

**Interdepartementale Commissie
Europees Recht (ICER)**

Aan: de Minister van Justitie
Schedelhoekshaven 100
2500 GX Den Haag

Datum

29 april 1999

Doorkiesnummer

(070) 3 48 65 65

Onderwerp

Advies inzake het voorstel voor een richtlijn
betreffende bepaalde juridische aspecten van
de elektronische handel in de interne markt

Hierbij bieden wij u het advies betreffende het voorstel van de Commissie voor een richtlijn betreffende bepaalde juridische aspecten van de elektronische handel in de interne markt aan. De ICER heeft dit advies opgesteld op verzoek van het interdepartementale coördinatieoverleg richtlijnvoorstel juridische aspecten van elektronische handel ten behoeve van de onderhandelingen in Brussel in de Raadswerkgroep juridische aspecten van elektronische handel.

Voor een samenvatting verwijzen wij u naar pagina 1 tot en met 5 van het advies.

Namens de Interdepartementale Commissie Europees Recht,

drs. Th.J.A.M. de Bruijn
(eerste voorzitter)

prof. mr. C.P.M. Cleiren
(tweede voorzitter)

*Postadres Secretariaat ICER:
Kamer 4A63
Postbus 20 061
2500 EB DEN HAAG*

fax: (070) 3 48 51 28

**Interdepartementale Commissie
Europees Recht (ICER)**

Deel A

Samenvatting advies betreffende het voorstel van de Commissie voor een richtlijn betreffende bepaalde juridische aspecten van de elektronische handel in de interne markt

Aanleiding

Op verzoek van het interdepartementale coördinatieoverleg richtlijnvoorstel juridische aspecten van elektronische handel (hierna: coördinatieoverleg) heeft de ICER ten behoeve van de onderhandelingen in Brussel een vijftal aspecten van deze ontwerp- richtlijn onderzocht.

De stand van de onderhandelingen op dit moment in Brussel is als volgt. De onderhandelingen over de artikelen van de ontwerp-richtlijn verkeren nog in het beginstadium. Aanvankelijk is in Brussel gesproken over doel en strekking ontwerp-richtlijn. Op 15 en 16 april 1999 is voor de eerste maal vergaderd over de inhoud van de artikelen: artikel 1 ontwerp-richtlijn is aan de orde geweest. Het advies van de ICER kan dus nog betrokken worden bij de lopende onderhandelingen en daarop invloed uitoefenen. Het is voor toekomstige adviezen nuttig de onderhandelaars na afloop van de onderhandelingen te vragen in hoeverre zij met het ICER-advies uit de voeten konden en op welke punten zij veranderingen wenselijk achten. Te denken valt aan de omvang van het advies, de beschikbaarheid van een leidraad voor de onderhandelaars, de bruikbaarheid van de juridische argumenten en het moment waarop het advies betrokken wordt bij de onderhandelingen. Van deze terugkoppeling van de onderhandelaars zal verslag worden gedaan in de ICER.

Doel en wenselijkheid richtlijn

Doel van de richtlijn is het scheppen van een juridisch raamwerk voor de elektronische handel in de interne markt dat bestaande barrières wegneemt en voorkomt dat via de weg van het nationale recht nieuwe barrières worden opgeworpen.

Bij brief van 8 februari 1999 van de Staatssecretaris van Buitenlandse Zaken (Kamerstukken II 1998-1999, 22 112, nr. 109) is het fische over de ontwerp-richtlijn aan de Tweede Kamer aangeboden. Blijkens het fische steunt Nederland de uitgangspunten van de ontwerp-richtlijn. Aan de ICER is gevraagd de juridische merites van de ontwerp-richtlijn te beoordelen. Dienaangaande komt de ICER tot de volgende bevindingen.

Oordeel ICER concept richtlijn

De ontwerp-richtlijn is zodanig ingewikkeld en ondoorzichtig in elkaar gezet dat zij meer vragen oproept dan beantwoordt. De wetgevingskwaliteit van de ontwerp-richtlijn is dermate beneden de maat dat de ICER de ontwerp-richtlijn in deze vorm niet aanvaardbaar acht. De ontwerp-richtlijn voldoet niet aan algemene elementaire beginselen van behoorlijke wetgeving als duidelijkheid, eenvoudigheid en nauwkeurigheid. Het Interinstitutioneel Akkoord van 22 december 1998 tussen Europees Parlement, Raad en Commissie betreffende de gemeenschappelijke richtsnoeren voor de redactionele kwaliteit van de communautaire wetgeving (PbEG 1999, C 73/1) noodzaakt ertoe de ontwerp-richtlijn kritisch te toetsen op de in dit akkoord vastgelegde richtsnoeren.

De ingewikkeldheid van de ontwerp-richtlijn vloeit voort uit het gekozen concept. De ontwerp-richtlijn hinkt op drie gedachten. In de richtlijn is gekozen voor een combinatie van (1) een groot gebied van onderlinge erkenning van nationale regelingen en (2) een beperkt gebied waar voor harmonisatie van nationale regelingen wordt gekozen. Bij gevolg is het terrein waarop het lidstaten wordt verboden het vrije dienstenverkeer te belemmeren veel breder dan het terrein waarop de richtlijn daadwerkelijke harmonisatie bevat. Daarnaast blijft (3) een aantal bestaande harmonisatierichtlijnen naast de ontwerp-richtlijn van toepassing. De verhouding tussen onderlinge erkenning van nationale regelingen, harmonisatie van nationale regelingen en het van toepassing blijven van een aantal bestaande harmonisatierichtlijnen is onduidelijk. Met name is onduidelijk of er niet op onderdelen van een overlapping sprake is tussen de onderlinge erkenning van nationale regelingen en het van toepassing blijven van een aantal bestaande harmonisatierichtlijnen

Het gekozen concept wijkt af van wat gebruikelijk is binnen de communautaire rechtsorde. Meestal komt via secundaire wetgeving harmonisatie in de plaats van de uitzonderingen van het EG-verdrag; omgekeerd blijven die uitzonderingen relevant, voor zover er niet wordt geharmoniseerd. Doordat de richtlijn voor het overgrote deel uitgaat van de onderlinge erkenning van nationale regelingen, worden aan de lidstaten over de gehele linie bevoegdheden ontnomen, terwijl openbare orde en andere uitzonderingen op het EG-verdrag alleen kunnen worden ingeroepen na voorafgaande toestemming van de Commissie via een zware procedure. Op het vlak van de negatieve integratie gaat de ontwerp-richtlijn dus verder dan het primaire recht, terwijl er slechts mondjesmaat communautaire harmonisatie voor in de plaats komt. Het verbieden van bepaalde aspecten van de elektronische handel (op basis van bijvoorbeeld bescherming van minderjarigen, volksgezondheid en consument) wordt dus veel moeilijker bij aanvaarding van de ontwerp-richtlijn.

De vraag is of Nederland dit ondoorzichtige concept van de ontwerp-richtlijn als een gegeven moet ervaren dan wel moet opteren voor een ander concept om het doel van de richtlijn te bereiken.

Beleidsopties voor onderhandelaars

1) Nederland kan opteren voor handhaving van het bestaande concept van de ontwerp-richtlijn maar daarbij in de onderhandelingen tal van verbeteringen voorstellen om de richtlijn helder en werkbaar te maken. De vraagstelling van het coördinatieoverleg aan de ICER is gericht op interpretatie van de huidige tekst van de ontwerp-richtlijn. Het advies van de ICER is dan ook gericht op een beantwoording van de aan haar gestelde vragen. De door de ICER gedane oplossingsrichtingen staan vermeld in het advies (deel B) en - samengevat en geordend- in de leidraad voor de onderhandelaars (deel C).

2) Nederland kan in de onderhandelingen er echter ook voor kiezen niet uit te gaan van de bestaande tekst van de ontwerp-richtlijn maar naar voren te brengen dat de nationale regelingen op het gebied van de elektronische handel geharmoniseerd moeten worden. Dit zal echter een zeer omvangrijke en tijdrovende exercitie zijn, zodat aan het realiteitsgehalte in ieder geval op korte termijn valt te twifelen.

3) Tenslotte kan worden overwogen -met handhaving van het uitgangspunt van onderlinge erkenning - in de onderhandelingen naar voren te brengen dat de ontwerp-richtlijn op meer punten dan thans het geval is daadwerkelijke harmonisatie tot stand moet brengen. Op deze wijze ontstaat meer duidelijkheid wat lidstaten wel en niet mogen.

Conclusie

De vraagstelling van het coördinatieoverleg aan de ICER is gericht op interpretatie van een deel van de huidige tekst van de ontwerp-richtlijn. De ICER baseert zich in haar advies dan ook op de tekst van de ontwerp-richtlijn. De wetgevingskwaliteit van de ontwerp-richtlijn is dermate beneden de maat dat de ICER de ontwerp-richtlijn in deze vorm niet aanvaardbaar acht.

Naast het opteren van handhaving van het bestaande concept van de ontwerp-richtlijn met voorstellen voor verbetering kan in de onderhandelingen ook gekozen worden voor harmonisatie van de nationale regelingen op het gebied van de elektronische handel dan wel een meer vergaande harmonisatie dan waarvan sprake is in de ontwerp-richtlijn met behoud van een beperkter gedeelte van nationale regelingen die onderling erkend worden.

De ICER is in ieder geval van oordeel dat bij handhaving van het gekozen concept van de ontwerp-richtlijn, nog los van de wetgevingskwaliteit, tal van verbeteringen noodzakelijk zijn. Doordat het gekozen concept van de ontwerp-richtlijn dermate onhelder is kan de ICER in veel gevallen niet meer dan oplossingsrichtingen bieden.

Het advies van de ICER geeft een antwoord op de door het coördinatieoverleg gestelde vragen (deel B). Aan het advies is een leidraad voor de onderhandelaars toegevoegd (deel C). Om wille van de hanteerbaarheid van

het advies voor de onderhandelaars wordt in de leidraad niet de volgorde van de vragen aangehouden maar worden de door de ICER uit het concept van de ontwerp-richtlijn voortvloeiende gesignaleerde problemen besproken en worden de door de ICER aangedragen oplossingsrichtingen aangegeven.

Het is voor toekomstige adviezen nuttig de onderhandelaars na afloop van de onderhandelingen te vragen in hoeverre zij met het ICER-advies uit de voeten konden en op welke punten zij veranderingen wenselijk achten. Van deze terugkoppeling van de onderhandelaars zal verslag worden gedaan in de ICER.

