssituaties te verzekeren, kunnen niet naar believen van partijen en de rechter worden ingeroepen. [36]

124. Voor het overige is volgens vaste rechtspraak een beroep tegen een beschikking die *zuiver* een bevestiging vormt van een niet binnen de gestelde termijn aangevochten eerdere beschikking niet-ontvankelijk. [37]

125. Het Gerecht heeft deze rechtspraak in het bestreden arrest toegepast met de overweging dat de brief van 14 februari 2005, waarbij het verzoek om toegang tot het volledige dossier van LIEN-overeenkomst 97-2011 is afgewezen, een zuivere bevestiging vormde van de beschikking van 26 juli 2002.

126. Het Gerecht heeft geen (althans geen uitdrukkelijke) twijfel geuit over de toepasselijkheid van die rechtspraak in de context van de toegang van het publiek tot documenten zoals neergelegd in verordening nr. 1049/2001.

127. Zoals ik in punt 48 van de onderhavige conclusie reeds op de voorgrond heb gesteld, verwijt verzoekster het Gerecht in haar hogere voorziening niet zozeer, de rechtspraak betreffende zuiver bevestigende handelingen relevant te hebben geacht in het kader van de toepassing van de bepalingen van verordening nr. 1049/2001, maar veeleer, die rechtspraak onjuist te hebben toegepast.

128. Stellig komt verzoekster op tegen de weigering van het Gerecht, het op 22 december 2004 ingediende verzoek te beschouwen als een geheel nieuw verzoek, terwijl het door de Commissie als zodanig zou zijn aangemerkt in haar antwoord van 14 februari 2005. [38]

36 — Zie dienaangaande arrest van 23 januari 1997, Coen (C-246/95, Jurispr. blz. I-403, punt 21), en beschikking van 8 december 2005, Campailla/Commissie (C-210/05 P, punt 28).

37 — Zie onder meer arresten van 25 oktober 1977, Metro SB-Großmärkte/Commissie (26/76, Jurispr. blz. 1875, punt 4); 15 december 1988, Irish Cement/Commissie (166/86 en 220/86, Jurispr. blz. 6473, punt 16); 11 januari 1996, Zunis Holding e.a./Commissie (C-480/93 P, Jurispr. blz. I-1, punt 14), en 9 december 2004, Commissie/Greencore (C-123/03 P, Jurispr. blz. I-11647, punt 39).

38 — Zoals ik al zei heeft het Gerecht bij de — alternatieve — beoordeling in de punten 103 tot en met 110 van het bestreden arrest (waartegen verzoekster opkomt in het kader van het hierboven onderzochte derde middel van de hogere voorziening) aanvaard dat het op 22 december 2004 ingediende verzoek een geheel nieuw verzoek vormde.

129. Dit komt evenwel veeleer neer op een nieuw verzoek om beoordeling van de feiten, dat door het Hof in hogere voorziening zeker niet in behandeling kan worden genomen [39], zo niet het verwijt dat het Gerecht de bewijselementen onjuist heeft voorgesteld, dan op een verzoek aan het Hof te onderzoeken of de rechtspraak op het gebied van de zuiver bevestigende handeling toepasselijk is bij de toepassing van verordening nr. 1049/2001.

130. Voor het overige heeft verzoekster pas in een laat stadium, dat wil zeggen nadat het Hof met het oog op de terechtzitting vragen had gesteld, aangevoerd dat de rechtspraak inzake zuiver bevestigende handelingen niet van toepassing is.

131. Hieruit zou dus kunnen worden afgeleid dat het Hof in de onderhavige zaak niet is aangezocht om zich uit te spreken over een onjuiste rechtsopvatting waaraan het Gerecht zich schuldig zou hebben gemaakt door, stilzwijgend maar noodzakelijkerwijs, vast te stellen dat de rechtspraak op het gebied van zuiver bevestigende handelingen in het kader van verordening nr. 1049/2001 van toepassing was.

132. Men kan zich echter afvragen, in de eerste plaats, of, wanneer onder meer het Gerecht zich moet uitspreken over een vraag betreffende de voorwaarden voor ontvankelijkheid van een beroep tot nietigverklaring, hetzij omdat een exceptie van niet-ontvankelijkheid is opgeworpen hetzij omdat het de vraag ambtshalve onderzoekt [40], de rechter in eerste aanleg niet noodzakelijkerwijs rekening moet houden met alle bepalingen van het rechtskader dat op de aan hem voorgelegde feiten toepasselijk is, daaronder begrepen de bepalingen die in voorkomend geval in de weg zouden staan aan een mogelijke niet-ontvankelijkverklaring van dat beroep, en, in de tweede plaats, of het Hof niet ambtshalve aan de orde moet stellen dat het Gerecht de bepalingen van het rechtskader op basis waarvan het de ontvankelijkheid van het beroep tot nietigverklaring moet beoordelen, buiten beschouwing heeft gelaten.

