ARREST VAN HET HOF
29 september 1998 *

In zaak C-191/95,

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door haar juridisch adviseur J. Grunwald als gemachtigde, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij C. Gómez de la Cruz, lid van haar juridische dienst, Centre Wagner, Kirchberg,

verzoekster,

tegen

Bondsrepubliek Duitsland, vertegenwoordigd door E. Röder, Ministerialrat bij het Bondsministerie van Economische zaken, en A. Dittrich, Regierungsdirektor bij het Bondsministerie van Justitie, als gemachtigden, bijgestaan door H.-J. Rabe, advocaat te Hamburg en Brussel, D-53107 Bonn,

verweerster,

betreffende een verzoek aan het Hof om vast te stellen, dat de Bondsrepubliek Duitsland, door niet te voorzien in passende sancties voor het geval dat kapitaalvennootschappen de verplichte openbaarmaking van hun jaarrekening achterwege laten, die is voorgeschreven bij onder meer de Eerste richtlijn (68/151/EEG) van de Raad van 9 maart 1968 strekkende tot het coördineren van de waarborgen, welke in de lidstaten worden verlangd van de vennootschappen in de zin van de tweede alinea van artikel 58 van het Verdrag, om de belangen te beschermen zowel van de deelnemers in deze vennootschappen als van derden, zulks teneinde die waarborgen gelijkwaardig te maken (PB L 65, blz. 8), en de Vierde richtlijn (78/660/EEG) van de Raad van 25 juli 1978 op de grondslag van artikel 54, lid 3,

* Procestaal: Duits.

sub g, van het Verdrag betreffende de jaarrekening van bepaalde vennootschapsvormen (PB L 222, blz. 11), de krachtens het EG-Verdrag en genoemde richtlijnen op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen,

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE,

samengesteld als volgt: G. C. Rodríguez Iglesias, president, C. Gulmann, H. Ragnemalm (rapporteur), M. Wathelet en R. Schintgen, kamerpresidenten, G. F. Mancini, J. C. Moitinho de Almeida, P. J. G. Kapteyn, J. L. Murray, D. A. O. Edward, J.-P Puissochet, G. Hirsch, P. Jann, L. Sevón en K. M. Ioannou, rechters,

advocaat-generaal: G. Cosmas
griffier: H. A. Rühl en vervolgens D. Louterman-Hubeau, beiden hoofdadministrateur

gezien het rapport ter terechtzitting,

gehoord, door de Zesde kamer van het Hof, de pleidooien van partijen ter terechtzitting van 12 december 1996,

gehoord, door de Zesde kamer, de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 5 juni 1997,

gezien de beschikking van de Zesde kamer van 18 september 1997 waarbij de zaak naar het Hof werd verwezen,

gezien de beschikking tot heropening van de mondelinge behandeling van 14 oktober 1997,

gezien het rapport ter terechtzitting,

gehoord de mondelinge opmerkingen van de Commissie, vertegenwoordigd door C. Timmermans, adjunct-directeur-generaal van de juridische dienst, als gemachtigde, en J. Grunwald, en de Duitse regering, vertegenwoordigd door H.-J. Rabe, ter terechtzitting van 9 december 1997,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 17 februari 1998,

het navolgende

Arrest

1 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Hof op 16 juni 1995, heeft de Commissie van de Europese Gemeenschappen krachtens artikel 169 EG-Verdrag het Hof verzocht vast te stellen, dat de Bondsrepubliek Duitsland, door niet te voorzien in passende sancties voor het geval dat kapitaalvennootschappen de verplichte openbaarmaking van hun jaarrekening achterwege laten, die is voorgeschreven bij onder meer de Eerste richtlijn (68/151/EEG) van de Raad van 9 maart 1968 strekkende tot het coördineren van de waarborgen, welke in de lidstaten worden verlangd van de vennootschappen in de zin van de tweede alinea van artikel 58 van het Verdrag, om de belangen te beschermen zowel van de deelnemers in deze vennootschappen als van derden, zulks teneinde die waarborgen gelijkwaardig te maken (PB L 65, blz. 8; hierna: „Eerste richtlijn"), en de Vierde richtlijn (78/660/EEG) van de Raad van 25 juli 1978 op de grondslag van artikel 54, lid 3, sub g, van het Verdrag betreffende de jaarrekening van bepaalde vennootschapsvormen (PB L 222, blz. 11; hierna: „Vierde richtlijn"), de krachtens het EG-Verdrag en genoemde richtlijnen op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen.

De litigieuze regelgeving

De Eerste richtlijn

2 Volgens artikel 1 is de Eerste richtlijn in Duitsland van toepassing op de Aktiengesellschaft (naamloze vennootschap), de Kommanditgesellschaft auf Aktien (commanditaire vennootschap op aandelen) en de Gesellschaft mit beschränkter Haftung (vennootschap met beperkte aansprakelijkheid).

3 Artikel 2 van de Eerste richtlijn bepaalt dat de lidstaten de nodige maatregelen moeten nemen opdat de verplichte openbaarmaking betreffende die vennootschappen tenminste plaats vindt voor de aldaar genoemde akten en gegevens. Ingevolge artikel 2, lid 1, sub f, geldt de publicatieplicht vooral voor de „balans en de winst- en verliesrekening van elk boekjaar".

