

VERORDENING (EURATOM, EG) NR. 2185/96 VAN DE RAAD BETREFFENDE DE CONTROLEBEVOEGDHEDEN VAN DE EUROPESE COMMISSIE OP HET GEBIED VAN DE FRAUDEBESTRIJDING

Dr. Lothar KUHLMANN / Harald SPITZER*

De verordening betreffende de controlebevoegdheden van de Commissie op het gebied van de fraudebestrijding moet bijdragen tot een gelijkwaardige bescherming tegen oneerlijke en soms ook misdadige handelingen van marktdeelnemers die van de transnationale dimensie van de Europese juridische ruimte misbruik maken om de Europese belastingbetaler te benadelen. Nu Agenda 2000 van de Europese Raad in Berlijn is goedgekeurd en met de aanstaande uitbreiding van de Europese Unie staat de nettobijdrage van sommige lidstaten in het middelpunt van de openbare discussie over de toekomstige financiële vooruitzichten van de EU. Een duidelijke bepaling van de rol van de Europese Commissie in het kader van een verantwoorde besteding van de middelen van de Gemeenschapsbegroting is dus van grote betekenis. Hiertoe behoren ook maatregelen ter bestrijding van verspilling en misbruik.

A. Inleiding

Verordening (EURATOM, EG) nr. 2185/96 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 fraudes en andere onregelmatigheden is sedert 1 januari 1997 van kracht. De controlebevoegdheden van de Europese Commissie, die tot dan toe op diverse sectorale bepalingen van het afgeleide Gemeenschapsrecht berustten¹, krijgen daarmee een nieuwe, voor alle sectoren van de Gemeenschapsbegroting toepasselijke rechtsgrondslag. De door de Europese Commissie genomen wetgevingsinitiatieven² hebben, in aansluiting op de in 1994 goedgekeurde fraudebestrijdingsstrate-

* De auteurs zijn administrateurs bij de Europese Commissie in Brussel. De in deze bijdrage vervatte gezichtspunten zijn persoonlijke meningen waarvoor enkel de auteurs verantwoordelijk zijn. De auteurs bedanken Mr. H.G. KRAAI voor de bewerking van de Nederlandstalige versie van dit artikel.

1. Vergelijk het overzicht van H. J. PRIEß/H. SPITZER in 'Die Betrugsbekämpfung in der Europäischen Gemeinschaft', *EuZW* 1994, 197 e.v.

2. COM(94)92 def. van 23 maart 1994.

gie³, waarvan onder meer de verbetering van de Gemeenschapswetgeving ter zake een integrerend deel uitmaakt, aldus concrete resultaten opgeleverd.

Deze verordening schept de juridische voorwaarden voor de aanwezigheid ter plaatse van ambtenaren van de Europese Commissie in het kader van de fraudebestrijding in de lidstaten. De functionarissen van de Commissie hebben voortaan de bevoegdheid om controles en verificaties onmiddellijk bij de marktdeelnemers uit te voeren. In verband met deze in vergelijking met het tot nu toe geldende Gemeenschapsrecht nieuwe situatie valt te verwachten dat deze verordening een even grote betekenis zal krijgen als Verordening (EEG) nr. 17/62⁴ die in het kader van het Europese mededingingsrecht een belangrijke rol speelt. Er kunnen bepaalde overeenkomsten worden waargenomen in de vorm van deze beide regelingen.

De verordening beoogt echter geen fundamentele wijziging van de in artikel 280 (ex-art. 209 A)⁵ van het EG-Verdrag vervatte taakverdeling, volgens welke de bevoegdheid voor de bescherming van de financiële belangen in de eerste plaats bij de lidstaten berust.⁶ De nieuwe bevoegdheden die de verordening aan de Commissie toekent moeten het mogelijk maken de activiteiten van de lidstaten – voor zover nodig – aan te vullen.

1. HISTORISCHE ONTWIKKELING

Als hoedster van de verdragen (vgl. art. 211 (ex-art. 155) van het EG-Verdrag) en op grond van haar verantwoordelijkheid voor de uitvoering van de begroting (vgl. art. 274 (ex-art. 205) van de EG-Verdrag) werden de Commissie reeds in een zeer vroeg stadium specifieke controlebevoegdheden ter bescherming van de financiële belangen in het kader van het afgeleide Gemeenschapsrecht toegewezen. De bedoeling is daarbij enerzijds de juiste toepassing van het Gemeenschapsrecht door de nationale instanties te verzekeren en anderzijds toe te zien op het recht- en regelmatige karakter van de uitgaven van de Gemeenschap.⁷ Sedert van een systeem van financiering van de Gemeenschapsbegroting door bijdragen van de lidstaten in

3. *PB* nr. C 216 van 6 augustus 1994, 11; *PB* nr. C 83 van 20 maart 1996, 10, *PB* nr. C 84 van 21 maart 1996, 10.

4. *PB* nr. 13 van 21 februari 1962, 204.

5. Verwezen wordt naar de artikelnummers van de geconsolideerde versie van het EG-Verdrag (Verdrag van Amsterdam), tenzij expliciet verwezen wordt naar oudere versies van het Verdrag, zoals het Verdrag van Maastricht. Voor het gemak van de lezer worden de oude artikelnummers tussen haakjes vermeld.

6. H.v.J., *Jurispr.*, I, 1995, 4125 (4144), punt 21 van de motivering – Nuttal/Commissie. Het Verdrag van Amsterdam voorziet echter in een toekomstige gezamenlijke bevoegdheid van de Commissie en de lidstaten.

7. Vergelijk ten aanzien van het EOGFL Verordening (EEG) nr. 729/70 van de Raad van 21 april 1970 betreffende de financiering van het gemeenschappelijk landbouwbeleid, achtste overweging, *PB* nr. L 94 van 8 april 1970, 13.

1971⁸ werd overgeschakeld op een stelsel van eigen middelen, gelden dergelijke controlebevoegdheden ook voor de inkomsten van de Gemeenschapsbegroting.⁹

Bij vluchtig onderzoek van de controlebevoegdheden van de Commissie op landbouwgebied blijkt echter reeds dat deze niet op een uniforme basis berusten. Daarom heeft de Commissie in 1990 een voorstel ingediend voor een verordening betreffende controle en sancties op het gebied van het gemeenschappelijke landbouw- en visserijbeleid.¹⁰ Als gevolg van meningsverschillen over de bevoegdheid van de Gemeenschap om administratiefrechtelijke sancties op te leggen, bleef het overleg op het niveau van de Raad in eerste instantie zonder gevolg; met name de voorgenomen Gemeenschapssancties met een administratiefrechtelijk karakter stootten op weerstand van de lidstaten.¹¹

Bij het Verdrag van Maastricht¹² werd de bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap als taak van de lidstaten uitdrukkelijk in artikel 209 A (art. 280 in het Verdrag van Amsterdam) van het EG-Verdrag verankerd, hetgeen een wijziging inhield van het rechtskader van het primaire Gemeenschapsrecht. Met het oog op de toepassing van de vervolgens uitgewerkte algemene fraudebestrijdingsstrategie¹³ heeft de Commissie in 1994 een nieuw voorstel voor een verordening betreffende administratiefrechtelijke controles, maatregelen en sancties van de Gemeenschap ingediend.¹⁴ Dit voorstel omvatte alle sectoren van de begroting, zonder af te zien van de harmonisering en systematisering van de bevoegdheden op het gebied van controles en sancties die reeds voor het gemeenschappelijk landbouwbeleid als beginselen waren ontwikkeld.¹⁵

De werkzaamheden van de Raad hadden in de eerste fase vooral betrekking op de systematisering van de administratiefrechtelijke sancties in het kader van het Gemeenschapsrecht¹⁶ en resulteerden in de goedkeuring van de Verordening (EG, Euratom) nr. 2988/95.¹⁷ Ten aanzien van de controlebevoegdheden van de Commissie heeft men zich echter tot het vaststellen van een aantal algemene beginselen beperkt (zie de art. 8 en 9 van deze verordening). Artikel 10 van de Verordening verwijst voorts op later te treffen aanvullende algemene bepalingen inzake controle.

Overeenkomstig dit artikel en ingevolge het verzoek van de Europese Raad van Madrid van 15 en 16 december 1995¹⁸ heeft de Commissie vervolgens op 19 janu-

8. Tegenwoordig in de versie van Besluit van de Raad nr. 94/728/EG, Euratom, betreffende het stelsel van eigen middelen van de Europese Gemeenschappen van 31 oktober 1994, *PB* nr. L 293 van 12 november 1994, 9.

