

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL  
S. ALBER

van 7 november 2000<sup>1</sup>

**I — Inleiding**

1. In het onderhavige geding wordt de vraag aan de orde gesteld, of de informatieprocedure op grond van richtlijn 83/189/EEG aan de niet-nakomingsprocedure op grond van artikel 226 EG kan worden gekoppeld. Deze vraag rijst in het kader van het onderzoek van de verenigbaarheid van een Frans ontwerp-besluit betreffende rubber materialen en voorwerpen die met levensmiddelen, voedingsproducten en dranken in contact komen, met artikel 28 EG.

Indien de betrokken staat dit advies niet binnen de door de Commissie vastgestelde termijn opvolgt, kan de Commissie de zaak aanhangig maken bij het Hof van Justitie.”

3. Richtlijn 83/189/EEG van de Raad van 28 maart 1983 betreffende een informatieprocedure op het gebied van normen en technische voorschriften<sup>2</sup>, in de versie zoals gewijzigd bij richtlijn 88/182/EEG van de Raad van 22 maart 1988 (PB L 81, blz. 75), bepaalt:

*„Artikel 8*

**II — Toepasselijke voorschriften**

2. Artikel 226 EG bepaalt:

„Indien de Commissie van oordeel is dat een lidstaat een van de krachtens dit Verdrag op hem rustende verplichtingen niet is nagekomen, brengt zij dienaangaande een met redenen omkleed advies uit, na deze staat in de gelegenheid te hebben gesteld zijn opmerkingen te maken.

1. De lidstaten delen de Commissie onmiddellijk ieder ontwerp voor een technisch voorschrift mede, tenzij het een volledige omzetting van een internationale of Europese norm betreft, in welk geval met een eenvoudige vermelding van de betrokken internationale of Europese norm kan worden volstaan; zij doen de Commissie tevens in beknopte vorm mededeling van de redenen die de vaststelling van een dergelijk technisch voorschrift noodzakelijk maken, tenzij die redenen reeds uit het ontwerp blijken. In voorkomend geval doen de lidstaten tegelijkertijd mededeling van de

<sup>1</sup> — Oorspronkelijke taal: Duits.

<sup>2</sup> — PB L 109, blz. 8.

tekst van de in hoofdzaak en rechtstreeks betrokken wettelijke en bestuursrechtelijke basisbepalingen, indien kennis van die tekst noodzakelijk is om de draagwijdte van het ontwerp van het technische voorschrift te beoordelen.

De Commissie stelt de overige lidstaten onverwijld in kennis van het ontvangen ontwerp; zij kan dit tevens voor advies voorleggen aan het in artikel 5 bedoelde comité en, in voorkomend geval, aan het comité dat bevoegd is op het betrokken gebied.

2. De Commissie en de lidstaten kunnen bij de lidstaat die een ontwerp voor een technisch voorschrift ter kennis heeft gebracht, opmerkingen indienen, waarmee deze lidstaat, bij de verdere uitwerking van het technisch voorschrift, zo veel mogelijk rekening dient te houden.

3. Op uitdrukkelijk verzoek van een lidstaat of van de Commissie delen de lidstaten aan die lidstaat of aan de Commissie onverwijld de definitieve tekst van een technisch voorschrift mede.

4. [...]

I - 1172

### Artikel 9

1. Onverminderd de leden 2 en 2 bis, stellen de lidstaten de goedkeuring van een ontwerp van technisch voorschrift zes maanden uit, te rekenen vanaf de datum van de in artikel 8, lid 1, bedoelde mededeling, indien de Commissie of een andere lidstaat binnen een termijn van drie maanden na die datum de uitvoerig gemotiveerde mening te kennen geeft, dat de beoogde maatregel moet worden gewijzigd teneinde eventuele belemmeringen voor het vrije verkeer van goederen die uit die maatregel kunnen voortvloeien op te heffen of te beperken. De betreffende lidstaat doet de Commissie verslag over het gevolg dat hij voornemens is te geven aan een dergelijke uitvoerig gemotiveerde mening. De Commissie voorziet deze reactie van commentaar.

2. De termijn bedoeld in lid 1 bedraagt twaalf maanden indien de Commissie binnen een termijn van drie maanden na de in artikel 8, lid 1, bedoelde mededeling haar voornemen te kennen geeft een richtlijn over dit onderwerp voor te stellen of vast te stellen.

2 bis. Wanneer de Commissie constateert dat een mededeling als bedoeld in artikel 8, lid 1, betrekking heeft op een materie die door een bij de Raad ingediend voorstel voor een richtlijn of een verordening wordt bestreken, geeft zij hiervan binnen drie maanden na deze mededeling kennis aan de betrokken lidstaat.

De lidstaten onthouden zich van het aannemen van technische voorschriften die

betrekking hebben op een materie welke bestreken wordt door een voorstel voor een richtlijn of een verordening dat de Commissie vóór de in artikel 8, lid 1, bedoelde mededeling bij de Raad heeft ingediend, en wel gedurende een termijn van twaalf maanden vanaf de datum van indiening van dat voorstel.

De leden 1, 2 en 2 bis van het onderhavige artikel kunnen niet cumulatief worden toegepast.

