

- De Commissie heeft bij haar analyse niet aan haar verplichting voldaan om, alvorens een te hoge betaling of financiering te constateren, de werkelijke kosten van de betrokken projecten en de werkelijke financieringsbijdragen uit andere bron en de correcte berekeningen van de uitwisselingen in aanmerking te nemen, alvorens te bepalen of Ierland de limiet van 75 % betaling uit het ESF heeft geschonden.
2. Gesteld wordt dat de afwijzing door de Commissie van verzoeksters argumenten in deze zaak schending oplevert van een fundamentele rechtsregel inzake het functioneren van de structuurfondsen en van de in de beschikking aangegeven beginselen.
 3. Ook wordt gesteld dat de door de Commissie gekozen handelwijze in geen enkele verhouding staat tot het beoogde resultaat, gelet op de toenemende doelmatigheid van de betrokken projecten en de aard van de begunstigde van het project. Een dergelijke benadering komt in wezen neer op het opleggen van een boete terwijl de begunstigde zich niet aan enig vergrijp heeft schuldig gemaakt.
 4. Tot slot stelt verzoekster dat de handelwijze van de Commissie in strijd is met het rechtszekerheids- en het vertrouwensbeginsel.
2. Is het voor de kwalificatie van belang dat het product volgens de gebruiksaanwijzing al roerend in water of yoghurt moet worden opgelost? Of is beslissend de toestand waarin het wordt ingevoerd?
 3. Wanneer het Hof vaststelt dat het betrokken product een geneesmiddel is, maar een levensmiddel blijft in de lidstaten waar het dat reeds was, ziet de verwijzende rechter zich met problemen geconfronteerd als die bedoeld in de vragen B VI, juncto B III; de verwijzende rechter verwijst naar die vragen en de toelichting erop en verzoekt om beantwoording daarvan.
 4. Indien „Lactobact omni FOS” een levensmiddel (voedingssupplement) is, is het dan een nieuw voedingmiddel in de zin van verordening (EG) nr. 258/97 van het Europees Parlement en de Raad van 27 januari 1997 betreffende nieuwe voedingsmiddelen en nieuwe voedsel ingrediënten (PB L 43, blz. 1) (hierna: „NV-verordening”)? Hoe verhouden de verschillende wettelijke grondslagen zich tot elkaar?
- B. Voor het geval dat over de onder A gestelde vragen (over de indeling) — zoals tot op heden — niet door het Hof maar door de nationale rechter dient te worden beslist, wordt evenwel om aanwijzingen verzocht voor een juiste beoordeling vanuit gemeenschapsrechtelijk oogpunt van de vragen onder A 2, voorzover het gemeenschapsrecht daarop betrekking heeft.

Bovendien rijzen de volgende vragen:

- I. a) Vindt de kwalificatie van het litigieuze product plaats overeenkomstig artikel 2, eerste en tweede alinea, juncto derde alinea, sub d, van verordening (EG) nr. 178/2002 van het Europees Parlement en de Raad van 28 januari 2002 tot vaststelling van de algemene beginselen en voorschriften van de levensmiddelenwetgeving, tot oprichting van een Europese Autoriteit voor voedselveiligheid en tot vaststelling van procedures voor voedselveiligheidsaangelegenheden (PB L 31, blz. 1; hierna: „basisverordening”) dan wel — na afloop van de omzettingstermijn op 31 juli 2003 — overeenkomstig richtlijn 2002/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van 10 juni 2002 betreffende de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten inzake voedingssupplementen (PB L 183, blz. 51; hierna: „voedingssupplementenrichtlijn”), en in voorkomend geval krachtens welke onderdelen van de richtlijn?
- b) Indien artikel 2, eerste en tweede alinea, juncto derde alinea, sub d, van de basisverordening toepasselijk is, doet zich de volgende vraag voor: is het juist dat het dominerende (objectieve) gebruiksdoel van het product niet meer beslissend is, maar dat integendeel een product dat zowel aan de voorwaarden voor een levensmiddel als aan die voor een geneesmiddel voldoet, juridisch altijd — uitsluitend — een geneesmiddel is? In hoeverre is hierbij de soort en in hoeverre het in het concrete geval betrokken product van belang?

