CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL A. LA PERGOLA

van 19 september 1996 *

1. Met dit beroep verzoekt de Commissie het Hof vast te stellen, dat de Bondsrepubliek Duitsland door de regels van de richtlijnen 90/364/EEG [1] en 90/365/EEG [2] van de Raad (hierna: „richtlijnen") niet in nationaal recht om te zetten, haar verplichtingen niet is nagekomen. De Bondsrepubliek Duitsland betwist dat oordeel van de Commissie en stelt, dat zij de inhoud van die richtlijnen correct in nationaal recht heeft omgezet.

2. Alvorens de argumenten van partijen ten gronde te onderzoeken, moet eerst worden gepreciseerd in welk rechtskader dit geschil past. Voor meer specifieke punten verwijs ik naar het rapport van de rechter-rapporteur.

Het rechtskader

3. Met de gemeenschapsregels waarvan de omzetting in het geding is, wordt beoogd het verblijfsrecht toe te kennen „aan onderdanen van de Lid-Staten die dit recht niet bezitten op grond van andere bepalingen van het gemeenschapsrecht, alsmede aan hun familieleden" (artikel 1 van richtlijn 90/364), en aan iedere onderdaan van een Lid-Staat „die in de Gemeenschap als werknemer of als zelfstandige een beroepswerkzaamheid heeft uitgeoefend" (artikel 1 van richtlijn 90/365).

In het geval van richtlijn 90/364 hangt de toekenning van dit recht af van de voorwaarde, dat de betrokkenen „voor zichzelf en hun familieleden een ziektekostenverzekering hebben die alle risico's in het gastland dekt en over toereikende bestaansmiddelen beschikken om te voorkomen dat zij tijdens hun verblijf ten laste van de bijstandsregeling van het gastland komen". Wat richtlijn 90/365 betreft, moeten de betrokkenen in aanmerking komen voor „een invaliditeitsuitkering, vervroegd pensioen of een ouderdomsuitkering, dan wel een uitkering van de arbeidsongevallen- of beroepsziektenverzekering ontvangen waarvan het bedrag toereikend is om te voorkomen dat zij tijdens hun verblijf ten laste van de bijstandsregeling van het gastland komen, en mits zij een ziektekostenverzekering hebben die alle risico's in het gastland dekt".

4. In artikel 2 van beide richtlijnen wordt bepaald, dat „het verblijfsrecht wordt vastge-

* Oorspronkelijke taal: Italiaans.

1 — Richtlijn 90/364/EEG van de Raad van 28 juni 1990 betreffende het verblijfsrecht (PB 1990, L 180, blz. 26).

2 — Richtlijn 90/365/EEG van de Raad van 28 juni 1990 betreffende het verblijfsrecht van werknemers en zelfstandigen die hun beroepswerkzaamheid hebben beëindigd (PB 1990, L 180, blz. 28).

steld door de afgifte van een document, ‚verblijfskaart van een onderdaan van een Lid-Staat van de EEG' genoemd, waarvan de geldigheidsduur kan worden beperkt tot vijf jaar en waarvan de geldigheidsduur kan worden verlengd".

Bovendien bepaalt artikel 5:

„De Lid-Staten doen de nodige wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in werking treden om uiterlijk op 30 juni 1992 aan deze richtlijn te voldoen. Zij stellen de Commissie daarvan onverwijld in kennis."

5. Wat de nationale regeling betreft, zijn in wezen twee bepalingen van belang:

In § 2, lid 2, van het Ausländergesetz [3] wordt bepaald, dat die wet slechts van toepassing is op buitenlanders die krachtens het gemeenschapsrecht voor het vrije verkeer in aanmerking komen, „voor zover het gemeenschapsrecht en het Aufenthaltsgesetz/EWG geen afwijkende bepalingen bevatten".

Bovendien wordt in § 15a van het Aufenthaltsgesetz/EWG [4], lid 3, (ingevoegd in 1993) bepaald:

„3) De Bondsminister van Binnenlandse zaken kan, met instemming van de Bondsraad, bij verordening regels vaststellen betreffende de binnenkomst en het verblijf van (...) personen, (...), voor zover zulks noodzakelijk is ter uitvoering van de richtlijnen van de Raad van de Europese Gemeenschappen betreffende:

1. het verblijfsrecht ingevolge richtlijn 90/364/EEG van de Raad van 28 juni 1990 (...)