3. De leden 1, 2 en 2 bis zijn niet van toepassing in die gevallen waarin een lidstaat om dringende redenen die verband houden met de bescherming van de gezondheid van mens en dier of de bescherming van planten, dan wel met de veiligheid, in zeer korte tijd technische voorschriften moet uitwerken om deze onmiddellijk daarop vast te stellen en in werking te doen treden, zonder dat raadpleging mogelijk is. In de in artikel 8 bedoelde mededeling vermeldt deze lidstaat de gronden voor de urgentie van de maatregelen. De Commissie neemt de nodige maatregelen in geval van misbruik van deze procedure."

4. De artikelen 1, 2, 4, 5 en 7 van het Franse besluit van 9 november 1994 betreffende rubber materialen en voorwerpen die

met levensmiddelen, voedingsproducten en dranken in contact komen, bepalen:

„Artikel 1 — Rubber materialen en voorwerpen die met het oog op verkoop worden bewaard, te koop worden aangeboden of worden verkocht om met levensmiddelen, voedingsproducten en dranken in aanraking te komen, evenals rubber materialen en voorwerpen die met deze levensmiddelen, voedingsproducten en dranken in aanraking komen, moeten voldoen aan de voorschriften van dit besluit.

Artikel 2 — Polymeren zijn

- natuurlijke latex en droge rubber;
- synthetische latex en droge rubber, samengesteld uit organische homo- of copolymeren. Een indicatieve lijst van deze polymeren en van de afkortingen waarmee zij kunnen worden aangeduid, is in tabel A van bijlage I opgenomen.

De voor de vervaardiging van de in artikel 1 vermelde materialen en voorwerpen gebruikte synthetische polymeren mogen enkel op basis van de in tabel B van bijlage I opgesomde monomeren, uitgangsstoffen en modificatoren worden vervaardigd. Voor bepaalde van deze monomeren en uitgangsstoffen worden maximale rest-

gehalten (,Qm', uitgedrukt in milligram per kilogram van het materiaal of voorwerp) en/of specifieke migratiegrenswaarden (,LMS', uitgedrukt in milligram per kilogram levensmiddel of levensmiddelsimulant) vastgesteld. De inachtneming van deze grenswaarden moet worden gecontroleerd bij het gebruiksklare materiaal of voorwerp.

Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte.

[...]

[...]

Artikel 7 — De rubber materialen en voorwerpen moeten aan de volgende inertiecriteria voldoen:

Artikel 4 — Bij de vervaardiging van de in artikel 1 vermelde rubber materialen en voorwerpen mogen enkel de in bijlage II opgesomde hulpstoffen aan de in artikel 2 van dit besluit omschreven polymeren worden toegevoegd.

Vluchtige vrije organische stoffen  $\leq 0.5/100$ ;

Globale migratie

De in bijlage II voor bepaalde stoffen of groepen van stoffen vastgelegde toepassingsvoorwaarden en beperkingen moeten worden nageleefd. In voorkomend geval worden specifieke migratiegrenswaarden (LMS) en/of maximale opgenomen hoeveelheden (Qmax) gepreciseerd.

$\leq 10$  milligram per vierkante decimeter oppervlakte van het in contact zijnde materiaal of voorwerp ( $\text{mg}/\text{dm}^2$ ), of

$\leq 60$  milligram van per kilogram levensmiddel, voedingsproduct en drank ( $\text{mg}/\text{kg}$ ) overgedragen bestanddelen, in de volgende gevallen:

Artikel 5 — Aan de in bijlage II opgesomde stoffen worden eventueel genummerde verwijzingen toegevoegd betreffende de naleving van bepaalde zuiverheidscriteria of als gelijkwaardig erkende zuiverheidscriteria, vastgesteld door de autoriteiten van de lidstaten van de Europese Gemeenschappen of van partijen bij de

- a) voorwerpen in de vorm van vaten, voorwerpen die daarmee kunnen wor-

den vergeleken of voorwerpen die kunnen worden gevuld, met een volume van minimaal 500 milliliter en maximaal 10 liter;

de bijzondere bepalingen van artikel 8 van het onderhavige besluit vallen.

- b) voorwerpen die kunnen worden gevuld en waarvoor een schatting van het oppervlak dat in aanraking komt met de levensmiddelen, voedingsproducten en dranken, onuitvoerbaar is;

Primaire en secundaire aromatische aminen:  $LMS \leq 1 \text{ mg/kg}$ ;

- c) doppen, pakkingen, stoppen of soortgelijke voor afsluiting gebruikte voorwerpen.

Formaldehyde:  $LMS \leq 3 \text{ mg/kg}$ .

Specifieke grenswaarden

Peroxide: de gebruiksklare materialen en producten mogen geen positieve reactie geven met peroxide, volgens de methode van de Pharmacopée française, X<sub>e</sub> uitgave."

N-nitrosamines en N-nitroseerbare stoffen;

N-nitrosamines:  $LMS \leq 1 \text{ } \mu\text{g/dm}^2$ ;

### III — Feiten en procesverloop

N-nitroseerbare stoffen:  $LMS \leq 10 \text{ } \mu\text{g/dm}^2$ .

