CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL A. TIZZANO

van 30 mei 2002 [1]

Inhoudsoverzicht

I — De toepasselijke bepalingen I-2649

A — Het gemeenschapsrecht I-2649

1) Het Verdrag I-2649

2) De harmonisatierichtlijnen I-2652

a) Richtlijn 89/107/EEG I-2653

b) Richtlijn 95/2 ..... I-2655

B — De Deense wettelijke regeling I-2658

II — De feiten en de procedure I-2659

A — De Deense reactie op richtlijn 95/2 ..... I-2659

B — De beschikking van de Commissie I-2660

C — Het beroep I-2661

III — Juridische analyse I-2661

Opmerking vooraf I-2661

A — De gestelde schending van het beginsel van hoor en wederhoor I-2662

B — De grieven betreffende de inhoud van de beschikking I-2667

Opmerking vooraf I-2667

a) Verkeerde uitlegging van de toepassingsvoorwaarden van artikel 95, lid 4, EG I-2667

Argumenten van partijen I-2668

Beoordeling I-2669

1 — Oorspronkelijke taal: Italiaans.

b) Noodzaak en evenredigheid van de Deense maatregelen I-2678
Argumenten van partijen I-2678
Beoordeling I-2682
c) Het discriminerende karakter van de Deense maatregelen I-2684
d) Onjuiste verwijzing naar de artikelen 4 en 7 van richtlijn 95/2 ..... I-2685
e) Verkeerde beoordeling van de feiten waar het sulfieten betreft I-2686
f) Verzuim om overeenkomstig artikel 95, lid 6, EG te beslissen I-2687
C — De grief betreffende de motivering van de beschikking I-2688
Slotopmerkingen I-2688
Kosten I-2689
IV — Conclusie I-2689

1. Dit is de eerste zaak waarin het Hof zich moet uitspreken over het beroep van een lidstaat tegen de weigering van de Commissie om toestemming te verlenen voor de handhaving van nationale bepalingen die afwijken van een op de grondslag van artikel 100 A EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 95 EG) vastgestelde richtlijn. Het Koninkrijk Denemarken verzoekt namelijk overeenkomstig artikel 230 EG om nietigverklaring van beschikking 1999/830/EG van de Commissie van 26 oktober 1999 [2], waarbij deze instelling heeft geweigerd haar goedkeuring te hechten aan de door Denemarken ter kennis gebrachte nationale bepalingen met betrekking tot het gebruik van sulfieten, nitrieten en nitraten in levensmiddelen, die afwijken van richtlijn 95/2/EG van het Europees Parlement en van de Raad van 20 februari 1995 betreffende levensmiddelenadditieven met uitzondering van kleurstoffen en zoetstoffen. [3] Hoewel die goedkeuring was gevraagd op basis van artikel 100 A van het Verdrag, dateert de beschikking van de Commissie van na de inwerkingtreding van het Verdrag van Amsterdam en is zij dus vastgesteld op basis van het nieuwe artikel 95, lid 4, EG.

I — De toepasselijke bepalingen

A — *Het gemeenschapsrecht*

1) Het Verdrag

2. Zoals bekend was artikel 100 EG-Verdrag (dat bij het Verdrag van Maastricht

2 — PB L 329, blz. 1.
3 — PB L 61, blz. 1.

enigszins is gewijzigd en nadien artikel 94 EG is geworden) lange tijd de enige algemene bepaling ter bevordering van de harmonisatie van wetgevingen met het oog op de totstandbrenging van de gemeenschappelijke markt. Overeenkomstig deze bepaling mag de Raad met eenparigheid van stemmen richtlijnen vaststellen voor de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der lidstaten welke rechtstreeks van invloed zijn op de instelling of de werking van de gemeenschappelijke markt. Teneinde de in artikel 7 A EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 14 EG) bedoelde totstandbrenging van de interne markt te bevorderen, is echter bij de Europese Akte een nieuwe bepaling ingevoerd, artikel 100 A, dat nadien ook herhaaldelijk is gewijzigd.

3. Deze nieuwe bepaling, waarmee uitdrukkelijk werd afgeweken van artikel 100 van het Verdrag, bood de Raad de mogelijkheid om volgens de samenwerkingsprocedure van artikel 189 B EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 251 EG) de maatregelen vast te stellen inzake de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten die de instelling en de werking van de interne markt betreffen. Wanneer het om bepalingen op het gebied van de volksgezondheid, de veiligheid, de milieubescherming en de consumentenbescherming ging, moest volgens artikel 100 A, lid 3, een hoog beschermingsniveau worden nagestreefd. Deze bepaling verplichtte de Commissie namelijk om bij haar voorstellen op deze gebieden uit te gaan van een hoog beschermingsniveau. Met name omdat de betrokken maatregelen bij gekwalificeerde meerderheid moesten worden vastgesteld en dus het gevaar bestond dat beschermingswaardige nationale eisen werden opgeofferd, bood hetzelfde artikel de lidstaten evenwel de mogelijkheid om met het oog op de bescherming van die eisen van de harmonisatiemaatregelen af te wijken.

4. Artikel 100 A, lid 4, bepaalde namelijk:

„Wanneer een lidstaat, nadat de Raad met gekwalificeerde meerderheid van stemmen een harmonisatiemaatregel heeft genomen, het noodzakelijk acht nationale bepalingen toe te passen die hun rechtvaardiging vinden in gewichtige eisen als bedoeld in artikel 36 [EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 30 EG)] of verband houdend met de bescherming van het arbeidsmilieu of het milieu, geeft hij daarvan kennis aan de Commissie.

De Commissie bevestigt de betrokken bepalingen nadat zij heeft nagegaan dat zij geen middel tot willekeurige discriminatie noch een verkapte beperking van de handel tussen de lidstaten vormen.

In afwijking van de procedure van de artikelen 169 en 170 [EG-Verdrag (thans

artikelen 226 EG en 227 EG)] kan de Commissie of een lidstaat zich rechtstreeks tot het Hof van Justitie wenden indien zij/hij meent dat een andere lidstaat misbruik maakt van de in dit artikel bedoelde bevoegdheden."

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.

5. Het Verdrag van Amsterdam heeft artikel 100 A van het Verdrag ingrijpend gewijzigd: de leden 3, 4 en 5 zijn vervangen door acht nieuwe leden, genummerd van 3 tot en met 10. Het aldus gewijzigde en in artikel 95 EG omgenummerde artikel luidt thans:

4. Wanneer een lidstaat het, nadat de Raad of de Commissie een harmonisatiemaatregel heeft genomen, noodzakelijk acht nationale bepalingen te handhaven die hun rechtvaardiging vinden in gewichtige eisen als bedoeld in artikel 30 of verband houdend met de bescherming van het milieu of het arbeidsmilieu, geeft hij zowel van die bepalingen als van de redenen voor het handhaven ervan, kennis aan de Commissie.

„1. In afwijking van artikel 94 en tenzij in dit Verdrag anders is bepaald, zijn de volgende bepalingen van toepassing voor de verwezenlijking van de doeleinden van artikel 14. De Raad stelt volgens de procedure van artikel 251 en na raadpleging van het Economisch en Sociaal Comité 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.

5. Wanneer een lidstaat het na het nemen van een harmonisatiemaatregel door de Raad of de Commissie noodzakelijk acht, nationale bepalingen te treffen die gebaseerd zijn op nieuwe wetenschappelijke gegevens die verband houden met de bescherming van het milieu of het arbeidsmilieu vanwege een specifiek probleem dat zich in die lidstaat heeft aangediend nadat de harmonisatiemaatregel is genomen, stelt hij de Commissie voorts, onverminderd lid 4, in kennis van de voorgenomen bepalingen en de redenen voor het vaststellen ervan.

2. Lid 1 is niet van toepassing op de fiscale bepalingen, op de bepalingen inzake het vrije verkeer van personen en op de bepalingen inzake de rechten en belangen van werknemers.

6. Binnen zes maanden na de in de leden 4 en 5 bedoelde kennisgevingen 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 en lid 5 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.

8. Indien een lidstaat een specifiek probleem in verband met volksgezondheid aan de orde stelt op een gebied waarop eerder harmonisatiemaatregelen zijn genomen, brengt hij dit ter kennis van de Commissie die onverwijld onderzoekt of zij passende maatregelen aan de Raad moet voorstellen.

9. In afwijking van de procedure van de artikelen 226 en 227 kan de Commissie of een lidstaat zich rechtstreeks tot het Hof van Justitie wenden indien zij/hij meent dat een andere lidstaat misbruik maakt van de in dit artikel bedoelde bevoegdheden.

10. Bovenbedoelde harmonisatiemaatregelen omvatten, in passende gevallen, een vrijwaringsclausule die de lidstaten machtigt om, op grond van één of meer van de in artikel 30 bedoelde niet-economische redenen, voorlopige maatregelen te treffen die aan een communautaire toetsingsprocedure worden onderworpen."

2) De harmonisatierichtlijnen

6. In casu zijn met name de richtlijnen 89/107/EEG en 95/2 van belang.

a) Richtlijn 89/107/EEG

7. Richtlijn 89/107/EEG van de Raad van 21 december 1988 betreffende de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten inzake levensmiddelenadditieven die in voor menselijke voeding bestemde waren mogen worden gebruikt[4] (hierna: „richtlijn 89/107" of „kaderrichtlijn"), is een op de grondslag van artikel 100 A van het Verdrag vastgestelde kaderrichtlijn.

8. Voorzover hier van belang, definieert deze richtlijn het begrip levensmiddelenadditief (artikel 1, lid 2) als „elke stof met of zonder voedingswaarde die op zichzelf gewoonlijk niet als voedsel wordt geconsumeerd en gewoonlijk niet als kenmerkend voedselingrediënt wordt gebruikt, en die om technische redenen bij het vervaardigen, verwerken, bereiden, behandelen, verpakken, vervoeren of opslaan van levensmiddelen bewust aan deze levensmiddelen wordt toegevoegd, met als gevolg of redelijkerwijs te verwachten gevolg dat de stof zelf dan wel de derivaten ervan, direct of indirect, een bestanddeel van die levensmiddelen worden". Bijlage I bij de richtlijn somt de verschillende categorieën van de aldus gedefinieerde levensmiddelenadditieven op.

9. De richtlijn voorziet voorts in de vaststelling van bijzondere maatregelen „in een algemene richtlijn waarin met name de reeds bestaande bijzondere richtlijnen inzake bepaalde categorieën additieven worden opgenomen" (artikel 3, lid 1). In die bijzondere richtlijnen zal onder meer — voor elke categorie — moeten worden vastgesteld, van welke stoffen het gebruik is toegestaan en onder welke voorwaarden dat gebruik mag plaatsvinden (artikel 3, lid 2).

10. Overeenkomstig artikel 2, lid 3, van de richtlijn zijn de algemene criteria voor het gebruik van de levensmiddelenadditieven opgenomen in bijlage II, waarvan punt 1 bepaalt:

„1. Levensmiddelenadditieven mogen alleen worden goedgekeurd:

— indien er voldoende technische noodzaak kan worden aangetoond en het nagestreefde doel niet met andere economisch en technisch bruikbare methoden kan worden bereikt;

— indien deze bij de voorgestelde hoeveelheden geen enkel gevaar voor de gezondheid van de con-

4 — PB L 40, blz. 27.

sument opleveren, voorzover zulks op grond van de beschikbare wetenschappelijke gegevens kan worden beoordeeld;

— indien het gebruik ervan de consument niet misleidt."

11. Verder kan volgens punt 2 van bijlage II het gebruik van een levensmiddelenadditief slechts worden toegestaan „indien is bewezen dat het voorgestelde gebruik van het additief voor de consument aantoonbare voordelen heeft, met andere woorden, er moet worden aangetoond dat het, zoals dat heet, ‚nodig' is."

12. Om de eventuele schadelijke effecten van een levensmiddelenadditief of zijn derivaten te bepalen, moet dit volgens punt 3 van bijlage II worden onderworpen „aan gerichte toxiciteitsproeven en een toxicologische beoordeling. Bij deze beoordeling moet eveneens rekening worden gehouden met bij voorbeeld de cumulatieve, synergetische en versterkende effecten van het gebruik ervan, alsook met intolerantie van de mens voor lichaamsvreemde stoffen."

13. Ingevolge punt 6 van dezelfde bijlage moet de goedkeuring van levensmiddelenadditieven vergezeld gaan van de vermelding van de levensmiddelen waaraan deze additieven mogen worden toegevoegd en van de voorwaarden voor de toevoeging ervan. De toevoeging moet beperkt worden tot de kleinste hoeveelheid die nodig is om het gewenste effect te bereiken en dient zo veel mogelijk te geschieden met inachtneming van de aanvaardbare dagelijkse dosis (hierna: „ADI"). [5]

14. Artikel 6 van de richtlijn bepaalt dat bepalingen die gevolgen kunnen hebben voor de volksgezondheid, worden vastgesteld na raadpleging van het Wetenschappelijk Comité voor de menselijke voeding [6] (hierna: „SCF").

15. Artikel 4 ten slotte bevat een vrijwaringsclausule, die luidt als volgt:

„1. Indien een lidstaat op grond van nieuwe gegevens of van nieuwe inzichten in bestaande gegevens, die na de vaststelling van deze of van de in artikel 3 bedoelde algemene richtlijn zijn verkregen, welbepaalde redenen heeft om te oordelen dat het gebruik van een additief in levensmiddelen voor de volksgezondheid gevaar oplevert, alhoewel dat gebruik aan deze richtlijn of een krachtens artikel 3 vastgestelde lijst voldoet, mag die lidstaat de toepassing van

5 — De ADI is de hoeveelheid die iemand gemiddeld iedere dag van zijn leven mag binnenkrijgen zonder dat dit gevaar voor de gezondheid oplevert.

6 — Zie ook de zesde overweging van de considerans. Het Wetenschappelijk Comité voor de menselijke voeding is ingesteld bij besluit 74/234/EEG van de Commissie van 16 april 1974 (PB L 136, blz. 1).

de desbetreffende bepalingen op zijn grondgebied tijdelijk opschorten of beperken. De betrokken lidstaat stelt de overige lidstaten en de Commissie daarvan onverwijld in kennis onder vermelding van de argumenten die tot zijn besluit hebben geleid.

2. De Commissie onderzoekt de door de in lid 1 bedoelde lidstaat opgegeven redenen zo spoedig mogelijk in het Permanent Comité voor levensmiddelen; zij brengt vervolgens onverwijld advies uit en neemt de passende maatregelen.

