BESCHIKKING VAN DE VICEPRESIDENT VAN HET HOF

19 december 2013*

„Hogere voorziening — Beschikking in kort geding — Grenswaarden voor lood, barium, arsenicum, antimoon, kwik, nitrosaminen en nitroseerbare stoffen in speelgoed — Bepalingen waarbij nationale grenswaarden voor die stoffen worden gehandhaafd, die door Bondsrepubliek Duitsland zijn aangemeld — Besluit van Commissie houdende weigering om die bepalingen volledig goed te keuren”

In zaak C-426/13 P(R),

betreffende een hogere voorziening krachtens artikel 57, tweede alinea, van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie, ingesteld op 26 juli 2013,

Europese Commissie, vertegenwoordigd door M. Patakia en G. Wilms als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

rekwirante,

andere partij in de procedure:

Bondsrepubliek Duitsland, vertegenwoordigd door A. Wiedmann als gemachtigde,

verzoekster in eerste aanleg,

geeft DE VICEPRESIDENT VAN HET HOF,

eerste advocaat-generaal P. Cruz Villalón gehoord,

de navolgende

Beschikking

1 De Europese Commissie verzoekt om vernietiging van de beschikking van de president van het Gerecht van de Europese Unie van 15 mei 2013, Duitsland/Commissie (T-198/12 R; hierna: „bestreden beschikking”), waarbij haar is gelast, toe te staan dat de haar door de Bondsrepubliek Duitsland ter kennis gebrachte nationale bepalingen houdende grenswaarden voor antimoon, arsenicum, barium, lood en kwik in speelgoed (hierna: „nationale bepalingen”) worden gehandhaafd totdat het Gerecht ten gronde uitspraak heeft gedaan op het bij hem ingestelde beroep tot nietigverklaring van besluit C(2012) 1348 final van de Commissie van 1 maart 2012 (hierna: „litigieus besluit”) waarbij is beslist op het verzoek tot handhaving van die nationale bepalingen.

* Procestaal: Duits.

2 In punt 2 van de bestreden beschikking wordt het litigieuze besluit beschreven als volgt:

„Met het [litigieuze] besluit heeft de Europese Commissie het verzoek, de handhaving van de nationale bepalingen houdende grenswaarden voor de hogergenoemde zware metalen toe te staan, dat de Duitse regering overeenkomstig artikel 114, lid 4, VWEU tot haar had gericht, ingewilligd wat betreft nitrosaminen en nitroseerbare stoffen. Wat betreft de grenswaarden voor lood, barium, arsenicum, antimoon en kwik – die overeenstemmen met de door richtlijn 88/378/EEG van de Raad van 3 mei 1988 betreffende de onderlinge aanpassing van de wetgevingen van de lidstaten inzake de veiligheid van speelgoed (PB L 187, blz. 1; hierna: ‚oude speelgoedrichtlijn') vastgestelde waarden – heeft de Commissie het verzoek van de Duitse regering in wezen afgewezen en beslist dat in de toekomst de bij richtlijn [2009/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 18 juni 2009 betreffende de veiligheid van speelgoed (PB L 170, blz. 1)] (hierna: ‚nieuwe speelgoedrichtlijn') vastgestelde grenswaarden van toepassing zouden zijn."

Toepasselijke bepalingen

3 De toepasselijke bepalingen zijn in de punten 3 tot en met 12 van de bestreden beschikking beschreven als volgt:

„*Primair recht*

3 Artikel 114, leden 1, 3, 4, 6 en 7, VWEU luidt als volgt:

> ‚1. Tenzij in de Verdragen anders is bepaald, zijn de volgende bepalingen van toepassing voor de verwezenlijking van de doeleinden van artikel 26. Het Europees Parlement en de Raad stellen [...] de maatregelen vast inzake de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten die de instelling en de werking van de interne markt betreffen.
>
> [...]
>
> 3. De Commissie zal bij haar in lid 1 bedoelde voorstellen op het gebied van de volksgezondheid, de veiligheid, de milieubescherming en de consumentenbescherming uitgaan van een hoog beschermingsniveau, daarbij in het bijzonder rekening houdend met alle nieuwe ontwikkelingen die op wetenschappelijke gegevens zijn gebaseerd. Ook het Europees Parlement en de Raad zullen binnen hun respectieve bevoegdheden deze doelstelling trachten te verwezenlijken.
>
> 4. Wanneer een lidstaat het, nadat [...] een harmonisatiemaatregel is genomen, noodzakelijk acht nationale bepalingen te handhaven die hun rechtvaardiging vinden in gewichtige eisen als bedoeld in artikel 36 [...], geeft hij zowel van die bepalingen als van de redenen voor het handhaven ervan, kennis aan de Commissie.
>
> [...]
>
> 6. Binnen zes maanden na [de in lid 4 bedoelde kennisgeving] keurt de Commissie de betrokken nationale bepalingen goed of wijst die af, nadat zij heeft nagegaan of zij al dan niet een middel tot willekeurige discriminatie, een verkapte beperking van de handel tussen de lidstaten, of een hinderpaal voor de werking van de interne markt vormen.

Indien de Commissie binnen deze termijn geen besluit neemt, worden de [in lid 4] bedoelde nationale bepalingen geacht te zijn goedgekeurd.

Indien het complexe karakter van de aangelegenheid zulks rechtvaardigt en er geen gevaar bestaat voor de gezondheid van de mens, kan de Commissie de betrokken lidstaat ervan in kennis stellen dat de in dit lid bedoelde termijn met ten hoogste zes maanden kan worden verlengd.

7. Indien een lidstaat krachtens lid 6 gemachtigd is om nationale bepalingen te handhaven of te treffen die afwijken van een harmonisatiemaatregel, onderzoekt de Commissie onverwijld of er een aanpassing van die maatregel moet worden voorgesteld.'

Afgeleid recht

Oude speelgoedrichtlijn

4 Volgens artikel 2 van de oude speelgoedrichtlijn mag speelgoed slechts in de handel worden gebracht indien het bij gebruik overeenkomstig de bestemming ervan of bij gebruik op een wijze die gezien het gangbare gedrag van kinderen te verwachten is, voor de veiligheid of de gezondheid van de gebruikers of van derden geen gevaar oplevert. Speelgoed moet in de staat waarin het in de handel wordt gebracht en rekening houdend met het te verwachten normale gebruik, aan de in deze richtlijn gestelde eisen inzake veiligheid en gezondheid voldoen.

5 Bijlage II (met als opschrift ‚Fundamentele veiligheidsvoorschriften voor speelgoed'), deel II (met als opschrift ‚Bijzondere gevaren'), punt 3 (met als opschrift ‚Chemische eigenschappen'), van de oude speelgoedrichtlijn stelt grenswaarden vast voor de totale biologische beschikbaarheid per dag van, met name, antimoon, arsenicum, barium, lood en kwik. De grenswaarden voor de biologische beschikbaarheid geven de maximale hoeveelheid van een chemische stof aan die, ten gevolge van het gebruik van speelgoed, mag worden opgenomen en beschikbaar mag zijn voor biologische processen in het menselijk lichaam. Deze grenswaarden voor biologische beschikbaarheid maken geen onderscheid naargelang de consistentie van het speelgoedmateriaal. Bijlage II, deel II, punt 3, tweede lid, eerste volzin, van genoemde richtlijn stelt, in het bijzonder, de volgende grenswaarden vast die de maximale dagelijkse biologische beschikbaarheid aangeven in µg: antimoon: 0,2; arsenicum: 0,1; barium: 25,0; lood: 0,7 en kwik: 0,5. De oude speelgoedrichtlijn stelt geen grenswaarde vast voor nitrosaminen en nitroseerbare stoffen.

6 Op basis hiervan heeft het Europees Comité voor Normalisatie, krachtens een mandaat van de Commissie, de Europese geharmoniseerde norm EN 71-3 ‚Veiligheid van speelgoed' (hierna: ‚EN 71-3') ontwikkeld, die grenswaarden voor de biologische beschikbaarheid afleidt uit ‚migratielimieten' voor speelgoedmateriaal en die een procedure beschrijft die het mogelijk maakt om deze grenswaarden te bepalen. De migratielimieten geven de maximaal toegelaten hoeveelheid van een chemische stof aan die mag migreren, dat wil zeggen vrijkomen uit een product, bijvoorbeeld de huid of het maagsap binnendringen. Als de waarden van de EN 71-3 zijn nageleefd, wordt dit ook voor de grenswaarden voor de biologische beschikbaarheid van de oude speelgoedrichtlijn geacht het geval te zijn. De EN 71-3 legt, met name, de volgende migratielimieten vast: antimoon: 60 mg/kg; arsenicum: 25 mg/kg; barium: 1 000 mg/kg; lood: 90 mg/kg en kwik: 60 mg/kg.

Nieuwe speelgoedrichtlijn

7 In 2003 heeft de Commissie beslist om de oude speelgoedrichtlijn te herzien. Na talrijke raadplegingen van deskundigen over verscheidene ontwerpen, heeft zij begin 2008 het voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de veiligheid van speelgoed ingediend. Dit voorstel, dat ondanks de tegenkanting van de Duitse regering op 11 mei 2009 door de Raad is aanvaard, is op 18 juni 2009 vastgesteld en de nieuwe speelgoedrichtlijn geworden. Bijlage II (met het opschrift ‚Bijzondere veiligheidseisen'), deel III (met als opschrift ‚Chemische

eigenschappen'), punt 13, van deze richtlijn legt rechtstreeks de migratielimieten vast. Thans wordt een onderscheid gemaakt afhankelijk van drie consistenties van het speelgoedmateriaal, al naargelang het ‚droog/bros/poederachtig/flexibe'', ‚vloeibaar of kleverig' of ‚afgekrabd' is.

8 Zo stelt bijlage II, deel III, punt 13, van de nieuwe speelgoedrichtlijn de volgende migratielimieten vast:

Element	mg/kg in droog, bros, poederachtig of flexibel speelgoedmateriaal	mg/kg in vloeibaar of kleverig speelgoedmateriaal	mg/kg in afgekrabd speelgoedmateriaal
Antimoon	45	11,3	560
Arsenicum	3,8	0,9	47
Barium	4 500	1 125	56 000
Lood	13,5	3,4	160
Kwik	7,5	1,9	94

9 Artikel 54 van de nieuwe speelgoedrichtlijn legt de lidstaten op om de nodige wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in werking te doen treden om deze richtlijn uiterlijk op 20 januari 2011 in hun nationale rechtsorde om te zetten en ze vanaf 20 juli 2011 toe te passen. Artikel 55 voorziet evenwel in een uitzondering voor zover bijlage II, deel II, punt 3, van de oude speelgoedrichtlijn pas per 20 juli 2013 wordt ingetrokken. De in de oude speelgoedrichtlijn vastgelegde grenswaarden voor de biologische beschikbaarheid, alsook de daaruit afgeleide migratielimieten voor de materialen voor de vervaardiging van speelgoed, blijven dus van kracht tot [...] 20 juli 2013, met name wat betreft antimoon, arsenicum, barium, lood en kwik.

