

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

F. G. JACOBS

van 3 oktober 2002 <sup>1</sup>

Inhoud

Inleiding .....	I-7156
Voorgeschiedenis .....	I-7157
De relevante communautaire bepalingen .....	I-7159
De bepalingen van het EG-Verdrag .....	I-7159
Het besluit tot oprichting van het OLAF .....	I-7162
De verordening betreffende onderzoeken door het OLAF .....	I-7163
Het interinstitutioneel akkoord betreffende de interne onderzoeken verricht door het OLAF .....	I-7168
Het bestreden besluit .....	I-7168
Procesverloop en conclusies van partijen .....	I-7171
De te onderzoeken vragen .....	I-7171
Is verordening nr. 1073/1999 van toepassing op de ECB? .....	I-7172
Is het bestreden besluit in strijd met verordening nr. 1073/1999? .....	I-7176
Samenvatting van de argumenten .....	I-7176
Ontvankelijkheid .....	I-7178
Ten gronde .....	I-7178
Conclusie .....	I-7184
Moet verordening nr. 1073/1999 krachtens artikel 241 EG niet-toepasselijk worden verklaard? .....	I-7185
Ontvankelijkheid .....	I-7185
Rechtsgrondslag .....	I-7186
— Eerste argument: maatregelen voor fraudebestrijding in de lidstaten .....	I-7186
— Tweede argument: de financiële belangen van de Gemeenschap .....	I-7189

1 — Oorspronkelijke taal: Engels.

Raadpleging ingevolge artikel 105, lid 4, EG .....	I-7193
Onafhankelijkheid .....	I-7199
Evenredigheid .....	I-7208
Ontvankelijkheid in het licht van artikel 241 EG .....	I-7211
Conclusie .....	I-7214

## Inleiding

1. In deze zaak heeft de Commissie beroep ingesteld tot nietigverklaring van besluit 1999/726/EG van 7 oktober 1999<sup>2</sup>, waarbij de Europese Centrale Bank (hierna: „ECB”) een Comité voor fraudebestrijding heeft opgericht, dat belast is met de controle op de werkzaamheden van het directoraat Interne audit van de ECB ter bestrijding van fraude en andere onwettige activiteiten waardoor de financiële belangen van de ECB worden geschaad. De Commissie — ondersteund door de Raad, het Parlement en de Nederlandse regering — stelt dat dit besluit in strijd is met verordening (EG) nr. 1073/1999 van het Europees Parlement en de Raad van 25 mei 1999 betreffende onderzoeken door het Europees Bureau voor fraudebestrijding (OLAF).<sup>3</sup> Volgens de ECB streeft het bestreden besluit hetzelfde doel na als verordening nr. 1073/1999 en is het niet daarmee in strijd; deze verordening moet bovendien aldus worden uitgelegd, dat zij niet van toepassing is op haar werkzaamheden. Subsidiair verzoekt de ECB het Hof, de verordening krachtens artikel 241 EG niet-toepasselijk te verklaren wegens het

ontbreken van een rechtsgrondslag, schending van een wezenlijk vormvoorschrift, en schending van de onafhankelijkheid van de ECB en het evenredigheidsbeginsel.

2. De zaak stelt een aantal belangrijke kwesties aan de orde, in het bijzonder met betrekking tot de reikwijdte van de bevoegdheid van de Gemeenschap tot het nemen van maatregelen op basis van artikel 280 EG ter bestrijding van fraude en alle andere onwettige activiteiten waardoor de financiële belangen van de Gemeenschap worden geschaad, de verplichting van de communautaire instellingen en de lidstaten krachtens artikel 108 EG om de onafhankelijkheid van de ECB te eerbiedigen, en de verplichting ingevolge artikel 105 EG om de ECB te raadplegen over voorstellen voor communautaire besluiten op de gebieden die onder haar bevoegdheid vallen. Ook moet worden nagegaan of de ECB, wanneer zij niet binnen de termijn van de vijfde alinea van artikel 230 EG beroep heeft ingesteld tegen een verordening, krachtens artikel 241 EG de niet-toepasselijkheid daarvan kan inroepen.

2 — Besluit van de Europese Centrale Bank van 7 oktober 1999 betreffende de preventie van fraude (ECB/1999/5) (PB L 291, blz. 36; hierna: „bestreden besluit”).

3 — PB L 136, blz. 1. Hierna: „verordening nr. 1073/1999”.

## Voorgeschiedenis

3. Het is algemeen bekend dat jaarlijks een aanzienlijk bedrag aan gemeenschapsgelden verloren gaat ten gevolge van fraude en andere onregelmatigheden door natuurlijke en rechtspersonen. In 2000 hebben de Commissie en de bevoegde autoriteiten van de lidstaten 6 915 nieuwe gevallen van fraude en andere onregelmatigheden met een geschatte impact op de begroting van 2 030 miljoen euro<sup>4</sup> behandeld. De communautaire instellingen hebben op dit probleem gereageerd door een aantal wetgevende maatregelen vast te stellen, speciaal gericht op de bestrijding van fraude.<sup>5</sup>

4. De oprichtingsverdragen voorzagen niet in een specifieke rechtsgrondslag voor maatregelen op het gebied van de preventie van fraude en de bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap. Artikel 209 A EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 280 EG), dat bij het Verdrag betreffende de Europese Unie is ingevoegd, verplichtte de lidstaten ertoe, ter bestrijding van fraude waardoor de financiële belangen van de Gemeenschap worden geschaad, dezelfde maatregelen te nemen als die welke zij treffen ter bestrijding van fraude waardoor hun eigen financiële belangen worden geschaad<sup>6</sup>, en hun optreden te coördineren om de financiële belangen van de Gemeenschap tegen fraude te

beschermen, maar verleende de Gemeenschap geen nieuwe wetgevende bevoegdheden. Het Verdrag van Amsterdam heeft deze bepaling echter ingrijpend gewijzigd door de Gemeenschap uitdrukkelijk de bevoegdheid te geven om „de nodige maatregelen [...] op het gebied van de preventie en bestrijding van fraude” aan te nemen.

5. Vóór de inwerkingtreding van het Verdrag van Amsterdam hadden de Gemeenschappen verschillende maatregelen genomen ter bestrijding van fraude, gepleegd door ontvangers van gemeenschapsgelden in de lidstaten, op basis van artikel 308 EG.<sup>7</sup> In wezen verlenen deze maatregelen de Commissie het recht, controles en verificaties ter plaatse uit te voeren in de lidstaten, en verplichten zij deze laatste, hen doeltreffende, evenredige en afschrikwekkende sancties vast te stellen en samen te werken in fraudezaken met een grensoverschrijdend karakter.<sup>8</sup>

6. Tevens zijn inspanningen verricht om het risico van fraude binnen de communautaire instellingen zelf te verkleinen. Voor de onderhavige zaak zijn in het bijzonder de door de Commissie en de ECB genomen initiatieven relevant.

4 — Zie het jaarverslag 2000 van de Commissie betreffende de bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschappen en fraudebestrijding [COM (2001) 255 def., blz. 76].

5 — Zie voor een overzicht van de genomen initiatieven, „Bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschappen — Fraudebestrijding — Actieplan voor 2001-2003” [COM(2001) 254 def.].

6 — In artikel 209 A van het Verdrag zijn aldus de in het arrest van 21 september 1989, Commissie/Griekenland (68/88, Jurispr. blz. 2965, punten 23-26) neergelegde beginselen opgenomen.

7 — Verordening (EG, Euratom) nr. 2988/95 van de Raad van 18 december 1995 betreffende de bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen (PB L 312, blz. 1), en de meer gedetailleerde bepalingen in verordening (Euratom, EG) nr. 2185/96 van de Raad van 11 november 1996 betreffende de controles en verificaties ter plaatse die door de Commissie worden uitgevoerd ter bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen tegen fraude en andere onregelmatigheden (PB L 292, blz. 2).

8 — Deze maatregelen worden met name aangevuld door de Overeenkomst, opgesteld op grond van artikel K.3 van het Verdrag betreffende de Europese Unie, aangaande de bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen (PB 1995, C 316, blz. 49).

7. De Commissie heeft in 1987 voor de eerste maal een speciale antifraude-eenheid opgericht [Unité de coordination de la lutte antifraude (UCLAF)]. In 1995 heeft deze eenheid de verantwoordelijkheid gekregen voor alle activiteiten van de Commissie op het gebied van fraudebestrijding, waaronder het onderzoek naar fraude en andere onregelmatigheden gepleegd door het personeel van de Commissie. Ter versterking van de bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap en — wellicht — als reactie op de kritiek op de UCLAF<sup>9</sup>, heeft de Commissie in 1998 voorgesteld een nieuwe en onafhankelijke antifraudedienst op te richten, het Bureau voor fraudebestrijding of Office de Lutte Anti-Fraude (OLAF).<sup>10</sup> Hoewel de Commissie aanvankelijk had voorgesteld het OLAF op te richten — en gedetailleerde bepalingen voor het functioneren daarvan vast te stellen — bij een verordening op basis van artikel 308 EG, is het OLAF uiteindelijk opgericht bij een besluit<sup>11</sup>. De algemene bepalingen voor de werkzaamheden van het OLAF, die „externe onderzoeken” in de lidstaten omvatten en „interne onderzoeken” maar fraude binnen de communautaire instellingen, organen en instanties, zijn vastgelegd in verordening nr. 1073/1999, de eerste maatregel die is aangenomen op basis van het nieuwe artikel 280, lid 4, EG<sup>12</sup>. De verordening

bepaalt dat elke instelling, orgaan of instantie van de Europese Gemeenschap een besluit aanneemt waarin de door het OLAF te verrichten interne onderzoeken nader worden geregeld. Bij een in 1999 gesloten inter-institutioneel akkoord is een standaard-model voor deze besluiten uitgewerkt.<sup>13</sup>

8. Binnen de ECB zijn twee administratieve organen belast met de bestrijding van fraude en andere onregelmatigheden. Primair verantwoordelijk op dit gebied is het directoraat Interne Audit (hierna: „D-AI”). Blijkens de aan het Hof overgelegde documenten in deze zaak, is de taak van het D-AI in het algemeen het beoordelen van de doeltreffendheid en de relevantie van het functioneren van de diensten van de ECB, en het doen van voorstellen voor verbeteringen.<sup>14</sup> In het kader van deze taak houdt het D-AI zich bezig met de vaststelling en preventie van fraude. Sinds november 1999<sup>15</sup> deelt het D-AI deze verantwoordelijkheid met een Comité voor fraudebestrijding. Het Comité voor fraudebestrijding — opgericht bij het besluit van de Raad van bestuur dat door de Commissie in casu wordt aangevochten — is verantwoordelijk voor het geregeld controleren van het goede verloop van de werkzaamheden van het D-AI.<sup>16</sup>

9 — Zie met name Speciaal verslag nr. 8/98 van de Rekenkamer over de diensten van de Commissie die specifiek betrokken zijn bij fraudebestrijding, met name de „Unité de coordination de la lutte antifraude” (UCLAF), vergezeld van de antwoorden van de Commissie (PB 1998, C 230, blz. 1). Zie voor een uiteenzetting over de reactie van de Commissie en de ontstaansgeschiedenis van het OLAF, Kuhl L., en Spitzer H., „Das Europäische Amt für Betrugsbekämpfung (OLAF)”, *Europarecht* 2000, blz. 671.

10 — Voorstel voor een verordening (EG, Euratom) van de Raad tot oprichting van een Europees Bureau voor fraudeonderzoek [COM (1998) 717 def.].

11 — Besluit 1999/352/EG, EGKS, Euratom van de Commissie van 28 april 1999 houdende oprichting van het Europees Bureau voor fraudebestrijding (OLAF) (PB L 136, blz. 20).

12 — Verordening nr. 1073/1999, aangehaald in voetnoot 3. Dezelfde bepalingen zijn vastgesteld voor Euratom bij verordening (Euratom) nr. 1074/1999 van de Raad van 25 mei 1999 betreffende de door het Europees Bureau voor Fraudebestrijding (OLAF) verrichte onderzoeken (PB L 136, blz. 8).

13 — Interinstitutioneel akkoord van 25 mei 1999 tussen het Europees Parlement, de Raad van de Europese Unie en de Commissie van de Europese Gemeenschappen betreffende de interne onderzoeken verricht door het Europees Bureau voor Fraudebestrijding (OLAF) (PB L 136, blz. 15).

14 — Audit Charter van de ECB, administratieve circulaire 4/99 van 23 februari 1999; vervangen door Audit Charter van de ECB, administratieve circulaire 8/99 van 12 oktober 1999.

15 — Het bestreden besluit, waarbij het Comité voor fraudebestrijding is opgericht, is conform artikel 8 daarvan op de datum van bekendmaking in het Publicatieblad, 13 november 1999, in werking getreden.

16 — Ik verwijs naar het D-AI en het Comité voor fraudebestrijding als „het fraudebestrijdingssysteem van de ECB”.

De relevante communautaire bepalingen

delen wordt bevorderd, en met inachtneming van de beginselen die zijn neergelegd in artikel 4.

*De bepalingen van het EG-Verdrag*

9. Artikel 8 EG bepaalt:

„Overeenkomstig de procedures van dit Verdrag worden een Europees Stelsel van centrale banken (hierna ‚ESCB’ te noemen) en een Europese Centrale Bank (hierna ‚ECB’ te noemen) opgericht; zij handelen binnen de grenzen van de bevoegdheden die hun door dit Verdrag en de daaraan gehechte statuten van het ESCB en van de ECB (hierna ‚statuten van het ESCB’ te noemen) worden verleend.”

2. De via het ESCB uit te voeren fundamentele taken zijn:

- het bepalen en ten uitvoer leggen van het monetair beleid van de Gemeenschap;
- het verrichten van valutamarktoperaties in overeenstemming met de bepalingen van artikel 111;

10. Artikel 105 EG bepaalt, voorzover hier van belang:

„1. Het hoofddoel van het ESCB is het handhaven van prijsstabiliteit. Onverminderd het doel van prijsstabiliteit ondersteunt het ESCB het algemene economische beleid in de Gemeenschap teneinde bij te dragen tot de verwezenlijking van de in artikel 2 omschreven doelstellingen van de Gemeenschap. Het ESCB handelt in overeenstemming met het beginsel van een open markteconomie met vrije mededinging, waarbij een doelmatige allocatie van mid-

- het aanhouden en beheren van de officiële externe reserves van de lidstaten;

- het bevorderen van een goede werking van het betalingsverkeer.

[...]

4.<sup>17</sup> De ECB wordt geraadpleegd:

— over elk voorstel voor een communautair besluit op de gebieden die onder haar bevoegdheid vallen;

— door de nationale autoriteiten over elk ontwerp van wettelijke bepaling op de gebieden die onder haar bevoegdheid vallen, doch binnen de grenzen en onder de voorwaarden die de Raad volgens de procedure van artikel 107, lid 6, vaststelt.

De ECB kan advies uitbrengen aan de geëigende instellingen of organen van de Gemeenschap of aan nationale autoriteiten omtrent aangelegenheden op de gebieden die onder haar bevoegdheid vallen.

5. Het ESCB draagt bij tot een goede beleidsvoering van de bevoegde autoriteiten ten aanzien van het bedrijfseconomisch toezicht op kredietinstellingen en de stabiliteit van het financiële stelsel.

6. De Raad kan op voorstel van de Commissie en na raadpleging van de ECB en

met instemming van het Europees Parlement met eenparigheid van stemmen besluiten aan de ECB specifieke taken op te dragen betreffende het beleid op het gebied van het bedrijfseconomisch toezicht op kredietinstellingen en andere financiële instellingen, met uitzondering van verzekeringsondernemingen.”

11. Artikel 106 EG, voorzover relevant, luidt:

„1. De ECB heeft het alleenrecht machtiging te geven tot de uitgifte van bankbiljetten binnen de Gemeenschap.

[...]

2. De lidstaten kunnen munten uitgeven, onder voorbehoud van goedkeuring van de ECB met betrekking tot de omvang van de uitgifte.

17 — Artikel 4 van de statuten bevat een bepaling die identiek is aan de tekst van artikel 105, lid 4, EG.

[...]”

12. Artikel 108 EG luidt <sup>18</sup>:

„Bij de uitoefening van de bevoegdheden en het vervullen van de taken en plichten die bij dit Verdrag en de statuten van het ESCB aan hen zijn opgedragen, is het noch de ECB, noch een nationale centrale bank, noch enig lid van hun besluitvormende organen toegestaan instructies te vragen aan dan wel te aanvaarden van instellingen of organen van de Gemeenschap, van regeringen van lidstaten of van enig ander orgaan. De instellingen en organen van de Gemeenschap alsmede de regeringen van de lidstaten verplichten zich ertoe dit beginsel te eerbiedigen en niet te trachten de leden van de besluitvormende organen van de ECB of van de nationale centrale banken bij de uitvoering van hun taken te beïnvloeden.”

## 13. Artikel 280 EG bepaalt, voorzover relevant:

„1. De Gemeenschap en de lidstaten bestrijden fraude en alle andere onwettige activiteiten waardoor de financiële belangen van de Gemeenschap worden geschaad, met overeenkomstig dit artikel te nemen maatregelen die afschrikkend moeten werken en in de lidstaten een doeltreffende bescherming moeten bieden.

2. De lidstaten nemen ter bestrijding van fraude waardoor de financiële belangen van de Gemeenschap worden geschaad, dezelfde maatregelen als die welke zij treffen ter bestrijding van fraude waardoor hun eigen financiële belangen worden geschaad.

3. Onverminderd de andere bepalingen van dit Verdrag coördineren de lidstaten hun optreden om de financiële belangen van de Gemeenschap tegen fraude te beschermen. Zij organiseren daartoe samen met de Commissie een nauwe en geregelde samenwerking tussen de bevoegde autoriteiten.

4. De Raad neemt volgens de procedure van artikel 251, na raadpleging van de Rekenkamer, de nodige maatregelen aan op het gebied van de preventie en bestrijding van fraude waardoor de financiële belangen van de Gemeenschap worden geschaad, om in de lidstaten een doeltreffende en gelijkwaardige bescherming te bieden. Deze maatregelen hebben geen betrekking op de toepassing van het nationale strafrecht of de nationale rechtsbedeling.

18 — Artikel 7 van de statuten bevat een identieke bepaling.

[...]”

14. Artikel 287 EG luidt:

„De leden van de instellingen van de Gemeenschap, de leden van de comités, alsmede de ambtenaren en personeelsleden van de Gemeenschap zijn gehouden, zelfs na afloop van hun functie, de inlichtingen die naar hun aard vallen onder de geheimhoudingsplicht en met name de inlichtingen betreffende de ondernemingen en hun handelsbetrekkingen of de bestanddelen van hun kostprijzen, niet openbaar te maken.”

*Het besluit tot oprichting van het OLAF*

15. Het OLAF is opgericht bij besluit 1999/352/EG, EGKS, Euratom van de Commissie van 28 april 1999 (hierna: „besluit 1999/352”) <sup>19</sup>, op basis van de artikelen 162 EG-Verdrag (thans artikel 218 EG), 16 EGKS-Verdrag en 131 EGA-Verdrag.

16. Omtrent de „taken van het Bureau” bepaalt artikel 2 van besluit 1999/352, voorzover relevant:

„1. Het Bureau oefent de bevoegdheden van de Commissie uit op het gebied van externe administratieve onderzoeken met het oog op een krachtiger bestrijding van fraude, corruptie en alle andere onwettige

activiteiten waardoor de financiële belangen van de Gemeenschappen worden geschaad, en ter bestrijding van fraude in verband met alle andere feiten of activiteiten van marktdeelnemers waarbij Gemeenschapsbepalingen worden geschonden.

Het Bureau is belast met het verrichten van interne administratieve onderzoeken gericht op:

- a) de bestrijding van fraude, corruptie en alle andere onwettige activiteiten waardoor de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen worden geschaad,
- b) het onderzoeken van ernstige feiten in verband met de uitoefening van werkzaamheden in dienstverband die kunnen worden aangemerkt als een niet-nakoming van de verplichtingen van de ambtenaren en andere personeelsleden van de Gemeenschappen die tot tuchtrechtelijke en, eventueel, strafrechtelijke maatregelen aanleiding kan geven, of als een niet-nakoming van dienovereenkomstige verplichtingen van de leden van de instellingen en organen, van de bestuurders van de instanties of van de personeelsleden van de instellingen, organen en instanties die niet aan het Statuut van de ambtenaren van de Europese Gemeenschappen en de regeling welke van toepassing is op de andere personeelsleden van deze Gemeenschappen zijn onderworpen.

Het Bureau oefent de desbetreffende bevoegdheden van de Commissie uit zoals

<sup>19</sup> — Aangehaald in voetnoot 11.



deze zijn omschreven in de bepalingen die zijn vastgesteld binnen het kader, de grenzen en de voorwaarden welke door de Verdragen zijn vastgelegd.

Het Bureau kan door de Commissie of door andere instellingen, organen of instanties worden belast met onderzoekopdrachten op andere gebieden.

[...]

7. Het Bureau vertegenwoordigt de Commissie, op het vlak van de diensten, in de betrokken gremia op de in dit artikel genoemde gebieden.”

17. In artikel 4 van besluit 1999/352 wordt bepaald:

„Er wordt een comité van toezicht opgericht, waarvan de communautaire wetgever de samenstelling en de bevoegdheden bepaalt. Dit comité oefent regelmatige controle op de vervulling van de onderzoekstaak van het Bureau uit.”

18. Artikel 6, lid 4, van besluit 1999/352 bepaalt:

„De besluiten van de Commissie betreffende haar interne organisatie zijn van toepassing op het bureau voorzover deze

verenigbaar zijn met de door de communautaire wetgever ten aanzien van het Bureau vastgestelde bepalingen, met het onderhavige besluit en met de uitvoeringsbepalingen daarvan.”

19. Op grond van artikel 7 treedt besluit 1999/352 „in werking op de datum van inwerkingtreding van de verordening (EG) van het Europees Parlement en de Raad betreffende de onderzoeken van het Europees Bureau voor fraudebestrijding”.

*De verordening betreffende onderzoeken door het OLAF*

20. Verordening nr. 1073/1999<sup>20</sup> is vastgesteld op basis van artikel 280 EG.

21. Artikel 1 van verordening nr. 1073/1999, met het opschrift „Doelstelling en taken”, luidt:

„1. Met het oog op een krachtigere bestrijding van fraude, corruptie en elke andere onwettige activiteit waardoor de financiële

<sup>20</sup> — Aangehaald in voetnoot 3. Verordening nr. 1074/1999, aangehaald in voetnoot 12, bevat identieke bepalingen met betrekking tot het EGA-Verdrag. Deze verordening is in casu echter niet aan de orde.

belangen van de Europese Gemeenschap worden geschaad, verricht het Bureau voor fraudebestrijding, opgericht bij Besluit 1999/352/EG, EGKS, Euratom, van de Commissie (hierna ‚het Bureau’ genoemd) de onderzoekstaken die bij de communautaire regelgeving en de terzake geldende akkoorden zijn toevertrouwd aan de Commissie.

2. Het Bureau biedt de lidstaten de bijstand van de Commissie bij het organiseren van een nauwe, regelmatige samenwerking tussen hun bevoegde autoriteiten met het oog op coördinatie van hun maatregelen ter bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschap. Het Bureau draagt bij aan het ontwerpen en uitwerken van methoden voor de bestrijding van fraude en elke andere onwettige activiteit waardoor de financiële belangen van de Gemeenschap worden geschaad.

3. Binnen de instellingen, organen en instanties, opgericht bij de Verdragen of op basis daarvan (hierna ‚instellingen, organen en instanties’ genoemd) verricht het Bureau administratieve onderzoeken met het oog op:

- het bestrijden van fraude, corruptie en elke andere onwettige activiteit waardoor de financiële belangen van de Europese Gemeenschap worden geschaad;
- het daartoe opsporen van ernstige feiten in verband met de uitoefening van

werkzaamheden in dienstverband die onverenigbaar kunnen zijn met de plichten van de ambtenaren en andere personeelsleden van de Gemeenschappen en aanleiding kunnen geven tot disciplinaire en, in voorkomend geval, strafrechtelijke sancties, dan wel onverenigbaar kunnen zijn met de analoge verplichtingen van de leden van instellingen, organen en instanties, de hoofden van instanties of personeelsleden van instellingen, organen en instanties die niet vallen onder het Statuut van de ambtenaren van de Europese Gemeenschappen of de Regeling welke van toepassing is op de andere personeelsleden van de Europese Gemeenschappen, hierna ‚Statuut’ genoemd.”