4 Volgens artikel 2, lid 1, sub f, derde volzin, wordt de verplichting tot openbaarmaking voor onder meer de vennootschap met beperkte aansprakelijkheid naar Duits recht evenwel „uitgesteld tot de tenuitvoerlegging van een richtlijn betreffende de coördinatie van de inhoud van balansen en winst- en verliesrekeningen en betreffende ontheffing van de verplichting tot volledige of gedeeltelijke openbaarmaking van deze stukken voor deze vennootschap, voor zover het bedrag van hun balans beneden een in deze richtlijn vast te stellen hoogte blijft". Volgens de laatste volzin van deze bepaling zou de Raad deze richtlijn vaststellen binnen twee jaar na vaststelling van de Eerste richtlijn.

5 In artikel 3, leden 2 en 4, van de Eerste richtlijn wordt bepaald, dat alle akten en alle gegevens die openbaar dienen te worden gemaakt, in het door de lidstaat ingestelde register worden ingeschreven en in het door de lidstaat aangewezen

nationale publicatieblad bekendgemaakt, hetzij in hun geheel of in uittreksel, hetzij door een mededeling omtrent het opnemen van het document in het dossier of de inschrijving daarvan in het register.

6 Artikel 6 van de Eerste richtlijn bepaalt onder meer:

„De lidstaten stellen passende sancties vast ingeval:

— de in artikel 2, lid 1, sub f, voorgeschreven openbaarmaking van de balans en van de winst- en verliesrekening wordt nagelaten;

— (...)"

7 Volgens artikel 13, eerste alinea, van de Eerste richtlijn moesten de lidstaten de richtlijn omzetten binnen een termijn van achttien maanden na de kennisgeving ervan, welke heeft plaatsgevonden op 11 maart 1968.

De Vierde richtlijn

8 In de Vierde richtlijn worden voor de aldaar genoemde vennootschapsvormen de voorschriften met betrekking tot de jaarrekening vastgesteld. Artikel 2 bepaalt: „De jaarrekening bestaat uit de balans, de winst- en verliesrekening en de toelichting. Deze stukken vormen een geheel."

9 Ter zake van de openbaarmaking van de jaarrekening bepaalt artikel 47, lid 1, van de Vierde richtlijn:

„1. De jaarrekening wordt, na overeenkomstig de daarvoor geldende regels te zijn vastgesteld of goedgekeurd, tezamen met het jaarverslag en het verslag van de met de controle van de jaarrekening belaste persoon openbaar gemaakt op de wijze die in de wetgeving van elke lidstaat is vastgesteld overeenkomstig artikel 3 van richtlijn 68/151/EEG.

De lidstaten kunnen evenwel in hun wetgeving toestaan dat het jaarverslag niet op de bovenbedoelde wijze openbaar wordt gemaakt. In dat geval wordt het jaarverslag ter beschikking van het publiek gehouden ten kantore van de vennootschap in de betreffende lidstaat. Op verzoek moet een volledig of gedeeltelijk afschrift kosteloos kunnen worden verkregen."

10 Volgens artikel 55, lid 1, moest de Vierde richtlijn in nationaal recht worden omgezet binnen een termijn van twee jaar na de kennisgeving ervan, welke op 31 juli 1978 heeft plaatsgevonden.

De nationale wetgeving

11 In Duitsland is het Gesetz über die Rechnungslegung von bestimmten Unternehmen und Konzernen van 15 augustus 1969 (wet op de openbaarmaking van jaarrekeningen, *BGBl.* I, 1969, blz. 1189; hierna: „Publizitätsgesetz") op 21 augustus 1969 in werking getreden.

12 De §§ 9 en 10 van het Publizitätsgesetz bevatten gedetailleerde bepalingen omtrent de verplichting de jaarrekening en het jaarverslag bij het handelsregister te deponeren en de jaarrekening in de Bundesanzeiger (het officiële federale publicatieblad) bekend te maken.

13 Het Publizitätsgesetz is herzien bij onder meer het Bilanzrichtlinien-Gesetz van 19 december 1985 (*BGBl.* I, 1985, blz. 2355; hierna: „Bilanzrichtlinien-Gesetz"), waarbij de Vierde richtlijn benevens de Zevende richtlijn (83/349/EEG) van de Raad van 13 juni 1983 op de grondslag van artikel 54, lid 3, sub g, van het Verdrag betreffende de geconsolideerde jaarrekening (PB L 193, blz. 1), en de Achtste richtlijn (84/253/EEG) van de Raad van 10 april 1984 op de grondslag van artikel 54, lid 3, sub g, van het Verdrag inzake de toelating van personen, belast met de wettelijke controle van boekhoudbescheiden (PB L 126, blz. 20), werden omgezet. In de huidige versie bepaalt § 9, dat de onder de wet vallende ondernemingen voor openbaarmaking van hun jaarrekeningen en jaarverslagen dienen te zorgen, in het bijzonder door deze bij het handelsregister te deponeren. Naleving van deze verplichting kan volgens § 21, eerste volzin, sub 8, van het Bilanzrichtlinien-Gesetz worden afgedwongen door middel van een dwangsom.

14 Bij het Bilanzrichtlinien-Gesetz werd tevens in het Handelsgesetzbuch (wetboek van koophandel; hierna: „HGB") een derde boek (§§ 238 tot en met 339) betreffende de koopmansboekhouding ingevoegd.