3. Indien de Commissie wijzigingen in deze richtlijn of in de in artikel 3 bedoelde algemene richtlijn noodzakelijk acht om aan de in lid 1 bedoelde moeilijkheden het hoofd te bieden en de bescherming van de volksgezondheid te waarborgen, leidt zij met het oog op de vaststelling van de wijzigingen de procedure van artikel 11 in; in dat geval mag de lidstaat die vrijwaringsmaatregelen heeft getroffen, deze handhaven totdat de wijzigingen zijn vastgesteld."

b) Richtlijn 95/2

16. De lijsten van de toegestane levensmiddelenadditieven zijn vastgesteld bij drie bijzondere richtlijnen die uitvoering geven aan de kaderrichtlijn, waaronder de reeds gememoreerde richtlijn 95/2. [7]

17. Richtlijn 95/2 is blijkens artikel 1, lid 1, „een bijzondere richtlijn inzake additieven [...] en maakt deel uit van de algemene richtlijn in de zin van artikel 3 van richtlijn 89/107/EEG". Zij heeft met name betrekking op conserveermiddelen en antioxidanten. Onder conserveermiddelen worden volgens artikel 1, lid 3, sub a, verstaan „stoffen die de houdbaarheid van levensmiddelen vergroten door deze te beschermen tegen bederf door micro-organismen", terwijl antioxidanten worden gedefinieerd als „stoffen die de houdbaarheid van levensmiddelen vergroten door deze te beschermen tegen bederf door oxidatie, zoals het ranzig worden van vet en kleurveranderingen" (artikel 1, lid 3, sub b). De richtlijn staat toe dat verschillende tot de categorieën nitrieten, nitraten en sulfieten behorende stoffen als conserveermiddelen en antioxidanten worden gebruikt.

18. Sulfieten hebben een conserverende en/of antioxiderende werking, doordat zij schimmel- en gistvorming verhinderen. Wegens deze eigenschappen worden zij

7 — De andere twee zijn richtlijn 94/35/EG van het Europees Parlement en van de Raad van 30 juni 1994 inzake zoetstoffen die in levensmiddelen mogen worden gebruikt (PB L 237, blz. 3), en richtlijn 94/36/EG van het Europees Parlement en van de Raad van 30 juni 1994 inzake kleurstoffen die in levensmiddelen mogen worden gebruikt (PB L 237, blz. 13).

vaak gebruikt in wijn [8] en bier, bij de conservering van schaaldieren, in gerechten op basis van groente en fruit, in jam, biscuits, gedroogd fruit en tal van andere levensmiddelen. Wanneer zij in grote hoeveelheden worden opgenomen, zijn zij echter schadelijk voor de gezondheid, daar zij beschadigingen van het spijsverteringskanaal kunnen veroorzaken. Het grootste gevaar voor de gezondheid van de mens zit echter in de ernstige allergische reacties die bij bepaalde vatbare personen, vooral bij astmapatiënten, al bij inname van geringe doses kunnen optreden.

19. De toevoeging van nitrieten en nitraten aan levensmiddelen verhoogt de conserverende werking van het roken, zouten en koken van met name vleesproducten. Deze stoffen verhinderen namelijk de groei van bacteriën waardoor levensmiddelen bederven, en van ziekteverwekkende bacteriën als clostridium botulinum. Vleesproducten kunnen gedurende het hele productieproces en zelfs in de consumptiefase met deze bacterie worden besmet. De nitriet- en nitraatgehalten moeten dus zo worden berekend, dat de conserverende werking tot en met deze laatste fase van de voedselketen gewaarborgd is. Zodra nitraten aan een vleesproduct zijn toegevoegd, worden zij omgezet in nitrieten, die op hun beurt worden omgezet in nitrosaminen, met als gevolg dat de hoeveelheid nitraat en nitriet in de loop der tijd aanzienlijk afneemt. Nitrosaminen — het eindproduct van deze degradatie — staan bekend als kankerverwekkende en genotoxische stoffen.

20. Volgens artikel 1, lid 2, van richtlijn 95/2, waarin wordt verwezen naar artikel 6 en bijlage II van de kaderrichtlijn, mogen alleen additieven die beantwoorden aan de door het SCF opgelegde voorwaarden, in levensmiddelen worden gebruikt. Het SCF is namelijk verzocht de veiligheid van de additieven te beoordelen en heeft in dit verband verscheidene adviezen uitgebracht, waarop de Commissie haar voorstellen voor richtlijnen heeft gebaseerd.

21. De noodzakelijke toxicologische beoordeling van sulfieten is door het SCF verricht in zijn adviezen van 15 januari 1981 [9] en 25 februari 1994 [10]. In het laatste advies heeft het voor zwaveldioxide de ADI vastgesteld op 0,7 mg per kilo lichaamsgewicht, wat overeenkomst met 49 mg per dag voor een volwassene en 21 mg per dag voor een kind. Verder heeft het opgemerkt dat sulfieten weliswaar voor de meeste mensen geen gezondheidsrisico inhouden, maar bij sommige astmapatiënten ernstige proble-

8 — Wat de voorschriften voor het gebruik van sulfieten in wijn betreft, verwijst richtlijn 95/2 naar verordening (EEG) nr. 822/87 van de Raad van 16 maart 1987 houdende een gemeenschappelijke ordening van de wijnmarkt (PB L 84, blz. 1), laatstelijk gewijzigd bij verordening (EG) nr. 1627/98 van de Raad van 20 juli 1998 (PB L 210, blz. 8), waarvan artikel 65 bepaalt dat het totale zwaveldioxydegehalte van wijn, andere dan mousserende wijn en likeurwijn, „niet meer mag bedragen dan [...] 160 milligram per liter voor rode wijn, 210 milligram per liter voor witte wijn en roséwijn".

9 — Rapport van het SCF, 11e serie.

10 — Rapport van het SCF, 35e serie.

men kunnen veroorzaken. Het heeft dan ook aanbevolen het gebruik van sulfieten zo veel mogelijk te beperken tot die levensmiddelen waarbij een duidelijke technische noodzaak voor dat gebruik bestaat, teneinde het aantal levensmiddelen waaraan dit soort additieven is toegevoegd, niet al te zeer te vergroten. Volgens het SCF moest de aanwezigheid van sulfieten in levensmiddelen in elk geval op het etiket worden vermeld.

22. Het SCF heeft de technologische behoeften aan toevoeging van nitrieten en nitraten en de aan het gebruik van deze stoffen in levensmiddelen verbonden gezondheidsrisico's onderzocht in zijn adviezen van 19 oktober 1990 [11] en 22 september 1995 [12]. Al in het eerste advies wees het op het duidelijke verband tussen de toevoeging van nitrieten en de vorming van genotoxische kankerverwekkende nitrosaminen, en kwam het met de aanbeveling, de toevoeging van nitrieten en nitraten aan levensmiddelen te beperken tot het voor de noodzakelijke conserverende werking en de microbiologische veiligheid vereiste minimum en zo de blootstelling van de consument aan nitrosaminen te verminderen.

23. Volgens artikel 2, lid 1, van richtlijn 95/2 mogen alleen de in bijlage III bij deze richtlijn genoemde stoffen — waarbij is uitgegaan van de aanwijzingen van het SCF — als conserveermiddel en/of antioxidant in levensmiddelen worden gebruikt. Verder volgt uit artikel 2, lid 4, dat de in bijlage III opgesomde additieven enkel mogen worden gebruikt in de in die bijlage vermelde levensmiddelen en onder de aldaar gestelde voorwaarden.

24. Bijlage III, deel B, geeft in een tabel de gebruiksvoorwaarden voor zwaveldioxide (E 220) en sulfieten: natriumsulfiet (E 221), natriumbisulfiet (E 222), natriummetabisulfiet (E 223), kaliummetabisulfiet (E 224), calciumsulfiet (E 226), calciumbisulfiet (E 227) en kaliumbisulfiet (E 228). Deze tabel [13] bevat een lijst van 61 levensmiddelen, waarvoor de toegestane maximumconcentraties worden uitgedrukt als SO_2 in mg/kg of mg/l.

25. Bijlage III, deel C, geeft in een tabel de gebruiksvoorwaarden voor kaliumnitriet (E 249), natriumnitriet (E 250), natriumnitraat (E 251) en kaliumnitraat (E 252). Gelet op de eerdergenoemde omzetting van

11 — Rapport van het SCF, 26e serie.

12 — Rapport van het SCF, 38e serie.

13 — Die te vinden is in punt 4 van de bestreden beschikking en hier dus niet opnieuw behoeft te worden overgenomen.

nitrieten en nitraten na toevoeging aan een vleesproduct, geeft tabel III, deel C, zowel het indicatief gebruikt gehalte als het maximale restgehalte aan.

26. Artikel 9 van richtlijn 95/2 bepaalt:

„De lidstaten doen uiterlijk op 25 september 1996 de nodige wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in werking treden om aan deze richtlijn te voldoen, teneinde:

— uiterlijk op 25 september 1996 het in de handel brengen en het gebruik van aan deze richtlijn beantwoordende producten toe te staan;

— uiterlijk op 25 maart 1997 het in de handel brengen en het gebruik van niet aan deze richtlijn beantwoordende producten te verbieden; vóór die datum in de handel gebrachte of geëtiketteerde producten die niet aan deze richtlijn beantwoorden, mogen evenwel worden verkocht zolang de voorraad strekt."

B — *De Deense wettelijke regeling*

27. Vóór de inwerkingtreding van richtlijn 95/2 bepaalde de relevante Deense wettelijke regeling, die stamt uit 1973, de voorwaarden waaronder additieven, daaronder begrepen nitraten, nitrieten en sulfieten, in levensmiddelen mochten worden gebruikt. Er was een lijst opgesteld van de levensmiddelen waarin die stoffen mochten worden gebruikt, waarbij ook de toegestane maximumconcentraties werden aangegeven. Die lijst werd in de loop der tijd herhaaldelijk aangepast aan de gewijzigde gezondheidseisen en technologische behoeften.

28. Richtlijn 95/2 is in Deens recht omgezet bij decreet nr. 1055 van het ministerie van Gezondheid van 18 december 1995 [14], aangevuld bij decreet nr. 834 van 23 september 1996. In laatstgenoemd decreet worden met name de voorwaarden geformuleerd voor het gebruik van sulfieten in levensmiddelen, met uitzondering van wijn. In de twee decreten zijn de bepalingen die vóór de vaststelling van de richtlijn op het gebied van sulfieten golden, in wezen overgenomen. Dit betekent dat het gebruik van deze stoffen in 16 categorieën levensmiddelen wordt toegestaan — in tegenstelling tot de 61 categorieën van richtlijn 95/2 — terwijl bovendien de vastgestelde maximumgehalten onder die van de richtlijn liggen. Ook met betrekking tot het gebruik van nitrieten en nitraten in vlees-

14 — Sundhedsministeriets bekendtgørelse inzake levensmiddelenadditieven. Sundhedsmin. j.nr. 95-3400-24. Levnedsmiddelstyrelsen, j.nr. 100-0066. Lovtidende 1995 A, blz. 5571.

producten volgt het Deense decreet van 1995 een andere benadering dan richtlijn 95/2. Terwijl de richtlijn het maximaal toegestane restgehalte van nitrieten en nitraten in levensmiddelen aangeeft op basis van het indicatief gebruikt gehalte, stelt de Deense regeling voor de verschillende soorten vleesproducten de hoeveelheid vast die maximaal mag worden toegevoegd. Deze hoeveelheden liggen bovendien doorgaans onder de in de richtlijn aangegeven hoeveelheden. Bepaalde typisch Deense producten mogen echter hoeveelheden nitriet en nitraat bevatten die aanzienlijk boven de in het algemeen vastgestelde hoeveelheden liggen.

II — De feiten en de procedure

A — *De Deense reactie op richtlijn 95/2*

29. Bij de vaststelling van richtlijn 95/2 door de Raad op 15 december 1994 gaf de Deense delegatie te kennen, dat zij tegen de richtlijn stemde. Zij legde daarbij de volgende verklaring af:

„De Deense delegatie stemt tegen de vaststelling van de richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende levensmiddelenadditieven met uitzondering van kleurstoffen en zoetstoffen. Wat het gebruik van nitrieten/nitraten, sulfieten en natriumaliminiumfosfaat betreft, voldoet de richtlijn niet op bevredigende wijze aan de gezondheidseisen die de Deense delegatie van doorslaggevend belang acht bij de bepalingen ter reglementering van de levensmiddelenadditieven.

[...]

De Deense regering blijft overigens vast van mening dat het Wetenschappelijk Comité voor de menselijke voeding zich conform de door de Commissie opgestelde verklaringen zo snel mogelijk dient uit te spreken over de kwestie van de nitrieten/nitraten en sulfieten. De regering zal de conclusies van het Wetenschappelijk Comité beoordelen en behoudt zich overeenkomstig artikel 100 A, lid 4, van het Verdrag het recht voor de nationale bepalingen te handhaven die noodzakelijk zijn voor de bescherming van het leven en de gezondheid van personen" [15].

30. Conform deze verklaring besloot Denemarken dus zijn strengere nationale bepalingen inzake het gebruik van nitrieten, nitraten en sulfieten te handhaven. Overeenkomstig artikel 100 A, lid 4, stelde het de Commissie tussen juli 1996 en 1997 van die maatregelen in kennis.

15 — Document nr. 11620/94 Add1 van de Raad van 5 december 1994.

31. In een eerste brief van 15 juli 1996, die bedoeld was om de Commissie in kennis te stellen van de maatregelen ter uitvoering van richtlijn 95/2, verklaarde het Koninkrijk Denemarken dat het de bepalingen van richtlijn 95/2 betreffende nitraten en nitrieten in vleesproducten en betreffende sulfieten niet in nationaal recht had omgezet, waarbij het verwees naar bovengenoemde stemverklaring. Het zei voornemens te zijn, overeenkomstig artikel 100 A, lid 4, van het Verdrag nationale bepalingen toe te passen die de bescherming van de volksgezondheid beoogden te verzekeren, waarbij het tevens verwees naar een bijgevoegd wetenschappelijk rapport.

32. Dit standpunt werd bevestigd in een latere brief aan de Commissie, die daarvan akte nam en tegelijkertijd meedeelde dat het Deense verzoek pas zou worden bestudeerd zodra de officiële kennisgeving was ontvangen.

33. Naar aanleiding van een in november 1996 door particuliere ondernemingen ingediende klacht verzocht de Commissie de Deense autoriteiten op 20 januari 1997 om informatie. Op 20 mei daaraanvolgend kwamen de Deense autoriteiten met een gedetailleerd antwoord.

34. Samen met de verklaring van juli 1996, zoals aangevuld in latere brieven, werd dit antwoord door de Commissie als officiële kennisgeving van het Deense verzoek beschouwd.

35. Naar aanleiding van nieuwe klachten van ondernemers over belemmeringen voor het op de Deense markt brengen van sulfieten bevattende levensmiddelen en nitraten en/of nitrieten bevattende vleesproducten, vonden enige tijd later nieuwe informele contacten plaats tussen de diensten van de Commissie en de Deense autoriteiten. Zo was er op 19 november 1997 een bijeenkomst van ambtenaren van de Commissie en de Deense regering. Uiteindelijk verstrekte de Deense regering de Commissie op 14 juli 1998 nadere informatie.

36. In de loop van de procedure had de Commissie het Deense kennisgevingsdossier voor advies toegezonden aan de andere lidstaten. Van de zeven lidstaten die hebben gereageerd, hebben er vier reserves geuit met betrekking tot het Deense verzoek. Hun reactie is echter niet officieel aan de Deense regering meegedeeld.

B — *De beschikking van de Commissie*

37. Terwijl de procedure nog liep, trad op 1 mei 1999 het Verdrag van Amsterdam in

werking, dat, zoals ik al zei, ook artikel 100 A van het Verdrag heeft gewijzigd. Bij brief van 29 juli 1999 deelde de Commissie de Deense autoriteiten dan ook mee, dat voor hun kennisgeving betreffende het gebruik van sulfieten, nitrieten en nitraten in levensmiddelen voortaan het nieuwe artikel 95 EG zou gelden.