22. Artikel 4 van verordening nr. 1073/1999, met het opschrift „Interne onderzoeken”, bepaalt, voorzover relevant:

„1. Het Bureau verricht binnen de instellingen, organen en instanties op de in artikel 1 genoemde terreinen, administratieve onderzoeken, hierna ‚interne onderzoeken’ genoemd.

Deze interne onderzoeken worden verricht met eerbiediging van de Verdragen, en met name het Protocol betreffende de voorrechten en immuniteiten van de Europese Gemeenschappen, en het Statuut en onder de voorwaarden en volgens de nadere regelingen die zijn vastgesteld in deze verordening en in het besluit dat elke instelling, orgaan en instantie aanneemt. De instellingen plegen onderling overleg over de bij dat besluit vast te stellen regeling.

2. Onverminderd lid 1:

- heeft het Bureau toegang tot alle gegevens die in het bezit zijn van de instellingen, organen en instanties, alsmede tot hun gebouwen. Het Bureau is bevoegd om de boekhouding van de instellingen, organen en instanties te controleren. Het Bureau kan alle documenten en de inhoud van alle geautomatiseerde bestanden die deze instellingen, organen en instanties in hun bezit hebben, kopiëren of daarvan uittreksels verkrijgen en kan, zo nodig, deze documenten of gegevens veiligstellen teneinde elk risico van verdwijning uit te schakelen;
- kan het Bureau de leden van de instellingen en organen, de hoofden van instanties en personeelsleden van de instellingen, organen en instanties om mondelinge informatie verzoeken.

[...]

4. De instellingen, organen en instanties worden ingelicht wanneer personeelsleden van het Bureau een onderzoek in hun gebouwen verrichten en wanneer zij een document raadplegen dat of verzoeken om gegevens die deze instellingen, organen en instanties in hun bezit hebben.

5. Indien uit de nasporingen de mogelijkheid van persoonlijke betrokkenheid van

een lid, hoofd, ambtenaar of personeelslid blijkt, wordt de instelling, instantie of het orgaan in kwestie daarvan in kennis gesteld. Ingeval het onderzoek absolute geheimhouding vereist, dan wel de inschakeling van opsporingsmiddelen die onder de bevoegdheid van de nationale rechter vallen, kan met deze kennisgeving worden gewacht.

6. Onverminderd de Verdragen, en met name het Protocol betreffende de voorrechten en immuniteiten van de Europese Gemeenschappen, en het Statuut bevat het besluit dat elke instelling, orgaan of instantie overeenkomstig lid 1 van dit artikel vaststelt met name regels betreffende:

- a) de verplichting voor de leden, ambtenaren en personeelsleden van de instellingen en organen en voor de hoofden, ambtenaren en personeelsleden van de instanties om aan de personeelsleden van het Bureau hun medewerking te verlenen en inlichtingen te verstrekken;
- b) de door de personeelsleden van het Bureau bij het verrichten van interne onderzoeken in acht te nemen procedures en de waarborgen inzake de rechten van personen die in een intern onderzoek betrokken zijn.”

23. Volgens artikel 5 van verordening nr. 1073/1999 worden „[i]nterne onderzoeken [...] geopend bij besluit van de directeur van het Bureau, die op eigen initiatief handelt, dan wel op verzoek van de instelling, het orgaan of de instantie waarbij het interne onderzoek moet worden verricht”.

24. Artikel 6 van verordening nr. 1073/1999, met het opschrift „Uitvoering van de onderzoeken”, luidt:

„1. De directeur van het Bureau leidt de uitvoering van de onderzoeken.

2. De personeelsleden van het Bureau verrichten hun taken na vertoon van een schriftelijke bevoegdheidsverklaring, waarin hun identiteit en hun hoedanigheid zijn vermeld.

3. De personeelsleden van het Bureau die voor de uitvoering van een onderzoek zijn aangewezen, moeten voor elk optreden beschikken over een door de directeur verstrekte schriftelijke machtiging, waarin het voorwerp van het onderzoek is vermeld.

4. De personeelsleden van het Bureau gedragen zich bij de controles en verificaties ter plaatse op een wijze die in overeenstemming is met de regels en gebruiken die gelden voor de ambtenaren van de

betrokken lidstaat, met het Statuut, alsmede met de in artikel 4, lid 1, tweede alinea, bedoelde besluiten.

5. De onderzoeken worden zonder onderbreking verricht gedurende een periode die in redelijke verhouding moet staan tot de omstandigheden en de complexiteit van de zaak.

6. De lidstaten zien er, overeenkomstig hun nationale wetgeving, op toe dat hun bevoegde autoriteiten de personeelsleden van het Bureau bij de uitvoering van hun opdracht de nodige bijstand verlenen. De instellingen en organen zien erop toe dat hun leden en hun personeel, en de instanties zien erop toe dat hun hoofden en hun personeel, de personeelsleden van het Bureau de voor de uitvoering van hun opdracht noodzakelijke bijstand verlenen.”

25. Artikel 7 van verordening nr. 1073/1999, met het opschrift „Verplichte informatieverstrekking aan het Bureau”, luidt:

„1. De instellingen, organen en instanties doen het Bureau onverwijld alle informatie over eventuele fraude- of corruptiegevallen of over elke andere onwettige activiteit toekomen.

2. De instellingen, organen en instanties, en de lidstaten voorzover het nationale recht dat toelaat, zenden het Bureau op zijn

verzoek of op eigen initiatief alle in hun bezit zijnde documenten en informatie in verband met een intern lopend onderzoek toe.

De lidstaten zenden de documenten en informatie betreffende de externe onderzoeken toe overeenkomstig de desbetreffende bepalingen.

3. De instellingen, organen en instanties, en de lidstaten voorzover het nationale recht dat toelaat, zenden het Bureau tevens alle andere in hun bezit zijnde documenten en informatie toe die verband houden met de bestrijding van fraude, corruptie en elke andere onwettige activiteit waardoor de financiële belangen van de Gemeenschappen worden geschaad.”

26. Artikel 8 van verordening nr. 1073/1999 bevat regels over de geheimhouding en de bescherming van de gegevens die in het kader van de onderzoeken zijn verkregen.

27. Artikel 9 van verordening nr. 1073/1999 bepaalt, voorzover relevant:

„1. Na afloop van een door het Bureau uitgevoerd onderzoek stelt het Bureau onder het gezag van de directeur een verslag op; dit bevat met name de geconstateerde feiten, in voorkomend geval het financiële nadeel, en de conclusies van het

onderzoek met inbegrip van de aanbevelingen van de directeur van het Bureau voor het aan het onderzoek te geven gevolg.

2. Deze verslagen worden opgesteld met inachtneming van de procedurevoorschriften van de nationale wetgeving van de betrokken lidstaat

[...]

4. Het na afloop van een intern onderzoek opgestelde verslag en alle dienstige daarmee verband houdende documenten worden aan de betrokken instellingen, organen of instanties toegezonden. De instellingen, organen en instanties geven aan de interne onderzoeken het gevolg dat de resultaten ervan vragen, inzonderheid op disciplinair en gerechtelijk vlak, en stellen de directeur van het Bureau binnen de door hem in de conclusies van zijn verslag vastgestelde termijn in kennis van het gevolg dat aan de onderzoeken is gegeven.”

28. De artikelen 11, 12 en 14 van verordening nr. 1073/1999 regelen de taken van het comité van toezicht, de taken van de directeur en het klachtrecht van ambtenaren en andere personeelsleden van de Europese Gemeenschappen tegen een door het OLAF in het kader van een intern onderzoek verrichte handeling waardoor die ambtenaren of andere personeelsleden zich bezwaard achten.

*Het interinstitutioneel akkoord betreffende de interne onderzoeken verricht door het OLAF*

29. Op 25 mei 1999 hebben het Europees Parlement, de Raad en de Commissie een interinstitutioneel akkoord gesloten betreffende de interne onderzoeken verricht door het OLAF<sup>21</sup> (hierna: „interinstitutioneel akkoord”).

30. De partijen zijn met name overeengekomen „een gemeenschappelijke regeling vast te stellen houdende uitvoeringsmaatregelen die nodig zijn ter vergemakkelijking van het goede verloop van de onderzoeken die het Bureau bij hen instelt” en „een dergelijke regeling op te stellen en door vaststelling van een intern besluit overeenkomstig het aan dit akkoord gehechte model onverwijld toepasselijk te maken en daarvan slechts af te wijken wanneer bijzondere vereisten die hun eigen zijn zulks technisch noodzakelijk maken”.

31. In het akkoord staat verder dat „[d]e andere instellingen alsmede de bij het EG-Verdrag en het Euratom-Verdrag of op grond daarvan ingestelde instellingen, organen en instanties worden uitgenodigd tot dit akkoord toe te treden door middel van een tot de voorzitters van de ondertekenende instellingen gezamenlijk gerichte verklaring”.

21 — Aangehaald in voetnoot 13.

**Het bestreden besluit**

32. Op 7 oktober 1999 heeft de Raad van bestuur van de ECB (hierna: „Raad van bestuur”) op basis van artikel 12.3 van het Protocol betreffende de statuten van het Europees Stelsel van centrale banken en van de Europese Centrale Bank<sup>22</sup> (hierna: „statuten”) een besluit betreffende de preventie van fraude genomen.<sup>23</sup>

33. In de eerste en de derde overweging van de considerans van het bestreden besluit staat te lezen, dat de ECB groot belang hecht aan de bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschappen en aan haar eigen financiële belangen. Volgens de vierde en de zesde overweging van de considerans wil de ECB zich inzetten voor de verwezenlijking van de doelstelling van de bestrijding van fraude en andere onwettige activiteiten waardoor de financiële belangen van de ECB worden geschaad, met behoud van de huidige verdeling en het huidige evenwicht van verantwoordelijkheden tussen de ECB en de instellingen van de Europese Gemeenschappen, en met inachtneming van de onafhankelijkheid van de ECB en van het feit dat de ECB haar eigen begroting en haar eigen financiële middelen heeft, gescheiden van die van de Europese Gemeenschappen. In de achtste overweging van de considerans wordt gezegd, dat „bestrijding van fraude en andere onwettige activiteiten waardoor de financiële belangen van de ECB worden geschaad een kernfunctie is van het directoraat

22 — Protocol gehecht aan het EG-Verdrag.

23 — Besluit 1999/726/EG, aangehaald in voetnoot 2. Hierna: „bestreden besluit”.

Interne audit en [...] dat dit directoraat verantwoordelijk is voor het verrichten van administratieve onderzoeken voor dit doel binnen de ECB”.

34. In artikel 1, leden 1 en 2, van het bestreden besluit, met het opschrift „Comité voor fraudebestrijding van de ECB”, wordt bepaald:

„1. Een Comité voor fraudebestrijding wordt opgericht teneinde de onafhankelijkheid van het directoraat Interne audit te versterken ten aanzien van zijn werkzaamheden en verslagen betreffende alle aangelegenheden die verband houden met de preventie en vaststelling van fraude en andere onwettige activiteiten waardoor de financiële belangen van de ECB worden geschaad en met de naleving van de desbetreffende interne normen en/of gedragscodes van de ECB. De samenstelling en bevoegdheden van het Comité voor fraudebestrijding worden vastgelegd door middel van dit artikel.

2. Het Comité voor fraudebestrijding is verantwoordelijk zowel voor het geregeld controleren als voor het verloop van de binnen de ECB door het directoraat Interne audit uitgevoerde werkzaamheden zoals bedoeld in lid 1.”

35. Volgens artikel 1, lid 7, kan het Comité voor fraudebestrijding, indien toepasselijk, het D-AI instructies geven ten aanzien van de uitoefening van zijn werkzaamheden.

36. Artikel 2 van het bestreden besluit, met het opschrift „Verantwoordelijkheid voor het uitbrengen van verslag over aangelegenheden betreffende fraude”, bepaalt:

„Overeenkomstig dit besluit en de geldende procedures binnen de ECB, is het directoraat Interne audit verantwoordelijk voor het onderzoeken van en verslag uitbrengen over alle aangelegenheden die verband houden met de preventie en vaststelling van fraude en andere onwettige activiteiten waardoor de financiële belangen van de ECB worden geschaad en met de naleving van de desbetreffende interne normen en/of gedragscodes van de ECB.”

37. Teneinde te verzekeren dat het directoraat Interne audit in staat is alle aangelegenheden die verband houden met de preventie en vaststelling van fraude effectief en met de vereiste mate van onafhankelijkheid te onderzoeken en daarover verslag uit te brengen, bepaalt artikel 3 van het bestreden besluit — met het opschrift „Onafhankelijkheid” — dat de directeur van Interne audit inzake aangelegenheden betreffende fraude verantwoording schuldig is aan het in artikel 1 van het besluit bedoelde Comité voor fraudebestrijding. Ingevolge artikel 1, lid 7, van het bestreden besluit doet de directeur van Interne audit jaarlijks het programma van zijn werkzaamheden toekomen aan het Comité voor fraudebestrijding en stelt het D-AI het Comité voor fraudebestrijding op gezette tijden in kennis van zijn werkzaamheden, in het bijzonder zijn onderzoeken, de resultaten ervan en in dat verband ondernomen actie.

38. In artikel 1, leden 3 tot en met 5, van het bestreden besluit is bepaald, dat het

Comité voor fraudebestrijding is samengesteld uit drie externe, onafhankelijke personen, die voor een termijn van drie jaar, die eenmaal kan worden verlengd, worden benoemd door de Raad van bestuur en die bij de uitoefening van hun taken geen instructies mogen vragen of aanvaarden van de besluitvormende organen van de ECB, van instellingen of organen van de Europese Gemeenschappen, van enige regering of van enige andere instelling of enig ander orgaan.

39. Ingevolge artikel 1, lid 8, van het bestreden besluit, brengt het Comité voor fraudebestrijding aan de Raad van bestuur, de externe accountants van de ECB en de Europese Rekenkamer verslag uit over de resultaten van de onderzoeken van het D-AI en over het gevolg dat daaraan is gegeven, alsook jaarlijks minstens één activiteitenverslag. Daarnaast kan het Comité voor fraudebestrijding volgens artikel 1, lid 10, de bevoegde nationale gerechtelijke autoriteit in kennis stellen, indien bewijs redelijkerwijs aantoont dat een inbreuk op het nationaal strafrecht zou kunnen hebben plaatsgevonden.

40. De artikelen 4 tot en met 7 van het bestreden besluit bevatten een aantal gedetailleerde regels die van toepassing zijn op de door het D-AI verrichte onderzoeken. Zij bepalen met name dat personen tegen wie een onderzoek is ingesteld, daarvan in kennis moeten worden gesteld, en dat zij in de gelegenheid moeten worden gesteld zich over alle hem of haar betreffende feiten uit te spreken<sup>24</sup>; dat de werkzaamheden van het D-AI moeten worden uitgevoerd met

eerbiediging van zowel de Verdragen, en met name artikel 6 EU, als het Protocol betreffende de voorrechten en immunititeiten van de Europese Gemeenschappen<sup>25</sup>, en dat de in het kader van fraudeonderzoeken verkregen gegevens onder het beroepsgeheim vallen.<sup>26</sup>

41. De artikelen 5, tweede alinea, en 6 van het bestreden besluit bepalen respectievelijk dat de personeelsleden van de ECB „het Comité voor fraudebestrijding of het directoraat Interne audit in kennis [moeten] stellen van enige fraude of onwettige activiteiten waardoor de financiële belangen van de ECB worden geschaad” en „bij de directie of het Comité voor fraudebestrijding een klacht [kunnen] indienen aangaande een [...] door het directoraat Interne audit verrichte handeling of nalating waardoor hij of zij zich bezwaard acht”.

42. Wat het OLAF betreft, bepaalt artikel 1, lid 9, van het bestreden besluit:

„Het Comité voor fraudebestrijding is verantwoordelijk voor de betrekkingen met het Comité van toezicht van het Europees Bureau voor fraudebestrijding (OLAF) genoemd in artikel 11 van verordening (EG) nr. 1073/1999 van het Europees Parlement en de Raad. Deze betrekkingen volgen de beginselen vastgelegd door middel van een besluit van de ECB.”

24 — Artikel 4.

25 — Artikel 5, eerste alinea.

26 — Artikel 7.



## Procesverloop en conclusies van partijen

43. De Commissie verzoekt het Hof, het bestreden besluit krachtens artikel 230 EG nietig te verklaren en de ECB in de kosten te verwijzen. Zij betoogt in wezen dat het bestreden besluit in strijd is met in het bijzonder artikel 4 van verordening nr. 1073/1999.

44. De ECB verzoekt het Hof, het beroep ongegrond te verklaren en de Commissie in de kosten te verwijzen. Zij voert twee middelen aan. In de eerste plaats is het bestreden besluit haars inziens niet in strijd met verordening nr. 1073/1999. In de tweede plaats is verordening nr. 1073/1999 niet van toepassing op de ECB. In dat verband betoogt zij primair, dat het Hof de bepalingen van de verordening in die zin moet uitleggen dat de ECB van de werkingssfeer daarvan wordt uitgesloten, omdat de verordening anders i) geen rechtsgrondslag zou hebben, aangezien zij is vastgesteld op basis van artikel 280, lid 4, EG; ii) zou zijn vastgesteld met schending van een wezenlijk vormvoorschrift, omdat de ECB niet was geraadpleegd conform artikel 105, lid 4, EG; iii) in strijd zou zijn met het in artikel 108 EG neergelegde beginsel inzake de onafhankelijkheid van de ECB, en iv) het evenredigheidsbeginsel zou schenden. Subsidiair stelt de ECB, dat het Hof krachtens artikel 241 EG verordening nr. 1073/1999 niet-toepasselijk op de ECB zou moeten verklaren.

45. Het Europees Parlement, de Raad en het Koninkrijk der Nederlanden hebben geïntervenieerd aan de zijde van de Com-

missie. Hun argumenten komen in hoofdzaak overeen met die van de Commissie. Ik zal slechts melding maken van hun interventies wanneer zij relevant zijn, en met name wanneer zij afwijken van de argumenten van de Commissie. Ik wijs er nog op, dat de partijen in deze zaak zeer gedetailleerde argumenten hebben aangevoerd en dat ik daarop slechts zal ingaan wanneer dat nodig is voor het onderzoek van de vragen die aan de orde komen.

## De te onderzoeken vragen

46. Gelet op de argumenten van de partijen en de interveniënten dienen de volgende hoofdvragen te worden onderzocht:

- Is verordening nr. 1073/1999, correct uitgelegd, van toepassing op de ECB?
- Is het bestreden besluit in strijd met verordening nr. 1073/1999?
- Moet verordening nr. 1073/1999 krachtens artikel 241 EG niet-toepasselijk worden verklaard?

Is verordening nr. 1073/1999 van toepassing op de ECB?

47. De ECB betoogt dat het Hof de bepalingen van de verordening in die zin moet uitleggen, dat de ECB niet binnen de werkingssfeer daarvan valt. Zij is van mening dat verordening nr. 1073/1999 haar personele werkingssfeer niet erg nauwkeurig definieert. Daar de verordening volgens de ECB nietig zou zijn wegens het ontbreken van een rechtsgrondslag, schending van een wezenlijk vormvoorschrift en schending van de onafhankelijkheid van de ECB en het evenredigheidsbeginsel als zij zou worden toegepast op de ECB, zou het Hof moeten kiezen voor een uitlegging van de verordening die haar in overeenstemming brengt met het Verdrag. Meer in het bijzonder betoogt de ECB dat de term „organen”, die onder meer in artikel 1 van de verordening voorkomt, aldus moet worden uitgelegd, dat daaronder de organen worden verstaan waarvan de financiële belangen — anders dan die van de ECB — rechtstreeks verbonden zijn met de begroting van de Gemeenschap.

48. Volgens vaste rechtspraak oordeelt het Hof dat „wanneer een bepaling van afgeleid gemeenschapsrecht voor meer dan één uitlegging vatbaar is, de uitlegging die de bepaling in overeenstemming doet zijn met het Verdrag, de voorkeur verdient boven de uitlegging op grond waarvan zij in strijd is met het Verdrag”.<sup>27</sup>

27 — Arresten van 13 december 1983, Commissie/Raad (218/82, Jurispr. blz. 4063, punt 15), en, meer recent, 29 juni 1995, Spanje/Commissie (C-135/93, Jurispr. blz. I-1651, punt 37). Zie voor een impliciete toepassing van dit beginsel tevens het arrest van 12 november 1969, Stauder (29/69, Jurispr. blz. 419).

49. De tekst van verordening nr. 1073/1999 is mijns inziens echter volkomen duidelijk en kan niet op de door de ECB voorgestelde wijze worden uitgelegd.

50. Uit de artikelen 1, lid 3, 4, leden 1 en 6, 5, tweede alinea, 6, lid 6, 7, leden 1, 2 en 3, 9, lid 4, 10, lid 3, en 14, tweede alinea, blijkt duidelijk dat de verordening van toepassing is op de „instellingen, organen en instanties, opgericht bij de Verdragen of op basis daarvan”. In de zevende overweging van de considerans wordt verklaard dat „[het OLAF] bij *alle*<sup>28</sup> instellingen, organen en instanties die bij het EG-Verdrag of op basis daarvan zijn opgericht [...], interne onderzoeken moet kunnen verrichten”.

51. Het is moeilijk in te zien hoe de wetgever de werkingssfeer van de verordening nog ruimer had kunnen definiëren. Als hij de ECB niet onder de werkingssfeer van de verordening had willen laten vallen, zou hij ongetwijfeld een andere formulering hebben gekozen. Daar komt bij dat de ECB, ook al behoort zij niet tot de in artikel 7 EG genoemde instellingen van de Gemeenschap, bij artikel 8 EG-Verdrag is opgericht. Zij valt dus onmiskenbaar onder de normale betekenis van het begrip „organen en instanties die bij het EG-Verdrag of op basis daarvan zijn opgericht”. Niets in de considerans of in het dispositief van de verordening duidt erop, dat dit begrip

28 — Cursivering van mij. De betekenis is in alle taalversies even duidelijk.

aldus kan worden uitgelegd, dat de organen of instanties waarvan de financiën niet direct of indirect zijn verbonden met de begroting van de Gemeenschap, worden uitgesloten.

52. Omdat de bewoordingen duidelijk zijn, is het in beginsel niet nodig en niet opportuun om het onderzoek voort te zetten. In de totstandkomingsgeschiedenis van de verordening is echter ook steun te vinden voor het standpunt, dat zij van toepassing is op de ECB. In de considerans van het voorstel voor verordening nr. 1073/1999 van de Commissie<sup>29</sup> staat, dat het OLAF „binnen de instellingen of organen die bij het EG-Verdrag of bij het EGA-Verdrag of op basis daarvan zijn opgericht, de interne onderzoeken moet kunnen verrichten”.<sup>30</sup> Hoewel het niveau en de omvang van het gepleegde overleg uit het dossier niet duidelijk zijn af te leiden, lijdt het geen twijfel dat de personeelsleden van de ECB, in de bijeenkomsten met vertegenwoordigers van de Raad, geageerd hebben tegen de toepassing van de voorgestelde regeling op de ECB. Het Parlement noch de Raad heeft het voorstel van de Commissie echter gewijzigd conform het standpunt van de ECB.<sup>31</sup> De Raad heeft in de zevende overweging van de considerans juist het woord „alle” ingevoegd en aldus de ruime personele werkingssfeer van het voorstel van de Commissie versterkt.

29 — COM(1999) 140 def..

30 — Zesde overweging van de considerans.

31 — Het Parlement heeft de volgende formulering voorgesteld voor de overweging in kwestie: „binnen alle instellingen, organen en instanties die bij het EG-Verdrag of bij het EGA-Verdrag of op basis daarvan zijn opgericht” (cursivering van mij). Zie wetgevingsresolutie houdende advies van het Europees Parlement inzake het gewijzigd voorstel voor een verordening van de Raad betreffende de door het Bureau voor fraudebestrijding verrichte onderzoeken (PB 1999, C 279, blz. 280).

