

HARMONISATIE VAN WETGEVING IN DE EG(1)(2)

door

Prof. Mr. P.J. SLOT(3) en Prof. Dr. G. STRAETMANS(4)

Deze bijdrage beoogt een dwarsdoorsnede te geven van het leerstuk dat gemakshalve ruim „harmonisatie van wetgeving in de EG” wordt genoemd: zowel materieelrechtelijke als institutionele knelpunten komen aan bod. Daarbij wordt naar harmonisatie gekeken als instrument ter verwezenlijking van de interne markt. Harmonisatie is een moeilijke evenwichtsoefening tussen lidstatelijke en communautaire bevoegdheden om de doelstellingen van het EG-Verdrag te realiseren. Het onderwerp wordt in samenhang met andere middelen van marktintegratie bestudeerd.

Het eerste hoofdstuk geeft voor een goed begrip een kort historisch overzicht van eerdere fases van harmonisatie. De bespreking begint bij de Europese Akte. Vervolgens komen de nieuwe aanpak van harmonisatie, gelanceerd door de Commissie in 1985, en de globale aanpak, die vanaf 1989 vorm kreeg, aan de orde.

In het tweede hoofdstuk komen algemene, horizontale, vraagstukken aan de orde. Naast de behandeling van het verschil van harmonisatie en unificatie, bespreken wij ook de belangrijke verhouding tussen de algemene verbodsbepalingen van het verdrag en de harmonisatiebepalingen, de verschillende methodes van harmonisatie, het toepassingsbereik van en de vrijwaringsclausules in richtlijnen.

In hoofdstuk III geven wij een analyse van de algemene rechtsgrondslagen voor harmonisatie van wetgeving, te weten de artikelen 94 en 95 EG-verdrag. Hierbij komen zowel de toepassingsvoorwaarden alsook de toepassingsproblemen aan bod.

In hoofdstuk IV komen de bijzondere rechtsgrondslagen voor harmonisatiemaatregelen aan bod. Hierbij staat de keuze voor de juiste rechtsgrondslag centraal. Vervolgens bespreken wij de verplichtingen samenhangend met de uitvoeringsverplichtingen voor de lidstaten aan de hand van de belangrijkste jurisprudentie van het Hof (hoofdstuk V). In het zesde deel wijzen wij op de toenemende problematiek van de globalisering van de economie en de gevolgen daarvan voor het harmonisatieproces, met name het spanningsveld rond de bevoegdheidsverdeling tussen de Commissie en de lidstaten. Het geheel wordt afgesloten met een conclusie.

(1) De auteurs danken Christa Tobler voor haar nuttige opmerkingen en aanvullingen en F.H. Simon en T. Boute, respectievelijk doctoraalscriptiestudent aan de Universiteit Leiden en wetenschappelijk medewerker aan de Universiteit Antwerpen, voor de voor onderhavige bijdrage noodzakelijke informatievergaring. De bijdrage werd eind maart 2003 afgesloten.

(2) Deze studie werd mede mogelijk gemaakt door het BOF, Bijzonder Onderzoeksfonds van de Universiteit Antwerpen.

(3) Universiteit Leiden, Directeur Europa Instituut.

(4) Universiteit Antwerpen.

INHOUD

INLEIDING (1-7)

- I. HARMONISATIE TOT NU (8-30)
 - A. Harmonisatie van wetgeving na de van kracht wording van de Europese Akte (12-21)
 - 1. Voltooiing interne markt (12-13)
 - 2. Milieu (14-15)
 - 3. Sociaal beleid (16-21)
 - B. De nieuwe aanpak en globale aanpak (22-30)
 - 1. Resolutie van 7 mei 1985 (23-26)
 - 2. Resolutie van 21 december 1989 (27-28)
 - 3. Richtlijn 83/189 (29-30)
- II. HARMONISATIE IN PRAKTIJK (31-110)
 - A. Harmonisatie versus unificatie (31-32)
 - B. De verhouding tussen de algemene verbodsbepalingen uit het Verdrag en de harmonisatiebepalingen (33-43)
 - C. Harmonisatiemethodes (44-83)
 - 1. Gemeenschappelijke bepaling van recht en beleid (46-47)
 - 2. Totale harmonisatie (48-56)
 - 3. Optionele harmonisatie (57-60)
 - 4. Partiële harmonisatie (61-63)
 - 5. Alternatieve harmonisatie (64-65)
 - 6. Minimumharmonisatie (66-71)
 - 7. Wederzijdse erkenning van nationale normen (72-77)
 - 8. Wederzijdse erkenning van controles (78-79)
 - 9. Kanttekeningen bij de methodes van harmonisatie (80-83)
 - D. Het toepassingsbereik van een richtlijn: uitputting versus harmonisatiemethodes (84-90)
 - E. Vrijwaringsclausules in richtlijnen en de toepassing ervan (91-96)
 - F. Welke nationale maatregelen zijn na harmonisatie nog toegestaan? (97-110)
 - 1. Algemene beginselen (97-102)
 - 2. Minimumharmonisatie (103-108)
 - 3. Besluit (109-110)
- III. ALGEMENE RECHTSGRONDSLAGEN VOOR HARMONISATIE: DE ARTIKELLEN 94 EN 95 EG (111-160)
 - A. Toepassingsvoorwaarden voor strengere maatregelen (116-138)
 - 1. Artikel 95, lid 4 (124-135)
 - 2. Artikel 95, lid 5 (136-138)
 - B. Toepassingsproblemen en particularia (139-160)
 - 1. Kennisgevingsplicht in de zin van artikel 95 EG (139-147)
 - 2. Toepassing van artikel 95 voor kennisgeving op grond van oud artikel 100 A, lid 4 (148-158)
 - 3. Samenloop tussen artikel 95, lid 4 of lid 5 én artikel 95, lid 10? (159-160)
- IV. DE KEUZE VAN RECHTSGRONDSLAG (161-193)
 - A. Milieu (168-169)
 - B. Sociale politiek (170)
 - C. Consumentenbescherming (171-173)

- D. Volksgezondheid (174-179)
- E. Artikel 65 (180-185)
- F. Tussenconclusies (186-193)
- V. JURISPRUDENTIE VAN HET HOF VAN JUSTITIE OVER DE VERPLICHTINGEN SAMENHANGEND MET DE UITVOERINGSVERPLICHTING (194-201)
- VI. GLOBALISERING EN HARMONISATIE (202-212)
- CONCLUSIE (213-216)
- BIJLAGE

Inleiding

1. Onderhavige overzichtsbijdrage beoogt een dwarsdoorsnede te geven van het leerstuk dat gemakshalve ruim „harmonisatie van wetgeving in de EG” wordt genoemd. Daarbij komen zowel materieelrechtelijke als institutionele knelpunten aan bod. Het ligt evenwel niet in de bedoeling om voor elk domein van het recht, zoals het sociale zekerheidsrecht of het milieurecht enz., de omvang en het niveau van harmonisatie met hun bijpassende particulariteiten te beschrijven. Op dat terrein zijn er voldoende monografieën(5).

2. Hierna wordt enkel naar harmonisatie gekeken als *instrument* ter verwezenlijking van de interne markt, met name als moeilijke evenwichtsoefening tussen lidstatelijke en communautaire bevoegdheden om de doelstellingen van het EG-Verdrag te realiseren. Wel wordt harmonisatie in al zijn aspecten en dus ook in samenhang met andere middelen van marktintegratie (m.n. de integratie op grond van de vrij verkeersrechtspraak) bestudeerd, voor zover de analyse van flankerende integratiemechanismen bijdraagt tot een goed begrip van de harmonisatietechniek. Artikel 3,1, (h) van het EG-Verdrag noemt harmonisatie van wetgeving immers als één van de instrumenten voor het bereiken van de doelstellingen ervan.

3. Volgens deze bepaling dient harmonisatie van wetgeving plaats te vinden in de mate waarin dat voor de werking van de gemeenschappelijke markt noodzakelijk is. Zoals hieronder zal blijken, wordt de noodzaak tot harmonisatie enerzijds bepaald door de omvang en het toepassingsbereik van de rechtstreeks werkende verboden van de artikelen 28, 39, 43, 49 en 56 EG-Verdrag(6) en anderzijds door de ontwikkeling van de marktintegratie. Harmonisatie bevordert uiteraard de marktintegratie. Daarnaast is het zo, dat naarmate de marktintegratie voortschrijdt, de noodzaak tot harmonisatie in het algemeen

(5) Zie o.m. inzake milieurecht, J.H. JANS, *European Environmental Law*, Deventer, Kluwer, 1995, H.G. SEVENSTER, *Milieubeleid en gemeenschapsrecht: het interne juridische kader en de praktijk*, Deventer, Kluwer, 1992 en H.G. VON MEIJENFELDT, H.G. SEVENSTER en J.W. DE ZWAAN, *Vereniging voor milieurecht*, Boom Juridische Uitgevers, 2000. Zie o.m. inzake sociale zekerheidsrecht D. PIETERS, *Social protection of the next generation in Europe*, The Hague, Kluwer Law International, 1997, D. PIETERS (ed.), *International impact upon social security*, London, Kluwer Law International, 1998 en F.W.M. KEUNEN, *Schets van het Europese sociaalzekerheidsrecht. Europese Coördinatierregels inzake sociale zekerheid*, Lelystad, Vermande, 2001.

(6) In het arrest in de gevoegde zaken H.v.J. 14 december 1995, nrs. C-163/94, C-165/94 en C-250/94, *Sanz de Lera*, *Jur. H.v.J.* 1995, I-4821, oordeelde het voltallige Hof dat artikel 56 (ex artikel 73B), lid 1, rechtstreekse werking heeft.

toeneemt. Eén en ander wordt geïllustreerd door het omvangrijke harmonisatieprogramma dat noodzakelijk werd geacht voor de voltooiing van de interne markt, zoals dat is neergelegd in het Witboek over de voltooiing van de interne markt(7).

4. Hoger werd aangestipt dat harmonisatie van wetgeving een instrument is dat op de verschillende in het Verdrag geregelde onderwerpen wordt toegepast. Het komt de auteurs voor dat een recente, integrale studie van voormeld leerstuk tot op heden in de literatuur ontbreekt. Omgekeerd kan het belang van een goed inzicht in het harmonisatiemechanisme, zowel voor de ontwikkeling en juiste toepassing van het nationale recht als voor de ontwikkeling van het Europese recht, niet overschat worden. Dit werd recent nog zowel door de Europese rechter, o.m. in het Tabaksreclamearrest(8), als door de Europese wetgever, met de amendering van artikel 95 EG (gewijzigd oud artikel 100 A) en toevoeging van artikel 65 EG (nieuwe rechtsgrondslag voor harmonisatie op het gebied van samenwerking in burgerlijke zaken) geïllustreerd.

5. Een goed begrip van het onderwerp veronderstelt een summier kennisname van eerdere fases van harmonisatie. Het eerste hoofdstuk geeft daarom een kort historisch overzicht. Wij beginnen met De Europese Akte als keerpunt in harmonisatiebeleid. In een tweede paragraaf wordt de nieuwe aanpak van de harmonisatie, gelanceerd door de Commissie in 1985, behandeld. Ook de globale aanpak, die vanaf 1989 vorm kreeg, wordt bondig toegelicht.

6. Alvorens de onderlinge verhouding van de verschillende rechtsbasissen voor harmonisatie te analyseren, komen in een tweede deel algemene, horizontale, vraagstukken aan de orde die voor de verschillende onderdelen relevant zijn. Onderdeel A, behandelt het verschil tussen harmonisatie en unificatie. Vervolgens wordt de verhouding tussen enerzijds de algemene verbodsbepalingen van het Verdrag, te weten de artikelen 28, 39, 43, 49 en 56, en anderzijds de artikelen 94, 95, 137, 175 en 308 besproken. De verschillende methodes van harmonisatie worden in onderdeel C beschreven. Onder D, wordt het vraagstuk van het toepassingsbereik van de richtlijnen die harmoni-

(7) COM(85)310def.

(8) Zie H.v.J. 5 oktober 2000, nr. C-376/98, Duitsland t. Europees Parlement en Raad van de Europese Unie, *Jur. H.v.J.* 2000, I-8419, hierna ook eerste Tabakszaak genoemd, en zie verder onder IV.

satie voorschrijven, behandeld. Vervolgens worden de belangrijkste beginselen van vrijwaringsclausules(9) in richtlijnen besproken.

7. Een derde deel geeft een analyse van de algemene rechtsbasis voor harmonisatie, artikel 95 EG. In het vierde deel wordt het probleem van de keuze van rechtsgrondslag uitgediept. Daarna volgt een samenvatting van de belangrijkste jurisprudentie van het Hof van Justitie over de lidstatelijke verplichtingen die samenhangen met de uitvoeringsverplichting. De band tussen globalisering en harmonisatie wordt tot slot kort aangestipt in het zesde deel. Het geheel wordt afgesloten met een conclusie.

I. Harmonisatie tot nu

8. Zoals bekend, fungeerde artikel 100 EG (summier gewijzigd met het Verdrag van Maastricht en thans artikel 94)(10) geruime tijd als enige algemene rechtsbasis voor harmonisatie met het oog op de realisatie van de interne markt. De Raad kon op grond van deze bepaling met eenparigheid van stemmen richtlijnen vaststellen voor de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten die rechtstreeks van invloed zijn op de instelling en de werking van de interne markt. Precies vanuit de doelstelling de interne markt te bewerkstelligen, zoals gedefinieerd in artikel 7 A (thans artikel 14) EG, bracht de Europese Akte wijzigingen op het terrein van de harmonisatie van wetgeving. Tot aan de Europese Akte was het beeld tamelijk helder, al slaagden de juristen er ook destijds al in de zaak te compliceren. Artikel 100 (thans 94) EG was het uitgangspunt voor harmonisatie van wetgeving. Op afzonderlijke onderdelen golden speciale bepalingen, zoals de artikelen 43 (thans artikel 37 inzake landbouw), 54, tweede lid sub g (thans artikel 44 inzake vrijheid van vestiging), en 99 (thans artikel 93 inzake

(9) Het begrip „vrijwaringsclausules” zal gebruikt worden om bepalingen van communautaire wetgeving, hetzij van primaire aard, zoals Verdragsbepalingen, hetzij van secundaire aard, zoals in richtlijnen, verordeningen of beschikkingen, aan te geven, die lidstaten toestaan tijdelijk af te wijken van de regels neergelegd in het Verdrag of de secundaire wetgeving. Het begrip „vrijwaringsmaatregelen” zal gebruikt worden om de daadwerkelijke maatregelen die genomen zijn op grond van zulke vrijwaringsclausules, te beschrijven.

(10) In tegenstelling tot de Europese Akte hebben de amenderingen van het Verdrag van Maastricht geen belangrijke wijzigingen van de bepalingen met betrekking tot harmonisatie gebracht. Met het Verdrag van Amsterdam zag de nieuwe harmonisatiebepaling, artikel 95 EG het licht en werd artikel 100, tot artikel 94 vernummerd. Zie over deze evolutie algemeen, S. KARAGIANNIS, „Harmonisation des réglementations nationales et la prise en compte des intérêts des états „avancés”. De l’acte unique européen au traité d’Amsterdam”, *R.B.D.I.-B.T.I.R.* 1998, 599-660.

indirecte belastingen). In geval van twijfel of verschil van mening (wat tot aan de Europese Akte voornamelijk beperkt bleef tot de keuze van rechtsgrondslag tussen de huidige artikelen 37 en 94 EG) werd de rechtsbasis gecombineerd. Artikel 235 (thans artikel 308) diende voor onvoorziene omstandigheden, voornamelijk met betrekking tot het milieu.

9. Als de Europese Akte iets gebracht heeft, is het wel een drietal zeer ingrijpende wijzigingen in de regels over harmonisatie van wetgeving. Ten eerste beoogde de opnemng van de artikelen 100A en 100B (thans artikel 95) de voltooiing van de interne markt aanmerkelijk te versnellen. Ten tweede was er de nieuwe milieutitel. Het daarin voorziene beleid moest in belangrijke mate door Gemeenschapswetgeving worden ingevuld. Ten derde bevatte artikel 118A (thans artikel 137) een bevoegdheid voor de Gemeenschap maatregelen te treffen op het gebied van sociale politiek. Onder A van dit deel krijgen ze afzonderlijk een korte toelichting waarin de evolutie ervan met inbegrip van de wijzigingen door het Verdrag van Nice wordt geschetst.

10. Om voorts het harmonisatieproces te bespoedigen, werkte de Commissie in 1985 een nieuwe aanpak uit voor technische harmonisatie en normalisatie. In 1989 werd ter aanvulling de zogenaamde globale aanpak gelanceerd. Onderdeel B is aan de nieuwe en globale aanpak gewijd.

11. Tenslotte werden in lijn met de Europese Akte ten behoeve van de uitbouw van de interne markt, met het Verdrag van Maastricht verschillende nieuwe titels met dito rechtsgrondslagen toegevoegd, waarvan in deze bijdrage de titel inzake consumentenbescherming (thans artikel 153 EG) en volksgezondheid (thans artikel 152 EG) aandacht zullen krijgen. Zij kunnen immers vanuit verschillende gezichtspunten in conflict komen met de algemene rechtsbasis voor harmonisatie, te weten artikel 95 EG(11). Het Verdrag van Amsterdam voerde slechts summiere wijzigingen door aan deze titels terwijl het Verdrag van Nice de bedoelde bepalingen niet amendeert. Wel werd door het Verdrag van Amsterdam een belangrijke nieuwe rechtsgrondslag, met name artikel 65(12), in het EG-Verdrag opgenomen en werd artikel 95 aanmerkelijk gewijzigd. In het Verdrag van Nice werden substantiële

(11) Zie hierover meer onder IV.

(12) Zie hierover meer onder IV.

wijzigingen aan artikel 133 EG inzake gemeenschappelijke handels-politiek(13) doorgevoerd.

A. HARMONISATIE VAN WETGEVING NA DE VAN KRACHT WORDING VAN DE EUROPESE AKTE

1. *Voltooiing interne markt*

12. De artikelen 100A en 100B (thans artikel 95) moeten worden gezien in de context van de doelstellingen van het Witboek over de voltooiing van de interne markt(14). Artikel 100 EEG veroorzaakte door het unanimitetsvereiste vaak een impasse die precies met voor-melde nieuwe bepalingen doorbroken moest worden om zo de vol-tooiing van de interne markt te bespoedigen. Dit wordt gerealiseerd door, in plaats van unanimitet, besluitvorming met gekwalificeerde meerderheid voor te schrijven. Voor deze belangrijke stap is een aantal compromissen nodig geweest. De fiscale bepalingen, het vrij verkeer van personen en de rechten en belangen van werknemers werden uitgezonderd van besluitvorming bij gekwalificeerde meerderheid. De inspraak van het Europees Parlement werd geregeld met de co-decisie procedure (artikel 189 B, thans artikel 251 EG)(15). In vergelijking met artikel 100 EEG is verder van belang dat nu niet alleen richtlijnen maar ook andere vormen van rechtsinstrumenten, waaronder uiteraard verordeningen, gebruikt kunnen worden.

13. De belangrijkste veer die de voorstanders van integratie hebben moeten laten, was de invoeging van de bijzondere ontsnappingsclau-sule (oorspronkelijk artikel 100A, lid 4; thans artikel 95, leden 4 en 5). De artikelen 100A en 100B werden met het Verdrag van Amsterdam op hun beurt vervangen door artikel 95 EG dat in een gewijzigde regeling voorziet(16) en waaraan deel III is gewijd.

(13) Zie hierover verder onder VI.

(14) COM(85)310def.

(15) Artikel 100 voorziet alleen maar in raadpleging van het Europees Parlement.

(16) Zie hierover R. BARENTS, *Het Verdrag van Amsterdam in werking* in de reeks *Europese monografieën*, Deventer, Kluwer, 1999, 157-175. Zie voorts beknopt, K. LENAERTS, P. VAN NUFFEL, *Europees recht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 1999, 273-280.

2. Milieu

14. De tweede belangrijke aanvulling van de Europese Akte vormt de titel over het milieu. Deze titel is geamendeerd en aangevuld door het Verdrag van Maastricht. De nieuwe bepalingen over milieubescherming omvatten nu een samenhangend geheel van regels waarmee de Gemeenschap, in beginsel, de benodigde instrumenten heeft voor de ontwikkeling van een volwaardig milieubeleid(17). Deze nieuwe milieutitel maakte de noodzaak van het gebruik van artikel 308 EG als rechtsbasis voor het milieubeleid om praktische redenen overbodig. De titel omvat thans drie artikelen. Artikel 174 EG kan beschouwd worden als basisartikel. Hierin worden de doelstellingen voor het milieubeleid geformuleerd. Het tweede lid geeft aan dat het optreden van de Gemeenschap op het voorzorgsbeginsel, preventief handelen, bestrijding van milieuaantastingen bij voorrang aan de bron en het beginsel dat de vervuiler betaalt, berust. Deze beginselen werden intussen onder meer door de rechtspraak meermaals bevestigd(18). Artikel 174, lid 2, bepaalt bovendien dat de Gemeenschap in haar milieubeleid naar een hoog niveau van bescherming streeft. Voorts is van groot belang dat ingevolge artikel 6 EG de Gemeenschap de eisen integreert ter zake van milieubescherming in het bepalen en uitvoeren van het Gemeenschapsbeleid op andere gebieden inzonderheid met het oog op duurzame ontwikkeling. Artikel 175 bepaalt dat de Raad volgens de co-decisie procedure van artikel 251 de activiteiten vaststelt, die de Gemeenschap moet ondernemen om de doelstellingen van artikel 174 te verwezenlijken. Het tweede lid geeft een aantal onderwerpen waarover de Raad met eenparigheid van stemmen maatregelen vaststelt. Met het Verdrag van Nice(19) wordt lid 2 als volgt vervangen. De Raad neemt op voorstel van de Commissie en na raadpleging van het Europees Parlement, het Economische en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's met eenparigheid van stemmen een besluit over de bepalingen van in hoofdzaak

(17) Zie R. LANE, „New Community Competences under the Maastricht Treaty”, *CMLRev.* 1993, 967 e.v. Zie ook L.J. KRÄMER, „Environmental Protection and Article 30 EEC Treaty”, *CMLRev.* 1994, 111 e.v.

(18) Zo werd in de zaak Commissie t. België het beginsel van bestrijding bij de bron bevestigd, zie H.v.J. 9 juli 1992, nr. C-2/90, Commissie t. België, *Jur. H.v.J.* 1992, I-4431. In deel III worden voorts een aantal beschikkingen op grond van artikel 95, lid 4 en lid 5 besproken die het voorzorgsbeginsel toepassen.

(19) Het Verdrag van Nice werd op 26 februari 2001 ondertekend en trad op 1 februari 2003 in werking. Dit gebeurde zodra de 15 lidstaten het volgens hun respectieve constitutionele procedures hadden geratificeerd, en meer precies op de eerste dag van de tweede maand na de neerlegging van de akte van bekrachtiging door de ondertekenende staat die als laatste die handeling verricht.

fiscale aard, de maatregelen die van invloed zijn op ruimtelijke ordening, het kwantitatieve waterbeheer, de bodembestemming met uitzondering van het afvalbeheer, én de maatregelen die van aanzienlijke invloed zijn op de keuze van een lidstaat tussen verschillende energiebronnen en de algemene structuur van zijn energievoorziening. De Raad kan wel de besluitvorming met gekwalificeerde meerderheid van stemmen tot een of meerdere van voormelde aangelegenheden uitbreiden.

15. Tenslotte moet hier artikel 176 worden vermeld. Dit artikel geeft lidstaten de mogelijkheid strengere nationale beschermingsmaatregelen te handhaven of te treffen. Oorspronkelijk, voor de amendering door het Verdrag van Maastricht, bevatte deze bepaling niet de voorwaarde dat die maatregelen ter kennis van de Commissie moesten worden gebracht. De formulering van artikel 176 na het Verdrag van Maastricht is nog steeds minder expliciet dan die van artikel 95(20). Er is geen bepaling die aangeeft dat de Commissie de betrokken maatregelen zal bevestigen. De vraag kan worden gesteld of dit een omissie is, of een bewuste keuze. Het systeem van artikel 175 en 176 is anders dan dat van artikel 95. Het laatste artikel gaat uit van de uniforme toepassing van het Gemeenschapsrecht. Afwijkingen zijn in het licht van de noodzakelijke eenheid van de markt de uitzondering. Bij de artikelen 175 en 176 is het uitgangspunt dat verdergaande maatregelen zijn toegestaan; zij dienen het milieubelang. De vraag is of dit moet leiden tot een andere rol van de Commissie(21). Wel dient de Commissie bij beide afwijkingsmogelijkheden na te gaan of de nationale maatregelen geen willekeurige discriminatie of verkapte handelsbelemmering zijn. De mogelijkheid van artikel 176 is onderworpen aan de eis dat zulke nationale maatregelen in overeenstemming met het EG-Verdrag moeten zijn. Hoewel de formulering van artikel 176 verschilt van die van artikel 95, lijkt het doel gelijk te zijn. Evenals de afwijkingsmogelijkheid van artikel 95, leden 4 en 5, veronderstelt artikel 176 dat er een communautair instrument bestaat, dat hetzelfde doel beoogt als de voorgestelde nationale regeling. De verenigbaarheid van de nationale regeling met het Verdrag zal daarom beoordeeld moeten worden aan de hand van de betrokken EG-rege-

(20) Vergelijk hierna met de Richtlijn 83/189/EEG, *Pb. L.* 28 maart 1983, afl. 109, 8; zie I, B hieronder.

(21) Zie hierover meer in Hoofdstukken III en IV. Vgl. met de boekbeschuwing door C.W.A. TIMMERMANS, „H.G. SEVENSTER, Milieubeleid en gemeenschapsrecht. Het interne juridische kader en de praktijk”, *R.M.T.* 1995, 286.

ling. Met andere woorden, de vraag moet gesteld worden of de nationale regeling noodzakelijk is, gezien het beschermingsniveau gegeven door de EG-regelingen, en of het effect op de handel tussen de lidstaten door de beoogde aanvullende bescherming proportioneel is tot de nagestreefde doelen.

3. Sociaal beleid

16. De derde aanvulling van de Europese Akte betreft de bepalingen van de artikelen 118A en B over de sociale politiek. Deze artikelen zijn met het Verdrag van Amsterdam vernummerd tot de artikelen 136 tot 139. Zij vormen het referentiekader voor de sociale politiek. In het Verdrag van Amsterdam is het sociale beleid sterk uitgebreid doordat het sociale Protocol uit het Verdrag van Maastricht in het EG-Verdrag werd geïncorporeerd. Hiertoe werd het Protocol nr. 14 van het Verdrag van Maastricht ingetrokken en werden de bepalingen van het Protocol opgenomen in de bestaande verdragstitel in de artikelen 136-145. Voorts werd de inhoud van deze bepalingen vooral gericht op de sociale grondrechten(22). Op basis van deze regels zijn de richtlijnen over ouderschapsverlof(23), deeltijdwerk(24) en de bewijslast betreffende seksdiscriminatie(25) aangenomen.

17. Artikel 137, lid 1 voorziet in de mogelijkheid om maatregelen te treffen die o.m. gericht zijn op de verbetering van met name het werkmilieu, ten einde de veiligheid en de gezondheid van werknemers te beschermen, de arbeidsvoorwaarden, de gelijke kansen van mannen en vrouwen op de arbeidsmarkt en de integratie van personen die van die markt zijn uitgesloten. Ter ondersteuning en aanvulling van het optreden van de lidstaten stelt de Raad volgens de medebeslissingsprocedure en na de eis van raadpleging van het Economisch en sociaal Comité en het Comité van de regio's te dien einde richtlijnen met minimumvoorschriften vast. In bepaalde aangelegenheden, zoals de sociale zekerheid en sociale bescherming van werknemers, de bescherming van werknemers bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst en de vertegenwoordiging en collectieve verdediging van de

(22) Zie R. BARENTS, *Het Verdrag van Amsterdam in werking* in de reeks *Europese monografieën*, Deventer, Kluwer, 1999, 193 e.v.

(23) Richtlijn 97/75/EG, *Pb. L.* 16 januari 1998, afl. 10, 8.

(24) Richtlijn 98/23/EG, *Pb. L.* 5 mei 1998, afl. 131, 10.

(25) Richtlijn 98/52/EG, *Pb. L.* 22 juli 1998, afl. 205, 66.

belangen van werknemers en werkgevers, besluit de Raad met eenparigheid van stemmen(26). Artikel 137, lid 5 bevat een ontsnapingsclausule die het lidstaten mogelijk maakt om, in geval van harmonisatie maatregelen met een hogere graad van bescherming te handhaven of in te voeren, op voorwaarde dat ze met het Verdrag verenigbaar zijn. Wat hoger werd gesteld met betrekking tot artikel 176 geldt hier *mutatis mutandis*. Opgemerkt moet worden dat artikel 137, lid 5 niet in een toezichtmechanisme van de Commissie voorziet. De eis dat de maatregelen op dit terrein minimumvoorschriften geven, is daar niet vreemd aan. Men kan zich meer algemeen vragen stellen bij de noodzaak in het Verdrag een afwijkingsmogelijkheid te voorzien voor de gebieden waarvoor artikel 137, lid 2 richtlijnen met minimumvoorschriften voorschrijft. Artikel 139, lid 1, stelt tenslotte dat de Commissie zich beijvert de dialoog tussen de sociale partners op Europees niveau verder te ontwikkelen(27). Het tweede lid van dit artikel maakt het mogelijk dat door sociale partners op gemeenschapsniveau gesloten overeenkomsten door een besluit van de Raad worden bekrachtigd. Dergelijke besluiten moeten door de Commissie worden voorgesteld(28). Er zijn inmiddels een tweetal van dit soort besluiten door de Raad bekrachtigd(29).

(26) Zie artikel 137, lid 3.

(27) Zie o.m. het Besluit van de Commissie van 20 mei 1998 betreffende de oprichting van Comit es voor de sectoriële dialoog tussen de sociale partners op Europees niveau, *Pb. L.* 12 augustus 1998, afl. 225, 27 en de Mededeling van de Commissie van 26 juni 2002: De Europese sociale dialoog, een kracht voor modernisering en verandering met een Voorstel voor een Besluit van de Raad tot instelling van een tripartiete sociale top voor groei en werkgelegenheid, COM(2002)341def.

(28) In haar Mededeling vereenvoudiging en verbetering van de regelgeving, Brussel, 5 december 2001, COM(2001)726def., acht de Commissie de „mederegulering”, waarbij bindende wet- en regelgeving gepaard gaan met maatregelen zijdens de actoren die het sterkst bij de maatregelen betrokken zijn, een geschikt mechanisme om de beoogde soepelheid en grotere effectiviteit van communautaire wetgeving te realiseren (zie punt 2.B van de Mededeling).

(29) Het betreft enerzijds richtlijnen aangenomen over raamovereenkomsten gesloten tussen Europese werkgeversorganisaties over ouderschapsverlof en deeltijdarbeid, met name Richtlijn 96/34/EG, *Pb. L.* 16 juni 1996, afl. 145, 4 en Richtlijn 97/81/EG, *Pb. L.* 20 januari 1998, afl. 14, 9, over arbeidsovereenkomsten van tijdelijke duur en de werktijd van zeevarenden, met name Richtlijn 99/70/EG, *Pb. L.* 10 juli 1999, afl. 175, 43 en Richtlijn 99/63/EG, *Pb. L.* 2 juli 1999, afl. 67, 33 en anderzijds Richtlijn 97/80/EG over de bewijslast in gevallen van discriminatie op grond van geslacht, *Pb. L.* 20 juli 1998, afl. 14, 6. Vermeldenswaard is dat de status van de sociale partners in het totstandkomingsproces van Richtlijn 96/34/EG alsook hun representativiteit aan de orde werd gesteld in zaak T-135/96, 17 juni 1998, UEAPME, *Jur. H.v.J.* 1998, II-2335.

Het Voorstel voor een richtlijn van de Raad inzake de Europese overeenkomst betreffende de organisatie van de arbeidstijd van mobiel personeel in de burgerluchtvaart gesloten door de Association of European Airlines (AEA), de European Transport Workers Association (ETF), de European Cockpit Association (ECA), de European Regions Airline Association (ERA) en de International Air Carrier Association (AICA), Brussel, COM(2000)382def., *Pb. C.* 28 november 2000, afl. 337E, 149, wacht op bekrachtiging.

18. Vervolgens kunnen op grond van artikel 141, lid 3, maatregelen worden uitgevaardigd om de toepassing te waarborgen van het beginsel van gelijke kansen en gelijke beloning. Tenslotte is wetgeving op dit terrein ook mogelijk op basis van artikel 13. De juiste verhouding tussen deze verschillende rechtsbases is niet altijd geheel duidelijk(30).

19. Met het Verdrag van Nice wordt artikel 137 EG opnieuw aanzienlijk gewijzigd. Volgens het nieuwe lid 2, onder a) van artikel 137 EG kan de Raad in alle aangelegenheden van sociale politiek, deels hoger geciteerd, maatregelen nemen die erop gericht zijn de samenwerking tussen de lidstaten aan te moedigen, met uitsluiting van harmonisatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten. Met uitzondering van de bestrijding van sociale uitsluiting en de modernisering van de stelsels voor sociale bescherming, stelt de Raad in alle overige gebieden van sociale politiek, dus met inbegrip van o.m. de sociale zekerheid en de sociale bescherming van de werknemers of nog de bescherming van de werknemers bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst, door middel van richtlijnen *minimumvoorschriften* vast die geleidelijk van toepassing zullen worden, met inachtneming van de in elk van de lidstaten bestaande omstandigheden en technische voorschriften(31). In beginsel geldt de medebeslissingsprocedure en besluitvorming met gekwalificeerde meerderheid van stemmen. De Raad besluit evenwel op voorstel van de Commissie en na raadpleging van het Europees Parlement, het Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, met eenparigheid van stemmen in aangelegenheden als: de sociale zekerheid en sociale bescherming van de werknemers, de bescherming van werknemers bij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst, de vertegenwoordiging en collectieve verdediging van de belangen van

(30) Zie hierover: C. TOBLER, „Sex equality law under the Treaty of Amsterdam”, *European Journal of Law Reform* 2000, 135-153.

(31) Zie artikel b) van artikel 137, lid 2 EG, partim. Het gaat daarbij om een minimum dat communautair als zodanig wordt vastgesteld en niet om een minimum dat voor alle lidstaten aanvaardbaar zou moeten zijn: zie in die zin, H.v.J. 12 november 1996, nr. C-84/94, Verenigd Koninkrijk t. Raad, *Jur. H.v.J.* 1996, I-5755. Minimumharmonisatie staat dus niet gelijk aan de laagste graad van bescherming die door de lidstaten is vastgesteld of de kleinste gemene deler, maar verwijst gewoon naar de mogelijkheid dat lidstaten strengere maatregelen mogen nemen, hoe hoog de gemeenschapsnorm ook moge zijn; zie hierover P.J. SLOT, „Harmonisation of Laws”, *E.L.Rev.* 1996, 385 en zie ook R. VAN OOI, *De keuze van de rechtsgrondslag voor besluiten van de Europese Unie*, Deventer, Kluwer, 1999, 304.

werknemers en werkgevers, met inbegrip van de medezeggenschap, én de werkgelegenheidsvoorwaarden voor onderdanen van derde landen die op wettige wijze op het grondgebied van de Gemeenschap verblijven(32). De Raad kan wel op voorstel van de Commissie en na raadpleging van het Europees Parlement besluiten de medebeslisingsprocedure uit artikel 251 EG eveneens toe te passen in alle voormelde gebieden, met uitzondering van de sociale zekerheid en de sociale bescherming van de werknemers. Over deze laatste onderwerpen moet met eenparigheid van stemmen na raadpleging van het Europees Parlement worden beslist.

20. Het nieuwe artikel 137, lid 4 EG voorziet voorts in een nieuwe vrijwaringsclausule. Parallel aan de voormelde vrijwaringsclausule van artikel 137, lid 5 EG, belet de harmonisatie op grond van deze titel de lidstaten niet maatregelen van een hogere graad van bescherming te handhaven of in te voeren op voorwaarde dat ze met het Verdrag verenigbaar zijn. Bij deze bepaling kunnen dezelfde vraagtekens worden geplaatst als hiervoor bij artikel 137, lid 5 EG, over het samengaan van minimumvoorschriften en een vrijwaringsclausule. Wel voegt artikel 137, lid 4 EG, een nieuwe vrijwaringsgrond toe. De harmonisatie die op grond van artikel 137 EG wordt vastgesteld, laat het recht van de lidstaten de fundamentele beginselen van hun sociale zekerheidsstelsel vast te stellen onverlet. De harmonisatierichtlijnen mogen voorts geen aanmerkelijke gevolgen hebben voor het financiële evenwicht van het sociale zekerheidsstelsel. Daarmee wordt het in vaststaande rechtspraak geconsacreerde beginsel dat elke lidstaat vrij is zijn sociale zekerheidsstelsel in te richten uitdrukkelijk bevestigd. Harmonisatie kan geen afbreuk doen aan nationaal gekleurde fundamentele beginselen, al zullen die vanzelfsprekend in overeenstemming met het Verdrag moeten zijn. De bepaling geeft nadrukkelijk uitdrukking aan het subsidiariteitsbeginsel en het politiek gevoelige karakter van deze sector. Het leidt onmiskenbaar tot een verscherpte motiveringsplicht bij harmonisatie-initiatieven. Ook de referentie aan het financiële evenwicht stamt uit de rechtspraak. In meerdere arresten heeft het Hof immers erkend dat lidstaten bepaalde niet-discriminerende beperkingen aan het vrij verkeer op grond van

(32) Zie artikel 137, lid 2, onder b), laatste alinea.

het financiële evenwicht van het sociale zekerheidsstelsel kunnen rechtvaardigen(33). Dergelijke beperkingen zijn evenwel slechts verenigbaar met het Verdrag wanneer ze noodzakelijk en proportioneel zijn ten aanzien van de beoogde doelstelling. Wellicht moet de verwijzing naar aanmerkelijke gevolgen op het financiële evenwicht in die zin begrepen worden. Gelet op het bijzonder gevoelige karakter van de betrokken sector staat het ook niet aan de Europese wetgever om middels harmonisatierichtlijnen minimumvoorschriften vast te stellen die het financiële evenwicht aanmerkelijk beïnvloeden. Of hieruit omgekeerd een versoepeling van de rechtspraak mag worden afgeleid in die zin dat reeds een aanmerkelijk gevolg op het financiële evenwicht de proportionaliteit van de restrictie aan vrij verkeer rechtvaardigt, zal het Hof van Justitie moeten uitmaken(34).

21. Het Verdrag van Nice voert tenslotte een aantal wijzigingen door in artikel 139, lid 2 EG, die evenwel het karakter van de betrokken bepaling niet beïnvloeden.

B. DE NIEUWE AANPAK EN GLOBALE AANPAK(35)

22. De Commissie vaardigde in 1985 een mededeling uit over technische harmonisatie en normalisatie(36). Zij was tot de conclusie gekomen dat de technische harmonisatie onvoldoende voortgang

(33) Zie o.m. H.v.J. 28 april 1998, nrs. C-120/95, Decker, en C-158/96, Kohll, *Jur. H.v.J.* 1998, I-1871 en I-1935 en H.v.J. 12 juli 2001, nr. C-157/99, Smits en Peerbooms, *Jur. H.v.J.* 2001, I-5473, waarin het Hof telkens refereert aan een *ernstige aantasting* van het financieel evenwicht van het sociale zekerheidssysteem.

(34) In de aanhangige zaak nr. C-385/99, V.G. Müller-Fauré t. Onderlinge Waarborgmaatschappij Z.A.O. Zorgverzekeringen U.A. en E.E.M. van Riet t. Onderlinge Waarborgmaatschappij Z.A.O. Zorgverzekeringen, krijgt het Hof een nieuwe kans om de criteria te verfijnen. Alvast Advocaat-Generaal Ruiz-Jarabo Colomer suggereert het Hof in zijn Conclusie van 22 oktober 2002 in deze zaak (nog niet gepubliceerd), het begrip „ernstige aantasting van het financiële evenwicht” flexibel te hanteren, met name als een reële uitzonderingsmogelijkheid voor de betrokken lidstaat, aangezien de lidstaten nooit de intentie hebben gehad hun wetgevingen op dat gebied te harmoniseren. Vanuit dat oogpunt wordt ook een soepele proportionaliteitstoets vooropgesteld.

(35) Zie over dit onderwerp J. PELKMANS, *Market integration in the European Community*, The Hague, Nijhoff, 1984, 322, dezelfde, *Completing the internal market for industrial products*, European Commission Document, 1986, 81, P. ROBSON en J. PELKMANS, „Making the Common Market work”, *Journal of Common Market Studies* 1987, 181-269 en J. PELKMANS, *European integration: methods and economic analysis*, Pearson Harlow, 2001, 419.

(36) COM(85)19def. van 7 februari 1985.

boekte(37). Voorts stelde de Commissie vast dat, gezien de tekortkomingen in het harmonisatieproces, de opheffing van technische handelsbelemmeringen nog grotendeels gebaseerd werd op artikel 28, en dat de rechtspraak over artikel 28 steeds meer in de richting van een wederzijdse aanvaarding van de relevante productnormen van de producerende lidstaat was geëvolueerd. Om het proces van opheffen van technische belemmeringen te versnellen stelde de Commissie voor normen aan te wijzen die een vermoeden van gelijkwaardigheid zouden opleveren. Hierdoor kon het beginsel van wederzijdse erkenning zijn werk doen en konden de voorwaarden worden bepaald waaronder de bewijslast kon worden omgekeerd.

1. Resolutie van 7 mei 1985

23. Een en ander resulteerde in een Resolutie van de Raad van 7 mei 1985(38). In bijlage II worden de richtsnoeren voor de nieuwe aanpak gegeven.

„De nieuwe aanpak berust op de volgende vier fundamentele beginselen:

- de harmonisatie van de wetgevingen is beperkt tot de aanneming, door middel van op artikel 94 van het EG-Verdrag gebaseerde richtlijnen, van de belangrijkste veiligheidsvoorschriften (of andere voorschriften van algemeen belang) waaraan de op de markt ge-

(37) De Commissie stelde vast dat:

- „– de resultaten op bepaalde industriële terreinen onaanzienlijk blijven, tegenover het veelvoud van technische voorschriften en normen in elk land;
- zelfs indien richtlijnen zijn vastgesteld, regelen zij al te vaak slechts bepaalde aspecten, terwijl andere aspecten een hindernis blijven vormen voor het bestaan van een werkelijke interne markt;
- de technologie ontwikkelt zich thans te snel om te kunnen verwachten dat de harmonisatieprocedures en besluitvormingsprocedures van de Raad ooit in staat zullen zijn een doelstelling te bereiken die in plaats van naderbij te komen zich steeds verder schijnt te zullen verwijderen;
- met deze procedures is inmiddels zo veel tijd gemoeid dat zulks alle geloofwaardigheid ontnemt aan het beleid dat gebaseerd blijft op richtlijnen die uit bepaalde oogpunten duidelijk verouderd lijken;
- de over het algemeen gevolgde methode van optionele harmonisatie blijkt, hoewel zij enerzijds het voordeel heeft gehad het nastreven van een compromis in de Raad te vergemakkelijken, anderzijds dikwijls ontoereikend voor de verwezenlijking van een werkelijk interne markt waarvan de voordelen aan alle categorieën van het economische leven: bedrijfsleven, werknemers, gebruikers en consumenten, ten goede moeten komen;
- tenslotte moet de bron van de meeste van deze moeilijkheden zeer waarschijnlijk worden gezocht in een slechte taakverdeling tussen de overheden enerzijds en de normalisatieorganismen anderzijds, waarvan de eerstgenoemde zich al te vaak bevoegdheden toeëigenen op het gebied van een gedetailleerde afbakening van de technische specificaties van producten die uit de aard der zaak meer toekomen aan de anderen.”

(38) *Pb. C.* 4 juni 1985, afl. 136, 1.

brachte producten moeten voldoen om in de Gemeenschap in het vrije verkeer te kunnen worden gebracht;

- het is de taak van de op het gebied van de industriële normalisatie bevoegde organen om, rekening houdende met de stand van de techniek, de technische specificaties op te stellen die het bedrijfsleven nodig heeft om producten te vervaardigen en op de markt te brengen die aan de in de richtlijnen vastgestelde fundamentele voorschriften voldoen;
- deze technische specificaties zijn niet bindend en behouden hun karakter van facultatieve normen;
- maar tegelijkertijd is de overheid verplicht aan de conform de geharmoniseerde normen (of voorlopig conform nationale normen) vervaardigde producten het vermoeden te verbinden dat deze producten voldoen aan de „fundamentele voorschriften” die in de richtlijn werden vastgesteld (hetgeen betekent dat het de producent vrijstaat niet conform de normen te produceren maar dat hij in dat geval zelf het bewijs moet leveren dat zijn producten voldoen aan de fundamentele voorschriften van de richtlijn).

Opdat dit systeem kan functioneren moeten de volgende voorwaarden zijn vervuld:

- enerzijds moeten de normen kwaliteitsgaranties bieden ten aanzien van de in de richtlijn vastgestelde „fundamentele voorschriften”;
- anderzijds moet de overheid volledig verantwoordelijk blijven voor de bescherming van de veiligheid (of voor het doen naleven van andere voorschriften) op zijn grondgebied”.

24. De kwaliteit van de geharmoniseerde normen moet worden gewaarborgd door normalisatieopdrachten die door de Commissie worden verstrekt en waarvan de uitvoering in overeenstemming moet zijn met de algemene richtsnoeren waarover overeenstemming is bereikt tussen de Commissie en de Europese normalisatieorganisaties⁽³⁹⁾. De kwaliteit van de nationale normen moet worden geverifieerd door middel van een procedure op communautair niveau onder leiding van de Commissie, bijgestaan door een permanent comité van beleidsfunctionarissen uit nationale overheidsinstanties. Ook moet worden voorzien in vrijwaringsprocedures, teneinde de bevoegde overheids-

(39) Zie, als voorbeeld, de privaatrechtelijke normalisatie-instituten en -organisaties, CEN (Comité Européen de Normalisation), CENELEC (Comité Européen de Normalisation Electrotechnique), ETSI (Europees Instituut voor Telecommunicatienormen) en ISO (International Organization for Standardization).

instanties de mogelijkheid te geven de overeenstemming van een product, de geldigheid van een certificaat of de kwaliteit van een norm te betwisten.

25. Door dit stelsel van legislatieve harmonisatie toe te passen op elk gebied waarop dit mogelijk zal zijn, hoopt de Commissie de proliferatie van specifieke, uiterst technische richtlijnen voor elk product te kunnen stopzetten. Het toepassingsgebied van de richtlijnen, aangegeven door de algemene verwijzing naar de normen, was bedoeld om grote categorieën producten en soorten risico's te omvatten. De Gemeenschap kon aldus enerzijds de uiterst ingewikkelde werkzaamheden ter harmonisatie van wetgevingen op technisch gebied voltooien en anderzijds de ontwikkeling en toepassing bevorderen van Europese normen, die essentiële factoren zijn voor de verbetering van het concurrentievermogen van de Europese industrie.

26. De resolutie geeft voorts een schema met de voornaamste beginselen en elementen die in de overwegingen van richtlijnen zouden moeten worden opgenomen. De laatste paragraaf van de resolutie bevat criteria aan de hand waarvan vastgesteld wordt welke onderwerpen als eerste in aanmerking komen voor de toepassing van de nieuwe aanpak(40). Tot dusverre zijn er vierendertig richtlijnen vastgesteld volgens de nieuwe aanpak(41).

2. Resolutie van 21 december 1989

27. Voormelde Resolutie werd aangevuld door de Resolutie van de Raad van 21 december 1989 betreffende een globale aanpak op het gebied van de conformiteitbeoordeling(42) alsook door het Besluit 93/465 van de Raad betreffende de modules voor de verschillende

(40) In wezen betreft het sectoren die kampen met technische belemmeringen, die niet op basis van een wederzijdse gelijkwaardigheidserkenning door de lidstaten kunnen uitgeschakeld worden. Precies dan wordt het communautaire wetgevingsproces ingeschakeld, de harmonisatie volgens de nieuwe aanpak, op grond waarvan de fundamentele eisen inzake veiligheid moeten worden geformuleerd en andere aspecten die van belang zijn voor het algemeen welzijn, zonder dat de bestaande niveaus van bescherming in de lidstaten worden verlaagd. Zie de referentie hieraan in H.v.J. 10 februari 1998, nr. C-263/95, Duitsland t. Commissie, *Jur. H.v.J.* 1998, I-467 met betrekking tot de hierna vermelde Richtlijn 89/106/EEG, *Pb. L.* 11 februari 1989, afl. 40, 12.

(41) Een lijst van deze richtlijnen werd als bijlage toegevoegd aan de tekst. Zie alvast voor een bespreking van de nieuwe aanpak: S. FARR, *Harmonization of technical standards*, 1992, 2e druk 1996.

(42) *Pb. C.* 16 januari 1990, afl. 10, 1.

fasen van de overeenstemmingsbeoordelingsprocedures en de voorschriften inzake het aanbrengen en het gebruik van de CE-markering van overeenstemming(43). Zij beogen o.m. een globale, samenhangende aanpak tot stand te brengen door de opstelling van modules voor de verschillende fasen van de conformiteitsbeoordelingsprocedures en van de criteria voor het gebruik hiervan, de aanwijzing van de instanties die bij deze procedures moeten optreden, en voor het gebruik van het CE-merkteken. Deze modules moeten aangewend worden in richtlijnen voor technische harmonisatie, waarvan de naleving resulteert in een CE-markering. Het CE-merkteken symboliseert dat een product overeenstemt met de beschermingsniveaus uit alle richtlijnen met betrekking tot het product en de betrokken fabrikant zich derhalve heeft onderworpen aan alle door het Gemeenschapsrecht vastgestelde beoordelingsprocedures. Lidstaten erkennen dan op hun beurt dat een CE-gemarkeerd product beantwoordt aan de eigen nationale wetgeving. Op elk industrieproduct dat onder de op de nieuwe en globale aanpak gebaseerde harmonisatierichtlijnen valt, moet de CE-markering worden aangebracht, tenzij de bijzondere richtlijnen in een uitzondering voorzien(44). Ook andere richtlijnen die in totale harmonisatie(45) voorzien en de algemene richtsnoeren inzake conformiteitsbeoordeling uit Besluit 93/465 toepassen, kunnen een CE-markering voorschrijven. Op grond van de globale aanpak alleen werden slechts een drietal richtlijnen uitgevaardigd(46).

28. Op 31 december 2001 startte het Directoraat-generaal voor Industrie een consultatieronde op aan de hand van een werkdocument over de herziening van de „nieuwe aanpak” en de efficiëntie van de erin toegepaste harmonisatietechniek in het licht van het wel functioneren van de interne markt(47). De Commissie draagt in voormeld

(43) *Pb. L.* 30 augustus 1998, afl. 220, 23.

(44) Zo voorzien de meeste van voormelde „nieuwe aanpak”-richtlijnen in een CE-markering, met uitzondering van Richtlijn 94/62, Richtlijn 96/48, Richtlijn 96/98 en Richtlijn 2001/16, hoger geciteerd, die alle zowel op de beginselen van de nieuwe als de globale aanpak zijn gebaseerd.

(45) Zie over deze harmonisatiemethode, *infra* II. C.

(46) Richtlijn 99/36/EG, *Pb. L.* 1 juni 1999, afl. 138, 20, gewijzigd door Richtlijn 2001/107/EG, *Pb. L.* 9 februari 2001, afl. 39, 43 en Richtlijn 2002/50/EG, *Pb. L.* 7 juni 2002, afl. 149, 28, betreffende vervoerbare drukapparatuur; Richtlijn 2000/14/EG, *Pb. L.* 3 juli 2000, afl. 162, 1, inzake de harmonisatie van de wetgevingen der lidstaten betreffende de geluidsemisatie in het milieu door materieel voor gebruik buitenshuis, en Richtlijn 2000/55/EG, *Pb. L.* 11 november 2000, afl. 279, 33, inzake de energierendementseisen voor voorschakelapparaten voor fluorescentielampen.

(47) Raadpleeg het Consultation document op <http://europa.eu.int/comm/entreprise/newapproach>.

werkdokument zelf voorstellen aan om de werking van „nieuwe aanpak”-richtlijnen te verbeteren. Daarbij wordt voornamelijk aandacht besteed aan de internationale dimensie, niet alleen in het licht van de uitbreiding van de EU(48) maar ook met het oog op een sterkere onderhandelingspositie van de Commissie in het kader van „wederzijdse erkenning”-overeenkomsten met derde landen. Op 31 maart 2002 werd de consultatieronde afgesloten.

3. Richtlijn 83/189

29. Twee jaar voor de Resolutie van de Raad over de nieuwe aanpak was Richtlijn 83/189(49) vastgesteld waarbij een informatie-procedure op het gebied van normen en technische voorschriften werd overeengekomen. Deze Richtlijn verving het sinds 28 mei 1969 bestaande akkoord over standstill-bepalingen en de informatieverstrekking aan de Commissie(50). In een Mededeling van 1 oktober 1986(51) sprak de Commissie haar oordeel uit dat, indien een lidstaat een technisch voorschrift treft, dat onder het toepassingsbereik van Richtlijn 83/189 valt, zonder het ontwerp mede te delen aan de Commissie en de standstill-verplichting na te komen, de aldus getroffen regeling niet kan worden toegepast jegens derden in het rechtsstelsel van de betrokken lidstaat. Partijen hebben het recht om van de nationale rechterlijke instanties te verwachten dat zij weigeren nationale technische voorschriften toe te passen die niet ingevolge de vereisten van het Gemeenschapsrecht zijn aangemeld.

30. De Commissie heeft in verscheidene gevallen deze veronderstelling getoetst in artikel 226-procedures tegen lidstaten die niet vol-

(48) Zie voor een recente studie over het belang voor de intra-communautaire handel van de opheffing van technische handelsbelemmeringen met de Centraal en Oost-Europese kandidaat-lidstaten, P. BRENTON, J. SHEEHY en M. VANCAUTEREN, „Technical barriers to trade in the European Union: importance for accession countries”, *Journal of Common Market Studies* 2001, 265-284.

(49) Richtlijn 83/189/EEG, *Pb. L.* 26 april 1983, afl. 109, 8. De herhaaldelijke, vaak ingrijpende wijzigingen aan deze richtlijn noopten de Europese wetgever tot het opstellen van een gecodificeerde versie, met name Richtlijn 98/34/EG van 22 juni 1998 (*Pb. L.* 21 juli 1998, afl. 204, 37) betreffende een informatieprocedure op het gebied van normen en technische voorschriften en regels betreffende de diensten van de informatiemaatschappij, zoals gewijzigd door Richtlijn 98/48/EG, *Pb. L.* 5 augustus 1998, afl. 217, 18. Laatst vermelde wijziging bracht de diensten van de informatiemaatschappij onder de notificatieplicht. Zie hierover J.C.M. VAN DER BEEK, *N.T.E.R.* 1999, 1.

(50) *Pb. C.* 17 juni 1969, afl. 76, 9.

