CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL G. F. MANCINI van 31 maart 1987 *

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

1. Op 8 juli 1985 stelde de Commissie van de Europese Gemeenschappen beschikking C(85) 1089 vast tot invoering van een procedure voor voorafgaande mededeling en overleg inzake het migratiebeleid ten aanzien van derde landen, die zij drie dagen later aan de Permanente Vertegenwoordigingen van de Lid-Staten betekende. Aan de Permanente Vertegenwoordiging van Frankrijk werd op 18 juli 1985 een herziene versie C(85) 1089 Rev. toegezonden, waarna zij in het Publikatieblad van 14 augustus 1985 (L 217, blz. 25) definitief werd bekendgemaakt onder nummer 85/381.

Bij verzoekschriften neergelegd tussen 17 en 23 september 1985, hebben de Bondsrepubliek Duitsland (zaak 281/85), de Franse Republiek (zaak 283/85), het Koninkrijk der Nederlanden (zaak 284/85), het Koninkrijk Denemarken (zaak 285/85) en het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland (zaak 287/85) beroep ingesteld tot nietigverklaring van die beschikking. Bij drie beschikkingen van 19 februari 1986 zijn Nederland, het Verenigd Koninkrijk en het Europees Parlement toegelaten tot interventie, ter ondersteuning van respectievelijk de Bondsrepubliek, Frankrijk en de Commissie. Bij beschikking van 9 juli 1986 heeft het Hof: a) de door de Commissie in zaak 284/85 opgeworpen ontvankelijkheidsvraag met de hoofdzaak gevoegd en b) de vijf zaken voor de mondelinge behandeling en het arrest gevoegd. Mijn conclusie heeft derhalve betrekking op alle beroepen.

2. De bestreden beschikking is gegeven krachtens artikel 118 EEG-Verdrag. Volgens de Commissie geeft dit haar tot taak „de samenwerking tussen de Lid-Staten op sociaal gebied te bevorderen... en daartoe het nodige overleg te organiseren" (zevende overweging). Zij bevat drie reeksen van voorschriften, alle gericht tot de Lid-Staten: artikel 1 legt een informatieplicht op, artikel 3 somt de doelstellingen op van het overleg waartoe de regeringen gehouden zijn, en de artikelen 2 en 4 bevatten procedurele voorschriften.

De door de Lid-Staten te verstrekken informatie heeft betrekking op hun migratiebeleid; het betreft hier derhalve de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen en de overeenkomsten waarmee zij aan dat beleid uitvoering geven (artikel 1, lid 2) of voornemens zijn uitvoering te geven. De Commissie is echter vooral geïnteresseerd in de maatregelen waaraan wordt gewerkt. Op grond van artikel 1, lid 1, moeten de Lid-Staten de Commissie tijdig, doch uiterlijk op het tijdstip van bekendmaking, in kennis stellen van: a) de ontwerpen van maatregelen die zij voornemens zijn te treffen ten aanzien van de werknemers en hun gezinsleden, die onderdaan zijn van derde landen, op het gebied van binnenkomst, verblijf en tewerkstelling, inclusief illegale binnenkomst, illegaal verblijf en illegale tewerkstelling, alsmede met betrekking tot de verwezenlijking van het beginsel van gelijke behandeling op het gebied van levensstandaard en arbeidsvoorwaarden, beloning en economische rechten, bevordering van de profes-

* Vertaald uit het Italiaans.

sionele, sociale en culturele integratie, en de vrijwillige terugkeer van deze personen naar hun land van herkomst; b) de ontwerp-overeenkomsten op voornoemde gebieden; c) de samenwerkingsovereenkomsten met derde landen waarover zij voornemens zijn te onderhandelen of die zij wensen te verlengen, wanneer deze overeenkomsten bepalingen over genoemde onderwerpen bevatten; d) de overeenkomsten inzake de verblijfs- en tewerkstellingsvoorwaarden van communautaire onderdanen en hun gezinsleden, die werken in derde landen, waarover zij met deze landen wensen te onderhandelen of die zij wensen te verlengen.

Het met de beschikking beoogde overleg heeft drieërlei doel. In de eerste plaats, vergemakkelijking van de wederzijdse voorlichting en van de vaststelling van de problemen van gemeenschappelijk belang en, in samenhang met die problemen, van het innemen van een gemeenschappelijk standpunt door de Lid-Staten, met name in verband met de internationale bepalingen inzake migratie. In de tweede plaats dient het te bewerkstelligen, dat de in artikel 1 bedoelde ontwerpen van overeenkomsten en maatregelen in overeenstemming zijn met het beleid en de acties van de Gemeenschap op deze gebieden, inclusief die op het gebied van ontwikkelingshulp, en dat zij de resultaten daarvan niet in het gedrang brengen, in het bijzonder met betrekking tot het communautair arbeidsmarktbeleid. In de derde plaats moet worden nagegaan of de maatregelen die hetzij door de Gemeenschap, hetzij door de Lid-Staten op de in artikel 1 genoemde gebieden zouden kunnen worden genomen, opportuun zijn, met name om vorderingen te maken met de harmonisatie van de nationale vreemdelingenwetgevingen, om de opnemingen in bilaterale overeenkomsten van een maximum aan gemeenschappelijke bepalingen in de hand te werken, en om de bescherming van onderdanen van de Lid-Staten die in derde landen werken en wonen, te verbeteren.

Zoals gezegd, hebben de artikelen 2 en 4 betrekking op de procedurele aspecten van het overleg. Zo bepaalt artikel 2, lid 1, dat binnen twee weken vanaf de kennisgeving van ontwerpen van overeenkomsten en/of nationale maatregelen, een Lid-Staat kan verzoeken dat overleg wordt gepleegd dan wel de Commissie daartoe het initiatief kan nemen; dat overleg vindt dan plaats binnen zes weken dan wel, indien een Lid-Staat zich op de urgentie van de zaak beroept, onmiddellijk. Eveneens op verzoek van een Lid-Staat of op initiatief van de Commissie kan voorts op ieder ogenblik buitengewoon overleg worden gepleegd. Het mag daarbij echter niet gaan om aangelegenheden waarover reeds overleg is gepleegd en ten aanzien waarvan zich geen nieuwe ontwikkelingen hebben voorgedaan.

Volgens artikel 4 wordt het overleg georganiseerd door de Commissie, die het voorzitterschap en het secretariaat waarneemt. Dit doet echter niet af aan de bevoegdheden van de reeds bestaande organen, in het bijzonder het raadgevend en het technisch comité vrij verkeer van werknemers, zoals die werden vastgesteld bij verordening nr. 1612/68 van de Raad van 15 oktober 1968 (PB 1968, L 257, blz. 2). Artikel 4 bepaalt voorts, dat de Lid-Staten alle maatregelen nemen die nodig zijn voor de goede werking van de overlegprocedure en, in voorkomend geval, het geheime karakter bewaren van de inlichtingen die hun in dat verband worden verstrekt.

3. De onderhavige zaak draait om de uitlegging van een zeer belangrijke bepaling: artikel 118 EEG-Verdrag. Anders dan verweerster, zijn de verzoekende Lid-Staten namelijk van oordeel dat dit artikel haar generlei bevoegdheid inruimt op het gebied van het migratiebeleid ten aanzien van derde landen, en dat het met name geen grondslag biedt voor de uitvaardiging van dwingende bepalingen. Het lijkt mij dan ook aangewezen om hier te beginnen met een onderzoek van artikel 118, inzonderheid de overwegingen die tot de toepassing ervan hebben geleid, de op de grondslag ervan tot stand gekomen regelingen en de

door de Commissie tot op heden gevolgde praktijk op het gebied van het overleg tussen de Lid-Staten.

De inhoud van artikel 118, dat behoort tot hoofdstuk 1 (Sociale bepalingen) van titel III (Sociale politiek), is niet onbekend. Van de drie alinea's somt de eerste de doelstellingen op die de wetgever voor ogen hebben gestaan. Zij luidt als volgt: „Onverminderd de overige bepalingen van dit Verdrag en overeenkomstig de algemene doelstellingen daarvan heeft de Commissie tot taak, tussen de Lid-Staten een nauwe samenwerking op sociaal gebied te bevorderen, met name op het terrein van de werkgelegenheid, van het arbeidsrecht en de arbeidsvoorwaarden, van de beroepsopleiding en de voortgezette vorming, van de sociale zekerheid, van de bescherming tegen arbeidsongevallen en beroepsziekten, van de arbeidshygiëne, van het recht zich te organiseren in vakverenigingen en van collectieve onderhandelingen tussen werkgevers en werknemers."

De tweede alinea vermeldt de middelen waarmee de Commissie die doelstellingen moet bereiken: „Te dien einde is de Commissie in nauw contact met de Lid-Staten werkzaam door het verrichten van studies, het uitbrengen van adviezen en het organiseren van overleg zowel omtrent vraagstukken die zich voordoen op het nationale plan als omtrent die welke de internationale organisaties raken." De derde alinea bevat een fundamenteel vormvoorschrift, waar het bepaalt dat de Commissie, „alvorens de in dit artikel bedoelde adviezen uit te brengen, ... het Economisch en Sociaal Comité (raadpleegt)".

Dit vooropgesteld dien ik er onmiddellijk op te wijzen, dat er nooit eenstemmigheid heeft bestaan over de beginselen die bij de toepassing van artikel 118 moeten worden geëerbiedigd, of, juister gezegd, over de manier waarop de Commissie de haar in dit artikel toegekende bevoegdheden moet aanwenden. Tot aan het begin van de jaren zestig wensten de Lid-Staten, althans de meeste, dat gebruik klaarblijkelijk zo beperkt mogelijk te zien. Zo liepen de ontmoetingen waarvoor de Commissie de ter zake bevoegde nationale autoriteiten had uitgenodigd ter bestudering van de mogelijkheden voor wederzijdse samenwerking, zeer spoedig op een mislukking uit; bovendien echter spraken de regeringen grote reserves uit met betrekking tot de bevoegdheid van de Commissie om aanbevelingen te doen (1967) en adviezen uit te brengen, ook al zijn deze laatste in artikel 118 uitdrukkelijk voorzien. Adviezen, zo werd opgemerkt, worden uitgebracht in de uitoefening van een raadplegende functie, en kunnen derhalve niet tot stand komen zonder uitdrukkelijk verzoek van de Lid-Staten.

Een niet minder wantrouwende en strenge houding werd ingenomen ten aanzien van de verrichting van studies. Tijdens de bijeenkomsten van 24 mei en 21 en 22 oktober 1963 stelden de vertegenwoordigers van de Lid-Staten een ware gedragscode op waaraan de Commissie zich zou moeten houden. Meer in het bijzonder werd overeengekomen: a) dat de Commissie, alvorens over te gaan tot bestudering van nieuwe sociale vraagstukken, haar project aan de Raad en aan de regeringen moest voorleggen en voorafgaande unanieme goedkeuring van laatstgenoemden nodig had; b) dat zij zonder voorafgaande toestemming van de regeringen uit verrichte studies geen conclusies mocht trekken die als grondslag voor specifieke beleidslijnen zouden dienen; c) dat zij zich niet kon beroepen op de resultaten van de conferentie over de sociale zekerheid van 1962 dan met deelneming van de regeringen en onafhankelijke deskundigen; d) dat over de interventie van de sociale partners uitsluitend en van geval tot geval door de regeringen zou worden beslist.

De nationale delegaties konden het er evenwel niet over eens worden, welk orgaan de onderzoeksgebieden zou vaststellen. Uit hun bedoelingen blijkt evenwel, dat zij slechts twijfelden tussen de Raad en een bijeenkomst van de regeringen in het kader van de Raad (zie het rapport Nederhorst over de toepassing van de sociale bepalingen van artikel 118, Europees Parlement, zittingsdocument 1965-1966 nr. 60, 14 juni 1965, blz. 9, en Heyning, „Problèmes interinstitutionnels posés par la mise en oeuvre d'une politique sociale au niveau communautaire", in *Revue du Marché commun*, 1967, blz. 198 e. v.).