133. Het antwoord op het eerste deel van de vraag moet naar mijn oordeel duidelijk bevestigend luiden. Bij de vervulling van zijn taak, vast te stellen welk recht toepasselijk is, moet de rechter in staat zijn de voor de oplossing van het geschil relevante rechtsregels toe te passen op de aan hem voorgelegde feiten. Wanneer het rechtskader eenmaal is afgebakend, is het aan de rechter die de rechtmatigheid toetst om dit in volle omvang toe te passen om te voorkomen dat hij zijn beslissing baseert op onjuiste rechtsoverwegingen. Een en ander is voorts in het belang van de onpartijdigheid van de rechter en een goede rechtsbedeling, inzonderheid wanneer de bodemrechter de voorwaarden voor ontvankelijkheid van een beroep tot nietigverklaring moet onderzoeken, welke voorwaarden zoals gezegd ambtshalve kunnen worden onderzocht.

39 — Zie onder meer arrest van 23 april 2009, AEPI/Commissie (C-425/07 P, Jurispr. blz. I-3205, punt 44 en aangehaalde rechtspraak).

40 — Dienaangaande staat het Gerecht mijns inziens terecht op het standpunt dat de vraag inzake de ontvankelijkheid van een beroep tegen een zuiver bevestigende handeling door de bodemrechter ambtshalve aan de orde kan worden gesteld (zie arrest Gerecht van 2 april 1998, Apostolidis/Hof van Justitie, T-86/97, JurAmbt. blz. I-A-167 en II-521, punten 18-25).

134. Aangaande de tweede vraag ben ik ook van oordeel dat het Hof een verdraaiing van het recht op het gebied van de voorwaarden voor ontvankelijkheid van een beroep tot nietigverklaring niet zou moeten toelaten. Dit middel beantwoordt mijn inziens aan de in punt 78 van deze conclusie vermelde criteria. Bij toelating van die verdraaiing zou het Hof in zijn eigen arrest de onjuiste rechtsopvattingen overnemen die aan het arrest in eerste aanleg kleven en die het Gerecht ertoe hebben gebracht het beroep niet-ontvankelijk te verklaren, terwijl, *de overige overwegingen van het bestreden arrest buiten beschouwing gelaten* en gelet op de uiteenzettingen hieronder, het beroep tot nietigverklaring bij inaanmerkingneming van alle bepalingen van het toepasselijke rechtskader gegrond zou moeten worden verklaard. [41]

135. Bij inaanmerkingneming van alle bepalingen van verordening nr. 1049/2001 had het Gerecht immers de exceptie van niet-ontvankelijkheid die de Commissie had gebaseerd op de rechtspraak van het Hof betreffende de zuiver bevestigende handeling moeten verwerpen.

136. Naar mijn oordeel had het Gerecht tot die vaststelling moeten komen op basis van artikel 4, lid 7, gelezen in samenhang met artikel 6, lid 1, in fine van verordening nr. 1049/2001.

137. Daartoe zij in herinnering gebracht dat volgens artikel 4, lid 7, van verordening nr. 1049/2001 de uitzonderingen op toegang tot een document van de instellingen slechts van toepassing zijn gedurende de periode waarin bescherming op grond van de inhoud van het document gerechtvaardigd is, waarbij de maximumperiode in beginsel dertig jaar bedraagt. Voorts is ingevolge artikel 6, lid 1, in fine van dezelfde verordening de verzoeker niet verplicht de redenen voor zijn verzoek te vermelden.

138. Gezamenlijke lezing van deze bepalingen leert dus dat gedurende de maximumperiode van dertig jaar steeds toegang tot een document kan worden gevraagd teneinde door de betrokken instelling — ook na de gehele of volledige afwijzing van een eerste verzoek om toegang — te doen nagaan of de voorwaarden voor toepassing van een van de uitzonderingen op toegang van het publiek tot een bepaald document, gelet op de inhoud daarvan, nog steeds vervuld zijn, zonder dat de verzoeker de redenen voor zijn verzoek hoeft te vermelden. Deze uitlegging omvat daarmee eveneens de situatie waarin op basis van verordening nr. 1049/2001 een verzoek wordt ingediend na een identiek eerder verzoek en zonder dat de verzoeker, in deze laatste situatie, een beroep hoeft te doen op het intreden van een nieuw feit tussen de afwijzing van het eerste confirmatieve verzoek en het nieuwe verzoek met het oog op ontvankelijkverklaring van het eventuele beroep in rechte tegen de afwijzing van dit laatste verzoek.