15 § 325 HGB bevat voorschriften betreffende de openbaarmaking, in het bijzonder betreffende de verplichting van de wettelijke vertegenwoordigers van een kapitaalvennootschap om de jaarrekening te deponeren bij het handelsregister en deze deponering in de Bundesanzeiger bekend te maken.

16 Ingevolge § 335 HGB kan een dwangsom worden opgelegd, wanneer de leden van het vertegenwoordigingsbevoegde orgaan van een kapitaalvennootschap de verplichting uit hoofde van § 325 HGB tot openbaarmaking van hun balans niet naleven. Ingevolge § 335, eerste volzin, sub 6, juncto de tweede volzin HGB, kan de oplegging van een dwangsom echter alleen worden gevorderd door een vennoot,

een schuldeiser, de centrale ondernemingsraad of de ondernemingsraad van de vennootschap.

17 Het Bilanzrichtlinien-Gesetz is begin januari 1986 ter kennis van de Commissie gebracht. Deze kennisgeving volgde op een beroep wegens niet-nakoming in zaak 18/85, dat de Commissie wegens te late omzetting van de Vierde richtlijn tegen de Bondsrepubliek Duitsland had ingesteld. Na afstand van instantie door de Commissie, is deze procedure bij doorhalingsbeschikking van 11 februari 1987 (PB C 80, blz. 6) beëindigd.

De precontentieuze procedure en de conclusies van partijen

18 Bij aanmaningsbrief van 26 juni 1990 deelde de Commissie de Duitse regering mede, dat volgens publicaties waarover zij beschikte, 93 % van de Duitse kapitaalvennootschappen de verplichting tot openbaarmaking van de jaarrekening niet naleefden, hetgeen een schending opleverde van artikel 3 van de Eerste richtlijn, juncto artikel 47 van de Vierde richtlijn. De Commissie herinnerde eraan, dat de lidstaten ingevolge artikel 6 van de Eerste richtlijn verplicht zijn, om in passende sancties te voorzien in geval van niet-naleving van de door de richtlijn voorgeschreven verplichting tot openbaarmaking, en zij nodigde de Bondsregering overeenkomstig artikel 169 van het Verdrag uit om binnen een termijn van twee maanden haar opmerkingen te maken.

19 Bij schrijven van 30 juli 1990 ontkende de Duitse regering de schending van artikel 3 van de Eerste richtlijn, juncto artikel 47 van de Vierde richtlijn. Op basis van haar eigen statistieken en onder verwijzing naar de geldende bepalingen van Duits recht, betwistte de Bondsregering de door de Commissie genoemde cijfers en concludeerde zij dat er geen aanleiding bestond om extra sancties op de niet-naleving van de verplichting tot openbaarmaking in te voeren.

20 In die omstandigheden richtte de Commissie op 2 juni 1992 een met redenen omkleed advies tot de Bondsrepubliek Duitsland, volgens hetwelk deze de krachtens de Eerste en de Vierde richtlijn op haar rustende verplichtingen niet was nagekomen, door niet in passende sancties te voorzien voor het geval dat kapitaalvennootschappen verzuimen hun jaarrekening openbaar te maken, zoals onder meer bij genoemde richtlijnen is voorgeschreven. De Commissie verzocht de Bondsrepubliek Duitsland, binnen een termijn van twee maanden de nodige maatregelen te nemen om aan het advies gevolg te geven. Op verzoek van de Duitse regering is deze termijn tot 30 september 1992 verlengd.

21 Op 25 augustus 1993 verklaarde de Duitse regering zich bereid, de sancties op niet-openbaarmaking van de documenten betreffende de jaarrekening te verzwaren, mits de Commissie haar goedkeuring aan de voorgestelde wetswijzigingen zou hechten en van beroep voor het Hof zou afzien. Zij legde de Commissie daarop een voorstel tot invoering van zwaardere sancties voor, die in de periode van 1 januari 1995 tot 1 januari 1999 geleidelijk voor alle kapitaalvennootschappen in werking zouden treden. De Duitse regering tekende daarbij aan, dat indien die bepalingen met onmiddellijke ingang werden ingevoerd, de bevoegde deelstaten de naleving ervan niet meteen zouden kunnen verzekeren, gelet op het grote aantal in te leiden procedures en op het grote aantal ambtenaren van de oude deelstaten, dat na de Duitse hereniging werd ingeschakeld bij de wederopbouw van de nieuwe deelstaten.

22 Op 3 maart 1994 antwoordde het ter zake bevoegde lid van de Commissie, dat de voorgestelde sancties onmiddellijk en zonder onderscheid zouden moeten gelden voor alle betrokken vennootschappen die hun verplichting tot openbaarmaking niet nakwamen. Hij verklaarde zich niettemin bereid de Commissie voor te stellen, de procedure op te schorten, indien de Duitse regering nog tijdens de lopende regeringsperiode een in die zin gewijzigd wetsontwerp zou indienen.

23 Bij schrijven van 19 mei 1994 deelde de Duitse regering de Commissie mede, onder die voorwaarden niet te kunnen terugkomen van haar principiële standpunt, dat

artikel 54, lid 3, sub g, van het Verdrag geen verzwaring van de in het Duitse recht bestaande sancties vergde.