38. Het was op basis van deze bepaling dat de Commissie op 26 oktober 1999 weigerde de Deense maatregelen goed te keuren omdat zij ze niet in overeenstemming achtte met de daarin geformuleerde voorwaarden. Zij was met name van mening dat de maatregelen niet noodzakelijk waren, niet in verhouding stonden tot de nagestreefde doelstellingen en geen rechtvaardiging vonden in een specifiek Deense situatie. Bovendien bevatten zij volgens haar discriminerende elementen.

C — *Het beroep*

39. Meteen nadat zij van de beschikking in kennis was gesteld [16], trok de Deense regering bij decreet nr. 822 van 5 november 1999 de nationale bepalingen inzake het gebruik van nitrieten, nitraten en sulfieten in. Desondanks heeft zij op 6 januari 2000 het onderhavige beroep ingesteld en nietigverklaring van de beschikking van de Commissie met verwijzing van deze instelling in de kosten gevorderd.

40. Bij beschikking van 4 oktober 2000 heeft het Hof het Koninkrijk Noorwegen en de Republiek IJsland toegelaten tot interventie aan de zijde van het Koninkrijk Denemarken. Verder hebben partijen vóór de terechtzitting vragen voorgelegd gekregen.

III — Juridische analyse

Opmerking vooraf

41. De Deense regering voert tot staving van haar beroep tot nietigverklaring van de beschikking van de Commissie een groot aantal middelen aan, die uitvoerig worden uiteengezet in punt III van het verzoekschrift en waarbij zowel vormgebreken als materiële gebreken worden gesteld. Met de eerste groep middelen verwijt de Deense regering de Commissie dat zij in de procedure die tot de vaststelling van de bestreden beschikking heeft geleid, het beginsel van

16 — De bestreden beschikking werd op 28 oktober 1999 bij brief nr. SG (99)D/8669 aan de Deense regering meegedeeld.

hoor en wederhoor heeft geschonden en dat zij de beschikking ontoereikend heeft gemotiveerd. Zoals hierna zal blijken, betreft het merendeel van de middelen echter materiële gebreken. Ik zal om te beginnen het eerste door de Deense regering gestelde vormgebrek behandelen, namelijk schending van het beginsel van hoor en wederhoor. Op het tweede zal ik daarentegen pas ingaan na de materiële gebreken te hebben behandeld, aangezien het onderzoek ervan nu juist een bespreking van deze gebreken vooronderstelt.

A — *De gestelde schending van het beginsel van hoor en wederhoor*

42. De Deense regering, die op dit punt wordt ondersteund door de regering van IJsland, meent dus dat bij het geven van de bestreden beschikking wezenlijke vormvoorschriften zijn geschonden doordat de Commissie het beginsel van hoor en wederhoor, zoals dit is uitgewerkt in de rechtspraak van het Hof, niet in acht heeft genomen. In de eerste plaats heeft de Commissie, ondanks het feit dat er van meet af aan regelmatig contact is geweest tussen de Deense autoriteiten en haarzelf, de Deense regering niet de mogelijkheid gegeven zich vóór de vaststelling van de beschikking uit te laten over de inhoud en de gevolgen ervan, noch haar een nauwkeurige en volledige uiteenzetting van de aan de beschikking ten grondslag liggende overwegingen verstrekt. Bovendien is de Deense regering niet in staat gesteld kennis te nemen van en commentaar te leveren op de adviezen van de andere lidstaten betreffende de door haar aangemelde maatregelen, wat des te ernstiger was daar, zoals gezegd, in de motivering van de beschikking expliciet met deze adviezen rekening is gehouden.

43. Ter beoordeling van dit middel moet om te beginnen worden uitgemaakt, wat de aard is van de procedure die uitmondt in de vaststelling van een beschikking op basis van artikel 95, lid 4, EG. De Commissie meent namelijk dat „het beginsel van hoor en wederhoor [is] te beschouwen als een grondbeginsel van gemeenschapsrecht, dat geldt voor elke tegen een bepaalde persoon ingeleide administratieve procedure die tot een voor die persoon bezwarende handeling kan leiden, maar niet voor wetgevingsprocedures". [17] Naar het oordeel van de Commissie is de procedure van artikel 95, leden 4 en 6, een dergelijke procedure, daar zij in wezen een fase in de procedure van dit artikel vormt, die een wetgevend karakter heeft aangezien zij leidt tot de vaststelling van een handeling van algemene strekking. Ook de procedure tot goedkeuring van de handhaving van afwijkende nationale maatregelen moet volgens de Commissie dus als wetgevingsprocedure worden beschouwd, aangezien die maatregelen kunnen leiden tot een gedeeltelijke wijziging van de personele en/of materiële werkingssfeer van de richtlijn, wat niet alleen gevolgen heeft voor de staat die rechtstreeks bij de procedure betrokken is, maar ook voor de overige lidstaten.

17 — Arresten van 16 juli 1998, Bergaderm en Goupil/Commissie (T-199/96, Jurispr. blz. II-2805, punt 58), en 11 december 1996, Atlanta e.a./Commissie (T-521/93, Jurispr. blz. II-1707, punt 70).

44. Ik geloof niet dat de Commissie het hier bij het rechte eind heeft. Zij heeft weliswaar gelijk waar zij stelt dat een beschikking waarbij goedkeuring wordt verleend om van een handeling van algemene strekking af te wijken, ook al is deze ingegeven door individuele vereisten, leidt tot de wijziging erga omnes van de werkingssfeer van de handeling waarvan wordt afgeweken, aangezien door een dergelijke beschikking indirect ook de rechtssituatie van de andere adressaten van de handeling wordt beïnvloed. Toch kan de procedure die aan de vaststelling van zo'n beschikking voorafgaat, niet worden beschouwd als onderdeel van een wetgevingsproces dat uitmondt in de vaststelling van een handeling van algemene strekking. Dit is uiteraard wel het geval bij een rechtstreekse wijziging van die handeling: uit artikel 95, lid 7, volgt immers dat elke algemene „aanpassing" van de harmonisatiemaatregel die de Commissie zinvol mocht achten in het licht van de eisen waarin de goedgekeurde nationale maatregelen hun rechtvaardiging vinden, geschiedt volgens een normale wetgevingsprocedure, die wordt ingeleid door een voorstel van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad. Dit geldt echter niet voor de goedkeuringsprocedure van de leden 4 en volgende van artikel 95, die duidelijk losstaat van — en wezenlijk andere kenmerken heeft dan — die welke uitmondt in de vaststelling (of wijziging) van de harmonisatiemaatregel waarvan wordt afgeweken. In dit verband kan worden volstaan met op te merken dat deze procedure wordt ingeleid nadat de wetgevingsprocedure is afgesloten en dat de beschikking van de Commissie zelfs kan worden gegeven nadat de wetgevende handeling in werking is getreden. Bovendien is de instelling die de afwijking goedkeurt, niet dezelfde als die welke de handeling heeft vastgesteld, en zijn op de goedkeuringsprocedure procedurele voorschriften en beginselen van toepassing die kenmerkend zijn voor een administratieve procedure. Wanneer de Commissie bijvoorbeeld nalaat binnen een bepaalde termijn een besluit te nemen, worden de afwijkende bepalingen geacht te zijn goedgekeurd [18] overeenkomstig het administratieve beginsel „wie zwijgt stemt toe".

45. Nu de betrokken procedure dus een administratief karakter heeft, moet worden nagegaan of in die procedure het beginsel van hoor en wederhoor is geëerbiedigd. Volgens 's Hofs vaste rechtspraak houdt dit beginsel in, dat de adressaat van een besluit dat zijn belangen aanmerkelijk kan beïnvloeden, in staat wordt gesteld zijn standpunt tijdens de administratieve procedure naar behoren kenbaar te maken en dus ook in de gelegenheid moet worden gesteld kennis te nemen van de door de Commissie gebruikte documenten. [19] Hij moet met andere woorden tijdens die procedure in

18 — Tot dezelfde conclusie kwam advocaat-generaal Saggio in de zaak Burstein, waarin hij opmerkte: „Artikel 100 A, lid 4, geeft een lidstaat die het, nadat een harmonisatiemaatregel is genomen, noodzakelijk acht nationale bepalingen toe te passen die hun rechtvaardiging vinden in gewichtige eisen als bedoeld in artikel 36 of verband houdend met de bescherming van het arbeidsmilieu of het milieu, de mogelijkheid dit te doen, op voorwaarde dat hij een bepaalde procedure volgt en er een dubbele controle plaatsvindt, namelijk een administratieve (door de Commissie) en, zo nodig, een rechterlijke": conclusie in de zaak Burstein (arrest van 1 oktober 1998, C-127/97, Jurispr. blz. I-6005, punt 19); cursivering van mij. Vgl. ook de conclusie van dezelfde advocaat-generaal in de zaak Kortas (arrest van 1 juni 1999, C-319/97, Jurispr. blz. I-3143, punt 17).

19 — Zie met name arresten van 10 juli 1986, België/Commissie (40/85, Jurispr. blz. 2321); 12 februari 1992, Nederland e.a./Commissie (C-48/90 en C-66/90, Jurispr. blz. I-565, punt 44); 29 juni 1994, Fiskano/Commissie (C-135/92, Jurispr. blz. I-2885, punt 39), en 24 oktober 1996, Commissie/Lisrestal e.a. (C-32/95 P, Jurispr. blz. I-5373, punt 21).

de gelegenheid worden gesteld „zijn standpunt kenbaar te maken met betrekking tot de juistheid en relevantie der gestelde feiten en omstandigheden alsmede, in voorkomend geval, met betrekking tot de gebruikte stukken" [20].

46. Er gelden in dit verband echter geen bijzondere vormvereisten, tenzij — uiteraard — specifieke bepalingen expliciete voorschriften dienaangaande bevatten. [21] De wijze waarop aan het beginsel uitvoering wordt gegeven, hangt integendeel af van de kenmerken van de betrokken procedure en van hetgeen met de vastgestelde handeling wordt beoogd. Bij de thans aan de orde zijnde procedure lijkt het mij evident dat de staat die om goedkeuring verzoekt, een rechtstreeks en specifiek belang bij de maatregel heeft en dus tijdens de administratieve procedure voor de Commissie in de gelegenheid moet worden gesteld, zijn redenen naar behoren uiteen te zetten. De andere lidstaten hebben echter evenzeer belang bij de uitkomst van de procedure, juist omdat goedkeuring van de handhaving van afwijkende bepalingen ertoe leidt dat de werkingssfeer van een normatieve handeling van algemene strekking wordt ingeperkt. Mocht de Commissie overeenkomstig artikel 95, lid 4, EG besluiten de verzoekende staat toestemming te verlenen voor het handhaven van afwijkende nationale bepalingen, dan zal haar goedkeuringsbeschikking onvermijdelijk ook gevolgen hebben voor de andere lidstaten. Ofschoon artikel 95 EG dit niet voorschrijft, pleegt de Commissie daarom — mijns inziens terecht — de andere lidstaten in kennis te stellen van het feit dat zij een verzoek overeenkomstig lid 4 van deze bepaling heeft ontvangen, en van elk van hen advies over de procedure in te winnen. [22] Hierbij zij echter aangetekend dat het bij de mededeling aan de andere lidstaten niet gaat om de uitoefening van de rechten van de verdediging in eigenlijke zin; die mededeling is enkel bedoeld om de staten die dit wensen, in de gelegenheid te stellen hun opmerkingen over de lopende procedure te maken.

47. De Commissie beweert dat zij hoe dan ook, althans feitelijk, het beginsel van hoor en wederhoor heeft geëerbiedigd, aangezien Denemarken de mogelijkheid heeft gehad zijn zienswijze kenbaar te maken tijdens diverse bijeenkomsten en in het kader van de briefwisseling zoals ik die bij de uiteenzetting van de feiten heb beschreven. [23] Met name tijdens een bijeenkomst van 19 november 1997, dat wil zeggen na de

20 — Arrest van 7 mei 1991, Nakajima/Raad (C-69/89, Jurispr. blz. I-2069, punt 108). Zie ook meer recentelijk arrest van 5 oktober 2000, Duitsland/Commissie (C-288/96, Jurispr. blz. I-8237, punten 99 e.v.), waarin het Hof heeft bevestigd dat „de eerbiediging van de rechten van de verdediging in iedere procedure die tot een voor de belanghebbende nadelige handeling kan leiden, (is te beschouwen als een grondbeginsel van gemeenschapsrecht, dat zelfs bij gebreke van enig specifiek voorschrift omtrent de te volgen procedure in acht moet worden genomen". Zie verder arresten van 13 februari 1979, Hoffmann-La Roche/Commissie (85/76, Jurispr. blz. 461); 20 maart 1985, Timex/Raad en Commissie (264/82, Jurispr. blz. 849), inzake een antidumpingprocedure, en 10 juli 1986, België/Commissie (234/84, Jurispr. blz. 2263), inzake een staatssteunprocedure.

21 — Zoals bijvoorbeeld in het geval van de staatssteunprocedure van artikel 88, lid 2, EG.

22 — In haar verweerschrift wijst de Commissie op enkele beschikkingen waarbij een vergelijkbare praktijk is gevolgd: beschikking 94/783/EG van de Commissie van 14 september 1994 inzake het door Duitsland aangemelde verbod op pentachloorfenol (PCP) (PB L 316, blz. 43); beschikking 96/211/EG van de Commissie van 26 februari 1996 inzake het door het Koninkrijk Denemarken aangemelde verbod op pentachloorfenol (PCP) (PB L 68, blz. 32), en beschikking 99/5/EG van de Commissie van 21 december 1998 inzake de kennisgeving door het Koninkrijk Zweden van de nationale bepalingen inzake het gebruik van bepaalde kleurstoffen en zoetstoffen in levensmiddelen (PB 1999, L 3, blz. 13).

23 — Punten 33-35 supra.

indiening van het verzoek, maar vóór de vaststelling van de beschikking, heeft de Deense regering haar standpunt toegelicht. De Commissie beklemtoont verder dat zij het verzoek van Denemarken heeft opgevolgd door de procedure nu juist in te leiden op basis van de door dit land verstrekte informatie en met inachtneming van de beschikbare en inmiddels algemeen bekende wetenschappelijke gegevens (de rapporten van het SCF).

48. De Deense regering, die meent dat voormelde bijeenkomst van 19 november 1997 niet kan worden beschouwd als een hoorzitting in eigenlijke zin, stelt zich daarentegen op het standpunt dat het enkele feit dat de belanghebbende staat in de gelegenheid is gesteld zijn zienswijze kenbaar te maken, nog niet betekent dat het beginsel van hoor en wederhoor in acht is genomen. Daarvoor is integendeel vereist dat de lidstaat de mogelijkheid krijgt om zich uit te laten over de ontwerp-beschikking van de Commissie en over de daaraan ten grondslag liggende motieven, en met name om kennis te nemen van de adviezen van de andere lidstaten.

49. De Commissie antwoordt dat uit de briefwisseling tussen het Commissielid Martin Bangemann en de Deense minister van Voeding Henrik Dam Kristensen (brieven van 8 februari 1999 en 16 maart 1999) duidelijk blijkt, dat zij om die adviezen had verzocht en ze had ontvangen en dat de Deense regering daarvan op de hoogte was. Desondanks heeft de Deense regering geen afschriften van die adviezen verlangd, noch verzocht ze van commentaar te mogen voorzien. Bovendien, zo vervolgt de Commissie, was de Deense regering reeds in het bezit van de ontwerpbeschikking en had zij zelfs al haar opmerkingen daarover kenbaar gemaakt in een brief van 22 oktober 1999 aan de Commissieleden Byrne en Liikanen.