41 — Het is weliswaar begrijpelijk dat het aan verdraaiing van de feiten door het Gerecht ontleende middel door de rechter in hogere voorziening niet ambtshalve kan worden opgeworpen — deze laatste kan de feiten slechts bij wijze van uitzondering onderzoeken omdat de rechten van de personen die rechtstreeks bij de feiten betrokken zijn moeten worden beschermd — maar het toezicht op de verdraaiing van het recht lijkt naar haar aard bij de rechter in hogere voorziening te berusten en strekt ter bescherming van het algemeen belang.

139. Met andere woorden, gelet op bovenvermelde bepalingen van verordening nr. 1049/2001 kan het feit dat een op een bepaald moment tot stand gekomen weigering om toegang te verlenen tot een document tegenover de aanvrager definitief is geworden, deze laatste niet beletten opnieuw toegang tot het document te vragen. Het is dan de taak van de betrokken instelling om na te gaan of de voorwaarden die ten grondslag lagen aan de initiële weigering nog steeds opgaan, ongeacht of de verzoeker erom vraagt. Een nieuwe weigering moet, indien zij tot stand is gekomen overeenkomstig de procedure in twee etappes waarin verordening nr. 1049/2001 voorziet, voor de gemeenschapsrechter kunnen worden aangevochten. Deze laatste weigering zou immers weliswaar confirmatief zijn, maar niet *zuiver* confirmatief, aangezien de vraag of de voorwaarden die aan de weigering ten grondslag liggen vervuld zijn zou zijn beoordeeld op een ander moment dan bij de totstandkoming van de eerste weigering.

140. Voor zover een dergelijke handeling niet zuiver confirmatief is, is er ook geen vereiste van rechtszekerheid op grond waarvan de gemeenschapsrechter zou moeten vaststellen dat de termijnen voor het instellen van beroep in rechte niet zijn geëerbiedigd.

141. Het standpunt daarentegen dat de rechtspraak betreffende *zuiver* bevestigende handelingen toepasselijk is in het kader van verordening nr. 1049/2001 komt er uiteindelijk op neer dat de rechtvaardigingen die ten grondslag liggen aan de weigering om toegang tot een document te verlenen worden gekristalliseerd, waardoor er derhalve aan voorbij wordt gegaan dat de uitzonderingen op het beginsel van een zo ruim mogelijke toegang van het publiek tot documenten van de instellingen, zoals voorzien in de verordening, noodzakelijkerwijs tijdelijk zijn.

142. Tot slot moet onder de aandacht worden gebracht dat de benadering die hiervóór is uiteengezet uiteraard niet betekent dat eventuele ongegronde herhaalde verzoeken en beroepen zo maar mogelijk zouden zijn. Zo staat vast dat het gemeenschapsrecht niet toelaat dat misbruik wordt gemaakt van de bepalingen ervan. In het onderhavige geval blijkt uit het dossier hoe dan ook niet in het minst dat misbruik is gemaakt van de bepalingen van verordening nr. 1049/2001.

143. Naar mijn oordeel heeft het Gerecht dan ook de exceptie van niet-ontvankelijkheid die de Commissie aan de beweerde zuiver bevestigende aard van de bestreden handeling had ontleend ten onrechte gegrond verklaard met de overweging dat de rechtspraak van het Hof op het gebied van zuiver bevestigende handelingen in de context van de toepassing van de bepalingen van verordening nr. 1049/2001 relevant was.

144. Voor zover het Hof het tweede middel van de hogere voorziening mocht onderzoeken, zal het bestreden arrest naar mijn oordeel dan ook gedeeltelijk moeten worden vernietigd.

i) De toepasselijkheid op het onderhavige geval van de rechtspraak betreffende de niet-ontvankelijkheid van een beroep tegen een handeling die louter een niet binnen de gestelde termijn bestreden eerdere handeling bevestigt

145. Ook al mocht het Hof zich niet aansluiten bij de oplossing die ik in het voorgaande punt in overweging heb gegeven, zal het tweede middel van de onderhavige voorziening mijns inziens niettemin gegrond moeten worden verklaard op grond dat het Gerecht met betrekking tot het besluit van de Ombudsman houdende vaststelling van een geval van wanbeheer bij de behandeling van het verzoek om toegang tot documenten in casu ten onrechte heeft vastgesteld dat het geen (substantieel) nieuw element (of feit) vormde in de zin van de rechtspraak betreffende handelingen die louter een niet binnen de gestelde termijn aangevochten eerdere handeling bevestigen. [42]

146. In dit verband breng ik om te beginnen in herinnering dat het Gerecht, om — primair — te concluderen dat de brief van 14 februari 2005 zuiver bevestigend was en derhalve niet vatbaar voor beroep, in de eerste plaats heeft geconstateerd dat deze brief geen nieuw element bevatte ten opzichte van de beschikking van 26 juli 2002 en in de tweede plaats dat daaraan geen nieuw onderzoek van de situatie van verzoekster, geadresseerde van de beschikking van 26 juli 2002, vooraf was gegaan.

