

Vergaderjaar 2008–2009

31 409

Zeevaartbeleid

Nr. 12

EXTERN JURIDISCH ADVIES

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Amsterdam, 12 mei 2009

1 Inleiding

Op 18 maart 2009 heeft de Vaste Kamercommissie voor Verkeer en Waterstaat («**V&W**») een brief ontvangen van de Vereniging voor Beroeps- en Chartervaart (de «**BBZ**») waarin aandacht werd gevraagd voor het feit dat Duitsland en Denemarken de Nederlandse veiligheidscertificaten voor zeezeilschepen niet erkennen.¹ Op 15 april jl. heeft de staatssecretaris van V&W de Tweede Kamer inzicht gegeven in het standpunt van de Nederlandse regering inzake de certificering van zeezeilschepen en in de opstelling van Duitsland en Denemarken ten aanzien hiervan.²

Naar aanleiding van de hierboven beschreven brieven heeft de Tweede Kamer de wens geuit om meer inzicht te verkrijgen in de juridische aspecten van de certificering van zeezeilschepen zodat zij op basis van dit inzicht een te volgen koers kan bepalen. De Tweede Kamer heeft hiertoe de volgende vraagstelling aan ons voorgelegd:

- (i) in kaart brengen wat, vanuit juridisch oogpunt, de problematiek is inzake de certificering van zeegaande traditionele zeilschepen;
- (ii) in kaart brengen welke juridische argumenten in deze door betrokkenen naar voren zijn gebracht,³ waarbij vooral nader ingegaan wordt op de Europeesrechtelijke aspecten en in het bijzonder de standpunten die door Duitsland en Denemarken worden ingenomen. In dit verband wordt ook gekeken in hoeverre er hierbij sprake is van strijdigheid met mededingingsregels;
- (iii) een toets uitvoeren op de juridische validiteit van de gehanteerde argumenten; en
- (iv) uiteenzetten welke (juridische) handelingsopties de regering en de Tweede Kamer thans in dit dossier hebben.

Deze notitie bevat een juridische analyse van de problematiek rond de certificering van zeezeilschepen. Eerst wordt de term «zeezeilschepen» toegelicht. Daarna valt de notitie uiteen in twee delen. In het eerste deel behandelen wij het toepassingsbereik van internationale en Europese

¹ Brief van de BBZ van 18 maart 2009 aan de Vaste Kamercommissie voor Verkeer en Waterstaat inzake SOLAS certificering voor zeilschepen in strijd met EU wetgeving, inclusief bijlage.

² Brief van 15 april 2009 van de staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat aan de Tweede Kamer inzake certificering zeegaande traditionele zeilschepen, met bijlagen, kenmerk VenW/DGLM-2009/1283, tevens gepubliceerd als kamerstuk met kenmerk Tweede Kamer, vergaderjaar 2008–2009, 31 409, nr. 10.

³ Blijkens de vraagstelling kan hierbij worden uitgegaan van de brief van 15 april 2009 van de staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat aan de Tweede Kamer en de bijlagen bij deze brief. Zie voetnoot 2.

veiligheidsnormen ten aanzien van passagiersschepen. In dat kader gaan wij mede in op de opvattingen van de Nederlandse regering enerzijds en Duitsland en Denemarken anderzijds. Wij lichten toe waarom zeezeilschepen niet onder deze eisen vallen. In het tweede deel maken wij vervolgens, uitgaande van de vaststelling dat zeezeilschepen niet onder het toepassingsbereik van internationale en Europese veiligheidseisen voor passagiersschepen vallen, een analyse van de certificeringsproblematiek in het licht van de basisregels van het EG-Verdrag inzake het vrij verkeer van diensten. Tot slot identificeren wij, op basis van de conclusies die uit deze notitie volgen, handelingsmogelijkheden voor de Nederlandse regering en de Tweede Kamer.

Voor het leesgemak geven wij hierna eerst onze conclusies en de te overwegen handelingsmogelijkheden weer. Daarna volgt de analyse die hieraan ten grondslag ligt.

2 Conclusie

Indien zeezeilschepen onder het toepassingsbereik van het SOLAS Verdrag en/of Richtlijn 98/18 vallen, dienen alle zeezeilschepen, ook de Nederlandse, te voldoen aan de veiligheidsvoorschriften die deze instrumenten stellen. In dat geval zou de opvatting van Duitsland en Denemarken dat Nederlandse zeezeilschepen aan deze veiligheidsvoorschriften moeten voldoen, terecht zijn. Hierbij zij wel opgemerkt dat ook Duitse en Deense zeezeilschepen in dat geval aan de vereisten van het SOLAS Verdrag of Richtlijn 98/18 zouden moeten voldoen.

Zoals volgt uit onze analyse in Deel I van deze notitie, vallen zeezeilschepen naar alle waarschijnlijkheid **niet** onder het toepassingsbereik van het SOLAS Verdrag of Richtlijn 98/18 op de grond dat deze schepen op niet-mechanische wijze worden voortbewogen. Dit brengt met zich dat het stellen van veiligheidsvoorschriften voor zeezeilschepen in principe een nationale aangelegenheid is. In beginsel staat het EG-Verdrag er namelijk niet aan in de weg dat lidstaten, bij gebreke van harmonisatiemaatregelen voor de betrokken categorie schepen, nationale regels mogen stellen op het punt van de veiligheid. Dergelijke nationale voorschriften mogen echter niet strijdig zijn met Europees recht, zoals bijvoorbeeld de basisregels van het EG-Verdrag inzake het vrij verkeer van diensten.

In Deel II van deze notitie beoordelen wij derhalve of de door de Duitse en Deense overheid opgestelde veiligheidsvoorschriften in lijn zijn met de basisregels van het EG-Verdrag inzake het vrij verkeer van diensten. In het kader van het vrij verkeer van diensten zal dergelijke nationale regelgeving die het vrij verkeer kan belemmeren, niet discriminerend mogen zijn en gerechtvaardigd moeten zijn op grond van dwingende eisen van algemeen belang. Voorts zal dergelijke nationale regelgeving, met inachtneming van de regelgeving van de vlaggenstaat die datzelfde belang beoogt te beschermen, proportioneel moeten zijn.

Ondanks het feit dat zeezeilschepen naar alle waarschijnlijkheid buiten het toepassingsbereik van het SOLAS Verdrag en Richtlijn 98/18 vallen, eisen Duitsland en Denemarken dat Nederlandse zeezeilschepen toch voldoen aan de veiligheidsvoorschriften zoals die zijn opgenomen in het SOLAS Verdrag of Richtlijn 98/18. Aan zeezeilschepen die onder hun eigen nationale vlag varen, stellen zij andere, minder vergaande veiligheidsvoorschriften. De BBZ is van mening dat Nederlandse zeezeilschepen enerzijds en Duitse en Deense zeezeilschepen anderzijds, hetzelfde soort schepen zijn, die grotendeels op dezelfde markt actief zijn en alle met betalende passagiers varen. Indien deze feitelijke vaststelling juist blijkt, dan is de eis van Duitsland en Denemarken dat Nederlandse zeezeilschepen dienen te

voldoen aan de veiligheidsvoorschriften die het SOLAS Verdrag of Richtlijn 98/18 voorschrijven, terwijl onder hun eigen nationale vlag varende zeezeilschepen hieraan niet hoeven te voldoen, een discriminatoire maatregel die niet gerechtvaardigd kan worden. Door deze eis te stellen, zouden Duitsland en Denemarken dan ook handelen in strijd met het vrij verkeer van diensten.

Indien Duitsland en Denemarken de veiligheidseisen van het SOLAS Verdrag of Richtlijn 98/18 van toepassing zouden verklaren op zowel Nederlandse zeezeilschepen als hun eigen nationale schepen, zou sprake zijn van nationale regelgeving die niet discriminerend is. Om binnen de grenzen van het vrij verkeer van diensten te vallen, moet deze regelgeving noodzakelijk en proportioneel zijn. Het door Duitsland en Denemarken in nationale regelgeving alsnog van toepassing verklaren van de veiligheidseisen uit het SOLAS Verdrag of Richtlijn 98/18 (hoewel deze instrumenten als zodanig waarschijnlijk niet van toepassing zijn op zeezeilschepen), is naar alle waarschijnlijkheid niet proportioneel.

Indien Duitsland en Denemarken zouden eisen dat Nederlandse zeezeilschepen dienen te voldoen aan de Duitse respectievelijk Deense veiligheidsvoorschriften voor onder hun vlag varende zeezeilschepen, zou eveneens beoordeeld moeten worden of deze eis niet in strijd is met het vrij verkeer van diensten. In ieder geval dienen Duitsland en Denemarken bij het toepassen van hun nationale veiligheidsvoorschriften op Nederlandse zeezeilschepen rekening te houden met de veiligheidsvoorschriften waaraan deze schepen op grond van Nederlands recht moeten voldoen.

Het bovenstaande strookt met de opvatting van de Europese Commissie ten aanzien van de aanhouding van het Nederlandse zeezeilschip *Catherina* dat aanhouding als zodanig niet per se in strijd met de beginselen van het EG-Verdrag hoeft te zijn. Van strijdigheid is wel sprake als deze aanhouding is gebaseerd op nationale voorschriften die onderscheid maken tussen nationale en buitenlandse schepen, tussen binnenlands vervoer en intracommunautair vervoer (en daarmee een ongerechtvaardigd voordeel voor nationale schepen opleveren), of die niet noodzakelijk en proportioneel zijn ter verzekering van specifieke veiligheidsdoelen.

Het is aan de nationale rechter, na eventueel prejudiciële vragen te hebben gesteld aan het Hof van Justitie van de EG over de reikwijdte van de Verdragsbeginselen in een situatie als de onderhavige, om vast te stellen of de aanhouding van de *Catherina* in strijd is met het vrij verkeer van diensten.

3 Handelingsmogelijkheden

Ondanks veelvuldig overleg tussen Nederland en Duitsland en Denemarken, zijn beide laatste landen niet gevoelig gebleken voor de argumentatie van de Nederlandse regering zoals die door de staatssecretaris van V&W is uiteengezet in haar brief met bijlagen van 15 april jl. Het resultaat is nu een voor veel scheepseigenaren onwenselijke situatie waarin zeezeilschepen zeer moeilijk of überhaupt niet aan de certificeringseisen voor vaart op Duitse of Deense haven zullen kunnen voldoen. Ook pogingen tot het initiëren van geharmoniseerde regelgeving op dit punt zijn vooralsnog niet succesvol gebleken. De Europese Commissie (de «**Commissie**») heeft aangegeven dat het huidige kader voldoende duidelijk is en dat zij, gezien haar beperkte capaciteit, geen aanleiding ziet dergelijke regelgeving te ontwerpen en voor te stellen.⁴ De staatssecretaris van V&W benadrukt evenwel in haar brief van 15 april jl. dat contacten zijn gelegd met de Commissie om het opstellen van dergelijke regelgeving nader op haalbaarheid te onderzoeken. De staatssecretaris van

⁴ Answer given by Mr Tajani on behalf of the Commission on 1 October 2008 in response to the written question by Corien Wortmann-Kool (PPE-DE) to the Commission of 2 September 2008, Parliamentary questions P-4724/2008.

V&W heeft in haar brief van 19 maart 2009 voorts als aanvullende optie voorgesteld de problematiek te agenderen in het Committee on Safe Seas.⁵ Het is vooralsnog niet waarschijnlijk dat op Europees niveau regelgeving voor de categorie zeezeilschepen opgesteld zal worden. Zelfs indien de Commissie in de toekomst wel regelgeving op Europees niveau zou willen initiëren, dan laat dergelijke regelgeving minimaal nog enkele jaren op zich wachten.

Zolang van Europese (communautaire) regelgeving voor zeezeilschepen geen sprake is, zal alleen door middel van een rechterlijk oordeel uitsluitend verkregen kunnen worden over deze kwestie. Het Hof van Justitie van de EG kan een oordeel vellen over de vraag of zeezeilschepen onder het toepassingsbereik van Richtlijn 98/18 vallen en over de uitleg van de beginselen van het vrij verkeer van diensten. Opgemerkt zij in dit verband dat het Hof van Justitie van de EG *geen* oordeel zal kunnen geven over de uitleg van het SOLAS Verdrag als zodanig omdat dit geen communautaire regelgeving is. Een nationale rechter zal veelal, met inachtneming van de uitleg van het Hof van Justitie, een oordeel dienen te vellen over concrete problemen inzake de certificering van zeezeilschepen, zoals de aanhouding van een zeezeilschip in een Deense of Duitse haven.

Op verschillende manieren kan getracht worden een rechterlijk oordeel te verkrijgen. Hieronder worden vier mogelijkheden geschetst. Deze vier handelingsmogelijkheden vereisen actie van de Nederlandse regering of van particulieren. De Tweede Kamer zou er bij de staatssecretaris van V&W op aan kunnen dringen voor een bepaalde handelingsmogelijkheid te kiezen en daartoe concreet actie te ondernemen. Voorts geldt dat de beschreven mogelijkheden de nodige tijd vergen zodat het niet waarschijnlijk is dat via een van de beschreven handelingsmogelijkheden vóór het aankomende vaarseizoen een oplossing gevonden kan worden. Dit is alleen anders indien Duitsland en/of Denemarken zich hangende een procedure bereid zouden tonen in afwachting van de uitkomst tijdelijke maatregelen te treffen.

Handelingsmogelijkheid 1

Op basis van artikel 211 van het EG-Verdrag heeft de Commissie de taak toe te zien op de naleving van het communautaire recht door de lidstaten. In dat kader is de Commissie bevoegd om tegen lidstaten een procedure voor het Hof van Justitie van de EG in te leiden wegens schending van het communautaire recht. Deze procedure wordt een inbreukprocedure genoemd. De Commissie kan een inbreukprocedure starten naar aanleiding van een klacht van een particulier of een lidstaat of indien zij zelf daartoe aanleiding ziet. Inbreukprocedures door de Commissie komen met grote regelmaat voor.