Deze beide specifieke grenswaarden gelden niet voor materialen gebruikt bij de productie van spenen en fopspenen, die onder

5. Bij brief van 18 november 1993 deelden de Franse autoriteiten de Commissie overeenkomstig artikel 8 van richtlijn 83/189 een ontwerp-besluit mee betreffende rubber materialen en voorwerpen die met levensmiddelen, voedingsproducten en dranken in contact komen, met het oog op toetsing

van de verenigbaarheid ervan met het gemeenschapsrecht. Op grond van artikel 9 van richtlijn 83/189 gaf de Commissie op 20 februari 1994 een uitvoerig gemotiveerde mening over dat ontwerp te kennen. In haar inleiding verwees zij uitdrukkelijk naar de procedure van richtlijn 83/189 en zij vermeldde de artikelen 9, lid 1, en 8, lid 2, van richtlijn 83/189 als rechtsgrondslag van de mening. De Commissie voerde aan dat het ontwerp-besluit geen bepalingen ter waarborging van de toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning bevatte. Opdat het ontwerp met het gemeenschapsrecht in overeenstemming zou zijn, moesten volgens haar uitdrukkelijke bepalingen worden ingevoegd die zouden voorzien in de erkenning van in andere lidstaten of in een staat die partij is bij de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte wettig toegepaste technische voorschriften, normen en productieprocessen. Verder moest worden voorzien in de uitdrukkelijke erkenning van de resultaten van controles en tests — inclusief de hierop betrekking hebbende certificaten —, uitgevoerd door de inspectie- en controlediensten van andere lidstaten of staten die partij zijn bij de EER-overeenkomst, dan wel door laboratoria die door deze landen officieel zijn erkend, en passende en voldoende waarborgen bieden in technisch en vakkundig opzicht en wat hun onafhankelijkheid betreft. Steeds onder uitdrukkelijke verwijzing naar artikel 9, lid 1, van richtlijn 83/189 wees de Commissie erop, dat Frankrijk op grond van de uitgebrachte uitvoerig gemotiveerde mening verplicht was, zes maanden te wachten met de goedkeuring van het besluit. Zij noemde 19 mei 1994 als einde van de termijn. Bovendien werd Frankrijk gewezen op de verplichting om de Commissie mee te delen hoe zij met de uitvoerig gemotiveerde mening rekening dacht te houden. Aan het slot van haar uitvoerig gemotiveerde mening wees de Commissie erop, dat, indien geen rekening zou worden

gehouden met haar opmerkingen, deze mening als een aanmaningsbrief in de zin van artikel 226 EG, en het antwoord van de Franse regering als opmerkingen in de zin van artikel 226 EG, zou worden beschouwd.

6. Bij brief van 9 augustus 1994 antwoordde de Franse regering, dat de Commissie zelf de noodzaak van de harmonisatie van de voorschriften inzake stoffen die met levensmiddelen in aanraking komen, heeft erkend. De communautaire wetgeving die ter zake reeds is uitgevaardigd of waarover wordt beraadslaagd, wordt niet gekenmerkt door wederzijdse erkenning, maar door volledige harmonisatie. De Franse regering betoogt verder, dat het meegeerde ontwerp-besluit een bepaling inzake wederzijdse erkenning bevat. De formulering is identiek aan die in het besluit betreffende elastomeren uit silicone, die de Commissie destijds heeft aanvaard. In deze brief wordt niet ingegaan op de door de Commissie vermelde juridische kwalificatie van de uitvoerig gemotiveerde mening als aanmaningsbrief en van een eventueel antwoord van de Franse regering als opmerkingen in de zin van artikel 226 EG.

7. Op 9 november 1994 werd het Franse besluit vastgesteld zonder de door de Commissie geëiste uitdrukkelijke erkenningsbepalingen. Op 5 januari 1995 deelde de Franse regering de vastgestelde tekst aan de Commissie mee.

8. Aansluitend hierop vonden besprekingen plaats tussen de diensten van de Commissie

en de Franse autoriteiten, zonder dat echter tussen de partijen overeenstemming kon worden bereikt.

9. Op 3 december 1997 deed de Commissie de Franse Republiek krachtens artikel 226 EG een met redenen omkleed advies toekomen. Hierin beriep zij zich, zoals in haar brief van 20 februari 1994, op onverenigbaarheid van de artikelen 2, 4, 5 en 7 van het Franse besluit met het gemeenschapsrecht, en inzonderheid met het vrije goederenverkeer (artikel 28 EG). Het besluit staat immers enkel het gebruik van de in de voormelde bepalingen opgesomde producten toe. Het bevat geen bepaling die de wederzijdse erkenning regelt van in andere lidstaten of in staten die partij zijn bij de EER-overeenkomst wettig in het verkeer gebrachte goederen en van de daar verrichte controles. Bovendien beschouwde de Commissie de voorafgaande vergunningsprocedures als een onevenredige beperking van het vrije goederenverkeer, inzonderheid sedert de inwerkingtreding van richtlijn 89/397/EEG van de Raad van 14 juni 1989 inzake de officiële controle op levensmiddelen<sup>3</sup>, en richtlijn 93/43/EEG van de Raad van 14 juni 1993 inzake levensmiddelenhygiëne.<sup>4</sup> Onder verwijzing naar artikel 226 EG verzocht zij Frankrijk haar wetgeving binnen een termijn van twee maanden in overeenstemming met het gemeenschapsrecht te brengen.