147. Het Gerecht heeft zich op dit dubbele criterium gebaseerd onder verwijzing naar zijn eigen rechtspraak en naar punt 18 van het arrest van het Hof in de zaak Grasselli/ Commissie. [43]

148. Zoals de Commissie terecht heeft betoogd in antwoord op een schriftelijke vraag van het Hof, en anders dan het Gerecht in de punten 69 en 82 van het bestreden arrest heeft geoordeeld, volgt mijns inziens geenszins uit „vaste rechtspraak" van het Hof dat het ontbreken van een nieuw onderzoek van de situatie van de geadresseerde van de eerdere handeling een autonoom criterium zou vormen op grond waarvan een handeling als zuivere bevestiging van een eerdere beschikking kan worden aangemerkt.

149. Het is mij niet onbekend dat het Hof in twee recente beschikkingen heeft bevestigd dat aan twee cumulatieve, eveneens in de punten 69 en 82 van het bestreden arrest in

42 — Het lijdt geen twijfel dat deze vraag, die onder de toetsing van de juridische kwalificatie van de feiten door het Gerecht valt, een rechtsvraag is die derhalve als zodanig aan het Hof kan worden voorgelegd in het kader van de hogere voorziening. Zie dienaangaande arresten van 19 oktober 1995, Rendo e.a./ Commissie (C-19/93 P, Jurispr. blz. I-3319, punt 26); 29 juni 2000, Politi/ Europese Stichting voor opleiding (C-154/99 P, Jurispr. blz. I-5019, punt 11), en 29 april 2004, Parlement/ Ripa di Meana e.a. (C-470/00 P, Jurispr. blz. I-4167, punt 41).

43 — Arrest van 10 december 1980 (23/80, Jurispr. blz. 3709).

herinnering gebrachte, voorwaarden moet zijn voldaan om te kunnen spreken van een zuiver bevestigende handeling. [44]

150. Volgens de meeste uitspraken van het Hof — waarvan er enkele zijn genoemd in de twee zojuist aangehaalde beschikkingen — daaronder begrepen punt 18 van het in punt 82 van het bestreden arrest geciteerde arrest Grasselli/Commissie, vloeit de zuiver bevestigende aard van een handeling echter uitsluitend voort uit het feit dat een nieuw element of, preciezer gezegd, een wezenlijk nieuw feit ten opzichte van de bevestigde eerdere handeling ontbreekt. [45]

151. Daarentegen kan uit het feit dat de situatie van de geadresseerde van de eerdere handeling niet opnieuw is onderzocht, niet worden afgeleid of het bestuur een nieuw onderzoek achterwege heeft gelaten bij gebreke van het intreden van nieuw elementen of feiten tussen de eerdere beschikking en de bestreden handeling, of dat zij integendeel een nieuw onderzoek achterwege heeft gelaten ook al had zij een definitief geworden eerdere beschikking juist wegens het intreden van een (wezenlijk) nieuw element of nieuw feit aan een nieuw onderzoek moeten onderwerpen.

152. In de hierboven vermelde beschikkingen is op basis van het enige relevante arrest van het Hof, te weten het arrest Herpels/Commissie [46], de rechtspraak van het Gerecht bevestigd volgens welke het ontbreken van een nieuw onderzoek van de situatie van de geadresseerde van de handeling een zelfstandig criterium vormt om de zuiver bevestigende aard van een handeling te bepalen. Dat arrest had, ondanks een zekere dubbelzinnigheid van de formulering, betrekking op de *tegenovergestelde* situatie, dat wil zeggen het definitieve resultaat van een hernieuwd onderzoek van de situatie van de geadresseerde nadat de oorspronkelijk door het bestuur genomen beslissing substantieel was gewijzigd, zodat de bestreden handeling niet als *enkel en alleen een bevestiging* van die beslissing kon worden beschouwd. [47]

153. Het is naar mijn oordeel dan ook te gewaagd om uit dit enkele arrest van het Hof algemeen af te leiden dat het ontbreken van een nieuw onderzoek van de situatie van de geadresseerde een relevant criterium vormt om vast te stellen dat sprake is van een zuiver bevestigende handeling.