Voordat de Commissie een inbreukprocedure start, wint zij in de regel eerst inlichtingen in bij de betrokken lidstaat. Indien de Commissie van oordeel is dat er sprake is van een inbreuk op het communautaire recht, stuurt zij de lidstaat in kwestie een aanmaningsbrief (waarop de lidstaat kan reageren), gevolgd door een met redenen omkleed advies waarin de Commissie formeel een standpunt inneemt over de inbreuk. Indien de betrokken lidstaat naar aanleiding van het met redenen omkleed advies geen actie onderneemt om aan de inbreuk een einde te maken, kan de Commissie de procedure bij het Hof van Justitie van de EG starten.

De BBZ heeft reeds een klacht bij de Commissie ingediend tegen Denemarken. De behandeling van deze klacht bevindt zich in een pril stadium (de Commissie heeft slechts een ontvangstbevestiging verstuurd). De

⁵ Brief van 19 maart 2009 van de staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat aan de BBZ inzake certificering bruine vloot, kenmerk DGLM 2009/531, gepubliceerd als Bijlage 3 bij kamerstuk met kenmerk Tweede Kamer, Vergaderjaar 2008–2009, 31 409, nr. 10. Blijkens deze brief worden in het Committee on Safe Seas («COSS Comité») uitvoeringsproblemen rond diverse richtlijnen, waaronder Richtlijn 98/18, besproken. Ook kunnen in het COSS Comité voorstellen besproken worden om richtlijnen aan te passen aan wijzigingen op internationaal niveau.

Commissie is niet verplicht om op basis van deze klacht actie te ondernemen.

De eerste handelingsmogelijkheid is dat de Nederlandse regering deze klacht ondersteunt door er bij de Commissie op aan te dringen deze klacht serieus te nemen en een inbreukprocedure in te leiden. De voorfase van de inbreukprocedure neemt in de regel enkele maanden tot ongeveer een jaar in beslag. De procedure voor het Hof van Justitie van de EG neemt gemiddeld ongeveer 18 maanden in beslag. Indien de Commissie van oordeel is dat Denemarken inbreuk maakt op het communautaire recht, is het goed mogelijk dat Denemarken stappen zal ondernemen om de inbreuk te beëindigen voordat de Commissie daadwerkelijk een zaak bij het Hof van Justitie aanhangig maakt.

Handelingsmogelijkheid 2

De tweede handelingsmogelijkheid is dat de Nederlandse regering zelf een klacht tegen Denemarken en/of Duitsland indient bij de Commissie. Anders dan een particuliere klager kan de Nederlandse regering via een actie wegens nalaten (artikel 232 EG-Verdrag) de Commissie dwingen om binnen een redelijke termijn een duidelijk standpunt in te nemen naar aanleiding van een door haar ingediende klacht. Indien de Commissie op basis van deze klacht een inbreukprocedure start, geldt ook hier dat de voorfase enkele maanden tot een jaar zal duren en de procedure voor het Hof van Justitie van de EG ongeveer 18 maanden.

Handelingsmogelijkheid 3

Als derde handelingsmogelijkheid zou de Nederlandse regering deze zaak diplomatiek hoog kunnen opspelen door (te dreigen) zelf voor het Hof van Justitie van de EG op basis van artikel 227 EG-Verdrag een inbreukprocedure tegen Duitsland en/of Denemarken te initiëren. Voorafgaand aan het instellen van een dergelijke actie, zou de Nederlandse regering deze zaak eerst aan de Commissie moeten voorleggen. Indien de Commissie niet binnen drie maanden zelf een inbreukprocedure is gestart, kan Nederland zich vervolgens tot het Hof van Justitie van de EG wenden. De procedure voor het Hof van Justitie van de EG zal in de regel 18 maanden bedragen.

Bedacht moet echter worden dat inbreukacties van de ene lidstaat tegen de andere voor het Hof van Justitie van de EG sedert de inwerkingtreding van het EG-Verdrag slechts sporadisch zijn ingesteld. Het instellen van een inbreukprocedure door de ene lidstaat tegen de andere wordt gezien als een zeer zwaar middel dat de verhoudingen tussen de twee betrokken lidstaten onder druk kan zetten.

Handelingsmogelijkheid 4

Ook kan getracht worden door middel van *prejudiciële* vragen meer helderheid te verkrijgen over de toelaatbaarheid van de Duitse en Deense opstelling ten aanzien van de certificering van zeezeilschepen. Prejudiciële vragen zijn vragen van nationale rechters aan het Hof van Justitie van de EG over de uitleg of toepasselijkheid van communautair recht. Hierbij geldt wederom de opmerking dat het Hof van Justitie van de EG niet bevoegd is tot interpretatie van het SOLAS Verdrag. De nationale rechter kan prejudiciële vragen stellen indien in de zaak die voorligt vragen van communautair recht rijzen en hij twijfelt over de uitleg of toepassing van dat communautaire recht. De nationale rechter kan dan de behandeling van de hoofdzaak stilleggen en prejudiciële vragen stellen aan het Hof van

Justitie van de EG in een prejudiciële verwijzing. In een dergelijke prejudiciële verwijzing zouden de navolgende vragen aan de orde kunnen komen:

- (i) Moet artikel 3 lid 2 (onder a) van Richtlijn 98/18 aldus worden uitgelegd dat daaronder niet vallen zeezeilschepen?
- (ii) Moet artikel 39 EG-Verdrag in combinatie met Verordening 4055/86 en/of Verordening 3577/92 aldus worden uitgelegd dat daarmee onverenigbaar is veiligheidsvoorschriften als door Duitsland/Denemarken worden toegepast jegens traditionele Nederlandse zeezeilschepen, gegeven het feit dat deze zeezeilschepen voldoen aan nationale Nederlandse veiligheidsnormen die ten minste gelijkwaardig zijn aan de Duitse/Deense veiligheidsvoorschriften?

Een prejudiciële verwijzing kan uitgelokt worden door een zeezeilschip te laten aanhouden in een Duitse of Deense haven en in de rechterlijke procedure die volgt, aan te sturen op het stellen van prejudiciële vragen. Wel zou dit «over de rug» van een ondernemer gaan. Bovendien moet bedacht worden dat lagere rechters niet tot verwijzen verplicht zijn. Slechts de hoogste bevoegde rechter is daartoe gehouden (mits hij van oordeel is dat een vraag over de uitleg van het EG-recht voorligt). Dit betekent dat het jaren kan duren voordat prejudiciële vragen worden gesteld. Het beantwoorden van prejudiciële vragen door het Hof van Justitie van de EG neemt gemiddeld 18 maanden in beslag.

Op basis van het bovenstaande is de vierde handelingsmogelijkheid dat een particulier een prejudiciële verwijzing uitlokt door een zeezeilschip te laten aanhouden in een Duitse of Deense haven. De Nederlandse regering zou de particulier hierin kunnen ondersteunen. De BBZ is in Denemarken inmiddels een procedure begonnen tegen de aanhouding van het Nederlandse zeezeilschip *Catherina*.⁶ Indien prejudiciële vragen gesteld worden, kan de Nederlandse regering vervolgens – naast de procespartijen in de basisprocedure, de Commissie en de regeringen van alle overige lidstaten – schriftelijke en mondelinge opmerkingen indienen bij het Hof van Justitie van de EG.

4 De term «zeezeilschepen» toegelicht⁷

Nederland telt als vlaggenstaat ongeveer 500 zeilschepen die met bemanning verhuurd worden. Van deze zeilschepen zijn er 70 zeevarend. Deze zeezeilschepen verschillen onderling in grote mate in lengte, ontwerp en leeftijd (variërend van ruim 100 tot enkele tientallen jaren oud). Deze schepen delen echter de eigenschap dat ze zijn ontworpen en toegerust om voortbewogen te worden door de wind en een hulpmotor aan boord hebben voor noodgevallen en manoeuvres. Deze schepen waren oorspronkelijk vrachtschepen die zijn omgebouwd voor gebruik als passagierschip. Deze zeezeilschepen worden ook wel aangeduid met termen als «bruine vloot» of «traditionele zeilschepen».

Ook de ons omringende lidstaten hebben dergelijke zeezeilschepen die oorspronkelijk gebouwd waren om als vrachtschip te dienen en (veel) later zijn omgebouwd tot passagiersschip. De betrokken Nederlandse, Duitse en Deense schepen zijn in gelijke mate als traditioneel schip te bestempelen.

Deze trend van renovatie en ombouw heeft in de afgelopen dertig jaar plaatsgevonden. Wegens de ontwikkeling van vrachtschepen, waren deze zeezeilschepen veelal verwaarloosd en in onbruik geraakt.⁸ Om het zeezeilen en de cultuurhistorische waarde van de schepen in ere te herstellen, zijn dergelijke schepen in Europa op grote schaal gerenoveerd. De eigenaren van deze schepen hebben vervolgens veelal betalende

⁶ Naar wij begrijpen uit de door de Tweede Kamer aangeleverde documentatie, is het zeezeilschip *Catherina* als een van de weinige zeezeilschepen gecertificeerd onder de zogenoemde Special Purpose Ships Code («SPS-Code»), een vrijwillige Code onder het SOLAS Verdrag bedoeld voor schepen die met grote groepen «speciaal personeel» varen, zoals onderzoeksschepen. Deze SPS-Code is 2008 in IMO-verband herzien, met als gevolg dat zeilschepen alleen nog onder zeer strenge voorwaarden onder de SPS-Code gecertificeerd zouden kunnen worden. Een rechterlijke uitspraak ten aanzien van de aanhouding van de *Catherina* zal derhalve wellicht wel meer helderheid verschaffen ten aanzien van de toepassing van Richtlijn 98/18 op zeezeilschepen. Een inhoudelijke beoordeling van de Nederlandse regelgeving ten einde de gelijkwaardigheid met de Deense regelgeving vast te stellen, kan echter niet verwacht worden.

⁷ Deze beschrijving van het begrip zeezeilschepen en de markt waarop zij actief zijn, berust, tenzij anders aangegeven, op informatie die verkregen is van de BBZ tijdens telefonische consultaties met de heer Baalbergen (directeur) en de heer Van Ommen op respectievelijk 29 april en 7 mei 2009. Voordat van onze kant is contact gelegd met de BBZ, is hierover overleg gevoerd met en toestemming verkregen van het Bureau Onderzoek en Rijksuitgaven van de Tweede Kamer.

⁸ De BBZ voegt in haar brief van 18 maart jl. aan de Vaste Kamercommissie van Verkeer en Waterstaat (zie voetnoot 1) toe dat de handel over zee met o.a. Denemarken teruggaat tot de middeleeuwen. Het behouden van dit zeeverkeer en de zeezeilschepen – zij het omgebouwd van vracht- naar passagiersschip – is derhalve van grote cultuurhistorische waarde.

passagiers op hun schepen uitgenodigd om de kosten van renovatie terug te verdienen. Dit gebruik is uitgegroeid tot een nieuwe economische activiteit, namelijk het zeezeilen met betalende gasten, waarbij de cultuurhistorische waarde van de zeezeilschepen behouden blijft.

Deze zeezeilschepen worden inclusief bemanning verhuurd aan tour-operators, bedrijven, individuele toeristen, families en andere groepen voor plezierreizen. Het vaargedrag van deze schepen kwalificeert dan ook als pleziervaart. De verhuurde zeezeilschepen worden met name gebruikt om pleziertochten te maken langs pittoreske havens of deel te nemen aan zeilevenementen of -races zoals de «Race of the Classics» en SAIL.

De onder Nederlandse vlag varende zeezeilschepen richten zich vooral op de Duitse afzetmarkt. Veelal worden deze zeezeilschepen via Duitse tour-operators voor enkele dagen tot weken verhuurd aan Duitse groepen. Deze schepen vertrekken uit Duitse haven en komen vanuit die havens vrijwel direct terecht in het Deense vaargebied met tientallen eilandjes met schilderachtige dorpjes en kleine haventjes. De Nederlandse schepen worden daarnaast voornamelijk ingezet voor Spaanse, Franse, Italiaanse en Amerikaanse toeristen. Duitse zeezeilschepen zijn op dezelfde markt actief als Nederlandse zeezeilschepen. Een deel van de Deense zeezeilschepen wordt door nationale regelgeving beperkt tot nationale vaart en biedt derhalve vooral dagtochten aan langs de Deense eilanden.

DEEL I – Zeezeilschepen vallen buiten het toepassingsbereik van internationale en Europese veiligheids-eisen voor passagiersschepen

Met het oog op de veiligheid van passagiers zijn zowel in internationaal als in Europees verband veiligheidsvoorschriften opgesteld voor passagiersschepen die meer dan 12 passagiers vervoeren in het kader van commerciële vaart. Internationale samenwerking in het kader van de Internationale Maritieme Organisatie («IMO») heeft geleid tot het Internationaal Verdrag voor de beveiliging van mensenlevens op zee (het «SOLAS Verdrag»)⁹. In Europees verband zijn in de jaren '90 van de vorige eeuw voorschriften voor passagiersschepen vastgesteld bij Richtlijn 98/18/EG inzake veiligheidsvoorschriften en -normen voor passagiersschepen («Richtlijn 98/18»)¹⁰.

In dit gedeelte van de notitie behandelen wij het toepassingsbereik en de systematiek van beide instrumenten. Zoals blijkt uit de recente gebeurtenissen die de aanleiding voor deze notitie vormen, verschillen Nederland enerzijds en Duitsland en Denemarken anderzijds in hun opvatting ten aanzien van de vraag of zeezeilschepen onder het toepassingsbereik van het SOLAS Verdrag en Richtlijn 98/18 vallen. Deze verschillende opvattingen bespreken wij vervolgens.