Deel B

Advies betreffende het voorstel van de Commissie voor een richtlijn betreffende bepaalde juridische aspecten van de elektronische handel in de interne markt

1. Inleiding

- 1.1. Door het interdepartementale coördinatieoverleg richtlijn-voorstel juridische aspecten van elektronische handel (hierna: coördinatieoverleg) is ten behoeve van de onderhandelingen in Brussel in de Raadswerkgroep juridische aspecten van elektronische handel advies aan de ICER gevraagd over een vijftal aspecten van bovengenoemde ontwerp-richtlijn. De overige aspecten van de ontwerp-richtlijn worden in dit advies, gelet op de gestelde vragen, niet behandeld. De ICER tekent hierbij aan, dat zij zich bewust is van het feit dat er tussen alle artikelen van de ontwerp-richtlijn een samenhang behoort te zijn en dat alle artikelen in die zin moeten worden gelezen. Niettemin concludeert de ICER op basis van de in dit advies behandelde aspecten, dat de structuur van de ontwerp-richtlijn meer vragen oproept dan beantwoordt. *Gelet op het Interinstitutioneel Akkoord van 22 december 1998 betreffende de gemeenschappelijke richtsnoeren voor de redactionele kwaliteit van de communautaire wetgeving (PbEG 1999, C 73/1) verdient het aanbeveling de Commissie te vragen de redactie van de ontwerp-richtlijn nog eens te bezien op duidelijkheid, eenvoudigheid en nauwkeurigheid.*
- 1.2. Het coördinatieoverleg heeft advies gevraagd over het volgende vijftal aspecten.
 - A) de reikwijdte van artikel 1, lid 3, ontwerp-richtlijn in relatie tot artikel 3, lid 2.
Aan de ICER wordt gevraagd wat deze artikelen betekenen voor:
 - nationale maatregelen die weliswaar niet door een EG-richtlijn uitdrukkelijk worden voorgeschreven, maar wel mogelijk gemaakt door een dergelijke richtlijn;
 - maatregelen die hun rechtvaardiging vinden in artikel 129 A, lid 3, EG-verdrag, of eventuele vergelijkbare bepalingen;

- B) de reikwijdte van het begrip "gecoördineerd gebied" zoals omschreven in artikel 2, onder f, ontwerp-richtlijn en toegepast in artikel 3 ontwerp-richtlijn.
 In dit verband wordt ook gevraagd naar de betekenis van de uitzonderingen op het oorsprongslandbeginsel (zie artikel 3 ontwerp-richtlijn), als genoemd in artikel 22, lid 2, ontwerp-richtlijn (dit artikel verwijst naar bijlage II van de ontwerp-richtlijn). Bijzondere aandacht wordt gevraagd voor de als uitzondering genoemde consumentencontracten. De vraag wordt gesteld of bij consumentencontracten in de precontractuele fase en ander recht geldt dan in de contractuele fase.
 Daarnaast wordt aandacht gevraagd voor de verhouding van het oorsprongslandbeginsel als genoemd in artikel 3, lid 1, ontwerp-richtlijn met artikel 59 EG-verdrag.
- C) de betekenis van artikel 22, lid 3, ontwerp-richtlijn. Het interdepartementale coördinatieoverleg juridische aspecten spreekt met name zijn zorgen uit over de in dit artikel vastgelegde zwaarte van de procedure van melding van door de ontwerp-richtlijn toegestane nationale maatregelen. Het coördinatieoverleg vraagt of er precedenten voorhanden in andere bestaande richtlijnen zijn, en, zo ja, of er jurisprudentie van het EG-Hof van Justitie voorhanden is over dergelijke precedenten.
- D) de vraag of de in artikel 23 ontwerp-richtlijn voorgestelde comitologieprocedure niet te licht is vanwege de aan de Commissie toebedeelde bevoegdheden in de artikelen 8, lid 3, 9, lid 3, 20 en 22, lid 1, sub c, ontwerp-richtlijn.
- E) de betekenis van artikel 3, lid 3, ontwerp-richtlijn, dat bepaalt dat lid 1 van artikel 3 slechts van toepassing is op de bepalingen van de artikelen 9, 10 en 11 voor zover de wetgeving van de lidstaat ingevolge zijn belangen van internationaal privaatrecht van toepassing is, voor bestaande i.p.r.-verdragen.

- 1.3. Gezien het feit dat de aspecten A en B nauw met elkaar samenhangen zal de ICER deze twee aspecten gezamenlijk behandelen.
 De ICER heeft zich in haar advies gebaseerd op de inhoud van de ontwerp-richtlijn als vermeld in PbEG 1999 C 30/4, alsmede de toelichting op de ontwerp-richtlijn als vermeld in COM (1998) 586 def., die zijn bijgevoegd.
- 1.4. De ICER wijst erop op dat de aspecten waarover advies wordt gevraagd niet los van elkaar kunnen worden gezien; daarom moeten ze in onderlinge samenhang moeten worden gelezen. Om de onderlinge samenhang meer inzichtelijk te maken, wordt het advies voorafgegaan van een samenvatting, waarin omwille van deze inzichtelijkheid niet wordt uitgegaan van de volgorde van de vijf aspecten waarover het coördinatieoverleg advies heeft gevraagd.

- 1.5. De door de ICER gedane aanbevelingen zijn veelal afhankelijk van de beleidskeuzes die door Nederland bij de onderhandelingen kunnen worden ingenomen. De ICER zal waar relevant de daarbij passende beleidskeuzes aangeven. De door de ICER gedane aanbevelingen zijn cursief weergegeven.

2. Inhoud en doelstelling van de ontwerp-richtlijn

- 2.1. Voordat op dit vijftal aspecten zal worden ingegaan, zal kort de inhoud en de doelstelling van de ontwerp-richtlijn worden aangegeven. Dit teneinde de aspecten in het bredere kader van de ontwerp-richtlijn te zien. Het doel van de ontwerp-richtlijn is het scheppen van een juridisch raamwerk voor de elektronische handel in de interne markt dat bestaande barrières wegneemt en voorkomt dat nieuwe barrières worden opgeworpen langs de weg van het nationale recht van de lidstaten (zie overweging (6) ontwerp-richtlijn). Dit gebeurt door het regelen van vijf onderling samenhangende onderwerpen.

Deze vijf onderwerpen zijn:

- a) *De vestigingsplaats van dienstverleners van de informatiemaatschappij*
De ontwerp-richtlijn verbiedt lidstaten een systeem van voorafgaande toestemming voor het verlenen van deze diensten (artikel 4), geeft door middel van een definitie duidelijkheid omtrent de plaats van vestiging van de service provider (artikel 2, onder c) en regelt een algemene informatieplicht van providers (artikel 6). Meer in het algemeen gaat de ontwerp-richtlijn volgens de toelichting uit van het oorsprongbeginsel: het recht van het land van de aanbieder is van toepassing (oorsprongsbeginsel).
- b) *Commerciële berichten en mededelingen*
De ontwerp-richtlijn geeft regels waaraan berichten met een commerciële strekking moeten voldoen, bijvoorbeeld dat deze als zodanig herkenbaar moeten zijn en dat duidelijk moet zijn van wie zij afkomstig zijn (artikel 10). Verder bepaalt de ontwerp-richtlijn dat elektronisch berichtenverkeer in gereguleerde beroepen moet voldoen aan de normale regels van beroepsethiek en stimuleert het opstellen van gedragscodes op dit punt door beroepsorganisaties op beroepsniveau (artikel 8).
- c) *Elektronisch contracteren*
De ontwerp-richtlijn verplicht lidstaten om, behoudens enkele specifieke uitzonderingen, het elektronisch totstandkomen van overeenkomsten rechtens mogelijk te maken (artikel 11). Ter ondersteuning van juridische duidelijkheid geeft de ontwerp-richtlijn tevens enkele materieelrechtelijke normen omtrent de bij het

elektronisch sluiten van overeenkomsten te verstrekken informatie, alsmede het moment van het totstandkomen van de overeenkomst (idem).

d) *Aansprakelijkheid van tussenpersonen*

De ontwerp-richtlijn bepaalt dat een tussenpersoon voor het enkele verlenen van toegang tot een communicatienetwerk of het enkele doorgeven van door een ander verstrekte informatie geen schadevergoeding verschuldigd kan zijn, mits hij niet zelf het initiatief voor het doorgeven heeft genomen, hij niet bepaalt wie ontvanger van de informatie zal zijn en hij de informatie niet selecteert of wijzigt. Dit laat echter de mogelijkheid van een rechterlijk verbod of bevel onverlet (artikel 12). Soortgelijke uitzonderingen zijn onder bepaalde voorwaarden opgenomen voor "caching" (d.i. de automatische en tijdelijke opslag van informatie met het enkele doel het later op verzoek verder doorgeven van die informatie efficiënter te doen plaatsvinden)(artikel 13) en "hosting"(de opslag op verzoek van een gebruiker van door deze verstrekte informatie). Verder bepaalt de ontwerp-richtlijn dat dienstverleners van de informatiemaatschappij geen algemene onderzoeksplicht ten aanzien van de door hen doorgegeven of opgeslagen informatie mag worden opgelegd (artikel 14). De ontwerp-richtlijn heeft volgens de toelichting zowel betrekking op civielrechtelijke- als strafrechtelijke aansprakelijkheid.

e) *Geschillenbeslechting en implementatie*

De ontwerp-richtlijn regelt de bevordering van (zelfregulerende) gedragscodes op gemeenschapsniveau. Zij bepaalt dat in de elektronische omgeving methoden van buitengerechtelijke geschillenregeling moeten kunnen worden toegepast, ook in elektronische vorm, en verzekert de inachtneming van bepaalde beginselen van behoorlijke rechtspraak wanneer daarbij consumenten betrokken zijn (artikel 17). De ontwerp-richtlijn verzekert de mogelijkheid van het nemen van effectieve voorlopige maatregelen tegen vermeend inbreukmakende activiteiten met het oog op het voorkomen van (verdere) schade (artikel 18). Zij bevordert de onderlinge samenwerking van nationale autoriteiten op het gebied van implementatie, handhaving en informatieverstrekking aan gebruikers (artikel 19).

- 2.2. Voorts zondert de ontwerp-richtlijn enkele maatschappelijke en juridische gebieden onder bepaalde voorwaarden uit van de toepassing van de richtlijn (artikel 22) en stelt de oprichting voor van een uit vertegenwoordigers van de lidstaten bestaand comité die de Europese Commissie adviseert over de uitoefening van de in de ontwerp-richtlijn toegekende bevoegdheden (artikel 23).

3. Vijf aspecten van de ontwerp-richtlijn

Zoals hiervoor reeds is aangegeven, zullen, gelet op de nauwe samenhang tussen de vraagpunten A en B, deze gezamenlijk behandeld worden.

A) en B)

- inhoud artikelen 1 en 3 ontwerp-richtlijn en de verhouding tussen deze artikelen;

- relatie artikel 3, lid 1, ontwerp-richtlijn (oorsprongslanbeginsel) met artikel 59 EG-verdrag;

- reikwijdte artikel 2, onder f (definitie gecoördineerd gebied);

- betekenis artikel 22, lid 2 (uitzonderingen op artikel 3 - oorsprongslanbeginsel-); consumentencontracten.

3.1. inhoud artikelen 1 en 3 ontwerp-richtlijn en de verhouding tussen deze artikelen.

inhoud artikelen 1 en 3 ontwerp-richtlijn

- 3.1.1. Artikel 1 ontwerp-richtlijn bepaalt wat de hoofddoelstelling van de richtlijn is, namelijk dat, na inwerkingtreding van deze richtlijn, met betrekking tot diensten van de informatiemaatschappij, behoudens afwijkingen, ten volle profijt kan worden getrokken van het vrij verkeer van diensten van informatie tussen lidstaten. Diensten van de informatiemaatschappij worden in artikel 2, onder a, ontwerp-richtlijn omschreven als: "elke dienst die normaal tegen vergoeding op afstand, langs elektronische weg, en op individueel verzoek van de afnemer van diensten wordt verricht". In het derde lid van artikel 1 wordt gepreciseerd dat de richtlijn een aanvulling vormt op het communautaire recht dat op de diensten van de informatiemaatschappij van toepassing is, en het huidige niveau, dat door communautaire rechtsinstrumenten, met inbegrip van die welke voor de inwerkingtreding van de interne markt, voor de bescherming van de volksgezondheid en de consument is vastgesteld, onverlet laat.
- 3.1.2. De tekst van artikel 1, lid 3, ontwerp-richtlijn roept een aantal vragen op. In de eerste plaats is onduidelijk wat moet worden verstaan onder het communautaire recht dat op de diensten van de informatiemaatschappij van toepassing is. De vraag doet zich voor, in het geval dat sprake is van richtlijnen die uitgaan van een niveau van minimumharmonisatie waarbij de lidstaten de mogelijkheid wordt geboden, met inachtneming van hun verplichtingen voortvloeiend uit het verdrag, verderreikende nationale voorschriften te handhaven of aan te nemen, in hoeverre deze verderreikende nationale voorschriften ook onder het communautaire recht vallen.
- 3.1.3. De ICER is van oordeel dat uit de tekst van artikel 1, lid 3, en uit overweging (14) ontwerp-richtlijn moet worden afgeleid dat dergelijke nationale voorschriften niet onder het communautaire recht vallen. Lidstaten hebben weliswaar de mogelijkheid maatregelen te nemen c.q. te handhaven m.b.t. diensten van de informatiemaatschappij op hun eigen grondgebied, maar dergelijke maatregelen mogen volgens artikel 3, lid 2, ontwerp-richtlijn niet

worden toegepast op diensten vanuit andere lidstaten, tenzij onder de voorwaarden van artikel 22, lid 3, ontwerp-richtlijn (zie hierna, onder C).