Hardere stemmen ontbraken stellig niet. In een „memorandum sulla politica sociale" van de Italiaanse regering (1964) werd harde kritiek geuit op de tot dan toe dominerende „restrictieve uitlegging" van artikel 118. Deze had — aldus het document — een impasse gecreëerd door enerzijds de interventies van de Gemeenschap te beperken tot enkele handelingen die nauwelijks of geenszins doeltreffend waren, en anderzijds voor belangrijke besluiten de verlammende procedure te vereisen van conferenties tussen regeringsvertegenwoordigers. Daarentegen zou niets beletten, de doelstellingen van de bepaling te bereiken met de „normale dynamiek" van de communautaire instrumenten; evenmin zou men kunnen tegenwerpen, dat de Commissie op grond van artikel 118 alleen een nauwe samenwerking tussen de Lid-Staten kan bevorderen, waar dit artikel voorts bepaalt dat zij deze taak moet verrichten „onverminderd de overige bepalingen van dit Verdrag" (de tekst van het memorandum is gevoegd bij het rapport Nederhorst, t. a. p., blz. 20).

Het Europees Parlement nam een nog duidelijker standpunt in. In een resolutie van 16 juni 1965 sprak het zich uit voor een „extensieve" uitlegging van artikel 118 en van de andere verdragsbepalingen waarin „een initiatiefrecht en een coördinatieopdracht voor de Europese Commissie liggen besloten en op grond waarvan het nemen van sociale maatregelen op communautair niveau kan worden verantwoord." Het verwierp dan ook „het standpunt van de regeringen van sommige Lid-Staten... dat eerst volledige overeenstemming tussen de zes regeringen noodzakelijk is alvorens de... Commissie gemachtigd is nieuwe onderwerpen van sociale aard in studie te nemen of aanbevelingen krachtens artikel 118 te doen" (PB 1965, blz. 2018).

Deze interventies deden een nogal levendig debat ontstaan, waarin Raad en Parlement de hoofdrol speelden. Op 19 december 1966 sprak de Raad zich uit over het studievraagstuk en wees hij de standpunten die de Lid-Staten drie jaar eerder hadden ingenomen, met klem af. Het Parlement gaf een krachtig antwoord. In een resolutie van 1 februari 1967 protesteerde het tegen de tendens om aan bilaterale en multilaterale ad hoc-procedures de voorkeur te geven boven communautaire maatregelen overeenkomstig de Verdragen, die hun politieke en juridische grondslag in door de Lid-Staten aangegane verplichtingen vinden. De Raad trok zich hier evenwel niets van aan. In twee van zijn werkprogramma's, van 29 februari 1968 [bijlage II bij doc. 1413 f 68 (doc. 84) van 26.9.1968] en 27 juli 1971 (PB C 23 van 8.3.1972, blz. 20) pakte hij het studievraagstuk opnieuw aan en kende hij de Commissie voor bepaalde aspecten een nog kleinere en ondergeschiktere rol toe. Deze kreeg in feite het recht, deel te nemen aan de keuze van de studiegebieden, maar tegelijkertijd werd haar de bevoegdheid ontnomen om de uitvoering van de studies zelfstandig te leiden. „De stand van

werkzaamheden — aldus het werkprogramma van 1971 — dient *gemeenschappelijk* en *met regelmatige tussenpozen* bestudeerd te worden om het eenvormige en samenhangende karakter van dit programma te kunnen handhaven" (cursivering van mij).

4. Verschillen van mening derhalve; maar vooral onverschilligheid, wantrouwen en een krachtige verdediging van de nationale souvereiniteit, eerder nog dan vermaningen en veroordelingen. Een analyse van de op artikel 118 gebaseerde handelingen toont aan dat de Commissie zich, althans vanaf het einde van de jaren zestig, niet volledig liet vastbinden aan de stoel die de Raad en de Lid-Staten voor haar hadden gereserveerd. Studies werden verricht, ook op hoog niveau; en als ik mij niet vergis, gaf zij weliswaar geen adviezen, maar verlieten op zijn minst tien aanbevelingen het Berlaymont. Ik geef toe dat artikel 118 het doen van aanbevelingen niet vermeldt, maar in de bevoegdheid van de Commissie daartoe voorziet artikel 155 in de ruimst mogelijke termen („over de in [het] Verdrag behandelde onderwerpen... indien zij dit noodzakelijk acht"). Ik wil er echter vooral op wijzen — en hierna zal nog blijken hoe belangrijk dit is — dat bedoelde aanbevelingen *steeds* aan het Economisch en Sociaal Comité moesten worden voorgelegd.

Tot slot een verrassing: de bestreden maatregel is niet de eerste van zijn soort die de Commissie op de grondslag van artikel 118 heeft vastgesteld. De paritaire comités voor sociale vraagstukken in de visserijsector en van de agrarische werknemers werden op 25 juli 1974 ingesteld bij besluiten nrs. 74/441 en 74/442. Evenmin kan worden gezegd, gelijk sub 7 nog duidelijker zal blijken, dat de Lid-Staten en de Raad op de toepassing van dit mechanisme hebben gereageerd met polemieken of er ook maar hun wenkbrauwen voor hebben opgetrokken.

Dan kom ik thans toe aan de overlegkwestie. Overleg heeft herhaaldelijk en op verscheidene manieren plaatsgevonden. Soms, op verzoek van de regeringen, in de vorm van ad hoc-bijeenkomsten van hun „sociale adviseurs" en communautaire ambtenaren; andere keren in de vorm van „Europese conferenties", waaraan deelnamen vertegenwoordigers van de Lid-Staten, delegaties van de sociale partners en deskundigen, en die waren gewijd aan enkele grote problemen (sociale gevolgen van de technische vooruitgang in 1960, sociale zekerheid in 1962); nog andere, aangeduid als studiedagen, symposia en ronde-tafelconferenties, waren gewijd aan de bestudering van minder ernstige problemen (sociale woningbouw in 1963, bedrijfsgeneeskunst en sociale opleiding in 1964). Ook moet worden herinnerd aan de schriftelijke adviezen die de Commissie inwint bij de in het Verdrag voorziene comités en de bij secundair gemeenschapsrecht in het leven geroepen twee-partijen- en drie-partijenorganen. Daarbij wordt gesproken over het verslag over de sociale toestand in de Gemeenschap, dat de Commissie jaarlijks aan het Parlement moet voorleggen (artikel 122 EEG-Verdrag).

Een omvangrijke activiteit, al bij al. Maar deze keer — dit zij toegegeven — georganiseerd door de Commissie in een duidelijk ondergeschikte rol. Volgens de doctrine is de beslissing of, hoe en wanneer overleg moet plaatsvinden, een zaak van de Lid-Staten, en kan de Commissie noch de overlegthema's bepalen noch procedureregels voorschrijven (zie: Knolle, „Artikel 118", in *AA. VV., EWG-Vertrag Kommentar,* tweede uitgave, Baden-Baden 1974, blz. 1515). De praktijk lijkt deze aanvechtbare stelling te

staven. De Commissie heeft slechts in enkele gevallen bijeenkomsten georganiseerd of adviezen ingewonnen zonder zich te verzekeren van de instemming van de Raad. Bij het schriftelijk overleg over de tenuitvoerlegging van artikel 118 (Ribas, *La politique sociale des Communautés européennes*, Parijs, 1969, blz. 47) en de ronde-tafelconferentie over het sociaal beleid in de vervoersector bij voorbeeld, gaf de Raad de op de agenda te plaatsen discussiepunten aan en zetten de nationale delegaties de aan de betrokken regeringsfunctionarissen toe te kennen rol nader uiteen (Achtste overzicht van de werkzaamheden van de Raad, april tot september 1963, blz. 40).

5. Dan is thans het moment aangebroken om de feiten te onderzoeken. Dat betekent in casu, dat wij terugmoeten naar de vele fasen in het proces dat vooraf is gegaan aan de totstandkoming van beschikking nr. 85/381 en aan de beroepen waarover het Hof zich heeft uit te spreken.

Naar het mij voorkomt, belanden wij dan in het jaar 1974, zo niet 1972. In oktober van dit laatste jaar vroeg de Conferentie van Staatshoofden en Regeringsleiders te Parijs de autoriteiten in Brussel, een sociaal actieprogramma vast te stellen en in de noodzakelijke maatregelen en middelen te voorzien. Vijftien maanden later — op 21 januari 1974 — gaf de Raad aan dit verzoek gevolg en nam hij een resolutie aan (PB 1974, C 13, blz. 1), waarin hij als zijn mening te kennen gaf dat „volledige en optimale werkgelegenheid op communautair, nationaal en regionaal niveau... een wezenlijke voorwaarde is voor een doeltreffend sociaal beleid", en uiting gaf aan de bereidheid om uiterlijk in 1976 passende maatregelen vast te stellen. Een van die maatregelen — en dit is hier van belang — was een actieprogramma gericht op: a) de verwezenlijking van gelijke behandeling van communautaire en niet-communautaire werknemers „op het gebied van de levens- en arbeidsomstandigheden, de lonen en de economische rechten"; b) „de bevordering van overleg over het migratiebeleid ten opzichte van derde landen."

Daarop volgden, met in de hoofdrol dezelfde organen, drie tamelijk belangrijke episodes. Nog steeds in 1974, wees de Conferentie van Staatshoofden en Regeringsleiders (Parijs, 9 en 10 december) in punt 10 van haar slotcommuniqué op de noodzaak, de vreemdelingenwetgeving geleidelijk te harmoniseren. Twee jaar later nam de Raad een nieuwe resolutie aan (9 februari 1976, PB 1976, C 34, blz. 2), waarin hij bovengenoemde doelstellingen herhaalde met de toevoeging, dat de illegale immigratie van niet-communautaire werknemers gezamenlijk moest worden bestreden; tot slot gaf hij uiting aan zijn „politieke wil" om de beloofde acties te verwezenlijken met inachtneming van de bevoegdheden van alle betrokkenen. Op 11 december 1978 ten slotte keurde de Algemene commissie van de Euro-Arabische dialoog te Damascus een verklaring goed inzake de beginselen die de levens- en arbeidsomstandigheden van de migrerende werknemers uit beide gebieden beheersen. Ook hierin wordt de gelijke behandeling op het gebied van de economische rechten en de fundamentele openbare vrijheden verzekerd (Zesentwintigste overzicht van de werkzaamheden van de Raad, 1 januari tot en met 31 december 1978, blz. 59).

Op dat moment verschijnt de Commissie op het toneel. Deze had tot dan toe maar matige belangstelling gehad voor het migratiebeleid. In de mededeling die zij op 27 maart 1979 [doc. COM(79) 115 def.]

toezendt aan de Raad, geeft zij een nauwkeurig beeld van de sociaal-economische achtergrond van het probleem, en schenkt zij zowel aandacht aan de strategische doelstellingen als aan de procedurele details. Deze mededeling is hier derhalve van het allergrootste belang, zodat zij aandachtig moet worden onderzocht.

De Commissie begint met — ook voorzichtigheidshalve — te erkennen, dat het aan de Raad staat om „principes voor overleg tussen de Lid-Staten onderling en met de Commissie" vast te leggen (punt 2.10). Maar de toon wordt onmiddellijk feller. Bedoeld overleg is in feite onmisbaar. Het moet worden gezien als „een logisch uitvloeisel van het gemeenschapsbeleid inzake het vrije verkeer van werknemers van de Gemeenschap" (punt 3.2); dit kan ernstig in gevaar worden gebracht door de thans lukrake, slecht geplande en vaak illegale toelating van vreemdelingen. Mitsdien moet men gezamenlijk een aantal maatregelen bestuderen, om orde te brengen in de immigratie van werknemers uit derde landen, waarbij „de prioriteit van de onderdanen van de landen van de Gemeenschap op de communautaire arbeidsmarkt" moet worden gewaarborgd en versterkt (punt 3.5). Het probleem dringt zich met name op voor Britse, Ierse en Deense werknemers gedurende de overgangsperiode. Als eerste punt voor onmiddellijk overleg noemt de Commissie de voorrang die deze werknemers moeten krijgen vóór arbeidskrachten uit derde landen (punt 4.1).

Wat betreft de procedure voor het door haar geschetste overleg, acht de Commissie geen nieuwe instrumenten noodzakelijk. Zij acht artikel 19 van verordening nr. 1612/68 voldoende soepel om ook op het gebied van het migratiebeleid te worden toegepast. Dit betekent dat de Commissie verslag zal uitbrengen over de resultaten van de communautaire regeling voor de controle en de compensatie van vraag en aanbod van arbeidskrachten en over de verwachte ontwikkelingen op de arbeidsmarkt, inzonderheid de vermoedelijke aanvaarding van vacante betrekkingen door werknemers uit de Lid-Staten. Dit sluit evenwel niet uit, dat zonodig ad hoc-werkgroepen voor speciale aangelegenheden in het leven worden geroepen.