5 SOLAS Verdrag – toepassingsbereik en systematiek

Het SOLAS Verdrag is van toepassing op schepen die internationale reizen maken (Bijlage, Hoofdstuk I, voorschrift 1 onder a). Internationale reizen zijn reizen vanuit een haven van een van de verdragsstaten naar een haven buiten deze staat (voorschrift 2 onder d). Het SOLAS Verdrag bevat zowel veiligheids-eisen voor passagiersschepen als voor vrachtschepen. Een passagiersschip wordt gedefinieerd als een schip dat meer dan 12 passagiers vervoert (voorschrift 2 onder f). Het SOLAS Verdrag zondert onder andere de volgende categorieën schepen van toepassing uit: schepen zonder mechanische voortstuwingsmiddelen (voorschrift 3 onder a sub iii), houten schepen van primitieve bouw (voorschrift 3 onder a sub

⁹ Internationaal Verdrag voor de beveiliging van mensenlevens op zee, 1974, met Bijlage, tot stand gekomen op 1 november 1974 te Londen, Tractatenblad 1976, 157 (de Nederlandse vertaling is gepubliceerd in Tractatenblad 1977, 77).

¹⁰ Richtlijn 98/18/EG van de Raad van 17 maart 1998 inzake veiligheidsvoorschriften en -normen voor passagiersschepen, PB L144 van 15.5.98, blz. 1.

iv), en pleziervaartuigen die niet worden gebezigd voor handelsdoeleinden (voorschrift 3 onder a sub v).

Gezien het feit dat grotere zeilschepen, zeker wanneer zij zijn bestemd voor het vervoer van grotere aantallen passagiers, (vrijwel) zonder uitzondering over een hulpmotor zullen beschikken, ligt het sterk in de rede dat met schepen «zonder mechanische voortstuwingsmiddelen» bedoeld wordt op schepen die gebouwd en ontworpen zijn om overwegend op niet-mechanische wijze te worden voortgestuwd. Een andere uitleg zou de uitzonderingsbepaling immers zinledig maken. Dat deze Nederlandse definitie «zonder mechanische voortstuwingsmiddelen» niet uitgelegd moet worden als de algehele afwezigheid van een motor, blijkt ook duidelijk(er) uit de authentieke, Engelse tekst van het SOLAS Verdrag. Deze luidt: «not propelled by mechanical means».

De veiligheidsvoorschriften die het SOLAS Verdrag stelt aan passagiersschepen zijn veelal expliciet ontworpen voor grote gemotoriseerde cruiseschepen. Dat zeezeilschepen van de werking van het SOLAS Verdrag zijn uitgezonderd is ook begrijpelijk in het licht van het feit dat zeezeilschepen in praktijk niet aan deze vereisten zullen kunnen voldoen.

In de Nederlandse wet- en regelgeving ter uitvoering van het SOLAS Verdrag worden zeezeilschepen (dan ook) expliciet uitgezonderd. In het Schepenbesluit 2004¹¹ wordt een zeilschip gedefinieerd als een schip dat is ontworpen en gebouwd om hoofdzakelijk door middel van zeilen te worden voortbewogen (artikel 1 lid 1 onder c). Artikel 5 van dat Besluit bepaalt dat zeilschepen van minder dan 500 GT gebruikt voor het vervoer van ten hoogste 36 passagiers die internationale reizen maken, niet over de in Hoofdstuk I voorschrift 12 van de Bijlage bij het SOLAS Verdrag benoemde internationale veiligheidscertificaten hoeven te beschikken.¹²

Bepaalde (onderdelen van) Hoofdstukken van de Bijlage bij het SOLAS Verdrag zijn van toepassing op alle type schepen ongeacht of deze internationale of binnenlandse reizen maken. Het gaat hierbij alleen om die (delen van) Hoofdstukken die hun toepassingsbereik expliciet uitbreiden tot zogenoemde *non convention* schepen. Dit zijn schepen die niet vallen onder het algemene toepassingsbereik van het SOLAS Verdrag, zoals bepaald in Hoofdstuk I van de Bijlage bij dat Verdrag. Hoofdstuk V van de Bijlage bij het SOLAS Verdrag dat ziet op de veiligheid van de navigatie is hiervan een voorbeeld. Voorschrift 1 van dat Hoofdstuk verklaart de in dat Hoofdstuk opgenomen voorwaarden van toepassing op alle schepen op alle reizen. Ook bijvoorbeeld Hoofdstuk IX (International Safety Management Code) en delen van Hoofdstuk XI-2 (Special measures to enhance maritime security) hebben gevolgen voor alle schepen.

¹¹ Schepenbesluit 2004, besluit van 18 juni 2004, houdende regels met betrekking tot de veiligheid en certificering van zeeschepen, Staatsblad 2004, 284.

¹² Zie de Regeling Veiligheid Zeeschepen en de toelichting daarbij (Regeling houdende nadere regels met betrekking tot de veiligheid en certificering van in Nederland geregistreerde zeeschepen, alsmede regels met betrekking tot de veiligheid van buitenlandse schepen in Nederlandse wateren, 16 december 2004/Nr. HDJZ/SCH/2004-2755, Staatscourant 23 december 2004, nr. 248, p. 46.) In artikel 41 van deze regeling worden zeezeilschepen vrijgesteld van vereisten van het SOLAS Verdrag die in principe voor alle schepen gelden omdat dergelijke vereisten voor zeilschepen onredelijk en onpraktisch zijn.

Over de toepasselijkheid op zeezeilschepen van de delen van het SOLAS Verdrag die op alle schepen op alle reizen van toepassing zijn, bestaat naar wij begrijpen uit de door de Tweede Kamer toegezonden stukken en telefonische navraag bij het BBZ geen controverse. In deze notitie wordt de discussie dan ook toegespitst op de vraag of zeezeilschepen aan alle vereisten van het SOLAS Verdrag dienen te voldoen.

Overigens laat het SOLAS Verdrag op veel punten ruimte aan de verdragsstaten om in individuele gevallen ontheffingen van verdragsverplichtingen toe te staan. Verdragsstaten mogen er bijvoorbeeld voor kiezen om in het geval dat het SOLAS Verdrag specifieke technische eisen stelt aan een bepaald onderdeel, onderdelen toe te staan die, bewezen, net zo effectief zijn (Bijlage, Hoofdstuk I, voorschrift 5). Ook mogen verdragsstaten in veel gevallen individuele schepen en scheepstypen die niet meer dan 20 mijl uit de kust varen vrijstellen van de in het SOLAS

Verdrag opgenomen vereisten indien de zeegebieden waarin en de omstandigheden waaronder de reizen met deze schepen plaatsvinden, het toepassen van deze vereisten onredelijk of onnodig maken (zie bijvoorbeeld Bijlage, Hoofdstuk II-2, deel A, voorschrift 1 onder e).

In de praktijk brengt de systematiek van het SOLAS Verdrag met zich dat er ten aanzien van de punten waar het SOLAS Verdrag ontheffing mogelijk maakt door de meeste verdragsstaten nationale regelgeving is aangenomen. Daarnaast wordt onderzoek met het oog op certificering en inspectie door de verdragsstaten veelal uitbesteed aan (internationaal) erkende instellingen, zogenoemde klassenbureaus. Het SOLAS Verdrag laat hier uitdrukkelijk ruimte voor (Hoofdstuk I, voorschrift 6). Op basis van het SOLAS Verdrag, en de ruimte die het verdrag laat voor ontheffingen en afwijkende regels, gelden dan ook per type schip een groot aantal veiligheidsvoorschriften die in zowel internationale als nationale instrumenten zijn vastgelegd. Om deze toepasselijke regelgeving voor scheepseigenaren en -bouwers inzichtelijker te maken, geven klassenbureaus veelal klassenvoorschriften uit per type schip. Deze klassenvoorschriften bevatten de op een bepaald type schip van toepassing zijnde veiligheidsvoorschriften en geven daarnaast ook nadere specificaties voor zover nog sprake is van «open» (technische) normen.

Concluderend: (vrijwel) alle zeilschepen bestemd voor vervoer van meer dan 12 passagiers die zeewaardig zijn, zullen in de praktijk over een motor voor noodgevallen beschikken. Zeezeilschepen zullen daarom naar alle waarschijnlijkheid beschouwd moeten worden als *non convention* schepen die van de werking van het SOLAS Verdrag als zodanig zijn uitgezonderd op de grond dat deze schepen op niet-mechanische wijze worden voortbewogen. Deze schepen hoeven met name niet te beschikken over het door het SOLAS Verdrag vereiste internationaal veiligheidscertificaat dat als bewijs geldt dat aan alle vereisten van het SOLAS Verdrag voldaan is. Wel moeten zeezeilschepen voldoen aan (een groot aantal) specifieke veiligheidsvoorschriften die het SOLAS Verdrag voor alle schepen op alle reizen verplicht stelt. Deze laatste veiligheidsvoorschriften staan hier echter niet ter discussie.

6 Richtlijn 98/18 – achtergrond, toepassingsbereik en systematiek

6.1 Achtergrond totstandkoming Richtlijn 98/18

Vóór de totstandkoming van Richtlijn 98/18 bestonden er grote verschillen tussen de veiligheidsnormen die lidstaten als vlaggenstaat hanteerden ten aanzien van de onder hun vlag varende schepen voor zover deze binnenlands zeevervoer verzorgden. In de jaren '90 van de vorige eeuw vonden enkele grootschalige ongelukken plaats met passagiersschepen waarbij grote aantallen passagiers het leven verloren. Voorbeelden hiervan zijn het zinken van de *Aegean Sea* in 1992 en de *Braer* in 1993. Het zinken van passagiersschip *Estonia* in de Baltische zee in 1994 waarbij meer dan 800 mensen het leven lieten, leidde tot grote publieke druk om de veiligheidsvoorschriften aan te scherpen. In deze zelfde periode werd door middel van Verordening 3577/92¹³ het vrij verkeer van diensten op het zeevervoer binnen lidstaten (cabotage) van toepassing.

Tegen deze achtergrond heeft de Europese wetgever het noodzakelijk geacht om in de vorm van Richtlijn 98/18 geharmoniseerde veiligheidsnormen vast te stellen voor passagiersschepen en -vaartuigen die voor binnenlandse reizen gebruikt worden. Blijkens overweging 5 van de preambule bij de Richtlijn zijn deze geharmoniseerde veiligheidsnormen nodig om «te komen tot een hoog

¹³ Verordening (EEG) nr. 3577/92 van de Raad van 7 december 1992 houdende toepassing van het beginsel van het vrij verrichten van diensten op het zeevervoer binnen de Lid-Staten (cabotage in het zeevervoer), PB L 364 van 12.12.1992, blz 7.

veiligheidsniveau en teneinde handelsbelemmeringen op te heffen.» Immers, het blijven voortbestaan van de grote verschillen tussen veiligheidsvoorschriften ten aanzien van binnenlands zeevervoer, zou het recht van cabotage de facto illusoir maken. Overweging 9 luidt in dit verband:

«Om de veiligheid te verbeteren en concurrentievervalsing te vermijden de gemeenschappelijke veiligheidseisen van toepassing moeten zijn op passagiersschepen en hogesnelheidspassagiersvaartuigen die in de Gemeenschap voor binnenlandse reizen worden gebruikt, ongeacht onder welke vlag zij varen; dat het evenwel noodzakelijk is sommige categorieën schepen waarvoor de regels van de richtlijn technisch ongeschikt of economisch niet haalbaar zijn, uit te sluiten.»

De Richtlijn voorziet uitdrukkelijk niet in veiligheidsnormen voor schepen die internationale reizen maken, omdat deze in het kader van de IMO uitgewerkt worden. Wel voert de Richtlijn procedures in om vanuit de Europese Gemeenschap aan te kunnen sturen op het in IMO-verband nader harmoniseren van bepaalde delen van het SOLAS Verdrag die bepaalde kwesties aan de nationale administraties overlaten.¹⁴

6.2 Toepassingsbereik en systematiek Richtlijn 98/18

Gezien het doel van Richtlijn 98/18, is deze slechts van toepassing op passagiersschepen die binnenlandse zeereizen maken en daarmee alleen van belang voor cabotage diensten. Artikel 3 lid 1 bepaalt dit expliciet:

*«Deze richtlijn is van toepassing is op
(a) nieuwe passagiersschepen,
(b) bestaande passagiersschepen van tenminste 24 meter lang,
(c) hogesnelheidspassagiersschepen,
ongeacht de vlag waaronder zij varen, wanneer zij voor binnenlandse reizen gebruikt worden.»*

Binnenlandse reizen zijn in artikel 2 onder n gedefinieerd als reizen in zeegebieden van een haven van een lidstaat naar dezelfde of een andere haven binnen die lidstaat. Lidstaten krijgen voorts de verplichting opgelegd om in hun hoedanigheid als staat van ontvangst ervoor zorg te dragen dat ook passagiersschepen en hogesnelheidsvaartuigen die onder de vlag varen van een staat die geen lidstaat is, geheel voldoen aan de in de Richtlijn opgenomen veiligheidsnormen (artikel 1 lid 1, laatste zin).

De Richtlijn definieert een passagiersschip als een schip dat meer dan 12 passagiers vervoert (artikel 2 onder e). Artikel 3 lid 2 onder a sluit – voor zover hier relevant – de volgende typen passagiersschepen van toepassing van de Richtlijn uit:

- «schepen zonder mechanische voortstuwingsmiddelen,
- houten schepen van primitieve bouw,
- originele, historische, vóór 1965 ontworpen passagiersschepen en individuele replica's daarvan, die hoofdzakelijk met de originele materialen gebouwd zijn,
- plezierjachten, behalve indien zij een bemanning hebben of krijgen, en bestemd zijn voor het vervoer van meer dan twaalf passagiers voor commerciële doeleinden.»¹⁵

Voor wat betreft de definities «schepen zonder mechanische voortstuwingsmiddelen» en «houten schepen van primitieve bouw» is de terminologie van het SOLAS Verdrag, zowel in de Nederlandse als de Engelse versie van de Richtlijn, een op een overgenomen. Het SOLAS Verdrag bevat geen verwijzing naar originele, historische, vóór 1965 ontworpen passagiersschepen. Plezierjachten worden zowel van de werking van het

¹⁴ Zie hiervoor overweging 5 en artikel 12 Richtlijn 98/18.