- 3.1.4. In de tweede plaats rijst de vraag in hoeverre de woorden "het huidige niveau" beletten dat wijzigingen van bestaande richtlijnen dan wel toekomstige richtlijnen op diensten van de informatiemaatschappij van toepassing blijven bij toepassing van de ontwerp-richtlijn. De ICER leidt uit de tekst van artikel 1, lid 3, ontwerp-richtlijn, gelezen in samenhang met de overwegingen (10), (11) en (14) ontwerp-richtlijn, af dat de ontwerp-richtlijn alleen het huidige niveau van richtlijnen onverlet laat. *Bij wijziging van bestaande richtlijnen dan wel toekomstige richtlijnen zal naar het oordeel van de ICER telkens in deze richtlijnen afzonderlijk moeten worden bepaald dat deze van toepassing zijn naast de ontwerp-richtlijnen. Naar het oordeel van de ICER verdient het de voorkeur dit in het dispositief ontwerp-richtlijn tot uitdrukking te brengen.*
- 3.1.5. Artikel 3 ontwerp-richtlijn heeft tot doel het in artikel 59 EG-verdrag vervatte beginsel van een vrij verkeer van diensten ten uitvoer te leggen. In artikel 3, lid 1, ontwerp-richtlijn wordt bepaald welke lidstaat verantwoordelijk is voor het toezicht op de wettigheid van een dienst van de informatiemaatschappij. Verantwoordelijk is de lidstaat waar de dienstverlener is gevestigd. Andere lidstaten moeten zich van toezicht onthouden. Dit betekent dat in beginsel het recht van het land van oorsprong van toepassing is op door dienstverleners verrichte diensten van de informatiemaatschappij. In het tweede lid wordt bepaald dat lidstaten geen diensten van de informatiemaatschappij, die uit een andere lidstaat afkomstig zijn, mogen beperken om redenen betreffende het in deze richtlijn gecoördineerde gebied. "Gecoördineerd gebied" wordt in artikel 2, onder f, ontwerp-richtlijn omschreven als: "de vereisten die van toepassing zijn op de dienstverleners op het gebied van de informatiemaatschappij en op de diensten van de informatiemaatschappij".

Onduidelijke verhouding artikelen 1 en 3 ontwerp-richtlijn

- 3.1.6. De verhouding tussen de artikelen 1 en 3 ontwerp-richtlijn is niet duidelijk. Artikel 1, lid 3, geeft aan dat de richtlijn aanvullend is aan het bestaande communautaire recht dat op de diensten van de informatiemaatschappij van toepassing is en dat de richtlijn het huidige niveau, dat door communautaire rechtsinstrumenten, met inbegrip van die welke voor de werking van de interne markt, voor de bescherming van de volksgezondheid en de consument alsmede commerciële communicatie is vastgesteld, onverlet laat. De ICER leidt uit de term "aanvullend" af dat bestaande richtlijnen naast de ontwerp-richtlijn onverkort van toepassing zijn. Tussen de ontwerp-richtlijn en de bestaande richtlijnen bestaat noch een hiërarchie van normen, noch een *lex specialis-lex generalis* verhouding. De ontwerp-richtlijn en de onder artikel 1, lid 3, ontwerp-richtlijn vallende richtlijnen bestaan naast elkaar, omdat zij geacht worden verschillende onderwerpen te regelen. Artikel 3, lid 2, ontwerp-richtlijn gaat daarentegen uit van de wederzijdse erkenning van nationale

regelingen op het gebied van de elektronische handel. Lidstaten hebben weliswaar de mogelijkheid maatregelen te nemen c.q. te handhaven m.b.t. diensten van de informatiemaatschappij op hun eigen grondgebied, maar dergelijke maatregelen mogen volgens artikel 3, lid 2, ontwerp-richtlijn niet worden toegepast op diensten vanuit andere lidstaten, tenzij onder de voorwaarden van artikel 22, lid 3, ontwerp-richtlijn. Voor zover op basis van de harmonisatierichtlijnen dan wel op basis van artikel 100 A, lid 4, of artikel 129 A, lid 2, EG-verdrag de mogelijkheid bestaat verdergaande maatregelen te nemen mogen deze maatregelen niet worden toegepast op diensten uit andere lidstaten. De onduidelijke verhouding tussen de artikelen 1 en 3 ontwerp-richtlijn wordt ook veroorzaakt doordat de ontwerp-richtlijn slechts in beperkte harmonisatie voorziet (Hoofdstukken II en III). Bijgevolg is het terrein waarop het lidstaten wordt verboden het vrije dienstenverkeer te belemmeren (artikel 3, lid 2, ontwerp-richtlijn) veel breder dan het terrein waarop de ontwerp-richtlijn daadwerkelijke harmonisatie bevat. In de ontwerp-richtlijn moet artikel 3, lid 2 daarom op een zodanige wijze worden aangepast dat het niveau van bescherming van de lidstaat van ontvangst voldoende gewaarborgd blijft.

- 3.1.7. De ontwerp-richtlijn en de onder artikel 1, lid 3, ontwerp-richtlijn vallende richtlijnen bestaan dus naast elkaar, omdat zij geacht worden verschillende onderwerpen te regelen. Bij de toepassing van de ontwerp-richtlijn en een onder artikel 1, lid 3, ontwerp-richtlijn vallende richtlijnen kunnen conflicten ontstaan. Een voorbeeld ter illustratie.
- 3.1.8. Het voorbeeld heeft betrekking op geneesmiddelen. De vraag rijst in hoeverre het aan de lidstaat van ontvangst volgens artikel 3, leden 1 en 2, ontwerp-richtlijn nog is toegestaan op te treden, in het geval dat een consument via internet een geneesmiddel in de lidstaat van oorsprong bestelt (d.w.z de lidstaat waar de dienstverlener is gevestigd), dat daar vrij verkrijgbaar is, terwijl datzelfde geneesmiddel in de lidstaat van ontvangst (d.w.z de lidstaat waar de afnemer is gevestigd) uitsluitend op medisch recept verkrijgbaar is en er een apotheekhoudende verantwoordelijk is voor de aflevering. Uit de tekst van artikel, leden 1 en 2, ontwerp-richtlijn zou kunnen worden afgeleid dat de nationale geneesmiddelenregelgeving van de lidstaat waar de internet-dienst is gevestigd (de lidstaat van oorsprong) de geneesmiddelenregelgeving van de lidstaat van de afnemer (lidstaat van ontvangst) terzijde schuift. Dit kan grote gevolgen hebben voor bijvoorbeeld de afleveringstaak van apotheekhoudenden.
- 3.1.9. Richtlijn nr. 65/65/EEG van de Raad van 26 januari 1965 betreffende de aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen inzake farmaceutische specialiteiten (PbEG 1965, blz. 369) en Richtlijn nr. 75/319/EEG van de Raad van 20 mei 1975 betreffende de aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen inzake farmaceutische specialiteiten (PbEG L 147/13), zoals laatstelijk gewijzigd door Richtlijn 93/39/EEG (PbEG 1993, L 214), verbinden het op de markt brengen van een geneesmiddel aan het bezit

van een veelal nationale vergunning. (Alleen voor geneesmiddelen die via de gecentraliseerde procedure op de markt worden gebracht, is dit anders). Interstatelijke handel in geneesmiddelen wordt hierdoor dus bemoeilijkt. Omdat de vergunningen op grond van dezelfde criteria worden verleend in alle EU-lidstaten en vaak dezelfde producten op de verschillende markten worden verhandeld is er een specifiek systeem voor de parallel-groothandel van geneesmiddelen ontwikkeld, waarbij een specifieke procedure voor de constatering dat een geneesmiddel gelijk is aan het in het land van invoer toegelaten geneesmiddel. De handel in een geneesmiddel via internet zoals geregeld door het communautaire geneesmiddelenrecht conflicteert aldus met de ontwerp-richtlijn, in het bijzonder met art. 3, lid 1, ontwerp-richtlijn.

3.1.10. Daarnaast stelt Richtlijn nr. 92/26/EEG van de Raad van 31 maart 1992 betreffende de indeling van geneesmiddelen voor menselijk gebruik (PbEG L 113/5) algemene criteria op voor de indeling van geneesmiddelen. Er is hierbij sprake van een beperkte mate van harmonisatie (m.a.w. gedeeltelijke harmonisatie). Aangezien elke lidstaat in de implementatie evenwel een andere lijst hanteert welke geneesmiddelen onder de categorie "uitsluitend op medisch recept afleverbaar" (kortweg UR-geneesmiddel genoemd) vallen, kan worden gesteld dat er grote verschillen zijn tussen de lidstaten. Deze verschillen zijn volgens het huidige niveau van communautair recht toegestaan (zie art. 1, lid 3). Zo kan het zijn, dat een afnemer van de dienst langs elektronische weg bij een dienstverlener van de informatiemaatschappij in een andere lidstaat een geneesmiddel bestelt dat daar vrij verkrijgbaar is maar in de lidstaat van de afnemer uitsluitend op recept verkrijgbaar is. De afnemer/consument omzeilt zodoende zonder geneeskundig voorschrift (recept) van een arts de UR-status van een geneesmiddel zoals dat is vastgelegd in de lidstaat van de afnemer. Ook de aflevering door apothekhoudenden van UR-geneesmiddelen, zoals in Nederland de Wet op de geneesmiddelenvoorziening bepaalt, wordt dan terzijde geschoven.

3.1.11. Het gevolg van toepassing artikel 3 ontwerp-richtlijn voor de geneesmiddelensector kan zijn, dat de wet- en regelgeving van de lidstaat met de laagste gezondheidsbeschermings-normering ("geneesmiddel X is zonder medisch recept vrij verkrijgbaar") bepalend zal zijn in geval van grensoverschrijdende aankoop en aflevering van geneesmiddelen via internet.

3.1.12. *Gelet op het voorgaande is de ICER van oordeel dat de verhouding tussen de artikelen 1 en 3 ontwerp-richtlijn onduidelijk is. Enerzijds biedt artikel 1, lid 3, ontwerp-richtlijn, gelezen in samenhang met overweging (10), (11) en (14) aan lidstaten van ontvangst de mogelijkheid een beroep te doen op bestaande harmonisatierichtlijnen. Anderzijds gaat artikel 3, lid 2, ontwerp-richtlijn uit van een wederzijdse erkenning van nationale regelingen, voor zover vervat in de definitie van gecoördineerd gebied. De ICER heeft hiervoor geen pasklare oplossingen. Voorzover Nederland bij de onderhandelingen over artikel 3 blijft uitgaan van de beleidskeuze van de gedachte van de wederzijdse erkenning van nationale regelingen kan gedacht*

worden aan de volgende drie oplossingsrichtingen.