53. Ten slotte wijs ik erop dat, hoewel communautaire maatregelen in het algemeen niet via, na de vaststelling ervan afgelegde, verklaringen van de communautaire instellingen kunnen worden uitgelegd, de Raad van ministers de ECB heeft verzocht verordening nr. 1073/1999<sup>32</sup> na te leven, en dat het Parlement onlangs de noodzaak van een „alomvattende, inter-institutionele benadering” in verband met deze verordening<sup>33</sup> heeft beklemtoond.

54. Ik ben derhalve van mening dat verordening nr. 1073/1999 van toepassing is op de ECB.

55. De ECB betwist deze conclusie, op grond dat zij niet kan worden beschouwd als een „orgaan” of een „instantie” opgericht bij of op basis van het EG-Verdrag in de zin van de verordening, gezien de speciale status die haar door het Verdrag is toegekend. Hoewel de ECB erkent dat zij zich niet in een „volledig van die van de Gemeenschap onderscheiden rechtswereld” bevindt en dat de gemeenschapswetgever algemene maatregelen kan vaststellen die van toepassing zijn op de ECB, wijst zij er met name op, dat i) de ECB geen com-

32 — Perscommuniqué van 8 oktober 1999, gehecht aan het verzoekschrift van de Commissie.

33 — Resolutie van het Europees Parlement over het jaarverslag 2000 van de Commissie inzake de bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschappen en fraudebestrijding en over de mededeling van de Commissie „Bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschappen — Fraudebestrijding — Actieplan voor 2001-2003”, aangenomen op 29 november 2001, punt 4.

munautaire instelling is in de zin van artikel 7 EG<sup>34</sup>; ii) het EG-Verdrag de ECB een eigen rechtspersoonlijkheid heeft verleend, onafhankelijk van die van de Gemeenschap<sup>35</sup>; iii) de ECB haar eigen interne besluitvormende organen heeft<sup>36</sup>; iv) aan deze organen door het Verdrag oorspronkelijke bevoegdheden zijn verleend om bindende maatregelen vast te stellen<sup>37</sup>; v) de rekeningen van de ECB niet worden gecontroleerd door de Rekenkamer<sup>38</sup>; en vi) de ECB bij de uitvoering van haar taken onafhankelijk van de communautaire instellingen moet optreden.<sup>39</sup>

56. Deze argumenten hebben mij niet overtuigd, hoofdzakelijk om drie redenen.

57. In de eerste plaats hebben de lidstaten, al overwogen zij de mogelijkheid om de regels inzake het monetaire beleid en het ESCB in een afzonderlijke „monetaire pijler” in het kader van het Verdrag betreffende de Europese Unie vast te stellen<sup>40</sup>, ervoor gekozen deze zaken te integreren in het EG-Verdrag.<sup>41</sup> De instelling van een monetaire unie werd derhalve toegevoegd aan de in artikel 2 EG vermelde taken van de Gemeenschap; de ECB is opgericht bij

artikel 8 EG-Verdrag, en alle bepalingen inzake haar constitutionele status zijn neergelegd in het EG-Verdrag en in haar statuten, die als aan dat Verdrag gehecht protocol deel uitmaken van het primaire gemeenschapsrecht.<sup>42</sup>

58. In de tweede plaats bepaalt artikel 105, lid 1, EG: „Onverminderd het doel van prijsstabiliteit ondersteunt het ESCB het algemene economische beleid in de Gemeenschap teneinde bij te dragen tot de verwezenlijking van de in artikel 2 omschreven doelstellingen van de Gemeenschap.” Deze bepaling correspondeert met artikel 4 EG, dat in het eerste deel van het Verdrag („De beginselen”) is opgenomen en bepaalt: „Teneinde de in artikel 2 genoemde doelstellingen te bereiken, omvat het optreden van de lidstaten en de Gemeenschap [...] de invoering van een economisch beleid” en vervolgens: „Gelijktijdig daarmee omvat dit optreden [...] het bepalen en voeren van één monetair en wisselkoersbeleid, beide met als hoofddoel het handhaven van prijsstabiliteit en, onverminderd deze doelstelling, het ondersteunen van het algemene economische beleid in de Gemeenschap, met inachtneming van het beginsel van een open markteconomie met vrije mededinging”.

59. In de derde plaats is de ECB — conform het in artikel 6 van het Verdrag betreffende de Europese Unie neergelegde beginsel van de rechtsstaat — gebonden

34 — Zie ook de artikelen 111, lid 3, EG, 232 EG, 234 EG en 288 EG, waarin onderscheid wordt gemaakt tussen de instellingen van de gemeenschap enerzijds en de ECB anderzijds.

35 — Artikel 107, lid 2, EG en artikel 9.1 van de statuten.

36 — De Raad van Bestuur en de Directie, zie de artikelen 112 EG en 10, 11 en 12 van de statuten.

37 — Zie met name de artikelen 105 EG, 106 EG en 110 EG.

38 — Artikel 248 EG en artikel 27.2 van de statuten.

39 — Artikel 108 EG.

40 — Zie Zilioli C., en Selmayr M., *The Law of the European Central Bank*, 2001, blz. 9-13.

41 — Zie Cloos J., et al., *Le Traité de Maastricht: genèse, analyse, commentaires*, 2e ed., 1994, blz. 230.

42 — Artikel 311 EG.

aan het gemeenschapsrecht en onderworpen aan de jurisdictie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen.<sup>43</sup> Bovendien worden de rekeningen van de ECB weliswaar gecontroleerd door onafhankelijke externe accountants die worden benoemd door de ECB, behoudens goedkeuring door de Raad<sup>44</sup>, maar is de doelmatigheidscontrole een taak van de Rekenkamer.<sup>45</sup>

60. Daaruit volgt, zoals de Commissie opmerkt, dat de ECB integrerend deel uitmaakt van het communautaire kader. De bijzondere positie van de ECB *binnen* die orde — die haar enerzijds onderscheidt van de instellingen en anderzijds van de instanties die door het afgeleide gemeenschapsrecht zijn opgericht — kan mijns inziens niet tot de conclusie kan leiden dat de ECB geen orgaan is dat *deel* uitmaakt van de Gemeenschap.<sup>46</sup> De ECB is onderworpen aan de algemene rechtsbeginselen die deel uitmaken van het gemeenschapsrecht en draagt bij aan de verwezenlijking van de in artikel 2 EG vermelde doelstellingen van de Gemeenschap door de uitvoering van de haar toegewezen taken en verplichtingen.<sup>47</sup> Daarom kan zij worden aangeduid als de Centrale Bank *van de Europese Gemeenschap*; het zou onjuist

zijn haar te kwalificeren, zoals sommige auteurs doen, als een organisatie die „onafhankelijk van de Europese Gemeenschap” is, een „Gemeenschap binnen de Gemeenschap”, een „nieuwe Gemeenschap”<sup>48</sup> of zelfs als iets dat buiten het begrip orgaan opgericht bij of op basis van het Verdrag in de zin van verordening nr. 1073/1999 valt.

61. Subsidiar had de ECB kunnen aanvoeren dat verordening nr. 1073/1999 aldus moet worden uitgelegd, dat zij slechts van toepassing is op de ECB voorzover de ECB daadwerkelijk middelen van de begroting van de Gemeenschap beheert.<sup>49</sup> Dat argument zou in elk geval niet kunnen slagen, zoals de Commissie ter terechtzitting heeft opgemerkt. De communautaire middelen maken volgens partijen slecht ongeveer 3 à 4 % van de jaarlijkse begroting van de ECB uit, en worden hoofdzakelijk gevormd door gemeenschapsbelasting die door de ECB wordt ingehouden op het salaris van haar personeel. Beperking van de bevoegdheden van het OLAF tot de controle op die middelen zou niet realistisch en praktisch moeilijk uitvoerbaar zijn. Bovendien zou dit de doeltreffendheid van verordening nr. 1073/1999 ten aanzien van de ECB volledig ondermijnen. Derhalve kan deze uitlegging, nu daarvoor geen duidelijke steun te vinden is in de bewoordingen of de totstandkomingsgeschiedenis van de verordening, niet worden aanvaard.

43 — Artikelen 230 EG, 232 EG, 234 EG, 237 EG, 241 EG, en 235 EG juncto artikel 288 EG, en de artikelen 14.2, 35 en 36 van de statuten.

44 — Artikel 27.1 van de statuten.

45 — Artikel 248 EG en artikel 27.2 van de statuten.

46 — Zie ook Smits R., *The European Central Bank, 1997*, blz. 93, waarin het ESCB als een „organ of the Community” wordt aangemerkt.

47 — Zie ook Amtenbrink F., en De Haan J., „The European Central Bank: an independent specialized organization of Community law — a comment”, *Common Market Law Review*, 2002, blz. 65, 68. De ECB heeft haar taak zelf beschreven als het leveren van een bijdrage aan de verwezenlijking van de doelstellingen van de Gemeenschap door het handhaven van prijsstabiliteit. Zie *ECB Monthly Bulletin*, oktober 2000, „The ECB's relations with institutions and bodies of the European Community”, blz. 49-64, 52.

48 — Zie Torrent R., „Whom is the European Central Bank the central bank of?: Reaction to Zilioli and Selmayer”, *Common Market Law Review*, 1999, blz. 1229, 1231. Vergelijk Zilioli C. en Selmayer M., aangehaald in voetnoot 40, blz. 30; Selmayer M., „Die EZB als Neue Gemeinschaft: ein Fall für den EuGH?”, *Europa-Blätter*, 1999, blz. 170.

49 — In een gevorderd stadium van het proces heeft de ECB verklaard dat zij bereid is zich uit eigen beweging aan de bevoegdheden van het OLAF te onderwerpen — en daartoe een besluit op grond van artikel 4 van de verordening aan te nemen — uitsluitend wat die middelen betreft.

## Is het bestreden besluit in strijd met verordening nr. 1073/1999?

62. Gelet op deze conclusie, ga ik na of het bestreden besluit in strijd is met verordening nr. 1073/1999.

### *Samenvatting van de argumenten*

63. Volgens de Commissie is het bestreden besluit in twee opzichten in strijd met verordening nr. 1073/1999.

64. Om te beginnen merkt de Commissie, op dat artikel 4, lid 1, van verordening nr. 1073/1999 bepaalt: „Het Bureau vericht binnen de instellingen, organen en instanties op de in artikel 1 genoemde terreinen, administratieve onderzoeken.”<sup>50</sup> In de achtste overweging van de considerans van het bestreden besluit staat echter dat „bestrijding van fraude en andere onwettige activiteiten waardoor de financiële belangen van de ECB worden geschaad een kernfunctie is van het directoraat Interne audit” dat „verantwoordelijk is voor het verrichten van administratieve onderzoeken voor dit doel binnen de ECB”. Bovendien is het D-AI volgens artikel 2 van het bestreden besluit „verantwoordelijk voor het onderzoeken van en verslag uitbrengen over alle aangelegenheden die verband houden met de preventie en vast-

stelling van fraude en andere onwettige activiteiten waardoor de financiële belangen van de ECB worden geschaad”. Volgens de Commissie vormen deze bepalingen een ontkenning van de aan het OLAF toegekende bevoegdheden tot het verrichten van interne onderzoeken, en beletten zij in feite de toepassing van verordening nr. 1073/1999 op de ECB.

65. Dienaangaande wijst de Commissie erop, dat in de considerans van het bestreden besluit uitdrukkelijk onderscheid wordt gemaakt tussen enerzijds de op basis van artikel 280 EG genomen maatregelen ter bestrijding van fraude en alle andere onwettige activiteiten waardoor de financiële belangen van de Gemeenschap worden geschaad, en anderzijds de maatregelen die van toepassing zijn op de ECB, door te onderstrepen dat de onafhankelijkheid van de ECB in het Verdrag is geregeld en dat de ECB haar eigen begroting en haar eigen financiële middelen heeft, gescheiden van die van de Europese Gemeenschappen. Het bestreden besluit formaliseert dus het standpunt van de ECB, dat zij tijdens het hele voorbereidingstraject van verordening nr. 1073/1999 heeft ingenomen, namelijk dat uitsluitend de ECB kan beslissen of, door wie en hoe de onderzoeken naar de activiteiten van haar personeelsleden moeten worden verricht. De opvatting dat het in het bestreden besluit geregelde onderzoekssysteem als een alternatief voor de door het OLAF verrichte onderzoeken is bedoeld, wordt volgens de Commissie overigens bevestigd door het feit dat de enige bepaling waarin sprake is van contact tussen beide systemen, artikel 1, lid 9, van het bestreden besluit is, op grond waarvan het Comité voor fraudebestrijding „verantwoordelijk [is] voor de betrekkingen met het Comité van toezicht van het [OLAF]” volgens „de beginselen [die zullen worden]

<sup>50</sup> — De Commissie gaat uit van de Franse versie van de verordening, waarin sprake is van „les enquêtes”, en niet van „onderzoeken” zonder meer.

vastgelegd door middel van een besluit van de ECB”.

66. In de tweede plaats merkt de Commissie op, dat ingevolge artikel 4, lid 1, van verordening nr. 1073/1999 alle instellingen, organen en instanties, opgericht bij het EG-Verdrag of op basis daarvan, een besluit moeten aannemen dat — conform artikel 4, lid 6 — regels moet bevatten betreffende de verplichting medewerking te verlenen en inlichtingen te verschaffen aan het OLAF, de door het OLAF bij het verrichten van interne onderzoeken in acht te nemen procedures en de waarborgen inzake de rechten van personen die in een dergelijk onderzoek zijn betrokken. In het bestreden besluit staat echter niet onder welke voorwaarden het OLAF onderzoeken binnen de ECB moet verrichten. Het bepaalt namelijk dat het personeel van de ECB het Comité voor fraudebestrijding of het directoraat Interne audit in kennis moet stellen van enige fraude of onwettige activiteiten waardoor de financiële belangen van de ECB worden geschaad, maar bevat geen soortgelijke verplichting om het OLAF van dergelijke activiteiten in kennis te stellen.

67. De ECB betoogt dat het bestreden besluit niet in strijd is met verordening nr. 1073/1999. Tegen het eerste argument van de Commissie — dat de achtste overweging van de considerans en artikel 2 van het bestreden besluit een ontkenning zijn van de bevoegdheden van het OLAF — brengt de ECB in, dat het bestreden besluit in wezen slechts de vóór de vaststelling ervan bestaande stand van zaken weergeeft, zoals blijkt uit het gebruik van de onvoltooid tegenwoordige tijd in de considerans

en in artikel 2.<sup>51</sup> Het enige nieuwe element in het bestreden besluit is de oprichting van het Comité voor fraudebestrijding, teneinde de onafhankelijkheid van het D-AI te vergoten en zijn bekwaamheid tot fraudebestrijding te versterken. Door deze specifieke maatregel te nemen, heeft de ECB geen inbreuk gemaakt op verordening nr. 1073/1999, daar deze niet aldus kan worden uitgelegd, dat zij het OLAF een monopolie verleent inzake het onderzoek naar frauduleuze activiteiten binnen de communautaire instellingen en organen.

68. Op het tweede argument van de Commissie antwoordt de ECB, dat artikel 4 van verordening nr. 1073/1999 de instellingen, organen en instanties niet verplicht om regels vast te stellen inzake de modaliteiten van de interne onderzoeken die door het OLAF moeten worden verricht. Artikel 4, lid 1, bepaalt niet uitdrukkelijk dat de instellingen, organen en instanties dergelijke regels moeten vaststellen; in de tweede zin van artikel 4, lid 1, wordt slechts bepaald: „De instellingen plegen onderling overleg over de [...] vast te stellen regeling”. Uit de bewoordingen van artikel 4, lid 1, blijkt dus dat de instellingen, organen en instanties vrij zijn om een dergelijk besluit niet vast te stellen, en andere geschikte maatregelen ter bestrijding van fraude te nemen. Volgens de ECB vindt dit argument steun in het feit dat de partijen bij het interinstitutioneel akkoord het noodzakelijk hebben geacht, daarin een bepaling op te nemen die de ondertekenende instellingen, organen en instanties verplicht een dergelijk besluit vast te stellen. De ECB voegt daaraan toe, dat artikel 4 geen termijn stelt voor het nemen van een besluit door de instellingen, organen en instanties.

51 — De bestrijding van fraude „is” een kernfunctie van het D-AI dat verantwoordelijk „is” voor het verrichten van administratieve onderzoeken.

*Ontvankelijkheid*

69. De ECB betwist de ontvankelijkheid van het tweede argument van de Commissie. Zij betoogt dat de vraag of zij haar verplichting om maatregelen te nemen ingevolge artikel 4 van verordening nr. 1073/1999 is nagekomen, niet kan worden gesteld in het kader van een beroep tot nietigverklaring op basis van artikel 230 EG. Naar haar mening kan deze vraag slechts worden opgeworpen in een beroep wegens nalaten op basis van artikel 232 EG.

70. De Commissie betoogt in hoofdzaak dat het bestreden besluit in wezen een besluit van de ECB is om niet conform de bepalingen van verordening nr. 1073/1999 met het OLAF samen te werken en, met name, om niet het in artikel 4, leden 1 en 6, van de verordening bedoelde besluit vast te stellen. Zij wil aldus aantonen dat het bestreden besluit een afwijzend besluit is, dat vatbaar is voor toetsing op basis van artikel 230 EG.<sup>52</sup> De ontvankelijkheid van het tweede argument van de Commissie is dus onlosmakelijk verbonden met de zaak ten gronde, en daarom stel ik voor de kwestie in die context te onderzoeken.

52 — Zie met name arrest Hof van 8 maart 1972, Nordgetreide/Commissie (42/71, Jurispr. blz. 105, punt 4), en arrest Gerecht van 8 juni 2000, Camar en Tico/Commissie en Raad (T-79/96, T-260/97 en T-117/98, Jurispr. blz. II-2193, punt 92, alsmede de aldaar aangehaalde rechtspraak). Zie ook Hartley T. C., *The Foundations of European Community Law*, 4e ed., 1998, blz. 335-337, 380 en 381.

*Ten gronde*

71. Om te beginnen kan verordening nr. 1073/1999, zoals de Commissie ter terechtzitting uitdrukkelijk heeft erkend, niet aldus worden uitgelegd dat zij het OLAF een monopolie verleent voor onderzoeken op het gebied van fraude binnen de communautaire instellingen, waardoor de oprichting van interne auditing- of fraudebestrijdingseenheden door de instellingen, organen en instanties op zichzelf onwettig is. Voor een dergelijk gevolg — dat de inspanningen op het gebied van fraudebestrijding zou kunnen ondermijnen als het OLAF in bepaalde perioden niet in staat zou zijn om alle bij hem gemelde fraudegevallen na te trekken — zou de verordening zelf een duidelijke basis moeten bieden. Hiervoor is echter geen ondubbelzinnige steun te vinden in de bewoordingen van de verordening.

72. Het is juist, zoals de Commissie opmerkt, dat volgens de Franse versie van verordening nr. 1073/1999 het OLAF „de interne onderzoeken”<sup>53</sup> verricht, en dat de Italiaanse en Griekse versie vergelijkbare bewoordingen bevatten, waaruit de indruk zou kunnen ontstaan dat het OLAF verantwoordelijk is voor alle interne onderzoeken. De andere taalversies steunen deze uitlegging echter niet. De Engelse versie zegt bijvoorbeeld slechts dat het OLAF „shall carry out administrative investigations within the institutions, bodies, offices and agencies”. Ook duidt niets in de voorstukken van verordening nr. 1073/1999

53 — Artikel 4 en de zevende overweging van de considerans. Cursivering van mij.



erop, dat het de bedoeling van de wetgever was de instellingen, organen en instanties van de Gemeenschap niet te laten optreden op het gebied van fraudebestrijding, bijvoorbeeld door versterking van hun interne controles of de oprichting van speciale eenheden voor de preventie van fraude.<sup>54</sup>

73. De oprichting van een intern systeem voor fraudebestrijding door de ECB is daarom mijns inziens niet op zichzelf in strijd met verordening nr. 1073/1999.

74. In de tweede plaats is het duidelijk, zoals de ECB opmerkt, dat het bestreden besluit niet *uitdrukkelijk* de bij verordening nr. 1073/1999 aan het OLAF verleende bevoegdheden „ontkent”. Het bestreden besluit bepaalt dat bestrijding van fraude „een kernfunctie is” van het D-AI dat „verantwoordelijk is voor het verrichten van administratieve onderzoeken voor dit doel binnen de ECB”. Het bestreden besluit zegt dus niet dat het D-AI „als enige”

verantwoordelijk is voor fraudebestrijding, en bepaalt evenmin *uitdrukkelijk* dat het OLAF geen onderzoeken bij haar personeel mag verrichten of dat de personeelsleden van de ECB het OLAF niet hoeven in te lichten over verdenkingen van fraude. Ook wordt in het besluit van de ECB, zoals deze laatste opmerkt, niet *uitdrukkelijk* de mogelijkheid uitgesloten dat de ECB in de toekomst een besluit krachtens artikel 4 vaststelt.

75. Maar daarmee is de zaak niet afgedaan. De instellingen, organen en instanties van de Gemeenschap zijn gebonden door verordening nr. 1073/1999 en moeten zich daarom onthouden van elke actie die de doeltreffendheid daarvan zou aantasten. Zoals de Raad opmerkt, legt de verordening geen resultaatsverplichting op die elke instelling, orgaan of instantie op de door hen passend geachte wijze moet vervullen; de verordening vereist dat zij te goeder trouw hun medewerking verlenen aan het OLAF, zodat dit de hem door de wetgever opgedragen taak kan uitvoeren.

54 — Voorstel voor een verordening (EG, Euratom) van de Raad tot oprichting van een Europees Bureau voor fraudeonderzoek [COM(1998) 717 def.]; gewijzigd voorstel voor een verordening van de Raad betreffende de door het Bureau voor fraudebestrijding verrichte onderzoeken [COM(1999) 140 def.]; laatste versie van het voorstel voor verordening (EG) van het Europees Parlement en van de Raad betreffende de door het Europees Bureau voor fraudebestrijding (OLAF) verrichte onderzoeken [COM(1999) 225 def.]; advies nr. 2/99 van de Rekenkamer van de Europese Gemeenschappen over het gewijzigde voorstel voor een verordening van de Raad (EG, Euratom) betreffende de door het Bureau voor fraudebestrijding verrichte onderzoeken (PB, 1999 C 154, blz. 1); wetgevingsresolutie houdende advies van het Europees Parlement inzake het gewijzigd voorstel voor een verordening van de Raad betreffende de door het Bureau voor fraudebestrijding verrichte onderzoeken (PB 1999, C 279, blz. 280), en het verslag van de Commissie begrotingscontrole, rapporteur Herbert Bösch, van 23 april 1999, EP document A4-0240/1999.

76. De vraag is vervolgens, of het bestreden besluit de doeltreffendheid van verordening nr. 1073/1999 kan aantasten. Mijns inziens moet die vraag bevestigend worden beantwoord. Het bestreden besluit belet het OLAF weliswaar niet volledig, onderzoeken naar bewering in zake fraude bij de ECB te verrichten, maar bemoeilijkt dergelijke onderzoeken aanzienlijk. Ik voer daarvoor drie argumenten aan.

77. In de eerste plaats lijkt artikel 2 — op grond waarvan het D-AI „verantwoordelijk [is] voor het onderzoeken van en verslag uitbrengen over *alle* aangelegenheden die verband houden met de preventie en vaststelling van fraude en andere onwettige activiteiten”<sup>55</sup> — de wens van de Raad van bestuur van de ECB uit te drukken om te verzekeren dat de onderzoeken uitsluitend door het fraudebestrijdingssysteem van de ECB worden verricht. Het zou niet realistisch zijn te geloven dat de personeelsleden — misschien op een moedige enkeling na — met het OLAF zouden samenwerken en aldus het beleid van de top zouden negeren.

78. In de tweede plaats bepaalt artikel 5 van het bestreden besluit, dat het personeel van de ECB i) „het Comité voor fraudebestrijding of het directoraat Interne audit in kennis [moet] stellen van enige fraude of onwettige activiteiten” en ii) „op geen enkele wijze onbillijk of discriminatoir [mag] worden behandeld ten gevolge van de door hen geleverde bijdrage aan de in dit besluit bedoelde werkzaamheden van het Comité voor fraudebestrijding of het directoraat Interne audit”. Door te bepalen dat het personeel van de ECB het interne fraudebestrijdingssysteem (en niet het OLAF) moet informeren en, belangrijker, door niet te bepalen dat het personeel geen nadelige gevolgen mag ondervinden van het feit dat het een bijdrage heeft geleverd aan werkzaamheden van het OLAF, kan dit artikel het personeel van de ECB ontmoedigen het OLAF te informeren en daaraan hun medewerking te verlenen.