¹⁵ De Engelse tekst van artikel 3 lid 2 onder a van de Richtlijn luidt (voor zover hier relevant):

«– ships not propelled by mechanical means,
– wooden ships of primitive build,
– original, and individual replicas of, historical passenger ships designed before 1965, built predominantly with the original materials,
– pleasure yachts unless they are or will be crewed and carrying more than 12 passengers for commercial purposes.»

SOLAS Verdrag als van de werking van Richtlijn 98/18 uitgezonderd, tenzij deze «worden gebezigd voor handelsdoeleinden» (SOLAS Verdrag) dan wel «zij een bemanning hebben of krijgen, en bestemd zijn voor het vervoer van meer dan twaalf passagiers voor commerciële doeleinden» (Richtlijn 98/18). Naar verwachting is de definitie uit Richtlijn 98/18 slechts een modernere versie van de enigszins archaische formulering uit het SOLAS Verdrag.

De Richtlijn verdeelt voorts de passagiersschepen die onder het toepassingsbereik vallen in vier klassen al naar gelang het zeegebied waarin zij varen (artikel 4 lid 1). Deze klassen worden aangeduid met de letters A tot en met D, waarbij kort gezegd klasse D schepen dichtbij de kust varen en klasse A schepen in zeegebied varen dat overwegend meer dan 20 mijl uit de kust gelegen is. De lidstaten moeten voor de zeegebieden in hun jurisdictie een indeling in klassen maken. Deze indelingen worden gebundeld gepubliceerd in het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen (lid 2).

Artikel 6 bepaalt vervolgens welke veiligheidseisen op de verschillende klassen van toepassing zijn. Op grond van lid 1 onder b zijn de Hoofdstukken IV, V en VI van de Bijlage bij het SOLAS Verdrag op alle klassen passagiersschepen van toepassing. Daarnaast bestaan er per klasse afzonderlijke veiligheidsvoorschriften. Op klasse A schepen zijn alle vereisten van het SOLAS Verdrag van toepassing. Voor de klassen B, C en D gelden minder vergaande veiligheidsvoorschriften die zijn neergelegd in de bijlage bij de Richtlijn.

De Europese wetgever heeft met deze Richtlijn heel bewust bedoeld aan te sluiten bij de reeds bestaande internationale regelgeving met betrekking tot passagiersschepen.¹⁶ Overweging 11 van de Richtlijn bepaalt dan ook dat het SOLAS Verdrag en de toepasselijke resoluties van de IMO «het voornaamste referentiekader voor de veiligheidsnormen moeten vormen.» Echter, de categorie traditionele, originele passagiersschepen komt in het SOLAS Verdrag niet voor.

Voorts bepaalt overweging 9 uit de preambule bij de Richtlijn dat het noodzakelijk is «sommige categorieën schepen waarvoor de regels van deze Richtlijn technisch ongeschikt of economisch niet haalbaar zijn, uit te sluiten». Uit de toelichting bij het voorstel voor Richtlijn 98/18 blijkt dat de Commissie heel bewust heeft stilgestaan bij de grote variëteit in passagiersschepen en verschillen in technische geschiktheid en economische haalbaarheid van specifieke aanpassingen in het kader van veiligheidsvoorschriften. Vanuit de industrie en de lidstaten is de zorg geuit dat bepaalde veiligheidsvereisten tot onoverkomelijke (financiële) lasten zouden leiden voor bepaalde typen schepen.¹⁷ Tegen deze achtergrond, benoemt de Commissie in de toelichting bij artikel 3 lid 2 expliciet dat:

«Paragraph 2 explicitly excludes the types of ships and craft to which the application of the Directive is unnecessary or unreasonable. In such cases, the national legislation is fully applicable ensuring then an appropriate level of safety is complied with.»

Uit de presentatie van de staatssecretaris van Buitenlandse Zaken aan de Tweede Kamer van het Commissievoorstel voor Richtlijn 98/18¹⁸ blijkt dat reeds in dat stadium verschil van opvatting bestond tussen de lidstaten over de betekenis van de term «zonder mechanische voortstuwing». Enkele lidstaten waren van mening dat zeegaande zeilschepen, aangezien zij een hulpmotor bezitten, onder het toepassingsbereik van de Richtlijn zouden komen.

¹⁶ De Commissie benadrukt dit in het *explanatory memorandum* bij haar voorstel voor Richtlijn 98/18, Proposal for a Council Directive on safety rules and standards for passenger ships, explanatory memorandum, 28 February 1996, COM(96) 61 final, punten 12–14. Zie hiervoor ook de Communication from the Commission on a Common Policy on Safe Seas, 24 February 1993, COM(93) 66 final, o.a. 21, p. 12 en 37, p. 33.

¹⁷ Zie het explanatory memorandum (zie voetnoot 16), onder punt 7: «In particular, the consultation with the industry and with government experts from the Member States [...] has revealed the main concern over this matter, that is to avoid provisions which, in certain cases, might constitute an insurmountable financial burden for the upgrading of existing ships.»

¹⁸ Nieuwe Commissievoorstellen en initiatieven van de lidstaten van de Europese Unie; Brief staatssecretaris met negentien fiches, opgesteld n.a.v. overleg van de Werkgroep Beoordeling Nieuwe Commissievoorstellen op 3 april 1996, Tweede Kamer, vergaderjaar 1995–1996, 22 112, nr. 61.

De Commissie heeft zich hierover inmiddels uitgesproken door expliciet het standpunt in te nemen dat zeezeilschepen niet onder Richtlijn 98/18 vallen.¹⁹ In eerste instantie heeft de Commissie in haar antwoord op vragen van Europarlementariër Wortmann-Kool²⁰ met zoveel woorden gezegd dat het SOLAS verdrag en Richtlijn 98/18 niet van toepassing zijn op historische zeilschepen. Uit het antwoord van de Commissie wordt overigens niet duidelijk of zij doelt op schepen die onder de uitzonderingsgrond «zonder mechanische voortstuwingsmiddelen» of «originele, historische passagiersschepen» vallen. In 2008 heeft mevrouw Wortmann-Kool wederom vragen over deze materie gesteld, nu specifiek naar aanleiding van de aanhouding van het Nederlandse zeezeilschip *Catherina* in een Deense haven. De Commissie benadrukt in haar antwoord dat dergelijke schepen niet onder het toepassingsbereik van het SOLAS Verdrag of Richtlijn 98/18 vallen.²¹ De staatssecretaris van V&W geeft in haar brief van 4 december 2008 aan alle Nederlandse schippers/scheepseigenaren aan dat inmiddels bekend is dat de Commissie bovenstaand standpunt heeft gebaseerd op het feit dat de zeezeilschepen niet mechanisch worden voortbewogen.²²

In haar brief van 15 april 2009 aan de Tweede Kamer meldt de staatssecretaris dat uit overleg tussen de Commissie en V&W blijkt dat de Commissie van mening is dat Richtlijn 98/18 niet van toepassing is op Nederlandse zeezeilschepen.

7 Standpunten Nederlandse, Duitse en Deense regeringen

Uit de analyse van het toepassingsbereik van het SOLAS Verdrag en Richtlijn 89/18, volgt dat beide instrumenten niet van toepassing zijn op zeezeilschepen. In deze paragraaf behandelen wij de standpunten van de drie lidstaten ten aanzien van de vraag of zeezeilschepen onder het toepassingsbereik van het SOLAS Verdrag en de Richtlijn vallen.

Vooropgesteld moet worden dat voor onze analyse van de door Duitsland en Denemarken ingenomen standpunten de door de Tweede Kamer aangeleverde documentatie als uitgangspunt heeft gediend. Er heeft binnen het beschikbare tijdsbestek geen aanvullend bronnenonderzoek kunnen plaatsvinden bij beide lidstaten. Inzicht in de door deze staten gevolgde redeneringen is daarmee beperkt tot hetgeen daarover vermeld wordt in de door de Tweede Kamer aangeleverde stukken en enkele overige verkregen stukken.²³

Om de hierna te bespreken standpunten van Duitsland en Denemarken te kunnen plaatsen, is van belang het gegeven dat op 8 september 2000 door negen Europese landen, waaronder Duitsland, Denemarken en Nederland, is overeengekomen dat zij elkaars nationale veiligheidscertificaten zullen erkennen voor vaartuigen die door hun cultuurhistorische karakter niet (geheel) kunnen voldoen aan de internationale veiligheidseisen. Deze afspraak is vastgelegd in het *Memorandum of Understanding on the Mutual recognition of certificates for the safe operation of traditional ships in European waters and of certificates of competency for crews on traditional ships* (het «**MoU**»)²⁴. Het MoU is van toepassing op traditionele schepen die in artikel 2 gedefinieerd worden als «all kinds of historical ships and their replicas including those designed to encourage and promote traditional skills and seamanship, that together serve a living cultural monuments, operated according to traditional principles of seamanship and technique.»²⁵ De werking van het MoU is daarmee niet beperkt tot zeezeilschepen. Uit overweging 9 van de preambule bij het MoU volgt dat traditionele schepen niet commercieel ingezet dienen te worden, althans niet dienen te worden uitgebaat met een winstoogmerk.

¹⁹ Het standpunt van de Commissie is niet juridisch bindend – in geschillen over de interpretatie van een communautaire richtlijn heeft het Hof van Justitie van de EG het laatste woord – maar aan de opvatting van de Commissie komt in de praktijk veel gewicht toe.

²⁰ Answer given by Mr Barrot on behalf of the Commission on 26 September 2007 in response to the written question by Corien Wortmann-Kool (PPE-DE) to the Commission of 6 July 2007, Parliamentary questions E-3461/07.

²¹ Zie het antwoord van de Commissie op de Parliamentary questions, P-4724/2008. Zie voetnoot 4.

²² Brief van 4 december 2008 van de staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat aan scheepseigenaren en reders inzake certificering zeegaande traditionele zeilschepen, kenmerk DGLM-2008/2074, gepubliceerd als Bijlage 1 bij kamerstuk met kenmerk Tweede Kamer, vergaderjaar 2008–2009, 31 409, nr. 10.

²³ Aanvullende informatie is verkregen uit kamerstukken en door toezending van enkele stukken door de BBZ. Na overleg met het Bureau Onderzoek en Rijksuitgaven, is van onze kant een informatieverzoek neergelegd bij de BBZ. De BBZ heeft ons de Duitse en Deense regelgeving voor zeezeilschepen aangeleverd en een brief van de Danish Maritime Authority en een van het Bundesministerium für Verkehr.

²⁴ Dit Memorandum of Understanding is in Wilhelmshafen ondertekend door de Scheepsinspecties van Denemarken, Duitland, Estland, Finland, Nederland, Noorwegen, Spanje, het Verenigd Koninkrijk en Zweden. Het Wilhelmshafen MoU is inmiddels vervangen door het op 28 november 2005 in Londen ondertekende MoU. Deze notitie gaat uit van de tekst van 2005. BBZ deelde ons mee dat bij het opstellen van het Willemshaven MoU vertegenwoordigers van de Commissie en de IMO aanwezig waren die het nut van dit MoU benadrukten in het licht van de grote verschillen tussen nationale regelgeving en het gebrek aan harmonisatie op Europees of internationaal niveau.

²⁵ Deze definitie sluit aan bij de definitie van traditioneel schip uit artikel 3 onder q van Richtlijn 2002/59/EG van het Europees Parlement en de Raad van 27 juni 2002 betreffende de invoering van een communautair monitoring en informatiesysteem voor de zeescheepvaart en tot intrekking van Richtlijn 93/75/EEG van de Raad, PB L 208 05.08 2002, p. 10. De definitie zelf bepaalt niets over of het schip op commerciële of niet-commerciële basis ingezet mag worden. Traditioneel en niet commercieel zijn dan ook niet per definitie met elkaar verbonden.

7.1 Standpunt Nederlandse regering

De Nederlandse regering is vanaf het allereerste moment de opvatting toegedaan geweest dat zeezeilschepen niet onder Richtlijn 98/18 vallen op de grond dat deze schepen niet mechanisch voortgestuwd worden. Het feit dat deze schepen in de regel een hulpmotor bevatten doet hieraan niet af. Tijdens het wetgevingstraject van de Richtlijn werd door de staatssecretaris van Buitenlandse Zaken nog melding gemaakt van de verschillende opvattingen van de lidstaten op dit punt en daaraan gekoppeld de noodzaak voor Nederland om zich in te zetten dat zeezeilschepen niet onder de Richtlijn zullen vallen. Uit latere referenties aan deze Richtlijn volgt dat de Nederlandse regering ervan uitgaat dat zeezeilschepen niet onder de Richtlijn vallen.

Ter illustratie wordt verwezen naar de presentatie aan de Tweede Kamer van het voorstel van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van Richtlijn 98/18 waarin de staatssecretaris van Buitenlandse Zaken vermeldt dat Nederland op dit moment geen passagiersschepen kent die onder Richtlijn 98/18 vallen.²⁶ Aangezien Nederland wél onder haar vlag varende zeezeilschepen heeft die binnenlandse reizen maken, doelt de staatssecretaris met deze opmerking op het feit dat de Nederlandse zeezeilschepen (op grond van artikel 3 lid 2 onder a) niet onder het toepassingsbereik van Richtlijn 98/18 vallen.

Zoals reeds in paragraaf 5 is vermeld, is de Nederlandse regering ten aanzien van het SOLAS Verdrag evenzeer de opvatting toegedaan dat deze niet op zeezeilschepen van toepassing is.²⁷

7.2 Standpunten Duitsland en Denemarken

Blijkens de brief van de staatssecretaris van 15 april jl. stellen Duitsland en Denemarken zich al jaren op het standpunt dat zeezeilschepen indien deze commercieel varen met meer dan 12 passagiers onder het SOLAS Verdrag of Richtlijn 98/18 vallen en derhalve moeten voldoen aan de in deze instrumenten neergelegde eisen.