9. Vergelijk Verordening (EEG, Euratom, EGKS) nr. 1552/89, *PB* nr. L 155 van 7 juni 1989, 1.

10. Voorstel van 21 mei 1990, *PB* nr. C 137 van 6 juni 1990, 10, en gewijzigd voorstel van 25 oktober 1991, *PB* nr. C 294 van 13 november 1991, 17.

11. H.v.J., *Jurispr.*, I, 1992, 5383 – Duitsland/Commissie.

12. Ondertekend op 7 februari 1992 en van kracht geworden op 1 november 1993.

13. COM(94)92 def. van 23 maart 1994.

14. *PB* nr. C 216 van 6 augustus 1994, 11 = COM(94)214 def.

15. Zie jaarverslag van de Commissie over de fraudebestrijding van 1994, COM(95)98 def., 16 e.v.

16. Zie hierover ook G. DANNECKER, 'Strafrecht in der EG', *JZ*, 1996, 869 e.v.

17. *PB* nr. L 312 van 23 december 1995, 1.

18. Vergelijk conclusies van het Voorzitterschap.

ari 1996 een voorstel ingediend voor een 'verordening van de Raad betreffende de controles en verificaties ter plaatse van de Commissie met het oog op vaststelling van de financiële belangen van de Europese Gemeenschap rakende fraudes en onregelmatigheden'.¹⁹

Op basis van dit voorstel is de Raad op 3 juni 1996 na soms moeilijke onderhandelingen tot een politiek akkoord en een gemeenschappelijke oriëntatie gekomen, waarna, na hernieuwde raadpleging en een uiteindelijk positief advies van het Europees Parlement, de verordening uiteindelijk op 11 november 1996 werd aangenomen.²⁰

2. VERHOUDING TUSSEN DE VERORDENING EN DE SECTORALE VERORDENINGEN

De nieuwe algemene bevoegdheden gelden zonder dat de bestaande sectorale regelingen worden afgeschaft of vervangen (art. 1, tweede alinea van de Verordening).

Artikel 9 van Verordening nr. 2988/95, waar in de tweede alinea is bepaald dat de Commissie controles en verificaties ter plaatse kan (blijven) uitvoeren onder de bij de sectorale regelingen bepaalde voorwaarden, bevat reeds een concrete aanwijzing ten aanzien van de verhouding tussen de nieuwe bevoegdheden van de Commissie en de bestaande regelingsbevoegdheid. Voorts is in de considerans van Verordening nr. 2185/96 aangegeven dat de bijkomende algemene bepalingen betreffende de door de Commissie te verrichten controles en verificaties ter plaatse niet van invloed zijn op de toepassing van de in artikel 9, lid 2 van Verordening nr. 2988/95 bedoelde sectorale communautaire regelingen.

De Gemeenschapswetgever heeft er in de eerste plaats naar gestreefd het 'communautaire acquis' op het gebied van de door de diensten van de Commissie verrichte controles in stand te houden, zoals het in de sectorale regelingen en de jurisprudentie van het Hof op dit gebied is vervat. Overeenkomstig de formulering van artikel 10 van Verordening nr. 2988/95 is er immers sprake van aanvullende en gezien hun doelstelling andersoortige controlebevoegdheden van de Commissie.

In de praktijk zal dit tot gevolg hebben dat de voor de respectieve sectoren van het Gemeenschapsbeleid bevoegde diensten van de Commissie (b.v. DG VI voor het gemeenschappelijk landbouwbeleid, DG XVI voor het regionaal beleid, DG XX voor de begrotingscontrole en DG XXI voor het douanebeleid) bij de uitvoering van de hun toegewezen controletaken gebruik zullen maken van de bestaande, doorgaans sectorale, regelingen, terwijl de nieuwe, specifiek op de bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschappen tegen fraude toegesneden bevoegdheden ingevolge Verordening nr. 2185/96 in de eerste plaats door de Eenheid voor coördinatie van de fraudebestrijding (UCLAF) worden waargenomen (zie art. 1 van de

19. *PB* nr. C 84 van 21 maart 1996, 10 = COM(95)690 def.

20. Advies van het Europees Parlement van 24 oktober 1996, *PB* nr. C 347 van 18 november 1996, 149; zie ook advies van het Europees Parlement betreffende het oorspronkelijke voorstel van de Commissie, *PB* nr. C 166 van 10 juni 1996, 102.

verordening).²¹ Indien in voorkomend geval niet is voldaan aan de bijzondere voorwaarden voor de toepassing van Verordening nr. 2185/96 staat het de UCLAF ook in de toekomst vrij gebruik te maken van de sectorale bevoegdheden in het kader van de betrokken specifieke toepassingsgebieden en beschermingsdoelen, voor zover zulks voor de vervulling van de taken van de UCLAF noodzakelijk is.²²

B. Werkingssfeer van de verordening

1. HORIZONTALE BENADERING

In artikel 1 van Verordening nr. 2185/96 is bepaald dat de controles en verificaties ter plaatse kunnen worden uitgevoerd op 'alle activiteitsgebieden van de Gemeenschappen'.²³ Genoemde verordening moet van toepassing zijn op de Gemeenschapsbegroting als geheel, dat wil zeggen op alle inkomsten en uitgaven, inclusief de door de Commissie beheerde bijzondere begrotingen die niet tot de Gemeenschapsbegroting behoren.²⁴

a) Ontvangsten

Voor de ontvangsten van de Gemeenschapsbegroting houdt dit in dat de douanerechten (inclusief de anti-dumpingrechten) die op grond van het gemeenschappelijk douanetarief op de invoer van goederen uit derde landen worden geheven, alsmede de landbouwrechten, die ingevolge de akkoorden bij de overeenkomst tot oprichting van de Wereldhandelsorganisatie sedert 1 juli 1995 in de plaats zijn gekomen van de landbouwheffingen, en de heffingen en bijdragen voor suiker en isoglucose onder de werkingssfeer van de verordening vallen. Ingeval preferentiële of quotastelsels ten gunste van derde landen (met name ontwikkelingslanden) op grond waarvan voor sommige soorten goederen geen of gereduceerde douanerechten worden geheven ten onrechte worden toegepast of worden ontdoken, dan kan de Commissie de nodige onderzoeken ook op grond van deze verordening uitvoeren.²⁵

21. Vergelijk ten aanzien van de UCLAF in het algemeen: L. KUHL, 'UCLAF im Kampf gegen EU-Betrugskriminalität', *Kriminalistik*, 1997, 105.

22. Zie mededeling van de Commissie van 10 februari 1995 betreffende de organisatie van haar fraudebestrijdingsdiensten, SEC(95)249.

23. Uitvoeriger gegevens betreffende de Gemeenschapsbegroting zijn te vinden in document SEC(96)1200, *Begrotingsvademeccum 1996*.

24. Zie de art. 1 en 2 van het voorstel van de Commissie, *PB* nr. C 216 van 6 augustus 1994, 11. Vergelijk tevens de definitie van fraude in art. 1 van de Overeenkomst aangaande de bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen van 26 juli 1995, *PB* nr. C 316 van 27 november 1995, 48, alsmede de toelichting daarop, waarin ten aanzien van art. 1, lid 1 wordt bepaald dat de B.T.W.-ontvangsten niet onder de ontvangsten van de algemene begroting van de Gemeenschap vallen (zie *PB* nr. C 191 van 23 juni 1997, 1).

25. Dit is ook de reden waarom art. 8, lid 5 in de verordening is opgenomen, aangezien controles en verificaties ter plaatse buiten het grondgebied van de Gemeenschap noodzakelijk kunnen zijn om de naleving van de preferentiële en quotaregelingen te controleren.

