

Interdepartementale Commissie Europees Recht (ICER)

Onderwerp:

Advies inzake het arrest Kortas (HvJ EG zaak C-319/97)

Inleiding

Op 1 juni 1999 heeft het Hof van Justitie van de EG arrest gewezen in de zaak Kortas (zaak C-319/97). Hierin heeft het Hof meer duidelijkheid verschaft over de betekenis en rechtsgevolgen van artikel 100A, lid 4, EG (thans, na ingrijpende wijziging, artikel 95, leden 4-9, EG). Deze bepaling bevat voorschriften voor bepaalde gevallen waarin een lidstaat nationale maatregelen wil toepassen die verdergaande bescherming bieden op onder meer milieu- of gezondheidsgronden dan een EG-besluit, waarbij harmonisatie op het gebied van de interne markt wordt doorgevoerd, voorschrijft. Dergelijke nationale maatregelen moeten ter kennis van de Commissie worden gebracht (notificatie) en moeten door de Commissie bevestigd worden. In dit advies wordt een analyse gegeven van het arrest (1), waarna wordt ingegaan op de gevolgen van het arrest voor de bestuurs- en handhavingspraktijk (2) alsmede voor onderhandelaars en de wetgever (3). Tevens worden kort de risico's van eventuele schadeacties geschetst (4). Het advies bevat tenslotte conclusies en aanbevelingen (5).

1. Analyse

a. Feiten en redenering Hof

Het Hof gaat in het arrest Kortas in op enkele aspecten betreffende de betekenis en rechtsgevolgen van artikel 100A, lid 4, EG. Deze bepaling bevat voorschriften voor lidstaten die verdergaande nationale maatregelen willen toepassen dan die zijn voorzien in een EG-besluit dat gebaseerd is op artikel 100A EG (thans 95). Hieromtrent zijn vragen gerezen in een Zweedse strafzaak, waarin overtreding van de bepalingen inzake het gebruik van additieven in levensmiddelen aan de orde is. Kortas wordt ervan verdacht zoetwaren te hebben verkocht die een kleurstof bevatten die in Zweden niet, maar op grond van een EG-richtlijn wél is toegelaten. De Zweedse warenwetgeving is dus strenger dan de Europese. Zweden heeft de Commissie overeenkomstig artikel 100A, lid 4, EG om redenen van volksgezondheid verzocht om bevestiging van deze afwijking, op welk verzoek de Commissie niet heeft gereageerd. Verdachte stelt dat de strafvervolging op met het EG-recht strijdige wetgeving was gebaseerd; het OM is daarentegen van mening dat Zweden moest worden geacht toestemming te hebben gekregen om strengere nationale regelgeving vast te stellen.

Artikel 100A, lid 4, EG bevat voorschriften voor lidstaten die verdergaande nationale maatregelen willen toepassen dan die zijn voorzien in een EG-besluit dat gebaseerd is op artikel 100A EG. Op artikel 100A (thans 95) gebaseerde EG-besluiten beogen het verwezenlijken van de interne markt, uitgaand van een hoog beschermingsniveau voor gezondheid en milieu. Het gaat daarbij veelal om de harmonisatie van productregelgeving. Artikel 100A, lid 4, EG luidt voor zover van belang:

“Wanneer een lidstaat, nadat de Raad (...) een harmonisatiemaatregel heeft genomen, het noodzakelijk acht nationale bepalingen toe te passen die hun

rechtvaardiging vinden in gewichtige eisen als bedoel in artikel 36¹ of verband houdend met de bescherming van het arbeidsmilieu of het milieu, geeft hij daarvan kennis aan de Commissie. De Commissie bevestigt de betrokken bepalingen nadat zij heeft nagegaan dat zij geen middel tot willekeurige discriminatie noch een verkapte beperking van de handel tussen de lidstaten vormen (...).”

Hoewel dit niet met zoveel woorden uit de tekst van het artikel zelf blijkt, volgt uit een eerdere uitspraak van het Hof reeds dat artikel 100A EG op procedureel vlak restrictief moet worden opgevat (zaak C-41/93, Jur. 1994, p I-1829). De mogelijkheid voor lidstaten om strengere nationale regelgeving vast te stellen wanneer de EG-wetgever totale harmonisatie heeft beoogd, is daardoor ingekaderd. Meer bijzonder bepaalde het Hof in deze eerdere uitspraak² dat:

- Afwijkende nationale maatregelen onderworpen zijn aan het toezicht van de Commissie en het Hof (punt 24);
- Lidstaten hun voornemen om afwijkende nationale bepalingen toe te passen ter kennis moeten brengen van de Commissie (punt 26);
- Een lidstaat de medegedeelde nationale bepalingen pas mag toepassen, nadat hij een beslissing van de Commissie heeft gekregen waarbij deze worden bevestigd (punt 30).

Hieruit kan worden afgeleid, dat de toepassing van afwijkende nationale bepalingen moet worden opgeschort totdat de Commissie deze heeft getoetst en goedgekeurd. Over de vraag of deze conclusie ook zou gelden indien de Commissie in het geheel niet met een beslissing reageert, bestond nog onduidelijkheid.

