



COMMISSIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN

Brussel, 14.5.2003
COM(2003) 259 definitief

**MEDEDELING VAN DE COMMISSIE AAN DE RAAD, HET EUROPEES
PARLEMENT EN DE EUROPESE CENTRALE BANK**

**DE TOEPASSING OP FINANCIËLE DIENSTEN VAN ARTIKEL 3, LEDEN 4 TOT
EN MET 6, VAN DE RICHTLIJN INZAKE ELEKTRONISCHE HANDEL**

**MEDEDELING VAN DE COMMISSIE AAN DE RAAD, HET EUROPEES
PARLEMENT EN DE EUROPESE CENTRALE BANK**

**DE TOEPASSING OP FINANCIËLE DIENSTEN VAN ARTIKEL 3, LEDEN 4 TOT
EN MET 6, VAN DE RICHTLIJN INZAKE ELEKTRONISCHE HANDEL**

1. INLEIDING

De voorliggende mededeling beoogt inzicht te verschaffen in de mechanismen die bij artikel 3, leden 4 tot en met 6, van de richtlijn inzake elektronische handel zijn ingevoerd op het specifieke gebied van de financiële diensten¹.

Aanleiding voor deze mededeling is het feit dat sommige lidstaten sinds de vaststelling van de richtlijn inzake elektronische handel en in het bijzonder tijdens de onderhandelingen over de richtlijn betreffende de verkoop op afstand van financiële diensten hun bezorgdheid hebben geuit over de onverkorte toepassing van de "internemarktclausule" op de financiële diensten. Deze lidstaten waren van mening dat zij in afwachting van een verdere convergentie op bepaalde gebieden (zoals gedragsregels voor beleggingsdiensten of niet-geharmoniseerde fondsen) nog over de mogelijkheid moesten beschikken om, ondanks de richtlijn inzake elektronische handel, bepaalde nationale regels toe te passen op inkomende diensten die langs elektronische weg worden verstrekt. Een dergelijke overgangperiode, die tot een - weliswaar tijdelijke - afwijking van de richtlijn zou hebben geleid, werd door de Commissie en de meeste lidstaten verworpen.

De Commissie had dienaangaande beklemtoond dat het bepaalde in artikel 3, leden 4, 5 en 6, van de richtlijn inzake elektronische handel de lidstaten voldoende waarborgen biedt wanneer zij individuele maatregelen willen nemen ten aanzien van een dienstverlener die één van de doelstellingen van algemeen belang van artikel 3, lid 4, onder a) i), van de richtlijn in gevaar brengt of ernstig in gevaar dreigt te brengen.

Doel van deze mededeling is de lidstaten die van deze mechanismen gebruik willen maken, bijstand te verlenen. Het betreft hier geenszins een interpretatief document. Voorts heeft de mededeling evenmin systematisch betrekking op alle aspecten van artikel 3, leden 4 tot en met 6, van de richtlijn, doch alleen op die waarvoor volgens de Commissie uitleg en bijstand nodig zijn.

Deze mededeling legt de lidstaten geen enkele juridische verplichting op. Zij loopt niet vooruit op het standpunt dat de Commissie zou kunnen innemen omtrent dezelfde onderwerpen, indien zij op grond van de opgedane ervaring, met inbegrip van de rechtspraak van het Hof, bepaalde van de in dit document ingenomen standpunten moet herzien.

Tevens zal de Commissie samen met de lidstaten blijven nagaan op welke gebieden verdere convergentie van de nationale regelgevingen geboden is. In dat verband zal zij de behoefte aan harmonisatie onderzoeken in bepaalde sectoren waarvoor de nationale regelgevingen nog steeds blijken te verschillen, hetgeen aanleiding kan geven tot problemen voor het vrij verkeer

¹ Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000. PB L 178 van 17 juli 2000, blz. 1.

van diensten en voor de bescherming van de consument (bijvoorbeeld in het geval van bepaalde niet-geharmoniseerde beleggingsfondsen).

De Commissie is zich ervan bewust dat niet alle arresten in deze mededeling onder de financiële diensten vallen en dat deze arresten, in hun geheel, niet voortvloeien uit geschillen inzake elektronische handel. Gelet evenwel op het feit dat het Hof van Justitie gewoonlijk bij analogie uitspraak doet en er als zodanig geen "sectorale" rechtspraak bestaat, meent de Commissie dat het mogelijk en betrouwbaar is om de onderstaande analyses op de bestaande rechtspraak te baseren.

Uiteraard kan evenwel niet worden uitgesloten dat het Hof rechtspraak ontwikkelt op het specifieke gebied van de elektronische handel. Deze rechtspraak zou al dan niet in strijd kunnen zijn met de bestaande rechtspraak. Dit risico is inherent aan het aangevatte verkennend onderzoek.