6. Zoals kon worden verwacht, zorgde het aldus samengevatte document voor wat beweging in de sinds jaren vastgelopen standpunten van Lid-Staten, Raad en Commissie over de criteria voor de toepassing van artikel 118. In het verslag van het Comité van permanente vertegenwoordigers voor de zitting van de Raad „Arbeid en sociale zaken" (doc. SOC 266 van 15.11.1979) werd bij voorbeeld het bestaan erkend van een verband tussen het migratiebeleid en de voorrang van communautaire onderdanen, en werd voorgesteld dat de Lid-Staten op dit punt overleg zouden plegen. Voor wie ook sociologische of arbeidsrechtelijke problemen had gezien, was de vooruitgang niet gering. De reserves die enkele regeringen ten aanzien van de procedure naar voren brachten, wogen daar evenmin tegenop. Hier kregen de nationale gevoelens namelijk weer de overhand. Zo merkte de Franse delegatie op, dat het raadgevend comité van verordening nr. 1612/68 geen geschikt overlegorgaan is, wanneer de te bespreken aangelegenheden de souvereiniteit in het geding brengen; in dat geval verdient het technisch comité de voorkeur, mits dit geen communautaire onderhandelingsposities uitwerkt. In ieder geval — zo stelden de Franse en de Duitse delegatie — zou de Commissie geen algemeen mandaat moeten ontvangen. Denemarken voegde hieraan toe, dat het overleg in het algemeen niet tot bindende instrumenten mag leiden.

Op deze waarschuwing antwoordde de Commissie, dat zij het overleg zag als een

methode die haar in staat moest stellen om voorstellen te doen, en niet om tot besluiten over te gaan. Een nauwkeuriger — en wellicht betere — formulering gaf de Raad in zijn conclusies van vorenbedoelde zitting (doc. PV/CONS 53 SOC 292 van 26.11.1979). Na te hebben beklemtoond, dat de aandacht van alle kanten moest worden toegespitst op de oplossing van de kwestie van de voorrang van de communautaire werknemers, het probleem van de arbeidskrachten uit derde landen en dat van de in derde landen werkzame communautaire onderdanen, verklaarde de Raad: „Het hoofddoel van het overleg is veeleer het vergemakkelijken van het bereiken van een gemeenschappelijk standpunt van de Lid-Staten dan het vergemakkelijken van de aanneming van communautaire juridische instrumenten, onverminderd evenwel de bevoegdheden van de instellingen van de Gemeenschappen" (verklaring bij punt 7 van de conclusies). De Raad achtte de tijd voor een dergelijk initiatief gekomen en verzocht de Commissie derhalve, „passend overleg voor te bereiden of, naar gelang van het geval, te organiseren".

Zes maanden later wierp het document van de Commissie opnieuw vruchten af: de resolutie van de Raad van 27 juni 1980 betreffende richtsnoeren voor een communautair arbeidsmarktbeleid (PB 1980, C 168, blz. 1), waarin de procedurele vraagstukken terzijde werden gelaten en het accent werd gelegd op het fundamentele vraagstuk van het overleg. „De eenmaking van de... markt — aldus punt III — moet worden bevorderd in het kader van het vrije verkeer van werknemers..., met name door de concrete invoering van het SEDOC (het Europese systeem voor de mededeling van de voor internationale arbeidsbemiddeling geregistreerde aanbiedingen van en aanvragen om werk), waarbij... voorrang moet worden gegeven aan werknemers die onderdaan van een Lid-Staat zijn en de toevloed van arbeidskrachten uit derde landen... moet worden ingedamd, alsook door passend overleg over het migratiebeleid van de Lid-Staten ten opzichte van derde landen". Een moeizame formulering, maar de politieke strekking van de boodschap is duidelijk; eveneens duidelijk is de oproep om te ageren, die wederom is gericht tot de Commissie. Deze laatste, zo besluit de Raad zijn resolutie, dient de nodige initiatieven te ontplooien ter bevordering van de samenwerking der Lid-Staten op het gebied van het arbeidsmarktbeleid.

De Commissie roerde zich niet onmiddellijk. De ervaringen uit de jaren zestig en de slechte resultaten van haar pogingen tot vrijwillige samenwerking (zie sub 15) hadden haar uiteraard ervan overtuigd, dat een daadwerkelijk doeltreffende interventie nog op onoverkomelijk verzet zou stuiten; dat betekende derhalve, dat zij het terrein bleef bewerken door harde diagnoses over de bestaande situatie te stellen en steeds explicietere voorstellen te formuleren. Aan deze strategie beantwoordt mijns inziens het document van 9 september 1983, dat gericht was tot het raadgevend comité. Dit bevat een veelbetekenende zinspeling op de akkoorden van de Gemeenschap met Turkije, Portugal, Joegoslavië en de Maghreb-landen, die de respectieve onderdanen een minder gunstige status verlenen dan de positie die aan communautaire onderdanen wordt verleend. Het bevat echter bovenal de vaststelling, dat de toenemende tendens van de Lid-Staten om langs elkaar heen te werken, schade veroorzaakt. Gedurende de laatste jaren, zo wordt gesteld, zijn de niet op elkaar afgestemde nationale maatregelen, met ongunstige gevolgen voor de markten van andere Lid-Staten, in aantal toegenomen. Met „institutionalisering van het overleg" kan thans niet langer worden gewacht.

Hoe dit overleg te organiseren ? Het — cruciale — antwoord op deze vraag ligt besloten in de ontwerp-mededeling van 13 maart 1984 betreffende de „richtsnoeren voor een communautair migratiebeleid" (doc. V/243/1/1984-NL Rev.), die ook werd toegezonden aan het orgaan bedoeld in artikel 44 van verordening nr. 1612/68. De tijd is thans rijp — aldus punt 44 — „voor het nodige juridische kader [te] zorgen zodat alle Lid-Staten onder dezelfde voorwaarden kunnen deelnemen aan de overlegprocedure met dezelfde verplichtingen tegenover de Commissie en de andere Lid-Staten". Gelijk de Raad heeft gewenst, zal het hoofddoel bestaan in „de bevordering van het innemen... van gemeenschappelijke standpunten", alsmede in mededeling en bespreking van een ieders problemen op het gebied van de maatregelen inzake werknemers uit derde landen en hun gezinsleden. Ten slotte — aldus punt 55 — „acht de Commissie het... noodzakelijk door middel van een beschikking... het juridisch kader te scheppen waarbinnen het overleg... kan worden georganiseerd".

De teerling was geworpen. En men zal zich wellicht verbazen over de niet ongunstige reacties die de vanaf dat moment voorzienbare doorvoering van deze beslissing opriep. In een document van 22 juni 1984 (conclusies betreffende een sociaal actieprogramma van de Gemeenschap op middellange termijn, PB 1984, C 175, blz. 1) neemt de Raad „er akte van" dat de Commissie hem voorstellen zal voorleggen waardoor „samenwerking tussen de Lid-Staten inzake controle op de migrantenstromen uit derde landen kan worden ontwikkeld". Wanneer de Commissie hem vervolgens een ontwerpresolutie voorlegt waarin wordt erkend dat een „passend kader" voor het overleg moet worden vastgesteld [doc. COM(85) 48 van 7.3.1985], geeft hij een terughoudend, maar niet afwijzend antwoord. Na te hebben overwogen, dat „toegang, verblijf en werkgelegenheid van migrerende werknemers uit derde landen tot de bevoegdheid van de... Lid-Staten behoren", erkent hij dat het wenselijk is om het overleg te bevorderen, „neemt akte van het voornemen van de Commissie om een passend kader ter zake vast te stellen" (punt 3) en „nodigt de Commissie uit... de daartoe noodzakelijke voorstellen in te dienen" (punt 7).

De resolutie werd goedgekeurd op 13 juni 1985, formeel aangenomen in de zitting van 16 juli en bekendgemaakt op 26 juli (PB 1985, C 186, blz. 3). Men dempte evenwel de put toen het kalf verdronken was. Op 8 juli had de Commissie immers de bestreden beschikking vastgesteld.

7. Na deze opsomming van de gebeurtenissen die aan het te water laten van ons schip vooraf zijn gegaan, rijst er bij mij een vraag. Waarom de onderhavige zaak ? Wat heeft ertoe geleid dat een aantal Lid-Staten, dat nagenoeg volstaat om de Raad zelf te velde te doen trekken, zich bij het Hof heeft beklaagd ? Logisch redenerend zou men moeten concluderen, dat een motief ontbreekt. Zes keer heeft de Raad beklemtoond, dat overleg onmisbaar was; twee keer heeft hij de Commissie aangespoord, dat overleg uit te werken, en toen deze had besloten te ageren, heeft hij haar nogmaals twee keer gevraagd haar voorstellen in te dienen. De Lid-Staten van hun kant hebben twijfels opgeworpen, uiting gegeven aan hun wantrouwen en waarschuwingen geuit; zij hebben echter noch vóór 1985 noch in de loop van de procedure ooit te kennen gegeven, dat zij niet bereid waren tot informatie en overleg.

Men zal zeggen dat de Lid-Staten geen kritiek hebben op het optreden van de Commissie als zodanig, maar op de aangewende instrumenten en materialen: een beschikking en de daaruit voortvloeiende verplichtingen. Dit argument gaat evenmin op. Daartoe kan

ik volstaan met te verwijzen naar de twee besluiten van 1974 (zie sub 4), eveneens gebaseerd op artikel 118 en niettemin nooit betwist. Wie mocht tegenwerpen dat deze besluiten een minder gevoelige materie regelden, hoeft slechts te kijken naar de andere handelingen waarmee de wetgevingsgeschiedenis van de Gemeenschap bezaaid is: eveneens bindende handelingen, waarmee materies werden bestreken die van aanzienlijk belang zijn althans op de uiterste grens van de communautaire bevoegdheden liggen; handelingen bovendien die niet op een verdragsbepaling berusten, maar *tout court* op het Verdrag of, erger nog, op resoluties van de Raad, en die desondanks stilzwijgend en naar ieders tevredenheid werden aanvaard.

Het betreft hier op zijn minst tien handelingen, die geen van alle zouden misstaan in een museum van juridische gruwels. De volgende verordeningen van de Raad zijn eenvoudigweg „op het Verdrag" gebaseerd: nr. 1707/86 van 30 mei 1986 betreffende de voorwaarden voor de invoer van landbouwprodukten van oorsprong uit derde landen ingevolge het ongeluk in de kerncentrale van Tsjernobyl (PB 1986, L 146, blz. 88), nr. 3302/86 van 27 oktober 1986 houdende schorsing van de invoer van gouden munten uit de Republiek Zuid-Afrika (PB 1986, L 305, blz. 11), en nr. 3599/85 van 17 december 1985 houdende toepassing van de algemene tariefpreferenties voor het jaar 1986 op bepaalde industrieprodukten van oorsprong uit ontwikkelingslanden (PB 1985, L 352, blz. 1). Zeven besluiten zijn gebaseerd op de ene of andere resolutie van de Raad: drie ervan zijn afkomstig van de auteur van de resolutie zelf [16 september 1985, houdende instelling van een raadgevend comité voor de apothekersopleiding (PB 1985, L 253, blz. 43), 29 juni 1984, inzake structuren en procedures voor beheer en coördinatie van de communautaire onderzoek-, ontwikkelings- en demonstratiewerkzaamheden (PB 1984, L 177, blz. 25), en 28 october 1980, betreffende de visserijactiviteiten in onder de souvereiniteit van de Lid-Staten vallende wateren (PB 1980, L 298, blz. 38], en vier van de Commissie. Deze laatste behelzen de oprichting van comités voor het wegvervoer (28 november 1985, PB 1985, L 317, blz. 33), de spoorwegen (19 december 1984, PB 1985, L 8, blz. 26) de controle op en de beperking van de verontreiniging van de zee door lozing van koolwaterstoffen (PB 1980, L 188, blz. 11) en afvalstoffen (21 avril 1976, PB 1976, L 115, blz. 73).