In het Kortas-arrest wordt op die vraag ingegaan. Daarbij breidt het Hof de in zaak C-41/93 ingezette lijn tot ook die situatie uit: een lidstaat mag de medegedeelde strengere nationale bepalingen pas toepassen nadat de Commissie deze heeft bevestigd.

Er geldt dus, ook wanneer gedurende langere tijd niets van de Commissie wordt vernomen, geen systeem van stilzwijgende goedkeuring (punt 33).

Het Hof voegt daaraan toe dat:

- Een richtlijn(bepaling) rechtstreekse werking kan hebben, ook al is de rechtsgrondslag van de richtlijn artikel 100A EG en ook al kunnen de lidstaten volgens artikel 100A, lid 4, EG de Commissie verzoeken om van de richtlijn afwijkende bepalingen te mogen toepassen (punt 23);
- Aan de rechtstreekse werking en de toepasselijkheid van de richtlijn niet wordt afgedaan door een beroep op artikel 100A, lid 4; dit geldt ook als de Commissie niet reageert op de kennisgeving (punten 36 en 38);
- Als een lidstaat meent dat de Commissie niet met de nodige voortvarendheid reageert, hij een Hof-procedure kan starten (punt 37).

Hieruit kan worden afgeleid, dat particulieren zich na afloop van de implementatietermijn van een EG-besluit in rechte op de - onvoorwaardelijke en voldoende

¹ De in artikel 36 (thans 30) EG genoemde rechtvaardigingsgronden zijn: bescherming van de openbare zedelijkheid, de openbare orde, de openbare veiligheid, de gezondheid en het leven van personen, dieren of planten, het nationaal artistiek historisch en archeologisch bezit en de bescherming van de industriële en commerciële eigendom.

² Kernpunt van dit arrest is overigens het oordeel dat op de Commissie een motiveringsplicht rust bij het beschikken op een beroep op artikel 100A, vierde lid, EG.

nauwkeurige - bepalingen daarvan kunnen beroepen, *ongeacht* de mogelijke of daadwerkelijke uitoefening van een beroep op artikel 100A, vierde lid. Dit betekent dat een lidstaat, die strengere regelgeving hanteert zonder daarvoor goedkeuring van de Commissie te hebben gekregen, het risico loopt tegengeworpen te krijgen dat de desbetreffende maatregel niet toepasselijk is, althans voorzover deze van de Europese harmonisatiemaatregel afwijkt.

b. Werkingssfeer en betekenis

De Hof-rechtspraak inzake artikel 100A, lid 4, EG vertoont enige verwantschap met de Hof-rechtspraak inzake richtlijn 98/34/EG, zoals gewijzigd³. In beide gevallen gaat het immers om notificatie van nationale regelgeving aan de Commissie, waarbij verzuim van notificatie kan leiden tot de niet-toepasselijkheid van de nationale maatregel.

Door het specifieke karakter van artikel 100A, lid 4, EG is de praktische betekenis van (de rechtspraak inzake) dit artikel echter beperkt:

- Notificatie c.q. de niet-toepasselijkheid gedurende de opschortingstermijn heeft slechts betrekking op het deel van de nationale maatregel waarbij wordt afgeweken van de EG-harmonisatiemaatregel ('nationale kop'). Voorzover de nationale maatregel overeenkomt met de EG-harmonisatiemaatregel blijft de eerste gewoon toepasselijk;
- De vraag naar de toepasselijkheid van strengere nationale maatregelen kan zich alleen voordoen als de EG-harmonisatiemaatregel gebaseerd is op artikel 100A EG. Op besluiten, gebaseerd op een andere rechtsgrondslag, geldt niet een mogelijkheid als in het vierde lid van artikel 100A;
- EG-besluiten die gebaseerd zijn op artikel 100A EG bevatten niet zelden impliciet ("tenminste") of expliciet een minimumcausule. De bevoegdheid om strengere nationale maatregelen te nemen kan dan uit het EG-besluit zelf worden afgeleid, in welk geval niet aan artikel 100A, lid 4, EG wordt toegekomen.

De praktische betekenis van het arrest wordt verder ingeperkt doordat inmiddels het Verdrag van Amsterdam in werking is getreden (per 1 mei 1999). Artikel 100A, lid 4 (thans artikel 95, lid 4-9) EG is daarbij op dit punt verduidelijkt, zodat er thans wél een systeem van stilzwijgende goedkeuring geldt. Ingevolge het huidige artikel 95, lid 6, EG moet de Commissie zich binnen 6 maanden over de notificatie uitlaten. Wanneer binnen deze termijn niets van de Commissie is vernomen, worden de strengere nationale maatregelen geacht te zijn goedgekeurd. In uitzonderlijke gevallen kan de Commissie de termijn met maximaal 6 maanden verlengen.

Deze Verdragswijziging is voor de Nederlandse praktijk van belang. Zoals hierna onder c uiteengezet wordt, heeft Nederland (ruim) vóór die wijziging drie maal een beroep op artikel 100A gedaan, terwijl daar geen beschikking van de Commissie op is gevolgd.

