CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL G. TESAURO van 19 september 1991 *

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

1. Het onderhavige beroep van de Franse Republiek strekt tot nietigverklaring krachtens artikel 173, eerste alinea, EEG-Verdrag van een handeling van de Commissie getiteld „Gedragscode inzake de toepassingsbepalingen van artikel 23, lid 1, van verordening (EEG) nr. 4253/88 van de Raad met betrekking tot de onregelmatigheden en de organisatie van een informatiesysteem inzake onregelmatigheden". [1]

Volgens de Franse regering wijzigt de Gedragscode de aard van de ingevolge de geldende regeling op de Lid-Staten rustende verplichting om de Commissie op de hoogte te brengen van onregelmatigheden ten nadele van de gemeenschapsbegroting in de sector van de door de structuurfondsen gefinancierde acties. Bovendien zou de Commissie in het geheel niet bevoegd zijn om een dergelijke regeling vast te stellen.

De oorsprong van het geschil moet dus worden gezocht in de gemeenschapswetgeving inzake de fondsen met structurele strekking.

2. Daarbij gaat het in de eerste plaats om de verdragsbepalingen betreffende de economische en sociale samenhang (artikelen 130 A tot en met 130 E), waarin de algemene beginselen inzake de activiteit van de fondsen en de andere financieringsinstrumenten worden vastgesteld en aan de gemeenschapsinstellingen de bevoegdheid wordt opgedragen om daaraan uitvoering te geven.

De essentiële regels terzake zijn neergelegd in verordening (EEG) nr. 2052/88 van de Raad van 24 juni 1988 betreffende de taken van de fondsen met structurele strekking, hun doeltreffendheid alsmede de coördinatie van hun bijstandsverlening onderling en met die van de Europese Investeringsbank en de andere bestaande financieringsinstrumenten [2], en in verordening nr. 4253/88 [3] houdende toepassingsbepalingen van eerstgenoemde verordening.

Voor de onderhavige zaak is meer in het bijzonder van belang, dat krachtens artikel 23, lid 1, eerste alinea, van verordening nr. 4253/88 de Lid-Staten alle nodige maatregelen dienen te nemen om: a) regelmatig te verifiëren dat de door de Gemeenschap gefinancierde maatregelen stipt zijn uitgevoerd; b) onregelmatigheden te voorkomen en te vervolgen; en c) door misbruik

* Oorspronkelijke taal: Italiaans.

1 — PB 1990, C 200, blz. 3.

2 — PB 1988, L 185, blz. 9.

3 — Verordening van de Raad van 19 december 1988 tot vaststelling van toepassingsbepalingen van verordening (EEG) nr. 2052/88 met betrekking tot de coördinatie van de bijstandsverlening uit de onderscheiden structuurfondsen enerzijds en van die bijstandsverlening met die van de Europese Investeringsbank en de andere bestaande financieringsinstrumenten anderzijds (PB 1988, L 374, blz. 1).

of nalatigheid verloren middelen te recupereren. De Lid-Staat is subsidiair aansprakelijk voor de terugbetaling van ten onrechte betaalde bedragen, behalve indien hij en/of de tussenpersoon en/of de projectontwikkelaar het bewijs leveren dat het misbruik of de nalatigheid hun niet kan worden aangerekend. Ingevolge lid 1, tweede alinea, dienen de Lid-Staten de Commissie op de hoogte te houden van de daartoe genomen maatregelen en in het bijzonder van het verloop van de bestuursrechtelijke en gerechtelijke procedures.

3. Deze bepalingen liggen aan de grondslag van het onderhavige geding. Bij de vaststelling van verordening nr. 4253/88 liet de Commissie in de notulen een verklaring opnemen naar luid waarvan zij, *binnen het kader van haar bevoegdheden,* alle nodige maatregelen zou nemen om de toepassing in de Lid-Staten te verzekeren van uniforme regels voor de controle van eventuele onregelmatigheden betreffende de gemeenschapsacties. Enkele maanden later gaf de Commissie het voornemen te kennen om een gedragscode op te stellen; met het oog daarop stelde zij een werkgroep samen belast met de vaststelling van de wijze van uitvoering van de in artikel 23, lid 1, van de verordening in het vooruitzicht gestelde maatregelen.

Op 18 december 1989 keurde de Commissie dit ontwerp goed en legde zij het voor aan het Comité voor de coördinatie van de fraudebestrijding (hierna: het „Comité fraudebestrijding"). Zowel binnen dit Comité als in de Raad van ministers van Economische zaken en Financiën voerden de delegaties van de Lid-Staten besprekingen over de rechtsvorm die aan de gedragscode zou moeten worden gegeven; hoewel niet iedereen overtuigd was van de regelmatigheid ervan, waren de delegaties het erover eens, dat de Gedragscode zoals hij was geformuleerd zich beperkte tot de vaststelling van toepassingsmodaliteiten van artikel 23, lid 1, van verordening nr. 4253/88. Zoals ter terechtzitting evenwel is gebleken, drongen sommige Lid-Staten erop aan dat de Gedragscode de vorm van een verordening zou krijgen, voornamelijk om te verzekeren dat het dwingend karakter van de regeling buiten kijf zou staan, aangezien het om een uiterst belangrijke en delicate aangelegenheid ging, en voor alle Lid-Staten gelijkelijk bindend zou zijn. Met name de Franse regering was het weliswaar met de inhoud van de ontwerp-gedragscode eens, doch maakte een voorbehoud ten aanzien van de rechtsvorm ervan, dat zij ter kennis van de Commissie bracht in een telexbericht van haar Permanente Vertegenwoordiging. Uiteindelijk werd de Gedragscode bij brief van 30 juli 1990 ter kennis van de Lid-Staten gebracht en kort daarop in het Publikatieblad, serie C, gepubliceerd.