79. Maar bovenal blijkt mijns inziens uit het bestreden besluit zelf — zowel uit de

considerans als uit het dispositief — dat het in wezen een afwijzend besluit is, doordat het in artikel 4 van verordening nr. 1073/1999 bedoelde uitvoeringsbesluit niet wordt genomen.

80. Hoewel volgens de considerans van het bestreden besluit „alle beschikbare middelen moeten worden ingezet” om fraude te bestrijden<sup>56</sup>, staat daarin ook dat de inzet van deze middelen moet geschieden „met behoud van de huidige verdeling en het huidige evenwicht van verantwoordelijkheden tussen de ECB en de instellingen van de Europese Gemeenschappen”.<sup>57</sup> Zoals de ECB aan het Hof heeft medegedeeld, was het D-AI belast met fraude-onderzoeken binnen de ECB ten tijde van de vaststelling van het bestreden besluit. De considerans kan dus worden opgevat als de uitdrukking van de beslissing van de ECB om de status quo niet te veranderen door ingevolge artikel 4 een besluit ter vergemakkelijking van de onderzoeken van het OLAF te nemen.

81. In de eerste overweging van de considerans van het bestreden besluit staat te lezen dat „de ECB, samen met de instellingen van de Europese Gemeenschappen en de lidstaten, groot belang hecht aan [...] inspanningen ter bestrijding van fraude”. Volgens de tweede overweging van de considerans „[achtte] de Europese Raad in Keulen in juni 1999 het buitengewoon wenselijk dat de ECB zich zou aansluiten bij de instellingen van de Europese Ge-

55 — Cursivering van mij.

56 — Vierde overweging van de considerans.

57 — Ibidem.

meenschappen in hun inspanningen ter bestrijding van fraude binnen de Europese Unie". In de vierde overweging van de considerans wordt melding gemaakt van „de onderzoekopdracht van de ECB en de instellingen van de Europese Gemeenschappen". In deze overwegingen wordt onderscheid gemaakt tussen de instellingen van de EG enerzijds en de ECB anderzijds. In de vijfde overweging van de considerans verwijst de ECB echter naar verordening nr. 1073/1999 wanneer zij melding maakt van „actie [...] ter bestrijding van fraude en andere onwettige activiteiten waardoor de financiële belangen van de Gemeenschappen worden geschaad", ondernomen door „de instellingen van de Europese Gemeenschappen en de lidstaten" op grond van artikel 280 EG. Gelet op het gemaakte onderscheid tussen de ECB en de communautaire instellingen in de eerste, de tweede en de vierde overweging van de considerans, impliceert de tekst van de vijfde overweging van de considerans dat de ECB zichzelf niet onderworpen acht aan de bepalingen van verordening nr. 1073/1999, met inbegrip van de verplichting een besluit krachtens artikel 4 te nemen.

82. Deze uitlegging van de considerans wordt bevestigd door de zesde overweging, waarin staat dat de ECB onafhankelijk is van de instellingen en haar eigen begroting en haar eigen financiële middelen heeft, gescheiden van die van de Europese Gemeenschappen. Zoals de Commissie opmerkt, kan alleen al uit deze overweging van de considerans worden afgeleid dat de ECB van mening is dat haar status binnen het systeem van het Verdrag zodanig verschilt van die van de andere instellingen, organen en instanties, dat zij niet verplicht is, en niet verplicht kan worden, te voldoen aan verordening nr. 1073/1999.

83. Het door de ECB gemaakte onderscheid tussen enerzijds de voorschriften van verordening nr. 1073/1999, die van toepassing zijn op de instellingen en de lidstaten, en anderzijds de maatregelen die ter bestrijding van fraude binnen de ECB zelf kunnen worden genomen, vloeit ook onmiskenbaar voort uit de zevende en de achtste overweging van de considerans, in onderling verband gelezen. Nadat — in de zesde overweging van de considerans — is gewezen op de in het Verdrag en de statuten vastgelegde onafhankelijkheid van de ECB, beschrijft de zevende overweging van de considerans het OLAF als een entiteit „[intern] opgericht [door de Commissie]". De impliciete suggestie is wederom duidelijk: een dienst van de Commissie kan niet worden belast met het onderzoeken van de activiteiten van een onafhankelijke instantie als de ECB.

84. Ook de materiële bepalingen van het bestreden besluit geven aanleiding tot de opvatting dat het bestreden besluit in wezen een besluit is om niet te voldoen aan artikel 4 van verordening nr. 1073/1999.

85. Ik breng in herinnering dat artikel 1, lid 9, van het bestreden besluit bepaalt: „Het Comité voor fraudebestrijding is verantwoordelijk voor de betrekkingen met het Comité van toezicht van het [OLAF]". Het bestreden besluit bevat geen andere bepalingen over de samenwerking met het OLAF. Tussen het systeem van de ECB en het OLAF is dus slechts sprake van contact op een algemeen niveau; het bestreden besluit voorziet niet in samenwerking op operationeel niveau of in het vaststellen van een besluit waarin de modaliteiten voor door het OLAF te verrichten onderzoeken

worden vastgelegd. Bovendien is volgens artikel 1, lid 8, het Comité voor fraudebestrijding verplicht verslag over zijn activiteiten uit te brengen aan de Raad van bestuur van de ECB, de externe accountants van de ECB en de Rekenkamer; er bestaat geen verplichting tot het uitbrengen van verslag aan het OLAF.

86. Artikel 2 van het bestreden besluit bepaalt dat het D-AI „[o]vereenkomstig dit besluit en de geldende procedures binnen de ECB” verantwoordelijk is voor het onderzoeken van en verslag uitbrengen over alle aangelegenheden die verband houden met de preventie van fraude binnen de ECB, en artikel 5 bepaalt: „De in dit besluit bedoelde werkzaamheden worden uitgevoerd met eerbiediging van de Verdragen, en met name artikel 6 van het Verdrag betreffende de Europese Unie, het Protocol betreffende de voorrechten en immuniteiten van de Europese Gemeenschappen, de Arbeidsvoorwaarden voor het personeel van de Europese Centrale Bank en de Arbeidsvoorwaarden voor kortetermijnaanstellingen”. Het feit dat in deze bepalingen niet wordt verwezen naar verordening nr. 1073/1999 duidt erop, dat de ECB van mening is dat zij niet binnen de werkingssfeer van de verordening valt en dus niet verplicht is te voldoen aan artikel 4 daarvan. Bovendien bepaalt artikel 1, lid 9, dat de betrekkingen tussen het Comité voor fraudebestrijding en het Comité van toezicht van het OLAF „de beginselen [volgen] vastgelegd door middel van een besluit van de ECB”. Derhalve lijken deze betrekkingen a contrario niet de beginselen en regels te volgen die zijn neergelegd in verordening nr. 1073/1999.

87. In de derde plaats brengt een gedetailleerde vergelijking tussen de bepalingen van verordening nr. 1073/1999 en die van het bestreden besluit aan het licht, dat het laatstgenoemde gemodelleerd is naar of vergelijkbaar is met de eerstgenoemde. Beide maatregelen richten een onafhankelijk comité van toezicht op, stellen procedureregels vast voor de bescherming van de rechten van de betrokken personen, bepalen dat de nationale gerechtelijke autoriteiten kunnen worden geïnformeerd over aangelegenheden betreffende fraude, en hechten aan eerbiediging van het Statuut. De oprichting door de ECB van een parallel systeem, vergelijkbaar met het door de verordening ingevoerde systeem, strookt — zoals de Commissie stelt — met de opvatting van de ECB, die zij krachtig voor het Hof heeft verdedigd, dat de verordening niet van toepassing is op de ECB, en dat deze laatste dus niet een besluit krachtens artikel 4 hoeft te nemen.

88. Derhalve concludeer ik dat het bestreden besluit de doeltreffendheid van verordening nr. 1073/1999 kan aantasten en dus hiermee in strijd is.

89. De stelling van de ECB, dat artikel 4 van verordening nr. 1073/1999 geen dwingend karakter heeft en dat de instellingen, organen en instanties slechts onderling overleg hoeven te plegen, doet niet af aan deze conclusie.

90. Ik breng in herinnering dat krachtens artikel 4, lid 1, „interne onderzoeken

worden verricht [...] onder de voorwaarden en volgens de nadere regelingen die zijn vastgesteld [...] in het besluit dat elke instelling, orgaan en instantie aanneemt”, en dat krachtens artikel 4, lid 6, „het besluit dat elke instelling, orgaan of instantie overeenkomstig lid 1 van dit artikel vaststelt met name regels [bevat] betreffende” de verplichting medewerking te verlenen aan het OLAF, de door het OLAF in acht te nemen procedures en de rechten van de betrokken personen.

91. De gangbare betekenis van „in decisions adopted (in het besluit dat [...] aanneemt)” en „the decision to be adopted (het besluit dat [...] vaststelt)” is mijns inziens duidelijk — in het Engels en in de andere taalversies van artikel 4, leden 1 en 6: deze zinsneden hebben geen facultatief karakter en moeten aldus worden verstaan dat zij een verplichting tot handelen opleggen.<sup>58</sup> Zoals de Commissie opmerkt, wordt deze uitlegging bevestigd door de tiende overweging van de considerans, volgens welke „de instellingen, organen en instanties daartoe de voorwaarden en nadere regelingen dienen vast te stellen waaronder deze interne onderzoeken worden verricht”.

92. De opvatting dat artikel 4 dwingend is, strookt ook met de doelstelling en de totstandkomingsgeschiedenis van verordening nr. 1073/1999. Zoals uit de considerans daarvan blijkt, is het doel van de verordening hoofdzakelijk fraudebestrij-

ding, door het OLAF de bevoegdheid te geven tot het verrichten van onderzoeken binnen de instellingen, organen en instanties van de Gemeenschap, met eerbiediging van de rechten van de betrokken personen.<sup>59</sup> Om dit doel te bereiken zal het noodzakelijk zijn — hetgeen tevens blijkt uit de considerans<sup>60</sup> — het Statuut<sup>61</sup> te wijzigen. In de wetenschap dat herziening van het Statuut een langdurig proces is, heeft de wetgever echter voorzien in de vaststelling, door de instellingen, organen en instanties, van een besluit dat regels bevat betreffende de verplichting tot het verlenen van medewerking aan het OLAF, de in acht te nemen procedures, en de rechten van de betrokken personen. Als de vaststelling van een dergelijk besluit niet dwingend zou zijn, zou aan de doelstelling van de verordening — de doeltreffende preventie van fraude met eerbiediging van individuele rechten — op korte of middellange termijn ernstig afbreuk kunnen worden gedaan.

93. Zoals gezegd, had de Commissie aanvankelijk voorgesteld het OLAF op te richten en de regels voor zijn functioneren vast te leggen bij een verordening op basis van artikel 308 EG.<sup>62</sup> Artikel 3, lid 2, van het voorstel voor de verordening bepaalde „Elke instelling en elk orgaan *kan* het [OLAF] de taak toewijzen voor die instelling of dat orgaan interne administratieve

59 — Zie met name de tiende overweging van de considerans.

60 — Ibidem.

61 — Statuut van de ambtenaren van de Europese Gemeenschappen, ingevoerd bij verordening (EEG, Euratom, EGKS) nr. 259/68 van de Raad van 29 februari 1968 tot vaststelling van het Statuut van de ambtenaren van de Europese Gemeenschappen en de regeling welke van toepassing is op de andere personeelsleden van deze Gemeenschappen, alsmede van bijzondere maatregelen welke tijdelijk op de ambtenaren van de Commissie van toepassing zijn (PB L 56, blz. 1), nadien herhaaldelijk gewijzigd.

62 — Zie hierboven, punt 7.

58 — Zie ook Mager U., „Das Europäische Amt für Betrugsbekämpfung (OLAF): Rechtsgrundlagen seiner Errichtung und Grenzen seiner Befugnisse”, *Zeitschrift für europarechtliche Studien*, 2000, blz. 177, 187.

onderzoeken uit te voeren [...], bij een besluit waarin de voorwaarden worden vastgesteld waaronder de interne onderzoeken moeten worden uitgevoerd”.<sup>63</sup> Het voorstel bepaalde dus dat de instellingen en organen konden kiezen voor de vaststelling van een besluit op basis waarvan het OLAF interne onderzoeken zou kunnen uitvoeren.<sup>64</sup> Omdat verordening nr. 1073/1999 niet bepaalt dat de instellingen ingevolge artikel 4 een besluit „kunnen” aannemen, lijkt de wetgever artikel 4 als een dwingende bepaling te hebben bedoeld. Deze conclusie wordt versterkt door de toelichting bij het voorstel voor verordening nr. 1073/1999, waarin de Commissie heeft opgemerkt dat „[i]n tegenstelling tot hetgeen was bepaald in artikel 3, lid 2, van het oorspronkelijke voorstel, het [hun] niet langer [vrijstaat] deze bevoegdheid al dan niet aan het [OLAF] toe te wijzen”.<sup>65</sup>

missie ingediende toelichting blijkt dat het doel van het interinstitutioneel akkoord is „te vermijden dat [de] besluiten [die krachtens artikel 4 van de verordening moeten worden vastgesteld] al te uiteenlopende regels bevatten”<sup>66</sup>, door te voorzien in een modelbesluit dat aan de bijzondere situatie van elke instelling kan worden aangepast. Dit wordt bovendien bevestigd door de considerans van het akkoord, waarin staat dat de interne „onderzoeken bij alle instellingen, organen en instanties van de Gemeenschappen onder gelijkwaardige voorwaarden moeten geschieden”<sup>67</sup> en dat de partijen „overleg [...] hebben gepleegd om hiertoe een gemeenschappelijke regeling vast te stellen”.<sup>68</sup>

### *Conclusie*

94. De ECB tracht deze argumenten te weerleggen door te stellen dat uit de laatste zin van artikel 4, lid 1, betekent dat de instellingen, organen en instanties onderling overleg moeten plegen. Ik ben het daar niet mee eens. Door overleg verplicht te stellen over „de vast te stellen regeling”, is deze bepaling geenszins in tegenspraak met de opvatting dat de instellingen, organen en instanties deze regeling moeten vaststellen in het kader van een krachtens artikel 4 te nemen besluit. Het argument van de ECB dat de Commissie, de Raad en het Parlement door het sluiten van het interinstitutioneel akkoord stilzwijgend hebben erkend dat artikel 4 niet dwingend is, heeft mij evenmin overtuigd. Uit de door de Com-

95. Gelet op het bovenstaande, concludeer ik i) dat het bestreden besluit in wezen een afwijzend besluit is dat vatbaar is voor toetsing op basis van artikel 230 EG, en ii) dat het in strijd is met verordening nr. 1073/1999.

96. Ik merk nog op dat het argument van de ECB, dat artikel 4 geen termijn stelt waarbinnen de instellingen, organen en instanties een besluit moeten nemen, niets

63 — Cursivering van mij.

64 — Zie ook de toelichting die de Commissie samen met het voorstel heeft ingediend [COM(1998) 717 def.], punt 12.

65 — COM(1999) 140 def., punt 7.

66 — Zie COM(1999) 140 def., punt 5.

67 — Zesde overweging van de considerans.

68 — Zin die volgt op de zevende en laatste overweging van de considerans.

afdoet aan deze conclusie. Zoals gezegd, moet het bestreden besluit worden opgevat als een principebesluit om een dergelijk besluit niet vast te stellen. Ook kan niet worden tegengeworpen dat het bestreden besluit in wezen declaratoir is. Door het Comité voor fraudebestrijding op te richten, procedureregels vast te stellen en bepalingen over de (strikt beperkte) betrekkingen met het OLAF op te nemen, is het bestreden besluit meer dan een loutere constatering van wat de taak van het D-AI binnen de ECB was, ten tijde van de vaststelling ervan.

**Moet verordening nr. 1073/1999 krachtens artikel 241 EG niet-toepasselijk worden verklaard?**

97. Gelet op deze conclusie, dient het middel van de ECB te worden onderzocht, dat verordening nr. 1073/1999 krachtens artikel 241 EG niet-toepasselijk moet worden verklaard. Dit artikel luidt als volgt:

„Iedere partij kan, ook al is de in artikel 230, vijfde alinea, bedoelde termijn verstrekken, naar aanleiding van een geschil waarbij een door het Europees Parlement en de Raad gezamenlijk vastgestelde verordening of een verordening van de Raad, van de Commissie of van de ECB in het geding is, de in artikel 230, tweede alinea, bedoelde middelen aanvoeren om voor het Hof van Justitie de niet-toepasselijkheid van deze verordening in te roepen.”

### *Ontvankelijkheid*

98. De Commissie betoogt dat dit middel niet-ontvankelijk moet worden verklaard. Volgens haar had de ECB — die wist dat verordening nr. 1073/1999 op haar van toepassing zou zijn — de geldigheid ervan moeten aanvechten op basis van artikel 230 EG. Volgens de derde alinea van dat artikel is de ECB gerechtigd, beroep tegen een verordening in te stellen ter vrijwaring van haar prerogatieven. De ECB stelt dat zij niet wist dat de verordening op haar van toepassing was en wijst erop, dat volgens artikel 241 EG „iedere partij” de niet-toepasselijkheid van „een verordening” kan inroepen „ook al is de in artikel 230, vijfde alinea, [EG] bedoelde termijn verstrekken”.

99. Deze argumenten doen de vraag rijzen of een instelling, orgaan of instantie die, c.q. dat, heeft nagelaten actie te ondernemen tegen een verordening binnen de in artikel 230, vijfde alinea, EG genoemde termijn, artikel 241 EG als verweermiddel kan aanvoeren in het kader van een beroep tot nietigverklaring van een maatregel van die instelling, dat orgaan of die instantie, wegens schending van de betrokken verordening.

100. Over deze belangrijke principekwestie heeft het Hof nog geen uitspraak gedaan. Daar hieraan in casu zeer weinig aandacht is besteed, zal ik eerst de argumenten ten gronde van de ECB onderzoeken, en vervolgens, om redenen die nog duidelijk zullen worden, een voorlopig standpunt

innemen over de ontvankelijkheid in het licht van artikel 241 EG.

### *Rechtsgrondslag*

101. De ECB betoogt dat verordening nr. 1073/1999 nietig is omdat zij is vastgesteld op basis van artikel 280 EG. Haar argumentatie hiervoor is tweeledig.

— Eerste argument: maatregelen voor fraudebestrijding in de lidstaten

102. Om te beginnen stelt de ECB, dat artikel 280, lid 4, EG de Gemeenschap slechts de bevoegdheid verleent, maatregelen te nemen ter versterking van de bekwaamheid van de autoriteiten van de lidstaten om fraude en andere onregelmatigheden te bestrijden; deze bepaling heeft geen betrekking op fraude en andere onregelmatigheden binnen de communautaire instellingen zelf. Verordening nr. 1073/1999 is dus nietig voorzover zij bepaalt dat de bevoegdheden van het OLAF zich mede uitstrekken tot de instellingen, orga-

nen en instanties van de Europese Gemeenschap. In dit verband merkt de ECB op, dat artikel 280, lid 1, EG slechts spreekt van maatregelen ter voorkoming van fraude „in de lidstaten” en dat de door de Gemeenschap genomen maatregelen volgens artikel 280, lid 4, EG geen betrekking mogen hebben op het „nationale strafrecht”. Het feit dat in artikel 280 EG geen sprake is van de instellingen en organen, is volgens de ECB van groot belang in het licht van artikel 286 EG, dat uitdrukkelijk bepaalt dat „de besluiten van de Gemeenschap inzake de bescherming van personen met betrekking tot de verwerking en het vrije verkeer van persoonsgegevens van toepassing [zijn] op de instellingen en organen die bij of op grond van dit Verdrag zijn opgericht”.

103. De Commissie verwierpt deze argumenten. Zij betoogt dat artikel 280 EG de gemeenschapswetgever ruime bevoegdheden verleent, door te voorzien in de aanname van de „nodige maatregelen”, en dat artikel 280, lid 4, EG moet worden gelezen in het licht van artikel 280, lid 1, EG, waarin wordt bepaald dat „[d]e Gemeenschap en de lidstaten [...] fraude [bestrijden] met overeenkomstig dit artikel te nemen maatregelen”. De draagwijdte van artikel 280 EG beperken tot maatregelen die fraude moeten helpen voorkomen, zou eveneens de doeltreffendheid (effet utile) ervan kunnen aantasten, daar het nodig kan zijn om ook de activiteiten van de personeelsleden van de communautaire instellingen en organen te onderzoeken, om een volledig beeld te krijgen van de activiteiten van de marktdeelnemers en de autoriteiten in de lidstaten tijdens externe onderzoeken.



104. Ik kan de argumenten van de ECB niet aanvaarden.

105. Zoals de Raad in zijn memorie in interventie heeft opgemerkt, lijken de bewoordingen van artikel 280 EG op het eerste gezicht inderdaad betrekking te hebben op maatregelen ter versterking van de inspanningen van de lidstaten voor fraudebestrijding, en niet op fraude gepleegd binnen de communautaire instellingen zelf. Bovendien is het feit dat artikel 280 EG voorziet in het nemen van „de nodige maatregelen” niet zo relevant, daar, zoals de ECB opmerkt, deze woorden voorbijgaan aan de vraag waarvoor die maatregelen kunnen worden genomen: voor de bestrijding van fraude binnen de instellingen of in de lidstaten?

106. Een zorgvuldigere analyse van de tekst, de structuur en de totstandkomingsgeschiedenis van artikel 280 EG leidt echter tot de conclusie dat de Gemeenschap maatregelen kan nemen inzake de preventie van fraude binnen de instellingen en organen.

107. Om te beginnen wijs ik erop, dat volgens artikel 280, lid 1: „[d]e Gemeenschap en de lidstaten [...] fraude [bestrijden] met overeenkomstig dit artikel te nemen maatregelen”. Er is mijns inziens wat te zeggen voor het argument van de Commissie dat artikel 280, lid 1, EG, door de Gemeenschap *en* de lidstaten te noemen,

het nemen van maatregelen ter bestrijding van fraude binnen de communautaire instellingen zelf op het oog lijkt te hebben. Dit argument is relevant voor de uitlegging van artikel 280, lid 4, EG, dat moet worden uitgelegd in het licht van artikel 280 EG in zijn geheel.

108. In de tweede plaats bepaalt artikel 280, lid 4, EG dat „[d]e Raad, [...], de nodige maatregelen [aanneemt] om in de lidstaten een doeltreffende en gelijkwaardige bescherming te bieden”. De woorden „gelijkwaardige bescherming in de lidstaten” zijn significant: zij leggen een voorwaarde vast die moet worden vervuld door alle maatregelen voor fraudebestrijding in de lidstaten. Ik merk echter op, dat in artikel 280, lid 4, EG, niet staat dat de Gemeenschap „slechts” mag handelen om in de lidstaten een gelijkwaardige bescherming te bieden. Het feit dat artikel 280 EG een voorwaarde (van gelijkwaardigheid) stelt voor bepaalde soorten maatregelen (voor de preventie van fraude in de lidstaten), kan mijns inziens dan ook niet aldus worden opgevat dat de wetgever geen andere maatregelen mag vaststellen (voor de bestrijding van fraude binnen de instellingen, organen en instanties). Om dezelfde reden ben ik van mening dat de laatste zin van artikel 280, lid 4, EG — waarin staat dat de genomen maatregelen „geen betrekking [hebben] op de toepassing van het nationale strafrecht” — moet worden opgevat als een voorwaarde die van toepassing is wanneer de Gemeenschap maatregelen neemt ter bestrijding van fraude in de lidstaten; uit deze zin kan niet worden afgeleid dat er geen andere maatregelen mogen worden genomen.