3.1.13. *Een eerste oplossingsrichting is de criteria voor toezicht die door de lidstaat van oorsprong gehanteerd moeten worden, in artikel 3, lid 1, ontwerp-richtlijn uit te schrijven. De criteria zouden bijvoorbeeld betrekking kunnen hebben op de openbare orde, de bescherming van de volksgezondheid, de openbare veiligheid en de bescherming van de consument. Bij deze oplossingsrichting zou ook lid 2 van artikel 3 ontwerp-richtlijn vervangen moeten worden door een minimumclausule. Een dergelijke clausule zou eveneens betrekking kunnen hebben op de hiervoor genoemde vier criteria. De ICER wijst in dit verband ook op de in artikel 14 Richtlijn nr. 97/7/EG van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 1997 betreffende de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten (PbEG L 144/19) opgenomen minimumclausule.*

Een tweede oplossingsrichting is de tekst van artikel 3 ontwerp-richtlijn in tact te laten maar Bijlage II ontwerp-richtlijn uit te breiden met de in overweging (14) ontwerp-richtlijn genoemde richtlijnen. Dit gezien het feit dat in artikel 22, lid 2, ontwerp-richtlijn de in bijlage II genoemde gebieden van de werkingssfeer van artikel 3 ontwerp-richtlijn worden uitgezonderd.

3.1.14. *Een derde oplossingsrichting is de in artikel 3 opgenomen onderlinge erkenningsregeling te verlaten en de nationale regelingen op het gebied van de informatiemaatschappij en op het gebied van de diensten van de informatiemaatschappij te harmoniseren. Gelet op het karakter van de ontwerp-richtlijn zou dit echter een zeer omvangrijke en tijdrovende exercitie zijn, zodat aan het realiteitsgehalte op afzienbare termijn daarvan valt te twifelen. Wèl zou kunnen worden overwogen om -met handhaving van het uitgangspunt van onderlinge erkenning- er naar te streven dat de ontwerp-richtlijn op meer punten dan thans het geval is daadwerkelijke (minimum-)harmonisatie tot stand brengt. Daarmee zou immers ten minste op die punten zijn gewaarborgd dat handhaving door het oorsprongsland op een ook voor andere lidstaten aanvaardbaar minimaal niveau plaatsvindt.*

3.2. relatie artikel 3, lid 1, ontwerp-richtlijn (oorsprongslandbeginsel) met artikel 59 EG-verdrag

3.2.1. Zoals hierna uiteen wordt gezet (punt 3.2.3.), heeft artikel 3 van de ontwerp-richtlijn tot doel het in artikel 59 EG-verdrag vervatte beginsel van een vrij verkeer van diensten ten uitvoer te leggen. Het eerste lid bepaalt dat de lidstaat van oorsprong bevoegd is toezicht uit te oefenen op zijn grondgebied gevestigde dienstverleners die diensten van de informatiemaatschappij leveren. De bepaling is daarmee een conflictregel: alleen de lidstaat van oorsprong is bevoegd toezicht uit te oefenen op dienstverleners. Andere lidstaten moeten zich van toezicht onthouden.

3.2.2. Dit betekent dat in beginsel het recht van het land van oorsprong van

toepassing is op door dienstverleners verrichte diensten van de informatiemaatschappij (behoudens artikel 22, lid 2, juncto Bijlage II van de ontwerp-richtlijn). Vestiging door de dienstverlener is het criterium voor het bepalen van jurisdictie (zie voor een omschrijving artikel 2, sub c, ontwerp-richtlijn).

- 3.2.3. Aangaande de relatie van artikel 3, lid 1, ontwerp-richtlijn tot artikel 59 EG-verdrag komt de ICER tot de volgende bevindingen. De ICER wijst erop dat het oorsprongslidbeginsel niet noodzakelijkerwijs uit artikel 59 EG-verdrag en de daarop betrekking hebbende jurisprudentie van het EG-Hof van Justitie voortvloeit. Wel vloeit uit de jurisprudentie van het Hof voort dat de wetgever een keuzemogelijkheid heeft dit beginsel te vestigen. De ICER wijst op het arrest van het EG-Hof van Justitie van 13 mei 1997, zaak C-233/94, Duitsland/ Parlement en Raad, Jur. 1997, blz. I-2405, punt 64). Bij keuze voor het oorsprongslidbeginsel in de secundaire wetgeving blijft het recht van de lidstaat van ontvangst geheel buiten toepassing (behoudens uitzonderingen).
- 3.2.4. Daarnaast merkt de ICER op dat de ontwerp-richtlijn aan de lidstaat van ontvangst als zodanig niet het recht geeft diensten van de informatiemaatschappij, die uit de lidstaat van oorsprong afkomstig zijn, te verbieden voorzover sprake is van uitzonderingen op het vrije dienstenverkeer als genoemd in de artikelen 55 en 56 EG-verdrag. Weliswaar wordt in de ontwerp-richtlijn artikel 66 EG-verdrag (onder meer) als rechtsbasis gekozen. Dit artikel 66 verwijst voor wat betreft de uitzonderingen op het vrij dienstenverkeer naar de artikelen 55 en 56 EG-verdrag. Gegeven het feit dat de uitzonderingen volgens de rechtspraak van het EG-Hof van Justitie alleen van toepassing zijn bij gebrek aan gemeenschappelijke regelingen (zie arrest 4 december 1986, zaak 205/84, Commissie/Duitsland, Jur. 1986, blz. 3755, punt 37; 25 juli 1991, zaak C-353/89, Commissie/Nederland, Jur. 1991, blz. I-4069, punt 16) en de ontwerp-richtlijn juist beoogt te komen tot een ruimte zonder binnengrenzen voor de elektronische handel (zie overweging (6)) komt de lidstaat van ontvangst niet het recht toe diensten van de informatiemaatschappij, die uit de lidstaat van oorsprong afkomstig zijn, te verbieden. Wel geeft artikel 22, leden 2 en 3, ontwerp-richtlijn onder bepaalde voorwaarden aan de lidstaten mogelijkheden tot afwijkingen van het vrij verkeer van diensten van de informatiemaatschappij, onder meer in het geval van openbare orde, met name de bescherming van minderjarigen, of de bestrijding van het aanzetten tot haat wegens ras, geslacht, godsdienst of nationaliteit, bescherming van de volksgezondheid, openbare veiligheid en bescherming van de consument (zie hierna, onder C).

3.3. reikwijdte artikel 2, onder f (definitie gecoördineerd gebied)

- 3.3.1. Het begrip "gecoördineerd gebied" wordt in artikel 2, onder f, ontwerp-richtlijn gedefinieerd als "de vereisten die van toepassing zijn op de dienstverleners op het gebied van de informatiemaatschappij en op de diensten van de informatiemaatschappij". In de toelichting wordt over deze definitie

opgemerkt dat "Met behulp van deze definitie kan worden vastgesteld welke de nationale bepalingen zijn waarvan de naleving overeenkomstig artikel 3 door de lidstaten moeten worden gegarandeerd. Zo omvat de definitie alle vereisten die aan een exploitant in zijn hoedanigheid van dienstverlener op het gebied van de informatiemaatschappij of aan de diensten van de informatiemaatschappij kunnen worden tegengeworpen" (blz. 23 toelichting). Dit betekent dat het begrip "gecoördineerd gebied" door de Commissie met opzet zeer ruim wordt opgevat. Zelfs algemene vestigingseisen vallen eronder. Uit de interpretatie van het begrip "gecoördineerd gebied" door de Commissie vloeit voort dat het terrein waarop het de lidstaten wordt verboden het vrije verkeer van diensten van de informatiemaatschappij te belemmeren veel breder is dan het terrein waarop de ontwerp-richtlijn daadwerkelijke harmonisatie (Hoofdstukken II en III) bevat. Ook kan uit deze interpretatie door de Commissie worden afgeleid dat het begrip "gecoördineerd gebied" alle vereisten omvat die aan een dienstverlener of diensten op het gebied van de informatiemaatschappij worden gesteld. Zelfs algemene vestigingseisen vallen eronder. Daartegenover staat evenwel dat op de enige plaats waar het begrip "gecoördineerd gebied" in de ontwerp-richtlijn wordt gehanteerd (artikel 3), de *toepassing* van het begrip duidelijk wordt geclausuleerd, waarmee de betekenis van het begrip voor de richtlijn wordt beperkt. *De ICER is van oordeel dat het begrip "gecoördineerd gebied" beperkt moet worden opgevat en alleen betrekking heeft op het in deze richtlijn gecoördineerd gebied.*

3.3.2. Traditioneel komt via secundaire wetgeving harmonisatie in de plaats van de excepties van het EG-verdrag (zowel art. 36 en 56 EG-verdrag als de dwingende vereisten van het algemeen belang); omgekeerd blijven die excepties relevant, voor zover er niet wordt geharmoniseerd. Uit de interpretatie door de Commissie van het begrip "gecoördineerd gebied" vloeit voort dat door de in artikel 3, lid 2, ontwerp-richtlijn neergelegde wederzijdse erkenning van nationale regelingen als vervat in de definitie van "gecoördineerd gebied" in artikel 2, onder f, alsook door de (beperkte) harmonisatie in de Hoofdstukken II en III ontwerp-richtlijn aan de lidstaten over de gehele linie bevoegdheden worden ontnomen, terwijl uitzonderingen op de ontwerp-richtlijn alleen kunnen worden ingeroepen na voorafgaande toestemming van de Commissie via de (zware) procedure van artikel 22, lid 3, ontwerp-richtlijn (zie hierna, onder C).

3.3.3. *Indien in de onderhandelingen door Nederland de beleidskeuze voor onderlinge erkenning van nationale regelingen wordt gehandhaafd, maar het desalniettemin onwenselijk wordt geacht dat op grond van de definitie van "gecoördineerd gebied" het terrein waarop het de lidstaten wordt verboden het vrije verkeer van diensten van de informatiemaatschappij te belemmeren veel breder is dan het terrein waarop de ontwerp-richtlijn daadwerkelijke harmonisatie (Hoofdstukken II en III) bevat, dan is het naar het oordeel van de ICER van belang de definitie van "gecoördineerd gebied" zodanig in te perken dat deze alleen betrekking heeft op diensten van de informatiemaatschappij en*

niet mede omvat nationale regelgeving, die geen betrekking heeft op diensten van de informatiemaatschappij maar alleen daarmee samenhangt (bijvoorbeeld vestigingseisen voor ondernemingen).

- 3.3.4. *De ICER wijst erop dat een aantal opties denkbaar is, in willekeurige volgorde:*
- beperken van de definitie van gecoördineerd gebied in artikel 2, onder f, ontwerp-richtlijn:*
 - * vervangen van het begrip "gecoördineerd gebied" door: "het in deze richtlijn gecoördineerde gebied"; het begrip "gecoördineerde gebied" omschrijven als:*
 - " de in deze richtlijn genoemde vereisten die van toepassing zijn op de dienstverleners op het gebied van de informatiemaatschappij en op de diensten van de informatiemaatschappij".*
 - * handhaven van een definitie van het begrip "gecoördineerd gebied", maar de reikwijdte ervan inperken door in plaats van "de vereisten" te spreken van: "de in Hoofdstuk II van deze richtlijn genoemde vereisten". Op deze wijzen vallen alle eisen die niet in de richtlijn zelf worden geregeld, buiten het begrip "gecoördineerd gebied". De ICER wijst op een analoge bepaling in Richtlijn nr. 98/84/EG van het Europees Parlement en de Raad van 20 november 1998 betreffende de rechtsbescherming van diensten gebaseerd op of bestaande uit voorwaardelijke toegang (PbEG 1998, L 320/54)(artikel 2, sub f).*
 - schrappen van de definitie van "gecoördineerd gebied" in artikel 2, onder f, ontwerp-richtlijn. Bij deze optie gaat het om de in Hoofdstuk II ontwerp-richtlijn genoemde onderwerpen, zodat hetzelfde wordt bereikt als bij de hiervoor genoemde optie. Om misverstanden te vermijden verdient het de voorkeur dit in de considerans tot uitdrukking te brengen en van "gecoördineerde gebieden" te spreken. Bij deze optie vormt iedere afdeling van Hoofdstuk II ontwerp-richtlijn een gecoördineerd gebied. De ICER wijst op een analoge bepaling in artikel 2 van Richtlijn nr. 89/552/EEG van de Raad van 3 oktober 1989 betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de Lid-Statens inzake de uitoefening van televisie-omroepactiviteiten (PbEG L 298/23) (gewijzigd bij Richtlijn nr. 97/36/EG, PbEG 1997, L 202/60).*
 - beperken definitie van het begrip "gecoördineerd gebied" door Bijlage I ontwerp-richtlijn uit te breiden (Bijlage I bevat een opsomming van niet onder de richtlijn vallende activiteiten).*

3.4. betekenis artikel 22, lid 2 (uitzonderingen op artikel 3 -oorsprongslandbeginsel-); consumentencontracten

- betekenis artikel 22, lid 2 (uitzonderingen op artikel 3 -oorsprongslandbeginsel-)

- 3.4.1. Naar aanleiding van de betekenis van de uitzonderingen op het oorsprongslandbeginsel, als genoemd in artikel 22, lid 2, ontwerp-richtlijn merkt de ICER het volgende op.
Artikel 22, tweede lid, luidt: "Artikel 3 van deze richtlijn is niet van toepassing

op de in bijlage II genoemde gebieden".