4. Onder verwijzing naar het rapport ter terechtzitting voor nadere bijzonderheden, wijs ik erop dat verzoekster in de eerste plaats stelt dat de bestreden handeling in wezen een verordening is houdende toepassingsbepalingen van artikel 23, lid 1, van verordening nr. 4253/88; deze handeling viel evenwel buiten de bevoegdheidsfeer van de Commissie, nu de onderhavige bepaling haar geen enkele bevoegdheid toekent en krachtens artikel 3, lid 4, van verordening nr. 2052/88 de specifieke bepalingen betreffende de actie van ieder structuurfonds, daaronder begrepen de wijze van toezicht, evaluatie, *financieel beheer en controle van de acties,* worden vastgesteld bij op grond van artikel 130 E EEG-Verdrag vastgestelde uitvoeringsbesluiten; laatstbedoeld artikel kent alleen aan de Raad een bevoegdheid toe.

5. De Commissie heeft in haar verweerschrift een exceptie van niet-ontvankelijkheid opgeworpen, stellende dat tegen de Gedragscode geen beroep in de zin van artikel 173 EEG-Verdrag openstaat. Subsidiair vordert zij verwerping van het beroep.

De ontvankelijkheid

6. De door de Commissie opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid is gebaseerd op het betoog dat de Gedragscode een *onverbindende handeling* is, die derhalve niet vatbaar is voor beroep in de zin van artikel 173, eerste alinea, waarbij aan het Hof van Justitie de bevoegdheid wordt toegekend de wettigheid na te gaan van handelingen „voor zover het geen aanbevelingen of adviezen betreft".

In casu nu gaat het om een als Gedragscode aangemerkte handeling, zonder rechtsgrondslag, die door geen lid van de Commissie is ondertekend doch door de Commissie als college is vastgesteld, die is bekendgemaakt in de C-reeks van het Publikatieblad en aan alle Lid-Staten is gericht. Zeer belangrijk is ook, dat deze handeling aan alle Lid-Staten is meegedeeld bij brief van het bevoegde lid van de Commissie, waarbij is verduidelijkt dat zij *in werking zou treden met ingang van de datum van mededeling*, en dat „de bepalingen van de Gedragscode de concretisering zijn van de uit artikel 23, lid 1, van verordening nr. 4253/88 voortvloeiende verplichtingen, zodat volgens de Commissie *de naleving van dit artikel inhoudt, dat de bepalingen van de Gedragscode onverkort worden toegepast*".

7. Ik herinner eraan, dat het Hof in zijn rechtspraak heeft verklaard, dat voor de ontvankelijkheid van het beroep in rechte de uiterlijke vorm van de handeling weinig belang heeft en dat daarvoor de gevolgen en de inhoud van de handeling bepalend zijn. [4]

Wat meer in het bijzonder het begrip voor beroep vatbare handelingen in de zin van artikel 173, eerste alinea, betreft, heeft het Hof in zijn AETR-arrest [5] erop gewezen, dat het beroep tot nietigverklaring dient open te staan met betrekking tot „alle door de instellingen getroffen bepalingen — ongeacht hun aard of vorm — die beogen rechtsgevolgen teweeg te brengen". Deze zienswijze is recentelijk nog bevestigd in het arrest van 9 oktober 1990 [6], waarin het Hof heeft verklaard dat tegen de „interne instructies" die het voorwerp uitmaakten van het geding, beroep openstond voor zover zij beoogden rechtsgevolgen teweeg te brengen.

8. In mijn conclusie in de zaak betreffende de „interne instructies" gaf ik het Hof bovendien in overweging een uitdrukkelijk antwoord te geven op de preliminaire vraag of, *wanneer een minimum aan wezenlijke*

4 — Vanuit deze zienswijze verklaarde het Hof het beroep ontvankelijk tegen een resolutie van het Europees Parlement voor zover deze rechtsgevolgen teweeg bracht ten opzichte van derden (arrest van 10 april 1984, zaak 108/83, Luxemburg/Europees Parlement, Jurispr. 1984, blz. 1945); een beslissing van de Raad voor zover deze beoogde de rechtsgevolgen teweeg te brengen (arrest van 31 maart 1971, zaak 22/70, Commissie/Raad, Jurispr. 1971, blz. 263), en een mondeling besluit dat een ambtenaar aanging (arrest van 9 februari 1984, gevoegde zaken 316/82 en 40/83, Kohler, Jurispr. 1984, blz. 641).

5 — Arrest van 31 maart 1971, zaak 22/70, reeds aangehaald, r. o. 38-43.

6 — Zaak C-366/88, Frankrijk/Commissie, Jurispr. 1990, blz. I-3571, r. o. 8. Voor een meer gedetailleerde bespreking van de rechtspraak terzake, verwijs ik naar mijn conclusie in deze zaak (Jurispr. 1990, blz. I-3579, inzonderheid punten 7-9).

vormelementen ontbreekt, en dus ongeacht de vraag of de handeling naar haar concrete inhoud rechtsgevolgen beoogt te sorteren, kan worden gesteld dat *de handeling rechtsgevolgen in het leven kan roepen.* [7]

Zonder zich over deze vraag uitdrukkelijk uit te spreken verklaarde het Hof, dat het formele criterium volkomen irrelevant is en dat voor de kwalificatie van de handeling dus uitsluitend dient te worden uitgegaan van de inhoud ervan.