(51) *Pb. C.* 1 oktober 1986, afl. 245, 4.

deden aan de meldingsplicht(52). Lange tijd heeft het Hof hierover niet geoordeeld(53). Op 30 april 1996 heeft het zich duidelijk uitgesproken over deze vraag in *CIA Security International t. Signalson en Securitel*. Het bepaalde dat artikel 8 van richtlijn 83/189 rechtstreekse werking heeft(54). Niet naleving van de in deze bepaling neergelegde informatie- en stilstandverplichting leidt daarmee tot het buiten toepassing verklaren van nationale maatregelen(55). De rechtsgevolgen die verbonden zijn aan deze niet-toepasselijkheid worden volgens het nationale recht bepaald. Naar vaste rechtspraak mogen de regels en beginselen die deze gevolgen bepalen niet ongunstiger zijn dan die voor vergelijkbare vorderingen op basis van nationaal recht (gelijkwaardigheidsbeginsel)(56). Bovendien mogen zij de uitoefening van de door de communautaire rechtsorde verleende rechten niet onmogelijk maken (effectiviteitsbeginsel)(57). De niet-toepasselijkheid van een niet bij de Commissie aangemeld technisch voorschrift geldt

(52) Zie H.v.J. 2 augustus 1993, nr. C-139/92, Commissie t. Italië, *Jur. H.v.J.* 1993, I-4707; H.v.J. 14 juli 1994, nrs. C-52/93, Commissie t. Nederland en C-61/93, Commissie t. Nederland, *Jur. H.v.J.* 1994, I-3591 en I-3607 en H.v.J. 11 januari 1996, nr. C-273/94, Commissie t. Nederland, *Jur. H.v.J.* 1996, I-31.

(53) De Advocaat-Generaal in zaak C-273/94 merkte in zijn Conclusie van 26 oktober 1995 op dat de Commissie dit deel van haar argumenten had laten vallen. Hij stelde dat hij, evenals zijn collega's Darmon in zijn Conclusie van 15 december 1993 in zaak C-317/92, Commissie t. Duitsland, *Jur. H.v.J.* 1994, I-2042, par. 67, en Van Gerven in zijn Conclusie van 18 mei 1994 in zaak C-52/93, Commissie t. Nederland, *Jur. H.v.J.* 1994, I-3591, par. 9, van mening was dat zo'n argument niet beoordeeld zou moeten worden door het Hof in een artikel 226-procedure.

(54) H.v.J. 30 april 1996, nr. C-194/94, *CIA Security t. Signalson*, *Jur. H.v.J.* 1996, I-2230. Zie hierover o.m. R. BARENTS, „Het Securitel-arrest: een gat in de rechtsorde?“, *N.T.E.R.* 1997, 153-159; alsmede de annotatie van P.J. SLOT, *CMLRev.* 1996, 1035-1050, die de verschillende notificatieprocedures en hun juridisch effect vergelijkt.

(55) Die zienswijze werd bevestigd in H.v.J. 17 september 1996, nr. C-289/94, Commissie t. Italië, *Jur. H.v.J.* 1996, I-4405, H.v.J. 16 september 1997, nr. C-279/94, Commissie t. Italië, *Jur. H.v.J.* 1997, I-4743, H.v.J. 20 maart 1997, nr. C-13/96, *Bic Benelux t. België*, *Jur. H.v.J.* 1997, I-1753, H.v.J. 7 mei 1998, nr. C-145/97, Commissie t. België, *Jur. H.v.J.* 1998, I-2643, H.v.J. 3 juni 1999, nr. C-33/97, *Colim NV t. Bigg's Continent Noord*, *Jur. H.v.J.* 1999, I-3175, H.v.J. 16 juni 1998, nr. C-226/97, *Lemmens*, *Jur. H.v.J.* 1998, I-3711, gevoegde zaken H.v.J. 11 mei 1999, nrs. C-425 tot 427/97, *Albers, van den Berkmortel en Nuchelmans*, *Jur. H.v.J.* 1999, I-2947, H.v.J. 23 maart 2000, nr. C-246/98, *Berendse-Koenen*, *Jur. H.v.J.* 2000, I-1777, H.v.J. 16 november 2000, nr. C-37/99, *Donkersteeg*, *Jur. H.v.J.* 2000, I-10223, H.v.J. 12 oktober 2000, nr. C-314/98, *Snellers*, *Jur. H.v.J.* 2000, I-8633, H.v.J. 26 september 2000, nr. C-443/98, *Unilever Italia*, *Jur. H.v.J.* 2000, I-7535, H.v.J. 8 maart 2001, nr. C-278/99, *van der Brug*, *Jur. H.v.J.* 2001, I-2015 en H.v.J. 6 juni 2002, nr. C-159/00, *Sapod Audic t. Eco-Emballage SA*, *Jur. H.v.J.* 2002, I-5031. Uit deze jurisprudentie volgt niet dat het achterwege laten van een voorafgaande mededeling van nationale ontwerp-regelingen automatisch tot de onwettigheid daarvan leidt. Dit geldt alleen indien de communautaire bepaling die de verplichting oplegt voorziet in een communautaire procedure voor de controle van de ontwerpen en de inwerkingtreding van de beoogde regelingen niet afhankelijk stelt van de omstandigheid dat de Commissie ermee instemt of geen bezwaar maakt, zie H.v.J. 13 juli 1989, nr. 380/87, *Enichem Base e.a.*, *Jur. H.v.J.* 1987, 2491.

(56) Zie H.v.J. 6 juni 2002, nr. C-159/00, *Sapod Audic t. Eco-Emballage SA*, *Jur. H.v.J.* 2002, I-5031, ro. 52.

(57) *Ibidem*.

evenwel slechts voor zover het voorschrift een belemmering voor het handelsverkeer vormt(58). Het Hof past hier het in het civiele recht bekende beginsel van de „Schutznorm” toe. Volgens dit beginsel kan bijvoorbeeld de ongeldigheid van niet aangemelde technische voorschriften voor ademanalyse-apparaten die door de overheid worden gebruikt om alcoholcontroles door te voeren, niet door onder invloed rijdende automobilisten worden ingeroepen. Het Hof geeft aan dat niet elk gebruik van een product dat aan de niet-aangemelde voorschriften voldoet, onwettig wordt(59). Artikel 10 van Richtlijn 83/189 stelt voorts de lidstaten vrij technische voorschriften aan te melden die (daadwerkelijk)(60) in omzetting van een richtlijn worden getroffen(61). Intussen werd Richtlijn 83/189 ingetrokken ten gevolge van de codificatie door Richtlijn 98/34.

II. Harmonisatie in praktijk

A. HARMONISATIE VERSUS UNIFICATIE

31. Harmonisatie van wetgeving wordt in het EG-Verdrag in artikel 94 omschreven als „de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der lidstaten welke rechtstreeks van invloed zijn op de instelling of de werking van de gemeenschappelijke markt”. Artikel 95 verwijst naar „maatregelen (...) inzake de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten die de instelling en de werking van de interne markt betreffen”.

(58) Deze nuance aan het Securitel-arrest vindt men in H.v.J. 16 juni 1998, nr. C-226/97, Lemmens, *Jur. H.v.J.* 1998, I-3711 en werd bevestigd in H.v.J. 26 september 2000, nr. C-443/98, Unilever Italia, *Jur. H.v.J.* 2000, I-7535 en H.v.J. 6 juni 2002, nr. C-159/00, Sapod Audic t. Eco-Emballage SA, *Jur. H.v.J.* 2002, I-5031.

(59) Zie H.v.J. 16 juni 1998, nr. C-226/97, Lemmens, *Jur. H.v.J.* 1998, I-3711, ro. 35.

(60) Technische voorschriften genomen „naar aanleiding van” een Richtlijn die slechts een algemeen kader bepaalt en de lidstaten een aanzienlijke speelruimte laat, zijn niet vrijgesteld van de mededelingsplicht, zie H.v.J. 26 juni 1998, nr. C-159/00, Sapod Audic t. Eco-Emballage SA, *Jur. H.v.J.* 2002, I-5031, ro. 44.

(61) Het Hof maakt daarvan toepassing in de gevoegde zaken H.v.J. 11 mei 1999, nrs. C-425-427/97, Albers, van den Berkmortel en Nuchelmans, *Jur. H.v.J.* 1999, I-2947 en H.v.J. 23 maart 2000, nr. C-246/98, Berendse-Koenen, *Jur. H.v.J.* 2000, I-1777. In laatst vermelde zaak werd ook de toepassing van artikel 28 EG afgewezen, aangezien geen eenzijdige maatregel ter bescherming van de nationale belangen van de betrokken lidstaat voorlag, maar een maatregel die is vastgesteld om te voldoen aan een richtlijn in het algemeen belang van de Gemeenschap. De parallel met de gelijkaardige exceptie op het ruime verbod van artikel 25 EG inzake in- en uitvoerrechten en heffingen van gelijke werking ligt voor de hand, zie H.v.J. 25 januari 1977, nr. 46/76, Bauhuis, *Jur. H.v.J.* 1977, 5.

32. Uit de teksten van de artikelen 94 en 95 wordt in het algemeen afgeleid dat harmonisatie niet zonder meer unificatie van wetgeving betekent(62). Het accent ligt op het doel, te weten het bereiken van de gemeenschappelijke markt, in plaats van het scheppen van een uniform wettelijk systeem. Andere Verdragsbepalingen gebruiken nog weer andere termen. Zo spreekt artikel 44, tweede lid, onder (g) over het coördineren van waarborgen, welke in de lidstaten worden verlangd van de rechtspersonen om de belangen van deelnemers in die rechtspersonen en van derden te beschermen, teneinde die waarborgen gelijkwaardig te maken. Artikel 42 bepaalt dat de Raad maatregelen vaststelt welke op het gebied van de sociale zekerheid noodzakelijk zijn voor de totstandkoming van het vrije verkeer van werknemers(63). Het karakter van harmonisatie van wetgeving, in tegenstelling tot unificatie, wordt nog versterkt doordat het instrument dat voor harmonisatie wordt gebruikt, de richtlijn is(64). Artikel 94 schrijft het gebruik van richtlijnen voor, en ondanks het feit dat artikel 95 (en ex artikel 100 A) de keuze voor het te gebruiken instrument open laat, blijft in de praktijk de richtlijn het meest gebruikte instrument. De richtlijn geeft een resultaatsverplichting, maar laat de lidstaten vrij de vorm van uitvoering te kiezen(65). In de praktijk is deze discussie over het verschil tussen unificatie en harmonisatie op de achtergrond geraakt. Vele richtlijnen geven gedetailleerde verplichtingen die de lidstaten weinig ruimte bij de uitvoering laten. De erkenning door het Hof van Justitie van de rechtstreekse werking van onvoorwaardelijke bepalingen van richtlijnen heeft het verschil tussen richtlijnen en verordeningen verder verminderd. Het feit dat het Hof de rechtstreekse werking van bepalingen van richtlijnen(66) heeft beperkt tot verticale relaties, heeft er niet toe geleid dat het gebruik van richtlijnen is verminderd. De discussie over het verschil tussen uni-

(62) Vgl. LAUWAARS en MAARLEVELD, *Harmonisatie van wetgeving in Europese organisaties*, in de reeks *Europese monografieën*, Deventer, 1978. Zie ook VIGNES, „The Harmonisation of National Legislation and the EEC”, *E.L.Rev.* 1990, 358-374. De discussie over het verschil tussen harmonisatie en unificatie heeft veel van het levendige karakter, dat zij in de 60er en 70er jaren had, verloren.

(63) Op basis daarvan heeft er harmonisatie (bijvoorbeeld Richtlijn 64/221/EG, *Pb. P.* 4 april 1964 (speciale editie), afl. 56, 850) en coördinatie (Verordening (EEG) nr. 1408/71, *Pb. L.* 5 juli 1971, afl. 149, 2, herhaaldelijk gewijzigd, een geconsolideerde versie is Verordening (EG) nr. 118, 97, *Pb. L.* 30 januari 1997, afl. 28, 1) plaatsgevonden.

(64) Zie bijvoorbeeld I.E. SCHWARTZ, „De la conception du rapprochement des législations dans la CEE”, *R.T.D.E.* 1967, 230-268.

(65) Artikel 249, lid 3.

(66) Dit werd reeds bevestigd door het Hof in H.v.J. 14 juli 1994, nr. C-91/92, *Faccini Dori v. Recreb*, *Jur. H.v.J.* 1994, I-3325 en is sindsdien vaststaande rechtspraak. Zie hierover o.m. P. CRAIG, „Direct effect, indirect effect and the construction of national legislation”, *E.L.Rev.* 1997, 519-538 en S. PRECHAL, „Does direct effect still matter?”, *C.M.L.Rev.* 2000, 1047-1069.

ficatie en harmonisatie is weer opgelaaid naar aanleiding van de discussie over de hiërarchie van besluiten. De Slotakte van de Intergouvernementele Conferentie van Maastricht bevatte een Verklaring betreffende de hiërarchie tussen communautaire besluiten. De Verklaring voorzag erin, dat de Intergouvernementele Conferentie van 1996 zou onderzoeken tot welke hoogte het mogelijk is de indeling van communautaire wetgeving te herzien, met het oog op het vaststellen van een passende hiërarchie tussen de onderscheiden categorieën van besluiten(67). Tot die passende hiërarchie is anno 2002 nog niet overgegaan. De intergouvernementele conferenties sinds Maastricht hebben de bespreking van een gehiërarchiseerd normensysteem steeds voor zich uit geschoven(68). Aan de vooravond van de uitbreiding van de Unie wordt intussen de aandacht vooral gericht op de vereenvoudiging en verbetering van de regelgeving(69).

B. DE VERHOUDING TUSSEN DE ALGEMENE VERBODSBEPALINGEN VAN HET VERDRAG EN DE HARMONISATIEBEPALINGEN

33. Zoals in de inleiding werd opgemerkt, is harmonisatie van wetgeving (positieve integratie) te zien als het complement van de algemene verbodsbepalingen van het Verdrag (negatieve integratie). Voor zover het vrij verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal niet wordt bereikt door deze algemene bepalingen, komt harmonisatie als aanvullend instrument aan de orde.

(67) Vgl. het „Progress Report” van de voorzitter van de Reflectiegroep over de Intergouvernementele Conferentie van 1996, SN 520/95 (Reflex 21), Brussel, 5 december 1995. Zie hierover verder: A. TIZZANO, „La hiérarchie des normes communautaires”, *Revue de Marché Unique Européen* 1995, 219 e.v.

(68) Zie hierover P-Y. MONJAL, „La Conférence intergouvernementale de 1996 et la hiérarchie des normes communautaires”, *R.T.D.E.* 1996, 681-716 en R. KOVAR, „La déclaration N°16 annexée au Traité sur l’Union européenne: chronique d’un échec annoncé?”, *C.D.E.* 1997, 3-11.

(69) Zie voor de evolutie over de verschillende Europese Raden heen, Mededeling van de Commissie: Vereenvoudiging en verbetering van regelgeving, Brussel, 5 december 2001, COM(2001)726def. In die Mededeling stelt de Commissie dat er meer oog moet komen voor het onderscheid tussen een verordening en een richtlijn. Er moet alléén voor een verordening worden gekozen, als een maatregel in de lidstaten op uniforme wijze moet worden toegepast. In de overige gevallen moet de richtlijn weer een instrument worden waarmee een rechtskader wordt geschapen en de te bereiken doelstellingen worden vastgelegd (zie punt 2.B). Zie ook het Advies van 21 maart 2002 van het Economisch en Sociaal Comité over deze Mededeling, *Pb. C.* 27 mei 2002, afl. 125, 105. Ook in het Witboek Europese Governance van de Commissie van 25 juli 2001 (Brussel, COM(2001)428def.), wordt het gebruik van verordeningen aanbevolen wanneer uniforme toepassing en rechtszekerheid in de gehele Unie gewenst zijn, én moet vaker gebruik gemaakt worden van zogenoemde „kaderrichtlijnen”, waarvan de teksten minder omvattend zijn aangezien zij zich beperken tot essentiële aspecten, en meer flexibel.

34. Voor een juist begrip van harmonisatie van wetgeving is het nodig deze verhouding te schetsen. Zoals hoger gesteld, heeft de hierna gekozen benadering een horizontale structuur, die erop gericht is de belangrijkste begrippen te verduidelijken. Hiervoor zal het vrij goederenverkeer als voorbeeld gebruikt worden.

35. Het systeem van het EG-Verdrag kan aan de hand van de verhouding tussen de artikelen 28-30 enerzijds, en de artikelen 94-95 anderzijds worden weergegeven. Handelsbelemmeringen met betrekking tot het goederenverkeer moeten op grond van artikel 28, dat kwantitatieve beperkingen en alle maatregelen van gelijke werking verbiedt, worden opgeheven. Het verbod van invoerrechten en heffingen van gelijke werking speelt in veel mindere mate een rol. Voor de, economisch steeds belangrijker wordende dienstensector, geeft artikel 49 een met artikel 28 vergelijkbaar verbod. De economische integratie zou, in de optiek van de opstellers van het EG-Verdrag, daarenboven dienen te worden bevorderd door harmonisatie van wetgeving. Dit zou plaats moeten vinden in al die gevallen waar verschillen in nationale wetgeving de werking of de instelling van de gemeenschappelijke markt zou beïnvloeden. Deze verschillen in nationale wetgeving werden aanvankelijk niet of nauwelijks in verband gebracht met het verbod van artikel 28. Toen was het alleen volgens de meest vergaande interpretatie van artikel 28 zo dat de bepaling maatregelen omvatte, die zonder onderscheid van toepassing waren op zowel nationaal geproduceerde als geïmporteerde goederen. Dat is ook de belangrijkste reden waarom in de beginjaren van de gemeenschappelijke markt een omvangrijk harmonisatieprogramma werd opgesteld. Het is echter duidelijk dat naarmate de definitie van maatregelen van gelijke werking in artikel 28 ruimer wordt geformuleerd, het toepassingsbereik van harmonisatie van wetgeving wordt verkleind⁽⁷⁰⁾. Ook de meest uitgebreide interpretatie tot het opheffen van alle handelsbelemmeringen neemt de noodzaak van harmonisatie niet helemaal weg omdat er op grond van artikel 30 altijd beperkingen

(70) In dezelfde lijn kent thans het recht van de Unieburger vrij te reizen en te verblijven op het grondgebied van de lidstaten (art. 18 EG) een hoge vlucht in de rechtspraak van het Hof: zie o.m. H.v.J. 20 september 2001, nr. C-184/99, Grzelczyk, *Jur. H.v.J.* 2001, I-6193 en recent nog H.v.J. 11 juli 2002, nr. C-224/98, Marie-Nathalie D'Hoop t. Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening, *Jur. H.v.J.* 2002, I-6191 en H.v.J. 17 september 2002, nr. C-413/99, Baumbast, *Jur. H.v.J.* 2002, I-7091. In de laatste zaak erkende het Hof dat het in artikel 18, lid 1, voorziene recht op vrij reizen en vrij verblijf binnen de Unie rechtstreekse werking heeft.

mogelijk blijven. Bovendien zal artikel 28 slechts tot een negatieve integratie leiden, namelijk de opheffing van handelsbelemmeringen voor geïmporteerde producten. Het kan daarom noodzakelijk zijn een mogelijkheid tot positieve integratie te hebben. Dit kan resulteren in maatregelen die dezelfde productnormen voor zowel geïmporteerde als nationaal geproduceerde goederen voorschrijven. Dit is een oplossing voor het probleem van omgekeerde discriminatie. Bij omgekeerde discriminatie worden aan binnenlandse producten strengere regels opgelegd. Intussen heeft de latere ontwikkeling van de jurisprudentie op het gebied van artikel 28 gezorgd voor een gelijktijdige ontwikkeling van harmonisatie van wetgeving in tegenovergestelde richting(71).

36. In de jaren zestig bleef de rechtsontwikkeling op het terrein van artikel 28 beperkt. In de literatuur stonden twee visies tegenover elkaar(72). De beperkte visie zag in artikel 28 alleen een verbod van nationale maatregelen die specifiek de invoer troffen, met andere woorden een discriminatieverbod. De ruimere visie bepleitte een definitie van maatregelen van gelijke werking waaronder alle maatregelen vallen die een effect op de handel tussen lidstaten hebben. In deze visie konden ook nationale maatregelen die gelijkelijk van toe-

(71) Getuigt hiervan, het welbekende Keck-arrest dat bepaalde verkoopmodaliteiten buiten de interne markt plaatst op voorwaarde dat ze van toepassing zijn op alle marktdeelnemers en de verhandeling van ingevoerde producten in feite en in rechte niet meer belemmeren dan de verhandeling van nationale producten. Deze begrenzing van de reikwijdte van het negatieve integratiegebod uit artikel 28, was precies een stimulans tot het nemen van positieve integratienormen; zie o.m. de harmonisatiebepalingen inzake verkoop op afstand, elektronische handel en vergelijkende reclame. Zie over de impact van Keck op het harmonisatiebeleid, meer infra, IV. F.

(72) Vgl. M. GRAF, „Der Begriff „Maßnahmen gleicher Wirkung wie mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen“ in dem EWG-Vertrag“, *Schriften zum Wirtschafts-, Handels-, und Industrierecht*, 3, Keulen, 1972, 171. Zie ook P. VERLOREN VAN THEMAAT, „Bevat art. 30 van het EEG-Verdrag slechts een non-discriminatie-beginsel t.a.v. invoerbeperkingen?“, *S.E.W.* 1967, 632 e.v. Het standpunt van de Commissie is neergelegd in Richtlijn 70/50/EEG, *Pb. L.* 19 januari 1970, afl. 13, 29. Het is opvallend dat het Hof in verschillende arresten over artikel 28 verwijst naar de Commissierichtlijn; zie o.m. H.v.J. 19 maart 1991, nr. C-249/88, Commissie t. België, *Jur. H.v.J.* 1991, I-1275, H.v.J. 23 november 1989, nr. C-145/88, Torfaen, *Jur. H.v.J.* 1989, 3851, H.v.J. 9 juni 1988, nr. 56/87, Commissie t. Italië, *Jur. H.v.J.* 1988, 2919, H.v.J. 2 maart 1983, nr. 155/82, Commissie t. België, *Jur. H.v.J.* 1983, 531, H.v.J. 24 november 1982, nr. 249/81, Commissie t. Ierland, *Jur. H.v.J.* 1982, 4005, H.v.J. 9 juni 1982, nr. 95/81, Commissie t. Italië, *Jur. H.v.J.* 1982, 2187, H.v.J. 17 juni 1981, nr. 113/80, Commissie t. Ierland, *Jur. H.v.J.* 1981, 1625, H.v.J. 25 oktober 1979, nr. 159/78, Commissie t. Italië, *Jur. H.v.J.* 1979, 3247, H.v.J. 12 oktober 1978, nr. 13/78, Eggers, *Jur. H.v.J.* 1978, 1935, H.v.J. 22 maart 1977, nr. 74/76, Iannelli & Volpi, *Jur. H.v.J.* 1977, 557, H.v.J. 8 juli 1975, nr. 4/75, Rewe Zentralfinanz t. Landwirtschaftskammer, *Jur. H.v.J.* 1975, 843, H.v.J. 20 februari 1975, nr. 12/74, Commissie t. Duitsland, *Jur. H.v.J.* 1975, 181 en H.v.J. 23 november 1971, nr. 62/70, Werner A. Bock t. Commissie, *Jur. H.v.J.* 1971, 897.

passing waren op nationaal geproduceerde als ingevoerde goederen onder het verbod van artikel 28 vallen. Zoals bekend, heeft het Hof van Justitie uiteindelijk in 1974, 17 jaar na de inwerkingtreding van het Verdrag, in het Dassonville-arrest(73) gekozen voor de ruime opvatting.

37. Daarmee gaf het Hof niet alleen een zeer belangrijke uitleg aan het begrip „maatregel van gelijke werking”, tevens gaf het Hof een zeer belangrijke richting aan de harmonisatie van wetgeving. Als gevolg van de ruime definitie van maatregelen van gelijke werking, bekend als de „Dassonville-formule”, hoefde harmonisatie van wetgeving voortaan niet meer een oeverloos en onafzienbaar terrein te omvatten. De contouren werden beperkt. De zich snel ontwikkelende jurisprudentie van het Hof over artikel 28 bracht allengs nog meer verduidelijkingen voor harmonisatie van wetgeving. In het Cassis de Dijon-arrest(74) werd een al eerder in de jurisprudentie ontwikkelde lijn gemarkeerd. In dat arrest bepaalde het Hof dat producten die in één lidstaat volgens de daar geldende wetgeving op de markt zijn gebracht, in principe in andere lidstaten moeten worden toegelaten. Met andere woorden, verschillen in wetgeving kunnen in het algemeen de import van goederen niet tegenhouden.

38. Het Cassis de Dijon-arrest is voor de Commissie het startsein geweest voor zeer belangrijke koerswijzigingen in haar beleid ten aanzien van harmonisatie van wetgeving. In haar „Mededeling naar aanleiding van het Cassis de Dijon-arrest”(75) poneerde zij het beginsel van wederzijdse erkenning. Producten, rechtmatig in een andere lidstaat vervaardigd en daar op de markt gebracht, dienen te worden toegelaten.

39. De Commissie stelde tevens haar harmonisatieprogramma drastisch bij. Voor veel handelsbelemmerende verschillen tussen nationale wetgevingen werd aangenomen, dat zij wel via procedures op grond van artikel 28 en het beginsel van de wederzijdse erkenning zouden kunnen beslecht worden(76). Harmonisatie van wetgeving was in de

(73) H.v.J. 11 juli 1974, nr. 8/74, Dassonville, *Jur. H.v.J.* 1974, 837.

(74) H.v.J. 20 februari 1979, nr. 120/78, Rewe, *Jur. H.v.J.* 1979, 649.

(75) *Pb. C.* 3 oktober 1980, afl. 256, 2.

(76) Zie hierover meer uitgebreid, J.S. WATSON, „Wederzijdse erkenning binnen de interne markt: een nieuwe impuls”, *N.T.E.R.* 2000, 41-48.

toekomst alleen nog nodig voor verschillen in nationale wetgeving, die nog gerechtvaardigd waren op grond van artikel 30 of de eveneens in het Cassis de Dijon-arrest geformuleerde uitzonderingen. Voor zover verschillen in nationale wetgeving de werking van de gemeenschappelijke markt beïnvloeden, dienen de artikelen 94 en 95 ertoe de uitzonderingsgronden van artikel 30 en de zojuist genoemde ontsnapingsmogelijkheid „Cassis de Dijon” — ook wel de „*rule of reason*” of dwingende eisen genoemd — hun functie te ontnemen.

40. Het waarborgen van essentiële belangen op het gebied van de volksgezondheid, de openbare orde, de zedelijkheid, de veiligheid en dergelijke, geschiedt thans veelal op het niveau van de Gemeenschap. De Gemeenschapswetgeving stelt in toenemende mate de normen. Dit betekent niet noodzakelijkerwijs een Euro-eenheidsworst. Op communautair niveau kunnen verschillen in eigenschappen van producten worden toegelaten, zolang de verschillen niet leiden tot een beperking van de intra-communautaire handel. Veel verschillen in samenstelling en inhoud kunnen zonder gevaar voor de volksgezondheid in stand blijven. De consument kan in zo'n geval worden beschermd door op de verpakking de samenstelling of de inhoud aan te geven⁽⁷⁷⁾. In sommige gevallen is een afweging van algemene belangen nodig bijvoorbeeld het milieu tegenover de vrije handel, zoals het Deense statiegeld-arrest laat zien⁽⁷⁸⁾.

41. Tot nu toe is de verhouding tussen de algemene verbodsbepalingen en harmonisatie met behulp van de artikelen 28-30 enerzijds en 94-95 anderzijds geïllustreerd. Een vergelijkbare verhouding is op de overige „vrijheden” in het Verdrag van toepassing. Deze verhouding is hieronder schematisch weergegeven.

(77) Zie uitgebreid over het marktconforme Europese Informatiemodel voor de consument, G. STRAETMANS, *Consument en markt*, Deurne, Kluwer, 1998, 246-466.

(78) H.v.J. 20 september 1980, nr. 302/86, Commissie t. Denemarken, *Jur. H.v.J.* 1988, 4607.

BASISVERPLICHTING/ VERBODSBEPALING	UITZONDERINGS- MOGELIJKHEID	HARMONISATIE/ COÖRDINATIE
Art. 28	Art. 30 alsmede de <i>rule of reason</i> uit het Cassis de Dijon-arrest	Artt. 94, 95
Art. 39	Art. 39(3) en (4) en de <i>rule of reason</i>	Art. 40
Art. 43	Artt. 45, 46(1)(79) en de <i>rule of reason</i>	Artt. 44, 46(2), 47
Art. 49	Artt. 55 jo 45, 46(1) en de <i>rule of reason</i> (80)	Artt. 52, 55 jo 46(2), 47
Art. 56	Art. 58 en de <i>rule of reason</i> (81)	Artt. 93, 94, 95
Artt. 90, 91	—	Art. 93

42. Voor het onderwerp van deze paragraaf is nog een aantal punten van belang. Het Gemeenschapsrecht is niet statisch maar dynamisch, het ontwikkelt zich voortdurend. Daarmee verandert ook de verhouding tussen de algemene verbodsbepaling en harmonisatie van wetgeving. Deze verhouding is bovendien tweezijdig. Zoals we hebben gezien, bepaalt het toepassingsbereik van de artikelen 28-30 de omvang van harmonisatie van wetgeving. Omgekeerd heeft harmonisatie van wetgeving invloed op de artikelen 28-30. Als eenmaal harmoni-

(79) Uit het arrest H.v.J. 15 december 1995, nr. C-415/93, Bosman, *Jur. H.v.J.* 1995, I-4921, blijkt duidelijk dat de dwingende eisen ook als een uitzondering op artikel 39 en 43 gelden op dezelfde manier als met betrekking tot de artikelen 28 en 49. Vgl. BEHRENS, „Die Konvergenz der wirtschaftlichen Freiheiten im europäischen Gemeinschaftsrecht“, *EuR.* 1992, 145 e.v. Er zijn enkele eerdere zaken waarin het Hof dwingende eisen in de context van artikel 43 heeft geformuleerd, zoals bijvoorbeeld H.v.J. 28 januari 1986, nr. 270/83, Commissie t. Frankrijk, *Jur. H.v.J.* 1986, 273, en H.v.J. 10 juli 1986, nr. 79/85, Segers, *Jur. H.v.J.* 1986, 2375, waarin de uitzondering betreffende het tegengaan van fraude werd geaccepteerd. Zie voor een recenter arrest H.v.J. 31 maart 1993, nr. C-19/92, Kraus, *Jur. H.v.J.* 1993, I-1663. Met het arrest H.v.J. 30 november 1995, nr. C-55/94, Gebhard, *Jur. H.v.J.* 1995, I-4165, laat het Hof geen twijfel meer bestaan over de assimilatie van de verdragsexcepties. Dit arrest laat ook zien dat het Hof de „*rule of reason*” toepast op het terrein van de vrije vestiging.

(80) H.v.J. 4 december 1986, nr. 205/84, Commissie t. Duitsland, *Jur. H.v.J.* 1986, 3755. De dwingende eisen zijn samengevat in par. 18 van H.v.J. 25 juli 1991, nr. C-353/89, Commissie t. Nederland, *Jur. H.v.J.* 1991, I-4069. Verdere eisen zijn geformuleerd in H.v.J. 28 januari 1992, nr. C-204/90, Bachmann, *Jur. H.v.J.* 1993, I-249 (de coherentie van het fiscale systeem) en H.v.J. 10 mei 1995, nr. C-384/93, Alpine Investments, *Jur. H.v.J.* 1995, I-1141 (het toezicht op financiële instellingen). Recenter werd daar o.m. het financiële evenwicht van het sociale zekerheidssysteem aan toegevoegd, o.m. in H.v.J. 28 april 1998, nrs. C-120/95, Decker, C-158/96, Kohl, *Jur. H.v.J.* 1998, I-1871 en I-1935 en H.v.J. 12 juli 2001, nr. C-157/99, Smits en Peerbooms, *Jur. H.v.J.* 2001, I-5473.

(81) Dit is met name duidelijk geworden in de zogenaamde „*golden share*”-arresten, H.v.J. 4 juni 2002, nrs. C-483/99, Commissie t. Frankrijk, C-367/98, Commissie t. Portugal en C-503/99, Commissie t. België, *Jur. H.v.J.*, I-4781, I-4731 en I-4809.

satie van wetgeving heeft plaatsgevonden, is een beroep op artikel 30 niet meer toegestaan. Ook is artikel 28 in beginsel niet meer toepasselijk als harmonisatie heeft plaatsgevonden. Vanaf dat moment wordt de vraag of nationale maatregelen verenigbaar zijn met het Gemeenschapsrecht, beantwoord aan de hand van het systeem en de bepalingen van het relevante instrument van harmonisatie. Dat is vrijwel altijd een richtlijn. Het verbod van artikel 28 kan herleven als de lidstaten of de Gemeenschapsorganen maatregelen nemen op grond van richtlijnbevestigingen of, voor lidstaten, op grond van artikel 95, leden 4 en 5, artikel 137, lid 5 of artikel 176. Sommige richtlijnen doen de mogelijkheid van toepassing van de uitzonderingen van, bijvoorbeeld, artikel 30 slechts gedeeltelijk teniet. Zij bevatten vrijwaringsclausules. In het algemeen zijn deze aan strengere toepassingsvoorwaarden onderworpen dan de ontsnappingsclausules van artikel 30 of de Cassis de Dijon-exceptie. Met name wordt de eis gesteld dat de nationale vrijwaringsmaatregelen op communautair niveau tijdelijk zijn en door de Commissie of de Raad moeten worden goedgekeurd. In deel E wordt nader op vrijwaringsclausules ingegaan.

43. Richtlijnen bevatten soms overgangperiodes gedurende welke lidstaten nog mogen afwijken van de richtlijnbevestigingen. Richtlijnen voorzien ook wel in keuzeregimes. Dit is met name het geval wanneer geen totale harmonisatie plaatsvindt. Ondanks deze flexibiliteit kan harmonisatie van wetgeving op grond van artikel 94 of 95 er niet toe strekken de bevoegdheid van de lidstaten op grond van artikel 30 of de dwingende eisen uit te breiden(82). Een richtlijn kan immers geen belemmeringen van de intracommunautaire handel rechtvaardigen dan binnen de door het Verdrag gestelde grenzen(83).

C. HARMONISATIEMETHODES

44. Omdat harmonisatie van wetgeving een doelgericht instrument in het kader van de Europese integratie vormt, zijn verschillende methodes ontwikkeld die naargelang het te regelen gebied worden gebruikt. De harmonisatie kan zich richten op de wetgevingen of de nationale (controle-) procedures. In het laatste geval zal veelal een aanvullende harmonisatie van regelgeving noodzakelijk zijn. Dit is

(82) H.v.J. 5 oktober 1977, nr. 5/77, Tedeschi, *Jur. H.v.J.* 1977, 1555.

(83) Zie o.m. de gevoegde zaken H.v.J. 11 juli 1986, nrs. C-427, 429 en 436/93, Bristol-Meyers Squibb e.a., *Jur. H.v.J.* 1996, I-3527, ro. 36, inzake de eerste Merkenrichtlijn.

bijvoorbeeld aan de orde in Richtlijn 70/156(84), inzake harmonisatie van wetgeving van lidstaten met betrekking tot de typegoedkeuring van motorrijtuigen. De Richtlijn regelt de wederzijdse acceptatie door andere lidstaten van typegoedkeuring van een lidstaat.

45. De volgende methodes van harmonisatie van wetgeving kunnen worden onderscheiden(85).

1. Gemeenschappelijke bepaling van recht en beleid

46. Op nieuwe terreinen waar lidstaten nog geen bepalingen hebben uitgevaardigd, is het soms nuttig op Gemeenschapsniveau normen te stellen. Een voorbeeld is Verordening 3322/88(86) over drijfgassen. De vierde en vijfde overweging van deze Verordening bepalen: „Overwegende dat de Gemeenschap, gezien haar verantwoordelijkheid ten aanzien van milieu en handel, bij Beschikking 88/540/EEG het Verdrag van Wenen en het Protocol van Montréal heeft goedgekeurd, Overwegende dat er maatregelen op communautair niveau dienen te worden getroffen ter uitvoering van de verplichtingen van de Gemeenschap uit hoofde van het Verdrag en het Protocol, vooral op de reglementering van de productie en het gebruik en het verbruik binnen de Gemeenschap van bepaalde chloorfluorkoolwaterstoffen en halonen.”

Artikel 8, lid 1, luidt:

„1. Elke producent dient er, behoudens de leden 3 en 4, voor te zorgen dat:

- het berekende niveau van zijn productie van chloorfluorkoolwaterstoffen in het tijdvak van 1 juli 1989 tot en met 30 juni 1990, en in elk tijdvak van twaalf maanden daarna, het berekende niveau van zijn productie in 1986 niet overschrijdt;

(84) Richtlijn 70/156/EEG, *Pb. L.* 6 februari 1970, afl. 42, 1.

(85) In het arrest H.v.J. 12 oktober 2000, nr. C-3/99, *Cidrerie Ruwet*, *Jur. H.v.J.* 2000, I-8749, hanteert het Hof het onderscheid tussen volledige harmonisatie en gedeeltelijke harmonisatie. Het betreft hier een ongebruikelijk onderscheid dat ligt besloten in de betrokken richtlijn 75/106/EEG betreffende de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten inzake het voorverpakken naar volume van bepaalde vloeistoffen in voorverpakkingen met bepaalde inhoud (*Pb. L.* 15 februari 1975, afl. 42, 1), zoals gewijzigd bij de richtlijnen 79/1005/EEG, *Pb. L.* 4 december 1979, afl. 308, 25; 85/10/EEG, *Pb. L.* 5 januari 1985, afl. 4, 20; 88/316/EEG, *Pb. L.* 10 juni 1988, afl. 143, 26; en 89/676/EEG, *Pb. L.* 30 december 1981, afl. 398, 18. De term volledige harmonisatie komt overeen met de door ons gebruikte term totale harmonisatie. Het begrip gedeeltelijke harmonisatie is een buitenbeentje. Eventueel kan dit begrip aan de hand van het hieronder in paragraaf 4 behandelde begrip „uitputting” worden gezien. Vanwege het ongebruikelijke karakter behandelen wij dit begrip hier niet verder.

(86) *Pb. L.* 31 oktober 1988, afl. 297, 1.

- het berekende niveau van zijn productie van chloorfluorkoolwaterstoffen in het tijdvak van 1 juli 1993 tot en met 30 juni 1994, en in elk tijdvak van twaalf maanden daarna, 80% van het berekende niveau van zijn productie in 1986 niet overschrijdt;
- het berekende niveau van zijn productie van chloorfluorkoolwaterstoffen in het tijdvak van 1 juli 1998 tot en met 31 december 1999, en in elk tijdvak van twaalf maanden daarna, 50% van het berekende niveau van zijn productie in 1986 niet overschrijdt.”

47. De formulering van de bepalingen van deze Verordening is vergelijkbaar met de methode van totale harmonisatie, die in de volgende subparagraaf wordt besproken. Deze methode is het meest praktisch als normen worden gesteld op communautair niveau op gebieden waar nog geen nationale normen bestonden, wat niet vaak het geval zal zijn.

2. Totale harmonisatie

48. Men spreekt van totale harmonisatie indien afwijkingen, behoudens vrijwaringsclausules, niet zijn toegestaan. Het systeem en de bewoordingen van de bepalingen van de richtlijn zijn bepalend of deze vorm van harmonisatie wordt gebruikt. Een voorbeeld is de Richtlijn 70/524(87) betreffende toevoegingsmiddelen in de veevoeding. De achtste overweging luidt: „Overwegende dat in de regeling moet worden uitgegaan van het grondbeginsel dat slechts de uitdrukkelijk in de richtlijn vermelde toevoegingsmiddelen en uitsluitend onder de daarin vastgestelde voorwaarden in veevoeder aanwezig mogen zijn en dat deze stoffen afgezien van bepaalde uitzonderingen niet op andere wijze in het kader van de veevoeding mogen worden verstrekt.”

Artikel 3, lid 1, luidt: „1. De Lid-Staten schrijven voor dat in het kader van de veevoeding slechts de in de bijlage I genoemde toevoegingsmiddelen in veevoerders aanwezig mogen zijn en uitsluitend onder de daarin aangegeven voorwaarden. Deze toevoegingsmiddelen mogen in het kader van de veevoeding niet op andere wijze langs orale weg worden toegediend.” Deze bepaling maakt ondubbelzinnig duidelijk welke toevoegingsmiddelen in veevoer aanwezig mogen zijn en onder welke voorwaarden.

49. De methode van totale harmonisatie had in de beginperiode van het harmonisatieprogramma van de EG, toen het nog onzeker was of en in

(87) *Pb. L.* 14 december 1970, afl. 270, 1.

hoeverre richtlijnen konden voorzien in specifieke en gedetailleerde bepalingen gericht op de opheffing van technische handelsbelemmeringen, de voorkeur. Tot het einde van 1974 bevatten dertig van de in totaal zeventig regelingen die harmonisatie van wetgeving betroffen, de methode van totale harmonisatie(88). Gedurende de daaropvolgende periode werd totale harmonisatie alleen voorgeschreven met betrekking tot de harmonisatie van productnormen in gevallen waar artikel 94 werd gebruikt als rechtsbasis(89). De richtlijn 85/374 betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der lidstaten inzake de aansprakelijkheid voor producten met gebreken(90) is een voorbeeld van een richtlijn die de totale harmonisatiemethode volgt op een ander terrein. Over deze richtlijn stelde het Hof recent nog „dat de beoordelingsmarge waarover de lidstaten beschikken om de aansprakelijkheid voor producten met gebreken te regelen, volledig door de richtlijn zelf wordt bepaald en moet worden afgeleid uit haar bewoordingen, doelstelling en opzet”(91). Aangezien de in de Richtlijn voorziene afwijkingmogelijkheden eveneens uitputtend geregeld zijn en derhalve enkel betrekking hebben op limitatief opgesomde punten en strikt zijn omschreven, kan een lidstaat geen algemeen stelsel van productenaansprakelijkheid handhaven dat consumentvriendelijker is dan dat van de Richtlijn(92).

50. Volgens Mattera(93) raakte de methode van totale harmonisatie uit de gunst van lidstaten, omdat het hen onvoldoende flexibiliteit en onvoldoende bevoegdheden gaf om regelingen op nationaal niveau vast te stellen.

51. Opmerkelijk in het licht van die opvatting en voorgaande evolutie is dat in recente wetgevingspraktijk opnieuw naar totale harmonisatie wordt teruggegrepen(94). Zo voegt de Richtlijn vergelijkende reclame

(88) P.J. SLOT, *Technical and administrative obstacles in the EEC*, Dissertatie, Leiden, 1975, 113.

(89) Vgl. H.G. SEVENSTER, *Milieubeleid en Gemeenschapsrecht*, Deventer, 1992, 65. Vgl. ook LAUWAARS en MAARLEVELD, *o.c.*, Hoofdstuk IV. Een andere bron, hoewel beperkter en enigszins verouderd, is TWITCHETT (eds.), *Harmonisation in the EEC*, Londen, 1981.

(90) *Pb. L.* 7 augustus 1985, afl. 210, 29.

(91) H.v.J. 25 april 2002, nr. C-183/00, González Sánchez, *Jur. H.v.J.* 2002, I-3901, ro. 25; zie in dezelfde zin H.v.J. 25 april 2002, nrs. C-52/00, Commissie t. Frankrijk en C-154/00, Commissie t. Griekenland, *Jur. H.v.J.* 2002, I-3827 en I-3879.

(92) *Ibidem*.

(93) A. MATTERA, *Le Marché unique Européen*, Parijs, 1990, 180-181.

(94) Zie hierover meer G. STRAETMANS, „Globalisering van financiële diensten en bescherming van de consument: enkele recente tendensen”, in *Nieuwe vormen van regulering in het consumentenrecht*, Verslagboek Studiedag 3 oktober 2002, Ministerie van Economische Zaken, Brussel, in druk.

een op totale wijze geharmoniseerd luik toe aan Richtlijn 84/450 inzake misleidende reclame(95), die op haar beurt slechts minimum-harmonisatie doorvoert. Artikel 7, lid 2 van de Richtlijn sluit immers de mogelijkheid voor de lidstaten om „voorschriften te handhaven of aan te nemen met het oog op een verdergaande bescherming, op het gebied van misleidende reclame, van de consument, van personen die een commerciële, industriële of ambachtelijke activiteit of een vrij beroep uitoefenen, en van het publiek in het algemeen”, van het luik inzake vergelijkende reclame uit.

52. In de Follow-up van het Groenboek over de consumentenbescherming in de EU(96) wordt met het oog op het wegnemen van aanzienlijke concurrentievervalsingen ten gevolge van grote verschillen in nationale regelgeving, een kaderrichtlijn inzake eerlijke handelspraktijken voorgesteld, volgens de methode van totale harmonisatie. Deze kaderrichtlijn zou de kern van de Richtlijn misleidende reclame kunnen opsloppen waardoor wat thans nog minimumharmonisatie is, totale harmonisatie zou worden. Parallel daaraan bracht de Commissie in de Mededeling betreffende de verkoopbevordering in de interne markt een voorstel tot Verordening inzake verkoopbevordering(97) uit.

53. Ook in het voorstel voor een Richtlijn betreffende de harmonisatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten inzake consumentenkrediet(98) wordt de minimumharmonisatie uit Richtlijn 87/102 inzake consumentenkrediet(99) verlaten ten voordele van „*een maximale en optimale harmonisatie die waarborgt dat de belangen van alle consumenten van de Unie zo goed mogelijk beschermd worden*”.

54. Terwijl voorts de algemene Richtlijn verkoop op afstand(100) minimumharmonisatie oplegt, voorzag het gewijzigde voorstel voor een specifieke Richtlijn inzake verkoop op afstand voor financiële

(95) Richtlijn 97/55, *Pb. L.* 23 oktober 1997, afl. 290, 18.

(96) Zie Mededeling van de Commissie: Follow-up van het Groenboek over de consumentenbescherming in de EU, Brussel, 11 juni 2002, COM(2002)289def.

(97) Brussel, 2 oktober 2001, COM(2001)546def. en *Pb. C.* 26 maart 2002, afl. 75 E, 11. Gewijzigd Voorstel, Brussel, 25 oktober 2002, COM(2002)585def.

(98) Brussel, 11 september 2002, COM(2002)443def.

(99) *Pb. L.* 12 februari 1987, afl. 42, 48.

(100) Richtlijn 97/7/EG, *Pb. L.* 4 juni 1997, afl. 144, 19.

diensten(101) in totale harmonisatie. Hoewel Richtlijn 2002/65 inzake verkoop op afstand van financiële diensten(102), met name in inleidende overweging 13, nog de indruk wekt totale harmonisatie door te voeren(103), maakt artikel 4, lid 2, naar luid waarvan lidstaten, in afwachting van verdergaande harmonisatie, strengere bepalingen inzake vooraf te verstrekken informatie kunnen handhaven of invoeren op voorwaarde dat ze in overeenstemming zijn met het Gemeenschapsrecht, duidelijk dat voor wat het kernstuk van de informatiebepalingen betreft, minimumharmonisatie werd beoogd(104). Wel wordt op gestelde plaatsen in de Richtlijn de mededeling aan de Commissie van de bijkomende verplichtingen vooropgesteld. Die ommezwaai van totale naar „minimum”harmonisatie mag evenwel niet overschat worden. De Richtlijn bevat erg gedetailleerde bepalingen, zodat verdergaande verplichtingen niet makkelijk de „*rule of reason*”-toets zullen kunnen doorstaan.

55. Richtlijn 2000/31 inzake elektronische handel(105) vormt enigszins een buitenbeentje. Zij stelt een ruime horizontale „harmonisatie” voorop voor alle diensten van de informatiemaatschappij aan de hand van de zogenaamde „interne markt”-bepalingen(106). Het harmonisatiesysteem uit Richtlijn 2000/31 steunt op het centrale begrip van het „gecoördineerde gebied”. Dit begrip komt overeen met het begrip „uitputting” dat hierna in paragraaf 4 wordt besproken. Het „gecoördineerde gebied” wordt in de richtlijn ruim geformuleerd, en gekoppeld aan het bekende recept van (a) oorsprongslid, waar de dienst-

(101) Voorstel, *Pb. C.* 11 december 1998, afl. 385, 10. Intussen werd ook een gewijzigd voorstel voor een richtlijn uitgevaardigd, Document 599PC0385 en *Pb. C.* 27 juni 2000, afl. 177, 21. Het Gemeenschappelijk standpunt van de Raad over dit gewijzigd voorstel vindt men in *Pb. C.* 5 maart 2002, afl. 58 E, 32. Op 27 juni 2002 bracht de Commissie advies uit over dit Gewijzigd Voorstel, zie Document COM(2002)0360def.

(102) Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 23 september 2002 betreffende de verkoop op afstand van financiële diensten aan consumenten, *Pb. L.* 9 oktober 2002, afl. 271, 16.

(103) „Lidstaten mogen geen andere bepalingen opleggen dan die welke deze richtlijn voor de door haar geharmoniseerde gebieden vaststelt, tenzij specifiek anders aangegeven in de richtlijn”.

(104) De aanslag op de lidstatelijke bevoegdheden in dit gevoelige domein, die een totale harmonisatie-richtlijn zou zijn, bleek een onoverkomelijk politiek euvel. Zie hierover meer bij L. ROEGES, „La spécificité des relations banques-clients et les services frontaliers”, *T.B.H.* 2001, 520.

(105) *Pb. L.* 17 juli 2000, afl. 178, 1.

(106) Zie hierover meer bij B.J. DRIJBER, „De Richtlijn elektronische handel op de snijtafel”, *S.E.W.* 2001, 122-138.

verlener gevestigd is en dat (b) controle op de naleving van de bepalingen uit het gecoördineerde gebied houdt (*home country control*) en (c) wederzijdse erkenning in de lidstaat van ontvangst. Op grond van het tweede lid van artikel 3, mogen lidstaten het vrij verkeer van diensten van de informatie-maatschappij vanuit een andere lidstaat niet beperken om redenen die vallen binnen het gecoördineerde gebied. Hieraan kan alleen de aan strenge eisen onderworpen vrijwaringsclausule uit artikel 3, lid 4 afbreuk doen(107). Dit geheel lijkt sterk op totale harmonisatie, waarbij artikel 3, lid 4 als een vrijwaringsclausule is te zien. Al moet daarbij gezegd dat de materiële harmonisatie die in het gecoördineerde gebied wordt doorgevoerd beperkt en daarmee minimaal is, alsmede dat lid 2 van artikel 3, het intracommunautaire dienstenverkeer verzekert door middel van een „vrij verkeers”-clausule. De referentie aan „ten minste” in de informatiebepalingen uit de Richtlijn elektronische handel wijst, voor dat onderdeel, op minimumharmonisatie.

56. De lastige kwalificatie van de in de hiervoor besproken richtlijn gehanteerde harmonisatiemethoden laat zien dat het ondanks de complexiteit van bepaalde sectoren en/of communicatiemiddelen wenselijk is uniforme instrumenten op te stellen. Zulke regels zijn nodig met het oog op de ontwikkeling van één markt en om concurrentieverstorende initiatieven in bepaalde lidstaten ter bescherming van de consument te voorkomen(108). In diezelfde lijn lijkt de Commissie ook in voormelde voorstellen van regelgeving lering te trekken uit de gevolgen van minimumharmonisatie op de interne markt.

3. *Optionele harmonisatie*

57. Er is sprake van optionele harmonisatie indien de richtlijn de producent de keuze laat tussen de geharmoniseerde normen en de nationale normen, met dien verstande dat voor producten die intracommunautair worden verhandeld de geharmoniseerde normen of de normen van het land van bestemming moeten worden gevolgd. Som-

(107) Voor een weergave van de discussie in de rechtsleer over de reikwijdte van de „interne markt-bepalingen” uit Richtlijn 2000/31, zie G. STRAETMANS, „Globalisering van financiële diensten en bescherming van de consument: enkele recente tendensen”, in *Nieuwe vormen van regulering in het consumentenrecht*, Verslagboek Studiedag 3 oktober 2002, Ministerie van Economische Zaken, Brussel, in druk.

(108) Zie hierover meer in G. STRAETMANS, „Europese regelgeving inzake verkoop op afstand: een stand van zaken”, *S.E.W.* 2000, 314-328.

mige richtlijnen laten de keuze aan de lidstaten, zoals Richtlijn 74/63(109).

58. De methode heeft als voordeel dat internationaal opererende productiebedrijven één productielijn kunnen opzetten. Lokale ondernemingen kunnen blijven voldoen aan de nationale normen. In artikel 2 van Richtlijn 70/157(110) inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen van de lidstaten betreffende het toegestane geluidsniveau en de uitlaatinrichting van motorvoertuigen, wordt een voorbeeld van optionele harmonisatie gegeven: „De Lid-Staten mogen de EEG-goedkeuring of de nationale goedkeuring van een voertuig niet weigeren om redenen in verband met het toegestane geluidsniveau en de uitlaatinrichting indien deze voldoen aan de voorschriften vermeld in deze bijlage”.

Uit de gekozen formulering blijkt dat het voldoen aan de voorschriften van de Richtlijn vrije circulatie binnen de EG oplevert. De gekozen formulering laat impliciet doch wel duidelijk, de mogelijkheid open dat volgens nationale voorschriften wordt geproduceerd.

59. Optionele harmonisatie was de favoriete methode aan het begin van de jaren zeventig, nadat de Commissie veel bezwaren tegen haar op de totale harmonisatiemethode gebaseerde programma had ontvangen. Het was de eerste koerswijziging die meer flexibiliteit toestond. Gedurende het begin van de jaren zeventig werd deze methode in 39 regelingen gehanteerd(111). Deze methode is vooral gebruikt voor de harmonisatie van productnormen op grond van artikel 94(112).

60. Optionele harmonisatie was vooral een aantrekkelijke methode op het moment dat de interne markt nog in ontwikkeling was en veel

(109) *Pb. L.* 11 februari 1974, afl. 38, 31. Artikel 3, lid 2, luidt: „De Lid-Staten kunnen toestaan dat de in de bijlage voor diervoeders vastgestelde maximumgehalten worden overschreden:

- indien de diervoeders uitsluitend zijn bestemd voor erkende diervoederfabrikanten en, na menging, voldoen aan de in de bijlage vermelde voorwaarden
- en indien elke andere bestemming door een daartoe strekkende aanduiding wordt uitgesloten.”

(110) *Pb. L.* 23 februari 1970, afl. 42, 16.

(111) P.J. SLOT, *o.c.*, 113. Zie verder LAUWAARS en MAARLEVELD, *o.c.*, H. IV.

(112) H.G. SEVENSTER, *o.c.*, 67. Zie verder J. CURALL, „Some Aspects of the Relation between Articles 30-36 and Article 100 of the EEC-Treaty with a Closer Look at Optional Harmonisation”, *YEL* 1984, 169 e.v. Zie ook de discussie door MATTERA, *o.c.*, 181-182.

producenten zich nog nadrukkelijk richtten op de nationale markt. De sterk toegenomen internationalisering van de productie maakt deze methode steeds minder aantrekkelijk. Voorts ligt het voor de hand aan te nemen dat deze methode minder aantrekkelijk en noodzakelijk is geworden door het volgen van de nieuwe aanpak. Zoals hiervoor in I, B bleek, zijn er inmiddels zo'n vierendertig richtlijnen aangenomen die deze methode volgen. De meeste van deze richtlijnen bestrijken een vrij breed aantal producteisen.

4. *Partiële harmonisatie*

61. Bij deze vorm van harmonisatie geldt de geharmoniseerde norm voor het grensoverschrijdend verkeer. Net als bij optionele harmonisatie zijn ook hier twee soorten normen aanwezig: één voor het intracommunautaire verkeer en één voor het nationale verkeer. Het verschil tussen partiële en optionele harmonisatie is, dat partiële harmonisatie vereist dat het grensoverschrijdende verkeer onderworpen moet zijn aan EG-regelingen. Het bezwaar van deze vorm, indien deze vorm van harmonisatie wordt gekozen voor het op de markt brengen van producten, is dat de producent geen keuze wordt gelaten. Het gevolg kan zijn dat er twee productielijnen nodig zijn.

