CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL M. B. ELMER van 11 mei 1995 *

1. De onderhavige zaak betreft de vraag, of de Bondsrepubliek, door niet vóór 3 februari 1993 te voldoen aan twee richtlijnen betreffende, respectievelijk, de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, de krachtens het Verdrag op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen.

2. De eerste van die richtlijnen is richtlijn 88/295/EEG van de Raad van 22 maart 1988 tot wijziging van richtlijn 77/62/EEG betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen, alsmede tot intrekking van sommige bepalingen van richtlijn 80/767/EEG [1] (hierna: „richtlijn 88/295"). Volgens artikel 20 van richtlijn 88/295 moesten de Lid-Staten de nodige maatregelen in werking doen treden om uiterlijk op 1 januari 1989 aan deze richtlijn te voldoen en de Commissie onverwijld van die maatregelen in kennis te stellen. De richtlijn is in de Bondsrepubliek Duitsland door een brief van de Bondsminister van Economische zaken van 22 december 1988 voorlopig in een „innerstaatliche Verwaltungsvorschrift" omgezet. Bovendien heeft de Deutsche Verdingungsausschuß für Leistungen — ausgenommen Bauleistungen — op grond van de richtlijn de Verdingungsordnung für Leistungen — ausgenommen Bauleistungen — Teil A (hierna: „VOL/A") gewijzigd. De gewijzigde bepalingen zijn door het Bondsministerie van Economische zaken gepubliceerd in de *Bundesanzeiger* van 6 maart 1990.

3. De tweede richtlijn is richtlijn 89/440/EEG van de Raad van 18 juli 1989 tot wijziging van richtlijn 71/305/EEG betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken [2] (hierna: „richtlijn 89/440"). Ingevolge artikel 3 van deze richtlijn moesten de Lid-Staten uiterlijk één jaar na de kennisgeving van de richtlijn de nodige maatregelen in werking doen treden om eraan te voldoen, en moesten zij de Commissie daarvan onmiddellijk op de hoogte stellen. De richtlijn is op 19 juli 1989 ter kennis van de Lid-Staten gebracht, zodat de omzettingstermijn op 19 juli 1990 verstreek. De Deutsche Verdingungsausschuß für Bauleistungen heeft op grond van de richtlijn de Verdingungsordnung für Bauleistungen — Teil A (hierna: „VOB/A") aangepast. De gewijzigde versie van deze

* Oorspronkelijke taal: Deens.

1 — PB 1988, L 127, blz. 1.

2 — PB 1989, L 210, blz. 1.

Verdingungsordnung is door het Bondsministerie van Ruimtelijke ordening, Bouw en Stedebouw gepubliceerd in de *Bundesanzeiger* van 19 juli 1990.

4. Bij aanmaningsbrieven van 27 februari 1992 deelde de Commissie de Bondsrepubliek Duitsland mee, dat haars inziens in Duitsland niet de nodige maatregelen ter uitvoering van deze richtlijnen waren vastgesteld. De VOL/A en de VOB/A zijn volgens de Commissie te beschouwen als een geheel van zuiver particuliere regels, en het feit dat de administratie bij wege van administratieve circulaires opdracht zou hebben gekregen die maatregelen toe te passen, verleent de justitiabelen nog niet het recht zich op de betrokken regels te beroepen.

In haar met redenen omklede adviezen van 3 december 1992 bleef de Commissie bij haar standpunt, dat de richtlijnen niet naar behoren in Duits recht waren omgezet en verleende zij de Bondsrepubliek een termijn van twee maanden om de voor de omzetting noodzakelijke maatregelen vast te stellen.

5. In haar verzoekschrift van 3 november 1993 verzocht de Commissie het Hof vast te stellen, dat de Bondsrepubliek Duitsland, door niet binnen de in het met redenen omkleed advies gestelde termijn alle maatregelen vast te stellen om te voldoen aan de eisen van richtlijnen 88/295 en 89/440, respectievelijk deze maatregelen niet aan de Commissie mee te delen, de krachtens het Verdrag op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen. Ter terechtzitting preciseerde de Commissie, dat haar conclusies strekkende tot vaststelling van de niet-nakoming in de onderhavige procedure uitsluitend betrekking hebben op de niet-omzetting van voormelde richtlijnen in de Bondsrepubliek Duitsland op 3 februari 1993, de datum waarop de in de met redenen omklede adviezen gestelde termijn afliep. De vraag in hoeverre de richtlijnen door een reeks op 1 januari 1994 vastgestelde bepalingen naar behoren zijn omgezet, wordt door de Commissie afzonderlijk onderzocht; in voorkomend geval zal in dat verband een ander beroep wegens niet-nakoming worden ingesteld.