9. Wel is het zo dat het Hof in bepaalde omstandigheden, zelfs met enige bijzonderheden ten gronde op grond waarvan het de kwestie van de ontvankelijkheid vaak anders beoordeelt, akte lijkt te hebben genomen van het ontbreken van de elementen die onmisbaar zijn om een handeling als vatbaar voor beroep aan te kunnen merken, om het betrokken beroep op deze grond niet-ontvankelijk te verklaren. Bij een grondiger onderzoek blijkt evenwel duidelijk dat het Hof in die gevallen rekening heeft gehouden met zowel de formele als de inhoudelijke aspecten van de handeling, en tot de conclusie is gekomen dat deze handeling *kennelijk* geen rechtsgevolgen teweeg kon brengen (en zulks ook niet beoogde). [8] In dezelfde optiek heeft het Hof voor de stelling dat een handeling geen rechtsgevolgen teweeg kan brengen, ook een argument ontleend aan de kennelijke onbevoegdheid van de Commissie om de bestreden handeling vast te stellen.

10. Wat dit laatste betreft wijs ik erop, dat het andere argument van de Commissie ten betoge dat het beroep niet-ontvankelijk is, namelijk de onbevoegdheid om op het betrokken gebied bindende handelingen vast te stellen, niet kan slagen. Onbevoegdheid is namelijk een gebrek dat de grond van de zaak raakt en niet de ontvankelijkheid.

11. Ik herinner eraan dat de thans in geding zijnde handeling aan elk der Lid-Staten is betekend, en dus officieel ter kennis van de adressaten is gebracht. Bovendien is in de schriftelijke kennisgeving uitdrukkelijk gesteld dat voor de eerbiediging van artikel 23, lid 1, van verordening nr. 4253/88 de onverkorte naleving van de bepalingen van de Gedragscode is vereist, waarmee aan de Lid-Staten duidelijk is gemaakt dat, naar het oordeel van de Commissie, schending van de Gedragscode automatisch schending van artikel 23 zou opleveren.

De onderhavige handeling is derhalve zodanig geredigeerd en bekendgemaakt, dat geen enkele twijfel kon bestaan over de bedoeling een voor de adressaten bindende regeling vast te stellen. Bijgevolg moet thans de inhoud van de handeling worden onderzocht om na te gaan of zij ten opzichte van artikel 23, lid 1, van verordening nr. 4253/88 nieuwe juridische verplichtin-

7 — De behoefte aan een antwoord op deze vraag berustte op de overtuiging, dat de keuze van de vorm weliswaar de aard van de handeling niet kan wijzigen, doch dat bij gebreke van een minimum aan wezenlijke vormelementen waaruit kan worden afgeleid dat het om een bindende handeling gaat, deze handeling, ook wanneer uit de inhoud blijkt dat zij rechtsgevolgen beoogt teweeg te brengen, niet aan derden kan worden tegengeworpen. Het zou daarbij in wezen gaan om handelingen die hoe dan ook geen rechtsgevolgen sorteren jegens de rechtssubjecten en de Lid-Staten, ongeacht de omstandigheid dat de Commissie in de betrokken sector bevoegd is om bindende handelingen vast te stellen.

8 — Arresten van 27 maart 1980, zaak 133/79, Sucrimex, Jurispr. 1980, blz. 1299, r. o. 16; 4 maart 1982, zaak 182/80, Gauff, Jurispr. 1982, blz. 799, r. o. 16-18; beschikking van 17 mei 1989, zaak 151/88, Italië/Commissie, Jurispr. 1989, blz. 1255, r. o. 21 en 22; en laatstelijk, de beschikking van 13 juni 1991, zaak C-50/90, Sunzest, Jurispr. 1991, blz. I-2917, r. o. 13.

gen in het leven roept; in zoverre dient de ontvankelijkheid te zamen met de grond van de zaak te worden onderzocht.

Ten gronde

12. De thans in geding zijnde handeling heeft betrekking op de toepassingsbepalingen van artikel 23, lid 1, van verordening nr. 4253/88: zulks wordt in de titel ervan met zoveel woorden gezegd, de Commissie en de Franse regering hebben dit eensgezind en bij herhaling bevestigd in de processtukken en ter terechtzitting, en zoals hierna zal blijken, wordt zulks door de inhoud van de handeling bevestigd.

Alvorens nader in te gaan op de inhoud, wil ik vooraf en meer in het algemeen enkele opmerkingen maken over de toepassingsmodaliteiten van een rechtsregel. De bestaansreden van toepassingsbepalingen van een rechtsregel is mijns inziens de omstandigheid dat de regel op verschillende manieren ten uitvoer kan worden gelegd; daaruit volgt in beginsel, dat een handeling houdende dergelijke bepalingen *minstens* een beperking meebrengt van de discretionaire bevoegdheid die uit de formulering van de betrokken rechtsregel alleen voortvloeit. Bovendien bevatten de toepassingsbepalingen van een rechtsregel *per definitie* minstens de bijzonderheden betreffende de uit die regel voortvloeiende verplichtingen en dus een gedetailleerde regeling die noodzakelijkerwijs een reeks specifieke verplichtingen inhoudt. In wezen strekt een handeling houdende toepassingsbepalingen er dus toe, de op de Lid-Staten rustende verplichtingen gedetailleerd op te sommen en te harmoniseren, welke verplichtingen weliswaar in de basisregel besloten liggen, maar daar zeker niet automatisch, en in geen geval noodzakelijkerwijs uit voortvloeien. Zou dit anders zijn, dan zouden toepassingsbepalingen volstrekt overbodig zijn.