62. Een voorbeeld van partiële harmonisatie is Richtlijn 64/433(113) inzake gezondheidsvraagstukken op het gebied van het intracommunautaire handelsverkeer in vers vlees. Artikel 3, lid 1, bepaalt: „1. Iedere Lid-Staat draagt er zorg voor dat uit zijn gebied naar het gebied van een andere Lid-Staat slechts vers vlees wordt verzonden dat, onverminderd het bepaalde in artikel 8, voldoet aan de volgende voorwaarden: (...)”

Een ander voorbeeld was Richtlijn 84/631(114) betreffende toezicht en controle in de Gemeenschap op grensoverschrijdende overbrenging van gevaarlijke afvalstoffen.

63. Opgemerkt moet worden dat de methode van partiële harmonisatie slechts zelden wordt gebruikt in de Gemeenschap, omdat het te

(113) *Pb. P.* 29 juli 1964, afl. 121, 2012.

(114) *Pb. L.* 13 december 1984, afl. 326, 31. Artikel 4, lid 1, luidt: „Grensoverschrijdende overbrenging mag niet plaatsvinden voordat de in lid 2, onder a) of b), bedoelde autoriteit van de Lid-Staat de ontvangst van de kennisgeving heeft bevestigd. De ontvangstbevestiging moet worden vermeld op het begeleidend document.” De richtlijn is inmiddels vervangen door verordening (EEG) nr. 259/93, *Pb. L.* 6 februari 1993, afl. 30, 1.

regelen onderwerp vaak meer betreft dan alleen het opstellen van productnormen voor grensoverschrijdende activiteiten(115).

5. *Alternatieve harmonisatie*

64. Soms voorziet de richtlijn in alternatieve methodes om de nagestreefde doelen te bereiken. Een lidstaat mag kiezen welke van de alternatieve methodes hij wil gebruiken. Een voorbeeld is te vinden in Richtlijn 76/464(116) betreffende de verontreiniging veroorzaakt door bepaalde gevaarlijke stoffen die in het aquatisch milieu van de Gemeenschap worden geloosd. De achtste overweging van deze Richtlijn luidt: „Overwegende dat de Lid-Staten deze grenswaarden moeten toepassen, behalve in het geval dat een Lid-Staat volgens een door de Raad vastgestelde controleprocedure tegenover de Commissie kan bewijzen dat de door de Raad op voorstel van de Commissie vastgestelde kwaliteitsdoelstellingen in het gehele eventueel door lozingen beïnvloede geografische gebied zijn bereikt en voortdurend worden gehandhaafd dankzij de actie die onder meer door deze Lid-Staten wordt gevoerd.”

65. Een ander voorbeeld is Richtlijn 89/428(117) tot vaststelling van de procedure voor harmonisering van de programma's tot vermindering en uiteindelijk algehele opheffing van de verontreiniging door afval van de titaandioxide-industrie. In artikel 8, lid 1, wordt lidstaten de mogelijkheid gegeven te kiezen voor kwaliteitsdoelstellingen in plaats van emissienormen. Deze situaties doen zich echter zelden voor in het proces van harmonisatie.

6. *Minimumharmonisatie*

66. Bij deze methode worden op Gemeenschapsniveau minimumnormen vastgesteld, maar afzonderlijke of samenwerkende lidstaten mogen strengere eisen stellen. Bepaalde Verdragsbepalingen schrijven uitdrukkelijk minimumharmonisatie voor. Een voorbeeld is het hoger besproken artikel 137, lid 2 (na de inwerkingtreding van het Verdrag van Nice, artikel 137, lid 2 b) EG). Andere Verdragsartikelen die

(115) Zie Richtlijn 79/7/EEG, *Pb. L.* 10 januari 1979, afl. 6, 24 en Richtlijn 86/378/EEG, *Pb. L.* 12 augustus 1986, afl. 225, 40, over gelijke behandeling op het gebied van de sociale zekerheid.

(116) *Pb. L.* 18 mei 1976, afl. 129, 23.

(117) *Pb. L.* 14 juli 1989, afl. 201, 56.

kunnen dienen als rechtsbasis voor harmonisatie, schrijven geen specifieke methode van harmonisatie voor.

67. Minimumharmonisatie(118) wordt vooral gepropageerd op het terrein van de consumentenbescherming(119), het milieu en de volksgezondheid. Een voorbeeld is Richtlijn 80/665(120) betreffende ringrot bij aardappelen. De laatste overweging van deze richtlijn luidt: „Overwegende dat het wenselijk is dat de Lid-Staten voor het in bijzonderheden uitwerken van de minimummaatregelen en voor elke andere maatregel tegen het binnenbrengen van de ziekte op hun grondgebied nauw met de Commissie samenwerken in het bij Besluit 76/894/EEG ingesteld Permanent Plantenziektenkundig Comité.”

Artikel 1 luidt:

„Deze Richtlijn heeft betrekking op de in de Lid-Staten te nemen minimummaatregelen tegen ringrot bij aardappelen veroorzaakt door: „*Corynebacterium sepedonicum* (Spieck. et Koth.) Skapt. et Burkh.” teneinde:

- het optreden daarvan te voorkomen,
- haar te lokaliseren,
- haar onder controle te houden met het doel haar uit te roeien,
- haar verbreiding tegen te gaan.”

68. Minimumharmonisatie is, relatief gezien, een laatkomer in de geschiedenis van harmonisatie van de EG. Dat de methode een levensvatbaar instrument kon zijn, kreeg slechts geleidelijk erkenning, wat het gevolg was van het feit dat in de beginperiode van de EG de nadruk met name werd gelegd op het opheffen van handelsbelemmeringen. Toen daarna de doelen milieubescherming en consumenten-

(118) Het gaat daarbij om een minimum dat communautair als zodanig wordt vastgesteld en niet om een minimum dat voor alle lidstaten aanvaardbaar zou moeten zijn: zie in die zin H.v.J. 12 november 1996, nr. C-84/94, Verenigd Koninkrijk t. Raad, *Jur. H.v.J.* 1996, I-5755. Minimumharmonisatie staat dus niet gelijk aan de laagste graad van bescherming die door de lidstaten is vastgesteld of de kleinste gemene deler, maar verwijst gewoon naar de mogelijkheid dat lidstaten strengere maatregelen mogen nemen, hoe hoog de gemeenschapsnorm ook moge zijn. De communautaire minimumnorm hoeft omgekeerd ook niet gelijk te zijn aan het niveau van de lidstaat met de hoogste bescherming of aan het technisch hoogst mogelijke niveau, zie in die zin o.m. H.v.J. 13 mei 1997, nr. C-233/94, Duitsland t. Raad, *Jur. H.v.J.* 1997, I-2405, inzake minimumnormen voor depositogarantiestelsels; zie hierover P.J. SLOT, „Harmonisation of Laws”, *E.L.Rev.* 1996, 385 en zie ook R. VAN OOIK, *De keuze van de rechtsgrondslag voor besluiten van de Europese Unie*, Deventer, Kluwer, 1999, 304.

(119) Zie hierover verder, IV. C., maar vergelijk met de groeiende aandacht vanwege de Commissie voor totale harmonisatie, ook met gevolgen in het domein van consumentenbescherming, besproken in punt 2, van dit onderdeel.

(120) *Pb. L.* 14 juli 1980, afl. 180, 30.

bescherming actiever nagestreefd werden, werd het duidelijk dat gezamenlijk optreden alleen bereikt kon worden als de aspiraties werden gesteld op een niveau dat acceptabel was voor alle lidstaten. Deze minimumharmonisatie werd een belangrijke methode aan het einde van de jaren zeventig en in de jaren tachtig. Het werd met name, zoals hoger beschreven, belangrijk na de inwerkingtreding van de Europese Akte, die o.m. een nieuwe titel over milieubescherming bevatte. Deze methode kreeg een verdere opleving met de aanvaarding van een nieuwe titel over consumentenbescherming in het Verdrag van Maastricht en verdere verfijning daarvan met het Verdrag van Amsterdam. Tegenwoordig wordt de methode van minimumharmonisatie veelvuldig gebruikt(121), al moet men, zoals hoger vermeld, vaststellen dat de Europese wetgever voor bepaalde sectoren opnieuw totale harmonisatie prefereert. Laatst vermelde vaststelling neemt niet weg dat een verdere opgang van de richtlijn met minimumvoorschriften, als geprefereerde harmonisatiemethode, in de lijn van de verwachtingen ligt(122). Daartoe draagt ook Advies 2/91(123) van het Hof betreffende ILO Overeenkomst nr. 170 bij, dat belangrijke gevolgen van minimumharmonisatie voor de externe bevoegdheden van de Gemeenschap inperkt. In paragraaf 18 van dit Advies stelt het Hof dat, omdat de EG wetgeving die het betrokken onderwerp bestreekt, gebaseerd was op artikel 137, lid 2 EG, dat minimumharmonisatie voorschrijft, er geen conflict tussen de EG-regels en de ILO-regels kon zijn. Artikel 19 (8) van de ILO-Constitutie laat expliciet toe dat leden van de organisatie strengere regels mogen aannemen dan die, waarin de overeenkomsten en aanbevelingen voorzien. In paragraaf 21 merkt het Hof op dat een vergelijkbaar argument van toepassing is in het geval van EG-wetgeving, die gebaseerd is op artikel 94 en die minimumharmonisatie toepast. Het

(121) H.G. SEVENSTER, *o.c.*, 186-187.

(122) Zo benadrukt de Mededeling van de Commissie: Vereenvoudiging en verbetering van regelgeving, Brussel, 5 december 2001, COM(2001)726def. dat meer gebruik moet gemaakt worden van minder gedetailleerde richtlijnen en dat de richtlijn weer een instrument moet worden waarmee een kader wordt geschapen en de te bereiken doelstellingen worden vastgelegd (punt 2.B). Daar staat dan wel tegenover dat het Advies van 21 maart 2002 van het Economisch en Sociaal Comité over deze Mededeling, *Pb. C.* 27 mei 2002, afl. 125, 105 onder punt 8.1.1. meldt dat er veel valt voor te zeggen om de regels voor de interne markt vaker vast te leggen in verordeningen, aangezien deze in alle lidstaten op uniforme wijze moeten ten uitvoer gelegd worden, terwijl richtlijnen moeten worden omgezet met alle vertraging en uitvoeringsgeschillen van dien. Zie ook in dit verband de discussie omtrent het al dan niet minimum harmonisatie karakter van de Richtlijn inzake verkoop op afstand van financiële diensten, vermeld onder 2, van dit onderdeel.

(123) Advies 2/91 van het Hof van 19 maart 1993, ILO, *Jur. H.v.J.* 1993, I-1061.

Advies leidt derhalve tot de conclusie dat de AETR-doctrine(124) niet van toepassing is in situaties waar zowel de betrokken internationale verplichtingen als de bepalingen van Gemeenschapsrecht gebaseerd zijn op het beginsel van minimumharmonisatie(125). Het in het Advies geformuleerde beginsel kan daarom een prikkel zijn voor lidstaten om de methode van minimumharmonisatie te prefereren.

69. De aard van minimumharmonisatie, die flexibiliteit naar boven toe op nationaal niveau toelaat, roept interessante vragen op over gelijke concurrentievoorwaarden voor zowel producenten van geïmporteerde als van nationaal geproduceerde goederen. Dit werd duidelijk gedemonstreerd in het Gallaher-arrest(126) van het Hof van Justitie. De zaak ging over Richtlijn 89/622(127) betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten inzake de etikettering van tabaksproducten. Artikel 3, derde lid, bepaalt dat het teer- en nicotinegehalte in duidelijk leesbare letters vermeld moet worden op de zijkant van een pakje sigaretten. Deze vermelding moet ten minste 4% van de oppervlakte van de zijkant beslaan. Artikel 8, lid 1, vereist dat lidstaten de verkoop van producten die voldoen aan deze Richtlijn, niet verbieden of beperken om redenen die verband houden met de etikettering. De implementerende wetgeving van het Verenigd Koninkrijk vereiste dat ten minste 6% van de oppervlakte werd bedekt. Geïmporteerde pakjes sigaretten die voldeden aan de eisen die andere lidstaten stelden in navolging van de Richtlijn, werden echter beschouwd als zijnde in

(124) H.v.J. 31 maart 1971, nr. 22/70, Commissie t. Raad, *Jur. H.v.J.* 1971, 263. Deze doctrine houdt in dat de Gemeenschap naast de bevoegdheden die expliciet door het Verdrag gegeven worden, ook impliciete bevoegdheden heeft die voortvloeien uit andere verdragsbepalingen en uit handelingen die in het kader van deze bepalingen verricht zijn. Elke keer wanneer de Gemeenschap voor de tenuitvoerlegging van een gemeenschappelijk beleid bepalingen heeft getroffen, waarbij gemeenschappelijke regels zijn ingevoerd, zijn de lidstaten niet meer gerechtigd om, collectief of individueel, met derde landen verplichtingen aan te gaan die deze regels, of de betekenis daarvan, aantasten. Bovendien zal telkens wanneer het Gemeenschapsrecht de instellingen op intern vlak bevoegdheden toekent om een bepaald doel te verwezenlijken, de Gemeenschap bevoegd zijn de ter verwezenlijking van dat doel noodzakelijke internationale verbintenissen aan te gaan, ook indien een uitdrukkelijke bepaling terzake ontbreekt. Zie hierover meer uitgebreid, K. LENAERTS, „De Europese Unie: doel of middel?“, *R.W.* 1998-1999, 692 e.v. en A. DASHWOOD, „The limits of European Community Powers“, *E.L.Rev.* 1996, 113-128.

(125) Het Hof sprak zich in Advies 2/91 evenwel niet uit over de internationale bevoegdheid van lidstaten wanneer een internationaal verdrag geen minimumregeling bevat over een onderwerp dat door een Europese minimale harmonisatierichtlijn wordt bestreken. Zie hierover de verregaande interpretatie van H.A.G. TEMMINK, „Minimumnormen in EG-richtlijnen“, *S.E.W.* 1995, 88-91.

(126) H.v.J. 22 juni 1993, nr. C-11/92, *Jur. H.v.J.* 1993, I-3545.

(127) *Pb. L.* 8 december 1989, afl. 359, 1. Het regime van de richtlijn is inmiddels verschillende malen aangescherpt.

overeenstemming met de vereisten van de Britse wetgeving. De verzoekers in deze zaak voerden aan dat het feit, dat de Richtlijn gebaseerd was op oud artikel 100A EG (thans artikel 95) en als doel had de handelsbelemmeringen op te heffen, de regering van het Verenigd Koninkrijk had moeten weerhouden van het introduceren van strengere eisen. Een vergelijkbaar argument werd gebaseerd op oud artikel 7A EG (thans artikel 14). Gesteld werd dat een voorwaarde voor de instelling en de werking van een interne markt het bestaan van niet-verstorende concurrentievoorwaarden was. De verzoekers voerden verder aan, dat de woorden „ten minste” aangaven dat de producenten enige bewegingsruimte hadden. Het Hof volgde de argumenten van de verzoekers niet en stelde de Britse regering in het gelijk.

70. Dit voorbeeld laat duidelijk zien dat minimumharmonisatie kan leiden tot ongelijke concurrentievoorwaarden, met andere woorden, tot omgekeerde discriminatie. Of lidstaten daadwerkelijk ervoor kiezen om strengere regels te stellen, zal afhangen van de nationale beleidsprioriteiten en de aard en de marktpositie van de nationale industrieën. De problemen die samenhangen met hogere nationale eisen, zullen afnemen naarmate de marktintegratie toeneemt.

71. Voorts stelt zich de voor de praktijk belangrijke vraag of in geval van minimumharmonisatie hogere nationale eisen kunnen worden toegepast op ingevoerde producten. Zoals uit het Gallaher arrest blijkt, is dit niet toegestaan indien de betreffende richtlijn een zogenaamde vrije verkeersclausule bevat(128). Indien een dergelijke clausule in een minimumharmonisatierichtlijn ontbreekt, herleeft het toetsingskader van artikel 30, waarbij het een interessante vraag is of in dat geval ook de „*rule of reason*”(129) van toepassing kan zijn. Op deze vraag komen we in onderdeel II.E terug. Hier zij alvast gemeld dat de terugverwijzing naar het Verdragssysteem spoort met de principes neergelegd in artikel 95, leden 4 en 5 en o.m. de artikelen 153 en 176 EG.

(128) H.v.J. 22 juni 1993, nr. C-11/92, Gallaher, *Jur. H.v.J.* 1993, 1-3545.

(129) Zoals bekend, is het voor de toepasselijkheid van deze regel nodig dat communautaire wetgeving terzake ontbreekt. In dit geval is zulke communautaire wetgeving er wel, maar voldoet deze niet aan de nationaalrechtelijke ambities.

7. Wederzijdse erkenning van nationale normen

72. Deze methode vormde het uitgangspunt van het Cassis de Dijon-arrest. De grondgedachte hierachter is, dat binnen de landen van de EU de opvattingen over wat een gezond en veilig product is, in beginsel niet veel per lidstaat moeten verschillen. Een gezond brood voor een Fransman, bijvoorbeeld, zou ook acceptabel moeten zijn voor een Deen. Strikt genomen vindt bij deze methode van opheffing van handelsbelemmeringen geen harmonisatie van wetgeving plaats. De lidstaten zien immers slechts af van toepassing van de eigen wetgeving, omdat zij erkennen dat de wetgeving uit andere lidstaten een vergelijkbare bescherming biedt. In feite kan op deze manier wel een (spontane) toenadering van nationale wetten ontstaan. De betrokken industrie zal die bepalingen, die kostenbesparend zijn en die leiden tot een toename van het aantal consumenten, volgen. De industrie zal er ook voor pleiten dat nationale regels die een zwaardere belasting vormen, worden aangepast uit overwegingen van rechtvaardigheid en gelijke concurrentievoorwaarden.

73. Een voorbeeld van wederzijdse erkenning van nationale normen is Richtlijn 89/48(130) betreffende een algemeen stelsel van erkenning van hoger onderwijsdiploma's waarmee beroepsopleidingen van tenminste drie jaar worden afgesloten. Artikel 3 luidt: „Wanneer in de ontvangende Lid-Staat de toegang tot of de uitoefening van een gereguleerd beroep afhankelijk wordt gesteld van het bezit van een diploma, mag de bevoegde autoriteit een onderdaan van een Lid-Staat de toegang tot de uitoefening van dat beroep onder dezelfde voorwaarden als die welke voor eigen onderdanen gelden, niet weigeren wegens onvoldoende kwalificaties...”.

74. In 1999 kreeg het beginsel van wederzijdse erkenning nog een nieuwe impuls door de Resolutie van de Raad van 28 oktober 1999(131). Het in de vrij verkeersrechtspraak vervatte algemene

(130) *Pb. L.* 24 januari 1989, afl. 19, 16. De meest recente aanvulling van deze richtlijn is Richtlijn 95/43/EG van 20 juli 1995 tot wijziging van de bijlagen C en D van Richtlijn 92/51/EEG betreffende een tweede algemeen stelsel van erkenning van beroepsopleidingen, ter aanvulling van Richtlijn 89/48/EEG, *Pb. L.* 3 augustus 1995, afl. 184, 21. Zie tenslotte ook Richtlijn 99/42/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende de invoering van een regeling voor de erkenning van diploma's betreffende beroepswerkzaamheden die binnen de werkingssfeer van de liberaliseringsrichtlijnen en van de richtlijnen houdende overgangsmaatregelen vallen en tot aanvulling van het algemeen stelsel van erkenning van diploma's, *Pb. L.* 31 juli 1999, afl. 201, 77.

(131) Resolutie van de Raad betreffende wederzijdse erkenning, *Pb. C.* 19 mei 2000, afl. 141, 5.

beginsel van wederzijdse erkenning treedt niet automatisch in werking(132). Verder blijft het in de praktijk moeilijk om na te gaan of de controle in de lidstaat van uitvoer op vergelijkbare wijze geschiedt als in de lidstaat van invoer. Dit beginsel blijft daardoor een constant aandachtspunt voor de realisatie van de interne markt(133).

75. De Gemeenschap beschikt over verschillende instrumenten om de naleving van het beginsel van wederzijdse erkenning te bevorderen. Hoger werd reeds, naar aanleiding van de analyse van de „nieuwe aanpak” (Hoofdstuk I, § 2), gewezen op Richtlijn 98/34 (de geconsolideerde versie van Richtlijn 83/189). Deze regeling voorziet in een notificatieprocedure, op grond waarvan de lidstaten worden verplicht nationale ontwerpregelgeving van technische voorschriften mee te delen aan de Commissie die dan kan nagaan of zij het vrij verkeer belemmeren. De notificatieplicht geeft de Commissie de mogelijkheid de verhouding met vergelijkbare technische voorschriften uit andere lidstaten vast te stellen en na te gaan of aan de richtlijnverplichting te voorzien in wederzijdse erkenning (vb. door een clause van wederzijdse erkenning), gevolg is gegeven(134). Indien de Commissie vaststelt dat de lidstaat verzaakt aan de toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning, kan zij, zoals hoger reeds aangegeven, een inbreukprocedure op grond van artikel 226 EG inleiden. In de Franse „foie gras”-zaak kwam het Hof aldus tot het besluit dat de afwezigheid van een clause van wederzijdse erkenning in regelgeving inzake foie-gras producten een inbreuk uitmaakte op artikel 28 EG(135). In dezelfde lijn zal men er zich voor moeten hoeden de wederzijdse erkenning niet zo te clausuleren dat het nuttig effect aan het beginsel wordt ontnomen(136).

(132) Bij afwezigheid van een clause van wederzijdse erkenning op grond waarvan producten en diensten die voldoen aan voorschriften van andere lidstaten die een gelijkwaardige bescherming bieden, tot de nationale markt worden toegelaten, rest er de overheidsdiensten van de lidstaat van invoer niets dan de nationale wetgeving. Zie hierover met betrekking tot het Europees overeenkomstenrecht, M. TRAEST, „Harmonisatie en wederzijdse erkenning in het kader van een Europees overeenkomstenrecht: een grondslagenonderzoek”, *T.P.R.* 1996, nr. 2, 409-463.

(133) Zie hierover meer uitgebreid, J.S. WATSON, „Wederzijdse erkenning binnen de interne markt: een nieuwe impuls”, *N.T.E.R.* 2000, 41-48.

(134) Zie artikel 9, Richtlijn 98/34/EG, *Pb. L.* 21 juli 1998, afl. 204, 37 en zie J.S. WATSON, *o.c.*, 45.

(135) H.v.J. 22 oktober 1998, nr. C-184/96, Commissie t. Frankrijk, *Jur. H.v.J.* 1998, I-6197. De vaststelling dat foie gras slechts in geringe mate buiten Frankrijk wordt geproduceerd en die producten beantwoorden aan de Franse regelgeving, deed geen afbreuk aan die conclusie. De toetreding van Hongarije, een belangrijke foie gras producent, maakt het wegnemen van belemmeringen voor het vrij verkeer nadrukkelijk noodzakelijk.

(136) Zie hierover meer uitgebreid, J.S. WATSON, „Wederzijdse erkenning binnen de interne markt: een nieuwe impuls”, *N.T.E.R.* 2000, 47.

76. Een ander instrument om belemmeringen aan vrij verkeer van goederen op te sporen en derhalve het falen van het beginsel van wederzijdse erkenning, is de zogenaamde informatiebeschikking. Beschikking 3052/95(137) schrijft de lidstaten immers voor de Commissie te melden wanneer zij de toegang tot de nationale markt ontzeggen aan een product dat rechtmatig werd vervaardigd of in de handel gebracht op het grondgebied van een andere lidstaat. Anders dan de meldprocedure uit Richtlijn 98/34, die verbonden is aan een „stand still” vanwege de lidstaat, gebeurt de melding op grond van voormelde Beschikking achteraf. Het niet naleven van de meldplicht heeft dus geen gevolgen voor de toepassing van de betrokken regelgeving ten aanzien van derden. In het Verslag van de Commissie over de werking van Richtlijn 98/34 gedurende de periode 1995-1998 wordt nadrukkelijk gewezen op de aanvullende rol van Beschikking 3052/95(138), die fungeert als *veiligheidsnet* voor zover geen andere kennisgevingsverplichting van toepassing is(139).

77. In voormelde Resolutie van de Raad van 28 oktober 1999 wordt de Commissie opgedragen de werking van het bestaande instrumentarium te optimaliseren en bij te dragen tot een ruimere bewustwording van het beginsel van wederzijdse erkenning in de lidstaten(140). Daarbij zal voornamelijk aandacht moeten besteed worden aan welk soort transparantie nodig is voor het beheer van de interne markt en hoe deze het best kan worden bereikt.

8. *Wederzijdse erkenning van controles*

78. In tegenstelling tot de hiervoor besproken erkenning van nationale wetgeving beperkt deze vorm zich uitsluitend tot het accepteren van elkaars controles en testresultaten. Het is belangrijk deze twee vormen van erkenning goed uit elkaar te houden.

(137) Beschikking 3052/95/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 december 1995 tot vaststelling van een procedure voor de uitwisseling van informatie over nationale maatregelen waarbij wordt afgeweken van het beginsel van het vrije verkeer van goederen binnen de Gemeenschap, *Pb. L.* 30 december 1995, afl. 321, 1.

(138) Zie het Verslag van 7 juli 2000, Brussel, COM(2000)429def.

(139) Zie in dit verband het Verslag van de Commissie over de toepassing van Beschikking 3052/95 in 1997 en 1998, Brussel, 7 april 2000, COM(2000)194def.

(140) Voor een actuele stand van zaken zij verwezen naar het zogenaamde „scorebord van de interne markt” van de Commissie en de Verslagen over de toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning op de goederen- en dienstenmarkten, Eerste Verslag SEC(99)1106 van 13 juli 1999. Zie voor een economische analyse, J. PELKMANS, *Mutual recognition in goods and services: an economic perspective*, Bruges European Policy Briefings, December 2002.

Een voorbeeld is Richtlijn 88/320(141) inzake de inspectie en verificatie van de goede laboratoriumpraktijken (GLP).

Artikel 5, lid 1, luidt: „1. Onverminderd artikel 6 zijn de resultaten van de door een Lid-Staat uitgevoerde inspecties van laboratoria en controles op het onderzoek in verband met de naleving van de GLP-beginselen bindend voor de andere Lid-Staten.”

79. Het is interessant te zien dat het Hof ervoor terugschrikt dit beginsel in zijn eigen jurisprudentie toe te passen. In een zaak met betrekking tot de erkenning van de keuringsbewijzen van garagebedrijven in België door de Nederlandse autoriteiten(142), overwoog het Hof het volgende: „Van Schaik noemt de situatie waarin de dienstverrichting in Nederland afhankelijk is van een vestigingsvergunning, onverenigbaar met artikel 49 van het Verdrag. Een inbreuk op artikel 49 ziet hij in het feit dat garagebedrijven in andere Lid-Staten niet kunnen worden erkend als APK-keuringsstation. Op dit punt kan worden volstaan met de opmerking, dat wanneer de Nederlandse Staat in andere Lid-Staten gevestigde garagebedrijven een erkenning in de zin van artikel 9g WVV zou verlenen, dit zou neerkomen op een uitbreiding van een overheidsprerogatief tot buiten het nationale grondgebied. In een dergelijke situatie is artikel 49 van het Verdrag niet van toepassing.”

(141) *Pb. L.* 11 juni 1988, afl. 145, 35. De derde en vierde overweging van deze Richtlijn luiden:

„Overwegende dat het bij het testen van chemische produkten wenselijk is de capaciteit van gespecialiseerd personeel en testlaboratoria niet wegens duplicatie van tests als gevolg van verschillende laboratoriumpraktijken in de Lid-Staat te verspillen; dat dit met name geldt voor de bescherming van dieren, hetgeen beperking vereist van het aantal dierproeven overeenkomstig Richtlijn 86/609 van de Raad van 24 november 1986 inzake de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de Lid-Staten betreffende de bescherming van dieren die voor experimentele en andere wetenschappelijke doeleinden worden gebruikt; dat wederzijdse erkenning van de resultaten van tests waarbij erkende standaardmethodes gebruikt zijn, een essentiële voorwaarde is voor het verminderen van het aantal experimenten op dit gebied;

Overwegende dat, willen de testgegevens van laboratoria in een Lid-Staat ook erkend worden door andere Lid-Staten, evenwel moet worden voorzien in een geharmoniseerd systeem voor controle op het onderzoek en inspectie van de laboratoria, ten einde te verzekeren dat zij volgens de GLP werken.”

Soms wordt de corresponderende plicht tot wederzijdse erkenning van controles vereist, zoals in Richtlijn 95/53/EG, *Pb. L.* 8 november 1995, afl. 265, 17, tot vaststelling van de beginselen inzake de organisatie van officiële controles op het gebied van diervoeding. Artikel 10 stelt: „De Lid-Staten treffen de nodige maatregelen opdat de voor verzending naar een andere Lid-Staat bestemde producten met dezelfde zorg worden gecontroleerd als die welke bestemd zijn om op hun eigen grondgebied in het verkeer te worden gebracht.”

(142) H.v.J. 5 oktober 1994, nr. C-55/93, Van Schaik, *Jur. H.v.J.* 1994, I-4837, overwegingen 15 en 16. Zie verder de annotatie van P.J. SLOT in *S.E.W.* 1995, 128.

9. Kanttekeningen bij de methodes van harmonisatie

80. Het is mogelijk dat in één richtlijn verschillende vormen van harmonisatie naast elkaar worden gebruikt. Zo voorziet Richtlijn 80/778(143) over de kwaliteit van drinkwater in totale harmonisatie voor de regels voor producten gemaakt met behulp van drinkwater en minimumharmonisatie voor de regels met betrekking tot de kwaliteit voor drinkwater zelf. In dezelfde lijn voorziet de hoger besproken Richtlijn 84/450 inzake misleidende reclame in minimumharmonisatie voor wat de misleidende reclame betreft, terwijl het onderdeel met betrekking tot vergelijkende reclame totaal werd geharmoniseerd.

81. Daarnaast vertonen ook de liberaliseringsrichtlijnen ter zake van financiële diensten een bijzondere samengang van minimumharmonisatie en wederzijdse erkenning. Zo steunt de „vrijmaking” van zowel de bank- als de verzekeringsmarkt(144) enerzijds op de vaststelling in richtlijnen van de minimum (wezenlijke, noodzakelijke en voldoende) harmonisatie(145). Daardoor is het mogelijk om te komen tot wederzijdse erkenning van nationale vergunningen en stelsels van bedrijfseconomisch (prudentieel) toezicht. Beide tezamen maken het respectievelijk banken en verzekeringsondernemingen mogelijk om op grond van één vergunning (*single licence*) overeenkomstig het „*home country control*”-beginsel (beginsel van toezicht door de lidstaat van oorsprong) respectievelijk bank- of verzekeringsdiensten aan te bieden in de gehele Gemeenschap. Wel kan de „*host country*” (de lidstaat van ontvangst) op grond van de zogenaamde „algemeen belang”-clausule uit de richtlijnen de naleving van nationale wetgeving aan buitenlandse banken of verzekeringsondernemingen opleggen, voor zover deze verenigbaar is met het EG-Verdrag. De wijze waarop de reikwijdte van de harmonisatie wordt geïnterpreteerd en dientengevolge het wederzijdse vertrouwen genereert op grond waarvan de wederzijdse erkenning toepassing kan vinden, speelt daarbij een bij-

(143) *Pb. L.* 30 augustus 1980, afl. 229, 11. Verdere voorbeelden zijn te vinden in P.J. SLOT, *Elimination of technical and administrative obstacles to trade in the EEC*, Dissertatie, Leiden, 1975, nrs. 15, 18, 25, 33, 44, 49, 55, 65, 70 van de Appendix C op p. 27 e.v. Dit betreft voorbeelden tot 1 januari 1975. Zie voor verdere voorbeelden H.G. SEVENSTER, *o.c.*, 189 e.v.

(144) Zie hierover uitgebreid, J. STUYCK en G. STRAETMANS, *Financiële diensten en de consument*, Deurne, Kluwer, 1994, 295.

(145) Eenzelfde harmonisatietechniek werd ook toegepast voor de vrijmaking van de diensten op het gebied van beleggingen in effecten, zie Richtlijn 93/22/EEG, *Pb. L.* 11 juni 1993, afl. 141, 27, en recent daarover H.v.J. 21 november 2002, nr. C-356/00, Antonio Testa e.a. t. Consob, *Jur. H.v.J.* 2002, nog niet gepubliceerd.

zonder belangrijke rol(146). Het zal dan ook niet verwonderen dat het bijzondere samenspel bij financiële diensten van wederzijdse erkenning en algemeen belang de lidstaten er vaak toe bracht nagenoeg de gehele bestaande financiële wetgeving als „van algemeen belang” te beschouwen.

82. Opgemerkt dient ook te worden dat meer algemeen gesproken, bij minimumharmonisatie(147) niet uit de tekst van de richtlijn kan worden opgemaakt in hoeverre de nationale normen strenger zijn dan de in de richtlijn gestelde normen. Hiervoor moet gekeken worden naar de nationale uitvoeringsmaatregelen. Richtlijn 89/622(148) inzake de etikettering van tabaksproducten laat dit duidelijk zien. In deze context is het nuttig erop te wijzen dat de meeste richtlijnen de lidstaten verplichten de uitvoeringsmaatregelen bij de Commissie te melden. Op deze manier kan de Commissie toezicht houden op de uitvoering van de richtlijnen en de verenigbaarheid van nationale maatregelen met de richtlijnbevestigingen nagaan. Dit heeft in verscheidene gevallen geleid tot procedures op grond van artikel 226 EG.

83. Als harmonisatiemethode wordt tenslotte ook wel eens „verwijzing naar de normen” genoemd. De hiervoor in I, B besproken „nieuwe aanpak” is er een mooie illustratie van. Het is immers een wetgevingstechniek waarvan de uitgangspunten in de wet of in richtlijnen worden vastgelegd, maar waarvan de invulling van vooral technische normen wordt overgelaten aan privaatrechtelijke normalisatie-instituten en -organisaties, zoals CEN(149), CENELEC(150) en ISO(151), alsmede Europese en wereldwijde organisaties.

(146) Zie hierover met betrekking tot de verzekeringsmarkt, G. STRAETMANS en P.J. SLOT, „Europees vrij verkeer versus polisvoorwaarden”, in T. HARTLIEF en M.M. MENDEL (red.), *Verzekering en maatschappij* in de *Reeks Meijers Instituut Universiteit Leiden*, Deventer, Kluwer, 2000, 343-370.

(147) Dit geldt ook voor de methode van optionele harmonisatie, die gebruikt wordt om lidstaten een keuze te laten, alsmede voor die van alternatieve harmonisatie.

(148) *Pb. L.* 8 december 1989, afl. 359, 1. Zie par. 4.5.

(149) Comité Européen de Normalisation.

(150) Comité Européen de Normalisation Electrotechnique.

(151) International Organization for Standardization.

D. HET TOEPASSINGSBEREIK VAN EEN RICHTLIJN: UITPUTTING VERSUS HARMONISATIEMETHODES

84. Van de in de vorige paragraaf behandelde harmonisatiemethodes moet de vraag of een bepaalde richtlijn een uitputtende regeling biedt, duidelijk onderscheiden worden. Deze vraag stelt zich wanneer nationale wetgeving wordt getoetst aan het Gemeenschapsrecht. Ook rijst deze vraag wanneer lidstaten nieuwe wetgeving willen aannemen en er een richtlijn of verordening op het desbetreffende terrein is. Zo was in het Ratti-arrest de vraag aan de orde of de Italiaanse wetgever een verplichting op kon leggen om op de verkoopverpakking de aanwezigheid van benzeen en andere stoffen in het oplosmiddel of in het product te vermelden, met specificatie van het totale percentage daarvan. Deze vraag diende te worden beoordeeld in het licht van Richtlijn 77/173(152) inzake de indeling, de verpakking en het kenmerken van bepaalde gevaarlijke preparaten (oplosmiddelen). Omdat de Richtlijn voorzag in regels betreffende de verpakking en de kenmerken, konden dergelijke nationale vereisten alleen opgenomen worden voor zover de Richtlijn dat toestond.

85. Bij het vraagstuk van de uitputtendheid gaat het erom vast te stellen of de richtlijn cq. de Gemeenschapswetgeving het onderwerp, waarover het geschil gaat, volledig dekt(153). In het Ratti-arrest was dit het geval(154). Het is ook mogelijk dat, hoewel er op het litigieuze terrein communautaire wetgeving is, deze slechts algemeen is en het onderwerp niet uitputtend regelt. Ten aanzien van een bepaald onderwerp kan het zo zijn dat de betreffende communautaire regeling onvoldoende waarborgen biedt om het gerechtvaardigde nationale belang te beschermen. Een dergelijke situatie deed zich voor in het Campus Oil-arrest(155). In dat arrest ging het Hof nauwkeurig na of het door Ierland beoogde doel, te weten de veiligstelling van de nationale olievoorziening, in voldoende mate werd geregeld in de betreffende Gemeenschapswetgeving. Het Hof kwam daarbij tot de

(152) H.v.J. 5 april 1979, nr. 148/78, Ratti, *Jur. H.v.J.* 1979, 1629.

(153) Zie voor een meer gedetailleerde bespreking van het onderwerp E.D. CROSS, „Pre-emption of Member State Law in the EEC: A Framework for Analysis”, *CMLRev.* 1992, 447 e.v.

(154) H.v.J. 5 april 1979, nr. 148/78, Ratti, *Jur. H.v.J.* 1979, 1629, ro. 31.

(155) H.v.J. 10 juli 1984, nr. 72/83, Campus Oil, *Jur. H.v.J.* 1984, 2727. In de zogenaamde „golden share”-arresten werd dit beginsel verder gespecificeerd; H.v.J. 4 juni 2002, nrs. C-483/99, Commissie t. Frankrijk, C-367/98, Commissie t. Portugal en C-503/99, Commissie t. België, *Jur. H.v.J.* 2002, I-4781, I-4731 en I-4809.

conclusie dat dit niet het geval was. Met andere woorden de communautaire wetgeving was niet uitputtend.

86. Een vergelijkbare situatie deed zich voor in het arrest Ciderie Ruwet(156). In dit arrest hanteerde het Hof de term „gedeeltelijke” harmonisatie om aan te geven dat het terrein niet uitputtend door de richtlijn werd bestreken.

87. Het is wellicht nuttig erop te wijzen dat „uitputtendheid” een relatief begrip is in de verhouding Gemeenschapsrecht versus nationaal recht. Een Gemeenschapsregeling is nooit zonder meer uitputtend, maar betreft altijd een concrete situatie ten opzichte van een concrete vraag. Zo was het in het arrest Gourmetterie Van den Burg(157) de vraag of Nederland ingevolge artikel 7 van de Vogelwet van 1936 de import in Nederland van in Schotland rechtmatig geschoten sneeuwhoenders kon verbieden of dat zo’n verbod in strijd met het Gemeenschapsrecht was. Met andere woorden, de vraag was of Richtlijn 79/409(158) voorzag in zo’n regeling. Het Hof vond dat de Richtlijn hierin voorzag en ging over tot de vraag of de Richtlijn bijkomende handelingen door de lidstaten toestond. Het Hof concludeerde dat geen bijkomende handeling van een lidstaat was toegelaten als gevolg van het systeem en de bewoordingen van de Richtlijn.

88. Wanneer eenmaal is vastgesteld dat de communautaire regeling uitputtend is, vormt deze het relevante toetsingskader. Zo niet, dan vormen de betreffende Verdragsbepalingen, bijvoorbeeld artikel 30, het toetsingskader, zoals onder meer het Campus Oil-arrest laat zien(159).

89. Nadat is vastgesteld dat een regeling uitputtend is, stelt zich vervolgens de vraag welke harmonisatiemethode de richtlijn bevat. Is dit de totale methode dan zijn afwijkende nationale bepalingen, behalve op grond van de vrijwaringsclausules in de richtlijn, niet toegestaan. Bij optionele en partiële, alternatieve en minimumharmonisatie kan de nationale wetgever afwijken van de normen van de richtlijn binnen de daarin aangegeven marges. In geval van optionele

(156) H.v.J. 12 oktober 2000, nr. C-3/99, Ciderie Ruwet, *Jur. H.v.J.* 2000, I-8749. Dit arrest werd ook besproken hiervoor in noot 85.

(157) H.v.J. 23 mei 1990, nr. 169/89, Gourmetterie Van den Burg, *Jur. H.v.J.* 1990, I-2143.

(158) *Pb. L.* 25 april 1979, afl. 103, 1.

(159) H.v.J. 10 juli 1984, nr. 72/83, Campus Oil, *Jur. H.v.J.* 1984, 2727.

harmonisatie kunnen de nationale normen worden gewijzigd. Bij partiële harmonisatie kan voor binnenlandse producten of transacties afgeweken worden van de communautaire normen. De situatie voor minimumharmonisatie is hiervoor in C. 6 besproken.

90. In de praktijk worden de begrippen uitputtendheid en totale harmonisatie vaak verward(160). Hoewel het juist is dat beide begrippen de omvang van de nationale bevoegdheid ten opzichte van een Gemeenschapsregeling betreffen, zijn zij duidelijk van elkaar te onderscheiden. Wellicht is de terminologie ook verwarrend en moet het onderscheid dientengevolge ook niet overmatig benadrukt worden. De vraag naar de uitputtendheid is in wezen een vraag naar het toepassingsbereik van de communautaire regeling. Dit is de eerste toets voor de omvang van de nationale bevoegdheden ten opzichte van Gemeenschapswetgeving. Daarna volgt als tweede toets de vraag welke harmonisatiemethode is gebruikt.

E. VRIJWARINGSCLAUSULES IN RICHTLIJNEN EN DE TOEPASSING ERVAN

91. Vrijwaringsclausules in het secundaire gemeenschapsrecht voorzien in een behoefte om het hoofd te kunnen bieden aan nieuwe technologische ontwikkelingen, onverwachte natuurrampen, epizotische uitbarstingen en plantenziekten. Zoals werd vermeld, is het opnemen van vrijwaringsclausules(161) in richtlijnen een beproefde techniek om tegenstribbelende lidstaten over de streep te halen bij het aanvaarden van richtlijnvoorstellen. Als zodanig was dit middel vooral belangrijk onder het regime van artikel 94 (artikel 100 EEG-Verdrag) waarbij immers unanimiteit werd vereist. Het lag in de lijn der verwachting dat dit middel minder vaak zou worden gebruikt na het van kracht worden van de Europese Akte, omdat de meeste richtlijnen dan op basis van artikel 95 (artikel 100A EEG-Verdrag) met gekwalificeerde meerderheid konden worden aangenomen. Verder voorzien de artikelen 95, leden 4 en 5, 137 en 176, in een algemene ontsnappingsclausule die ingeroepen kan worden na het aannemen

(160) Zie bijvoorbeeld H.v.J. 23 mei 1990, nr. 169/89, *Gourmetterie Van den Burg*, *Jur. H.v.J.* 1990, I-2143, waar het Hof in ro. 9 spreekt over totale harmonisatie in plaats van uitputtendheid van de richtlijn. Naargelang de omstandigheden kunnen de vraag naar uitputtendheid en naar harmonisatiemethode elkaar immers overlappen. Zo kan bij totale harmonisatie een onderwerp volledig gedekt zijn zonder lidstaten afwijkende nationale bepalingen toe te staan.

(161) De begrippen „vrijwaringsclausules” en „vrijwaringsmaatregelen” zijn toegelicht hiervoor in noot 9.

van een richtlijn(162). Anderzijds moet worden opgemerkt dat artikel 95, lid 10, voorziet in de mogelijkheid dat harmonisatiemaatregelen, in passende gevallen, een vrijwaringsclausule omvatten die lidstaten machtigt om, op grond van één of meer van de in artikel 30 bedoelde niet-economische redenen, voorlopige maatregelen te treffen die aan een communautaire toetsingsprocedure worden onderworpen. De precieze verhouding tussen de in artikel 95, lid 10 bedoelde vrijwaringsclausule en de algemene ontsnappingsclausules besloten in artikel 95, lid 4 en lid 5 zal worden behandeld in deel III.

92. Een goed begrip van vrijwaringsclausules in het secundaire recht is nuttig omdat veel richtlijnen, en soms ook verordeningen, zulke clausules bevatten. De bijzondere omstandigheden die tot vrijwaringsclausules aanleiding kunnen geven, hangen sterk af van het te reguleren onderwerp, *er is geen vast gehanteerde formule*. In het algemeen kan worden gesteld dat vrijwaringsclausules in het secundaire recht aan verdergaande voorwaarden, zeker met betrekking tot procedurele vereisten, zijn onderworpen dan de vrijwaringsclausules in het primaire recht(163). Het toezicht op vrijwaringsclausules wordt uitgeoefend door de Commissie. De mate van toezicht door de Commissie verschilt nogal. Artikel 8, lid 3, van Verordening 3322/88(164), bepaalt: „De Commissie kan een producent, met instemming van de bevoegde autoriteit van de Lid-Staat waar deze is gevestigd, machtigen de in de leden 1 en 2 bedoelde berekende productieniveaus te overschrijden met het oog op industriële rationalisering tussen partijen bij het Protocol of om te voorzien in de fundamentele binnenlandse behoeften van de in artikel 5 van het Protocol bedoelde Staten, mits de berekende productieniveaus van respectievelijke chloorfluorkoolwaterstoffen en halonen van de betrokken Lid-Staat de bij artikel 2 van het Protocol voor de betrokken tijdvakken vastgestelde niveaus niet overschrijden. Indien met het oog op de industriële rationalisering een machtiging wordt verleend, is ook de toestemming vereist van de

(162) Opgemerkt moet worden, dat waar volgens sommige critici de vrijwaringsclausule uit artikel 100A, lid 4 alleen ingeroepen kon worden als de betrokken lidstaat tegen de adoptie van de richtlijn heeft gestemd, die zienswijze in de redactie van artikel 95 veel aan belang heeft ingeboet. Zie meer hierover in hoofdstuk III.

(163) Zie hierover in het algemeen M.A. LEJEUNE, *Un droit de temps de crise: les clauses de sauvegarde de la CEE*, Brussel, 1975. Zie voor een bespreking van vrijwaringsclausules in het secundaire recht uit de periode tot 1976: P.J. SLOT, „Vrijwaringsclausules en vrijwaringsmaatregelen in het recht van de Europese Economische Gemeenschap”, *S.E.W.* 1976, 490 e.v. en C.G. TROJAN, „Vrijwaringsclausules op het gebied van de landbouw”, *S.E.W.* 1976, 503 e.v.

(164) *Pb. L.* 31 oktober 1988, afl. 297, 1.

bevoegde autoriteit van de Lid-Staat waar de productie zal worden teruggebracht.”

93. Hier wordt de toepassing van afwijkende regels uitdrukkelijk aan de toestemming van de Commissie onderworpen.

Artikel 7 van Richtlijn 70/524(165) bepaalt: „1. Wanneer het gevaar bestaat dat het gebruik in veevoeders van een van de in bijlage I vermelde toevoegingsmiddelen of het vastgestelde maximumgehalte daarvan schadelijk is voor de gezondheid van mens of dier, kan een Lid-Staat ten hoogste voor een tijdvak van vier maanden de toelating van het gebruik van dit toevoegingsmiddel schorsen of het vastgestelde maximumgehalte daarvan verlagen. Hij brengt dit onmiddellijk ter kennis van de Commissie en deze raadpleegt de Lid-Staten in het kader van het Permanente Comité voor veevoeders ingesteld bij besluit van de Raad van 20 juli 1970. 2. Op voorstel van de Commissie besluit de Raad onverwijld met eenparigheid van stemmen, of bijlage I dient te worden gewijzigd, en stelt door middel van een Richtlijn eventueel de noodzakelijke wijzigingen vast. Zo nodig kan de Raad op voorstel van de Commissie met gekwalificeerde meerderheid eveneens het in lid 1 aangegeven tijdvak met ten hoogste één jaar verlengen.”

94. In vergelijking met de hiervoor weergegeven vrijwaringsclausule valt op dat de lidstaat in de gedefinieerde omstandigheden voor een periode van vier maanden zonder toestemming van de Commissie maatregelen kan treffen. Deze maatregelen vervallen echter indien de Raad deze periode van vier maanden niet verlengt.

Artikel 5 van Richtlijn 74/63(166) bepaalt: „1. Indien een Lid-Staat meent dat een in bijlage vastgesteld maximumgehalte of een niet in de bijlage vermelde stof, dan wel niet daarin vermeld product gevaar oplevert voor de gezondheid van mens of dier, kan de Lid-Staat dit gehalte voorlopig verlagen, een maximumgehalte vaststellen of de aanwezigheid van deze stof of dit product in diervoeders verbieden. Hij stelt de andere Lid-Staten en de Commissie onverwijld in kennis van de getroffen maatregelen en geeft daarbij een toelichting.”

Deze vrijwaringsclausule geeft de lidstaten duidelijk meer vrijheid dan de twee hiervoor geciteerde clausules. Op grond van het tweede

(165) *Pb. L.* 14 december 1970, afl. 270, 1.

(166) *Pb. L.* 11 februari 1974, afl. 38, 31.

lid blijven de maatregelen van kracht zolang de Raad of de Commissie geen beslissing neemt.

95. Richtlijn 88/361(167) voor de uitvoering van artikel 67 van het Verdrag(168), geeft een laatste voorbeeld.

Artikel 3 luidt: „1. Indien kortlopende kapitaalbewegingen van buitengewone omvang sterke spanningen op wisselmarkten veroorzaken en ernstige storingen bij het voeren van het monetaire en deviezenbeleid van een Lid-Staat teweegbrengen die met name tot uiting komen in belangrijke schommelingen in de binnenlandse liquiditeit, kan de Commissie, na raadpleging van het Monetair Comité en het Comité van Presidenten van de centrale banken, deze Staat machtigen ten aanzien van de in bijlage II genoemde categorieën kapitaalverkeer vrijwaringsmaatregelen te treffen waarvan zij de voorwaarden en wijze van toepassing bepaalt. 2. In spoedeisende gevallen kan de betrokken Lid-Staat zelf de bovenbedoelde vrijwaringsmaatregelen treffen indien zulks noodzakelijk zou zijn. De Commissie en de andere Lid-Staten moeten, uiterlijk op het tijdstip waarop zij in werking treden, van deze maatregelen in kennis worden gesteld. De Commissie besluit, na raadpleging van het Monetair Comité en het Comité van Presidenten van de centrale banken, of de betrokken Lid-Staat de maatregelen mag handhaven dan wel moet wijzigen of intrekken. 3. De overeenkomstig de leden 1 en 2 door de Commissie genomen besluiten kunnen door de Raad met gekwalificeerde meerderheid van stemmen worden ingetrokken of gewijzigd. 4. De geldingsduur van de krachtens dit artikel getroffen vrijwaringsmaatregelen mag niet meer dan zes maanden bedragen. 5. Voor 31 december 1992 onderzoekt de Raad, aan de hand van een verslag van de Commissie en na advies van het Monetair Comité en het Comité van Presidenten van de centrale banken, of de bepalingen van dit artikel in hun beginsel en nadere uitwerking nog steeds zijn afgestemd op de behoeften waarvoor zij zijn ingesteld.”

96. Over vrijwaringsclausules bestaat ook een omvangrijke jurisprudentie van het Hof, waaruit blijkt dat het in de praktijk vaak niet alleen moeilijk is om de reikwijdte van de harmonisatie te bepalen, maar bovendien erg moeilijk om de slagkracht van een vrijwaringsclausule in het licht van de doorgevoerde harmonisatie te bepalen. Bijzonder

(167) *Pb. L.* 8 juli 1988, afl. 178, 5.

(168) Aan deze bepaling uit het oorspronkelijke Verdrag werd reeds ten tijde van het Verdrag van Maastricht gesleuteld. Ze is thans ingetrokken.

belangrijk is het arrest *Tedeschi*(169), waarin het Hof duidelijk laat zien hoe vrijwaringsclausules geïnterpreteerd moeten worden en welk soort nationale vrijwaringsmaatregelen toegestaan zijn(170). Deze jurisprudentie wordt in het hiernavolgende onderdeel besproken.

F. WELKE NATIONALE MAATREGELEN ZIJN NA HARMONISATIE NOG TOEGESTAAN?

1. Algemene beginselen

97. Het uitgangspunt voor deze in de praktijk heel belangrijke vraag is dat als éénmaal een richtlijn op grond van artikel 94, 95 of andere Verdragsartikelen is vastgesteld, een beroep op artikel 30, de *Cassis de Dijon*-exceptie of andere uitzonderingsbepalingen uitgesloten is(171). In navolging van het arrest waarin dit het eerst werd geformuleerd, wordt dit het „*Tedeschi*-beginsel” genoemd(172).

98. Hierop zijn uitzonderingen mogelijk. In het *Campus Oil* arrest(173) bepaalde het Hof dat deze regel alleen opgaat als de communautaire regels het terrein volledig dekken(174). Een dergelijke toetsing, namelijk of de EG-regeling het terrein uitputtend regelt, is niet altijd eenvoudig, zoals bijvoorbeeld het *Campus Oil* arrest laat zien. Zoals hoger vermeld, kwam het Hof daarin tot de conclusie dat het gemeenschapsrecht geen uitputtende regeling bood. In *Ratti*(175) kwam het Hof tot de omgekeerde vaststelling. De betrokken lidstaat kon geen strengere etiketteringsverplichtingen voor gevaarlijke stoffen, in casu het vermelden op de verpakking van het percentage aan

(169) H.v.J. 5 oktober 1977, nr. 5/77, *Tedeschi*, *Jur. H.v.J.* 1977, 1555.

(170) Vgl. bijvoorbeeld H.v.J. 13 juli 1993, nr. C-42/92, *Thijssen*, *Jur. H.v.J.* 1993, I-4047.

(171) H.v.J. 5 oktober 1977, nr. 5/77, *Tedeschi*, *Jur. H.v.J.* 1977, 1555 en H.v.J. 5 april 1979, nr. 148/78, *Ratti*, *Jur. H.v.J.* 1979, 1629.

(172) Voor een recente toepassing zie o.m. H.v.J. 22 oktober 2002, nr. C-241/01, *National Farmers' Union en Secrétariat général du gouvernement*, *Jur. H.v.J.* 2002, I-9079, waarin Frankrijk een beroep op de bescherming van de volksgezondheid uit artikel 30 EG werd ontzegd om zich te verzetten tegen de hervatting van de invoer op zijn grondgebied van rundvlees uit het Verenigd Koninkrijk, aangezien die invoer overeenkomstig volledig geharmoniseerde gemeenschapsregelingen geschiedt.

(173) H.v.J. 10 juli 1984, nr. 72/83, *Campus Oil*, *Jur. H.v.J.* 1984, 2727.

(174) In de zogenaamde „*golden share*”-arresten, H.v.J. 4 juni 2002, nrs. C-483/99, *Commissie t. Frankrijk*, C-367/98, *Commissie t. Portugal* en C-503/99, *Commissie t. België*, *Jur. H.v.J.* 2002, I-4781, I-4731 en I-4809, bepaalde het Hof dat dezelfde rechtvaardiging ook geldt op grond van art. 58, lid 1, onder b, ter rechtvaardiging van beperkingen op het vrije kapitaalverkeer.