Blijkens de toelichting op deze bepaling (blz. 35) gaat het hier om een bepaald type afwijking, namelijk om "de afwijking van de clausule betreffende de interne markt".

3.4.2. In de toelichting (blz. 35) worden drie soorten van gevallen genoemd waarin uitzonderingen op het beginsel van het land van herkomst noodzakelijk zijn, nl. indien:

1. *toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning* in overeenstemming met de rechtspraak van het Hof over het beginsel van vrij verkeer, *onmogelijk* is;

2. *de harmonisatie* die, als het beginsel van wederzijdse erkenning niet kan worden toegepast, een passend beschermingsniveau tussen lidstaten kan garanderen, *ontoereikend* is;

3. in *bestaande richtlijnen* bepalingen zijn opgenomen die duidelijk niet verenigbaar zijn met artikel 3, omdat het toezicht uitdrukkelijk wordt toegekend aan het land van bestemming.

In Bijlage II ontwerp-richtlijn zijn bepaalde gebieden genoemd waarop het beginsel van het land van oorsprong (artikel 3) niet van toepassing is. De gebieden die in bijlage II worden genoemd (de meeste onder verwijzing naar specifieke richtlijnen) zijn:

"intellectuele eigendom, uitgifte van elektronisch geld door bepaalde instellingen en collectieve belegging in effecten (instellingen daarvoor), het directe verzekeringsbedrijf, consumentencontracten, en ongevraagde commerciële communicatie per e-mail of via gelijkwaardige individuele communicatie".

3.4.3. *Bijlage II wordt in de toelichting niet van commentaar voorzien. Naar het oordeel van de ICER zou de Commissie moeten worden gevraagd bij elk van de gebieden als genoemd in Bijlage II aan te geven welk motief ten grondslag ligt aan deze uitzondering.*

3.4.4. *Gelet op de algemene omschrijving van de drie soorten specifieke gevallen waarbij een uitzondering op het oorsprongsbeginsel is gerechtvaardigd, is het naar de mening van de ICER de vraag of Bijlage II ontwerp-richtlijn wel uitputtend is. Mogelijk zijn het slechts de gevallen die de Commissie tot op heden heeft onderkend, maar zijn er nog meer gebieden c.q. richtlijnen die een uitzondering op het oorsprongsbeginsel rechtvaardigen. De ICER acht het van belang dat gedurende de onderhandelingen door de Commissie hierover duidelijkheid wordt verschaft.*

3.4.5. *Daarnaast merkt de ICER op dat naar haar mening de rubriek "ongevraagde commerciële communicatie" (in ieder geval) niet thuishoort in het rijtje van uitzonderingsgebieden. Het gaat hierbij immers om ongevraagde communicatie. Deze valt op grond van de definitie van "dienst op het gebied van de informatiemaatschappij" niet onder de ontwerp-richtlijn: het moet gaan om diensten die "op individueel verzoek" van de afnemer van de dienst worden*

verricht. De ICER geeft in overweging in de onderhandelingen naar voren te brengen deze rubriek te schrappen.

- *consumentencontracten*

- 3.4.6. Afzonderlijk wil de ICER nog ingaan op de in Bijlage II ontwerp-richtlijn opgenomen uitzondering voor consumentencontracten ("contractuele verplichtingen betreffende door de consumenten gesloten contracten"). Zoals hiervoor reeds is aangeduid (punten 3.1.1. t/m 3.1.3.), is de ontwerp-richtlijn bedoeld als aanvulling op de bestaande communautaire rechtsinstrumenten. Hieronder valt ook consumentenbescherming (artikel 1, lid 3, en overweging (14)). *Het is de ICER niet duidelijk hoe artikel 1, lid 3, ontwerp-richtlijn (bestaande consumentenrichtlijnen blijven van toepassing naast de ontwerp-richtlijn) en de in Bijlage II opgenomen uitzondering voor consumentencontracten zich met elkaar verhouden. In de onderhandelingen moet de Commissie hiernaar gevraagd worden.* Ook vraagt de ICER aandacht voor de verhouding van de ontwerp-richtlijn met Richtlijn nr. 97/7/EG van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 1997 betreffende de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten (PbEG L 144/19). Artikel 1, lid 3, ontwerp-richtlijn betekent dat Richtlijn nr. 97/7/EG en de ontwerp-richtlijn naast elkaar van toepassing kunnen zijn. Dit is bijvoorbeeld van belang voor artikel 10 van Richtlijn nr. 97/7/EG (opt-out stelsel voor e-mail) en artikel 7 (het "labelen" van ongevraagde commerciële e-mail).
- 3.4.7. Artikel 22, lid 2, ontwerp-richtlijn bepaalt dat artikel 3 ontwerp-richtlijn niet van toepassing is op de in bijlage II genoemde gebieden. Bijlage II, vijfde gedachtestreepje, bevat als gebied: "contractuele verplichtingen betreffende door de consumenten gesloten contracten.". Overweging (19) considerans ontwerp-richtlijn bepaalt dienaangaande: "*.. wat de in de onderhavige richtlijn opgenomen afwijking inzake de contractuele verplichtingen in door consumenten gesloten contracten betreft, deze aldus moet worden uitgelegd als informatie omvattend over de wezenlijke elementen van de contractsinhoud, waaronder begrepen de rechten van de consument, die voor de beslissing om een overeenkomst aan te gaan doorslaggevend is*" (cursivering toegevoegd). Het gaat bij de hiervoor genoemde consumentencontracten om contracten die onder Richtlijn nr. 97/7/EG vallen. De vraag rijst evenwel wat precies bedoeld wordt met de woorden "contractuele verplichtingen" in Bijlage II bij de ontwerp-richtlijn. In dit verband is met name de informatieplicht van artikelen 4 en 5 van Richtlijn nr. 97/7/EG relevant, aangezien hierin voorschriften zijn opgenomen ten aanzien van de voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst te verstrekken informatie.
- 3.4.8. *Op basis van hetgeen hiervoor is gesteld, is de ICER van oordeel dat de reikwijdte van de uitzondering inzake consumentencontracten als opgenomen in bijlage II ontwerp-richtlijn niet eenduidig is te bepalen. De Commissie moet*

duidelijkheid verschaffen over de verhouding tussen artikel 1, lid 3, ontwerp-richtlijn (bestaande consumentenrichtlijnen blijven van toepassing naast de ontwerp-richtlijn) en de in Bijlage II opgenomen uitzondering voor consumentencontracten. Enerzijds kan uit bijlage II ontwerp-richtlijn via een a contrario redenering worden afgeleid dat de uitzondering niet van toepassing is op de precontractuele fase, anderzijds leidt overweging (19) considerans tot de conclusie dat deze fase hier juist wel onder valt. Teneinde te voorzien in meer duidelijkheid, is de ICER van oordeel dat de tekst in bijlage II aangepast moet worden.

Het verdient naar het oordeel van de ICER de voorkeur "contractuele verplichtingen betreffende door de consumenten gesloten contracten" te vervangen door: "rechten en plichten die samenhangen met consumentencontracten."

C) de betekenis van artikel 22, lid 3, ontwerp-richtlijn.

- 3.5. Zoals reeds is aangegeven, geeft artikel 22, lid 3, ontwerp-richtlijn mogelijkheden tot afwijkingen van het vrij verkeer van diensten van de informatiemaatschappij in bijzondere gevallen. Op grond van lid 3 kunnen in een aantal specifieke gevallen maatregelen worden genomen ter beperking van het vrij verkeer van diensten van de informatiemaatschappij; deze maatregelen zouden zonder dit derde lid als onverenigbaar met artikel 3, lid 2, worden beschouwd. De ICER is van oordeel dat artikel 22, lid 3, ontwerp-richtlijn weliswaar met name doelt op door lidstaten te nemen incidentele of individuele maatregelen, bijvoorbeeld bestuurlijk of strafrechtelijk optreden, maar ook van toepassing is op algemeen verbindende voorschriften. Kern van artikel 22, lid 3, ontwerp-richtlijn is dat een bevoegdheid die het EG-verdrag aan de lidstaten heeft gelaten, via art. 3, lid 2, ontwerp-richtlijn van de lidstaten wordt weggenomen en slechts gedeeltelijk via artikel 22, lid 3, ontwerp-richtlijn wordt teruggegeven.
- 3.6. Voor deze afwijkingen geldt, naast een ongeclausuleerde mogelijkheid in de aanhef van het derde lid ("maatregelen ter beperking van het vrije verkeer in een dienst van de informatiemaatschappij") een aantal voorwaarden betreffende de kenmerken van de maatregel (onder a) en het gedrag van de lidstaat die de maatregel neemt (onder b).
- 3.7. ad a) het moet gaan om maatregelen wegens:
- openbare orde, met name de bescherming van minderjarigen, of de bestrijding van het aanzetten tot haat wegens ras, geslacht, godsdienst of nationaliteit;
 - bescherming van de volksgezondheid;
 - openbare veiligheid;
 - bescherming van de consument.
- de maatregelen moeten noodzakelijk zijn om een einde te maken aan de inbreuk op deze belangen dan wel dat een ernstig gevaar voor een inbreuk op deze doelstellingen dreigt alsmede aan de doelstellingen

evenredig zijn.