10 Volgens de Duitse regering vormt artikel 55 van de nieuwe speelgoedrichtlijn een lex specialis die afwijkt van artikel 54 zodat, volgens haar, het betrokken punt 13 van bijlage II, deel III, van deze richtlijn, pas op 20 juli 2013 hoeft te zijn omgezet. Daarentegen is de Commissie van oordeel dat de in artikel 54 van de nieuwe speelgoedrichtlijn neergelegde omzettingstermijn tevens van toepassing is op de zware metalen waarop het onderhavige geding betrekking heeft. Artikel 55 voorziet uitsluitend in het belang van de economie in een op 20 juli 2013 aflopende overgangstermijn, gedurende welke speelgoed waarvan de chemische stoffen in overeenstemming zijn met de vereisten onder de oude speelgoedrichtlijn, nog mogen worden geproduceerd en verkocht. Deze bepaling heeft niet tot doel de lidstaten een langere omzettingstermijn toe te kennen.

Duits nationaal recht

11 De oude speelgoedrichtlijn is in 1989 bij verordening omgezet in Duits nationaal recht. De omzettingsverordening verwijst naar de in bijlage II van de oude speelgoedrichtlijn gestelde veiligheidsvereisten, die de grenswaarden voor de biologische beschikbaarheid bepaalden voor vijf zware metalen, namelijk antimoon, arsenicum, barium, lood en kwik.

12 Het Duitse nationale recht is aangepast aan de nieuwe rechtssituatie die voortvloeit uit de publicatie van de nieuwe speelgoedrichtlijn in 2011. Er is echter geen wijziging ingevoerd met betrekking tot de grenswaarden voor de hierboven vermelde vijf zware metalen, daar bijlage II, deel II, punt 3, van de oude speelgoedrichtlijn van kracht bleef. Daarom heeft de Commissie, bij aanmaningsbrief van 22 november 2012, overeenkomstig artikel 258 VWEU een niet-nakomingsprocedure tegen de Bondsrepubliek Duitsland ingeleid wegens gedeeltelijke niet-omzetting van de nieuwe speelgoedrichtlijn. Bij brief van 21 maart 2013 heeft de Duitse regering op de aanmaning geantwoord, waarbij zij zich vrijpleitte van elke niet-nakoming op grond dat bijlage II, deel III, van de nieuwe speelgoedrichtlijn pas vanaf 20 juli 2013 gevolgen zal hebben."

Voorgeschiedenis van het geding en procedure voor de rechter in kort geding

4 De voorgeschiedenis van het geding is in de punten 13 tot en met 15 van de bestreden beschikking samengevat als volgt:

„13 Bij brief van 18 januari 2011 heeft de Duitse regering de Commissie overeenkomstig artikel 114, lid 4, VWEU, gelezen in samenhang met artikel 36 VWEU, verzocht haar goedkeuring te verlenen aan de handhaving na 20 juli 2013 van haar nationale bepalingen houdende grenswaarden voor antimoon, arsenicum, barium, lood en kwik (die in overeenstemming zijn met bijlage II, deel II, punt 3, van de oude speelgoedrichtlijn) alsook voor nitrosaminen en nitroseerbare stoffen, op grond dat deze bepalingen een hoger beschermingsniveau bieden voor de gezondheid van kinderen dan de nieuwe speelgoedrichtlijn. De regering heeft met name verwezen naar de door de nieuwe speelgoedrichtlijn vastgelegde migratielimieten voor speelgoed

dat kan worden afgekrabd. Volgens de Duitse regering wijst, wat betreft antimoon, arsenicum, barium, lood en kwik, een vergelijking met de grenswaarden van de EN 71-3 erop dat de toekomstige migratielimieten hoger liggen, zoals blijkt uit de tabel hieronder:

Element	EN 71-3 in mg/kg, die de (in het nationaal recht overgenomen) grenswaarden voor biologische beschikbaarheid van de oude speelgoedrichtlijn omzet	Nieuwe Speelgoedrichtlijn in mg/kg
Lood	90	160
Arsenicum	25	47
Kwik	60	94
Barium	1 000	56 000
Antimoon	60	560

14 De Duitse regering heeft betoogd dat hoewel de vergelijking alleen de waarden voor de categorie ‚afgekrabd speelgoedmateriaal' betrof, deze enkele vergelijking, zonder dat met de twee andere categorieën rekening hoeft te worden gehouden, genoegzaam aantoont dat de toepassing van de bepalingen van de nieuwe speelgoedrichtlijn tot een duidelijke verhoging van de toelaatbare migratie van zware metalen leidt. Deze richtlijn preciseert niet duidelijk hoe de migratielimieten voor elk van de drie categorieën zich ten opzichte van elkaar verhouden. Het uitgangspunt moet dus zijn dat de aangegeven hoeveelheid elke dag vanuit elke categorie kan migreren. De migratielimieten moeten dus cumulatief worden beoordeeld en worden opgeteld, teneinde de totale blootstelling vast te stellen voor het geval dat een kind op één dag in contact komt met speelgoed dat onder de drie categorieën valt.

15 In het [litigieuze] besluit [...] heeft de Commissie het verzoek van de Duitse regering wat betreft nitrosaminen en nitroseerbare stoffen zonder voorbehoud ingewilligd. Voor barium en lood heeft zij het verzoek ingewilligd ‚tot de datum van inwerkingtreding van de regels van het Unierecht houdende nieuwe grenswaarden [...], maar niet na 21 juli 2013'. Daarentegen heeft de Commissie het verzoek afgewezen voor antimoon, arsenicum en kwik."

5 Bij een op 14 mei 2012 ter griffie van het Gerecht neergelegd verzoekschrift heeft de Bondsrepubliek Duitsland een beroep ingesteld strekkende tot nietigverklaring van het litigieuze besluit voor zover de Commissie daarbij, enerzijds, haar verzoek tot handhaving van de nationale bepalingen houdende grenswaarden voor antimoon, arsenicum en kwik heeft afgewezen en, anderzijds, dit verzoek voor barium en lood slechts heeft toegewezen tot 21 juli 2013.

6 Bij een op 13 februari 2013 ter griffie van het Gerecht neergelegde afzonderlijke akte heeft deze lidstaat een procedure in kort geding ingesteld, waarin hij, zakelijk weergegeven, de president van het Gerecht verzoekt:

— de nationale bepalingen houdende handhaving van de grenswaarden voor antimoon, arsenicum, barium, lood en kwik voorlopig goed te keuren totdat het Gerecht uitspraak heeft gedaan op het beroep ten gronde;

— subsidiair, de Commissie te gelasten, die nationale bepalingen voorlopig goed te keuren totdat het Gerecht uitspraak heeft gedaan op dat beroep.

7 In haar op 28 februari 2013 ter griffie van het Gerecht neergelegde opmerkingen over het verzoek in kort geding heeft de Commissie de president van het Gerecht verzocht:

— dit verzoek niet-ontvankelijk of, subsidiair, ongegrond te verklaren;

— de Bondsrepubliek Duitsland bij de uitspraak over de kosten in de zaak ten gronde ook te verwijzen in de kosten van de procedure in kort geding.

8 Bij memorie van 14 maart 2013 heeft die lidstaat op de opmerkingen van de Commissie geantwoord. Deze instelling heeft daarover een standpunt ingenomen bij haar memorie van dupliek van 27 maart 2013.

Bestreden beschikking

9 In de punten 20 tot en met 23 van de bestreden beschikking heeft de president van het Gerecht eraan herinnerd dat de rechter in kort geding opschorting van de tenuitvoerlegging van een bestreden handeling en andere voorlopige maatregelen kan gelasten, indien vaststaat dat deze op het eerste gezicht feitelijk en rechtens gerechtvaardigd voorkomen (fumus boni juris) en spoedeisend zijn in die zin dat het ter voorkoming van ernstige en onherstelbare schade aan de belangen van de verzoeker noodzakelijk is dat zij reeds vóór de beslissing op het beroep ten gronde worden gelast en effect sorteren. Hij heeft erop gewezen dat de rechter in kort geding in voorkomend geval ook de betrokken belangen afweegt en, in het kader van dit algemene onderzoek, over een ruime beoordelingsbevoegdheid beschikt en met inachtneming van de bijzonderheden van de zaak vrij kan bepalen hoe en in welke volgorde deze verschillende voorwaarden worden onderzocht, aangezien geen enkele rechtsregel een vooraf vastgesteld onderzoekschema voor de beoordeling van de noodzaak van een voorlopige beslissing voorschrijft. Omdat hij van oordeel was dat hij over alle vereiste gegevens beschikte om op het verzoek in kort geding te beslissen zonder dat de partijen vooraf in hun mondelinge toelichtingen hoefden te worden gehoord, heeft de president van het Gerecht in de eerste plaats de ontvankelijkheid van dit verzoek onderzocht.

10 In de punten 24 tot en met 39 van de bestreden beschikking heeft de president van het Gerecht het door de Commissie aangevoerde argument onderzocht dat het verzoek om voorlopige maatregelen niet-ontvankelijk is omdat de Bondsrepubliek Duitsland geen procesbelang heeft aangezien zij in werkelijkheid opschorting van de tenuitvoerlegging van een afwijzend besluit beoogt te verkrijgen, een verzoek dat in het kader van een procedure in kort geding onvoorstelbaar is.

11 De president van het Gerecht heeft erkend dat een verzoek in kort geding dat slechts opschorting van de tenuitvoerlegging van een afwijzend besluit beoogt, niet-ontvankelijk is omdat de gevraagde opschorting op zich de rechtspositie van de verzoeker niet kan wijzigen, doch hij heeft er in punt 28 van de bestreden beschikking op gewezen dat in het concrete geval de lidstaat juist niet om opschorting van de tenuitvoerlegging van een handeling in de zin van artikel 278 VWEU had gevraagd, maar veeleer had verzocht om een voorlopige maatregel in de zin van artikel 279 VWEU.