Op de vraag of, en zo ja wanneer, het nieuwe regime van artikel 95 EG van toepassing is op deze 'oude' zaken, zijn op hoofdlijnen drie antwoorden denkbaar.

1. Het Verdrag van Amsterdam is niet van toepassing op al ingediende beroepen; het oude recht van 100A lid 4 (zoals uitgelegd in de rechtspraak) bepaalt derhalve dat de nationale maatregelen niet stilzwijgend in werking kunnen treden.
2. Het Verdrag van Amsterdam kent geen overgangsrecht en is per 1 mei 1999 in werking getreden. De termijn van zes maanden ging voor de al ingediende

³ Arrest van 30 april 1996, *Securitel/Security*, C-194/94, Jur.blz. I- 2201.

beroepen op die datum in, waardoor stilzwijgende goedkeuring kan worden verkregen per 1 november 1999.

3. Op het moment van de inwerkingtreding van het Verdrag van Amsterdam was de opschortingstermijn van zes maanden voor de lopende beroepen al lang verlopen, waardoor stilzwijgende goedkeuring per 1 mei 1999 heeft plaatsgevonden.

Terzake van de vraag, welke van deze interpretaties de juiste is, moet het volgende worden opgemerkt. Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie EG worden procedureregels in het algemeen geacht van toepassing te zijn op alle bij hun inwerkingtreding aanhangige gedingen, in tegenstelling tot materiële regels, die doorgaans aldus worden uitgelegd, dat zij niet van toepassing zijn op vóór hun inwerkingtreding bestaande situaties.⁴ De eerste van de hierboven geschetste interpretaties ligt in deze visie niet voor de hand. De inwerkingtreding van het Verdrag van Amsterdam schept nieuwe procedureregels voor de behandeling van verzoeken en sluit de toepassing ervan op oude verzoeken niet uit. Daarnaast vloeit uit het beginsel, dat het nieuwe Verdragsrecht het oude op moment van inwerkingtreding direct vervangt, naar de mening van de ICER voort dat de eerste interpretatie niet voor de hand ligt.

Of de derde interpretatie een juiste is, is naar de mening van de ICER onzeker. Deze interpretatie zou namelijk rechtsgevolgen verbinden aan de procedureregels van artikel 95, lid 6 EG over tijdvakken waarin deze bepaling nog niet in werking was getreden.

In deze interpretatie zou de toestemming van de Commissie immers zijn verkregen zonder de toepassing onder de werking van deze bepaling van de termijn van zes maanden. De ICER acht het daarom aannemelijk dat de tweede interpretatie de meeste gereede is. De procedureregels van artikel 95, lid 6 EG kunnen vanaf het moment van inwerkingtreding hun volle werking hebben, zowel voor de Commissie als voor de lidstaten. Deze opvatting sluit ook aan bij de visie van de Commissie omtrent dit vraagstuk.

Tijdens de voorbereiding van dit ICER-advies werd een brief van de Commissie ontvangen waarin zij meedeelt, dat zij op aanmeldingen die op 1 mei j.l. aanhangig waren, de 6 maanden-termijn van artikel 95, lid 6, EG zal toepassen⁵. De Commissie hangt derhalve de tweede interpretatie aan, waardoor de opschortingstermijn voor de aanhangige zaken verstrikt op 1 november 1999. In deze visie kunnen, wanneer op 1 november niets van de Commissie is vernomen, de strengere nationale maatregelen als goedgekeurd worden beschouwd. Dit is slechts anders als de Commissie voordien heeft laten weten dat zij de termijn (met maximaal 6 maanden) verlengt.

De visie van de Commissie is echter niet bepalend. Wel is het zo, dat als Nederland die visie overneemt, er weinig risico bestaat op een juridische procedure die door de Commissie wordt gestart.

Nu het Hof (punt 38) zo expliciet aangeeft dat aan de rechtstreekse werking van een richtlijn niet afgedaan kan worden door het doen van een kennisgeving overeenkomstig artikel 100A, vierde lid, moet ook worden geconcludeerd dat aan een (positieve of negatieve) beslissing van de Commissie geen terugwerkende kracht

⁴ Zie, met name, arresten van 12 november 1981, *Salumi e.a.*, 212/80—217/80, Jur. blz. 2735, punt 9, en 6 juli 1993, *CT Control (Rotterdam)* en *JCT Benelux/Commission*, C-121/91 en C-122/91, Jur. blz. I-3873, punt 22; 9 september 1999, *De Haan*, C-61/98, nog niet gepubliceerd, punt 13.