Ten aanzien van de BTW-ontvangsten stuit deze horizontale, globale en samenhangende aanpak helaas op weerstand bij de lidstaten, zoals ook reeds kon worden geconstateerd bij gelegenheid van de onderhandelingen in verband met Verordening nr. 2988/95. De lidstaten, die ingevolge de communautaire bepalingen 1,4 % van de geharmoniseerde BTW-basis ten gunste van de Gemeenschapsbegroting moeten afdragen²⁶, beschouwen de BTW-ontvangsten als ontvangsten van de nationale begrotingen, zodat ook de controle op de regelmatige inning van de BTW, onverminderd artikel 280 (ex-art. 209 A) van het EG-Verdrag, in de eerste plaats onder de bevoegdheid van de lidstaten valt en bijgevolg niet door de diensten van de Commissie dient te worden uitgevoerd.²⁷ Artikel 1, lid 2, van Verordening nr. 2988/95, waarin het begrip onregelmatigheid wordt gedefinieerd, is uitsluitend van toepassing op ontvangsten die 'rechtstreeks voor rekening van de Gemeenschappen worden geïnd', hetgeen de ontvangsten uit het door de lidstaten af te dragen aandeel van de belasting over de toegevoegde waarde impliciet uitsluit, aangezien deze indirect voor rekening van de Gemeenschappen worden geheven. Aangezien in de controleverordening uitdrukkelijk naar deze interpretatie van onregelmatigheid wordt verwezen, moet hieruit worden opgemaakt dat de eigen BTW-middelen, die ruim 50 % van de eigen middelen van de Gemeenschappen uitmaken, hoe onlogisch dit ook is, evenmin binnen de werkingssfeer van deze verordening vallen.²⁸

b) Uitgaven

De uitgaven bestaan enerzijds uit de zogeheten indirecte uitgaven, dat wil zeggen gemeenschapsgelden die door de autoriteiten van de lidstaten worden beheerd. Hiertoe behoren de landbouwuitgaven, zoals de restituties bij uitvoer en de uitgaven in verband met de ordening van de landbouwmarkten in het kader van het EOGFL-Garantie, en de door de structuurfondsen, zoals het Europees Fonds voor regionale ontwikkeling, het Sociaal Fonds en het EOGFL-Oriëntatie, beheerde middelen. Anderzijds omvatten de uitgaven de begrotingsmiddelen die rechtstreeks door de Europese Commissie worden beheerd (de zogeheten directe uitgaven), zoals bijvoorbeeld die op het gebied van het onderzoek.²⁹ Aangezien op dit gebied de administraties van de lidstaten niet bevoegd zijn controles te verrichten op de toegekende subsidies, zijn de eigen controlebevoegdheden van de Commissie in verband met

26. Alhoewel dit percentage in de volgende jaren zal dalen (zoals besloten tijdens Agenda 2000 in Berlijn in maart 1999), blijft de B.T.W. een inkomstenbron van de Commissie.

27. Zie in dit verband: *Bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap – Synthesedocument van de vergelijkende analyse van de verslagen van de lidstaten over de maatregelen die zij op nationaal niveau hebben genomen ter bestrijding van verspilling en verduistering van communautaire middelen*, COM(95)556 def. van 8 december 1995.

28. Ten aanzien van de bevoegdheden van de Commissie ten aanzien van de controle van de nationale autoriteiten bij de inning van de eigen B.T.W.-middelen, zie art. 10 e.v. van Verordening (EEG, Euratom) nr. 1553/89, PB nr. L 155 van 7 juni 1989.

29. Zie Algemene begroting van de Europese Unie voor het begrotingsjaar 1997 (PB nr. L 44 van 14 februari 1997), onderafdeling B6 (Onderzoek en technologische ontwikkeling), 1003.

de bestrijding van onregelmatigheden bijzonder belangrijk als aanvulling op de uit het financieel reglement³⁰ voortvloeiende bevoegdheden.

2. VERHOUDING TUSSEN HET GEBIED VAN BEVOEGDHEID VAN DE COMMISSIE EN DAT VAN DE LIDSTATEN: HET PARTNERSCHAPSBEGINSEL

De controle door de Commissie dient een aanvulling te zijn op die van de lidstaten en moet betrekking hebben op duidelijk omschreven feiten.

a) Beginsel van complementariteit

1) Partnerschap

De lidstaten dienen niet ontslagen te worden van hun verplichting tot bescherming van de Gemeenschapsbegroting. Zij blijven verplicht om overeenkomstig hun interne wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen de nodige maatregelen ter bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap te nemen.³¹ In zoverre zij voorts op grond van het geldende Gemeenschapsrecht verplicht zijn eigen controles ter bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap uit te voeren³², wordt deze verantwoordelijkheid niet beïnvloed door de nieuwe bevoegdheden van de Commissie. De controlebevoegdheden van de Commissie hebben een aanvullend karakter ten opzichte van de taken van de lidstaten.³³

Het beginsel van samenwerking als partners tussen de autoriteiten van de lidstaten en de diensten van de Commissie is de fundamentele gedachte die ten grondslag ligt aan de verordening.³⁴ Enerzijds is de Commissie ingevolge artikel 4 verplicht de autoriteiten van de lidstaat tevoren te melden dat er controles zullen worden uitgevoerd.³⁵ Anderzijds zijn de diensten van de lidstaten verplicht daarbij de nodige steun te verlenen. Bovendien is voorzien in gezamenlijke uitvoering van de controles door de autoriteiten van de lidstaat en de diensten van de Commissie, indien de betrokken lidstaat dit wenst (art. 4, tweede alinea van de verordening).

30. *PB* nr. L 356 van 1977, I.

31. Vergelijk in dit verband de zesde overweging, waarin wordt verwezen naar art. 8 van Verordening nr. 2988/95, waar dit beginsel uitdrukkelijk wordt genoemd.

32. Vergelijk art. 8, lid 2 van Verordening nr. 729/70 voor het gemeenschappelijk landbouwbeleid, en art. 23, lid 1 van Verordening nr. 4253/88 voor het structuurbeleid.

33. Ten aanzien van het aanvullende karakter van de controlebevoegdheden van de Commissie op het gebied van het gemeenschappelijk landbouwbeleid, zie H.v.J., *Jurispr.*, I, 1995, 4125 (4144), punt 19 – *Nutral/Commissie*.

34. Vergelijk overweging 10, waarin op het uit art. 5 van het EG-Verdrag (art. 10 volgens de nummering van het Verdrag van Amsterdam) voortvloeiende beginsel van loyale samenwerking tussen de lidstaten en de Commissie wordt gewezen.

35. Volgens de gangbare praktijk is een termijn van ongeveer twee weken adequaat. In uitzonderlijke gevallen kan deze periode echter, met name wanneer moet worden gevreesd dat de controle anders mislukt, tot een absoluut minimum worden teruggebracht.

Controles zonder voorafgaande kennisgeving aan de autoriteiten (niet te verwarren met de betrokken economische subjecten³⁶⁾) zijn in beginsel, zoals de Commissie in een verklaring voor de notulen duidelijk heeft gesteld, uitgesloten. Ook de verplichting van de Commissie om de lidstaten ingevolge artikel 8, lid 2 op de hoogte te stellen van het resultaat van de controles en verificaties is een uitvloeisel van de partnerschapsgedachte; hetzelfde geldt voor de gemeenschappelijke ondertekening van de controleverslagen door de betrokken nationale controleurs en die van de Commissie indien de controles gezamenlijk zijn uitgevoerd (vgl. art. 8, lid 3, laatste zin).

2) Niet-toepassing van het beginsel van subsidiariteit op de controles door de Commissie

In de tekst van de verordening wordt een verwijzing naar het in artikel 5 (ex-art. 3 B) van het EG-Verdrag vastgelegde subsidiariteitsbeginsel³⁷ bewust vermeden. Een optreden van de Commissie op basis van deze verordening is echter slechts toegestaan indien er voldaan is aan bepaalde voorwaarden, die in artikel 2 nader worden omschreven.³⁸ De bevoegdheden van de Commissie berusten op het beginsel van proportionaliteit.³⁹

b) Gevallen van toepassing van de verordening

Artikel 2 bepaalt dat de verordening met name van toepassing is op ernstige of transnationale onregelmatigheden. Controle door de Commissie is ook mogelijk wanneer de betrokken lidstaat als gevolg van andere omstandigheden alleen niet in staat is voor voldoende bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschappen te zorgen. In deze gevallen is optreden van de Commissie vereist en dus gerechtvaardigd in de zin van deze verordening.