Onder verwijzing naar, met name, punt 41 van de beschikking van de vicepresident van het Hof van 7 maart 2013, EDF/Commissie [C-551/12 P(R)], heeft hij vastgesteld dat een dergelijk verzoek noch op basis van artikel 279 VWEU, noch op basis van artikel 104 van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht en zeker niet op basis van artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie niet-ontvankelijk kan worden verklaard om de enkele reden dat het beroep waarop het is geënt, strekt tot nietigverklaring van een afwijzend besluit.

12 In de punten 30 tot en met 38 van de bestreden beschikking heeft de president van het Gerecht geoordeeld dat vooral de omstandigheden van het onderhavige geval voor de ontvankelijkheid van de door de Bondsrepubliek Duitsland gevraagde voorlopige maatregel pleitten. Hij heeft erop gewezen dat laatstgenoemde logischerwijze niets anders kon doen dan voor de handhaving van de bij de nationale bepalingen vastgestelde grenswaarden na 20 juli 2013 om een voorlopige maatregel krachtens artikel 279 VWEU te verzoeken. Omdat de Commissie betoogde dat de gevraagde voorlopige maatregel het institutionele evenwicht in gevaar brengt en verder gaat dan waartoe de rechter ten gronde bevoegd is, heeft de president van het Gerecht erop gewezen dat de rechter in kort geding, op het gebied van voorlopige maatregelen, over bevoegdheden beschikt waarvan de impact ten aanzien van de betrokken instellingen van de Unie verder gaat dan de aan een nietigverklaringsarrest verbonden gevolgen, op voorwaarde dat deze voorlopige maatregelen slechts van toepassing zijn voor de duur van de procedure ten gronde, niet vooruitlopen op de uitspraak in die procedure en niet in de weg staan aan de nuttige werking daarvan. Omdat hij van oordeel was dat in het onderhavige geval aan laatstgenoemde voorwaarden was voldaan, heeft hij geoordeeld dat de gevraagde voorlopige maatregel in elk geval binnen de grenzen bleef van de maatregelen die de Commissie naar alle waarschijnlijkheid ter uitvoering van een dergelijk arrest zou moeten nemen.

13 In punt 39 van de bestreden beschikking heeft de president van het Gerecht geconcludeerd dat het verzoek om voorlopige maatregelen ontvankelijk moest worden verklaard, doch uitsluitend wat de subsidiair geformuleerde vordering betreft, aangezien, gelet op artikel 114, lid 4, juncto lid 6, VWEU, alleen de Commissie bevoegd is om door lidstaten tot haar gerichte verzoeken tot handhaving in te willigen, terwijl de rechter in kort geding in beginsel slechts de betrokken instelling kan gelasten bepaalde maatregelen te nemen of achterwege te laten.

14 In de tweede plaats heeft de president van het Gerecht in de punten 40 tot en met 67 van de bestreden beschikking de voorwaarde van een fumus boni juris behandeld. Hij heeft er allereerst op gewezen dat aan deze voorwaarde is voldaan wanneer minstens één van de door de verzoekende partij ter ondersteuning van het beroep ten gronde aangedragen middelen op het eerste gezicht relevant en in elk geval niet ongegrond lijkt. In dit verband heeft hij geoordeeld dat het volstaat dat dit middel moeilijke en delicate kwesties aan de orde stelt die, op het eerste gezicht, niet terzijde kunnen worden geschoven omdat zij irrelevant zijn, maar een grondig onderzoek vergen, dat alleen door de rechtsprekende formatie die bevoegd is voor de beslechting van het geschil ten gronde kan worden verricht, ofwel dat uit de door partijen geformuleerde argumenten blijkt dat er in het kader van de procedure ten gronde een significante juridische controverse bestaat waarvan de oplossing niet voor de hand ligt.

15 Met betrekking tot de voor de grenswaarden voor lood en barium gegeven toestemming tot 21 juli 2013 heeft de president van het Gerecht er in de punten 41 en 42 van de bestreden beschikking op gewezen dat volgens de Bondsrepubliek Duitsland het litigieuze besluit inbreuk maakt op artikel 114 VWEU doordat de Commissie aan haar goedkeuring van de nationale bepalingen betreffende deze grenswaarden een termijn heeft verbonden die uiterlijk op 21 juli 2013 afloopt, terwijl zij volgens de tekst noch volgens de opzet van lid 6 van dit artikel een besluit houdende goedkeuring van de handhaving van nationale bepalingen in de tijd kan beperken. In de punten 43 en 44 van die beschikking heeft hij, zakelijk weergegeven, ook opgemerkt dat volgens de Commissie de toestemming om strengere nationale bepalingen te handhaven een afwijking van de harmonisatiemaatregelen vormt, en dat het in het onderhavige geval logisch was om die toestemming in de tijd te beperken omdat deze soepelere oplossing de enige manier was om rekening te houden

met de gerechtvaardigde bezorgdheid van de lidstaten en tegelijkertijd te verzekeren dat op elk moment eenvormige regels van toepassing zijn op het in de interne markt verkochte speelgoed, die de werking van deze markt zo min mogelijk belemmeren.

16 In de punten 45 en 46 van de bestreden beschikking heeft de president van het Gerecht er, zakelijk weergegeven, op gewezen dat de Commissie zelf in het litigieuze besluit heeft geoordeeld dat de in de nationale bepalingen vastgestelde grenswaarden voor lood en barium enerzijds werden gerechtvaardigd door gewichtige eisen inzake bescherming van de gezondheid van de mens, omdat zij deze laatste beter beschermden dan met de in de nieuwe speelgoedrichtlijn vastgestelde waarden het geval was, en anderzijds verenigbaar waren met de interne markt, zodat zij dienden te worden aanvaard „op voorwaarde dat zij slechts voor een beperkte tijd geldig [zouden] blijven". In punt 47 van die beschikking heeft hij daaruit afgeleid dat de Commissie had bevestigd dat met betrekking tot lood en barium aan alle voorwaarden voor toepassing van artikel 114, leden 4 en 6, VWEU was voldaan, en in de punten 48 tot en met 50 van die beschikking heeft hij daaraan toegevoegd dat het niet zeker was dat de lopende procedures van herziening van de door de nieuwe speelgoedrichtlijn vastgestelde grenswaarden voor die stoffen zouden kunnen worden afgesloten vóór 21 juli 2013, de in het litigieuze besluit vastgestelde datum tot wanneer de nationale bepalingen mochten worden gehandhaafd. In punt 51 van de bestreden beschikking heeft de president van het Gerecht dan ook geconcludeerd dat de door de Bondsrepubliek Duitsland aangevoerde argumenten tegen de in de tijd beperkte goedkeuring van de grenswaarden voor lood en barium zeer ernstig waren en kwesties aan de orde stelden die, op het eerste gezicht, een grondig onderzoek vergden dat onder de bevoegdheid van de rechter ten gronde valt, zodat het verzoek in kort geding voldeed aan de voorwaarde van een fumus boni juris.

17 Met betrekking tot de afwijzing van het verzoek tot goedkeuring van de grenswaarden voor antimoon, arsenicum en kwik heeft de president van het Gerecht in punt 53 van de bestreden beschikking erop gewezen dat volgens de Bondsrepubliek Duitsland het litigieuze besluit inbreuk maakt op artikel 114, leden 4 en 6, VWEU doordat de Commissie deze lidstaat heeft verweten, niet te hebben aangetoond dat de door de nieuwe speelgoedrichtlijn vastgestelde migratielimieten geen passend beschermingsniveau boden of waarschijnlijk nefaste gevolgen hadden voor de gezondheid. Hij heeft erop gewezen dat een dergelijk betoog erop neerkomt te stellen dat een lidstaat alleen moet aantonen dat zijn nationale regels de volksgezondheid beter beschermen dan de harmonisatiemaatregel van het Unierecht en niet verder gaan dan voor het bereiken van dat doel noodzakelijk is. In de punten 54 en 55 van die beschikking heeft hij erop gewezen dat die lidstaat van mening is, aan alle verplichtingen op het gebied van de bewijsvoering te hebben voldaan wanneer hij op basis van zijn eigen berekeningen heeft aangetoond dat de in de nationale bepalingen vervatte grenswaarden, uitgedrukt in termen van biologische beschikbaarheid, die dezelfde zijn als die welke in de oude speelgoedrichtlijn waren vastgesteld, voor die drie stoffen lager zijn en de gezondheid van de mens dus beter beschermen dan de uit de nieuwe speelgoedrichtlijn voortvloeiende migratielimieten, en dit ongeacht de consistentie van het speelgoedmateriaal.

18 In de punten 56 tot en met 59 van de bestreden beschikking heeft de president van het Gerecht herinnerd aan de argumenten waarmee de Commissie trachtte aan te tonen dat volgens haar berekeningen de uit de nationale bepalingen voortvloeiende migratiewaarden voor de vloeibare en de droge materialen veel hoger zijn dan die van de nieuwe speelgoedrichtlijn en slechts lager dan laatstgenoemde waarden zijn voor „afgekrabd" materiaal, dat in beginsel nochtans moeilijker beschikbaar is, juist omdat het eerst moet worden afgekrabd. Hij heeft erop gewezen dat de Commissie de Bondsrepubliek Duitsland, zakelijk weergegeven, verwijt, te hebben nagelaten de in de praktijk gehaalde biologische beschikbaarheid per dag te berekenen voor de drie soorten consistentie van het materiaal, die in de nieuwe speelgoedrichtlijn afzonderlijk worden behandeld, door de in de oude speelgoedrichtlijn vastgestelde eenvormige waarden toe te passen. Deze lidstaat heeft een dergelijke biologische beschikbaarheid per dag immers berekend voor de bij de nieuwe

speelgoedrichtlijn vastgestelde migratiewaarden en heeft vervolgens deze verschillende biologische beschikbaarheden vergeleken en dus gebruikgemaakt van niveaus van biologische beschikbaarheid die niet vergelijkbaar zijn.