10. Bij brief van 18 februari 1998 antwoordde de Franse regering dat het betwiste besluit reeds bepalingen bevatte, die wederzijdse erkenning waarborgen. Zij

verwees inzonderheid naar artikel 5 van het besluit, dat een erkenningsbepaling voor de in bijlage II bij het besluit geregelde zuiverheidscriteria bevat. De wederzijdse erkenning van controles en tests en van de hierop betrekking hebbende certificaten wordt gewaarborgd door de verwijzing, in bijlage III bij het besluit, naar het besluit van 14 september 1992. Wat ten slotte de wederzijdse erkenning van technische voorschriften, normen, enzovoort betreft, stelde de Franse regering voor om in het besluit een nieuw artikel 4 bis op te nemen, dat een in een ander besluit gebruikte en door de Commissie goedgekeurde bepaling zou overnemen. Het opnemen van een bepaling inzake wederzijdse erkenning van normen en productieprocessen achtte de Franse regering evenwel niet gerechtvaardigd of opportuun. De brief werd besloten met de wens dat de betreffende voorschriften spoedig zouden worden geharmoniseerd en de opmerking dat de lidstaten krachtens de artikelen 7, lid 2, en 11 van richtlijn 89/109/EEG van de Raad van 21 december 1988 betreffende de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten inzake materialen en voorwerpen bestemd om met levensmiddelen in aanraking te komen<sup>5</sup>, bevoegd zijn om verder hun nationale wetgeving toe te passen. Ook deze brief bevatte geen uitspraak over de juridische kwalificatie van de verschillende stukken.

11. Op 15 april en 9 juni 1998 volgde verdere briefwisseling tussen de Commissie en de Franse regering over de formulering van het voorgestelde nieuwe artikel 4 bis, zonder dat tussen de partijen overeenstemming kon worden bereikt.

3 — PB L 186, blz. 23.

4 — PB L 175, blz. 1.

5 — PB 1989, L 40, blz. 38.

12. Bij akte van 8 juni 1999, die op 15 juni 1999 ter griffie van het Hof is neergelegd, heeft de Commissie tegen Frankrijk beroep ingesteld.

#### IV — Argumenten van partijen

13. De Commissie meent dat haar beroep ontvankelijk is. De precontentieuze procedure heeft vóór de indiening van het verzoekschrift een normaal verloop gehad. Artikel 226 EG bepaalt enkel dat de lidstaat eerst in de gelegenheid moet worden gesteld zijn opmerkingen over de verweten niet-nakoming te maken, en dat hij in een tweede fase de mogelijkheid heeft zich te voegen naar het met redenen omkleed advies. Artikel 226 EG bepaalt niet in welke vorm de brieven van de Commissie moeten zijn gesteld. Bijgevolg verzet dit artikel zich niet tegen de kwalificatie van een uitvoerig gemotiveerde mening als aanmaningsbrief. Het is enkel van belang dat voldaan wordt aan het vereiste, dat de lidstaat voldoende nauwkeurig in kennis wordt gesteld van het voorwerp van de niet-nakomingsprocedure, zodat hij zich tegen de aangevoerde grief kan verweren. Er is geen onzekerheid voor de Franse Republiek. De Commissie heeft op ondubbelzinnige wijze haar visie op de richtlijn uiteengezet en het ligt volledig in handen van de Franse regering, of de omstandigheid waaronder een mening tot een aanmaningsbrief wordt, intreedt of niet.

14. Ten gronde voert de Commissie verder een schending van de door artikel 28 EG gewaarborgde vrijheid van goederenver-

keer aan. Bij gebrek aan harmonisatie van het gemeenschapsrecht op het vlak van producten van elastomeren en rubber die met levensmiddelen in aanraking kunnen komen, zijn de lidstaten bevoegd voor het uitvaardigen van voorschriften inzake de productie en het in het verkeer brengen van deze voorwerpen. De nationale voorschriften moeten evenwel in overeenstemming zijn met het gemeenschapsrecht. Het bestreden besluit is strijdig met het gemeenschapsrecht, voorzover het de verkoop van in andere lidstaten wettig geproduceerde rubber producten in Frankrijk verbiedt, wanneer zij niet aan de bepalingen van het besluit voldoen. Het in het besluit gestelde vereiste van een voorafgaande vergunning is enkel verenigbaar met de vrijheid van goederenverkeer indien wordt voorzien in een eenvoudige en snelle procedure op grond waarvan de marktdeelnemers een wijziging van de bijlagen I en II bij het besluit kunnen verkrijgen. Daarom is een bepaling inzake wederzijdse erkenning vereist. Een eenvoudige administratieve praktijk waarbij in bepaalde gevallen erkenning mogelijk is, zoals de Franse regering voorstelt, beantwoordt niet aan deze vereisten.

15. Artikel 5 van het besluit bevat weliswaar een zekere flexibiliteit betreffende de zuiverheidscriteria van de in bijlage II vermelde stoffen, maar de lijst van monomeren, uitgangsstoffen en modificatoren in tabel B van bijlage I wordt door het besluit als een uitputtende regeling voorgesteld en ook de lijst van additieven in bijlage II wordt als een uitputtende opsomming voorgesteld.