Ter zake. Rekening houdend met bovenstaande overwegingen, moet voor een goed begrip van de onderhavige zaak de logica terzijde worden geschoven en te rade worden gegaan bij de psychologie, zij het maar in het klein. Dan kom ik tot de conclusie, dat het verzet van de Lid-Staten zijn verklaring vindt in drie factoren, in de eerste plaats de door de onverwachte en onaangename gebeurtenissen opgewekte irritatie. Ik bedoel het volgende. De besluiten van 1974 en de in de jaren 1979 en volgende tot stand gekomen teksten konden geen wijziging brengen in de reputatie die de Commissie zich in de jaren zestig had opgebouwd, vooral wat betreft haar toegevende houding op het gebied van het overleg en de studies. De Lid-Staten waren aan dit beeld van onderworpenheid, lijdzaamheid en soms versaagdheid gewend geraakt en er ten slotte van overtuigd, dat men van de Executieve veel blabla maar weinig of geen daden kon verwachten. Dat zij bij het zien van het document van 13 maart 1984 („door middel van een beschikking... het juridisch kader scheppen waarbinnen het overleg... kan worden georganiseerd") het stilzwijgen be-

waarden, moet mijns inziens hieruit worden verklaard. Hoe groot moet derhalve hun verrassing zijn geweest, toen zij zich voor een bovendien zo consistent document geplaatst zagen, en hoe groot hun wens om de auteur ervan met een aantal stevige juridische argumenten terecht te wijzen.

Er is ook een objectief element. Of men wil of niet, het is voor de Lid-Staten van reëel, beter gezegd van levensbelang, dat zij de volledige controle bewaren over de toelating van werknemers uit derde landen, ook vanwege de voor de hand liggende implicaties van deze materie op politiek gebied en voor de openbare orde. Zij zijn derhalve terecht bevreesd, dat dit gebied op den duur wordt „gecommunautariseerd", en het is volgens mij tekenend dat zij de gelegenheid van de Europese Akte hebben aangegrepen om de zaak in het licht te stellen, waarbij zij gebruik konden maken van een juist voor een dergelijk initiatief bedoeld hulpmiddel. De algemene verklaring inzake de artikelen 13 tot en met 19 van de Europese Akte bevestigt immers „het recht van de Lid-Staten om die maatregelen te treffen die zij noodzakelijk achten inzake controle van de immigratie uit derde landen en inzake bestrijding van het terrorisme".

Ten slotte hebben de vergissingen van de Commissie een zekere rol gespeeld. Ik doel hier niet zozeer op de — niet erg fraaie — haast waarmee zij de bestreden beschikking heeft uitgebracht. Ik denk veeleer dat de overdreven uitvoerigheid van deze laatste, vooral waar de nadruk wordt gelegd op de niet-communautaire werknemers of de overeenkomsten tussen de Lid-Staten en derde landen, alleen maar konden bijdragen tot bovengenoemde vrees en irritatie. Een vermoeden is hier derhalve op zijn plaats. Als zij de nadruk had gelegd op *onze* arbeidsmarkt en op de noodzaak, de tewerkstelling van de communautaire werkgevers te verbeteren, was de Commissie wellicht aan de onderhavige beroepen ontsnapt zonder evenwel de doelstellingen die haar voor ogen stonden, te laten varen. Gelijk zij zelf opmerkt in het document van 23 maart 1979, is het migratiebeleid een „logisch uitvloeisel" van het in de artikelen 48 tot en met 51 EEG-Verdrag omschreven beleid; overleg over de problemen in verband met de toepassing van deze bepalingen betekent derhalve, dat men ook overeenstemming moet bereiken over de voor onderdanen uit derde landen geldende maatregelen.

8. Alvorens in te gaan op de middelen en argumenten van partijen, dienen enkele problemen in verband met de ontvankelijkheid te worden opgelost, in de eerste plaats de sub 1 vermelde.

Laten we de zaak eens op een rijtje zetten. De bestreden beschikking werd aan de Permanente Vertegenwoordigingen betekend op 11 juli 1985; blijkens het ontvangstbewijs bereikte zij de Nederlandse Vertegenwoordiging om 15.10 uur op dezelfde dag. Het beroep van de Nederlandse regering werd ingesteld bij telex van 18 september 1985 en het origineel van het verzoekschrift kwam twee dagen later ter griffie van het Hof in. De Commissie merkt op dat de beroepstermijn in het geval van Nederland twee maanden bedraagt — overeenkomstig artikel 81 van het Reglement voor de procesvoering berekend vanaf de dag volgend op de kennisgeving — vermeerderd met zes dagen voor de afstand tussen 's-Gravenhage en Luxemburg (bijlage II bij het Reglement). De termijn verstreek haars inziens derhalve op 18 september, de dag waarop de griffie de telex ontving, maar 48 uur voordat zij het origineel ontving. De Haagse regering ontkent dit niet. Zij betoogt evenwel: a) dat de artikelen 37 en 38 van het Reglement zich niet ertegen verzetten, dat beroep wordt ingesteld per telex; b) dat zij op dit middel was aangewezen omdat de Commissie eerst op 29 augustus ant-

woordde op haar verzoek om opheldering omtrent de toepassingsmodaliteiten van de beschikking.

Het recente arrest van 15 januari 1987 (zaak 152/85, Misset/Raad, Jurispr. 1987, blz. 223) toont aan, dat de argumenten van beide partijen op een onjuiste opvatting berusten. Bij zijn interpretatie van de artikelen 80 en 81 van het Reglement voor de procesvoering overwoog het Hof immers: „Wanneer... de beroepstermijn in kalendermaanden is uitgedrukt, verstrijkt hij... aan het einde van de dag die in de door de termijn aangegeven maand dezelfde cijferaanduiding heeft als de dag die de termijn heeft doen ingaan, te weten de dag van de kennisgeving" (r. o. 8). Wanneer wij deze regel op het onderhavige geval toepassen, blijkt dat de in artikel 173 EEG-Verdrag gestelde termijn waarbinnen nietigverklaring van de onderhavige beschikking kon worden gevorderd, op 11 september verstreek. Telt men daarbij op de zes dagen die aan in Nederland wonende partijen worden toegekend, dan komt men uit op 17 september om middernacht. Al aangenomen dat een beroep per telex kan worden ingesteld, is het Nederlandse beroep derhalve te laat ingekomen.

Maar niet alleen het Nederlandse. Indien men het arrest Misset toepast op de andere beroepen, blijken de Bondsrepubliek en Frankrijk hun beroep tijdig te hebben ingesteld (het eerste kwam binnen op 17 september en het tweede — de verbeterde versie van de beschikking werd Frankrijk een week later betekend — op 24 september), maar het Verenigd Koninkrijk en Denemarken niet. Zoals bekend, geldt voor deze landen een termijn wegens de afstand van tien dagen, zodat de respectieve beroepen uiterlijk op de 21e hadden moeten binnenkomen. Zij werden echter neergelegd op 23 september.

Op de grondslag van deze conclusies zal ik: a) de middelen en argumenten van Nederland aan een onderzoek onderwerpen, zij het enkel omdat dit land, dat intervenieert tot ondersteuning van de Bondsrepubliek, in interventie de in zijn verzoekschrift vervatte opmerkingen integraal heeft overgenomen; b) slechts rekening moeten houden met de argumenten van het Verenigd Koninkrijk, voor zover het deze in zijn interventie tot ondersteuning van Frankrijk heeft aangevoerd; c) gedwongen zijn, de middelen en argumenten van Denemarken terzijde te laten, omdat dit land de pech (of de élégance) heeft gehad om de partij alleen aan eigen tafel te spelen.

9. Volgens verzoekers kleven aan beschikking nr. 85/381 drie gebreken: onbevoegdheid, schending van het Verdrag en, subsidiair, schending van wezenlijke vormvoorschriften. De eerste twee grieven zijn ontleend aan de uitlegging die Frankrijk, de Bondsrepubliek, het Verenigd Koninkrijk en Nederland aan artikel 118 geven en kunnen derhalve gezamenlijk worden onderzocht. De vier Lid-Staten voeren evenwel twee verschillende redenen aan voor de onbevoegdheid: a) de Commissie heeft de grenzen van de haar krachtens artikel 118 toekomende bevoegdheden overschreden; b) de beschikking regelt een aan die bepaling vreemde materie. Aan beide zienswijzen zijn totaal verschillende problemen verbonden; zij moeten derhalve afzonderlijk worden onderzocht.

De eerste grief. Deze is geformuleerd in alle beroepen, maar wordt in dat van de Bondsrepubliek bijzonder diepgaand behandeld. Volgens de Bondsregering is het vooral op grond van de bewoordingen van artikel 118 uitgesloten, dat krachtens deze bepalingen bindende voorschriften kunnen worden uitgevaardigd. De eerste alinea geeft de Commissie tot taak, een nauwe samenwerking tussen de Lid-Staten te bevorderen. En bevorderen betekent vergemakkelijken, in de hand werken, aansporen, aanvangen, maar zeker niet verplichten. De tweede alinea is

al even duidelijk. Het spreekt vanzelf, dat twee van de aldaar genoemde instrumenten (studies en adviezen) geen activiteit veronderstellen respectievelijk omvatten die verplichtingen kan opleggen. Met betrekking tot de adviezen daarentegen gebruiken de Franse en de Italiaanse versie een term — „organiser" respectievelijk „organizzare" — die kan doen denken aan wetgeving; maar aangezien de in de Duitse en de Engelse versie gebruikte termen „vorbereiten" en „to arrange", dat wil zeggen voorbereiden, iedere zinspeling op wetgeving uitsluiten, moet ook de semantische draagwijdte worden beperkt tot de verrichting van zuiver materiële activiteiten.

Dit is niet alles. In artikel 118 komt het begrip „beschikking" niet voor. Op zich beschouwd is dit gegeven niet beslissend. Dat wordt het wel, wanneer men in aanmerking neemt dat de tweede alinea een opsomming geeft van andere middelen (studies, adviezen en overleg), die volledig lijkt dan wel — gelet op de eerste alinea, eerste zinsnede, en op artikel 155 — hooguit zou kunnen worden aangevuld met aanbevelingen (standpunt van met name het Verenigd Koninkrijk). In dezelfde richting wijst de derde alinea, bepalende dat de Commissie, alvorens adviezen uit te brengen, het Economisch en Sociaal Comité raadpleegt. Het zou absurd zijn, dat die formaliteit niet zou gelden voor een handeling waaruit verplichtingen voortvloeien, maar wel voor een niet-bindende handeling. En indien dit juist is, kan een en ander alleen maar betekenen dat de wetgever niet in de bedoeling zal hebben gehad, de Commissie bevoegdheid te verlenen om bindende besluiten uit te vaardigen.

Maar er is nog meer. Van beslissende betekenis zijn ook de woorden die in de tweede alinea aan vorenbedoelde opsomming voorafgaan: de Commissie is „*in nauw contact* met de Lid-Staten werkzaam". Klaarblijkelijk heeft het aldus aan de Commissie opgelegde gedrag alleen zin, indien het neerkomt op een verplichting: de verplichting om geen gebruik te maken van de te harer beschikking gestelde middelen (in casu geen overleg te organiseren) alvorens niet alleen de Raad te hebben ingelicht, maar ook en vooral van deze laatste instemming te hebben gekregen. De Commissie kan derhalve geen eenzijdige handelingen doen uitgaan; en zij kan dit nog minder, voor zover die handelingen bindende gevolgen hebben.

Hiermee — zo vervolgt de Bondsrepubliek — is verweerster het uiteraard niet eens. Evenals de artikelen 75 en 113 zou artikel 118 haar een zekere taak opdragen en haar daarbij de vrije keuze laten van de aan te wenden middelen. De door de Commissie aangevoerde analogie gaat evenwel niet op, gelijk wederom blijkt uit de bewoordingen van het bewuste artikel. De keuze waarop de Commissie zich beroept, zou betrekking hebben op de organisatie van het overleg. De uitdrukking „het organiseren van overleg" hoort echter bij het voorzetsel „door"; de betrokken activiteit is derhalve op zich een middel, evenals het verrichten van studies en het uitbrengen van adviezen. Dit impliceert weliswaar een vrijheid van de Commissie, maar een vrijheid om een middel al dan niet aan te wenden, gelijk zij heeft gedaan met studies respectievelijk adviezen. Het betekent zeker niet, dat zij middelen mag aanwenden waarin de wetgever niet heeft voorzien.