De vaststelling van een ernstige of transnationale onregelmatigheid, respectievelijk een onregelmatigheid waarbij marktdeelnemers betrokken zijn die in verschillende lidstaten actief zijn (eerste streepje) kan betrekking hebben op drie verschillende situaties, die steeds aan een objectief criterium moeten worden getoetst. Ook ernsti-

36. Zie in dit verband onder D, 2, *sub a*).

37. Zie de conclusies van het Voorzitterschap van de Europese Raad van Edinburgh van 12 december 1992, bijlage 1 van deel A, I, 4, volgens welke het subsidiariteitsbeginsel geen beperking mag vormen voor besluiten in het kader van het Gemeenschapsrecht die ter bescherming van de communautaire uitgaven noodzakelijk zijn. Het in het Verdrag van Amsterdam vervatte protocol inzake subsidiariteit verwijst hiernaar (*PB* nr. C 340 van 10 november 1997).

38. Vergelijk overweging 7, waar in de Duitse versie op verwarrende wijze sprake is van 'der Festlegung von Zielen' die de toepassing van de bepalingen van de verordening 'rechtvaardigen'. De Franse versie van de verordening is in dit opzicht duidelijker ('identification des objectifs').

39. Zie in dit verband overweging 8 van de verordening, waarin de uitoefening van de controlebevoegdheden van de Commissie wordt onderworpen aan het proportionaliteitsbeginsel door deze bevoegdheden te beperken tot hetgeen nodig is om de juiste toepassing van het Gemeenschapsrecht te verzekeren, alsmede art. 3, eerste alinea van de verordening, die bovendien een beperking bevat ten gunste van controles en verificaties die op grond van sectorale communautaire regelingen zijn uitgevoerd.

ge gevallen moeten objectief worden aangetoond, zodat dergelijke gevallen in de praktijk geen aanleiding geven tot bijzondere vragen.

Volgens het tweede streepje kan de Commissie, ook wanneer er niet is voldaan aan de bovengenoemde voorwaarden voor een optreden van de Commissie, in individuele gevallen controles en verificaties in een lidstaat uitvoeren wanneer zulks voor het waarborgen van een gelijkwaardige en adequate bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap noodzakelijk is. De conclusies van de Europese Raad van Madrid bevatten enige toelichtingen ter zake.⁴⁰ Het daarin vervatte verzoek aan de lidstaten en de instellingen van de Europese Unie om voor een gelijkwaardige bescherming van de financiële belangen in de gehele Gemeenschap te zorgen⁴¹ dient aldus te worden begrepen dat aanzienlijke verschillen in de mate van bescherming binnen de Gemeenschap moeten worden vermeden.⁴² In de praktijk dient hierbij met name te worden gedacht aan gevallen zoals diegene die aanleiding hebben gegeven tot het arrest van het Hof van Justitie in de zaak Commissie/Griekse Republiek.⁴³

Een optreden van de Commissie is natuurlijk zonder meer gerechtvaardigd op verzoek van een lidstaat (derde streepje). Deze mogelijkheid mag echter niet zodanig worden opgevat dat de lidstaten hun verantwoordelijkheid inzake controles op de Commissie zouden mogen afwentelen. Er moeten ook hier bepaalde gronden worden aangegeven op grond waarvan een optreden door de Commissie als noodzakelijk en wenselijk kan worden beschouwd.

3. DOEL VAN DE CONTROLES – RELATIE TOT DE STRAFPROCEDURE

Zoals uit de titel van de verordening reeds blijkt, dienen de door de Commissie in dit kader uitgevoerde controles ter bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen 'tegen fraudes en andere onregelmatigheden', en kunnen zij worden verricht wanneer 'vermoed mag worden dat onregelmatigheden zijn begaan'.⁴⁴ Het doel is niet de administratieve praktijk van de nationale autoriteiten te toetsen op hun verenigbaarheid met de gemeenschapsbepalingen, maar de rechtstreekse controle van de marktdeelnemers.

Zowel in de considerans als in de tekst van de verordening wordt er echter in eerste instantie op gewezen dat met name de bevoegdheid van de lidstaten op het

40. Zie voetnoot 17 hierboven.

41. Zie deel A, II, D, van de conclusies van het Voorzitterschap van de Europese Raad van Madrid van 15 en 16 december 1995. De Franse en Engelse versies van de verordening ('niveau de protection équivalent', resp. 'equivalent level of protection') zijn in dit opzicht duidelijker dan de Duitse ('in gleichem Umfang zu schützen').

42. In een verklaring in de notulen bij de verordening wordt echter gewezen op het verschil tussen een gelijkwaardig niveau van bescherming en een identiek niveau van bescherming.

43. H.v.J., *Jurispr.*, 1989, 2965 (2966 e.v.) – Commissie/Griekenland.

44. Zie art. 5 van de verordening.

gebied van de strafvervolgning onverlet blijft.⁴⁵ De controles en verificaties door de Commissie worden dan ook als administratiefrechtelijk gekwalificeerd, hetgeen betekent dat zij geen vervolgingen mag instellen en nog minder mag ingrijpen in het strafproces. Er is overigens bewust vermeden begrippen uit het strafprocesrecht te hanteren; zo is er bijvoorbeeld in artikel 2, eerste streepje, van de verordening geen sprake van fraude maar van onderzoek van onregelmatigheden, en wordt in artikel 5 als voorwaarde voor een optreden van de Commissie genoemd het bestaan van een gerechtvaardigd vermoeden dat er onregelmatigheden zijn begaan, en worden termen als verdenking of begin van een verdenking vermeden.

Dat het toepassingsgebied van de verordening ondanks deze nadruk op het administratiefrechtelijke karakter raakpunten heeft met het straf-, respectievelijk strafprocesrecht, vloeit uit de doelstelling van deze verordening voort, die inhoudt dat de nieuwe bevoegdheden van de Commissie met name bij de fraudebestrijding van betekenis zijn.⁴⁶ Het begrip onregelmatigheid omvat overeenkomstig de definitie in artikel 1, lid 2 van Verordening nr. 2988/95 onder andere frauduleuze gedragingen in de zin van de Overeenkomst aangaande de bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen⁴⁷, waarnaar uitdrukkelijk wordt verwezen in de considerans.⁴⁸ Bijgevolg kunnen de controles en verificaties ter plaatse betrekking hebben op gevallen die onder het strafrecht vallen. Juist het onderzoek van dergelijke gevallen valt, onverminderd artikel 1, derde alinea van de verordening, binnen de werkingssfeer ervan. Behalve uit de algemene doelstelling van de verordening blijkt dit onder andere duidelijk uit het feit dat het gebruik van onderzoeksverslagen van de Commissie in gerechtelijke procedures in de verordening uitdrukkelijk wordt toegestaan. In artikel 8, lid 3 worden deze verslagen als bewijsmateriaal gelijkgesteld met die van de bevoegde administratieve controleurs van de lidstaten.

Het rechtskader van de Unie voor de bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschappen tegen fraude omvat overigens het strafrecht als belangrijk afschrikingsmiddel. In dit verband dient, behalve de Overeenkomst aangaande de bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen⁴⁹, vooral het onlangs door de Raad aangenomen tweede protocol bij deze overeenkomst te worden vermeld, waar in artikel 7 de Commissie wordt opgedragen met de lidsta-

45. Vergelijk overweging 16 en art. 1, derde alinea van de verordening. Zie ook overweging 9, waarin wordt verwezen naar de bepalingen betreffende de bescherming van de wezenlijke belangen op het gebied van de staatsveiligheid.

46. Volgens overweging 7 is toepassing van verordening met name gerechtvaardigd '... gezien de omvang van de fraude ...'; vergelijk ook overweging 13: '... voor een doeltreffende bestrijding van fraude ...'.

47. Vergelijk aldaar art. 1, *PB* nr. C 316 van 27 november 1995, 48. Betreffende de overeenkomst zie Toelichting, *PB* nr. C 191 van 23 juni 1997, p. 1, alsmede F. ZIESCHANG, 'Das Übereinkommen zum Schutz der finanziellen Interessen der EG und seine Auswirkungen auf das deutsche Strafrecht', *EuZW* 1997, 78 e.v.

48. Vergelijk overweging 4 van de verordening.

49. Akte van de Raad van 26 juli 1995 tot vaststelling van de Overeenkomst aangaande de bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen, *PB* nr. C 316 van 27 november 1995, 48.

ten samen te werken bij de bestrijding van fraude, actieve en passieve corruptie en het witwassen van geld.⁵⁰ Met het oog hierop is vooral voorzien in een uitwisseling van informatie tussen de Commissie en de gerechtelijke autoriteiten.