Verzoek van het Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen van 7 mei 2003 om een prejudiciële beslissing in het geding tussen HLH Warenvertriebs GmbH en Bondsrepubliek Duitsland, vertegenwoordigd door het Bondsministerie van Consumentenbescherming, Voedselvoorziening en Landbouw; in de procedure tussengekomen partij: de Vertreter des öffentlichen Interesses bij het Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen (vertegenwoordiger van het algemeen belang bij het Oberverwaltungsgericht)

(Zaak C-211/03)

(2003/C 200/14)

Het Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen heeft bij beschikking van 7 mei 2003, ingekomen ter griffie van het Hof van Justitie op 15 mei 2003, in het geding tussen HLH Warenvertriebs en Bondsrepubliek Duitsland, vertegenwoordigd door het Bondsministerie van Consumentenbescherming, Voedselvoorziening en Landbouw; in de procedure tussengekomen partij: de Vertreter des öffentlichen Interesses bij het Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen (vertegenwoordiger van het algemeen belang bij het Oberverwaltungsgericht), het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen verzocht om een prejudiciële beslissing over de navolgende vraag:

- A. 1. Is het litigieuze product

„Lactobact omni FOS”

een levensmiddel (mogelijk in de vorm van een voedingssupplement) of een geneesmiddel? Geldt deze kwalificatie voor alle lidstaten?

II. Hoe dient het voor de kwalificatie van producten — onder andere krachtens artikel 2, eerste en tweede alinea, juncto derde alinea, sub d, van de basisverordening wezenlijke begrip „farmacologische werking” gemeenschapsrechtelijk te worden gedefinieerd?

Maakt met name de noodzaak van een risico voor de gezondheid deel uit van de definitie?

III. Geldt het door het Hof in het arrest van 30 november 1983, Van Bennekom (C-227/82, Jurispr. blz. 3883) in punt 39 bij de algemene beoordeling van vitaminepreparaten uitgesproken oordeel dat de invoer van een in de lidstaat van productie als levensmiddel verhandelbaar product door afgifte van een vergunning voor het in de handel brengen mogelijk moet zijn, wanneer het in de invoerende lidstaat als geneesmiddel wordt beschouwd, doch verlening van een handelsvergunning verenigbaar is met de eisen van gezondheidsbescherming, ook voor de onderhavige soort probiotische producten en blijft het Hof, het latere gemeenschapsrecht in aanmerking genomen bij zijn standpunt?

IV. a) Voorzover het begrip „risico voor de gezondheid” bedoeld in vraag II of III of in verband met andere desbetreffende bepalingen van gemeenschapsrecht, zoals de artikelen 28 en 30 EG, relevant is: Dient van het zogenoemde Upper-Safe-Level te worden uitgegaan of kan daarvan worden afgeweken, bijvoorbeeld omdat de betrokken stoffen ook reeds met de voeding worden ingenomen en/of omdat mogelijk — althans bij langdurige inname — met verschillende groepen consumenten en hun uiteenlopende mate van gevoeligheid rekening moet worden gehouden?

b) Is een, naar nationaal recht door de rechter slechts beperkt toetsbare beoordelingsbevoegdheid van de gespecialiseerde autoriteiten bij de — individuele — vaststelling van het Upper-Safe-Level en, in voorkomend geval, bij de — individuele — afwijkingen ervan in strijd met het gemeenschapsrecht?