Echter, tot 2007 hebben beide landen de Nederlandse zeezeilschepen in hun havens geaccepteerd. Vanaf dat moment hebben zich gevallen voorgedaan dat Nederlandse schepen aan de ketting werden gelegd. In dat jaar heeft Denemarken bovendien aangekondigd per 1 januari 2008 het Nederlandse nationale veiligheidscertificaat niet langer te accepteren.²⁸

Over de periode tot 2007 kan het volgende worden opgemerkt. In 1995 hebben het Duitse Bundesministerium für Verkehr en de Nederlandse Inspectie Verkeer en Waterstaat, Divisie Scheepvaart («**IVW-DS**») afgesproken dat Duitsland de vereisten uit het SOLAS Verdrag niet zou toepassen op Nederlandse zeezeilschepen. Het Bundesministerium accepteerde dit omdat deze schepen vrijwel uitsluitend door de wind voortbewogen worden en de aanwezige motor slechts van ondergeschikte betekenis is en bedoeld voor noodgevallen, zodat sprake was van passagiersschepen «not propelled by mechanical means.»²⁹ Het Bundesministerium erkende derhalve (toen nog) dat de zeezeilschepen niet onder het SOLAS Verdrag vallen.³⁰

Tussen de Nederlandse IVW-DS en de Danish Maritime Authority (de «**DMA**») is in 1994 een overeenkomst gesloten die als basis diende voor de behandeling van Nederlandse zeezeilschepen die passagiers vervoerden in Deense havens en vice versa.³¹

²⁶ Nieuwe Commissievoorstellen en initiatieven van de lidstaten van de Europese Unie; Brief staatssecretaris met zes fiches met nieuwe Commissievoorstellen, Tweede Kamer, vergaderjaar 2001–2002, 22 112, nr. 236.

²⁷ Zie hiervoor onder andere het in paragraaf 5 reeds aangehaalde artikel 5 van het Schepenbesluit 2004.

²⁸ Antwoord van de staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat van 21 juni 2007 op vragen van de leden Roland Kortenhorst en Van Hijum van 30 mei 2007, Tweede Kamer, vergaderjaar 2006–2007, Aanhangsel van de Handelingen, nr. 1926.

²⁹ Brief van 3 februari 1995 van het Bundesministerium für Verkehr aan de Inspectie Verkeer en Waterstaat, Divisie Scheepvaart inzake Fahrgastsegelschiffe unter niederländischer Flagge, Ihr Schreiben vom 5.9.1994-S/V-10 414/95/VSS, kenmerk 16/49.08/95.

³⁰ Hoewel Richtlijn 98/18 in 1995 nog niet bestond, zouden zeezeilschepen op basis van de door het Bundesministerium gevolgde redenering ook buiten het toepassingsbereik van de Richtlijn vallen.

³¹ Zoals blijkt uit de Brief van de Danish Maritime Authority van 1 november 2004 aan het ministerie van Verkeer en Waterstaat, Divisie Scheepvaart inzake Agreement between the Netherlands Directorate-General for Shipping and Maritime Affairs and the Danish Maritime Authority, kenmerk Case 19 995 3148 File 01.08.05.

Op basis van deze bilaterale afspraken en later het MoU hebben Duitsland en Denemarken tot 2007 de Nederlandse zeezeilschepen in hun havens ontvangen.

Een van de eerste aanwijzingen dat deze situatie zou wijzigen is een brief die de DMA in 2004 aan IVW-DS stuurde met de aankondiging dat de tussen de DMA en IVW-DS bestaande overeenkomst per 31 december 2005 wordt opgezegd.³² De DMA stelt dat recente ontwikkelingen op het gebied van veiligheidsvoorschriften voor passagiersschepen hiertoe aanleiding geven, waarbij het met name gaat om de grootscheepse aanpassingen van het SOLAS Verdrag, het van kracht worden van Richtlijn 98/18, het ondertekenen van een Memorandum of Understanding en het van kracht worden van Deense nationale regelgeving ten aanzien van zeezeilschepen. Voorts voert de DMA als reden voor opzegging aan dat het inspecteren van de zeezeilschepen voor de Deense havenautoriteiten te belastend is. Tot slot stelt de DMA dat Deense zeezeilschepen die commercieel varen (niet langer) internationaal mogen varen zodat een vergelijkbare beperking ook voor Nederlandse schepen zou moeten gelden.

In 2007 heeft Denemarken aangegeven met ingang van 1 januari 2008 het Nederlandse nationale certificaat niet langer te zullen accepteren omdat Nederlandse zeezeilschepen commercieel uitgebaat worden en derhalve niet onder het MoU vallen. Deze commerciële passagiersschepen dienen naar de mening van Denemarken over een internationaal certificaat te beschikken. Duitsland heeft ook twijfels geuit over de interpretatie van het niet-commercieel varen van de Nederlandse zeezeilschepen onder het MoU. De staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat merkt in dit verband op dat Nederlandse zeezeilschepen (inderdaad) overwegend met winst-oogmerk uitgebaat worden.³³

Duitsland en Denemarken stellen zich zoals gezegd op het standpunt dat zeezeilschepen indien deze commercieel varen met meer dan 12 passagiers onder het SOLAS Verdrag en/of Richtlijn 98/18 vallen.³⁴ Dergelijke schepen die internationale reizen maken zouden dan bij aankomst in een Duitse of Deense haven een internationaal veiligheidscertificaat als bedoeld in Hoofdstuk I, voorschrift 12 van de Bijlage van het SOLAS Verdrag moeten kunnen overleggen. Voor zeezeilschepen die binnenlandse reizen maken zou gelden dat zij over een Europees veiligheidscertificaat voor passagiersschepen als bedoeld in artikel 11 van de Richtlijn zouden moeten beschikken.

Meer concreet blijkt uit de brief van de staatssecretaris van V&W van 4 december 2008 aan alle scheepseigenaren en reders dat Duitsland en Denemarken voor zeezeilschepen die internationale reizen maken een SOLAS certificaat zullen accepteren met ontheffingen voor wat betreft de vereisten van het SOLAS Verdrag die boven de in Richtlijn 98/18 gestelde eisen uitgaan.³⁵

Deze door Duitsland en Denemarken gestelde eisen zijn naar de mening van de BBZ problematisch omdat SOLAS certificering van de zeezeilschepen technisch en financieel niet haalbaar is.³⁶

7.3 Beoordeling argumentatie Duitsland en Denemarken

Zoals de Commissie het verwoordt, willen Duitsland en Denemarken traditionele schepen, gebruikt voor commerciële doeleinden, niet toelaten in hun havens omdat dit afbreuk zou doen aan de veiligheidsvoorschriften die gelden voor commerciële schepen op internationale reizen.³⁷

³² De brief van 1 november 2004 van de DMA aan IVW-DS, zie voetnoot 31.

³³ Antwoord van de staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat van 21 juni 2007. Zie voetnoot 26.

³⁴ Op basis van de Richtlijn moeten nieuwe schepen vanaf de bouw aan alle eisen van de Richtlijn voldoen. Bestaande schepen, moeten afhankelijk van hun leeftijd, vanaf een bepaald moment na van kracht worden van de Richtlijn aan alle veiligheidseisen voldoen, waarbij de laatste categorie schepen uiterlijk op 1 juli 2010 aan alle eisen dient te voldoen (art 6 lid 3 onder f sub v). Het is mogelijk dat het aflopen van deze overgangsfase, tegen de achtergrond van hun opvatting dat Richtlijn 98/18 op zeezeilschepen in de commerciële vaart van toepassing is, aanleiding is voor Duitsland en Denemarken om niet langer uitzonderingen te accepteren.

³⁵ Wel is voor SOLAS certificatie vereist dat een schip aan de International Ship and Post Facility Security eisen («ISPS») voldoet en ISPS gecertificeerd is. Voor schepen die binnenlandse reizen maken in vaargebieden B, C of D als bedoeld in artikel Richtlijn 98/18 is dit niet vereist.

³⁶ Brief van de BBZ van 12 januari 2009 aan de staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat, gepubliceerd als bijlage 4 bij kamerstuk met kenmerk Tweede Kamer, vergaderjaar 2008–2009, 31 409, nr 10.

³⁷ Antwoord van de Commissie, Parliamentary questions E-3461/07. Zie voetnoot 20.

De tekst van het MoU geeft inderdaad aanleiding om de (traditionele) zeezeilschepen die commercieel varen van de in het MoU overeengekomen wederzijdse erkenning uit te sluiten.³⁸ Dit heeft echter niet tot gevolg dat het SOLAS Verdrag en Richtlijn 98/18 van toepassing zijn op de Nederlandse zeezeilschepen. Deze instrumenten bepalen immers zelf hun toepassingsbereik. Het MoU is in dat verband irrelevant.

Het feit dat een passagiersschip op commerciële basis vaart, is niet voldoende voor het van toepassing zijn van het SOLAS Verdrag of Richtlijn 98/18. Dit is slechts anders voor één type schip, namelijk het plezierjacht. In principe is een plezierjacht op basis van artikel 3 lid 2 onder a van de werking van Richtlijn 98/18 uitgezonderd, behalve indien deze een bemanning hebben of krijgen, en bestemd zijn voor het vervoer van meer dan twaalf passagiers voor commerciële doeleinden. Het SOLAS Verdrag vermeldt op vergelijkbare wijze dat pleziervaartuigen die niet worden gebezigd voor handelsdoeleinden buiten het toepassingsbereik van het Verdrag vallen (Hoofdstuk 1, voorschrift 3 onder a sub v).

Alle andere typen passagiersschepen die van de werkingssfeer van het SOLAS Verdrag en Richtlijn 98/18 zijn uitgezonderd, worden uitgezonderd ongeacht of ze commercieel varen of niet. Het SOLAS Verdrag en Richtlijn 98/18 zijn uitdrukkelijk niet van toepassing op schepen «not propelled by mechanical means» zodat zeezeilschepen naar alle waarschijnlijkheid buiten de werkingssfeer van beide instrumenten vallen. Het is daarmee aan de afzonderlijke staten om veiligheidsvoorschriften op te stellen voor zeezeilschepen die onder hun vlag varen. Wij merken in dit verband overigens wel op dat plezierjachten zowel motor- als zeiljachten kunnen zijn zodat ten aanzien van bepaalde typen plezierjachten eveneens gesteld zou kunnen worden dat deze «not propelled by mechanical means» zijn. De ratio achter de uitzonderingsbepaling (technische en financiële bezwaren) gelden echter naar wij begrijpen niet voor moderne plezierjachten. Andersom geldt dat de het twijfelachtig is of zeezeilschepen, gezien hun traditionele bouw, leeftijd en cultuurhistorische waarde als plezierjacht gekwalificeerd kunnen worden.³⁹ Gelet op de specifieke regeling met betrekking tot plezierjachten menen wij dat deze niet in de weg staat aan de uitleg dat de traditionele zeezeilschepen onder de uitzondering voor schepen «not propelled by mechanical means» vallen, ongeacht of zij voor de commerciële passagiersvaart worden ingezet.

8 Conclusies DEEL I

Op basis van de bovenstaande analyse van het SOLAS Verdrag en Richtlijn 98/18, concluderen wij dat beide instrumenten naar alle waarschijnlijkheid niet van toepassing zijn op zeezeilschepen op de grond dat deze niet-mechanisch worden voortbewogen.

Gelet op enerzijds de bewoordingen en de strekking van de relevante Richtlijnbevestigingen (bezien in samenhang met de corresponderende bepalingen van het SOLAS Verdrag) en anderzijds de opvatting van de Commissie, achten wij hoogst onaannemelijk dat het Hof van Justitie van de EG desgevraagd zou oordelen dat Richtlijn 98/18 van toepassing is op zeezeilschepen.

Dit zou tot de conclusie leiden dat het standpunt van Duitsland en Denemarken dat Nederlandse zeezeilschepen onder het toepassingsbereik van het SOLAS Verdrag dan wel Richtlijn 98/18 vallen, onjuist is. Bovendien zou dan gelden dat het wel vereisen van SOLAS of Richtlijn conforme certificaten van Nederlandse zeezeilschepen en niet van de eigen nationale zeezeilschepen een discriminatoire maatregel is.

³⁸ Denemarken stelt bovendien dat varen onder het MoU is voorbehouden aan schepen die meedoen aan races, parades en festivals, die niet met meer dan 12 passagiers varen. Zie bijlage 2 bij de brief van 4 december 2008 van de staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat aan sloopseigenaren en reders (zie voetnoot 22). De tekst van het MoU ondersteunt deze stelling niet.

³⁹ Ter illustratie: Register Holland te Enkhuizen, het door de Nederlandse overheid erkende klassenbureau voor zeilschepen, classificeert zeezeilschepen die als charter-schepen fungeren en pleziervaart als afzonderlijke categorieën en hanteert voor beide categorieën aparte klassevoorschriften.

DEEL II – Analyse certificeringsproblematiek en vrij verkeer van diensten

In het tweede deel van deze notitie maken wij een analyse van de certificeringsproblematiek in het licht van de basisregels van het EG-Verdrag inzake het vrij verkeer van diensten.

Zoals in paragraaf 4 toegelicht zijn zeezeilschepen voornamelijk omgebouwde vrachtschepen die tegenwoordig voor passagiersvaart gebruikt worden. Ditzelfde type schepen wordt door Nederland, Duitsland en Denemarken op verschillende wijze gereguleerd. De toepasselijke nationale regelgeving wordt hieronder per staat kort beschreven.

Bepaalde eisen van het SOLAS Verdrag zijn van toepassing op alle schepen op alle reizen, zodat nationale regelgeving op die punten in principe niet zou moeten afwijken. De hieronder besproken regelgeving voorziet in alle overige onderwerpen die in het kader van veiligheid spelen bij zeezeilschepen.