2. ANALYSE VAN ARTIKEL 3, LEDEN 4 TOT EN MET 6

De richtlijn inzake elektronische handel schrijft voor dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat de diensten van de informatiemaatschappij die worden verleend door een op hun grondgebied gevestigde dienstverlener voldoen aan de in die lidstaat geldende nationale bepalingen die binnen het gecoördineerde gebied vallen.

De richtlijn bepaalt bovendien dat de lidstaten het vrije verkeer van diensten van de informatiemaatschappij die vanuit een andere lidstaat worden geleverd, niet mogen beperken om redenen die vallen binnen het gecoördineerde gebied.

- De richtlijn inzake elektronische handel voorziet evenwel in bepaalde vrijstellingen.

In de eerste plaats bevat de bijlage bij de richtlijn een aantal afwijkingen van de "internemarktclausule". Deze afwijkingen hebben betrekking op sommige voorschriften van verzekeringsrichtlijnen², reclame voor icbe's³ en de uitgifte van elektronisch geld door instellingen die geen Europees paspoort bezitten⁴.

Daarnaast zijn er nog andere algemene afwijkingen die voor de financiële diensten bijzonder relevant kunnen zijn. Deze afwijkingen hebben betrekking op de vrijheid van de partijen om het op hun overeenkomst toepasselijke recht te kiezen, op de contractuele verplichtingen uit consumentenovereenkomsten, enz.

Voorts kunnen de lidstaten op grond van artikel 3, leden 4, 5 en 6, maatregelen nemen, zoals sancties of bevelen, die de on-linelevering van diensten uit andere lidstaten kunnen beperken. Voor het nemen van dergelijke maatregelen gelden strikte voorwaarden.

² Artikel 30 en titel IV van Richtlijn 92/49/EEG (PB L 311 van 14.11.1997, blz. 42), titel IV van Richtlijn 92/96/EEG (PB L 311 van 14.11.1997, blz. 43), artikelen 7 en 8 van Richtlijn 88/357/EEG (PB L 172 van 4.7.1988, blz. 1) en artikel 4 van Richtlijn 90/619/EEG (PB L 330 van 29.11.1990, blz. 50-61).

³ Artikel 44, lid 2, van Richtlijn 85/611/EEG, PB L 375 van 31.12.1985, blz. 3-18.

⁴ Instellingen waarvoor de lidstaten één van de in artikel 8, lid 1, van Richtlijn 2000/46/EG bedoelde afwijkingen hebben toegepast (PB L 275 van 27.10.2000, blz. 39-43).

In artikel 3, leden 4, 5 en 6, is het volgende bepaald:

"4. De lidstaten kunnen maatregelen nemen om voor een bepaalde dienst van de informatiemaatschappij van lid 2 af te wijken, mits aan de volgende voorwaarden is voldaan:

a) De maatregelen moeten:

i) noodzakelijk zijn voor een van de volgende doelstellingen:

- de openbare orde, in het bijzonder de preventie van, het onderzoek naar, de opsporing en de vervolging van strafbare feiten, waaronder de bescherming van minderjarigen en de bestrijding van het aanzetten tot haat wegens ras, geslacht, godsdienst of nationaliteit en van schendingen van de menselijke waardigheid ten aanzien van individuen,

- de bescherming van de volksgezondheid,

- de openbare veiligheid, met inbegrip van het waarborgen van de nationale veiligheid en defensie,

- de bescherming van consumenten, met inbegrip van beleggers;

ii) worden genomen ten aanzien van een bepaalde dienst van de informatiemaatschappij waardoor afbreuk wordt gedaan aan de onder i) genoemde doelstellingen of een ernstig gevaar daarvoor ontstaat;

iii) evenredig zijn aan die doelstellingen.

b) de lidstaat moet, alvorens de betrokken maatregelen te nemen en onverminderd eventuele rechtszaken, met inbegrip van het vooronderzoek en handelingen in het kader van een strafrechtelijk onderzoek verrichte handelingen:

- de in lid 1 bedoelde lidstaat verzoeken maatregelen te nemen, maar deze is daar niet of onvoldoende op ingegaan;

- de Commissie en de in lid 1 bedoelde lidstaat in kennis stellen van zijn voornemen om de betrokken maatregelen te nemen.

5. In urgente gevallen kunnen de lidstaten afwijken van de in lid 4, onder b), genoemde voorwaarden. In dat geval moeten de Commissie en de in lid 1 bedoelde lidstaat onverwijld in kennis gesteld worden van de maatregelen en van de redenen van de urgentie.