⁵ Brief van 24 augustus 1999 nr SG/B/1D (99)35700. Hoewel deze brief blijkens de aanhef op het “creosoot-beroep” (zie onder c) betrekking heeft, is het daar gestelde ook onverkort van toepassing op de andere Nederlandse beroepen.

toekomst. Dat zou zich immers slecht verhouden tot het principe dat particulieren zich (na verstrijken van de implementatietermijn van de bewuste richtlijn) op de bepalingen van de richtlijn, voor zover die rechtstreekse werking hebben, kunnen beroepen.⁶ Deze conclusie geeft aan dat een merkwaardig verloop van de toepasbaarheid van de nationaal verdergaande maatregel het gevolg kan zijn. Tot en met het verstrijken van de implementatietermijn geldt de nationale norm⁷, vervolgens moet worden teruggevallen op de norm uit de richtlijn en tenslotte, vanaf moment van bevestiging door de Commissie, geldt de nationale norm weer. Op deze consequentie wordt onder punt 3 nader ingegaan.

c. Nederlandse 100A, lid 4-beroepen; stand van zaken

Nederland heeft tot op heden in drie gevallen een beroep gedaan op artikel 100A, lid 4, EG. Het betreft het Cadmiumbesluit Wms en op de Bestrijdingsmiddelenwet gebaseerde maatregelen inzake creosoot en pentachloorfenol (pcp). Alle gaan verder dan richtlijn 76/769/EEG inzake het op de markt brengen en het gebruik van gevaarlijke stoffen en preparaten (PbEG 1976 L 262, zoals gewijzigd). Op geen van deze beroepen heeft de Commissie tot op heden expliciet (positief of negatief) beschikt. Dit ondanks het feit, dat er – hetgeen beduidend anders is dan bij het Zweedse 100A, lid 4-beroep zoals geschetst onder a – na indiening van de beroepen meermalen contact met de Commissie is geweest. Daarbij heeft Nederland tevens van officiële zijde aangegeven dat, bij gebreke van een reactie van de Commissie binnen 2 maanden, zou worden uitgegaan van instemming met de nationale maatregelen. Het Nederlandse standpunt - zoals vastgelegd in formele correspondentie met de Commissie - luidt, dat de Commissie door ook op die aanschrijving niet te reageren een fictieve bevestiging heeft gegeven.

Het verschil met de Zweedse zaak die in Kortas voorlag (waar werd uitgegaan van stilzwijgende goedkeuring zonder aanschrijving) is echter dermate subtiel dat er gereede twijfel bestaat over de houdbaarheid van het Nederlandse standpunt. De ICER acht het veiliger de oplossing in een andere richting te zoeken, zoals hieronder wordt aangegeven.

Terzake van de Nederlandse beroepen zij voorts het volgende opgemerkt.

Het 100A, lid 4-beroep inzake *cadmium* is onlangs ingetrokken, aangezien het nieuwe Cadmiumbesluit Wms (1999) de norm van de cadmiumrichtlijn (richtlijn 91/338/EEG tot wijziging van richtlijn 76/769/EEG, PbEG L 186) heeft overgenomen. De nationale cadmiumregelgeving is hiermee dus niet langer strenger dan de Europese regelgeving. De 100A, lid 4-beroepen met betrekking tot *creosoot* en *pcp* zijn nog aanhangig.

Ook hiervoor geldt echter, dat recente ontwikkelingen deze beroepen mogelijk achterhalen en dus intrekking ervan wellicht in de rede ligt. Inmiddels zijn namelijk twee EG-richtlijnen uitgevaardigd waaruit afgeleid zou kunnen worden, dat deze strengere nationale maatregelen met betrekking tot creosoot en pcp mogelijk maken. Richtlijn 98/8/EG betreffende het op de markt brengen van biociden, zijnde niet in de landbouw gebruikte bestrijdingsmiddelen zoals creosoot (PbEG L 123), maakt het de lidstaten mogelijk een nationaal toelatingsbeleid voor biociden te hanteren gedurende

⁶ Dat een Commissie-beslissing geen terugwerkende kracht heeft, geldt ook voor zaken waarop de Commissie de 6-maandeterminj toepast.

⁷ Overigens dient hierbij overweging 16 van het arrest betrokken te worden: indien nog geen bevestiging van de Commissie werd verkregen, zal de rechter zich in strafzaken moeten baseren op de minder strenge richtlijnnorm, ook indien de overtreding plaats had binnen de implementatietermijn. Dit probleem zou in toekomstige gevallen kunnen spelen indien het beroep te laat wordt ingesteld of indien de Commissie tot afwijzing van het beroep komt.

de in de richtlijn bepaalde overgangsperiode van maximaal tien jaar. Richtlijn 1999/51/EG, houdende aanpassing aan de technische vooruitgang van bijlage I bij richtlijn 76/769/EEG, voorziet in een verdere verlaging van onder meer de pcp-normering (PbEG L 142). Wanneer de desbetreffende bewindspersonen eveneens zouden menen dat genoemde richtlijnen strengere nationale maatregelen met betrekking tot creosoot en pcp mogelijk maken, zou terzake niet langer een beroep op artikel 100A, lid 4 (95, lid 4-6, EG) benodigd zijn.

De ICER geeft de betrokken bewindspersonen in overweging hierin een afweging te maken, waarbij tevens de onder punt b hiervoor aangeduide uitweg die de Commissie biedt zou moeten worden betrokken. Het ware derhalve te overwegen in hoeverre de hangende 100A lid 4-beroepen beëindigd kunnen worden op grond van de geschetste recente ontwikkelingen, waarbij afgewogen moet worden of, en op welke wijze, de te verwachten beslissing van de Commissie per 1 november a.s. daarbij betrokken zou kunnen worden. De ICER beveelt in ieder geval niet aan om een procedure bij het Hof op grond van artikel 232 EG te starten (beroep wegens stilzitten van de Commissie), zoals het Hof in het Kortas-arrest suggereert.