19 In de punten 60 en 61 van de bestreden beschikking heeft de president van het Gerecht erop gewezen dat de discussie tussen de Bondsrepubliek Duitsland en de Commissie over de „juiste" grenswaarden voor antimoon, arsenicum en kwik in speelgoed zeer technische vragen aan de orde stelt, in het bijzonder ter zake van de omrekening van de migratielimieten en de grenswaarden voor biologische beschikbaarheid, daar deze lidstaat de relevantie van de door de Commissie aangenomen „in de praktijk haalbare grenswaarden voor biologische beschikbaarheid" betwist. In punt 62 van die beschikking heeft hij erop gewezen dat de Commissie zelf erkent dat voor afgekrabd materiaal de bij de nationale bepalingen vastgestelde waarden lager liggen dan de door de nieuwe speelgoedrichtlijn vastgelegde waarden, maar niet heeft uitgelegd hoe haar stelling dat kinderen moeilijker toegang hebben tot afgekrabd materiaal – aangezien dit eerst moet worden afgekrabd – dienaangaande relevant is. Verder heeft hij in punt 63 van de bestreden beschikking geoordeeld dat de Commissie niet op goede gronden ter ondersteuning van haar betoog kritiek kan leveren op de door die lidstaat gehanteerde methode, daar zij zelf die methode 30 jaar lang heeft gehanteerd, daaronder begrepen in het litigieuze besluit om de grenswaarden voor barium en lood voorlopig toe te staan.

20 Na in punt 65 van de bestreden beschikking te hebben geconcludeerd dat de argumenten van de Bondsrepubliek Duitsland betreffende de weigering om de grenswaarden voor antimoon, arsenicum en kwik goed te keuren, moeilijke kwesties aan de orde stellen die op het eerste gezicht niet als irrelevant kunnen worden afgedaan, heeft de president van het Gerecht in punt 66 van die beschikking geoordeeld dat er in het onderhavige geval geen reden is om aan te nemen dat de nationale bepalingen met betrekking tot antimoon, arsenicum en kwik onverenigbaar zijn met de interne markt. In punt 67 van de bestreden beschikking heeft hij dan ook geoordeeld dat met betrekking tot de weigering om de grenswaarden voor antimoon, arsenicum en kwik goed te keuren, was voldaan aan de voorwaarde van de fumus boni juris.

21 In de derde plaats heeft de president van het Gerecht in de punten 68 tot en met 79 van de bestreden beschikking de voorwaarde van spoedeisendheid behandeld. In punt 68 heeft hij eraan herinnerd dat de procedure in kort geding tot doel heeft de volle werking van de toekomstige beslissing ten gronde te waarborgen en dat de spoedeisendheid van een verzoek in kort geding moet worden getoetst aan het antwoord op de vraag of een voorlopige beslissing noodzakelijk is om te voorkomen dat de partij die om de voorlopige maatregel verzoekt, ernstige en onherstelbare schade lijdt, waarbij laatstgenoemde partij moet aantonen dat die schade met een voldoende mate van waarschijnlijkheid te verwachten valt. In de punten 69 en 70 heeft hij erop gewezen dat de Bondsrepubliek Duitsland aanvoert dat de gezondheid van de kinderen schade dreigt te lijden na 20 juli 2013, een zwaarwegende stelling omdat de gezondheid op zich een bijzonder belangrijk goed is en omdat een dergelijke schade, wanneer zij eenmaal is ingetreden, onomkeerbaar is, daar aantastingen van de gezondheid niet ongedaan kunnen worden gemaakt. In dit verband betoogt de Commissie, zakelijk weergegeven, dat zelfs indien de grenswaarden van de oude speelgoedrichtlijn tot een hoger beschermingsniveau leidden, dit niet betekent dat de toepassing van de nieuwe speelgoedrichtlijn vanaf 20 juli 2013 ernstige en onherstelbare schade zal meebrengen.

22 In de punten 71 tot en met 74 van de bestreden beschikking heeft de president van het Gerecht geoordeeld dat de waarschijnlijkheid dat in het onderhavige geval ernstige en onherstelbare schade intreedt als gevolg van risico's voor de gezondheid van de mens, tegen de achtergrond van het voorzorgsbeginsel moet worden beoordeeld, en dat het bestaan van een fumus boni juris relevant is om dit in de context van de onderhavige zaak te beoordelen. Met betrekking tot de voor barium en lood geldende waarden heeft hij in punt 75 van die beschikking erop gewezen dat volgens de Commissie zelf de nationale bepalingen gerechtvaardigd waren door gewichtige eisen ter bescherming van de gezondheid, daar zij dienaangaande een betere bescherming bieden dan de nieuwe speelgoedrichtlijn. In de punten 76 en 77 van die beschikking heeft hij erop gewezen dat de weigering

om kinderen beter tegen blootstelling aan zware metalen te beschermen, als een oorzaak van ernstige en onherstelbare schade moet worden aangemerkt, en heeft hij het argument dat de nieuwe speelgoedrichtlijn voldoende bescherming biedt, uitdrukkelijk van de hand gewezen op grond dat een dergelijk argument niet op zijn plaats is, gelet op de „hernationalisering" van het gezondheidsbeleid, waarvan het beginsel is erkend in artikel 114, lid 4, VWEU.

23 Met betrekking tot de voor antimoon, arsenicum en kwik geldende waarden heeft de president van het Gerecht in punt 78 van de bestreden beschikking geoordeeld dat er geen enkele grond was om uit te sluiten dat de rechter ten gronde na een grondig onderzoek op de door de Bondsrepubliek Duitsland aan de orde gestelde ingewikkelde kwesties antwoordt dat de op antimoon, arsenicum en kwik toepasselijke nationale bepalingen ter zake van die stoffen een hogere bescherming bieden dan de nieuwe speelgoedrichtlijn, zodat kinderen aan een risico van ernstige en onherstelbare gezondheidsschade zouden worden blootgesteld indien die bescherming hun werd ontzegd. In punt 79 van die beschikking heeft hij dan ook geconcludeerd dat deze lidstaat had aangetoond dat in het onderhavige geval aan de voorwaarde van spoedeisendheid was voldaan.

24 Wat ten slotte de afweging van de belangen betreft, heeft de president van het Gerecht in de punten 80 tot en met 83 van de bestreden beschikking geoordeeld dat het door de Commissie voor de afwijzing van het verzoek in kort geding aangevoerde belang van bescherming van de coherentie van de interne markt moet wijken voor het door de Bondsrepubliek Duitsland voor de handhaving van de nationale bepalingen aangevoerde belang van waarborging van de best mogelijke bescherming van de gezondheid van kinderen, temeer dat de gevraagde voorlopige maatregel slechts een rechtssituatie zal handhaven die al sinds 1988 bestaat, en deze handhaving slechts voor een beperkte periode zal worden toegestaan.

25 Op grond van een en ander heeft de president van het Gerecht beslist, de door die lidstaat subsidiair gevraagde voorlopige maatregel toe te kennen. Punt 1 van het dictum van de bestreden beschikking luidt dan ook als volgt:

„De Europese Commissie wordt gelast, de handhaving van de door de Bondsrepubliek Duitsland meegedeelde nationale bepalingen houdende grenswaarden voor antimoon, arsenicum, barium, lood en kwik in speelgoed toe te staan tot de uitspraak van het Gerecht in de hoofdzaak."

Conclusies van partijen

26 De Commissie verzoekt het Hof:

— primair, de bestreden beschikking te vernietigen, en

— afwijzend te beslissen op het verzoek van de Bondsrepubliek Duitsland om de Commissie te gelasten, de handhaving van de nationale bepalingen houdende grenswaarden voor antimoon, arsenicum, barium, lood en kwik voorlopig toe te staan tot aan de uitspraak van het Gerecht over de grond van de zaak; of

subsidiair,

— de bestreden beschikking te vernietigen voor zover haar daarbij wordt gelast:

  — de door de Bondsrepubliek Duitsland ter kennis gebrachte grenswaarden voor antimoon en kwik voorlopig goed te keuren tot aan de uitspraak van het Gerecht over de grond van de zaak;

— de door deze lidstaat ter kennis gebrachte grenswaarden voor arsenicum en lood in droge en vloeibare materialen voorlopig goed te keuren tot aan de uitspraak van het Gerecht over de grond van de zaak;

— afwijzend te beslissen op het verzoek van de Bondsrepubliek Duitsland om de Commissie te gelasten, de handhaving van de nationale bepalingen houdende grenswaarden voor antimoon en kwik voorlopig toe te staan tot aan de uitspraak van het Gerecht over de grond van de zaak;

— afwijzend te beslissen op het verzoek van die lidstaat om de Commissie te gelasten, de handhaving van de nationale bepalingen houdende grenswaarden voor arsenicum en lood voorlopig toe te staan tot aan de uitspraak van het Gerecht over de grond van de zaak, voor zover dit verzoek is gebaseerd op de grenswaarden voor arsenicum en lood in droge en vloeibare materialen, en

— de Bondsrepubliek Duitsland te verwijzen in de kosten van beide instanties.

27 De Bondsrepubliek Duitsland verzoekt het Hof:

— de hogere voorziening af te wijzen, zowel wat de primair als wat de subsidiair geformuleerde vorderingen betreft, en

— de Commissie te verwijzen in de kosten.

Hogere voorziening

28 Ter ondersteuning van haar hogere voorziening voert de Commissie vijf middelen aan, te weten:

— onjuiste rechtsopvatting ter zake van de bewijslast in het kader van de procedure van artikel 114, leden 4 en 6, VWEU;

— onjuiste opvatting van de feiten betreffende de beschikbaarheid van „afgekrabd speelgoed”;

— ontoereikende motivering van de bestreden beschikking;

— onsamenhangendheid van de motivering van die beschikking, en

— onjuiste rechtsopvattingen ter zake van de afweging van de belangen.

29 Allereerst dienen het eerste en het vierde middel samen te worden onderzocht.

Eerste middel: onjuiste rechtsopvatting ter zake van de bewijslast, en vierde middel: onsamenhangendheid van de motivering van de bestreden beschikking

Argumenten van partijen

30 Als eerste middel voert de Commissie aan dat de president van het Gerecht is voorbijgegaan aan de bewijslast die rust op de lidstaat die krachtens artikel 114, lid 4, VWEU verzoekt om een bepaling te mogen handhaven waarbij van een harmonisatierichtlijn wordt afgeweken; deze lidstaat moet namelijk aantonen dat de bepaling de gezondheid beter beschermt dan een dergelijke richtlijn. In het onderhavige geval is deze verdeling van de bewijslast des te meer geboden daar de in de oude speelgoedrichtlijn vastgestelde waarden zijn vervangen door de in de nieuwe speelgoedrichtlijn vastgestelde waarden en de wetgever van de Unie met kennis van zaken en overeenkomstig de krachtens artikel 114, lid 3, VWEU op hem rustende verplichting om uit te gaan van een hoog

beschermingsniveau, daarbij in het bijzonder rekening houdend met alle nieuwe ontwikkelingen die op wetenschappelijke gegevens zijn gebaseerd, heeft beslist om de oude waarden die Bondsrepubliek Duitsland wenst te handhaven, te vervangen door nieuwe waarden.