2. het verblijfsrecht van werknemers en zelfstandigen die hun beroepswerkzaamheid hebben beëindigd, ingevolge richtlijn 90/365/EEG van de Raad van 28 juni 1990 (...)".

3 — Gesetz über die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern im Bundesgebiet, in de versie van het Gesetz zur Neuregelung des Ausländerrechts van 9 juli 1990 (*BGBl.* I, blz. 1354), zoals gewijzigd bij het Gesetz zur Änderung des Gesetzes zur Neuregelung des Ausländerrechts van 12 oktober 1990 (*BGBl.* I, blz. 2170).

4 — Gesetz über Einreise und Aufenthalt von Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft van 22 juli 1969 (*BGBl.* I, blz. 927) in de versie van de Bekanntmachung van 31 januari 1980 (*BGBl.* I, blz. 116; *BGBl.* III, blz. 26-2). De in dit verband relevante § 15a, lid 3, is ingevoegd bij het EWR-Ausführungsgesetz van 27 april 1993 (*BGBl.* I, blz. 512, 528).

De feiten

6. Na afloop van de in artikel 5 van beide richtlijnen vastgestelde omzettingstermijn had de Commissie van de Bondsrepubliek Duitsland geen enkele mededeling ontvangen waarmee aan de in die bepaling bedoelde verplichting werd voldaan. Derhalve verzocht de Commissie de Duitse regering uit hoofde van artikel 169 van het Verdrag bij brief van 14 oktober 1992 binnen twee maanden haar opmerkingen te maken.

7. In haar antwoord van 17 december 1992 (aan de Commissie verzonden bij brief van 5 januari 1993) verklaarde de Duitse regering, dat de Bondsminister van Binnenlandse zaken de ministers van Binnenlandse zaken van de Länder bij circulaire van 30 juni 1992 in kennis had gesteld van het feit, dat aan de in beide richtlijnen bedoelde categorieën van personen een verblijfsrecht in de zin van het Duitse vreemdelingenrecht moest worden toegekend. In de brief werd medegedeeld, dat de gemeenschapsregels in wezen dus in de nationale rechtsorde waren omgezet. Er werd echter aan toegevoegd, dat het de bedoeling van de Duitse regering was om die regeling eveneens formeel in het Aufenthaltsgesetz/EWG op te nemen door invoeging van een nieuw lid (het reeds genoemde lid 3) in § 15a. Daardoor zou de Bondsminister van Binnenlandse zaken een specifieke bevoegdheid worden verleend om met instemming van de Bondsraad de verordeningen vast te stellen die noodzakelijk zijn voor de toepassing van de richtlijnen 90/364 en 90/365 in de nationale rechtsorde.

8. Vervolgens ontstond er een uitgebreide briefwisseling tussen partijen. Op 23 april 1993 zond de Commissie de Bondsrepubliek Duitsland een brief over de omzetting van richtlijn 90/366/EEG. [5] Bij brief van 5 mei 1993 zond de Duitse regering de Commissie een mededeling van 31 maart 1993 betreffende de omzetting van de betrokken richtlijnen, alsmede van richtlijn 90/366. Ten slotte zond de Duitse regering de Commissie op 2 juni 1993 een mededeling van 20 mei 1993, die een antwoord vormde op de reeds genoemde brief van 23 april 1993 met betrekking tot richtlijn 90/366.

9. Op 22 september 1993 zond de Commissie de Bondsrepubliek Duitsland een met redenen omkleed advies, waarin zij — omdat zij op grond van de opmerkingen van de Duitse regering in antwoord op haar eerdere brief van mening was, dat de aangekondigde omzetting van de gemeenschapsregels in het nationale verblijfsrecht/EEG nog niet had plaatsgevonden — verzocht binnen twee maanden na kennisgeving van het met redenen omkleed advies de voor die omzetting noodzakelijke maatregelen te treffen.