24 Aangezien de daaropvolgende besprekingen geen oplossing brachten, heeft de Commissie besloten, het onderhavig beroep in te stellen, waarbij zij het Hof verzoekt de niet-nakoming door de Bondsrepubliek Duitsland vast te stellen en haar in de kosten te verwijzen.

25 De Duitse regering vordert primair niet-ontvankelijkverklaring en subsidiair verwerping van het beroep alsmede verwijzing van de Commissie in de kosten.

De ontvankelijkheid

26 De Duitse regering werpt drie excepties van niet-ontvankelijkheid op: schending van het collegialiteitsbeginsel bij het uitbrengen van het met redenen omkleed advies en het instellen van het beroep; wijziging van het voorwerp van het geschil en ten slotte onjuiste motivering betreffende de gestelde niet-nakoming.

Schending van het collegialiteitsbeginsel bij het uitbrengen van het met redenen omkleed advies en het instellen van het beroep

27 De Duitse regering stelt dat het met redenen omkleed advies is uitgebracht en het beroep voor het Hof is ingesteld volgens de machtigingsprocedure. Het gebruik

van de machtigingsprocedure verdraagt zich weliswaar met het collegialiteitsbeginsel bij de vaststelling van maatregelen van beheer en bestuur, maar deze procedure is volgens de Duitse regering uitgesloten voor het nemen van principebesluiten als de vaststelling van een met redenen omkleed advies en de instelling van een beroep voor het Hof. Artikel 169 van het Verdrag vereist immers, dat met betrekking tot het met redenen omkleed advies en de instelling van het beroep bij het Hof een besluit wordt genomen door de Commissie, handelende als college.

28 De Commissie brengt daartegen in, dat de besluiten om de aanmaningsbrief te verzenden, het met redenen omkleed advies te doen betekenen en het beroep in te stellen, waren genomen in vergaderingen van de Commissie, handelend als college.

29 Bij beschikking van 23 oktober 1996 heeft het Hof (Zesde kamer) de Commissie gelast, het besluit om het op 2 juni 1992 aan de Bondsrepubliek Duitsland toegezonden met redenen omkleed advies uit te brengen, en het besluit om onderhavige niet-nakomingsprocedure in te stellen, die zij als college genomen had, in de overeenkomstig haar reglement van orde geauthentiseerde vorm over te leggen.

30 De Commissie heeft daartoe aan het Hof de notulen overgelegd van een aantal van deze vergaderingen, alsmede documenten die in die notulen worden genoemd.

31 Ter terechtzitting van 9 december 1997 heeft de Duitse regering betoogd, dat de Commissie, wanneer men de door haar overgelegde processtukken bekijkt, niet heeft aangetoond, dat de leden van het college bij het besluit om het met redenen omkleed advies uit te brengen en het beroep in te stellen, werkelijk over voldoende gegevens beschikten omtrent de inhoud van deze handelingen. Het college zou echter over alle relevante juridische en feitelijke gegevens dienen te beschikken om zich ervan te kunnen vergewissen, dat zijn besluiten geen mogelijkheid tot twijfel bieden en om te waarborgen dat de betekende besluiten daadwerkelijk door het college zijn genomen en de wil van het college, dat hiervoor de politieke verantwoordelijkheid draagt, weergeven.

32 De Commissie heeft verklaard, dat gelet op het aantal niet-nakomingsprocedures, de leden van de Commissie om redenen van efficiëntie niet over de ontwerptekst van het met redenen omkleed advies beschikken wanneer het besluit om een dergelijk advies uit te brengen wordt genomen; daar die handelingen geen rechtstreeks dwingend rechtsgevolg hebben, is dit ook niet nodig. De leden van het college beschikken daarentegen wel over belangrijke gegevens, in het bijzonder over de gelaakte feiten en de gemeenschapsrechtelijke bepalingen die volgens de diensten van de Commissie zijn geschonden. Het college heeft dus met volle kennis van zaken beslist omtrent het voorstel van haar diensten om een met redenen omkleed advies uit te brengen respectievelijk het beroep in te stellen. De nadere uitwerking van het met redenen omkleed advies vindt plaats op administratief niveau, onder de verantwoordelijkheid van het ter zake bevoegde lid van de Commissie, nadat het college het besluit heeft genomen dat advies uit te brengen.

33 Om te beginnen zij eraan herinnerd, dat voor de Commissie het collegialiteitsbeginsel geldt (arrest van 15 juni 1994, Commissie/BASF e. a., C-137/92 P, Jurispr. blz. I-2555, punt 62).

34 Niet wordt betwist, dat de besluiten tot het uitbrengen van een met redenen omkleed advies en het instellen van beroep volgens dit collegialiteitsbeginsel moeten worden genomen.

35 De toepassing van artikel 169 is immers een van de middelen waarmee de Commissie toeziet op de toepassing, door de lidstaten, van het Verdrag en de bepalingen welke de instellingen krachtens het Verdrag vaststellen (arrest van 10 mei 1995, Commissie/Duitsland, C-422/92, Jurispr. blz. I-1097, punt 16). Het besluit om een met redenen omkleed advies uit te brengen respectievelijk beroep in te stellen wordt dus genomen in het algemene kader van de toezichthoudende taak waarmee de Commissie ingevolge artikel 155, eerste streepje, van het Verdrag is belast.