9 Nationale veiligheidsvoorschriften zeezeilschepen

9.1 Veiligheidsvoorschriften voor onder Nederlandse vlag varende zeezeilschepen

In principe vallen Nederlandse zeeschepen die met passagiers varen onder het Schepenbesluit 2004,⁴⁰ ongeacht of deze binnenlandse of internationale reizen maken. Dit Besluit implementeert ook de eisen van het SOLAS Verdrag voor Nederlandse schepen. Voor schepen die niet onder het verdrag vallen, zoals zeezeilschepen, voorziet het Besluit in allerlei uitzonderingen. Artikel 5 van het Schepenbesluit bepaalt dat zeilschepen van minder dan 500 GT gebruikt voor het vervoer van ten hoogste 36 passagiers die internationale reizen maken, niet over de in Hoofdstuk I, voorschrift 12 van de Bijlage bij het SOLAS Verdrag benoemde internationale veiligheidslicenties hoeven te beschikken. Het Schepenbesluit stelt op andere punten wel vereisten aan zeezeilschepen.

Van oudsher heeft er Nederlandse regelgeving bestaan die specifiek op zeezeilschepen was toegesneden.⁴¹ Zo waren zeezeilschepen van de werking van het Schepenbesluit 1965, de voorganger van het huidige Schepenbesluit, vrijgesteld mits aan de Regeling zeilschepen met passagiers⁴² voldaan werd. Deze regeling en de uitwerking daarvan in klassenregels bestond deels uit dynamische verwijzingen naar het SOLAS Verdrag en bevatte voor voorschriften die aan boord van zeezeilschepen technisch en praktisch niet uitvoerbaar waren alternatieve maar equivalente veiligheidsvoorschriften. De rechtsbasis van de Regeling zeilschepen met passagiers is in 1998 komen te vervallen. Echter, het Nederlandse beleid van een eenduidige set veiligheidsnormen toegespitst op zeezeilschepen is daarmee niet gewijzigd.⁴³

In 2004 heeft de Inspectie Verkeer en Waterstaat, Divisie Scheepvaart («**IVW-DS**») de Beleidsregel ontheffingsregeling voor een Commercial Cruising Vessel⁴⁴ aangenomen. Op basis van deze beleidsregel zijn zeezeilschepen, indien deze voldoen aan de veiligheidsvoorschriften opgenomen in de *Voorschriften voor Commercial Cruising Vessels*,⁴⁵ ook vrijgesteld van die bepalingen van het Schepenbesluit die wel van toepassing zijn op zeezeilschepen. De Voorschriften voor Commercial Cruising Vessels zijn opgesteld door de IVW-DS in samenwerking met HISWA Vereniging en Register Holland.⁴⁶ Op deze wijze zijn vrijwel alle van toepassing zijnde veiligheidsvoorschriften verzameld in één set voorschriften. Zeezeilschepen moeten aan de IVW-DS aantonen dat zij aan de

⁴⁰ Zie voetnoot 11.

⁴¹ De BBZ benadrukt dit ook in haar brief van 18 maart 2009 aan de Vaste Kamercommissie voor Verkeer en Waterstaat. Zie voetnoot 1. De BBZ stelt in haar brief dat «Nederland al ruim 20 jaar de Voorschriften voor Zeilende Passagiersschepen [kent].» Deze voorschriften, beter bekend als de Klassenregels van Register Holland waren de nadere uitwerking van de Regeling zeilschepen met passagiers.

⁴² Schepenbesluit 1965, Besluit van 5 augustus 1965, tot uitvoering van de artikelen 3, 4bis, 5, 9, 17, 66 en 73 van de Schepenwet, Staatsblad 1965, 367, ingetrokken per 1 januari 2005, Staatsblad 2004, 284; Regeling zeilschepen met passagiers, Staatscourant 1990, 124.

⁴³ Blijkens de toelichting bij Beleidsregel ontheffingsregeling voor een Commercial Cruising Vessel van 31 maart 2004, Inspectie Verkeer en Waterstaat Divisie Scheepvaart, kenmerk DS-201 643/03, Staatscourant 6 april 2004, nr. 67, p. 18.

⁴⁴ Beleidsregel ontheffingsregeling voor een Commercial Cruising Vessel. Zie voetnoot 43.

⁴⁵ Voorschriften voor Commercial Cruising Vessels, opgesteld door de Inspectie Verkeer en Waterstaat, Divisie Scheepvaart in samenwerking met HISWA Vereniging en Register Holland, april 2004, uitgegeven door Stichting Nederland Maritiem Land.

⁴⁶ Het betreft de Nederlandse Vereniging voor Handel en Industrie op het gebied van Scheepsbouw en Watersport, de overkoepelende belangenorganisatie voor bedrijven in de watersport en Register Holland te Enkhuizen is het door de Nederlandse overheid erkende klassenbureau voor zeilschepen.

voorwaarden voor ontheffing voldoen door middel van het overleggen van een klassencertificaat van Register Holland of een internationaal erkend klassenbureau (artikel 3 lid 1 Beleidsregel). Register Holland hanteert voor de classificatie van zeezeilschepen de zogenoemde «witte rules.»⁴⁷

De BBZ wees ons erop dat IVW-DS de opvatting is toegedaan dat er sprake is van bedrijfsmatig en dus commercieel gebruik, zodra passagiers ook maar enige vorm van betaling verstrekken om op een zeilschip mee te mogen. Zodra er sprake is van betaling, heeft de passagier recht op een hoge mate van veiligheid. Tegen deze achtergrond zijn de Nederlandse zeezeilschepen aan strenge, zij het op zeilschepen toegespitste, veiligheidsvoorschriften gebonden.

Naar de mening van de BBZ zijn de Nederlandse veiligheidsvoorschriften aanmerkelijk strenger dan de Duitse en Deense voorschriften voor zeezeilschepen. Ter illustratie noemen zij dat de Nederlandse zeezeilschepen hoogwaardige brandwerende intimmering dienen te hebben, dienen te voldoen aan hoge stabiliteitseisen, aan het MARPOL verdrag en de zogenaamde STCW eisen ten aanzien van opleiding van het operationeel personeel.⁴⁸ Ook overige technische specificaties gaan verder. De BBZ is derhalve van mening dat de Nederlandse zeezeilschepen aan een hogere veiligheidsstandaard voldoen dan Duitse en Deense zeezeilschepen.

9.2 Veiligheidsvoorschriften voor onder Duitse vlag varende zeezeilschepen

Veiligheidsvoorschriften voor Duitse zeezeilschepen zijn neergelegd in *Sicherheitsrichtlinie für Traditionsschiffe*.⁴⁹ Deze richtlijn is gebaseerd op § 6 onder 1 van de *Schiffssicherheitsverordnung*⁵⁰ die de mogelijkheid schept om afwijkende regels te maken voor *Traditionsschiffe* voorzover deze niet door internationale en Europese veiligheidsvoorschriften worden bestreken. De term *Traditionsschiffe* wordt gedefinieerd in artikel 1.1 van de richtlijn als:

«*Traditionsschiffe sind historische Wasserfahrzeuge, welche die Bundesflagge führen,*

- *und die hauptsächlich mit den Originalwerkstoffen im Original oder als Einzelnachbildung gebaut worden sind,*
- *und deren Rumpflänge 55 Meter nicht übersteigt,*
- *und deren Betrieb ausschließlich ideellen Zwecken dient,*
- *und die zur maritiemen Traditionspflege, zu sozialen oder vergleichbaren Zwecken, zum Beispiel von der Sail Training Association, als Seeschiffe eingesetzt werden.»*

Deze definitie doet vermoeden dat het om zeezeilschepen met een vergelijkbaar ontwerp maar met een wezenlijk ander gebruik gaat dan de onder Nederlandse vlag varende zeezeilschepen. Echter, blijkens de informatie verkregen van de BBZ, worden de onder Duitse vlag varende schepen die onder deze regelgeving vallen, ingezet voor dezelfde doeleinden als onder Nederlandse vlag varende zeezeilschepen, te weten, het tegen betaling vervoeren van passagiers. Indien een onder Duitse vlag varende zeezeilschip overgeschreven zou worden naar Nederland, zou deze als bedrijfsmatig gebruikt schip worden beschouwd en onder de toepassing van de Voorschriften voor Commercial Cruising Vessels vallen.

Het standpunt van de Duitse regering is dat de Nederlandse zeezeilschepen bedrijfsmatig uitgebaat worden en derhalve niet vergelijkbaar zijn met de Duitse zeezeilschepen die veelal in verenigingsvorm

⁴⁷ Artikel 1.1 laatste zin van de Voorschriften voor Commercial Cruising Vessels. Schepen bepaalt dat zeezeilschepen die vóór januari 2004 gecertificeerd zijn, dit blijven volgens de bestaande voorschriften van Register Holland gecertificeerd (de «witte rules», of, voor schepen die voor 15 december 1996 in de vaart waren, de «blauwe rules»). Blijkens de website van Register Holland worden zeezeilschepen van minder dan 40 meter lang met maximaal 36 passagiers nog altijd gecertificeerd onder de witte rules. Het is aannemelijk dat de witte rules inmiddels – voor zover nodig – zijn aangepast aan de Voorschriften voor Commercial Cruising Vessels voorzover deze voorschriften zien op zeezeilschepen. De Voorschriften bevatten ook veiligheidsvoorschriften voor gemotoriseerde jachten die tot maximaal 12 passagiers aan boord hebben. Deze specifieke veiligheidsvoorschriften zijn voor zeezeilschepen niet van belang.

⁴⁸ Het MARPOL Verdrag ziet op het voorkomen van vervuiling door schepen (Internationaal Verdrag ter voorkoming van verontreiniging door schepen, 1973, zoals gewijzigd door het Protocol van 1978; (met Protocollen en Bijlagen) Londen, 2 november 1973, Tractatenblad 1975, 147. Het STCW verdrag legt eisen neer voor de opleiding en training voor bemanning van schepen (Internationaal Verdrag betreffende de normen voor zeevarenden inzake opleiding, diplomering en wachtdienst, 1978, met Bijlage; Londen, 7 juli 1978, Tractatenblad 1981, 144.

⁴⁹ Richtlinie nach 6 Abs. 1 der Schiffssicherheitsverordnung über Sicherheitsanforderungen an Bau und Ausrüstung von Traditionsschiffen, soweit sie nicht internationalen Schiffssicherheitsregelungen und der Richtlinie 98/18/EG des Rates vom 17. März 1998 über Sicherheitsvorschriften und -normen für Fahrgastschiffe unterliegen, Gemeinsame Kommission für historische Wasserfahrzeuge e.V., 03.02.200 (VkBf. S. 57; Dok Nr B8135) LS 23/24/48.30.02–08/2002.

⁵⁰ Schiffssicherheitsverordnung vom 18. September 1998 (BGBl. I S. 3013, 3023), zuletzt geändert durch Artikel 3 der Verordnung vom 11. März 2009 (BGBl. I S. 507).

uitgebaat worden. De BBZ wees erop dat onder Duits recht pas van bedrijfsmatig of commercieel gebruik sprake is indien een aanzienlijke winst wordt behaald. Deze winstdrempel ligt naar het oordeel van de BBZ zo hoog dat zowel uitbaters van Duitse schepen als van Nederlandse schepen vrijwel nooit aan dit vereiste zullen voldoen. Het begrip bedrijfsmatig/commercieel zou volgens de BBZ op basis van het voorgaande bovendien onder Nederlandse recht ten aanzien van zeezeilschepen wezenlijk anders uitgelegd worden dan onder Duits recht.

9.3 Veiligheidsvoorschriften voor onder Deense vlag varende zeezeilschepen

Zeezeilschepen van de Deense vloot dienen aan de veiligheidsvoorschriften te voldoen die zijn neergelegd in *Technical Regulation on Traditional Ships*.⁵¹ Deze verordening verklaart een speciaal regime aan veiligheidsvereisten van toepassing op twee typen schepen:

«Section 1 – [...] Original or copied historical ships intended for domestic voyages with more than 12 passengers, constructed before 1965, primarily built of original materials and approved as traditional ships by the Danish Maritime Authority.»

«Subsection 3 – Ships used for training, socio-pedagogical projects, school camps, sport fishing, clubs or similar special purposes other than actual passenger voyages (regular services, etc.) that have been converted and approved for the given purpose before January 2001.»

De DMA dient bij het beoordelen of een schip op grond van Section 1 als traditioneel schip bestempeld kan worden onder andere rekening te houden met de vraag of het schip als «worthy of preservation» is geclassificeerd door de Danish Ship Preservation Trust en of het gebruik van het schip overeenstemt met de cultuurhistorische waarde, en voorts zich ervan te vergewissen dat het schip niet gebruikt wordt in reguliere (veer-) diensten (subsection 2 onder 1, 2 en 7). Zeezeilschepen zullen, gezien hun traditionele bouw en cultuurhistorische waarde (zie paragraaf 4) veelal onder de uitzondering van Section 1 vallen. Indien een schip is erkend als traditioneel schip op grond van Section 1, staat niets in de Deense regelgeving eraan in de weg dat dit schip op commerciële basis gebruikt wordt voor het vervoer van meer dan 12 betalende passagiers.

Dit is anders voor schepen die op basis van Subsection 3 onder de *Technical Regulation on Traditional Ships* vallen. Dit zijn schepen die niet op grond van Section 1 als traditioneel bestempeld kunnen worden, maar waarvoor naar het oordeel van de Deense wetgever, gezien het gebruik, dezelfde veiligheidsvoorschriften dienen te gelden als voor traditionele schepen.

Hoewel Denemarken in het kader van de actuele discussie over het niet accepteren van Nederlandse zeezeilschepen stelt met name bezwaar te hebben tegen het feit dat de Nederlandse zeezeilschepen commercieel uitgebaat worden, blijkt uit de nationale regelgeving niet dat Deense zeezeilschepen schepen niet commercieel zouden mogen varen.