10. In haar opmerkingen van 24 november 1993 over het met redenen omkleed advies, stelde de Duitse regering, dat zij het standpunt van de Commissie met betrekking tot de beweerde niet-nakoming reeds in haar mededeling van 31 maart 1993 had betwist. Bij die gelegenheid had zij namelijk verklaard, dat de uitdrukkelijke verwijzing naar

5 — Richtlijn 90/366/EEG van de Raad van 28 juni 1990 betreffende het verblijfsrecht van studenten (PB 1990, L 180, blz. 30).

de voorrang van het gemeenschapsrecht boven het nationale recht in de bij § 2, lid 2, van het Ausländergesetz ingevoegde algemene clausule, het nemen van specifieke omzettingsmaatregelen overbodig maakte. Die bepaling was namelijk als een „open" regel geformuleerd, waardoor de nationale regeling kon worden aangepast aan eventuele ontwikkelingen van het gemeenschapsrecht die uit nieuwe richtlijnen of uit eventuele rechtspraak van het Hof zou kunnen voortvloeien. Bovendien herinnerde zij eraan, dat de Duitse regels met betrekking tot het verblijfsrecht/EEG (waarin, zoals gezegd, de gemeenschapsregels betreffende het vrije verkeer reeds waren opgenomen) bij de omzetting van het EER-verdrag in nationaal recht, uitsluitend om redenen van eenvormigheid van het recht, door verordeningen betreffende de betwiste richtlijnen waren aangevuld. [6]

11. Met haar beroep van 24 maart 1995 verzoekt de Commissie het Hof in de eerste plaats vast te stellen, dat de Bondsrepubliek Duitsland door niet binnen de gestelde termijn de wettelijke en bestuursrechtelijke maatregelen te nemen die nodig zijn om aan de richtlijn te voldoen of die niet onverwijld aan de Commissie mede te delen, de krachtens het Verdrag op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen, en in de tweede plaats de Bondsrepubliek Duitsland in de kosten te verwijzen.

6 — Zie de mededelingen van de Bondsrepubliek Duitsland aan de juridische dienst van de Raad en van de Commissie van 31 maart 1993 (punt 2).

12. In haar verweerschrift en in repliek concludeerde de Bondsrepubliek Duitsland tot verwerping van het beroep en verwijzing van de Commissie in de kosten. De argumenten waarop deze conclusie steunt, betreffen de ontvankelijkheid en de gegrondheid van het beroep. Ik zal elk van beide aspecten achtereenvolgens onderzoeken.

De ontvankelijkheid

13. Wat het eerste middel betreft, stelt de Duitse regering, dat de Commissie in de loop van het beroep grieven aanvoert die tijdens de voorafgaande precontentieuze procedure niet zijn opgeworpen. Het beroep zou dus niet-ontvankelijk moeten worden verklaard. [7] Meer in het bijzonder stelt zij, dat de Commissie in haar met redenen omkleed advies de thans betwiste niet-nakoming heeft vastgesteld door enkel te vermelden, dat de in de brieven van 5 januari en 2 juni 1993 aangekondigde maatregelen niet waren genomen of waren medegedeeld.

14. De Commissie had echter nagelaten een uitspraak te doen over de officiële mededelingen van de Duitse regering van 31 maart 1993, waaruit bleek, dat de omzetting had

7 — Overeenkomstig het arrest van 12 januari 1994 (zaak C-296/92, Commissie/Italië, Jurispr. 1994, blz. I-1), waarin is vastgesteld, dat het verzoekschrift in procedures krachtens artikel 169 van het Verdrag niet op andere grieven kan worden gebaseerd dan die welke in het met redenen omkleed advies zijn vermeld.

plaatsgevonden door in het nationale vreemdelingenrecht te verwijzen naar de voorrang van het gemeenschapsrecht. Op dit argument is de Commissie pas uitdrukkelijk in haar verzoekschrift ingegaan, door te verklaren, dat deze wijze van omzetting niet aan de door het Hof vastgestelde criteria voldoet. [8]

15. Daarentegen is de Commissie van mening, dat het voorwerp van het geding tijdens de procedure niet is gewijzigd en dat het blijft gaan om niet-omzetting van richtlijnen in het nationale recht. Bovendien heeft zij in het met redenen omkleed advies, anders dan de Duitse regering stelt, de in de brieven van 5 januari en 2 juni 1993 aangevoerde argumenten niet buiten beschouwing gelaten. Zij was het echter eenvoudig niet met die argumenten eens. Het was haars inziens dus niet nodig daarop uitgebreid in te gaan, noch ten gronde, aangezien het niet ging om elementen waarmee de betwiste niet-nakoming viel te rechtvaardigen, noch om redenen van proceseconomie, aangezien zij verwachtte, dat de voor de juiste omzetting van de richtlijn noodzakelijke maatregelen alsnog binnen de gestelde termijn zouden worden genomen.