36 Met het uitbrengen van het met redenen omkleed advies maakt de Commissie haar formele standpunt kenbaar omtrent de rechtstoestand van de betrokken lidstaat. Met de formele vaststelling van de aan de betrokken lidstaat verweten schending van het Verdrag in een met redenen omkleed advies wordt de precontentieuze

procedure, bedoeld in artikel 169 van het Verdrag, afgesloten (arrest van 31 januari 1984, Commissie/Ierland, 74/82, Jurispr. blz. 317, punt 13). Het besluit om een met redenen omkleed advies uit te brengen, kan dus niet als maatregel van bestuur of beheer worden aangemerkt en kan niet worden gedelegeerd.

37 Hetzelfde geldt voor het besluit om voor het Hof een beroep wegens niet-nakoming in te stellen. In haar rol van hoedster van het Verdrag is de Commissie bevoegd te beslissen, of het opportuun is om een niet-nakomingsprocedure in te leiden (zie in deze zin arrest van 11 augustus 1995, Commissie/Duitsland, C-431/92, Jurispr. blz. I-2189, punt 22). Deze beslissing behoort tot de discretionaire bevoegdheid van de instelling (zie onder meer arrest van 27 november 1990, Commissie/Griekenland, C-200/88, Jurispr. blz. I-4299, punt 9) en kan niet als maatregel van bestuur of beheer worden aangemerkt.

38 De eerste exceptie van niet-ontvankelijkheid, zoals in de loop van de procedure nader toegelicht, stelt dus de vraag aan de orde, of het college het collegialiteitsbeginsel in acht heeft genomen toen het enerzijds in een met redenen omkleed advies het standpunt innam dat de Bondsrepubliek Duitsland een van de krachtens het Verdrag op haar rustende verplichtingen niet was nagekomen, en anderzijds, nadat de Bondsrepubliek dit advies niet binnen de gestelde termijn had opgevolgd, besloot het onderhavig beroep in te stellen.

39 Volgens vaste rechtspraak berust het collegialiteitsbeginsel op de gedachte, dat de leden van de Commissie als gelijken aan de besluitvorming deelnemen, en houdt het met name in, dat de besluiten in gemeen overleg worden genomen en dat alle leden van het college collectief politiek verantwoordelijk zijn voor alle genomen besluiten (arresten van 23 september 1986, AKZO Chemie/Commissie, 5/85, Jurispr. blz. 2585, punt 30; 21 september 1989, Hoechst/Commissie, 46/87 en 227/88, Jurispr. blz. 2859, en arrest Commissie/BASF e. a., reeds aangehaald, punt 63).

40 Verder heeft het Hof verklaard, dat de eerbiediging van dit beginsel van belang is voor de rechtssubjecten ten aanzien van wie een besluit van de Commissie rechtsgevolgen sorteert (zie in deze zin arrest Commissie/BASF e. a., reeds aangehaald, punt 64).

41 De formele vereisten die voor een daadwerkelijke eerbiediging van het collegialiteitsbeginsel in acht moeten worden genomen, verschillen evenwel naargelang de aard en de rechtsgevolgen van de door de instelling vastgestelde handelingen.

42 Zo heeft het Hof ten aanzien van beschikkingen tot toepassing van de mededingingsregels, waarbij een inbreuk op die regels werd vastgesteld, ondernemingen bevelen werden gegeven en hun geldboeten werden opgelegd, geoordeeld dat de ondernemingen of ondernemersverenigingen ervan verzekerd moeten zijn dat het dispositief en de motivering van een dergelijke beschikking door het college zijn vastgesteld (zie in die zin arrest Commissie/BASF e. a., reeds aangehaald, punten 65-67).

43 Op welke wijze het college in gemeen overleg moest besluiten het advies uit te brengen en het beroep wegens niet-nakoming in te stellen, moet in casu dus worden vastgesteld met inachtneming van de rechtsgevolgen die deze besluiten voor de betrokken staat hebben.

44 Het uitbrengen van een met redenen omkleed advies is een procedure vooraf (arrest van 27 mei 1981, Essevi en Salengo, 142/80 en 143/80, Jurispr. blz. 1413, punt 15), waaraan voor de adressaat van het advies geen bindend rechtsgevolg is verbonden. Dit advies is slechts een precontentieuze fase van een procedure die eventueel kan resulteren in een beroep op het Hof (arrest van 10 december 1969, Commissie/Frankrijk, 6/69 en 11/69, Jurispr. blz. 523, punt 36). Deze in artikel 169 van het Verdrag voorziene precontentieuze procedure heeft tot doel de lidstaat in staat te stellen, zich vrijwillig te voegen naar de vereisten van het Verdrag, of hem in voorkomend geval de gelegenheid te bieden, zijn standpunt te rechtvaardigen (arresten van 23 oktober 1997, Commissie/Nederland, C-157/94, Jurispr. blz. I-5699, punt 60; Commissie/Italië, C-158/94, Jurispr. blz. I-5789, punt 56, en Commissie/Frankrijk, C-159/94, Jurispr. blz. I-5815, punt 103).