154. Uiteindelijk wordt een nieuw onderzoek van een definitief geworden eerdere beschikking uitsluitend *gerechtvaardigd* door het

44 — Reeds aangehaalde beschikkingen Internationaler Hilfsfonds/Commissie, (punt 47), en Campailla/Commissie (punt 23).

45 — Zie dienaangaande arresten van 16 december 1964, Muller/Commissie (109/63 en 13/64, Jurispr. blz. 1359, 1381); 14 april 1970, Nebe/Commissie (24/69, Jurispr. blz. 145, punt 8); 8 mei 1973, Gunnella/Commissie (33/72, Jurispr. blz. 475, punten 10 en 11), en 14 september 2006, Commissie/Fernández Gómez (C-417/05 P, Jurispr. blz. I-8481, punt 46). Zie ook punt 1 van de conclusie van advocaat-generaal Reischl in de zaak die heeft geleid tot het arrest van 1 december 1983, Michael/Commissie (343/82, Jurispr. blz. 4023).

46 — Arrest van 9 maart 1978 (54/77, Jurispr. blz. 585).

47 — Arrest Herpels/Commissie, reeds aangehaald (punten 11-14).

intreden van een (substantieel) nieuw element of nieuw feit. [48] In dat geval is het logisch dat de rechtmatigheid van de ten vervolge op dat nieuwe onderzoek tot stand gekomen beschikking in voorkomend geval kan worden betwist voor de gemeenschapsrechter, ook al bevestigt deze laatste beschikking geheel of ten dele de eerdere beschikking. [49]

155. Evenzo vindt het uitblijven van een nieuw onderzoek van de definitief geworden eerdere beschikking zijn rechtvaardiging in de omstandigheid dat geen nieuw element of geen nieuw feit is ingetreden. In dat geval volstaat echter het ontbreken van een nieuw element of nieuw feit om vast te stellen dat een beroep tegen de handeling houdende bevestiging van de eerdere beschikking niet-ontvankelijk is.

156. Indien het bestuur overgaat tot een nieuw onderzoek zonder dat het daartoe gehouden is omdat geen nieuw element of nieuw feit is ingetreden, zal een beroep tegen de handeling tot bevestiging van de eerdere beschikking niet-ontvankelijk zijn [50], daar die handeling enkel die beschikking bevestigt.

157. Omgekeerd zal, wanneer het bestuur weigert de definitief geworden eerdere beschikking opnieuw te onderzoeken, terwijl het verzoek om een nieuw onderzoek terecht is ingediend wegens het intreden van nieuwe elementen of feiten, het beroep tot nietigverklaring van die weigering ontvankelijk zijn. [51]

158. Gelet op de ruime meerderheidsstroming in de rechtspraak zoals ik die zojuist heb samengevat komt het mij derhalve voor dat uit het ontbreken van een nieuw onderzoek door het bestuur van een definitief geworden eerdere beschikking als zodanig niet kan worden afgeleid dat de latere handeling zuiver bevestigend is.

159. In casu hangt de vraag of moet worden ingestemd met verzoeksters bezwaren tegen de beoordelingen door het Gerecht betreffende het uitblijven van een nieuw onderzoek van de beschikking van 26 juli 2002, derhalve volledig af van de gegrondheid van haar verwijten die gericht zijn tegen de vaststelling door het Gerecht dat geen nieuwe elementen of feiten zijn ingetreden.

48 — Zie arresten van 22 maart 1961, Snupat/Hoge Autoriteit (42/59 en 49/59, Jurispr. blz. 103, 146); 17 juni 1965, Müller/Raden (43/64, Jurispr. blz. 482, 498); 30 mei 1984, Aschermann e.a./Commissie (326/82, Jurispr. blz. 2253, punt 13); 15 mei 1985, Esly/Commissie (127/84, Jurispr. blz. 1437, punt 10); 7 mei 1986, Barcella e.a./Commissie (191/84, Jurispr. blz. 1541, punt 13); 10 juli 1986, Trenti/ESC (153/85, Jurispr. blz. 2427, punt 11); 13 november 1986, Becker/Commissie (232/85, Jurispr. blz. 3401, punt 8); 4 februari 1987, Pressler-Hoeft/Rekenkamer (302/85, Jurispr. blz. 513, punt 6); 8 maart 1988, Brown/Hof van Justitie (125/87, Jurispr. blz. 1619, punt 13); 11 januari 2001, Martínez del Peral Cagigal/Commissie (C-459/98 P, Jurispr. blz. I-135, punt 45), en beschikking van 26 maart 2003, Inpesca/Commissie (C-170/01 P, punt 72).

49 — Zie dienaangaande onder meer arrest Gerecht van 7 februari 2001, Inpesca/Commissie (T-186/98, Jurispr. blz. II-557, punt 48).