16. Dit zijn de standpunten van partijen met betrekking tot de ontvankelijkheid van het beroep. Hun opvatting over de precontentieuze procedure loopt kennelijk uiteen. Volgens de Commissie heeft die procedure slechts tot doel de verweten niet-nakoming nauwkeurig te omschrijven. Volgens de Duitse regering zou evenwel een werkelijke procedure op tegenspraak dienen plaats te vinden, waarin de betrokken Lid-Staten niet enkel hun eigen opmerkingen kunnen maken, maar waarin zij van de Commissie ook een passend antwoord op hun commentaar op de ingebrekestelling krijgen. Enkel via een dergelijke „voorafgaande discussie over het door de Lid-Staat ingenomen standpunt" zou de procedure doeltreffend kunnen werken, zodat de Lid-Staat zijn met het Verdrag strijdige gedragingen kan beëindigen en zo de beroepsprocedure kan vermijden. [9]

17. In deze zaak wordt dus een probleem opgeworpen dat ook van aanzienlijk praktisch belang is. Welke verhouding bestaat er tussen de Commissie en de Lid-Staten tijdens de precontentieuze procedure? Het valt niet te ontkennen, dat het antwoord op deze vraag van belang is voor de vaststelling van de verplichtingen die tijdens de procedure op de betrokken partijen rusten en voor de wijze waarop de Commissie de doelstelling die aan de in artikel 169 van het Verdrag neergelegde beginselen ten grondslag ligt, daadwerkelijk kan bereiken.

18. Teneinde vast te stellen welke van beide zienswijzen de juiste is, moet om te beginnen worden bepaald welk doel de preconten-

8 — De Bondsrepubliek Duitsland verwijst met betrekking tot de vaststelling van deze criteria naar de arresten van 15 maart 1990 (zaak C-339/87, Commissie/Nederland, Jurispr. 1990, blz. I-851, I-880) en 30 mei 1991 (zaak C-361/88, Commissie/Duitsland, Jurispr. 1991, blz. I-2567).

9 — Zie de dupliek van de Duitse regering, punt 4.

tieuze procedure heeft. Mijns inziens heeft die procedure een tweeledig doel. [10] In de eerste plaats wilde men, door te voorzien in een fase die door het beginsel van tegenspraak wordt gekenmerkt, het voorwerp van het geschil afbakenen, de juridische en materiële aspecten ervan nauwkeurig bepalen en de in gebreke zijnde Lid-Staat in staat stellen zijn verweer doeltreffend voor te bereiden. [11] Volgens het Hof vormt de effectuering daarvan „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 Lid-Staat". [12]

19. De tweede functie van de procedure is daarentegen de bevordering — dankzij de „maieutische kracht van de tegenspraak" [13] — van een eventuele noncontentieuze oplossing, teneinde te voorkomen dat de zaak aan het Hof wordt voorgelegd, maar het eigenlijke doel van de procedure wel wordt bereikt. [14]

20. Die twee functionele aspecten moeten worden gezien in het licht van de ernstige gevolgen die bedoelde procedure kan hebben. Het gaat er immers om het gedrag van een Lid-Staat te sanctioneren. Een dergelijke beslissing kan ertoe leiden, dat de in gebreke zijnde Lid-Staat daarvoor aansprakelijk wordt gesteld. Zoals advocaat-generaal Gand bij een andere gelegenheid verklaarde, is „de gedragingen van een Lid-Staat laken — met alle onzekerheid daaraan verbonden — (...) een verantwoordelijkheid welke men niet lichtvaardig op zich dient te nemen". [15] Ook in de rechtsleer is men dezelfde mening toegedaan. „*De ernst* van de vaststelling van de niet-nakoming — zo luidt het — vereist, dat de Lid-Staten *daadwerkelijke procedurele waarborgen* hebben." [16]

21. Nu het conceptuele kader van de precontentieuze fase vaststaat, moet men zich afvragen welke verplichtingen tijdens die fase op de Commissie rusten. Er moet dus worden onderzocht, of de Commissie in het met redenen omkleed advies adequaat moet reageren op de opmerkingen van de Lid-Staat in zijn antwoord op de aanmaningsbrief.