109. In de derde plaats, en dit is van meer belang, bepaalt artikel 280 EG uitdrukkelijk dat de genomen maatregelen een „doeltreffende” bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap tegen fraude en alle andere onwettige activiteiten moeten bieden. De wetgever zou aan deze voorwaarde moeilijk kunnen voldoen wanneer hij geen maatregelen zou kunnen nemen ter bestrijding van fraude binnen de communautaire instellingen, organen en instanties. Om een volledig beeld te krijgen van de activiteiten van de marktdeelnemers en autoriteiten in de lidstaten, kan het, zoals de Commissie opmerkt, noodzakelijk zijn ook de activiteiten van de personeelsleden van de instellingen, organen en instanties van de Gemeenschap te onderzoeken. Het feit dat bepaalde instellingen, organen en instanties interne fraudebestrijdingssystemen kunnen invoeren, los van de op grond van artikel 280 EG genomen maatregelen, is geen overtuigend bezwaar tegen dit argument, want het is niet zeker of alle instellingen, organen en instanties dergelijke systemen zullen opzetten en evenmin of die even doeltreffend zullen zijn.

110. Daarnaast zou het mijns inziens paradoxaal zijn als de Gemeenschap bevoegd zou zijn voor de regeling van een gevoelig terrein dat tot de bevoegdheid van de lidstaten behoort — namelijk het onderzoeken van potentieel ernstige strafbare feiten — maar geen algemene regels zou kunnen vaststellen voor het onderzoek van handelingen van haar eigen personeel op grond van artikel 280 EG, en het is niet aannemelijk dat de herziening van artikel 209 A van het EG-Verdrag door het Verdrag van Amsterdam — te weten de toevoeging van de bevoegdheid uit hoofde

van artikel 280, lid 4, EG — bedoeld is om dergelijke maatregelen uit te sluiten.

111. Ik word in deze opvatting gesterkt door de voorstukken inzake het Verdrag van Amsterdam<sup>69</sup>. Uit deze documenten blijkt dat artikel 280, lid 4, EG is ingevoegd in het Verdrag uit bezorgdheid over fraude en ander misbruik van gemeenschapsgelden in de lidstaten<sup>70</sup> en binnen de communautaire instellingen. Zo heeft de Commissie in haar advies van 28 februari 1996, getiteld „Versterking van de politieke unie en voorbereiding van de uitbreiding”, beklemtoond: „Fraude ten nadele van de financiële belangen van de Gemeenschappen moet doeltreffend worden bestreden. Dit zal niet mogelijk zijn indien zowel de lidstaten *als de instellingen* zich daartoe niet zonder voorbehoud verbinden. De Commissie stelt voor dat de Unie een passende rechtsgrond creëert.”<sup>71</sup> In „Een strategie voor Europa”, eindverslag van de voorzitter van de discussiegroep over de Intergouvernementele Conferentie van 1996<sup>72</sup>, wordt gesteld dat „[d]e Groep wenst dat de instellingen van de Gemeenschap doeltreffender worden op het gebied van fraudebestrijding” en dat „[a]lle instellingen en organen aan pas-

69 — Beschikbaar op de 1996 IGC retrospective database, <http://europa.eu.int/en/agenda/igc-home/key-doc.html>.

70 — Zie bijvoorbeeld Verslag van de Commissie over de werking van het Verdrag betreffende de Europese Unie van 10 mei 1995, punten 66-68; resolutie houdende advies van het Europees Parlement inzake de bijeenroeping van de Intergouvernementele Conferentie, punt 22, en resolutie [van het Europees Parlement] over de werking van het Verdrag betreffende de Europese Unie in het vooruitzicht van de Intergouvernementele Conferentie van 1996 — verwezenlijking en ontwikkeling van de Unie, punt 36.

71 — Punt 11. Cursivering van mij.

72 — Verslag van de discussiegroep, Messina, 2 juni 1995, Brussel, 5 december 1995, tweede deel: geannoteerde agenda.

send toezicht [moeten] worden onderworpen".<sup>73</sup> Een soortgelijke uitspraak is te vinden in de resolutie van het Europees Parlement inzake de bijeenroeping van de Intergouvernementele Conferentie van 13 maart 1996, waarin tot de „voornaamste prioriteiten voor de toekomst van Europa" wordt gerekend een „grotere geloofwaardigheid van de Europese Unie door een daadwerkelijke bestrijding van het frauduleus gebruik van gemeenschapsmiddelen *op alle niveaus*, waarvoor het nodig is dat op basis van een democratische procedure alle noodzakelijke communautaire regelingen worden vastgesteld ter bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen".<sup>74</sup> Ook is in het verslag van de Rekenkamer voor de discussiegroep over de werking van het Verdrag betreffende de Europese Unie, aangenomen in mei 1995, beklemtoond dat „fraude die wordt gepleegd ten koste van de communautaire middelen de geloofwaardigheid van de Unie ernstig [kan] ondermijnen; de bestrijding ervan is *voor de instellingen* en de lidstaten een gemeenschappelijke taak van de eerste orde".<sup>75</sup>

112. Ten slotte breng ik in herinnering dat het Hof bij de uitlegging van verdragsbepalingen die bevoegdheden toekennen<sup>76</sup>, geen strikte en letterlijke methode heeft

gehanteerd, en dat vaststaat dat „[d]e Gemeenschap gewoonlijk handelt op basis van specifieke bevoegdheden die [...] niet noodzakelijkerwijs uitdrukkelijk moeten voortvloeien uit specifieke bepalingen van het Verdrag, maar die er ook impliciet uit kunnen voortvloeien".<sup>77</sup> Artikel 280 EG belast de gemeenschapswetgever met het „bestrijden [van] fraude en alle andere onwettige activiteiten waardoor de financiële belangen van de Gemeenschap worden geschaad" en voorziet in de vaststelling van dwingende maatregelen daartoe. De opvatting dat deze maatregelen zich kunnen uitstrekken tot de preventie van fraude binnen de instellingen, organen en instanties, is in overeenstemming met deze rechtspraak<sup>78</sup>.

— Tweede argument: de financiële belangen van de Gemeenschap

113. Volgens de ECB is verordening nr. 1073/1999 nietig voorzover zij van toepassing is op de ECB. Zij merkt in dit verband op, dat artikel 280 EG geplaatst is in titel II van het vijfde deel van het EG-Verdrag, dat algemene bepalingen over de begroting van de Gemeenschap bevat. Omdat het Verdrag systematisch moet worden uitgelegd, kan het in artikel 280 EG gehanteerde begrip „financiële belangen van de Gemeenschap", niet verschillen van het in artikel 268 EG genoemde begrip „begroting" van de Europese Gemeenschap. Daaruit volgt dat artikel 280 EG de Gemeenschap uitsluitend machtigt

73 — Punt 133, cursivering van mij.

74 — Voornaamste prioriteit VIII. Cursivering van mij.

75 — Punt 3.1; cursivering van mij. Zie ook punt 1.6, waarin staat „toen hij erop aandrong dat ter zake van het beheer van de instellingen, met name de Commissie, en de nationale overheden, en ter zake van de uitbreiding van de controles, alle partijen tezamen de nodige maatregelen nemen ter bestrijding van de fraude, die de financiële belangen van de Unie schaadt".

76 — Zie met name arresten van 7 juli 1992, Parlement/Raad (C-295/90, Jurispr. blz. I-4193); 9 november 1995, Duitsland/Raad (C-426/93, Jurispr. blz. I-3723); 3 december 1996, Portugal/Raad (C-268/94, Jurispr. blz. I-6177); 12 november 1996, Verenigd Koninkrijk/Raad (C-84/94, Jurispr. blz. I-5755); en 9 oktober 2001, Nederland/Parlement en Raad (C-377/98, Jurispr. blz. I-7079, punt 15).

77 — Advies 2/94 van het Hof van 28 maart 1996 (Jurispr. blz. I-1759, punt 25). Zie ook arrest van 9 juli 1987, Duitsland, Frankrijk, Nederland, Denemarken en Verenigd Koninkrijk/Commissie (281/85, 283/85-285/85, 287/85, Jurispr. blz. 3203).

78 — Zie ook U. Mager, aangehaald in voetnoot 58, blz. 189.

maatregelen te nemen die bestemd zijn voor de bescherming van de Gemeenschap tegen fraude en alle andere onwettige activiteiten, wanneer die verlies van ontvangsten of verhoging van uitgaven voor de begroting van de Gemeenschap meebrengen. De ECB is echter financieel onafhankelijk van de begroting van de Europese Gemeenschap. Zij heeft haar eigen begroting, beheerst door hoofdstuk IV van de statuten („Financiële bepalingen”)<sup>79</sup> en de meer gedetailleerde regels die de Raad van bestuur heeft vastgesteld ingevolge artikel 12.3 van de statuten.<sup>80</sup> Volgens artikel 26.2 van de statuten wordt deze begroting vastgesteld door de directie in overeenstemming met de door de Raad van bestuur<sup>81</sup> vastgelegde grondslagen. Bovendien komt het kapitaal van de ECB niet uit de begroting van de Gemeenschap<sup>82</sup>, en kunnen de verliezen van de ECB in geen geval een uitgavenpost op de begroting van de Gemeenschap vormen.<sup>83</sup> De ECB beheert weliswaar bepaalde middelen die ontvangsten op de gemeenschapsbegroting vormen, maar deze middelen zijn van zeer gering belang in het licht van de aan de ECB opgedragen taken,

en zij rechtvaardigen dus niet dat alle activiteiten van de ECB aan de bevoegdheden van het OLAF onderworpen worden.

114. De Commissie betoogt dat de werkingssfeer van artikel 280, lid 4, EG niet beperkt is tot de bescherming van de begroting van de Gemeenschap, aangezien daarin uitdrukkelijk wordt gesproken over de „financiële belangen van de Gemeenschap”; dit begrip dekt alle middelen die door de instellingen, organen en instanties van de Gemeenschap worden beheerd, ongeacht hun herkomst. Deze opvatting is in overeenstemming met artikel 248 EG, op grond waarvan de bevoegdheden van de Rekenkamer niet beperkt zijn tot de rekeningen van de ontvangsten en uitgaven in verband met de begroting van de Gemeenschap. Ook vindt deze opvatting steun in de normatieve praktijk. Zo definieert verordening nr. 2988/95<sup>84</sup> „onregelmatigheid” als „elke inbreuk op het gemeenschapsrecht [...] die bestaat in een handeling of een nalaten van een marktdeelnemer waardoor de algemene begroting van de Gemeenschappen of de door de Gemeenschappen beheerde begrotingen worden of zouden kunnen worden benadeeld, hetzij door de vermindering of het achterwege blijven van ontvangsten uit de eigen middelen, die rechtstreeks voor rekening van de Gemeenschappen worden geïnd, hetzij door een onverschuldigde uitgave”.<sup>85</sup> Deze bepaling toont aan dat de financiële belangen van de Gemeenschap aldus kunnen worden begrepen en zijn begrepen, dat zij meer omvatten dan de begroting van de Gemeenschappen.

79 — Artikelen 26-33 van de statuten.

80 — Artikel 12.3 bepaalt: „De Raad van bestuur neemt een reglement van orde aan waarin de interne organisatie van de ECB en haar besluitvormende organen wordt geregeld.” Op basis van deze bepaling heeft de ECB het Reglement van Orde van de Europese Centrale Bank, zoals gewijzigd op 22 april 1999, vastgesteld (PB 1999, L 125, blz. 34), dat in de artikelen 15 en 16 regels bevat over de begrotingsprocedure en over de verslaglegging en jaarrekening.

81 — Deze grondslagen zijn volgens de ECB vastgesteld in een besluit van de Raad van bestuur van 1 december 1998, en nadien gewijzigd door een besluit van de Raad van bestuur van 15 december 1999.

82 — Het vermogen van de ECB bestaat uit i) het kapitaal waarop de nationale centrale banken overeenkomstig artikel 28 van de statuten hebben ingeschreven ii) de externe reserves die overeenkomstig artikel 30 van de statuten door de nationale centrale banken zijn gedoteerd, en iii) de monetaire inkomsten die de nationale centrale banken en de ECB verkrijgen bij de uitoefening van de monetaire beleidstaken van het ESCB overeenkomstig artikel 32 van de statuten en dat wordt toegeedeeld overeenkomstig artikel 32 van de statuten.

83 — De ECB verwijst naar artikel 33.2 van de statuten, dat bepaalt: „In geval van een verlies van de ECB wordt het tekort gedekt uit het algemeen reservefonds van de ECB en, indien nodig, bij besluit van de Raad van bestuur, door de monetaire inkomsten van het betrokken boekjaar, naar rato en tot beloop van de bedragen die overeenkomstig artikel 32.5 aan de nationale banken zijn toegeedeeld”.

84 — Aangehaald in voetnoot 7.

85 — Artikel 1, lid 2. Cursivering van mij.

115. Volgens de Commissie zou de ECB in elk geval, ook al zou er een onderscheid moeten worden gemaakt tussen de begroting van de Gemeenschap enerzijds en de financiële belangen van de ECB anderzijds, binnen de werkingssfeer van artikel 280, lid 4, EG en de op grond daarvan genomen maatregelen vallen. De ECB beheert namelijk bepaalde communautaire middelen, waaronder met name de gemeenschapsbelasting die zij inhoudt op de salarissen en pensioenen van de leden van de Raad van bestuur, de Algemene Raad en het personeel van de ECB.<sup>86</sup> Dat deze middelen slechts een gering deel van de begroting van de Gemeenschap vormen, is irrelevant, daar het de taak van de gemeenschapswetgever is, te beslissen of het feit dat een instantie gemeenschapsmiddelen beheert, de vaststelling rechtvaardigt van maatregelen ter bestrijding van fraude binnen die instantie.

116. De argumenten van de ECB overtuigen mij niet.

117. Hoewel vaststaat dat de grenzen van de door een specifieke verdragsbepaling aan de Gemeenschap verleende bevoegdheden onder meer moeten worden bepaald in het licht van de plaats daarvan in het systeem van het Verdrag<sup>87</sup>, vloeit uit deze

rechtspraak niet voort dat uiteenlopende termen die in dezelfde titel van het Verdrag worden gebruikt, dezelfde betekenis moeten hebben. Het feit dat artikel 280 EG in titel II van het vijfde deel van het EG-Verdrag staat, is dus mijns inziens geen overtuigend argument voor de stelling van de ECB, dat het begrip „financiële belangen van de Gemeenschap” en het begrip „begroting van de Gemeenschap” als synoniemen moeten worden opgevat. Het bestaan van twee verschillende termen in verschillende bepalingen van dezelfde titel lijkt er juist op te wijzen dat een verschillende betekenis was beoogd. Toen artikel 280, lid 4, EG — ter versterking van de maatregelen voor fraudebestrijding — door het Verdrag van Amsterdam in die titel werd ingevoegd, was de plaatsing daarvan bij de financiële bepalingen van titel II van het vijfde deel bovendien heel vanzelfsprekend. Daaruit kan niet worden afgeleid dat de opstellers van het Verdrag de reikwijdte van deze bepaling hebben willen beperken tot de begroting van de Gemeenschappen, waarop de eerdere bepalingen van deze titel betrekking hebben. Ook wijst niets in de voorstukken van het Verdrag van Amsterdam erop, dat met de beslissing om artikel 280, lid 4, EG in deze titel op te nemen, werd beoogd de werkingssfeer daarvan te beperken of de ECB buiten maatregelen ter bestrijding van fraude te houden.

86 — Deze inhouding geschiedt overeenkomstig het Protocol betreffende de voorrechten en immuniteiten van de Europese Gemeenschappen, dat van toepassing is op de ECB (artikel 40 van de statuten), en overeenkomstig verordening (EG, EGKS, Euratom) nr. 1197/98 van de Raad van 5 juni 1998 tot wijziging van verordening (EEG, Euratom, EGKS) nr. 260/68 tot vaststelling van de voorwaarden en van de wijze van heffing van de belasting ten bate van de Europese Gemeenschappen (PB L 166, blz. 1).

87 — Zie met name arrest van 6 juli 1982, Frankrijk, Italië en Verenigd Koninkrijk/Commissie (188/80-190/80, Jurispr. blz. 2545, punt 6).

118. Ik deel dus het standpunt van de Commissie, dat artikel 280, lid 4, EG de wetgever de bevoegdheid verleent om maatregelen te nemen voor de preventie van fraude en andere onwettige activiteiten die, ook al houden zij niet rechtstreeks verband met de *begroting* van de Gemeenschap, de *financiële belangen* van de

Gemeenschap in ruime zin kunnen schaden, door het communautaire patrimonium aan te tasten. Bovendien is de herkomst van het betrokken patrimonium mijns inziens niet beslissend; het juiste gebruik van alle middelen die door de instellingen, organen en instanties van de Gemeenschap worden beheerd, moet naar mijn mening worden beschouwd als deel van de financiële belangen van de Gemeenschap, en kan dus onderworpen zijn aan maatregelen op basis van artikel 280, lid 4, EG.

119. Volgens de ECB is deze uitlegging in strijd met de normatieve praktijk. Zij stelt dat de bepalingen van verordening nr. 2988/95, anders dan wat de Commissie stelt, aantonen dat de financiële belangen van de Gemeenschap niet meer kunnen omvatten dan de gemeenschapsbegroting en, wellicht, de begroting van bepaalde instanties waarvan de middelen afkomstig zijn van die begroting en die een daarmee samenhangende garantie voor verliezen hebben. Zij wijst op de Overeenkomst opgesteld op grond van artikel K.3 van het Verdrag betreffende de Europese Unie, aangaande de bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen<sup>88</sup>, die bepaalt dat „onder fraude waardoor de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen worden geschaad [is te] verstaan: [...] wat de uitgaven betreft, elke opzettelijke handeling of elk opzettelijk nalaten [...] met als gevolg dat middelen afkomstig van de algemene begroting van de Europese Gemeenschappen of van de door of voor de Europese Gemeenschappen beheerde begrotingen, wederrechtelijk worden ontvangen of achtergehouden”.<sup>89</sup>

120. Wat onze zaak betreft, hecht ik echter niet veel belang aan de definities in deze maatregelen. Hoewel de normatieve praktijk van belang kan zijn voor de vaststelling van de omvang van de bevoegdheden van de Gemeenschap<sup>90</sup>, breng ik in herinnering dat verordening nr. 2988/95 is vastgesteld op basis van artikel 235 EG-Verdrag (thans artikel 308 EG), en niet op basis van artikel 280 EG. Overigens bestond de ECB nog niet, toen die verordening en de door de ECB genoemde Overeenkomst werden opgesteld. Het feit dat op dat moment de „financiële belangen van de Gemeenschap” waren gedefinieerd in bewoordingen die aldus kunnen worden uitgelegd, dat zij de financiële belangen van organen als de ECB, waarvan het kapitaal en de begroting volledig of grotendeels gescheiden zijn van de begroting van de Gemeenschap, uitsluiten, kan niet doorslaggevend zijn voor de uitlegging die thans moet worden gegeven aan artikel 280 EG.

121. De vraag is vervolgens, of verordening nr. 1073/1999 kan worden beschouwd als een maatregel ter bescherming van de „financiële belangen van de Gemeenschap”, voorzover zij de preventie beoogt van fraude en alle andere onwettige activiteiten waardoor de begroting en de activa van de ECB worden geschaad.

122. Ik zou die vraag bevestigend willen beantwoorden. Het feit dat er, zoals de

88 — Aangehaald in voetnoot 8.

89 — Artikel 1.

90 — Zie mijn conclusie van 13 november 2001 in de zaak Commissie/Raad (C-29/99, arrest van 10 december 2002, Jurispr. blz. I-11221, blz. I-11225, punt 148).

ECB beklemtoont, een zeker mate van scheiding is tussen de financiën van de ECB en die van de rest van de instellingen en organen van de Gemeenschap, is mijns inziens niet beslissend. De ECB is, zoals gezegd, een orgaan dat integrerend deel uitmaakt van het communautaire kader.<sup>91</sup> Omdat zij een communautair orgaan is, vormen haar financiële belangen een onderdeel van de financiële belangen van de Gemeenschap. De geldigheid van verordening nr. 1073/1999 wordt dus niet aangeast doordat zij is vastgesteld op grond van artikel 280, lid 4, EG.

123. De ECB brengt tegen deze conclusie in, dat de bepalingen inzake de institutionele status van de ECB te vinden zijn in artikel 8 EG, in titel VII van het derde deel van het Verdrag en in de statuten. Het vijfde deel van het Verdrag — met in titel I de bepalingen betreffende de vijf instellingen van de Gemeenschap, het Economisch en Sociaal Comité, het Comité van de regio's en de Europese Investeringsbank, en in titel II de financiële bepalingen (waaronder artikel 280 EG) — bevat geen hoofdstuk over de ECB. Volgens de ECB ligt aan de structuur van het Verdrag een weloverwogen keuze van de opstellers van het Verdrag ten grondslag, die het Hof zou moeten respecteren bij zijn uitlegging van artikel 280, lid 4, EG.

124. Ik kan me daar niet in vinden. De structurele uitlegging van het Verdrag die de ECB verkiest, kan niet prevaleren boven

de ondubbelzinnige tekst van artikel 280, lid 4, EG die, door te verwijzen naar de financiële belangen van „de Gemeenschap”, suggereert dat maatregelen kunnen worden genomen met rechtsgevolg voor alle instellingen, organen en instanties van de Gemeenschap, met inbegrip van de ECB. Bovendien zou de door artikel 280 EG beoogde „doeltreffende bescherming” van de financiële belangen van de Gemeenschap moeilijk te realiseren zijn, wanneer een orgaan als de ECB, die over een substantiële jaarlijkse begroting<sup>92</sup> en aanzienlijke activa beschikt<sup>93</sup>, buiten de werkingssfeer daarvan zou vallen.

125. Derhalve concludeer ik dat verordening nr. 1073/1999 op een juiste rechtsgrondslag is vastgesteld.

*Raadpleging ingevolge artikel 105, lid 4, EG*

126. De ECB stelt dat, indien verordening nr. 1073/1999 in die zin moet worden uitgelegd dat zij van toepassing is op de

92 — Uit de jaarrekening van de ECB en de geconsolideerde balans van het Eurosysteem 2001 blijkt dat in het boekjaar dat eindigde op 31 december 2001, de totale netto baten van de ECB EUR 2 124 963 526 bedroegen en dat zij een winst had behaald van EUR 1 821 819 922. De rekening is gepubliceerd in het jaarverslag 2001 van de ECB, beschikbaar op: <http://www.ecb.int>.

93 — Volgens artikel 28 van de statuten bedraagt het kapitaal van de ECB 5 000 miljoen Ecu en kan dit worden verhoogd door een besluit van de Raad van bestuur. Ingevolge artikel 30.1 van de statuten wordt de ECB door de nationale centrale banken gedoteerd met externe reserves tot een bedrag van 50 000 miljoen Ecu. Volgens de jaarrekening van de ECB en de geconsolideerde balans van het Eurosysteem 2001, aangehaald in voetnoot 92, bedroegen de totale activa van de ECB eind 2001 EUR 68 061 170 826.

91 — Zie de punten 55-60.

ECB, zij had moeten worden geraadpleegd ingevolge artikel 105, lid 4, EG, dat eist dat de ECB wordt geraadpleegd over, onder meer, „elk voorstel voor een communautair besluit op de gebieden die onder haar bevoegdheid vallen”. Nu de ECB niet formeel is geraadpleegd, is de verordening nietig, daar raadpleging een wezenlijk aspect van het door het Verdrag ingestelde institutionele evenwicht en dus een wezenlijk vormvoorschrift is.

127. Meer in het bijzonder voert de ECB aan, dat verordening nr. 1073/1999 betrekking heeft op „gebieden die onder haar bevoegdheid vallen”, omdat zij rechtstreeks van invloed is op de bevoegdheid van de ECB tot interne organisatie op basis van artikel 12.3 van de statuten<sup>94</sup>, zoals aangevuld door het beginsel van stilzwijgende bevoegdheden<sup>95</sup>, en op haar bevoegdheid „de arbeidsvoorwaarden van het personeel van de ECB vast [te stellen]” ingevolge artikel 36 van de statuten. Zij merkt in dit verband op dat de gemeenschapswetgever de voorloper van de ECB (Europees Monetair Instituut; hierna: „EMI”) had geraadpleegd over het voorstel voor verordening nr. 1197/98<sup>96</sup>, die de werkingssfeer van de op de personeelsleden van de Gemeenschap toepasselijke belasting<sup>97</sup> uitbreidt tot de salarissen, lonen en emolumenten van de Raad van bestuur en de Algemene raad en het personeel van de ECB.

94 — Aangehaald in voetnoot 80.

95 — De ECB verwijst in dit verband naar het arrest Duitsland/Commissie, aangehaald in voetnoot 77.

96 — Aangehaald in voetnoot 86.