50 — Zie in die zin reeds aangehaalde arresten van het Hof Trenti/ESC (punten 13 en 14) en van het Gerecht Inpesca/Commissie (punt 49).

51 — Zie arrest Muller/Commissie, reeds aangehaald (blz. 1381), en arrest van 12 juli 1973, Tontodonati/Commissie (28/72, Jurispr. blz. 779, punten 3-5).

160. Zoals ik al zei moet — om de redenen die ik hierna zal uiteenzetten — het argument dat verzoekster aanvoert tegen de vaststelling door het Gerecht dat het besluit van de Ombudsman houdende constatering van een geval van wanbeheer met betrekking tot de toegang tot de in casu gevraagde documenten geen nieuw element vormde in de zin van de hierboven aangehaalde rechtspraak, worden aanvaard.

161. Ik herinner eraan dat het Gerecht ter verwerping van het door verzoekster in eerste aanleg ingenomen standpunt heeft verklaard dat de beschikkingen in de zaak Internationaler Hilfsfonds/Commissie [52] een dergelijke kwalificatie van het besluit van de Ombudsman uitsloten ondanks de feitelijke verschillen tussen de onderhavige zaak en de zaak waarin voormelde beschikkingen zijn gegeven (punten 84 en 85 van het bestreden arrest). Het heeft voorts in punt 86 van het bestreden arrest verklaard dat gelet op artikel 2, lid 6, van besluit 94/262, op grond waarvan bij de Ombudsman ingediende klachten de termijnen voor een beroep op de rechter of een administratief beroep niet schorsen, en de hierboven aangehaalde beschikking van het Hof in de zaak Internationaler Hilfsfonds/Commissie, op grond van die verschillen niet a contrario kon worden geredeneerd dat wanneer de Ombudsman een geval van wanbeheer vaststelt, die vaststelling een nieuw element vormt zodat een verzoeker die heeft verzuimd beroep in rechte in te stellen tegen een aanvankelijke beschikking die termijnen zou kunnen omzeilen.

162. Aan de voorwaarde dat een element of feit „nieuw" moet zijn, is volgens de rechtspraak voldaan wanneer het element of het feit is ingetreden na de vaststelling van de definitief geworden eerdere beschikking. [53]

163. In casu lijdt het geen twijfel dat zulks het geval was met het besluit van de Ombudsman van 14 december 2004.

164. Ik geloof echter niet dat op basis van die enkele vaststelling kan worden aangevoerd dat de weigering van het Gerecht om genoemde beschikking als nieuw aan te merken ongegrond was. In dat geval zou de onjuiste opvatting van het Gerecht neerkomen op een overduidelijke verdraaiing van bewijselementen, zoals verzoekster overigens aanvoert.

165. Beter gezegd — ik geef toe dat dit weliswaar een zekere uitleggingsinspanning vraagt — impliceert de beoordeling door het Gerecht dat in de term „nieuw" stilzwijgend maar noodzakelijkerwijs het criterium besloten ligt dat het feit of het element dat een nieuw onderzoek door het bestuur van de

52 — Reeds aangehaalde beschikking van het Hof (punt 49) en beschikking van het Gerecht van 15 oktober 2003 (T-372/02, Jurispr. blz. II-4389, punt 40).

53 — Zie onder meer reeds aangehaalde arresten van het Hof Nebe/Commissie (punt 8) en Esly/Commissie (punt 11), en van het Gerecht Inpesca/Commissie (punt 50).

definitief geworden eerdere beschikking rechtvaardigt, „substantieel" of „voldoende substantieel" is, zoals dit criterium ook in de rechtspraak van het Hof is ontwikkeld. [54]

166. Aan dit criterium beantwoordt derhalve een feit dat een substantiële wijziging kan aanbrengen in de situatie van de verzoeker die ten grondslag ligt aan het initiële verzoek dat heeft geleid tot de definitief geworden eerdere beschikking. [55] Ook lijkt het mij correct, als „substantieel" of „voldoende substantieel" aan te merken een feit dat substantiële wijziging kan brengen in de omstandigheden waaronder de eerdere handeling waarvan hernieuwd onderzoek wordt gevraagd tot stand is gekomen, zoals het feit dat twijfel over de gegrondheid van de met die handeling gekozen oplossing heeft doen rijzen. [56]

167. Dit is nu precies het geval met een besluit van de Ombudsman, zoals dat van 14 december 2004, waarin een geval van wanbestuur met betrekking tot de behandeling van een verzoek om toegang tot bepaalde documenten is vastgesteld op grond dat het bestuur geen geldige redenen heeft aangevoerd die de weigering om die documenten te onthullen kunnen rechtvaardigen, zulks in strijd met verordening nr. 1049/2001.