Evenmin kan met een beroep op de theorie van de nuttige werking worden gesteld, dat de keuze van een bindend besluit noodzakelijk was om doeltreffend overleg mogelijk te maken. Dat overleg kan ook doeltreffend zijn in *forum*verband (het Franse standpunt), gelijk het geval is met de bijeenkomsten

over dezelfde onderwerpen in het kader van de Raad van Europa; dit geldt te meer — aldus de Nederlandse regering —, nu de Lid-Staten in casu op grond van artikel 5 EEG-Verdrag verplicht zijn, loyaal aan het overleg mee te werken. Het is in ieder geval een feit dat, bij de overdracht van bevoegdheden van de Raad aan de Commissie of van de Lid-Staten aan de Gemeenschap, teleologische overwegingen, en met name een beroep op het beginsel van de nuttige werking, slechts een laatste redmiddel mogen zijn. Alvorens een beschikking te geven, moet de Commissie derhalve alle andere instrumenten die de wet haar biedt, hebben uitgeprobeerd. Het technisch en het raadgevend comité van verordening nr. 1612/68 werden evenwel nauwelijks geraadpleegd over de met de beschikking op te lossen problemen, terwijl de Lid-Staten nooit adviezen of aanbevelingen ontvingen.

Artikel 117 is evenwel slechts een mozaïeksteentje. Indien men naar het verdragssysteem kijkt, zal blijken dat de sociale sector door het samenhangend geheel van het Verdrag als een aan de Lid-Staten voorbehouden domein wordt behandeld; dit betekent dat deze materie, evenals de overige grondgedachten van het Verdrag, slechts kan worden gewijzigd via de procedure van artikel 236. Omzeiling hiervan door een extensieve uitlegging van de ene of andere bepaling, in casu artikel 118, komt neer op miskenning van het beginsel dat iedere instelling binnen de grenzen van de haar toegekende bevoegdheden moet handelen, en zou in strijd zijn met de artikelen 4 en 155; met artikel 155, voor zover daaruit valt af te leiden dat de Commissie slechts beschikkingen mag geven in uitzonderlijke gevallen en derhalve niet, wanneer het Verdrag haar daartoe niet uitdrukkelijk bevoegd verklaart of de Raad haar geen bevoegdheid heeft verleend.

Nog steeds volgens de Bondsregering, worden de resultaten van de letterlijke en teleologische uitlegging van artikel 118 bevestigd bij een onderzoek naar de plaats van dit artikel in het systeem van het Verdrag. Zo lijdt het geen twijfel, dat de bepalingen ervan in het verlengde liggen van het in artikel 117 uitgestippelde programma (verbetering en onderlinge aanpassing van de levensstandaard en van de arbeidsvoorwaarden van de werknemers), en derhalve moeten worden gelezen tegen de achtergrond van de middelen waarmee deze bepaling genoemde doelstellingen tracht te bereiken. Die middelen zijn: a) de werking van de gemeenschappelijke markt; b) de in het Verdrag bepaalde procedures, die bepalingen houdende uitdrukkelijke toekenning van een bevoegdheid tot het opleggen van verplichtingen veronderstellen; c) het nader tot elkaar brengen van de nationale bepalingen, een taak die, zoals bekend, niet op de Commissie rust maar op de Raad.

De Commissie betoogt dat aan het belang van deze overwegingen gedeeltelijk zo niet geheel wordt afgedaan door de zuiver procedurele inhoud van de bestreden beschikking. Een kwetsbaar argument. In de eerste plaats maakt artikel 189 geen onderscheid tussen materiële en procedurele voorschriften. Voorts is alom bekend, dat het vaak alleen formeel om procedurele voorschriften gaat. De verplichting van artikel 1, lid 1 (mededeling van de ontwerpen van maatregelen), zo merkt de Bondsregering op, raakt bij voorbeeld aan de materiële belangen van de Lid-Staten, daar zij onverenigbaar is met mogelijke geheimhoudingsvereisten of, in het geval van overeenkomsten met derde landen, met de voor een goed verloop van de onderhandelingen onmisbare vertrouwelijkheid. Bovendien, zo merkt de Franse regering op, kunnen de voor het overleg gestelde termijnen (veertien dagen plus zes weken) eraan in de weg staan dat dringende maatregelen tijdig worden getroffen. Ten

slotte, aldus het Verenigd Koninkrijk, betekent de onmogelijkheid om aan de procedure onderworpen voorschriften uit te vaardigen zolang die procedure niet is afgesloten en de voorschriften niet in overeenstemming met het communautaire beleid zijn verklaard, dat zij — althans feitelijk — aan het „placet" van de Executieve zijn onderworpen.

Tot slot de doctrine, de rechtspraak en de praktijk. De eerste, zo is gesteld, ontkent nagenoeg unaniem dat de Commissie aan artikel 118 de bevoegdheid kan ontlenen om bindende besluiten vast te stellen. Volgens de tweede vormen de artikelen 117 en 118 „voornamelijk programmatische bepalingen" (arrest van 15 juni 1978, zaak 149/77, Defrenne III, Jurispr. 1978, blz. 1365, r. o. 19); het Hof heeft daarmee een realiteit erkend die, in een stelsel dat wordt beheerst door een limitatieve toekenning van bevoegdheden, impliciet tot dezelfde conclusie leidt. De derde is dubbelzinniger, en wel als gevolg van de twee besluiten van de Commissie van 15 juli 1974. Het zou evenwel overdreven zijn, deze twee maatregelen als precedenten te bestempelen; zij voorzien immers niet in een samenwerking van de Lid-Staten met de comités die zij instellen, en evenals de bestreden beschikking leggen zij enkel een geheimhoudingsplicht op aan de deelnemers van de betrokken bijeenkomsten.

10. De tweede reden waarom beschikking nr. 85/381 gebrekkig zou zijn wegens onbevoegdheid, wordt vooral door Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk beklemtoond. Volgens beide regeringen valt de door de beschikking beheerste materie buiten de werkingssfeer van artikel 118, dat zich niet zou bezighouden met niet-communautaire werknemers. Uiteraard zal niemand ontkennen, dat er een verband bestaat tussen het communautaire werkgelegenheidsbeleid en het verschijnsel van de migratiestromen van en naar derde landen. Dat verband is echter te gering en te indirect om de betrokkenen bij die migraties, met als enige uitzondering de onderdanen van geassocieerde landen, onder de werkingssfeer van de bepalingen van hoofdstuk 1 van titel III te plaatsen. Alleen al om deze reden, zo betoogt met name Frankrijk, is het uitgesloten dat de wetgever in Brussel hun belangen rechtstreeks dan wel door ingrepen in de betrokken nationale maatregelen zou kunnen regelen.

Voor deze vaststelling pleiten echter nog andere argumenten. Zo staat het volgens het Verenigd Koninkrijk als een paal boven water, dat het migratiebeleid van de Lid-Staten wordt bepaald en beïnvloed door historische, culturele en sociale factoren, waarover de Gemeenschap niets te zeggen heeft. Bovendien, aldus de Franse regering, kan de toelating van werknemers uit derde landen belangen op het spel zetten als de nationale veiligheid, die het Verdrag zelf beschermt door de Lid-Staten een soort geheimhoudingsrecht te waarborgen (artikel 223); maar er zijn ook een aantal administratieve maatregelen (intrekking van visa en grenscontroles) die geheel tot de nationale bevoegdheden behoren. Dit is overigens door de Raad erkend een week nadat de bestreden beschikking er was, waar hij in de twaalfde overweging van de resolutie van 16 juli 1985 verklaart dat „toegang, verblijf en werkgelegenheid van... werknemers uit derde landen tot de bevoegdheid van de... Lid-Staten behoren, onverminderd de vigerende communautaire overeenkomsten met derde landen".

11. Dan kom ik thans toe aan het middel — schending van wezenlijke vormvoorschriften — dat verzoekers subsidiair hebben voorgedragen. Ook hier twee grieven:

a) niet-raadpleging van het Economisch en Sociaal Comité; b) gebrekkige motivering. Deze tweede grief valt dan weer uiteen in: b) 1. onnauwkeurige en innerlijk tegenstrijdige redactie van de beschikking; b) 2. het feit dat de Commissie geen „geldige rechtsgrondslag" voor haar beschikking vermeldt.

De argumenten voor het sub a) genoemde standpunt zijn eenvoudig. Volgens artikel 118, derde alinea, aldus vooral de Bondsregering, moet de Commissie de ontwerpen van haar adviezen aan het ESC voorleggen. Om meer dan voor de hand liggende redenen geldt deze formaliteit niet voor het organiseren van overleg. Maar het is duidelijk dat wanneer de Commissie daarin voorziet door een beschikking vast te stellen, die argumenten niet meer opgaan en de vereiste raadpleging van het ECS zich des te meer opdringt. Voor het sub b) 1. bedoelde standpunt voert de Nederlandse regering aan, dat de beschikking zwijgt of onnauwkeurig is ten aanzien van talrijke details, zoals de aard van de aan te melden regelingen, de aanmeldingsmodaliteiten en de overlegtermijnen. Deze gebreken komen neer op schending van de motiveringsplicht, die immers niet alleen tot doel heeft om de betrokkenen in kennis te stellen van de redenen waarom hun een verplichting wordt opgelegd, maar ook om hen in staat te stellen precies te weten, hoe zij zich moeten gedragen.

Op de sub b) 2. bedoelde grief moet uitvoeriger worden ingegaan. Verzoekers hebben een uitgangspunt waar men het moeilijk niet mee eens kan zijn: wanneer de wetgever aan zijn regeling een ongeldige rechtsgrondslag verbindt, toont de mogelijkheid om een andere — deze keer juiste — grondslag aan te voeren reeds aan, dat de motivering gebrekkig is. Maar bestaat die mogelijkheid? Het is duidelijk dat wie de beschikking bestrijdt, zich door een bevestigend antwoord aan zekere risico's blootstelt. Te denken valt aan het verwijt van politieke zo niet processuele incoherentie of, erger nog, het te hulp komen van een Commissie die wellicht in het ongelijk zal worden gesteld, maar besloten is om het offensief te hervatten. Toch hebben Frankrijk en de Bondsrepubliek het gedaan.

Volgens de Bondsregering is artikel 5 de „juiste" bepaling: voor zover dit de Lid-Staten verplicht om de vervulling van de taak van de instellingen te vergemakkelijken, vormt het een geschikte grondslag voor een regeling waarvan de essentie bestaat in bevordering van de samenwerking tussen de Lid-Staten en die daartoe in medewerking van de Commissie voorziet. De Franse redenering is beter gearticuleerd. Parijs maakt een onderscheid tussen tot het communautaire bevoegdheidsterrein behorende materies en niet-gecommunautariseerde sectoren. Wat de eerste betreft kan een procedure als de onderhavige zonder meer worden gegrond op artikel 121, dat de Raad bevoegd verklaart, de Commissie te belasten met taken betreffende de uitvoering van gemeenschappelijke maatregelen, met name inzake de sociale zekerheid van migrerende werknemers. Voor de andere sectoren dienen zich twee mogelijkheden aan: die van de intergouvernementele samenwerking of uitbreiding van de bevoegdheden van de Gemeenschap met een beroep op de gezamenlijke bepalingen van de artikelen 118 en 235. Deze laatste oplossing gaf de Raad de Commissie in overweging, toen hij haar in zijn resolutie van 18 juli 1985 uitnodigde, „initiatieven te nemen" (punt 7).

Een bijzonder probleem — concludeert de Franse regering — doet zich voor bij het verzamelen en het verifiëren van de gege-

vens. Waar zij daartoe niet uitdrukkelijk bevoegd is verklaard (zoals in de artikelen 90, lid 3, en 93, lid 3) hoeft de Commissie de Raad alleen maar om toestemming te vragen. Daartoe is zij bevoegd op grond van artikel 213, bepalende dat de Commissie „voor de vervulling van de haar opgedragen taken... binnen de grenzen en onder de voorwaarden door de Raad... vastgesteld, alle gegevens (kan) verzamelen en alle noodzakelijke verificaties (kan) verrichten".