13. Alvorens kort in te gaan op de inhoud van de betrokken handeling, herinner ik eraan, dat artikel 23, lid 1, van verordening nr. 4253/88 de Lid-Staten de verplichting oplegt aan de Commissie mededeling te doen van alle maatregelen die zij treffen om te verifiëren of de door de Gemeenschap gefinancierde acties naar behoren zijn uitgevoerd, om door misbruik of nalatigheid verloren middelen te recupereren en om onregelmatigheden te voorkomen en te vervolgen, en om de Commissie op de hoogte te houden van het verloop van de bestuursrechtelijke en gerechtelijke procedures.

De Gedragscode begint met een afbakening van zijn toepassingssfeer, bepalende dat de mededelingsplicht alleen geldt voor onregelmatigheden waarmee een bedrag is gemoeid van meer dan 4 000 ECU (punt 1); verder wordt het begrip onregelmatigheid omschreven als „elke ten nadele van de begroting van de Gemeenschap door een natuurlijke persoon of door een rechtspersoon begane inbreuk op een communautair of nationaal voorschrift" (punt 2).

In punt 3 is bepaald, dat de Lid-Staten *binnen drie maanden na de bekendmaking van de Gedragscode* mededeling doen van de voorschriften die zijn vastgesteld om onregelmatigheden te voorkomen en te vervolgen (welke verplichting in artikel 23, lid 1, uitdrukkelijk is voorzien) doch bovendien ook van de met de voorkoming en de vervolging van de onregelmatigheden belaste diensten en van de door deze diensten gehanteerde procedurele voorschriften.

In punt 4 gaat het meer in het bijzonder over de mededeling van de onregelmatigheden, die om de vier maanden dient te geschieden en betrekking heeft op de gevallen van onregelmatigheden die door een administratieve instantie zijn geconstateerd of die het voorwerp zijn van een gerechtelijke vervolging. Daartoe wordt van de Lid-Staten de mededeling van een hele reeks gegevens verlangd: gegevens betreffende de betrokken actie, de periode waarin of het tijdstip waarop de onregelmatigheid is begaan, de identiteit van de bij de onregelmatigheid betrokken natuurlijke of rechtspersonen, de bij de onregelmatigheid toegepaste praktijken, de wijze waarop de onregelmatigheid is ontdekt, de financiële consequenties ervan en de mogelijkheden tot terugvordering, en dergelijke meer.

Bovendien is bepaald, dat de Lid-Staten onverwijld de onregelmatigheden signaleren waarbij een nieuwe werkwijze blijkt te zijn toegepast alsmede die waarvan kan worden gevreesd dat zij op korte termijn buiten het grondgebied van de betrokken Lid-Staat gevolgen zullen hebben (punt 5). Alle aan de Commissie meegedeelde inlichtingen worden door de Commissie te zamen met de vertegenwoordigers van de Lid-Staten tijdens periodieke bijeenkomsten bestudeerd, in het bijzonder om daaruit lering te trekken met het oog op preventieve maatregelen (punt 6); het Comité fraudebestrijding en de comités van de respectieve structuurfondsen worden op de hoogte gebracht van het aantal gemelde en van het aantal geseponeerde gevallen, alsmede van de teruggevorderde en nog te terug te vorderen bedragen (punt 8). Ten slotte is bepaald, dat de Lid-Staten en de Commissie de nodige maatregelen nemen om het vertrouwelijke karakter van de meegedeelde inlichtingen te verzekeren (punt 7).

14. Uit de inhoud van de Gedragscode blijkt dat het wel degelijk om toepassingsbepalingen van artikel 23, lid 1, van verordening nr. 4253/88 gaat. Zelfs bij oppervlakkige lezing van de bepalingen van de Gedragscode blijkt namelijk, dat het om specifieke verplichtingen gaat die verband houden met de meer algemene en generieke mededelingsplicht waarin de basisregel voorziet. In feite regelt de Gedragscode de bijzonderheden van de mededelingsplicht, door meer bepaald vast te stellen welke inlichtingen dienen te worden medegedeeld, hoe vaak en op welke wijze.

Tenzij men zich op het standpunt stelt, dat de toepassingsbepalingen steeds een louter declaratoir karakter hebben, zodat geen verordening behoeft te worden vastgesteld aangezien de daarin neergelegde verplichtingen hun grondslag vinden in de basisregeling, moet in casu worden vastgesteld of de in de Gedragscode neergelegde verplichtingen automatisch uit artikel 23, lid 1, voortvloeien, of dat het hier veeleer gaat om een uitlegging, die niet alleen de verplichtingen preciseert die ongetwijfeld reeds in de basisregel zijn vervat (dat wil zeggen het volstrekte minimum dat noodzakelijk is om de bepaling niet uit te hollen), doch bovendien een wijziging inhoudt of in ieder geval tot gevolg heeft dat de uitvoering van de in de basisregel neergelegde verplichtingen voor de Lid-Staten moeilijker wordt. Dit is het uitgangspunt van de hierna volgende opmerkingen.