6. Onverminderd de mogelijkheid voor de lidstaat om de uitvoering van de betrokken maatregelen voort te zetten, gaat de Commissie zo spoedig mogelijk na of de haar ter kennis gebrachte maatregelen verenigbaar zijn met het Gemeenschapsrecht. Concludeert zij dat de maatregelen niet verenigbaar zijn, dan verzoekt zij de lidstaat in kwestie om van beoogde maatregelen af te zien of om de uitvoering onmiddellijk te staken."

2.1. ANALYSE VAN ARTIKEL 3, LID 4

2.1.1. *Onder artikel 3, lid 4, vallende gebieden*

Artikel 3, lid 4, dekt niet alle doelstellingen welke volgens het Hof in het kader van de artikelen 49 en 28 van het Verdrag een beperking ter verdediging van het algemeen belang rechtvaardigen. Afgezien van de onder artikel 46 van het Verdrag vallende gronden (openbare orde, openbare veiligheid en volksgezondheid), noemt dit artikel immers maar één van de doelstellingen die volgens het Hof beperkingen op het vrij verkeer van diensten kunnen rechtvaardigen. Deze doelstelling is de bescherming van consumenten, met inbegrip van beleggers.

Het limitatief en uitpuittend karakter van deze lijst sluit uit dat bepaalde van de door het Hof erkende doelstellingen van algemeen belang, zoals bijvoorbeeld de verdediging van de goede reputatie van de financiële sector⁵, maatregelen op grond van artikel 3, lid 4, kunnen rechtvaardigen, behoudens ingeval deze maatregelen daadwerkelijk de bescherming van de consument beogen.

2.1.2. *Begrip "bepaalde dienst van de informatiemaatschappij"*

Met de formulering "bepaalde" dienst wordt hier beoogd aan te geven dat de lidstaat van bestemming in het kader van artikel 3, lid 4, geen algemene maatregelen mag nemen voor een categorie van financiële diensten, zoals bijvoorbeeld beleggingsfondsen, kredieten enz.

Om onder artikel 3, lid 4, te vallen, moet de maatregel derhalve individueel worden vastgesteld voor een specifieke financiële dienst die door een bepaalde marktdeelnemer wordt verstrekt.

Het kan bijvoorbeeld gaan om een maatregel, zoals een verwittiging of een dwangsom, die een land van bestemming ten aanzien van een bank die vanuit haar vestiging in een ander land van de Europese Unie aan inwoners van het betrokken land niet-geharmoniseerde beleggingsdiensten aanbiedt. Deze maatregelen kunnen bijvoorbeeld worden genomen omdat de bank bepaalde in het land van bestemming geldende gedragsregels ter bescherming van de consument niet in acht neemt.

Een lidstaat kan daarentegen niet op grond van artikel 3, lid 4, beslissen dat zijn volledige wetgeving inzake bijvoorbeeld niet-geharmoniseerde beleggingsfondsen algemeen en horizontaal van toepassing is op elk dienst die voor zijn inwoners toegankelijk is.

2.1.3. *Bescherming van "de openbare orde"*

De in het streepje inzake de openbare orde genoemde doelstellingen worden als voorbeeld vermeld.

Het is a priori weinig waarschijnlijk dat financiële diensten afbreuk kunnen doen aan de openbare orde in de communautaire betekenis van dit begrip. Dit moet immers worden geïnterpreteerd in het licht van de rechtspraak van het Hof van Justitie inzake openbare orde, volgens welke het begrip openbare orde zeer restrictief moet worden uitgelegd⁶.

⁵ Arrest van 10 mei 1995, *Alpine Investments*, zaak C-384/93, Jurispr. blz. I-1141.

⁶ Arrest *Calfa*, zaak C-348/96, Jurispr. blz. I-11.

Het Hof heeft bijvoorbeeld steeds geoordeeld dat doelstellingen van economische aard geen redenen van openbare orde kunnen vormen in de zin van artikel 46 van het Verdrag⁷.

Volgens het Hof "*veronderstelt het beroep van een nationale instantie op het begrip openbare orde in elk geval, afgezien van de storing van de sociale orde die bij elke wetsovertreding plaatsvindt, het bestaan van een werkelijke en genoegzaam ernstige bedreiging, die een fundamenteel belang van de samenleving aantast*"⁸.

Met uitzondering van de onwettig in het kader van de financiering van criminele activiteiten verstrekte diensten (met inbegrip van terrorisme) en het witwassen van geld, valt moeilijk in te zien welke financiële diensten zouden kunnen beantwoorden aan de in de rechtspraak gestelde voorwaarde van een "ernstige bedreiging, die een fundamenteel belang van de samenleving aantast".

2.1.4. *De bescherming van consumenten, met inbegrip van beleggers*

In de richtlijn inzake elektronische handel wordt het begrip consument gedefinieerd als "iedere natuurlijke persoon die handelt voor doeleinden die buiten zijn handels- of beroepsactiviteiten vallen".