12. Ik zou op dit punt de primaire middelen van verzoekers bij mijn onderzoek moeten betrekken, maar het lijkt mij logischer om eerst vast te stellen of de pogingen die Frankrijk en de Bondsrepubliek hebben ondernomen om de bestreden beschikking van een alternatieve „grondslag" te voorzien, tot bevredigende resultaten leiden. Zo die bevredigend mochten zijn, zou zulks immers betekenen dat de beschikking niet alleen gebrekkig is gemotiveerd, maar ook, en zelfs impliciet, gebrekkig is wegens onbevoegdheid.

Die kans is evenwel uitgesloten. Met als resultaat dat de Lid-Staten die haar hebben gesuggereerd, in ieder geval het grootste risico dat ik zojuist bedoelde, bespaard blijft. Inzonderheid met betrekking tot artikel 5 heeft de Commissie immers gezegd, dat het een algemene bepaling is en derhalve in voorkomend geval moet wijken voor bijzondere bepalingen. En in casu zijn er bijzondere bepalingen. Bovendien lijkt het veeleer te passen bij de „verticale" interventies (de betrekkingen tussen Commissie en Lid-Staten) dan bij de „horizontale" activiteiten, zoals hoofdzakelijk het geval is met het overleg tussen regeringen in de zin van artikel 118 en de bestreden beschikking.

De door de Franse regering genoemde artikelen zijn evenmin bruikbaar. Dit geldt met name voor artikel 121. Zoals gezegd kan hier een beroep op worden gedaan voor zover het gaat om de „uitvoering van gemeenschappelijke maatregelen" en die maatregelen betrekking hebben op de „sociale zekerheid van de migrerende werknemers als bedoeld in de artikelen 48 tot en met 51". Deze tweede voorwaarde heeft echter betrekking op aanzienlijk beperktere problemen dan in de bestreden beschikking aan de orde komen, terwijl de eerste er vanzelfsprekend niet op van toepassing is. Zij vereist immers, dat de materiële regeling waarin de „gemeenschappelijke maatregelen" ingrijpen, tot de bevoegdheid van de Gemeenschap behoort. Het staat evenwel buiten kijf dat de regeling van de toegang, het verblijf en de werkgelegenheid van werknemers uit derde landen aan de Lid-Staten is voorbehouden.

Artikel 213. Het lijdt geen twijfel dat dit artikel op het gebied van de verzameling en de verificatie van de gegevens de „algemene" bepaling is. Het is evenwel niet zeker, of de procedure waarin het voorziet zich onder alle omstandigheden, ook de meest abnormale, opdringt. Gesteld — let wel, het betreft hier een theoretisch geval — dat de Raad doet alsof hij de verzoeken van de Commissie niet hoort. Moet deze laatste dan van vervulling van de haar door het Verdrag opgedragen taken afzien indien zij voor die taken in het bezit moet zijn van gegevens die alleen de regeringen haar kunnen verschaffen? Natuurlijk niet. Dit betekent mijns inziens, dat men van artikel 213 geen fetisj moet maken. Het is belangrijk, maar minder belangrijk dan het beginsel van een doeltreffend administratief optreden, op grond waarvan bijtijds moet kunnen worden opgetreden in gevallen waarin een gemeenschappelijk belang op het spel staat.

Tot slot artikel 235. Zoals bekend kan het mechanisme van dit artikel eerst in werking

treden, indien het Verdrag niet voorziet in de „bevoegdheden" die vereist zijn voor de verwezenlijking van een der doelstellingen van de Gemeenschap. Welnu, los van de vraag of de Commissie er een juist gebruik van heeft gemaakt, kan een ieder zien dat de bevoegdheden die nodig zijn om de samenwerking op sociaal gebied te verbeteren, zijn voorzien in artikel 118, tweede alinea. Het zij mij dan ook toegestaan te concluderen, dat de onderhavige suggestie naar de jaren zestig „ruikt". Zij doet denken aan een tijdvak van voortdurende en hardnekkige pogingen om de Commissie te ontwapenen en haar bevoegdheid zoveel mogelijk aan de Raad over te dragen.

13. Het spel zal zich derhalve geheel en al afspelen op het door de Commissie afgebakende terrein. Laat ik beginnen met de sub 10 besproken aspecten. Is het inderdaad juist, dat de bestreden beschikking ingrijpt in een sector — het migratiebeleid — die nog altijd aan de Lid-Staten is voorbehouden?

Het antwoord luidt ontkennend. Reeds een snelle blik op de in de beschikking neergelegde bepalingen toont aan, dat dit verwijt ongegrond is. Geen van deze bepalingen bevat namelijk materiële voorschriften. Met andere woorden, geen ervan regelt — rechtstreeks of door harmonisatie van de nationale stelsels — de in artikel 1, lid 1, eerste gedachtenstreepje, opgesomde materies. Men zal zeggen dat volgens artikel 3, sub c, het overleg met name tot doel heeft „na te gaan of de maatregelen die... door de Gemeenschap... op de in artikel 1 genoemde gebieden zouden kunnen worden genomen, opportuun zijn". Maar dit gaat niet op. De aangehaalde bepaling kan geen kwaad, niet alleen omdat de gevolgen ervan eerst in de toekomst zullen of, gelijk het gebruik van de voorwaardelijke wijs aantoont, zouden kunnen intreden. Belangrijker is nog, dat de maatregelen waarop zij doelt alleen kunnen worden getroffen in de vorm van richtlijnen of verordeningen en alleen op basis van de artikelen 100 en 235, dat wil zeggen door de Raad met eenparigheid van stemmen.

Aan deze realiteit kunnen de argumenten van Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk niet afdoen. Sommige trappen open deuren in: zo spreekt het vanzelf, dat de in de beschikking voorziene informatieplicht moet wijken voor het in artikel 223 toegekende zwijgrecht, indien aan de betrokken voorwaarden is voldaan. Andere argumenten zijn zeer kwetsbaar. Door bij voorbeeld te stellen dat de nationale maatregelen alleen aan de bewuste procedure zouden kunnen worden onderworpen, indien degenen tot wie zij gericht zijn onder de sociale bepalingen van het Verdrag vielen, draait men het probleem om: het is zo nodig het gebruik van artikel 118 dat zijn rechtvaardiging vindt in het ontbreken van een communautaire regeling inzake werknemers uit derde landen en, uiteraard, in de noodzaak om in het kader van de samenwerking tussen de Lid-Staten te werk te gaan. Wat vervolgens het argument betreft dat er tussen het migratiebeleid en het beleid inzake de communautaire arbeidsmarkt slechts een los en indirect verband bestaat, kan worden volstaan met te verwijzen naar minstens drie resoluties van de Raad (zie sub 5 en 6) die dit tegenspreken. Ik zal hier straks echter nog dieper op ingaan.

14. Veel ingewikkelder en delicater is het onderzoek van de argumenten die de vier Lid-Staten hebben aangevoerd voor hun stelling, dat de Commissie onbevoegd was om op basis van artikel 118 bindende besluiten uit te vaardigen. Dit is te wijten aan de bewoordingen van deze bepaling, waarvan reeds is gezegd dat zij „a somewhat paradoxical situation" schept (Koopmans:

„The Law of the European Community", in *AA. VV.; A Commentary of the EEC Treaty*, New York, Volume III, 1976, blz. 748). Zoals gezegd immers, gaat zij a) uit van het beginsel van de nationale bevoegdheid, maar zegt zij niets omtrent de rol van de Raad, waarin niettemin de vertegenwoordigers van de Lid-Staten zitting hebben, en draagt zij b) de Commissie een zekere taak op, maar zwijgt zij over de enige bevoegdheid — die om voorschriften uit te vaardigen — waarmee zij die taak volledig zou kunnen vervullen.

Ik voeg hier echter onmiddellijk aan toe, dat mijns inziens geen van de sub 9 genoemde argumenten de spijker op de kop slaat. Van de aan de bewoordingen van de bepaling ontleende argumenten zijn sommige alleen relevant in één taalversie van het Verdrag. In de Duitse versie bij voorbeeld hoort het voorzetsel „durch" inderdaad bij de woorden „Vorbereitung der Beratungen"; maar niet in de Italiaanse versie, waar tussen „mediante" en „organizzando consultazioni" een aaneenschikkend voornaamwoord („e") staat, dat het door de Bondsrepubliek verdedigde verband uitsluit en derhalve iedere geloofwaardigheid aan haar standpunt ontneemt (al aangenomen — onder alle voorbehoud — dat het geloofwaardig zou zijn). Een nog andere, maar voor mijn opvatting overigens niet ongunstige formulering is die van de Franse versie, waar aan „l'organisation des consultations" een ander „par" is verbonden dan het „par" dat slaat op „études" en „avis".

Het is daarentegen juist, dat „bevorderen" niet betekent „verplichten", in het Frans en het Italiaans evenmin. Maar dit geldt alleen voor het woordenboek. Het verleden en de ervaring tonen immers aan, dat op talrijke wijzen kan worden „bevorderd", en zeer zeker ook door middel van wetgeving. Als bij voorbeeld Agnelli verklaart dat hij de verkoop van de nieuwe Fiat Duna wil bevorderen, zal zelfs de meest wantrouwende maoïst hem niet ervan verdenken, dat hij daarbij de hulp van de rechter en van de politie zal inroepen. Maar toen president Roosevelt de taak op zich nam om de vakbonden, en daarmee een beter klimaat in de Amerikaanse fabrieken te bevorderen, hadden de toehoorders van zijn „praatjes bij de open haard" goed begrepen, dat deze belofte betrekking had op de toekomstige *National Labor Relations Act.*

Ik zou de aandacht echter op een ander punt willen vestigen. Wat de betekenis van de term „bevorderen" ook moge zijn, het gaat hierbij om een „taak" van de Executieve. „Taak" betekent echter in de eerste plaats „plicht". In dat geval acht ik het dan ook vanzelfsprekend, dat het verplichte karakter van de bevordering tot uitdrukking komt in de aard van de resultaten waartoe zij moet leiden, met dien verstande dat deze eveneens verbindend zijn. In de logica van de doelstellingen van het Verdrag en de middelen waarmee het die nastreeft, is het immers ondenkbaar dat een instelling *gehouden* zou zijn om de Lid-Staten te doen samenwerken, maar dat deze *gerechtigd* zouden zijn om haar inspanningen op niets te laten uitlopen. De samenwerking is derhalve verplicht. Dit is overigens met zeer duidelijke bewoordingen uitgedrukt door een Duits jurist, die niettemin aan artikel 118 een zeer voorzichtige uitlegging geeft: het artikel — zo verklaart hij — legt op de Lid-Staten een uit de inhoud en de strekking van het Verdrag voortvloeiende verplichting. Zij kunnen zich hieraan niet onttrekken, en nog minder de bevorderingsactiviteiten van de Commissie tegenwerken (Knolle, t. a. p.).

Hoe past nu in dit kader — let wel, een kader dat wordt gekenmerkt door de aanwezigheid van twee tegenover elkaar staande verplichtingen — het overleg over het mi-

gratiebeleid? Slechts vaag door de Commissie ter sprake gebracht in haar verweerschrift en in dupliek, is de kern van het verband tussen het voorwerp van de bestreden beschikking en de doelstellingen van het Verdrag met geweld naar voren gekomen tijdens de mondelinge behandeling. Ik geloof dat deze kern van zeer grote waarde is voor de oplossing van het onderhavige probleem en derhalve met de grootst mogelijke aandacht moet worden onderzocht.

Zoals bekend, moeten de Lid-Staten op grond van artikel 104 „zorg (dragen) voor een hoge graad van werkgelegenheid." Voor de bereiking van dit doel ruimt het Verdrag echter ook een tamelijk grote plaats in voor het werk van de Gemeenschappen. Ik denk uiteraard aan de financiele interventies van het Europees Sociaal Fonds (artikel 123) en aan het gemeenschappelijk beleid met betrekking tot de beroepsopleiding (artikel 128). Ik denk echter vooral aan het vrije verkeer van werknemers en de fundamentele gevolgen die artikel 48, lid 2, hieraan verbindt: „de afschaffing... van elke discriminatie op grond van de nationaliteit tussen de werknemers van de Lid-Staten, wat betreft de werkgelegenheid, de beloning en de overige arbeidsvoorwaarden."