16. Door de invoeging van een bepaling inzake wederzijdse erkenning zou de inachtneming van het evenredigheidsbeginsel in het kader van artikel 30 EG worden gewaarborgd. De bescherming van de gezondheid behoort weliswaar tot de erkende overwegingen van algemeen belang, maar het bestreden besluit gaat verder dan noodzakelijk is, door geen gelijkwaardige regelingen van andere lidstaten te erkennen. Zelfs een formulering waardoor nationale autoriteiten en rechters de mogelijkheid zouden hebben om in individuele gevallen over de toelating van een product te beslissen, voldoet niet aan de vereisten van rechtszekerheid en transparantie. Een dergelijke regeling zou de marktdeelnemers niet voldoende over hun rechten informeren.

17. Met betrekking tot de door de Franse regering aangehaalde bepaling inzake wederzijdse erkenning, die in een andere context in een Frans besluit is opgenomen, stelt de Commissie om te beginnen, dat het bestreden besluit tot nog toe geen dergelijke bepaling bevat, maar dat het slechts gaat om een Frans voorstel tot wijziging van het besluit. Bij de beoordeling of al dan niet sprake is van niet-nakoming dient evenwel te worden uitgegaan van de versie van het besluit op het ogenblik dat het met redenen omkleed advies is uitgebracht.

18. De Franse Republiek acht het beroep niet-ontvankelijk. Door de informatieprocedure op grond van richtlijn 83/189 en de niet-nakomingsprocedure op grond van artikel 226 EG aan elkaar te koppelen, schendt de Commissie de hiërarchie der normen. De uitlegging die de Commissie aan richtlijn 83/189 geeft, is in strijd met

artikel 226 EG, dat voorziet in een procedure in drie fasen: aanmaning, met redenen omkleed advies en beroep.

19. Daarenboven is de gelijkstelling van een uitvoerig gemotiveerde mening in de zin van richtlijn 83/189 met een aanmaning in strijd met het onderscheid tussen voorbereidende handelingen enerzijds en verbindende rechtshandelingen anderzijds. Het in het kader van de informatieprocedure op grond van richtlijn 83/189 meegeerde ontwerp is nog niet in werking getreden. Er bestaat dus nog geen inbreuk die aanleiding kan zijn tot een aanmaning.

20. Ten slotte stelt de Franse regering schending van het recht om te worden gehoord. Door de gelijkstelling van uitvoerig gemotiveerde mening en aanmaning verliest Frankrijk een mogelijkheid om in het kader van de niet-nakomingsprocedure een standpunt in te nemen.

21. Ten gronde betoogt de Franse regering, dat richtlijn 89/109 voorziet in de harmonisatie van de voorschriften betreffende stoffen die met levensmiddelen in aanraking kunnen komen. Op basis van deze kaderrichtlijn had onder meer een richtlijn over rubber moeten worden vastgesteld. Aangezien dit echter tot op heden niet is gebeurd, zag de Franse regering zich genoodzaakt, om redenen van bescherming van de gezondheid zelf voorschriften uit te vaardigen. De kennisgeving van het ontwerp van het bestreden besluit had ook tot

doel, de harmonisatie op dit gebied te bevorderen.

22. Volgens de Franse regering neemt het besluit ook het evenredigheidsbeginsel in acht. Volgens de rechtspraak kan een lidstaat, indien de harmonisatie nog niet is gerealiseerd, zelf het niveau van bescherming van de gezondheid bepalen. Hij kan zelfs bepalen dat een voorafgaande vergunning is vereist. Daarbij moeten technische of chemische analyses of in andere lidstaten verrichte laboratoriumproeven enkel in aanmerking worden genomen. De Franse regering heeft dit in het kader van de toepassing van het bestreden besluit nooit betwist. Het opnemen van een uitdrukkelijke bepaling inzake wederzijdse erkenning is volgens de rechtspraak niet vereist. Van belang is enkel dat de mogelijkheid van erkenning daadwerkelijk wordt gewaarborgd.

23. De stelling van de Commissie is ook onhoudbaar voorzover zij een bepaling inzake wederzijdse erkenning, analoog met die welke in het bestreden besluit wordt gebruikt, in een andere context als geldig heeft aanvaard.

## V — Analyse

### 1. *Ontvankelijkheid van het beroep*

24. Om te beginnen rijst de vraag, of het beroep van de Commissie ontvankelijk is.

Hierover bestaat twijfel, voorzover de Commissie Frankrijk een uitvoerig gemotiveerde mening in de zin van artikel 9, lid 1, van richtlijn 83/189 heeft doen toekomen, maar dat schrijven, voor het geval er geen gevolg aan zou worden gegeven, als aanmaning in de zin van artikel 226 EG heeft gekwalificeerd. Er dient te worden onderzocht, of deze handelwijze aan de vereisten van artikel 226 EG beantwoordt.