45 Voor het geval deze poging om de aangelegenheid in der minne te regelen, geen succes heeft, heeft het met redenen omkleed advies de functie het voorwerp van het geschil te omschrijven. Daarentegen heeft de Commissie niet de bevoegdheid

om in krachtens artikel 169 uitgebrachte adviezen de rechten en verplichtingen van een lidstaat definitief te bepalen of hem te garanderen dat een bepaalde gedraging verenigbaar is met het Verdrag. Volgens het stelsel van de artikelen 169 tot en met 171 van het Verdrag kunnen enkel in een arrest van het Hof de rechten en verplichtingen der lidstaten worden vastgesteld en hun gedragingen worden beoordeeld (zie in deze zin arrest Essevi en Salengo, reeds aangehaald, punten 15 en 16).

46 Het met redenen omkleed advies heeft dus slechts rechtsgevolgen ten opzichte van het beroep op het Hof (arrest Essevi en Salengo, reeds aangehaald, punt 18), met dien verstande dat wanneer de staat dat advies niet binnen de gestelde termijn opvolgt, de Commissie bevoegd, maar niet verplicht is een dergelijk beroep in te stellen (zie in deze zin arrest van 14 februari 1989, Star Fruit/Commissie, 247/87, Jurispr. blz. 291, punt 12).

47 Het besluit om beroep bij het Hof in te stellen is weliswaar een noodzakelijke stap om het Hof in staat te stellen zich bij bindende beslissing over de gestelde nietnakoming uit te spreken, maar op zichzelf wijzigt het niet de in geschil zijnde rechtstoestand.

48 Uit een en ander volgt, dat zowel het besluit van de Commissie om een met redenen omkleed advies uit te brengen, als haar besluit om een beroep wegens nietnakoming in te stellen door het college in gemeen overleg moet worden genomen. De gegevens waarop die besluiten zijn gebaseerd moeten dus ter beschikking staan van de leden van het college. Daarentegen behoeft het college niet zelf de tekst van de handelingen waarin die besluiten worden bekrachtigd, en de definitieve vorm vast te stellen.

49 In casu staat vast, dat de leden van het college over alle gegevens die hun voor hun besluitvorming dienstig leken, beschikten toen het college op 31 juli 1991 besloot het met redenen omkleed advies uit te brengen en op 13 december 1994 het voorstel goedkeurde om het onderhavig beroep in te stellen.

50 In die omstandigheden moet worden vastgesteld, dat de Commissie bij het uitbrengen van het met redenen omkleed advies aan de Bondsrepubliek Duitsland en het instellen van onderhavig beroep de uit het collegialiteitsbeginsel voortvloeiende regels heeft nageleefd.

51 Derhalve moet de exceptie van niet-ontvankelijkheid wegens schending van het collegialiteitsbeginsel worden afgewezen.

Wijziging van het voorwerp van het geschil

52 Volgens de Duitse regering is het beroep niet-ontvankelijk, omdat de inhoud van het verzoekschrift verschilt van de aanmaningsbrief. In haar aanmaningsbrief verklaarde de Commissie immers, dat de Bondsrepubliek Duitsland haar verplichtingen uit hoofde van artikel 47 van de Vierde richtlijn, juncto artikel 3 van de Eerste richtlijn, niet was nagekomen, terwijl zij in het met redenen omkleed advies en in het verzoekschrift uitgaat van een inbreuk op de artikelen 2, lid 1, sub f, 3 en 6, van de Eerste richtlijn. Daarmee, aldus de Duitse regering, heeft zij het voorwerp van het geschil in de loop van de precontentieuze procedure gewijzigd.

53 De Commissie brengt daartegen in, dat de bewoordingen van zowel de aanmaningsbrief als het schrijven van de Duitse regering van 30 juli 1990 laten zien, dat wat de Commissie wilde, duidelijk is uitgedrukt en juist is begrepen.

54 Om te beginnen zij eraan herinnerd, dat het in artikel 169 van het Verdrag bedoelde met redenen omkleed advies weliswaar een coherente en gedetailleerde uiteenzetting moet bevatten van de redenen die de Commissie tot de overtuiging hebben gebracht, dat de betrokken lidstaat een van de krachtens het Verdrag op hem rustende verplichtingen niet is nagekomen, doch dezelfde strenge eisen niet

kunnen worden gesteld aan de nauwkeurigheid van de aanmaningsbrief, die noodzakelijkerwijze niet meer kan bevatten dan een eerste beknopte samenvatting van de bezwaren. Niets belet de Commissie dus om de grieven die zij in de aanmaningsbrief in meer algemene termen heeft geformuleerd, in haar met redenen omkleed advies meer gedetailleerd uiteen te zetten (arrest van 16 september 1997, Commissie/Italië, C-279/94, Jurispr. blz. I-4743, punt 15).

55 Het is juist, dat het voorwerp van het geschil wordt bepaald door de aan de lidstaten gezonden aanmaningsbrief en het daaropvolgende met redenen omkleed advies, en daarna derhalve niet meer kan worden verruimd. De aan de betrokken staat geboden mogelijkheid om opmerkingen in te dienen, vormt immers — ook wanneer die staat meent daarvan geen gebruik te moeten maken — een door het Verdrag gewilde wezenlijke waarborg, en de eerbiediging van die mogelijkheid is een substantieel vormvereiste voor de regelmatigheid van de procedure tot vaststelling van de niet-nakoming door een lidstaat van de op hem rustende verplichtingen (arrest van 8 februari 1983, Commissie/Verenigd Koninkrijk, 124/81, Jurispr. blz. 203, punt 6). Derhalve moeten het met redenen omkleed advies en het beroep van de Commissie op dezelfde grieven berusten als de aanmaningsbrief waarmee de precontentieuze procedure wordt ingeleid.