97 — Zoals vastgesteld in verordening (EEG, Euratom, EGKS) nr. 260/68 van de Raad van 29 februari 1968 tot vaststelling van de voorwaarden en de wijze van heffing van de belasting ten bate van de Europese Gemeenschap (PB L 56, blz. 8), nadien meermalen gewijzigd.

128. Het feit dat personeelsleden van de ECB aan de voorbereidende werkzaamheden in het kader van de Raad hebben deelgenomen, is irrelevant, omdat de Raad van bestuur, doordat hij niet formeel is geraadpleegd, niet de kans heeft gehad advies uit te brengen conform de toepasselijke procedures<sup>98</sup> en de wetgever met eigen woorden uit te leggen waarom verordening nr. 1073/1999 niet moet worden toegepast op de ECB.

129. De Commissie is het niet eens met deze argumenten. Zij vraagt of de in artikel 105, lid 4, EG neergelegde verplichting tot raadpleging van de ECB niet beperkt is tot maatregelen die betrekking hebben op de tot de verantwoordelijkheid van de ECB behorende hoofdthema's, inzonderheid het monetaire beleid van de Gemeenschap. Volgens de bewoordingen ervan, is artikel 105, lid 4, EG niet van toepassing op alle maatregelen die gevolgen kunnen hebben voor de ECB. De Commissie is bovendien van mening dat de ECB is geraadpleegd, omdat zij op uitnodiging heeft deelgenomen aan de in de Raad uitgevoerde voorbereidende werkzaamheden, waar zij haar standpunten mondeling en schriftelijk heeft geuit. Het feit dat verordening nr. 1073/1999 de standpunten die de ECB in de voorbereidende fasen heeft ingenomen, niet uitdrukkelijk vermeldt, is een formele aangelegenheid die de geldigheid van de verordening niet kan aantasten.

98 — De procedure voor de vaststelling van adviezen van de ECB was in die tijd neergelegd in administratieve circulaire 4/98 van de ECB, die de ECB heeft overgelegd aan het Hof.



130. Deze argumenten vragen om drie voorafgaande opmerkingen.

raadpleging was vereist, zoals de ECB heeft geantwoord op de opmerkingen van de Nederlandse regering.

131. In de eerste plaats betwisten de Commissie noch de interveniënten dat de in artikel 105, lid 4, EG bedoelde raadpleging een wezenlijk vormvoorschrift is. Terecht, mijns inziens. Volgens vaste rechtspraak van het Hof moet de door het Verdrag verlangde raadpleging als een wezenlijk vormvoorschrift worden aangemerkt.<sup>99</sup> De raadpleging van de ECB over voorstellen op de gebieden die onder haar bevoegdheid vallen, is een door een verdragsbepaling verlangde procedurele stap, die zonder twijfel de inhoud van de vastgestelde maatregelen kan beïnvloeden.<sup>100</sup> Niet-nakoming van een dergelijke verplichting moet mijns inziens tot nietigheid van de vastgestelde maatregelen kunnen leiden.

133. In de derde plaats gaat het er in casu niet om, of het zinvol of wenselijk zou zijn geweest de ECB te raadplegen over het voorstel voor richtlijn nr. 1073/1999. De vraag is of de gemeenschapswetgever<sup>101</sup> verplicht was de ECB te raadplegen en zo ja, of aan deze verplichting is voldaan.

132. In de tweede plaats is de raadpleging van artikel 105, lid 4, EG, ongetwijfeld aanvullend op de raadplegingsvereisten in specifieke machtigingsbepalingen van het Verdrag. Het feit dat artikel 280, lid 4, EG niet voorziet in raadpleging van de ECB, is dus niet beslissend voor de vraag of in casu

134. Voor de beantwoording van deze vraag is het, zoals de ECB opmerkt, niet voldoende vast te stellen dat een maatregel de ECB weliswaar op een bepaalde manier kan raken, maar niet binnen de werkingsfeer van artikel 105, lid 4, EG valt. De bewoordingen van artikel 105, lid 4, EG moeten worden uitgelegd in het licht van de context en het doel ervan, om te kunnen bepalen of zij van toepassing zijn op een maatregel — zoals verordening nr. 1073/1999 — ter bestrijding van fraude en alle andere onwettige activiteiten, door met name te voorzien in regels voor het verrichten van interne onderzoeken.

99 — Zie op het punt van de verplichting tot raadpleging van het Europees Parlement, arresten van 29 oktober 1980, *Roquette Frères/Raad* (138/79, Jurispr. blz. 3333), en 5 juli 1995, *Parlement/Raad* (C-21/94, Jurispr. blz. I-1827, punt 17). Zie omtrent de verplichting voor de Hoge Autoriteit om de Raad en het Raadgevend Comité in het kader van het EGKS-Verdrag te raadplegen, arresten van 21 december 1954, *Frankrijk/Hoge Autoriteit* (1/54, Jurispr. blz. 7, 31), en *Italië/Hoge Autoriteit* (2/54, Jurispr. blz. 81, 105), bevestigd door het arrest van 21 maart 1955, *Nederland/Hoge Autoriteit* (6/54, Jurispr. 1954, blz. 217, 237).

100 — Zie in dit verband Hartley T., *The Foundations of European Community Law*, 4e ed., 1998, blz. 412.

101 — Het is niet helemaal duidelijk of de Commissie, de Raad of, wellicht, het Parlement de ECB moet raadplegen krachtens artikel 105, lid 4, EG. Zie R. Smits, aangehaald in voetnoot 46, blz. 212. Vergelijk met Cloos J., et al., *Le Traité de Maastricht: genèse, analyse, commentaires*, 2e ed., 1994, blz. 254, en Rideau J., *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, 3e ed. 1999, blz. 614, die stellen dat de verplichting tot raadpleging op de Raad rust.

135. De zinsnede „over elk voorstel voor een communautair besluit op de gebieden die onder haar bevoegdheid vallen” in artikel 105, lid 4, EG is ruim en kan op het eerste gezicht aldus worden opgevat, dat daaronder alle maatregelen zijn begrepen op de gebieden die vallen onder of raakvlakken hebben met de bevoegdheden van de ECB op grond van het Verdrag of de statuten, waaronder de bevoegdheid maatregelen te nemen inzake haar interne organisatie en inzake de vaststelling van de arbeidsvoorwaarden van haar personeel.

136. Deze lezing van de tekst van artikel 105, lid 4, EG is mijns inziens echter niet te verenigen met een systematische uitlegging van het Verdrag. Artikel 105 EG staat in hoofdstuk 2 („Monetair beleid”) van titel VII van het derde deel van het Verdrag. Artikel 105, het eerste artikel van dit hoofdstuk, bestaat uit zes leden. Nadat in lid 1 de doelstellingen van het ESCB zijn uiteengezet, worden in lid 2 de via het ESCB uit te voeren fundamentele taken genoemd. Na lid 3, dat slechts een nadere toelichting geeft op lid 2, derde streepje, voorziet lid 4 in de raadpleging van de ECB.

137. Het in lid 4 gehanteerde begrip „gebieden die onder haar bevoegdheid vallen”, moet worden begrepen in het licht van de taken die opgesomd zijn in artikel 105, lid 2, EG, en van het feit dat artikel 105 EG voorkomt in hoofdstuk 2, met het opschrift „Monetair beleid”, en niet in hoofdstuk 3, dat de „Institutionele bepalingen” inzake

de ECB<sup>102</sup> bevat. Mijns inziens vloeit daaruit voort dat artikel 105, lid 4, EG aldus moet worden uitgelegd, dat het van toepassing is op voorstellen voor maatregelen die betrekking hebben op de onderwerpen die genoemd zijn in artikel 105, lid 2, EG (monetair beleid, valutamarktoperaties, beheer van de externe reserves en van het betalingsverkeer) en, wellicht, in artikel 105, leden 5 en 6, EG (bedrijfs-economisch toezicht) en artikel 106 EG (uitgifte van bankbiljetten en munten). Artikel 105, lid 4, EG is echter niet van toepassing op de maatregelen op de gebieden die vallen onder of raakvlakken hebben met de specifieke bevoegdheden die aan de ECB zijn verleend door de artikelen 12 en 36 van de statuten.<sup>103</sup>

138. Ik word in deze opvatting bevestigd door de voorstukken inzake artikel 105, lid 4, EG. Het ontwerp-Verdrag houdende wijziging van het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap met het oog op de totstandbrenging van de Economische en Monetaire Unie, dat in 1991 door de Commissie is ingediend<sup>104</sup>, voorzorg in raadpleging van de ECB over „elk voorstel voor communautaire wetgeving [...] inzake het muntwezen, het bedrijfseconomisch toezicht, bankzaken of financiële aangelegenheden”. In de toe-

102 — Ik merk in dit verband op, dat artikel 112, lid 2, sub a, EG — opgenomen in hoofdstuk 3 van titel VII — uitdrukkelijk bepaalt dat de Raad van bestuur van de ECB moet worden geraadpleegd voordat de president, de vice-president en de overige leden van de directie worden benoemd.

103 — Zie ook R. Smits, aangehaald in voetnoot 46, blz. 212; Rideau J., *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, 3e ed., 1999, blz. 614, die stelt dat de ECB ingevolge artikel 105, lid 4, EG is „associée à l'exercice du pouvoir de décision attribué au Conseil en matière monétaire” (cursivering van mij).

104 — Bulletin van de Europese Gemeenschappen, nr. 2/91.

lichting bij het ontwerp-Verdrag wees de Commissie erop, dat haar voorstel „entitles the [ECB] to be consulted by [...] the Commission [...] regarding any draft legislation [...] in the fields within its competence”.<sup>105</sup> Het lijkt mij daarom redelijk, ervan uit te gaan dat de opstellers van het Verdrag met de verwijzing in artikel 105, lid 4, EG naar de „gebieden die [vallen] onder [de] bevoegdheid” van de ECB, geen andere betekenis op het oog hadden; deze conclusie is overigens in overeenstemming met de overige voorstukken van het Verdrag betreffende de Europese Unie.<sup>106</sup>

139. Hiertegen kan niet worden ingebracht dat artikel 105, lid 4, EG in het meervoud verwijst naar de „fields of competence” van de ECB (in de Nederlandse versie: „gebieden” die onder de bevoegdheid van de ECB vallen), terwijl artikel 117, lid 6, EG — tot de oprichting van de ECB — bepaalde dat het EMI geraadpleegd wordt over voorstellen voor een communautair besluit op het „field of competence” (in de Nederlandse versie echter eveneens: „gebieden” die onder de bevoegdheid van het EMI vallen). Aan het gebruik van het enkelvoud „field” in laatstgenoemde bepaling lag ten grondslag dat de taken van het EMI beperkt waren; volgens artikel 117, leden 2

en 3, EG was de taak van het EMI hoofdzakelijk de voorbereiding van de derde fase van de Monetaire Unie. De taken van het ECB op grond van de bepalingen van hoofdstuk 2 van titel VII van het Verdrag zijn echter veel ruimer, en de verwijzing naar de „fields” of competence van de ECB (gebieden die onder de bevoegdheid van de ECB vallen) in artikel 105, lid 4, EG moet mijns inziens worden begrepen als een afspiegeling van die situatie.

140. De uitlegging die ik heb voorgesteld, strookt eveneens met het doel van artikel 105, lid 4, EG. De in deze bepaling beoogde raadpleging heeft naar mijn mening tot doel te waarborgen dat de wetgever goed geïnformeerd is wanneer hij maatregelen neemt over aangelegenheden waaromtrent de ECB specifieke kennis of expertise heeft, met name monetair beleid.<sup>107</sup> De deelneming van de ECB krachtens artikel 105, lid 4, EG beoogt aldus de kwaliteit van de communautaire wetgeving te verbeteren ten bate van het algehele Europees beleid; zij beoogt niet de belangen van de ECB te beschermen of de ECB een stem te geven bij alle maatregelen die gevolgen kunnen hebben voor haar interne organisatie.

105 — Toelichting bij artikel 106 B van het ontwerp-Verdrag, punt 4, sub iv).

106 — Terwijl het ontwerp-Verdrag betreffende de Economische en Monetaire Unie, ingediend door het Luxemburgse voorzitterschap van de Raad (*Europe Documents*, document nr. 1722/1723 van 5 juli 1991) niet voorzag in raadpleging van de ECB, ciste artikel 108, lid 2, van het ontwerp-Verdrag betreffende de Economische en Monetaire Unie, ingediend door het Nederlandse voorzitterschap van de Raad (*Europe Documents*, document nr. 1740/1741 van 1 november 1991) raadpleging van de ECB over voorstellen voor wettelijke bepalingen „op monetair, bedrijfs-economisch of financieel gebied”. Zie voor een soortgelijk voorstel artikel 4 van de ontwerpstatuten van het ESCB, voorgesteld door het Comité van Presidenten, en het commentaar op dit ontwerp (*Europe Documents*, document nr. 1669/1670 van 8 december 1990).

141. Omdat verordening nr. 1073/1999 onmiskenbaar geen betrekking heeft op de gebieden die onder de bevoegdheid van de ECB vallen, zoals omschreven in de artikelen 105 EG en 106 EG, concludeer ik dat zij niet in strijd met artikel 105, lid 4, EG is vastgesteld.

107 — Zie ook R. Smits, aangehaald in voetnoot 46, blz. 210.

142. Het feit dat de Raad het EMI heeft geraadpleegd over het voorstel voor verordening nr. 1197/98, verandert niets aan deze conclusie. De Raad is gerechtigd instellingen en organen van de Gemeenschap te raadplegen, ook wanneer hij daartoe niet verplicht is.<sup>108</sup> Zijn besluit om het EMI te raadplegen, is derhalve niet relevant voor de vaststelling van de draagwijdte van artikel 105, lid 4, EG. De ECB heeft overigens niet gesteld, mijns inziens terecht, dat de raadpleging die heeft plaatsgevonden, bij haar de legitieme verwachting heeft gewekt dat zij over andere maatregelen inzake haar interne organisatie en de arbeidsvoorwaarden van het personeel zou worden geraadpleegd.

143. Ook is deze conclusie niet in tegenspraak met beschikking 93/717/EEG van de Raad<sup>109</sup>, waarin de gevallen worden genoemd waarin de autoriteiten van de lidstaten krachtens artikel 117, lid 6, EG het EMI moesten raadplegen over ontwerpen van wettelijke bepalingen op de gebieden die onder zijn bevoegdheid vallen.<sup>110</sup> Artikel 1 van deze beschikking bepaalde dat het EMI met name moest worden geraadpleegd over i) monetaire wetgeving, status van de ecu en betalingsmiddelen; ii) de statuten en de bevoegdheden van de nationale centrale banken alsmede de in-

strumenten van monetair beleid; iii) het verzamelen, opmaken en verspreiden van monetaire, financiële, bank- en betalingsbalansstatistieken; iv) clearing- en betalingssystemen, in het bijzonder voor grensoverschrijdende transacties; v) voorschriften voor financiële instellingen, voorzover die van invloed zijn op de stabiliteit van de financiële instellingen en markten. Uit de vermelding van wetgeving inzake de „statuten en bevoegdheden van de nationale centrale banken” kan mijns inziens niet worden afgeleid dat wetgeving betreffende onderzoeken op het gebied van fraude en andere onregelmatigheden, gepleegd door leden en personeel van de centrale banken, onder het „field of competence” van het EMI dan wel, naar analogie, onder de „fields of competence” van de ECB vallen.

144. Ten slotte zou kunnen worden aangevoerd dat de gemeenschapswetgever, als gevolg van de in artikel 108 EG neergelegde onafhankelijkheid van de ECB en het beginsel van institutioneel evenwicht, de ECB moet raadplegen over maatregelen die aanzienlijke gevolgen kunnen hebben voor haar interne organisatie. Maar als een dergelijk beginsel zou bestaan, zou de wetgever naar mijn mening niet hoeven over te gaan tot formele raadpleging; hij zou slechts verplicht zijn de ECB in de gelegenheid te stellen, haar standpunt tijdig mee te delen vóór de vaststelling van de betrokken maatregelen. Daar de ECB — volgens de verklaringen van partijen — heeft deelgenomen aan bijeenkomsten over de oprichting van het OLAF die binnen de werkgroepen van de Raad zijn gehouden, alsmede aan bijeenkomsten van het Coreper en van de Raad, heeft zij voldoende gelegenheid gehad om haar bezwaren te uiten.

108 — Zie naar analogie arrest van 27 september 1988, Commissie/Raad (165/87, Jurispr. blz. 5545, punt 20).

109 — Beschikking van 22 november 1993 betreffende de raadpleging van het Europees Monetair Instituut door de autoriteiten van de lidstaten over ontwerpen van wettelijke bepalingen (PB L 332, blz. 14).

110 — De beschikking is vastgesteld op grond van artikel 117, lid 6, EG, dat bepaalt: „Binnen de grenzen en onder de voorwaarden die de Raad met gekwalificeerde meerderheid van stemmen op voorstel van de Commissie en na raadpleging van het Europees Parlement en het EMI vaststelt, wordt het EMI door de autoriteiten van de lidstaten geraadpleegd over elk ontwerp van wettelijke bepaling op de gebieden die onder zijn bevoegdheid vallen”.

## Onafhankelijkheid

145. Volgens de ECB is verordening nr. 1073/1999 — als die aldus moet worden uitgelegd, dat zij op de ECB van toepassing is — in strijd met het in artikel 108 EG neergelegde beginsel van onafhankelijkheid van de Europese Centrale Bank.

146. Naar haar mening geldt de door artikel 108 EG toegekende onafhankelijkheid voor alle taken en verplichtingen die de ECB ingevolge het Verdrag en de statuten heeft, en niet alleen voor de in artikel 105, lid 2, EG genoemde fundamentele taken. Ingevolge de artikelen 12.3 en 36.1 van de statuten is de ECB bevoegd, een reglement van orde voor de regeling van haar interne organisatie aan te nemen en de arbeidsvoorwaarden van haar personeel vast te stellen. Deze bevoegdheden moeten onafhankelijk worden uitgeoefend. Bovendien stelt de ECB — met verwijzing naar het door het EMI in 1998 opgestelde convergentieverslag<sup>111</sup>, waarin het EMI de lidstaten richtsnoeren heeft gegeven en de geboekte vooruitgang heeft aangegeven van het proces inzake de aanpassing van de nationale wetten, dat vereist is voor de invoering van de Monetaire Unie — dat haar bevoegdheden, om op een onafhankelijke wijze in de zin van artikel 108 EG te kunnen worden uitgeoefend, moeten zijn gevrijwaard tegen „alle bronnen van externe invloed”.<sup>112</sup> Nu kan alleen al het

bestaan van de bevoegdheden van het OLAF, zoals die voortvloeien uit verordening nr. 1073/1999, worden beschouwd als een bron van externe invloed, daar de dreiging dat die bevoegdheden worden uitgeoefend, de leden van de directie en van de Raad van bestuur onder druk kan zetten. De ECB erkent weliswaar, dat de kans dat de bevoegdheden van het OLAF op deze wijze worden gebruikt, minimaal is, maar zij beklemtoont ook dat de onafhankelijkheid van de ECB zowel een kwestie van vorm, of perceptie, als van inhoud is. Marktdelnemers die wellicht niet vertrouwd zijn met de institutionele structuur van het OLAF, zouden kunnen denken dat de Commissie de mogelijkheid heeft gekregen om invloed uit te oefenen op de ECB, door gebruik te maken van de ruime bevoegdheden van het OLAF, die volgens de ECB kunnen worden vergeleken met die van een strafrechtelijk onderzoek. De toepassing van verordening nr. 1073/1999 zou dus het vertrouwen van de financiële markten in de ECB en in de euro kunnen ondermijnen.

147. De Commissie heeft hier hoofdzakelijk tegenin gebracht, dat de onafhankelijkheid van de ECB volgens het Verdrag functioneel, is en beperkt tot datgene wat nodig is voor de vervulling van haar specifieke taken. Overigens heeft de ECB niet aangetoond hoe de bevoegdheid van het OLAF tot het verrichten van interne onderzoeken, in concreto de vervulling van die taken zou kunnen aantasten of belemmeren. De Commissie merkt in dit verband op, dat de taak van het OLAF krachtens verordening nr. 1073/1999 uitsluitend het vaststellen van de feiten is, en dat het de aan de ECB zelf of, eventueel, aan de nationale gerechtelijke autoriteiten staat om passende maatregelen te nemen. Het

111 — Convergentieverslag, vereist door artikel 109 J van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, maart 1998.

112 — Het argument van de ECB lijkt gebaseerd te zijn op blz. 292 van het verslag, waar het EMI verklaarde dat „[t]he prohibition on instructions and attempts to influence covers all sources of external influence on the [national central banks] in relation to ESCB matters which prevent them from complying with the Treaty and the Statute”.

OLAF kan het besluitvormingsproces van de ECB dus niet sterker beïnvloeden dan het interne fraudebestrijdingssysteem van de ECB.

148. Voor de beoordeling van de vraag, of de toepassing van de bepalingen van verordening nr. 1073/1999 op de ECB haar onafhankelijkheid zou schenden, moeten het doel en de wezenlijke kenmerken van die onafhankelijkheid, zoals vastgelegd in het Verdrag en de statuten, worden onderzocht.<sup>113</sup>

149. Ik breng in herinnering, dat volgens artikel 108 EG „[bij de uitoefening van de bevoegdheden en het vervullen van de taken en plichten die bij [het] Verdrag en de statuten van het ESCB aan hen zijn opgedragen, [het] noch de ECB, [...] noch enig lid van [haar] besluitvormende organen [is] toegestaan instructies te vragen aan dan wel te ontvangen van instellingen of organen van de Gemeenschap”, en dat „[d]e instellingen en organen van de Gemeenschap [zich ertoe] verplichten [...] dit beginsel te eerbiedigen en niet te trachten de leden van de besluitvormende organen van de ECB [...] bij de uitvoering van hun taken te beïnvloeden”.

150. In dit artikel wordt, volgens de bewoordingen ervan, het beginsel van

113 — De hiernavolgende opmerkingen hebben betrekking op de onafhankelijkheid van de ECB ten opzichte van de instellingen en organen van de Gemeenschap. Zie voor meer informatie en voor de bespreking van de onafhankelijkheid van de ECB ten opzichte van de autoriteiten van de lidstaten: R. Smits, aangehaald in voetnoot 46, blz. 161-178.

een onafhankelijke centrale bank neergelegd.<sup>114</sup> Zoals de ECB zelf opmerkt, is het duidelijk dat de aldus gevestigde onafhankelijkheid geen doel op zich is, maar ten dienste staat van een specifiek doel. Door het besluitvormingsproces van de ECB te vrijwaren tegen politieke druk voor kortetermijndoelen, beoogt het beginsel van onafhankelijkheid de ECB in staat te stellen, het doel van prijsstabiliteit effectief na te streven en, onverminderd dat doel, het algemene economische beleid in de Gemeenschap te ondersteunen zoals artikel 105, lid 1, EG<sup>115</sup> vereist.

151. Hoewel de gevolgen van het onafhankelijkheidsbeginsel in zekere mate in de statuten zijn uiteengezet, kan, zoals de onderhavige zaak aantoont, nadere concretisering door het Hof nodig zijn. Het beginsel is, zoals de ECB opmerkt, te verdelen in institutionele, persoonlijke en financiële aspecten.<sup>116</sup>

152. De ECB is institutioneel onafhankelijk omdat zij een eigen rechtspersoonlijkheid bezit, onderscheiden van die van de Gemeenschap<sup>117</sup>, en omdat zij bij de vervulling van haar taken geen instructies mag

114 — Zie F. Amtenbrink en J. de Haan, aangehaald in voetnoot 47, blz. 70.

115 — De onafhankelijkheid van de centrale bank beoogt in dienst te staan van de doelstellingen van het economisch beleid, met name het beteugelen van de inflatie en, wellicht, het bevorderen van economische groei. Zie voor een overzicht van de, niet geheel sluitende, empirische bewijzen: Amtenbrink F., *The Democratic Accountability of Central Banks*, 1999, blz. 11-17 en 23-26.

116 — De hier gebruikte terminologie strookt met die welke wordt voorgesteld in, bijvoorbeeld, Louis J. V., *Vers un système européen de banques centrales*, 1989, blz. 25-28, en R. Smits, aangehaald in voetnoot 46, blz. 155-158. Zie voor een soortgelijke, zo niet identieke, classificatie en andere nuttige verwijzingen: F. Amtenbrink, op. cit., blz. 18-22.