Uit deze definitie blijkt dus duidelijk dat een rechtspersoon niet kan worden beschouwd als "consument" in de zin van deze richtlijn.

Beleggers worden daarentegen niet gedefinieerd. Uit de bewoordingen van artikel 3, lid 4, blijkt echter duidelijk dat enkel "beleggers" worden bedoeld die onder de definitie van "consument" vallen. Elke maatregel betreffende bijvoorbeeld beleggers die rechtspersonen of beroepsmatig handelende natuurlijke personen zijn, zou derhalve niet onder artikel 3, lid 4, vallen⁹.

Het Hof heeft geoordeeld dat zowel de verzekeringssector¹⁰ als de banksector¹¹ bijzonder gevoelige sectoren vormen vanuit het oogpunt van de consumentenbescherming.

2.1.5. *Begrip "ernstig gevaar"*

De maatregelen moeten worden genomen ten aanzien van een bepaalde dienst waardoor daadwerkelijk afbreuk wordt gedaan aan één van de genoemde doelstellingen of een ernstig gevaar daarvoor ontstaat.

Deze formulering biedt de lidstaat van bestemming van de dienst de mogelijkheid niet alleen repressieve maar ook preventieve maatregelen te nemen ingeval er sprake is van een ernstig gevaar dat aan deze doelstellingen afbreuk wordt gedaan.

2.1.6. *Voorwaarden betreffende de kennisgeving*

Bij de kennisgeving moet aan drie voorwaarden zijn voldaan.

⁷ Arrest van 26 april 1988, *Bond van Adverteerders*, zaak 352/85, Jurispr. blz. 2085.

⁸ Arrest van 27 oktober 1977, *Bouchereau*, zaak 30/77, Jurispr. blz. 1999.

⁹ Arrest van 22 november 2001, *Idealservice*, gevoegde zaken C-541/99 en C-542/99, Jurispr. blz. I-9049.

¹⁰ Arrest van 4 december 1986, *Commissie/Duitsland*, zaak 205/84, Jurispr. blz. 3755.

¹¹ Arrest van 9 juli 1997, *Parodi*, zaak C-222/95, Jurispr. blz. I-3899.

De lidstaat die de maatregelen neemt, moet:

- *de lidstaat van vestiging van de dienstverlener verzoeken maatregelen te nemen;*
- *zich ervan vergewissen dat deze laatste lidstaat daar niet of onvoldoende op is ingegaan;*
- *de Commissie en de lidstaat van vestiging van de dienstverlener in kennis stellen van zijn voornemen om de betrokken maatregelen te nemen.*

Deze drie voorwaarden zijn volkomen duidelijk.

De eerste voorwaarde houdt in dat de lidstaat van vestiging van de dienstverlener op de hoogte is gebracht en in staat is gesteld om zelf het probleem op te lossen. De tweede voorwaarde stelt dat deze lidstaat volgens de lidstaat van bestemming geen bevredigende oplossing heeft gevonden. De derde voorwaarde houdt een voorafgaande kennisgeving in aan de Commissie - zodat deze in staat is de haar op grond van lid 6 verleende bevoegdheden uit te oefenen - en aan de lidstaat van oorsprong. In de richtlijn wordt geen precieze termijn vastgesteld waarbinnen de lidstaat van de dienstverlener moet reageren op de kennisgeving die hij van de lidstaat van bestemming van de dienst heeft ontvangen. Artikel 19, lid 3, van de richtlijn bepaalt evenwel dat de lidstaten "*zo spoedig mogelijk*" de door een andere lidstaat of door de Commissie gevraagde bijstand en gegevens moeten verstrekken.

Uit de tekst van artikel 3, lid 4, onder b), van de richtlijn blijkt bovendien duidelijk dat de verplichting tot kennisgeving de betrokken lidstaat geenszins de mogelijkheid ontnemt om een rechtszaak, met inbegrip van een vooronderzoek, in te leiden en handelingen in het kader van een strafrechtelijk onderzoek te verrichten.

Tot slot zij beklemtoond dat de dialoog met de lidstaat van vestiging van de dienstverlener en de kennisgeving aan de Commissie onder de verantwoordelijkheid vallen van de centrale overheid van de staat en dat deze taken bijvoorbeeld niet door een rechter mogen worden verricht.