- 3.8. ad b) - de lidstaat van ontvangst moet vooraf aan de lidstaat van oorsprong verzoeken maatregelen nemen als hiervoor aangegeven;
- de Commissie en de lidstaat van oorsprong kennis geven van zijn voornemen dergelijke maatregelen te nemen.
- 3.9. In gevallen van urgentie mag hiervan afgeweken worden (lid 3, onder c). Achteraf moeten de maatregelen dan wel gemeld worden aan de Commissie en de lidstaat van oorsprong met vermelding waarom het om een situatie van urgentie is gegaan.
- 3.10. Voor de afwijkingen geldt bovendien een toezichtprocedure van de zijde van de Commissie. In geval dat de Commissie van mening is dat een maatregel onverenigbaar is met het communautaire recht, dient de lidstaat zich ervan te onthouden de beoogde maatregelen te nemen of trekt deze de genomen maatregelen in (lid 3, onder d)
- 3.11. Onduidelijk is of art. 22, lid 3, moet worden gekarakteriseerd als een bepaling die volgens de jurisprudentie van het Hof tot gevolg heeft dat het verzuim van de kennisgeving de niet-toepasselijkheid van de betrokken nationale maatregelen meebrengt, zodat deze niet aan particulieren kunnen worden tegengeworpen (arrest van 30 april 1996, zaak C-194/94, CIA Securitel International SA, Jur. 1996, blz. I-2201, punt 54). Uit de tekst van artikel 22, lid 3, sub d, blijkt dat de Commissie een discretionaire bevoegdheid heeft de betrokken nationale maatregel onverenigbaar te verklaren met het communautaire recht. In een dergelijk geval leidt de invoering van de betrokken nationale maatregel tot de niet-toepasselijkheid ervan, zodat deze niet aan particulieren kan worden tegengeworpen. Maar wanneer de Commissie geen gebruik maakt van deze bevoegdheid, is het naar het oordeel van de ICER onduidelijk of de lidstaat van ontvangst de maatregel mag invoeren alvorens de Commissie het groene licht geeft. *Het is- teneinde alle onduidelijkheid weg te nemen- wenselijk dat in de tekst van artikel 22, lid 3, ontwerp-richtlijn wordt bepaald dat verzuim van de kennisgeving niet leidt tot de niet-toepasselijkheid van de betrokken maatregel. Voorts dient in artikel 22, lid 3, onder b, een termijn te worden gesteld waarbinnen de Commissie en de lidstaat van oorsprong moeten reageren op een door de lidstaat van ontvangst gemelde maatregel.*
- 3.12. Opvallend is wat met de ene hand genomen wordt (de lidstaat van ontvangst heeft niet het recht diensten van de informatiemaatschappij die uit de lidstaat van oorsprong afkomstig zijn, te verbieden wanneer sprake is van uitzonderingen op het vrije dienstenverkeer als genoemd in de artikelen 55 en 56 EG-verdrag; zie hiervoor, punt 3.2.4.) met de andere hand in beperkte mate teruggeven wordt (namelijk artikel 22 ontwerp-richtlijn).
- 3.13. In artikel 22, lid 3, ontwerp-richtlijn wordt geen relatie gelegd met Richtlijn

nr. 98/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 20 juli 1998 tot wijziging van Richtlijn 98/34/EG betreffende een informatieprocedure op het gebied van normen en technische voorschriften (PbEG 1998, L 217/18). Richtlijn nr. 98/48/EEG heeft betrekking op de op de diensten van de informatiemaatschappij toepasselijke nationale voorschriften.

- 3.14. Met deze wijziging van Richtlijn 98/34/EG wordt het begrip technisch voorschrift uitgebreid van productvoorschriften tot regels betreffende diensten van de informatiemaatschappij. De definitie van het begrip diensten van de informatiemaatschappij in richtlijn 98/48/EG is gelijk aan die in de ontwerp-richtlijn. De lid-staten zijn verplicht om vanaf 5 augustus 1999 nationale ontwerp-regelgeving met technische voorschriften over diensten van de informatiemaatschappij aan de Commissie voor te leggen alvorens deze mag worden vastgesteld (zie artikel 2 richtlijn 98/48/EG).
- 3.15. Hoewel richtlijn 98/48/EG bepaalde categorieën ontwerp-regelgeving van het toepassingsbereik uitzondert (radio- en televisieomroepdiensten en zaken die onder communautaire regelgeving inzake telecommunicatiediensten en financiële diensten vallen), is de ICER van oordeel dat ook maatregelen die krachtens artikel 22, lid 3, ontwerp-richtlijn kunnen worden genomen, kunnen vallen onder het toepassingsbereik van richtlijn 98/34/EG, zoals gewijzigd door richtlijn 98/48/EG. Dit voor zover het gaat om maatregelen in de vorm van regelgeving (algemeen verbindende voorschriften).
- 3.16. Voor dergelijke gevallen van samenloop bepaalt artikel 8, lid 5, van richtlijn 98/34/EG het volgende:
"Wanneer het ontwerp voor een technisch voorschrift deel uitmaakt van een maatregel waarvan mededeling in het ontwerpstadium in andere communautaire besluiten is voorgeschreven, kunnen de lidstaten de in lid 1 bedoelde mededeling op grond van dat andere besluit verrichten, mits uitdrukkelijk wordt aangegeven dat die mededeling tevens uit hoofde van de onderhavige richtlijn geschiedt.
Het ontbreken van een reactie van de Commissie, in het kader van de onderhavige richtlijn, op een ontwerp voor een technisch voorschrift laat het besluit dat in het kader van andere communautaire besluiten mocht worden genomen, onverlet."
- 3.17. Dit betekent dat bij een notificatie van algemeen verbindende voorschriften op grond van artikel 22, lid 3, ontwerp-richtlijn kan worden volstaan met een verwijzing naar richtlijn 98/34/EG. Een afzonderlijke notificatie hoeft op grond van deze richtlijn niet plaats te vinden (zgn. één loket-systeem). Het uitblijven van een reactie van de Commissie uit hoofde van richtlijn 98/34/EG laat onverlet de beslissing die mocht worden genomen uit hoofde van artikel 22, lid 3, ontwerp-richtlijn.
- 3.18. De ICER wijst er in dit verband op dat de procedure van artikel 22, lid 3, ontwerp-richtlijn in bepaalde opzichten minder ver gaat dan die van richtlijn

98/24/EG, maar in andere opzichten juist verder.

De procedure van artikel 22, lid 3, ontwerp-richtlijn gaat minder ver met betrekking tot de volgende aspecten:

- mededeling vindt slechts plaats aan de Commissie en de lidstaat waar de dienstverlener is gevestigd (sub b, tweede tiret). Onder richtlijn 98/34/EG vindt mededeling aan de Commissie en alle lid-staten plaats.
- er is niet voorzien in inspraak voor de lidstaat waar de dienstverlener is gevestigd. Onder richtlijn 98/34/EG hebben de Commissie en alle lidstaten het recht om opmerkingen te maken of een zgn. uitgebreid gemotiveerde mening uit te brengen.
- de verplichting van voorafgaande mededeling geldt niet in geval van urgentie (sub b). Er kan met een melding achteraf worden volstaan. In het kader van de spoedprocedure van artikel 9, lid 7, van richtlijn 98/34/EG geldt de verplichting dat ook dan vooraf dient te worden gemeld.
- de urgentieclausule sub c) is ruim geformuleerd ("in geval van urgentie"). De urgentieprocedure van artikel 9, lid 7, van richtlijn 83/189/EG is zeer strict geformuleerd. Blijkens artikel 5, lid 5, onder b, Richtlijn 98/48/EG zijn de leden 1 tot en met 5 van artikel 9 Richtlijn 98/34/EG niet van toepassing als een lidstaat:
 - om dringende redenen wegens een ernstige en onvoorziene situatie die verband houdt met de bescherming van mens en dier, de bescherming van planten, of de veiligheid, en in het geval van regels betreffende diensten, ook met de bescherming van de openbare orde, met name de bescherming van minderjarigen, op zeer korte termijn technische voorschriften moet uitwerken en deze onmiddellijk daarop moet vaststellen en invoeren, zonder dat raadpleging mogelijk is, of
 - om dringende redenen wegens een ernstige situatie die verband houdt met de bescherming van de veiligheid en de integriteit van het financiële systeem, met name de bescherming van depositanten, beleggers en verzekerden, regels betreffende financiële diensten moet vaststellen en onverwijld moet invoeren. In de in artikel 8 Richtlijn 98/48/EG bedoelde mededeling vermeldt deze lidstaat de redenen voor de urgentie van de betrokken maatregelen. De Commissie spreekt zich zo spoedig mogelijk uit over de mededeling. Zij neemt de nodige maatregelen in geval van misbruik van deze procedure. Het Europees Parlement wordt door de Commissie op de hoogte gehouden.

3.19.

De procedure van artikel 22, lid 3, ontwerp-richtlijn gaat verder met betrekking tot de volgende aspecten:

- hoewel dat niet met zoveel woorden wordt aangegeven, mag worden aangenomen dat de toetsing van de Commissie die wordt voorzien onder d) zich zal toespitsen op de stricte criteria die worden genoemd onder a). Onder richtlijn 98/34/EG kunnen de Commissie en de lidstaten opmerkingen maken (artikel 8, lid 2) of in een uitvoerig gemotiveerde mening te kennen geven, dat de beoogde maatregel aspecten bezit die eventueel belemmeringen kunnen opleveren voor het vrije verkeer van goederen of voor het vrije verkeer van diensten of voor de vrijheid van vestiging van verrichters van diensten in het kader van de interne markt. Kortom, richtlijn 98/34/EG werkt met minder

stricte criteria.

- in geval van een negatieve beslissing van de Commissie onder d) dient de lidstaat zich ervan te onthouden de beoogde maatregel te nemen of trekt deze de genomen maatregel ten spoedigste in. Aan het uitbrengen van opmerkingen of een uitgebreid gemotiveerde mening in het kader van richtlijn 98/34/EG zijn op zichzelf niet dergelijke gevolgen verboden. Met uitgebrachte opmerkingen dient de lidstaat bij de verdere uitwerking van het technisch voorschrift zoveel mogelijk rekening te houden (artikel 8, lid 2). De betrokken lidstaat doet de Commissie verslag over het gevolg dat hij voornemens is aan een uitgebreid gemotiveerde mening te geven. De Commissie geeft haar commentaar op deze reactie (artikel 9, lid 2).

3.20. De ICER wijst erop dat de samenloop van beide procedures tot vreemde, wellicht onbedoelde situaties aanleiding kan geven. Een enkel voorbeeld moge dit illustreren.

De situatie kan zich voordoen dat de Commissie geen onverenigbaarheidsuitspraak doet onder artikel 22, lid 3, sub d, ontwerp-richtlijn, terwijl het uitbrengen van een uitgebreid gemotiveerde mening door een andere lidstaat onder richtlijn 98/34/EG de notificerende lidstaat noopt de goedkeuring van het voorstel zes maanden uit te stellen.

3.21. Overeenkomstig artikel 22, lid 3, sub c, hoeft een lidstaat in geval van urgentie geen voorafgaande mededeling te doen. Dit laat onverlet dat voorafgaande mededeling wel dient plaats te vinden in het kader van de spoedprocedure van artikel 9, lid 7, van richtlijn 98/34/EG. Indien de Commissie in dat kader van mening is dat aan stricte criteria voor een beroep op urgentie is voldaan, stemt zij in met de toepassing van de urgentieprocedure en kan de lidstaat zijn ontwerp onmiddellijk goedkeuren. Indien de Commissie echter van oordeel is dat niet aan de criteria is voldaan, dan verwerpt zij de gronden voor de urgentie, waardoor de lidstaat verplicht is alsnog de initiële stand still-periode van drie maanden in acht te nemen.

3.22. *Gelet op het voorgaande, geeft de ICER in overweging in de onderhandelingen over de ontwerp-richtlijn naar voren te brengen dat de relatie met Richtlijn 98/48/EG nader wordt onderzocht en geëxpliciteerd.*

D) de in art.23 ontwerp-richtlijn voorgestelde comitologieprocedure

3.23. De artikelen 8, lid 3 (gedragscodes gereguleerd beroepen), 9, lid 3 (categorieën elektronische contracten), 20 (elektronische wegen) en 22, lid 1, sub c) (uitsluitingen van het toepassingsgebied en afwijkingen) ontwerp-richtlijn bepalen voor welke onderdelen van de richtlijn de comitologieprocedure van toepassing is. Artikel 23 (comité) betreft de keuze van het type comité conform Besluit nr. 97/373/EEG van de Raad van 13 juli 1987 tot vaststelling van de voorwaarden die gelden voor de uitoefening van aan de Commissie verleende uitvoeringsbevoegdheden (PbEG L 197/33) (het zgn. Comitologiebesluit) Momenteel vindt herziening van dat besluit plaats in EU-

kader. In de herziening zullen evenwel de 3 typen van comitologieprocedures (raadplegings-, beheers- en reglementeringsprocedure) gehandhaafd blijven (zie brief van de Staatssecretaris van Buitenlandse Zaken van 14 december 1998 over de vernieuwing van het comitologie-besluit (Kamerstukken II 1998-1999, 22 112, nr 105)).

Artikel 23 bepaalt niet de onderwerpen waarbij het comité betrokken wordt door de Commissie.