168. Een dergelijk geval moet uiteraard worden onderscheiden van de situatie waarin de Ombudsman, wanneer bij hem een klacht is ingediend, enkel het oordeel van het bestuursorgaan bevestigt, een situatie die aan de orde was in de hierboven aangehaalde beschikkingen van het Hof en van het Gerecht in de zaak Internationaler Hilfsfonds/Commissie.

169. Anders dan het Gerecht heeft geoordeeld, druist de kwalificatie als „substantieel nieuw feit" van een besluit van de Ombudsman, zoals het besluit van 14 december 2004, volgens mij niet in tegen artikel 2, lid 6, van besluit 94/262, noch tegen artikel 195 EG.

170. In de eerste plaats is die kwalificatie immers niet onverenigbaar met het feit dat de indiening van een klacht bij de Ombudsman de voor een beroep op de rechter of een administratief beroep vastgestelde termijnen niet schorst, zoals bepaald in artikel 2, lid 6, van besluit 94/262. Die termijnen blijven lopen tegen de initiële beschikking, die zelfs definitief kan worden voor de verzoeker hetzij ingeval de Ombudsman geen geval van wanbeheer ontdekt, hetzij in de situatie waarin weliswaar een geval van wanbeheer wordt vastgesteld, maar dit van zuiver procedurele aard is en met name geen twijfel

54 — Zie, voor de categorie arresten waarin uitdrukkelijk wordt verwezen naar het „substantiële nieuwe feit", reeds aangehaalde arresten Aschermann e.a./Commissie (punt 13); Trenti/ESC (punt 11), en Becker/Commissie (punt 9); reeds aangehaalde beschikking Inpesca/Commissie (punt 72); voor de categorie betreffende een „voldoende substantieel nieuw feit", reeds aangehaalde arresten Muller/Commissie (punt 17) en Esly/Commissie (punt 12).

55 — Zie in die zin reeds aangehaald arrest Becker/Commissie (punt 11); reeds aangehaalde beschikking Inpesca/Commissie (punt 73) en reeds aangehaald arrest van het Gerecht Inpesca/Commissie (punt 51). Zie ook reeds aangehaald arrest Esly/Commissie (punten 11 en 12).

56 — Zie arresten Gerecht van 15 september 1998, Hagleitner/Commissie (T-94/96, JurAmbt. blz. I-A-489 en II-1467, punten 31 en 32), en 6 mei 2009, M/EMEA (T-12/08 P, punt 54).

oproept omtrent de gegrondheid van de oplossing waarvoor in de niet tijdig aangevochten eerdere handeling is gekozen.

171. De heropening van de beroepstermijnen zou derhalve niet het gevolg zijn van het enkele feit dat de zaak aan de Ombudsman is voorgelegd, maar van het feit dat het besluit waarin deze laatste een geval van wanbeheer vaststelt bij de behandeling van een verzoek om toegang tot documenten, een substantieel nieuw feit zou zijn in de zin van de rechtspraak van het Hof.

172. In de tweede plaats verplicht artikel 195 EG de instellingen waartegen een klacht bij de Ombudsman is ingediend weliswaar niet hun standpunt opnieuw te onderzoeken, maar dit geldt niet voor het geval waarin het onderzoek van deze laatste een geval van wanbeheer aan het licht brengt dat de rechtmatigheid aan de orde stelt van de oplossing die de betrokken instelling heeft gekozen in de definitief geworden handeling waarvan heronderzoek is gevraagd.

173. Overigens heeft het geen zin om in een tekst, ook al is dit het EG-Verdrag, de oorsprong te zoeken van de verplichting een definitief geworden handeling van een gemeenschapsinstelling opnieuw te onderzoeken wegens het intreden van een substantieel nieuw feit, aangezien die verplichting, zoals het Gerecht heeft opgemerkt in het reeds aangehaalde arrest Inpesca/Commissie, voortvloeit uit een algemeen beginsel van bestuursrecht. [57]

174. De zienswijze dat het besluit van de Ombudsman van 14 december 2004 een substantieel nieuw feit vormt dat heronderzoek door het bestuursorgaan van een definitief geworden eerdere handeling rechtvaardigt, waarborgt mijns inziens het nuttig effect van de vaststelling van een geval van wanbeheer door de Ombudsman, zonder dat afbreuk wordt gedaan aan de beoordelingsmarge waarover de instelling dient te beschikken. Anders dan de Commissie in haar memorie van antwoord op de hogere voorziening te kennen heeft gegeven, zal in de eerste plaats een instelling de vereisten van goed bestuur in de context van toegang tot documenten nauwgezetter in acht nemen wanneer zij zich ervan bewust is dat een verzoeker heronderzoek van een weigering kan verlangen wanneer een geval van wanbeheer wordt vastgesteld. In de tweede plaats is het duidelijk dat de instelling, ondanks de verplichting de gegrondheid van de eerdere weigering te onderzoeken, de bevoegdheid behoudt het gevraagde document niet te onthullen met een beroep op de uitzonderingen van artikel 4 van verordening nr. 1049/2001. [58]