2.1.7. Gevolgen van het ontbreken van kennisgeving

Ingeval de Commissie en de lidstaat van herkomst niet vooraf in kennis zijn gesteld, kan de Commissie tegen de in gebreke gebleven lidstaat een beroep wegens niet-nakoming instellen. Aangezien de bepalingen van de richtlijn die voorzien in een verplichte kennisgeving door de lidstaten voldoende nauwkeurig en onvoorwaardelijk zijn, kunnen zij waarschijnlijk voor een nationale rechterlijke instantie worden aangevoerd. Bijgevolg zou een bank er zich bijvoorbeeld voor een nationale rechter op kunnen beroepen dat een voorafgaande kennisgeving heeft plaatsgevonden van de maatregelen die haar in een lidstaat op grond van artikel 3, lid 4, zijn opgelegd.

2.2. ANALYSE VAN ARTIKEL 3, LID 6

Krachtens artikel 3, lid 6, moet de Commissie nagaan of de haar op grond van lid 4 ter kennis gebrachte maatregelen verenigbaar zijn met het Gemeenschapsrecht.

Belangrijk is dat dit onderzoek geen opschortende werking heeft, zodat de lidstaat van bestemming de voorgenomen maatregelen mag vaststellen zonder het resultaat van het onderzoek van de Commissie af te wachten.

Bij het instellen van dit onderzoek naar de verenigbaarheid, zal de Commissie zich baseren op de voorwaarden van lid 4 en op de rechtspraak van het Hof van Justitie.

Het Hof heeft steeds geoordeeld dat:

*"Nationale maatregelen die de uitoefening van de in het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheden kunnen belemmeren of minder aantrekkelijk kunnen maken, [...]aan vier voorwaarden [moeten] voldoen: zij moeten zonder discriminatie worden toegepast, zij moeten hun rechtvaardiging vinden in dwingende redenen van algemeen belang, zij moeten geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen, en zij mogen niet verder gaan dan nodig is voor het bereiken van dat doel."*¹²

Op basis van deze rechtspraak van het Hof zal de Commissie derhalve aan de hand van een aantal toetsen nagaan of de haar ter kennis gebrachte maatregelen verenigbaar zijn met het Gemeenschapsrecht.

2.2.1. Algemeen-belangtoets

De genomen maatregel moet onder één van de uitdrukkelijk in artikel 3, lid 4, genoemde gebieden vallen. Zoals reeds gesteld, behoren hiertoe niet alle door het Hof van Justitie erkende doelstellingen van algemeen belang.

2.2.2. Non-discriminatietoets

Volgens vaste rechtspraak van het Hof wordt discriminatie gedefinieerd als:

*"de toepassing van verschillende regels op vergelijkbare situaties of de toepassing van dezelfde regel op verschillende situaties."*¹³

Dienaangaande zal rekening moeten worden gehouden met objectieve omstandigheden om na te gaan of er daadwerkelijk sprake is van discriminatie.¹⁴

Dergelijke discriminerende maatregelen zijn tegenwoordig eerder zeldzaam in de nationale regelgevingen inzake financiële diensten, maar het kan niet worden uitgesloten dat er nog enkele bestaan. Indien bijvoorbeeld tegen een niet in de lidstaat gevestigde financiële dienstverlener in identieke omstandigheden een strengere sanctie wordt getroffen dan tegen een in de lidstaat gevestigde dienstverlener, zou er sprake zijn van discriminatie.

De discriminerende maatregel kan, overeenkomstig de rechtspraak van het Hof en mits hij evenredig is, alleen worden gerechtvaardigd uit hoofde van de doelstellingen van artikel 46 van het Verdrag (openbare orde, openbare veiligheid, volksgezondheid)¹⁵.

2.2.3. Toets inzake niet-overlapping

De Commissie zal het rechtstelsel van het land van herkomst onderzoeken en nagaan of de voorgenomen maatregelen bijvoorbeeld de bescherming in het land van herkomst en de aldaar verrichte controles al dan niet overlappen. Mocht dit het geval zijn, dan kan worden

¹² Arrest van 30 november 1995, *Gebhard*, zaak C-55/94, Jurispr. blz. I-4165.

¹³ Arrest van 27 juni 1996, *Asscher*, zaak C-107/94, Jurispr. blz. I-3089.

¹⁴ Arrest van 19 maart 2002, *Commissie/Italië*, zaak C-224/00, nog niet gepubliceerd.

¹⁵ Arrest van 4 mei 1993, *Federación de Distribuidores Cinematográficos*, zaak C-17/92, Jurispr. blz. I-2239.

geconcludeerd dat de door het land van bestemming nagestreefde doelstelling van algemeen belang reeds is bereikt door de regels die gelden in de lidstaat van vestiging van de dienstverlener. Ook zal de Commissie onderzoeken of de maatregelen van de lidstaat van vestiging daadwerkelijk onvoldoende zijn in de zin van artikel 3, lid 4, onder b).