25. In haar beschikking van 13 september 2000, Commissie/Nederland (C-341/97, Jurispr. blz. I-6611), heeft de Vijfde kamer van het Hof deze vraag ontkennend beantwoord. Zij heeft haar oordeel gegrond op de overweging, dat het zenden van een aanmaning in de zin van artikel 226 EG het bestaan van een niet-nakoming veronderstelt. Op het ogenblik van de verzending van een uitvoerig gemotiveerde mening in de zin van richtlijn 83/189 kan de lidstaat zich nog niet schuldig hebben gemaakt aan een niet-nakoming, aangezien de in het kader van de informatieprocedure meegeerde rechtshandeling slechts als onderwerp bestaat. Het aanvaarden van een voorwaardelijke aanmaning, waarvan het bestaan afhangt van de handelwijze van de betrokken lidstaat, voldoet niet aan het vereiste van rechtszekerheid. De inachtneming van dit beginsel is evenwel absoluut noodzakelijk in procedures die op een rechtsgeding kunnen uitlopen.<sup>6</sup>

26. Met die beslissing moet worden ingestemd. Krachtens artikel 226 EG verloopt de niet-nakomingsprocedure in drie stappen. Eerst moet de lidstaat met het zenden

<sup>6</sup> — Zie punten 18-20 van de beschikking.

van een aanmaning in de gelegenheid zijn gesteld zijn opmerkingen te maken, dan brengt de Commissie een met redenen omkleed advies uit en pas daarna kan het beroep op ontvankelijke wijze worden ingesteld.

27. In de onderhavige zaak is de eerste fase aan de orde, namelijk de gelegenheid om opmerkingen te maken. Volgens vaste rechtspraak vervult de aanmaning twee functies: zij waarborgt dat een lidstaat wordt gehoord en bakent het toekomstige onderwerp van het geschil af.<sup>7</sup> De handelwijze van de Commissie ten aanzien van Frankrijk kan derhalve enkel rechtmatig zijn, wanneer het koppelen van de uitvoerig gemotiveerde mening aan de aanmaning deze twee functies laat bestaan.

28. De garantie van het recht te worden gehoord lijkt in deze context minder problematisch. Het is juist dat in casu twee procedures met een verschillend doel met elkaar worden vermengd, zoals de Franse regering stelt. De procedure op grond van richtlijn 83/189 dient om toekomstige niet-nakomingen te vermijden. De juridische situatie moet op voorhand, nog voor er sprake is van een niet-nakoming, worden uitgeklaard, en in onderling overleg moet een met het gemeenschapsrecht verenigbare oplossing worden uitgewerkt. In zoverre betreft het een preventieve procedure. De niet-nakomingsprocedure, die met de aanmaning begint, is daarentegen repressief.

Zij dient om de naleving van de communautaire rechtsorde te herstellen.

29. Daardoor wordt het recht van de betrokken lidstaat om te worden gehoord echter niet geschonden. Door de koppeling van uitvoerig gemotiveerde mening en aanmaning vervalt weliswaar een mogelijkheid van de betrokken lidstaat om opmerkingen te maken; het recht om te worden gehoord, betekent echter enkel dat de gelegenheid moet worden geboden om opmerkingen te maken, maar niet dat dit meermaals moet gebeuren. Wanneer de Commissie een uitvoerig gemotiveerde mening uitbrengt waarin zij uiteenzet dat en waarom een wetsontwerp niet verenigbaar is met het gemeenschapsrecht, is de lidstaat evenzeer verplicht de overwegingen van de Commissie te onderzoeken en hierover een standpunt in te nemen, als in geval van het zenden van een aanmaning. Dit wordt door de handelwijze van de Commissie en Frankrijk in de onderhavige zaak bevestigd. In de uitvoerig gemotiveerde mening van 20 februari 1994 wordt de Franse regering uitdrukkelijk aangemaand om, zoals bepaald in artikel 9, lid 1, van richtlijn 83/189 in de versie van richtlijn 88/182, de Commissie verslag te doen over het gevolg dat zij voornemens is te geven aan de uitvoerig gemotiveerde mening. En de Franse regering heeft bij brief van 9 augustus 1994 geantwoord, dat zij de opvatting van de Commissie onjuist achtte. Wat dit betreft, is er geen verrassing meer, zoals de Franse regering ter zitting stelde. Hieruit moet dan ook worden afgeleid, dat de door de Commissie gekozen procedure het recht om te worden gehoord, eerbiedigt, en in zoverre verenigbaar is met artikel 226 EG.

7 — Arresten van 28 maart 1985, *Commissie/Italië* (274/83, Jurispr. blz. 1077, punt 19), en 29 juni 1995, *Commissie/Italië* (C-135/94, Jurispr. blz. I-1805, punt 5).

30. Bij de toetsing van de tweede functie van de aanmaning, het voorwerp van het geschil af te bakenen, rijzen evenwel juridische bezwaren ten aanzien van de handelwijze van de Commissie. Volgens vaste rechtspraak moeten aan de aanmaning geen overdreven vereisten worden gesteld. Zij moet evenwel een eerste beknopte samenvatting van de bezwaren van de Commissie bevatten.<sup>8</sup> Het met redenen omkleed advies dat in voorkomend geval in een tweede fase wordt uitgebracht op basis van de uiteenzetting in de aanmaning, moet het voorwerp van het geschil van een mogelijke toekomstige niet-nakomingsprocedure duidelijk vastleggen. Het moet een coherente, gedetailleerde uiteenzetting bevatten van de redenen die de Commissie tot de overtuiging hebben gebracht, dat de betrokken lidstaat een van de krachtens het Verdrag op hem rustende verplichtingen niet is nagekomen.<sup>9</sup>