Uit het bovenstaande blijkt in ieder geval dat Duitsland en Denemarken aan hun zeezeilschepen, die zij als traditioneel en dus niet-commercieel bestempelen, niet de eisen van het SOLAS Verdrag of Richtlijn 98/18 stellen. De BBZ heeft aangevoerd dat deze schepen ook met meer dan 12 betalende passagiers varen. Aangenomen dat deze feitelijke vaststelling juist is, moet geconcludeerd worden dat Duitsland en Denemarken de

⁵¹ Technical Regulation on Traditional Ships (Ships Worthy of Preservation, Sport Fishing Vessels, etc.), Danish Maritime Authority Technical Regulation no. 15 of 20 November 2000 as amended by Danish Maritime Authority Technical Regulation no. 2 of 12 June 2006.

onder hun vlag varende zeezeilschepen anders behandelen dan Nederlandse zeezeilschepen en derhalve discriminerend handelen.⁵²

10 Europeesrechtelijke analyse: vrij verkeer van diensten

Zoals uit Deel I van deze notitie is gebleken, zijn het SOLAS Verdrag (met uitzondering van de voor alle schepen op alle reizen geldende veiligheidsvoorschriften) en Richtlijn 98/18 naar alle waarschijnlijkheid niet van toepassing op zeezeilschepen. De vraag rijst vervolgens of Duitsland en Denemarken veiligheidsvereisten mogen stellen aan Nederlandse zeezeilschepen die op hun «grondgebied» diensten aanbieden.⁵³ Met het oog op de beantwoording van deze vraag schetsen wij hieronder eerst het algemene kader van vrij verkeer van diensten in het maritieme vervoer. Vervolgens bezien wij in hoeverre en onder welke voorwaarden lidstaten beperkingen van dit vrij verkeer mogen opleggen. Tot slot passen wij het geschetste kader toe op de onderhavige casus.

Voorafgaand aan de analyse in het kader van het vrij verkeer plaatsen wij een korte opmerking over het Europese mededingingsrecht. In de vraagstelling die aan deze notitie ten grondslag ligt, wordt expliciet verzocht te beoordelen in hoeverre, gelet op de standpunten van Duitsland en Denemarken, sprake is van strijdigheid met het mededingingsrecht. Te dien aanzien zij het volgende opgemerkt. Er bestaat een duidelijk verband tussen Richtlijn 98/18 en de principes van de interne markt en de vrije mededinging, in die zin dat de Richtlijn mede beoogt verstoringen van de mededinging die voortvloeien uit verschillen tussen nationale veiligheidsvereisten weg te nemen. In de toelichting bij het voorstel voor Richtlijn 98/18, benadrukt de Commissie met klem dat het, tegen de achtergrond van de liberalisering van de markt voor maritieme vervoersdiensten, noodzakelijk is om gemeenschappelijke veiligheidsvereisten te stellen om een level playing field te creëren.⁵⁴

Echter, dit algemene verband leidt er niet toe dat de Europese mededingingsregels (dat wil zeggen het kartelverbod van artikel 81 EG-Verdrag en/of het verbod van misbruik van machtspositie van artikel 82 EG-Verdrag) van toepassing zijn op de onderhavige casus. De mededingingsregels zijn gericht tot ondernemingen, niet tot lidstaten. Weliswaar mogen lidstaten geen maatregelen treffen die het overtreden van de mededingingsregels door ondernemingen opleggen of begunstigen dan wel de werking ervan versterken.⁵⁵ Hiervan is in dit geval echter geen sprake. Een situatie als de onderhavige dient uitsluitend te worden beoordeeld in het licht van de Verdragsbepalingen inzake het vrij verkeer.

10.1 Algemeen kader vrij verkeer van diensten in het maritieme vervoer

10.1.1 Verdragsbepalingen

De vervoerssector neemt in het EG-Verdrag een speciale plaats in. Met betrekking tot het vrij verkeer van diensten vormt artikel 51 lid 1 het uitgangspunt: het vrij verkeer van diensten in de transportsector wordt beheerst door de bepalingen van titel V van het EG-Verdrag. Titel V ziet op vervoer. Het eerste artikel (70) van deze titel bepaalt dat de doelstellingen van het EG-Verdrag voor wat betreft vervoer door de lidstaten nagestreefd zullen worden in het kader van een gemeenschappelijk vervoersbeleid. Het formuleren van een gemeenschappelijk vervoersbeleid is pas laat op gang gekomen en een langdurig proces gebleken. De grote verschillen tussen de wijze waarop binnen lidstaten met verschillende vervoersmoda-

⁵² De BBZ stelt in haar brief van 18 maart jl. aan de Vaste Kamercommissie voor Verkeer en Waterstaat dat Duitsland en Denemarken op de eigen nationale vloot van zeezeilschepen niet de veiligheidsvoorschriften van het SOLAS Verdrag of Richtlijn

98/18 van toepassing acht of heeft verklaard.

⁵³ Zoals onder punt 2 van deze notitie uiteengezet, bestaan die diensten voornamelijk uit meerdaagse tochten met groepen veelal Duitse toeristen vanuit Duitse havens naar Deense havens en tussen Deense havens. De diensten omvatten dus zowel internationale als binnenlandse reizen.

⁵⁴ Explanatory memorandum (zie voetnoot 16), p. 10–12

⁵⁵ Zaak 267/86, Van Eycke / Aspa, Arrest van het Hof van 21 september 1988, Jurispr. 1988, p. 4769, (ongenummerde) r.o. 165; en zaak C-245/91, Ohra, Arrest van het Hof van 17 november 1993, Jurispr. 1993, p. I-05851.

liteiten werd omgegaan en de verschillen tussen de wijze waarop de lidstaten met de vervoerssector als geheel omgingen zijn hier debet aan.

Het zeevervoer is slechts summier geregeld in titel V. Op basis van artikel 80 lid 2 is het aan de Raad om te bepalen of en in hoeverre regels voor zeevervoer vastgesteld zullen worden. Dergelijke regels dienen met inachtneming van artikel 71 opgesteld te worden.⁵⁶ De vrijheid van diensten kan dan ook pas van toepassing worden op maritiem vervoer vanaf het moment dat deze vrijheid door middel van secundaire Europese regelgeving van toepassing is verklaard.⁵⁷

10.1.2 Secundaire regelgeving

Deze secundaire regelgeving is er in twee stadia gekomen. In 1986 is Verordening 4055/86⁵⁸ aangenomen die het beginsel van het vrij verrichten van diensten van toepassing heeft verklaard op het zeevervoer tussen lidstaten onderling en tussen lidstaten en derde landen. Eind 1992 heeft Verordening 3577/92⁵⁹ hetzelfde bewerkstelligd voor diensten op het zeevervoer binnen lidstaten.

⁵⁶ Artikel 70 lid 1 onder a vormt de basis voor Verordening 4055/86, lid 1 onder b voor Verordening 3577/92. Zie voor de volledige verwijzing van beide Verordeningen voetnoot 58 respectievelijk 13.

⁵⁷ Dit is door het Hof van Justitie bevestigd in gevoegde zaken C-209–213/89, *Asjes*, Arrest van het Hof van 30 april 1986, Jurispr. 1986, p. 01425. Voor de vrijheid van vestiging ligt dit anders, zie zaak C-167/73, *Commissie/Frankrijk*, Arrest van het Hof van 4 april 1974, Jurispr. 1974, p. 00359.

⁵⁸ Verordening (EEG) nr. 4055/86 van de Raad van 22 december 1986 houdende toepassing van het beginsel van het vrij verrichten van diensten op het zeevervoer tussen de Lid-Staten onderling en tussen de Lid-Staten en derde landen, PB L 378, 31.12.1986, p. 1.

⁵⁹ Zie voetnoot 13.

⁶⁰ Dit wordt door het Hof van Justitie in diverse arresten expliciet bevestigd. Zie onder meer zaak C-379/92, *Peralta*, Arrest van het Hof van 14 juli 1994, Jurispr. 1994, p. I-03453, r.o. 39; zaak C-381/93, *Commissie/Frankrijk*, Arrest van het Hof van 5 oktober 1994, Jurispr. 1994, p. I-05145, r.o. 10–13; en zaak C-205/99, *Analir*, Arrest van het Hof van 20 februari 2001, Jurispr. 2001, p. I-01271, r.o. 17–21. De in 2006 aangenomen Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt, PB L 376 van 27.12.2006, blz. 36, de zogenoemde Dienstenrichtlijn, is niet op het vrij verkeer van diensten in de vervoerssector van toepassing (overweging 21 en artikel 2 lid 2 onder d).

⁶¹ Zie de zaken C-288/89, *Gouda*, Arrest van het Hof van 25 juli 1991, Jurispr. 1991, p. I-04007, r.o. 12–15 en C-205/84, *Commissie/Duitsland*, Arrest van het Hof van 4 december 1986, Jurispr. 1986, p. 03755. Het verbod op double burden maatregelen is ook specifiek voor maritieme diensten aangenomen in zaak C-381/93, *Commissie/Frankrijk* (zie voetnoot 60).

⁶² C-381/93, *Commissie/Frankrijk*, r.o. 21 (zie voetnoot 60).

⁶³ Zie onder andere de zaken C-288/89, *Gouda* (voetnoot 61) en C-76/90, *Säger/Dennemeyer*, Arrest van het Hof van 25 juli 1991, Jurispr. 1991, p. I-04221.

Verordening 4055/86 verklaart in artikel 1 lid 1 de vrijheid van diensten inzake zeevervoer tussen lidstaten onderling en tussen lidstaten en derde landen van toepassing op onderdanen van lidstaten die in een andere lidstaat gevestigd zijn dan in die van degene voor wie de diensten verricht worden. De term «diensten inzake zeevervoer» omvat het vervoer van reizigers of goederen tussen een haven van een lidstaat en een haven of off-shore installatie van een andere lidstaat, indien dit vervoer gewoonlijk tegen vergoeding wordt verricht. Verordening 4055/86 verklaart de artikelen 43–48 van het EG-Verdrag van overeenkomstige toepassing (artikel 1 lid 3).

Verordening 3577/92 ziet op cabotage van zeevervoer. Artikel 1 lid 1 verklaart het beginsel van het vrij verrichten van diensten van toepassing op zeevervoersdiensten binnen lidstaten voor reders uit de Gemeenschap die met in een lidstaat geregistreerde schepen varen welke de vlag van een lidstaat voeren en die voldoen aan alle eisen voor cabotage in die lidstaat. Op grond van artikel 2 lid 1 omvatten zeevervoersdiensten binnen een lidstaat het vervoer over zee van passagiers en goederen naar havens, off-shore installaties of eilanden van die lidstaat. Lid 2 bepaalt dat reders uit de Gemeenschap (o.a.) onderdanen van een lidstaat zijn die gevestigd zijn in een lidstaat volgens de wetgeving van die lidstaat en die scheepsactiviteiten verrichten. Artikel 3 bepaalt dat ten aanzien van de bemanning van schepen voorwaarden worden gesteld door de vlaggenstaat of de staat van ontvangst al naar gelang het schip aan bepaalde eisen voldoet.

Door beide verordeningen is de gehele, in grote mate in de jurisprudentie bepaalde, reikwijdte van het vrij verkeer van diensten van toepassing geworden op maritieme vervoersdiensten.⁶⁰ Dit brengt met zich dat discriminatie op basis van nationaliteit, in dit geval vlaggenstaat, verboden is. Indirecte discriminatie, voornamelijk zogenaamde *double burden* maatregelen zijn eveneens verboden.⁶¹ Voor maritieme vervoersdiensten is daarnaast uitgemaakt dat onderscheid tussen schepen die binnenlands vervoer verzorgen en schepen die intracommunautair vervoer verrichten, in principe ook kwalificeert als belemmering.⁶² Sinds de jaren '90 heeft het Hof van Justitie van de EG bij herhaling uitgesproken dat de vrijheid van dienstverlening zich niet alleen verzet tegen discriminerende beperkingen maar ook tegen beperkingen die niet discriminatoir van aard zijn (maar voortvloeien uit discrepanties tussen de nationale wetgevingen van de lidstaten).⁶³

10.1.3 Toegestane beperkingen van het vrij verkeer van diensten

Maatregelen die het vrij verkeer van diensten belemmeren zijn verboden. Ten aanzien van deze regel gelden – voor zover hier relevant – twee uitzonderingsgronden. De eerste is een Verdragsrechtelijke uitzondering. Maatregelen die onderscheid maken op basis van nationaliteit kunnen gerechtvaardigd zijn op gronden van openbare orde, openbare veiligheid of volksgezondheid (artikel 39 lid 3 en 46 EG-Verdrag jo. artikel 1 lid 3 Verordening 4055/86, zie ook artikel 27 van Richtlijn 2004/38/EG).

De tweede uitzonderingsgrond is jurisprudentieel bepaald en geldt voor maatregelen zonder onderscheid. Deze uitzonderingsgrond luidt:

«als grondbeginsel van het Verdrag kan het vrij verkeer van diensten echter slechts worden beperkt door regelingen die hun rechtvaardiging vinden in dwingende redenen van algemeen belang en die gelden voor iedere persoon of onderneming die op het grondgebied van de lidstaat van ontvangst werkzaam is, voor zover dit belang niet wordt gewaarborgd door de regels waaraan de dienstverrichter is onderworpen in de lidstaat waar hij is gevestigd.»⁶⁴

Daarnaast geldt voor deze maatregelen een noodzakelijkheids- en proportionaliteitseis die inhoudt dat de maatregel *geschikt* moet zijn om het beoogde doel te behalen en bovendien *niet verder mag gaan dan nodig* om dat doel te bereiken.