(175) H.v.J. 5 april 1979, nr. 148/78, *Ratti*, *Jur. H.v.J.* 1979, 1629.

benzeen in preparaten (oplosmiddelen), opleggen, aangezien Richtlijn 77/173 inzake de indeling, verpakking en het kenmerken van bepaalde gevaarlijke preparaten, in een uitputtende regeling voorzag.

In dit verband is het van belang dat er uitzonderingsmogelijkheden zijn geformuleerd in de artikelen 95, leden 4 en 5, 137, lid 5, 153, lid 5 en 176, die hiervoor al aan bod kwamen, maar voornamelijk in deel IV worden besproken.

99. Een verdere kwalificatie van het Tedeschi-beginsel wordt gegeven door de in de richtlijn voorgeschreven methode van harmonisatie. Zo kan bijvoorbeeld worden gesteld dat wanneer de Raad minimumnormen heeft vastgesteld, de Gemeenschap in beginsel niet de pretentie heeft het terrein uitputtend te regelen.

100. Is éénmaal een richtlijn van kracht geworden, dan bepalen de formulering en de structuur ervan of nationale maatregelen nog zijn toegestaan. In het geval van optionele, partiële en minimumharmonisatie zijn strengere nationale maatregelen toegestaan. Op grond van totale harmonisatie is dit in het algemeen niet toegestaan. Men moet er zich evenwel rekenschap van geven dat richtlijnen soms ten aanzien van bepaalde onderwerpen totale harmonisatie voorschrijven, en ten aanzien van andere onderwerpen optionele harmonisatie of minimumharmonisatie. In dat geval hanteert de richtlijn verschillende harmonisatiemethoden naast elkaar. Indien de richtlijn totale harmonisatie voorschrijft, kunnen afwijkingen alleen worden toegestaan voor zover de richtlijn daarin zelf voorziet (in vrijwaringsclausules). Uit het Tedeschi-arrest(176) blijkt dat het onder omstandigheden moeilijk kan zijn, vast te stellen onder het bereik van welke richtlijn een bepaald onderwerp valt. Het antwoord op de vraag in dat arrest of de nationale maatregel was toegestaan, was afhankelijk van de bewoordingen van de vrijwaringsclausules in de betrokken richtlijnen, welke verschilden per richtlijn(177).

(176) H.v.J. 5 oktober 1977, nr. 5/77, Tedeschi, *Jur. H.v.J.* 1977, 1555.

(177) Indien de (kaas)wei, waarop het geschil betrekking had, kon beschouwd worden als een toevoegingsmiddel dan was het Italiaanse verbod op het gebruik van de betrokken wei in mengvoerders voor dieren krachtens Richtlijn 70/524/EEG, *Pb. L.* 12 december 1970, afl. 270, 1, zonder meer gerechtvaardigd. Het Hof kwalificeerde de wei, na een zorgvuldige afweging van de toepassingsgebieden van de richtlijnen, evenwel als een ongewenste stof in de zin van Richtlijn 74/63/EEG, *Pb. L.* 11 februari 1974, afl. 38, 31. Deze richtlijn voorziet in een uitputtende regeling maar voorziet ook in een duidelijke vrijwaringsclausule die lidstaten toeliet strengere maatregelen op te leggen, niet alleen aan nationale producten maar ook aan ingevoerde.

101. Indien een richtlijn de mogelijkheid biedt om van de bepalingen af te wijken, moet allereerst worden onderzocht of de nationale maatregelen waarvoor de uitzondering geclaimd wordt, binnen de grenzen van de mogelijkheden in de richtlijn zijn gebleven. Het Hof bepaalde in het arrest Pretura di Torino(178), na een uitvoerig onderzoek van de achtergrond van de betrokken richtlijn, dat dergelijke uitzonderingen beperkt moeten blijven tot dringende situaties die niet voorzien konden worden toen de richtlijn aangenomen werd. Een zelfde redenering geldt indien er een uitzondering in de tijd is voorzien. Uit het arrest Pretura di Torino volgt derhalve dat de vaste jurisprudentie, dat uitzonderingsbepalingen in het Gemeenschapsrecht strikt moeten worden uitgelegd, ook geldt voor vrijwaringsclausules in richtlijnen.

102. Bij het nemen of handhaven van strengere maatregelen dan in de richtlijn zijn neergelegd ingeval van minimumharmonisatie stelt zich voorts de vraag of lidstaten alleen strengere maatregelen kunnen treffen voor nationale producten (omgekeerde discriminatie) of dat deze ook kunnen gelden voor ingevoerde producten. Een zelfde vraag kan ook worden gesteld bij de toepassing van vrijwaringsclausules. In deel III, B, 1, wordt de vraag besproken welke nationale maatregelen zijn toegestaan bij toepassing van de ontsnappingsclausules van artikel 95 lid 4 en 5.

2. Minimumharmonisatie

103. Om systematische redenen zullen we eerst de situatie bespreken van minimumharmonisatie. Om deze vraag te beantwoorden, moet men eerst nagaan of de harmonisatierichtlijn zelf in een „vrij verkeersclausule” voorziet. In dat geval zal de betrokken lidstaat enkel tot omgekeerde discriminatie kunnen overgaan. De „vrij verkeersclausule” waarborgt immers dat lidstaten de handel in producten die in overeenstemming zijn met de richtlijn op hun grondgebied niet

(178) H.v.J. 22 september 1988, nr. 228/87, Preturia di Torino, *Jur. H.v.J.* 1988, 5099.

mogen verbieden of beperken(179). Een en ander kwam duidelijk tot uiting in het hiervoor besproken arrest Gallaher(180). Minder duidelijk wordt het wanneer de harmonisatierichtlijn hetzij geen vrij verkeersclausule bevat en ook niet aangeeft welke harmonisatiemethode

(179) Artikel 15 van Richtlijn 79/112/EEG inzake etikettering van levensmiddelen en de daarvoor gemaakte reclame (*Pb. L.* 8 februari 1979, afl. 33, 1, thans na herhaaldelijke wijziging gecodificeerd in Richtlijn 2000/13/EG, *Pb. L.* 6 mei 2000, afl. 109, 29, zie artikel 18), geeft een mooie illustratie. Volgens artikel 15, lid 1 mogen de lidstaten „de handel in levensmiddelen die voldoen aan de voorschriften van deze richtlijn, niet verbieden door de toepassing van niet-geharmoniseerde nationale bepalingen inzake etikettering en presentatie van bepaalde levensmiddelen of van levensmiddelen in het algemeen”. Lid 2 verklaart voormelde vrij verkeersclausule niet van toepassing op de niet-geharmoniseerde nationale bepalingen die gerechtvaardigd zijn op grond van bescherming van de volksgezondheid, het tegengaan van misleiding, mits deze bepalingen niet van dien aard zijn dat daarmee de toepassing van de in deze richtlijn vervatte definities en voorschriften wordt belemmerd en de bescherming van industriële en commerciële eigendom, de aanduidingen van herkomst en oorsprong, alsmede het tegengaan van oneerlijke concurrentie. De richtlijn zelf voorziet dus alleen in volledige harmonisatie van de **etiketteringsverplichtingen** en bevat in artikel 15, lid 2 een uitputtende lijst van rechtvaardigingsgronden voor de daar omschreven onderwerpen. De vrij verkeersclausule kan dan als volgt begrepen worden: a) is de nationale bepaling geharmoniseerd, dan moet ze beoordeeld worden aan de hand van het corresponderende voorschrift uit de richtlijn; b) is de nationale bepaling niet geharmoniseerd, maar valt ze onder de materiële reikwijdte van de richtlijn, dan kan ze uitsluitend op grond van de limitatieve lijst van rechtvaardigingsgronden van artikel 15, lid 2 gerechtvaardigd worden; en c) is de nationale bepaling niet geharmoniseerd en valt ze buiten de materiële werkingsfeer van de richtlijn, dan moet ze getoetst worden aan het algemene verdragsregime, onder meer de niet-limitatieve lijst van rechtvaardigingsgronden uit de „*rule of reason*”-rechtspraak. Samenvattend kan dus besloten worden dat de „Etiketteringrichtlijn” het onderwerp reclame slechts gedeeltelijk harmoniseert, maar het onderwerp etikettering van levensmiddelen volledig, met dien verstande dat niet alle nationale etiketteringsvoorschriften volledig gedekt zijn door de richtlijn! Zie voor een toepassing van een onder voormeld punt b) ressorterende nationale maatregel, H.v.J. 13 maart 2003, nr. C-229/01, Suzanne Müller, nog niet gepubliceerd.

Daarbij komt dat ten aanzien van reclame Richtlijn 84/450/EEG inzake misleidende reclame (*Pb. L.* 19 september 1984, afl. 250, 17) geldt, die slechts minimumharmonisatiebepalingen bevat. Als men er van uit gaat dat etikettering ook reclame is, zouden lidstaten via deze omweg etiketteringsverplichtingen kunnen opleggen. Nu etikettering weliswaar reclame is, maar reclame niet noodzakelijk etikettering geldt overeenkomstig het beginsel „*lex specialis derogat legi generali*” dat de bijzondere regeling van de „Etiketteringrichtlijn” primeert op de reclamerichtlijn. Middels de minimumharmonisatieclausule uit laatst vermelde richtlijn kan dus geenszins afgeweken worden van de volledige harmonisatie uit de „Etiketteringrichtlijn”.

Eenzelfde analyse hield het Hof alvast aan in H.v.J. 24 oktober 2002, nr. C-99/01, Gottfried Linhart en Hans Biffi, *Jur. H.v.J.* 2002, I-9375, over de vermelding „klinisch getest” of „dermatologisch getest” op cosmetische producten. Richtlijn 76/768/EEG (*Pb. L.* 27 september 1976, afl. 262, 169, gew. Richtlijn 93/35/EEG, *Pb. L.* 23 juni 1993, afl. 151, 32) brengt een *volledige harmonisatie* van de nationale bepalingen inzake verpakking en etikettering van cosmetische producten tot stand. Artikel 6, lid 3 van de Richtlijn verplicht de lidstaten alle nodige maatregelen te treffen om te waarborgen dat bij het etiketteren en het te koop aanbieden van cosmetische producten en het maken van reclame daarvoor, de tekst, de benamingen, merken en afbeeldingen of andere al dan niet figuratieve tekens niet worden gebruikt om aan deze producten kenmerken toe te schrijven die ze niet bezitten. Aangezien de concrete bepaling tot doel heeft misleidende vermeldingen te verbieden ligt een overlapping met Richtlijn 84/450 inzake misleidende reclame, die in minimumharmonisatie voorziet, voor de hand. Het Hof was van oordeel dat de betrokken bepaling tot doel had misleidende vermeldingen te verbieden „die uitsluitend betrekking hebben op de kenmerken van cosmetische producten en die derhalve moet worden uitgelegd als een bijzondere regel ten opzichte van de in richtlijn 84/450/EEG neergelegde algemene regels inzake bescherming tegen misleiding”(ro. 20).

(180) H.v.J. 22 juni 1993, nr. C-11/92, *Jur. H.v.J.* 1993, I-3545.

werd gebruikt(181). In dergelijke gevallen blijkt het, voormelde vuistregels ten spijt, in de praktijk lastig na te gaan wat lidstaten na harmonisatie nog kunnen doen(182). Hierna volgen enkele voorbeelden om dat te illustreren.

104. Het hoofdprincipe in dit verband is dat voor zover geen totale harmonisatie werd doorgevoerd, het Verdragssysteem voor de niet volledig geharmoniseerde onderwerpen, herleeft. Daarbij werd de vraag gesteld of uitsluitend nog een beroep op artikel 30 EG zou openstaan om strengere nationale maatregelen te rechtvaardigen en dus niet meer een beroep op de „*rule of reason*”-excepties. Eén van de voorwaarden voor de toepassing van de „Cassis de Dijon”-excepties is de afwezigheid van Europese harmonisatie. Gesteld zou kunnen worden dat aan deze voorwaarde is voldaan omdat immers in zo’n geval de gemeenschapsregel het terrein niet uitputtend regelt. Dit wordt ons inziens bevestigd in de toepassingspraktijk van de Europese wetgever en rechter waaruit blijkt dat na minimumharmonisatie ook een geldig beroep op de „*rule of reason*”-excepties kan worden gedaan. De interpretatie van de „algemeen belang”-clausule uit de hoger besproken minimumharmonisatierichtlijnen tot vrijmaking van de bank- en verzekeringssector illustreert dit. De betrokken clausule

(181) Vanzelfsprekend kan de keuze van de rechtsgrondslag al een aanwijzing over de harmonisatiemethode inhouden, bijvoorbeeld indien een rechtsbasis werd gekozen op grond waarvan uitsluitend minimumharmonisatie kan worden doorgevoerd. Zie over de specifieke rechtsgrondslagen meer infra, deel IV. Zie meer over de bijzondere problemen die ter zake kunnen opduiken, R. VAN OOIK, *De keuze der rechtsgrondslag voor besluiten van de Europese Unie*, Deventer, Kluwer, 1999, 300-308.

(182) Het Hof van Justitie werkt soms onduidelijkheid in de hand door bijvoorbeeld in haar rechtspraak met betrekking tot de „Etiketteringrichtlijn”, waarvan we in voetnoot 180 melden dat ze voor wat de etikettering betreft in volledige harmonisatie voorziet, toch nog een analyse in het licht van de „*rule of reason*” uit artikel 28 door te voeren: zie o.m. H.v.J. 14 juli 1998, nr. 298/87, Smanor, *Jur. H.v.J.* 1987, 4489 en H.v.J. 26 oktober 1995, nr. C-51/94, Commissie t. Duitsland, *Jur. H.v.J.* 1995, I-3599, toepassing van richtlijnvoorschrift en artikel 28; H.v.J. 5 april 2001, nr. C-123/00, Bellamy en English Shop Wholesale, *Jur. H.v.J.* 2001, I-2795, toepassing van het richtlijnvoorschrift, waardoor de bepaling geen onverenigbare belemmering van vrij verkeer in de zin van artikel 28 vormt; H.v.J. 12 september 2000, nr. C-465/98, Darbo, *Jur. H.v.J.* 2000, I-2297, uitsluitend toepassing van de richtlijn. Ook ten aanzien van taalvereisten op het gebied van etikettering vertoont de rechtspraak een zelfde dubbelzinnigheid: toepassing van richtlijn en artikel 28 in H.v.J. 18 juni 1991, nr. C-369/89, Piageme I, *Jur. H.v.J.* 1991, I-2971 en H.v.J. 12 september 2000, nr. C-366/98, Geffroy, *Jur. H.v.J.* 2000, I-6579, maar uitsluitend toepassing van richtlijn in H.v.J. 12 oktober 1995, nr. C-85/94, Piageme II, *Jur. H.v.J.* 1995, I-2955 en H.v.J. 14 juli 1998, nr. C-385/96, *Jur. H.v.J.* 1998, I-4431, tenzij dit zuiver moet begrepen worden als een formulering en analyse ten gevolge van de wijze waarop de prejudiciële vraag aan het Hof wordt gesteld, dan wel ten gevolge van de vaststaande regel dat bepalingen van afgeleid recht moeten geïnterpreteerd worden in het licht van de verdragsbepalingen inzake vrij verkeer. Zie meer over taal en etikettering in G. STRAETMANS, „Horizontale rechtstreekse werking niet; rechtstreekse horizontale werking wel? Over richtlijnconforme interpretatie (contra legem) en de taal van een etiket”, *Jaarboek Handelspraktijken en Mededinging 1999*, 7-20.

wordt door Europese Commissie en Hof systematisch gelezen als een referentie aan de „*rule of reason*”-excepties(183). Daarbij komt dat wanneer een minimumharmonisatiemaatregel wordt genomen, bij wijze van voorbeeld op grond van artikel 153 EG ter bescherming van de consument, het wellicht voor de hand ligt dat lidstaten strengere normen kunnen rechtvaardigen op grond van de bescherming van de consument. Zoals bekend, komt consumentenbescherming niet onder de rechtvaardigingsgronden van artikel 30 EG(184). Anderzijds is de zienswijze dat uitsluitend de gronden van artikel 30 EG nog strengere maatregelen zouden kunnen rechtvaardigen niet geheel van alle logica ontbloomt, nu de Europese wetgever, bijvoorbeeld in artikel 153 EG, wordt opgedragen ter zake een hoog beschermingsniveau na te streven. Daar valt dan weer op af te dingen dat een zelfde argument opgaat voor de bescherming van volksgezondheid door harmonisatiebepalingen op grond van artikel 153 of 95 EG. Hieruit volgt dat de tweedeling tussen verdragsexcepties en „*rule of reason*”-excepties artificieel aandoet. De proportionaliteitstoets kan immers in belangrijke mate voorkomen dat lidstaten opnieuw afbreuk doen aan de interne markt. Het Hof lijkt alvast geen beperking aan de rechtvaardigingsgronden te stellen in o.m. Buet(185). De zaak betrof het Franse verbod van huis-aan-huis verkoop van pedagogisch materiaal. Het Hof paste de „*rule of reason*” toe en rechtvaardigde het verbod ter bescherming van de consument, in casu een persoon met scholingsachterstand die zich aan de hand van aan huis aangeboden cursussen wil bijscholen, ook al voorzag Richtlijn 85/577 in minimumharmonisatie(186). Dougan(187) analyseert het arrest Aher-Waggon(188) in dezelfde lijn. In die zaak moest het Hof Richtlijn 80/51 interpreteren en meer bepaald artikel 3 op grond waarvan bepaalde categorieën van vliegtuigen bij de eerste registratie in een lidstaat ten minste aan de Europese geluidsnorm moesten voldoen. Duitsland had strengere geluidsnormen die het ook afdwong ten aanzien van vliegtuigen waarvan de eerste registratie in een andere lidstaat had plaatsgevonden in

(183) Zie voor talrijke verwijzingen naar rechtspraak en Commissiedocumenten, G. STRAETMANS, *Consument en markt*, Deurne, Kluwer, 1998, 288 en 445-465 en J. STUYCK en G. STRAETMANS, *Financiële diensten en de consument*, Deurne, Kluwer, 1994, 201-282.

(184) Zie meer over dit punt bij M. DOUGAN, „Minimum harmonization and the internal market”, *C.M.L.Rev.* 2000, 869.

(185) H.v.J. 16 mei 1989, nr. 382/87, *Jur. H.v.J.* 1989, 1235.

(186) Zie artikel 8 van Richtlijn 85/577/EEG betreffende de bescherming van de consument bij buiten de verkoopprijsloten gesloten overeenkomsten, *Pb. L.* 31 december 1985, afl. 372, 31.

(187) Zie M. DOUGAN, „Minimum harmonization and the internal market”, *C.M.L.Rev.* 2000, 870-871.

(188) H.v.J. 14 juli 1998, nr. C-389/96, *Jur. H.v.J.* 1998, I-4473.

overeenstemming met de vereisten van de richtlijn. Het Hof leidde uit artikel 3 af dat minimumvoorschriften werden opgelegd en besloot dat Duitsland de strengere normen zowel aan nationale (in Duitsland geregistreerde) vliegtuigen kon opleggen als aan vliegtuigen die eerst in een andere lidstaat werden geregistreerd. Daarmee geeft het Hof aan, net als in Buet overigens, dat de strengere bepalingen niet beperkt moeten blijven tot de nationale producten. Voorts bevestigt het Hof in Aher-Waggon dat een beroep op de „*rule of reason*” niet uitgesloten is. In casu konden de strengere geluidsnormen immers op grond van de bescherming van het milieu gerechtvaardigd worden, al mag daarbij niet uit het oog verloren worden dat de rechtvaardiging in casu gelijke tred hield met de bescherming van de volksgezondheid, zoals men weet een rechtvaardigingsgrond uit artikel 30 EG.

105. In het hoger besproken arrest Gourmetteria van den Burg(189) interpreteerde het Hof de bepaling van artikel 14 van Richtlijn 79/409. Het Hof stelde vast dat de richtlijn in een uitputtende regeling voorzag(190). In casu was een Nederlands invoerverbod aan de orde van in het Verenigd Koninkrijk rechtmatig geschoten Schotse sneeuwhoen. Vraag was of artikel 14 op grond waarvan lidstaten strengere maatregelen konden treffen, ook toeliet deze strengere normen toe te passen op ingevoerde vogels. Het Hof vond van niet. De bepaling moest geïnterpreteerd worden in het licht van de doelstellingen van de Richtlijn (teleologisch). Aangezien de richtlijn een bijzonder beschermingsregime instelde voor trekvogels en met uitsterven bedreigde vogelsoorten, gaf artikel 14 de lidstaten uitsluitend de mogelijkheid om voor deze vogels strengere maatregelen op te leggen. Voor de andere vogelsoorten was het krachtens de uitputtende regeling van de richtlijn alleen mogelijk om ten aanzien van op het nationale grondgebied van nature voorkomende vogels strengere maatregelen te treffen. Aangezien de Schotse sneeuwhoen een trekvogel noch bedreigde vogelsoort was en bovendien niet van nature op het Nederlandse grondgebied toefde, was het Nederlandse invoerverbod niet geldig.

(189) H.v.J. 23 mei 1990, nr. C-169/89, *Jur. H.v.J.* 1990, I-2143.

(190) Uit het arrest blijkt evenwel dat deze vaststelling er niet aan in de weg staat dat voor bedreigde of trekvogels strengere maatregelen getroffen kunnen worden die op grond van artikel 14 van de richtlijn zijn toegestaan. In zoverre voorziet de richtlijn in minimumharmonisatie. Dit voorbeeld laat zien dat ook ingeval van uitputtende harmonisatie, minimumharmonisatie mogelijk is.

106. De zaak *Compassion in World Farming*(191) betrof het spiegelbeeld van voormelde zaak. Op grond van Richtlijn 91/629 tot vaststelling van minimumnormen ter bescherming van kalveren, voerden dierenorganisaties de druk op de Britse Minister op om het nationale verbod op het houden van kistkalveren te versterken met een uitvoerverbod van kalveren vanuit Engeland naar andere lidstaten die in overeenstemming met de richtlijnvereisten het houden van kistkalveren toestonden. Aangezien artikel 11, lid 2, van de richtlijn de lidstaten nadrukkelijk toeliet om *op hun grondgebied* strengere maatregelen te handhaven of toe te passen, is sprake van minimumharmonisatie. De reikwijdte van deze bepaling moest volgens het Hof, net als in *Gourmetterie van den Burg*, geïnterpreteerd worden in het licht van **de bewoordingen, de context en de doeleinden** die worden beoogd door de regeling waarvan de richtlijn deel uitmaakt(192). Daaruit leidt het Hof af dat hoewel de richtlijn in een uitputtende regeling voorziet, zij gemeenschappelijke minimumnormen met betrekking tot de gezondheid van kalveren oplegt. Dit laatste is in de landbouwsector ter ordening van markten(193) niet ongebruikelijk. Daarom regelt de richtlijn de toegestane tijdelijke afwijkingen op dit punt op uitputtende wijze. De bepaling van artikel 11, lid 2 kan dan alleen nog maar betrekking hebben op strengere maatregelen voor veehouderijbedrijven die onder de bevoegdheid van de betrokken

(191) H.v.J. 19 maart 1998, nr. C-1/96, *Jur. H.v.J.* 1998, I-1251.

(192) In zijn Conclusie in de zogenoemde tweede Tabakszaak, Conclusie van 10 september 2002, in zaak C-491/01, *British American Tobacco e.a. t. Secretary of State for Health*, ov. 291-297, nog niet gepubliceerd, maakt Advocaat-generaal Geelhoed ietwat kunstmatig onderscheid tussen de (a) wetssystematische interpretatiemethode, de (b) teleologische interpretatiemethode en de (c) methode van interpretatie naar aard en inhoud van de richtlijnbeepaling. Het Hof verwees in voormelde zaak in lijn met *Compassion in world farming* naar de bewoordingen van de richtlijn, de context van de andere bepalingen van de richtlijn en de doelstellingen ervan, om de draagwijdte van de haar ter interpretatie voorgelegde richtlijnbeepaling uit te maken, zie tweede Tabakszaak, H.v.J. 10 december 2002, nr. C-491/01, *British American Tobacco e.a. t. Secretary of State for Health*, nog niet gepubliceerd, ro. 203-217.

(193) Wanneer een landbouwverordening op een bepaald gebied een gemeenschappelijke marktordening instelt, dienen de lidstaten zich te onthouden van elke maatregel met de strekking daarvan af te wijken of er inbreuk op te maken. Een nationale regel mag echter wel gevolgen hebben voor de werking van de gemeenschappelijke markt in de betrokken sector, indien die een andere doelstelling van algemeen belang nastreeft dan de gemeenschappelijke marktordening. Zie voor een toepassing van deze beginselen in de sector hennep, waarvoor een gemeenschappelijke marktordening is vastgesteld, H.v.J. 16 januari 2003, nr. C-462/01, *Ulf Hammarsten*, nog niet gepubliceerd, waarin het Hof een nationaal verbod op de teelt en het voor handen hebben van industriehennep niet behoeft te onderzoeken in het licht van de bepalingen inzake vrij goederenverkeer, aangezien het verbod rechtstreeks inbreuk maakt op voormelde gemeenschappelijke marktordening en geen doelstelling van algemeen belang nastreeft die niet reeds door de gemeenschappelijke marktordening in de sector hennep wordt gedekt.

lidstaat vallen, voor zover die verenigbaar zijn met de Verdragsbepalingen. In casu was, gelet op de uitputtende regeling, een uitvoerverbod ter bescherming van de volksgezondheid niet meer mogelijk. Strengere normen konden alleen worden opgelegd voor het eigen territorium. Ook de rechtvaardiging van het uitvoerverbod op grond van andere Verdragsexcepties, zoals de bescherming van de openbare orde en openbare zedelijkheid, werden door het Hof afgewezen. „Het standpunt of het gedrag van een gedeelte van de publieke opinie (kan) geen grond opleveren voor een lidstaat om eenzijdig in te gaan tegen een door de instellingen van de Gemeenschap vastgestelde harmonisatiemaatregel”(194).

107. Het arrest Daimler Chrysler(195) laat zien dat het *Tedeschi*-beginsel ook van toepassing is in geval van toetsing van nationale maatregelen in de context van een verordening. Het laat zien dat nationale bepalingen niet alleen in overeenstemming met de verordening maar ook met „de regels of algemene beginselen van het Verdrag die niet rechtstreeks verband houden met de regelgeving betreffende overbrenging van afvalstoffen” dienen te zijn(196). In deze zaak werd het Hof verzocht de reikwijdte van Verordening 259/93 inzake de overbrenging van afvalstoffen te interpreteren(197) en meer bepaald de bepaling daaruit die het de lidstaten toelaat „in overeenstemming met het Verdrag maatregelen (te) nemen om overbrenging van afvalstoffen algemeen of gedeeltelijk te verbieden of daar stelselmatig bezwaar tegen te maken, teneinde overeenkomstig Richtlijn 75/442

(194) Zaak *Compassion in World Farming*, o.c., ro. 67, en zie ook ro. 66, waarin het Hof aangeeft dat in werkelijkheid geen zelfstandig beroep op de openbare orde en de openbare zedelijkheid werd gedaan, maar in samenhang met het argument betreffende de gezondheid van de dieren. Zie voor interessante bespiegelingen over deze zaak, K.J.M. MORTELMANS, „Vrij verkeer in de EG en de gezondheid van dieren: laat je niet kisten”, *A.A.* 1998, 709-718, die o.m. aanstipt dat het Hof de mogelijkheid openlaat de exceptie van openbare zedelijkheid te honoreren wanneer de overgrote meerderheid van de bevolking zich uitspreekt tegen kistkalveren. Zie op dit punt evenwel E. SPAVENTA, „Comments on Case C-189/01, 12 juli 2001, H. Jippes”, *C.M.L.Rev.* 2002, 1166-1167, voetnoot 23, die stelt „*the Court however did not examine the issue since it found that secondary legislation pre-empted Member States from relying on Art. 30*”.

(195) H.v.J. 13 december 2001, nr. C-324/99, *Daimler Chrysler t. Land Baden-Württemberg*, *Jur. H.v.J.* 2001, I-9897.

(196) H.v.J. 13 december 2001, nr. C-324/99, *Daimler Chrysler t. Land Baden-Württemberg*, o.c., ro. 45.

(197) Verordening (EEG) nr. 259/93 van de Raad van 1 februari 1993 betreffende toezicht en controle op de overbrenging van afvalstoffen binnen, naar en uit de Europese Gemeenschap, *Pb. L.* 6 februari 1993, afl. 30, 1.

de beginselen van nabijheid, voorrang voor nuttige toepassing en zelfverzorging toe te passen op communautair en nationaal niveau. Van dergelijke maatregelen wordt onmiddellijk kennis gegeven aan de Commissie, die de andere lidstaten informeert”(198). In casu had het Land Baden-Württemberg onder haar bevoegdheid vallende producenten en houders van voor verwijdering bestemde afvalstoffen o.m. de verplichting opgelegd om deze aan te bieden bij de vuilverbrandingsinstallatie van het Agentschap voor bijzonder afval te Hamburg. Daimler Chrysler die de afvalstoffen goedkoper kan laten verbranden in België, acht voormelde verplichting in strijd met het verbod van artikel 29 EG op kwantitatieve uitvoerbeperkingen en met voormelde Richtlijn en Verordening. Vooral de vermelding in de verordeningsbepaling dat de lidstatelijke maatregelen in overeenstemming met het Verdrag moesten genomen worden, deed de vraag rijzen of een afzonderlijke toetsing in het licht van artikel 29 en 30 EG hier nog mogelijk was c.q. noodzakelijk was.

108. In lijn met de voormelde vuistregels beschouwt het Hof de context van de Verordening. Die vervangt een richtlijn die in een volledige regeling voorzag, waarbij voor het instrument van een verordening werd gekozen om „te kunnen waarborgen dat deze regeling in alle lidstaten gelijktijdig en op onderling overeenstemmende wijze wordt toegepast” en aan internationale verplichtingen te voldoen(199). Het doel van de verordening bestaat er voorts in een geharmoniseerd stelsel van procedures in te voeren waarmee het verkeer van afvalstoffen kan worden beperkt om het milieu te beschermen, rekening houdend met de beginselen van nabijheid, voorrang van nuttige toepassing en zelfverzorging op communautair en nationaal niveau. Het Hof besluit dan ook „uit de *context* waarbinnen de verordening is vastgesteld, haar *aard*, haar *doelstellingen* en haar *inhoud*”(200), dat zij een geharmoniseerde regeling van zowel materiële voorwaarden als procedures op communautair niveau bevat. Elke nationale maatregel betreffende de overbrenging van afvalstoffen moet derhalve getoetst worden aan de bepalingen van de ver-

(198) Artikel 4, lid 3, sub a-i van Verordening (EEG) nr. 259/93.

(199) H.v.J. 13 december 2001, nr. C-324/99, Daimler Chrysler t. Land Baden-Württemberg, *o.c.*, ro. 33-35.

(200) H.v.J. 13 december 2001, nr. C-324/99, Daimler Chrysler t. Land Baden-Württemberg, *o.c.*, ro. 42, (cursivering toegevoegd).

ordening en niet aan de artikelen 28, 29 en 30 EG(201). De nationale kwantitatieve beperkingen van uitvoer van afvalstoffen werden tot slot niet in overeenstemming met de in de verordening vermelde beginselen van milieubeleid geacht, al geeft het Hof in lijn met de Campus Oil-exceptie toe dat de toepassing van het beginsel van zelfverzorging „op zich een regeling kan rechtvaardigen die de verplichting schept om voor verwijdering bestemde afvalstoffen aan te bieden bij een bepaalde instantie die deze toewijst aan de onder haar toezicht staande centrale inrichtingen, voor zover deze verplichting wordt gerechtvaardigd door de noodzaak een voor de levensvatbaarheid van deze verwerkingsinstallaties vereiste minimale capaciteitsbenutting te garanderen en zij aldus het behoud van bestaande verwerkingscapaciteit mogelijk maakt”(202). In casu was deze regeling

(201) Naar aanleiding van een geschil over Richtlijn 79/112/EEG (*Pb. L.* 8 februari 1979, afl. 33, 1) betreffende de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten inzake etikettering van levensmiddelen en de daarvoor gemaakte reclame (thans vervangen door Richtlijn 2000/13/EG, *Pb. L.* 6 mei 2000, afl. 109, 29), concludeerde ook Advocaat-generaal Geelhoed dat „het de voorkeur verdient om in de gevallen waarin op communautair niveau een volledige geharmoniseerde regeling is getroffen voor een bepaalde materie, de relevante nationale bepalingen die binnen het bereik van de betrokken richtlijn vallen, aan deze afgeleide gemeenschapsregeling te toetsen en niet aan de bepalingen van het primaire gemeenschapsrecht. Slechts indien een bepaalde nationale regeling onmiskenbaar buiten de werkingssfeer van de richtlijn moet worden geplaatst, bestaat er ruimte voor toetsing onder de verdragsbepalingen”. Zie Conclusie van Advocaat-generaal Geelhoed van 4 juli 2002 in zaak C-221/00, Commissie t. Oostenrijk en gevoegde zaken, nrs. C-421/00, C-426/00 en C-16/01, Sterbenz e.a., ro. 45, nog niet gepubliceerd. Ter zake van gezondheidsgerelateerde informatie op het etiket was daarvan, aldus de Advocaat-generaal, geen sprake. In twee beknopte arresten bevestigde het Hof de zienswijze van de Advocaat-generaal, zie H.v.J. 23 januari 2003, nrs. C-421/00, C-426/00 en C-16/01, Sterbenz e.a., ro. 24, nog niet gepubliceerd en H.v.J. 23 januari 2003, nr. C-221/00, Commissie t. Oostenrijk, ro. 42, nog niet gepubliceerd.

Met betrekking tot een geschil omtrent een vermelding die onder de volledige harmonisatie van Richtlijn 76/768/EEG inzake de etikettering en verpakking van cosmetische producten (hoger geciteerd) ressorteerde, bevestigde het Hof het Tedeschi-beginsel „wanneer gemeenschapsrichtlijnen voorzien in harmonisatie van maatregelen die nodig zijn ter verwezenlijking van de specifieke doelstelling die met het beroep op artikel 30 wordt nagestreefd (...). *Die uitsluiting geldt ook wanneer een beroep wordt gedaan op de noodzaak de consumenten te beschermen*” (zie H.v.J. 24 oktober 2002, nr. C-99/01, Gottfried Linhart en Hans Biff, *Jur. H.v.J.* 2002, I-9375, ro. 25, eigen cursivering). In casu was aan de orde of de consument tegen vermeend misleidende vermeldingen als „klinisch getest” of „dermatologisch getest” kon beschermd worden door de betrokken lidstaat. Bij referentie aan de vermoedelijke verwachting van een normaal geïnformeerde, redelijk oplettende en omzichtige, gemiddelde consument besluit het Hof dat de vermelding „dermatologisch getest” geen verwarring doet ontstaan nu zij de betrokken cosmetische producten geen kenmerken toeschrijft die deze niet bezitten. De cosmetische producten met dergelijke vermelding aan een voorafgaande vergunning onderwerpen alvorens ze in de betrokken lidstaat in het verkeer kunnen worden gebracht, is bijgevolg onverenigbaar. „Het in het verkeer brengen van cosmetische producten die aan de voorschriften van richtlijn 76/768 voldoen, (valt) onder de fundamentele regel van het vrij verkeer van goederen”. Bijgevolg „mogen de lidstaten dan ook geen maatregelen nemen die de verhandeling van deze producten beperken”. De voorgeschreven vergunning vormt dan ook „een belemmering van het vrije verkeer van de betrokken producten, die in geen opzicht gerechtvaardigd is” (zie H.v.J. 24 oktober 2002, nr. C-99/01, Gottfried Linhart en Hans Biff, *Jur. H.v.J.* 2002, I-9375, ro. 44 en 45).

(202) H.v.J. 13 december 2001, nr. C-324/99, Daimler Chrysler t. Land Baden-Württemberg, *o.c.*, ro. 62.

echter niet toegestaan volgens het Hof in overweging 63: „De voorwaarde echter dat de overbrenging van voor verwijdering bestemde afvalstoffen slechts is toegestaan wanneer de verwijdering plaatsvindt met inachtneming van de milieuhygiënische voorschriften van de staat van verzending, draagt geenszins bij tot de toepassing van het beginsel van zelfverzorging. Deze voorwaarde geldt immers slechts wanneer de betrokken afvalstoffen niet kunnen worden verwerkt in een inrichting ressorterende onder de instantie die met het beheer van voor verwijdering bestemde afvalstoffen is belast, en dus hoe dan ook zullen worden toegewezen aan een door de producent of de houder van de afvalstoffen voorgestelde verwerkingsinstallatie.”

3. *Besluit*

109. In de literatuur zijn al heel wat bespiegelingen gewijd aan de toelaatbaarheid van nationale maatregelen die betrekking hebben op de export en de ogenschijnlijk verschillende resultaten van voormelde arresten(203). In casu komt het steeds neer op het afwegen van de bijzondere beschermenswaardige belangen tegen het algemeen belang van de interne markt. Die afweging komt in laatste orde het Hof van Justitie toe. Daarbij moet men goed voor ogen houden dat het Europese harmonisatiewerk niet stilstaat en (verwezenlijking van) de interne markt een dynamisch gegeven is. Het Hof heeft er ons inziens goed aan gedaan door in *Compassion in World Farming*, *Daimler Chrysler* en in mindere mate in *Gourmetterie van den Burg* te benadrukken dat bij de interpretatie van de restbevoegdheid van de lidstaten rekening moet gehouden worden met de inhoud van de harmonisatiebepaling en de ruimere wetgevende context waarin ze tot stand kwam. In dat opzicht geeft het plaatsen van arresten uit verschillende tijdvakken, in per definitie wisselende omstandigheden, geen algemene stelregel of uitsluitel. De door Dougan uit de rechtspraak afgeleide beginselen, met name dat lidstaten wordt ontzegd een extra-territoriale toepassing van artikel 30 EG te maken of nog in de ruimere context van een gemeenschappelijke marktordening geen bijzondere belangen kunnen laten prevaleren boven het interne markt-belang(204) kunnen dan ook geenszins als na te volgen stelregels begrepen worden. Uit wat voorafgaat, kan wel afgeleid worden dat het Hof van Justitie de

(203) Voor een goed overzicht zie M. DOUGAN, „Minimum harmonization and the internal market”, *C.M.L.Rev.* 2000, 871-878.

(204) Zie M. DOUGAN, „Minimum harmonization and the internal market”, *C.M.L.Rev.* 2000, 878.

bevoegdheid van lidstaten om strengere maatregelen te treffen, hetzij op basis van een minimumharmonisatie richtlijn initieel niet beperkt tot nationale producten(205), en voorts dat lidstaten bij minimumharmonisatie dergelijke strengere normen zowel op de verdragsexcepties als op de „*rule of reason*”-excepties kunnen rechtvaardigen. Daarbij geldt, op grond van het beginsel van de eenheid van de interne markt, dat strengere eisen voor de nationale markt eerder gerechtvaardigd zullen zijn dan voor de exportmarkt.

110. Blijft nog over de vraag wat rechtens de situatie is wanneer de harmonisatierichtlijn vrijwaringsclausules bevat. Uit het arrest *Tedeschi* volgt dat het lidstaten in zo'n geval vrij staat maatregelen te treffen die zowel van toepassing zijn op het nationale als het handelsverkeer met de andere lidstaten. Het is in tegenstelling tot de situatie bij minimumharmonisatie, niet waarschijnlijk dat richtlijnen die vrijwaringsclausules bevatten tegelijkertijd een vrij verkeersclausule bevatten die betrekking heeft op het onderwerp waarop de vrijwaringsclausule ziet. Dit is evenmin het geval met de vrijwaringsclausule van artikel 3, lid 2, uit de hiervoor in C. 2 besproken Richtlijn 2000/31 inzake elektronische handel. Deze clausule heeft namelijk betrekking op de bescherming van andere doelstellingen dan die welke door deze richtlijn worden bestreken.

III. Algemene rechtsgrondslagen voor harmonisatie: de artikelen 94 en 95 EG

111. Het belang van artikel 95 als rechtsgrond voor harmonisatiebepalingen kan moeilijk overschat worden. Hoewel het eerste lid is opgevat als een afwijking, een zogenaamde *lex specialis*, van artikel 94, vindt het toepassing „voor de verwezenlijking van de doelstellingen van artikel 14”. De definitie van interne markt in artikel 14, geeft aan artikel 95 een erg ruime werking, die nog in de hand wordt gewerkt door een vereenvoudigde besluitvormingsprocedure. Deze brede werking wordt door de ontsnappingsclausules van lid 4 en 5 enigszins ingeperkt. Artikel 94 blijft daarnaast van betekenis op de gebieden die, zoals hoger aangestipt, van artikel 95 zijn uitgezonderd. Het betreft ingevolge artikel 95, lid 2, fiscale bepalingen(206), be-

(205) Zie in die zin reeds P.J. SLOT, „Harmonization of Laws”, *E.L.Rev.* 1996, 385.

(206) Harmonisatie van indirecte belastingen kan benevens op artikel 94 ook steunen op artikel 93.

palingen inzake vrij verkeer van personen, waarvoor zoals hoger vermeld bijzondere bevoegdheidsgronden gelden, en bepalingen inzake de rechten en belangen van werknemers, waarvoor artikel 137 een bijzondere rechtsgrond vormt(207).

112. Zoals vermeld onder I. A leidde het aanvaarden van de vereenvoudigde besluitvormingsprocedure tot het opnemen van de ontsnapingsclausules. Deze bieden lidstaten de mogelijkheid om onder bepaalde voorwaarden nationale maatregelen te handhaven (artikel 95, lid 4) of zelfs nieuwe nationale maatregelen te treffen (artikel 95, lid 5), nadat communautaire harmonisatiebepalingen tot stand zijn gekomen. Artikel 95, lid 5 wijkt daarin uitdrukkelijk af van het met de Europese Akte ingevoerde artikel 100A, lid 4, waarvan sommige auteurs stelden dat het slechts bestaande nationale maatregelen betraf(208).

Artikel 95, lid 4 luidt: „Wanneer een Lid-Staat het, nadat de Raad of de Commissie een harmonisatiemaatregel heeft genomen, noodzakelijk acht nationale bepalingen te handhaven die hun rechtvaardiging vinden in gewichtige eisen als bedoeld in artikel 30 of verband houdend met de bescherming van het milieu of het arbeidsmilieu, geeft hij zowel van die bepalingen als van de redenen voor het handhaven ervan, kennis aan de Commissie.”

Artikel 95, lid 5 luidt: „Wanneer een Lid-Staat het na het nemen van een harmonisatiemaatregel door de Raad of de Commissie noodzakelijk acht, nationale bepalingen te treffen die gebaseerd zijn op nieuwe wetenschappelijke gegevens die verband houden met de bescherming van het milieu of het arbeidsmilieu vanwege een specifiek probleem dat zich in die lidstaat heeft aangediend nadat de harmonisatiemaatregel is genomen, stelt hij de Commissie voorts, onverminderd lid 4, in kennis van de voorgenomen bepalingen en de redenen voor het vaststellen ervan.”

113. Deze afwijkingsmogelijkheid is van meerdere kanten fel bekritiseerd. Zij betekent het verlaten van de gevestigde jurisprudentie van het Hof van Justitie over de werking van richtlijnen, die in het

(207) Zie hierover meer bij K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *Europees recht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 1999, 273-280.

(208) Zie bijvoorbeeld B. LANGEHEINE, „Rechtsangleichung unter Artikel 100A EWGV, Harmonisierung vs nationale Schutzinteressen”, *EuR* 1988, 235 e.v.; J.H. JANS, „Recente ontwikkelingen in het Europese milieurecht”, *Milieu en Recht* 1988, 166-173 en M. ZULEEG, „Kompetenzen der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft auf dem Gebiet des Umweltschutzes”, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 1987, 280-286.

voorafgaande onderdeel werd besproken. Zij betekent ook een afwijking van het beginsel dat de bepalingen van een richtlijn, evenals de methode van harmonisatie, bepalen of nationale regels gesteld mogen worden ter aanvulling van Gemeenschapswetgeving. De belangrijkste kritiek is, dat deze bepalingen lidstaten een permanente uitzondering bieden waarop bovendien maar een beperkt communautair toezicht mogelijk is⁽²⁰⁹⁾. Bij het waarderen van deze kritiek dient men zich er rekenschap van te geven dat deze met name werd geformuleerd na de inwerkingtreding van de Europese Akte. De nieuwe formulering en aanscherping van deze bepaling neemt de kritiek al voor een deel weg. Bovendien blijkt de eroderende werking van deze ontsnappingsbepalingen in de praktijk erg mee te vallen. Verder kunnen de volgende kanttekeningen gemaakt worden. Allereerst moet worden opgemerkt, dat volgens de bewoordingen van artikel 95, lid 4 en lid 5, de afwijkende maatregel noodzakelijk moet zijn. De noodzakelijkheid van zulke maatregelen moet niet in absolute zin vastgesteld worden, maar in relatieve zin. Dit betekent dat de nationale maatregelen gerechtvaardigd moeten zijn, met name gezien het beschermingsniveau dat de richtlijn voorschrijft. Ten tweede is de uitzonderingsmogelijkheid niet noodzakelijkerwijze permanent. Als toekomstige EG-regels het beschermingsniveau verhogen, kan de maatregel niet langer gerechtvaardigd zijn. Het is niet onwaarschijnlijk dat zich een dergelijke situatie zal voordoen, artikel 95, lid 7 draagt de Commissie op dit te onderzoeken. De betreffende lidstaat heeft dan een voortrekkersrol. Zoals hierna zal blijken, is dit ook in de praktijk gebeurd. In deze context moet verder opgemerkt worden, dat artikel 95, derde lid, bepaalt dat de Commissie, bij het doen van voorstellen op het gebied van volksgezondheid, veiligheid, milieubescherming en consumentenbescherming, zal uitgaan van een hoog beschermingsniveau, en daarbij in het bijzonder zal rekening houden met alle nieuwe op wetenschappelijke gegevens gebaseerde ontwikkelingen. De Commissie kan voorts het hoge beschermingsniveau van een lidstaat overnemen, in welk geval de lidstaat kan beletten dat de Raad het beschermingsniveau terugschroeft. Artikel 250, lid 1 laat de Raad immers slechts toe om met eenparigheid van stemmen van een voorstel van de Commissie af te wijken. Bovendien kan een harmonisatiemaatregel zelf, zoals werd aangegeven in vorige paragraaf, een vrijwaringsclausule bevatten, die een lidstaat machtigt om, op grond van

(209) P. PESCATORE, „Some critical remarks on the „Single European Act”, *CMLRev.* 1987, 9-18. Zie voor een bespreking van deze kritiek: H.G. SEVENSTER, *Milieubeleid en Gemeenschapsrecht*, Kluwer, 1992, 264 e.v.

één of meer van de in artikel 30 bedoelde niet-economische redenen, voorlopige maatregelen te treffen die aan een communautaire toetsingsprocedure worden onderworpen (artikel 95, lid 10). Het spreekt voor zich dat voor zover de Gemeenschapswetgever de mogelijkheid van artikel 95, lid 10 benut, een beroep op het vierde en vijfde lid overbodig is(210). Een verdere beteugeling van het gebruik van de afwijkingsmogelijkheid door lidstaten schuilt in het feit dat de betrokken nationale industrie, in de regel, niet gelukkig zal zijn met haar positie als proefkonijn voor strengere normen. Met andere woorden, er zal vaak een sterk pleidooi gehouden worden tegen het stellen van strengere eisen door nationale regeringen.

114. De tot op heden gevolgde praktijk lijkt te bevestigen dat de grote vrees van de critici niet is uitgekomen. Reeds in de zaak die betrekking had op het Duitse PCP-verbod(211), toonde het Hof van Justitie de bereidheid meer dan marginale controle uit te oefenen over het Commissietoezicht van artikel 100A, lid 4 (thans artikel 95, lid 4 en lid 5). Het Hof merkt allereerst op dat de Duitse informatie over de strengere maatregelen tot beperking van het gebruik van PCP niet gerechtvaardigd werden door de gewichtige eisen van artikel 30 EG noch verband hielden met de bescherming van arbeidsvoorwaarden of het milieu. Evenmin was gebleken dat de maatregelen evenredig waren gelet op de mogelijk eruit voortvloeiende handelsbelemmeringen. Verder stelt het Hof dat de maatregelen alleen gerechtvaardigd kunnen zijn in omstandigheden die specifiek Duitsland betreffen. Dit was niet het geval. Het arrest heeft zeker lidstaten afgeschrikt die de afwijkingsmogelijkheid wilden gebruiken voor het stellen van strengere eisen.

115. Ook uit de hierna nog te bespreken beschikkingspraktijk volgt de bereidheid van de Commissie een nauwgezette controle uit te oefenen op de conformiteit van de nationale strengere maatregelen met de cumulatieve voorwaarden van de ontsnappingsclausules. Deze beschikkingspraktijk komt hierna samen met de analyse van de toepassingsvoorwaarden van de ontsnappingsclausules in onderdeel A

(210) Over de precieze verhouding tussen de ontsnappingsclausules van artikel 95 en de in artikel 95, lid 10 bedoelde vrijwaringsclausules wordt hierna nog dieper ingegaan.

(211) H.v.J. 17 mei 1994, nr. C-41/93, Frankrijk t. Commissie, *Jur. H.v.J.* 1994, I-1829. De andere zaken betreffen klachten door Nederland met betrekking tot Richtlijn 91/338, gepubliceerd in het *Staatsblad* 1993, nr. 422, en Richtlijn 91/173, gepubliceerd in de *Staatscourant* 1994, nr. 35. Vgl. K.J.M. MORTELMANS in zijn noot bij zaak C-41/93, *S.E.W.* 1994, 828.

aan bod. Onderdeel B bevat de analyse van enkele „particularia” en toepassingsproblemen in de praktijk.

A. TOEPASSINGSVOORWAARDEN VOOR STRENGERE MAATREGELEN

116. Zoals vermeld, geldt de afwijkingsmogelijkheid na de herformulering bij het Verdrag van Amsterdam, zonder twijfel zowel voor bestaande als voor nieuwe nationale maatregelen. Ingevolge artikel 95, lid 4 kan een lidstaat bestaande nationale maatregelen handhaven die een verdergaande bescherming bieden dan de aangenomen harmonisatiemaatregel. De nationale bepalingen kunnen gehandhaafd blijven voor zover ze noodzakelijk zijn en ter bescherming van de belangen genoemd in artikel 30, het milieu of het arbeidsmilieu. Ten aanzien van nieuwe nationale maatregelen gelden, ingevolge artikel 95, lid 5, aanzienlijk strengere eisen. Nieuwe maatregelen mogen alleen ingevoerd worden op voorwaarde dat (a) er zich een specifiek probleem in de lidstaat heeft aangediend (b) nadat de harmonisatiemaatregel werd aangenomen, én (c) de nieuwe maatregel gesteund is op nieuw wetenschappelijk bewijsmateriaal (d) dat verband houdt met de bescherming van het milieu of het arbeidsmilieu. Dit betekent dat nieuwe maatregelen niet zonder meer op de bescherming van de in artikel 30 genoemde belangen gericht kunnen zijn.

117. Van belang is te signaleren dat lidstaten die op deze bepaling een beroep willen doen, daarvan eerst de Commissie op de hoogte moeten stellen. Dit was reeds zo bij toepassing van voormalig artikel 100A, lid 4, al bevatte deze bepaling geen procedurele regels voor het toezicht door de Commissie. De situatie omtrent de toepassing van de afwijkingsmogelijkheid werd wel vergeleken met de procedures bij de controle van steunverlening op grond van artikel 88(212). Het arrest van het Hof in voormelde PCP-zaak heeft geen licht geworpen op deze procedurele vragen(213), al lijkt de aanwijzing van het Hof dat nationale maatregelen alleen vastgesteld mogen worden nadat de Commissie de verenigbaarheid van deze maatregelen met het Ge-

(212) Vgl. J. FLYNN, „How will Article 100A (4) work? A comparison with Article 93”, *CMLRev.* 1987, 689 e.v.

(213) Een interessante discussie van deze vragen in de context van de meldingsplicht van richtlijn 83/189/EEG is te vinden in het arrest in H.v.J. 30 april 1996, nr. C-194/94, SA C.I.A. Security t. Signalson, *Jur. H.v.J.* 1996, I-2201. Zie hoger I. B.

meenschapsrecht heeft vastgesteld(214), de analogie met de procedureregels van artikel 88 te bevestigen.

118. Artikel 95 voorziet thans wel in een eigen procedure(215), waarbij voormelde parallel met de steunprocedure werd bevestigd. Bestaande maatregelen behouden weliswaar hun rechtmatigheid tot op het ogenblik dat de Richtlijn in nationaal recht moet zijn omgezet maar na het verstrijken van de implementatietermijn lijkt dit blijkens de tekst van artikel 95, lid 6, niet te gelden(216). Nieuwe voorgenomen maatregelen mogen, net als steunmaatregelen, slechts ten uitvoer worden gelegd, nadat de Commissie ze heeft goedgekeurd(217). Bij de aanmelding moeten de lidstaten de redenen voor het handhaven of invoeren van de maatregelen eveneens meedelen.

119. De Commissie moet de aangemelde maatregelen binnen de zes maanden na de kennisgeving goed- of afkeuren. Deze tijdsbepaling van artikel 95, lid 6 voorkomt dat de Commissie al te lang met een antwoord wacht, zoals aan de orde werd gesteld in de Kortaszaak(218). Deze termijn kan ten hoogste met zes maanden worden verlengd als het complexe karakter van de aangelegenheid zulks vereist en er geen gevaar bestaat voor de gezondheid van de mens. Neemt de Commissie binnen die tijd geen besluit dan worden de bestaande of nieuwe maatregelen geacht te zijn goedgekeurd. Om nu een nationale maatregel goed te keuren, moet de Commissie nagaan of deze geen willekeurige discriminatie of verkapte beperking van de handel tussen de lidstaten vormen. Artikel 95, lid 6, eerste zin

(214) Zaak C-41/93, overwegingen 28-30 met annotatie K.J.M. MORTELMANS, *S.E.W.* 2000, 258-261.

(215) Zie meer algemeen over de procedurele vorm- en grondvoorwaarden, N. DE SADELEER, „Les clauses de sauvegarde prévues à l'article 95 du Traité CE”, *R.T.D. eur.* 2002, 66-73.

(216) Hierbij is het van belang dat de betrokken lidstaat e.e.a. gedurende de implementatietermijn kan melden. Artikel 95, lid 4, bevat geen „stand still”-bepaling. Zie hierna onder B, punt 2.

(217) De procedure van artikel 95 wordt dientengevolge in lijn geïnterpreteerd met de kennisgevingsprocedure voor technische normen en specificaties ingevolge Richtlijn 98/34/EG, *Pb. L.* 21 juli 1998, afl. 204, 37, hoger besproken. Zoals bekend is de goedkeuring door de Commissie van een van harmonisatie afwijkende maatregel essentieel voor de werking van de interne markt. Lidstaten kunnen derhalve niet eenzijdig harmonisatiemaatregelen uithollen. Bijgevolg moeten de gevolgen die het arrest *CIA Security t. Signalson*, hoger besproken, aan dergelijke procedures verbindt (m.n. de niet-tegenwerpelijheid van niet aangemelde bepalingen) overeenkomstig toegepast worden.