V. a) Is het voor het vrij verhandelen als levensmiddel (voedingssupplement) in Duitsland van een product dat ten minste in een andere lidstaat als levensmiddel mag worden verhandeld, van betekenis dat de bevoegde Duitse autoriteit in wezen te kennen geeft dat in Duitsland „geen voedingsbehoefte” voor het product bestaat?

b) Bij een bevestigend antwoord: is een beoordelingsbevoegdheid waarover de autoriteit naar nationaal recht in dit opzicht beschikt, die door de rechter slechts beperkt is te toetsen in overeenstemming met het gemeenschapsrecht?

VI. Wanneer het Hof de vragen onder III met betrekking tot het arrest „Van Bennekom” bevestigend beantwoordt en er in het onderhavige geval geen onverenigbaarheid met de eisen van gezondheidsbescherming is: hoe kan het recht op een vergunning voor het in de handel brengen van het product geldend

worden gemaakt? Kan het aangevraagde algemeen besluit in de zin van § 47 a LMBG zonder schending van het gemeenschapsrecht worden geweigerd, omdat het product volgens de Duitse kwalificatie een geneesmiddel is, terwijl het in de lidstaat van productie als levensmiddel verhandelbaar is? Is het in overeenstemming met het gemeenschapsrecht, met name met de artikelen 28 en 30 EG, om artikel § 47 a LMBG niet naar analogie op dergelijke geneesmiddelen toe te passen? Indien deze vraag ontkennend wordt beantwoord: kan de Bondsrepubliek Duitsland zich zonder schending van het gemeenschapsrecht onttrekken aan een bevel van de Duitse rechter tot vaststelling van een algemeen besluit krachtens § 47 a LMBG (naar analogie) met het argument, dat zij of de voor levensmiddelen bevoegde autoriteit, echter niet de voor geneesmiddelen bevoegde autoriteit, tegenwerpt dat, aangezien het volgens de Duitse kwalificatie een geneesmiddel betreft, een algemeen besluit krachtens § 47 a LMBG (naar analogie) niet mogelijk is omdat

a) voor geneesmiddelen de voor de vaststelling van een algemeen besluit krachtens § 47 a LMBG bevoegde autoriteit niet bevoegd is,

b) een toelating als geneesmiddel ontbreekt

VII. Voor het geval dat, gezien de antwoorden van het Hof, het betrokken product een levensmiddel (mogelijk ook voedingssupplement), maar in ieder geval geen geneesmiddel blijkt te zijn, dient de Senat zich te buigen over de toepasselijkheid van de NV-verordening, die prevaleert boven § 47 a LMBG en mogelijk het procesbelang in casu teniet kan doen. Derhalve vraagt de Senat:

Hoe dient de zinsnede „tot dusver [...] niet in significante mate [...] zijn gebruikt” in artikel 1, lid 2, NV-verordening te worden uitgelegd? Is het voldoende dat in de Nederlandse Staatscourant van 16 februari 1995 een met het litigieuze product vergelijkbaar probioticum Ecologic 316 verhandelbaar is verklaard en dat volgens de rekening van 20 mei 1996 Ecologic 316 aan verzoekster is geleverd? Aan welke voorwaarden moet tenminste zijn voldaan om van een bestaande significante mate van gebruik in de zin van artikel 1, lid 2, NV-verordening te kunnen uitgaan? Wat is het aanknopingspunt voor de zinsnede „tot dusver [...] niet”?

VIII. Wanneer het Hof de vragen onder A niet zelf beantwoordt, kan de nationale rechter zich dan met vragen over de kwalificatie van producten, natuurwetenschappelijke vragen of methodologische vragen wenden tot de Europese Autoriteit voor voedselveiligheid en in hoeverre is de nationale rechter gebonden aan eventuele door deze instantie verstrekte inlichtingen? Bestaat er alleen voor de gemeenschapsrechter een mogelijkheid (of, in voorkomend geval, een verplichting) om de inlichtingen te toetsen, of eveneens voor de nationale rechter die om de inlichtingen heeft verzocht?