31. De handelwijze van de Commissie voldoet niet aan dit vereiste. In gevallen als het onderhavige, waarin het meegeerde ontwerp nadien zonder enige wijziging wordt goedgekeurd, kan er weliswaar geen rechtsonzekerheid zijn over het toekomstige voorwerp van het geschil, maar de lidstaat zou bijvoorbeeld gedeeltelijk rekening kunnen houden met de kritiek van de Commissie in de uitvoerig gemotiveerde mening. Dan kan het zeker onduidelijk zijn, of en in hoeverre de Commissie de juridische tekst, die slechts gedeeltelijk in de door haar voorgestelde zin is gewijzigd, nog als strijdig met het gemeenschapsrecht beschouwt. In deze situatie rijst de vraag van de rechtszekerheid.

8 — Arresten van 28 maart 1985, reeds aangehaald (voetnoot 7), punt 21, en 29 juni 1995, reeds aangehaald (voetnoot 7), punt 7.

9 — Arrest van 29 juni 1995, reeds aangehaald (voetnoot 7), punt 7.

32. De situatie is ook onduidelijk, wanneer tussen de uitvoerig gemotiveerde mening en het vaststellen van een nationale juridische tekst een lange periode verstrijkt. Tijdens deze periode zou het gemeenschapsrecht of het nationale recht kunnen veranderen, zodat de Commissie het ontwerp dan anders zou beoordelen. Ook in dit geval zou het niet voldoende duidelijk zijn, of al dan niet sprake is van een niet-nakoming.

33. Bijgevolg kan de door de Commissie gekozen koppeling van de informatieprocedure aan de niet-nakomingsprocedure leiden tot onzekerheid over de beoordeling van de juridische toestand door de Commissie en in zoverre over het toekomstige voorwerp van het geschil.

34. Er zou kunnen worden tegengeworpen, dat de onzekerheid wordt weggenomen door het toezenden van het met redenen omkleed advies. Dit lijkt echter onvoldoende. Enerzijds verstrijkt tussen het antwoord van de lidstaat en het toezenden van het met redenen omkleed advies opnieuw een zekere periode, gedurende welke het onduidelijk is of de Commissie de procedure nog wel voortzet. Anderzijds bevat de achteraf, door de vervulling van de opschortende voorwaarde, als aanmaningsbrief gekwalificeerde brief geen eerste afbakening van het voorwerp van het geschil meer, wanneer de rechtstoestand door het vaststellen van nieuw nationaal of gemeenschapsrecht wordt gewijzigd. In dit opzicht voldoet de handelwijze van de Commissie niet aan de vereisten van artikel 226 EG.

35. De hier voorgestelde oplossing moet niet als een zuiver formalisme worden beschouwd, wanneer naast de uitvoerig gemotiveerde mening de toezending wordt gevorderd van een aanmaningsbrief met grotendeels dezelfde inhoud als de mening. Het onderscheid tussen deze twee documenten is vereist om de aangehaalde redenen van rechtszekerheid en om de volgende materieelrechtelijke reden: op het ogenblik van de informatieprocedure is er nog geen niet-nakoming, doch enkel de dreiging ervan. Op het ogenblik van de toezending van de aanmaningsbrief daarentegen is er reeds een niet-nakoming, aangenomen dat de analyse van de Commissie juist is.

36. Dit verschil in rechtssituatie heeft gevolgen voor de houding van de lidstaten. De urgentie waarmee de lidstaat moet handelen, is verschillend. In het eerste geval handelt de lidstaat verdragsconform zolang hij het besluit niet uitvaardigt. In het tweede geval is de lidstaat echter verplicht onmiddellijk te handelen en een verdragsconforme toestand te herstellen. Ook dit onderscheid op grond van de verschillende rechtssituatie rechtvaardigt, naast het vereiste van rechtszekerheid, dat tussen beide een duidelijk formeel onderscheid wordt gemaakt.

37. Om deze redenen moet een onderscheid worden gemaakt tussen de uitvoerig gemotiveerde mening in de zin van artikel 9 van de richtlijn en de aanmaningsbrief in de zin van artikel 226 EG. De koppeling ervan door het inlassen van een opschortende voorwaarde is onverenigbaar met artikel 226 EG.

38. Derhalve moet worden vastgesteld, dat de Commissie de precontentieuze procedure niet overeenkomstig artikel 226 EG heeft gevoerd, zodat het beroep niet-ontvankelijk moet worden verklaard.

## 2. *Subsidiair: ten gronde*

39. Voor het geval dat het Hof deze opvatting niet volgt en het beroep ontvankelijk acht, wordt hierna subsidiair de gegrondheid van het beroep onderzocht.

40. De regeling van het bestreden besluit vormt een maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve beperking voorzover zij enkel het in het verkeer brengen van de in artikel 2 juncto bijlage I en artikel 4 juncto bijlage II opgesomde stoffen en verbindingen toestaat. Frankrijk rechtvaardigt deze maatregel door het vereiste van een daadwerkelijke bescherming van de volksgezondheid, en de Commissie erkent deze rechtvaardigingsgrond in beginsel ook. Betwist is enkel, of het bij het besluit ingevoerde principiële verbod onder voorbehoud van goedkeuring evenredig is. De volgende overwegingen zijn dan ook tot dit aspect beperkt.