- 3.24. Artikel 23 bepaalt niet de onderwerpen waarbij het comité betrokken wordt. De onderwerpen worden – zoals reeds gesteld – vastgelegd in de art. 8, lid 3, art. 9, lid 3, art. 20 en art. 22, lid 1, sub c). De artt. 20 en 22 verwijzen vervolgens door naar de terreinen zoals genoemd in:
- art. 17, lid 1 (de lidstaten zien erop toe dat hun wetgeving de mogelijkheid biedt om bij onenigheid tussen een dienstverlener en een afnemer van een dienst van de informatiemaatschappij daadwerkelijk gebruik van mechanismen voor een buitengerechtelijke beslechting gebruik te maken, met inbegrip van daartoe geëigende elektronische wegen);
 - art. 19, lid 3 (de lidstaten verstrekken zo spoedig mogelijk de door een autoriteit van een andere lidstaat of door de Commissie gevraagde bijstand en gegevens, waarvoor eveneens geëigende elektronische wegen kunnen worden gebruikt);
 - art. 19, lid 4 (de lidstaten richten binnen hun overheidsapparaat langs elektronische weg toegankelijke contactpunten in, tot welke afnemers van de dienst en de dienstverleners zich kunnen richten om: ... etc);
 - de niet onder deze richtlijn begrepen diensten van de informatiemaatschappij zijn (bijlage I van de ontwerp-richtlijn): activiteiten van notarissen; de vertegenwoordiging en verdediging van een cliënt in rechte; gokspelen, met uitzondering van die welke commerciële communicatie ten doel hebben.

- 3.25. Art. 20 stelt dat de Commissie volgens de procedure van artikel 23 maatregelen kan nemen. In art. 100 A EG-Verdrag is ook sprake van de term “maatregelen”. De Commissie heeft ter zake bij de Europese Akte verklaard, dat zij bij voorkeur het instrument van de richtlijn zal gebruiken, wanneer de harmonisatie in één of meer lidstaten een wijziging van wettelijke bepalingen met zich meebrengt (zie Verklaring van de Commissie inzake artikel 100 A van het EEG-Verdrag, PbEG 1987, L 169). Het zou dus kunnen zijn, dat de vertegenwoordigers van lidstaten in de comitologieprocedure over Commissievoorstellen tot maatregelen die primair de uitvoeringsbevoegdheden van de lidstaten betreffen zoals genoemd in art. 17, lid 1, en art. 19, leden 3 en 4, van de ontwerp-richtlijn louter en alleen advies zouden kunnen uitbrengen. Daarenboven zou het toepassingsgebied van de richtlijn door de Commissie uitgebreid dan wel ingeperkt kunnen worden door de lijst van categorieën van contracten van lid 2 van art. 9 en de lijst van bijlage I te wijzigen waarbij de vertegenwoordigers van de lidstaten – ook in dit geval - louter en alleen advies zouden kunnen uitbrengen. De Commissie hoeft in deze gevallen het advies

niet op te volgen. Indien het hierbij echter een reglementeringscomité zou betreffen, dan kan de Commissie niet zo maar een maatregel vast stellen indien deze niet in overeenstemming is met het advies van het comité. De lidstaten hebben bij dit type comité meer invloed op de besluitvorming.

3.26. *De procedure voor het raadgevende comité (type I) wordt merendeels gebruikt bij stimuleringsmaatregelen zoals communautaire actieprogramma's. Indien er eventueel sprake is van nadere EG-regelgeving via de comitologieprocedure is, dan is het regelgevende/reglementerings comité (type III) de meeste passende procedure. Bij vrijwel alle kader EG-richtlijnen van Raad en Europees Parlement op basis van art. 100 A EG-verdrag die mogelijkheden bieden voor nadere EG-richtlijnen ter zake, is er sprake van een type III-comité. Vanuit de optiek van de juridische verhoudingen tussen de Commissie en de lidstaten c.q. de Raad is de in artikel 23 voorgestelde comitologieprocedure naar het oordeel van de ICER niet passend bij de aan de Commissie te verlenen uitvoeringsbevoegdheden op de terreinen zoals bedoeld in de artikelen 8, 9, 20 en 22. De ICER beveelt een zwaardere procedure aan.*

3.27. *Een andere oplossing zou kunnen zijn om de terminologie in artikel 20 aan te passen: "De Commissie kan volgens de procedure van artikel 23 aanbevelingen (of stimuleringsmaatregelen) aannemen voor de in artikel 8, lid 3, artikel 17, lid 1, en artikel 19, lid 3 en lid 4, bedoelde bepalingen". De in bijlage I genoemde diensten zouden dan onder artikel 22, lid 1, moeten vallen waarbij er geen mogelijkheid bestaat tot wijziging via de procedure van art. 23. Ook zou lid 3 van art. 9 moeten worden geschrapt. De ICER wijst erop dat dat betekent dat voor de genoemde bepalingen onder de artikelen 8, 17 en 19 de raadgevende procedure wordt gevolgd en dat in geval van wijzigingen van de lijst van categorieën van contracten (art. 9, lid 2) en van de "uitsluitingen van het toepassingsgebied" de medebesluitvormingsprocedure (art. 189 B) EG-verdrag weer moet worden gevolgd.*

E) de betekenis van artikel 3, lid 3, ontwerp-richtlijn

3.28. In het ICER advies kon nog geen rekening worden gehouden met alle aspecten van internationaal privaatrecht (ipr). Het Ministerie van Justitie heeft aan de Staatscommissie voor het Internationaal Privaatrecht gevraagd om haar visie te geven over de ipr-aspecten van de richtlijn. De Staatscommissie zal medio april 1999 bijeenkomen, teneinde zich over deze aspecten te buigen. Het oordeel van de Staatscommissie kan tot aanvulling van het ICER-advies op het gebied van het ipr leiden.

Deel C

Leidraad voor de onderhandelaars

Juridische problemen door concept richtlijn en oplossingsrichtingen

1.1. De ontwerp-richtlijn is zodanig ingewikkeld en ondoorzichtig in elkaar gezet dat zij meer vragen oproept dan beantwoordt. De wetgevingskwaliteit van de ontwerp-richtlijn is dermate beneden de maat dat de ICER de ontwerp-richtlijn in deze vorm niet aanvaardbaar acht. De ontwerp-richtlijn voldoet niet aan algemene elementaire beginselen van behoorlijke wetgeving als duidelijkheid, eenvoudigheid en nauwkeurigheid. Het Interinstitutioneel Akkoord van 22 december 1998 tussen Europees Parlement en Commissie betreffende de gemeenschappelijke richtsnoeren voor de redactionele kwaliteit van de communautaire wetgeving (PbEG 1999, C 73/1) noodzaakt ertoe de ontwerp-richtlijn kritisch te toetsen op de in dit akkoord vastgelegde richtsnoeren. *Gelet op dit Interinstitutioneel Akkoord moet de Commissie gevraagd worden de redactie van de ontwerp-richtlijn te bezien op duidelijkheid, eenvoudigheid en nauwkeurigheid.*

1.2. De opzet van de richtlijn is door deze slechte wetgevingskwaliteit niet zonder juridische problemen.
De volgende problemen kunnen worden gesignaleerd waarvoor de ICER de volgende oplossingsrichtingen geeft (cursief weergegeven):

Onduidelijke verhouding artikelen 1 en 3 ontwerp-richtlijn

1.3. De verhouding tussen de artikelen 1 en 3 ontwerp-richtlijn is niet duidelijk. Artikel 1, lid 3, geeft aan dat de richtlijn aanvullend is aan het bestaande communautaire recht dat op de diensten van de informatiemaatschappij van toepassing is en dat de richtlijn het huidige niveau, dat door communautaire rechtsinstrumenten, met inbegrip van die welke voor de werking van de interne markt, voor de bescherming van de volksgezondheid en de consument alsmede commerciële communicatie is vastgesteld, onverlet laat. De ICER leidt uit de term "aanvullend" af dat bestaande richtlijnen naast de ontwerp-richtlijn onverkort van toepassing zijn. Tussen de ontwerp-richtlijn en de bestaande richtlijnen bestaat noch een hiërarchie van normen, noch een *lex specialis-lex generalis* verhouding. De ontwerp-richtlijn en de onder artikel 1, lid 3, ontwerp-richtlijn vallende richtlijnen bestaan naast elkaar, omdat zij geacht worden verschillende onderwerpen te regelen. Artikel 3, lid 2, ontwerp-richtlijn gaat daarentegen uit van de wederzijdse erkenning van nationale

regelingen op het gebied van de elektronische handel. Lidstaten hebben weliswaar de mogelijkheid maatregelen te nemen c.q. te handhaven m.b.t. diensten van de informatiemaatschappij op hun eigen grondgebied, maar dergelijke maatregelen mogen volgens artikel 3, lid 2, ontwerp-richtlijn niet worden toegepast op diensten vanuit andere lidstaten, tenzij onder de voorwaarden van artikel 22, lid 3, ontwerp-richtlijn. Voor zover op basis van de harmonisatierichtlijnen dan wel op basis van artikel 100 A, lid 4, of artikel 129 A, lid 2, EG-verdrag de mogelijkheid bestaat verdergaande maatregelen te nemen mogen deze maatregelen, ook gelet op artikel 59 EG-verdrag en de daarop betrekking hebbende jurisprudentie van het EG-Hof van Justitie, niet worden toegepast op diensten uit andere lidstaten. De onduidelijke verhouding tussen de artikelen 1 en 3 ontwerp-richtlijn wordt ook veroorzaakt doordat de ontwerp-richtlijn slechts in beperkte harmonisatie voorziet (Hoofdstukken II en III). Bijgevolg is het terrein waarop het lidstaten wordt verboden het vrije dienstenverkeer te belemmeren (artikel 3, lid 2, ontwerp-richtlijn) veel breder dan het terrein waarop de ontwerp-richtlijn daadwerkelijke harmonisatie bevat. In de ontwerp-richtlijn moet artikel 3, lid 2 daarom op een zodanige wijze worden aangepast dat het niveau van bescherming van de lidstaat van ontvangst voldoende gewaarborgd blijft.

1.4. *Voorzover Nederland bij de onderhandelingen over artikel 3 blijft uitgaan van de beleidskeuze van de gedachte van de wederzijdse erkenning van nationale regelingen kan gedacht worden aan de volgende drie oplossingsrichtingen.*

Een eerste oplossingsrichting is de criteria voor toezicht die door de lidstaat van oorsprong gehanteerd moeten worden, in artikel 3, lid 1, ontwerp-richtlijn uit te schrijven. De criteria zouden bijvoorbeeld betrekking kunnen hebben op de openbare orde, de bescherming van de volksgezondheid, de openbare veiligheid en de bescherming van de consument.

Bij deze oplossingsrichting zou ook lid 2 van artikel 3 ontwerp-richtlijn vervangen moeten worden door een minimumclausule. Een dergelijke clausule zou eveneens betrekking kunnen hebben op de hiervoor genoemde vier criteria. De ICER wijst in dit verband ook op de in artikel 14 Richtlijn nr. 97/7/EG van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 1997 betreffende de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten (PbEG L 144/19) opgenomen minimumclausule.

Een tweede oplossingsrichting is de tekst van artikel 3 ontwerp-richtlijn in tact te laten maar Bijlage II ontwerp-richtlijn uit te breiden met de in overweging (14) ontwerp-richtlijn genoemde richtlijnen. Dit gezien het feit dat in artikel 22, lid 2, ontwerp-richtlijn de in bijlage II genoemde gebieden van de werkingssfeer van artikel 3 ontwerp-richtlijn worden uitgezonderd.