56 Dit betekent evenwel niet, dat de formulering van de grieven in de aanmaningsbrief, in het dispositief van het met redenen omkleed advies en in het petitum van het verzoekschrift steeds volkomen gelijkluidend moeten zijn, wanneer het voorwerp van het geschil niet is verruimd of gewijzigd, maar integendeel enkel is beperkt (zie in deze zin arrest van 16 september 1997, Commissie/Italië, reeds aangehaald, punt 25).

57 In casu blijkt uit het dossier, dat de Commissie in haar aanmaningsbrief de aan de Bondsrepubliek Duitsland verweten niet-nakoming voldoende nauwkeurig heeft aangeduid, toen zij stelde dat het bepaalde in artikel 3 van de Eerste richtlijn, juncto artikel 47 van de Vierde richtlijn, werd geschonden, doordat een groot deel van de kapitaalvennootschappen niet aan de verplichting tot openbaarmaking voldeed, en herinnerde aan de verplichting van de lidstaten ingevolge artikel 6 van de Eerste richtlijn om in passende sancties te voorzien voor het geval van niet-naleving van de verplichting tot openbaarmaking. Deze brief heeft de Duitse regering dus in staat gesteld, van de aard van de tegen haar ingebrachte grieven kennis te nemen en zich daartegen te verdedigen.

58 Het feit dat de Commissie haar grief, dat een groot deel van de kapitaalvennootschappen niet aan de verplichting tot openbaarmaking voldeed, niet heeft gehandhaafd, terwijl zij de grief dat in passende sancties moest worden voorzien, die zij in haar aanmaningsbrief reeds in meer algemene bewoordingen naar voren had gebracht, nader heeft uitgewerkt, heeft enkel tot gevolg gehad dat het voorwerp van het beroep is beperkt.

59 Hieruit volgt dat de tweede exceptie van niet-ontvankelijkheid eveneens moet worden afgewezen.

Onjuiste motivering betreffende de niet-nakoming

60 Volgens de Duitse regering kon de Commissie de verenigbaarheid met het gemeenschapsrecht van de Duitse bepalingen inzake de verplichte openbaarmaking van de jaarrekening niet in twijfel trekken op basis van niet-geverifieerde cijfers over de mate waarin de ondernemingen die verplichting naleefden. Om de niet-nakoming te staven had de Commissie zich middels eigen onderzoek moeten vergewissen van de juistheid van de cijfers waarop zij zich baseerde. Er kan dus niet worden gezegd dat de Commissie een samenhangende en gedetailleerde uiteenzetting heeft gegeven van de redenen die haar tot de overtuiging hebben gebracht, dat de Bondsrepubliek Duitsland de gestelde niet-nakoming van het gemeenschapsrecht ten laste moest worden gelegd.

61 De Commissie antwoordt daarop, dat zij nog steeds van de niet-nakoming overtuigd is, en zij onderstreept dat de Bondsrepubliek Duitsland dat in haar schrijven van 25 augustus 1993 zelf heeft erkend.

62 Hier kan worden volstaan met de opmerking, dat de Commissie haar grief dat een groot deel van de kapitaalvennootschappen niet aan de verplichting tot openbaarmaking voldeed, in het stadium van beroep niet heeft gehandhaafd. De derde

exceptie van niet-ontvankelijkheid heeft dus betrekking op een niet-nakoming die in het stadium van de precontentieuze procedure werd gesteld, maar die geen voorwerp is van het onderhavige geding, zodat zij moet worden afgewezen.

63 Uit een en ander volgt, dat het beroep in zijn geheel ontvankelijk moet worden verklaard.

Ten gronde

64 Volgens de Commissie blijkt bij onderzoek van de bepalingen in het Duitse recht duidelijk, dat de openbaarmaking van de jaarrekening van de kapitaalvennootschap wel in de §§ 325 en volgende van het HGB wordt geregeld, maar dat de Duitse wetgever geen effectief juridisch instrument heeft ingevoerd om de naleving van de publicatieplicht af te dwingen. Weliswaar voorziet § 335, eerste volzin, punt 6, HGB in de oplegging van een dwangsom wanneer de leden van een vertegenwoordigingsbevoegd orgaan van de kapitaalvennootschap de publicatieplicht niet naleven, maar de ter zake van het handelsregister bevoegde rechterlijke instantie kan niet ambtshalve een dwangsom opleggen.