C. Inhoud van de rechten op het gebied van controle en verificatie – Juridische verplichtingen van de marktdeelnemers

I. TOEGANG TOT INFORMATIE EN VERIFICATIES TER PLAATSE

In artikel 7, lid 1 is bepaald dat de controleurs van de Commissie toegang hebben tot alle gegevens en verificaties ter plaatse kunnen uitvoeren.

a) Toegang tot informatie en het recht om inlichtingen in te winnen

Relevante gegevens en documenten kunnen door de controleurs van de Commissie worden opgevraagd en moeten hun dan worden voorgelegd. De controleurs van de Commissie hebben toegang tot alle gegevens en documenten in verband met de betrokken transacties voor zover deze voor het goede verloop van de controles en de verificaties ter plaatse noodzakelijk zijn, en wel onder dezelfde voorwaarden als de nationale administratieve controleurs en met inachtneming van de nationale wetgevingen.

De toegang tot informatie in verband met een lopende strafprocedure kan, ter wille van het goede verloop van het onderzoek, aan bepaalde beperkingen worden onderworpen, die enerzijds verband kunnen houden met de rechten van de verdachte en anderzijds met de beginselen betreffende het geheim van de instructie.

b) Controles en verificaties ter plaatse

Een duidelijke afbakening van de begrippen controle en verificatie ter plaatse biedt de verordening niet. De controles strekken zich uit tot alle lokalen, terreinen, vervoermiddelen en andere plaatsen voor professioneel gebruik (vgl. art. 5, tweede alinea van de verordening). Zij hebben zowel betrekking op alle documenten en aantekeningen als op andere gegevens van fysieke, technische en immateriële aard die licht kunnen werpen op de betrokken transacties. De in artikel 7, lid 1, tweede alinea van de verordening opgenomen lijst is niet uitputtend maar bevat slechts voorbeelden.

Onder materiële controlemiddelen⁵¹ worden technische hulpmiddelen begrepen, zoals fototoestellen, toestellen voor monsterneming en dergelijke. Deze mogen worden gebruikt. Benodigde documenten mogen worden gekopieerd.

50. Akte van de Raad van 19 juni 1997 tot vaststelling van het tweede protocol bij de Overeenkomst aangaande de bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen, *PB* nr. C 221 van 19 juli 1997, 11.

51. Art. 7, lid 1 tweede zin van de verordening.

2. BETROKKEN MARKTDEELNEMERS

a) Onmiddellijk betrokken marktdeelnemers

Krachtens artikel 5 kunnen de controles bij marktdeelnemers worden uitgevoerd wanneer vermoed mag worden dat er onregelmatigheden zijn begaan. De kring van de betrokken marktdeelnemers is ruim maar voldoende duidelijk afgebakend. In artikel 5 wordt in de eerste plaats verwezen naar de marktdeelnemers bedoeld in artikel 7 van Verordening nr. 2988/95 (betreffende de sancties), ten opzichte van wie eveneens administratieve maatregelen en sancties volgens het gemeenschapsrecht kunnen worden toegepast.⁵²

De onmiddellijk betrokkene is dus duidelijk onderscheiden van degene ten aanzien van wie de controles plaatsvinden ter verificatie van het regelmatige beheer van de communautaire middelen, welke bij de nationale administraties in het kader van de sectorale verordeningen worden uitgevoerd.

b) Andere betrokken marktdeelnemers

In een in de notulen bij gelegenheid van de goedkeuring van de verordening opgenomen verklaring hebben de Raad en de Commissie de voorwaarden voor de uitvoering van de controles ter plaatse bij andere betrokken marktdeelnemers overeenkomstig artikel 5, derde alinea nader gepreciseerd. Ingevolge deze verklaring kunnen er verificaties ter plaatse worden uitgevoerd bij andere betrokken marktdeelnemers wanneer zulks in het kader van een onderzoek noodzakelijk blijkt te zijn om bijkomend bewijsmateriaal te verkrijgen dat bij de rechtstreeks betrokken marktdeelnemers niet aanwezig is, maar niettemin onontbeerlijk is voor de vaststelling van door een derde gepleegde onregelmatigheid of om een door derden georganiseerd fraude-netwerk aan het licht te brengen.⁵³

Uit de verwijzing naar 'bijkomend bewijsmateriaal' kan worden opgemaakt dat deze controles een aanvullend karakter hebben, en dat deze controles bijgevolg in de eerste plaats moeten worden uitgevoerd bij de marktdeelnemers ten aanzien van wie er aanwijzingen zijn dat er onregelmatigheden zijn gepleegd. Deze handelwijze, die uit het principe van de proportionaliteit van de middelen voortvloeit, betekent echter niet dat de verificaties altijd het eerst bij deze marktdeelnemers moeten worden uitgevoerd.

52. Art. 7 van Verordening (EG, Euratom) nr. 2988/95 noemt 'natuurlijke personen, rechtspersonen of andere eenheden die naar nationaal recht als rechtssubject worden aangemerkt ... die de onregelmatigheid hebben begaan' of 'die aan het begaan van de onregelmatigheid hebben deelgenomen, ... die voor de onregelmatigheid aansprakelijk kunnen worden gesteld of die het begaan ervan hadden moeten voorkomen'.

53. Genoemd worden met name leveranciers, klanten, onderaannemers of toeleveranciers, wegtransport-bedrijven, douanecommissionairs en expediteurs, verzekeringsmaatschappijen, verwerkingsbedrijven, eigenaars of huurders van winkels of opslagruimten die zakelijke betrekkingen hebben met de marktdeelnemers die een onregelmatigheid hebben begaan of daarvan worden verdacht.

c) Verplichting tot samenwerking

De marktdeelnemers moeten alle vereiste steun verlenen.⁵⁴ In artikel 5, tweede alinea wordt in detail aangegeven tot welke installaties en ruimten de marktdeelnemers de controleurs moeten toelaten. In ruimten die uitsluitend voor particulier gebruik bestemd zijn mag geen onderzoek worden verricht. Het Hof van Justitie heeft in het Hoechst-arrest de regels betreffende de onschendbaarheid van de woning vastgesteld, die overeenkomstig de algemene beginselen van het Gemeenschapsrecht moeten worden toegepast.⁵⁵

De Commissie heeft reeds in het kader van het communautaire mededingingsrecht de gelegenheid gehad de verplichting tot medewerking van de marktdeelnemers duidelijk te omlijnen. Deze verplichting houdt in dat de afwezigheid van een gegeven verantwoordelijke functionaris of gemachtigde die tot uitstel van de controle leidt moet worden beschouwd als een weigering tot medewerking⁵⁶ en dus een niet-nakomen van de verplichtingen van de marktdeelnemer.

3. BEWIJSVOERING EN VERSLAGGEVING

In artikel 8, lid 3 van de verordening is aangegeven hoe de verzamelde bewijzen moeten worden verwerkt tot controle- en verificatieverslagen. Deze verslagen vertegenwoordigen onder de aldaar genoemde voorwaarden toelaatbaar bewijsmateriaal dat in administratieve of gerechtelijke procedures kan worden gebruikt.⁵⁷ Deze verslagen moeten door de nationale controleurs die aan de controle hebben deelgenomen mede worden ondertekend, hoewel dit geen formele geldigheidsvoorwaarde is. De nationale controleurs worden met name verzocht de betrokken verslagen mede te ondertekenen wanneer de controle op verzoek van de betrokken lidstaat gezamenlijk is uitgevoerd.⁵⁸

De bindende rechtsgevolgen van de besluiten die de Commissie in het kader van de controles en verificaties neemt, betekenen een belangrijke vernieuwing ten opzichte van de voorheen geldende regeling ten aanzien van gevallen waarin onderzoek werd gedaan naar onregelmatigheden en fraudes op grond van sectorale rege-

54. Vergelijk art. 14, lid 2 van Verordening nr. 17/62 (betreffende mededinging) van 6 februari 1962, *PB* nr. 13 van 21 februari 1962, 204.

55. Zie hieronder bij punt D, 2, onder a).

56. Vergelijk besluit van de Commissie van 17 december 1992 waarbij een geldboete wordt opgelegd overeenkomstig art. 19 van Verordening (EEG) nr. 4056/86 van de Raad in de zaak MEWAC, *PB* nr. L 20 van 28 januari 1993, 6, zevende overweging.