22. Wat valt er te zeggen over de argumenten van de Duitse regering met betrekking tot de ontvankelijkheid? In de eerste plaats is het voorwerp van het beroep — te weten de niet-omzetting van de richtlijnen in de nationale rechtsorde — tijdens de gehele procedure steeds gelijk gebleven. De aanmaningsbrief, het met redenen omkleed advies en het

10 — Arrest van 2 juli 1996 (zaak C-473/93, Commissie/Luxembourg, Jurispr. 1996, blz. I-3207, r. o. 19).

11 — Arrest van 2 februari 1988 (zaak 293/85, Commissie/België, Jurispr. 1988, blz. 305, r. o. 13).

12 — Arrest van 8 februari 1983 (zaak 124/81, Commissie/Verenigd Koninkrijk, Jurispr. 1983, blz. 203, r. o. 6).

13 — Het citaat is afkomstig van F. Benvenuti, „Contraddittorio" (Dir. amm.), *EdD*, deel II, blz. 743.

14 — Zie in die zin arrest van 1 maart 1966 (zaak 48/65, Lütticke, Jurispr. 1966, blz. 27, 39): „Dat de aan [het] geding voorafgaande procedure ten doel heeft de Lid-Staten *uit te nodigen* om zich aan het Verdrag te conformeren" (cursivering van mij).

15 — Conclusie van advocaat-generaal Gand in zaak 31/69 (arrest van 17 februari 1970, Commissie/Italië, Jurispr. 1970, blz. 25, 46).

16 — Zie G. Vandersanden en A. Barav, *Contentieux communautaire*, Brussel, 1977, blz. 115 (cursivering van mij).

beroep zijn namelijk duidelijk op dat punt geconcentreerd. [17] Om de nu volgende redenen ben ik dan ook van mening, dat de Commissie niet heeft verzuimd de argumenten van de Bondsrepubliek Duitsland met betrekking tot de door haar gevolgde wijze van omzetting juridisch te beoordelen.

23. De eerste keer (chronologisch gezien) dat de gemeenschapsrechter artikel 169 toepaste, verschaft dienaangaande nuttige aanwijzingen. [18] In het arrest wordt bepaald, dat het met redenen omkleed advies een duidelijke uiteenzetting moet bevatten van de gronden die de Commissie tot de overtuiging hebben gebracht, dat de betrokken Lid-Staat een van de krachtens het Verdrag op hem rustende verplichtingen niet is nagekomen. Dit vormde een antwoord op een door de Italiaanse regering opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid, omdat zij van mening was, dat de Commissie geen rekening had gehouden met „de relevantie van de argumenten" die zij ter rechtvaardiging van haar maatregelen had aangevoerd. Het Hof verwierp dit verweer en volgde de argumenten van advocaat-generaal Lagrange. Deze merkte in zijn conclusie onder meer op, dat „het met redenen omkleed advies uitsluitend ten doel heeft het standpunt van de Commissie nader te bepalen, teneinde de betrokken regering en eventueel het Hof in te lichten". [19]

24. Deze opvatting werd nadien in de zaak Lütticke [20] in verschillende opzichten bevestigd. In dat arrest stelde het Hof vast, dat artikel 169 de Commissie enkel de mogelijkheid biedt om een met redenen omkleed advies uit te brengen en beroep in te stellen. Daarbij gaat het dus niet om een bevoegdheid om bindende maatregelen vast te stellen, waarin bijvoorbeeld artikel 90, lid 3, voorziet, en waarvoor het recht op verweer van de adressaat van de maatregel terecht extensief moet worden uitgelegd. [21] Het belang van de procedure op tegenspraak en de noodzaak zich volledig aan de procedure te houden, moeten ook in het licht van dit verschil worden beoordeeld.

25. Weliswaar wordt de precontentieuze procedure gekenmerkt door de verplichting om rekening te houden met de door de

17 — De onderhavige zaak is volledig anders dan die waarop verweerster zich beroept (arrest van 12 januari 1994, Commissie/Italië, reeds aangehaald). In die zaak werd het beroep namelijk niet-ontvankelijk verklaard, omdat het met redenen omkleed advies en het verzoekschrift twee wezenlijk verschillende grieven bevatten. In het met redenen omkleed advies werd de Italiaanse regering verweten, dat zij de krachtens richtlijn 71/305/EEG van de Raad van 26 juli 1971 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (PB 1971, L 185, blz. 5), op haar rustende verplichtingen niet was nagekomen, doordat een provinciaal bestuur bepaalde werken ondershands had aanbesteed en geen bericht van aanbesteding in het *Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen* had geplaatst. In het verzoekschrift werd de Italiaanse regering daarentegen verweten, dat zij haar verplichting om de daadwerkelijke toepassing van de richtlijn door provinciale besturen te verzekeren, niet was nagekomen en niet had ingegrepen om de gevolgen van die niet-toepassing ongedaan te maken. De in beide stukken genoemde aspecten verschillen dus duidelijk.

18 — Arrest van 19 december 1961 (zaak 7/61, Commissie/Italië, Jurispr. 1961, blz. 674; zie in het bijzonder sectie B — ten aanzien van de ontvankelijkheid, sub a, blz. 693).

19 — Conclusie van advocaat-generaal Lagrange in zaak 7/61 (Jurispr. 1961, blz. 700, 712). Het met redenen omkleed advies onderscheidt zich dus van de aanmaningsbrief, want die heeft „tot doel het onderwerp van het geschil te bepalen en de Lid-Staat die om opmerkingen wordt verzocht, de gegevens te verschaffen die hij nodig heeft om zijn verweer voor te bereiden" (arrest van 11 juli 1984, zaak 51/83, Commissie/Italië, Jurispr. 1984, blz. 2793, r. o. 4).

20 — Arrest aangehaald in voetnoot 14 (zie met name blz. 39).

21 — Arrest van 12 februari 1992 (gevoegde zaken C-48/90 en C-66/90, Nederland e. a./Commissie, Jurispr. 1992, blz. I-565).

verweerder aangevoerde argumenten, maar in casu heeft de Commissie in het met redenen omkleed advies uitdrukkelijk verwezen naar de mededelingen van de Duitse regering, die daarin het oordeel over de haar verweten niet-nakoming betwist. Uit de inhoud van het met redenen omkleed advies blijkt zonder meer, dat de Duitse autoriteiten volgens de Commissie verplicht waren om specifieke maatregelen ter omzetting van de betrokken richtlijnen te nemen. Dat duidt erop, dat de Commissie de omzettingsmaatregelen die verweerster wel geschikt vond, onvoldoende achtte.

26. Mijns inziens is de Duitse regering dus in staat gesteld haar opvattingen kenbaar te maken. Zowel in de schriftelijke ingebrekestelling als in het met redenen omkleed advies werden daartoe passende termijnen gesteld. Zoals reeds gezegd, bleek uit het met redenen omkleed advies verder duidelijk, dat de Commissie een omzettingsmaatregel door middel van § 2, lid 1, van het Ausländergesetz onvoldoende achtte. Haars inziens dienden andere, specifieke maatregelen te worden genomen (maatregelen waaraan overigens volgens verweerster reeds werd gewerkt).

27. Ik zal nu verder uitleggen, waarom het optreden van de Commissie rechtmatig is. Het met redenen omkleed advies van deze instelling kan niet worden beschouwd als een rechtshandeling die een volledig antwoord op de door de betrokken Lid-Staat in zijn opmerkingen aangevoerde argumenten beoogt te geven. Het advies is bedoeld als een zodanige uiteenzetting van het standpunt van de Commissie, dat de Lid-Staat in staat is zijn verweer voor te bereiden en het Hof een uitspraak kan doen. Weliswaar heeft de Commissie pas in het verzoekschrift uitdrukkelijk verklaard, dat de omzettingsmaatregel onvoldoende was, maar daarmee heeft zij geen enkele bepaling of processuele waarborg geschonden. Wanneer uit een met redenen omkleed advies rechtens en feitelijk duidelijk blijkt waarom er sprake is van niet-nakoming, kan verweerster zich niet beroepen op een rechtens beschermd belang bij een complete procedure op tegenspraak.