6. Tot staving van haar conclusies wijst de Commissie erop, dat de Lid-Staten volgens 's Hofs rechtspraak richtlijnen op zodanige wijze in hun nationale wetgeving moeten omzetten, dat particulieren in staat worden gesteld hun rechten te kennen en in voorkomend geval voor de nationale gerechten te doen gelden. [3] De twee in geding zijnde richtlijnen beogen elke leverancier en aannemer juist de mogelijkheid te verlenen, zich tegen de aanbestedende diensten op de plaatsingsregels van de richtlijnen te beroepen en in voorkomend geval voor de nationale gerechten schending van die regels aan te voeren.

3 — Zie, bij voorbeeld, de arresten van 23 mei 1985 (zaak 29/84, Commissie/Duitsland, Jurispr. 1985, blz. 1661) en 9 april 1987 (zaak 363/85, Commissie/Italië, Jurispr. 1987, blz. 1733).

De omzetting door middel van nationale administratieve circulaires voldoet niet aan die eisen, daar particulieren zich voor de nationale gerechten op dergelijke circulaires niet kunnen beroepen. Evenmin volstaat het, de bepalingen van de richtlijnen in de VOL/A en de VOB/A op te nemen. Deze regels zijn uitgewerkt door een comité bestaande uit vertegenwoordigers van de „Gebietskörperschaften" (lagere overheden), industriefederaties en vakbondfederaties. Dit comité ontleent zijn bevoegdheden niet aan een wet, en de regels die het vaststelt zijn als zuiver privaatrechtelijke procedurevoorschriften te beschouwen. Dienaangaande verwijst de Commissie naar het arrest van het Hof in de zaak C-361/88 (Commissie/Duitsland) [4], dat de tenuitvoerlegging van richtlijn 80/779/EEG [5] door middel van een algemene administratieve circulaire „Technische Anleitung zur Reinhaltung der Luft" betrof. In rechtsoverweging 20 van dat arrest overwoog het Hof, dat „de Bondsrepubliek Duitsland (...) geen nationale uitspraken heeft vermeld, die aan deze regeling expliciet rechtstreekse werking jegens derden toekennen naast haar bindende kracht voor de overheid. Derhalve kan niet worden gesteld, dat de particulier de omvang van zijn rechten met zekerheid kan kennen om ze in voorkomend geval voor de nationale gerechten geldend te maken, of ook dat degenen wier activiteiten vervuiling kunnen veroorzaken, voldoende zijn ingelicht over de omvang van hun verplichtingen."

De beroepsprocedures van richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken [6] (hierna: „richtlijn 89/665") vullen volgens de Commissie de mogelijkheden aan waarover de belanghebbenden beschikken om zich voor de nationale gerechten op schendingen van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten te beroepen, zonder die evenwel te vervangen.

7. Ter terechtzitting heeft de Bondsrepubliek Duitsland haar standpunt met betrekking tot de onderhavige zaak toegelicht als volgt. Zij betwist niet, dat zij de Commissie de in de richtlijn voorgeschreven mededelingen niet binnen de gestelde termijnen heeft doen toekomen. Wat de vraag betreft, of de richtlijnen bij het einde van de in het met redenen omkleed advies in de Bondsrepubliek Duitsland waren uitgevoerd, ontkent zij evenmin, dat nationale administratieve circulaires en de VOL/A en de VOB/A particulieren geen rechten verlenen die dezen voor de nationale gerechten geldend kunnen maken. De regels betreffende de bij beroepen tegen inbreuken op de richtlijnen te volgen procedure zijn echter eerst bij richtlijn 89/665 vastgesteld. Blijkens artikel 2, lid 8, van die richtlijn beoogt deze de Lid-Staten de mogelijkheid te verlenen, aan een rechterlijke toetsing gelijkwaardige toetsingsprocedures in te voeren. Het standpunt van de Commissie, dat de richtlijnen betreffende overheidsopdrachten particulieren het recht verlenen om inbreu-

4 — Arrest van 30 mei 1991 (Jurispr. 1991, blz. I-2567).

5 — Richtlijn van de Raad van 15 juli 1980 betreffende grenswaarden en richtwaarden van de luchtkwaliteit voor zwaveldioxyde en zwevende deeltjes (PB 1980, L 229, blz. 33).

6 — PB 1989, L 395, blz. 33.

ken voor de nationale gerechten te brengen, verdraagt zich dus niet met de richtlijn. Voorts volgt uit 's Hofs rechtspraak over de rechtstreekse werking van richtlijnen, dat particulieren tegen de overheid inbreuken op de plaatsingsregels van de richtlijnen kunnen aanvoeren, bij voorbeeld in het kader van een beroep tot schadevergoeding.