1.5. *Een derde oplossingsrichting is de in artikel 3 opgenomen onderlinge erkenningsregeling te verlaten en de nationale regelingen op het gebied van de informatiemaatschappij en op het gebied van de diensten van de informatiemaatschappij te harmoniseren. Gelet op het karakter van de ontwerp-richtlijn zou dit echter een zeer omvangrijke en tijdrovende exercitie*

zijn, zodat aan het realiteitsgehalte op afzienbare termijn daarvan valt te twifelen. Wèl zou kunnen worden overwogen, om -met handhaving van het uitgangspunt van onderlinge erkenning- ernaar te streven dat de ontwerp-richtlijn op meer punten dan thans het geval is daadwerkelijke (minimum-)harmonisatie tot stand brengt. Daarmee zou immers ten minste op die punten zijn gewaarborgd dat handhaving door het oorsprongslid op een ook voor andere lidstaten aanvaardbaar minimaal niveau plaatsvindt.

Reikwijdte begrip "gecoördineerd gebied"

- 1.6. Het is onduidelijk hoe ruim het begrip "gecoördineerd gebied" moet worden opgevat. De definitie van het begrip (artikel 2, onder f), de toepassing ervan (artikel 3) en de uitleg van het begrip in de toelichting spreken elkaar tegen. Enerzijds lijkt uit de definitie van het begrip alsmede uit de toelichting erop te moeten worden afgeleid dat het begrip het gehele recht omvat, anderzijds wordt op de enige plaats waar het begrip "gecoördineerd gebied" in de ontwerp-richtlijn wordt gehanteerd (artikel 3), de *toepassing* van het begrip duidelijk wordt geclausuleerd, waarmee de betekenis van het begrip voor de richtlijn wordt beperkt. *De ICER is van oordeel dat het begrip "gecoördineerd gebied" beperkt moet worden opgevat en alleen betrekking heeft op het in deze richtlijn gecoördineerd gebied.*
- 1.7. *Indien in de onderhandelingen door Nederland de beleidskeuze voor onderlinge erkenning van nationale regelingen wordt gehandhaafd, maar het desalniettemin onwenselijk wordt geacht dat op grond van de definitie van "gecoördineerd gebied" het terrein waarop het de lidstaten wordt verboden het vrije verkeer van diensten van de informatiemaatschappij te belemmeren veel breder is dan het terrein waarop de ontwerp-richtlijn daadwerkelijke harmonisatie (Hoofdstukken II en III) bevat, dan is het naar het oordeel van de ICER van belang de definitie van "gecoördineerd gebied" zodanig in te perken dat deze alleen betrekking heeft op diensten van de informatiemaatschappij en niet mede omvat nationale regelgeving, die geen betrekking heeft op diensten van de informatiemaatschappij maar alleen daarmee samenhangt (bijvoorbeeld vestigingseisen voor ondernemingen).*
- 1.8. *De ICER wijst erop dat een aantal opties denkbaar is, in willekeurige volgorde:*
- beperken van de definitie van gecoördineerd gebied in artikel 2, onder f, ontwerp-richtlijn:
** vervangen van het begrip "gecoördineerd gebied" door: "het in deze richtlijn gecoördineerde gebied"; het begrip "gecoördineerde gebied" omschrijven als: "de in deze richtlijn genoemde vereisten die van toepassing zijn op de dienstverleners op het gebied van de informatiemaatschappij en op de diensten van de informatiemaatschappij".*
** handhaven van een definitie van het begrip "gecoördineerd gebied", maar de reikwijdte ervan inperken door in plaats van "de vereisten" te spreken van: "de in Hoofdstuk II van deze richtlijn genoemde vereisten". Op deze wijzen*

vallen alle eisen die niet in de richtlijn zelf worden geregeld, buiten het begrip "gecoördineerd gebied". De ICER wijst op een analoge bepaling in Richtlijn nr. 98/84/EG van het Europees Parlement en de Raad van 20 november 1998 betreffende de rechtsbescherming van diensten gebaseerd op of bestaande uit voorwaardelijke toegang (PbEG 1998, L 320/54)(artikel 2, sub f).

- schrappen van de definitie van "gecoördineerd gebied" in artikel 2, onder f, ontwerp-richtlijn. Bij deze optie gaat het om de in Hoofdstuk II ontwerp-richtlijn genoemde onderwerpen, zodat hetzelfde wordt bereikt als bij de hiervoor genoemde optie. Om misverstanden te vermijden verdient het de voorkeur dit in de considerans tot uitdrukking te brengen en van "gecoördineerde gebieden" te spreken. Bij deze optie vormt iedere afdeling van Hoofdstuk II ontwerp-richtlijn een gecoordineerd gebied. De ICER wijst op een analoge bepaling in artikel 2 van Richtlijn nr. 89/552/EEG van de Raad van 3 oktober 1989 betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de Lid-Staten inzake de uitoefening van televisie-omroepactiviteiten (PbEG L 298/23) (gewijzigd bij Richtlijn nr. 97/36/EG, PbEG 1997, L 202/60).

- beperken definitie van het begrip "gecoördineerd gebied" door Bijlage I ontwerp-richtlijn uit te breiden (Bijlage I bevat een opsomming van niet onder de richtlijn vallende activiteiten).

Reikwijdte uitzonderingen op de richtlijn

1.9. Het is onduidelijk hoe ver de uitzonderingen op de ontwerp-richtlijn reiken:

* nationale verbindende voorschriften betreffende diensten van de informatiemaatschappij moeten, voor zover zij een uitzondering betreffen op artikel 3, lid 2, ontwerp-richtlijn zowel gemeld worden onder artikel 22, lid 3, ontwerp-richtlijn als onder Notificatierichtlijn Richtlijn nr. 98/48/EG. De in artikel 22, lid 3, en in Richtlijn nr. 98/48/EG opgenomen notificatieverplichtingen zijn afwijkend van elkaar, hetgeen kan leiden tot juridisch onduidelijke situaties wat wel en niet mag onder de ontwerp-richtlijn.

* het is onduidelijk of Bijlage II een volledige opsomming geeft van het aantal gebieden dat niet valt onder de onderlinge erkenning van nationale regelingen ("gecoördineerd gebied") en wat de reden is waarom bepaalde richtlijnen in Bijlage II worden genoemd. Ook is onduidelijk wat de reikwijdte is van de in Bijlage II opgenomen uitzondering van consumentencontracten.

1.10. * De ICER geeft in overweging in de onderhandelingen over de ontwerp-richtlijn naar voren te brengen dat de relatie met Richtlijn 98/48/EG nader wordt onderzocht en wordt geëxpliciteerd.

* Bijlage II wordt in de toelichting niet van commentaar voorzien. Naar het oordeel van de ICER zou de Commissie moeten worden gevraagd bij elk van de gebieden als genoemd in Bijlage II aan te geven welk motief ten grondslag ligt aan deze uitzondering.

Gelet op de algemene omschrijving van de drie soorten specifieke gevallen waarbij een uitzondering op het oorsprongslandbeginsel is gerechtvaardigd, is het naar de mening van de ICER de vraag of Bijlage II ontwerp-richtlijn wel uitputtend is. Mogelijk zijn het slechts de gevallen die de Commissie tot op heden heeft onderkend, maar zijn er nog meer gebieden c.q. richtlijnen die een uitzondering op het oorsprongslandbeginsel rechtvaardigen. De ICER acht het van belang dat gedurende de onderhandelingen door de Commissie hierover duidelijkheid wordt verschaft.

- 1.11. *Daarnaast merkt de ICER op dat naar haar mening de rubriek "ongevraagde commerciële communicatie" (in ieder geval) niet thuishoort in het rijtje van uitzonderingsgebieden. Het gaat hierbij immers om ongevraagde communicatie. Deze valt op grond van de definitie van "dienst op het gebied van de informatiemaatschappij" niet onder de ontwerp-richtlijn: het moet gaan om diensten die "op individueel verzoek" van de afnemer van de dienst worden verricht. De ICER geeft in overweging in de onderhandelingen naar voren te brengen deze rubriek te schrappen.*

Juiste comitologieprocedure?

- 1.12. Vanuit de optiek van de juridische verhoudingen tussen de Commissie en de lidstaten c.q. de Raad is de in artikel 23 ontwerp-richtlijn voorgestelde comitologieprocedure naar het oordeel van de ICER niet passend bij de aan de Commissie te verlenen uitvoeringsbevoegdheden op de terreinen, bedoeld in artikelen 8, lid 3, 9, lid 3, 20 en 22, lid 1, sub c).
- 1.13. *De regelgevende procedure is naar het oordeel van de ICER de meest aangewezen procedure. Een andere oplossing is om de terminologie in artikel 20 aan te passen: "De Commissie kan volgens de procedure van artikel 23 aanbevelingen (of stimuleringsmaatregelen) aannemen voor de in artikel 8, lid 3, artikel 17, lid 1, en artikel 19, lid 3 en lid 4, bedoelde bepalingen". De in bijlage I genoemde diensten zouden dan onder artikel 22, lid 1, moeten vallen waarbij er geen mogelijkheid bestaat tot wijziging via de procedure van art. 23. Ook zou lid 3 van art. 9 moeten worden geschrapt. De ICER wijst erop dat dat betekent dat voor de genoemde bepalingen onder de artikelen 8, 17 en 19 de raadgevende procedure wordt gevolgd en dat in geval van wijzigingen van de lijst van categorieën van contracten (art. 9, lid 2) en van de "uitsluitingen van het toepassingsgebied" de medebesluitvormingsprocedure (art. 189 B) EG-verdrag weer moet worden gevolgd.*

Afzonderlijke aanbevelingen

Bestaande richtlijnen met betrekking tot consumentenbescherming, volksgezondheid en commerciële communicatie naast de ontwerp-richtlijn van toepassing

- 1.14. De ICER leidt uit de tekst van artikel 1, lid 3, ontwerp-richtlijn, gelezen in

samenhang met de overwegingen (10), (11) en (14) ontwerp-richtlijn, af dat de ontwerp-richtlijn alleen het huidige niveau van richtlijnen onverlet laat. *Bij wijziging van bestaande richtlijnen dan wel toekomstige richtlijnen zal naar het oordeel van de ICER telkens in deze richtlijnen afzonderlijk moeten worden bepaald dat deze van toepassing zijn naast de ontwerp-richtlijnen. Naar het oordeel van de ICER verdient het de voorkeur dit in het dispositief ontwerp-richtlijn tot uitdrukking te brengen.*

Artikel 22, lid 3, ontwerp-richtlijn: Securitel-bepaling?

- 1.15. Onduidelijk is of art. 22, lid 3, moet worden gekarakteriseerd als een bepaling die volgens de jurisprudentie van het Hof tot gevolg heeft dat het verzuim van de kennisgeving de niet-toepasselijkheid van de betrokken nationale maatregelen meebrengt, zodat deze niet aan particulieren kunnen worden tegengeworpen (arrest van 30 april 1996, zaak C-194/94, CIA Securitel International SA, Jur. 1996, blz. I-2201, punt 54). Uit de tekst van artikel 22, lid 3, sub d, blijkt dat de Commissie een discretionaire bevoegdheid heeft de betrokken nationale maatregel onverenigbaar te verklaren met het communautaire recht. In een dergelijk geval leidt de invoering van de betrokken nationale maatregel tot de niet-toepasselijkheid ervan, zodat deze niet aan particulieren kan worden tegengeworpen. Maar wanneer de Commissie geen gebruik maakt van deze bevoegdheid, is het naar het oordeel van de ICER onduidelijk of de lidstaat van ontvangst de maatregel mag invoeren alvorens de Commissie het groene licht geeft. *Het is- teneinde alle onduidelijkheid weg te nemen- wenselijk dat in de tekst van artikel 22, lid 3, ontwerp-richtlijn wordt bepaald dat verzuim van de kennisgeving niet leidt tot de niet-toepasselijkheid van de betrokken maatregel. Voorts dient in artikel 22, lid 3, onder b, een termijn te worden gesteld waarbinnen de Commissie en de lidstaat van oorsprong moeten reageren op een door de lidstaat van ontvangst gemelde maatregel.*