28. Mijns inziens moet de ontvankelijkheid dus worden beoordeeld aan de hand van de criteria die uit 's Hofs rechtspraak kunnen worden afgeleid: het voorwerp van het geding dient tijdens de gehele procedure krachtens artikel 169 gelijk te blijven; er moet sprake zijn van redelijke termijnen, die de Lid-Staat in staat stellen zowel zijn gemeenschapsrechtelijke verplichtingen na te komen, alsook zijn verweer tegen de door de Commissie aangevoerde grieven voor te bereiden [22]; de motivering dient het eventuele met redenen omkleed advies rechtens en feitelijk logisch te ondersteunen [23]; eventueel moeten de maatregelen worden vermeld, die de Lid-Staat dient te nemen om de richtlijn correct in zijn rechtsorde om te zetten. [24] Volgens mij wordt in het onderhavige geval aan die vereisten voldaan. Verweerster was verzekerd van de op grond van de

22 — Arrest van 2 februari 1988 (zaak 293/85, aangehaald in voetnoot 11, r. o. 14).

23 — Arrest van 19 december 1961 (zaak 7/61, aangehaald in voetnoot 18).

24 — Arrest van 12 juli 1973 (zaak 70/72, Commissie/Duitsland, Jurispr. 1973, blz. 813, r. o. 13).

„ernst" van de procedure noodzakelijke processuele waarborgen. Mijn conclusie is dan ook, dat het Hof het verzoek van de Duitse regering moet afwijzen en het beroep ontvankelijk moet verklaren.

Ten gronde

29. Ten gronde is verweerster van mening, dat zij de betrokken richtlijnen in nationaal recht heeft omgezet op een wijze die overeenstemt met de in de rechtspraak van het Hof vastgestelde criteria. [25]

30. Tot staving van deze stelling voert zij drie argumenten aan. In de eerste plaats leidt de in § 2, lid 2, van het Ausländergesetz neergelegde verwijzing naar het beginsel van de voorrang van het gemeenschapsrecht automatisch tot een beperking van de werkingssfeer van de nationale regeling — en dus tot erkenning van het recht op een verblijfsvergunning — voor degenen wier situatie door de betrokken richtlijnen is geregeld.

In de tweede plaats zijn de bevoegde autoriteiten van de Länder naar behoren gewezen op de noodzaak om de gemeenschapsregels binnen de voor de omzetting in nationaal recht gestelde termijn volledig toe te passen. Daardoor konden de autoriteiten die bevoegd zijn te onderzoeken of in individuele gevallen aan de voorwaarden voor het ontstaan van het verblijfsrecht is voldaan, de richtlijn ook daadwerkelijk toepassen.

Ten slotte dient volgens verweerster rekening te worden gehouden met het feit, dat de betrokken regels in wezen rechtstreeks uitvoerbaar zijn. Zij stelt, dat de gemeenschapsregels voor particulieren gemakkelijk toegankelijk zijn en dezen kunnen, ook bij een eenvoudige verwijzing naar het gemeenschapsrecht, zoals in casu in het Duitse recht, duidelijk en precies kennis nemen van hun rechten.

31. De argumenten van de Duitse regering overtuigen mij niet. Zij beroept zich op 's Hofs vaste rechtspraak, volgens welke de omzetting van een richtlijn in nationaal recht niet noodzakelijkerwijs vereist, dat de bepalingen ervan formeel en letterlijk in een uitdrukkelijke, specifieke wettelijke bepaling worden overgenomen. De rechtspraak moet echter wel volledig en juist worden aangehaald. Volgens het Hof moet de algemene juridische context „daadwerkelijk de volledige toepassing van de richtlijn op voldoende bepaalde en duidelijke wijze verzekeren, zodat, ingeval de richtlijn rechten voor particulieren in het leven beoogt te roepen, de begunstigden al hun rechten kunnen kennen en ze zo nodig voor de nationale rechterlijke instanties kunnen doen gelden". [26]

25 — Die criteria zijn ontleend aan het arrest van 30 mei 1991 (zaak C-361/88, Commissie/Duitsland, Jurispr. 1991, blz. I-2567, I-2600).