(218) *H.v.J.* 1 juni 1999, nr. C-319/97, *Jur. H.v.J.* 1999, I-3143.

draagt de Commissie voorts op te onderzoeken of de bestaande of nieuwe maatregelen een hinderpaal zijn voor de werking van de interne markt. Het spreekt voor zich dat het onderzoek naar de noodzaak van de maatregel in het licht van de beschermde belangen, de toets aan voormelde criteria voorafgaat. Daarnaast moet de Commissie vanzelfsprekend oog hebben voor de andere toepassingsvoorwaarden van de ontsnappingsclausules. Het staat aan de lidstaten om aan te tonen dat de voorwaarden van de ontsnappingsclausule vervuld zijn. De taak van de Commissie bestaat er dan in de aangevoerde rechtvaardigingsgronden te evalueren. Zonder afbreuk te doen aan die bewijsplicht, kan de Commissie uitzonderlijk een onderzoeksopdracht uitschrijven om aanvullende informatie te bekomen(219).

120. Alvorens aan de hand van de beschikkingspraktijk van de Commissie de toepassingsvoorwaarden van artikel 95, lid 4 en lid 5 nader te preciseren, wordt hierna nog kort ingegaan op lid 7-9 van artikel 95 EG. Indien de Commissie aldus een lidstaat machtigt om nationale afwijkende bepalingen te handhaven of te treffen, dan moet zij ingevolge artikel 95, lid 7 onverwijld onderzoeken of er een aanpassing van de harmonisatiemaatregel moet worden voorgesteld(220). De Commissie start ook onverwijld een onderzoek of zij passende maatregelen aan de Raad moet voorstellen wanneer een lidstaat een specifiek probleem in verband met volksgezondheid aan haar signaleert op een gebied waarop reeds harmonisatiemaatregelen werden genomen(221). Het ligt in de rede dat de onderzoeksplicht die aldus wordt opgelegd aan de Commissie zijn grondslag vindt in een met het

(219) Zie o.m. Beschikking nr. 831 van de Commissie van 26 oktober 1999, *Pb. L.* 22 december 1999, afl. 329, 15.

(220) Daarbij is het voor wetgeving gangbare beginsel van co-decisie van toepassing. Anders is de administratieve procedure van artikel 95, lid 6, waarbij de Commissie, ingevolge de jurisprudentie van het Hof, het recht van verdediging van de verzoekende lidstaat moet respecteren. Bij gebrek aan specifieke vormvereisten in artikel 95 wordt het algemeen beginsel van procedure op tegenspraak met enige flexibiliteit toegepast. In de praktijk geven voormelde procedures zelden aanleiding tot problemen op dit punt, ook al omdat op grond van vaste rechtspraak de nietigheid van een akte wegens miskenning van het recht van verdediging enkel kan worden uitgesproken indien die miskenning van invloed was op de procedure. Meer nog zal de Commissie telkens elke lidstaat in de gelegenheid stellen om zijn standpunt over een kennisgeving van een andere lidstaat te geven. Dit laatste evenwel niet als een aan het recht van verdediging verbonden formeel vereiste, maar als het creëren van een mogelijkheid voor de lidstaten die het wensen hun mening in de procedure kenbaar te maken. Een Beschikking tot individuele afwijking heeft immers rechtstreekse gevolgen voor elke lidstaat.

(221) Zie artikel 95, lid 8.

harmonisatieniveau van de interne markt verbonden probleem. Zo zal artikel 95, lid 7 EG slechts tot een herziening leiden indien de afwijkende bepalingen de context van de betrokken lidstaat overstijgen. De Commissie acht het in dat licht raadzaam om de duur van individuele afwijkingen op grond van artikel 95, lid 4 te beperken, met name totdat, naar schatting, op communautair niveau adequate wetgevingsmaatregelen zullen worden goedgekeurd(222). In dezelfde lijn is artikel 95, lid 8 gericht op een aan de volksgezondheid verbonden specifiek probleem met weerslag op de interne markt, dat door een lidstaat wordt aangekaart.

121. Indien een lidstaat of de Commissie meent dat een andere lidstaat misbruik maakt van de bevoegdheden uit artikel 95 (bijvoorbeeld het te buiten gaan van de grenzen van de goedkeuring of nog het blijven toepassen van een nationale maatregel na afwijzing door de Commissie), kan de Commissie, in afwijking van de artikelen 226 en 227, een rechtstreeks beroep bij het Hof van Justitie instellen(223).

122. Een bijzondere discussie heeft zich tenslotte, reeds m.b.t. voormalig artikel 100A, lid 4, ontsponnen over de vraag of, om gebruik te kunnen maken van de afwijkingsmogelijkheid, de betrokken lidstaten in de Raad tegen het voorstel voor de betreffende richtlijn gestemd moeten hebben. In voormeld arrest over het Duitse PCP-verbod merkte het Hof op dat Duitsland tegen de aanvaarding van het voorstel voor de richtlijn gestemd had, zonder er echter verdere conclusies aan te verbinden(224). De aanpassingen die met het gewijzigde artikel 95 werden doorgevoerd, nemen de visie dat een voorafgaande tegenstem van de lidstaat vereist is, wind uit de zeilen. Anders dan in artikel 100A, lid 4 is de referentie aan gekwalificeerde meerderheid thans, in artikel 95, leden 4 en 5, vervallen. Barents en Van Ooik leiden daaruit af „dat een Lid-Staat, ongeacht zijn stemgedrag in de Raad, steeds op deze clausules een beroep kan doen. Door deze wijziging wordt tevens voorkomen dat Lid-Staten alleen al tegenstemmen om er zeker van te

(222) Zie Beschikking 2002/366/EG, *Pb. L.* 17 mei 2002, afl. 132, 65, ro. 57; Beschikking 2002/398/EG, *Pb. L.* 28 mei 2002, afl. 138, 15 en Beschikking 2002/399/EG, *Pb. L.* 28 mei 2002, afl. 138, 24 betreffende Oostenrijkse, Finse en Zweedse wetgeving inzake het maximaal toelaatbare cadmiumgehalte van meststoffen. Zie ook infra.

(223) Zie artikel 95, lid 9.

(224) H.v.J. 17 mei 1994, nr. C-41/93, *o.c.*, ro. 9.

zijn dat zij later toch nog een beroep op deze ontsnappingsclausules kunnen doen”(225).

123. De rechtspraktijk leverde tot eind 2002 zestien interessante Beschikkingen op waarin de Commissie verzoeken tot afwijking van een lidstaat, die hoewel deels ook op grond van voormalig artikel 100A, lid 4 werden geïnitieerd, toch op grond van artikel 95 inhoudelijk beoordeelt, aangezien artikelen 100A en 95 weliswaar niet identiek maar wel vergelijkbaar zijn(226). Elf Beschikkingen passen artikel 95, vierde lid, toe(227) en vijf Beschikkingen betreffen artikel 95, lid 5(228). Daarnaast zijn er drie beschikkingen die genomen zijn op grond van oud artikel 100A, lid 4 EG(229). Het hiernavolgende overzicht van de beschikkingspraktijk van de Commissie neemt alle voormelde beschikkingen mee in de analyse.

(225) R. BARENTS, *Het Verdrag van Amsterdam in werking* in de reeks *Europese monografieën*, Deventer, Kluwer, 1999, 164 en R. VAN OOIK, *De keuze der rechtsgrondslag voor besluiten van de Europese Unie* in de reeks *Europese monografieën*, Deventer, Kluwer, 320-321. Vergelijk met de teleologische interpretatie van de Commissie ten tijde van oud artikel 100A, lid 4 EG: „Deze bepaling moet overigens worden geïnterpreteerd in het licht van de doelstelling die daaraan ten grondslag ligt, namelijk een lidstaat de mogelijkheid te bieden onder bepaalde voorwaarden het recht te verwerven om af te wijken van een harmonisatiemaatregel *waarmee hij niet heeft ingestemd* aangezien een dergelijke maatregel kan worden vastgesteld met een gekwalificeerde meerderheid van stemmen in plaats van met algemene stemmen, zoals het geval was vóór de inwerkingtreding van de Europese Akte” (eigen cursivering), Beschikking nr. 5 van de Commissie van 21 december 1998, *Pb. L.* 7 januari 1999, afl. 3, 13. Zie ook D. WYATT & A. DASHWOOD, *European Union Law*, Sweet & Maxwell, 2000, 511-516 en N. DE SADELEER, „Les clauses de sauvegarde prévues à l'article 95 du Traité CE”, *R.T.D.eur.* 2002, 59-60.

(226) Zie hierover meer onder III.B.2.

(227) Zie Beschikkingen nrs. 830-835 van de Commissie van 26 oktober 1999, *Pb. L.* 22 december 1999, afl. 329, 1-99; Beschikking nr. 571 van de Commissie van 18 juli 2001, *Pb. L.* 27 juli 1999, afl. 202, 46; Beschikking nr. 65 van de Commissie van 25 januari 2002, *Pb. L.* 29 januari 2002, afl. 25, 47; Beschikking nr. 366 van de Commissie van 15 mei 2002, *Pb. L.* 17 mei 2002, afl. 132, 65; Beschikking nr. 398 van de Commissie van 24 mei 2002, *Pb. L.* 28 mei 2002, afl. 138, 15 en Beschikking nr. 399 van de Commissie van 24 mei 2002, *Pb. L.* 28 mei 2002, afl. 138, 24.

(228) Zie Beschikking nr. 836 van de Commissie van 26 oktober 1999, *Pb. L.* 22 december 1999, afl. 329, 100; Beschikking nr. 509 van de Commissie van 25 juli 2000, *Pb. L.* 12 augustus 2000, afl. 205, 7; Beschikking nr. 570 van de Commissie van 13 juli 2001, *Pb. L.* 27 juli 2001, afl. 202, 37; Beschikking nr. 599 van de Commissie van 13 juli 2001, *Pb. L.* 3 augustus 2001, afl. 210, 46 en Beschikking nr. 59 van de Commissie van 23 januari 2002, *Pb. L.* 25 januari 2002, afl. 23, 37.

(229) Zie Beschikking nr. 783 van de Commissie van 14 september 1994, *Pb. L.* 9 december 1994, afl. 316, 48; Beschikking nr. 211 van de Commissie van 26 februari 1996, *Pb. L.* 19 maart 1994, afl. 68, 32 en Beschikking nr. 5 van de Commissie van 21 december 1998, *Pb. L.* 7 januari 1999, afl. 3, 13.

1. Artikel 95, lid 4

124. Eén kennisgeving op grond van artikel 95, lid 4 EG werd door de Commissie niet-ontvankelijk verklaard(230). De overige beschikkingen kunnen gerangschikt worden naar onderwerp. Zo nam de Commissie Beschikking 1999/830 inzake levensmiddelenadditieven (Deense regels over het gebruik van sulfieten, nitraten en nitrieten), die Beschikking 1999/5 op grond van oud artikel 100A, lid 4 aanvult (Zweedse regels over het gebruik van bepaalde kleur- en zoetstoffen). Het leeuwendeel van de beschikkingen betrof tot op heden de handel in en het gebruik van gevaarlijke stoffen, met name Beschikking 1999/831 (Nederlandse PCP-regels) en Beschikkingen 1999/832-835 (respectievelijk Nederlandse, Duitse, Zweedse en Deense creosootregels). Zij vullen Beschikkingen 1994/783 en 1996/211 (Duitse en Deense PCP-regels), genomen op grond van oud artikel 100A, lid 4, aan. Een derde categorie wordt gevormd door beschikkingen over Oostenrijkse, Finse en Zweedse regels inzake het maximaal toelaatbare cadmiumgehalte in meststoffen, respectievelijk Beschikking 2002/366, 398 en 399. Tot slot werd nog Beschikking 2001/571 gepubliceerd, over Duitse regels inzake geneesmiddelenbewaking. De toepassing van artikel 95, lid 4 in voormelde Beschikkingen wordt hierna globaal besproken. Afwijkende gegevens worden wel onder verwijzing naar de desbetreffende Beschikking vermeld.

125. Algemeen volgt uit de beschikkingen dat de Commissie bij de beoordeling achtereenvolgens onderzoekt of de strengere(231) nationale bepalingen (a) noodzakelijk en gerechtvaardigd zijn op grond van gewichtige eisen (b) geen willekeurig karakter of (c) een verkapte handelsbeperkende werking hebben, en tenslotte (d) geen belemmering vormen voor de werking van de interne markt. De beschikkingspraktijk wijst voorts uit dat het onderzoek onder (a) bepalend is voor de beoordeling van criteria (b), (c) en (d)(232). Deze aanpak toont ook

(230) Beschikking nr. 65 van de Commissie van 25 januari 2002, *Pb. L.* 29 januari 2002, afl. 25, 47, over regelgeving van het Verenigd Koninkrijk inzake HIV-testkits.

(231) Zie Beschikking nr. 831 van de Commissie van 26 oktober 1999, *Pb. L.* 22 december 1999, afl. 329, 15. Een toepassing van de Nederlandse PCP-regeling (Bestrijdingsmiddelenwet) waarbij een toegeeflijker toepassing zou gemaakt worden dan de harmonisatiemaatregel kan niet goedgekeurd worden. Artikel 95, lid 4 en lid 5 zien op maatregelen die gerechtvaardigd worden op gewichtige eisen van volksgezondheid of milieu enz. en kunnen derhalve niet tot een mindere bescherming dan de communautaire leiden.

(232) In o.m. Beschikking nr. 571 van de Commissie van 18 juli 2001, *Pb. L.* 27 juli 1999, afl. 202, 46 en Beschikking nr. 830 van de Commissie van 26 oktober 1999, *Pb. L.* 22 december 1999, afl. 329, 1 acht de Commissie een onderzoek naar de overige criteria van artikel 95, lid 6 niet nodig aangezien de betrokken nationale maatregelen niet noodzakelijk waren op grond van de limitatief toegelaten gewichtige eisen.

de onderlinge verwevenheid aan van de *cumulatief* na te leven negatieve en positieve voorwaarden uit respectievelijk artikel 95, lid 6 en lid 4, waarop hoger reeds werd gewezen.

126. Uit de beschikkingspraktijk resulteert voorts dat de twee eerstgenoemde criteria (willekeurige discriminatie en verkapte beperking) uit artikel 95, lid 6 EG vooral nagaan of de maatregelen een direct of verkapt onderscheid maken tussen nationale en ingevoerde producten. De Commissie gaat daarbij nauwgezet te werk en past een synthetische analyse toe, waarbij de samenhang van de voorgehouden maatregel in samenhang met het lidstatelijke beleid wordt beoordeeld. Internwettelijke contradicties worden niet geduld. Zo achtte de Commissie de inperking van levensmiddelen met sulfieten ter bescherming van de volksgezondheid willekeurig wanneer niet systematisch de technische noodzaak wordt aangetoond bij toegelaten producten met het additief(233). In dezelfde lijn achtte de Commissie, weliswaar op grond van oud artikel 100A, lid 4, strengere Zweedse nationale maatregelen inzake het gebruik van kleuren- en zoetstoffen in levensmiddelen om allergieën te voorkomen, niet afgestemd op de aangegeven doelstelling de volksgezondheid te beschermen, aangezien zij voor het verwezenlijken van die doelstelling de vereiste samenhang ontberen: „de beperkende maatregelen gelden namelijk uitsluitend voor azokleurstoffen. Dit zijn echter niet de enige additieven die risico's op allergische reacties inhouden”(234).

127. Wanneer de nationale maatregelen algemeen gelden voor nationale en ingevoerde producten besluit de Commissie al gauw dat „er geen aanwijzing (is) dat zij als middel tot willekeurige discriminatie tussen economische subjecten in de Gemeenschap kunnen worden aangewend”(235). Van een verkapte handelsbeperking, met name nationale bepalingen die oneigenlijk worden toegepast en in werkelijkheid economische maatregelen vormen om de invoer van producten uit andere lidstaten te belemmeren en zo indirect de nationale productie te beschermen, is evenmin sprake, wanneer uit het onderzoek onder (a) blijkt dat de maatregelen op grond van gewichtige eisen kunnen worden gerechtvaardigd(236).

(233) Zie Beschikking nr. 830 van de Commissie van 26 oktober 1999, *Pb. L.* 22 december 1999, afl. 329, 1.

(234) Beschikking nr. 5 van de Commissie van 21 december 1998, *Pb. L.* 7 januari 1999, afl. 3, 13, ov. 20.

(235) Zie o.m. Beschikking 2002/366/EG, *Pb. L.* 17 mei 2002, afl. 132, 65, ov. 48; Beschikking 2002/398/EG, *Pb. L.* 28 mei 2002, afl. 138, 15 en Beschikking 2002/399/EG, *Pb. L.* 28 mei 2002, afl. 138, 24.

(236) *Ibidem.*

128. Met betrekking tot het derde criterium, met name dat de nationale maatregel de werking van de interne markt niet mag verhinderen, volgt uit de Beschikkingen dat dit criterium niet zo mag worden uitgelegd dat geen enkele nationale maatregel die gevolgen kan hebben voor de totstandkoming van de interne markt zou kunnen worden goedgekeurd. Volgens de Commissie wordt een hinderpaal pas gevormd als de voorgenomen maatregel „onevenredige gevolgen sorteert vergeleken met de nagestreefde doelstellingen”. In voormelde beschikkingen lijkt de Commissie er op basis van een eerder summier marktonderzoek(237) van uit te gaan dat de gevolgen op de interne markt niet onevenredig zijn, wanneer de voorliggende nationale maatregel noodzakelijk is en derhalve geen willekeurige discriminatie of verkapte handelsbeperking vormt. Voor zover een aanwijsbaar effect op de interne markt „de minimis” blijft, wijzigt dit de toepassing van het derde criterium niet(238).

(237) De Commissie ziet daarbij niet alleen naar de handelsstromen, maar hecht daarbij ook belang aan de algemene concurrentieverhouding zoals die resulteert uit de betrokken productmarkt, de productie in de betrokken lidstaat, het aantal producenten in die lidstaat en de vraag naar het product.

(238) Zie Beschikking nr. 831 van de Commissie van 26 oktober 1999, *Pb. L.* 22 december 1999, afl. 329, 15, waarin de Commissie besluit dat de gevolgen op de interne markt „vrijwel te verwaarlozen zijn”, nu de strengere norm ook geen aanleiding gaf tot klachten en nieuwe communautaire wetgeving de strengere norm overneemt in overeenstemming met de vooruitgang van de techniek. Zie ook Beschikking nr. 832, nr. 833 en nr. 834 van de Commissie van 26 oktober 1999, *Pb. L.* 22 december 1999, afl. 329, 25, 43 en 63, waarbij uit een marktanalyse volgt dat zowel nationale als buitenlandse producenten technisch aan de strengere normen kunnen voldoen, de grootste handelspartner er thans reeds aan voldoet, de betrokken markt een dalende trend vertoont en ook de door de betrokken lidstaat uitgevoerde producten normaliter aan de strengere normen voldoen (een incidenteel geval waarbij de uitvoerprijs lager was dan die van de traditionele leveranciers op de markt, vormt geen bewijs van het tegendeel). Ook werd in Beschikking nr. 833 aangevoerd dat er geen andere maatregelen mogelijk zijn met minder nadelige gevolgen op de markt, wat lijkt op de noodzakelijkheidstoets. Zie tenslotte Beschikking nr. 835 van de Commissie van 26 oktober 1999, *Pb. L.* 22 december 1999, afl. 329, 82, waarbij de Commissie de Deense strengere creosootnormen niet als een onevenredige hinderpaal voor de werking van de interne markt beschouwt, ook al heeft Denemarken het laagste gebruik van creosoot per hoofd en per oppervlakte-eenheid in Europa, en kan de mogelijkheid om creosoot uit te voeren terwijl de invoer in Denemarken verboden is, een verkapte handelsbelemmering doen ontstaan ten gunste van de Deense creosootproducent. Dit laatste achtte de Commissie overigens niet het geval nu de nationale maatregel de volksgezondheid en niet de bevoordeling van binnenlandse producenten als primaire doelstelling had. Het voorzorgsbeginsel speelt dan onverkort. Vergelijk met Beschikking nr. 873 van de Commissie van 14 september 1994, *Pb. L.* 9 december 1994, afl. 316, 43, waarin Duitse PCP-normen op grond van oud artikel 100A, lid 4 EG worden goedgekeurd (nadat de eerste Beschikking door het Hof van Justitie in het zogenaamde PCP-arrest nietig werd verklaard). Daarin maakt de Commissie weliswaar gewag van mogelijke nadelige effecten van de Duitse PCP-normen voor de leer- en textielsector, die evenwel niet door cijfers werden gestaafd (zie ov. 8). Bovendien zijn de gevolgen voor de intracommunautaire handel „praktisch nihil”, „gezien het ontbreken van een markt voor (PCP) in Duitsland, in de Scandinavische landen en Oostenrijk”. PCP is immers een zeer goedkoop product waardoor de waarde van het met PCP verbonden marktaandeel vrijwel te verwaarlozen is. Zie ook in dezelfde lijn, Beschikking nr. 211 van de Commissie van 26 februari 1996, *Pb. L.* 13 maart 1996, afl. 68, 32, waarin Deense PCP-normen worden goedgekeurd op grond van oud artikel 100A, lid 4 EG.

129. Het onderzoek naar de „noodzaak” van de nationale maatregel en zijn rechtvaardiging op grond van „gewichtige eisen”, wordt door de Commissie nauwgezet doorgevoerd. Zoals hoger vermeld, maakt een strikte analyse onder (a) de afwikkeling onder (b), (c) en (d) in grote mate voorspelbaar.

130. Het staat aan de lidstaten om aan te tonen dat de voorwaarden van de ontsnappingsclausule vervuld zijn. De taak van de Commissie bestaat er dan in de aangevoerde rechtvaardiging te toetsen en op noodzaak te evalueren. Zonder afbreuk te doen aan die bewijsplicht, kan de Commissie uitzonderlijk een onderzoeksopdracht uitschrijven om aanvullende informatie te bekomen(239). Wanneer daaruit resulteert dat er een risico voor de volksgezondheid bewezen wordt geacht, zoals het risico van kanker bij gebruik van creosoot, past ze het *voorzorgsbeginsel* toe. Dit beginsel beoogt bekende maar vooral ook nog onbekende risico’s die aan het voorwerp van de betrokken regeling (kunnen) verbonden zijn zoveel mogelijk te voorkomen of te verminderen. Nationale beperkingen aan het gebruik van creosoot achtte de Commissie dan ook op basis van het bewezen geachte kankerverwekkende risico gerechtvaardigd(240). Opvallend daarbij is dat de analyse van de Commissie van de noodzaak of proportionaliteit ten aanzien van de vooropgestelde doelstelling, niet beïnvloed wordt door onderlinge verschillen in nationale wetgeving of markt-omstandigheden(241). Ook de recentere meststofbeschikkingen(242) illustreren die aanpak. Nu de Commissie op basis van de beschikbare informatie besluit dat een reëel probleem voor de volksgezondheid en

(239) Zie Beschikkingen nr. 831 en 832-835 van de Commissie van 26 oktober 1999, *Pb. L.* 22 december 1999, afl. 329, 15 en 25 e.v.

(240) Zie Beschikkingen nrs. 832-835 van de Commissie van 26 oktober 1999, *Pb. L.* 22 december 1999, afl. 329, 25 e.v., waarin Nederlandse, Duitse, Zweedse en Deense maatregelen worden goedgekeurd.

(241) In Beschikking nr. 835 van de Commissie van 26 oktober 1999, *Pb. L.* 22 december 1999, afl. 329, 82, beschouwde de Commissie de Deense strengere creosootnormen niet als een onevenredige hinderpaal voor de werking van de interne markt, ook al had Denemarken het laagste gebruik van creosoot per hoofd en per oppervlakte-eenheid in Europa, en kon de mogelijkheid om creosoot uit te voeren terwijl de invoer in Denemarken verboden is, een verkapte handelsbelemmering doen ontstaan ten gunste van de Deense creosootproducent. Dit laatste achtte de Commissie overigens niet het geval nu de nationale maatregel de volksgezondheid en niet de bevoordeling van binnenlandse producenten als primaire doelstelling had. Het voorzorgsbeginsel speelt dan onverkort.

(242) Zie Beschikking 2002/366/EG, *Pb. L.* 17 mei 2002, afl. 132, 65, ov. 48; Beschikking 2002/398/EG, *Pb. L.* 28 mei 2002, afl. 138, 15 en Beschikking 2002/399/EG, *Pb. L.* 28 mei 2002, afl. 138, 24.

het milieu voorligt, lijkt ze het zogenaamde voorzorgsbeginsel aan te houden totdat op basis van omvattend wetenschappelijk onderzoek de juiste *communautaire* maatstaf wordt goedgekeurd(243). Naast de door de lidstaat overgelegde wetenschappelijke gegevens, waaruit volgt dat cadmiumoxide kankerverwekkend, mutageen en giftig voor de voortplanting is en cadmium in meststoffen verreweg de belangrijkste bron van verontreiniging van de bodem en de voedselketen is, komt de Commissie tot dit besluit aangezien de door de lidstaten toegepaste onderzoeksprocedures en methodes conform zijn aan de *communautaire*. Daarbij is niet zonder belang dat de nationale wetenschappelijke onderzoeken passen in voorbereidende werkzaamheden voor een voorstel voor een nieuwe verordening inzake meststoffen. Precies het feit dat deze nieuwe verordening niet tijdig kon worden aangenomen, was aanleiding voor het verzoek tot toepassing van artikel 95, lid 4(244). In dezelfde lijn honoreerde de Commissie een verzoek om strengere Nederlandse PCP-normen te handhaven, aangezien de nieuwe *communautaire* harmonisatiemaatregel de nationale strengere norm overneemt(245). De tijdsduur van de individuele afwijking werd wellicht om laatst vermelde reden niet ingeperkt.

(243) Om die reden worden, zoals hoger vermeld bij de analyse van artikel 95, lid 7, de individuele afwijkingen slechts toegestaan voor een beperkte duur, met name totdat, naar schatting, de nieuwe Europese harmonisatienorm zal aangenomen zijn.

(244) De strengere Oostenrijkse, Finse en Zweedse cadmiumnormen vonden overigens hun oorsprong in een afwijkende regeling, vervat in de Toetredingsakte van de betrokken lidstaten, die voorzag in een afwijking gedurende vier jaar, en die op haar beurt op grond van Richtlijn 98/97/EG tot 31 december 2001 werd verlengd. Een richtlijn van dezelfde strekking, waarin Oostenrijk en Zweden tijdelijk, met name tot 31 december 2001, werd toegelaten om nationale beperkingen voor het op de markt brengen en het gebruik van cadmium te handhaven, werd op verzoek van Nederland nietig verklaard. Hoewel de Commissie betoogde dat de tijdelijke maatregel was genomen om te voorkomen dat de betrokken lidstaten hun nationale beperkingen zouden opheffen terwijl het zeer waarschijnlijk was dat binnen afzienbare tijd soortgelijke beperkingen op *communautair* niveau zouden worden ingevoerd, achtte het Hof de voorgenomen maatregel geen aanpassing van de richtlijn aan de technische vooruitgang en derhalve onverenigbaar met de in de richtlijn opgenomen herzieningsprocedure. Daartoe waren de beschikbare wetenschappelijke gegevens onvoldoende betrouwbaar en werd evenmin aangevoerd dat in Oostenrijk of Zweden specifieke omstandigheden bestonden die konden rechtvaardigen dat de aan het gebruik van cadmium verbonden risico's in die twee lidstaten anders moesten worden beoordeeld. Zie H.v.J. 18 juni 2002, nr. C-314/99, Nederland t. Commissie, *Jur. H.v.J.* 2002, I-5521, ro. 28.

(245) Zie Beschikking nr. 831 van de Commissie van 26 oktober 1999, *Pb. L.* 22 december 1999, afl. 329, 15. Vergelijk met Beschikking nr. 783 van de Commissie van 14 september 1994, *Pb. L.* 9 december 1994, afl. 316, 43, waarin Duitse PCP-normen op grond van oud artikel 100A, lid 4 EG worden goedgekeurd (nadat de eerste Beschikking door het Hof van Justitie in het zogenaamde PCP-arrest nietig werd verklaard).

131. Wat het gebruik van sulfieten, nitrieten en nitraten in levensmiddelen betreft, is de Commissie minder genereus. In de betrokken beschikking oordeelde de Commissie dat de Deense reglementering inzake sulfieten niet gerechtvaardigd kon worden op grond van de noodzaak de volksgezondheid te beschermen of het risico voor allergieën na overschrijding van de aanvaardbare dagelijkse inname van sulfiet te voorkomen, aangezien bepaalde producten zonder rechtvaardiging uit technologische noodzaak sulfiet mogen bevatten en zulks op willekeur wijst(246). Logisch daarbij is de nadruk vanwege de Commissie op voorlichting van de „allergische” consument in plaats van een algeheel verbod op het gebruik van een additief dat een allergie kan veroorzaken. Indien de betrokken consument op grond van etikettering in de mogelijkheid wordt gesteld producten aan te schaffen waarop hij niet allergisch reageert, is een algeheel verbod vanuit het oogpunt van de interne markt disproportioneel en niet noodzakelijk(247). Bovendien stelt de Commissie vast dat er ter zake geen specifiek gevaar bestaat voor de Deense bevolking in vergelijking met de bevolking van andere lidstaten. Tot slot acht de Commissie de Deense maatregel niet geschikt voor de verwezenlijking van het vooropgestelde doel; sulfiet is immers niet het enige additief dat een allergische reactie kan ontketenen. De Commissie hield dezelfde lijn aan bij de analyse van de Deense reglementering inzake nitrieten en nitraten. De Commissie besloot dat de Deense regeling verder gaat dan strikt noodzakelijk is om de volksgezondheid te beschermen. Zij kwam tot dit besluit vanwege het gebrek aan samenhang van de betrokken wetgeving, het feit dat het geharmoniseerde gehalte aan nitriet en nitraat beantwoordt aan een technische noodzaak ter conservering van vleesproducten, alsmede het ontbreken van elk gegeven dat het gezondheidsrisico specifiek zou zijn aan de Deense bevolking in vergelijking met de gemiddelde Europese of

(246) Zie Beschikking nr. 830 van de Commissie van 26 oktober 1999, *Pb. L.* 22 december 1999, afl. 329, 1.

(247) Zie Beschikking nr. 830 van de Commissie van 26 oktober 1999, *Pb. L.* 22 december 1999, afl. 329, 1, ov. 30. Omgekeerd wijst de Commissie er ook wel eens op dat „aangezien er geen andere middelen zijn om de PCP-emissies bij industriële toepassingen te beperken, (een) maatregel dan ook in een redelijke verhouding (staat) tot het beoogde doel”, zie Beschikking nr. 211 van de Commissie van 26 februari 1996, *Pb. L.* 13 maart 1996, afl. 68, 32, waarin Deense PCP-normen worden goedgekeurd op grond van oud artikel 100A, lid 4 EG.

wereldbevolking(248). Een volledig gelijklopende analyse kon reeds onderkend worden in de beschikking op grond van artikel 100A, lid 4 EG inzake Zweedse kleur- en zoetstofnormen(249).

132. Daarnaast merkt de Commissie in Beschikking 1999/830 meer algemeen op dat de betrokken harmonisatierichtlijn op grond van een vrijwaringsclausule altijd kan worden herzien, en bovendien een permanent toezicht op de ontwikkeling en het gebruik van additieven instelt(250).

133. Ook de Beschikking inzake Duitse strengere maatregelen ten aanzien van de in het kader van de geharmoniseerde geneesmiddelenbewaking te vermelden bijwerkingen, getuigt van een strenge analyse(251). De Duitse meldplicht kon niet gerechtvaardigd worden op grond van de bescherming van de volksgezondheid omdat ze deels berustte op een verkeerde analyse van de harmonisatiemaatregel (die overigens rekening hield met nieuwe wetenschappelijke inzichten) en deels een onnodige en vanuit die doelstelling niet te rechtvaardigen beperking inhield voor de economische actoren.

134. Voor toepassing van artikel 95, lid 4 is in beginsel het bewijs van een specifieke situatie in de betrokken lidstaat niet vereist(252), al lijkt de Commissie het bestaan daarvan soms aan te grijpen om makkelijker tot de noodzaak van de maatregel en derhalve goedkeu-

(248) Intussen verklaarde het Hof de beschikking op dit punt nietig, aangezien de Commissie onvoldoende rekening had gehouden met een advies van het Wetenschappelijk Comité voor de menselijke voeding, zie H.v.J. 20 maart 2003, nr. C-3/00, Denemarken t. Commissie, nog niet gepubliceerd, en zie hierover meer onder III.B.2.

(249) Beschikking nr. 5 van de Commissie van 21 december 1998, *Pb. L.* 9 januari 1999, afl. 3, 13, ov. 21 e.v.: de Commissie achtte de communautaire harmonisatie adequaat, benadrukte de marktconforme etikettering ter informatie van de allergische consument (zelfs het door de Commissie onderkende probleem van levensmiddelen zonder verpakking in scholen of restaurants kan een algeheel gebruiksverbod niet rechtvaardigen, kinderen moeten wegwijs gemaakt worden door hun ouders), stelde vast dat het risico op allergische reacties niet specifiek was voor Zweden en, zoals hoger vermeld, beoordeelde de Zweedse norm als onevenredig en niet afgestemd op de bescherming van de volksgezondheid aangezien kleurstoffen buiten de regeling vielen die ook allergische reacties konden veroorzaken, dan wel minder ingrijpende middelen ter bescherming van de volksgezondheid voor handen waren.

(250) De precieze draagwijdte van deze toevoeging zal in III.B.3 worden verduidelijkt.

(251) Zie Beschikking nr. 571 van de Commissie van 18 juli 2001, *Pb. L.* 27 juli 2001, afl. 202, 46.

(252) Dit werd intussen bevestigd in H.v.J. 20 maart 2003, nr. C-3/00, Denemarken t. Commissie, nog niet gepubliceerd, ro. 59.

ring te besluiten(253). Ook in de hoger vermelde meststoffenbeschikkingen rept de Commissie met geen woord over een specifieke situatie. Voor het gebruik van PCP, creosoot en cadmium zijn er voldoende wetenschappelijke gegevens voor handen om, afgezien van het bestaan van een aan de betrokken lidstaat specifieke situatie, het voorzorgsbeginsel toe te passen(254). Omgekeerd kan de afwezigheid van een specifieke situatie een bijkomend element zijn dat door de Commissie wordt aangegrepen om de betrokken nationale maatregel als onevenredig aan de vooropgestelde doelstelling af te wijzen(255).

135. Deze zienswijze past in de visie dat de Europese wetgever ingevolge artikel 95, lid 3 EG reeds een hoog beschermingsniveau nastreeft. Een lidstaat die nog een hoger beschermingsniveau wil nastreven, kan zijn beslissing daartoe niet unilateraal opleggen maar moet daartoe aantonen op grond van nieuwe wetenschappelijke gegevens **of** gegevens die niet door de communautaire wetgever in

(253) Zie Beschikking nr. 831 van de Commissie van 26 oktober 1999, *Pb. L.* 22 december 1999, afl. 329, 15, waarin de Commissie geen specifieke situatie vaststelt, maar de noodzaak afleidt uit een nieuwe communautaire harmonisatiemaatregel die de strengere nationale norm overneemt. Zie voorts Beschikkingen nrs. 832-835 van de Commissie van 26 oktober 1999, *Pb. L.* 22 december 1999, afl. 329, 25 e.v., waarbij de Commissie ter zake van het gebruik van creosoot in Nederland wel een specifieke situatie onderkent (op een na grootste gebruiker van creosoot, geografische kenmerken maken poldergebied erg gevoelig voor milieuverontreiniging, oeverbeschoeiingen met creosoot vervuilen het aquatische milieu), maar niet in Duitsland, Zweden en Denemarken, ook al werden daartoe klimatologische omstandigheden aangevoerd, met name minder zonnige dagen en lagere temperaturen zodat het afbraakproces van creosoot wordt gestremd. Vergelijk met Beschikking nr. 873 van de Commissie van 14 september 1994, *Pb. L.* 9 december 1994, afl. 316, 43, waarin Duitse PCP-normen op grond van oud artikel 100A, lid 4 EG worden goedgekeurd, nadat de eerste Beschikking door het Hof van Justitie in het zogenaamde PCP-arrest nietig werd verklaard, o.m. omdat PCP geen specifiek probleem voor Duitsland betrof. In voormelde Beschikking wijst de Commissie op voor Duitsland specifieke factoren zoals één van de sterkst geïndustrialiseerde en dichtbevolkte lidstaten, grote dioxine-uitstoot, plaatselijke klimatologische omstandigheden en voedingsgewoonten van de Duitse bevolking, die samen genomen strenge maatregelen ter bescherming van gezondheid en milieu rechtvaardigen. Zie ook in dezelfde lijn, Beschikking nr. 211 van de Commissie van 26 februari 1996, *Pb. L.* 13 maart 1996, afl. 68, 32, waarin Deense PCP-normen worden goedgekeurd op grond van oud artikel 100A, lid 4 EG. De Commissie wees op de slechte absorptie van PCP door de Deense alkalische bodem, waardoor het grondwater, dat als drinkwater wordt gebruikt, vervuult door PCP dat gelet op de lage temperaturen niet gemakkelijk wordt afgebroken. Bij de afweging of een specifieke situatie voorligt, hecht de Commissie ook bijzonder belang aan het effect dat de harmonisatiemaatregel op de ontwikkeling van het specifieke probleem zou hebben, met name welk risico eruit zou resulteren voor het milieu, de volksgezondheid enz.

(254) Daarbij moet wel worden vermeld dat de Commissie in enkele beschikkingen inzake PCP en creosoot tot de vaststelling van een aan de betrokken lidstaat specifieke situatie komt. Zie vorige voetnoot.

(255) Zie Beschikking nr. 830 van de Commissie van 26 oktober 1999, *Pb. L.* 22 december 1999, afl. 329, 1, ro. 43.

aanmerking werden genomen(256) dat de harmonisatiemaatregel niet geschikt is om een hoog beschermingsniveau van de limitatief opgesomde belangen te verzekeren. Dat neemt evenwel niet weg dat de betrokken lidstaat alternatief kan aantonen dat hij kampt met een specifieke situatie waardoor de afwijking gerechtvaardigd is, zonder dat dit evenwel een formeel toepassingsvereiste voor het vierde lid wordt.

2. Artikel 95, lid 5

136. Een specifieke situatie is daarentegen wel vereist om een succesvol beroep te doen op de uitzondering van artikel 95, lid 5. Ten aanzien van een strengere regeling voor de indeling, verpakking en kenmerken van gevaarlijke stoffen kon Duitsland alvast geen specifieke situatie aantonen en staven op nieuwe wetenschappelijke gegevens(257). De nieuwe maatregelen werden door de Commissie afgevoerd ook al werd niet betwist dat zij de bescherming van het arbeidsmilieu voor ogen hadden(258). Ook voor de toepassing van artikel 95, lid 5 staat het aan de lidstaten om aan te tonen dat alle hoger vermelde voorwaarden van de bepaling vervuld zijn. De Commissie hoeft niet zelf te zoeken naar een mogelijke rechtvaardiging(259).

(256) In H.v.J. 20 maart 2003, nr. C-3/00, Denemarken t. Commissie, nog niet gepubliceerd, rechtsoverweging 62, stelt het Hof uitdrukkelijk dat op grond van artikel 95, lid 4 EG niet kan worden geëist dat nieuwe wetenschappelijke gegevens tot staving van het verzoek worden aangedragen. Het Hof erkent nadrukkelijk dat een lidstaat een verzoek tot handhaving van zijn bestaande nationale afwijkende bepalingen kan steunen op een andere inschatting van het risico voor de gezondheid dan die van de gemeenschapswetgever bij de vaststelling van de harmonisatiemaatregel.

(257) De verzoekende lidstaat moet in casu aantonen dat haar situatie op significante wijze verschilt van die in andere lidstaten. Daarbij wordt een lidstaat geacht nieuwe wetenschappelijke gegevens aan te dragen. Dientengevolge „il incombe à l'Etat membre qui invoque la nécessité d'une dérogation de démontrer soit que les preuves sont véritablement, et strictement parlant, „nouvelles”, soit qu'il est confronté à une situation nouvelle, au vu de laquelle même des données scientifiques déjà connues requièrent une évaluation nouvelle”, zie Conclusie van 30 mei 2002 van Advocaat-generaal Tizzano in zaak C-512/99, Duitsland t. Commissie, nog niet gepubliceerd, ro. 78.

(258) Zie Beschikking nr. 836 van de Commissie van 26 oktober 1999, *Pb. L.* 22 december 1999, afl. 329, 100.

(259) Wanneer de door de lidstaat ingediende gegevens niet volstaan om de Commissie in staat te stellen te beoordelen of aan de voorwaarden van artikel 95, lid 5, wordt voldaan en de Commissie daarom het ontwerp van de nationale maatregelen afwijst, staat het de lidstaat vrij het verzoek opnieuw in te dienen en dit met alle aanvullende en/of nieuwe gegevens te onderbouwen die nodig zijn om vast te stellen of al dan niet aan de voorwaarden van artikel 95, lid 5 wordt voldaan. Zie o.m. Beschikking nr. 509 van de Commissie van 25 juli 2000, *Pb. L.* 12 augustus 2000, afl. 205, 7, ov. 46 en Beschikking nr. 570 van de Commissie van 13 juli 2001, *Pb. L.* 27 juli 2001, afl. 202, 37, ro. 66.

137. Kennisgevingen stranden vaak op het vereiste dat „nieuwe wetenschappelijke gegevens moeten worden aangebracht die verband houden met de bescherming van het milieu of het arbeidsmilieu vanwege een specifiek probleem dat zich in de lidstaat heeft aangediend nadat de harmonisatiemaatregel is genomen”. De Commissie gaat bijzonder nauwgezet na of alle voorwaarden vervuld zijn. Zo konden de Belgische en Duitse normen inzake organische tinverbindingen de toets niet doorstaan(260). Ze hielden weliswaar verband met de bescherming van het milieu, maar de Commissie oordeelde dat het onduidelijk was of de gegevens die tot staving werden aangevoerd na de vaststelling van de harmonisatierichtlijn waren verkregen dan wel reeds in de richtlijn meegenomen. Het feit dat de Belgische kust langs een van de drukste scheepvaartroutes ligt, was niet uniek voor België, maar de concentratie aan giftig sediment die er het gevolg van was, zag de Commissie wel als specifiek voor lidstaten waar drukke zeehavens gelegen zijn. Bij gebrek aan nadere gegevens over de feitelijke verontreiniging en de daaraan verbonden schoonmaakkosten wordt het verzoek tot afwijking afgewezen. Evenzo werd het Duitse verzoek om dezelfde redenen afgewezen, met dit verschil dat de Commissie het waarschijnlijk achtte dat de overgelegde gegevens dateerden van na de vaststelling van de harmonisatiemaatregel. Daarom alleen vormen ze niet per se nieuwe informatie(261).

138. Nederland bracht voorts nog een ontwerp van nationale wetgeving inzake de beperking van het op de markt brengen en het gebruik van creosoot en gecreosoteerd hout ter kennis van de Commissie met het oog op een beroep van artikel 95, lid 5 EG(262). Deze kennisgeving moet gezien worden ter aanvulling van de door de Commissie op grond van artikel 95, lid 4 EG toegestane afwijking voor bestaande Nederlandse creosootnormen. Gelet op het complexe karakter van de aangelegenheid oordeelde de Commissie in een eerste Beschikking dat, bij afwezigheid van rechtstreeks gevaar voor de gezondheid van de mens, een verlenging van de besluitvormingstermijn met zes

(260) Zie Beschikking nr. 509 van de Commissie van 25 juli 2000, *Pb. L.* 12 augustus 2001, afl. 205, 7 en Beschikking nr. 570 van de Commissie van 13 juli 2001, *Pb. L.* 27 juli 2001, afl. 202, 37.

(261) Beschikking nr. 570 van de Commissie van 13 juli 2001, *Pb. L.* 27 juli 2001, afl. 202, 37, ro. 73.

(262) Zie Beschikking nr. 599 van de Commissie van 13 juli 2001, *Pb. L.* 3 augustus 2001, afl. 210, 46 en Beschikking nr. 59 van de Commissie van 23 januari 2002, *Pb. L.* 25 januari 2001, afl. 23, 37.

maanden gerechtvaardigd is(263). In de definitieve Beschikking keurt de Commissie de Nederlandse maatregelen goed(264). De kennisgeving was immers gesteund op nieuw wetenschappelijk onderzoek waaruit, conform de EU-standaardmethodiek, de verontrustende verontreiniging van het aquatisch milieu ten gevolge van gecreosoteerd hout bleek. Na de vaststelling van de harmonisatiemaatregel was deze immers uitgegroeid tot een nationaal milieuprobleem. In de Beschikking op grond van artikel 95, lid 4 had de Commissie reeds de hydrogeografische situatie van Nederland met een uitgebreide oeverbeschoeiing van de wateren als specifiek bestempeld, zodat niets nog een goedkeuring in de weg stond. Daarbij kwam dat gecreosoteerd hout in Nederland op grootschalige wijze werd gebruikt zodat van specifieke blootstellingsscenario's sprake was. Aangezien tot slot de Nederlandse bepalingen van algemene aard waren en golden voor nationale en ingevoerde producten (geen willekeurige discriminatie), de bescherming van het aquatisch milieu de echte reden voor de nieuwe regelgeving was (geen verkapte handelsbeperking) en verband hielden met een bijzondere milieuproblematiek met specifieke blootstellingssituaties in Nederland (geen onevenredige hinderpaal voor de werking van de interne markt), was aan alle voorwaarden voldaan. Hoewel niet kan gezegd worden, dat de Commissie de goedkeuring verleent zonder een grondig onderzoek te voeren, mag uit de beperkte bewoordingen die de Commissie besteedt aan de voorwaarde of het probleem wel *na de harmonisatierichtlijn is ontstaan*, enige inschikkelijkheid worden afgeleid(265). Deze aanpak past in de lijn van de hoger besproken creosootbeschikkingen bij toepassing van artikel 95, lid 4 EG. Daarin past de Commissie, gelet op de hoge risico's die aan het gebruik van creosoot zijn verbonden, met rede het voorzorgsbeginsel toe. Daarbij moet nog vermeld dat onderhavige goedkeuring slechts gerechtvaardigd is vanuit de specifieke situatie voor Nederland. Een inperking van de duur van de afwijking is in dat licht overbodig, net als een onderzoek naar de aanpassing van de communautaire maatregel.

(263) Zie Beschikking nr. 599 van de Commissie van 13 juli 2001, *Pb. L.* 3 augustus 2001, afl. 210, 46, ov. 31. De Commissie steunt haar beslissing op een advies van het Wetenschappelijk Comité voor de toxiciteit, de ecotoxiciteit en het milieu (WCTEM), waarin het complexe karakter van de aangelegenheid wordt bevestigd.

(264) Zie Beschikking nr. 59 van de Commissie van 23 januari 2002, *Pb. L.* 25 januari 2001, afl. 23, 37.

(265) Het betreft dus veeleer het „aan het licht komen” van een specifiek probleem op grond van nieuwe gegevens nadat een harmonisatiemaatregel in werking trad. Zie in die zin Beschikking nr. 59 van de Commissie van 23 januari 2002, *Pb. L.* 25 januari 2001, afl. 23, 37, ro. 79.

B. TOEPASSINGSPROBLEMEN EN PARTICULARIA

1. Kennisgevingsplicht in de zin van artikel 95 EG

139. De doelstelling van artikel 95 indachtig ligt het voor de hand dat slechts de kennisgeving van wetgeving (bestaande of nieuwe in ontwerpfasen) die binnen het toepassingsbereik van de harmonisatiemaatregel valt waarvan zij beoogt af te wijken door strengere normen te stellen, kans op slagen heeft(266). Zoals hoger vermeld, werd de kennisgeving van het Verenigd Koninkrijk van nationale bepalingen inzake HIV-testkits door de Commissie om die reden onontvankelijk verklaard(267). Een nationaal verbod om reclame voor dergelijke „kits” te maken of bepaalde onderdelen ervan aan het publiek te verkopen, viel buiten de werkingssfeer van Richtlijn 98/79 betreffende medische hulpmiddelen voor in-vitrodiagnostiek(268), aangezien zij noch bepalingen voor de distributie van dergelijke hulpmiddelen noch etiketteringsvereisten voor de distributie en het in de handel brengen ervan bevatte. Nationale bepalingen die buiten de werkingssfeer van de beoogde harmonisatiemaatregel vallen of bedoeld zijn ter omzetting daarvan, kunnen niet volgens de procedure van artikel 95, lid 6 EG beoordeeld worden. Indien over de toepassing van die nationale bepalingen alsnog een geschil rijst, kan de betrokken lidstaat wel een beroep doen op de Verdragsexcepties van artikel 30 EG(269).

(266) In dezelfde zin oordeelde het Hof bij toepassing van oud artikel 100A, lid 4 EG in H.v.J. 1 oktober 1998, nr. C-127/97, PCP II (Burstin), *Jur. H.v.J.* 1998, I-6005. Van de Duitse strengere normen voor PCP-producten moest geen kennis gegeven worden aangezien de PCP-richtlijn partiële harmonisatie doorvoerde en slechts van toepassing was op bepaalde PCP-stoffen en preparaten. Zij gold niet voor producten behandeld met PCP zodat de lidstaten in beginsel vrij waren voor die producten autonome grenswaarden vast te stellen.

(267) Zie Beschikking nr. 65 van de Commissie van 25 januari 2002, *Pb. L.* 29 januari 2002, afl. 25, 47.

(268) Hoger vermeld als een „nieuwe aanpak” richtlijn, zie I. B.

(269) Zie voor een opmerkelijk, maar succesvol beroep daarop, H.v.J. 11 juli 2000, nr. C-473/98, Toolex Alpha, *Jur. H.v.J.* 2000, I-5681, waarin het Hof Zweedse maatregelen met betrekking tot het gebruik van trichloorethyleen buiten de harmonisatiemaatregelen hield (met name een indelingsrichtlijn 67/548/EEG, beperkingsrichtlijn 76/769/EEG en een risicobeoordelingsverordening (EEG) 793/93) en op grond van de bescherming van de volksgezondheid rechtvaardigde omdat geen algemeen verbod, maar één met welomschreven dispensaties werd opgelegd dat werd gesteund op nieuw wetenschappelijk onderzoek. Voorts rechtvaardigde het kankerverwekkende risico van trichloorethyleen de toepassing van het voorzorgsbeginsel. In dezelfde lijn, H.v.J. 24 oktober 2002, nr. C-121/00, Walter Hahn, *Jur. H.v.J.* 2002, I-9193, over de beoordeling in het licht van artikelen 28 en 30 EG van de toepassing van nationale bepalingen waarbij een nultolerantie inzake aanwezigheid van *Listeria monocytogenes* in niet chemisch geconserveerde visproducten wordt vastgesteld, nu Richtlijn 91/493/EEG (*Pb. L.* 24 september 1991, afl. 268, 15) de behandeling, verwerking en verpakking van visserijproducten en gezondheidscontroles in de productiefase harmoniseert, maar geen volledige harmonisatie bevat van de grenswaarden inzake besmetting van gerookte visproducten met *Listeria monocytogenes*.

140. Ook de beschikking als gevolg van een kennisgeving onder artikel 95, lid 5 EG kan derhalve slechts betrekking hebben op een ontwerp van nationale maatregel dat afwijkt van de geveiseerde harmonisatiemaatregel, ook al heeft het ontwerp van nationale maatregelen (c.q. de kennisgeving) ook betrekking op andere toepassingen die buiten het geharmoniseerde gebied vallen. Aldus was de Beschikking over het Duitse ontwerp van wet met strengere normen inzake organische tinverbindingen enkel op die nationale bepalingen van toepassing die binnen het geharmoniseerde gebied vielen van de Richtlijn waarvan men de afwijking beoogde(270). De andere toepassingen van organische tinverbindingen die in het ontwerp werden geregeld, moesten volgens de procedure van hoger besproken Richtlijn 98/34 betreffende een informatieprocedure op het gebied van normen en technische voorschriften, worden bekendgemaakt en beoordeeld(271).

141. Het hoeft geen betoog dat het vaak een heikele taak is om de precieze reikwijdte van een harmonisatiemaatregel alsmede de gevolgde harmonisatiemethode nader te bepalen. Het is dan ook gezins uitgesloten dat lidstaten ter zake andere opvattingen huldigen dan de Commissie. Die gebeurlijke complexiteit werkt wel flexibiliteit vanwege de Commissie in de hand. De aanpak van de Commissie in Beschikking 1996/112 is er een mooie illustratie van. Hoewel de kennisgeving om in afwijking van een harmonisatierichtlijn ook na de omzettingstermijn nationale wetgeving te blijven toepassen, door de betrokken lidstaat op grond van een eigen interpretatie van de richtlijn niet als een kennisgeving in de zin van oud artikel 100A, lid 4 werd beschouwd, beoordeelde de Commissie ze toch in het licht van voormeld artikel. Het feit dat de betrokken lidstaat van meet af aan duidelijk had gemaakt stringenter nationale bepalingen te blijven toepassen, beschouwde de Commissie als een bewijs van goede trouw. De eerste kennisgeving werd gedaan voordat de omzettingstermijn verstreek. „Het feit dat het formele verzoek om toepassing van artikel 100A, lid 4 niet is ingediend vóór de afloop van de omzettingstermijn in juni 1992, mag voor de Commissie niet verhinderen dat het verzoek

(270) Zie Beschikking nr. 570 van de Commissie van 13 juli 2001, *Pb. L.* 27 juli 2001, afl. 202, 37, ro. 28 en 29.

(271) Zie hoger I. B.

in het onderhavige geval wordt onderzocht”(272). Bij een aanhoudend geschil zal het Hof van Justitie uiteindelijk de knoop kunnen doorhakken.

142. Uit wat voorafgaat, volgt met andere woorden dat een kennisgeving van stringentere maatregelen, althans voor toepassing van artikel 95, lid 4, moet geschieden voordat de omzettingstermijn van de betrokken maatregel is verstreken. Artikel 95 verduidelijkt daarbij niet welke termijn binnen de omzettingsperiode nuttig is. Zo honoreerde de Commissie een formele kennisgeving op de laatste dag van de omzettingsperiode(273).

143. Daarbij mag wel niet uit het oog worden verloren dat algemene beginselen van gemeenschapsrecht, zoals het beginsel van de gemeenschapstrouw en de loyale samenwerking vervat in artikel 10 EG, onverkort van toepassing zijn(274). Dit veronderstelt een tijdige (c.q. zo spoedig mogelijke) kennisgeving opdat de Commissie haar controle kan uitoefenen. Bij gebrek aan bijzondere vormvereisten komt het aan de lidstaten toe dit tijdstip te bepalen. Wel moet de kennisgeving voldoende gemotiveerd zijn, zoals bepaald in artikel 95, lid 4 en lid 5. Blijkt een dossier onvolledig, dan beschouwt de Commissie een brief niet als een formele kennisgeving(275). Ook al worden er binnen de omzettingsperiode van de richtlijn nieuwe nationale bepalingen goedgekeurd, kan nog toepassing gemaakt worden van artikel 95, lid 4. Als „de kern van deze nationale bepalingen hetzelfde is als die van de nationale regels die vóór de vaststelling van de betrokken richtlijn van kracht waren”, wil een lidstaat de uit hoofde van artikel 95 bekendgemaakte regels *handhaven* in de zin van lid 4(276).

(272) Beschikking nr. 211 van de Commissie van 26 februari 1996, *Pb. L.* 13 maart 1996, afl. 68, 32, ov. 5. Daarbij leek ook mee te spelen dat de betrokken lidstaat, zodra ze de juistheid van de interpretatie van de Commissie erkende, een formeel verzoek op grond van artikel 100A, lid 4 indiende. Vergelijk met Beschikking nr. 830 van de Commissie van 26 oktober 1999, *Pb. L.* 22 december 1999, afl. 329, 1, bij toepassing van artikel 95 EG.