8. In de loop van de procedure zijn partijen ingegaan op een reeks gedetailleerde vragen betreffende de wijze waarop de richtlijnen door de VOL/A en VOB/A zijn omgezet.

9. Ik wil beginnen met erop te wijzen, dat de richtlijnen betreffende overheidsopdrachten volgens de rechtspraak van het Hof particulieren rechten verlenen, waarop dezen zich onder bepaalde voorwaarden rechtstreeks voor de nationale gerechten kunnen beroepen (arresten van 20 september 1988, zaak 31/87, Beentjes [7], en 22 juni 1989, zaak 103/88, Costanzo [8]).

10. Richtlijn 89/665 draagt de datum van 21 december 1989 en is dus na voornoemde arresten vastgesteld. Het argument van de Bondsrepubliek Duitsland betreffende het belang van deze richtlijn berust dus op de veronderstelling, dat deze de rechten beoogt te beperken die particulieren volgens voormelde rechtspraak jegens de overheid hebben. Beziet men de inhoud en de considerans van de richtlijn, dan blijkt deze echter geen aanknopingspunten voor die stelling te bevatten. Veeleer blijkt, dat de richtlijn ertoe strekt, „de zowel op nationaal als op gemeenschapsniveau bestaande voorzieningen, (...) in het bijzonder in een stadium waarin de schendingen nog ongedaan kunnen worden gemaakt" [9], te versterken.

11. Artikel 189, derde alinea, vereist voor de omzetting van een richtlijn in nationaal recht niet noodzakelijkerwijs, „dat de bepalingen ervan formeel en woordelijk in een uitdrukkelijke en specifieke wettelijke bepaling worden opgenomen". Naar gelang van de inhoud van de richtlijn „kan (...) worden volstaan met een algemene juridische context, wanneer deze daadwerkelijk de volledige toepassing van de richtlijn op voldoende duidelijke en nauwkeurige wijze verzekert, zodat, ingeval de richtlijn rechten voor particulieren in het leven beoogt te roepen, de begunstigden al hun rechten kunnen kennen en ze zo nodig voor de nationale rechterlijke instanties kunnen doen gelden". [10]

12. Het is vaste rechtspraak, dat een Lid-Staat zich niet aan de krachtens artikel 189, derde alinea, op hem rustende verplichting tot omzetting van richtlijnen in nationaal recht kan onttrekken, door te verwijzen naar

7 — Jurispr. 1988, blz. 4635.
8 — Jurispr. 1989, blz. 1839.

9 — Zie de tweede overweging van de considerans.
10 — Zie het in voetnoot 3 vermelde arrest van 9 april 1987, r. o. 7.

de rechtspraak van het Hof, volgens welke particulieren zich in bijzondere omstandigheden tegen de overheid voor de nationale gerechten rechtstreeks op de bepalingen van een richtlijn kunnen beroepen. [11]

13. In casu wordt niet betwist, dat de in het verzoekschrift van de Commissie genoemde richtlijnen bij het verstrijken van de in het met redenen omkleed advies van 3 september 1993 gestelde termijn slechts door nationale administratieve circulaires en de privaatrechtelijke bepalingen van de VOL/A en de VOB/A waren uitgevoerd. Evenmin wordt betwist, dat deze bepalingen particulieren geen rechten verlenen waarop dezen zich voor de nationale gerechten kunnen beroepen.

14. Bijgevolg moet de door de Commissie gestelde niet-nakoming worden vastgesteld.

Onder die omstandigheden kunnen de meer gedetailleerde vragen betreffende de wijze waarop de richtlijnen door de VOL/A en de VOB/A zijn ten uitvoer gelegd, buiten beschouwing blijven.

15. Aangezien de Bondsrepubliek Duitsland in het ongelijk moet worden gesteld, dient zij, zoals door de Commissie gevraagd, in de kosten te worden verwezen.

Conclusie

16. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging voor recht te verklaren:

„— Door niet binnen de gestelde termijn de nodige maatregelen vast te stellen om te voldoen aan de eisen die voortvloeien uit richtlijn 89/440/EEG van de Raad van 18 juli 1989 tot wijziging van richtlijn 71/305/EEG betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken en uit richtlijn 88/295/EEG van de Raad van 22 maart 1988 tot wijziging van richtlijn 77/62/EEG betreffende de coördinatie van de

11 — Arrest van 6 mei 1980 (zaak 102/79, Commissie/België, Jurispr. 1980, blz. 1473).

procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen, alsmede tot intrekking van sommige bepalingen van richtlijn 80/767/EEG, is de Bondsrepubliek Duitsland de krachtens het Verdrag op haar rustende verplichtingen niet nagekomen.

— De Bondsrepubliek Duitsland wordt verwezen in de kosten."