15. Vooraf zij erop gewezen, dat artikel 23, lid 1, van verordening nr. 4253/88 zich wat de onderhavige zaak betreft ertoe beperkt, van de Lid-Staten de mededeling te verlangen van de maatregelen die zij treffen om onregelmatigheden te voorkomen en te

vervolgen, en van het verloop van de bestuursrechtelijke en gerechtelijke procedures. De Gedragscode daarentegen bepaalt wanneer deze inlichtingen moeten worden meegedeeld en verlangt een reeks bijkomende inlichtingen alsmede details over de onregelmatigheden.

Enerzijds houdt de verplichting om de maatregelen ter voorkoming en vervolging van onregelmatigheden mee te delen niet tevens en noodzakelijkerwijs de verplichtingen in om de lijst mee te delen van de met de voorkoming en de vervolging van de onregelmatigheden belaste diensten en van de essentiële procedurele voorschriften van hun overheidsdiensten. Anderzijds kan men zich afvragen, of de mededeling betreffende het verloop van de bestuursrechtelijke en gerechtelijke procedures gelijkstaat aan een reeks gedetailleerde inlichtingen betreffende alle geconstateerde onregelmatigheden (althans deze automatisch impliceert), wat neerkomt op een voldoende gedetailleerde beschrijving van elke onregelmatigheid. Daarbij denk ik vooral aan inlichtingen zoals de identiteit van degenen die er van hebben geprofiteerd, de wijze waarop de onregelmatigheid is ontdekt, de diensten of instellingen die de onregelmatigheid hebben geconstateerd. Het komt mij namelijk voor, dat dit soort inlichtingen niet kan worden geacht een logisch uitvloeisel te zijn van de in de basisregel neergelegde informatieplicht.

Uiteraard kan worden gesteld, dat deze inlichtingen bijkomstig zijn ten opzichte van de verplichting om de Commissie op de hoogte te houden van het verloop van de bestuursrechtelijke en gerechtelijke procedures; het is echter ook duidelijk dat zij niet kunnen worden beschouwd als een loutere verduidelijking van de betrokken verplichting. Anders gezegd, volgens mij kan niet worden gesteld dat de informatieplicht waarin de basisregel voorziet, zou worden uitgehold wanneer de identiteit van de begunstigden of de wijze waarop de onregelmatigheid is ontdekt niet zou worden meegedeeld. Deze conclusie wordt bovendien bevestigd door de Commissie, die ter terechtzitting heeft verklaard dat een Lid-Staat de Gedragscode kan schenden zonder ipso facto artikel 23, lid 1, van verordening nr. 4253/88 te schenden. Dit komt zonder meer neer op de erkenning, dat de door de Gedragscode opgelegde „verplichtingen" verder gaan dan die welke in de betrokken rechtsregels zijn neergelegd, en is in tegenspraak met de reeds aangehaalde schriftelijke betekening aan de Lid-Staten, waarin het heet dat de eerbiediging van artikel 23, lid 1, de onverkorte naleving vereist van de bepalingen van de Gedragscode.

16. Ten einde de aandacht te vestigen op sommige door de Gedragscode gestelde problemen, lijkt het mij gepast hier even stil te staan bij soortgelijke verordeningen als die welke thans aan de orde is. Ik denk hierbij in het bijzonder aan verordening nr. 595/91 [9], die recentelijk in de plaats is gekomen van verordening (EEG) nr. 283/72 (meermaals aangehaald in de memories van partijen en ter terechtzitting) tot vaststelling van de toepassingsbepalingen van artikel 8, lid 1, van verordening (EEG) nr. 729/70 [10], welke bepaling overigens bijna identiek is met artikel 23, lid 1, van verordening nr. 4253/88. Verordening nr. 595/91, betreffende een sterk op dat van de Gedragscode lijkend informatiesysteem inzake de onregelmatigheden ten na-

9 — Verordening van de Raad van 4 maart 1991 betreffende onregelmatigheden in het kader van de financiering van het gemeenschappelijk landbouwbeleid en terugvordering van bedragen die in dat kader onverschuldigd zijn betaald, alsmede de organisatie van een informatiesysteem op dit gebied en houdende intrekking van verordening (EEG) nr. 283/72 (PB 1991, L 67, blz. 11).

10 — Verordening van de Raad van 21 april 1970 betreffende de financiering van het gemeenschappelijk landbouwbeleid (PB 1970, L 94, blz. 13).

dele van het Europees Oriëntatie- en Garantiefonds voor de Landbouw (EOGFL), afdeling Garantie, somt eerst de inlichtingen op die de Lid-Staten aan de Commissie moeten meedelen (en die overeenkomen met die waarvan sprake in de Gedragscode), en voegt daaraan toe dat deze inlichtingen, indien de nationale bepalingen voorzien in geheimhouding van het onderzoek, slechts met toestemming van de bevoegde rechterlijke instantie kunnen worden medegedeeld. [11] Deze verordening versoepelt evenwel de verplichting om de identiteit van de betrokkenen mee te delen, door in artikel 3, lid 1, laatste streepje, te bepalen dat deze verplichting vervalt indien de betrokken gegevens zonder nut zijn voor de bestrijding van de onregelmatigheden.