2. Gevolgen voor bestuurs- en strafrechtelijke handhaving

a. Algemene gedragslijn bevoegd gezag

Uit het bovenstaande volgt, dat een lidstaat - de nationale wetgever - die zijn regelgeving die strenger is dan een (op artikel 100A EG gebaseerde) EG-harmonisatie-maatregel wil blijven toepassen, dit aan de Commissie moet melden. Indien en voorzover de nationale maatregel strenger is dan de Europese, mag deze niet worden toegepast zolang geen goedkeuring door de Commissie is verkregen. De toepassing van de 'nationale kop' moet dus gedurende zekere tijd worden opgeschort. Gedurende deze periode moet de nationale maatregel, voorzover die het EG-besluit implementeert, worden toegepast.

Adressaten van de beperkte toepasbaarheid en handhaafbaarheid zijn de terzake bevoegde gezagen. Afhankelijk van de regelgeving waar het om gaat, betreft het ingeval van bestuursrechtelijke handhaving met name Rijksinspectiediensten zoals de Inspectie Milieuhygiëne, de Inspectie Gezondheidsbescherming, de AID, en de Arbeidsinspectie. Ingeval van strafrechtelijke handhaving betreft het onder meer de politie en het OM. Voor de specifieke situatie van het verlenen van toelatingen betreffende niet-landbouwbestrijdingsmiddelen is daarnaast het CTB betrokken. Indien deze instanties de nationale maatregel integraal zouden blijven toepassen en handhaven, bestaat het risico dat een particulier wiens vermeende overtreding van de 'nationale kop' aan de orde is, zich beroept op de (minder vergaande) EG-maatregel c.q. op de niet-toepasselijkheid van de nationale maatregel. Ingeval van strafvervolging leidt dit er gewoonlijk toe, dat de gepleegde feiten wel te bewijzen maar niet strafbaar zijn (ontslag van rechtsvervolging).

b. Concrete gedragslijn bevoegd gezag

Om concrete aanbevelingen voor uitvoerende en handhavende instanties te kunnen formuleren, wordt in het onderstaande onderscheiden tussen afgedane, lopende en toekomstige zaken. De ICER gaat er hierbij vanuit dat deze instanties tot op heden onbekend zijn zowel met de beperkte toepasbaarheid en handhaafbaarheid van de in het kader van artikel 100A, lid 4, EG aangemelde Nederlandse regelgeving, als met de

mogelijkheid van beroep van particulieren op EG-bepalingen terzake waarvan een 100A, lid 4-beroep loopt.

i afgedane zaken

Voorzover in het verleden overtreding van de ‘nationale kop’ is gehandhaafd, moet worden onderscheiden tussen strafzaken en bestuursrechtelijke zaken.

Bij *strafzaken* die definitief zijn geëindigd met een veroordeling of een transactie staan twee rechtsmiddelen open. Is een zaak geëindigd met een in kracht van gewijsde gegane veroordeling, dan kan *herziening* worden gevraagd bij de Hoge Raad. Herziening is echter slechts mogelijk wanneer een veroordeling berust op een rechterlijke dwaling (artikel 457 Sv). Volgens vaste rechtspraak vormt het gegeven, dat naderhand komt vast te staan dat een strafbepaling onverbindend moet worden geacht, geen grond voor herziening; de grondslag voor herziening wordt gevormd door een dwaling betreffende de relevante feiten c.q. de gebeurtenissen die de veroordeling rechtvaardigen (en dus niet de rechtsregels die eraan ten grondslag liggen). Voorts is het na veroordeling mogelijk een *gratieverzoek* te doen m.b.t. opgelegde (financiële) sancties, tenzij het om een geldboete van f 500 of minder gaat. Gratie, al dan niet partieel, is mogelijk wanneer zich een omstandigheid heeft voorgedaan, waarmee de rechter niet of onvoldoende rekening heeft gehouden of kunnen houden en die hem aanleiding zou hebben gegeven tot oplegging van een andere straf of tot het afzien van een oplegging. E.e.a. geldt eveneens bij een door het OM aangeboden transactie.

Van herziening zal derhalve niet snel sprake kunnen zijn. Gratieverzoeken zouden in bepaalde gevallen kans van slagen kunnen hebben.