117 — Artikel 107, lid 2, EG en artikel 9.1 van de statuten.

vragen aan dan wel aanvaarden van instellingen of organen van de Gemeenschap.<sup>118</sup> De instellingen en organen van de Gemeenschap — met de opmerkelijke uitzondering van het Hof van Justitie — zijn niet bevoegd de besluiten van de ECB goed te keuren, op te schorten, te vernietigen of te doen naleven, en de instellingen zijn evenmin stemgerechtigd in de vergaderingen van de directie en van de Raad van bestuur<sup>119</sup>. Bovendien heeft het Verdrag de ECB gemachtigd verordeningen vast te stellen, beschikkingen te geven, aanbevelingen te doen en adviezen uit te brengen ter uitvoering van bepaalde taken<sup>120</sup>, alsmede, zoals gezegd, een reglement van orde voor de regeling van haar interne organisatie aan te nemen en de arbeidsvoorwaarden van haar personeel vast te stellen.<sup>121</sup>

te bepalen dat de presidenten (door de bevoegde nationale autoriteiten) moeten worden benoemd voor een periode van minimaal vijf jaar.<sup>124</sup> De onafzetbaarheid is gewaarborgd, daar een lid van de directie slechts (door het Hof van Justitie, op verzoek van de Raad van bestuur of van de directie) van zijn ambt ontheven kan worden verklaard wanneer hij niet meer aan de eisen voor de uitoefening van zijn ambt voldoet of op ernstige wijze is tekortgeschoten.<sup>125</sup> Even strenge voorwaarden gelden wanneer de autoriteiten van een lidstaat de president van een centrale bank en lid van de Raad van bestuur van zijn ambt willen ontheffen.<sup>126</sup> Bovendien moeten de leden van de directie hun taken voltijds vervullen en mogen zij in beginsel geen andere beroepswerkzaamheden verrichten.<sup>127</sup>

153. De regels inzake de benoeming, onafzetbaarheid en nevenactiviteiten van de leden van de directie en van de Raad van bestuur verlenen de ECB een grote mate van persoonlijke onafhankelijkheid. Zo worden de president en de leden van de directie (in onderlinge overeenstemming door de lidstaten) benoemd voor een periode van acht jaar, die niet kan worden verlengd.<sup>122</sup> De statuten trachten eveneens de onafhankelijkheid van de Raad van bestuur — die bestaat uit de leden van de directie en de presidenten van de nationale centrale banken<sup>123</sup> — te waarborgen door

154. De ECB is ook financieel onafhankelijk. Zij heeft haar eigen begroting, die wordt vastgesteld door de directie in overeenstemming met de door de Raad van bestuur vastgelegde grondslagen, en haar eigen vermogen, dat door de nationale centrale banken wordt gedoteerd.<sup>128</sup> Bovendien worden de rekeningen van de ECB gecontroleerd door onafhankelijke externe accountants, benoemd door de ECB<sup>129</sup>; de bevoegdheid van de Rekenkamer is beperkt tot de doelmatigheidscontrole van de ECB.<sup>130</sup>

118 — Artikel 108 EG.

119 — Artikel 113, lid 1, EG.

120 — Artikel 110 EG.

121 — Artikel 12.3 en 36.1 van de statuten.

122 — Artikel 112, lid 2, sub b, EG en artikel 12.2 van de statuten.

123 — Artikel 112, lid 1, EG.

124 — Eerste alinea van artikel 14.2 van de statuten.

125 — Artikel 11.4 van de statuten.

126 — Artikel 14.2, tweede alinea, van de statuten.

127 — Artikel 11.1, tweede alinea, van de statuten.

128 — Zie punt 113 hierboven.

129 — Artikel 27.1 van de statuten.

130 — Artikel 248 EG en artikel 27.2 van de statuten.

155. Zoals uit dit beknopte overzicht blijkt, verlenen het Verdrag en de statuten de ECB een hoge mate van onafhankelijkheid, die gelijk is aan of misschien groter dan<sup>131</sup> de onafhankelijkheid die de nationale centrale banken hadden vóór de hervormingen op nationaal niveau om te voldoen aan de voorwaarden voor toetreding tot de Monetaire Unie.<sup>132</sup> Het beginsel van onafhankelijkheid impliceert echter niet dat de ECB volledig losstaat van de instellingen, organen en instanties van de Gemeenschap of helemaal niet met hen hoeft samen te werken. Het Verdrag verbiedt slechts beïnvloeding die de ECB kan belemmeren haar taken met het oog op prijsstabiliteit doeltreffend uit te voeren, en die daarom als onwenselijk moet worden beschouwd.<sup>133</sup>

156. Zo bepaalt het Verdrag dat de voorzitter van de Raad en een lid van de Commissie aan de vergaderingen van de Raad van bestuur<sup>134</sup> en van de Algemene raad<sup>135</sup> mogen deelnemen. Ook al hebben zij geen stemrecht, hun status blijft zeker niet beperkt tot die van waarnemer. Vermoedelijk hebben zij het recht, het woord te voeren om de besluitvorming van de

bestuursorganen van de ECB binnen redelijke grenzen te kunnen beïnvloeden<sup>136</sup>, en de voorzitter van de Raad kan aan de Raad van bestuur een motie ter bespreking voorleggen.<sup>137</sup> Bovendien voorziet het Verdrag in mechanismen waardoor het Europees Parlement de besluitvorming binnen de ECB enigszins kan beïnvloeden. Het Parlement moet worden geraadpleegd over de benoeming van de leden van de directie.<sup>138</sup> De president van de ECB moet een jaarverslag over de werkzaamheden van het ESCB en over het monetair beleid in het afgelopen jaar en het lopende jaar voorleggen aan het Parlement, dat op die basis een algemeen debat kan houden.<sup>139</sup> Voorts kunnen de bevoegde commissies van het Parlement de president van de ECB en de overige leden van de directie horen.<sup>140</sup>

157. Ten slotte kunnen de Raad en het Parlement<sup>141</sup>, zoals de Commissie opmerkt, i) sommige bepalingen van de statuten wijzigen<sup>142</sup>, ii) aanvullende regels vaststellen voor de werkzaamheden van de ECB<sup>143</sup>; iii) aan de ECB specifieke taken opdragen betreffende het beleid op het gebied van het bedrijfseconomisch toezicht<sup>144</sup>; iv) internationale overeenkomsten

131 — Zie Foresti M., „The independence of the European Central Bank: the Maastricht Treaty in the light of the theory of „Central Bank Independence”, in Beretta S., (red.) *Verso il completamento dell'integrazione europea: aspetti reali e finanziari*, 1996, blz. 13; Begg I., en Green D., „The political economy of the European Central Bank”, in Arestis P., en Sawyer M., (eds.), *The Political Economy of Central Banking*, 1998, blz. 122; Sobbrigo G., „The role of the European Central Bank: independence, control, regulations and European institutions”, *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, 2001, blz. 335, 349.

132 — Deze voorwaarden staan met name in artikel 109 EG en artikel 14 van de statuten.

133 — Zie ook Louis J. V., „A legal and institutional approach for building a monetary union”, *Common Market Law Review*, 1998, blz. 33, 44.

134 — Artikel 113, lid 1, eerste alinea, EG.

135 — Article 46.2 van de statuten.

136 — Zie ook R. Smits, aangehaald in voetnoot 46, blz. 171-173.

137 — Artikel 113, lid 1, tweede alinea, EG.

138 — Artikel 112, lid 2, sub b, EG.

139 — Artikel 113, lid 3, eerste alinea, EG.

140 — Artikel 113, lid 3, tweede alinea, EG.

141 — De instemming van het Europees Parlement is vereist i) in het kader van de procedure tot wijziging van de statuten ingevolge artikel 107, lid 5, EG en artikel 41.1 van de statuten, en ii) voor het opdragen van taken aan de ECB op het gebied van het bedrijfseconomisch toezicht ingevolge artikel 105, lid 6, EG.

142 — Deze wijzigingen moeten worden vastgesteld overeenkomstig de speciale procedure van artikel 107, lid 5, EG.

143 — Artikel 105, lid 6, EG.

144 — Artikel 105, lid 6, EG.



sluiten op het gebied van het monetair beleid<sup>145</sup>; en v) bevoegdheden delegeren aan de ECB en de voorwaarden voor de uitoefening daarvan vaststellen.<sup>146</sup>

158. Deze bepalingen — die voorzien in i) een beperkte mate van democratische verantwoordelijkheid van de ECB voor de uitvoering van de haar bij het Verdrag opgedragen taken<sup>147</sup>, en ii) een zekere mate van samenwerking tussen de communautaire instellingen, die ingevolge hoofdstuk 1 van titel VII verantwoordelijk zijn voor het economisch beleid van de gemeenschap, en de ECB, die verantwoordelijk is voor het monetair beleid van de Gemeenschap — kunnen worden gesteld tegenover de verdragsbepalingen waaruit duidelijk blijkt dat de ECB, net als de andere instellingen, organen en instanties van de Gemeenschap, onderworpen is aan het beginsel van de rechtsstaat.<sup>148</sup> Zo is de ECB onderworpen aan de jurisdictie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen en gebonden aan het gemeenschapsrecht.<sup>149</sup>

159. Het betoog van de ECB moet in het licht van deze opmerkingen worden beoordeeld. De ECB voert in wezen twee argu-

menten aan. In de eerste plaats stelt zij, dat de bij verordening nr. 1073/1999 aan het OLAF toegekende bevoegdheden de ECB, door de leden van haar bestuursorganen onder druk te zetten, *daadwerkelijk* kunnen belemmeren op onafhankelijke wijze de taken uit te voeren en de bevoegdheden uit te oefenen die haar door het Verdrag zijn opgedragen respectievelijk verleend. In de tweede plaats voert zij aan, dat de bevoegdheden van het OLAF op basis van verordening nr. 1073/1999 in die zin zouden kunnen worden *gepercipieerd*, dat zij de ECB kunnen belemmeren onafhankelijk op te treden.

160. Ik ben het niet eens met het eerste argument. Zoals de Commissie opmerkt, heeft de ECB niet aangetoond hoe de uitoefening door het OLAF van de bevoegdheden uit hoofde van verordening nr. 1073/1999, in de praktijk het besluitvormingsproces van de ECB nadelig kan beïnvloeden. Mijns inziens kan zij dit ook niet aantonen.

161. Zoals de ECB opmerkt, is het OLAF geen instantie die volledig losstaat van de Commissie; het is opgericht bij een besluit<sup>150</sup> dat gebaseerd is op de bevoegdheid van de Commissie om haar reglement van orde vast te stellen<sup>151</sup>, en in de considerans van verordening nr. 1073/1999

145 — Artikel 111 EG.

146 — Artikel 110, leden 1 en 3, EG.

147 — De vraag, of de in het Verdrag voorziene verplichting van de ECB om verantwoording af te leggen over haar activiteiten, adequaat is, is in casu niet aan de orde. Zie hieromtrent Gormley L., en de Haan J., „The democratic deficit of the European Central Bank”, *European Law Review*, 1996, blz. 95; F. Amtenbrink, aangehaald in voetnoot 117, met name blz. 359-363, en De Haan J., en Eijfinger S., „The democratic accountability of the European Central Bank: a comment on two fairy-tales”, *Journal of Common Market Studies*, 2000, blz. 393.

148 — Dit beginsel is opgenomen in artikel 6 van het Verdrag betreffende de Europese Unie.

149 — Artikelen 230 EG, 232 EG, 234 EG, 237 EG, 241 EG en 235 EG juncto artikel 288 EG, en de artikelen 14.2, 35 en 36 van de statuten.

150 — Aangehaald in voetnoot 11.

151 — Artikelen 218 EG, 16 KS en 13 EA. Artikel 6, lid 4, van besluit 1999/352 bepaalt aldus, dat „[d]e besluiten van de Commissie betreffende haar interne organisatie [...] van toepassing [zijn] op het Bureau voorzover deze verenigbaar zijn met de door de communautaire wetgever ten aanzien van het Bureau vastgestelde bepalingen, met het onderhavige besluit en met de uitvoeringsbepalingen daarvan”.

wordt gezegd dat het OLAF „intern [is] opgericht”.<sup>152</sup> Uit de bepalingen van besluit 1999/352 en van verordening nr. 1073/1999 blijkt echter dat het OLAF ook geen gewone dienst van de Commissie is.

162. Ingevolge artikel 3 van besluit 1999/352, oefent het OLAF „[zijn] onderzoeksbevoegdheden in volledige onafhankelijkheid uit”. Artikel 12, lid 3, van verordening nr. 1073/1999 bepaalt nog nauwkeuriger: „De directeur vraagt noch aanvaardt van welke regering, instelling, orgaan of instantie dan ook instructies voor de vervulling van zijn taken met betrekking tot het openen en uitvoeren van de externe en interne onderzoeken en tot het opstellen van de verslagen naar aanleiding van die onderzoeken”.<sup>153</sup>

163. Om de onafhankelijkheid van het OLAF doeltreffend te maken, bepaalt besluit 1999/352 met name, dat het OLAF onder leiding moet staan van een directeur<sup>154</sup> en dat zijn activiteiten moeten worden uitgevoerd onder controle van en met behulp van een comité van toezicht.<sup>155</sup> De directeur is als enige verantwoordelijk voor de uitvoering van de onderzoeken van

het OLAF<sup>156</sup> en is bevoegd voor de aanstelling van zijn personeel.<sup>157</sup> Hoewel de directeur door de Commissie voor een tijdvak van vijf jaar wordt aangewezen, moet het comité van toezicht daarmee instemmen en moeten het Europees Parlement en de Raad worden geraadpleegd.<sup>158</sup> De Commissie kan, na raadpleging van het comité van toezicht, tegen de directeur tuchtmaatregelen nemen, die met redenen omkleed moeten zijn.<sup>159</sup> Het comité van toezicht is samengesteld uit vijf externe, onafhankelijke leden, die in hun eigen land voldoen aan de voorwaarden om hoge functies te bekleden op de werkerreinen van het OLAF<sup>160</sup>; zij worden aangewezen voor een tijdvak van drie jaar<sup>161</sup>, in onderlinge overeenstemming tussen het Parlement, de Raad en de Commissie.<sup>162</sup>

164. Conform de door besluit 1999/352 en verordening nr. 1073/1999 aan het OLAF verleende onafhankelijkheid, beslist uitsluitend de directeur geval per geval of er aanleiding bestaat voor een intern onderzoek. De onderzoeken kunnen dus slechts worden geopend bij besluit van de directeur, die op verzoek van een instelling, een

152 — Vierde overweging van de considerans.

153 — Zie ook de achtste overweging van de considerans van de verordening.

154 — Artikel 5, lid 1, eerste alinea, van besluit 1999/352 en artikel 12, lid 1, van verordening nr. 1073/1999.

155 — Artikel 4 van besluit 1999/352 en artikel 11 van verordening nr. 1073/1999. Zie voor een meer gedetailleerde beschrijving van de activiteiten van het comité van toezicht, het verslag van het comité van toezicht van het OLAF, juli 2000-september 2001, 11 oktober 2001.

156 — Artikel 5, lid 1, tweede alinea, van besluit 1999/352 en artikel 16, lid 1, van verordening nr. 1073/1999.

157 — Artikel 6, lid 1, van besluit 1999/352.

158 — Artikel 5, lid 1, eerste alinea, van besluit 1999/352 en artikel 12, lid 2, van verordening nr. 1073/1999. De ambtstermijn kan eenmaal worden verlengd.

159 — Artikel 12, lid 4, van verordening nr. 1073/1999.

160 — Artikel 11, lid 2, van verordening nr. 1073/1999.

161 — Artikel 11, lid 3, van verordening nr. 1073/1999. De ambtstermijn kan eenmaal worden verlengd.

162 — Artikel 11, lid 2, van verordening nr. 1073/1999.

orgaan of een instantie dan wel op eigen initiatief handelt.<sup>163</sup> Indien de directeur in dit verband van mening is dat een maatregel van de Commissie zijn onafhankelijkheid aantast, kan hij bij het Hof van Justitie beroep instellen.<sup>164</sup>

165. Deze institutionele en juridische bepalingen garanderen het OLAF een hoge mate van functionele onafhankelijkheid, hoewel het is ondergebracht in de administratieve en budgettaire structuren van de Commissie. De kans dat het OLAF door de Commissie of een andere instelling, orgaan of instantie kan worden gebruikt als instrument om politieke druk uit te oefenen op de leden van de bestuursorganen van de ECB, is mijns inziens dan ook verwaarloosbaar of nihil.

166. Zoals de Raad opmerkt, vindt dit standpunt steun in het feit dat het OLAF geen permanent toezicht uitoefent op het financieel beheer van de ECB; het OLAF treedt pas op wanneer er, bij wijze van uitzondering, gronden zijn voor de verdenking van fraude of andere onregelmatigheden in de zin van verordening nr. 1073/1999. En zelfs dan is het OLAF niet bevoegd disciplinaire of gerechtelijke stappen te ondernemen wanneer een intern onderzoek het bestaan van fraude of andere onregelmatigheden aan het licht brengt. De essentiële taken van het OLAF zijn, zoals de Commissie opmerkt, i) verdenkingen van fraude en onregelmatigheden onderzoeken

door onder meer de informatie te analyseren die is verstrekt door de instellingen, organen en instanties alsmede door particulariseren<sup>165</sup>, door verificaties ter plaatse<sup>166</sup>, door de boekhouding of de documenten te controleren<sup>167</sup>, door de leden en hoofden van de instellingen, organen en instanties van de Gemeenschap om mondelinge informatie te verzoeken<sup>168</sup>; ii) een verslag opstellen over de geconstateerde feiten, in voorkomend geval over het financiële nadeel, en over de conclusies van het onderzoek, met inbegrip van de aanbevelingen van de directeur van het OLAF voor het aan het onderzoek te geven gevolg; en iii) dit verslag en alle dienstige daarmee verband houdende documenten toezenden aan de betrokken instelling, orgaan of instantie<sup>169</sup> en — in geval van strafrechtelijk vervolgbare feiten — aan de gerechtelijke instanties van de betrokken lidstaat.<sup>170</sup> De ECB moet derhalve „aan de interne onderzoeken het gevolg [geven] dat de resultaten ervan vragen, inzonderheid op disciplinair en gerechtelijk vlak” en „de directeur van het Bureau binnen de door hem in [...] zijn verslag vastgestelde termijn in kennis [stellen] van het gevolg dat aan de onderzoeken is gegeven”.<sup>171</sup>

167. Bovendien kan de ECB, zoals de Commissie en de Nederlandse regering opmerken, in het op grond van artikel 4, leden 1 en 6, van verordening nr. 1073/1999

163 — Artikel 5 van verordening nr. 1073/1999. Zie ook de twaalfde overweging van de considerans van de verordening, waarin staat dat „teneinde de onafhankelijkheid van het Bureau bij de uitoefening van de hem bij deze verordening toevertrouwde taken te waarborgen, de directeur ervan de bevoegdheid dient te worden verleend om op eigen initiatief een onderzoek te openen”.

164 — Artikel 12, lid 3, van verordening nr. 1073/1999.

165 — Krachtens artikel 7 van verordening nr. 1073/1999 moeten de instellingen, organen en instanties van de Gemeenschap het OLAF alle informatie over eventuele fraude- of corruptiegevallen en andere onwettige activiteiten doen toekomen.

166 — Artikel 4, leden 2 en 6, van verordening nr. 1073/1999.

167 — Artikel 4, lid 2, van verordening nr. 1073/1999.

168 — Artikel 4, lid 2, van verordening nr. 1073/1999.

169 — Artikel 9, lid 4, van verordening nr. 1073/1999.

170 — Artikel 10, lid 2, van verordening nr. 1073/1999.

171 — Artikel 9, lid 4, van verordening nr. 1073/1999.

te nemen besluit de toegang uitsluiten tot informatie die van groot belang is om haar taken met het oog op het handhaven van prijsstabiliteit onafhankelijk te kunnen uitvoeren.<sup>172</sup> In dit verband wijs ik erop dat, terwijl de Commissie, de Raad en het Europees Parlement besluiten op grond van artikel 4 hebben vastgesteld zonder in dergelijke uitzonderingen te voorzien<sup>173</sup>, het Hof, dat niet is toegetreden tot het interinstitutioneel akkoord, een beschikking heeft gegeven<sup>174</sup> waarin — met verwijzing naar zijn taken, zijn onafhankelijkheid en het geheim der beraadslagingen<sup>175</sup> zoals vastgelegd in het Verdrag en in het Statuut van het Hof<sup>176</sup> — wordt bepaald dat interne onderzoeken zich niet mogen uitstrekken tot de documenten en inlichtingen die in een gerechtelijke procedure worden gehouden of gecreëerd.<sup>177</sup>

172 — Zie nader hieronder, punt 186.

173 — Besluit 1999/396/EG, EGKS, Euratom van de Commissie van 2 juni 1999 betreffende de voorwaarden voor en de wijze van uitvoering van interne onderzoeken op het gebied van de bestrijding van fraude, corruptie en elke andere onwettige activiteit die schadelijk is voor de belangen van de Gemeenschappen (PB L 149, blz. 57); besluit 1999/394/EG, Euratom van de Raad van 25 mei 1999 betreffende de voorwaarden voor en de wijze van uitvoering van interne onderzoeken op het gebied van de bestrijding van fraude, corruptie en elke andere onwettige activiteit die schadelijk is voor de belangen van de Gemeenschappen (PB L 149, blz. 36), en besluit van het Europees Parlement van 18 november 1999 inzake wijziging van het reglement als gevolg van het interinstitutioneel akkoord van 25 mei 1999 betreffende de interne onderzoeken verricht door het Europees Bureau voor fraudebestrijding (OLAF) en, daaraan gehecht, besluit van het Europees Parlement betreffende de voorwaarden voor en de wijze van uitvoering van interne onderzoeken op het gebied van de bestrijding van fraude, corruptie en elke andere onwettige activiteit die schadelijk is voor de belangen van de Gemeenschappen (PB L 202, blz. 1).

174 — Décision de la Cour de justice du 26 octobre 1999 relative aux conditions et modalités des enquêtes internes en matière de lutte contre la fraude, la corruption et toute activité illégale préjudiciable aux intérêts des Communautés. Deze beschikking is slechts beschikbaar in het Frans en is niet gepubliceerd in het Publicatieblad.

175 — Vijfde, zesde en zevende overweging van de considerans van de beschikking.

176 — Protocol betreffende het statuut van het Hof van Justitie, ondertekend te Brussel op 17 april 1957, laatstelijk gewijzigd bij artikel 6, III, punt 3, sub c, van het Verdrag van Amsterdam.

177 — Artikel 3 van de beschikking.

168. Hoe zit het nu met het tweede argument van de ECB, dat de bij verordening nr. 1073/1999 aan het OLAF verleende bevoegdheden in die zin zouden kunnen worden *opgevat*, dat zij de ECB kunnen belemmeren onafhankelijk op te treden?

169. Dat argument overtuigt mij evenmin.

170. Misschien is het juist, zoals de ECB beweert, dat van marktdeelnemers niet kan worden verwacht dat zij volledig op de hoogte zijn van de institutionele regels die waarborgen dat het OLAF in hoge mate operationeel onafhankelijk is van de Commissie, en dat sommige marktdeelnemers daarom wellicht ten onrechte kunnen denken dat de Commissie, via de onderzoeken van het OLAF of de dreiging daarmee, druk kan uitoefenen op de ECB. Maar andere marktdeelnemers kunnen het juist een geruststellende gedachte vinden dat de ECB weliswaar onafhankelijk is, maar onderworpen is aan hetzelfde systeem van externe, gespecialiseerde en onafhankelijke controle op haar financieel beheer als de andere instellingen, organen en instanties van de Gemeenschap. Ik denk dat de reputatie van de ECB juist aanzienlijke schade zou kunnen oplopen, als beschuldigingen van fraude aan het adres van haar directieleden of personeel niet zouden kunnen worden ontzenuwd via een onderzoek door een instantie buiten de ECB zelf.

171. Bovendien verlenen het Verdrag en de statuten de ECB een hoge mate van insti-

tionele, persoonlijke en financiële onafhankelijkheid.<sup>178</sup> In dit constitutionele kader — waarvan de hoofdkenmerken ongetwijfeld bekend zijn bij de marktdeelnemers — zijn de gevolgen van de toepassing van verordening nr. 1973/1999 voor de perceptie van de onafhankelijkheid van de ECB in elk geval beperkt. Dat is mijns inziens het geval, ondanks het feit dat de ECB, als tamelijk nieuwe entiteit, nog niet de degelijke en gevestigde reputatie van sommige nationale centrale banken heeft.

172. In deze opvatting word ik bevestigd door de vakliteratuur over de onafhankelijkheid van de centrale banken.<sup>179</sup> Daaruit blijkt niet dat het voor de vaststelling van het algemene onafhankelijkheidsniveau van een bank of voor haar vermogen tot handhaving van prijsstabiliteit essentieel of zelfs relevant is, dat de bank gevrijwaard is van onderzoeken, ongeacht of die door de nationale gerechtelijke autoriteiten dan wel door gespecialiseerde eenheden voor fraudebestrijding worden verricht.

173. Het argument, dat de bevoegdheden van het OLAF de wijze waarop tegen de onafhankelijkheid van de ECB wordt aangekeken, in negatieve zin kunnen beïnvloeden, moet, zoals de Raad opmerkt, even-

eens worden beoordeeld aan de hand van de situatie in de lidstaten. Hoewel er in de lidstaten waarschijnlijk geen exact equivalent van het OLAF bestaat, blijkt uit een vergelijkend onderzoek, dat de nationale centrale banken zijn onderworpen aan diverse externe controles met het oog op de vaststelling en preventie van fraude. Zo zijn de nationale centrale banken in alle lidstaten onderworpen aan de controle van het Openbaar Ministerie of de nationale politie, die ruimere onderzoeksbevoegdheden hebben dan die welke bij verordening nr. 1073/1999 zijn verleend aan het OLAF.<sup>180</sup> De wetgeving van het merendeel van de lidstaten voorziet tevens in de instelling van parlementaire ad hoc-commissies met vergelijkbare onderzoeksbevoegdheden als die waarin verordening nr. 1073/1999 voorziet<sup>181</sup>, en belast een openbare controle instantie met de taak de rekeningen van de nationale centrale banken te controleren en verdenkingen van fraude te onderzoeken.<sup>182</sup> De Raad beklemtoont, dat niets in de convergentieverslagen die door het EMI en de ECB zijn opgesteld, erop wijst dat deze bepalingen van nationaal recht ertoe leiden dat de in artikel 108 EG bedoelde onafhankelijkheid

180 — In de meeste lidstaten blijken de onderzoeken op het gebied van fraude tot de bevoegdheid van de gewone politie en/of het Openbaar Ministerie te behoren. In een aantal lidstaten is deze taak opgedragen aan een speciale afdeling binnen de justitiële of politieke diensten. In andere lidstaten voert een instantie buiten het OM en de politie taken uit die in wezen dezelfde zijn als die van de politie op het gebied van fraude.

181 — Dit geldt in elk geval voor België, Denemarken, Finland, Frankrijk, Duitsland, Griekenland, Italië, Nederland, Portugal, Spanje en Zweden.

182 — Dit geldt in elk geval voor Oostenrijk, Finland, Frankrijk, Duitsland, Ierland, Nederland, Spanje en (uitgezonderd de werkzaamheden die relevant zijn voor de taken van het ESCB) Portugal. In landen die niet hebben voorzien in controle door een openbare controle instantie, worden de rekeningen van de centrale bank over het algemeen gecontroleerd door onafhankelijke externe accountants. Dit is het geval in Denemarken, Ierland, Luxemburg, Portugal en het Verenigd Koninkrijk.

178 — Zie boven, punten 148-158.

179 — Zie voor een overzicht en verdere verwijzingen F. Amtenbrink, aangehaald in voetnoot 115, blz. 11-26.

van de nationale centrale banken wordt aangetast.<sup>183</sup> Evenmin wordt aangetoond dat de bij de nationale centrale banken door externe instanties verrichte onderzoeken afbreuk hebben gedaan aan hun reputatie op de financiële markten of aan hun vermogen een doeltreffend economisch beleid, gericht op het handhaven van prijsstabiliteit, te voeren.

174. Ten slotte zou ik het argument van de ECB zelfs dan niet aanvaarden, wanneer zou zijn aangetoond, of zou kunnen worden aangetoond, dat de toepassing van verordening nr. 1073/1999 het vertrouwen van de markt in de ECB enigszins zou verminderen. Zoals gezegd, is de ECB onderworpen aan het beginsel van de rechtsstaat. Zij moet dus niet alleen streven naar van prijsstabiliteit en bijdragen aan de verwezenlijking van de doelstellingen van de Gemeenschap overeenkomstig artikel 105 EG, maar ook bij haar bedrijfsvoering wettig te werk gaan, en zonder fraude waardoor de financiële belangen van de Gemeenschap worden geschaad. De toepassing van verordening nr. 1073/1999 op de ECB wil — en zal mijns inziens — de ECB helpen bij haar inspanningen om te waarborgen dat deze verplichting wordt nagekomen en dit ook zo wordt gezien.

175. Derhalve verwerp ik het argument van de ECB, dat de toepassing van verordening nr. 1073/1999 op de ECB inbreuk maakt op het in artikel 108 EG neergelegde beginsel van onafhankelijkheid.

<sup>183</sup> — Zie EMI-verslag „Progress towards Convergence 1996”, november 1996, blz. 100-104; convergentieverslag EMI 1998, aangehaald in voetnoot 111, blz. 12 en 13 en 291-295; convergentieverslag ECB 2000, blz. 65, 69-72; convergentieverslag ECB 2002, blz. 40 en 44-46. Deze verslagen zijn beschikbaar op <http://www.ecb.int>.

### *Evenredigheid*

176. Daarmee kom ik bij de laatste grief van de ECB die volgens haar tot nietigheid van verordening nr. 1073/1999 zou leiden. Zij betoogt dat deze verordening in strijd is met het evenredigheidsbeginsel voorzover zij van toepassing is op de ECB. Zij voert daarvoor in hoofdzaak drie argumenten aan.

177. In de eerste plaats is de toepassing van verordening nr. 1073/1999 op de ECB niet nodig, omdat de ECB reeds onderworpen is aan adequate financiële controles, intern door het D-AI en het Comité voor fraudebestrijding, en extern door onafhankelijke accountants die worden benoemd conform artikel 27 van de statuten. Als de gemeenschapswetgever verdergaande maatregelen noodzakelijk had geacht, had hij de taak van de opsporing en het onderzoek van fraude binnen de ECB kunnen opdragen aan de onafhankelijke externe accountants.

178. In de tweede plaats is de ECB van mening dat het in verordening nr. 1073/1999 neergelegde systeem niet geschikt is voor de specifieke aard van haar werkzaamheden. De meeste taken van de ECB zijn uiterst gevoelig en daarom onderworpen aan strikte eisen inzake betrouwbaarheid. Gezien de kans op uitlekken van de door het OLAF tijdens de interne onderzoeken verkregen informatie, zou de ECB gedwongen zijn alle informatie in verband met de uitvoering van haar in artikel 105, lid 2, genoemde fundamentele taken, uit te sluiten van het onderzoeksterrein van het

OLAF bij een op grond van artikel 4, leden 1 en 6, van de verordening genomen besluit. Het OLAF zou dan slechts een marginale rol spelen, en zijn beperkte toegang tot informatie zou zelfs tot verkeerde vaststellingen kunnen leiden.

179. In de derde plaats is verordening nr. 1073/1999 ook niet goed afgestemd op de gedecentraliseerde aard van het ESCB. Uit interne onderzoeken van de activiteiten van de ECB zou, volgens de ECB, vaak de noodzaak blijken om onderzoek te verrichten bij een of meer nationale centrale banken. Het OLAF is echter niet bevoegd voor het verrichten van dergelijke onderzoeken.

180. De Commissie stelt daar tegenover, dat de gemeenschapswetgever het nodig heeft geacht, ter versterking van de bestrijding van fraude, één onafhankelijke en gespecialiseerde dienst in het leven te roepen voor alle instellingen, organen en instanties van de Gemeenschap. Dat de gemeenschapswetgever daarbij geen rekening heeft gehouden met het bestaan van diverse interne en externe controles voor elk van die instellingen, organen en instanties, kan niet onevenredig worden geacht. Het bestaan van die verschillende controles zal ongetwijfeld van invloed zijn op de wijze waarop de interne onderzoeken in de praktijk worden verricht, maar vormt geen overtuigend argument om de toepassing van verordening nr. 1073/1999 geheel en al uit te sluiten.

181. Volgens de Commissie leidt de specifieke aard van de aan de ECB opgedragen

taken evenmin tot onevenredigheid van de toepassing van verordening nr. 1073/1999. De aard van de taken van de ECB en de daarmee gepaard gaande behoefte aan vertrouwelijkheid, zijn kwesties die kunnen en moeten worden opgelost in het besluit dat de ECB op grond van artikel 4, leden 1 en 6, van de verordening moet nemen. Ook de gedecentraliseerde werkwijze van het ESCB is geen overtuigend argument voor de stelling van de ECB. Het feit dat het OLAF niet bevoegd is voor het verrichten van onderzoeken bij de nationale centrale banken, is irrelevant voor zijn onderzoeksbevoegdheid binnen de ECB zelf, en onderzoeken bij de nationale centrale banken kunnen in elk geval, indien nodig, worden uitgevoerd door de nationale autoriteiten in samenwerking met het OLAF.

182. Ik kan de argumenten van de ECB niet aanvaarden.

183. Het Hof mag zijn eigen opvatting niet in de plaats stellen van die van de wetgever, bij de beoordeling van de wettigheid van algemene maatregelen. Het Hof zal dergelijke maatregelen slechts nietig verklaren, wanneer ondubbelzinnig is aangetoond dat zij in hun geheel of op bepaalde punten onevenredig zijn. Het probleem in casu is dus niet, of de verschillende vormen van interne en externe controle waaraan de ECB onderworpen is, passend zijn, maar of de wetgever, door een extern en onafhankelijk controlesysteem op te zetten, onmiskenbaar verder is gegaan dan noodzakelijk is voor fraudebestrijding.

184. De toepassing van verordening nr. 1073/1999 op de ECB is naar mijn mening niet kennelijk onnodig. Hoewel het interne fraudebestrijdingssysteem van de ECB, dat door het bestreden besluit is opgezet, enige bescherming tegen fraude en andere onregelmatigheden biedt, was de wetgever mijns inziens terecht van mening dat controle door een externe en onafhankelijke instantie doeltreffender zou zijn, en — misschien even belangrijk — als doeltreffender zou worden beschouwd. Bovendien is verordening nr. 1073/1999 vastgesteld vóór het bestreden besluit. De door dat besluit aangebrachte verbeteringen in het fraudebestrijdingssysteem van de ECB (bijvoorbeeld de oprichting van een Comité voor fraudebestrijding) kunnen dus in elk geval niet tot onevenredigheid van de verordening leiden. Men kan daar niet tegen inbrengen dat de externe accountants, die worden benoemd krachtens artikel 27 van de statuten, bevoegd zijn voor de controle en goedkeuring van de rekeningen van de ECB, daar de taak van de accountants qua aard fundamenteel verschilt van de door het OLAF uit te voeren taken en controles.

185. Op het punt van de specifieke aard van de aan de ECB toevertrouwde taken, ben ik met de Commissie van mening dat deze kwesties, na een constructieve dialoog tussen partijen volgens het beginsel van loyale samenwerking<sup>184</sup>, moeten worden opgelost in het door de ECB te nemen

besluit ingevolge artikel 4, leden 1 en 6, van verordening nr. 1073/1999.

186. Het argument van de ECB dat de meeste, zo niet al haar activiteiten, ter waarborging van de vertrouwelijkheid, in het kader van een dergelijk besluit buiten de interne onderzoeken moeten worden gehouden, is niet overtuigend. Hoewel informatie over de vaststelling van de rentevoet door de ECB en over de beveiligingskenmerken van eurobiljetten geheim moet worden gehouden, kan informatie over de overige aspecten van de werkzaamheden van de ECB als minder gevoelig worden aangemerkt. Er is in elk geval geen basis om de activiteiten van de ECB die niet rechtstreeks verband houden met de in de artikelen 105 en 106 EG genoemde taken, zoals besluiten op het gebied van de aanschaf van goederen en diensten, uit te sluiten van interne onderzoeken. Voorts moet de gestelde noodzaak van uitzonderingen worden beoordeeld in het licht van artikel 8 van verordening nr. 1073/1999, dat bepaalt dat „[d]e in het kader van interne onderzoeken meegedeelde of verkregen gegevens, ongeacht de vorm ervan, onder het beroepsgeheim [vallen] en de bescherming [genieten] van de bepalingen die van toepassing zijn op de instellingen van de Europese Gemeenschappen. Deze gegevens mogen met name niet worden meegedeeld aan andere personen dan die welke er binnen de instellingen van de Europese Gemeenschappen of in de lidstaten ambtshalve kennis van moeten nemen, en mogen niet worden gebruikt voor enig ander doel dan de bestrijding van fraude, corruptie en

184 — Artikel 10 EG.



elke andere onwettige activiteit”<sup>185</sup>, en dat de directeur van het OLAF en de leden van het Comité van toezicht verplicht om toe te zien op de toepassing van artikel 287 EG.<sup>186</sup>

verschillende instellingen, organen en instanties mogelijk maakt — een passend evenwicht tot stand brengt tussen de eisen van de functionele autonomie van de instellingen en de doeltreffende preventie van fraude.<sup>188</sup>

187. Voorts vermindert het feit dat het OLAF bij de nationale centrale banken geen onderzoeken voor eigen rekening mag verrichten, de doeltreffendheid van verordening nr. 1073/1999 waarschijnlijk wel enigszins, maar de ECB heeft geen precieze motivering gegeven voor haar stelling dat het OLAF, vanwege deze beperking van zijn bevoegdheden, zijn taken ten aanzien van de ECB zelf niet kan uitvoeren.

189. Derhalve concludeer ik dat verordening nr. 1073/1999 niet in strijd is met het evenredigheidsbeginsel voorzover zij van toepassing is op de ECB.

188. Ten slotte breng ik in herinnering, dat de Commissie oorspronkelijk had voorgesteld het OLAF op te richten bij een communautaire verordening, en gedetailleerde bepalingen vast te stellen voor de wijze van uitvoering van de interne onderzoeken bij alle instellingen, organen en instanties van de Gemeenschap.<sup>187</sup> Verordening nr. 1073/1999 stelt, anders dan dat voorstel, slechts algemene regels voor de procedures en modaliteiten van de interne onderzoeken vast, en bepaalt dat meer gedetailleerde regels worden vastgesteld in een besluit ingevolge artikel 4, leden 1 en 6. Ik deel de mening van de Raad dat dit systeem — dat inachtneming van de specifieke taken en situaties van de

*Ontvankelijkheid in het licht van artikel 241 EG*

190. Ik breng in herinnering dat de Commissie de ontvankelijkheid betwist van het middel van de ECB, dat verordening nr. 1073/1999 niet-toepasselijk moet worden verklaard krachtens artikel 241 EG („exceptie van onwettigheid”), door te stellen dat de ECB niet-ontvankelijk is in haar beroep op die exceptie.<sup>189</sup> De partijen en de interveniënten hebben op dit punt geen gedetailleerde argumenten aangevoerd. Gelet op de conclusie waartoe ik ben gekomen inzake de gegrondheid van de vier belangrijkste argumenten van de ECB

185 — Artikel 8, lid 2.

186 — Artikel 8, lid 4. Artikel 287 EG is hierboven in punt 14 aangehaald.

187 — Zie boven, punt 7 en voetnoot 10.

188 — Zie in dit verband ook de vierde overweging van de considerans van verordening nr. 1073/1999.

189 — Zie boven, punten 98-100.

voor deze exceptie, ga ik slechts kort in op de kwestie van de ontvankelijkheid, zonder een definitief standpunt in te nemen.<sup>190</sup> Het is een lastige kwestie en de argumenten vóór en tegen houden elkaar ongeveer in evenwicht.

191. De opvatting, dat een instelling of een instantie de nietigheid van een verordening mag inroepen als verweermiddel in een beroep tot nietigverklaring van een door die instelling of instantie vastgestelde maatregel wegens schending van die verordening, vindt volgens de ECB steun in de bewoordingen van artikel 241 EG, dat bepaalt dat „iedere partij” naar aanleiding van een geschil waarbij „een verordening” in het geding is, „voor het Hof van Justitie de niet-toepasselijkheid [daarvan kan] inroepen”, en het zou in strijd kunnen zijn met het legaliteitsbeginsel als het Hof, geconfronteerd met een verordening die volgens de verwerende instelling of instantie op bepaalde punten onwettig is, zou moeten oordelen dat de betrokken instelling of instantie onwettig heeft gehandeld of haar verplichtingen niet is nagekomen, zonder de aangevoerde argumenten te onderzoeken, en slechts zou vaststellen dat deze in een beroep tot nietigverklaring hadden moeten worden ingebracht. Bovendien heeft het Hof, ook al heeft het nooit uitdrukkelijk verklaard dat een lidstaat de onwettigheid van een verordening kan inroepen als verweer in een niet-nako-

mingsprocedure krachtens artikel 226 EG, deze mogelijkheid ook nooit uitgesloten, en uit een aantal arresten kan impliciet de erkenning daarvan worden afgeleid<sup>191</sup>; als de lidstaten deze mogelijkheid daadwerkelijk hebben, is te verdedigen dat de instellingen en instanties van de Gemeenschap op dezelfde wijze moeten worden behandeld in het kader van een beroep tot nietigverklaring krachtens artikel 230 EG.

192. Al deze argumenten moeten evenwel worden afgewogen tegen belangrijke principiële overwegingen. De termijn voor de instelling van een beroep op basis van artikel 230, vijfde alinea, EG beoogt de rechtszekerheid binnen de Gemeenschap te waarborgen. Artikel 241 EG in die zin uitleggen, dat daarmee een aanvullende mogelijkheid voor toetsing wordt gegeven aan verzoekers die een beroep tot nietigverklaring hadden kunnen instellen omdat zij daartoe gerechtigd waren, maar dit hebben nagelaten, zou afbreuk kunnen doen aan deze doelstelling en zou vertragingstactieken in de hand kunnen werken.

190 — Volgens de rechtspraak dient het Hof te beoordelen of het in de omstandigheden van het geval in het belang van een goede rechtsbedeling is, het beroep ten gronde te verwerpen zonder een uitspraak te doen over de door de Commissie opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid; zie arrest van 26 februari 2002, Raad/Boehringer (C-23/00 P, Jurispr. blz. I-1873).

191 — Zie hieromtrent de conclusie van advocaat-generaal Darmon in de zaak *Commissie/Spanje* (arrest van 25 juli 1991, Jurispr. blz. I-3977, punten 15-21). Zie voor steun voor deze opvatting ook de conclusies van advocaat-generaal Roemer in de zaak *Italië/Raad en Commissie* (arrest van 13 juli 1966, 32/65, Jurispr. blz. 580, 616); advocaat-generaal Slynn in de zaak *Frankrijk/Commissie* (arrest van 12 februari 1987, 181/85, Jurispr. blz. 689, 702-704); advocaat-generaal Mancini in de zaak *Griekenland/Raad* (arrest van 27 september 1988, 204/86, Jurispr. blz. 5323, punt 6); en Barav A., „The exception of illegality in Community Law: a critical analysis”, *Common Market Law Review*, 1974, blz. 366; Dubois P., „L'exception d'illegalité devant la Cour de justice des Communautés européennes”, *Cahiers de droit européen*, 1978, blz. 411; Schermers H., en Waelbroeck D., *Judicial Protection in the European Communities*, 5e ed., 1992, paragrafen 467 en 531, en Lenaerts K. & Arts D., *Procedural Law of the European Union*, 1999, blz. 223.

Ik breng in dit verband in herinnering, dat het Hof in het arrest TWD Textilwerke Deggendorf<sup>192</sup> heeft geoordeeld dat een particulier een maatregel op basis van artikel 234 EG niet kan aanvechten, indien hij, terwijl vaststaat dat hij deze zonder enige twijfel uit hoofde van artikel 230, vierde alinea, EG, had kunnen aanvechten, heeft nagelaten binnen de in artikel 230, vijfde alinea, EG gestelde termijn beroep in te stellen. De redenering van het Hof in die zaak was met name gebaseerd op de noodzaak de rechtszekerheid te waarborgen door te voorkomen dat gemeenschaps-handelingen onbeperkt in geding kunnen worden gebracht<sup>193</sup>, en te voorkomen dat particulieren ontkomen aan de in artikel 230, vijfde alinea, EG gestelde termijn<sup>194</sup>. Dezelfde overwegingen gaan mijns inziens op, wanneer de geldigheid van gemeenschapshandelingen door de lidstaten, instellingen, organen of instanties indirect wordt aangevochten krachtens artikel 241 EG.<sup>195</sup>

193. Dit argument zou in overeenstemming kunnen worden geacht met het doel van artikel 241 EG. In het arrest Simmenthal heeft het Hof geoordeeld dat in artikel 184 EG-Verdrag (thans artikel 241 EG) „een algemeen beginsel tot uitdrukking [komt], krachtens hetwelk iedere procespartij met het oog op de vernietiging van een haar rechtstreeks en individueel rakende beschikking de rechtsgeldigheid van eerdere, aan de bestreden beschikking ten grondslag

liggende, handelingen door instellingen mag aanvechten, wanneer zij niet — krachtens artikel [230 EG] — rechtstreeks tegen die handelingen in beroep mocht komen, zodat zij zonder nietigverklaring te mogen vorderen, er de gevolgen van heeft te dragen”. Deze passage zou aldus kunnen worden opgevat, dat het wezenlijke doel van artikel 241 EG is, te waarborgen dat rechtsbescherming mogelijk blijft wanneer, vanwege de beperkingen van de procesbevoegdheid ingevolge artikel 230 EG, rechtstreeks beroep is uitgesloten.<sup>196</sup>

194. Met een bijzondere klemtoon op de ondubbelzinnige bewoordingen van artikel 241 EG, dat in een, zij het slechts incidenteel, rechtsmiddel voorziet, kom ik niettemin tot de voorlopige conclusie dat het tweede door de ECB aangevoerde middel — namelijk dat verordening nr. 1073/1999 niet-toepasselijk moet worden verklaard — ontvankelijk is. In dit verband is het mijns inziens irrelevant of de ECB al dan niet wist of de verordening op haar van toepassing was.<sup>197</sup> Niets in de tekst van artikel 241 EG duidt erop, dat de reikwijdte ervan moet worden beperkt naar gelang van de subjectieve kennis van de persoon, de lidstaat, de instelling die of het orgaan dat zich op dit artikel beroept, en in de praktijk zou dit criterium hoe dan ook nauwelijks toe te passen zijn.

192 — Arrest van 9 maart 1994 (C-188/92, Jurispr. blz. I-833). Zie ook arresten van 30 januari 1997, Wiljo (C-178/95, Jurispr. blz. I-585), en 15 februari 2001, Nachi Europe (C-239/99, Jurispr. blz. I-1197).

193 — Punt 16.

194 — Punt 17.

195 — Zie ook mijn conclusie in de zaak Nachi Europe, aangehaald in voetnoot 192, punt 69.

196 — Zie ook Bebr G., „Judicial remedy of private parties against normative acts of the European Communities: the role of the exception of illegality”, *Common Market Law Review*, 1966, blz. 7; Joliet R., *Le droit institutionnel des Communautés européennes. Le contentieux*, 1981, blz. 132 en 133, en Usher J., „The Interrelationship of Articles 173, 177 and 184 EEC”, *European Law Review*, 1979, blz. 36.

197 — Zie ook de conclusie van advocaat-generaal Slynm in de zaak Frankrijk/Commissie, aangehaald in voetnoot 191, blz. 703.

## Conclusie

195. Gelet op het voorgaande, geef ik het Hof in overweging:

- 1) besluit 1999/726/EG van de Europese Centrale Bank van 7 oktober 1999 betreffende de preventie van fraude nietig te verklaren;
- 2) de Europese Centrale Bank in de kosten van de Commissie van de Europese Gemeenschappen te verwijzen;
- 3) te verstaan dat het Europees Parlement, de Raad van de Europese Unie en het Koninkrijk der Nederlanden hun eigen kosten dragen.