65 De Duitse regering betoogt, dat de bij artikel 6 van de Eerste richtlijn opgelegde verplichting om passende sancties in te voeren op niet-openbaarmaking van de balans of de winst- en verliesrekening, nog niet geldt voor de vennootschap met beperkte aansprakelijkheid naar Duits recht. Subsidiair stelt de Duitse regering, dat artikel 6 van de Eerste richtlijn correct is omgezet. Blijkens artikel 54, lid 3, sub g, van het Verdrag dient de coördinatie van de nationale vennootschapsrechtelijke bepalingen immers tot bescherming van de belangen van de deelnemers in een rechtspersoon en van derden. Als zodanig kunnen evenwel niet alle natuurlijke of rechtspersonen worden aangemerkt, maar enkel degenen die in een rechtsbetrekking tot de vennootschap staan. Wegens het zeer grote aantal kleine en middelgrote vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid ten slotte zou vervolging van die vennootschappen niet in verhouding staan tot het in artikel 54, lid 3, sub g, van het Verdrag omschreven doel van de regeling.

66 Hier volstaat de opmerking dat het Hof in het arrest van 4 december 1997, Daihatsu Deutschland (C-97/96, Jurispr. blz. I-6843, punten 14 en 15) heeft vastgesteld, dat de leemte in de Eerste richtlijn is opgevuld bij de Vierde richtlijn. Bij deze laatste richtlijn werden de nationale voorschriften inzake de indeling en de inhoud van de jaarrekening en het jaarverslag, de waarderingsmethoden, alsmede de openbaarmaking van deze stukken voor de naamloze vennootschap en met name voor de vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid naar Duits recht gecoördineerd.

67 In het reeds aangehaalde arrest Daihatsu Deutschland verklaarde het Hof voor recht, dat artikel 6 van de Eerste richtlijn aldus moet worden uitgelegd, dat het zich verzet tegen de wettelijke regeling van een lidstaat waarin slechts aan vennoten, schuldeisers en de centrale ondernemingsraad of de ondernemingsraad van de vennootschap een vorderingsrecht wordt toegekend ter zake van de naar dit nationale recht voorziene sanctie in geval van niet-nakoming door een vennootschap van de verplichtingen van de Eerste richtlijn tot openbaarmaking van de jaarrekening.

68 Ten slotte zij erop gewezen, dat het ontbreken van passende sancties niet kan worden gerechtvaardigd met het argument, dat de toepassing van dergelijke sancties op alle vennootschappen die hun jaarrekening niet openbaar maken, wegens het grote aantal daarvan de Duitse overheid voor aanzienlijke problemen zou plaatsen, die niet in verhouding zouden staan tot het door de gemeenschapswetgever nagestreefde doel. Volgens vaste rechtspraak immers kan een lidstaat zich niet op nationale situaties beroepen ter rechtvaardiging van de niet-nakoming van door gemeenschapsrechtelijke bepalingen opgelegde verplichtingen en termijnen (zie onder meer arresten van 19 februari 1991, Commissie/België, C-374/89, Jurispr. blz. I-367, punt 10; 7 april 1992, Commissie/Griekenland, C-45/91, Jurispr. blz. I-2509, punt 21, en 29 juni 1995, Commissie/Griekenland, C-109/94, C-207/94 en C-225/94, Jurispr. blz. I-1791, punt 11).

69 Derhalve moet worden vastgesteld, dat de Bondsrepubliek Duitsland, door niet te voorzien in passende sancties voor het geval dat kapitaalvennootschappen de verplichte openbaarmaking van hun jaarrekening achterwege laten, die is voorgeschreven bij onder meer de artikelen 2, lid 1, sub f, 3 en 6 van de Eerste richtlijn, juncto artikel 47, lid 1, van de Vierde richtlijn, de krachtens die richtlijnen op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen.

Kosten

70 Volgens artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering moet de in het ongelijk gestelde partij in de kosten worden verwezen, voor zover zulks is gevorderd. De Commissie heeft de verwijzing van de Bondsrepubliek Duitsland in de kosten gevorderd. Aangezien deze laatste in het ongelijk is gesteld, moet zij in de kosten worden verwezen.

HET HOF VAN JUSTITIE,

rechtdoende, verstaat:

1) De excepties van niet-ontvankelijkheid worden afgewezen.

2) Door niet te voorzien in passende sancties voor het geval dat kapitaalvennootschappen de verplichte openbaarmaking van hun jaarrekening achterwege laten, die is voorgeschreven bij onder meer de artikelen 2, lid 1, sub f, 3 en 6 van de Eerste Richtlijn (68/151/EEG) van de Raad van 9 maart 1968 strekkende tot het coördineren van de waarborgen, welke in de lidstaten worden verlangd van de vennootschappen in de zin van de tweede alinea van artikel 58 EG-Verdrag, om de belangen te beschermen zowel van de deelnemers in deze vennootschappen als van derden, zulks teneinde die waarborgen gelijkwaardig te maken, juncto artikel 47, lid 1, van de Vierde richtlijn (78/660/EEG) van de Raad van 25 juli 1978 op de grondslag van artikel 54, lid 3, sub g, van het Verdrag betreffende de jaarrekening van bepaalde vennootschapsvormen, is de Bondsrepubliek Duitsland de krachtens die richtlijnen op haar rustende verplichtingen niet nagekomen.

3) De Bondsrepubliek Duitsland wordt verwezen in de kosten.

Rodríguez Iglesias Gulmann Ragnemalm

Wathelet Schintgen

Mancini Moitinho de Almeida Kapteyn

Murray Edward

Puissochet Hirsch Jann

Sevón Ioannou

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 29 september 1998.

De griffier

R. Grass

De president

G. C. Rodríguez Iglesias