Deze regel beheerst de gehele materie. Zo is — mijns inziens terecht — staande gehouden, dat het in artikel 48, lid 3, aan communautaire onderdanen toegekende recht om „in te gaan op een feitelijk aanbod tot tewerkstelling" in het licht van deze regel moet worden gezien. Zij geeft derhalve een ieder die naar een ander land wil emigreren het recht, zich bij het arbeidsbureau in te schrijven, ten einde dezelfde aanstellingskansen te genieten als de onderdanen van het betrokken land (Gaja, „I lavoratori stranieri in Italia, Problemi giuridici dell' assunzione", in *AA. VV.*, Bologna, 1984, blz. 124). Voor de onderhavige zaak is het belangrijkste gevolg van het discriminatieverbod evenwel weggelegd voor werknemers uit derde landen: ik zou het aldus kunnen uitdrukken, dat de onderdanen van andere Lid-Staten bij hun tewerkstelling de aan nationale onderdanen toegekende voorrang genieten ten opzichte van werknemers uit derde landen.

De voorrang van communautaire werknemers is derhalve een uit het Verdrag af te leiden beginsel. Het heeft niettemin een decennium geduurd, voordat dit wortel schoot in het afgeleide gemeenschapsrecht. In de eerste verordening tot uitvoering van de artikelen 48 tot en met 51 (verordening nr. 15 van 16 augustus 1961, nr. 57, PB 1961, blz. 1073) zijn de sporen ervan nauwelijks zichtbaar. Artikel 43 van deze verordening bepaalde immers: „De Lid-Staten *zullen* bij hun werkgelegenheidsbeleid rekening houden met de toestand van de arbeidsmarkt in de overige Lid-Staten" en derhalve pas een beroep doen op werknemers uit derde landen, nadat „de beschikbare betrekkingen waarvoor een niet op naam gesteld aanbod is gedaan... [zijn ingenomen] door werknemers uit Lid-Staten waar een overschot aan arbeidskrachten... bestaat." Vervolgens verordening nr. 38/64 van 25 maart 1964 (PB 1964, L 62, blz. 965). Daarin wordt de uitnodiging aan de Lid-Staten nader geregeld, maar qua draagwijdte beperkt: de regeringen hoeven slechts rekening te houden met de voorrang van communautaire onderdanen bij de bestudering van het jaarlijks door de Commissie op te stellen verslag over de toestand van de arbeidsmarkt.

Eerst bij verordening nr. 1612/68 wordt de voorrang echt wettelijk geregeld. Zij wordt beschouwd als een recht in de zesde overweging, die haar aan het discriminatieverbod koppelt, omschreven als een recht in artikel 1, lid 2, en, belangrijker nog, gewaarborgd als een recht in de artikelen 15 en 16, zulks door een compensatiestelsel (het SEDOC). De Lid-Staten moeten het Europees Coördinatiebureau minstens eenmaal per maand een opgave doen per be-

roep en per streek: a) van de aanbiedingen van werk waaraan niet is voldaan door arbeidskrachten die tot de nationale arbeidsmarkt behoren; b) van werkzoekenden die hebben verklaard bereid te zijn in een ander land te worden tewerkgesteld. De aanvragen om werk worden aan de werkgevers voorgelegd „met dezelfde voorrang ten opzichte van onderdanen van niet-Lid-Staten als aan de nationale werknemers wordt toegekend", en aan deze niet-Lid-Staten worden slechts aanbiedingen van werk gericht wanneer het aantal beschikbare communautaire werknemers onvoldoende wordt geacht. De nationale diensten voor de arbeidsvoorziening dienen zich tot de diensten van derde landen te richten achttien dagen nadat zij de aanvragen van communautaire werknemers hebben ontvangen.

Laat ik duidelijk stellen, dat deze bepalingen niet moeten worden overschat. Zo ligt het voor de hand, dat zij lang niet even ingrijpend zijn als de bepalingen op het gebied van het gemeenschappelijk handelsbeleid (zoals de contingenteringsregeling). Maar dit is van weinig belang. Waar ik belang aan hecht, is dat zij aan het prioriteitsbeginsel een zekere rol toekennen ter bescherming van het beginsel van de artikelen 48 tot en met 51: een rol die weliswaar niet afdoet aan de bevoegdheden van de Lid-Staten inzake de toegang tot een werkzaamheid van onderdanen uit derde Lid-Staten, maar die zich stellig verzet tegen een zodanige uitoefening van de betrokken bevoegdheden, dat wordt afgedaan aan het recht van communautaire werknemers om zich binnen de Gemeenschap te verplaatsen (zie ook Gaja, t. a. p., blz. 135). In dit kader is mijns inziens het overleg over het migratiebeleid van het allergrootste belang. Te denken valt aan de invloed die dit zou hebben gehad op de inhoud van een maatregel die de Italiaanse wetgever zeer onlangs heeft getroffen zonder de mogelijke verstorende gevolgen ervan te onderzoeken met de Europese partners en de Commissie: ik bedoel wet nr. 943 van 30 december 1986 inzake de tewerkstelling van niet-communautaire werknemers en de clandestiene immigraties (GURI nr. 8 van 12.1.1987, blz. 3).

15. Mitsdien is komen vast te staan: a) dat de in artikel 118 bedoelde samenwerking een verplichting is; b) dat er een tamelijk nauw verband bestaat tussen overleg over het migratiebeleid en vrij verkeer van werknemers. De vraag rijst derhalve, of de Commissie deelneming aan dat overleg gedaan kon krijgen en dat vrije verkeer volledig tot zijn recht kon laten komen, zonder haar toevlucht te nemen tot een bindend besluit. Deze vraag mag men overigens niet onbeantwoord laten. Zoals gezegd, verwijt de Duitse regering de instelling, dat deze niet eerst de talrijke minder dubieuze middelen heeft benut die het Verdrag en het afgeleide recht haar bieden; dit geldt te meer, daar zij van de Raad een verzoek in die zin had gekregen in de resolutie van 16 juli 1985. Een bij deze laatste gehechte verklaring bevat immers de opmerking, dat de samenwerking en het overleg tussen de Lid-Staten in de eerste plaats een verbetering zal moeten inhouden van de procedure binnen de reeds bestaande instanties op het gebied van het vrije verkeer van werknemers.

Het verwijt is echter ongegrond. De instanties waarop de Raad doelt, zijn in de eerste plaats het raadgevend respectievelijk het technisch comité van de artikelen 24 en 32 van verordening nr. 1612/68. Hierna zal blijken, dat de Commissie dit laatste comité uiterst uitvoerig bij de zaak heeft betrokken. Daarentegen heeft zij inderdaad geen gebruik gemaakt van het eerste. Maar kon zij dit wel ? Ik betwijfel het ten zeerste. In het raadgevend comité hebben immers naast de ambtenaren van de Commissie en de verte-

genwoordigers van de Lid-Staten de afgevaardigden van de vakorganisaties zitting. Het is derhalve niet zodanig samengesteld, dat steeds ongestoorde en open debatten mogelijk zijn wanneer het onderwerp van het overleg een vertrouwelijk karakter heeft. Daar komt bij — een argumentum ad hominem, maar niettemin van belang — dat juist de Bondsregering, meer dan enige andere, de Commissie verwijt dat haar beschikking onvoldoende rekening houdt met het vereiste van vertrouwelijkheid (zie sub 9).

Vervolgens zijn er de mechanismen van de artikelen 13, 14 en 19 van verordening nr. 1612/68. Mijns inziens lenen deze zich echter evenmin voor de procedure die de Commissie voor ogen had. Het eerste bij voorbeeld is bestemd voor de diensten voor de arbeidsvoorziening van de Lid-Staten, terwijl uiteraard alleen de regeringen zich lenen voor een doeltreffend overleg. Het tweede verplicht de Lid-Staten, de Commissie statistische gegevens te verstrekken, die in het beste geval bruikbaar zijn om de voorzienbare behoeften aan arbeidskrachten te berekenen. Interessanter is de derde bepaling, die in 1979 door de Commissie zelf als een procedurele mogelijkheid voor haar initiatief werd genoemd (zie sub 5). Interessanter maar niet veel nuttiger. Zij maakt het immers mogelijk: a) inlichtingen te verlangen, maar enkel over de resultaten van de compensatieregeling en over het aantal tewerkstellingen van niet-communautaire werknemers; b) overleg te plegen, maar dit slechts tweemaal per jaar en in een beperkt kader, te weten aan de hand van het rapport dat de Commissie baseert op de informatie van de Lid-Staten.

Het is echter een feit, dat de kwetsbaarheid en ondoeltreffendheid van de instrumenten die zojuist de revue zijn gepasseerd, de Commissie niet beletten om de regeringen uit te nodigen of zelfs over te halen tot het plegen van overleg op vrijwillige basis. Dit experiment heeft zich vijf jaar lang binnen het technisch comité voltrokken, om op een volledige mislukking uit te lopen. De Lid-Staten zagen het door de Executieve verlangde overleg in feite slechts als de onderlinge verschaffing van informatie over de reeds getroffen maatregelen en de interne gevolgen daarvan. Zij pasten er met andere woorden de criteria op toe die gelden voor bijeenkomsten over soortgelijke onderwerpen in het kader van internationale organisaties als de Raad van Europa. De voorbeelden die de gemachtigde van de Commissie dienaangaande heeft genoemd, laten aan duidelijkheid niets te wensen over.

De Raad van Europa had voor mei 1980 een conferentie van zijn eenentwintig leden bijeengeroepen ter bespreking van het migratiebeleid; de Executieve achtte het toen opportuun, de Lid-Staten uit te nodigen hieraan met een gemeenschappelijk standpunt deel te nemen. Daartoe belegde zij een bijeenkomst voor 20 februari. Waar artikel 118 de mogelijkheid opent van overleg over vraagstukken „welke de internationale organisaties raken", was het agendapunt — uitwisseling van gedachten over een coördinatie van de diverse standpunten — nogal orthodox. De Duitse delegatie verklaarde, dat het beter zou zijn om iedere poging tot coördinatie van de standpunten van de Lid-Staten achterwege te laten, terwijl de Franse delegatie zelfs de bevoegdheid van het technisch comité ten aanzien van dergelijke problemen betwistte (zie sub 6).

Op de bijeenkomsten van 21 oktober 1980, 6 december 1983 en 22 januari 1985 weigerden de regeringsvertegenwoordigers, het comité in te lichten over materies die niet tot de geldende maatregelen behoorden althans nog niet waren beslist. De belangrijkste gebeurtenis deed zich evenwel voor tijdens de bijeenkomst van 9 december 1982.

De vertegenwoordiger van de Franse regering kondigde aan, dat zijn regering een maatregel had getroffen om alle buitenlanders die zich in een illegale positie bevonden, uit het land te verwijderen. Daarop stelde de Belgische delegatie hem de vraag — mijns inziens geheel terecht, omdat zijn land daarbij verwikkeld kon raken — aan welke grenzen die operatie zou worden uitgevoerd. Waarop de arme kerel een scherp antwoord kreeg: de uitzettingsmaatregelen — zo verklaarde de Parijse ambtenaar — zullen met behulp van de sterke arm worden uitgevoerd.

16. Ik kom daarmee tot de conclusie, dat de Commissie in 1985 het arsenaal van door haar geïmproviseerde of door de wetgever ter beschikking gestelde gewone en onverbindende instrumenten erdoor had gejaagd. Het verwijt van de Bondsregering, dat zij geen aanbeveling heeft doen uitgaan, is dan ook maar een uitvlucht. De documenten van 23 maart 1979 en 9 juni 1983 doen aan veelzeggendheid en overtuigingskracht zeker niet onder voor de effecten die het in artikel 155, tweede gedachtenstreepje, bedoelde middel kan hebben; en waar de eerste hadden gefaald, kon het tweede uiteraard evenmin slagen.