175. Gelet op een en ander komt het mij voor dat het Gerecht ten onrechte heeft geoordeeld dat het besluit van de Ombudsman van 14 december 2004 niet kon worden

57 — Punt 54.

58 — Volledigheidshalve zij er ook aan herinnerd dat de conclusie van de Ombudsman niet als zodanig bindend is voor de gemeenschapsrechter, ook al kan zij een aanwijzing vormen dat het beginsel van goed bestuur is geschonden. Zie arrest van 25 oktober 2007, Komninou e.a./Commissie (C-167/06 P, punt 44).

beschouwd als nieuw element, in de zin van substantieel nieuw feit, dat rechtvaardigde dat de in de brief van 26 juli 2002 vervatte beschikking waarbij verzoekster de toegang tot bepaalde documenten betreffende LIEN-overeenkomst 97-2011 is geweigerd, opnieuw werd onderzocht.

176. Door in de punten 93 tot en met 100 van het bestreden arrest te oordelen dat de Commissie de situatie van verzoekster niet opnieuw had onderzocht, heeft het Gerecht dus eveneens ten onrechte stilzwijgend maar noodzakelijkerwijs ontkend dat de Commissie die situatie opnieuw moest onderzoeken, ondanks het intreden van een substantieel nieuw feit tussen de vaststelling van de oorspronkelijke beschikking en de totstandkoming van de in eerste aanleg aangevochten handeling, bestaande in het besluit van de Ombudsman van 14 december 2004 houdende vaststelling van een geval van wanbeheer bij de behandeling van een verzoek om toegang tot documenten door verzoekster.

177. Om bovenstaande redenen stel ik voor het tweede middel van de hogere voorziening gegrond te verklaren en het bestreden arrest gedeeltelijk te vernietigen voor zover daarin de door de Commissie opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid gegrond is verklaard en is vastgesteld dat het beroep in eerste aanleg was gericht tegen een handeling die een zuivere bevestiging vormde van de in de brief van 26 juli 2002 vervatte beschikking.

178. Die gedeeltelijke vernietiging van het bestreden arrest zal echter slechts tot ontvankelijkheid van het beroep in eerste aanleg kunnen leiden indien het derde middel van de hogere voorziening gegrond moet worden verklaard.

179. Zoals ik reeds uiteen heb gezet, moet het derde middel van de hogere voorziening mijns inziens echter worden afgewezen.

180. Bijgevolg geef ik het Hof in overweging de hogere voorziening af te wijzen. [59]

V — Kosten

181. Artikel 122, eerste alinea, van het Reglement voor de procesvoering bepaalt dat wanneer de hogere voorziening ongegrond is, het Hof ten aanzien van de proceskosten beslist. Volgens artikel 69, lid 2, van dit Reglement, dat overeenkomstig artikel 118 ervan van toepassing is op de procedure in hogere voorziening, wordt, voor zover dit is

59 — In die omstandigheden hoeft uiteraard geen uitspraak meer te worden gedaan over verzoeksters vordering strekkende tot nietigverklaring van de beweerdelijk in de brief van 14 februari 2005 vervatte beschikking, en nog minder over het verzoek aan het Hof, in de zaak ten gronde te beslissen. Daartoe zij opgemerkt dat het Hof ook bij ontvankelijkverklaring van de hogere voorziening dit laatste verzoek niet zou kunnen toewijzen omdat, zoals de Commissie in haar memorie van antwoord heeft opgemerkt, het Gerecht zelf zich niet over de zaak ten gronde heeft kunnen uitspreken. De zaak zou dus niet in staat van wijzen zijn in de zin van artikel 61, lid 1, van het Statuut van het Hof van Justitie.

gevorderd, de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen. Aangezien verzoekster naar mijn oordeel in het ongelijk moet worden gesteld, moet zij overeenkomstig de vordering van de Commissie in de kosten van de hogere voorziening worden verwezen.

VI — Conclusie

182. Gelet op bovenstaande overwegingen geef ik het Hof in overweging het volgende te verklaren:

„1) De hogere voorziening wordt afgewezen.

2) Internationaler Hilfsfonds eV wordt verwezen in de kosten."