41. Op gebieden waar geen harmonisatie van het gemeenschapsrecht plaatsvindt, zijn de lidstaten in beginsel bevoegd in toela-

tingsprocedures te voorzien voor goederen die bestemd zijn om op hun grondgebied in het verkeer te worden gebracht.<sup>10</sup> De autoriteiten van de lidstaten moeten evenwel aan een verlichting van de controles in het intracommunautaire handelsverkeer bijdragen en rekening houden met de technische of chemische analyses of laboratoriumproeven die reeds in een andere lidstaat zijn verricht.<sup>11</sup> De controlemaatregelen van de lidstaten mogen niet verder gaan dan noodzakelijk is. De betrokken lidstaat heeft de bewijslast om aan te tonen dat de gekozen maatregelen noodzakelijk zijn voor de bescherming van de gezondheid van personen.<sup>12</sup>

42. Een principieel verbod voor andere dan in het Franse besluit vermelde stoffen, gekoppeld aan de mogelijkheid om in individuele gevallen producten met andere stoffen op grond van goedkeuring door de overheid toe te laten, is geschikt om de bescherming van de volksgezondheid te waarborgen. De vraag is echter, of het ook noodzakelijk is voor de bescherming van de volksgezondheid. Hieraan kan getwijfeld worden, voorzover een bepaling inzake wederzijdse erkenning, zoals door de Commissie wordt gevorderd, een erkenning in individuele gevallen overbodig maakt, en er dus een minder ingrijpend middel ter bereiking van het nagestreefde doel ter beschikking staat.

10 — Arresten van 17 december 1981, Frans-Nederlandse Maatschappij voor Biologische Producten (272/80, Jurispr. blz. 3277, punt 14), en 17 september 1998, Harpegnies (C-400/96, Jurispr. blz. I-5121, punt 33).

11 — Arrest Harpegnies, reeds aangehaald (voetnoot 10), punt 35.

12 — Arrest van 25 mei 1993, Commissie/Italië (C-228/91, Jurispr. blz. I-2701, punt 27).

43. Volgens het bestreden besluit moet elk rubber product dat met levensmiddelen in aanraking kan komen, ongeacht of het in een andere lidstaat al dan niet reeds aan controle is onderworpen, een toelatingsprocedure doorlopen. Wanneer daarbij blijkt dat het product een niet in bijlage I vermelde grondstof in de zin van artikel 2 bevat, moet volgens artikel 1 van het besluit de toelating worden geweigerd. Enkel voor hulpstoffen in de zin van artikel 4 voorziet artikel 5 van het besluit in de erkenning van andere stoffen voorzover deze reeds in andere lidstaten werden gecontroleerd.

44. De Franse regering heeft niet uiteengezet, waarom de uitputtende opsomming in de bijlagen I en II vereist is om een ruimere bescherming van de volksgezondheid te waarborgen, en evenmin aangetoond dat er binnen de Gemeenschap geen alternatieven bestaan voor haar beschermingsniveau en de in Frankrijk toegepaste controleprocedures, om de beoogde bescherming van de volksgezondheid te bereiken. In haar brief van 9 augustus 1994 heeft zij enkel gesteld, dat de voorschriften van het besluit gebaseerd zijn op een advies van de Conseil supérieur d'hygiène publique de France. Deze kan evenwel niet de enige instantie zijn, die voor de bescherming van de volksgezondheid toereikende normen inzake het gebruik van rubber producten die met levensmiddelen in aanraking komen, kan opstellen. De door de Commissie aangereikte oplossing, te weten de erkenning van andere controles en de hierover opgestelde rapporten, is een maatregel die het vrije goederenverkeer in mindere mate beperkt en even geschikt is om een voldoende bescherming van de volksgezondheid te waarborgen.

45. De bereidheid van Frankrijk om onderzoeksresultaten in individuele gevallen in aanmerking te nemen, kan aan deze vaststelling geen afbreuk doen. Om te beginnen waarborgt de tekst van het besluit niet, dat de Franse autoriteiten in individuele gevallen een controle zullen verrichten. Voor de marktdeelnemers is dan ook niet zonder meer duidelijk, of een dergelijke toelating in het concrete geval kan worden toegekend. Daarenboven moet het resultaat van de controle in een individueel geval eerst nog tot een wijziging van de lijsten van de bijlagen I en II bij het besluit leiden. Deze procedure voor toelating in individuele gevallen zou de intracommunautaire handel onnodig belemmeren en is derhalve onevenredig.

46. Om deze redenen zou het Franse besluit een onevenredige beperking van het vrije goederenverkeer opleveren. Het zou dan ook in strijd zijn met artikel 28 EG.

## VI — Kosten

47. Overeenkomstig artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voorzover dit is georderd. Frankrijk heeft niet geconcludeerd tot verwijzing van de Commissie in de kosten. Bijgevolg zal elke partij haar eigen kosten dragen.

## VII — Conclusie

48. Op grond van deze overwegingen geef ik het Hof in overweging als volgt te oordelen:

„1) Het beroep wordt niet-ontvankelijk verklaard.

2) Beide partijen worden in hun eigen kosten verwezen.”