50. Ondanks het feit dat het beginsel van hoor en wederhoor niet strikt in acht is genomen, volgt dus uit het dossier dat de verzoekende regering hoe dan ook bij de gehele procedure betrokken is geweest en op de hoogte is gesteld zowel van het feit dat van de andere lidstaten advies was gevraagd (wat zij trouwens, gelet op de praktijk van de Commissie op dit gebied, hoe dan ook had kunnen vermoeden), als van de omstandigheid dat enkele lidstaten aan dat verzoek hadden voldaan. Uit het dossier blijkt ook dat de Deense regering desondanks nooit heeft verzocht om van die adviezen kennis te mogen nemen: pas in het kader van de procedure voor het Hof heeft zij geklaagd niet in de gelegenheid te zijn geweest om zich uit te laten over die adviezen en de reactie van de Commissie daarop.

51. Ik meen dan ook te kunnen concluderen dat het beginsel van hoor en wederhoor in casu niet is geschonden.

52. Ook indien het Hof anders zou beslissen, zou, zoals de Commissie heeft opge-

merkt, hoe dan ook nog moeten worden uitgemaakt, of de schending van het betrokken beginsel in casu gevolgen heeft gehad. Volgens 's Hofs vaste rechtspraak leidt schending van de rechten van de verdediging immers slechts tot nietigverklaring van de beschikking, indien deze schending van invloed is geweest op de uitkomst van de procedure [24].

53. In dit verband wijs ik erop dat aan de bestreden beschikking een reeks wetenschappelijke gegevens ten grondslag liggen die hoofdzakelijk gebaseerd zijn op voormelde adviezen van het SCF, waarvan de Deense regering perfect op de hoogte was en waaromtrent zij ruimschoots in de gelegenheid is geweest haar zienswijze kenbaar te maken. De beschikking is dus niet gebaseerd op de adviezen die andere lidstaten in de loop van de procedure hebben uitgebracht. Ofschoon die adviezen vermoedelijk wel de Commissie in haar opvatting hebben gesterkt, bevatten zij in feite enkel een beoordeling van de verenigbaarheid van het Deense verzoek met artikel 95 EG in het licht van die door de Commissie en het Koninkrijk Denemarken gebruikte wetenschappelijke gegevens. In een eerdere zaak heeft het Hof op een vergelijkbare klacht geantwoord: „[D]e bestreden beschikking [wordt] voldoende gestaafd door de in haar motivering vermelde objectieve elementen, waarvan de Belgische regering perfect op de hoogte was en waaromtrent zij ten volle de gelegenheid heeft gehad haar standpunt kenbaar te maken. Bijgevolg zou de beschikking ook bij gebreke van de door belanghebbende derden tijdens de procedure bij de Commissie ingediende opmerkingen, dezelfde inhoud hebben gehad. Onder die omstandigheden kan het enkele feit, dat de Commissie in haar beschikking van deze opmerkingen gewag maakt zonder de betrokken lidstaat de gelegenheid te hebben geboden, daaromtrent zijn opmerkingen kenbaar te maken, nietigverklaring van de beschikking niet rechtvaardigen" [25].

54. Tot slot blijkt, zoals ik al zei, uit het dossier ook, dat de Deense regering het ontwerp van de beschikking kende voordat het werd aangenomen en dus haar zienswijze kenbaar had kunnen maken met betrekking tot de feitelijke en rechtspunten die de Commissie bij haar weigering om de gevraagde goedkeuring te verlenen, doorslaggevend achtte, daaronder begrepen de door andere lidstaten uitgebrachte adviezen. Deze als het ware indirecte en niet-officiële wijze van raadpleging zou reden kunnen zijn om zich af te vragen, of het beginsel van hoor en wederhoor wel ten volle is geëerbiedigd. Het feit dat de Deense regering haar standpunt naar voren heeft kunnen brengen, sluit echter uit dat de beweerde schending van het beginsel van hoor en wederhoor de uitoefening van de rechten van de verdediging in de praktijk onmogelijk heeft gemaakt en daarmee een zodanige invloed heeft gehad op de uitkomst van de procedure, dat alleen al hierom nietigverklaring van de handeling gerechtvaardigd is.

55. Ik meen dan ook dat de Deense grief inzake schending van het beginsel van hoor en wederhoor moet worden afgewezen.

24 — Arresten van 11 november 1987, Frankrijk/Commissie (259/85, Jurispr. blz. 4393, punt 13), en 21 maart 1990, België/Commissie (C-142/87, Jurispr. blz. I-959, punt 48).

25 — Arrest van 10 juli 1986, België/Commissie, reeds aangehaald, punt 30.

B — *De grieven betreffende de inhoud van de beschikking*

Opmerking vooraf

56. Wat de inhoud van de beschikking betreft, herhaal ik nog eens dat het Koninkrijk Denemarken aanvoert dat de beschikking op verschillende punten onwettig is. Het voert daartoe een zeer gevarieerde reeks middelen aan, die op hun beurt zijn onderverdeeld en die eigenlijk niet in de volgorde van het verzoekschrift kunnen worden besproken zonder dat daarbij uit het oog dreigt te worden verloren, waarom het geschil nu werkelijk draait. Dit laatste is overigens pas in de loop van de procedure echt duidelijk geworden. Bij mijn bespreking van de middelen zal ik dan ook niet heel strikt de volgorde van het verzoekschrift aanhouden, maar vooral trachten het Deense betoog op logische wijze uiteen te zetten.

57. Aan het Deense standpunt ligt de gedachte ten grondslag dat een lidstaat overeenkomstig artikel 95, lid 4, EG van de communautaire harmonisatiemaatregel afwijkende nationale maatregelen mag handhaven indien hij op basis van zijn eigen inschatting meent dat deze maatregelen noodzakelijk zijn om een betere bescherming van de in die bepaling genoemde eisen te verzekeren. Ter rechtvaardiging van de afwijkende maatregelen hoeft de betrokken lidstaat volgens de Deense regering dus geen andere redenen aan te voeren; met name hoeft hij zich niet te beroepen op het bestaan van een specifieke situatie, maar kan hij volstaan met aan te tonen dat de maatregelen werkelijk noodzakelijk zijn om het door hem gewenste hoogste beschermingsniveau te verzekeren en niet verder gaan dan nodig is om dat doel te bereiken, zij het dat uiteraard moet zijn voldaan aan de voorwaarden waaraan de maatregelen ingevolge artikel 95, lid 6, door de Commissie moeten worden getoetst.

58. De bezwaren van de Commissie, die gebaseerd zijn op het feit dat zich in Denemarken niet een specifieke situatie voordoet die de betrokken afwijkende maatregelen rechtvaardigt, wijst het Koninkrijk Denemarken dan ook van de hand. Vervolgens bestrijdt de Deense regering het oordeel van de Commissie dat de betrokken nationale maatregelen noodzakelijk noch proportioneel zijn en bovendien een discriminerend karakter hebben. Naast enkele — minder belangrijke — aspecten van de bestreden beschikking hekelt zij tot slot het feit dat artikel 95, lid 6, is veronachtzaamd.

59. Al deze grieven zullen door mij in precies deze logische volgorde worden behandeld.

a) Verkeerde uitlegging van de toepassingsvoorwaarden van artikel 95, lid 4, EG

60. Laat ik dus beginnen met wat naar mijn mening de belangrijkste en lastigste vraag in deze zaak is, namelijk of de goedkeuring van afwijkende bepalingen al dan niet afhankelijk moet worden gesteld van de voorwaarde dat zich een specifieke situatie voordoet in de lidstaat die om goedkeuring

verzoekt. Waar partijen zich aanvankelijk over deze vraag nogal op de vlakte hielden, werd het debat in de loop van de procedure, naarmate de respectieve standpunten werden verduidelijkt, steeds heftiger.

Argumenten van partijen

61. Tot staving van zijn standpunt dat het niet nodig is dat zich in de betrokken lidstaat een specifieke situatie voordoet, wijst het Koninkrijk Denemarken — ten dele ondersteund door de Republiek IJsland en het Koninkrijk Noorwegen — ofschoon het erkent dat de beknopte tekst van de betrokken bepaling op dit punt zwijgt, vooral op de historische en politieke context van de totstandkoming van artikel 100 A, lid 4, van het Verdrag, dat later artikel 95, lid 4, EG is geworden. Het roept met name in herinnering dat artikel 100 A bij de Europese Akte in het Verdrag is ingevoegd ter compensatie van het feit dat voor de vaststelling van de in lid 1 van genoemd artikel bedoelde harmonisatiemaatregelen niet langer unanimiteit vereist was, maar dat voortaan een gekwalificeerde meerderheid van de stemmen volstond: de bepaling moest de lidstaten een waarborg bieden tegen het gevaar dat zij zich naar aanleiding van de harmonisatie genoodzaakt zouden zien, het in hun eigen rechtsorde bereikte beschermingsniveau te verlagen. De bepaling vormde volgens de Deense regering dus de weerslag van een „politiek compromis", dat nu juist bedoeld was om de lidstaten in ruil voor de wijziging van de stemvoorschriften de vrijheid te laten, van de op het niveau van de Gemeenschap gemaakte keuze af te wijken.

62. Juist omdat artikel 100 A van het Verdrag van meet af aan brak met de beginselen zoals die tot dan toe op het gebied van harmonisatie hadden gegolden, konden volgens de Deense regering op deze bepaling niet de strenge criteria worden toegepast die normaal gesproken op afwijkende bepalingen van toepassing zijn. Deze bepaling moet integendeel worden uitgelegd in het licht van het politieke compromis waarvan zij de uitdrukking vormt, namelijk in die zin dat zij de betrokken lidstaat een grote mate van vrijheid laat om de relevante belangen tegen elkaar af te wegen, zelfs indien deze afweging anders uitvalt dan die van de gemeenschapswetgever.

63. De Commissie is het niet met dit standpunt eens, zij het dat haar betoog, wanneer wij de bestreden beschikking en de in de onderhavige zaak door haar aangevoerde argumenten met elkaar vergelijken, niet al te consistent is, wat volgens mij bevestigt dat op dit punt nog steeds onzekerheid heerst. Aangezien zij hoe dan ook meent dat de beoordeling van de politieke context waarbinnen de Europese Akte en artikel 100 A van het Verdrag tot stand zijn gekomen, niet ondubbelzinnig voor het Deense standpunt pleit, brengt zij in herinnering dat het Hof meermalen te kennen heeft gegeven dat wanneer in een sector harmonisatiemaatregelen zijn getroffen,

een lidstaat zich niet op de in artikel 30 (voorheen artikel 36) EG genoemde eisen kan beroepen teneinde zich aan de toepassing van die maatregelen te onttrekken [26]. Dit geldt volgens de Commissie — en des te meer — voor de op de grondslag van artikel 95, lid 1, EG vastgestelde harmonisatiemaatregelen, aangezien deze overeenkomstig artikel 95, lid 3, per definitie een hoog niveau van bescherming van de gewichtige eisen op het gebied van de volksgezondheid, de veiligheid, de milieubescherming en de consumentenbescherming nastreven. Heeft de gemeenschapswetgever de relevante gegevens onderzocht en het gewenste beschermingsniveau bepaald, en is de handeling eenmaal vastgesteld, dan kan een lidstaat volgens de Commissie dus niet eenvoudig zijn eigen risico-inschatting in de plaats stellen van die van de gemeenschapswetgever en dit als enige reden aanvoeren om van de harmonisatiemaatregel af te wijken. Hij moet integendeel aantonen dat uit nieuwe wetenschappelijke gegevens of gegevens waarmee de gemeenschapswetgever rekening had moeten houden, blijkt dat die regeling geen hoog niveau van bescherming van de in de betrokken bepaling bedoelde „gewichtige eisen" kan verzekeren. Hij kan echter ook aanvoeren dat zich op het betrokken gebied een specifieke situatie voordoet, die de afwijking rechtvaardigt. Anders dan bij lid 5 het geval is, stelt lid 4 van artikel 95 het bestaan van zo'n situatie dus niet als voorwaarde, maar biedt het de betrokken staat de mogelijkheid dat bestaan als extra rechtvaardigingsgrond voor de verlangde afwijking aan te voeren.

26 — Zie onder meer arresten van 5 oktober 1977, Tedeschi (5/77, Jurispr. blz. 1555, punt 35); 5 april 1979, Ratti (148/78, Jurispr. blz. 1629, punt 36); 8 november 1979, Denkavit Futtermittel (251/78, Jurispr. blz. 3369, punt 14); 20 september 1988, Moormann (190/87, Jurispr. blz. 4689, punt 10), en 5 oktober 1994, Centre d'insémination de la Crespelle (C-323/93, Jurispr. blz. I-5077, punt 30).

Beoordeling

64. Zoals wij hebben gezien, wordt met deze grief een centraal aspect van het door artikel 95 EG geschapen stelsel aan de orde gesteld, met name de bevoegdheidsverdeling tussen lidstaten en gemeenschapsinstellingen waar het gaat om de beoordeling van het niveau van bescherming van de gezondheid, het arbeidsmilieu en het milieu na de vaststelling van een communautaire maatregel tot harmonisatie van nationale bepalingen die gevolgen hebben voor de instelling van de interne markt. Partijen verschillen op dit punt fundamenteel van mening en blijken dus totaal verschillende opvattingen over dat stelsel te hebben. Het lijkt mij dan ook zaak om de betekenis en de draagwijdte van de in geding zijnde bepaling nog eens globaal te onderzoeken, niet in de laatste plaats omdat ik het weliswaar niet met het Deense standpunt eens ben, maar anderzijds ook de opvatting van de Commissie niet ten volle onderschrijf.

65. Ik herhaal nog maar eens dat artikel 95 EG (en vroeger artikel 100 A) de Gemeenschap een algemene bevoegdheid verleent om maatregelen vast te stellen tot harmonisatie van de nationale maatregelen die van invloed zijn op de instelling en de werking van de interne markt. Deze bevoegdheid wordt uitgeoefend door de Raad en het Europees Parlement overeenkomstig de codecisieprocedure (voorheen de samenwerkingsprocedure). Zowel de Commissie, in de uitoefening van haar bevoegdheid om een voorstel in te dienen, als de andere twee

hoofdrolspelers in het wetgevingsproces moeten uitgaan van een hoog beschermingsniveau wanneer het gaat om voorstellen op het gebied van de volksgezondheid, de veiligheid, de milieubescherming en de consumentenbescherming, daarbij in het bijzonder rekening houdend met alle nieuwe ontwikkelingen die op wetenschappelijke gegevens zijn gebaseerd (lid 3). Wanneer de harmonisatie heeft plaatsgevonden (waarbij het sedert de in artikel 100 A aangebrachte wijzigingen irrelevant is of dit bij gekwalificeerde meerderheid dan wel bij unanimiteit is gebeurd), kan een lidstaat echter om redenen die verband houden met de bescherming van (het leven, de gezondheid) het arbeidsmilieu of het milieu (of met andere gewichtige eisen als bedoeld in artikel 30 EG), verzoeken om in afwijking van de harmonisatiemaatregel reeds bestaande nationale bepalingen te mogen handhaven (lid 4), dan wel om wegens een probleem dat zich heeft aangediend, nieuwe — afwijkende — nationale bepalingen te mogen invoeren (lid 5). Artikel 95, lid 6, ten slotte bepaalt de rol van de Commissie bij de goedkeuring van de afwijkende bepalingen in de twee aangegeven gevallen en behoudt haar het recht voor om na te gaan, of de betrokken bepalingen geen middel tot willekeurige discriminatie of een verkapte beperking van de handel tussen de lidstaten vormen.