Bij *bestuursrechtelijke zaken* waarin een sanctie is opgelegd, geldt het beginsel van de *formele rechtskracht*. Dit betekent dat een besluit, waartegen niet tijdig bezwaar is gemaakt of beroep is ingesteld, geacht wordt rechtmatig te zijn, zelfs als duidelijk is dat het besluit zou zijn vernietigd indien tijdig bezwaar gemaakt was of beroep was ingesteld. Hetzelfde geldt als wel bezwaar is gemaakt of beroep is ingesteld, maar dit is verworpen en deze beslissing onherroepelijk is geworden. Het enkele feit, dat een voorschrift waarop een rechterlijke uitspraak steunt, achteraf onverbindend blijkt, is geen grond voor herziening. Bestuursorganen zijn dus niet verplicht in het verleden met toepassing van strengere regels genomen besluiten ambtshalve te herzien. Wel moeten ze, indien een belanghebbende om herziening verzoekt, dit verzoek in overweging nemen; hierbij moeten de belangen voor en tegen herziening worden afgewogen. Herziening c.q. intrekking van het sanctiebesluit ligt bijvoorbeeld in de rede, wanneer wegens overtreding van de ‘nationale kop’ een sanctie is opgelegd maar nog niet ten uitvoer gelegd. Als een sanctie wel ten uitvoer is gelegd, is m.n. van belang of de belanghebbende kan aantonen dat hij als gevolg van het besluit c.q. de toepassing van de ‘nationale kop’ schade heeft geleden.

ii lopende zaken

Een hiertoe uitgevoerde scan heeft bij de ICER tot de indruk geleid dat er momenteel bestuursrechtelijke noch strafrechtelijke zaken terzake van creosoot en pcp lopen. Voorzover er niettemin op dit moment straf- of bestuursrechtelijke zaken zouden lopen, waarin overtreding van regelgeving die onder 100A, lid 4, EG is genotificeerd aan de orde is, adviseert de ICER - uitgaande van een opschortingstermijn van 6 maanden - als volgt.

Lopende zaken die (mede) betrekking hebben op de overtreding van een nationale norm, die overeenstemt met de onderliggende EG-harmonisatiemaatregel, kunnen

gewoon worden voortgezet. Het gaat hierbij immers om overtredingen waarvan de naleving zowel naar nationaal als naar Europees recht afgedwongen moet worden.

Dit ligt anders wanneer het gaat om lopende zaken die enkel betrekking hebben op de overtreding van de 'nationale kop', dus op een nationale norm voorzover die strenger is dan de onderliggende EG-harmonisatiemaatregel. Deze zaken kunnen, zo volgt uit de hierboven geschetste rechtspraak van het Hof, in ieder geval tot 1 november 1999 niet worden voortgezet.⁸ Gebeurt dat wel, dan bestaat het risico dat verdachten of belanghebbenden zich beroepen op niet-toepasbaarheid van de nationale maatregel voorzover het 'de nationale kop' betreft. Een dergelijk beroep zal door de (straf- of bestuurs)rechter moeten worden gehonoreerd.

Ingeval de Commissie voor 1 november negatief zou beschikken terzake van een hangend 100A, lid 4-beroep, dan is de niet-toepasbaarheid van de 'nationale kop' definitief en kan er ook niet opgetreden worden tegen latere overtredingen daarvan.

iii toekomstige zaken

Aangenomen moet worden, dat hetgeen uit de rechtspraak over artikel 100A, lid 4, EG voortvloeit, *mutatis mutandis* geldt voor het nieuwe artikel 95, leden 4-6, EG.

Dit betekent dat het bevoegde gezag bestaande nationale voorschriften voorzover die

a) strenger zijn dan de onderliggende rechtstreeks werkende EG-harmonisatiemaatregelen en

b) door de wetgever genotificeerd zijn onder artikel 95 EG

niet mag hanteren nadat de implementatietermijn van de richtlijn verstreken is en zolang deze voorschriften niet (stilzwijgend) door de Commissie zijn goedgekeurd. Toepassing en handhaving van de 'nationale kop' moet derhalve na het verstrijken van de implementatietermijn worden opgeschort totdat de periode van 6 (eventueel 12) maanden na kennisgeving is verstreken of zoveel korter indien de Commissie bij beschikking eerder tot bevestiging komt. De opschorting zal moeten worden omgezet in aanpassing van de regelgeving aan de richtlijn indien de Commissie afwijzend beschikt. Gedurende de periode na het verstrijken van de implementatietermijn waarin nog niets van de Commissie is vernomen (tot maximaal 12 maanden na kennisgeving) mag de nationale maatregel dus uitsluitend voorzover die het desbetreffende EG-besluit implementeert worden toegepast en gehandhaafd.

Overigens zijn de ICER op dit moment geen nationale maatregelen bekend terzake waarvan het voornemen bestaat ze onder artikel 95 lid 4-6 EG te notificeren.

3. Gevolgen voor onderhandelaars en wetgevers

Reeds onder punt 1 onder b werd aangegeven, dat een beroep op artikel 95, leden 4-6, EG kan leiden tot een merkwaardig en onwenselijk verloop van de toepasbaarheid van de nationaal verdergaande maatregel. Tot en met het verstrijken van de implementatie-termijn geldt de nationale (verdergaande) norm, vervolgens moet worden teruggevallen op de (minder vergaande) norm uit de richtlijn en tenslotte,

⁸Dit is anders indien de Commissie voor 1 november positief zou beslissen m.b.t. de hangende beroepen. Het lijkt echter waarschijnlijker dat de Commissie, indien zij geen bezwaar heeft tegen een of beide strengere nationale regelingen, de termijn van 6 maanden zal laten verlopen. Er moet daarnaast rekening mee worden gehouden dat de Commissie de termijn met maximaal 6 maanden verlengt (dus tot uiterlijk 1 mei 2000).

vanaf moment van bevestiging door de Commissie, geldt de (verdergaande) nationale norm weer.