Mitsdien moet tegen de achtergrond van deze frustraties — die nog versterkt werden door het feit dat de schuldigen, de Lid-Staten, op de tribune van de Raad steeds luider om maatregelen hadden geschreeuwd — een oordeel worden geveld over de keuze, het overleg te institutionaliseren met een beschikking die verplichtingen kon meebrengen. Dat oordeel kan slechts vrijspraak luiden. Dit ligt overigens in de lijn van de rechtspraak van het Hof: de rechtspraak — om misverstanden te voorkomen — op grond waarvan voorschriften zodanig mogen worden uitgelegd dat zij in de praktijk kunnen worden toegepast en een zo groot mogelijke doeltreffendheid hebben. Let wel, ik denk hierbij niet aan het kleine aantal uitspraken waarin met een beroep op de klassieke criteria van Marshall in de zaak McCulloch/Maryland [17 US (4 Wheat.) 316, 421 (1819)], de Gemeenschap bevoegdheden zijn toegekend die zij niet uitdrukkelijk aan de Verdragen ontleent. Het is duidelijk waarom. In het onderhavige geval betekent toepassing van het effectiviteitsbeginsel niet, dat een beroep wordt gedaan op de theorie van de impliciete bevoegdheden. Het betekent alleen — en dit heeft het Hof al meer dan eens gedaan — dat een „gegeven bevoegdheid" extensief wordt uitgelegd.

Ik herhaal begrippen waarbij ik lang heb stilgestaan. Artikel 118 levert geen bevoegdheidsprobleem op. De bevoegdheid van de Commissie om een nauwe samenwerking tussen de Lid-Staten te bevorderen, is zo duidelijk als het maar kan uitgedrukt. Maar daarmee is niet alles gezegd: samenwerken — zo geeft de bepaling te verstaan — is een verplichting van de Lid-Staten, die zich niet tegen samenwerking kunnen verzetten, noch zich aan de initiatieven van hun tegenpartij kunnen onttrekken, maar deze veeleer moeten vergemakkelijken. Wat aan de bepaling ontbreekt, en het betreft hier derhalve — zoals Ulpianus gezegd zou hebben — een lex imperfecta, is iets anders: de uitdrukkelijke vermelding van een instrument dat de uitvoering van die verplichting in concreto afdwingbaar maakt (om maar te zeggen tot en met de sanctiemogelijkheid) en in nauwe banen leidt.

Op grond van het bovenstaande komt het mij voor, dat opvulling van die leemte geen misbruik is, noch een bijzonder bezwaarlijke of gewaagde oplossing. Integendeel, als men het ermee eens is dat „bevorderen" en „organiseren" ook door middel van wetgeving kunnen plaatsvinden, als men bedenkt dat het voornaamste doel, het *primum et porro unum* van de bestreden beschikking, bestaat in het voorkomen van tegenstrijdigheden tussen het migratiebeleid van de Lid-Staten en een van de vier „grote vrijheden", als men bovendien denkt aan de totale mis-

lukking van de pogingen om dit doel in een vrijwillige sfeer te bereiken, komt men al snel tot het inzicht dat gebruikmaking van bedoeld instrument in zekere zin de enige mogelijke uitlegging van artikel 118 was: het was de enige manier om de door de bepaling gecreëerde paradoxale situatie op te heffen en de weg vrij te maken voor al haar potentiële doeltreffendheid of, eerder nog, een verstandelijke toepassing ervan.

17. Na bovenstaande conclusie verliezen de resterende argumenten die verzoekers tot staving van hun primaire middel hebben aangevoerd, grotendeels hun belang. Ik voel mij niettemin geroepen om er, zij het niet punt voor punt, enige aandacht aan te besteden.

Zoals gezegd, zijn de Bondsrepubliek en het Verenigd Koninkrijk van oordeel dat artikel 118 een uitputtende opsomming van de toegestane middelen bevat, en dat gebruikmaking van andere middelen of modaliteiten in strijd is met artikel 4 EEG-Verdrag. Evenwel toont een dertigjarige, nooit bestreden praktijk aan, dat het hier geen uitputtende maar een enuntiatieve opsomming betreft: ik denk aan de lange reeks aanbevelingen die de Commissie op artikel 118 heeft gebaseerd en, uiteraard, aan de twee besluiten van 1974 (zo ook, Knolle, t. a. p.). Anderzijds komt het mij voor, dat een beroep op artikel 4 in de onderhavige context irrelevant is. Artikel 4 vermeldt de instellingen van de Gemeenschap en bepaalt dat deze alle binnen de grenzen van de hun door het Verdrag toegekende bevoegdheden handelen. Het schept echter generlei duidelijkheid — terwijl het hier juist om gaat — omtrent de middelen die de instellingen daarbij ter beschikking staan.

Al even zwak zijn mijns inziens de argumenten ontleend aan het arrest Defrenne III en aan de uitdrukking „de Commissie (is) in nauw contact met de Lid-Staten werkzaam" aan het begin van artikel 118, tweede alinea. Met betrekking tot het eerste punt kan ik erop wijzen, dat dit arrest betrekking heeft op de uitlegging van artikel 119 en dat de overwegingen betreffende artikel 118 in een kort *obiter dictum* zijn neergelegd. Daar komt bij dat de overweging van het Hof dat artikel 118 een „voornamelijk programmatische bepaling" is, in wezen niet uitsluit dat het bepalingen bevat die thans reeds van toepassing zijn. Wat bovenstaande bewoordingen van artikel 118, tweede alinea, betreft, wil ik erop wijzen dat de conclusie die de Bondsrepubliek hieraan verbindt — de Executieve kan geen eenzijdige maatregelen vaststellen — in het geheel niet is gemotiveerd. De ontstaansgeschiedenis van de bepaling wijst op het tegenovergestelde. Zij is namelijk het resultaat van een compromis waarbij het volgende voorstel van de delegatiehoofden terzijde werd gelegd: „la Commission peut demander au Conseil de procéder à des échanges de vue des différents gouvernements au sujet des problèmes sociaux..." (Neri en Sperl: *Traité instituant la Communauté économique européenne*, etc., Luxemburg 1960, blz. 297 e. v.).

Nog een enkel woord over het verwijt, dat de bestreden beschikking onvoldoende rekening houdt met de vereisten van vertrouwelijkheid en snel optreden. De vertrouwelijkheid wordt mijns inziens reeds voldoende gewaarborgd door artikel 214, op grond waarvan de ambtenaren en personeelsleden van de Gemeenschap gehouden zijn, geen inlichtingen openbaar te maken die onder de geheimhoudingsplicht vallen. De bepalingen die de Bondsregering gevaarlijk vindt, zijn bovendien nagenoeg gelijk aan die in iedere andere maatregel houdende instelling van een procedure van overleg (zie artikel 4, lid 2, van beschikking nr. 74/393 van de Raad van 22 juli 1974, PB 1974, L 208, blz. 23). Het tweede vereiste doet zich op het gebied van het migratiebeleid zelden gevoelen, en de beschikking houdt er

in ieder geval rekening mee door te bepalen, dat twee weken na mededeling van de ontwerp-maatregel overleg plaatsvindt zodra de betrokken regering daarom verzoekt. Het staat evenwel aan deze laatste, het ontwerp zo snel mogelijk en in ieder geval tijdig te presenteren.

18. Het subsidiaire middel van verzoekers. Zoals hiervoor uiteengezet, omvat dit twee grieven, waarvan ik de eerste — onvoldoende motivering — sub 12 reeds uitvoerig heb behandeld. Rest derhalve de gebrekkigheid die de Nederlandse regering de inhoud van de beschikking verwijt. Deze zou te lacuneus, te onnauwkeurig en te tegenstrijdig zijn om degenen voor wie zij bestemd is, in staat te stellen met zekerheid de draagwijdte van de eruit voortvloeiende verplichtingen te bepalen.

Dit verwijt is ongegrond. In de eerste plaats betwijfel ik ten zeerste, of het verweten gebrek een daadwerkelijke schending van wezenlijke vormvoorschriften oplevert. Bovendien ben ik van oordeel, dat de beschikking hooguit wordt gekenmerkt door overdreven gedetailleerdheid of schoolvosserij, en dat juist deze eigenschap ertoe heeft bijgedragen dat de Lid-Staten haar als een onaanvaardbare bedreiging van hun souvereinitiet beschouwden (zie sub 7). Voor wie het hier niet mee eens is, kan ik erop wijzen dat het Hof bij zijn beoordeling van de geldigheid van een eveneens wegens schending van artikel 190 aangevochten handeling verklaarde, „dat ook al mochten de aangegeven passages niet met de gewenste nauwkeurigheid zijn geredigeerd, zulks noch verzoeksters noch het Hof heeft belet de draagwijdte van de grief der Commissie te begrijpen" (arrest van 16 december 1975, gevoegde zaken 40 tot en met 48, 50, 54 tot en met 56, 111, 113 en 114/73, Suiker Unie, Jurispr. 1975, blz. 1663, r. o. 118).

Tot slot het verwijt, dat het Economisch en Sociaal Comité niet is geraadpleegd. Hoezeer ik het ook betreur, een mijns inziens onontbeerlijke en op alle andere punten correcte regeling te zien uitglijden op de klassieke bananeschil, acht ik dit verwijt gegrond. De Bondsregering heeft ongetwijfeld gelijk waar zij betoogt, dat de redenen waarom die raadpleging werd voorgeschreven voor het uitbrengen van adviezen, nog dringender worden wanneer de Executieve haar toevlucht neemt tot een besluit dat bindende gevolgen kan hebben. De opmerking dat artikel 118 dienaangaande het stilzwijgen bewaart, is dan ook een argument van generlei waarde. Beter gezegd: de eerste twee alinea's van de bepaling uit te leggen op basis van het nog steeds gewaagde effectiviteitsbeginsel, om zich vervolgens voor de derde alinea te verschansen achter de meest verouderde letterlijke interpretatie, is noch coherent noch erg elegant.

De reden waarom de Commissie het ESC niet heeft gehoord, blijkt niet uit het dossier. Uit het feit dat zij het ESC in het verleden al haar aanbevelingen had voorgelegd — hierover zwijgt artikel 118 eveneens, zie sub 4 — moet worden afgeleid dat het onderhavige nalaten te wijten was aan de zeer grote haast die meer dan eens haar stempel heeft gedrukt op de beslissende fasen van de gevolgde procedure. Maar dit is geen rechtvaardigingsgrond. De formaliteit van artikel 118 en de in het Verdrag voorziene overeenkomstige formaliteiten zijn alles behalve banaal. Een Italiaans jurist heeft erop gewezen, dat zij moeten waarborgen dat de in het Verdrag neergelegde bevoegdheidsverdeling wordt geëerbiedigd, doordat aan de totstandkoming van het besluit wordt

deelgenomen door organen die de diverse belangen behartigen (Tizzano: *La Corte di giustizia delle Comunità europee*, I, Napels, 1967, blz. 334 e. v.); en in het arrest van 21 maart 1955 (zaak 6/54, Nederland/ Hoge Autoriteit, Jurispr. 1955, blz. 215) voegde het Hof hieraan toe dat een van de doelstellingen van die formaliteiten is, dat de eraan onderworpen maatregelen „met de nodige omzichtigheid" tot stand komen.

Het komt mij voor, dat het onderhavige geval de juistheid van deze opmerkingen volledig bevestigt. Het is immers waarschijnlijk dat, indien de Executieve de mening van een samengesteld orgaan als het ESC had gevraagd, zij haar beschikking had gecorrigeerd door de scherpste kanten ervan bij te vijlen dan wel de opbouw te wijzigen en meer betekenis toe te kennen aan de bescherming van de communautaire prioriteit. Het is evenmin uitgesloten — hier heb ik reeds op gewezen — dat die raadpleging de onderhavige beroepen en de daaruit ontstane bevriezing van het in de beschikking voorziene overleg zou hebben voorkomen.

19. Op grond van bovenstaande overwegingen geef ik het Hof in overweging:

a) de beroepen van het Koninkrijk der Nederlanden (zaak 284/85), het Koninkrijk Denemarken (zaak 285/85) en het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland (zaak 287/85) wegens tardiviteit niet-ontvankelijk te verklaren;

b) de beroepen van de Bondsrepubliek Duitsland (zaak 281/85) en van de Franse Republiek (zaak 283/85) gegrond te verklaren en beschikking nr. 85/381 van de Commissie van 8 juli 1985 tot invoering van een procedure voor voorafgaande mededeling en overleg inzake het migratiebeleid ten aanzien van derde landen, nietig te verklaren wegens schending van wezenlijke vormvoorschriften.

Gezien de ingewikkeldheid en de nieuwheid van de aan de orde gestelde vragen, lijkt het mij billijk dat alle partijen, ook interveniënten, hun eigen kosten zullen dragen.