66. Uit deze beknopte beschrijving blijkt ook duidelijk dat de betrokken bepaling beoogt tegemoet te komen aan twee verschillende vereisten, die niet altijd even eenvoudig met elkaar zijn te verzoenen: waar aan de ene kant de verwezenlijking van de gemeenschappelijke markt moet worden bevorderd, dient aan de andere kant een hoog niveau van bescherming van de volksgezondheid, de veiligheid, de milieubescherming en de consumentenbescherming te worden verzekerd. Wat dit laatste vereiste betreft, komt in artikel 95 duidelijk de wens tot uitdrukking om tijdens de wetgevingsprocedure — die sedert de vaststelling van artikel 100 A ook bij gekwalificeerde meerderheid kan worden afgesloten — rekening te houden met de legitieme verlangens van de lidstaten, zij het dat ervan wordt uitgegaan dat de harmonisatiemaatregel in beginsel reeds aan die verlangens tegemoet komt, aangezien deze per definitie op een hoog beschermingsniveau gebaseerd moet zijn. Maar als dit zo is, dat wil zeggen wanneer dit hoge beschermingsniveau als het ware reeds in het DNA van de harmonisatiemaatregel besloten ligt, dan kunnen hieraan al meteen twee belangrijke gevolgtrekkingen worden verbonden, waarop ik hoe dan ook later nog zal terugkomen. In de eerste plaats lijkt het principieel onjuist om te stellen dat 's Hofs vaste rechtspraak, volgens welke de voorwaarden waaronder mag worden afgeweken van de fundamentele beginselen van het gemeenschapsrecht (in casu: de eenheid van de markt) restrictief moeten worden uitgelegd[27], op de betrokken bepaling niet van toepassing is. In de tweede plaats kan een lidstaat die goedkeuring wil verkrijgen voor de handhaving of invoering van nationale maatregelen die van de harmonisatiemaatregel afwijken, niet volstaan met in het algemeen te stellen dat het door deze maatregel gewaarborgde beschermingsniveau ontoereikend is.

67. Nu dan de vraag waarom het in casu draait. In dit verband moet ik eerst ingaan

27 — Zie onder meer arresten van 15 mei 1986, Johnston (222/84, Jurispr. blz. 1651); 5 december 1996, Merck en Beecham (C-267/95 en C-268/95, Jurispr. blz. I-6285), en 11 januari 2000, Kreil (C-285/98, Jurispr. blz. I-69).

op het door de Deense regering aangevoerde argument dat in lid 4 van artikel 95 niet dezelfde voorwaarden worden genoemd als in lid 5. Lid 5 is inderdaad veel gedetailleerder en, althans naar de letter, restrictiever dan lid 4, aangezien volgens eerstgenoemde bepaling de invoering van van de communautaire harmonisatiemaatregel afwijkende nationale maatregelen slechts kan worden toegestaan indien aan drie voorwaarden is voldaan: de afwijkende nationale bepalingen moeten gebaseerd zijn op nieuwe wetenschappelijke gegevens op de genoemde gebieden, er moet sprake zijn van een probleem dat specifiek is voor de verzoekende staat en dit probleem moet zich na de vaststelling van de richtlijn hebben aangediend.

68. De meer algemene regeling van artikel 95, lid 4, voor de handhaving van nationale bepalingen die van de communautaire harmonisatiemaatregel afwijken, wettigt volgens de Deense regering dus de conclusie dat in die gevallen aan geen van de in lid 5 genoemde voorwaarden behoeft te zijn voldaan. In de eerste plaats worden in de in lid 4 bedoelde gevallen de nationale maatregelen niet nieuw ingevoerd, zodat ook geen nieuwe wetenschappelijke gegevens hoeven te worden overgelegd. In de tweede plaats hoeft de betrokken lidstaat niet aan te voeren dat hij zich in een specifieke situatie bevindt, aangezien de bepaling op dit punt zwijgt. Hij kan volstaan met aan te tonen dat met de betrokken maatregelen daadwerkelijk het hoogste beschermingsniveau kan worden verzekerd dat naar zijn oordeel noodzakelijk is om te voldoen aan de in de betrokken bepaling genoemde „gewichtige eisen", en dat die maatregelen niet verder gaan dan ter bereiking van dat doel noodzakelijk is. Meer wordt van de betrokken staat niet verlangd, aangezien deze het volste recht heeft de werkingssfeer van de gemeenschapsregeling in te perken, uiteraard onder voorbehoud van de toetsing door de Commissie overeenkomstig artikel 95, lid 6.

69. Ofschoon ik moet toegeven dat de uitlegging van artikel 95 verre van eenvoudig is, lijkt het mij zeer moeilijk het zojuist uiteengezette standpunt te onderschrijven. Dit standpunt staat volgens mij namelijk niet alleen op gespannen voet met de logica en het doel van het stelsel — wat ik later nog nader zal toelichten — maar is bovendien zeer waarschijnlijk terug te voeren op een verkeerde lezing, dat wil zeggen een overhaaste vergelijking van de leden 4 en 5 van artikel 95, en wellicht ook op een even overhaaste reconstructie van de ontwikkeling die de overgang van artikel 100 A, lid 4, van het Verdrag naar artikel 95, leden 4 en 5, EG heeft gemarkeerd. Anders gezegd: aan het betrokken standpunt lijkt de gedachte ten grondslag te liggen dat artikel 100 A, lid 4, uitsluitend zag op de handhaving van nationale bepalingen in afwijking van de communautaire harmonisatiemaatregel, waarbij de beoordeling van de noodzaak van die bepalingen aan de betrokken lidstaat werd overgelaten. Het latere artikel 95, lid 4, zou dezelfde situatie behandelen, terwijl het nieuw toegevoegde lid 5 van dit artikel een meer gedetailleerde en restrictieve regeling geeft voor het geval dat een lidstaat nieuwe nationale bepalingen wil invoeren die afwijken van de communautaire harmonisatiemaatregel.

70. Zoals ik echter al aangaf, vind ik deze reconstructie wat kort door de bocht en

geloof ik niet dat zij ons bij de juiste uitlegging van de betrokken bepalingen brengt, en wel om een aantal redenen die ik hierna nader zal trachten toe te lichten.

71. Ten eerste verdient het vermelding dat de werkingssfeer van artikel 100 A, lid 4, helemaal niet beperkt was tot de „handhaving" van van de harmonisatie afwijkende nationale bepalingen. In die bepaling werd juist meer in het algemeen gerefereerd aan de situatie waarin een lidstaat dergelijke bepalingen wilde „toepassen", zodat beide gevallen erdoor werden geregeld, namelijk zowel de handhaving van reeds bestaande als de invoering van nieuwe bepalingen.[28] In het latere artikel 95 EG werd een expliciet onderscheid gemaakt tussen de twee gevallen en werd het algemene „toepassen" vervangen door het meer specifieke „handhaven" en „invoeren", wat volgens mij indirect bevestigt dat beide gevallen reeds in artikel 100 A werden geregeld.

72. Men zou kunnen tegenwerpen dat enkel in lid 4 van artikel 95 de algemene formulering van artikel 100 A is overgenomen, terwijl lid 5 expliciet als voorwaarde stelt dat zich in de betrokken lidstaat een specifieke situatie voordoet, wat zowel de samenhang tussen artikel 100 A, lid 4, en het enkele lid 4 van artikel 95, als het ontbreken van die voorwaarde in artikel 100 A zou bevestigen. Deze tegenwerping zou echter op haar beurt gebaseerd zijn op een onbewezen en mijns inziens discutabele premisse, namelijk dat het stilzwijgen van artikel 100 A, lid 4, omtrent de voorwaarden waaronder de afwijking werd goedgekeurd, betekende dat de lidstaat volledig vrij was om de noodzaak van die afwijking zelf te beoordelen. Om de hierna uiteen te zetten redenen geloof ik echter niet dat dat stilzwijgen deze onlogische conclusie toelaat. Het lijkt mij juist dat die voorwaarden, ofschoon zij niet expliciet vermeld werden in de bepaling (die, ik herhaal het nog maar eens, minder gedetailleerd en uitgewerkt was dan haar opvolger artikel 95 EG), ook toen al uit het stelsel moesten worden afgeleid en dat een van die voorwaarden ongetwijfeld was, dat de situatie die ter rechtvaardiging van de afwijkende nationale maatregelen werd aangevoerd, specifiek moest zijn.

73. Het lijkt mij trouwens veelzeggend dat juist in de eerste zaak waarin een door de Commissie op de grondslag van artikel 100 A, lid 4 (dus nog voordat deze bepaling werd vervangen door artikel 95 EG), gegeven beschikking aan de orde was, door advocaat-generaal Tesauro, die weliswaar erkende dat deze bepaling een „tegenwicht" of een „compensatie" voor het verlaten van de eenparigheidsregel vormde, werd beklemtoond dat in elk geval „*de specifieke vereisten* [hadden] moeten worden gepreciseerd, die het nemen [in de betrokken lidstaat] van nog restrictievere maatregelen [dan in de richtlijn waren

28 — Overigens is dit standpunt ook al terug te vinden in de eerste commentaren: zie met name C. Gulmann, The Single European Act — Some Remarks from a danish Perspective, CMLR 24 (1987), blz. 31-40, inz. blz. 38.

voorzien] rechtvaardigden".[29] Ook breng ik in herinnering dat advocaat-generaal Saggio juist in verband met artikel 100 A, lid 4, heeft verwezen naar het welbekende beginsel dat elke afwijking van de beginselen van de uniforme toepassing van het gemeenschapsrecht en de eenheid van de markt eng moet worden uitgelegd. Aangezien artikel 100 A, lid 4, als zo'n afwijking moet worden beschouwd, moet het dus „eng worden uitgelegd en kan het alleen worden toegepast mits is voldaan aan strenge voorwaarden, zowel wat de rechtvaardigingsgronden als de procedure van ‚toepassing' van de vrijwaringsclausule betreft" [30].

74. Feit blijft evenwel dat waar thans artikel 95, lid 5, EG in zoverre expliciet is, dat voor het daarin geregelde geval de voorwaarden voor de toepassing van de afwijking worden geformuleerd, geconcludeerd zou moeten worden dat deze voorwaarden niet gelden in verband met het in lid 4 geregelde geval (zomin als het geval zou zijn geweest bij de overeenkomstige bepaling van artikel 100 A). Het lijdt immers geen twijfel dat de leden 4 en 5 van artikel 95 EG, doordat zij betrekking hebben op verschillende situaties, een verschillende regeling bevatten. De vraag is echter, waarin die verschillen precies bestaan en wat de consequenties daarvan zijn. Naar mijn mening kunnen die verschillen enkel betrekking hebben op het element dat de twee geregelde gevallen duidelijk van elkaar onderscheidt, namelijk het feit dat het in lid 5 gaat om de invoering, op basis van nieuwe wetenschappelijke gegevens, van afwijkende maatregelen *nadat* de communautaire maatregel is vastgesteld. In het kader van de nauwkeuriger en uitvoeriger uitzonderingsregeling van artikel 95 EG blijkt lid 5 dus op zijn beurt nog „specialer" te zijn dan het voorgaande lid (wat in zekere zin ook in lid 5 zelf wordt bevestigd, voorzover daarin wordt gezegd dat het „onverminderd lid 4" van toepassing is), zodat voor het daarin geregelde geval dus nog strengere criteria gelden dan voor het andere geval. Dit geldt zowel voor de genoemde „gewichtige eisen", aangezien enkel maatregelen mogen worden getroffen die strekken tot bescherming van het milieu of het arbeidsmilieu, als — vooral — voor de voorwaarden waaronder de bepaling mag worden toegepast. Zoals ik al zei, dient de nationale maatregel immers gebaseerd te zijn op „nieuwe wetenschappelijke gegevens" en zijn rechtvaardiging te vinden in een specifiek probleem dat zich na de vaststelling van de richtlijn in de betrokken lidstaat heeft aangediend.

75. Die laatste twee voorwaarden hangen echter nauw met elkaar samen, aangezien het ter rechtvaardiging van de latere nationale maatregel niet volstaat dat het probleem specifiek is, maar daarnaast ook nieuwe wetenschappelijke gegevens naar voren moeten zijn gekomen. Indien de

29 — Conclusie van advocaat-generaal Tesauro in de zaak Frankrijk/Commissie (C-41/93, Jurispr. blz. 1831, punt 14); cursivering van mij. Het arrest van 17 mei 1994 is te vinden in Jurispr. blz. I-1829.

30 — Conclusie van advocaat-generaal Saggio in de zaak Kortas, reeds aangehaald, punt 23.

betrokken bepaling enkel de eerste voorwaarde had bevat, had daaraan een argument kunnen worden ontleend ten gunste van de hier bekritiseerde stelling. De bepaling verlangt echter bovendien dat nieuwe gegevens aan het licht zijn gekomen en het is juist om deze reden dat in lid 5 — en niet in lid 4 — met zoveel woorden de voorwaarde van het specifieke probleem wordt gesteld. Aangezien dergelijke nieuwe gegevens namelijk betrekking zouden kunnen hebben op alle of een groot aantal landen, was het noodzakelijk om in die bepaling (en niet ook in lid 4) heel duidelijk als voorwaarde te stellen, dat zich een probleem voordoet dat specifiek is voor de verzoekende staat, wat moet blijken uit nieuwe gegevens en waardoor *in het bijzondere geval* van die staat een afwijking van de harmonisatiemaatregel gerechtvaardigd is. Mocht deze uitlegging niet overtuigen, dan zou moeten worden verklaard om welke mysterieuze reden een lidstaat zich moet beroepen op een voor hem specifiek probleem indien hij afwijkende maatregelen wil invoeren na de vaststelling van de richtlijn, maar niet indien hij reeds bestaande maatregelen wil handhaven, vooral wanneer men bedenkt dat hij, wat die laatste maatregelen betreft, zijn beweegredenen reeds kenbaar heeft kunnen maken in de fase van de voorbereiding van de richtlijn.