Om deze situatie te voorkomen dient naar de mening van de ICER de volgende gedragslijn te worden gevolgd wanneer Nederland nationaal verdergaande maatregelen wil blijven toepassen nadat een EG-besluit over de desbetreffende materie is genomen.

- In de eerste plaats dient zorg gedragen te worden voor een voldoende ruime implementatietermijn: deze moet lang genoeg zijn om indiening en afronding van een artikel 95-beroep mogelijk te maken. Gelet op de opschortingstermijn van 6 maanden, de mogelijkheid van verlenging met 6 maanden en de benodigde tijd voor het indienen van het beroep, lijkt een implementatietermijn van tenminste 15 maanden redelijk. Hiervoor moet meteen bij de start van de onderhandelingen over het desbetreffende EG-besluit aandacht worden gevraagd, onder meer door tijdige sigalering in de BNC.
- Indien sprake is van een voldoende lange implementatietermijn moet vervolgens het beroep tijdig worden ingediend. Dit moet zo snel mogelijk na vaststelling van het desbetreffende EG-besluit (door Raad en Europees Parlement) gebeuren, doch – gelet op de opschortingstermijn(en) – tenminste 13 maanden vóór het verstrijken van de implementatietermijn.
- Wanneer het niet lukt om een voldoende ruime implementatietermijn te bewerkstelligen, is het zaak bij de onderhandelingen over het EG-besluit in te zetten op een uitzonderingspositie voor Nederland, in die zin dat, in afwijking van het desbetreffende besluit, bestaande verdergaande nationale maatregelen gehandhaafd kunnen worden.
- Wanneer het niet lukt om een voldoende ruime implementatietermijn of een uitzonderingsbepaling te bewerkstelligen danwel het beroep tijdig in te dienen, is het om redenen van kenbaarheid, duidelijkheid en rechtszekerheid voor betrokken uitvoeringsinstanties en particulieren noodzakelijk om, waar mogelijk, na indiening van het beroep, de desbetreffende verdergaande nationale maatregel in te trekken en te vervangen door een strikte implementatiemaatregel (met het lagere beschermingsniveau van de richtlijn). Bij een *positieve beslissing* van de Commissie danwel na afloop van de opschortingstermijn dient vervolgens een nieuwe, verdergaande, regeling te worden vastgesteld. Deze zal inhoudelijk gelijk zijn aan de oorspronkelijke verdergaande regeling. Wel zal de toelichting enigszins aangepast moeten worden. Bij een *negatieve beslissing* van de Commissie moet de strikte implementatie-regeling in stand blijven. Omdat vooraf niet zeker is of de vervangende c.q. de implementatieregeling een tijdelijk karakter heeft, moet deze voor onbepaalde tijd worden vastgesteld. E.e.a. dient vergezeld gaan van voorlichting aan betrokkenen.
- In gevallen waarin het niet goed mogelijk is om op korte termijn de bestaande nationale bepalingen aan te passen c.q. ‘naar beneden’ bij te stellen, bijvoorbeeld omdat deze zijn opgenomen in een formele wet, acht de ICER het van groot belang dat uitvoeringsinstanties in kennis worden gesteld van het feit dat zij de ‘nationale kop’ (in ieder geval tijdelijk) niet mogen toepassen en handhaven.⁹

4. Risico van schadeacties

⁹ Indien het niet gaat om het handhaven van *bestaande* maatregelen maar om het treffen van *nieuwe* nationale maatregelen (artikel 95, lid 5, EG) ligt het eenvoudiger: deze mogen niet in werking treden totdat (expliciet of impliciet) goedkeuring door de Commissie is verkregen.

Niet uitgesloten is dat de afgelopen jaren in Nederland de verdergaande regelgeving op het terrein van cadmium, creosoot en pcp is toegepast en gehandhaafd. Particulieren dienden immers een tijdlang aan strengere normen te voldoen dan ingevolge het EG-recht noodzakelijk was. Denkbaar is dat zij de Staat en/of de desbetreffende uitvoeringsinstantie(s) aanspreken voor door hen geleden schade. Voor een succesvol beroep op artikel 6:162 BW (onrechtmatige overheidsdaad) is in het bijzonder causaliteit vereist. Aangetoond moet kunnen worden dat schade is geleden, bijvoorbeeld investeringen zijn gedaan of niet meer geproduceerd kon worden, als gevolg van de strengere nationale normering. Van causaal verband kan sprake zijn wanneer aangetoond kan worden dat bij het ontbreken van de 'nationale kop' bepaalde investeringen niet zouden zijn gedaan of er wel geproduceerd had kunnen worden.