(273) Beschikking nr. 835 van de Commissie van 26 oktober 1999, *Pb. L.* 22 december 1999, afl. 329, 82.

(274) Zie hierover en over de doorwerking van het arrest Kortas op artikel 95, K.J.M. MORTELMANS, *S.E.W.* 2001, 260-261.

(275) Beschikking nr. 830 van de Commissie van 26 oktober 1999, *Pb. L.* 22 december 1999, afl. 329, 1, ov. 9. Deze eerste brief kan, later aangevuld met andere brieven ter verduidelijking van zijn precieze strekking wél een formele kennisgeving uitmaken.

(276) *Ibidem*, ro. 15.

144. Bovendien veronderstelt een geldig beroep op de excepties van artikel 95 dat men op het ogenblik van het beroep een EU-lidstaat is(277) en dat de harmonisatiemaatregel waarvan afwijking wordt beoogd, genomen is op grond van artikel 95(278).

145. Voormelde elementen gaat de Commissie na bij elk verzoek tot toepassing van een van de excepties uit artikel 95, met dien verstande dat het vereiste van kennisgeving binnen de omzettingstermijn logischerwijze niet speelt bij een verzoek onder artikel 95, lid 5 EG en derhalve door de Commissie in die beschikkingen niet wordt onderzocht. Niet binnen de omzettingsperiode aangemelde wetgeving die een lidstaat wenst te *handhaven*, kan niet gehonoreerd worden. Zo verstrekt de zorgvuldigheidsplicht van de lidstaten in het licht van de realisatie van de interne markt. Omgekeerd rechtvaardigen de voorwaarden van artikel 95, lid 5 en derhalve ook de doelstelling de interne markt te verwezenlijken, dat lidstaten na de omzettingstermijn *nieuwe bepalingen* aanmelden.

146. Naar aanleiding van het arrest *Gastoestellen*(279) rijst de vraag overeenkomstig of nog gebruik gemaakt kan worden van de excepties van artikel 95 wanneer de harmonisatiemaatregel in volledige harmonisatie voorziet? Sommige auteurs proberen het Tedeschi-beginsel in ere te herstellen door ook de Verdragsexcepties van artikel 95 EG eraan te onderwerpen(280). Zij zouden dientengevolge slechts gelding hebben bij minimumharmonisatie(281), terwijl de lidstaat bij volledige harmonisatie moet terugvallen op de procedures die in de harmonisatiemaatregel zelf worden vooropgesteld. Om diezelfde reden zou in elk geval toepassing van de Verdragsexcepties na inwerkingtreding van de harmonisatiemaatregel uitgesloten zijn. Noch in de Beschikkingspraktijk van de Commissie noch in de rechtspraak van het

(277) Beschikking nr. 5 van de Commissie van 21 december 1998, *Pb. L.* 7 januari 1999, afl. 3, 13.

(278) Beschikking nr. 571 van de Commissie van 18 juli 2001, *Pb. L.* 27 juli 2001, afl. 202, 46, ov. 14. Komt eveneens tot dit besluit, maar niet zonder aarzeling, R.H. VAN OOIK, *De keuze der rechtsgrondslag voor besluiten van de Europese Unie*, Deventer, Kluwer, 1999, 316.

(279) H.v.J. 25 maart 1999, nr. C-112/97, Commissie t. Italië, *Jur. H.v.J.* 1999, I-1829, ro. 32-35, weliswaar over de toepassing van oud artikel 100A, lid 4 EG.

(280) Zie o.m. in die zin R.H. VAN OOIK, *De keuze van de rechtsgrondslag voor besluiten van de Europese Unie*, Deventer, Kluwer, 1999, 319-320.

(281) Op de vraag hoe minimumharmonisatie zich verhoudt tot de ontsnappingsclausules van artikel 95, antwoorden Wyatt & Dashwood zelfs: „the answer to the question is that paragraphs (4) and following only come into play once the rules relating to the matters in question have been fully harmonised”, zie D. WYATT en A. DASHWOOD, *European Union Law*, Sweet & Maxwell, 2000, 516.

Hof van Justitie zijn tot op heden doorslaggevende argumenten te vinden die een beroep op artikel 95 in voormelde omstandigheden zouden uitsluiten. Integendeel bevat de verdragsbepaling zelf geen enkele beperking van die strekking en moet in beginsel van de algemene werking van artikel 95 worden uitgegaan(282). De recente interpretatie die het Hof, weliswaar in een obiter, in enkele productaansprakelijkheidsarresten, aan artikel 95 verleent, lijkt dit te bevestigen. De geschillen betroffen Richtlijn 85/374 inzake productaansprakelijkheid, die in volledige harmonisatie voorziet. In de arresten zet het Hof artikel 95 af ten aanzien van artikel 94, de rechtsbasis voor de Richtlijn. Het Hof stelt bondig: „Anders dan artikel 100 A EG (thans, na wijziging, artikel 95 EG), dat na de vaststelling van de richtlijn in het Verdrag is opgenomen en *in de mogelijkheid van bepaalde afwijkingen voorziet*, bevat deze rechtsgrondslag (red.: artikel 94) geen enkele mogelijkheid voor de lidstaten om van communautaire harmonisatiemaatregelen afwijkende nationale bepalingen te handhaven of in te voeren”(283) (eigen benadrukking).

147. Tot slot zij nog vermeld dat anders dan onder oud artikel 100A, lid 4, ook een beroep op artikel 95, lid 4 en 5 kan worden gedaan in geval van harmonisatiemaatregelen die door de Commissie op grond van artikel 95 werden vastgesteld(284). Het betreft dan vanzelfsprekend een door de Raad gedelegeerde bevoegdheid, aangezien artikel 95, lid 1 de Commissie geen wetgevende bevoegdheid verleent.

2. Toepassing van artikel 95 voor kennisgeving op grond van oud artikel 100A, lid 4

148. Hoger werd vermeld dat de Commissie een aantal Beschikkingen heeft genomen op grond van artikel 95, lid 4 EG en een Beschikking op grond van artikel 95, lid 5 EG, terwijl de kennisgevingen door de lidstaten op grond van artikel 100A, lid 4 EG-Verdrag werden gedaan. De Commissie vond deze handelwijze voor de hand liggen; beide bepalingen waren weliswaar niet identiek, maar wel vergelijk-

(282) Zoals reeds hoger vermeld, zou vanuit een ander gezichtspunt artikel 95 EG juist als een uitzondering, weliswaar onder strikte voorwaarden, op het *Tedeschi*-beginsel kunnen begrepen worden.

(283) H.v.J. 25 april 2002, nr. C-183/00, González Sánchez, *Jur. H.v.J.* 2002, I-3901, ro. 23; zie in dezelfde zin H.v.J. 25 april 2002, nrs. C-52/00, Commissie t. Frankrijk en C-154/00, Commissie t. Griekenland, *Jur. H.v.J.* 2002, I-3827 en I-3879.

(284) O.m. de hoger besproken Beschikkingen inzake organische tinverbindingen alsook de Beschikking betreffende geneesmiddelenbewaking zijn voorbeelden van dergelijke kennisgevingen.

baar. Met de inwerkingtreding van het Verdrag van Amsterdam vonden de nieuwe bepalingen onmiddellijk toepassing en werden de oude bepalingen geacht te zijn ingetrokken(285). Vanuit de doelstelling van de interne markt geredeneerd, lijkt dit een logische keuze, al opperden bepaalde lidstaten dat een en ander neerkwam op een retroactieve toepassing van artikel 95.

149. Duitsland en Denemarken deelden daarom de mening van de Commissie niet. Ze stelden tegen respectievelijk Beschikking 1999/836 (toepassing artikel 95, lid 5) en Beschikking 1999/830 (toepassing artikel 95, lid 4) een beroep tot nietigverklaring in bij het Hof van Justitie. In de Duitse zaak(286) wordt voornamelijk opgeworpen dat de Commissie de aangemelde bepalingen had moeten beoordelen op grond van artikel 100A, lid 4, de exceptie die ten tijde van de kennisgeving gold, te meer daar aan alle voorwaarden van deze bepaling was voldaan. Door een beschikking op grond van artikel 95, lid 5 te nemen, heeft de Commissie bijgevolg het recht van verdediging en de plicht tot samenwerking uit artikel 10 EG geschonden(287). In de Deense zaak(288) wordt de Commissie een verkeerde toepassing van artikel 95, lid 4 EG verweten, door de goedkeuring van een afwijking ogenschijnlijk afhankelijk te maken van het bewijs van een specifieke situatie in de betrokken lidstaat.

150. Op 21 januari 2003 oordeelde het Hof(289) in de Duitse zaak dat de Commissie het verzoek van de Duitse regering terecht toetste aan artikel 95, lid 5 EG. Als uitgangspunt van de redenering stelt het Hof dat de bij artikel 100A, EG en artikel 95 EG ingestelde juridische stelsels, niet overeenkomen en dat, naar vaste rechtspraak, bij het ontbreken van overgangsmaatregelen een nieuwe regeling onmiddellijk van toepassing is op de toekomstige gevolgen van een onder de

(285) Zie hierover de hoger besproken creosootbeschikkingen en Beschikking 1999/831. „Bij het ontbreken van overgangsmaatregelen is een nieuwe regeling onmiddellijk van toepassing op de toekomstige gevolgen van een onder de oude regeling ontstane situatie”; zie o.m. H.v.J. 29 januari 2002, nr. C-162/00, Pokrzeptowicz-Meyer, *Jur. H.v.J.* 2002, I-1049, ro. 50.

(286) Zie Conclusie van 30 mei 2002 van Advocaat-generaal Tizzano in zaak C-512/99, Duitsland t. Commissie, nog niet gepubliceerd, ro. 27.

(287) Zelfs indien artikel 95 de juiste rechtsgrondslag zou zijn, dan nog had de Commissie, aldus de Duitse regering, het Duitse verzoek in het licht van artikel 95, lid 4 EG moeten beoordelen.

(288) Zie Conclusie van 30 mei 2002 van Advocaat-generaal Tizzano in zaak C-3/00, Denemarken t. Commissie, nog niet gepubliceerd, ro. 60.

(289) Zie H.v.J. 21 januari 2003, nr. C-512/99, Duitsland t. Commissie, nog niet gepubliceerd.

oude regeling ontstane situatie. Op een opmerkelijke wijze past het Hof, in lijn met de conclusie van Advocaat-generaal Tizzano(290), deze beginselen in concreto toe. Aangezien de procedure achtereenvolgens bestaat uit een kennisgeving door de lidstaat aan de Commissie, een onderzoeksfase waarin de Commissie het lidstatelijke verzoek toetst aan de verdragsvoorwaarden én een beschikkingsfase waarin de Commissie een eindbeschikking vaststelt nadat onder meer de gegrondheid van de door de lidstaat aangebrachte rechtvaardigingsgronden werd onderzocht, „kan geen enkele nieuwe rechtssituatie tot stand zijn gekomen vóór het tijdstip waarop het laatste element van deze procedure is voltooid. Pas op dat moment ontstaat, door de goedkeuring of het verbod van de Commissie, een handeling die gevolgen voor de eerdere rechtssituatie kan hebben”(291). Het Hof kon dan kort gaan. „Nu de bestreden beschikking is vastgesteld op 26 oktober 1999, dat wil zeggen ná de inwerkingtreding van artikel 95 EG, moet worden vastgesteld dat de toepassing van de litigieuze bepalingen, waarvan overeenkomstig artikel 100A, lid 4, van het Verdrag kennis is gegeven, geen rechtssituatie vormt die vóór de inwerkingtreding van de nieuwe bepalingen van het EG-Verdrag was ontstaan”(292).

151. Even beknopt beoordeelt het Hof de rechtmatigheid van de toets in het licht van artikel 95, lid 5 in plaats van lid 4 van deze bepaling. Aangezien uit het dossier volgt dat de Duitse bepalingen nog niet in werking waren getreden op het tijdstip waarop de richtlijn, waarvan zij een afwijking zijn, werd vastgesteld, betreft het nieuwe bepalingen. „Pas nadat deze richtlijn in haar nationale recht was omgezet, heeft de Duitse regering (...) besloten om (...) strengere regels op te stellen dan die van de richtlijn”(293).

152. Het Hof beoordeelt de grief op grond van artikel 10 EG en de rechten van verdediging volgens dezelfde lijn. De Duitse regering betoogde dat haar niet de mogelijkheid werd gegeven om de argumentatie aan te vullen met nieuwe wetenschappelijke gegevens waarover ze beschikte, aangezien de Commissie, zonder haar daarvan

(290) Zie Conclusie van 30 mei 2002 van Advocaat-generaal Tizzano in zaak C-512/99, Duitsland t. Commissie, nog niet gepubliceerd, ro. 47.

(291) Zie H.v.J. 21 januari 2003, nr. C-512/99, Duitsland t. Commissie, nog niet gepubliceerd, ro. 45.

(292) Zie H.v.J. 21 januari 2003, nr. C-512/99, Duitsland t. Commissie, nog niet gepubliceerd, ro. 47.

(293) Zie H.v.J. 21 januari 2003, nr. C-512/99, Duitsland t. Commissie, nog niet gepubliceerd, ro. 50.

kennis te geven, het verzoek toetste aan de nieuwe voorwaarden van artikel 95 EG. Het Hof past botweg(294) het „*nemo censetur ignorare legem*”-beginsel toe om te besluiten dat noch de loyauteitsplicht noch de rechten van verdediging werden geschonden. De Duitse regering kon immers niet onkundig zijn van de inwerkingtreding op 1 mei 1999 van de nieuwe bepalingen die in het Verdrag van Amsterdam werden opgenomen, en werd bijgevolg geacht te weten dat een beschikking over haar verzoek op de nieuwe rechtsgrondslag, artikel 95 EG, zou worden genomen(295). Bovendien belette niets de Duitse regering om het dossier uit eigen beweging aan te vullen.

153. Die redenering werkt ook door ten aanzien van het betoog van de Duitse regering dat zij geen nieuwe wetenschappelijke gegevens, zoals vereist op grond van artikel 95, lid 5 EG, kon meedelen aangezien de Commissie haar er niet op had gewezen dat artikel 100A, lid 4 EG niet meer de rechtsgrondslag zou zijn. Het Hof stelt dat de Duitse regering „niet op goede gronden (kan) stellen dat zij niet uit eigen beweging het aan de Commissie gezonden dossier kon aanvullen”(296). Bij gebrek aan nieuwe wetenschappelijke gegevens zijn de cumulatieve voorwaarden van artikel 95, lid 5 kennelijk niet vervuld. Bijgevolg hoefde de Commissie niet aan de toets in het licht van artikel 95, lid 6 toe te komen(297).

154. In zijn arrest van 20 maart 2003 beoordeelde het Hof de Deense zaak(298). Vooreerst verschaft het Hof meer duidelijkheid over de aard van de procedure van artikel 95, leden 4 en 6 EG. Deze procedure kan niet beschouwd worden als onderdeel van een wetgevingsproces dat uitmondt in de vaststelling van een handeling van algemene strekking, ook al leidt ze tot een beschikking tot wijziging erga omnes van de werkingssfeer van een communautaire maatregel. De procedure van artikel 95, leden 4 en 6 EG verschilt van die van de medebeslissingsprocedure op grond waarvan harmonisatiemaatreg-

(294) Een grotere terughoudendheid vanuit artikel 10 EG leek immers niet misplaatst nu de Europese wetgever zelf niet in duidelijke bepalingen van overgangsrecht had voorzien en het Hof in casu vaststelt dat het juridische stelsel uit de nieuwe bepalingen niet overeenstemt met dat van oud artikel 100A, lid 4 EG.

(295) Zie H.v.J. 21 januari 2003, nr. C-512/99, Duitsland t. Commissie, nog niet gepubliceerd, ro. 60-61.

(296) H.v.J. 21 januari 2003, nr. C-512/99, Duitsland t. Commissie, nog niet gepubliceerd, ro. 86, partim.

(297) H.v.J. 21 januari 2003, nr. C-512/99, Duitsland t. Commissie, nog niet gepubliceerd, ro. 87-89 en zie in dezelfde zin H.v.J. 20 maart 2003, nr. C-3/00, Denemarken t. Commissie, nog niet gepubliceerd, ro. 118.

(298) H.v.J. 20 maart 2003, nr. C-3/00, Denemarken t. Commissie, nog niet gepubliceerd.

len worden genomen. Er zijn volgens het Hof geen specifieke bepalingen in deze procedures. Bovendien geldt volgens artikel 95, lid 6 EG de afwijkende nationale maatregel als te zijn goedgekeurd indien de Commissie zich niet uitspreekt binnen een bepaalde, bij gevaar voor volksgezondheid zelfs niet-verlengbare termijn. Een en ander leidt het Hof tot de conclusie dat het beginsel van hoor en wederhoor niet geldt voor de procedure van artikel 95, leden 4 en 6 EG. Lidstaten kunnen zich immers naar aanleiding van hun verzoek tot goedkeuring van afwijkende maatregelen omstandig uitlaten over de beschikking die zij beogen. Voorts toont de beperkte beoordelingstermijn aan dat „de auteurs van het Verdrag zowel in het belang van de lidstaat die om goedkeuring verzoekt, als in dat van de goede werking van de interne markt, hebben gewild dat de in dit artikel geregelde procedure snel wordt afgerond”(299).

155. Ook met betrekking tot de discussie of artikel 95, lid 4 EG ook het bewijs van een specifiek probleem in de betrokken lidstaat vereist, is het Hof, anders dan zijn Advocaat-generaal(300), duidelijk. Het Hof komt tot het ons inziens logische besluit dat „noch op grond van de tekst van artikel 95, lid 4, EG noch op grond van de algehele opzet van deze bepaling, van de verzoekende lidstaat kan worden geëist dat deze aantoot dat de handhaving van de door hem bij de Commissie aangemelde nationale bepalingen wordt gerechtvaardigd door een specifiek probleem in de lidstaat”(301). „Indien er in de verzoekende lidstaat inderdaad een specifiek probleem bestaat, kan dit feit daarentegen bijzonder relevant zijn voor de beslissing van de Commissie om de aangemelde nationale bepalingen goed te keuren of af te wijzen”(302). Het Hof stelt voorts dat een vergelijkbare redenering past voor het vereiste van nieuwe wetenschappelijke gegevens dat evenmin als voorwaarde in artikel 95, lid 4 EG wordt gesteld(303).

(299) H.v.J. 20 maart 2003, nr. C-3/00, Denemarken t. Commissie, nog niet gepubliceerd, ro. 49, partim.

(300) Volgens Advocaat-generaal Tizzano was het bewijs van een specifieke situatie geen optie voor de verzoekende lidstaat, zoals de Commissie het voorhoudt, maar een vereiste voor de toepassing van zowel lid 4 als lid 5 van artikel 95, waarbij lid 5 nog meer gedetailleerd voorschrijft dat het specifieke probleem moet gebaseerd worden op nieuw wetenschappelijk onderzoek. Zie Conclusie van 30 mei 2002 van Advocaat-generaal Tizzano in zaak C-3/00, Denemarken t. Commissie, nog niet gepubliceerd, ro. 75-83.

(301) H.v.J. 20 maart 2003, nr. C-3/00, Denemarken t. Commissie, nog niet gepubliceerd, ro. 59.

(302) H.v.J. 20 maart 2003, nr. C-3/00, Denemarken t. Commissie, nog niet gepubliceerd, ro. 60, partim.

(303) Zie H.v.J. 20 maart 2003, nr. C-3/00, Denemarken t. Commissie, nog niet gepubliceerd, ro. 62, partim.

156. Bijgevolg kan een lidstaat een verzoek tot handhaving van zijn bestaande nationale afwijkende bepalingen steunen op een andere inschatting van het risico voor de gezondheid dan die van de gemeenschapswetgever bij de vaststelling van de harmonisatiemaatregel en zulks zonder dat daartoe andere of nieuwe wetenschappelijke gegevens behoeven te worden aangevoerd(304). Die uitleg spoort, aldus het Hof, met artikel 95, lid 7 EG(305), dat de Commissie opdraagt onverwijld de aanpassing van de harmonisatiemaatregel te onderzoeken. „Een aanpassing kan immers op haar plaats zijn wanneer de door de Commissie goedgekeurde nationale bepalingen een betere bescherming bieden dan de harmonisatiemaatregel na een andere inschatting van het risico voor de volksgezondheid”(306).

157. Die zienswijze van het Hof moet worden bijgetreden. Het stellen van een specificiteitsvereiste in artikel 95, lid 4 EG zou onmiskenbaar artikel 95, lid 7 EG uithollen, dat de Commissie precies opdraagt om een voor de interne markt algemeen probleem dat ontstond naar aanleiding van de goedkeuring van een afwijking aan een lidstaat, volgens de legislatieve procedures te remediëren(307). Voorts zou de nadruk op een *impliciete* voorwaarde van een lidstaatspecifiek probleem voor de toepassing van artikel 95, lid 4 EG wellicht een ave-rechts effect sorteren, doordat het lidstaten er meer van zou kunnen afhouden harmonisatiemaatregelen goed te keuren. De veer die door de lidstaten voor stemming met gekwalificeerde meerderheid moest

(304) Daarbij zij er op gewezen dat een lidstaat zich niet rigoureuus aan de bestaande nationale wetgeving moet houden om een verzoek in het licht van artikel 95, lid 4 EG te legitimeren. „Het feit dat deze bepaling uitsluitend de handhaving van de geldende nationale wettelijke regeling toestaat, heeft niet als consequentie dat een lidstaat deze wettelijke regeling bij de omzetting van de harmonisatiemaatregel in nationaal recht niet gedeeltelijk mag wijzigen en haar voor het overige mag handhaven. Door te bepalen dat de handhaving van sommige geldende nationale bepalingen kan worden toegestaan, veronderstelt artikel 95 EG noodzakelijkerwijs dat deze kunnen bestaan naast andere nationale bepalingen, die wel conform de richtlijn zijn”, H.v.J. 20 maart 2003, nr. C-3/00, Denemarken t. Commissie, nog niet gepubliceerd, ro. 87, partim.

(305) Zie H.v.J. 20 maart 2003, nr. C-3/00, Denemarken t. Commissie, nog niet gepubliceerd, ro. 65, partim.

(306) H.v.J. 20 maart 2003, nr. C-3/00, Denemarken t. Commissie, nog niet gepubliceerd, ro. 65, in fine.

(307) In die hypothese is het namelijk met recht dat, vanuit de doelstelling van de interne markt, ook de andere lidstaten die geen individuele afwijking aankaarten, mede-begunstigden van het hogere beschermingsniveau worden. Wanneer omgekeerd steeds een lidstaatspecifieke situatie moet aangetoond worden om een succesvol beroep op de Verdragsexcepties te doen, is er omzeggens nagenoeg geen nood aan een bijzondere aanpassingsprocedure zoals vervat in artikel 95, lid 7 EG.

worden gelaten, wordt aldus door interpretatie uitgehold(308), terwijl een soepeler lezing geenszins de werking van de interne markt ondermijnt. Zoals hoger vermeld, voorziet artikel 95 in een geëigende procedure om harmonisatiemaatregelen te optimaliseren. Tot slot kan men zich afvragen of de toevoeging van een strikt, *impliciet* criterium wel spoort met het subsidiariteitsbeginsel, op grond waarvan het in beginsel moet mogelijk zijn, buiten de harmonisatiemaatregel om en onder strikte (expliciete) voorwaarden, lokale accenten te leggen.

158. Met betrekking tot het gebruik van nitrieten en nitraten vernietigt het Hof de beschikking van de Commissie omdat de Commissie onvoldoende rekening heeft gehouden met een advies van het Wetenschappelijk Comité voor de Menselijke voeding dat bijzonder kritisch was over de bij de harmonisatiemaatregel toegestane maxima aan nitrieten en nitraten in levensmiddelen. In dat advies werd immers een verband vastgesteld tussen het gehalte van aan levensmiddelen toegevoegde nitrieten en de vorming van kankerverwekkende nitrosaminen. Aangezien geen gehalte aan toegevoegde nitrieten of nitraten kan worden vastgesteld waaronder er zich geen tumoren vormen, moet hun gebruik worden beperkt tot het voor de conserverende werking vereiste minimum, zodat de Deense strengere maatregel, overigens in lijn met het voorzorgsbeginsel, gerechtvaardigd is.

3. Samenloop tussen artikel 95, lid 4 of lid 5 én artikel 95, lid 10?

159. Hiervoor is reeds vermeld dat lidstaten steeds nieuwe nationale bepalingen kunnen aanmelden met het oog op een doorlichting vanuit artikel 95, lid 5 EG. Dit is natuurlijk vooral aan de orde wanneer nieuwe wetenschappelijke gegevens dergelijk verzoek staven(309).

De toelaatbaarheid van een hernieuwd beroep op grond van artikel 95, lid 5 EG is op zich ook mogelijk indien een eerder beroep op artikel 95, lid 4 EG door de Commissie is afgewezen. Heeft een dergelijk nieuw beroep minder kans op slagen wanneer de betrokken harmonisatiemaatregelen zelf in een vrijwaringsclausule en/of een aanpassingsprocedure voorzien? Hierbij is van belang dat vrijwaringsclau-

(308) Men mag daarbij immers niet te veel gewicht geven aan de mogelijkheid voor de lidstaten om in de voorbereidende fase van de harmonisatiemaatregel hun afwijkende visie kenbaar te maken, opdat er bij de vaststelling van de maatregel mee zou kunnen worden rekening gehouden. Die mogelijkheid sluit overigens niet uit, zoals het Hof aangeeft, dat een lidstaat met rede een andere afweging van het risico voor de volksgezondheid kan maken dan de gemeenschapswetgever.

(309) Zie in die zin o.m. Beschikking nr. 570 van de Commissie van 13 juli 2001, *Pb. L.* 27 juli 2001, afl. 202, 37, ro. 66.

sules zijn bedoeld voor het bieden van een oplossing voor tijdelijke moeilijkheden(310). Er dient daarom een onderscheid te worden gemaakt tussen voorzieningen voor tijdelijke moeilijkheden waarvoor de vrijwaringsclausules zijn bedoeld en meer permanente problemen waarvoor artikel 95, lid 5, is bedoeld. Dit ligt anders bij het bestaan van aanpassingsprocedures op grond waarvan bepalingen van de richtlijn via een versnelde procedure aan de stand van de techniek of andere gewijzigde omstandigheden kan worden aangepast. Hoewel het bestaan van een aanpassingsprocedure een beroep op de excepties van artikel 95, lid 5, niet uitsluit(311), zal het van invloed kunnen zijn op het verloop van de procedure. Gezien vanuit de doelstellingen van de interne markt ligt het immers voor de hand dat de Commissie enig gewicht aan die voor de lidstaten openstaande alternatieven toekent. Vanuit de premisse dat de Europese wetgever een adequaat beschermingsniveau nastreeft met de harmonisatiemaatregel en zelf in aanpassingsprocedures heeft voorzien, is het niet denkbeeldig dat de Commissie een bijzondere terughoudendheid aan de dag zal leggen om unilaterale afwijkingen als noodzakelijk te beschouwen. Uit de beschikkingspraktijk waarin de Commissie aan deze mogelijkheden refereert, kan tot op heden evenwel niet afgeleid worden dat de Commissie het feit dat een eerder beroep op artikel 95, lid 4 EG is afgewezen, als een doorslaggevend element voor de afwijzing van een verzoek op grond van artikel 95, lid 5 hanteert(312). De aanpassingsmogelijkheden van de harmonisatiemaatregel zelf gebruiken als doorslaggevend argument tot afwijzing van een nationaal verzoek, kan overigens een grond voor nietigverklaring opleveren(313). In zijn arrest van 20 maart 2003 heeft het Hof immers gesteld dat „de

(310) Zie over artikel 95, lid 10 EG, N. DE SADELEER, „Les clauses de sauvegarde prévues à l'article 95 du Traité CE”, *R.T.D. eur.* 2002, 55-57.

(311) Het Hof lijkt in H.v.J. 18 juni 2002, nr. C-314/99, Nederland t. Commissie, nog niet gepubliceerd, ro. 25, die visie impliciet te illustreren door uit de herzieningsprocedure waarin de betrokken richtlijn voorzag, af te leiden dat de gemeenschapswetgever, door een andere procedure in te voeren dan die van artikel 95 EG, *onmiddellijke* aanpassingen van de richtlijn aan nieuwe risico's voor de gezondheid van de mens en het milieu wilde mogelijk maken. Zie ook Conclusie van 30 mei 2002 van Advocaat-generaal Tizzano in zaak C-3/00, Denemarken t. Commissie, nog niet gepubliceerd, ro. 115 en zie H.v.J. 20 maart 2003, nr. C-3/00, Denemarken t. Commissie, nog niet gepubliceerd, ro. 68, waarin het Hof de samenloop niet lijkt uit te sluiten.

(312) Zie de hoger besproken Beschikking nr. 830 van de Commissie van 26 oktober 1999, *Pb. L.* 22 december 1999, afl. 329, 1 en Beschikking nr. 5 van de Commissie van 21 december 1998, *Pb. L.* 7 januari 1999, afl. 3, 13.

(313) Als opmerking ten overvloede, die de beslissing alsdusdanig niet beïnvloedt, tast een referentie aan de aanpassingsmogelijkheden van de harmonisatiemaatregel de geldigheid van de beschikking niet aan.

beslissing om de handhaving van de aangemelde nationale bepalingen al dan niet goed te keuren, moet worden genomen op basis van de op de datum van de beslissing bestaande omstandigheden. Bijgevolg kan de mogelijkheid dat de harmonisatiemaatregel wordt gewijzigd, geen grond voor de beslissing vormen”(314).

160. Hoewel de logica misschien lijkt te gebieden dat voor dezelfde wetgeving geen gelijktijdig beroep op artikel 95, lid 4 én lid 5 met succes kan worden afgerond(315), wijst hogere analyse van de beschikkingspraktijk uit dat een succesvol beroep op artikel 95, lid 5 geenszins is uitgesloten nadat reeds op grond van dezelfde problematiek een beroep op artikel 95, lid 4 werd gehonoreerd(316).

IV. De keuze van rechtsgrondslag

161. Nauw met de vorige ontwikkelingen samenhangend, is de problematiek van de juiste keuze van de rechtsgrondslag voor communautaire maatregelen. Het EG-Verdrag bevat immers naast een algemene rechtsgrondslag voor harmonisatiemaatregelen, artikel 95, ook bijzondere rechtsgrondslagen met betrekking tot milieu (art. 175), sociale politiek (art. 137, leden 1 en 2, art. 139, lid 2, art. 141, lid 3, en art. 13), consumentenbescherming (art. 153) en volksgezondheid (art. 152) die, nu de werking van de interne markt elk van die deelonderwerpen omvat(317), onderling kunnen conflicteren. Voorts zijn er de zogenaamde integratiebepalingen van artikel 3, lid 2, op grond waarvan de Gemeenschap bij elk optreden streeft naar het opheffen van ongelijkheden tussen mannen en vrouwen en het bevorderen van gelijkheid. Artikel 6 schrijft integratie van de eisen inzake milieubescherming en het bevorderen van duurzame ontwikkeling voor.

(314) H.v.J. 20 maart 2003, nr. C-3/00, Denemarken t. Commissie, nog niet gepubliceerd, ro. 68-69.

(315) Zie in die zin ook H.G. SEVENSTER, „De in het Verdrag van Amsterdam neergelegde wijzigingen in artikel 100 A, lid 4”, in H.G. VON MEIJENFELDT, H.G. SEVENSTER en J.W. DE ZWAAN (red.), *Artikel 95 EG-Verdrag, de (on)mogelijkheden voor lidstaten om af te wijken van geharmoniseerd EG-beleid*, Boom Juridische Uitgevers, 2000, 56. Deze visie wordt nog versterkt nu de Commissie toelaat dat aan de te handhaven wetgeving wijzigingen kunnen worden aangebracht in de loop van de omzettingsperiode, op voorwaarde dat de kern van de nationale wetgeving gelijk blijft.

(316) Zie hiertoe de Nederlandse creosootbeschikkingen, hoger geanalyseerd.

(317) Artikel 95, lid 3 verplicht immers bij harmonisatievoorstellen op het gebied van volksgezondheid, veiligheid, milieubescherming en consumentenbescherming uit te gaan van een hoog beschermingsniveau, terwijl lid 4 en lid 5 eveneens aan de bescherming van het arbeidsmilieu refereren.

Tenslotte wordt uit artikel 4, lid 1, wel het bevorderen van het beginsel van een open markteconomie met vrije mededinging afgeleid.

162. Hiervoor werd reeds gesteld dat de rechtsgrondslag tot aan de Europese Akte vooral van belang was bij de keuze tussen artikel 37 en artikel 94. De verschillende procedures voor de vaststelling van maatregelen wakkerden de discussie over de juiste rechtsbasis aan. Met de Verdragen van Maastricht, Amsterdam en Nice werden de harmonisatieprocedures immers nagenoeg gelijkgeschakeld en is stemming bij gekwalificeerde meerderheid gekoppeld aan co-decisie, de regel(318). Dit geldt nu voor de artikelen 95, 71 (vervoer), 137 (sociaal beleid), 153 (consumentenbeschermingen) en 175 (milieu)(319). Het enige belangrijke verschil blijft tussen artikel 95 en bijna alle andere bevoegdheidsartikelen enerzijds en artikel 37 (landbouw) anderzijds waar geen medebeslissing door het Parlement is voorzien. Het belang wordt nu door de mogelijkheid van het toepassen van ontsnappingsmaatregelen, zoals artikel 95, lid 4 en 5, gekenmerkt(320). Met het Verdrag van Amsterdam werd wel nog een belangrijke nieuwe rechtsgrondslag toegevoegd aan het bestaande arsenaal, namelijk artikel 65 EG, waarvan de toepassing nieuwe vragen doet rijzen in het licht van de algemene rechtsgrondslag van artikel 95.

163. Alvorens de conflicten tussen de bijzondere rechtsgrondslagen en artikel 95 per deelonderwerp te analyseren, worden nog kort de algemene beginselen voor de keuze van de rechtsgrondslag aangestipt. Daarbij wordt geen uitputtende opsomming nagestreefd van de juris-

(318) De ongetwijfeld talrijke procedurele conflicten die kunnen (en nog zullen) rijzen op **pijloverstijgende terreinen**, worden hier niet behandeld. Daaruit volgt vanzelfsprekend dat de keuze van de juiste rechtsbasis nog steeds een voor het Unierecht horizontale component bevat. Zie voor een illustratie H.v.J. 12 mei 1998, nr. C-170/96, Commissie t. Raad, *Jur. H.v.J.* 1998, I-2763 inzake luchthaventransit en daarover D. CURTIN en R. VAN OOIK, „Een Hof van Justitie van de Europese Unie?“, *S.E.W.* 1999, 24.

(319) Hier valt nog aan toe te voegen artikel 47 (erkenning van diploma's), artikel 54, lid 2 onder f (harmonisatie van vennootschapsrecht), artikel 42 (regels over sociale zekerheid) en artikel 40 (regels over het vrij werknemersverkeer), die ook allen volgens de procedure van artikel 251 worden genomen.

(320) Zie H.v.J. 4 april 2000, nr. C-269/97, Commissie en Europees Parlement t. Raad, *Jur. H.v.J.* 2000, I-2257, over artikel 37 en artikel 95 als rechtsgrondslag voor maatregelen met betrekking tot rundvleesproducten. Conflicten tussen de mogelijks concurrerende rechtsgrondslagen artikelen 37 en 175 en de artikelen 157 en 152, waren respectievelijk aan de orde in de gevoegde zaken H.v.J. 25 februari 1999, nrs. C-164 en 165/97, Europees Parlement t. Raad, *Jur. H.v.J.* 1999, I-1153 en H.v.J. 19 september 2002, C-336/00, Oostenrijk t. M. Huber, *Jur. H.v.J.* 2002, I-7699 en H.v.J. 23 februari 1999, nr. C-42/97, Europees Parlement t. Raad, *Jur. H.v.J.* 1999, I-869.

prudentie van het Hof van Justitie. Uitsluitend de voor het betoog relevante arresten worden vermeld(321).

164. De bevoegdheid van de Communautaire instellingen berust in-gevolge artikel 7 EG op het beginsel van attributie, waarin elke instelling wordt opgedragen te handelen binnen de haar door het Verdrag *verleende* bevoegdheden. Dit kan bijzondere problemen stellen wanneer twee rechtsgrondslagen elkaar overlappen, zoals bijvoorbeeld artikel 37 met artikel 94 of nog artikel 133 inzake gemeenschappelijk handelsbeleid met artikel 71 inzake vervoer of nog de vangnetbepaling van artikel 308 EG(322). In dat geval moet worden vastgesteld welke van de twee het meest specifieke karakter heeft, aangezien de bijzondere bepaling voorrang heeft op de algemene krachtens het adagium „*lex specialis derogat legi generali*”(323). Voortbouwend daarop neemt het Hof als uitgangspunt dat de keuze van de rechtsgrondslag voor secundaire wetgeving moet berusten op objectieve gegevens, zoals het doel en de inhoud van de handeling, opdat een rechterlijke controle achteraf mogelijk zou zijn(324). Wanneer een gemengde doelstelling wordt nagestreefd, moet nagegaan worden of de betrokken maatregel een gebied voornamelijk treft en op andere gebieden slechts bijkomstige gevolgen sorteert, dan wel of

(321) Een uitgebreide behandeling is te vinden bij R.H. VAN OOIK, *De keuze van de rechtsgrondslag voor besluiten van de Europese Unie*, Deventer, Kluwer, 1999, 483 p. en dezelfde, „De rechtsbasis van besluiten van de Europese Unie”, *A.A.* 2000, 496-501. Een nuttige samenvatting is te vinden in R. BARENTS, „The internal market unlimited: Some observations on the legal basis of Community legislation”, *CMLRev.* 1993, 85 e.v. Zie ook X. DEBROUX, „Le choix de la base juridique dans l’action environnementale de l’Union européenne”, *C.D.E.* 1995, 383 e.v. Zie verder voor de ontwikkelingen na het tabaksreclamearrest (de eerste Tabakszaak), H.v.J. 5 oktober 2000, nr. C-376/98, Duitsland t. Parlement en Raad, *Jur. H.v.J.* 2000, 1-8419, de annotatie van dit arrest door J.A. USHER, *CMLRev.* 2001, 1519-1543 alsmede T.K. HERVEY, „Community and national competence in health after tobacco advertising”, *CMLRev.* 2001, 142-1477. Zie voorts de conclusie van Advocaat-generaal Geelhoed in de vervolgszaak, de zogenaamde tweede Tabakszaak, Conclusie in zaak C-491/01 van 10 september 2002, British American Tobacco e.a. t. Secretary of State for Health, nog niet gepubliceerd.

(322) Aldus mag van artikel 308 EG slechts gebruik worden gemaakt indien geen andere bijzondere verdragsbepaling in de noodzakelijke bevoegdheid voorziet om de communautaire doelstelling te bereiken. Zo was de bijzondere rechtsbasis om maatregelen over transeuropese netwerken te nemen (oud artikel 129 D EG, thans artikel 156 EG) meer gepast dan oud artikel 235 (thans artikel 308) EG; H.v.J. 28 mei 1998, nr. C-22/96, Europees Parlement t. Raad, *Jur. H.v.J.* 1998, 1-3231. Zie evenwel voor een toepassing waar naast oud artikel 128 EG (thans artikel 151 EG) een beroep op oud artikel 235 EG (thans artikel 308 EG) gerechtvaardigd was, H.v.J. 30 mei 1989, nr. 242/87, Commissie t. Raad (Erasmus-arrest), *Jur. H.v.J.* 1989, 1425, ro. 27.

(323) Zie o.m. H.v.J. 23 februari 1988, nr. 68/86, Verenigd Koninkrijk t. Raad, *Jur. H.v.J.* 1988, 855, over de keuze tussen 37 en 94 EG.

(324) Zie o.m. H.v.J. 11 juni 1991, nr. C-300/89, Commissie t. Raad, *Jur. H.v.J.*, 1991, 1-2867, ro. 10, inzake titaandioxide.

beide aspecten even belangrijk zijn⁽³²⁵⁾. In het eerste geval volgt de bijzaak de hoofdzaak (of het algemene doel, het bijzondere); in laatst geval moeten beide rechtsgrondslagen als basis fungeren, tenzij een gecumuleerde toepassing onmogelijk is⁽³²⁶⁾. Dit laatste is onder meer het geval wanneer de ene rechtsgrondslag de adviesprocedure voorschrijft terwijl de andere tot de medebeslissingsprocedure verplicht. Rechtsbasisconflicten met die inzet werden steevast door het Europees Parlement geplaatst in het licht van het institutionele evenwicht van de communautaire instellingen. Dit **horizontale spanningsveld**

(325) Zie recent nog H.v.J. 12 december 2002, nr. C-281/01, Commissie t. Raad, nog niet gepubliceerd, ro. 33-49, waarin het Hof vaststelt dat de Energy Star-overeenkomst tussen de Europese Gemeenschap en de Verenigde Staten van Amerika weliswaar zowel een handelspolitiek- als een milieubeschermingsdoel nastreeft, maar op de eerste plaats beoogt fabrikanten in staat te stellen op grond van een procedure inzake de onderlinge erkenning van registraties, gebruik te maken van een gemeenschappelijk logo om ten behoeve van de consumenten aan te duiden dat bepaalde producten, die zij op de Amerikaanse en op de communautaire markt willen verhandelen, aan gemeenschappelijke specificaties inzake energie-efficiëntie voldoen. Derhalve moet voormelde overeenkomst met een overwegend handelspolitiek doel op artikel 133 in samenhang met artikel 300, lid 3 worden gebaseerd en niet, zoals de Raad in zijn goedkeuringsbesluit op artikel 175, lid 1 in samenhang met artikel 300, lid 2, 3 en 4. Belangrijk voor die vaststelling was dat de Energy-Star overeenkomst zelf geen nieuwe eisen inzake energiebesparing bevatte maar enkel de in de Verenigde Staten gangbare norm overeenkomstig van toepassing maakte op de Europese markt.

(326) Advocaat-generaal Geelhoed komt recent, in navolging van Advocaat-generaal Fenelly's conclusie onder het Tabaksreclamearrest (eerste Tabakszaak, zie *Jur. H.v.J.* 2000, I-8419), tot de verfining dat „de notie van het „zwaartepunt” van een regeling slechts betekenis heeft in het geval een cumulatie van rechtsgrondslagen is uitgesloten, wanneer de totstandkomingsprocedures welke voor de beide rechtsgrondslagen zijn voorgeschreven, onverenigbaar zijn” (Conclusie van 10 september 2002 in zaak C-491/01, nog niet gepubliceerd, ov. 170). Dit betekent met andere woorden dat de ongelijkwaardigheid van de nagestreefde doelstellingen en diens gevolge de daarmee correlerende rechtsgrondslagen niet relevant is wanneer zich geen procedurele onverenigbaarheid voordoet. In de zogenoemde tweede Tabakszaak, H.v.J. 10 december 2002, nr. C-491/01, *British American Tobacco e.a. t. Secretary of State for Health*, nog niet gepubliceerd, oordeelt het Hof, in navolging van Advocaat-generaal Geelhoed, maar minder stellig, dat alvast *in het voorliggende geval* geen procedurele onverenigbaarheid tussen artikel 95 en artikel 133 bestaat, aangezien voor de totstandkoming van de richtlijn de medebeslissingsprocedure werd gevolgd (zie zaak C-491/01, *o.c.*, ro. 103-110). Die onverenigbaarheid kon vermeend gelezen worden in de vereiste van de medebeslissingsprocedure uit artikel 95 (waarbij de Raad in beginsel met gekwalificeerde meerderheid van stemmen beslist, behalve wanneer hij de amendementen van het Europees Parlement op zijn gemeenschappelijk standpunt, waarover de Commissie een negatief advies heeft uitgebracht, wil goedkeuren, in welk geval hij met eenparigheid van stemmen moet besluiten) en het vereiste van artikel 133 § 4 (in de pre-Nice redactie) dat de Raad bij de uitoefening van de bevoegdheden welke hem bij artikel 133 zijn verleend, met gekwalificeerde meerderheid van stemmen beslist. Het Hof oordeelde dat de toevoeging van artikel 133 de substantie van de in casu gevolgde medebeslissingsprocedure (voorgeschreven door artikel 95) niet had aangetast en omgekeerd de Raad in casu niet werd verplicht om hoe dan ook met eenparigheid van stemmen te beslissen. In die omstandigheden achtte het Hof „het wezenlijke element van de wetgevingsprocedure dat bestaat in het onderscheid tussen de gevallen waarin de Raad zich met gekwalificeerde meerderheid uitsprekt en die waarin hij beslist met eenparigheid van stemmen, *in casu* geenszins in het gedrang komen doordat gelijktijdig wordt verwezen naar de twee in de richtlijn vermelde grondslagen” (ro. 109, eigen benadrukking). Die beoordeling werd verder ondersteund door de vaststelling van het Hof dat de betrokken richtlijn op artikel 95 als enige rechtsgrondslag kon vastgesteld worden. Zie meer over procedurele onverenigbaarheden in onderdeel D.

tussen de instellingen moest dan ook, volgens bepaalde rechtsleer(327), in het voordeel van die procedure met maximale participatie van het Europees Parlement, m.a.w. ten voordele van de medebeslissingsprocedure beslecht worden. Zoals gesteld, zijn na de Verdragen van Amsterdam en Nice conflicten van die aard veeleer beperkt(328). Zoals hierna zal duidelijker worden, verschuift de focus thans naar het **verticale spanningsveld** tussen communautaire instellingen en lidstaten, met name naar de rechtsgevolgen van harmonisatie voor nationale regelgeving. Zo kan de keuze voor de algemene rechtsbasis van artikel 95 voor een harmonisatiemaatregel de bevoegdheid van de lidstaten meer inperken dan wanneer de harmonisatiemaatregel zou gebaseerd zijn op een andere, meer specifieke rechtsbasis.

165. De verschillen zijn dan vooreerst gelegen in de gevolgen die worden verbonden aan de procedure om strengere nationale normen te rechtvaardigen. Zoals hoger vermeld, resulteert de miskennis van de procedure van artikel 95, volgens lid 6, erin dat de nationale maatregel niet geldt ten aanzien van derden. De miskennis van de meldingsplicht van 153, lid 5, en 176 sorteert daarentegen geen gevolgen voor derden(329). De procedure ziet immers uitsluitend op de relatie tussen

(327) Zie o.m. R. H. VAN OOIK, *De keuze der rechtsgrondslag voor besluiten van de Europese Unie, o.c.*, 226-227 (en 241: keuze voor de meest EG-vriendelijke rechtsgrondslag, dat wil zeggen de grondslag met de beste procedureregels ten aanzien van de betrokkenheid van het Europees Parlement), die de vermindering van het democratisch deficit via de rechtsbasis als Leitmotiv afwijst.

(328) Maar niet uitgesloten, zoals recent nog werd geïllustreerd in H.v.J. 9 oktober 2001, nr. C-377/98, Nederland t. Europees Parlement en Raad, *Jur. H.v.J.* 2001, I-7079, waarin het Hof om de nietigverklaring van Richtlijn 98/44/EG betreffende de rechtsbescherming van biotechnologische uitvindingen werd verzocht. Anders dan op artikel 95, moest deze richtlijn immers genomen worden op basis van artikelen 157 en 163 EG, die stimulerings- en ondersteuningsmaatregelen inzake respectievelijk industrie en onderzoek en technologische ontwikkeling toelaten, op voorwaarde van unanimititeit. Het Hof besloot kortweg dat het zwaartepunt van de Richtlijn bestond in het wegnemen van juridische belemmeringen binnen de interne markt in de vorm van verschillen in wetgeving en rechtspraak tussen de lidstaten, die het onderzoek en de ontwikkelingsactiviteiten op het gebied van genetische manipulatie kunnen hinderen en ontwrichten. „Dat de richtlijn tevens een doel in de zin van de artikelen 157 en 163 van het Verdrag nastreeft, maakt onder deze omstandigheden artikel 95 EG nog niet ongeschikt als rechtsgrondslag voor de richtlijn” (ro. 28). In zijn Conclusie van 10 september 2002 in zaak C-491/01, nog niet gepubliceerd, komt Advocaat-generaal Geelhoed tot het besluit dat de totstandkomingsprocedures uit artikel 95 (medebeslissingsprocedure) en artikel 133 (lid 4, op grond waarvan de Raad alleen besluit) verenigbaar zijn, aangezien „de meest zware totstandkomingsprocedure is gekozen waardoor ook met zoveel mogelijk belangen rekening kan worden gehouden. Bezien vanuit het institutioneel evenwicht: als er één procedure in het gemeenschapsrecht is die beoogt een optimaal evenwicht tussen de bevoegdheden te bereiken, dan lijkt mij dit de codecisiprocedure” (ov. 180, partim).

(329) Artikel 137, lid 5, voorziet niet in een meldingsplicht. Niettemin ligt een dergelijke plicht op basis van artikel 10 EG wel voor de hand.

de Commissie en de betrokken lidstaat zodat de niet-aanmelding geen gevolgen heeft voor de geldigheid van de nationale norm in de rechtsverhouding met particulieren. Vanuit de aan de interne markt inherente belangenconflicten ligt bij artikel 95 de nadruk op het algemeen belang van de interne markt terwijl bij de bijzondere verdragsartikelen het daardoor geviseerde, de interne markt flankerende belang, van respectievelijk sociale bescherming, consumentenbescherming en bescherming van het milieu, primeert(330). Daarnaast bepaalt de rechtsgrondslag op grond van welke belangen strengere nationale maatregelen kunnen gerechtvaardigd worden. Hoger werd reeds duidelijk gemaakt dat artikel 95 ook op dit punt restrictiever is. Zo kan een verdergaande maatregel ter bescherming van de consument niet gerechtvaardigd worden op grond van de verdragsexcepties van artikel 95 en komt de bescherming van de werknemer ook slechts aan bod voor zover zij diens gezondheid of veiligheid betreft. De minimumharmonisatievoorschriften uit de artikelen 137, 153 en 176 laten de lidstaten toe verdergaande maatregelen te legitimeren op grond van de niet-limitatieve lijst van belangen uit de „*rule of reason*” of op grond van de limitatieve rechtvaardigingsgronden van artikel 30. Bovenop de gangbare proportionaliteitstoets stelt artikel 95 nog bijzondere voorwaarden alvorens een strengere nationale norm kan worden toegelaten, die op hun beurt in intensiteit verschillen naarmate een lidstaat beroep doet op lid 4 (handhaven van maatregelen) of het strengere lid 5 (invoeren van maatregelen). Artikelen 137, 153 en 175-176 maken op dat punt geen onderscheid. Omgekeerd leidt het geen twijfel dat een maatregel die toegelaten wordt op grond van artikel 95, lid 4 en lid 5 zowel van toepassing is op nationale producten als op ingevoerde producten. Terwijl dit in beginsel ook geldt voor de strengere normen op grond van de andere rechtsbasissen, is, zoals hoger geïllustreerd, discussie daaromtrent geenszins uitgesloten.

166. Een nauwgezette opvolging van de communautaire keuze van rechtsbasis is voor de lidstaten derhalve opportuun. In dit verband meldt Dougan(331) enkele voor zich sprekende voorbeelden. Zo acht hij het geenszins denkbeeldig dat een lidstaat, die in wetgeving een hoog beschermingsniveau voor consumenten nastreeft, de nietigheid inroept van een richtlijn die „verkeerdelijk” op artikel 95 is gesteund,

(330) Zie hierover K.J.M. MORTELMANS, „De interne markt en het facettenbeleid na het Keck-arrest: nationaal beleid, vrij verkeer of harmonisatie”, *S.E.W.* 1994, 238 e.v.

(331) Zie M. DOUGAN, „Minimum Harmonization and the internal market”, *CMLRev.* 2000, 883-885.

aangezien artikel 153 op dat punt in ruimere mogelijkheden voorziet. Ook zou een onderneming die de toegang tot een nationale markt waar erg strenge milieunormen gelden, wil versoepelen, kunnen opwerpen dat de nationale bepalingen bij gebrek aan aanmelding aan de Commissie hem niet tegenwerpelijk zijn, aangezien de corresponderende harmonisatierichtlijn had moeten genomen worden op grond van artikel 95 in plaats van op artikel 175.

167. Alvorens deze illustraties in ruimer perspectief te plaatsen, wordt de evolutie naar een verticale spanningsverhouding nog verduidelijkt aan de hand van een beknopte analyse van enkele met de algemene rechtsbasis conflicterende deeldomeinen van de interne markt.

A. MILIEU

168. De verschillende procedures voor de vaststelling van maatregelen op basis van artikel 95 en 175 waren aanvankelijk de inzet van meerdere geschillen. In het Titaandioxide-arrest(332) oordeelde het Hof dat maatregelen ter harmonisatie van nationale regelingen inzake de productievoorwaarden in een bepaalde tak van industrie, waarmee wordt beoogd concurrentiedistorsies uit de weg te ruimen, gebaseerd moeten zijn op artikel 95 EG (ex artikel 100A). Het arrest in de zaak over de afvalrichtlijn(333) echter, liet zien dat dit geen absolute regel is, zeker niet als de voorgestelde maatregel binnen het raamwerk van het milieubeleid valt. Het Hof stelde dat „het enkele feit dat de instelling of de werking van de interne markt wordt geraakt, niet volstaat voor de toepasselijkheid van artikel 95 (ex artikel 100A), en dat een beroep op dit artikel niet gerechtvaardigd is, wanneer harmonisatie van de voorwaarden van het vrije goederenverkeer binnen de Gemeenschap slechts een bijkomstig gevolg van de vast te stellen handeling is”(334). Barents leidt daaruit af dat *algemene* regelingen met betrekking tot milieuproblemen, zoals regelingen voor het beheer van afvalstoffen, wel onder artikel 175 EG vallen, terwijl *sectorspecifieke* maatregelen waarschijnlijk op basis van artikel 95

(332) H.v.J. 11 juni 1991, nr. C-300/89, Commissie t. Raad, *Jur. H.v.J.* 1991, I-2867.

(333) H.v.J. 17 maart 1993, nr. C-155/91, Commissie t. Raad, *Jur. H.v.J.* 1993, I-939.

(334) H.v.J. 28 juni 1994, nr. C-187/93, Parlement t. Raad, *Jur. H.v.J.* 1994, I-2857, ro. 25.

EG moeten worden getroffen(335). In deze context kan een vergelijking worden getrokken met de rol van artikel 308, dat in het verleden soms werd gebruikt als rechtsbasis voor harmonisatie. Het gebruik van artikel 308 is niet gerechtvaardigd als er een passende rechtsbasis is (lex specialis-beginsel). Artikel 308 blijft de juiste rechtsbasis als nieuwe rechten naast bestaande nationale rechten gecreëerd worden(336).

169. Zoals gezegd, speelt de discussie omtrent de rechtsbasis voor milieubescherming thans niet meer op het vlak van de communautaire besluitvormingsprocedure(337), maar veeleer op het vlak van de aan de keuze van de rechtsbasis verbonden gevolgen voor de lidstatelijke bevoegdheid. Een lidstaat die wil voorkomen dat het nationale hoge niveau van milieubescherming wordt ondermijnd, zal er immers alle belang bij hebben dat de harmonisatiemaatregel op artikel 175 EG wordt genomen en niet op de algemene harmonisatiegrond van artikel 95 EG. Hoger werd verduidelijkt dat de excepties van artikel 95 het voor de lidstaat aanzienlijk moeilijker kunnen maken om nationale strengere bepalingen te rechtvaardigen, dan bij toepassing van de ontsappingsclausule uit artikel 176 EG.

B. SOCIALE POLITIEK

170. Aangezien artikel 137 EG onder meer betrekking heeft op het werkmilieu en artikel 95 EG weliswaar de rechten en belangen van de werknemers van haar toepassingsgebied uitsluit, maar in lid 3 toestaat dat bepalingen met betrekking tot gezondheid en veiligheid

(335) R. BARENTS en L.J. BRINKHORST, *Grondlijnen van Europees Recht*, Deventer, Kluwer, 2001, 449. Zie recent hierover, H.v.J. 19 september 2002, nr. C-336/00, Oostenrijk en M. Huber, *Jur. H.v.J.* 2002, I-7699, „volgens de rechtspraak van het Hof beogen de artikelen 174 en 175 van het Verdrag de Gemeenschap bevoegdheid te verlenen voor een specifiek optreden op milieugebied. Deze artikelen laten evenwel de bevoegdheden die de Gemeenschap aan andere bepalingen van het Verdrag ontleent, onaangetast, ook al zijn de betrokken maatregelen tegelijkertijd op een van de doeleinden van milieubescherming gericht” (ro. 33). De hoger in de hoofdtekst vermelde integratieclausule van artikel 6 EG ondersteunt overigens die zienswijze.

(336) Zie ter illustratie H.v.J. 13 juli 1995, nr. C-350/92, Spanje t. Raad, *Jur. H.v.J.* 1995, I-1985. In deze zaak voerde Spanje aan dat de introductie van een aanvullend certificaat voor farmaceutische producten in feite een nieuw recht creëerde naast het bestaande nationale recht. Het Hof onderschreef dit argument niet.

(337) Wel blijft de afbakening met artikel 175, lid 2, dat eenparigheid van stemmen en advies van het Europees Parlement voorschrijft, zelfs tot na de inwerkingtreding van het Verdrag van Nice van belang. Zoals hoger geanalyseerd, reduceert het Verdrag van Nice, dat op 1 februari 2003 in werking trad, de discussie niet, maar kan wel besluitvorming met gekwalificeerde meerderheid uitgebreid worden tot de materies opgesomd in lid 2.

voorwerp van harmonisatie kunnen vormen, is collusie van deze rechtsgrondslagen niet uitgesloten. Zo kunnen regels inzake productveiligheid in belangrijke mate bijdragen tot een hoog niveau aan arbeidsveiligheid. In een door het Verenigd Koninkrijk naar aanleiding van de richtlijn inzake maximale arbeidstijd geïnitieerde zaak werd verdedigd dat artikel 137 slechts een uitzondering op artikel 95 was, waarvan slechts kon gebruik gemaakt worden indien artikel 95 geen oplossing bood. Om dezelfde reden zou artikel 137 restrictief uitgelegd moeten worden. Het Hof wees die zienswijze af en benadrukte dat artikel 137 EG een zelfstandige bevoegdheid invoert zodat de begrippen veiligheid en gezondheid van de werknemers expansief kunnen uitgelegd worden(338). In dit licht heeft een lidstaat die het nationale niveau van bescherming zoveel mogelijk wil bevorderen, er net als bij de milieubepalingen belang bij, zeker na de wijzigingen die het Verdrag van Nice doorvoert(339), dat artikel 137 in plaats van artikel 95 als rechtsbasis voor harmonisatiemaatregelen fungeert.

Voor de rechtsbases voor het sociale beleid op grond van de artikelen 139, lid 2, en 13, geldt daarenboven dat er nog steeds belangrijke procedurele verschillen zijn met de algemene bevoegdheid van artikel 95. Dit geldt niet voor de besluitvorming op basis van artikel 141, lid 3.

C. CONSUMENTENBESCHERMING

171. Naar aanleiding van de invoering van de consumententitel in het EG-Verdrag met het Verdrag van Maastricht werd elders verdedigd dat de slagkracht van artikel 153 als autonome rechtsgrondslag voor harmonisatie veeleer beperkt is(340). De Verdragen van Amsterdam en Nice brachten daar geen verandering in. Lid 1 van artikel 153 draagt de Gemeenschap op een hoog niveau van consumentenbescherming te waarborgen bij maatregelen die diverse belangen van de consument beogen. Het tweede lid voorziet in een zogenaamde integratieclausule, op grond waarvan met de eisen van consumentenbescherming wordt rekening gehouden bij het beleid en het optreden van de Gemeenschap op andere gebieden. Lid 3 bevat dan de zogenaamde rechtsgrondslag om voormelde doelstellingen te verwezenlijken. De

(338) Zie H.v.J. 12 november 1996, nr. C-84/94, Verenigd Koninkrijk t. Raad, *Jur. H.v.J.* 1996, I-5755.

(339) Zie hoger, I. A.

(340) Zie uitgebreid G. STRAETMANS, *Consument en markt*, Deurne, Kluwer, 1998, 246-272.

Gemeenschap kan a) maatregelen nemen op grond van artikel 95 en b) maatregelen om het beleid van de lidstaten te ondersteunen, aan te vullen en te controleren. Deze laatste maatregelen worden, net als die onder artikel 95, volgens de co-decisieprocedure (153, lid 4) genomen. Het vijfde lid bevat de gangbare ontsnappingsclausule op grond waarvan lidstaten wordt toegestaan maatregelen voor een hogere graad van bescherming te treffen of te handhaven. Enigszins pleonastisch wordt vereist dat ze verenigbaar zijn met het Verdrag. Daarnaast moeten ze ter kennis van de Commissie worden gebracht.

172. Door partikel a) van lid 3 zal er geen conflict ontstaan met de rechtsgrondslag van artikel 95, zodat de vraag naar conflicten beperkt is tot de onder lid 3, b) te nemen maatregelen van consumentenbescherming. Dit is voorts uitsluitend het geval wanneer wordt aangenomen dat ook bindende harmonisatiemaatregelen in de vorm van beleidsondersteunende, aanvullende en controlerende maatregelen kunnen worden genomen(341). De rechtspraak wijst in die zin(342). Zo werd een EHLASS-Beschikking en één (minimum)-harmonisatiemaatregel op de enkelvoudige rechtsgrondslag van artikel 153 EG gebaseerd, te weten Richtlijn 98/6 over prijsaanduidingen(343). Naast prijsaanduiding, waarvan kan worden aangenomen dat het, althans vóór de invoering van de euro, op de eerste plaats gericht was op consumentenbescherming in strikte zin en niet op het vergemakkelijken van de grensoverschrijdende handel, valt het evenwel moeilijk in te zien welke andere bepalingen die consumentenbescherming beogen nog los van de interne markt moeten beschouwd worden.

173. Dat artikel 153 voor het nemen van nationale maatregelen die in een hoger beschermingsniveau voorzien maar van beperkte betekenis is, werd recent bevestigd in de hoger vermelde arresten over productaansprakelijkheid. De geschillen betroffen Richtlijn 85/374 inzake

(341) Zie over de discussie die zich daarover in de loop van de Verdragsevolutie heeft ontwikkeld, G. STRAETMANS, *o.c.*, 270-272, H.A.G. TEMMINK, „Het Europees consumentenbeleid van Maastricht naar Amsterdam en verder”, *T.Cons.*, 278 e.v. en J. STUYCK, „European consumer law after the Treaty of Amsterdam: Consumer policy in or beyond the internal market?”, *CMLRev.* 2000, 387-388.

(342) Nadrukkelijk anders: F. AMTENBRINK en J.F. APPELDOORN, „Is er leven na het Tabaksreclamearrest”, *S.E.W.* 2001, 418. Zie evenwel recent K.J.M. MORTELMANS en R.H. VAN OOIK, „Het Europese verbod op tabaksreclame: verbetering van de interne markt of bescherming van de volksgezondheid?”, *A.A.* 2001, 114-130, 128, die de mogelijkheid van harmonisatie op grond van artikel 153 EG geenszins uitsluiten.

(343) *Pb. L.* 18 maart 1998, afl. 80, 27.

productaansprakelijkheid, die in volledige harmonisatie voorziet. Desniettemin wensten bepaalde lidstaten een consumentvriendelijker algemeen stelsel van productaansprakelijkheid dan dat van de Richtlijn te handhaven. Argument daartoe was onder meer dat de richtlijnbevestiging moest worden uitgelegd in het licht van artikel 153 EG waarvan het eerste lid de Gemeenschap opdraagt een hoog niveau van bescherming te waarborgen, terwijl lid 5 daarbovenop lidstaten toelaat maatregelen voor een hogere graad van bescherming te treffen of te handhaven. Het Hof sloot terecht een beroep op artikel 153 onverkort uit. De in artikel 153, lid 5 aan de lidstaten verleende bevoegdheid „betreft immers enkel de in lid 3, sub b van deze bepaling bedoelde maatregelen, te weten maatregelen om het beleid van de lidstaten te ondersteunen, aan te vullen en te controleren. Dergelijke bevoegdheid geldt niet voor de in lid 3, sub a, bedoelde maatregelen, te weten de op grond van artikel 95 EG in het kader van de totstandbrenging van de interne markt genomen maatregelen”(344). Artikel 153 is immers veeleer geformuleerd als een voor de Gemeenschap geldend *richtsnoer* met het oog op haar toekomstig beleid(345). Unilaterale afwijkingen van harmonisatiemaatregelen die dateren van vóór de invoering van deze rechtsgrondslag zijn bijgevolg niet met een beroep op voormelde bepaling te rechtvaardigen.

D. VOLKSGEZONDHEID

174. Artikel 152 EG is op dezelfde leest geschoeid als voormeld artikel 153 EG, maar wijkt daar ook van af. Het eerste lid verzekert voor de beoogde doelstellingen een hoog niveau van bescherming van de menselijke gezondheid, terwijl lid 4 een rechtsgrondslag vormt voor a) maatregelen inzake menselijke organen en stoffen, bloed en bloederivaten, waarbij lidstaten strengere maatregelen kunnen treffen of handhaven en voor b) maatregelen op veterinair en fytosanitair

(344) H.v.J. 25 april 2002, nr. C-183/00, González Sánchez, *Jur. H.v.J.* 2002, I-3901, ro. 24; zie in dezelfde zin H.v.J. 25 april 2002, nrs. C-52/00, Commissie t. Frankrijk en C-154/00, Commissie t. Griekenland, *Jur. H.v.J.* 2002, I-3827 en I-3879. Hieruit zou voorts nog kunnen afgeleid worden dat ook strengere nationale normen bij minimumharmonisatierechtlijnen gebaseerd op artikel 95 aan de kennisgevingsplicht van die bepaling onderworpen zijn.

(345) Ook met betrekking tot de rechtsvoorganger, oud artikel 129A, EG, besloot het Hof dat zij „enkel een doel stelt en de (Gemeenschap) met het oog daarop bevoegdheden toekent, zonder overigens verplichtingen voor de lidstaten of particulieren voor te schrijven”, H.v.J. 7 maart 1996, nr. C-192/94, El Corte Inglés, *Jur. H.v.J.* 1996, I-1304, ro. 20. Zie hierover meer, G. STRAETMANS, *Consument en markt*, Deurne, Kluwer, 1998, 255-269.

gebied in afwijking van de landbouwmaatregelen *stricto sensu*(346). Anders dan artikel 153, laat artikel 152, lid 4, onder c) slechts toe stimuleringsmaatregelen aan te nemen die gericht zijn op de bescherming en de verbetering van de menselijke gezondheid, *met uitsluiting van harmonisatie* van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten.

175. De spanning die aldus kan rijzen tussen artikel 95 en artikel 152 kwam duidelijk naar voren in het Tabaksreclame arrest(347). Tegen de Richtlijn(348) met een nagenoeg totaal verbod van reclame en sponsoring van tabaksproducten stelde Duitsland een beroep tot nietigverklaring in. Terwijl de Richtlijn op de artikelen 47, lid 2 (vestiging), 55 (diensten) en 95 (interne markt) gebaseerd werd, was de Duitse overheid van mening dat het zwaartepunt van de Richtlijn bij de bescherming van de volksgezondheid, artikel 152, lag. Zoals hoger vermeld, sluit deze bepaling evenwel harmonisatiemaatregelen met dat doel uit. De keuze voor onder meer artikel 95 als rechtsgrondslag kwam, aldus de Duitse overheid, neer op een omzeiling van artikel 152.

176. In het arrest stelde het Hof dat de rechtsgrondslagkeuze er weliswaar niet toe mag leiden dat de uitdrukkelijke uitsluiting van harmonisatie uit artikel 152 wordt omzeild, maar dat het harmonisatieverbod niet betekent dat op andere verdragsbepalingen vastgestelde maatregelen geen invloed kunnen hebben op de bescherming van de volksgezondheid(349). Reeds in de post-Maastricht periode bena-

(346) Deze rechtsgrondslag was recent nog oorzaak van een traditionele horizontale betwisting tussen het Europees Parlement en de Raad, omdat de Raad een verordening tot wijziging van Verordening (EG) nr. 820/97 van 21 april 1997 tot vaststelling van een identificatie- en registratieregeling voor runderen en inzake de etikettering van rundvlees en rundvleesproducten, op grond van een bepaling uit de oorspronkelijke verordening en onder referentie aan artikel 37 EG had vastgesteld, terwijl artikel 152 de medebeslissingsprocedure voorschrijft, waarin het Europees Parlement als medewetgever fungeert. Zie H.v.J. 13 december 2001, nr. C-93/00, Europees Parlement t. Raad, *Jur. H.v.J.* 2001, I-10119.

(347) H.v.J. 5 oktober 2000, C-376/98, Duitsland t. Europees Parlement en Raad, *Jur. H.v.J.* 2000, I-8419, ook eerste Tabakszaak genoemd. Zie hierover meer algemeen, H.-P. SCHNEIDER en T. STEIN (ed.), *The European Ban on Tobacco Advertising*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1999, T.K. HERVEY, „Up in smoke? Community (anti)-tobacco law and policy”, *E.L.Rev.* 2001, 101-124 en O. SEGNANA, „Le contentieux de la base juridique. A propos de l’annulation par la Cour de justice des C.E. de la directive relative à la publicité pour le tabac”, *J.T.D.E.* 2001, 9-15.

(348) Richtlijn 98/43/EG betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten op het gebied van reclame en sponsoring voor tabaksproducten, *Pb. L.* 30 juli 1998, afl. 213, 9.

(349) H.v.J. 5 oktober 2000, nr. C-376/98, Duitsland t. Europees Parlement en Raad, *Jur. H.v.J.* 2000, I-8419, ro. 78-79.

drukte de Europese Raad van Edinburgh, weliswaar met betrekking tot de voormalige cultuurparagraaf, die net als huidig artikel 152 EG een harmonisatieverbod inhield, dat zulks niet betekent „dat de verwezenlijking van andere communautaire doelstellingen door middel van andere Verdragsartikelen dan de artikelen 126 tot en met 129 geen effecten kan sorteren op deze gebieden”(350).

177. Uit de onderlinge samenhang van artikel 95, de doelstellingsbepaling van artikel 3, lid 1, sub c) en de ruime definitie van de interne markt uit artikel 14, volgt dat harmonisatiemaatregelen op grond van artikel 95 de voorwaarden voor de instelling en de werking van de interne markt dienen te verbeteren. Hierin een algemene bevoegdheid lezen om de interne markt te reglementeren, zou indruisen tegen het subsidiariteitsbeginsel. „De loutere vaststelling van verschillen tussen nationale regelingen en van het abstracte risico van daaruit voortvloeiende belemmeringen van de fundamentele vrijheden of mededingingsverstoringen”, volstaan niet om de keuze voor artikel 95 als rechtsgrondslag te rechtvaardigen(351). Weliswaar kunnen toekomstige belemmeringen aan het handelsverkeer ten gevolge van de heterogene ontwikkeling van nationale wetgevingen op grond van artikel 95 voorkomen worden, maar dan moet „het ontstaan van die belemmeringen waarschijnlijk zijn en de betrokken maatregel moet ertoe strekken die belemmering te voorkomen”(352). Bovendien is artikel 95 de juiste rechtsbasis voor maatregelen „die weliswaar niet tot de opheffing van belemmeringen van de fundamentele vrijheden bijdragen, maar die noodzakelijk zijn om te voorkomen dat verbodsbepalingen die een dergelijk doel hebben, worden omzeild”(353). Zonder gedetailleerd in te gaan op de bepalingen van de Tabaksreclamerichtlijn concludeert het Hof dat de verstrekkende reclame- en sponsoringverboden die de harmonisatiemaatregel nastreeft, te ver gaan. De richtlijn voldoet op bepaalde punten niet aan de concrete toets aan het doel enerzijds van concrete belemmeringen aan het vrij verkeer weg te nemen en anderzijds „ernstige” mededingingsversto-

(350) *Bull. EG*, 12-1992, 14.

(351) H.v.J. 5 oktober 2000, nr. C-376/98, Duitsland t. Europees Parlement en Raad, *o.c.*, ro. 84.

(352) Zie H.v.J. 13 juli 1995, nr. C-350/92, Spanje t. Raad, *Jur. H.v.J.* 1995, I-1985, ro. 33.

(353) H.v.J. 5 oktober 2000, nr. C-376/98, Duitsland t. Europees Parlement en Raad, *o.c.*, ro. 100.

ringen op te heffen(354). Opmerkelijk is wel dat het Hof bij de analyse of de richtlijn beoogt belemmeringen aan vrij verkeer weg te nemen, bijzonder belang hecht aan de omissie van de gemeenschapswetgever in een „vrij verkeer”-clausule te voorzien, terwijl lidstaten wel de mogelijkheid wordt geboden strengere maatregelen vast te stellen(355). Evenzo gaat het Hof na of de mededingingsverstoringen die de harmonisatiemaatregel wil opheffen, ernstig zijn. Dit is alvast niet zo voor wat reclamebureaus en producenten van reclameartikelen betreft. Zij die gevestigd zijn in een lidstaat met een soepeler regelgeving inzake tabaksreclame hebben stellig in termen van schaalvoordelen en winstgroei een voordeel, maar dit heeft slechts zijdelingse en indirecte gevolgen voor de mededinging(356). Dergelijke minieme mededingingsverstoringen kunnen niet op één lijn geplaatst worden met mededingingsverstoringen tengevolge van verschillen in productiekosten(357).

178. Met het Tabaksreclamearrest (eerste Tabakszaak) heeft het Hof een grens gesteld aan het gebruik van de algemene rechtsgrondslag van artikel 95 om andere verdragsbepalingen te omzeilen. De Europese wetgever zal zijn keuze voor artikel 95 concreter moeten rechtvaardigen(358). Voor de lidstaten is dit een belangrijk institutioneel signaal dat wijst op de bereidheid van het Hof van Justitie om meer dan een marginale controle uit te oefenen op de wijze waarop de gemeenschapswetgever communautaire bevoegdheden aanwendt, en de welwillendheid daarbij oog te hebben voor de legitieme bevoegd-

(354) Het betreft hier, ondanks de wat verwarrende terminologie uit rechtsoverweging 95 een alternatieve voorwaarde, zodat artikel 95 voor ene en gene maatregel als rechtsbasis kan dienen. Zie ook in die zin K.J.M. MORTELMANS en R.H. VAN OOIK, „Het Europese verbod op tabaksreclame: verbetering van de interne markt of bescherming van de volksgezondheid?”, *A.A.* 2001, 114-130, 121.

(355) H.v.J. 5 oktober 2000, nr. C-376/98, Duitsland t. Europees Parlement en Raad, *o.c.*, ro. 101.

(356) H.v.J. 5 oktober 2000, nr. C-376/98, Duitsland t. Europees Parlement en Raad, *o.c.*, ro. 109. Hiermee voert het Hof een zogenaamde „de minimis”-regel of merkbaarheidsvereiste in. Voorstander van een interpretatie van ernstige mededingingsverstoring in de zin van een merkbaarheidsvereiste zijn alvast K.J.M. MORTELMANS en R.H. VAN OOIK, „Het Europese verbod op tabaksreclame: verbetering van de interne markt of bescherming van de volksgezondheid?”, *A.A.* 2001, 114-130, 123.

(357) Daarbij merken Mortelmans en Van Ooik terecht op dat artikel 95 EG in de eerste plaats beleidsconcurrentie tussen wetgeving in lidstaten ten gevolge van dispariteiten behoort tegen te gaan, terwijl rechtstreeks werkende discriminatieverboden zoals artikel 43 en 49 een einde beogen te maken aan discriminerende wetgeving binnen één lidstaat, zie K.J.M. MORTELMANS en R.H. VAN OOIK, „Het Europese verbod op tabaksreclame: verbetering van de interne markt of bescherming van de volksgezondheid?”, *A.A.* 2001, 114-130, 125.

(358) Zie over de trendbreuk die daaruit resulteert ten aanzien van de vroegere rechtspraak, K.J.M. MORTELMANS en R.H. VAN OOIK, „Het Europese verbod op tabaksreclame: verbetering van de interne markt of bescherming van de volksgezondheid?”, *A.A.* 2001, 114-130, 120.

heidsbelangen van de lidstaten(359). Het Hof hinkt daarbij evenwel op twee benen(360). Het Hof lijkt daarbij de zwaartepunt-theorie als maatstaf voor de keuze van de rechtsgrondslag bij te stellen, c.q. te nuanceren of omgekeerd te omzeilen. Het doet dit door te benadrukken dat wanneer aan de voormelde voorwaarden voldaan is, „het feit dat bij de te maken keuzen de bescherming van de volksgezondheid doorslaggevend was, (...) geen beletsel (kan) vormen (voor de gemeenschapswetgever) om deze artikelen als rechtsgrondslag te nemen”(361). In de context gelezen, leidt de onmiskenbare verscherping van de rechterlijke controle op het daadwerkelijke „interne markt”-gehalte van maatregelen in uitvoering van artikel 95, de integratiebepaling van artikel 152 alsmede het hoog beschermingsniveau inzake volksgezondheid van artikel 95, lid 3, veeleer tot de vaststelling dat interne markt en volksgezondheid in casu samengaan(362). Als geïntegreerd onderdeel van de interne markt zijn maatregelen gericht op de bescherming van de volksgezondheid, op voorwaarde dat ze belemmeringen aan vrij verkeer of mededingingsdistorsies opheffen, legitiem gebaseerd op artikel 95. Het zwaartepunt ligt hoe dan ook bij de instelling en de werking van de interne markt. De uitspraak van het Hof in de eerste Tabakszaak (ook Tabaksreclamearrest genoemd) dat het verbod van artikel 152, lid 4 om harmonisatiemaatregelen te treffen, niet omzeild mag worden, heeft waarschijnlijk slechts een beperkte strekking. Analyse van de tweede Tabakszaak(363) laat zien dat deze uitspraak niet van toepassing is indien daadwerkelijk aan de eisen van artikel 95 is voldaan. Daarmee lijkt deze uitspraak geen zelfstandig criterium voor de beoordeling van de bevoegdheid van de gemeenschap te vormen. Het lijkt vooral een norm voor harmonisatie

(359) Zie hierover uitgebreid en in het ruimere perspectief van de rechtsontwikkeling in de Verenigde Staten, P.J. SLOT, „A contribution to the constitutional debate in the EU in the light of the Tobacco Judgment. What can be learned from the USA?”, *European Business Law Journal* 2002.

(360) Dit vooral om de voorstanders van het principe van een specifieke attributiedistributie van bevoegdheden (zie o.m. BARDENHEWER en PIPKORN, „Commentaar bij art. 100 A”, in H. VON DER GROEBEN, J. THIESING en C.-D. EHLERMANN (Hrsg.), *Kommentar zum EU-/EG-Vertrag*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1999, deel II, 24 e.v.) te verzoenen met de visie dat de interne markt ook sociaal-politieke doelen zoals de bescherming van volksgezondheid omvat; lees meer over deze discussie bij F. AMTENBRINK en J.F. APPELDOORN, „Is er leven na het Tabaksreclamearrest”, *S.E.W.* 2001, 413-420.

(361) H.v.J. 5 oktober 2000, nr. C-376/98, Duitsland t. Europees Parlement en Raad, *o.c.*, ro. 88.

(362) *Ibidem*. Ook in die zin kwam Advocaat-generaal Fenelly tot de conclusie dat er geen concurrentieverhouding tussen de verschillende doelen bestond, *Jur. H.v.J.* 2000, I-8419 en vergelijk met T.K. HERVEY, „Up in smoke? Community (anti)-tobacco law and policy”, *E.L.Rev.* 2001, 119.

(363) H.v.J. 10 december 2002, nr. C-491/01, British American Tobacco t. Secretary of State for Health, nog niet gepubliceerd.

op het gebied van stimuleringsmaatregelen. Voorts kan de uitspraak worden gezien als een aanscherping van het motiveringsvereiste voor het handelen van de wetgever op grond van artikel 95.

179. Belangrijk tot slot is dat het Hof dezelfde redenering *mutatis mutandis* van toepassing acht voor de artikelen 47, lid 2 en 55, aangezien zij de gemeenschapswetgever een specifieke bevoegdheid verlenen om maatregelen vast te stellen om de werking van de interne markt te verbeteren.

E. ARTIKEL 65

180. Bij het Verdrag van Amsterdam werden de niet-strafrechtelijke aspecten van de vroegere derde pijler over de samenwerking op het gebied van justitie en binnenlandse zaken uit het EU Verdrag naar het EG-Verdrag overgeheveld(364). Daaruit resulteerde een nieuwe titel, gewijd aan „Visa, asiel, immigratie en andere beleidsterreinen die verband houden met het vrij verkeer van personen”, te weten artikelen 61-69 EG(365). Volgens artikel 61, c) kan de Raad de „maatregelen op het gebied van justitiële samenwerking in burgerlijke zaken, als bepaald in artikel 65”, aannemen. Het betreft maatregelen op het gebied van samenwerking in burgerlijke zaken met grensoverschrijdende gevolgen én voor zover nodig voor de goede werking van de interne markt(366). Deze maatregelen moeten leiden tot de geleidelijke totstandbrenging van een ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid. Maatregelen op grond van artikel 65 volgen de besluitvormingsprocedure van artikel 67 EG, dat in de overgangsperiode van vijf jaar na de inwerkingtreding van het Verdrag van Amsterdam (d.i. tot 30 april 2004), besluitvorming met eenparigheid van stemmen en raadpleging van het Europees Parlement voorschrijft. Na 30 april 2004 kan de Raad bij unanimité beslissen de co-deci-

(364) Deze bepalingen zijn te zien als een uitwerking van de artikelen K.1 en K.3.2° van het Verdrag van Maastricht.

(365) Zie uitgebreid over deze bepalingen J. MEEUSEN, „Institutioneel- en materieelrechtelijke aspecten van het internationaal privaatrecht in de Europese Unie”, in *Postuniversitaire Cyclus Delva*, 2002.

(366) Artikel 65 noemt meer specifiek: a) de verbetering en vereenvoudiging van: het systeem van grensoverschrijdende betekening en kennisgeving van gerechtelijke en buitengerechtelijke stukken; de samenwerking bij het vergaren van bewijsmiddelen en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, met inbegrip van de beslissingen in buitengerechtelijke zaken, b) de bevordering van de verenigbaarheid van de in de lidstaten geldende regels voor collisie en jurisdictiegeschillen, en c) de afschaffing van hinderpalen voor de goede werking van de burgerrechtelijke procedures, zo nodig door bevordering van de verenigbaarheid van de in de lidstaten geldende bepalingen van burgerlijke rechtsvordering.

sieprocedure van toepassing te maken op alle of sommige onder de betrokken titel vallende gebieden. Zonder in detail te treden, moet bovendien voor ogen gehouden worden dat ook de rechtsbescherming onder deze titel afwijkt van wat intussen in het EG-Verdrag gangbaar is. Zo is er onder meer ingevolge artikel 68 slechts een beperkte mogelijkheid tot prejudiciële vraagstelling aan het Hof, maar kan de Raad, de Commissie of een lidstaat het Hof verzoeken de betrokken titel of daarop gebaseerde handelingen van communautaire instellingen uit te leggen.

181. In aan het Verdrag van Amsterdam gehechte protocollen is aan het Verenigd Koninkrijk, Ierland en Denemarken een „*opt out*” toegekend. Met het Verdrag van Nice wordt alvast een stap genomen om de hoger aangestipte institutionele deviaties weg te werken. Het nieuwe artikel 67 EG zondert vanaf de inwerkingtreding van het Verdrag van Nice, namelijk vanaf 1 februari 2003, de in artikel 65 bedoelde maatregelen uit van de unanimiteitseis en legt, behoudens voor de aspecten die verband houden met familierecht, de medebeslissingsprocedure op.

182. Gezien de referentie aan de *goede* werking van de interne markt en op het eerste gezicht ruime toepassingsgebied van deze nieuwe rechtsgrondslag, spitsen wij de aandacht hierna toe op een mogelijke samenloop met artikel 95(367). De nieuwe titel resulteerde reeds in een aantal zogenaamde IPR-Verordeningen(368) en een Verordening van 28 mei 2001 betreffende het justitieel netwerk in burgerlijke en handelszaken(369). Deze handelingen werden formeel genomen op grond van artikel 61, c), maar, zoals uit voormeld citaat volgt, verwijst deze bepaling uitdrukkelijk naar artikel 65 EG.

183. De voorkeur voor hetzij artikel 95 hetzij artikel 65 als rechtsgrondslag om communautaire IPR-instrumenten te nemen, heeft in de rechtsliteratuur tot een maximalistische en een minimalistische opvat-

(367) Bovendien is er tot aan de inwerkingtreding van het Verdrag van Nice een afwijkende besluitvormingsprocedure, zie *supra*.

(368) Zie hierover J. MEEUSEN, „Drie EG-Verordeningen over internationaal privaatrecht: het „nieuwe” communautaire internationaal privaatrecht krijgt vorm”, *R.W.* 2000-2001, 284 en H.-W. MICKLITZ en P. SCOTT, „Vergemeinschaftung des EuGVÜ in der Verordnung „EG” Nr. 44/2001”, *EuZW* 2002, 15-24.

(369) Verordening (EG) nr. 1206/2001 van de Raad van 28 mei 2001 betreffende de samenwerking tussen de gerechten van de lidstaten op het gebied van bewijsverkrijging in burgerlijke en handelszaken, *Pb. L.* 27 juni 2001, afl. 174, 1.

ting over artikel 65 geleid(370). Voor zover de toepassingsvoorwaarden van artikel 65 vervuld zijn(371), ziet de eerste interpretatieschool deze bepaling als een *lex specialis* ten aanzien van artikel 95 EG voor harmonisatie van internationaal privaatrecht(372). De minimalistische zienswijze beklemtoont omgekeerd de beperkte ruimte die de andere rechtsgrondslagen voor communautaire IPR-maatregelen, zoals artikel 95 en 293 EG, laten aan artikel 65 EG. Laatstgenoemde bepaling kan derhalve slechts als rechtsgrondslag worden gekozen indien artikel 95 voor de voorgenomen harmonisatiemaatregel niet als rechtsbasis kan dienen. In die visie zou, gelet op de uitsluiting van artikel 95, lid 2 EG, het toepassingsgebied van artikel 65 beperkt zijn tot het vrij personenverkeer(373), als aanvulling op de algemene harmonisatiegrondslagen van artikel 94 en 95(374).

184. In dit verband werd recent nog de opvatting verdedigd dat de redactie van artikel 65 EG, o.m. door de keuzevrijheid die ter zake van de aard van de communautaire handeling wordt gelaten, geen restrictieve of minimalistische interpretatie rechtvaardigt(375). Uit een aantal elementen van juridische en politieke aard wordt voorts afgeleid dat het beoogde vrij verkeer van personen „ruim moet worden begrepen als betrekking hebbend op het zonder belemmeringen al of niet economisch of commercieel actief zijn, van natuurlijke en rechtspersonen, in andere lidstaten”(376). Dit leidt tot het besluit dat voor

(370) Voor een uitstekend overzicht van deze discussie, zie J. MEEUSEN, „Institutioneel- en materieelrechtelijke aspecten van het internationaal privaatrecht in de Europese Unie”, in *Postuniversitaire Cyclus Delva*, 2002, in druk.

(371) Het betreft enerzijds maatregelen inzake burgerlijke zaken met grensoverschrijdende gevolgen en anderzijds maatregelen die nodig zijn voor de goede werking van de interne markt. Met „goede werking” van de interne markt wordt wellicht, ingevolge het hoger geanalyseerde Tabaksreclamearrest, het verbeteren van de werking van de interne markt bedoeld, c.q. het vergemakkelijken door metterdaad hetzij belemmeringen aan vrij verkeer weg te nemen, hetzij ernstige mededingingsverstoringen op te heffen, al lijkt de motivering bij de communautaire IPR-instrumenten tot op heden heel wat minder uitgesproken op dit punt. Zie in die zin alvast J. MEEUSEN, „Institutioneel- en materieelrechtelijke aspecten van het internationaal privaatrecht in de Europese Unie”, in *Postuniversitaire Cyclus Delva*, 2002, in druk.

(372) Zie o.m. G. BETLEM en E.H. HONDIUS, „Europees privaatrecht na Amsterdam”, *N.J.B.* 1999, 1140 en O. REMIEN, „European Private International Law, the European Community and its Emerging Area of Freedom, Security and Justice”, *C.M.L.Rev.* 2001, 73.

(373) Dat soms ook eng wordt geïnterpreteerd, zie J. BASEDOW, „Codification of Private Law in the European Union: the making of a Hybrid”, *E.R.P.L.* 2001, 45.

(374) Zie o.m. J. BASEDOW, „The Communautarization of the Conflict of Laws under the Treaty of Amsterdam”, *CMLRev.* 2000, 697 e.v. en C. KOHLER, „Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le traité d’Amsterdam”, *R.C.D.I.P.* 1999, 17.

(375) Zie J. MEEUSEN, „Institutioneel- en materieelrechtelijke aspecten van het internationaal privaatrecht in de Europese Unie”, in *Postuniversitaire Cyclus Delva*, 2002, in druk.

(376) *Ibidem*.

internationaal privaatrechtelijke maatregelen die aan voormeld vrij verkeer van personen raken, artikel 65 EG en niet artikel 95 EG de juiste rechtsbasis zou zijn(377).

185. Een en ander neemt ons inziens niet weg dat artikel 95 EG, zoals overigens de rechtspraktijk uitwijst(378), een gepaste rechtsgrondslag is voor materieelrechtelijke harmonisatie met inbegrip van communautaire IPR-bepalingen. Uit de verdragslogica en de vergelijkbare samenhang tussen artikel 95 en de artikelen 47, lid 2 en 55 resulteert voorts dat artikel 65 een veeleer aan artikel 95 EG complementaire rechtsgrondslag vormt op grond waarvan maatregelen die strikt gezien niet tot de klassieke economische opvatting van vrij personenverkeer behoren, getroffen kunnen worden. Met de invoering van de nieuwe titel IV van het EG-Verdrag wordt het toepassingsbereik ervan uitgebreid en de band met de economische activiteit verlaten. Hierbij is van belang dat artikel 95, lid 2 het vrij personenverkeer uitsluit van de algemene harmonisatiebevoegdheid. Dit wordt deels opgevangen door de bijzondere rechtsbases van artikel 47, lid 2 en 55. Artikel 65 geeft daarvoor nu de communautaire instellingen de bevoegdheid om ook harmonisatiemaatregelen te treffen die verband houden met het vrij personenverkeer dat geen strikte band met een economische activiteit vertoont, maar die wel nodig zijn voor de goede werking van de interne markt. De discussie toont wel aan dat het horizontale (besluitvormingsprocedure) en in casu gelijktijdig ook verticale (communautaire versus intergouvernementele procedure) spanningsveld in bepaalde deeldomeinen van harmonisatie actueel blijft.

F. TUSSENCONCLUSIES

186. Gezien de jurisprudentie van het Hof over het toepassingsbereik van artikel 95 (ex artikel 100A), kan gesteld worden dat dit artikel een algemene bepaling is waarop maatregelen voor het beheer van de interne markt gebaseerd kunnen worden(379). Dit is ook na de invoer-

(377) *Ibidem*. Zie in dezelfde zin R. BARENTS, *Het Verdrag van Amsterdam in werking*, Deventer, Kluwer, 1999.

(378) Hoger vermelde liberalisering van de verzekeringsmarkt is een mooie illustratie daarvan net als Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, *Pb. L.* 21 april 1993, afl. 95, 29. Een recenter voorbeeld vormt Richtlijn 99/44/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 mei 1999 betreffende bepaalde aspecten van de verkoop en de garanties voor consumptiegoederen, *Pb. L.* 7 juli 1999, afl. 171, 12.

(379) Zie reeds in die zin o.m. R. BARENTS, in KAPTEYN & VERLOREN VAN THEMAAT, *Inleiding tot het recht der Europese Gemeenschappen na Maastricht*, Deventer, Kluwer, 1995, 452.

ging van bijzondere rechtsgrondslagen met betrekking tot deeldomeinen van de interne markt zo gebleven. De volgende overweging van het Hof geeft deze visie weer: „Om de in artikel 8A (thans artikel 18) genoemde fundamentele vrijheden te verwezenlijken, zijn er, wegens de dispariteiten tussen de rechtsorden van de Lid-Staten, harmonisatiemaatregelen nodig op die gebieden waar het gevaar bestaat, dat die dispariteiten een vervalsing van de concurrentievoorwaarden veroorzaken of in stand houden. Om deze reden machtigt artikel 100A (thans artikel 95) de Gemeenschap om volgens de aldaar voorziene procedure maatregelen vast te stellen inzake de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de Lid-Staten.”(380).

187. Dit citaat moet evenwel worden aangevuld met de overwegingen 83 en 84 uit het Tabaksreclame-arrest: „In hun onderlinge samenhang gelezen, blijkt uit die bepalingen, dat de in artikel 100A, lid 1, van het Verdrag bedoelde maatregelen de voorwaarden voor de instelling en de werking van de interne markt dienen te verbeteren. Een uitlegging van dat artikel, volgens welke de gemeenschapswetgever daarin een algemene bevoegdheid wordt verleend om de interne markt te reglementeren, zou niet alleen indruisen tegen de tekst zelf van bovengenoemde bepalingen, maar zou ook onvereenigbaar zijn met het in artikel 3 B EG-Verdrag (thans artikel 5 EG) neergelegde beginsel dat het bij de bevoegdheden van de Gemeenschap om toegekende bevoegdheden gaat. Bovendien moet een op basis van artikel 100A van het Verdrag vastgestelde handeling metterdaad ten doel hebben, de voorwaarden voor de instelling en de werking van de interne markt te verbeteren. Zo de loutere vaststelling van verschillen tussen nationale regelingen en van het abstracte risico van daaruit voortvloeiende belemmeringen van de fundamentele vrijheden of mededingingsverstoringen volstond om de keuze van artikel 100A als rechtsgrondslag te rechtvaardigen, zou het rechterlijk toezicht op de eerbiediging van de rechtsgrondslag niet doeltreffend meer kunnen zijn. Het Hof zou de hem bij artikel 164 EG-Verdrag (thans artikel 220 EG) opgedragen taak — het verzekeren van de eerbiediging van het recht bij de uitlegging en toepassing van het Verdrag — dan niet langer kunnen vervullen”(381).

(380) H.v.J. 13 juli 1995, nr. C-350/92, Spanje t. Raad, *Jur. H.v.J.* 1995, I-1985.

(381) H.v.J. 5 oktober 2000, nr. C-376/98, Duitsland t. Parlement en Raad, (het Tabaksreclamearrest of nog eerste Tabakszaak), *Jur. H.v.J.* 2000, I-8419.

188. Deze uitspraken van het Hof leiden niet meer tot een eenduidige conclusie dat artikel 95 een algemene bevoegdheid geeft(382). De mening van sommige schrijvers(383), dat er inherente grenzen zijn aan de in artikel 95 gegeven bevoegdheden van de Gemeenschap, is in het Tabaksreclamearrest (de eerste Tabakszaak) bevestigd(384). De grenzen van artikel 95 worden enerzijds bepaald door die van de andere Verdragsartikelen, zoals artikel 5(385), 152(386), 166(387) en 295(388), 296(389) en anderzijds de elementen van het begrip

(382) Dit was destijds de conclusie van Barents in zijn artikel: „The internal market unlimited: some observations on the legal basis of Community legislation”, *CMLRev.* 1993, 85-109.

(383) Zie bijvoorbeeld R. SCHOLZ en S. LANGER, *Europäische Binnenmarkt und Energiepolitik*, Berlin, 1992, 299 en 156 e.v.

(384) Deze lijn is in het Tabaksreclamearrest (eerste Tabakszaak) de zogenoemde tweede Tabakszaak, H.v.J. 10 december 2002, nr. C-491/01, British American Tobacco e.a. t. Secretary of State for Health, nog niet gepubliceerd, niet meer expliciet aan de orde geweest.

(385) Uit de toepassing van het subsidiariteitsbeginsel door het Hof, moet hiervan slechts een geringe disciplinerende werking (veeleer een formele verstrakking) verwacht worden. Zie H.v.J. 12 mei 1996, nr. C-84/94, Verenigd Koninkrijk t. Raad, *Jur. H.v.J.* 1996, I-5808, ro. 47 over de arbeidstijdenrichtlijn, waarin het Hof besluit dat de rechterlijke toetsing van de uitoefening van de wetgevende bevoegdheid in sectoren waarin van de wetgever sociale beleidskeuzen en complexe beoordelingen worden verlangd, beperkt moet blijven tot de vraag „of er geen sprake is van een kennelijke dwaling of misbruik van bevoegdheid dan wel of de betrokken instelling de grenzen van haar beoordelingsbevoegdheid niet klaarblijkelijk heeft overschreden”. Zie in dezelfde zin naar aanleiding van de depositogarantiestelsels-richtlijn, H.v.J. 13 mei 1997, nr. C-233/94, Duitsland t. Europees Parlement en Raad, *Jur. H.v.J.* 1997, I-2441. Zie hierover meer, P. VAN NUFFEL, „Gebruiksaanwijzing voor subsidiariteit. Een bijsluiter bij de eerste toepassing door het Hof van Justitie”, *R.W.* 1997-1998, 283-286 en G. STRAETMANS, *Consument en markt*, Deurne, Kluwer, 1998, 247-255. Hierbij moet men wel bedenken, zoals ook hierna in de tekst wordt aangegeven, dat het Hof van Justitie de rechterlijke toets met het Tabaksreclamearrest gevoelig heeft verscherpt. Uit H.v.J. 9 oktober 2001, nr. C-377/98, Nederland t. Europees Parlement en Raad, *Jur. H.v.J.* 2001, I-7079, ro. 33, volgt dan weer dat het Hof zich bij de toets aan het subsidiariteitsbeginsel tevreden stelt met de motivering dat de uiteenlopende ontwikkeling van de nationale wetgevingen en praktijken zonder communautair ingrijpen de goede werking van de interne markt in de weg staat. Het Hof achtte dit een impliciete maar onmiskenbare motivering aangaande het subsidiariteitsbeginsel.

(386) Zie de overwegingen 77-79 uit het Tabaksreclamearrest, hoger geciteerd, maar dan in de beperkende interpretatie die daarvan hoger in hoofdstuk IV werd gegeven.

(387) Zie hierover H.v.J. 9 oktober 2001, nr. C-377/98, Nederland t. Europees Parlement en Raad, *Jur. H.v.J.* 2001, I-7079.

(388) Dit was o.m. aan de orde in de zogenoemde tweede Tabakszaak, H.v.J. 10 december 2002, nr. C-491/01, British American Tobacco e.a. t. Secretary of State for Health, nog niet gepubliceerd, ro. 142-157. Het fundamentele recht van eigendom uit artikel 295 EG (en/of artikel 20 van de TRIP's-Overeenkomst) schrijft voor dat het gebruik van een merk niet op ongerechtvaardigde wijze mag worden bemoeilijkt door bijzondere vereisten, waardoor een merk de waren of diensten van de ene onderneming niet meer zou kunnen onderscheiden van die van andere ondernemingen. De zeer grote afmetingen van de nieuwe gezondheidswaarschuwingen alsmede het verbod van het gebruik van misleidende merkcomponenten zoals „Mild” en „Light” uit de richtlijn werden vermeend als dergelijke gebruiksinperking en ernstige inbreuk op het intellectuele eigendomsrecht gecatalogeerd. Het Hof besluit in ro. 152 dat hoewel de richtlijn „een tot de verpakking van tabaksproducten beperkt verbod meebrengt om een merk te gebruiken dat een van de (...) bedoelde aanduidingen bevat, (...) een producent van tabaksproducten niettemin, ondanks de weglating van die aanduiding op de verpakking, zijn product (kan) blijven individualiseren met andere onderscheidende tekens.

(389) De grenzen gesteld door artikel 295 zijn door het Hof beoordeeld in H.v.J. 19 maart 1991, nr. C-202/88, Frankrijk t. Commissie (Telecom), *Jur. H.v.J.* 1991, I-1223.

interne markt waarbij met name van belang is dat er volgens het Hof in het Tabaksreclamearrest *metterdaad* sprake moet zijn van belemmeringen voor de interne markt.

189. In dit verband dient ook de vraag te worden bezien die onlangs gesteld werd met betrekking tot het arrest van het Hof in de Keck-zaak(390), namelijk of de grenzen van het toepassingsbereik van artikel 28 zoals geformuleerd in die zaak (negatieve integratie), doorwerken in het toepassingsbereik van artikel 95 (positieve integratie). Met andere woorden, moeten de grenzen die zijn gesteld aan het toepassingsbereik van artikel 28, zoals geformuleerd in het Dassonville-arrest(391), gezien worden als elementen die ook het toepassingsbereik van artikel 95 beperken?

190. Hierbij dient men vooreerst te bedenken dat nationale regels die „bepaalde verkoopregelingen beperken of verbieden” niet noodzakelijk de instelling of de werking van de interne markt zullen raken. Het hoger vermeld voorbeeld van de Richtlijn inzake prijsaanduiding is illustratief. Omgekeerd is dat geenszins uitgesloten. Men zou hier kunnen denken aan de richtlijn over time-sharing(392), verkoop op afstand(393) en reclame(394), die alle zogenaamde verkoopmodaliteiten betreffen, maar desniettemin op artikel 95 werden gebaseerd. Los van de recente rechtspraak waarin het Hof de reikwijdte van het Keck-arrest lijkt terug te schroeven(395), heeft het arrest mogelijk veeleer een stimulerende dan een corrigerende werking op de harmonisatie-initiatieven.

191. Wel moet, zoals hiervoor werd gesteld, uit het Tabaksreclamearrest (de eerste Tabakszaak) een begrenzing aan artikel 95 gelezen

(390) Gev. zaken H.v.J. 24 november 1993, nrs. C-267 en 268/91, Keck en Mithouard, *Jur. H.v.J.* 1993, I-6097. Zie K.J.M. MORTELMANS, „De interne markt en het facettenbeleid na het Keck-arrest: nationaal beleid, vrij verkeer of harmonisatie”, *S.E.W.* 1994, 243. Voor een bespreking van de Keck-zaak zie S. MOORE, „Quantitative restrictions and measures having equivalent effect: Revisiting the limits of Article 30 EEC”, *E.L.R.* 1994, 195; zie ook D. CHALMERS, „Repackaging ramifications of the Keck Judgement”, *E.L.R.* 1994, 385. Geen van deze artikelen bespreken het effect op artikel 100A. Zie echter A. DASHWOOD, „The limits of European Community Powers”, *E.L.R.* 1996, 113.

(391) H.v.J. 11 juli 1974, nr. 8/74, Dassonville, *Jur. H.v.J.* 1974, 837.

(392) *Pb. L.* 29 oktober 1994, afl. 280, 83.

(393) *Pb. L.* 4 juni 1997, afl. 144, 19.

(394) *Pb. L.* 23 oktober 1997, afl. 290, 18.

(395) Zie hierover G. STRAETMANS, *Consument en markt*, Deurne, Kluwer, 1998, 323-350 en zie ook recenter het mijlpaalarrest Gourmet, H.v.J. 8 maart 2001, nr. C-405/98, Konsumentenombudsmannen t. Gourmet International Products, *Jur. H.v.J.* 2001, I-1795, met annotatie G. STRAETMANS, in *CMLRev.* 2002, 1407-1421.

worden, die de communautaire wetgever er toe noopt harmonisatie concreter te legitimeren als maatregel om belemmeringen aan vrij verkeer weg te nemen en duidelijke mededingingsverstoringen op te heffen. Het ontstaan van die belemmeringen moet, volgens het Hof in het Tabaksreclamearrest (de eerste Tabakszaak), echter waarschijnlijk zijn en de betrokken maatregel moet ertoe strekken die belemmeringen te voorkomen. De evolutie houdt veelal verband met de graad van integratie die de interne markt bereikt heeft. De pendel die onmiskenbaar wees in de richting van een ruime vrijgeleide voor de Europese wetgever zwaait nu onmiskenbaar terug naar een evenwicht met de lidstatelijke bevoegdheden, maar niet zonder de daadwerkelijke realisatie van de interne markt veilig te stellen. Zoals uit de tweede Tabakszaak(396) blijkt, is het belangrijk, voor de beoordeling van de (ruime) reikwijdte van artikel 95, om met het Hof vast te stellen dat de verwezenlijking van de doelstelling, met name het verbeteren van

(396) In de zogenaamde tweede Tabakszaak, H.v.J. 10 december 2002, nr. C-491/01, British American Tobacco e.a. t. Secretary of State for Health, nog niet gepubliceerd, ro. 91, bevestigde het Hof de zienswijze van Advocaat-generaal Geelhoed (zie Conclusie van 10 september 2002, zaak C-491/01, British American Tobacco e.a. t. Secretary of State for Health, nog niet gepubliceerd), dat artikel 95 de bevoegdheid biedt voor Richtlijn 2001/37/EG inzake de productie, de presentatie en de verkoop van tabaksproducten. In casu was het Hof, eveneens in lijn met de Advocaat-generaal, van oordeel dat de betrokken richtlijn niet bijkomend op artikel 133 EG moest worden vastgesteld, ook al stelde ze een verbod in op de vervaardiging in de Gemeenschap, voor *uitvoer naar derde landen*, van sigaretten die niet voldoen aan de vereisten van welbepaalde bepalingen uit de richtlijn. Ofschoon het betrokken productieverbod geen bepaling is die rechtstreeks de verbetering van de voorwaarden voor de werking van de interne markt tot doel heeft, kan artikel 95 als enige rechtsgrondslag fungeren, wanneer de bepaling beoogt te voorkomen dat bepaalde voor de interne markt vastgestelde verbodsbepalingen die wel dat doel hebben, worden omzeild (in dezelfde zin reeds, het Tabaksreclamearrest, ro. 100, hoger geciteerd). Meteen resulteert daaruit ook dat de richtlijn niet gelijktijdig de artikelen 95 en 133 als rechtsgrondslag kon hebben. „Daartoe moet worden vastgesteld, zonder dat hoeft te worden nagegaan of de bepalingen van de richtlijn die gevolgen hebben voor de naar derde landen uitgevoerde tabaksproducten, tevens een doelstelling nastreven die verband houdt met de uitvoering van de in artikel 133 EG voorziene gemeenschappelijke handelspolitiek, dat die doelstelling hoe dan ook gezien het doel en de inhoud van de richtlijn in haar geheel slechts van ondergeschikte aard is ten opzichte van het hoofddoel van de richtlijn, te weten de verbetering van de voorwaarden voor de werking van de interne markt” (ro. 96).

Van misbruik van bevoegdheid in het licht van artikel 152, lid 4, eerste alinea, was volgens het Hof in overweging 190, evenmin sprake aangezien geenszins aangetoond was „dat (de richtlijn) is vastgesteld met het uitsluitende, althans doorslaggevende oogmerk, een ander doel te bereiken dan de verbetering van de voorwaarden voor de werking van de interne markt op het gebied van tabaksproducten” (ro. 191). Voor de keuze van artikel 95 was het voorts niet zonder belang dat de betrokken richtlijn, in tegenstelling tot de nietig verklaarde Richtlijn inzake tabaksreclame, wel een vrij verkeers-clausule bevatte zodat lidstaten zich niet langer konden verzetten, om redenen die verband hielden met de aspecten die de richtlijn harmoniseert, tegen de invoer, verkoop en het verbruik van tabaksproducten die in overeenstemming met de richtlijn zijn. Zo „kan de richtlijn haar volledige werking ontplooiën aangaande haar doelstelling, de voorwaarden voor de werking van de interne markt te verbeteren” (ro. 74). In dezelfde lijn volgde reeds uit het Tabaksreclamearrest (eerste Tabakszaak) dat bij gebrek aan dergelijke clausule die doelstelling, nodig om artikel 95 als rechtsbasis te gebruiken, moeilijk hard gemaakt kan worden.

de voorwaarden voor de werking van de interne markt, niet voleindigd is wanneer de communautaire wetgever een volledig geharmoniseerde, uitputtende regeling trof(397). In dat geval is de communautaire bevoegdheid op grond van artikel 95 derhalve niet uitgeput. De gemeenschapswetgever kan immers zijn taak van toezicht op de bescherming van de in het Verdrag erkende algemene belangen, zoals de volksgezondheid, slechts naar behoren uitvoeren indien het hem vrijstaat om de relevante communautaire regelgeving aan te passen aan de gewijzigde omstandigheden of nieuwe kennis. Hoewel artikel 95, lid 3 voorschrijft dat de communautaire wetgever, onder meer met betrekking tot de bescherming van volksgezondheid, bij de verwezenlijkte harmonisatie een hoog beschermingsniveau moet waarborgen en daarbij in het bijzonder moet rekening houden met alle nieuwe ontwikkelingen die op wetenschappelijke gegevens zijn gebaseerd, staat de wetenschap niet stil, en kan de gemeenschapswetgever derhalve alvast beslissen bestaande harmonisatiemaatregelen aan te passen om rekening te houden met de ontwikkeling van de wetenschappelijke kennis op het geharmoniseerde terrein. De gemeenschapswetgever heeft evenwel, aldus het Hof in de tweede Tabakszaak, een ruimere beoordelingsvrijheid en kan eveneens aanpassingen doorvoeren op grond van andere overwegingen, „zoals het toegenomen belang dat op politiek en sociaal vlak aan de strijd tegen het roken wordt gehecht”(398). In het licht van de hoger besproken unilaterale derogatiemogelijkheden voor de lidstaten op grond van artikel 95, lid 4 (en lid 5) kent het Hof de gemeenschapswetgever logischerwijze een ruimere beoordelingsvrijheid toe. Ook ter rechtvaardiging van nieuwe bepalingen ten aanzien van voordien vastgestelde communautaire harmonisatiemaatregelen is het immers niet vereist dat de gemeenschapswetgever zich op de ontwikkeling van de wetenschappelijke kennis beroept om op basis van artikel 95 maatregelen te kunnen nemen(399).

192. Met het Hof moet dan vastgesteld worden dat „ook indien een communautaire bepaling de opheffing van **elke** belemmering van het handelsverkeer waarborgt op het gebied dat zij harmoniseert, deze omstandigheid de communautaire wetgever niet de mogelijkheid

(397) In casu voorzag Richtlijn 90/239/EEG reeds in een uitputtende regeling voor het maximumteergehalte van sigaretten.

(398) H.v.J. 10 december 2002, nr. C-491/01, Tweede Tabakszaak, *o.c.*, ro. 80.

(399) H.v.J. 10 december 2002, nr. C-491/01, Tweede Tabakszaak, *o.c.*, ro. 170.

ontneemt die bepaling **op basis van andere overwegingen** aan te passen”(400) (eigen benadrukking).