57. Het indienen en gebruiken van de betrokken onderzoeksresultaten, met name in het kader van latere strafprocedures voor de rechterlijke instanties van de lidstaten, mogelijk te maken wordt ook beoogd door het door de Raad op 19 juni 1997 goedgekeurde tweede protocol bij de Overeenkomst aangaande de bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen, *PB* nr. C 221 van 19 juli 1997, 11.

58. Art. 8, lid 3, vijfde zin van de verordening bepaalt dat de nationale controleurs die aan een gemeenschappelijke controle hebben deelgenomen in de zin van art. 4, tweede alinea, 'verzocht' worden het door de controleurs van de Commissie opgestelde verslag mee te ondertekenen.

lingen.⁵⁹ Het is in dit verband des te belangrijker dat door de Commissie is voldaan aan alle procedurele vereisten waarin de verordening voorziet voor het verkrijgen van bewijsmiddelen.⁶⁰

Bij het opstellen van hun verslagen zorgen de controleurs van de Commissie ervoor dat de in het nationale recht van de betrokken lidstaat vervatte procedurele vereisten in acht worden genomen.⁶¹ Voor zover de originele bewijsmiddelen waarop het verslag berust, niet zijn bijgevoegd, worden de door de controleurs bijgevoegde kopieën geacht bewijskracht te hebben.

D. Omvang en grenzen van de controlebevoegdheden: rechten van de marktdeelnemers

In artikel 2 van Verordening nr. 2988/95 is bepaald dat 'Controles ... worden ingesteld voor zover deze voor een juiste toepassing van het Gemeenschapsrecht nodig zijn'. Deze bepaling geldt eveneens voor Verordening nr. 2185/96 (achtste overweging).

1. MANDAAT EN PROPORTIONALITEITSBEGINSEL

De controleurs van de Commissie moeten door haar naar behoren gemachtigd zijn (art. 6 van de verordening). De schriftelijke bevoegdheidsverklaring dient door de controleurs te worden voorgelegd om hun bevoegdheden uit hoofde van de verordening te kunnen uitoefenen. Voorwerp en doel van de controle blijken uit het bij de bevoegdheidsverklaring gevoegde document, waarin het mandaat is omschreven. De controletaak moet in het mandaat voldoende duidelijk zijn omschreven. De Commissie kan als collegiale instantie haar leden machtigen om uit haar naam besluiten te nemen waarbij een controle wordt gelast.⁶²

59. Vergelijk in dit verband de jurisprudentie van de rechterlijke instellingen van de Gemeenschappen, op basis van de Verordeningen (EEG) nr. 729/70 (*PB* nr. L 94 van 28 april 1970, 13) en nr. 595/91 (*PB* nr. L 67 van 14 maart 1991, 11) in de zaak Nutral, H.v.J., *Jurispr.*, II, 1993, 1027, de punten 26 en 28 van de motivering, alsmede H.v.J., *Jurispr.*, I, 1995, 4125, de punten 20 en 31 van de motivering. Het Hof is van oordeel dat het overmaken van een controleverslag van het commissieorgaan UCLAF aan de autoriteiten van een lidstaat geen handeling vormt die bindende rechtsgevolgen heeft ten opzichte van de marktdeelnemers.

60. Vergelijk besluit van de Commissie van 7 oktober 1992 waarbij op grond van art. 15, lid 1 van Verordening nr. 17/62 van de Raad een geldboete wordt opgelegd aan CSM NV, *PB* nr. L 305 van 21 oktober 1992, 16; hierin wordt er met name op gewezen dat de verkregen bewijsmiddelen een rechtstreeks verband moeten hebben met voorwerp en doel van de verificatie.

61. Zie art. 8, lid 3 eerste zin van de verordening.

62. In tegenstelling tot art. 14, lid 3 van Verordening nr. 17/62 betreffende de mededinging schrijft art. 6, lid 1 van Verordening nr. 2185/96 niet uitdrukkelijk een besluit van de Commissie voor. Het Hof heeft ten aanzien van de communautaire procedures in verband met de mededinging tevens beslist dat het feit dat de Commissie haar leden machtigt om in haar naam bepaalde besluiten te nemen overeenkomstig art. 14, lid 3 van Verordening nr. 17/62 verenigbaar is met het collegialiteitsbeginsel. H.v.J., *Jurispr.*, 1986, 2585 – Akzo/Commissie; H.v.J. *Jurispr.*, 1989, 2859 – Hoechst/Commissie.

In de opdracht om het onderzoek uit te voeren zijn inhoud, doel en draagwijdte van de te verrichten verificatie aangegeven. Uit het document dat de schriftelijke bevoegdheidsverklaring vergezelt en dat de controleurs van de Commissie voor de uitoefening van hun bevoegdheden moeten voorleggen, moeten ingevolge artikel 6, lid 1, tweede alinea, voorwerp en doel van de controle blijken. De ingewonnen gegevens mogen door de instellingen van de Gemeenschap overeenkomstig artikel 8 uitsluitend in verband met de doeltreffende bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschappen in alle lidstaten worden gebruikt.

De wettigheid van de handelingen van de Commissie dient in dit verband aan de hand van het Gemeenschapsrecht te worden geëvalueerd, dat het beginsel van proportionaliteit inhoudt, volgens hetwelk de betrokken handelingen steeds passend, vereist en in overeenstemming met het nagestreefde doel moeten zijn.

2. GRONDRECHTEN VAN DE MARKTDEELNEMERS

In de twaalfde overweging van de verordening is uitdrukkelijk sprake van eerbiediging van de fundamentele rechten. Deze fundamentele rechten behoren tot de algemene rechtsbeginselen die de Gemeenschapsinstellingen bij de uitoefening van hun functies overeenkomstig de gemeenschappelijke grondwettelijke tradities van de lidstaten en de geldende internationale verdragen in acht nemen.

a) Het horen van partijen en gehoor voor de rechter, rechten van de verdediging

Zoals reeds eerder vermeld voorziet de verordening niet in een voorafgaande aankondiging van de controles aan de betrokken marktdeelnemers.⁶³ De controles dienen ter bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschappen tegen onregelmatigheden. Onaangekondigde controles dragen in grote mate bij tot de doelmatigheid van het onderzoek. Een aankondiging kan in individuele gevallen nuttig zijn, maar dan moet steeds nauwkeurig worden nagegaan of zulks in overeenstemming te brengen is met het beoogde doel van het onderzoek. De autoriteiten van de betrokken lidstaat mogen de marktdeelnemers alleen in overleg met de Commissie van tevoren in kennis stellen van onderzoeken (vgl. art. 10 (ex-art. 5) van het EG-Verdrag).

Het recht op verweer van de betrokken marktdeelnemers vereist daarentegen dat zij aan het begin van de verificatie ter plaatse in kennis worden gesteld van de belangrijkste feiten die hun ten laste worden gelegd⁶⁴ en dat zij worden gewezen

63. Vergelijk in dit verband ook de conclusies van het Hof in verband met art. 14 van Verordening nr. 17/62 ten aanzien van de noodzaak om ingevolge art. 11 van genoemde verordening tevoren de betrokken onderneming om inlichtingen te verzoeken, in de zaak National Panasonic, arrest van 26 juni 1980, in zaak 136/79, *Jurispr.*, 1980, 2033 (2057), punt 20 van de motivering. Het Hof heeft geconcludeerd dat de aan de Commissie toegekende bevoegdheden op het gebied van de mededinging om zonder voorafgaande kennisgeving verificaties uit te voeren bijdragen tot de handhaving van de in het Verdrag vervatte mededingsregeling, en dat zij de grondrechten van de ondernemingen niet aantasten.

64. Vergelijk de dienovereenkomstige uitdrukkelijke bepaling in art. 2 van Verordening nr. 99/63/EEG, *PB* nr. 127 van 20 augustus 1963, 2268.

op voorwerp en doel van de verificatie.⁶⁵ Een beschrijving van de belangrijkste feiten waarop de controle betrekking heeft volstaat.⁶⁶ Vereist is voorts dat de rechtsgrondslag in het mandaat betreffende de uitvoering van de controles wordt vermeld.

Al naargelang de rol die de Commissie in de voorafgaande administratieve procedure heeft gespeeld, met name in verband met de directe uitgaven van de Commissie, kan mededeling van de redenen voor de controle bijzonder belangrijk zijn om de onderneming in de gelegenheid te stellen haar rechten te verdedigen en bijvoorbeeld een duidelijk onderscheid te maken tussen de taken van de Commissie als financieringsinstantie en die welke zij op grond van de verordening als controleorgaan heeft.