76. Dat de voorwaarde van het specifieke probleem ook geldt voor het in artikel 95, lid 4, geregelde geval, juist zoals eerder het geval was bij artikel 100 A, wordt volgens mij echter bovenal bevestigd door overwegingen van systematische aard. In de eerste plaats immers heeft de Commissie terecht aangevoerd dat deze bepaling, waar zij „een afwijking van de beginselen van de eenvormige toepassing van het gemeenschapsrecht en van de eenheid van de markt inhoudt", zoals alle afwijkingsbepalingen „eng [moet] worden uitgelegd om ervoor te zorgen, dat zij niet wordt uitgebreid tot andere gevallen dan de uitdrukkelijk daarin vermelde".[31] Het door Denemarken verdedigde standpunt komt nu juist neer op zo'n uitbreiding. Hoe dan ook lijkt genoemd uitleggingsbeginsel mij zeer moeilijk verenigbaar met het standpunt, dat een lidstaat met een beroep op de ontoereikendheid van het door de gemeenschapswetgever gewaarborgde beschermingsniveau en op basis van een eenzijdige beoordeling van de noodzaak van verhoging van dit niveau zou kunnen verlangen dat een afwijking van de gemeenschapswetgeving, en dus van het beginsel van de eenheid van de markt, wordt gehandhaafd of ingevoerd. Dit zou artikel 95, lid 4, namelijk maken tot een pure opting out-clausule op basis waarvan de lidstaten te allen tijde van een harmonisatierichtlijn zouden mogen afwijken, wat volledig in strijd zou zijn zowel met de beginselen en de doelstellingen van het stelsel als met de gedachte die, met het oog op de bescherming van het algemeen belang, ten grondslag ligt aan de bevoegdheidsverdeling tussen de Gemeenschap en de lidstaten.

77. Wil men deze paradoxale consequentie vermijden, dan moet worden erkend dat een verzoek om afwijking slechts kan

31 — Conclusie van advocaat-generaal Tesauro in de zaak Frankrijk/Commissie (arrest van 17 mei 1994), reeds aangehaald, punt 4, blz. I-1833.

worden ingewilligd indien nog andere redenen worden aangevoerd en andere voorwaarden zijn vervuld, terwijl de betrokken staat hoe dan ook te kampen moet hebben met een specifiek probleem, dat niet kan worden opgelost met behulp van de algemene, in de richtlijn vervatte maatregelen. Wanneer het namelijk gaat om een probleem dat zich in alle dan wel de meeste lidstaten voordoet, zou moeten worden aangenomen dat dit reeds door de richtlijn is aangepakt. Is dit niet het geval, dan zou veeleer moeten worden nagegaan of is voldaan aan de voorwaarden om de richtlijn rechtstreeks aan te vechten, aangezien deze niet alleen een algemene bescherming, maar ook een „hoog niveau" van bescherming moet verzekeren. In elk geval zou het probleem dan algemeen van aard zijn, zodat niet valt in te zien waarom het enkel zou moeten worden opgelost ten voordele van de gelukkige onderdanen van een meer scrupuleuze lidstaat, ten koste van de uniforme toepassing van de geharmoniseerde wetgeving en daarmee van de werking van de gemeenschappelijke markt. Wordt het beschermingsniveau daarentegen toereikend geacht, dan valt evenmin in te zien waarom het een lidstaat zou moeten worden toegestaan dit niveau eenzijdig op te trekken — ook al gebeurt dit met het lovenswaardige oogmerk om de eigen onderdanen nog beter te beschermen — wederom ten koste van de eenheid van de markt. Dit ligt alleen anders indien juist deze staat weet aan te tonen, dat zich bij hem een specifieke situatie voordoet die de genoemde consequenties rechtvaardigt.

78. Aan de hand van het zojuist uiteengezette standpunt laat zich ook verklaren dat — in elk geval volgens artikel 95, maar misschien ook reeds volgens artikel 100 A — zelfs om de handhaving van strengere nationale maatregelen kan worden verzocht indien de richtlijn met eenparigheid van stemmen is vastgesteld, en dat deze mogelijkheid dus niet is voorbehouden aan de staten die „in de minderheid" waren, maar ook kan worden gebruikt door een staat die met de richtlijn heeft ingestemd. Dit betekent dat een negatief oordeel over de richtlijn geen noodzakelijke voorwaarde is om ervan te mogen afwijken, aangezien het mogelijk is dat een lidstaat het door de gemeenschapswetgever gewaarborgde beschermingsniveau in het algemeen toereikend acht en daarom met de richtlijn heeft ingestemd, maar tegelijkertijd weet dat hij op het betrokken gebied met een specifiek probleem te kampen heeft en zich daarom het recht voorbehoudt om een afwijking te verlangen. Gaat men echter van de tegengestelde opvatting uit, dan zou een verzoek om afwijking van een lidstaat die met de richtlijn heeft ingestemd, moeilijk te verklaren zijn, aangezien volgens die opvatting de verzoekende staat het beschermingsniveau van de richtlijn hoe dan ook negatief moet hebben beoordeeld.

79. Het is bovendien veelzeggend dat de Deense regering niet veel argumenten heeft aangevoerd om haar standpunt te staven. Zij heeft namelijk vooral getracht de zojuist door mij uiteengezette systematische incoherenties te rechtvaardigen, waarbij zij, zoals ik al zei, met name heeft gerefereerd aan de „historische en politieke context waarbinnen de bepaling is ontstaan", en aan de daaruit voortvloeiende noodzaak om de bepaling uit te leggen „in het licht van het politieke compromis waarvan zij de uitdrukking vormt". Ik moet zeggen dat het mij — te meer waar ik daarvan rechtstreeks getuige ben geweest — geen enkele moeite

kost het bestaan te erkennen van die „context" en van het klimaat van bezorgdheid waardoor de onderhandelingen over het bij de Europese Akte ingevoegde artikel 100 A werden gekenmerkt. Ik wijs in dit verband ook op de verklaring die juist het Koninkrijk Denemarken aan het einde van die onderhandelingen heeft afgelegd en waarin duidelijk het voornemen van bepaalde lidstaten — met name van Denemarken — tot uitdrukking komt om zich de mogelijkheid voor te behouden, van de op het niveau van de Gemeenschap gemaakte keuze af te wijken. [32] Ik wil hier echter niet verder op deze verklaring ingaan, vooral omdat ook de Deense regering zelf heeft nagelaten daaraan te refereren. Ik wijs er slechts op dat deze verklaring — voorzover mij bekend — noch in het kader van het Verdrag van Maastricht noch in dat van Amsterdam is herhaald, waaruit blijkt dat zij veeleer verband hield met de spanningen waardoor de onderhandelingen over de eerder gememoreerde vernieuwingen van de stemprocedure werden gekenmerkt, en dat die spanningen plaats hebben gemaakt voor de meer evenwichtige beoordelingen waartoe de latere toepassing van deze bepaling in de praktijk aanleiding gaf.

80. Het lijkt mij daarentegen zinvoller enkele woorden te wijden aan de nadruk die de Deense regering heeft gelegd op de „context" en op het „politieke compromis" waarvan artikel 100 A, lid 4, van het Verdrag en het daarvoor in de plaats gekomen artikel 95, lid 4, EG de uitdrukking zouden vormen en die haar verzoek zouden rechtvaardigen. In dit verband herhaal ik nog maar eens dat ik mij volledig kan vinden in het door advocaat-generaal Tesauro tot uitdrukking gebrachte standpunt dat de „mogelijkheid die aan een lidstaat wordt geboden om zijn nationale regeling op een bepaald terrein te blijven toepassen ondanks de harmonisatie op gemeenschapsniveau, [...] tot doel [heeft] bepaalde bijzonder belangrijke belangen ‚beter' te beschermen, en [...] vooral een antwoord [wil] zijn op de tijdens de onderhandelingen over de Europese Akte door sommige landen geuite bezorgdheid, dat een met meerderheid van stemmen goedgekeurde harmonisatie zou kunnen leiden tot een verlaging van het beschermingsniveau dat op nationaal vlak voor deze belangen geldt". [33] Ik meen echter ook dat noch het „politieke compromis", noch de daaruit voortvloeiende noodzaak van een „betere bescherming" kan rechtvaardigen dat met de beginselen van het stelsel wordt gebroken, wat bij aanvaarding van het Deense standpunt het geval zou zijn. Dit geldt des te meer wanneer men in aanmerking neemt dat de onderzochte bepalingen reeds ruimschoots rekening houden met die vereisten, aangezien dat nu juist de reden was waarom expliciet een belangrijke uitzondering werd gemaakt op het geldende beginsel dat wanneer in een sector harmonisatiemaatregelen zijn getroffen, de lidstaten niet langer op eigen houtje maatregelen mogen treffen die hun rechtvaardiging vinden in de bescherming van de in artikel 30 EG genoemde eisen (zie boven, punt 63). In het onderhavige geval kunnen die maatregelen namelijk worden goedge-

32 — Verklaring van de Deense regering (aan de Europese Akte gehechte verklaring nr. 18) betreffende artikel 95 EG [artikel 100 A (oud) van het Verdrag]: „De Deense regering stelt vast dat in het geval dat een lidstaat van oordeel is dat harmonisatiemaatregelen aangenomen krachtens artikel 100 A geen hogere eisen inzake het arbeidsmilieu, milieubescherming of de in artikel 36 genoemde vereisten waarborgen, lid 4 van artikel 100 A zeker stelt dat de betrokken lidstaat nationale bepalingen kan toepassen. De nationale maatregelen worden getroffen teneinde aan bovengenoemde vereisten te voldoen en mogen geen verkapt protectionisme behelzen."

33 — Reeds aangehaalde conclusie, punt 4.

keurd, op voorwaarde dat aan de gestelde voorwaarden is voldaan, en dit kan volgens mij op zichzelf al als een belangrijke versterking van de verlangde waarborgen worden beschouwd. Nog verder gaan en die voorwaarden vertalen in een mogelijkheid om naar believen af te wijken, zou geen compromis zijn, maar misbruik.

81. Alvorens dit punt af te sluiten, wil ik nog iets zeggen over het discutabele standpunt dat de Commissie in deze zaak heeft ingenomen. Immers, nadat zij eerst te verstaan had gegeven dat ook zij het noodzakelijk achtte dat zich in de verzoekende staat een specifiek probleem voordeed — deze voorwaarde werd in de bestreden beschikking genoemd, en het feit dat daaraan niet was voldaan, was volgens de Commissie een van de belangrijkste redenen om de Deense maatregelen af te wijzen — heeft zij deze voorwaarde in haar memories bijna teruggebracht tot een subsidiaire voorwaarde of toch in elk geval een voorwaarde die ten opzichte van de overige voorwaarden een alternatief karakter heeft. Zij is uiteindelijk van mening dat de lidstaat die artikel 95, lid 4, EG toegepast wenst te zien, ook kan volstaan met een beroep op het bestaan van nieuwe wetenschappelijke gegevens of van gegevens waarmee in de betrokken communautaire regeling rekening had moeten worden gehouden, voorzover daarmee kan worden aangetoond dat het beschermingsniveau van die regeling ontoereikend is.

82. Ik ben dan ook van mening dat, waar het Deense standpunt ruimte laat voor willekeur van de kant van de lidstaten, de willekeur bij het standpunt van de Commissie zit in de keuze van de zojuist genoemde voorwaarden, niet alleen omdat die voorwaarden nergens in de bepaling zijn terug te vinden, maar ook omdat zij evenmin voortvloeien uit de logica van het stelsel of uit de toepassing van redelijke criteria. Welbeschouwd dragen die voorwaarden niet eens bij tot de oplossing van het onderhavige probleem, maar verschuiven zij het gewoon: zelfs wanneer het bestaan van nieuwe gegevens vaststaat, dan nog zou moeten worden aangetoond waarom die gegevens, bij gebreke van een specifiek vereiste van de lidstaat die de afwijking verlangt, in het voordeel zouden moeten werken van juist die staat, en niet in het voordeel van alle (of een aantal) andere staten. Artikel 95, lid 5, EG geeft op dit punt een ondubbelzinnig antwoord door nu juist te verlangen dat de verzoekende staat ook te kampen heeft met een specifiek probleem. Het standpunt van de Commissie geeft dit antwoord echter niet, althans niet duidelijk en ondubbelzinnig. Overigens kan ik mij echt moeilijk voorstellen dat een richtlijn waarover jaren is onderhandeld, voorbij zou hebben gezien aan elementen die dermate beslissend zijn, dat zij de betrokken afwijking rechtvaardigen. Het lijkt mij vooral onwaarschijnlijk dat deze elementen (zelfs nieuwe wetenschappelijke gegevens) vervolgens aan het licht kunnen komen in de zeer korte periode die (zoals de onderhavige zaak nu juist laat zien) ligt tussen de goedkeuring van de richtlijn en het verzoek om nationale bepalingen te mogen handhaven. Wat in het in artikel 95, lid 5, geregelde geval normaal is en dus de bijzondere redactie van deze bepaling rechtvaardigt, lijkt eerlijk gezegd in het thans aan de orde zijnde geval weinig waarschijnlijk.

83. Ik ben het daarentegen uiteraard met de Commissie eens waar zij stelt, dat de betrokken staat dient aan te tonen dat de door de gemeenschapsrichtlijn gewaar-

borgde bescherming ontoereikend is, waarbij ik echter aanteken dat deze eis nauw verband houdt met de voorwaarde van de specifieke situatie, in die zin dat de afwijking slechts kan worden toegestaan indien — net als bij artikel 95, lid 5, EG — wordt aangetoond, dat die bescherming ontoereikend is in het licht van een specifiek probleem dat zich in de betrokken staat heeft aangediend. Het bestaan van zo'n probleem is dus in zekere zin de voorwaarde waaraan moet zijn voldaan, wil de staat zich op afwijkende nationale bepalingen kunnen beroepen; de ontoereikendheid van de bescherming is de materiële voorwaarde die moet zijn vervuld om die bepalingen goedgekeurd te krijgen.

84. Gelet op al het voorgaande ben ik dan ook van mening, dat de Deense maatregelen betreffende sulfieten, nitraten en nitrieten hun rechtvaardiging zouden moeten vinden in een specifiek Deense situatie. Aangezien het bestaan van zo'n situatie is gesteld noch bewezen, moet de onderhavige grief mijns inziens van de hand worden gewezen.

b) Noodzaak en evenredigheid van de Deense maatregelen

85. Zoals ik eerder al aangaf, voert de verzoekende staat ter rechtvaardiging van zijn verzoek tot handhaving van de van de communautaire harmonisatie afwijkende nationale bepalingen aan, dat die harmonisatie ontoereikend is en dat daarom hogere beschermingsniveaus moeten worden gehandhaafd. De Commissie is het hiermee niet eens en meent bovendien dat de afwijkende nationale bepalingen in bepaalde opzichten discriminerend zijn. Bij mijn onderzoek van deze tegengestelde standpunten zal ik zo veel mogelijk trachten te vermijden om terug te komen op de hiervóór uitvoerig besproken voorwaarde dat er sprake moet zijn van een specifiek probleem.. Toch zal deze voorwaarde nog herhaaldelijk opduiken en speelt zij ook een rol bij de argumenten die partijen hebben aangevoerd met betrekking tot de hierna te behandelen vragen.

Argumenten van partijen

86. De verzoekende regering bestrijdt de conclusies waartoe de Commissie in de bestreden beschikking is gekomen. Zij houdt staande dat haar maatregelen noodzakelijk en proportioneel zijn en beroept zich daarbij in het algemeen op het voorzorgsbeginsel, dat de lidstaten het recht geeft het beschermingsniveau op te trekken teneinde risico's voor de volksgezondheid te vermijden.

87. Dit geldt in de eerste plaats gelden voor sulfieten. Denemarken ontkent niet dat zijn wetgeving restrictiever is dan de richtlijn, voorzover zij enerzijds het aantal categorieën levensmiddelen waarin sulfieten mogen worden gebruikt, beperkt, en anderzijds de toegestane hoeveelheid verlaagt.