17. Een ander belangrijk aspect is punt 7 van de Gedragscode, bepalende dat „de Lid-Staten en de Commissie de nodige veiligheidsmaatregelen treffen om ervoor te zorgen dat de uitgewisselde gegevens vertrouwelijk blijven"; hoewel een dergelijke bepaling gezien de aard van de verlangde gegevens voor de hand ligt, blijkt al zeer snel dat zij niet volstaat om het gestelde doel te verwezenlijken. Indien het hier immers gaat om een onverbindende handeling (het standpunt van de Commissie), die dus kan worden overtreden zonder dat daarom sprake is van schending van artikel 23 (wat ongetwijfeld het geval zou zijn bij schending van voormelde bepaling van de Gedragscode), kan de geheimhouding van de betrokken gegevens niet worden verzekerd, wat verstrekkende gevolgen heeft, in de eerste plaats voor de betrokken particulieren.

In soortgelijke regelingen is steeds erkend dat het hier om een belangrijk en gevoelig probleem gaat. Zo beperkt artikel 10 van de reeds aangehaalde verordening nr. 595/91 zich er niet toe, als beginsel te stellen dat de betrokken gegevens vertrouwelijk moeten blijven (lid 1), doch regelt het dit aspect in bijzonderheden door te bepalen, dat de medegedeelde gegevens „onder het beroepsgeheim vallen en de bescherming genieten die gelijksoortige gegevens genieten krachtens de nationale wetgeving van de Lid-Staat die de gegevens ontvangen heeft en krachtens de overeenkomstige bepalingen die op de communautaire instellingen van toepassing zijn" (lid 4). Bovendien voorziet dit artikel in een aantal garanties voor de particulieren; zo mogen bijvoorbeeld de namen van bij onregelmatigheden betrokken natuurlijke of rechtspersonen alleen aan een andere Lid-Staat of aan een andere instelling van de Gemeenschap worden medegedeeld, wanneer deze gegevens nodig zijn om onregelmatigheden te voorkomen of te vervolgen of om vermoede onregelmatigheden te constateren (lid 3); wanneer bovendien na een aanvullend onderzoek blijkt dat de aanvankelijke vermoedens betreffende de betrokkenheid van een bepaalde persoon bij een onregelmatigheid, ongegrond zijn, dient zulks onmiddellijk ter kennis te worden gebracht van al degenen aan wie de naam van deze persoon voordien was meegedeeld (lid 6).

18. Volledigheidshalve voeg ik hieraan toe, dat op basis van de punten 4 en 5 van de Gedragscode aan alle Lid-Staten een formu-

11 — Het belang van een dergelijke bepaling is bevestigd in de rechtspraak van het Hof, dat in zijn arrest van 10 januari 1980 (zaak 267/78, Commissie/Italië, Jurispr. 1980, blz. 31, r. o. 22) heeft gepreciseerd, dat „de voorschriften van de nationale strafwetgeving, die de mededeling van het dossier van de strafrechtelijke procedure aan bepaalde personen verbieden, dus kunnen aan de Commissie worden tegengeworpen voor zover diezelfde beperkingen ten aanzien van de nationale administratie gelden", op welke grond het Hof van oordeel was dat Italië, door de onder het geheim van de instructie vallende inlichtingen niet mee te delen, niet te kort was geschoten in de op hem rustende verplichtingen.

lier is gestuurd, ter vergemakkelijking van de mededeling van de inlichtingen die zij moeten verzamelen, dat zij dienen in te vullen en binnen de gestelde termijnen aan de Commissie moeten laten toekomen. Volgens verzoeker is dit een extra bewijs dat de bestreden handeling niet louter een aanbeveling is. Volgens de Commissie daarentegen gaat het hier om een standaardformulier, dat in elk opzicht vergelijkbaar is met de formulieren die reeds in andere sectoren worden gebruikt.

Dienaangaande beperk ik mij tot de vaststelling dat, wat het formulier betreffende de onregelmatigheden inzake het EOGFL, afdeling Garantie, betreft, de daarin verlangde inlichtingen in elk opzicht overeenkomen met die waarvan sprake is in verordening nr. 595/91 en voordien in verordening nr. 283/72.

Wat nu het formulier betreffende onregelmatigheden ten nadele van de eigen middelen van de Gemeenschappen betreft, wil ik erop wijzen dat dit formulier gebaseerd is op artikel 6, lid 3, van verordening (EEG, Euratom) nr. 1552/89 [12], waarin uitdrukkelijk is bepaald dat de Lid-Staten de Commissie per half jaar een beknopte beschrijving toezenden van fraudegevallen en onregelmatigheden inzake bedragen van meer dan 10 000 ECU, met vermelding van de maatregelen die zijn genomen of moeten worden overwogen ten einde herhaling te voorkomen. Volgens het formulier geldt de mededelingsplicht uitsluitend voor deze inlichtingen; bij het verzoek om bijkomende inlichtingen wordt namelijk gepreciseerd, dat het niet om verplichte inlichtingen in de zin van artikel 6, lid 3, van verordening nr. 1552/89 gaat: de Lid-Staten worden *uitgenodigd* deze inlichtingen mee te delen voor zover zij nuttig kunnen zijn voor een doeltreffende fraudebestrijding.