193. In de Tabakszaken dan een Keck-toepassing lezen, lijkt, mede in het licht van de recente nuanceringen aan dat arrest, te verregaand(401). Een parallel met Keck is wel te trekken in die zin dat waar Keck beoogt te voorkomen dat marktdeelnemers „een beroep doen op artikel 28 EG ter betwisting van alle soorten regelingen die hun commerciële vrijheid beperken, ook indien die regelingen niet specifiek betrekking hebben op producten uit andere lidstaten”(402), het Tabaksreclamearrest (de eerste Tabakszaak en bevestigd in de tweede Tabakszaak) een zelfde beginsel, maar nu uit hoofde van de Europese wetgever en in het licht van artikel 95 EG, formuleert.

V. Jurisprudentie van het Hof van Justitie over de verplichtingen samenhangend met de uitvoeringsverplichting

194. Harmonisatie van wetgeving verandert de bevoegdheidsverhoudingen tussen de Gemeenschap en de lidstaten. Zo gauw een richtlijn of verordening van kracht is geworden, moeten nationale maatregelen aan dit secundaire Gemeenschapsrecht worden getoetst, in plaats van aan de algemene bepalingen van het Verdrag. De lidstaten hebben bovendien de verplichting om nog niet van kracht geworden besluiten al te respecteren in de zin dat geen nationale maatregelen genomen worden die de toekomstige uitvoering ervan verhinderen(403). Dit leidt er omgekeerd toe dat belanghebbenden de rechtsgeldigheid van

(400) H.v.J. 10 december 2002, nr. C-491/01, Tweede Tabakszaak, *o.c.*, ro. 78. Geïnterpreteerd in het licht van in vorige voetnoot aangestipte rechtsoverweging 170 moet aanpassen niet alleen in de zin van „versterken van bestaande harmonisatiemaatregelen” maar ook als „invoeren van nieuwe harmonisatiemaatregelen” begrepen worden.

(401) Het Hof lijkt door onderscheid te maken tussen „regelingen over reclame in de media” en „regelingen over reclame in bioscopen” en dus tussen potentieel handelsbelemmerende reclamemaatregelen en niet-handelsbelemmerende reclamemaatregelen, de Keck-leer in de zin van de recente rechtspraak (zie hoger referentie aan het arrest Gourmet) juist te nuanceren. Zie goedkeurend in die zin K.J.M. MORTELMANS en R.H. VAN OOIK, „Het Europese verbod op tabaksreclame: verbetering van de interne markt of bescherming van de volksgezondheid?”, *A.A.* 2001, 114-130, 126 en O. SEGNANA, „Le contentieux de la base juridique. A propos de l’annulation par la Cour de justice des C.E. de la directive relative à la publicité pour le tabac”, *J.T.D.E.* 2001, 9-15.

(402) Zie gevoegde zaken H.v.J. 24 november 1993, nrs. C-267 en 268/91, Keck en Mithouard, *Jur. H.v.J.* 1993, 1-6097, ro. 14.

(403) H.v.J. 5 mei 1981, nr. 804/79, Commissie t. Verenigd Koninkrijk, *Jur. H.v.J.* 1981, 1045; alsmede H.v.J. 18 december 1997, nr. C-129/96, Inter-Environnement Wallonie, *Jur. H.v.J.* 1997, 1-7411.

een richtlijn ook al kunnen aanvechten voor het verstrijken van de implementatietermijn(404). Juist op het terrein van harmonisatie van wetgeving gelden daarnaast standstill-overeenkomsten op grond waarvan de lidstaten zich hebben verbonden op bepaalde terreinen geen nieuwe nationale maatregelen te treffen zonder de Gemeenschap in staat te stellen op communautair niveau een regeling te treffen(405).

195. De jurisprudentie over de werking van richtlijnen is zo langzamerhand zeer uitgebreid. Er is een aantal punten die voor ons onderwerp met name van belang zijn. De jurisprudentie kan via verschillende invalshoeken worden samengevat. In dit hoofdstuk worden alleen de verplichtingen verbonden met de uitvoering van de richtlijn behandeld. De algemene beginselen over de directe werking van richtlijnen en andere algemene beginselen worden hier niet besproken(406).

196. Het uitgangspunt is artikel 249: een richtlijn is verbindend ten aanzien van het te bereiken resultaat voor de lidstaat waarvoor zij bestemd is, doch aan de nationale instanties wordt de bevoegdheid gelaten vorm en middelen te kiezen.

Voorts is artikel 10 EG van belang, waarin staat dat de lidstaten alle algemene of bijzondere maatregelen treffen „welke geschikt zijn om de nakoming van de uit dit Verdrag of uit handelingen van de instellingen der Gemeenschap voortvloeiende verplichtingen te verzekeren”.

197. Ondanks de formulering van artikel 249, die de lidstaten een duidelijke beleidsruimte lijkt te laten, blijkt het Hof in de rechtspraak een groot aantal eisen te stellen aan de omzetting van richtlijnen in de nationale wetgeving. Als uitgangspunt oordeelde het Hof dat de omzetting van een richtlijn in nationaal recht niet noodzakelijkerwijze

(404) Dit volgt uit de procedure van de tweede Tabakszaak, H.v.J. 10 december 2002, nr. C-491/01, nog niet gepubliceerd, ro. 40, hoger besproken.

(405) Bijvoorbeeld Richtlijn 83/189/EEG, betreffende een informatieprocedure op het gebied van normen en technische voorschriften, *Pb. L.* 28 maart 1983, afl. 109, 4, geconsolideerd bij Richtlijn 98/48/EG, *Pb. L.* 21 juli 1998, afl. 204, 37. Bij richtlijn 98/48EG, *Pb. L.* 5 augustus 1998, afl. 217, 18, is het toepassingsgebied uitgebreid tot elektronische diensten.

(406) Zie hierover onder andere S. PRECHAL, *Directives in European Community Law: A study on EC directives and their enforcement by national courts*, Oxford University Press, 1995 en C.W.A. TIMMERMANS, „Community Directives revisited”, in *Yearbook of European Law 1997*, Oxford, Clarendon Press, 1998, 15 e.v.

vereist dat de bepalingen van de richtlijn formeel en woordelijk in een uitdrukkelijke en specifieke wettelijke bepaling worden opgenomen; naar gelang van de inhoud van de richtlijn kan worden volstaan met een algemene juridische context, tenminste wanneer deze daadwerkelijk de volledige toepassing van de richtlijn op voldoende duidelijke en nauwkeurige wijze verzekert(407). Duidelijke en nauwkeurige omzettingbepalingen, zo werd hieraan evenwel toegevoegd, zijn bijzonder belangrijk in geval een richtlijn rechten voor particulieren in het leven beoogt te roepen(408). Een onduidelijke nationale wetgeving die de begunstigen in onzekerheid laat betreffende hun rechten, voldoet niet aan het gestelde in artikel 249(409). Indien het richtlijnen betreft, die de bescherming van het milieu beogen, zal het niet zelden ook om plichten gaan. In die gevallen moeten de nationale rechters de rechten beschermen die andere particulieren aan zulke plichten kunnen ontleen(410). Het Hof oordeelde bijvoorbeeld dat de voorwaarden voor het verlenen van een vergunning uitdrukkelijk in nationaal recht moeten worden neergelegd indien de betrokken richtlijn procedurele regels geeft(411). De voorwaarden moeten kunnen worden ingeroepen door derden-belanghebbenden die de legaliteit van een vergunning willen betwisten(412).

198. In gevallen waarin bepalingen van richtlijnen geen rechten creëren voor particulieren, hebben lidstaten een zekere beoordelings-

(407) H.v.J. 23 mei 1985, nr. 29/84, Commissie t. Duitsland, *Jur. H.v.J.* 1985, 1661, ro. 23; H.v.J. 30 mei 1991, nr. 59/89, Commissie t. Duitsland, *Jur. H.v.J.* 1991, I-2607, ro. 18 en H.v.J. 20 mei 1992, nr. C-190/90, Commissie t. Nederland, *Jur. H.v.J.* 1992, I-3265, ro. 17.

(408) H.v.J. 8 juli 1987, nr. 247/85, Commissie t. België, *Jur. H.v.J.* 1987, 3029. In ro. 9 voegt het Hof het behoud van de vogelstand toe aan hetgeen het Hof verstaat onder het gemeenschappelijk erfgoed.

(409) Zie voor een recente toepassing o.m. H.v.J. 28 november 2002, nr. C-259/01, Commissie t. Frankrijk, nog niet gepubliceerd. „uit de rechtspraak van het Hof (...) blijkt (weliswaar) dat de uitvoering van een richtlijn niet noodzakelijkerwijs een optreden van de wetgever van elke lidstaat vereist, doch het Hof heeft geoordeeld dat dit enkel het geval is wanneer het betrokken nationale recht daadwerkelijk de volledige toepassing van de betrokken richtlijn verzekert, de uit dit recht voortvloeiende rechtssituatie voldoende bepaald en duidelijk is en de begunstigen in staat zijn, kennis te nemen van al hun rechten en deze in voorkomend geval geldend kunnen maken voor de nationale rechter”(ro. 17, partim).

(410) H.v.J. 23 mei 1985, nr. 29/84, Commissie t. Duitsland, *Jur. H.v.J.* 1985, 1661, ro. 23; H.v.J. 9 april 1987, nr. 363/85, Commissie t. Italië, *Jur. H.v.J.* 1987, 1733, ro. 7 en H.v.J. 3 maart 1988, nr. 116/86, Commissie t. Italië, *Jur. H.v.J.* 1988, 1323, ro. 21.

(411) H.v.J. 17 september 1987, nr. 291/84, Commissie t. Nederland, *Jur. H.v.J.* 1987, 3483, ro. 16-18.

(412) Dit is weergegeven in het arrest waarin het Hof zich uitsprekt over de voorwaarden neergelegd in de richtlijn betreffende het verlenen van een lozingsvergunning. Het Hof oordeelde dat dergelijke voorwaarden expliciet neergelegd moeten worden in de nationale wetgeving. Zie par. 7, 34 en 36 van de Conclusie van A-G Van Gerven in zaak C-131/88, Commissie t. Duitsland, *Jur. H.v.J.* 1991, I-825.

ruimte, maar regeringen kunnen bij de uitvoering van een richtlijn niet gebruik maken van een combinatie van bestaande regels van intern recht en de richtlijnconforme interpretatie om aan implementatie van de richtlijn te ontkomen(413). Het enkele feit dat bepalingen van een richtlijn directe werking hebben, bevrijdt lidstaten niet van de plicht tot uitvoering van die richtlijn(414). Omgekeerd kunnen de lidstaten zich niet op de onwettigheid van een tot hen gerichte beschikking beroepen als verweer in een procedure wegens niet-nakoming van diezelfde beschikking, aangezien geen enkele verdragsbepaling uitdrukkelijk in die mogelijkheid voorziet(415). Evenmin kan een lidstaat zich beroepen op de onwettigheid van een richtlijn die hij volgens de Commissie heeft geschonden(416).

199. Het Hof heeft meermalen uitgemaakt dat implementatie door middel van administratieve praktijken, die gewijzigd kunnen worden, niet is toegestaan(417). Evenzo is uitvoering door middel van circulaires en administratieve brieven niet toegestaan(418). Bovendien is het onvoldoende dat een lidstaat ter uitvoering van zijn verplichting erop wijst dat er geen met de richtlijn tegenstrijdige praktijken bestaan(419). Volgens vaste rechtspraak kan een lidstaat ook niet met een beroep op nationaal recht de strekking van bepalingen van gemeenschapsrecht beperken om zo de nakoming van de omzettingsverplichting te beargumenteren(420). Dit zou immers de eenheid en doeltreffendheid van het gemeenschapsrecht ondermijnen. In dezelfde lijn kan een lidstaat zich niet ter rechtvaardiging van de niet-uitvoe-

(413) H.v.J. 23 mei 1985, nr. 29/84, Commissie t. Duitsland, *Jur. H.v.J.* 1985, 1661.

(414) H.v.J. 19 januari 1982, nr. 8/81, Becker, *Jur. H.v.J.* 1982, 53. Zie ook H.v.J. 11 augustus 1995, nr. C-433/93, Commissie t. Duitsland, *Jur. H.v.J.* 1995, I-2303.

(415) H.v.J. 27 oktober 1992, nr. C-74/91, Commissie t. Duitsland, *Jur. H.v.J.* 1992, I-5437.

(416) H.v.J. 25 april 2002, nr. C-52/00, Commissie t. Frankrijk, *Jur. H.v.J.* 2002, I-3827, ro. 28; zie in dezelfde zin H.v.J. 25 april 2002, nrs. C-154/00, Commissie t. Griekenland, en C-183/00, González Sánchez, *Jur. H.v.J.* 2002, I-3879 en I-3901.

(417) H.v.J. 6 mei 1980, nr. 102/79, Commissie t. België, *Jur. H.v.J.* 1980, 1473.

(418) H.v.J. 2 december 1986, nr. 239/85, Commissie t. België, *Jur. H.v.J.* 1986, 3645.

(419) H.v.J. 15 maart 1990, nr. 339/87, Commissie t. Nederland, *Jur. H.v.J.* 1990, 851. Een ander door het Hof geformuleerd beginsel is dat richtlijnen omgezet moeten worden in nationale wetgeving door middel van wetgeving met een vergelijkbare rechtskracht als die van de nationale normen die als gevolg van de richtlijn gewijzigd worden, H.v.J. 3 maart 1988, nr. 116/86, Commissie t. Italië, *Jur. H.v.J.* 1988, 1323. Bovendien kan een lidstaat interne politieke of constitutionele problemen niet aanvoeren als excuus voor niet tijdige implementatie, H.v.J. 6 mei 1980, nr. 102/79, Commissie t. België, *Jur. H.v.J.* 1980, 1473.

(420) H.v.J. 25 april 2002, nr. C-154/00, Commissie t. Griekenland, *Jur. H.v.J.* 2002, I-3879, ro. 24; zie in dezelfde zin H.v.J. 25 april 2002, nrs. C-52/00, Commissie t. Frankrijk, en C-183/00, González Sánchez, *Jur. H.v.J.* 2002, I-3827 en I-3901.

ring van een richtlijn binnen de gestelde termijn op nationale bepalingen, praktijken of situaties beroepen(421).

200. Voor de omzetting van een richtlijn geldt dat een lidstaat weliswaar de keuze heeft de uitvoering van een richtlijn over te laten of op te dragen aan lagere overheden, maar dat dit hem niet ontslaat van zijn verplichtingen op grond van het Gemeenschapsrecht(422). Lidstaten dienen bij het uitvoeren van richtlijnen te blijven binnen de perken van de door de richtlijn toegestane marges(423). De nationale rechter is gehouden dit na te gaan, ook ambtshalve voor zover de nationale wetgever daartoe de bevoegdheid geeft(424). Lagere overheden moeten aan de bepalingen van de richtlijn voldoen, ook al heeft de centrale wetgever zijn uitvoeringsverplichting overgedragen(425).

201. De uitvoering van richtlijnen mag niet zodanig geschieden dat nieuwe beperkingen op het vrij verkeer van goederen, diensten, kapitaal en werknemers alsmede de vrije vestiging worden ingevoerd(426). Ook al is in de richtlijn niet een bepaalde sanctie op schending van het in die richtlijn neergelegde verbod verplicht gesteld, voorwaarde is wel dat de gekozen sanctie een daadwerkelijke en doeltreffende rechtsbescherming kan verzekeren(427). Om de in de richtlijn neergelegde verboden effect te doen sorteren, is het erkennen

(421) Zie o.m. H.v.J. 28 november 2002, nr. C-392/01, Commissie t. Spanje, nog niet gepubliceerd, ro. 9; H.v.J. 7 november 2002, nr. C-352/01, Commissie t. Spanje, nog niet gepubliceerd, ro. 8 en H.v.J. 14 november 2002, nr. C-140/00, Commissie t. Verenigd Koninkrijk, nog niet gepubliceerd, ro. 60.

(422) H.v.J. 14 januari 1988, nr. 230/85, Commissie t. België, *Jur. H.v.J.* 1988, 1.

(423) Voor een recent voorbeeld, zie H.v.J. 14 november 2002, nr. 316/00, Commissie t. Verenigd Koninkrijk, nog niet gepubliceerd: „De enige toegestane afwijkingen van deze verplichting zijn te vinden in de artikelen 9, 10 en 20 van de richtlijn. De richtlijn verplicht de lidstaten dan ook, ervoor te zorgen dat bepaalde resultaten worden bereikt, zonder dat zij zich ter verschoning van de niet-nakoming van deze verplichting kunnen beroepen op bijzondere omstandigheden die niet onder de genoemde uitzonderingen vallen. Het feit dat al het mogelijke is gedaan, kan derhalve geen rechtvaardiging opleveren voor de niet-nakoming van bedoelde verplichting” (ro. 38 partim).

(424) H.v.J. 24 oktober 1996, nr. C-72/95, Kraaijeveld, *Jur. H.v.J.* 1996, I-5403. Het is van belang te benadrukken dat de nationale rechter bevoegd moet zijn de betreffende bepalingen ambtshalve toe te passen. In het Nederlandse bestuursrecht, wat aan de orde was in deze door de Raad van State verwezen zaak, was dit het geval. E.e.a. ligt normaliter anders bij de burgerlijke rechter, zie hiervoor de gevoegde zaken H.v.J. 14 december 1995, nrs. C-430 en 431/93, Van Schijndel, *Jur. H.v.J.* 1995, I-4705; het arrest in H.v.J. 14 december 1995, nr. C-312/93, Peterbroeck, *Jur. H.v.J.* 1995, I-4599 laat zien dat dit anders is indien het gedurende de normale procesgang voor partijen niet mogelijk is verweren ontleend aan het gemeenschapsrecht op te werpen.

(425) H.v.J. 22 juni 1989, nr. 103/88, Fratelli Constanzo, *Jur. H.v.J.* 1989, 1839.

(426) H.v.J. 8 april 1976, nr. 48/75, Royer, *Jur. H.v.J.* 1976, 497.

(427) H.v.J. 10 april 1984, nr. 14/83, Von Colson en Kamann, *Jur. H.v.J.* 1984, 1891. Vgl. H.G. SEVENSTER, „Criminal law and EC law”, *CMLRev.* 1992, 29.

op grond van nationaal recht van bepaalde rechtvaardigingsgronden, niet toegestaan(428).

VI. Globalisering en harmonisatie

202. Het interne harmonisatiebeleid binnen de EG komt steeds meer onder druk van de voortschrijdende globalisering van de economie. De interne markt krijgt steeds meer verbindingen met de wereldmarkt. Dit leidt tot geformaliseerde internationale contacten, waaraan de Communautaire instellingen in wetgevend beleid gevolg moeten geven. De geschillen die recent naar aanleiding van de reikwijdte van de exclusieve bevoegdheid uit artikel 133 EG inzake de gemeenschappelijke handelspolitiek zijn ontstaan, illustreren deze evolutie. De globalisering van de markten voedt een vernieuwde interesse in wereldhandelsbeleid en daaraan verbonden internationale initiatieven. Engagements die de Gemeenschap in navolging van die ontwikkeling opneemt, kunnen de intracommunautaire bevoegdheidsverdeling tussen communautaire instellingen en lidstaten onder druk zetten. Lidstaten zetten zich derhalve schrap bij elke poging van de Commissie om haar internationale handelingsbevoegdheid tot steeds bredere terreinen uit te breiden. Het is daarom zaak om bondig te preciseren tot op welke hoogte de Communautaire instellingen internationale verplichtingen kunnen aanwenden als schaamlap om voetschoots harmonisatie door te voeren. Hierna wordt enkel de problematiek, die ongetwijfeld nog aan belang zal winnen, beknopt geïllustreerd aan de hand van artikel 133 EG. Daarbij wordt geenszins volledigheid betracht.

203. Naar aanleiding van de sluiting van het Verdrag tot de oprichting van de Wereld Handel Organisatie (hierna WTO) werd opmerkelijk duidelijk tot welke verticale bevoegdheidsconflicten binnen de EG, internationaal opgenomen verplichtingen aanleiding kunnen geven. Het Hof had gelegenheid zich hierover uit te spreken in Advies 1/94(429). De Commissie stelde dat de Gemeenschap, in lijn met de voormalige General Agreement on Tariffs and Trade, de exclusieve bevoegdheid toekwam het W.T.O.-verdrag te sluiten hetzij op grond van haar expliciete bevoegdheid inzake gemeenschappelijke handelspolitiek (art.133 EG) hetzij op grond van het parallellisme tussen haar

(428) H.v.J. 8 november 1990, nr. 177/88, Dekker, *Jur. H.v.J.* 1990, I-3941.

(429) Advies 1/94 van het Hof van 15 november 1994, *Jur. H.v.J.* 1994, I-5267.

interne en externe bevoegdheid, hetzij subsidiair en impliciet a) op grond van interne bevoegdheden uit artikel 95 of 308 EG of b) doordat reeds intracommunautaire harmonisatiebepalingen werden genomen in uitoefening van die interne bevoegdheden, of nog c) omdat de interne bevoegdheid slechts daadwerkelijk gelijktijdig met de externe bevoegdheid kan uitgeoefend worden. Buiten discussie stond dat de Gemeenschap op grond van artikel 133 EG de exclusieve bevoegdheid heeft de nieuwe GATT, inzake goederenverkeer, te sluiten, met inbegrip van de Agreement on Technical Barriers to Trade en de Agreement on Agriculture. Voor de andere twee bestanddelen van de W.T.O., met name het General Agreement on trade in Services (GATS) en het General Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) erkent het Hof met variërende intensiteit het bestaan van een concurrerende bevoegdheid.

204. Volgens het Hof is de Gemeenschap slechts exclusief bevoegd voor grensoverschrijdende dienstverlening in de zin van GATS die niet gepaard gaat met de verplaatsing van personen. Van zodra de wijze van dienstverlening gepaard gaat met personenverkeer, is er sprake van een concurrerende bevoegdheid(430). Ook de „*implied powers*”-leer kwam de Commissie niet tegemoet. Het Hof merkt op dat slechts van een overdracht van bevoegdheden naar de Gemeenschap sprake is indien de interne bevoegdheid daadwerkelijk is uitgeoefend. In verband met het vrij vestigingsrecht en vrij verkeer van diensten merkt het Hof op dat deze uitsluitend van toepassing zijn op onderdanen van lidstaten. Dientengevolge kan uit die interne bevoegdheid geen exclusieve externe bevoegdheid worden afgeleid om toegang tot de dienstmarkten voor onderdanen van derde landen te reglementeren(431). Ook het beroep van de Commissie op Advies 1/76(432) is tevergeefs. Het argument dat zonder de exclusieve externe bevoegdheden, de coherentie van de interne markt voor diensten en vestiging zou worden ondermijnd, overtuigt niet. De realisering van het vrij vestigingsrecht en de vrije dienstverlening voor onderdanen van de lidstaten is immers niet onlosmakelijk verbonden („*inextricably linked*”) met de behandeling in de Gemeenschap van onderdanen van derde landen of omgekeerd van onderdanen van de lidstaten in derde landen(433). Tot slot falen ook artikelen 95 en 308

(430) Advies 1/94, *o.c.*, ro. 44-47.

(431) Advies 1/94, *o.c.*, ro. 81-86.

(432) Advies 1/76 van het Hof van 26 april 1977, *Jur. H.v.J.* 1977, 741.

(433) Advies 1/94, *o.c.*, ro. 86.

als rechtsbasis. Een interne bevoegdheid die niet werd uitgeoefend op een specifiek terrein kan geen exclusieve externe bevoegdheid genereren voor de Gemeenschap(434). Evenzo kan een gelijktijdige uitoefening van de externe met de interne bevoegdheid slechts tot exclusieve externe bevoegdheid leiden wanneer de Gemeenschap de interne bevoegdheid heeft uitgeoefend. Bovendien beschikt de Gemeenschap over specifieke rechtsgrondslagen, zoals o.m. artikel 47, lid 2 EG, die binnen hun omschrijving toepassing kunnen vinden op externe aspecten. Zodra de Gemeenschap in afgeleid recht bepalingen ter zake opneemt, zoals onder meer in de Tweede Bankenrichtlijn, beschikt de Gemeenschap over de externe exclusieve bevoegdheid. Evenzo zal de exclusieve bevoegdheid toevallen aan de Gemeenschap wanneer op grond van een interne bevoegdheid totale harmonisatie werd doorgevoerd(435).

205. Ook onder TRIPS strekt de exclusieve bevoegdheid van de Gemeenschap zich slechts uit tot de maatregelen die betrekking hebben op de strijd tegen namaakgoederen. Hoewel intellectuele eigendomsrechten nauw verbonden zijn aan de handel in goederen, kan ter zake geen onderscheid gemaakt worden tussen enerzijds de internationale handel en anderzijds de intra-communautaire handel. Aangezien de Gemeenschap bevoegd is om op grond van de artikelen 94 en 95 (en bij nieuwe rechten middels artikel 235 EG) ter zake communautaire harmonisatiemaatregelen te nemen, zou het toewijzen van een exclusieve bevoegdheid het besluitvormingsparallellisme tussen de interne (art. 94, 95 en 308) en de externe (art. 133) dimensie van de interne markt doorbreken(436). Van overdracht van bevoegdheid ten gevolge van de uitoefening van interne bevoegdheden is evenmin sprake. Het domein van intellectuele eigendomsrechten is maar op partiële wijze bij toepassing van artikel 95 door communautaire bepalingen geregeld. Dientengevolge is de bevoegdheid noodzakelijkerwijze concurrerend met de lidstaten.

206. Het Hof benadrukt daarbij meermaals dat een bestaande praktijk van een communautaire instelling niet kan leiden tot een afwijking van de bevoegdheidsverdeling die het EG-Verdrag instelt. Van dergelijke praktijk is dientengevolge geen precedentwerking af te leiden

(434) Advies 1/94, *o.c.*, ro. 88.

(435) Advies 1/94, *o.c.*, ro. 95-96.

(436) Advies 1/94, *o.c.*, ro. 60.

voor het onderzoek naar de juiste rechtsbasis(437). Ook de claim van de Commissie dat een versnippering van externe bevoegdheden de uniformiteit van het communautaire beleid ondermijnt en de onderhandelingspositie van de Gemeenschap in de wereld verzwakt, acht het Hof geen argument om voormelde zienswijze te veranderen. De inperking van de internationale bevoegdheid van de Gemeenschap die hieruit resulteert, noopt het Hof wel tot het klaar stellen van de loyaliteitsplicht. Nauwe samenwerking tussen lidstaten en Gemeenschap in de onderhandelings-, sluitings- en uitvoeringsfase van internationale verdragen is vereist om de eenheid van internationaal optreden te verzekeren(438).

207. Een gelijkaardig geschil was aan de orde in Advies 2/00(439), waarbij de rechtsgrondslag van het Cartagena Protocol over biodiversiteit aan de orde was. Terwijl de Commissie exclusieve gemeenschapsbevoegdheid op grond van artikel 133 EG en artikel 174, lid 4 juncto 300 lid 6 claimde, zag het Hof artikel 175 als juiste rechtsbasis. De uitkomst lag nogal voor de hand, gezien het zwaartepunt van het Protocol onmiskenbaar op milieubescherming is geënt en niet op de internationale handel(440). Om dit te achterhalen onderzoekt het Hof de context, de inhoud en het voorwerp van de maatregel(441). Het feit dat naast milieubescherming ook andere aspecten zoals het vergemakkelijken van het internationaal verkeer van levende gemanipuleerde organismen aan de orde komt, rechtvaardigt nog geen beroep op artikel 133 EG. Anders besluiten zou onmiskenbaar de autonomie van de specifieke verdragsbevoegdheden ondermijnen(442). Ook de praktische moeilijkheden die de Commissie ondervindt bij het onderhandelen en sluiten van gemengde overeenkomsten leidt, in lijn met

(437) Zie H.v.J. 23 februari 1988, nr. C-68/86, Verenigd Koninkrijk t. Raad, *Jur. H.v.J.* 1988, 855, ro. 24.

(438) Advies 1/94, *o.c.*, ro. 108.

(439) Advies 2/00, Cartagena Protocol over biodiversiteit, van het Hof van 6 december 2001, *Jur. H.v.J.* 2001, I-9713. Voor een eerste commentaar, zie A. DASHWOOD, *CMLRev.* 2002, 353-368.

(440) Advies 2/00, *o.c.*, ro. 37. In het hoger in voetnoot 326 besproken arrest H.v.J. 12 december 2002, nr. C-281/01, Commissie t. Raad, nog niet gepubliceerd, ro. 43, komt het Hof op basis van dezelfde onderzoeksmethode tot de conclusie dat de Energy Star-overeenkomst tussen de Europese Gemeenschap en de Verenigde Staten van Amerika op artikel 133 in samenhang met artikel 300, lid 3 moest worden gebaseerd in plaats van op artikel 175 in samenhang met artikel 300, lid 2, 3 en 4.

(441) Het Hof maakt daarbij toepassing van de interpretatieregel voor verdragen, zoals die opgetekend staat in artikel 31 van de Weense Conventie betreffende verdragenrecht, ingevolge „*a treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose*”.

(442) Advies 2/00, *o.c.*, ro. 40.

Advies 1/94 niet tot een ander besluit. Aangezien de Gemeenschap tot nu toe nauwelijks harmonisatiebepalingen nam ter zake van biodiversiteit, resulteert daaruit geen exclusieve bevoegdheid.

208. De merendeels concurrerende bevoegdheden die uit voormelde adviezen resulteren en de moeilijkheid die ze voor gevolg kunnen hebben bij de onderhandeling en sluiting van gemengde verdragen, brachten de Commissie ertoe, naar aanleiding van de intergouvernementele conferentie in Nice, een uitbreiding van het toepassingsgebied van artikel 133 EG en de daaraan corresponderende exclusieve bevoegdheid te bepleiten. Het Verdrag van Nice, dat op 1 februari 2003 in werking trad, wijzigt artikel 133 EG weliswaar grondig, maar verder dan een partiële codificatie van de beginselen uit de rechtspraak van het Hof gaat die niet. Opmerkelijk is wel dat subparagraaf 1 van paragraaf 5 van het nieuwe artikel 133 het onderscheid uit Advies 1/94 doorbreekt door verdragen inzake handel in diensten alsmede verdragen betreffende de aan handel gerelateerde aspecten van intellectuele eigendom onder het toepassingsgebied en dus de exclusieve bevoegdheid van de Gemeenschap te brengen, al moet men daarbij voor ogen houden dat subparagrafen 2 en 3 van de aan artikel 133 toegevoegde paragraaf 6 daaraan in specifieke gevallen afbreuk doen. Bovendien laat subparagraaf vier van paragraaf 5 de bevoegdheid van lidstaten onverlet om zelf op voormelde terreinen internationale verdragen te sluiten, voor zover de uitoefening van bevoegdheden door de Gemeenschap geen overdracht en dus exclusieve bevoegdheid voor de Commissie bewerkstelligt en vanzelfsprekend het beginsel van de gemeenschapstrouw uit artikel 10 EG wordt gerespecteerd.

209. Deze gewijzigde redactie van artikel 133 is wel bijzonder complex. Zij beantwoordt geenszins aan de behoefte de internationale onderhandelingspositie van de Gemeenschap op dit terrein middels transparante en eenvoudige bevoegdheidsbepalingen te versterken(443). De globalisering van de markten die zich op de eerste plaats in de Gemeenschap zal uiten met de toetreding van de nieuwe kandi-

(443) Zie ook alvast bijzonder kritisch, H.G. KRENZLER en C. PITSCHAS, „Progress or stagnation?: the common commercial policy after Nice”, *E.F.A.Rev.* 2001, 291-313, 312: „One would have hoped for a more dynamic solution that would have extended the EC's exclusive competence to trade in services and intellectual property rights without any exception, possibly also including direct investment”. Zie ook kritisch over het nieuwe artikel 133 EG, maar ook met gepunte kritiek op bepaalde interpretaties daarvan door voormelde auteurs, C.W. HERRMANN, „Common commercial policy after Nice: Sisyphus would have done a better job”, *C.M.L.Rev.* 2002, 7-29.

daat lidstaten alsook de handelsrechtelijke ontwikkelingen op wereldniveau, zullen de druk op de lidstaten opdrijven om de Gemeenschap uiteindelijk de internationale onderhandelingspositie te verlenen die ze opeist. Met het Verdrag van Nice is de overdruk tijdelijk van de ketel gehaald. Globalisering zal in de nabije toekomst een nieuwe herziening van artikel 133 EG vergen. De Europese wetgever kan niet blijvend miskennen dat internationale handelontwikkelingen rechtstreeks van invloed zijn op de interne bevoegdheidsverdeling tussen lidstaten en Gemeenschap en dientengevolge op het corresponderende harmonisatiebeleid.

210. Deze ontwikkeling wordt bevestigd door de arresten over de zogenaamde „open skies” overeenkomsten(444). In deze zaken claimde de Commissie opnieuw dat de Gemeenschap exclusief bevoegd was om deze verdragen met de VS over toegang tot de markt voor luchtvervoer o.a. in de vorm van landingsrechten en start en landingstijden (*slots*) en toegang tot computerreserveringssystemen, af te sluiten. De Commissie baseerde deze claim op twee argumenten; a) het bestaan van een exclusieve externe bevoegdheid op grond van het beginsel van advies 1/76 (het binnenvaart oplegfonds) en b) de toepassing van het ERTA-beginsel(445). Het Hof wees de eerste stelling af omdat exclusieve externe competentie aan de orde is indien de interne competentie alleen effectief kan worden uitgeoefend gelijktijdig met de externe bevoegdheid. Daaraan was niet voldaan. Vervolgens toetste het Hof concreet de toepassing van het ERTA-beginsel. Het kwam tot de conclusie dat deze bevoegdheid op het terrein van tarieven, slots en computerreserveringssystemen wel exclusieve gemeenschapscompetentie was en die voor landingsrechten voor luchtvaartmaatschappijen uit derde landen niet. Deze conclusie werd bereikt na een zorgvuldige analyse van de vraag of de betreffende wetgeving het onderwerp dusdanig regelt dat het uitoefenen van externe bevoegdheden door de lidstaten het interne regime zou kunnen aantasten.

(444) H.v.J. 5 november 2002, nrs. C-466, 467, 468, 469, 471, 472, 475 en 476/98 Commissie t. respectievelijk het Verenigd Koninkrijk, Denemarken, Zweden, Finland, België, Luxemburg, Oostenrijk en Duitsland, nog niet gepubliceerd. Zie hierover algemeen, C. PITTSCHAS, „Anmerkung”, *EuZW* 2003, 92-94 en G. MIDDELDORP en R.H. VAN OOIK, „Van verdeelde *Open Skies* naar een uniform Europees extern luchtvaartbeleid”, *N.T.E.R.* 2003, 1-10. Zie verder P.J. SLOT en J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, in hun annotatie bij deze arresten in *CMLRev.* 2003, issue 3.

(445) Na de duidelijke afwijzing van het Hof van de stelling dat het dienstenverkeer, inclusief het vervoer, exclusieve gemeenschapscompetentie is, heeft de Commissie dit argument niet meer naar voren gebracht.

211. Het Hof oordeelde vervolgens, conform de stelling van de Commissie, dat de clausule betreffende de eigendom van en de controle over luchtvaartmaatschappijen in de verdragen, in strijd was met artikel 43. Hoewel de arresten de exclusieve gemeenschapsbevoegdheid op het belangrijke punt van de verkeersrechten afwijzen, blijkt bij nauwkeurige analyse dat dit in de praktijk waarschijnlijk zal verzacht worden door de werking van artikel 43. Want ondanks het feit dat lidstaten, bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht(446) nog bevoegd blijven, moeten zij op grond van de werking van artikel 43 toestaan dat luchtvaartmaatschappijen uit andere lidstaten aanspraak kunnen maken op verkeersrechten verkregen door middel van het uitoefenen van die bevoegdheid. De dynamiek van het gemeenschapsrecht die hier wordt gegenereerd door de werking van artikel 43 zal leiden tot verdere druk op de lidstaten om gemeenschapscompetentie te aanvaarden. Deze dynamische werking van artikel 43 wordt nog verder versterkt door de uitspraak van het Hof in de zaak *Uberseering*(447).

212. Globalisering leidt er ook toe dat de resultaten van harmonisatie binnen de gemeenschap in toenemende mate gedeeld zullen moeten worden met derde landen. Dit geldt met name voor het beginsel van wederzijdse erkenning(448). Op veel deelterreinen sluit de gemeenschap immers overeenkomsten met derde landen waarbij over en weer erkenning plaats vindt van inspecties en controles.

(446) Dit verandert uiteraard indien Verordening (EEG) nr. 2408/92 de Raad van 23 juli 1992 (*Pb. L.* 24 augustus 1992, afl. 240, 8) wel de toekenning van vervoersrechten aan luchtvaartmaatschappijen uit derde landen zou regelen. Zie H.v.J. 5 november 2002, nr. C- 476/98, Commissie t. Duitsland, nog niet gepubliceerd, ro. 116-118, dat de meest volledige bespreking van het onderwerp geeft.

(447) H.v.J. 5 november 2002, nr. C-208/00, nog niet gepubliceerd. In dit arrest bepaalde het Hof dat wanneer een vennootschap die overeenkomstig de wetgeving van een lidstaat is opgericht en er haar statutaire zetel heeft, haar vrijheid van vestiging in een andere lidstaat uitoefent, lidstaten anders dan de lidstaat van vestiging, overeenkomstig de artikelen 43 EG en 48 EG de rechtsbevoegdheid en, bijgevolg, de proces-bevoegdheid die deze vennootschap aan het recht van de staat van oprichting ontleent, moeten erkennen.

(448) Zie o.m. de besluiten (2002/800-804/EG) van de Raad van 8 oktober 2002 houdende wijziging van Besluit 98/508/EG tot sluiting van een overeenkomst inzake wederzijdse erkenning van overeenstemmingsbeoordeling, certificaten en markeringen tussen de Europese Gemeenschap en Australië; houdende wijziging van Besluit 98/509/EG tot sluiting van een overeenkomst inzake wederzijdse erkenning van overeenstemmingsbeoordeling tussen de Europese Gemeenschap en Nieuw-Zeeland; houdende wijziging van Besluit 98/566/EG tot sluiting van een overeenkomst inzake wederzijdse erkenning tussen de Europese Gemeenschap en Canada; houdende wijziging van Besluit 99/78/EG tot sluiting van een overeenkomst inzake wederzijdse erkenning tussen de Europese Gemeenschap en de Verenigde Staten van Amerika; en houdende wijziging van Besluit 2001/747/EG tot sluiting van een overeenkomst inzake wederzijdse erkenning van overeenstemmingsbeoordeling tussen de Europese Gemeenschap en Japan, in respectievelijk *Pb. L.* 16 oktober 2002, afl. 278, 19, 20, 21, 22 en 23.

Conclusie

213. De horizontale kenmerken van harmonisatie, zoals besproken in deze bijdrage, laten een veelzijdig beeld zien van één van de belangrijkste bestanddelen van het integratieproces van de EU. De algehele indruk die uit dit beeld naar voren komt, is de continuïteit van de beoogde doelstelling van opheffing van de handelsbelemmeringen en mededingingsdistorsies. De eerste richtlijn van 23 oktober 1962(449) voorzag in de harmonisatie van de nationale regelingen die betrekking hadden op kleurstoffen die kunnen worden gebruikt in voor menselijke voeding bestemde waren. Recente richtlijnen hebben nog altijd betrekking op het creëren van een gelijkwaardig speelveld. Ondertussen zijn de methodes die gehanteerd worden om dit doel te bereiken, ingrijpend veranderd. Het is een lange weg van totale harmonisatie met de unanimiteitseis van artikel 94, naar harmonisatie op grond van artikel 95 of minimumharmonisatie op basis van bijvoorbeeld de artikelen 137 en 175. Tegelijkertijd wordt harmonisatie meer en meer gebruikt om andere doelen te bereiken, die belangrijkere dimensies hebben gekregen in de Gemeenschap. Naast milieubescherming is consumentenbescherming daar waarschijnlijk het meest sprekende voorbeeld van. Een ander in het oog springend voorbeeld is gelijke behandeling. Recent werd ook op het gebied van volksgezondheid menig communautair initiatief genomen.

214. Ook is de harmonisatie van normen een belangrijk element geworden in de industriële politiek van de Gemeenschap. Dit betekent dat het instrument van harmonisatie steeds vaker tegenstrijdige belangen moet dienen. Dit kan duidelijk getraceerd worden in het wetgevingsproces van de Gemeenschap. Het wordt ook weergegeven in de opstelling van richtlijnen en verordeningen. Gelukkig zijn deze centrifugale krachten enigszins ingedamd door verfijndere wetgevingstechnieken. Bovendien heeft de jurisprudentie van het Hof van Justitie als rem gewerkt, al is deze de laatste tijd in ieder geval tijdelijk veel meer in de richting gegaan van een groter respect voor de belangen van de lidstaten, maar nooit zonder de realisatie van de interne markt op het spel te zetten(450). Harmonisatie is hoe dan ook een dynamisch proces dat bij voortschrijdende integratie enerzijds op

(449) *Pb. P.* 11 november 1962, afl. 115, 2645.

(450) Vgl. N. REICH, „The „November Revolution” of the European Court of Justice: Keck, Meng and Audi revisited”, *CMLRev.* 1994, 459 e.v. Zie ook hoger, het uitgebreid geanalyseerde Tabaksreclamearrest (eerste Tabakszaak).

autolimiterende krachten stoot en anderzijds het hoofd moet bieden aan nieuwe uitdagingen.

215. De Commissie houdt zich periodiek bezig met een diepgaand zelfonderzoek met betrekking tot de fundamentele aspecten van haar harmonisatiebeleid. Zij vaardigt jaarlijkse rapporten uit over de implementatie van communautaire wetgeving, die daarna worden besproken in het Europees Parlement. De parlementaire resoluties die deze debatten afsluiten, eindigen onveranderlijk in een vraag om effectievere implementatie. De Conferentie van Maastricht eindigde met een Verklaring over de uitvoering van communautaire wetgeving. De Verklaring roept lidstaten op om richtlijnen volledig en nauwkeurig uit te voeren. Tegelijkertijd heeft het subsidiariteitsbeginsel in zekere zin een terughoudender gebruik van het instrument van harmonisatie in de hand gewerkt. Een verdere ontwikkeling was de instelling van het Molitor Comité in 1994. Dit Comité van onafhankelijke deskundigen voor administratieve en wettelijke vereenvoudiging, kreeg de taak de invloed van communautaire en nationale regelgeving op de werkgelegenheid en het concurrentievermogen te onderzoeken, vanuit het oogpunt van een eventuele vermindering en vereenvoudiging van de administratieve lastendruk(451). Al deze ontwikkelingen lieten zien dat harmonisatie, ooit gezien door enkele critici als een Eurocratische eigenaardigheid, geleidelijk aan een centrale plaats verwierf in de Gemeenschap.

216. Anno 2003 valt daar niets aan af te dingen. Weliswaar is de interne markt meer tot wat men noemt volwassenheid gegroeid en is de integratiegraad groter dan ooit, toch is op het punt van kwaliteit en vereenvoudiging van Europese regelgeving, de aanbevelingen van het voormelde Molitor Comité, het SLIM-project (Simpler Legislation for the Internal Market) en het Mandelkern-rapport(452) ten spijt, weinig

(451) Zie het rapport van het Molitor Comité van 22 juni 1995. De reactie van de Nederlandse regering op dit rapport is te vinden in Tweede Kamer 1995-1996, 21501-01, nr. 78. Zie ook het UNICE-rapport „Releasing Europe’s potential through targeted regulatory reform”, 1995.

(452) De Mandelkern-groep werd in het kielzog van de Europese Raad van Lissabon in november 2000 door de Ministers van binnenlandse zaken opgericht. In november 2001 werd het Mandelkern-rapport uitgebracht, waarop de Commissie in december 2001 kwam met een Mededeling aan de Europese Raad van Laken over vereenvoudiging en verbetering van regelgeving (COM(2001)726def.). In de Mededeling van de Commissie aan de Europese Raad van Barcelona (COM(2002)14def.) staat de aanbeveling dat de Europese Raad maatregelen zou moeten steunen om in juni 2002 een actieplan voor vereenvoudiging en verbetering van de regelgeving gereed te hebben. In de Conclusies van het voorzitterschap van de Europese Raad van Barcelona van 15 en 16 maart 2002 is daaraan slechts een algemene alinea gewijd, zie Deel III, pag. 53, Europa van morgen, 2002, nr. 4 + extra editie van 27 maart 2002, terwijl de Conclusies van de Europese Raad van Sevilla van 21 en 22 juni 2002 daarover het stilzwijgen bewaren.

gerealiseerd(453). En reeds een nieuwe, belangrijkere uitdaging voor het harmonisatiebeleid dient zich aan, te weten de globalisering van de markten. Binnen de Europese Unie zal deze zich het eerst doen gevoelen naar aanleiding van de uitbreiding met op dit ogenblik nog kandidaat-lidstaten. Niet voor niets is de Commissie met het Witboek European Governance(454) naarstig op zoek naar nieuwe wetgevingsvormen die de betrokkenheid van subnationale entiteiten of zelfs de zogenaamde „middengroep” bij Europese beleid- en besluitvorming moeten stimuleren. Daarnaast mag de evolutie op de wereldmarkt niet uit het oog verloren worden. Steeds meer ondergaat het interne harmonisatiebeleid invloeden van buitenaf. Die toenemende internationale druk zal zich meer en meer gaan vermengen met de in dit artikel beschreven ontwikkelingen. Dit zal ervoor zorgen dat harmonisatie van wetgeving met al de hiervoor beschreven facetten in de toekomst een belangrijk thema van gemeenschapsrecht zal blijven.

(453) Zo benadrukt de Mededeling van de Commissie: Vereenvoudiging en verbetering van regelgeving, Brussel, 5 december 2001, COM(2001)726def. dat meer gebruik moet gemaakt worden van minder gedetailleerde richtlijnen en dat de richtlijn weer een instrument moet worden waarmee een kader wordt geschapen en de te bereiken doelstellingen worden vastgelegd (punt 2.B). Daar staat dan wel tegenover dat het Advies van 21 maart 2002 van het Economisch en Sociaal Comité over deze Mededeling, *Pb. C.* 27 mei 2002, afl. 125, 105 onder punt 8.1.1. meldt dat er veel valt voor te zeggen om de regels voor de interne markt vaker vast te leggen in verordeningen, aangezien deze in alle lidstaten op uniforme wijze moeten ten uitvoer gelegd worden, terwijl richtlijnen moeten worden omgezet met alle vertraging en uitvoeringsgeschillen van dien.

(454) COM(2001)428def., Brussel, 25 juni 2001.

Bijlage: Nieuwe aanpak Richtlijnen

- Richtlijn 86/594/EEG, *Pb. L.* 6 december 1986, afl. 344, 24, betreffende het door huishoudelijke apparaten voortgebrachte luchtgeluid;
- Richtlijn 87/404/EEG, *Pb. L.* 8 augustus 1987, afl. 220, 48, gewijzigd bij Richtlijn 93/68/EEG, *Pb. L.* 30 augustus 1993, afl. 220, 1, betreffende de onderlinge aanpassing van de wetgevingen van de lidstaten inzake drukvaten van eenvoudige vorm;
- Richtlijn 88/378/EEG, *Pb. L.* 16 juli 1988, afl. 187, 1, gewijzigd bij Richtlijn 93/68/EEG, *Pb. L.* 30 augustus 1993, afl. 220, 1, betreffende de onderlinge aanpassing van de wetgevingen van de lidstaten inzake de veiligheid van speelgoed;
- Richtlijn 89/336/EEG, *Pb. L.* 23 mei 1989, afl. 139, 19, gewijzigd bij Richtlijn 92/31/EEG, *Pb. L.* 12 mei 1992, afl. 126, 11 en Richtlijn 93/68/EEG, *Pb. L.* 30 augustus 1993, afl. 220, 1, betreffende de onderlinge aanpassing van de wetgevingen van de lidstaten inzake elektromagnetische compatibiliteit;
- Richtlijn 89/392/EEG, *Pb. L.* 29 juni 1989, afl. 183, 9, gewijzigd bij Richtlijn 91/368/EEG, *Pb. L.* 22 juli 1991, afl. 198, 16, Richtlijn 93/44/EEG, *Pb. L.* 19 juli 1993, afl. 175, 12 en Richtlijn 93/68/EEG, *Pb. L.* 30 augustus 1993, afl. 220, 1, inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen van de lidstaten betreffende machines;
- Richtlijn 89/106/EEG, *Pb. L.* 11 februari 1989, afl. 40, 12, gewijzigd bij Richtlijn 93/68/EEG, *Pb. L.* 30 augustus 1993, afl. 220, 1, betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der lidstaten inzake voor de bouw bestemde producten;
- Richtlijn 89/686/EEG, *Pb. L.* 30 december 1989, afl. 399, 18, gewijzigd bij Richtlijn 93/68/EEG, *Pb. L.* 30 augustus 1993, afl. 220, 1 en Richtlijn 93/95/EEG, *Pb. L.* 9 november 1993, afl. 276, 11, inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen van de lidstaten betreffende persoonlijke beschermingsmiddelen;
- Richtlijn 90/384/EEG, *Pb. L.* 20 juli 1990, afl. 189, 1, gewijzigd bij Richtlijn 93/68/EEG, *Pb. L.* 30 augustus 1993, afl. 220, 1, betreffende de onderlinge aanpassing van de wetgevingen van de lidstaten inzake niet-automatische weegwerktuigen;
- Richtlijn 90/385/EEG, *Pb. L.* 20 juli 1990, afl. 189, 17, gewijzigd bij Richtlijn 93/68/EEG, *Pb. L.* 30 augustus 1993, afl. 220, 1, betreffende de onderlinge aanpassing van de wetgevingen van de lidstaten inzake actieve implanteerbare medische hulpmiddelen;

- Richtlijn 90/396/EEG, *Pb. L.* 26 juli 1990, afl. 196, 15, gewijzigd bij Richtlijn 93/68/EEG, *Pb. L.* 30 augustus 1993, afl. 220, 1, betreffende de onderlinge aanpassing van de wetgevingen van de lidstaten inzake gastoestellen;
- Richtlijn 73/23/EEG, *Pb. L.* 26 maart 1973, afl. 77, 29, gewijzigd bij Richtlijn 93/68/EEG, *Pb. L.* 30 augustus 1993, afl. 220, 1, betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke voorschriften der lidstaten inzake elektrisch materiaal bestemd voor gebruik binnen bepaalde spanningsgrenzen;
- Richtlijn 91/263/EEG, *Pb. L.* 23 mei 1991, afl. 128, 1, inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende eindapparatuur voor telecommunicatie en de onderlinge erkenning van de conformiteit van de apparatuur;
- Richtlijn 92/42/EEG, *Pb. L.* 22 juni 1992, afl. 167, 17, gewijzigd bij Richtlijn 93/68/EEG, *Pb. L.* 30 augustus 1993, afl. 220, 1, betreffende de rendementseisen voor nieuwe olie- en gasgestookte centrale verwarmingsketels;
- Richtlijn 93/15/EEG, *Pb. L.* 15 mei 1993, afl. 121, 20, betreffende de harmonisatie van de bepalingen inzake het in de handel brengen van en de controle op explosieven voor civiel gebruik;
- Richtlijn 93/42/EEG, *Pb. L.* 12 juli 1993, afl. 169, 1, betreffende medische hulpmiddelen;
- Richtlijn 94/25/EG, *Pb. L.* 30 juni 1994, afl. 164, 15, inzake de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der lidstaten met betrekking tot pleziervaartuigen;
- Richtlijn 94/9/EG, *Pb. L.* 19 april 1994, afl. 100, 1, inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen van de lidstaten betreffende apparaten en beveiligingssystemen bedoeld voor gebruik op plaatsen waar ontploffingsgevaar kan heersen (Zie ook Richtlijn 76/117/EEG, *Pb. L.* 30 januari 1976, afl. 24, 45, inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende elektrisch materieel, bestemd voor gebruik in „explosieve omgeving”; Richtlijn 79/196/EEG, *Pb. L.* 20 februari 1979, afl. 43, 20, inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen van de lidstaten betreffende elektrisch materieel bestemd voor gebruik in „explosieve omgeving”, dat aan bepaalde beveiligingswijzen voldoet; en Richtlijn 82/130/EEG, *Pb. L.* 2 maart 1982, afl. 59, 10, inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen van de lidstaten betreffende elektrisch materieel, bestemd voor gebruik in explosieve omgeving van mijn-gashoudende mijnen);

- Richtlijn 94/62/EG, *Pb. L.* 31 december 1994, afl. 365, 10 betreffende verpakking en verpakkingsafval;
- Richtlijn 95/16/EG, *Pb. L.* 7 september 1995, afl. 213, 1, inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende liften;
- Richtlijn 96/48/EG, *Pb. L.* 17 september 1996, afl. 235, 6, betreffende de interoperabiliteit van het transeuropees hoge-snelheidsspoorwegsysteem;
- Richtlijn 96/57/EG, *Pb. L.* 18 september 1996, afl. 236, 36, betreffende normen voor de energie-efficiëntie van huishoudelijke elektrische koelkasten, diepvriezers en combinaties daarvan;
- Richtlijn 96/98/EG, *Pb. L.* 17 februari 1996, afl. 46, 25, gewijzigd bij Richtlijn 98/85/EG, *Pb. L.* 25 november 1998, afl. 315, 14 en Richtlijn 2001/53/EG, *Pb. L.* 28 juli 2001, afl. 204, 1, inzake uitrusting van zeeschepen;
- Richtlijn 97/23/EG, *Pb. L.* 9 juli 1997, afl. 181, 1, inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen van de lidstaten betreffende drukapparatuur;
- Richtlijn 98/13/EG, *Pb. L.* 12 maart 1998, afl. 74, 1, betreffende eindapparatuur voor telecommunicatie en apparatuur voor satellietgrondstations alsmede inzake de onderlinge erkenning van de conformiteit van die apparatuur;
- Richtlijn 98/37/EG, *Pb. L.* 23 juli 1998, afl. 207, 1, inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen van de lidstaten betreffende machines;
- Richtlijn 98/79/EG, *Pb. L.* 7 december 1998, afl. 331, 1, betreffende medische hulpmiddelen voor in-vitrodiagnostiek;
- Richtlijn 1999/5/EG, *Pb. L.* 7 maart 1999, afl. 91, 10 betreffende de randapparatuur en telecommunicatie-eindapparatuur en de wederzijdse erkenning van hun conformiteit;
- Richtlijn 2000/9/EG, *Pb. L.* 3 mei 2000, afl. 106, 21, betreffende kabelbaaninstallaties voor personenvervoer;
- Richtlijn 2000/16/EG, *Pb. L.* 3 mei 2000, afl. 105, 36, betreffende het verkeer van voedermiddelen.

Zie ook:

- Voorstel (COM/93/322final) en Gewijzigd Voorstel (COM/94/267/final) voor een richtlijn betreffende werken van edelmetaal, *Pb. C.* 29 juli 1994, afl. 209, 4;

- Voorstel (COM/96/191final) voor een richtlijn inzake merktekens op verpakkingen en inzake de vaststelling van een procedure voor de overeenstemmingsbeoordeling van verpakkingen, *Pb. C.* 18 december 1996, afl. 382, 10;
- Voorstel (COM/2000/566final) voor een richtlijn betreffende meetinstrumenten, *Pb. C.* 27 februari 2001, afl. 62, 1;
- Voorstel (COM/2000/639final) voor een richtlijn tot wijziging van Richtlijn 94/25/EG met betrekking tot pleziervaartuigen, *Pb. C.* 27 februari 2001, afl. 062^E, 139;
- Voorstel (COM/2000/899final) voor een richtlijn tot wijziging van Richtlijn 95/16/EG betreffende machines, *Pb. C.* 29 mei 2001, afl. 154^E, 164.