Die beperkingen zijn echter noodzakelijk wegens de aan het gebruik van sulfieten verbonden gezondheidsrisico's en wegens de al te tolerante benadering van de richtlijn, vooral vergeleken met het overige afgeleide gemeenschapsrecht op het betrokken gebied, dat veel strenger is.

88. Het Koninkrijk Denemarken wijst met name op het risico van het optreden van ernstige allergische reacties bij vatbare personen, voor wie de onvolledige communautaire regeling op het gebied van etikettering geen soelaas biedt. Daarnaast wijst het op het gevaar van overschrijding van de ADI, die in het advies van het SCF van 25 februari 1994 is vastgesteld op 45-50 mg. Dit terwijl er onvoldoende technische noodzaak bestaat, noch voor de door de richtlijn toegestane hoeveelheid van het additief, noch voor de lijst van de producten waarin het gebruik van het additief is toegestaan. Bovendien was de met de betrokken Deense maatregelen gemaakte keuze om de blootstelling van de bevolking aan sulfieten te verminderen, noodzakelijk wegens de onmogelijkheid om invloed uit te oefenen op het gebruik van sulfieten in wijn, aangezien de desbetreffende verordening de vaststelling van nationale vrijwaringsmaatregelen niet toelaat. Er zat dus niets anders op dan het gebruik van sulfieten in andere producten te beperken.

89. Wat nitrieten en nitraten betreft, gaat de Deense regering om te beginnen in op de opmerking in de beschikking dat de Deense maatregelen noodzakelijk noch geschikt waren om de volksgezondheid te beschermen. Volgens de Commissie zijn de door de richtlijn toegestane hoeveelheden namelijk uit technologisch oogpunt noodzakelijk om de microbiologische veiligheid van vleesproducten te waarborgen, zonder dat daarbij overigens het gevaar dreigt dat de ADI voor nitrieten en nitraten wordt overschreden. Bovendien mogen volgens de Deense regeling hoe dan ook bepaalde vleesproducten buitensporig grote concentraties van de genoemde additieven bevatten, wat leidt tot de vorming van grote hoeveelheden kankerverwekkende nitrosaminen, terwijl dit volgens de Deense regering nu juist moet worden tegengegaan.

90. De verzoekende regering werpt in de eerste plaats tegen dat de bestreden beschikking een kennelijke onjuistheid bevat, voorzover daarin wordt gesteld dat de Deense maatregelen niet kunnen worden gerechtvaardigd met een beroep op de gestelde overschrijding van de ADI voor nitrieten en nitraten. De Deense regering heeft namelijk nooit beweerd dat de maatregelen daarin hun rechtvaardiging vonden; zij hielden veeleer verband met het gevaar van de omzetting van nitrieten en nitraten en nitrosaminen.

91. Volgens de Deense regering gaat de richtlijn namelijk voorbij aan de heldere aanbevelingen van het SCF, daar zij een te hoog gehalte aan nitrieten en nitraten toestaat, wat leidt tot de vorming van nitrosaminen, waarvan de kankerverwekkende en genotoxische eigenschappen bekend zijn. Het SCF zelf heeft gewezen op het verband dat bestaat tussen de

hoeveelheden toegevoegde nitrieten en nitraten en de vorming van vluchtige nitrosaminen. Het heeft daarom uitgesloten dat er een gehalte aan toegevoegde nitraten en nitrieten kan worden vastgesteld waaronder zich geen tumoren vormen, en aanbevolen om het gebruik van die additieven te beperken tot het minimum dat noodzakelijk is om de vereiste conserverende werking te verkrijgen en de microbiologische veiligheid te waarborgen. Een dergelijk resultaat kan alleen worden bereikt door de vaststelling van hoeveelheden die maximaal mogen worden toegevoegd.

92. Wat voorts de redelijkheid van die keuzen betreft, verwerpt de Deense regering het in de bestreden beschikking geformuleerde verwijt dat de Deense maatregelen niet samenhangend zijn, voorzover zij in het kader van een algemene verlaging van de toegestane hoeveelheden additieven, voor bepaalde producten andere en hogere doses toestaan. Zij beklemtoont namelijk dat de technologische noodzaak per product verschilt en dus, zoals het SCF zelf heeft aangetoond, afhankelijk is van een groot aantal parameters, waaronder de bewaartemperatuur en de samenstelling van het product. In de Deense regeling zijn de nitriet- en nitraathoeveelheden eenvoudig afgestemd op de behoeften van de verschillende producten, waarvan de verzoekende regering een analytische beschrijving tracht te geven. De Commissie heeft dus ten onrechte gesteld dat de Deense lijst samenhang ontbeert omdat voor de verschillende daarop voorkomende producten verschillende nitraatgehalten zijn vastgesteld.

93. Subsidiair stelt de Deense regering dat, waar zij reeds in haar verzoekschrift had aangetoond dat de richtlijn ontoereikend was en dat de nationale maatregelen passend waren, de Commissie de grenzen van haar beoordelingsvrijheid heeft overschreden door zich te beperken tot de constatering, zonder enig wetenschappelijk bewijs, dat de bij de Deense regeling vastgestelde maxima voor het gebruik van nitrieten en nitraten in vleesproducten in strijd zijn met de vereisten van het evenredigheidsbeginsel.

94. De Commissie brengt in algemene zin hiertegen in dat de Deense autoriteiten, zonder dat zij nieuwe gegevens hebben aangevoerd, hun verzoek om handhaving van de in geding zijnde nationale bepalingen slechts baseren op een andere uitlegging van de gegevens waarover de Raad ten tijde van de vaststelling van richtlijn 95/2 beschikte. Zoals ik echter al zei, kan een dergelijk verzoek volgens de Commissie niet worden ingewilligd, tenzij de lidstaat aantoont dat het bij de richtlijn vastgestelde beschermingsniveau kennelijk ontoereikend is, dan wel met nieuwe bewijzen komt of aantoont dat de gemeenschapswetgever met bepaalde gegevens geen rekening heeft gehouden. Dat is in casu niet gebeurd.

95. Ten gronde bestrijdt de Commissie de Deense beschuldiging als zou zij eraan voorbij zijn gegaan dat het gebruik van een additief enkel kan worden toegestaan indien daarvoor een technologische noodzaak bestaat. Zij meent namelijk dat in casu zowel voor nitrieten en nitraten als

voor sulfieten aan deze voorwaarde is voldaan en dat de gemeenschapsrichtlijn, in tegenstelling tot de Deense regeling, daarmee naar behoren rekening heeft gehouden.

96. Over de inhoud van het Deense betoog merkt de Commissie vervolgens om te beginnen op dat richtlijn 95/2, wat sulfieten betreft, in overeenstemming is met de desbetreffende adviezen van het SCF en dus absoluut toereikend is om de bescherming van de volksgezondheid te waarborgen. Met betrekking tot het probleem van de allergische reacties merkt zij meer bepaald op, dat dit reeds is aangepakt op het niveau van de Gemeenschap, namelijk met de regeling inzake de etikettering van levensmiddelen, en dat nationale maatregelen op dit gebied dus overbodig zijn. Er zijn weliswaar verbeteringen noodzakelijk, maar dit moet gebeuren via een wijziging van de etiketteringsregeling en zeker niet via een afwijking van richtlijn 95/2. Hetzelfde geldt voor het probleem van sulfieten in wijn, waarvoor eventueel ook in een andere stadium bijzondere maatregelen moeten worden getroffen. De Commissie meent hoe dan ook dat de Deense maatregelen, voorzover zij het gebruik van te geringe hoeveelheden conserveermiddelen toestaan, niet kunnen waarborgen dat sulfieten hun technologische functie vervullen.

97. Met betrekking tot nitrieten werpt de Commissie tegen, dat zij in de bestreden beschikking uitvoerig aandacht heeft besteed aan de door de Deense regering tot uitdrukking gebrachte bezorgdheid betreffende het verband tussen de hoeveelheid toegevoegde nitrieten en de vorming van nitrosaminen. Met name merkt zij nog eens op dat de gemeenschapswetgever ten tijde van de vaststelling van richtlijn 95/2 volledig op de hoogte was van de adviezen van het SCF en dat het bij deze richtlijn vastgestelde beschermingsniveau in feite overeenkomt met de conclusies van het advies van het SCF van 19 oktober 1990, die in het latere advies van 22 september 1995 grotendeels zijn bevestigd. De Commissie brengt in herinnering dat het SCF in zijn eerste advies had verklaard, dat uit de beschikbare gegevens over nitrosaminen, waarvan bekend is dat zij kankerverwekkend zijn, bleek dat „bij de hoeveelheden die ervan zijn teruggevonden in voeding, de schadelijke effecten voor de gezondheid vermoedelijk gering zijn". Toch heeft het vervolgens aanbevolen de blootstelling aan voorgevormde nitrosaminen in voeding te beperken door toepassing van gerichte technologie, zoals de verlaging van de aan levensmiddelen toegevoegde doses nitriet en nitraat tot het voor de noodzakelijke conserverende werking en de microbiologische veiligheid vereiste minimum. Waar het SCF echter noch voor de toegevoegde hoeveelheden noch voor de restgehalten een specifiek maximum heeft aangegeven, concludeert de Commissie dat de gemeenschapswetgever moet aangeven met welke instrumenten de aanbevolen resultaten moeten worden bereikt, alsook het vereiste minimumniveau moet vaststellen, dat „zo laag mogelijk" dient te zijn. De bewering van de Deense regering dat richtlijn 95/2 niet in overeenstemming is met het advies van het SCF en dus niet toereikend is, is volgens de Commissie dan ook kennelijk ongefundeerd.

98. De Commissie meent juist dat de Deense maatregelen ontoereikend zijn, aan-

gezien de daarin voorziene maximumdoses de microbiologische veiligheid niet kunnen waarborgen, tenzij aan bijzonder strenge hygiënische voorwaarden is voldaan. Dit laatste is echter, althans bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht, niet gegarandeerd, aangezien een algemene en volledige regeling op het gebied van geschikte preventietechnieken, zoals de „risicoanalyses en kritische controlepunten" (HACCP), tot dusver ontbreekt.

Beoordeling

99. Eerst een paar algemene opmerkingen. Zoals de Commissie heeft verklaard, moet bij de beoordeling van de noodzaak en de evenredigheid van de afwijkende nationale maatregelen worden uitgegaan van de in de geharmoniseerde regeling bepaalde standaard. Bij die beoordeling moet dus, zoals advocaat-generaal Tesauro in meergenoemde conclusie in de zaak Frankrijk/Commissie heeft opgemerkt, rekening worden gehouden met het feit dat „[b]ij het aan de gemeenschapsinstellingen opgedragen toezicht krachtens artikel 100 A, lid 4, [...] strengere criteria moeten worden gehanteerd dan in verband met artikel 36, omdat het niet mogelijk is geen rekening te houden met de al door de geharmoniseerde regeling vastgestelde beschermingsniveaus" (punt 6).

100. Verder wijs ik erop dat het Koninkrijk Denemarken het voorzorgsbeginsel heeft genoemd als parameter voor de beoordeling van de noodzaak en evenredigheid van de in geding zijnde nationale maatregelen door de Commissie. Het staat buiten kijf dat op basis van dit beginsel beschermende maatregelen mogen worden genomen die zijn ingegeven door eventuele risico's voor de gezondheid. Dergelijke maatregelen moeten echter in beginsel door de gemeenschapsinstellingen worden genomen en niet eenzijdig door de lidstaten, zeker niet wanneer het een terrein betreft waarop de wetgevingen van de lidstaten reeds zijn geharmoniseerd. Hooguit zouden de lidstaten aan genoemd beginsel de bevoegdheid kunnen ontlenen om dergelijke maatregelen te nemen in de gevallen waarin dit, zoals in casu, door het Verdrag is toegestaan, maar dan (en uitsluitend) binnen de door het Verdrag bepaalde grenzen. Voor het onderhavige geval betekent dit, dat wanneer de vrijwaringsclausule van artikel 4 van richtlijn 89/107 niet van toepassing is, afwijkende nationale bepalingen slechts kunnen worden gehandhaafd indien aan de voorwaarden van artikel 95, lid 4, EG is voldaan. Is dit niet het geval, dan vervalt ipso facto de mogelijkheid om de beschikking van de Commissie in het kader van die bepaling wegens schending van het voorzorgsbeginsel aan te vechten, zij het dat uiteraard de mogelijkheid van een zelfstandig beroep tot nietigverklaring blijft bestaan, voorzover aan de voorwaarden daarvoor is voldaan.

101. Tot slot merk ik op dat, in tegenstelling tot de verrassende stelling van de Deense regering, die ingaat tegen de algemene beginselen terzake, niet op de Com-

missie, maar — zoals advocaat-generaal Tesauro in zijn meergenoemde conclusie heeft beklemtoond — op de lidstaat „het bewijs [rust], dat deze [afwijkende] bepalingen [...] noodzakelijk en evenredig zijn" (punt 7) gelet op de in artikel 95, lid 4, EG genoemde doelstellingen. Overigens laat ook de tekst van artikel 95, lid 4, EG, waarin wordt gesproken van „nationale bepalingen die hun rechtvaardiging vinden in gewichtige eisen", op dit punt geen ruimte voor twijfel, aangezien duidelijk is dat de staat die de noodzaak van de afwijking stelt, de nationale maatregelen dient te „rechtvaardigen".

102. Wat nu de eigenlijke vraag betreft, lijkt het mij niet nodig verder in te gaan op het debat over sulfieten, aangezien ik mij helemaal kan vinden in — en dus volsta met te verwijzen naar — hetgeen de Commissie hierover heeft opgemerkt, waaruit blijkt dat Denemarken de noodzaak en evenredigheid van de in geding zijnde nationale maatregelen niet heeft aangetoond.

103. Een heel andere mening ben ik echter toegedaan waar het nitrieten en nitraten betreft, aangezien ik geloof dat op dit punt het Deense standpunt bijval verdient.

104. In de eerste plaats heeft de Commissie volgens mij namelijk niet op overtuigende wijze aangetoond dat de geharmoniseerde maatregelen geschikter zijn dan de Deense, noch dat de betrokken nationale maatregelen geen geschikt middel zijn ter verwezenlijking van het doel dat ermee zou worden beoogd, te weten een betere bescherming van de gezondheid van de consument. Bovenal moet volgens mij echter worden erkend dat, waar de Deense maatregelen in de lijn van de aanbevelingen van het SCF liggen, richtlijn 95/2 in het advies van het SCF van 1995 openlijk lijkt te worden bekritiseerd. In dat advies heeft het SCF namelijk niet, zoals de Commissie in de bestreden beschikking ten onrechte stelt, zijn conclusies uit 1990 zonder meer overgenomen. Het heeft integendeel duidelijk vraagtekens geplaatst bij de door de richtlijn toegestane hoeveelheden additieven, die zijns inziens niet noodzakelijk en onevenredig waren. [34] Deze kritiek is in de kennisgeving van de Deense regering herhaald en door de Commissie — mijns inziens ten onrechte — met zeer discutabele argumenten van de hand gewezen.

105. Ik meen dan ook te kunnen concluderen dat de Deense regering van de nationale maatregelen betreffende nitrieten en nitraten — maar niet van die betreffende sulfieten — zowel de noodzaak als de evenredigheid en redelijkheid heeft aangetoond. In zoverre moet de Deense grief dus als gegrond worden beschouwd.