19. Deze opmerkingen bevestigen dat de Gedragscode zich er niet toe bepaalt de in artikel 23, lid 1, van verordening nr. 4253/88 voorgeschreven verplichtingen te preciseren, doch deze interpreteert en de strekking ervan verruimt, zonder daaraan evenwel passende waarborgen te verbinden, met name op het gebied van de bescherming van de particulieren.

Bijgevolg rijst de vraag of de Commissie bevoegd was om de betrokken handeling vast te stellen.

20. Het standpunt van de Commissie ter zake is verre van duidelijk. Enerzijds stelt zij dat de Gedragscode onverbindend is, doch anderzijds beweert zij dat zij zowel op grond van artikel 155 EEG-Verdrag als op grond van artikel 4, lid 2, van verordening nr. 2052/88 de mogelijkheid en dus de bevoegdheid heeft om dergelijke handelingen vast te stellen.

Ik kan deze zienswijze niet delen. Ik herinner er namelijk aan dat de vaststelling van onverbindende handelingen is voorzien in artikel 189 EEG-Verdrag, en dat artikel 155 EEG-Verdrag aan de Commissie de bevoegdheid toekent om aanbevelingen te doen of adviezen uit te brengen, niet alleen wanneer het Verdrag zulks uitdrukkelijk voorschrijft doch ook wanneer zij dit noodzakelijk acht; de Commissie behoeft dus niet absoluut het bewijs te leveren dat zij bevoegd is een bepaalde handelwijze aan te bevelen: die bevoegdheid staat vast. Indien,

12 — Verordening van 29 mei 1989 houdende toepassing van besluit 88/376/EEG, Euratom betreffende het stelsel van eigen middelen van de Gemeenschappen (PB 1989, L 155, blz. 1).

zoals de Commissie in haar verweerschrift bij herhaling beweert, de betrokken handeling niet meer is dan een aanbeveling, een advies aan de Lid-Staten over de wijze van toepassing van artikel 23, lid 1, van verordening nr. 4253/88, valt moeilijk in te zien waarom de Commissie zulks in de titel van de Gedragscode niet uitdrukkelijk heeft vermeld en deze niet zodanig heeft gepresenteerd dat het, ongeacht de *nomen iuris*, duidelijk was dat het enkel en alleen om een aanbeveling aan de Lid-Staten ging [13], ten einde eventuele verwarring, onzekerheid en een artificieel geschil te vermijden.

Algemeen gesproken kan het alleen maar verbazen dat de Commissie, zij het ook maar in het kader van haar verweer voor het Hof, blijft vasthouden aan de stelling, dat zij in een dermate delicate materie, waarin de strengheid en het verbindend karakter van de verplichtingen zelfs nog zouden moeten worden versterkt, een voor de Lid-Staten volstrekt onverbindende handeling heeft vastgesteld, die, voor zover al van een handeling sprake kan zijn, niet alleen nutteloos is, doch door dit enkele feit ook een gevaar oplevert, doordat zij verwarring en verschillen in gedraging tussen de Lid-Staten in de hand kan werken.

13 — Hieraan wil ik een op het eerste gezicht misschien banale opmerking toevoegen, namelijk dat de Commissie in de regel zoals het hoort, wanneer zij daartoe de bevoegdheid heeft, formele handelingen vaststelt op grond van artikel 189 EEG-Verdrag. Wanneer evenwel handelingen met een atypische *benaming* worden vastgesteld, wijst dit mijns inziens op een zekere dubbelzinnigheid, zeker wanneer de te regelen materie dermate typisch is dat zij geen atypische handeling behoeft. Dienaangaande verwijs ik naar het arrest van 13 december 1989 (zaak 322/88, Grimaldi, Jurispr. 1989, blz. 4407), waarin het Hof verklaarde dat aanbevelingen „door de instellingen van de Gemeenschap doorgaans worden uitgebracht, wanneer het Verdrag hun niet de bevoegdheid geeft om verbindende handelingen te verrichten, of wanneer huns inziens geen aanleiding voor dwingender voorschriften bestaat" (r. o. 13). Deze opvatting geldt mijns inziens in beginsel eveneens voor de in de praktijk talloze atypische handelingen.

21. Evenmin ben ik het met de Commissie eens, dat artikel 5 EEG-Verdrag een ander licht op de zaak kan werpen. De ingevolge dit artikel op de Lid-Staten rustende verplichting „de vervulling van de taak van de Gemeenschap te vergemakkelijken", is namelijk een algemene verplichting die, zoals het Hof heeft gepreciseerd, niet kan worden ingeroepen „bij gebreke van uitdrukkelijke bepaling in het Verdrag of in normatieve handelingen van de Instellingen" [14]; een dergelijke op de Lid-Staten rustende verplichting kan niet worden ingeroepen om handelingen met een regelgevend karakter vast te stellen. Wel kan de Commissie met een beroep op artikel 5 EEG-Verdrag de Lid-Staten om inlichtingen verzoeken over een welbepaald geval, en in geval van weigering een niet-nakomingsprocedure inleiden, doch zij kan deze rechtsgrondslag zeker niet gebruiken om de door een rechtsnorm — in casu artikel 23, lid 1, van verordening nr. 4253/88 — opgelegde verplichtingen te harmoniseren, te preciseren en te verruimen.

22. Wat de bevoegdheid betreft die de Commissie aan artikel 4, lid 2, van verordening nr. 2052/88 ontleent, behoeft nauwelijks te worden beklemtoond dat deze bepaling verwijst naar het zogeheten partnerschap, een begrip dat in de verordening wordt omschreven als „nauw overleg tussen de Commissie, de betrokken Lid-Staat en de door de Lid-Staat aangewezen nationale, regionale, lokale of andere bevoegde autoriteiten, waarbij elke partij handelt als een partner die een gemeenschappelijk doel nastreeft". Voorts, aldus de verordening, omvat het partnerschap „de voorbereiding, de financiering, het toezicht en de evaluatie van de acties".

14 — Beschikking van 30 september 1987, zaak 229/86, Brother Industries, Jurispr. 1987, blz. 3757, inzonderheid blz. 3763).

Uitgaande van de gedachte dat de door de Commissie gevoerde structurele actie een aanvulling is op de overeenkomstige nationale actie of daartoe een bijdrage levert, is uiteindelijk een soort permanente dialoog ontstaan tussen de Commissie en de betrokken Lid-Staat ten einde, met het oog op een grotere doeltreffendheid, de bevoegdheden te verdelen en gezamenlijk personeel ter beschikking te stellen voor de communautaire structurele actie. Het begrip partnerschap houdt dus helemaal niet in, dat de partners in onderling overleg bindende handelingen of bindende interpretaties van bestaande handelingen en rechtsregels kunnen vaststellen. Bovendien omvat het partnerschap niet de controle van de acties, maar, zoals gezegd, alleen de voorbereiding, de financiering, het toezicht en de evaluatie van de acties. Dit houdt in, dat de onderhavige rechtsgrondslag niet de mogelijkheid biedt om bindende handelingen vast te stellen, doch enkel voorziet in nauw overleg tussen alle betrokken partijen met het oog op de goede afloop van elke afzonderlijke actie.

23. Dan moet thans nog een laatste aspect worden onderzocht: de Commissie heeft bij herhaling, in haar verweerschrift en ter terechtzitting, gesteld dat de bestreden handeling het resultaat is van een consensus; het zou dus gaan om een handeling van een nieuw type, die zij als een soort „gentlemen's agreement" heeft omschreven. Deze constructie, die mij onaanvaardbaar lijkt, kan geen wijziging brengen in de rechtssituatie, waartoe niet behoeft te worden nagegaan of de in geding zijnde handeling tot stand is gekomen op basis van onderhandelingen. Behalve dat de Lid-Staten die de bepalingen van een dergelijke handeling miskennen, daarvoor hooguit de politieke verantwoordelijkheid op zich kunnen nemen, zonder dat hen de niet-nakoming van krachtens het gemeenschapsrecht in de betrokken sector op hen rustende verplichtingen kan worden verweten, gaat het hier bovenal om een handeling die als zodanig buiten het door het Verdrag gewaarborgde systeem valt. Dit laatste voorziet niet in tussen de Commissie en de Lid-Staten *overeengekomen normatieve handelingen*, noch in overeenkomsten, zelfs niet in zeer vereenvoudigde vorm, tussen de Commissie en de Lid-Staten. Deze vreemde en tegenstrijdige zienswijze van de Commissie lijkt mij geen verder commentaar te behoeven.

24. Gelet op het voorgaande is de bewering van de Commissie dat zij nooit een niet-nakomingsprocedure zal inleiden op grond van niet-nakoming van de Gedragscode, volstrekt irrelevant, en bovendien in flagrante strijd met de inhoud van de schriftelijke kennisgeving waarin zij, zoals gezegd, uitdrukkelijk stelde dat de naleving van artikel 23, lid 1, van verordening nr. 4253/88 de onverkorte naleving van de Gedragscode veronderstelde. Het is echter niet nodig nog langer bij dit aspect stil te staan, nu zoals gezegd, bij het onderzoek van de inhoud van de handeling is gebleken dat het gaat om toepassingmodaliteiten die voor de Lid-Staten verplichtingen meebrengen die als zodanig niet in de basisregeling zijn voorzien.

25. Voor de onderhavige zaak is evenwel van belang dat de bestreden handeling, houdende toepassingsbepalingen van artikel 23, lid 1, van verordening nr. 4253/88, de krachtens deze bepaling op de Lid-Staten rustende verplichtingen verzwaart, door deze te verruimen en nader te preciseren.

Artikel 23 vermeldt alleen de verplichtingen van de Lid-Staten, doch kent de Commissie geen enkele bevoegdheid toe noch om de betrokken verplichtingen te preciseren, noch om deze uit te leggen of te verruimen. In geen enkele andere bepaling wordt aan de Commissie een dergelijke bevoegdheid toegekend. Daarentegen is in artikel 3, leden 4 en 5, van verordening nr. 2052/88 bepaald dat de modaliteiten inzake het toezicht op de acties worden omschreven in de op grond van artikel 130 E van het Verdrag vastgestelde uitvoeringsbesluiten. En bovendien bevestigt artikel 7, lid 2, van deze verordening dat de geharmoniseerde regels ter verscherping van de controle van de structurele bijstandsverlening worden vastgesteld in de in artikel 3, leden 4 en 5, bedoelde bepalingen. Bijgevolg moet de Gedragscode wegens onbevoegdheid van de Commissie nietig worden verklaard, voor zover hij ertoe strekt rechtsgevolgen teweeg te brengen.

Conclusie

Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging, het beroep toe te wijzen en de Commissie te verwijzen in de kosten van de procedure.