31 De Commissie voert aan dat de president van het Gerecht in de bestreden beschikking geen rekening heeft gehouden met die specifieke kenmerken van de procedure van artikel 114, lid 4, VWEU, met name waar hij, in het kader van zijn analyse van de fumus boni juris en in het bijzonder in de punten 61 en 64 van die beschikking, erop wijst dat de door de Bondsrepubliek Duitsland voor het Gerecht aangevoerde middelen tot nietigverklaring „op het eerste gezicht" niet irrelevant zijn. Ook met betrekking tot de voorwaarde van spoedeisendheid voor antimoon, arsenicum en kwik heeft de rechter in kort geding, in de punten 78 en 79 van die beschikking, geoordeeld dat het voor toekenning van de gevraagde maatregel volstaat dat „niet [kan] worden uitgesloten" dat de nationale bepalingen de gezondheid beter beschermen. Deze onjuiste omkering van de bewijslast blijkt met name duidelijk uit punt 76 van die beschikking, waar de president van het Gerecht melding maakt van een „hernationalisering" van het gezondheidsbeleid op grond van artikel 114, lid 4, VWEU. Deze onjuiste rechtsvatting heeft gevolgen voor de beoordeling van de fumus boni juris en van de spoedeisendheid en voor de afweging van de belangen, en heeft de rechter in kort geding er ook toe gebracht, voorbij te gaan aan de grenzen van zijn eigen toetsingsbevoegdheid.

32 Met betrekking tot de fumus boni juris betoogt de Commissie dat de president van het Gerecht in de bestreden beschikking voorbijgaat aan het specifieke verband tussen de regel en de afwijking in de procedure van artikel 114, lid 4, VWEU door daarop dezelfde bewijslastregels toe te passen als die welke in andere contexten, met name op het gebied van de mededinging, gelden. De door de rechter in kort geding aldus gekozen oplossing zou de Commissie verplichten, nieuwe waarden vast te stellen en zich daarvoor bewust te baseren op andere elementen dan de recentste wetenschappelijke kennis, en zou afbreuk doen aan het institutionele evenwicht tussen de rechter in kort geding en de wetgever van de Unie.

33 Wat de spoedeisendheid betreft, betoogt de Commissie, ongeacht of de nationale bepalingen een betere bescherming bieden dan de nieuwe speelgoedrichtlijn, wat volgens haar niet het geval is, dat alles draait om de vraag of de nieuwe speelgoedrichtlijn niet alleen een geringere bescherming biedt dan de nationale bepalingen, maar bovendien de gezondheid van kinderen ernstig en onherstelbaar in gevaar brengt. Zij wijst erop dat volgens de rechtspraak de partij die om een voorlopige maatregel verzoekt, moet aantonen dat zij de uitkomst van de procedure ten gronde niet kan afwachten zonder ernstige en onherstelbare schade te lijden. De Bondsrepubliek Duitsland zou trouwens – in een brief aan de Commissie van 2 maart 2011 waarin zij de gronden voor haar verzoek om afwijking van 18 januari 2011 uiteenzet (hierna: „brief van 2 maart 2011") – uitdrukkelijk hebben toegegeven dat de in de nieuwe speelgoedrichtlijn vastgestelde waarden voor antimoon en kwik de totale hoeveelheid die dagelijks mag worden opgenomen, niet overschreden, wat overigens zou zijn bevestigd in het advies van het Duitse Bundesinstitut für Risikobewertung van 12 januari 2011.

34 Ten slotte wijst de Commissie erop dat zij voor ingewikkelde wetenschappelijke beoordelingen over een ruime beoordelingsbevoegdheid beschikt, en betoogt zij dat de in het onderhavige geval verrichte rechterlijke toetsing de door die beoordelingsbevoegdheid gestelde grenzen ruimschoots overschrijdt. Volgens haar heeft de president van het Gerecht de grenzen van zijn bevoegdheid als rechter in kort geding overschreden door impliciet te oordelen dat de nieuwe speelgoedrichtlijn ten dele onrechtmatig is.

35 In het kader van het vierde middel van haar hogere voorziening verwijt de Commissie de rechter in kort geding dat in de bestreden beschikking geen onderscheid wordt gemaakt naargelang van de verschillende materialen waaruit het speelgoed bestaat. Zij betoogt dat, zelfs al zou de redenering van de president van het Gerecht correct zijn, die beschikking het verzoek tot handhaving van de

nationale bepalingen slechts had mogen inwilligen voor afgekrabd materiaal, omdat, zoals zij heeft aangetoond, de nieuwe speelgoedrichtlijn veel strenger is met betrekking tot vloeibare en droge materialen.

36 Door geen rekening te houden met dit bewijs, dat overeenkomstig de eisen van artikel 114, lid 3, VWEU op de recentste wetenschappelijke kennis was gebaseerd, verplicht de bestreden beschikking de Commissie, voor antimoon, arsenicum, lood en kwik in de vloeibare en droge materialen waaruit het speelgoed bestaat, grenswaarden toe te staan die de gezondheid van kinderen veel minder goed beschermen dan de in de nieuwe speelgoedrichtlijn vastgestelde grenswaarden.

37 Met betrekking tot afgekrabd materiaal zijn de migratielimieten die voortvloeien uit de in de nationale bepalingen vastgestelde grenswaarden voor biologische beschikbaarheid, weliswaar lager dan de in de nieuwe speelgoedrichtlijn vastgestelde migratielimieten, maar is, gelet op de recentste wetenschappelijke kennis, de handhaving van deze nationale waarden niet noodzakelijk, omdat de nieuwe waarden de gezondheid van de kinderen even doeltreffend beschermen, zoals de Bondsrepubliek Duitsland zelf in haar brief van 2 maart 2011 met betrekking tot antimoon en kwik heeft erkend. Subsidiair verzoekt de Commissie het Hof om, ingeval het dit argument niet aanvaardt, de bestreden beschikking uitsluitend voor de vloeibare en droge materialen te vernietigen.

38 De Bondsrepubliek Duitsland stelt om te beginnen dat het eerste middel niet-ontvankelijk is, omdat de Commissie daarmee in feite opkomt tegen de beoordeling van de feiten door de president van het Gerecht. In elk geval heeft deze laatste geenszins de bewijslast omgekeerd, maar slechts geoordeeld dat de argumenten die deze lidstaat ter ondersteuning van zijn verzoek in kort geding heeft aangevoerd, plausibel en coherent waren. De bestreden beschikking loopt dus helemaal niet vooruit op de beslissing over de grond van de zaak. Verder voert deze lidstaat aan dat de Commissie, voor zover zij stelt dat de rechter in kort geding niet bevoegd is om een voorlopige maatregel te treffen als die welke in punt 1 van het dictum van die beschikking is gelast, slechts argumenten herhaalt die reeds in eerste aanleg zijn aangevoerd, en dat ook om die reden dit deel van het betoog van de Commissie niet-ontvankelijk dient te worden verklaard.

39 Ook met betrekking tot het vierde middel van de hogere voorziening stelt de Bondsrepubliek Duitsland dat de door de Commissie ter ondersteuning van dit middel aangevoerde argumenten niet-ontvankelijk zijn, omdat deze daarmee in feite opkomt tegen de beoordeling van de feiten door de president van het Gerecht. Verder betoogt zij, zakelijk weergegeven, dat de Commissie fouten heeft gemaakt bij de toepassing van de methode die zij voor haar berekeningen heeft aangewend, met name doordat zij daartoe gebruik heeft gemaakt van de in de EN 71-3 vastgestelde migratielimieten. Als gevolg van deze fouten heeft zij een onjuiste vergelijking gemaakt tussen het door de nationale bepalingen geboden niveau van bescherming van de gezondheid en het door de nieuwe speelgoedrichtlijn gewaarborgde niveau.

Beoordeling door het Hof

40 Artikel 104, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht bepaalt dat verzoeken in kort geding een duidelijke omschrijving moeten bevatten van „het voorwerp van het geschil en van de omstandigheden waaruit het spoedeisend karakter van het verzoek blijkt, alsmede de middelen, zowel feitelijk als rechtens, op grond waarvan de voorlopige maatregel waartoe wordt geconcludeerd, aanvankelijk gerechtvaardigd voorkomt”. Aldus kunnen de opschorting van de tenuitvoerlegging en de andere voorlopige maatregelen door de rechter in kort geding worden toegekend, indien vaststaat dat zij op het eerste gezicht feitelijk en rechtens gerechtvaardigd voorkomen (fumus boni juris) en spoedeisend zijn in die zin dat het ter voorkoming van ernstige en onherstelbare schade aan de belangen van de verzoeker noodzakelijk is dat zij reeds vóór de beslissing op het beroep ten gronde worden gelast en effect sorteren. Dit zijn cumulatieve voorwaarden, zodat de verzoeken om voorlopige maatregelen moeten worden afgewezen wanneer aan een van deze voorwaarden niet wordt voldaan

[beschikking van de president Hof van 14 oktober 1996, SCK en FNK/Commissie, C-268/96 P(R), Jurispr. blz. I-4971, punt 30]. De rechter in kort geding weegt in voorkomend geval ook de betrokken belangen tegen elkaar af (beschikking van de president van het Hof van 23 februari 2001, Oostenrijk/Raad, C-445/00 R, Jurispr. blz. I-1461, punt 73).

– Fumus boni juris

41 Allereerst dient eraan te worden herinnerd dat aan de voorwaarde van een fumus boni juris is voldaan wanneer er in de fase van het kort geding een aanzienlijk geschil bestaat waarvan de oplossing niet bij voorbaat vaststaat, zodat het beroep niet op het eerste gezicht een redelijke grond mist (zie in die zin beschikkingen van de president van het Hof van 13 juni 1989, Publishers Association/Commissie, 56/89 R, Jurispr. blz. 1693, punt 31, en 8 mei 2003, Commissie/Artegodan e.a., C-39/03 P-R, Jurispr. blz. I-4485, punt 40). De procedure in kort geding heeft immers tot doel, de volle werking van de toekomstige definitieve beslissing te waarborgen teneinde een lacune in de door het Hof verzekerde rechtsbescherming te voorkomen, zodat de rechter in kort geding zich ertoe moet beperken, te beoordelen of de in het kader van het geding ten gronde aangevoerde middelen „op het eerste gezicht" gegrond voorkomen, om uit te maken of het voldoende waarschijnlijk is dat het beroep slaagt.

42 Vaststaat dat de Commissie, voor zover zij in het onderhavige geval betoogt dat de president van het Gerecht is voorbijgegaan aan de bewijslast die rust op de lidstaat die op grond van artikel 114, lid 4, VWEU verzoekt om een bepaling te mogen handhaven waarbij van een harmonisatierichtlijn wordt afgeweken, en die volgens haar moet aantonen dat die bepaling de gezondheid beter beschermt dan de betrokken harmonisatierichtlijn, zich vergist in de aard van de beoordeling die de rechter in kort geding moet verrichten, ongeacht de materie die in de bij het Gerecht aanhangige zaak aan de orde is.

43 De specifieke context van de procedure van artikel 114, lid 4, VWEU, en met name het feit dat het de lidstaat is die moet aantonen dat de door hem gevraagde afwijking van een harmonisatierichtlijn gerechtvaardigd is, alsmede de beoordelingsmarge waarover de Commissie dienaangaande beschikt, zijn zeker relevant voor het onderzoek van de fumus boni juris. Deze relevantie betekent echter alleen dat de rechter in kort geding bij zijn onderzoek of de lidstaat die om een voorlopige maatregel verzoekt, middelen heeft aangevoerd die op het eerste gezicht een door de Commissie begane onrechtmatigheid, en dus van een fumus boni juris, kunnen aantonen, rekening moet houden met het feit dat het aan de lidstaat staat om in de fase van de administratieve procedure aan te tonen dat aan de voorwaarden voor het toestaan van de afwijking is voldaan. Deze relevantie betekent echter niet dat de lidstaat verplicht is om in de fase van het kort geding definitief aan te tonen dat aan die voorwaarden is voldaan. Indien de rechter in kort geding daarover een standpunt zou moeten innemen, zou hij immers noodzakelijkerwijze uitspraak doen over een aspect van de gegrondheid van het door de betrokken lidstaat ingestelde beroep ten gronde en daardoor de grenzen van zijn eigen bevoegdheden overschrijden.

44 Bijgevolg heeft de president van het Gerecht niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting en, in het bijzonder, de bewijslast niet omgekeerd door in de bestreden beschikking, met name in de punten 61 en 65 daarvan, te oordelen dat de door de Bondsrepubliek Duitsland voor het Gerecht aangevoerde middelen tot nietigverklaring „op het eerste gezicht" niet irrelevant waren.

45 Met betrekking tot het betoog van de Commissie dat zij als gevolg van de bestreden beschikking nieuwe bepalingen moet vaststellen op basis van andere informatie dan de recentste wetenschappelijke kennis en daardoor niet kan voldoen aan de krachtens artikel 114, lid 3, VWEU op haar rustende verplichting om „uit te gaan van een hoog beschermingsniveau, daarbij in het bijzonder rekening houdend met alle nieuwe ontwikkelingen die op wetenschappelijke gegevens zijn gebaseerd", dient erop te worden gewezen dat de president van het Gerecht in de punten 41 tot en met 52 van de bestreden beschikking met betrekking tot lood en barium en in de punten 53 tot en met 67 met

betrekking tot antimoon, arsenicum en kwik heeft geoordeeld dat de Bondsrepubliek Duitsland argumenten had voorgedragen die konden aantonen dat de middelen die zij ten gronde had aangevoerd ter ondersteuning van het tegendeel van de stelling de Commissie, niet ongegrond waren. In de context van de onderhavige hogere voorziening betreffende een procedure in kort geding kan aan de rechter in kort geding slechts worden verweten dat hij die bepaling heeft geschonden, indien de partij die dit aanvoert, aantoont dat die conclusie kennelijk onjuist is.

46 In dit verband dient te worden vastgesteld dat, zoals de Bondsrepubliek Duitsland in haar memorie van antwoord op de hogere voorziening gedetailleerd heeft uiteengezet, haar argumenten ten gronde in wezen zijn gebaseerd op de stelling dat de in haar nationale bepalingen vastgestelde grenswaarden voor biologische beschikbaarheid de gezondheid van kinderen beter beschermen dan de waarden die kunnen worden afgeleid uit de in de nieuwe speelgoedrichtlijn vastgestelde migratielimieten.

47 Die lidstaat beklemtoont met name dat de in de nationale bepalingen vastgestelde grenswaarden voor biologische beschikbaarheid, uitgedrukt in opgenomen microgram schadelijke stof per dag, te weten de toelaatbare dagelijkse opnamedosis, identiek zijn aan die welke in de oude speelgoedrichtlijn waren vastgesteld, maar dat de migratielimieten voor de materialen waaruit het speelgoed bestaat, die de EN 71-3 uit laatstgenoemde richtlijn heeft afgeleid, in deze bepalingen niet zijn omgezet. Volgens deze lidstaat heeft de Commissie de inhoud van de nationale bepalingen dus onjuist opgevat door de door de EN 71-3 vastgestelde migratielimieten te gebruiken voor de berekening van de grenswaarden voor biologische beschikbaarheid die zij vervolgens aan de nationale bepalingen heeft toegerekend, om deze grenswaarden te vergelijken met de grenswaarden voor biologische beschikbaarheid die zijn berekenend uitgaande van de door de nieuwe speelgoedrichtlijn vastgestelde migratielimieten voor de drie daarin beschreven soorten materiaal.

48 De Bondsrepubliek Duitsland voert aan dat de aldus vastgestelde grenswaarden voor biologische beschikbaarheid die de Commissie aan de nationale bepalingen heeft toegerekend om een vergelijking te kunnen maken, hoger zijn dan de door de nationale bepalingen zelf vastgestelde grenswaarden voor biologische beschikbaarheid. Volgens de door deze lidstaat gemaakte vergelijking tussen, enerzijds, de door de nationale bepalingen vastgestelde grenswaarden voor biologische beschikbaarheid, en anderzijds, de grenswaarden voor biologische beschikbaarheid die zijn verkregen uit de in de nieuwe speelgoedrichtlijn vastgestelde migratielimieten, verlenen de nationale bepalingen een hogere bescherming dan die richtlijn, daar de door deze laatste vastgestelde toelaatbare dagelijkse opnamedosis hoger is voor alle gebruikte stoffen, en dit zowel met betrekking tot afgekrabd als met betrekking tot droog en vloeibaar materiaal.

49 Volgens de Bondsrepubliek Duitsland heeft de Commissie dus een verkeerde methode aangewend voor haar berekening van de grenswaarden en als gevolg daarvan een onjuiste vergelijking gemaakt tussen het door de nationale bepalingen en het door de nieuwe speelgoedrichtlijn gewaarborgde niveau van bescherming van de gezondheid.

50 Zonder dat uitspraak behoeft te worden gedaan over de gegrondheid van de door de Bondsrepubliek Duitsland aangevoerde argumenten en over de door de Commissie aangevoerde tegenargumenten, een taak die tot de uitsluitende bevoegdheid van de rechter ten gronde behoort, dient erop te worden gewezen dat de argumenten van deze lidstaat voldoende plausibel zijn om in het kader van de onderhavige hogere voorziening te kunnen concluderen dat de president van het Gerecht artikel 114, lid 3, VWEU niet heeft geschonden door in punt 51 van de bestreden beschikking met betrekking tot lood en barium en in punt 65 daarvan met betrekking tot antimoon, arsenicum en kwik tot de slotsom te komen dat de door die lidstaat voor het Gerecht aangevoerde argumenten „op het eerste gezicht” niet irrelevant waren. Uit het voorgaande vloeit ook voort dat die beschikking niet incoherent is in de zin waarin de Commissie dat in het opschrift van haar vierde middel bedoelt, wegens het feit dat de president van het Gerecht tot die slotsom is gekomen niettegenstaande de tegenargumenten van de Commissie. Onder voorbehoud van de gegrondheid van zijn beoordeling van de spoedeisendheid en van de uitkomst van de afweging van de belangen heeft de president van het Gerecht evenmin de

grenzen van zijn bevoegdheid als rechter in kort geding overschreden of inbreuk gemaakt op artikel 114 VWEU door gevolgen te verbinden aan die slotsom met betrekking tot de fumus boni juris en de Commissie te gelasten de handhaving van de nationale bepalingen voorlopig toe te staan.

– Spoedeisendheid en afweging van de belangen

51 Voor zover de Commissie de president van het Gerecht verwijt dat hij met betrekking tot antimoon, arsenicum en kwik de bewijslast heeft omgekeerd door in de punten 78 en 79 van de bestreden beschikking te oordelen dat „niet [kan] worden uitgesloten" dat de betrokken nationale bepalingen een betere bescherming van de gezondheid waarborgen dan de nieuwe speelgoedrichtlijn, dient er meteen aan te worden herinnerd dat voor de beoordeling van het bestaan van ernstige en onherstelbare schade de president van het Gerecht logischerwijze diende te postuleren dat de door de Bondsrepubliek Duitsland ten gronde aangevoerde argumenten konden worden aanvaard [zie, naar analogie, beschikking van de vicepresident van het Hof van 10 september 2013, Commissie/Pilkington Group, C-278/13 P(R), punt 38].

52 De ernstige en onherstelbare schade waarvan het waarschijnlijke intreden moet worden aangetoond, is immers die welke in voorkomend geval uit de weigering van de gevraagde voorlopige maatregel zou voortvloeien indien het beroep ten gronde zou slagen, en bij de beoordeling ervan moet dus worden uitgegaan van die premisse, zonder dat dit impliceert dat de rechter in kort geding enig standpunt inneemt over de middelen ten gronde. De argumenten die de Commissie aanvoert op basis van de bewijslast die in de administratieve fase rust op de lidstaat die op grond van artikel 114, lid 4, VWEU verzoekt om een afwijking van een harmonisatierichtlijn, kunnen dus niet afdoen aan het oordeel van de rechter in kort geding over de voorwaarde van spoedeisendheid. Met betrekking tot het specifiekere argument dat de president van het Gerecht in punt 76 van de bestreden beschikking melding heeft gemaakt van een „hernationalisering" van het gezondheidsbeleid, waarvan het beginsel in artikel 114, lid 4, VWEU zou zijn erkend, behoeft slechts te worden vastgesteld dat om dezelfde redenen als die welke hierboven zijn genoemd, deze grief niet kan afdoen aan dat oordeel, zonder dat een standpunt behoeft te worden ingenomen over deze kwalificatie van de procedure waarin die bepaling voorziet.

53 Met betrekking tot het argument van de Commissie dat, zelfs al zouden de nationale bepalingen een betere bescherming verlenen dan de nieuwe speelgoedrichtlijn, niettemin is vereist dat de nieuwe speelgoedrichtlijn de gezondheid van de kinderen ernstig en onherstelbaar in gevaar brengt, dient te worden opgemerkt dat de president van het Gerecht in de punten 71 tot en met 73 van de bestreden beschikking terecht heeft gewezen op de relevantie van het voorzorgsbeginsel in deze context.

54 Dit beginsel houdt in dat, indien er wetenschappelijke onzekerheid blijft heersen omtrent het bestaan en de omvang van risico's voor de gezondheid van de mens, de instellingen van de Unie beschermende maatregelen kunnen nemen zonder te moeten wachten totdat de realiteit en de ernst van die risico's volledig zijn aangetoond (arresten van 5 mei 1998, National Union Farmers' e.a., C-157/96, Jurispr. blz. I-2211, punt 63, en 12 januari 2006, Agrarproduktion Staebelow, C-504/04, Jurispr. blz. I-679, punt 39). Hieruit volgt dat de rechter in kort geding in het onderhavige geval niet blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door voor zijn beoordeling van het waarschijnlijke intreden van ernstige en onherstelbare schade, onder voorbehoud van de uitkomst van de afweging van de belangen, ervan uit te gaan dat de, zij het voorlopige, toepassing van waarden die mogelijkerwijze de niet de meest doeltreffende zijn voor de bescherming van de gezondheid van de mens en, meer in het bijzonder, van kinderen, volstaat om aan te tonen dat ernstige en onherstelbare schade met een voldoende mate van waarschijnlijkheid te verwachten valt.

55 Met betrekking tot het argument van de Commissie dat de Duitse regering in haar brief van 2 maart 2011 uitdrukkelijk heeft toegegeven dat de in de nieuwe speelgoedrichtlijn vastgestelde waarden voor antimoon en kwik de toelaatbare totale dagelijkse opnamedosis niet overschrijden, wat

overigens zou zijn bevestigd in het advies van het Duitse Bundesinstitut für Risikobewertung van 12 januari 2011, dient te worden vastgesteld dat de Commissie daarmee een beoordeling van de feiten aan de orde stelt die de president van het Gerecht in de bestreden beschikking niet expliciet heeft onderzocht, doch niet stelt dat de feiten dienaangaande onjuist zijn opvat.

56 Bijgevolg dient dit argument niet-ontvankelijk te worden verklaard. Er dient immers aan te worden herinnerd dat volgens artikel 256 VWEU en artikel 58 van het Statuut van het Hof van Justitie van Europese Unie, die ook van toepassing zijn op overeenkomstig artikel 57, tweede alinea, van dat statuut ingestelde hogere voorzieningen, hogere voorziening is beperkt tot rechtsvragen met uitsluiting van de beoordeling van de feiten. Aldus is alleen het Gerecht bevoegd om enerzijds de feiten vast te stellen en anderzijds die feiten te beoordelen. De beoordeling van de feiten levert dus geen rechtsvraag op die als zodanig vatbaar is voor toetsing door het Hof in het kader van een hogere voorziening, behoudens in het geval van een onjuiste opvatting van de voorgelegde gegevens [zie in die zin beschikking van de president van het Hof van 24 juli 2003, Linea GIG/Commissie, C-233/03 P(R), Jurispr. blz. I-7911, punten 34-36].

57 In elk geval dient erop te worden gewezen dat de Bondsrepubliek Duitsland zowel voor het Gerecht als in het kader van de onderhavige procedure in kort geding voor het Hof heeft uiteengezet waarom zij van mening is dat het waarschijnlijke intreden van ernstige en onherstelbare schade in het onderhavige geval is aangetoond, en wel met betrekking tot de vijf betrokken stoffen. Zij heeft met name aangevoerd dat de gezondheid van de mens, en vooral die van kinderen, op zichzelf een bijzonder belangrijk goed is. Los van de gegevens en argumenten die deze lidstaat in de fase van de administratieve procedure heeft aangedragen, kan immers worden volstaan met erop te wijzen dat, overeenkomstig het in punt 54 van de onderhavige beschikking geformuleerde oordeel, de president van het Gerecht niet blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door zich in dit verband op het voorzorgsbeginsel te beroepen.

58 Ten slotte dient erop te worden gewezen dat de Commissie geen enkel specifiek betoog voert ter ondersteuning van haar stelling dat de door haar aangevoerde onjuiste rechtsopvatting ter zake van de bewijslast ook de door de rechter in kort geding verrichte afweging van de belangen aantast. De afweging van de belangen zal bijgevolg worden onderzocht in het kader van het vijfde middel van de hogere voorziening, dat betrekking heeft op dit aspect van de bestreden beschikking.

59 Uit een en ander volgt dat het eerste en het vierde door de Commissie ter ondersteuning van haar hogere voorziening aangevoerde middel moeten worden afgewezen.

Tweede middel: onjuiste opvatting van de feiten

Argumenten van partijen

60 Volgens de Commissie heeft de president van het Gerecht in punt 62 van de bestreden beschikking de feiten onjuist opgevat door uit te gaan van de premisse dat de in de nationale bepalingen genoemde grenswaarden betrekking hadden op „afgekrabd” speelgoed in de zin van speelgoed dat zeer veel is gebruikt, terwijl het in feite ging om in het speelgoed gebruikt materiaal dat door de kinderen slechts kan worden opgenomen nadat zij het hebben afgekrabd. De Commissie betoogt dat de president van het Gerecht, indien hij de feiten niet onjuist had opgevat, het verzoek alleen voor het afgekrabde materiaal had kunnen toewijzen en het had kunnen afwijzen voor vloeibaar materiaal of materiaal in de vorm van poeder. Wegens de onjuiste opvatting van de feiten heeft hij in zijn beschikking dus geen gebruik kunnen maken van deze mogelijkheid.

61 De Bondsrepubliek Duitsland is van mening dat de president van het Gerecht de feiten niet onjuist heeft opgevat en voert aan dat hoe dan ook het door de Commissie dienaangaande gelaakte punt van de bestreden beschikking niet noodzakelijk is voor de slotsom waartoe de rechter in kort geding met betrekking tot de fumus boni juris is gekomen.

Beoordeling door het Hof

62 Opgemerkt zij dat de door de Commissie met betrekking tot punt 62 van de bestreden beschikking aangevoerde onjuiste opvatting van de feiten geen invloed heeft gehad op de globale beoordeling van de fumus boni juris die de president van het Gerecht in de punten 53 tot en met 67 van die beschikking heeft verricht voor antimoon, arsenicum en kwik. Zelfs al zou laatstgenoemde de in de stukken voorkomende verwijzingen naar het begrip beschikbaarheid van afgekrabd speelgoed onjuist hebben opgevat door ervan uit te gaan dat het ging om speelgoed dat zeer veel was gebruikt, heeft hij in dat punt 62 immers ook terecht erop gewezen dat de Commissie zelf had erkend dat, zelfs volgens haar eigen omrekeningsmethode, de in de nationale bepalingen vervatte grenswaarden voor afgekrabd materiaal de gezondheid van kinderen beter beschermen dan die welke in de nieuwe speelgoedrichtlijn zijn vastgesteld. Een dergelijke vaststelling volstaat in dit verband als grondslag voor de slotsom waartoe de president van het Gerecht in dat punt 67 is gekomen, namelijk dat met betrekking tot afgekrabd materiaal aan de voorwaarde van een fumus boni juris is voldaan voor de drie betrokken stoffen.

63 Bijgevolg faalt het tweede door Commissie ter ondersteuning van haar hogere voorziening aangevoerde middel en moet het als zodanig worden afgewezen.

Derde middel: ontoereikende motivering

Argumenten van partijen

64 De Commissie verwijt de president van het Gerecht dat hij niet heeft uitgelegd waarom hij van mening is dat het betoog van de Commissie dat de nieuwe speelgoedrichtlijn de gezondheid van de kinderen beter beschermt, niet relevant is, terwijl een dergelijke uitleg volgens haar nodig is, gelet op het verband tussen de regel en de afwijking daarvan in de context van artikel 114, lid 4, VWEU. De Commissie ziet een tweede ontoereikende motivering van de bestreden beschikking in het feit dat, terwijl zijzelf in het litigieuze besluit niet is nagegaan of er voor antimoon, arsenicum en kwik niet sprake was van willekeurige discriminatie, van verkapte beperking van de handel en van belemmering van de werking van de interne markt, de president van het Gerecht dit in zijn beschikking zelf heeft beoordeeld en zich daarbij heeft beperkt tot overneming van het betoog dat de Bondsrepubliek Duitsland dienaangaande had gevoerd, namelijk dat de voor lood, barium, nitrosaminen en nitroseerbare stoffen gevolgde redenering met betrekking tot de voorwaarden voor een onvervalste mededinging zonder meer op de andere stoffen kan worden toegepast, omdat de nationale bepalingen volgens hem identiek zijn. Deze motivering is volgens haar ontoereikend omdat het beslissende element niet is gelegen in de overeenstemming van die bepalingen, maar in de situatie van de markt. De rechter in kort geding zou ook hier zijn eigen beoordeling in de plaats van die van de bevoegde instanties hebben gesteld.

65 Die lidstaat is van mening dat geen enkel van de door de Commissie dienaangaande aangevoerde argumenten een ontoereikendheid van de motivering aantoont die de onregelmatigheid van de bestreden beschikking tot gevolg kan hebben.

Beoordeling door het Hof

66 Volgens vaste rechtspraak moeten arresten van het Gerecht toereikend gemotiveerd zijn om het Hof in staat te stellen zijn rechterlijk toezicht uit te oefenen (zie in die zin met name arresten van 14 mei 1998, Raad/de Nil en Impens, C-259/96 P, Jurispr. blz. I-2915, punt 32; 16 maart 2000, Compagnie maritime belge transports e.a./Commissie, C-395/96 P en C-396/96 P, Jurispr. blz. I-1365, punt 106, en 18 oktober 2012, Neuman e.a./José Manuel Baena Grupo, C-101/11 P en C-102/11 P, punt 80). Dienaangaande volstaat het dat de redenering klaar en duidelijk is en bovendien van dien aard is dat zij een motivering vormt voor de slotsom die zij beoogt te onderbouwen (arrest van 4 oktober 2007, Naipes Heraclio Fournier/BHIM, C-311/05 P, punt 53).

67 Met betrekking tot de grief van de Commissie dat de president van het Gerecht geen toereikende motivering heeft gegeven voor de afwijzing van haar betoog dat de nieuwe speelgoedrichtlijn de gezondheid van de kinderen beter beschermde dan de nationale bepalingen, dient erop te worden gewezen dat laatstgenoemde, wiens onderzoek ten gronde uitsluitend betrekking diende te hebben op het bestaan van een fumus boni juris, in de punten 40 tot en met 67 van de bestreden beschikking rechtens genoegzaam heeft uitgelegd waarom hij in weerwil van dit betoog van mening was dat aan de voorwaarde van een fumus boni juris was voldaan. Wat de gestelde relevantie dienaangaande van het verband tussen de regel en afwijking daarvan in de context van artikel 114, lid 4, VWEU betreft, kan worden volstaan met een verwijzing naar de punten 42 tot en met 44 van de onderhavige beschikking, waaruit blijkt dat de president van het Gerecht niet blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting met betrekking tot de bewijslast die in het kader van de procedure in kort geding op de Bondsrepubliek Duitsland rustte.

68 Wat de stelling betreft dat de president van het Gerecht in punt 66 van de bestreden beschikking geen toereikende motivering heeft gegeven voor zijn redenering met betrekking tot het al dan niet bestaan van willekeurige discriminatie, verkapte beperking van de handel of belemmering van de werking van de interne markt met betrekking tot lood, barium, nitrosaminen en nitroseerbare stoffen, voor zover hij zich heeft beperkt tot overneming van het betoog van de Bondsrepubliek Duitsland dat de voor lood, barium, nitrosaminen en nitroseerbare stoffen gevolgde redenering met betrekking tot de voorwaarden voor een onvervalste mededinging zonder meer op de andere stoffen kan worden toegepast omdat de nationale bepalingen identiek zijn, dient te worden beklemtoond dat de president van het Gerecht als rechter in kort geding slechts het bestaan van een fumus boni juris ter zake van het ontbreken van die voorwaarden diende te beoordelen, en geen definitieve uitspraak diende te doen over het bestaan van die voorwaarden. Bovendien kan het feit dat de rechter in kort geding met betrekking tot een specifiek punt, feitelijk of rechtens, de argumenten van de ene of de andere partij in zijn redenering gebruikt, als zodanig geen motiveringsgebrek opleveren.

69 In de context van het bij hem aanhangige verzoek in kort geding heeft de president van het Gerecht dus een passende motivering gegeven die het Hof in staat stelt te begrijpen waarom hij heeft geconcludeerd tot het bestaan van een fumus boni juris ter zake van het ontbreken van willekeurige discriminatie, verkapte beperking van de handel of belemmering van de werking van de interne markt met betrekking tot antimoon, arsenicum en kwik, daar volgens hem de redenering van de Commissie met betrekking tot deze voorwaarden voor een onvervalste mededinging voor lood, barium, nitrosaminen en nitroseerbare stoffen kon worden toegepast op de drie andere bovengenoemde stoffen, daar de nationale bepalingen dienaangaande identiek zijn voor al die stoffen.

70 Bijgevolg moet het derde door de Commissie ter ondersteuning van haar hogere voorziening aangevoerde middel worden afgewezen.

Vijfde middel: fouten bij de afweging van de belangen

Argumenten van partijen

71 De Commissie voert aan dat de president van het Gerecht zich in de bestreden beschikking heeft beperkt tot het volgen van het betoog van de Bondsrepubliek Duitsland volgens welke het enige belang van deze instelling de werking van de interne markt was. De Commissie bestrijdt deze stelling en beklemtoont dat het in casu door haar verdedigde belang bestaat in de eerbieding van de wil van de wetgever van de Unie zoals die tot uitdrukking is gekomen in de nieuwe speelgoedrichtlijn. In de praktijk bestaat dit belang vooral in de bescherming van de gezondheid van kinderen en niet alleen in de bescherming van de interne markt. Om een optimale bescherming van de gezondheid van kinderen te waarborgen gaat deze richtlijn, zoals de Commissie in het kader haar eerste en haar vierde middel heeft opgemerkt, overeenkomstig de eisen van artikel 114, lid 3, VWEU uit van de recentste wetenschappelijke kennis. In de bestreden beschikking zou bij de afweging van de belangen geen rekening zijn gehouden met dit belang.

72 De Bondsrepubliek Duitsland betoogt dat het hoofddoel van de nieuwe speelgoedrichtlijn als op basis van artikel 114, lid 1, VWEU vastgestelde harmonisatiemaatregel met het oog op de verwezenlijking van de interne markt met betrekking tot de veiligheid van speelgoed, anders dan de Commissie stelt, niet de bescherming van de gezondheid van kinderen kan zijn. Bijgevolg heeft de president van het Gerecht dienaangaande niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting en kan het vijfde middel niet slagen.

Beoordeling door het Hof

73 Opgemerkt zij dat de Commissie, in het kader van de door de Bondsrepubliek Duitsland bij de president van het Gerecht ingeleide procedure in kort geding, de afwijzing van het verzoek in kort geding probeerde te bewerkstelligen om vanaf 21 juli 2013 de in de nieuwe speelgoedrichtlijn vastgestelde migratielimieten in de gehele Unie te kunnen toepassen, daar zij het door die lidstaat op grond van artikel 114, lid 4, VWEU ingediende verzoek tot afwijking had afgewezen.

74 Partijen zijn het erover eens dat de nieuwe speelgoedrichtlijn een harmonisatiemaatregel in de zin van artikel 114, lid 4, VWEU is. Die richtlijn is overigens vastgesteld op basis van artikel 95 EG, waarvan de bepalingen zijn overgenomen in artikel 114, lid 1, VWEU. Daarin worden de regels genoemd die van toepassing zijn voor de verwezenlijking van de doeleinden van artikel 26 VWEU, te weten, zakelijk weergegeven, de verwezenlijking van de interne markt. Gelet op de rechtsgrondslag waarop zij is vastgesteld, heeft de nieuwe speelgoedrichtlijn dus noodzakelijkerwijs als hoofddoel, harmonisatie van de nationale regels op het gebied dat zij bestrijkt, te weten de veiligheid van het speelgoed, en ligt dit doel dus ten grondslag aan het belang dat de Commissie bij de onverwijlde toepassing van deze richtlijn heeft.

75 Er dient immers aan te worden herinnerd dat artikel 168, lid 5, VWEU harmonisatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten ter bescherming en verbetering van de gezondheid van de mens uitsluit. Zoals het Hof reeds heeft geoordeeld, kunnen op basis van andere bepalingen van primair recht vastgestelde harmonisatiemaatregelen natuurlijk invloed hebben op de bescherming van de gezondheid van de mens. In lid 1, eerste alinea, van dat artikel staat trouwens te lezen dat bij de bepaling en de uitvoering van elk beleid en elk optreden van de Unie een hoog niveau van bescherming van de gezondheid van de mens wordt verzekerd, en artikel 114, lid 3, VWEU bepaalt dat het Europees Parlement en de Raad binnen hun respectieve bevoegdheden betreffende de verwezenlijking van de interne markt deze doelstelling trachten te verwezenlijken (zie in die zin arresten van 5 oktober 2000, Duitsland/Parlement en Raad, C-376/98, Jurispr. blz. I-8419, punten 77 en 78, en 12 december 2006, Duitsland/Parlement en Raad, C-380/03, Jurispr. blz. I-11573, punten 93-95). Het gebruik van andere bepalingen van het primaire recht als rechtsgrondslag mag er

echter niet toe leiden dat de uitdrukkelijke uitsluiting van harmonisatie in artikel 168, lid 5, VWEU wordt omzeild (zie in die zin arrest van 5 oktober 2000, Duitsland/Parlement en Raad, reeds aangehaald, punt 79).

76 Overeenkomstig de rechtspraak van het Hof moet aldus voor een procedure in kort geding als die in de onderhavige hogere voorziening, dus worden geoordeeld dat wel degelijk de harmonisatie van de wettelijke regelingen op het gebied van de veiligheid van speelgoed, en niet de bescherming van de gezondheid van kinderen an sich, ten grondslag ligt aan het belang dat de Commissie in het kader van die procedure verdedigt.

77 Uit een en ander volgt dat de president van het Gerecht, na in de punten 82 en 83 van de bestreden beschikking de belangen te hebben afgewogen door het belang van de Bondsrepubliek Duitsland bij handhaving van de nationale bepalingen met het doel van bescherming van de gezondheid van kinderen te vergelijken met het belang van de Commissie bij afwijzing van het verzoek in kort geding, namelijk bewerkstellingen dat de door de wetgever van de Unie in de nieuwe speelgoedrichtlijn vastgestelde geharmoniseerde bepalingen vanaf 21 juli 2013 in de gehele interne markt met inbegrip van Duitsland kunnen worden toegepast, in dat punt 83 terecht heeft geconcludeerd dat het belang van de Commissie moest wijken voor het belang dat die lidstaat bij handhaving van die nationale bepalingen heeft.

78 Bijgevolg moet het vijfde door de Commissie ter ondersteuning van haar hogere voorziening aangevoerde middel worden afgewezen.

Over de opmerkingen van de Commissie betreffende de recente stappen die met betrekking tot barium en lood zijn ondernomen

79 Aan het einde de memorie waarbij zij de hogere voorziening heeft ingesteld, heeft de Commissie het Hof meegedeeld dat zij bij verordening (EU) nr. 681/2013 van 17 juli 2013 tot wijziging van deel III van bijlage II bij richtlijn 2009/48 (PB L 195, blz. 16) de migratielimieten voor barium heeft verlaagd. Dienaangaande behoeft slechts te worden vastgesteld dat deze maatregel, nu de Bondsrepubliek Duitsland het Hof heeft meegedeeld dat hij volgens haar niet ver genoeg ging, het kader van het onderhavige geding onverlet laat. A fortiori kan het feit dat een verlaging van de waarden voor lood wordt overwogen, geen invloed hebben op de onderhavige procedure.

80 Aangezien geen enkel van de door de Commissie ter ondersteuning van haar hogere voorziening aangevoerde middelen kan worden aanvaard, moet de hogere voorziening in haar geheel worden afgewezen.

Kosten

81 Ingevolge artikel 138, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering, dat op grond van artikel 184, lid 1, van dat reglement van toepassing is op de procedure in hogere voorziening, moet de in het ongelijk gestelde partij in de kosten worden verwezen, voor zover dit is gevorderd. Aangezien de Commissie in het ongelijk is gesteld, moet zij overeenkomstig de vordering van de Bondsrepubliek Duitsland worden verwezen in kosten.

De vicepresident van het Hof beschikt:

1) De hogere voorziening wordt afgewezen.

2) De Europese Commissie wordt verwezen in de kosten.

ondertekeningen