Om haar rechten te kunnen verdedigen kan de onderneming ook om toegang verzoeken tot documenten in het kader van de controles.⁶⁷ Daarbij moeten echter de legitieme belangen van de verdediging en de vereisten in verband met het onderzoek en het vertrouwelijke karakter van de betrokken documenten zorgvuldig tegen elkaar worden afgewogen.

De Commissie moet er gedurende de gehele procedure op toezien dat het recht op verweer van de betrokken onderneming naar behoren wordt geëerbiedigd.⁶⁸ Voor zover de conclusies van de controleurs gebaseerd zijn op de verklaringen van de in het kader van de verificatie gehoorde marktdeelnemers, kan dit de verplichting inhouden het verslag van de ondervraging ter goedkeuring voor te leggen.⁶⁹

Gezien het doel van de verificaties, die uiteraard in strafrechtelijk opzicht relevante aanwijzingen kunnen opleveren, moet in het algemeen worden vermeden dat de mogelijkheden van verweer in het kader van administratieve onderzoeken die gevolgd kunnen worden door een strafprocedure op onherstelbare wijze worden ge-

65. H.v.J., *Jurispr.*, 1989, 2859 (2927, 2929), de punten 28 en 41 van de motivering – Hoechst/Commissie. De Commissie is niet verplicht om degene ten aanzien van wie een verificatiebesluit wordt genomen alle inlichtingen te verstrekken waarover zij beschikt ten aanzien van vermoede inbreuken; evenmin is zij verplicht een streng juridische kwalificatie te geven van deze inbreuken (punt 41).

66. Vergelijk op het gebied van het mededingingsrecht H.v.J., *Jurispr.*, 1972, 619 (653), punt 22 van de motivering – Imperial Chemical Industries/Commissie; H.v.J., *Jurispr.*, 1989, 2930, punt 42 van de motivering – Hoechst/Commissie.

67. Vergelijk in dit verband op het gebied van het mededingingsrecht *Jurispr.*, II, 1992, 2667 – CBR (Cement)/Commissie. Zie ook Besluit van de Commissie 94/810/EGKS, EG van 12 december 1994 betreffende het mandaat van de raadadviseur-auditeur in mededingingsprocedures voor de Commissie, *PB* nr. L 330 van 21 december 1994, 67. Zie ook Verordening nr. 99/63/EEG van de Commissie van 25 juli 1963 over verhoor ingevolge art. 19, leden 1 en 2, van Verordening nr. 17 van de Raad, *PB* nr. 127 van 20 augustus 1963, 2268.

68. Dit recht werd recent nog eens onderstreept in H.v.J., *Jurispr.*, 1998, 2873 – Windpark Groothusen GmbH & Co./Commissie.

69. Vergelijk H.v.J., *Jurispr.*, 1972, 654, punt 29 van de motivering – Imperial Chemical Industries/Commissie, waarin ten aanzien van dit punt op het doel van het bepaalde in art. 9, lid 4 van Verordening nr. 99/63/EEG in een mededingingsprocedure wordt gewezen, namelijk voor de ondervraagde personen de conformiteit van het verslag met hun wezenlijke verklaringen te verzekeren.

schaad.⁷⁰ Een onderneming mag bijgevolg niet worden verplicht antwoorden te verstrekken waarmee zij het bestaan van een door de Commissie te bewijzen inbreuk zou bekennen. Het Hof van Justitie heeft echter uit de algemene beginselen van het Gemeenschapsrecht noch een beginsel van onschendbaarheid van *bedrijfspanden*⁷¹, noch een beginsel volgens hetwelk niemand kan worden verplicht in het kader van administratieve procedures in zijn eigen nadeel gegevens te verstrekken en getuigenis af te leggen, afgeleid of bevestigd.⁷²

b) Advocaten

De marktdeelnemers kunnen eisen dat er advocaten aanwezig zijn. Het recht op vertegenwoordiging door een advocaat wordt door het Hof erkend als een van de rechten van de verdediging op grond van het Gemeenschapsrecht. Hieronder valt ook het beginsel van de vertrouwelijkheid van de briefwisseling tussen cliënt en advocaat.⁷³ De briefwisseling tussen cliënt en advocaat is niet alleen na maar ook vóór het begin van de door de Commissie verrichte controle beschermd, voor zover deze correspondentie nauw verband houdt met de verificatieprocedure. De advocaat dient onafhankelijk te zijn, dus niet in dienst als (bedrijfs)jurist van de marktdeelnemer en hij moet zich gevestigd hebben in de Gemeenschap.

De aanwezigheid van een raadsman is echter geen voorwaarde voor de wettigheid van de uit te voeren verificaties. De controles mogen in verband daarmee dan ook niet al te zeer worden vertraagd. Mits een onderneming zich er echter op geloofwaardige wijze toe verplicht de controle niet te verhinderen en geen bewijsmateriaal achter te houden, kan haar een redelijke termijn worden toegestaan om een juridisch adviseur of advocaat met het oog op de controle aan te trekken. Deze kwestie moet in elk individueel geval worden geëvalueerd, en het belang van eerbiediging van de rechten van de verdediging moet worden afgewogen tegen de noodzaak een doeltreffende controle uit te voeren.

c) Bescherming van persoonsgegevens en eerbiediging van het bedrijfsgeheim

1) Gegevensbescherming

In artikel 8, lid 4 van de verordening wordt verwezen naar Richtlijn nr. 95/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van 24 oktober 1995 inzake de bescherming

70. Vergelijk in dit verband de uitlegging van de communautaire procedurevoorschriften op het gebied van het mededingingsrecht welke zijn ontwikkeld aan de hand van de toepassing van de algemene rechtsbeginselen door het H.v.J., *Jurispr.*, 1989, 2859 (2922 e.v.), punt 10 e.v. van de motivering – Hoechst/Commissie, ten aanzien van het nemen van ‘huiszoekings’-maatregelen door de Commissie.

71. H.v.J., *Jurispr.*, 1989, 2859 (2924), punt 17 e.v. van de motivering – Hoechst.

72. Zie H.v.J., *Jurispr.*, 1989, 3283, de punten 28 e.v. van de motivering (34 en 35) – Orkem/Commissie, en H.v.J., *Jurispr.*, 1989, 3355 – Solvay/Commissie, ten aanzien van de procedure van het aan de mededeling van de punten van bezwaar voorafgaande onderzoek bedoeld in art. 11 van Verordening nr. 17/62.

73. H.v.J., *Jurispr.*, 1982, 1575, de punten 18 e.v. van de motivering (21) – AM und S/Commissie.

van persoonsgegevens⁷⁴ en wordt de Commissie er in het algemeen toe verplicht ervoor te zorgen dat de bepalingen inzake bescherming van persoonsgegevens door haar controleurs in acht worden genomen.

Aangezien de lidstaten voor de omzetting van de richtlijn over een termijn van drie jaar (zie art. 32 van de richtlijn) beschikken en er in de tussentijd nog verschillen zullen bestaan tussen de nationale wetgevingen op het gebied van de bescherming van persoonsgegevens, heeft de Commissie zich er in een verklaring voor de notulen tijdens de goedkeuring van de richtlijn nu reeds toe verbonden de beginselen van de richtlijn in het kader van haar eigen administratieve praktijk in acht te nemen.⁷⁵

2) Bedrijfsgeheim

Er dient onderscheid te worden gemaakt tussen de vertrouwelijke gegevens die in het algemeen onder het beroepsgeheim van de controleurs vallen enerzijds en bedrijfsgeheimen anderzijds.⁷⁶ Hoewel de Commissie uit hoofde van een algemeen rechtsbeginsel een zeer bijzondere bescherming moet bieden aan vertrouwelijke informatie in engere zin⁷⁷, kan artikel 287 (ex-art. 214) van het EG-Verdrag, dat alle ambtenaren en personeelsleden van de Gemeenschap verbiedt vertrouwelijke gegevens en bedrijfsgeheimen openbaar te maken, echter niet zodanig worden uitgelegd dat de Commissie daardoor wordt verplicht derden te verbieden documenten, die zij in het kader van een administratieve procedure van haar hebben ontvangen en die vertrouwelijke gegevens en bedrijfsgeheimen bevatten, in het kader van nationale gerechtelijke procedures over te leggen.⁷⁸ De nationale rechter mag bij de Commissie informeren naar de stand van een door haar ingeleide procedure en bij haar de economische en juridische gegevens opvragen die zij hem kan verschaffen.⁷⁹

Dit mag echter niet leiden tot een aantasting van de waarborgen die particulieren genieten op grond van de bepalingen van het Gemeenschapsrecht inzake het beroepsgeheim. De Commissie moet alle daartoe noodzakelijke maatregelen treffen.

74. *PB* nr. L 281 van 23 november 1995, 31.

75. Zie in dit verband ook het in het Verdrag van Amsterdam ingevoegde nieuwe art. 286 van het EG-Verdrag (art. 213 B volgens de oude nummering), dat bepaalt dat met ingang van 1 januari 1999 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 van de Gemeenschap.

76. Vergelijk ten aanzien van de doorgave van documenten die zakengeheimen bevatten het arrest in de zaak BAT and Reynolds Industries, H.v.J., *Jurispr.*, 1987, 4487 (4573), punt 21 van de motivering.

77. H.v.J., *Jurispr.*, 1986, 1965, de punten 28 en 29 van de motivering – Akzo Chemie/Commissie. De art. 19, lid 3 en 21 lid 2 van Verordening nr. 17/62 behelzen een aanpassing van dit beginsel aan de mededingsprocedure.

78. H.v.J., *Jurispr.*, II, 1996, 921, punt 89 van de motivering – Postbank/Commissie.

79. H.v.J., *Jurispr.*, I, 1991, 935, punt 53 van de motivering – Delimitis/Henninger Brau AG; H.v.J., *Jurispr.*, I, 1985, 4471, punt 36 van de motivering – Dijkstra/Friesland e.a.

3. DWANG- EN CONSERVATOIRE MAATREGELEN

a) Weigering van een marktdeelnemer om zich aan controle te onderwerpen

Het bepaalde in artikel 9 van de verordening komt inhoudelijk overeen met artikel 14, lid 6 van Verordening nr. 17/62 betreffende mededinging. Daarbij wordt uitgegaan van de gedachte van het geweldmonopolie van de Staat. Bijgevolg behoren dwangmiddelen, met name ambtshalve tenuitvoerlegging en directe dwangmaatregelen in het kader van de toepassing van administratieve beslissingen, evenals politieke uitvoerings- en onderzoekshandelingen in het kader van strafprocedures die de grondrechten raken, tot de uitsluitende bevoegdheid van de desbetreffende autoriteiten van de lidstaten. Deze moeten de Commissie in voorkomend geval echter de nodige steun verlenen, die alle nodige maatregelen, inclusief inbeslagneming en huiszoeking, kan omvatten. In dergelijke gevallen beslist de onderzoeksrechter of de voorgestelde maatregelen, gezien het doel van de verificatie, proportioneel zijn. Dit geschiedt overeenkomstig de nationale wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen en met inachtneming van het vereiste van effectiviteit van het Gemeenschapsrecht (*effet utile*).⁸⁰ Met het oog hierop kunnen met name maatregelen in het kader van een kort geding vereist zijn.⁸¹

b) Conservatoire maatregelen in de zin van artikel 7, lid 2

In voorkomend geval dienen de lidstaten maatregelen te nemen om bewijsmateriaal te beschermen. Deze maatregelen kunnen met name de verzegeling van de betrokken bedrijfsruimten inhouden om de vernietiging van bewijsstukken en verslagen aan de vooravond van een controle te voorkomen.⁸²

c) Dwangsommen

Het Europees Parlement⁸³ dringt erop aan de verordening aan te vullen met een regeling inzake sancties of dwangsommen, welke zou moeten worden toegepast wanneer een marktdeelnemer zich ten onrechte tegen een controle verzet, zich eraan onttrekt, onjuiste inlichtingen verstrekt of anderszins in strijd met zijn verplichtingen nalaat gegevens mee te delen. Een soortgelijke regeling is vervat in artikel 15, lid 1, en artikel 16, lid 1, van Verordening nr. 17/62 betreffende de mededinging. Of een dergelijke regeling noodzakelijk is, zal door de praktijk moeten worden uitgewezen.

80. Vergelijk H.v.J., *Jurispr.*, 1989, 2859 – Hoechst/Commissie.

81. Vergelijk bijvoorbeeld ten aanzien van de jurisprudentie op het gebied van de mededinging het verzoek om een beslissing bij voorraad '*ex parte*' dat de Britse autoriteiten voor de Commissie bij het High Court van Londen hebben ingediend in de zaak UKWAL, *PB* nr. L 121 van 6 mei 1992, 45.

82. Vergelijk op het gebied van het mededingingsrecht het besluit van de Commissie van 17 december 1992 in de zaak MEWAC, *PB* nr. L 20 van 28 januari 1993, 6.

83. Zie advies, *PB* nr. C 166 van 10 juni 1996, 102.

E. Rol van de lidstaten bij de uitoefening van de controlerechten

1. RECHT OP DEELNEMING VAN DE BEVOEGDE AUTORITEITEN VAN DE LIDSTATEN

De controle wordt door de Commissie voorbereid en uitgevoerd (art. 4 van de verordening). In het kader van de nauwe samenwerking met de bevoegde autoriteiten van de lidstaten worden deze in de fase van voorbereiding van de controles tijdig in kennis gesteld van voorwerp, doel en rechtsgrondslag van de controles, zodat zij de nodige bijstand kunnen verlenen. Met het oog hierop hebben ook de gemachtigde functionarissen van de betrokken lidstaat het recht deel te nemen aan de controles. In deze context kunnen de controles op verzoek van de betrokken lidstaat of van de Commissie gezamenlijk worden uitgevoerd.⁸⁴

2. VERPLICHTING TOT KENNISGEVING

In de verordening is bepaald dat de bevoegde autoriteiten van de lidstaten in kennis moeten worden gesteld van ieder feit of ieder vermoeden in verband met een onregelmatigheid waarvan de Commissie in het kader van de controles kennis heeft gekregen (art. 8, lid 2 van de verordening). Deze bepaling komt overeen met de door de jurisprudentie ten aanzien van artikel 10 (ex-art. 5) van het EG-Verdrag vastgestelde beginselen en geldt met name ook ten opzichte van de bevoegde gerechtelijke instanties.⁸⁵

3. VEREISTE VAN COÖRDINATIE VAN DE CONTROLES

Het in artikel 3 van de verordening vervatte voorschrift de controles te coördineren vloeit voort uit het proportionaliteitsbeginsel en houdt nauw verband met het aanvullende karakter van de controles van de Commissie ten opzichte van de bevoegdheden van de lidstaten (zie B.2.a hierboven). De Commissie moet er in elk individueel geval voor zorgen dat haar controles niet verder gaan dan hetgeen noodzakelijk is voor de correcte toepassing van het Gemeenschapsrecht (achtste overweging van de verordening). Indien de autoriteiten van de lidstaten om dezelfde redenen kort tevoren een controle hebben uitgevoerd, moet een nieuwe controle de mogelijkheid openen dat er nieuwe bewijsmiddelen en gegevens worden verkregen.

F. Vooruitzichten

In de toekomst zal bijzondere aandacht moeten worden besteed aan de resultaten van de controles en de wijze waarop daar gebruik van kan worden gemaakt, met name in het kader van daaropvolgende strafprocedures voor de rechterlijke instanties

84. Vergelijk ook art. 14, leden 4 en 5 van Verordening nr. 17/62 betreffende de mededinging.

85. Vergelijk in dit verband H.v.J., *Jurispr.*, I, 1990, 3365 – Zwartveld, en H.v.J., *Jurispr.*, II, 1996, 921 – Postbank.

van de lidstaten. Dit doel, dat aansluit bij het tweede protocol⁸⁶ bij de Overeenkomst aangaande de bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen effent de weg naar een Europees rechtsgebied⁸⁷, overeenkomstig het door de Raad goedgekeurde werkprogramma 1997/1998 van de Commissie op het gebied van de fraudebestrijding.⁸⁸

86. Door de Raad op 19 juni 1997 aangenomen; *PB* nr. C 221 van 19 juli 1997, 11.

87. Zie in dit verband de resolutie van het Europees Parlement, nr. B4-0457/97 van 12 juni 1997.

88. COM(97)199 def. van 6 mei 1997.