Deze uitzonderingsgrond (ook wel aangeduid als de Säger-formule) is eveneens van toepassing op het vrij verkeer van maritieme vervoersdiensten. De Commissie betoogt dit ook in haar antwoord op de vragen van het Europees Parlementier Wortmann-Kool waar zij stelt dat elke belemmering van het maritieme dienstenverkeer proportioneel moet zijn en gerechtvaardigd op grond van een dwingende reden van algemeen belang. Zij verwijst hierbij naar twee arresten die de Säger-formule hanteren.⁶⁵ In de zaak Analir heeft het Hof van Justitie van de EG de Säger-formule expliciet van toepassing verklaard op maritieme vervoersdiensten.⁶⁶

Objectieve veiligheidsvoorschriften en het belang van fysieke veiligheid van de dienstenafnemers kunnen gelden als dwingende reden van algemeen belang.⁶⁷ Voorts heeft het Hof van Justitie van de EG in een serie arresten over private beveiligingsbedrijven bepaald dat nationale voorschriften die aan alle ondernemingen (ongeacht land van vestiging) *dezelfde* voorwaarden stellen voor het verkrijgen van een erkenning, per definitie uitsluit dat rekening wordt gehouden met de verplichtingen waaraan de (buitenlandse) dienstverrichter reeds is onderworpen in de lidstaat waar hij is gevestigd zodat op die grond sprake is van schending van het vrij verkeer van diensten.⁶⁸

10.2 Het algemene kader toegepast

Handelen Duitsland en Denemarken gezien het bovenstaande in strijd met het vrij verkeer van diensten door van Nederlandse zeezeilschepen te vereisen dat zij aan de veiligheidsvoorschriften van het SOLAS Verdrag of Richtlijn 98/18 voldoen?

De veiligheidsvereisten zijn maatregelen die de toegang tot de dienstmarkt in Duitsland en Denemarken kunnen verhinderen of bemoeilijken. Immers, het niet voldoen aan de door Duitsland en Denemarken gestelde eisen, leidt tot aanhouding van schepen in Duitse en Deense havens en dus tot de onmogelijkheid om diensten te verlenen. In de huidige situatie, kunnen Nederlandse schepen alleen ingezet worden voor het verlenen

⁶⁴ C-76/90, Säger v Dennemeyer, r.o. 15 (zie voetnoot 63).

⁶⁵ Zie de zaken C-355/98, Commissie/België, Arrest van het Hof van 9 maart 2000, Jurispr. 2000, p. I-01221, r.o. 37 en C-252/83, Commissie/Denemarken, Arrest van het Hof van 4 december 1986, Jurispr. 1986, p. I-03713, r.o. 17.

⁶⁶ C-205/99, Analir, r.o. 20, 21 en 25 (zie voetnoot 60). Het vereiste van de toets of de bescherming van de boogde belangen reeds in de thuisstaat gewaarborgd waren, komt in dit arrest niet expliciet aan de orde omdat het feitencomplex daartoe geen aanleiding gaf. De zaak betrof een algemeen vergunningsstelsel betrof voor openbare-dienstverplichtingen voor veerdiensten tussen eilanden.

⁶⁷ Zie voor wat betreft objectieve veiligheidsvoorschriften de zaken C-189/03, Commissie/Nederland, Arrest van het Hof van 7 oktober 2004, Jurispr. 2004, p. I-09289, C-355/98, Commissie/België, r.o. 37 (zie voetnoot 65) en C-252/83, Commissie/Denemarken, r.o. 17 (zie voetnoot 65). Ten aanzien van fysieke veiligheid (in het kader van autoverkeer), zie de zaak C-55/93, Van Schaik, Arrest van het Hof van 5 oktober 1994, Jurispr. 1994, p. I-04837 en gevoegde zaken C-151/04 & 152/04, Nadin en Durré, Arrest van het Hof van 15 december 2005, Jurispr. 2005, I-11 203.

⁶⁸ Zie onder andere zaak C-355-98, Commissie/België (zie voetnoot 62), r.o. 35-38 en C-189/03, Commissie/Nederland (zie voetnoot 67).

van diensten in Duitsland en Denemarken indien deze beschikken over SOLAS of Richtlijn 98/18 conforme certificaten.

Voorop staat volgens de Commissie dat de lidstaten bevoegd zijn veiligheidseisen te stellen voor schepen die niet onder het toepassingsbereik van het SOLAS Verdrag of Richtlijn 98/18 vallen.⁶⁹ De fysieke veiligheid van de dienstenafnemers geldt immers als dwingende reden van openbaar belang. De Commissie voegt hieraan toe dat reizen tussen lidstaten van dergelijke schepen gebaseerd zullen moeten zijn op bilaterale afspraken. Wij merken op dat het treffen van de bilaterale afspraken niet een verplichting is die voortvloeit uit het EG-Verdrag. In zoverre heeft het antwoord van de Commissie een «politieke» strekking; de Commissie lijkt zich niet te willen branden aan de vraag of Duitsland en Denemarken eenzijdig de door hen gestelde veiligheidseisen mogen hanteren, noch of de Nederlandse veiligheidseisen afdoende kunnen worden geacht.

Hieronder wordt voor drie situaties een beoordeling gegeven van de toelaatbaarheid van Duitse en Deense eisen ten aanzien van Nederlandse zeezeilschepen. Hierbij wordt uitgegaan van het gegeven dat zeezeilschepen niet onder het SOLAS Verdrag of Richtlijn 98/18 vallen en het gegeven dat Duitsland en Denemarken in principe veiligheidseisen mogen stellen aan Nederlandse zeezeilschepen.

(1) Duitsland en Denemarken treffen discriminatoire maatregelen die niet gerechtvaardigd zijn

Duitsland en Denemarken stellen aan Nederlandse zeezeilschepen het vereiste dat deze voldoen aan de veiligheidsvereisten neergelegd in het SOLAS Verdrag of Richtlijn 98/18, terwijl beide instrumenten (naar alle waarschijnlijkheid) niet op deze zeezeilschepen van toepassing zijn. Uit de beschrijving van de toepasselijke nationale regelgeving blijkt dat Duitsland en Denemarken aan zeezeilschepen die onder hun vlag varen *niet* als vereiste stellen dat deze aan het SOLAS Verdrag of Richtlijn 98/18 moeten voldoen. Blijkens de door de BBZ verschaft informatie gaat het echter om hetzelfde soort schepen die grotendeels op dezelfde markt actief zijn en alle met betalende passagiers varen. Verschil is dat de Nederlandse zeezeilschepen door de Deense en Duitse overheid geacht worden commercieel uitgebaat te worden, terwijl de concurrerende Deense en Duitse zeezeilschepen naar de mening van diezelfde overheden, niet op commerciële basis zouden varen. Naar wij begrijpen is dit verschil in beoordeling niet gerechtvaardigd door de feiten. Dit is evenwel een punt van feitelijke aard dat nader zal moeten worden onderzocht.

Een maatregel die onderscheid maakt op basis van nationaliteit, of in dit geval vlaggenstaat, is in strijd met het vrij verkeer van diensten. De verdragsrechtelijke uitzonderingsgrond uit artikel 39 lid 3 is niet van toepassing.

Conclusie: Indien Duitse en Deense zeezeilschepen enerzijds en Nederlandse zeezeilschepen anderzijds, inderdaad, zoals de BBZ stelt, hetzelfde soort schepen zijn, die grotendeels op dezelfde markt actief zijn en alle met betalende passagiers varen, dan handelen Duitsland en Denemarken in strijd met het vrij verkeer van diensten door ten aanzien van veiligheidsvoorschriften onderscheid te maken tussen nationale zeezeilschepen en zeezeilschepen die onder de vlag van een andere lidstaat varen.

Uit het bovenstaande zou dan volgen dat Duitsland en Denemarken niet van Nederlandse zeezeilschepen mogen eisen dat deze aan het SOLAS Verdrag dan wel Richtlijn 98/18 voldoen indien zij deze eisen niet tevens opleggen aan zeezeilschepen die onder hun vlag varen. Hieronder worden

⁶⁹ Antwoord van de Commissie, Parliamentary questions E-3461/2007. Zie voetnoot 20.

twee situaties beschreven die zich, op basis van de in deze notitie in paragraaf 4 opgenomen beschrijving van zeezeilschepen en de gemaakte (beperkte) analyse ten aanzien van de toepasselijke nationale regelgeving niet voor lijken te doen. Deze situaties zouden zich bijvoorbeeld kunnen voordoen indien Duitsland en/of Denemarken hun beleid en regelgeving wijzigen.

(2) Hypothetische casus 1: Duitsland en Denemarken leggen in nationale regelgeving vast dat nationale en buitenlandse zeezeilschepen moeten voldoen aan de vereisten die het SOLAS Verdrag of Richtlijn 98/18 stellen

Duitsland en Denemarken leggen in nationale regelgeving neer dat alle zeezeilschepen, ongeacht of deze onder nationale vlag varen of onder de vlag van een andere lidstaat, moeten voldoen aan de vereisten van het SOLAS Verdrag of Richtlijn 98/18.

In dit geval zou er sprake zijn van een maatregel zonder onderscheid. De toelaatbaarheid van deze maatregel in het licht van het vrij verkeer van diensten moet beoordeeld worden aan de hand van de Säger-formule. De dwingende eis van algemeen belang is de fysieke veiligheid van passagiers. In principe wordt dit belang voor wat betreft onder Nederlandse vlag varende zeezeilschepen gewaarborgd door Nederlandse regelgeving. De door Duitsland en Denemarken vereiste conformiteit met het SOLAS Verdrag of Richtlijn 98/18 biedt naar verwachting extra bescherming ten opzichte van de Nederlandse veiligheidsvereisten. Het is aan Duitsland en Denemarken om de samenhang tussen het belang en de maatregel en de noodzaak van de maatregel aan te tonen.⁷⁰

Het vereisen van veiligheidscertificaten op basis van het SOLAS Verdrag of Richtlijn 98/18 is op zichzelf *geschikt* om de veiligheid van passagiers te waarborgen. Echter, de proportionaliteitsvraag is daarmee nog niet beantwoord. In ieder geval is verdedigbaar dat het stellen van eisen aan zeezeilschepen als ware het SOLAS Verdrag en Richtlijn 98/18 van toepassing, verder gaat dan nodig om de veiligheid te waarborgen precies omdat dit type schepen op grond van technische en economische overwegingen expliciet van het toepassingsbereik van het SOLAS Verdrag en Richtlijn 98/18 is uitgesloten.

(3) Hypothetische casus 2: Duitsland en Denemarken leggen in nationale regelgeving veiligheidsvoorschriften vast die gelden voor nationale en buitenlandse zeezeilschepen

Duitsland en Denemarken stellen voor Nederlandse zeezeilschepen dezelfde eisen als die voor Duitse en Deense zeezeilschepen in de huidige nationale regelgeving zijn neergelegd.

Indien hiervan sprake zou zijn, zouden Duitsland en Denemarken Nederlandse zeezeilschepen aan dezelfde vereisten onderwerpen als Duitse en Deense schepen. Wederom moet de Säger-formule toegepast worden. De dwingende eis van algemeen belang is de fysieke veiligheid van passagiers. Duitsland en Denemarken zullen de noodzaak van de maatregel en de proportionaliteit dienen aan te tonen. Hierbij zullen zij de Nederlandse regelgeving die de veiligheid van passagiers beoogt te beschermen in acht moeten nemen. Zoals vermeld in paragraaf 9.1 is de BBZ van mening dat de Nederlandse veiligheidsvoorschriften strenger zijn dan de Duitse en de Deense veiligheidsvoorschriften. Het is wegens het technische karakter en de onbekendheid met de details van de Duitse en Deense regelgeving niet mogelijk binnen het bestek van deze notitie te beoordelen of de Duitse en Deense eisen enerzijds en de Nederlandse eisen anderzijds vergelijkbaar zijn. Uitsluitel over deze vraag zou bijvoorbeeld

⁷⁰ Dit is voor het vrij verkeer van diensten bepaald in de zaak C-243/01, Gambelli, Arrest van het Hof van 6 november 2003, Jurispr. 2003, I-13 031.

verkregen kunnen worden door de verschillende voorschriften te laten onderzoeken door onafhankelijke, technische experts.

Indien de Duitse en Deense maatregelen verder gaan dan de Nederlandse, is het aan de nationale (Duitse respectievelijk Deense) rechter om – mede in het licht van de Nederlandse regelgeving – de proportionaliteit (inclusief noodzaak) van de Duitse en Deense regelgeving te beoordelen en daarmee een oordeel te vellen over de verenigbaarheid met het vrij verkeer van diensten. Naar de inschatting van de BBZ waarborgen de Nederlandse veiligheidsvoorschriften echter als gezegd een hogere veiligheidsstandaard dan de Duitse en Deense voorschriften. Indien de betreffende nationale rechter deze conclusie deelt, zal deze naar alle waarschijnlijkheid niet proportioneel achten dat Nederlandse zeezeilschepen zouden moeten voldoen aan de specifieke Duitse of Deense eisen.

De Duitse en Deense maatregelen kunnen niet zonder meer vereisen dat Nederlandse zeezeilschepen beschikken over een Deens dan wel Duits certificaat, dat deze schepen geregistreerd moeten worden of een aparte vergunning nodig hebben. Indien nationale regelgeving dergelijke eisen stelt, zonder rekening te houden met de vereisten waaraan de dienstverrichter op basis van regelgeving in de vlaggenstaat moet voldoen, is deze in strijd met het vrij verkeer van diensten.⁷¹

E.H. Pijnacker Hordijk,
advocaat

I.F. Kieft,
advocaat

Cc. R.W. Polak,
Parlementair advocaat

De Brauw Blackstone Westbroek N.V.

⁷¹ Dit blijkt uit de zogenaamde *double burden* rechtspraak en uit de rechtspraak inzake de particulier beveiligingsbedrijven waarin het Hof van Justitie van de EG de Säger-formule bezigde. Zie o.a. de zaak C-189/03, Commissie/Nederland (zie voetnoot 67). Ook interessant in dat kader is Richtlijn 98/34/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 juni 1998 betreffende een informatieprocedure op het gebied van normen en technische voorschriften, PB L 204 van 21.7 1998, p. 37 (de Notificatierichtlijn), die bepaalt dat technische voorschriften genotificeerd moeten worden voorafgaand aan inwerkingtreding. Bij de notificatie moet aangegeven worden hoe met wederzijdse erkenning omgegaan wordt. De Commissie adviseert om in technische regelgeving wederzijdse erkenningsclausules op te nemen.