Dit criterium wordt geïllustreerd door het arrest 9 maart 2000, waarin het Hof als volgt heeft geoordeeld:

*"Aangezien de Belgische wettelijke regeling aan alle ondernemingen dezelfde voorwaarden voor het verkrijgen van een voorafgaande vergunning of erkenning stelt, sluit zij uit, dat rekening wordt gehouden met de verplichtingen waaraan de dienstverrichter reeds is onderworpen in de lidstaat waar hij is gevestigd."*¹⁶

Deze rechtspraak zou bijzonder nuttig kunnen zijn daar de Commissie heeft kunnen vaststellen dat sommige lidstaten met name op bepaalde gebieden nog steeds regelingen inzake voorafgaande vergunning of erkenning handhaven.

Het Hof heeft eveneens geoordeeld dat de lidstaten *"vertrouwen in elkaar dienen te stellen wat betreft de op ieders grondgebied verrichte controles"*¹⁷.

Indien een lidstaat van bestemming bijvoorbeeld de eigen gedragsregels toepast op een beleggingsdienst die aan een van zijn inwoners wordt verleend, zal de Commissie nagaan of de in de lidstaat van herkomst geldende gedragsregels niet gelijkwaardig zijn aan die waarop de lidstaat van bestemming zich wil beroepen.

2.2.4. Evenredigheidstoets

Deze toets heeft twee onderdelen. De maatregelen moeten geschikt zijn om de nagestreefde doelstelling te bereiken (geschiktheidstoets) en mogen niet verder gaan dan hiervoor nodig is (toets van de vervangbaarheid door minder beperkende maatregelen).

2.2.4.1. Geschiktheid van de maatregel voor de doelstelling

Ook al wordt een maatregel van een lidstaat voorgesteld als een maatregel die een doelstelling van algemeen belang dient, dan nog kan men zich afvragen of hij werkelijk noodzakelijk is om dit belang te beschermen. Er zijn immers gevallen denkbaar waarin de maatregel objectief niet noodzakelijk of niet geschikt is om dit belang te beschermen.

Het Hof van Justitie heeft in sommige arresten geoordeeld dat een bepaalde regel die door een lidstaat werd aangevoerd met het oog op de bescherming van de consument, uiteindelijk niet geschikt was om deze bescherming te garanderen.

Zo heeft het Hof bijvoorbeeld geoordeeld dat, aangezien informatie een eerste vereiste voor de bescherming van de consument is, een lidstaat die regels oplegt welke uiteindelijk de toegang van consumenten tot bepaalde informatie beperken, zich niet kan beroepen op de bescherming van de consument om deze regels te rechtvaardigen¹⁸.

¹⁶ Arrest van 9 maart 2000, *Commissie/België*, zaak C-355/98, Jurispr. blz. I-1221.

¹⁷ Arrest van 10 september 1996, *Commissie/België*, zaak C-11/95, Jurispr. blz. I-4115.

¹⁸ Arrest van 7 maart 1990, *GB-INNO-BM*, zaak C-362/88, Jurispr. blz. I-667.

Het Hof onderzoekt dus nauwgezet of de hem voorgelegde maatregel daadwerkelijk aan de consument ten goede komt¹⁹, en of de voorschrijvende lidstaat het onderscheidingsvermogen van de consument niet onderschat²⁰. Het Hof beroept zich hiervoor op een "gemiddelde" consument²¹, en gaat uit van "*van de vermoedelijke verwachting van een gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument*".²²

Het Hof oefent aldus een controle uit die er in feite op gericht is vast te stellen of bepaalde maatregelen die onder het mom van de bescherming van de consument worden opgelegd, in werkelijkheid niet ten doel hebben de nationale markt te beschermen.

Het Hof onderzoekt ook de aard van de betrokken diensten en de overeenkomstige behoefte aan bescherming. Op het gebied van de bankdiensten heeft het Hof bijvoorbeeld geoordeeld dat:

*"[...]onderscheid [dient] te worden gemaakt naar gelang van de aard van de betrokken bankactiviteit en het risico voor degene te wiens behoeve de dienst wordt verricht. Zo brengt het sluiten van een overeenkomst voor een hypothecaire lening voor de consument andere risico's mee dan het deponeren van gelden bij een kredietinstelling. In dit verband varieert de noodzaak om de lener te beschermen naar gelang van de aard van de hypothecaire lening, aangezien het in bepaalde situaties juist wegens de kenmerken van de verstrekte lening en de hoedanigheid van de lener niet nodig is, deze te beschermen door toepassing van de dwingende bepalingen van zijn nationaal recht."*²³

De Commissie zou zich dus op dezelfde overwegingen kunnen baseren voor haar onderzoek naar de evenredigheid van een haar ter kennis gebrachte maatregel.

2.2.4.2. Eventuele vervangbaarheid door een minder beperkende maatregel

Bestaan van minder beperkende maatregelen

Om te beoordelen of een maatregel evenredig is, zal de Commissie nagaan of deze maatregel niet verder gaat dan nodig is dan wel of er geen minder beperkende middelen zijn om het nagestreefde doel van algemeen belang te bereiken, of maatregelen die het intracommunautaire handelsverkeer minder belemmeren²⁴.

Het Hof heeft bijvoorbeeld geoordeeld dat een lidstaat in plaats van de uitzending en het doorgeven van uitzendingen van een televisiestation te beletten, de doelstelling van bescherming van het algemeen belang kan bereiken door alleen specifieke maatregelen te nemen ten aanzien van de adverteerder die verantwoordelijk is voor een door dit televisiestation uitgezonden reclamespot en die zijn diensten verstrekt vanuit een andere lidstaat.²⁵

Bovendien heeft het Hof in een recente zaak met betrekking tot een door Belgische gemeenten geheven belasting op schotelantennes het beginsel van de "vervangbaarheid" kunnen toepassen door te oordelen dat:

¹⁹ Arrest van 27 juni 1996, *Schmit*, zaak C-240/95, Jurispr. blz. I-3179.

²⁰ Arrest van 6 juli 1995, *Mars*, zaak C-470/93, Jurispr. blz. I-1923.

²¹ Arrest van 13 januari 2000, *Estée Lauder*, zaak C-220/98, Jurispr. blz. I-117.

²² Arrest van 16 juli 1998, *Gut Springenheide GmbH*, zaak C-210/96, Jurispr. blz. I-4657.

²³ Arrest van 9 juli 1997, *Parodi*, zaak C-222/95, Jurispr. blz. I-3899.

²⁴ Arrest van 26 juni 1997, *Familiapress*, zaak C-368/95, Jurispr. blz. I-3689.

²⁵ Arrest van 9 juli 1997, *Konsumentombudsmannen (KO) tegen De Agostini (Svenska) Förlag AB*, zaak C-34/95, en *TV-Shop i Sverige AB*, zaken C-35/95 en C-36/95, Jurispr. blz. I-3843.

"[...]andere middelen dan de in het hoofdgeding aan de orde zijnde belasting [kunnen] worden overwogen die de vrijheid van dienstverrichting minder beperken, zoals met name de vaststelling van voorschriften betreffende de grootte van de antennes, de plaats of de wijze van opstelling ervan op het gebouw of in de omgeving ervan of het gebruik van collectieve antennes"²⁶.

Ook al gaat het om een gebied dat geen rechtstreeks verband houdt met het gebied waarop deze mededeling betrekking heeft, toch is dit laatste voorbeeld bijzonder illustratief voor de door het Hof gevolgde benadering en de Commissie zou zich bij haar beoordeling op grond van artikel 3, lid 6, op dezelfde overwegingen kunnen baseren.

In de zaak *Ambry*²⁷ heeft het Hof geoordeeld dat de verplichting voor reisbureaus om bij een binnenlandse financiële instelling een garantie te verstrekken, onevenredig was omdat de onmiddellijke beschikbaarheid van de bedragen "in de regel [...] ook op passende wijze [kan] worden voldaan wanneer de borg in een andere lidstaat is gevestigd."

Het laatste voorbeeld dat in dit verband wordt geciteerd, gaat weliswaar niet om de onlinelevering van financiële diensten, maar is toch bijzonder interessant omdat het onder de beleggingsdiensten valt en één van de voorbeelden is waarin het Hof de toets van de vervangbaarheid bijzonder grondig heeft toegepast, namelijk de zaak "*SIM*" waarin het Hof als volgt heeft geoordeeld:

"De verplichting om de statutaire zetel in Italië te hebben, maakt het toezicht en de controle op de marktdeelnemers weliswaar gemakkelijker, toch is een dergelijke verplichting niet het enige middel waarmee de naleving van de door de Italiaanse wetgever gestelde voorschriften voor de uitoefening van de werkzaamheid van effectenbemiddelaar en een doeltreffend optreden tegen beroepsgenoten die deze voorschriften overtreden, kan worden verzekerd."²⁸

Situatie in de andere lidstaten

In het kader van dit onderzoek zou de Commissie de wetgevingen van de andere lidstaten kunnen analyseren om na te gaan of er minder beperkende maatregelen zijn die de bescherming van de consument verzekeren.²⁹

De draagwijdte van dit onderzoek is evenwel beperkt, aangezien het Hof heeft geoordeeld dat "het feit dat in de ene lidstaat minder strikte bepalingen gelden dan in een andere, niet betekent dat deze laatste onevenredig zijn en derhalve onverenigbaar met het Gemeenschapsrecht".³⁰

en dat:

"De enkele omstandigheid dat de ene lidstaat voor een ander stelsel van bescherming heeft gekozen dan een andere lidstaat, [...] niet van invloed [kan] zijn op het oordeel over de noodzaak en de evenredigheid van de ter zake getroffen regelingen. Deze dienen enkel te worden getoetst aan de door de nationale autoriteiten van de betrokken lidstaat nagestreefde doelstellingen en aan het niveau van bescherming dat zij willen waarborgen."³¹

²⁶ Arrest van 29 november 2001, *De Coster*, zaak C-17/00, Jurispr. blz. I-9445.

²⁷ Arrest van 1 december 1998, *Ambry*, zaak C-410/96, Jurispr. blz. I-7875.

²⁸ Arrest van 6 juni 1996, *Commissie/Italië*, zaak C-94/101, Jurispr. blz. I-2691.

²⁹ Arrest van 18 mei 1993, *Yves Rocher*, zaak C-126/91, Jurispr. blz. I-2361.

³⁰ Arrest van 10 mei 1995, *Alpine Investments*, reeds aangehaald.

³¹ Arrest van 21 september 1999, *Läärä*, zaak C-124/97, Jurispr. blz. I-6067.

Bijgevolg is het nuttig de situatie in de andere lidstaten te kennen om andere minder beperkende maatregelen te identificeren en voor te stellen. Dat er in een andere lidstaat minder beperkende maatregel bestaat, vormt op zich evenwel niet het bewijs dat er sprake is van een onevenredigheid. Het feit dat de situatie in de andere lidstaten niet buiten beschouwing mag worden gelaten, neemt evenwel niet weg dat de in de lidstaat van bestemming geldende regeling intrinsiek moet worden getoetst aan de door die lidstaat nagestreefde doelstellingen.

Specifieke kenmerken van de elektronische handel

Tot slot kan rekening worden gehouden met de omstandigheid dat de maatregelen worden genomen ten aanzien van diensten die op afstand en langs elektronische weg worden verstrekt. Het Hof heeft immers als volgt geoordeeld:

*"Een dergelijke beperking is te minder toelaatbaar wanneer de dienst, anders dan in de in artikel 60, laatste alinea, EEG-Verdrag [thans artikel 50] bedoelde situatie, wordt verricht zonder dat de dienstverrichter zich hoeft te begeven naar het grondgebied van de lidstaat waarin de dienst wordt verricht."*³²

Op basis van dit arrest zou een maatregel theoretisch als evenredig kan worden beschouwd wanneer hij wordt toegepast op dienstverleners die zich fysiek naar het grondgebied van het land van bestemming begeven, doch onevenredig wanneer het gaat om diensten die op afstand worden verstrekt. Op grond van deze rechtspraak staat het de Commissie dus vrij om te eisen dat een lidstaat naar behoren rekening houdt met de manier waarop de dienstverlening plaatsvindt en, in voorkomend geval, een beperking op on-linediensten minder toelaatbaar te achten.

Dit arrest kan bij analogie tot de elektronische handel worden uitgebreid, maar daarbij is uiteraard voorzichtigheid geboden. In de situatie die tot het hierboven aangehaalde arrest Säger heeft geleid, kon de klant immers nooit onwetend zijn van het feit dat hij zich tot een in een andere lidstaat gevestigde dienstverlener richtte.

2.2.5. *Besluit van de Commissie*

Wanneer de Commissie overeenkomstig artikel 3, lid 6, op basis van de toetsen concludeert dat de maatregelen onverenigbaar zijn met het Gemeenschapsrecht, dan verzoekt zij de lidstaat in kwestie om van beoogde maatregelen af te zien of om de uitvoering van de betrokken maatregelen onmiddellijk te staken.

Gepreciseerd zij dat het onderzoek van de Commissie geen opschortende werking heeft en de lidstaat bijgevolg niet de mogelijkheid ontnemt om de voorgenomen maatregelen vast te stellen.

Voor het onderzoek van de Commissie zijn weliswaar geen precieze termijnen vastgelegd, maar in de richtlijn is wel bepaald dat dit "zo spoedig mogelijk" dient te geschieden.

³² Arrest van 25 juli 1991, *Säger*, zaak C-76/90, Jurispr. blz. I-4221.

Indien de Commissie besluit dat de maatregel verenigbaar is met het Gemeenschapsrecht, dan kan de betrokken lidstaat de ten aanzien van de betrokken communautaire onderneming genomen maatregelen verder uitvoeren (of met de uitvoering ervan beginnen indien hij dat voorzichtigheidshalve nog niet had gedaan).

Het standpunt dat de Commissie in een bepaald geval zou kunnen innemen, loopt hoe dan ook niet vooruit op het eventuele oordeel van het Hof van Justitie.