5. Conclusies en aanbevelingen

In het arrest Kortas heeft het Hof van Justitie EG meer duidelijkheid verschaft over de betekenis en rechtsgevolgen van de meldingsprocedure van artikel 100A, lid 4, EG, thans artikel 95, leden 4-9, EG. Deze bepaling bevat voorschriften voor bepaalde gevallen waarin een lidstaat, om redenen o.m. milieu- of gezondheids-bescherming, maatregelen wil (blijven) toepassen die verdergaande bescherming bieden dan een EG-besluit gebaseerd op artikel 100A (thans 95) voorschrijft.

Uit het arrest volgt dat deze maatregelen, alvorens ze mogen worden toegepast en gehandhaafd, ter kennis van de Commissie moeten worden gebracht en door haar bevestigd moeten worden. Een lidstaat die verdergaande regelgeving hanteert zonder dat deze door de Commissie is bevestigd, kan tegengeworpen krijgen dat de desbetreffende maatregel niet toepasselijk is voorzover deze van het EG-besluit afwijkt.

Hoewel de gevolgen van het arrest in theorie verstrekkend kunnen zijn, is de ICER van mening dat de betekenis voor de Nederlandse rechtspraktijk beperkt is. Dit komt met name doordat Nederland slechts in drie gevallen een beroep heeft gedaan op artikel 100A, lid 4, EG: voor regels m.b.t. de gevaarlijke stoffen cadmium, creosoot en pentachloorfenol. Het arrest Kortas lijkt geen lopende bestuursrechtelijke zaken en strafzaken terzake te doorkruisen. Bovendien zijn er in elk van de drie gevallen recente ontwikkelingen die aanleiding geven voor de conclusie dat de nationale verdergaande bepalingen thans in overeenstemming met het Europese recht zijn. Tenslotte moet worden gewezen op de inwerkingtreding van het Verdrag van Amsterdam, waardoor in de eerste plaats de 'Kortas-situatie' zich in de toekomst niet makkelijk meer voor kan doen, en ten gevolge waarvan in de tweede plaats - ook volgens de Commissie - de nieuwe procedure op de oude gevallen van toepassing is. Aan de betrokken bewindspersonen van VWS en VROM wordt geadviseerd in kaart te brengen in hoeverre de lopende beroepen op 100A lid 4 gezien deze ontwikkelingen beëindigd kunnen worden. Het starten van een procedure op grond van artikel 232 EG, zoals het Hof in het arrest suggereert, wordt door de ICER in deze gevallen niet aanbevolen.

Wel moet aangenomen worden, dat in het verleden in Nederland de regelgeving op het terrein van cadmium, creosoot en pcp is toegepast en gehandhaafd. Bepaalde particulieren moesten een tijdlang aan strengere normen voldoen dan ingevolge het EG-recht noodzakelijk was. Gezien de onzekerheid omtrent de juridische waarde van de tot dusverre door Nederland veronderstelde fictieve goedkeuring van de Commissie is het niet geheel uitgesloten dat het arrest gevolgen kan hebben voor bepaalde afgedane bestuurs- en strafzaken zaken terzake van het gebruik van

cadmium, creosoot en pcp. Daarnaast bestaat een, zij het beperkt, risico van civiele schadeclaims.

Het arrest is vooral van belang voor de toekomstige door onderhandelaars, de wetgever en de bestuurs- en handhavingspraktijk te volgen gedragslijn. In het geval Nederland verdergaande regelgeving wil blijven toepassen, beveelt de ICER aan een voldoende ruime implementatietermijn te bewerkstelligen en een artikel 95-beroep tijdig in te dienen danwel in te zetten op een uitzonderingspositie voor Nederland. Hiermee wordt onduidelijkheid terzake van de toepasselijke norm (wel/niet/wel toepasbaar) voorkomen. Wanneer dit niet gerealiseerd kan worden, en dus het artikel 95-beroep niet binnen de implementatietermijn is afgerond, geldt dat de toepassing en handhaving van de 'nationale kop' gedurende enige tijd moet worden opgeschort. Gedurende deze periode moet de nationale maatregel, voorzover die het EG-besluit implementeert, worden toegepast. De ICER acht het in dat geval daarnaast noodzakelijk, waar mogelijk, de nationale maatregel in te trekken en (tijdelijk) te vervangen door een strikte implementatiemaatregel. Deze handelwijze zou tevens moeten worden neergelegd in de 101 Praktijkvragen over de implementatie van EG-besluiten.

Gezien het bovenstaande beveelt de ICER tenslotte aan dit advies te doen toekomen aan de andere departementen, de instanties die betrokken zijn bij de uitvoering en handhaving van de regelgeving inzake creosoot en pentachloorfenol alsmede aan het College van Procureurs Generaal.

Samenstelling ICER-werkgroep Kortas:

Voorzitter: mr J.M. van der Voet (Ministerie van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer)

Secretaris: mr B.M. Veltkamp (Ministerie van Justitie)

Leden: mr. H.W. Diender (Ministerie van Economische Zaken)
mr I. van der Steen (Ministerie van Buitenlandse Zaken)
mr L.J. Vester (Ministerie van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij)
mr J.A. Whyte (Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport)