CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL E. SHARPSTON van 12 juli 2007 [1]

1. In deze parallelle procedures krachtens artikel 226 EG stelt de Commissie dat Oostenrijk en Duitsland, door van particuliere organisaties die in een andere lidstaat zijn erkend om inspectiediensten op het gebied van biologische landbouw te verrichten, te vereisen dat zij op hun respectieve grondgebied over ten minste één permanente infrastructuur beschikken om aldaar dezelfde diensten te mogen verrichten, hun verplichting niet zijn nagekomen om het vrij verrichten van diensten te verzekeren.

2. In deze zaken zijn problemen aan de orde betreffende de mate van communautaire harmonisatie op het gebied van dergelijke inspecties en de mogelijke rechtvaardiging van beperkingen van het vrij verrichten van diensten op grond dat de diensten de uitoefening van openbaar gezag impliceren, dan wel dat de beperkingen dwingende vereisten van algemeen belang vormen in verband met de consumentenbescherming.

1 — Oorspronkelijke taal: Engels.

Bepalingen van gemeenschapsrecht

EG-Verdrag

3. Artikel 49 EG verbiedt beperkingen op het vrij verrichten van diensten binnen de Gemeenschap ten aanzien van de onderdanen der lidstaten die in een ander land van de Gemeenschap zijn gevestigd dan dat waarin degene is gevestigd te wiens behoeve de dienst wordt verricht.

4. Krachtens artikel 55 EG is artikel 45 EG van toepassing op het vrij verrichten van diensten dat is neergelegd in artikel 49 EG. Artikel 45, eerste alinea, EG luidt:

„De bepalingen van dit hoofdstuk zijn, wat de betrokken lidstaat betreft, niet van toepassing op de werkzaamheden ter uitoefening van het openbaar gezag in deze staat, zelfs indien deze slechts voor een bepaalde gelegenheid geschieden."

Verordening nr. 2092/91

5. Bij verordening nr. 2092/91 [2] is de gemeenschapsregeling vastgesteld voor de productie, de etikettering en de controle van landbouwproducten en levensmiddelen die op biologische wijze zijn geproduceerd.

6. In de considerans is met name uiteengezet dat er een communautaire kaderregeling moet komen om de biologische landbouw te beschermen, loyale concurrentie tussen de producenten te waarborgen, de markt voor biologische producten beter te profileren, en deze producten een grotere geloofwaardigheid te geven in de ogen van de consumenten [3]; dat in het belang van de producenten en kopers basisprincipes moeten worden vastgesteld [4]; en dat ten aanzien van alle marktdeelnemers en in alle stadia van de productie en het in de handel brengen regelmatige controles moeten worden uitgevoerd die aan communautaire minimumeisen voldoen en worden toegepast door daartoe aangewezen overheidsinstanties en/of door erkende en onder toezicht staande particuliere organisaties. [5]

7. De artikelen 1, 2 en 4 van de verordening bevatten een opsomming van de onder de verordening vallende producten en van de aanduidingen die naar de biologische productiemethode verwijzen, en geven definities van verschillende termen. Artikel 3 bepaalt dat de verordening geen afbreuk doet aan andere communautaire bepalingen of nationale bepalingen overeenkomstig het gemeenschapsrecht. Artikel 5 geeft de voorwaarden waaronder bij de etikettering of in de reclame mag worden verwezen naar de biologische productiemethode, terwijl artikel 6 omschrijft welke productieregels (die nader zijn bepaald in bijlage I) het begrip „biologische productiemethode" impliceert.

8. De artikelen 8 en 9 betreffen het controlesysteem. Artikel 9 bepaalt meer in het bijzonder:

„1. De lidstaten voeren een controlesysteem in dat wordt toegepast door een of meer aangewezen controle-instanties en/of door erkende particuliere organisaties [...].

[...]

3. De controle omvat ten minste de in bijlage III omschreven controle- en voorzorgsmaatregelen.

2 — Verordening (EEG) van de Raad van 24 juni 1991 inzake de biologische productiemethode en aanduidingen dienaangaande op landbouwproducten en levensmiddelen (PB L 198, blz. 1), zoals gewijzigd (hierna: „verordening"). De toepasselijke geconsolideerde versie kan worden geraadpleegd op: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/nl/consleg/1991/R/01991R2092-20020323-nl.pdf.

3 — Zie vijfde overweging van de considerans.

4 — Zie achtste overweging van de considerans.

5 — Zie twaalfde en dertiende overweging van de considerans.

4. Met het oog op de tenuitvoerlegging van de controle door particuliere organisaties wijzen de lidstaten een instantie aan voor de erkenning van en het toezicht op deze organisaties.

5. Bij de erkenning van een particuliere controleorganisatie wordt rekening gehouden met

a) het standaardcontroleplan van de organisatie, dat een gedetailleerde beschrijving dient te bevatten van de controle- en voorzorgsmaatregelen die de organisatie toezegt te zullen toepassen op de door haar te controleren marktdeelnemers;

b) de sancties die de organisatie zal nemen ingeval zij onregelmatigheden en/of overtredingen vaststelt;

c) de beschikbaarheid van voldoende gekwalificeerd personeel, een adequate administratieve en technische uitrusting, ervaring op het gebied van de controle en betrouwbaarheid;

d) de objectiviteit van de controleorganisatie ten opzichte van de door haar te controleren marktdeelnemers.

6. Na de erkenning van een controleorganisatie dient de bevoegde instantie

a) te zorgen voor de objectiviteit van de door de controleorganisatie uitgevoerde controles;

b) de doeltreffendheid van de controles te verifiëren;

c) kennis te nemen van de geconstateerde onregelmatigheden en/of overtredingen en de opgelegde sancties;

d) de erkenning van een controleorganisatie die niet voldoet aan de in de sub a en b of de leden 7, 8, 9 en 11 bedoelde eisen of niet meer beantwoordt aan de criteria van lid 5, in te trekken.

[...]

7. De controle-instantie en de in lid 1 bedoelde erkende controleorganisaties:

a) zorgen ervoor dat op de bedrijven die zij controleren ten minste de in bijlage III vermelde controle- en voorzorgsmaatregelen worden toegepast;

[...]

8. De erkende controleorganisaties:

a) verlenen de bevoegde instantie met het oog op inspectie toegang tot hun kantoren en installaties en geven alle informatie en hulp die de bevoegde instantie nodig acht om aan haar verplichtingen krachtens deze verordening te voldoen;

b) verstrekken de bevoegde instantie van de lidstaat vóór 31 januari van elk jaar een lijst van de marktdeelnemers die [...] aan hun controle waren onderworpen [...].

9. De in lid 1 genoemde controlerende instantie en controleorganisaties moeten:

a) wanneer zij een onregelmatigheid constateren met betrekking tot de uitvoering van artikel 5 en artikel 6 of van de in bijlage III vermelde maatregelen, de in artikel 2 bedoelde aanduidingen die verwijzen naar de biologische productiemethode doen verwijderen [...];

b) wanneer zij een duidelijke overtreding of een overtreding met langdurige gevolgen constateren, de marktdeelnemer het recht ontnemen om de in artikel 1 bedoelde producten met aanduidingen betreffende de biologische productiemethode op de markt te brengen gedurende een periode die in overleg met de bevoegde instantie van de lidstaat wordt vastgesteld.

[...]

11. Onverminderd het bepaalde in lid 5 en lid 6 moeten erkende controleorganisaties met ingang van 1 januari 1998 voldoen aan norm EN 45011.[6]

6 — Deze norm stelt voorwaarden voor organisaties die systemen voor productcertificering toepassen.

[...]"

9. Artikel 10 regelt welke aanduiding en/of welk logo mag worden vermeld om aan te geven dat voldaan is aan de controle-eisen; in dit verband legt artikel 10, lid 3, op de controleorganisaties soortgelijke verplichtingen als die in artikel 9, lid 9.

10. Artikel 10 bis, dat de algemene uitvoeringsmaatregelen betreft, luidt als volgt:

„1. Wanneer een lidstaat met betrekking tot een product afkomstig uit een andere lidstaat waarop een in artikel 2 en/of bijlage V bedoelde aanduiding voorkomt, onregelmatigheden of overtredingen ten aanzien van de bepalingen van deze verordening constateert, moet hij de lidstaat die de controle-instantie heeft aangewezen of de controleorganisatie heeft erkend en de Commissie daarvan in kennis stellen.

2. De lidstaten nemen de nodige maatregelen om fraude ten aanzien van het gebruik van de in artikel 2 en/of bijlage V bedoelde aanduidingen te voorkomen."

11. Bijlage III geeft in detail de minimumeisen inzake controle en voorzorgsmaatregelen in het kader van de in de artikelen 8 en 9 bedoelde controleregeling. Bijlage V geeft in verschillende talen de lijst van de aanduidingen en logo's die op de etiketten mogen worden gebruikt.

12. Overeenkomstig artikel 9, lid 1, van de verordening heeft zowel Oostenrijk als Duitsland ervoor gekozen om een controlesysteem op te zetten dat door particuliere organisaties wordt uitgevoerd.

Oostenrijkse regeling

13. Er is momenteel geen wettelijk vereiste dat particuliere controleorganisaties in Oostenrijk moeten zijn gevestigd om aldaar hun activiteiten te kunnen uitoefenen. Vaststaat echter dat de Oostenrijkse instanties voor de erkenning van deze organisaties feitelijk vereisen dat zij aldaar ten minste één vestiging met het noodzakelijke personeel en administratieve en technische middelen hebben.[7]

14. In antwoord op schriftelijke vragen van het Hof heeft Oostenrijk uiteengezet dat de

7 — De Commissie merkt op dat er thans een wetsontwerp is dat het uitdrukkelijke vereiste bevat dat controleorganisaties in Oostenrijk gevestigd moeten zijn om te kunnen worden erkend.

gouverneurs van de verschillende deelstaten de bevoegde autoriteiten zijn voor de toepassing van artikel 9 van de verordening. Zij zijn verantwoordelijk voor het toekennen of weigeren van aanvragen voor erkenning van potentiële particuliere controleorganisaties, voor de naleving van de rapportageprocedures en voor toezicht op de activiteiten van de erkende organisaties. Zij hebben tevens de bevoegdheid om een erkenning in te trekken.

15. Erkende particuliere controleorganisaties hebben zelf geen bevoegdheid om sancties op te leggen of ten uitvoer te leggen. Zij kunnen enkel aanbevelingen doen aan de gouverneurs van de deelstaten. Zij kunnen echter wel bepaalde, in de verordening geregelde, individuele uitzonderingen toestaan (ook hier onder toezicht van de gouverneurs van de deelstaten).

Duitse regeling

16. In het federale stelsel in Duitsland is de uitvoering van de verordening een zaak van de afzonderlijke deelstaten. In 1994 heeft een door de deelstaten in het leven geroepen adhocwerkgroep (Arbeitsgemeinschaft) een reeks richtsnoeren opgesteld ter bevordering van de uniforme toepassing van het controlesysteem. Hoewel de richtsnoeren als aanbevelingen waren bedoeld, hebben de deelstaten deze gedeeltelijk in bindende administratiefrechtelijke bepalingen omgezet. [8]

17. Volgens de punten 1 en 2 van de richtsnoeren zijn de bevoegde instanties van de verschillende deelstaten verantwoordelijk voor de erkenning van en het toezicht op particuliere organisaties die belast zijn met de uitvoering van de controleprocedure bedoeld in artikel 9 van de verordening.

18. Punt 2.1 bepaalt: [9]

„[...] Een controleorganisatie mag slechts worden erkend indien zij een vestiging in de EU heeft. Een controleorganisatie zonder vestiging op het nationale grondgebied mag alleen een erkenning aanvragen indien zij een in [Duitsland] wonende vertegenwoordiger heeft aangesteld [...]

Delegatie [van bevoegdheid] aan controleorganisaties is mogelijk [...]"

8 — Zie *Schlussbericht* van 4 oktober 2002 van het Forschungsinstitut für biologischen Landbau, Berlijn, onder punt 3.3.1.

9 — Ik citeer de versie van 6 april 2001. In haar kennisgeving verwijst de Commissie naar een oudere versie met een andere nummering.

19. Op 10 juli 2002 stelde Duitsland de wet inzake de biologische landbouw [10] („ÖLG") vast ter uitvoering van, onder meer, verordening nr. 2092/91. Overeenkomstig § 15 ÖLG traden enkele bepalingen daarvan in werking op de dag na bekendmaking daarvan, dat wil zeggen op 16 juli 2002, en de overige bepalingen op 1 april 2003.

20. Een van de bepalingen die aldus van kracht waren op het tijdstip van de feiten van de onderhavige zaak [11], § 2, lid 3, ÖLG, verleende de deelstaten de bevoegdheid om het toezicht op de naleving van de verordening door de producenten en de marktdeelnemers geheel of gedeeltelijk te delegeren aan controleorganisaties of aan andere natuurlijke of privaatrechtelijke rechtspersonen, dan wel om hun een samenwerkingsrol (participatie) bij die taken toe te kennen.

21. Voor het overige kan worden opgemerkt dat § 3, lid 1, ÖLG bepaalt dat indien de deelstaten het toezicht niet hebben gedelegeerd, de controleorganisaties de in de verordening vereiste controle moeten verrichten „voor zover voor de uitvoering van deze taken geen administratieve procedure behoeft te worden gevolgd", en dat § 4, lid 1, punt 4, ÖLG de werking van de eerdere richtsnoeren meer expliciet en strikt maakt, door het hebben van een vestiging in Duitsland als een van de voorwaarden voor erkenning van een controleorganisatie te stellen.

Zaak C-393/05

22. In 1999 ontving de Commissie een klacht van een in Duitsland gevestigde en erkende particuliere controleorganisatie. Het bleek dat die organisatie aanvankelijk was erkend om diensten te verrichten in Oostenrijk, maar dat die erkenning was ingetrokken toen bleek dat zij daar geen vestiging had.

23. Na twee verzoeken om inlichtingen zond de Commissie Oostenrijk op 8 november 2000 een aanmaningsbrief, waarin zij haar standpunt uiteen zette dat het vereiste dat een particuliere controleorganisatie die in een andere lidstaat is gevestigd en goedgekeurd, in Oostenrijk een vestiging of een vaste inrichting moet hebben om aldaar controles te mogen verrichten, in strijd was met artikel 49 EG. Oostenrijk antwoordde bij brief van 25 april 2001. Op 16 oktober 2002 zond de Commissie Oostenrijk een met redenen omkleed advies.

10 — Gesetz zur Durchführung der Rechtsakte der Europäischen Gemeinschaft auf dem Gebiet des ökologischen Landbaus (Wet ter uitvoering van de rechtshandelingen van de Europese Gemeenschap op het gebied van de biologische landbouw) — ÖLG (Öko-Landbaugesetz) van 10 juli 2002 (BGBl. I, blz. 2558 van 15 juli 2002).

11 — In een beroep krachtens artikel 226 EG is het relevante tijdstip voor de beoordeling of de nationale bepalingen verenigbaar zijn met de verplichtingen die ingevolge het gemeenschapsrecht op de lidstaten rusten, het einde van de termijn die de Commissie in haar met redenen omkleed advies heeft gesteld (zie meest recentelijk, arrest van 7 juni 2007, Commissie/Nederland, C-50/06, Jurispr. blz. I-4383, punt 48). In het onderhavige geval was die termijn twee maanden na de kennisgeving van het met redenen omkleed advies van 16 oktober 2002.

24. Na het antwoord van 23 december 2002 van Oostenrijk te hebben onderzocht, heeft de Commissie op 4 november 2005 het onderhavige beroep ingesteld, waarin zij het Hof verzoekt vast te stellen dat „de Republiek Oostenrijk, door te vereisen dat particuliere controleorganisaties op het gebied van de biologische landbouw die in een andere lidstaat zijn gevestigd en erkend, in Oostenrijk over een vestiging of andere vaste inrichting beschikken om aldaar hun activiteiten te mogen uitoefenen, niet heeft voldaan aan de krachtens artikel 49 EG op haar rustende verplichtingen", alsmede Oostenrijk te verwijzen in de kosten.

25. Oostenrijk had aanvankelijk om een mondelinge behandeling verzocht, maar heeft dit verzoek nadien ingetrokken. Bijgevolg heeft er geen mondelinge behandeling plaatsgevonden.

Zaak C-404/05

26. Bij aanmaningsbrief van 8 november 2000 stelde de Commissie Duitsland in kennis van haar standpunt dat het vereiste dat een particuliere controleorganisatie die in een andere lidstaat is gevestigd en goedgekeurd, in Duitsland een vestiging of een vaste inrichting moet hebben om aldaar haar controles te mogen verrichten, in strijd is met artikel 49 EG. Duitsland antwoordde bij brief van 19 februari 2001. Op 16 oktober 2002 zond de Commissie Duitsland een met redenen omkleed advies.

27. Na het antwoord van 13 februari 2003 van Duitsland te hebben onderzocht, heeft de Commissie op 17 november 2005 het onderhavige beroep ingesteld, waarin zij het Hof verzoekt jegens Duitsland hetzelfde vast te stellen als dat waarom zij jegens Oostenrijk verzoekt, en Duitsland in de kosten te verwijzen.

28. Een mondelinge behandeling is niet gevraagd en heeft niet plaatsgevonden.

Beoordeling

29. Vaststaat dat de voorschriften die van kracht zijn in Oostenrijk en Duitsland, in feite een belemmering vormen voor de verrichting van diensten overeenkomstig de verordening door controleorganisaties die in andere lidstaten zijn gevestigd en erkend doch geen vestiging hebben in Oostenrijk of Duitsland, naargelang van het geval. Volgens de Commissie doet het vereiste dat een dergelijke organisatie over een vestiging in het gastland moet beschikken afbreuk aan het vrij verrichten van diensten in de zin van artikel 49 EG.

30. Een vraag die vooraf dient te worden besproken, is welke mate van harmonisatie door de verordening is ingevoerd. Duitsland betoogt dat de verordening het daarbij ingestelde controlesysteem uitputtend harmoniseert, zodat de fundamentele vrijheden van het Verdrag niet langer de maatstaf zijn waaraan de rechtmatigheid van een nationale regeling van een lidstaat moet worden getoetst. Oostenrijk meent daarentegen dat de verordening niet alle aspecten van de erkenning van en het toezicht op particuliere controleorganisaties harmoniseert, zodat zowel de verdragsbepalingen inzake het vrij verrichten van diensten als de rechtvaardigingen voor afwijking daarvan van toepassing zijn op de niet-geharmoniseerde aspecten.

31. Vervolgens voeren Oostenrijk en Duitsland in wezen twee middelen aan.

32. Ten eerste betogen zij dat de activiteiten van particuliere controleorganisaties de uitoefening van openbaar gezag in de zin van artikel 45, eerste alinea, EG impliceren.

33. Ten tweede (en in het geval van Duitsland, subsidiair) voeren zij dwingende redenen van algemeen belang aan [12] ter rechtvaardiging van het vereiste dat een controleorganisatie die op het nationale grondgebied actief is, daar ook een vestiging moet hebben.

Mate van harmonisatie teweeggebracht door de verordening

34. Volgens de rechtspraak van het Hof moeten nationale voorschriften, wanneer de gemeenschapsregeling activiteiten uitputtend heeft geharmoniseerd, worden getoetst aan de relevante bepalingen van die regeling en niet aan de artikelen van het Verdrag. [13]

35. Dit beginsel is gebaseerd op de (redelijke) veronderstelling dat de Raad volledige harmonisatie van een bepaald gebied zal hebben uitgevoerd op een wijze die verenigbaar is met de in het Verdrag verankerde fundamentele vrijheden. Aangezien volledige harmonisatie reeds is bereikt, moet de verenigbaarheid van de nationale regeling in dergelijke gevallen derhalve worden getoetst aan de harmonisatieverordening, en niet aan het Verdrag zelf.

12 — Als rechtvaardigingsgrond die in de rechtspraak van het Hof is ontwikkeld, zie bijvoorbeeld arrest van 30 november 1995, Gebhard (C-55/94, Jurispr. blz. I-4165, punt 37).

13 — Zie arrest van 23 januari 2003 Commissie/Oostenrijk (C-221/00, Jurispr. blz. I-1007, punt 42 en de aldaar aangehaalde rechtspraak).

36. Omgekeerd blijven de lidstaten weliswaar bevoegd om de gebieden die van communautaire harmonisatie zijn uitgesloten, te regelen, doch zij moeten daarbij de bij het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheden eerbiedigen. [14] Het Hof heeft dit beginsel reeds toegepast op een situatie waarin de gemeenschapsregeling bepaalde aspecten van controleprocedures harmoniseert, maar niet de plaats van vestiging van controleorganisaties, en heeft geoordeeld dat het in strijd is met artikel 49 EG dat een lidstaat van een onderneming vereist dat zij op zijn grondgebied is gevestigd om als een dergelijke organisatie te kunnen worden erkend. [15]

37. In het onderhavige geval lijkt het me duidelijk dat de harmonisatie van de controleactiviteiten niet compleet is. [16]

38. Het gebruik van de woorden „in elk geval" en „kaderregeling" in de considerans duidt reeds op een harmonisatie die niet volledig is. In dezelfde lijn wijst artikel 9, leden 3 en 7, sub a, erop dat ervoor wordt gezorgd dat „ten minste" de in bijlage III vermelde controle- en voorzorgsmaatregelen worden toegepast.

39. Zeer veelzeggend is echter dat artikel 3 uitdrukkelijk bepaalt dat de verordening „geen afbreuk doet aan andere communautaire bepalingen of nationale bepalingen overeenkomstig het gemeenschapsrecht", die het onderwerp van deze verordening betreffen.

40. De verordening zwijgt over dienstverlening in de ene lidstaat door een in een andere lidstaat gevestigde en erkende particuliere organisatie. Mijns inziens is moeilijk in te zien hoe artikel 3 in die zin kan worden gelezen dat dergelijke diensten van de werkingssfeer van artikel 49 EG zouden zijn uitgesloten. Het vereiste van Oostenrijk en Duitsland dat controleorganisaties tevens een vestiging op hun respectieve nationale grondgebied moeten hebben, moet naar mijn mening dus worden beoordeeld in het licht van dat artikel en van de eventuele, uit het Verdrag en de rechtspraak van het Hof voortvloeiende rechtvaardigingsgronden voor afwijking daarvan.

14 — Zie arresten van 1 februari 2001, Mac Quen e.a. (C-108/96, Jurispr. blz. I-837, punt 24 en de aldaar aangehaalde rechtspraak), en 11 juli 2002, Gräbner (C-294/00, Jurispr. blz. I-6515, punt 26).

15 — Arrest van 14 december 2006, Commissie/Oostenrijk (C-257/05, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 18 en dictum). De betrokken gemeenschapsregeling was richtlijn 97/23/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 mei 1997 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende drukapparatuur (PB L 181, blz. 1).

16 — Daaraan kan worden toegevoegd dat, zoals de Commissie opmerkt, verordening nr. 2092/91 niet is gebaseerd op artikel 45, tweede alinea, EG, op grond waarvan de Raad mag besluiten dat de bepalingen van het hoofdstuk betreffende het vrij verrichten van diensten op bepaalde werkzaamheden niet van toepassing zijn.

Probleem dat de verordening oproept

41. Gegeven het feit dat grensoverschrijdende dienstverlening in de verordening niet is geregeld, lijkt het nuttig om hier de balans op te maken van de rechtssituatie.

42. Verordening nr. 2092/91 stelt bepaalde minimumvereisten vast voor producten waarop een gemeenschapsaanduiding of -logo is aangebracht als getuigenis van biologische productiemethoden. Deze verordening vereist van de lidstaten dat zij een systeem opzetten voor controle op de productie en de etikettering van dergelijke producten. Naar keuze van de lidstaat kan het systeem worden opgedragen aan een of meer controle-instanties van de overheid en/of aan erkende particuliere organisaties die onder toezicht van een overheidsinstantie staan. Het controlesysteem moet zelf verzekeren dat bepaalde minimummaatregelen worden toegepast.

43. Indien lidstaten ervoor hebben gekozen de controle uitsluitend aan een of meer overheidsinstanties op te dragen, rijzen er geen problemen van grensoverschrijdende dienstverlening. Krachtens de genomen beslissing zullen particuliere organisaties niet bevoegd zijn om in die lidstaten controles uit te voeren, ongeacht hun nationaliteit en hun vestigingsplaats of -plaatsen. De eigen overheidsinstanties van een staat zijn naar hun aard niet bevoegd om buiten hun eigen grondgebied controles te verrichten.

44. De verordening geeft geen regels of richtsnoeren voor het geval dat door de ene lidstaat erkende particuliere controleorganisaties hun diensten wensen aan te bieden in een andere lidstaat die ervoor heeft gekozen dergelijke organisaties met de verantwoordelijkheid voor controles te belasten. In beginsel moeten dergelijke organisaties niettemin het recht hebben om krachtens artikel 49 EG en onder voorbehoud van de volgens het Verdrag en de rechtspraak van het Hof toegelaten beperkingen op dat recht, hun diensten aan te bieden.

45. In de praktijk levert dit echter moeilijkheden op en het is te begrijpen dat lidstaten moeten proberen daarvoor een oplossing te vinden.

46. Erkende controleorganisaties moeten onder meer de toezichthoudende instantie toegang verlenen tot hun kantoren en installaties (artikel 9, lid 8, van de verordening). De toezichthoudende instantie dient, onder meer, te zorgen voor de objectiviteit van de uitgevoerde controles en de doeltreffendheid ervan te verifiëren (artikel 9, lid 6).

47. Naleving van deze verplichtingen doet vragen rijzen indien de toezichthoudende instantie en de controleorganisatie zich in verschillende lidstaten bevinden. Mag een toezichthoudende instantie op haar eigen grondgebied de controles verifiëren die zijn verricht door een organisatie die door de overheid van een andere lidstaat is erkend? Mag die instantie toegang eisen tot de kantoren en installaties van een controle-

organisatie in een andere lidstaat, indien zij zelf die organisatie heeft erkend of indien die organisatie in die andere lidstaat is erkend? Mag zij de controles verifiëren die in een andere lidstaat zijn verricht door een organisatie die zij zelf heeft erkend? Bestaat het gevaar dat een controleorganisatie aan toezicht kan ontsnappen met betrekking tot diensten die zij verricht in een andere lidstaat dan die waarin zij is erkend?

48. Oostenrijk en Duitsland, die beide hebben gekozen voor een controlesysteem dat wordt uitgevoerd door erkende particuliere organisaties, hebben deze vragen beantwoord door voor toelating tot het verrichten van controlediensten aldaar, als voorwaarde te stellen dat die organisaties op hun grondgebied een permanente vestiging hebben (of, in het geval van Duitsland — althans volgens de richtsnoeren — een vertegenwoordiging, die met een vestiging kan worden gelijkgesteld [17]).

49. Het lijkt echter ook haalbaar (en evenredig) om de eventuele moeilijkheden middels samenwerking tussen autoriteiten van de lidstaten op te lossen. Het staat niet aan het Hof om de betrokken middelen voor te schrijven — dat is de taak van de gemeenschapswetgever — maar gedurende de precontentieuze fase van de beide onderhavige zaken heeft de Commissie met dat doel in grote lijnen een mogelijke verkorte erkenningsprocedure geschetst. [18]

50. Een algemeen vereiste, zoals dat wat in Oostenrijk en Duitsland geldt, lijkt dus in strijd te zijn met artikel 49 EG, tenzij daarvoor op basis van geldige redenen een rechtvaardiging kan worden gegeven. Oostenrijk en Duitland voeren twee dergelijke redenen aan.

Uitoefening van openbaar gezag

51. Krachtens artikel 45 EG (gelezen in samenhang met artikel 55 EG), is artikel 49 EG niet van toepassing op werkzaamheden ter uitoefening van het openbaar gezag in een bepaalde lidstaat, zelfs indien deze slechts voor een bepaalde gelegenheid geschieden.

17 — Zie arrest van 4 december 1986, Commissie/Duitsland (205/84, Jurispr. blz. 3755, punt 21). Zie tevens, op een ander gebied, artikel 3 van de Tweede richtlijn (88/357/EEG) van de Raad van 22 juni 1988 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende het directe verzekeringsbedrijf, met uitzondering van de levensverzekeringsbranche, tot vaststelling van bepalingen ter bevordering van de daadwerkelijke uitoefening van het vrij verrichten van diensten en houdende wijziging van richtlijn 73/239/EEG (PB L 172, blz. 1).

18 — De procedure die zij voorstelde zou rekening houden met gegevens die reeds naar behoren door de lidstaat van oorsprong zijn onderzocht, maar de gastlidstaat zou zich ervan mogen verzekeren dat de controleorganisatie (i) gekwalificeerd personeel en de adequate administratieve en technische uitrusting heeft om de controles op zijn grondgebied te kunnen verrichten, en de ervaring, betrouwbaarheid en objectiviteit ervan kan garanderen; (ii) adequaat toezicht uitoefent overeenkomstig artikel 9, lid 6, en in het bijzonder de bevoegde instantie stelselmatig en doeltreffend in kennis stelt van elke onregelmatigheid of overtreding; (iii) de criteria van het controlesysteem correct toepast.

52. Als afwijking van een fundamentele vrijheid van het Verdrag moet artikel 45 EG aldus worden uitgelegd dat de strekking ervan wordt beperkt tot hetgeen strikt noodzakelijk is ter waarborging van de belangen die de lidstaten op grond daarvan mogen beschermen. [19] Daaronder vallen dus alleen werkzaamheden die, op zich beschouwd, een rechtstreekse en specifieke deelneming aan de uitoefening van openbaar gezag vormen. [20] Taken die louter ondersteunend en voorbereidend zijn ten aanzien van een instantie die door het nemen van de eindbeslissing openbaar gezag uitoefent, worden daardoor uitgesloten. [21] De toets die het Hof toepast om te bepalen of een werkzaamheid de uitoefening van openbaar gezag in de zin van artikel 45 EG vormt, is nagaan of de beslissingen van een persoon die of een lichaam dat deze werkzaamheden verricht, bindend zijn. [22]

53. In de onderhavige zaken staan erkende particuliere controleorganisaties onder toezicht en controle van de bevoegde overheidsinstantie in hun lidstaat van oorsprong. De particuliere organisaties zelf voeren de bij de verordening vereiste controles uit. Zij mogen bij overtredingen door de marktdeelnemer sancties opleggen, waaronder die welke zijn opgesomd in de artikelen 9, lid 9, en 10, lid 3. Zoals Duitsland beklemtoont mogen zij tevens bepaalde afwijkingen toestaan.

54. Het systeem dat bij de verordening is ingesteld is dus een systeem waarin in wezen de controleorganisaties, onder toezicht van de bevoegde overheidsinstantie, een systeem voor productcertificering toepassen. [23] Er lijkt mij in de rechtspraak van het Hof betreffende artikel 45 EG een nuttige parallel te kunnen worden getrokken met de taken die door verzekeringscommissarissen worden verricht, waarover het arrest Thijssen ging. [24] In dat geval werden de commissarissen erkend door en stonden zij onder toezicht van de Belgische Controledienst voor de Verzekeringen, een openbare instelling. Een verzekeringsbedrijf was verplicht om een erkende commissaris aan te wijzen, die bij de controledienst verslag uitbracht over de onderneming en die dienst in kennis stelde van overtredingen alsmede van alles wat de financiële toestand van de onderneming in gevaar zou kunnen brengen. De commissaris had de bevoegdheid om de uitvoering van een beslissing tot maximaal acht dagen op te schorten, indien die uitvoering een misdrijf zou kunnen uitmaken. [25]

55. Het Hof oordeelde dat de taken van de commissarissen ondersteunend en voorbereidend waren voor de taken van de con-

19 — Arresten van 15 maart 1988, Commissie/Griekenland (147/86, Jurispr. blz. 1637, punt 7); 29 oktober 1998, Commissie/Spanje (C-114/97, Jurispr. blz. I-6717, punt 34), en 30 maart 2006, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti (C-451/03, Jurispr. blz. I-2941, punt 45).

20 — Arrest van 21 juni 1974, Reyners (2/74, Jurispr. blz. 631, punt 45), en Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti, reeds aangehaald, punt 46 en de aldaar aangehaalde rechtspraak.

21 — Arrest van 13 juli 1993, Thijssen (C-42/92, Jurispr. blz. I-4047, punt 22).

22 — Zie arresten Reyners, punten 52 en 53, Thijssen, punt 21, en arrest van 10 december 1991, Commissie/Griekenland (C-306/89, Jurispr. blz. I-5863, punt 7).

23 — Ingevolge artikel 9, lid 11, van de verordening moeten zij immers voldoen aan EN 45011, waarin de vereisten zijn opgenomen die gelden voor organisaties die systemen voor productcertificering toepassen.

24 — Arrest Thijssen, aangehaald in voetnoot 21 supra.

25 — Idem, punten 11 en 16-19. Zie tevens het rapport ter terechtzitting.

troledienst, die de eindbeslissing nam. Zij namen aldus niet rechtstreeks en specifiek deel aan de uitoefening van het openbaar gezag. Dat gold ook voor de bevoegdheid van tijdelijk veto, omdat de eindbeslissing werd genomen door de controledienst, die niet was gebonden aan het veto van de commissaris. [26]

56. In de verordening zelf wordt dus niet aangegeven — en evenmin wordt daarin geïmpliceerd — dat de taken die door erkende particuliere controleorganisaties worden verricht, de uitoefening van openbaar gezag, zoals het Hof dit opvat, meebrengen.

57. Hoe staat het dan met de wijze waarop in Oostenrijk en Duitsland in de praktijk uitvoering is gegeven aan de verordening?

58. Het blijkt dat de praktijk in Duitsland verschilt naargelang van de deelstaten. Sommige deelstaten hebben ervoor gekozen om bevoegdheden aan particuliere controleorganisaties te delegeren of om hun een participerende rol te geven. In andere deelstaten werken particuliere controleorganisaties uitsluitend binnen het privaatrecht. In alle gevallen vallen de controleorganisaties echter onder de desbetreffende bevoegde overheidsinstantie.

59. De bevoegdheid van de controleorganisaties om sancties op te leggen verschilt aanzienlijk van deelstaat tot deelstaat. Sommige mogen, hetzij zelf hetzij in samenwerking met de bevoegde overheidsinstantie, bepaalde of alle maatregelen als bedoeld in de artikelen 9, lid 9, en 10, lid 3, van de verordening treffen. In andere gevallen worden deze maatregelen genomen door de autoriteiten van de deelstaten. Indien gezag is gedelegeerd, zijn dergelijke bevoegdheden overheidsbevoegdheden. De maatregelen kunnen echter ook zijn geregeld in de overeenkomst tussen de controleorganisaties en de producenten, en vallen dan dus onder het privaatrecht. De bevoegdheid om sancties ten uitvoer te leggen (evenals om bepaalde overtredingen te bestraffen) is, op een enkele uitzondering na, voorbehouden aan de bevoegde overheidsinstanties.

60. De situatie in Oostenrijk is eenvoudiger. De gouverneurs van de deelstaten houden toezicht op de erkende particuliere controleorganisaties en zij bestraffen — handelend op basis van het (niet-bindende) advies van deze organisaties — tevens overtredingen.

61. Wat nog het meest lijkt op het verrichten van een overheidshandeling door de erkende particuliere controleorganisaties, is het afgeven van certificaten. Mijns inziens vormt een dergelijke activiteit echter geen uitoefening van openbaar gezag in de zin van artikel 45 EG. [27]

26 — Idem, punten 21 en 22.

27 — Zie arrest Thijssen, aangehaald in de punten 54 en 55 supra.

62. Voorts suggereert niets in de onderhavige zaken dat een volledige beperking van het vrij verrichten van grensoverschrijdende particuliere controlediensten voor een gastlidstaat die ervoor heeft gekozen om dergelijke diensten op zijn grondgebied te laten uitvoeren door erkende particuliere controleorganisaties, „strikt noodzakelijk" is ter bescherming van belangen van de betrokken lidstaten. [28]

63. De verordening verbiedt lidstaten niet om overheidsbevoegdheden te delegeren aan controleorganisaties; en het staat Oostenrijk en Duitsland dus vanzelfsprekend vrij om dat te doen. Zij mogen daarbij echter de fundamentele vrijheden niet beperken.

64. Oostenrijk steunt zwaar op het arrest Van Schaik [29] (dat de afgifte van keuringsbewijzen voor motorvoertuigen betrof). Advocaat-generaal Jacobs meende dat een dergelijke activiteit geen deelneming aan de uitoefening van openbaar gezag inhield. [30] Het Hof oordeelde dat „wanneer de Nederlandse Staat in andere lidstaten gevestigde garagebedrijven een erkenning [...] zou verlenen, dit zou neerkomen op een uitbreiding van een overheidsprerogatief tot buiten het nationale grondgebied. In een dergelijke situatie is artikel [49] van het Verdrag niet van toepassing". [31]

65. Het is echter onduidelijk of de uitoefening van openbaar gezag waarnaar het Hof in dat arrest verwijst, de verlening door Nederland van erkenning aan garages in andere lidstaten betrof, dan wel de specifieke activiteit van het keuren van auto's. Indien dit laatste het geval was, wekt het verbazing dat het Hof geen redenen heeft gegeven voor zijn slotsom (en zelfs niet wat thans artikel 45 EG is, heeft vermeld), gelet op, ten eerste, zijn eigen rechtspraak waarin de werkingssfeer van deze afwijking wordt beperkt, en, ten tweede, de tegengestelde opvatting van de advocaat-generaal. Mijns inziens biedt het arrest Van Schaik dan ook geen steun voor de beslechting van de onderhavige zaken.

66. Mijn slotsom luidt dat de activiteiten van erkende particuliere controleorganisaties geen uitoefening van openbaar gezag in de zin van artikel 45 EG vormen.

Dwingende redenen van algemeen belang

67. Als alternatief voor de afwijking als bedoeld in artikel 45 EG voeren beide

28 — Zie punt 52 supra.

29 — Arrest van 5 oktober 1994 (C-55/93, Jurispr. blz. I-4837).

30 — Zie punt 17 van zijn conclusie.

31 — Punt 16 van het arrest.

lidstaten de consumentenbescherming als dwingend belang aan. Volgens hen is het vereiste dat particuliere controleorganisaties op het nationale grondgebied zijn gevestigd evenredig aan dat doel, omdat het noodzakelijk is om objectiviteit en toezicht van hoog niveau te verzekeren. De taken van een toezichthoudende instantie in de zin van artikel 9, lid 6, van de verordening zijn voortdurend. Zij kunnen derhalve alleen doeltreffend worden uitgeoefend indien de controleorganisaties zich in hetzelfde land bevinden als de bevoegde overheidsinstantie. De procedure van artikel 10 bis, op grond waarvan andere lidstaten en de Commissie in kennis worden gesteld van onregelmatigheden met betrekking tot producten, kan niet naar analogie worden uitgebreid tot de controleorganisaties. Controleorganisaties vervullen andere taken naargelang van de verplichtingen die hun lidstaat van oorsprong hun heeft opgelegd. Bijgevolg verschilt ook het niveau van toezicht. Een vereenvoudigde erkenningsprocedure, zoals de Commissie verdedigt, zou derhalve ondoelmatig zijn.

68. Volgens de rechtspraak van het Hof kunnen dwingende redenen van algemeen belang een bij een nationaal voorschrift opgelegde beperking van het vrij verrichten van diensten rechtvaardigen indien dat belang niet reeds door communautaire harmonisatiemaatregelen is beschermd [32] of wordt verzekerd door bepalingen die gelden voor de dienstverlener in de lidstaat waarin hij is gevestigd. [33] Een dergelijke beperkende maatregel moet echter gelden voor iedere persoon of onderneming die in de lidstaat van ontvangst werkzaam is, en kan alleen worden gerechtvaardigd indien deze maatregel noodzakelijk is ter bescherming van de belangen die zij bedoelt te waarborgen en dat doel niet met minder beperkende middelen kan worden beschermd. [34]

69. Consumentenbescherming kan een dwingende reden van algemeen belang vormen [35] en het vestigingsvereiste dat zowel in Oostenrijk als in Duitsland wordt toegepast, geldt voor alle particuliere controleorganisaties die diensten willen verrichten.

70. Hoewel de verordening geen volledige harmonisatie van het gebied van de biologische landbouw bevat [36], geeft zij wel geharmoniseerde criteria op basis waarvan het toezicht in de gehele Gemeenschap aan dezelfde minimumnormen zal voldoen. Indien dus een controleorganisatie in een andere lidstaat is gevestigd, waar haar kantoren en installaties onder toezicht van de bevoegde nationale overheidsinstantie staan, volstaat dat om een verdubbeling van hetzelfde toezicht door respectievelijk Oos-

32 — Arrest van 25 juli 1991, Collectieve Antennevoorziening Gouda (C-288/89, Jurispr. blz. I-4007, punt 12), en arrest Commissie/Oostenrijk, aangehaald in voetnoot 15 supra, punt 23.

33 — Arresten van 17 december 1981, Webb (279/80, Jurispr. blz. 3305, punt 17); Gebhard, aangehaald in voetnoot 12 supra, punt 38, en 9 juli 1997, Parodi (C-222/95, Jurispr. blz. I-3899, punt 21 en de aldaar aangehaalde rechtspraak).

34 — Arresten Collectieve Antennevoorziening Gouda, punten 12 en 15 en de aldaar aangehaalde rechtspraak, en Parodi, punt 21.

35 — Arrest Collectieve Antennevoorziening Gouda, punt 14.

36 — Zie punt 40 supra.

tenrijk of Duitsland overbodig te maken en om iedere rechtvaardiging voor een vereiste van vestiging in de gastlidstaat uit te sluiten. [37]

71. Mijns inziens moet het argument van de verwerende lidstaten op basis van dwingende redenen van algemeen belang bijgevolg worden afgewezen.

Vorm van de verzochte vaststelling

72. Ten slotte behandel ik een detailpunt dat niet zonder belang is.

73. De vaststelling waarom de Commissie in beide zaken verzoekt, is dat de lidstaat artikel 49 EG niet is nagekomen door van in een andere lidstaat gevestigde en erkende controleorganisaties te vereisen dat zij ten minste een vaste inrichting op zijn eigen grondgebied hebben om aldaar *hun activiteiten te mogen uitoefenen.*

74. De praktijk [38] in zowel Oostenrijk als Duitsland, zoals omschreven in de pleidooien, is echter dat dergelijke organisaties ten minste een vaste inrichting op het nationale grondgebied moeten hebben *om aldaar te worden erkend,* en dat zij daar geen controles mogen verrichten tenzij zij door de nationale autoriteiten zijn erkend.

75. Blijkens de stukken is er dus sprake van een ingewikkelder situatie dan de vaststelling waarom de Commissie verzoekt. Aangezien de situatie die in de pleidooien is omschreven de in de gevraagde vaststelling omschreven situatie omvat, is er geen belemmering om het verzoek van de Commissie in de beide gevallen toe te wijzen. Het verschil heeft echter gevolgen voor de maatregelen die de lidstaten moeten nemen om die situatie aan te passen.

76. Indien het een in de ene lidstaat erkende controleorganisatie moet zijn toegestaan haar diensten vrij — doch onder adequaat toezicht — te verrichten in een andere lidstaat, dan heeft die tweede lidstaat in wezen twee opties. Hij kan hetzij die organisatie zelf erkennen, op basis van de oorspronkelijke erkenning, en vervolgens haar activiteiten op zijn grondgebied aan zijn eigen toezicht onderwerpen, hetzij de

37 — Zie naar analogie arrest Commissie/Oostenrijk, aangehaald in voetnoot 15 supra, punten 26-27, een zaak betreffende de vrijheid van boilerkeurders om diensten te verlenen. Verordening nr. 2092/91 verschilt echter aanzienlijk van de gemeenschapsregeling die in het arrest Ramrath (C-106/91, Jurispr. blz. I-3351) aan de orde was, en waarop Oostenrijk zich in zijn verweer baseert. Die regeling vereist uitdrukkelijk van de lidstaten dat zij de relevante beoordelingen naar nationaal recht geven. Zie arrest Ramrath, punt 34.

38 — Er zij aan herinnerd dat de nationale voorschriften, althans op het voor de beoordeling van de verenigbaarheid daarvan relevante tijdstip, in wezen gestalte hadden gekregen middels een administratieve praktijk en niet middels wetgeving.

controleorganisatie zonder verdere erkenning aanvaarden en in samenwerking met de toezichthoudende instantie in de lidstaat van oorsprong toezicht houden op haar activiteiten. Hoewel het niet aan het Hof staat om een specifieke handelwijze voor te schrijven en het te betreuren valt dat dit in de wetgeving niet is gebeurd, lijken deze beide benaderingen mij aanvaardbaar gelet op artikel 49 EG.

Kosten

77. Volgens artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij verwezen in de kosten, voor zover dit is gevorderd. De vordering moet mijns inziens in beide zaken worden toegewezen, en de Commissie heeft gevorderd dat Duitsland en Oostenrijk in de kosten worden verwezen.

Conclusie

78. Bijgevolg geef ik het Hof in overweging:

in zaak C-393/05,

— vast te stellen dat de Republiek Oostenrijk, door van particuliere controleorganisaties op het gebied van de biologische landbouw die in een andere lidstaat zijn gevestigd en erkend, te vereisen dat zij in Oostenrijk over een vestiging of andere vaste inrichting beschikken om aldaar hun activiteiten te mogen uitoefenen, de krachtens artikel 49 EG op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen;

— de Republiek Oostenrijk te verwijzen in de kosten;

en, in zaak C-404/05,

— vast te stellen dat de Bondsrepubliek Duitsland, door van particuliere controleorganisaties op het gebied van de biologische landbouw die in een andere lidstaat zijn gevestigd en erkend, te vereisen dat zij in Duitsland over een vestiging of andere vaste inrichting beschikken om aldaar hun activiteiten te mogen uitoefenen, de krachtens artikel 49 EG op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen;

— de Bondsrepubliek Duitsland te verwijzen in de kosten.