34 — Weliswaar komt het SCF net als vijf jaar eerder met de aanbeveling, dat „de blootstelling aan voorgevormde nitrosaminen in voeding moet worden beperkt [...] tot het voor de noodzakelijke conserverende werking en de microbiologische veiligheid vereiste minimum", maar het merkt ook op „dat het bij richtlijn 95/2/EG toegestane restgehalte aan nitrieten (tabel I) aanzienlijk hoger ligt dan de maxima voor toevoeging van nitrieten en nitraten die volgens de door het [SCF] voor het vorige rapport verzamelde informatie op technische gronden kunnen worden gerechtvaardigd" (advies van 1995, blz. 3, 22 e.v.).

c) Het discriminerende karakter van de Deense maatregelen

106. Het Koninkrijk Denemarken bestrijdt voorts de opmerkingen van de Commissie over het discriminerende karakter van de Deense maatregelen, te beginnen met die betreffende sulfieten. In de punten 26 en 27 van de bestreden beschikking had de Commissie namelijk aangevoerd dat de lijst van producten waarin volgens die maatregelen sulfieten mochten worden gebruikt, op willekeurige wijze was beperkt, aangezien van de 61 in de richtlijn genoemde categorieën levensmiddelen slechts 16 in die lijst waren opgenomen, waarbij het steeds ging om producten die, ofschoon zij niet typisch Deens waren, toch reeds op de Deense markt aanwezig waren. Bovendien zou de keuze om het gebruik van sulfieten in de andere 45 categorieën te verbieden, op geen enkele wijze zijn gemotiveerd.

107. De Deense regering bestrijdt echter dat de keuze voor de 16 in de lijst opgenomen categorieën op willekeur berustte: zij geeft voor elk van die categorieën — ook in antwoord op een specifieke vraag van het Hof — aan, waarom voor het gebruik van sulfieten een technische noodzaak bestond.

108. De uitsluiting van de overige 45 categorieën was volgens de Deense regering de consequentie van de bij artikel 95 EG opgelegde beperkingen. De nationale wettelijke regeling had namelijk moeten worden gewijzigd indien men een andere keuze van levensmiddelen had willen maken. Artikel 95 EG staat echter uitsluitend de handhaving van de bestaande wetgeving toe. Aangezien de Deense regering het enerzijds noodzakelijk achtte de blootstelling van de bevolking aan sulfieten te beperken, maar anderzijds niet de mogelijkheid had de bestaande wetgeving te wijzigen door daarin de in de richtlijn genoemde producten op te nemen, zat er voor haar niets anders op dan voor het minste kwaad te kiezen en de reeds in de Deense wetgeving voorkomende categorieën te handhaven.

109. Ook wat nitrieten en nitraten betreft, bestrijdt het Koninkrijk Denemarken dat het discriminerende keuzen heeft gemaakt door aan de ene kant voor de grote meerderheid van de producten de toegestane doses conserveermiddelen aanzienlijk te verminderen, maar tegelijkertijd in bepaalde gevallen het gebruik toe te staan van hogere doses, vergelijkbaar met die welke in het algemeen in de richtlijn worden genoemd. Dit zou uitsluitend het geval zijn voor enkele typisch Deense producten, zoals Wiltshire-bacon en een bepaalde worst van opgerold vlees (rullepølse). Volgens de Deense regering hield de door haar gekozen oplossing namelijk rekening met de bijzondere productiemethoden en -voorwaarden van deze typische producten, waaraan een grotere hoeveelheid conserveermiddel moet worden toegevoegd om de microbiologische veiligheid ervan te kunnen garanderen.

110. Naar mijn mening heeft de Commissie gelijk waar zij stelt, dat de Deense maat-

regelen een discriminerend karakter hebben, zowel waar het sulfieten als waar het nitrieten en nitraten betreft.

111. Wat sulfieten betreft, meen ik dat het Koninkrijk Denemarken bij zijn verdediging uitgaat van een verkeerde uitlegging van het bij artikel 95, lid 4, EG ingestelde mechanisme. Het feit dat deze bepaling uitsluitend de handhaving van de geldende wettelijke regeling toestaat, heeft uiteraard niet als consequentie dat een lidstaat deze regeling bij de omzetting van de harmonisatierichtlijn in nationaal recht niet gedeeltelijk mag wijzigen en haar voor het overige mag handhaven. Integendeel: door te bepalen dat de „handhaving" van de geldende nationale bepalingen, al was het maar voor een deel, kan worden toegestaan, veronderstelt artikel 95 juist dat deze kunnen bestaan naast de richtlijnconforme bepalingen en de desbetreffende uitvoeringsbepalingen.

112. In het onderhavige geval had Denemarken de lijst van de betrokken producten dus heel wel kunnen aanpassen, zodat het zich thans niet op artikel 95 EG kan beroepen ter rechtvaardiging van het feit dat op die lijst uitsluitend typisch Deense producten voorkomen dan wel producten die doorgaans in Denemarken worden geproduceerd of verhandeld.

113. Wat nitrieten en nitraten betreft, deel ik het door de Commissie aangevoerde bezwaar dat niet alleen in Denemarken, maar ook in andere lidstaten traditionele producten bestaan die wegens hun eigenschappen of productiemethoden grotere doses conserveermiddel vereisen. Men moet zich dan ook afvragen waarom die rechtvaardigingen voor sommige producten zouden opgaan en voor andere niet. Wanneer immers de productievoorwaarden en -methoden de vaststelling van hogere maximumgehalten noodzakelijk maken, moet dit niet alleen gelden voor Deense producten, maar ook voor de traditionele producten uit andere Europese regio's, waarin vergelijkbare hoeveelheden conserveermiddel voorkomen en waarvoor een vergelijkbare technische noodzaak bestaat.

114. Gelet op bovenstaande overwegingen kan naar mijn mening dus worden geconcludeerd, dat zowel de Deense bepalingen betreffende sulfieten als die betreffende nitrieten en nitraten discriminerend zijn en leiden tot een verkapte beperking van de handel tussen lidstaten.

d) Onjuiste verwijzing naar de artikelen 4 en 7 van richtlijn 95/2

115. Met argumenten die — eerlijk gezegd — niet erg duidelijk zijn, verwijt het Koninkrijk Denemarken de Commissie

voorts dat zij in de punten 28 en 43 van haar beschikking een onjuiste betekenis heeft toegekend aan artikel 4 van richtlijn 89/107 en aan artikel 7 van richtlijn 95/2 [35], die het mogelijk maken de relevante communautaire bepalingen te herzien en de positieve lijst te wijzigen. Volgens de Deense regering heeft de Commissie haar negatieve besluit ten onrechte gebaseerd op het bestaan van een vrijwaringsclausule en van een speciaal voor de wijziging van de geharmoniseerde wetgeving bedoelde procedure, aangezien dit geen elementen zijn die relevant zijn voor de overeenkomstig artikel 95, lid 4, EG door de Commissie te verrichten beoordeling. Bovendien, zo vervolgt de Deense regering, is de vrijwaringsclausule helemaal niet van toepassing op het Deense geval: waar de toepassing van deze clausule immers het bestaan van nieuwe elementen of van nieuwe wetenschappelijke gegevens onderstelt, liggen aan het Deense verzoek ex artikel 95, lid 4, EG de reeds bestaande rapporten van het SCF ten grondslag.

116. Zoals de Commissie evenwel opmerkt, lijkt het door Denemarken aangevoerde argument slechts een voorwendsel te zijn, aangezien de betwiste onderdelen van de motivering kennelijk irrelevant zijn voor de opbouw van de beschikking. De Commissie heeft het Deense verzoek immers niet met een beroep op de vrijwaringsclausule afgewezen: na te hebben vastgesteld dat niet aan de voorwaarden van artikel 95, lid 4, EG was voldaan, heeft zij slechts in herinnering gebracht dat er verschillende gevallen zijn waarin richtlijn 95/2 kan worden herzien, waaronder die bedoeld in artikel 4 van richtlijn 89/107, dat kan leiden tot een wijziging van de positieve lijst, en in artikel 7 van richtlijn 95/2, dat de lidstaten en de Commissie verplicht de ontwikkeling van het gebruik van de additieven te volgen teneinde de Commissie in de gelegenheid te stellen, eventueel de nodige wijzigingen voor te stellen.

117. Ook deze grief faalt derhalve.

e) Verkeerde beoordeling van de feiten waar het sulfieten betreft

118. Het Koninkrijk Denemarken stelt verder dat aan de beschikking van de Commissie, waarin ervan wordt uitgegaan dat de toepassing van richtlijn 95/2 geen gevaar voor de gezondheid oplevert, een onvolledige en onjuiste beoordeling van de feiten ten grondslag ligt. Uit punt 23 van de bestreden beschikking volgt namelijk dat richtlijn 95/2 gebaseerd is op het advies van het SCF van 25 februari 1994, waarin een ADI voor sulfieten wordt vastgesteld. In werkelijkheid dateert het gemeenschappelijke standpunt van de Raad inzake die richtlijn van 16 december 1993, zodat de richtlijn gebaseerd is op het op sulfieten betrekking hebbende advies van 1981, waarin geen ADI wordt genoemd. Volgens

35 — Volgens deze bepaling worden systemen voor het registreren van het gebruik en het verbruik van levensmiddelenadditieven ingericht en kan de Commissie, op basis van de resultaten van de controles en van de gegevens betreffende de wijzigingen die zich hebben voorgedaan op de markt voor levensmiddelenadditieven, de gebruiksvoorwaarden van die stoffen herzien en eventueel de nodige wijzigingen voorstellen.

de Commissie daarentegen wordt in punt 23 van de bestreden beschikking helemaal niet gezegd dat richtlijn 95/2 gebaseerd is op het advies van 1994, maar wordt dat advies slechts bij wijze van voorbeeld aangehaald.

119. Deze opvatting van de Commissie wordt volgens mij bevestigd door de tekst van de beschikking. Maar zelfs indien dit niet zo was, zie ik niet in hoe uit deze eventuele onjuistheid, gezien het volstrekt marginale karakter ervan, de onwettigheid van de beschikking zou kunnen worden afgeleid, te meer waar de basisrichtlijn de inaanmerkingneming van de ADI niet als voorwaarde stelt [36] en de ADI-waarde louter een voorzorgsmaatregel [37] is, zodat de eventuele overschrijding ervan geen enkel reëel risico oplevert.

f) Verzuim om overeenkomstig artikel 95, lid 6, EG te beslissen

120. Tot slot komt de Deense regering met het — op zijn zachtst gezegd verrassende — verwijt, dat de stellingname van de Commissie ten aanzien van artikel 95, lid 6, EG ontoereikend is. Door niet expliciet in te gaan op de vraag of de Deense maatregelen een middel tot willekeurige discriminatie, een verkapte beperking van de handel tussen lidstaten of een hinderpaal voor de werking van de interne markt vormen, zou de Commissie een krachtens het Verdrag op haar rustende verplichting hebben verzaakt. Volgens artikel 95, lid 6, EG had zij zich namelijk ook over deze specifieke punten moeten uitspreken en haar beslissing niet uitsluitend mogen baseren op het feit dat de maatregelen niet gerechtvaardigd werden door de bescherming van de volksgezondheid.

121. Bij bestudering van de beschikking blijkt echter dat de Commissie het discriminatieaspect wel degelijk in aanmerking heeft genomen. Daarbij komt dat nationale maatregelen die afwijken van een op basis van artikel 95, lid 1, vastgestelde harmonisatierichtlijn, enkel kunnen worden goedgekeurd indien zowel aan de positieve voorwaarden van lid 4 als aan de negatieve voorwaarden van lid 6 van artikel 95 EG is voldaan. Het is dus logisch dat de Commissie, wanneer zij vaststelt dat aan die positieve voorwaarden niet is voldaan, het verzoek kan afwijzen zonder die negatieve voorwaarden nog behoeven te onderzoeken.

122. Dit is precies wat in het onderhavige geval is gebeurd, zodat het mij evident lijkt dat de grief ongegrond is.

36 — Zo moet volgens bijlage II bij richtlijn 89/107 bij de beoordeling van de schadelijke effecten *„eveneens rekening worden gehouden met bij voorbeeld de cumulatieve [...] effecten"*. Het gaat hier dus om een richtsnoer en niet om een gebod. Cursivering van mij.

37 — Volgens punt 24 van de beschikking, dat in casu op dit punt niet is aangevochten, wordt de ADI „bepaald met een veiligheidsfactor van meestal 100 en maximaal 500".

C — *De grief betreffende de motivering van de beschikking*

123. De Deense regering stelt tot slot dat de Commissie bij de beoordeling van het Deense verzoek niet had mogen volstaan met na te gaan, of aan de voorwaarden van lid 6, eerste alinea, van artikel 95 EG was voldaan (zo zij dit al heeft gedaan), maar dit in de beschikking uitdrukkelijk tot uiting had moeten brengen. Aangezien de bestreden beschikking echter op dit punt volledig zwijgt, is zij volgens de Deense regering wegens ontoereikende motivering in strijd met wezenlijke vormvoorschriften.

124. De Commissie antwoordt dat de bestreden beschikking ruimschoots voldoet aan de motiveringsverplichting van artikel 235 EG, zoals uitgelegd door het Hof, daar zij in de punten 20 tot en met 34 (voor sulfieten) en in de punten 37 en 38, alsook 41 tot en met 44 (voor nitrieten en nitraten), een uitvoerige uiteenzetting heeft gegeven van de gegevens, feitelijk en rechtens, die eraan ten grondslag liggen.

125. Deze grief lijkt mij hoe dan ook ongefundeerd, aangezien uit de door de Commissie genoemde punten van de beschikking — zoals wij hiervóór hebben gezien [38] — duidelijk blijkt, om welke redenen de Commissie het Deense verzoek heeft afgewezen.

126. Ook dit middel faalt dus.

Slotopmerkingen

127. Samenvattend kan naar mijn mening dan ook worden geconcludeerd dat de Commissie tal van redenen had om te menen, dat niet was voldaan aan de voorwaarden om de door de Deense regering verlangde afwijking te kunnen goedkeuren. Ook al is de redenering die in de bestreden beschikking wordt gevolgd om deze conclusie te onderbouwen, verre van strak en op sommige punten zelfs zonder meer vatbaar voor kritiek, toch ben ik van mening dat de passages die er werkelijk toe doen, correct zijn en niet met de door het Koninkrijk Denemarken aangevoerde grieven kunnen worden aangevochten. Volgens mij moet het beroep dan ook in zijn geheel worden verworpen.

38 — Zie boven, punten 63, 85, 96, 106 en 109.

Kosten

128. Volgens artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, indien dit is gevorderd. Aangezien de Commissie in die zin heeft geconcludeerd en het Koninkrijk Denemarken in het ongelijk is gesteld, dient dit land in de kosten te worden verwezen.

129. Artikel 69, lid 4, van het Reglement voor de procesvoering bepaalt dat de bij de EER-overeenkomst aangesloten staten die in het geding zijn tussengekomen, hun eigen kosten dragen. De Republiek IJsland en het Koninkrijk Noorwegen zullen dus hun eigen kosten dragen.

IV — Conclusie

Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging, te beslissen als volgt:

„1) Het beroep wordt verworpen.

2) Het Koninkrijk Denemarken wordt in de kosten verwezen.

3) De Republiek IJsland en het Koninkrijk Noorwegen zullen hun eigen kosten dragen."