26 — Arrest van 30 mei 1991 (zaak C-361/88, aangehaald in voetnoot 25, r. o. 15).

32. Mijns inziens voldoen de in het Duitse recht opgenomen omzettingsmaatregelen echter niet aan deze voorwaarden. Andere gemeenschapsregels op het gebied van het vrije verkeer zijn specifiek in de Duitse regeling met betrekking tot het verblijfsrecht/EEG (Aufenthaltsgesetz/EWG) omgezet. [27] Dit bevestigt de juistheid van de opvatting van de Commissie over de in nationaal recht om te zetten richtlijnen. De „algemene juridische context" wordt voor bepaalde groepen van personen namelijk gevormd door uitdrukkelijk in nationaal recht omgezette rechten. Voor andere groepen van personen moeten die rechten daarentegen worden afgeleid uit de gemeenschapsregeling waarnaar wordt verwezen. Die tweeslachtige aanpak — en vooral gelet op het feit dat de richtlijnen in casu rechten aan particulieren verlenen — maakt het voor de betrokkenen moeilijk hun rechten volledig te kennen en ze voor de nationale rechterlijke instanties in te roepen.

33. Het argument dat particulieren via de bekendmaking in het *Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen* kennis van de tekst van een richtlijn kunnen nemen, kan mij evenmin echt overtuigen.

Die opvatting delen, zou erop neerkomen, dat de verplichting van de nationale wetgever tot het nemen van omzettingsmaatregelen wordt onderschat. Zeker, om kennis te nemen van hun rechten, kunnen particulieren steeds de desbetreffende bronnen raadplegen. Dat neemt evenwel niet weg, dat wanneer omzetting noodzakelijk is, zulks steeds in de juiste vorm en niet anderszins moet plaatsvinden. [28] In de zaak Emmott heeft advocaat-generaal Mischo er trouwens aan herinnerd, dat „de bekendmaking van richtlijnen in het *Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen* (...) fundamenteel verschilt van de bekendmaking van de burgers bindende maatregelen. Er is hierbij geen sprake van een wettelijk verplichte bekendmaking die rechtsgevolg heeft, zoals bij verordeningen, maar alleen van een bekendmaking ter informatie." [29] Ook de vermeende rechtstreekse uitvoerbaarheid van de hier in geding zijnde richtlijnen kan in dit verband geen rol spelen. Het gaat uiteindelijk nog steeds om richtlijnen — die weliswaar gedetailleerd zijn — en zowel de verdragsbepalingen alsook het reeds genoemde artikel 5 voorzien uitdrukkelijk in de verplichting tot omzetting. De door de gemeenschapswetgever verleende

27 — Behalve in het geval van richtlijn 93/96/EEG van de Raad van 29 oktober 1993 betreffende het verblijfsrecht van studenten (PB 1993, L 317, blz. 59). Met betrekking tot deze richtlijn bestaan volgens de Commissie soortgelijke problemen als met betrekking tot de richtlijnen 90/364 en 90/365.

28 — Het argument van de Duitse regering met betrekking tot artikel 8 A van het Verdrag is niet eenvoudig te begrijpen. Volgens dat artikel wordt het recht op vrij verkeer erkend „onder voorbehoud van de beperkingen en voorwaarden die bij dit Verdrag en de bepalingen ter uitvoering daarvan zijn vastgesteld". Dat recht wordt dus erkend binnen de daaraan door het Verdrag en het afgeleide gemeenschapsrecht gestelde grenzen. Uit die formulering leidt verweerster af, dat de burgers via de verwijzing naar het afgeleide recht het hun in artikel 8 A verleende recht moeten kennen. Daarom zou de verwijzing in de Duitse regeling, waarmee in wezen van particulieren wordt verlangd hun verblijfsrecht rechtstreeks uit de richtlijnen 90/364 en 90/365 af te leiden, rechtmatig zijn. Ik acht die redenering evenwel onjuist, aangezien daarmee twee elementen, die verschillend zijn en ook verschillend moeten blijven, op één lijn worden gesteld. In de verdragsbepaling wordt enkel een recht verleend en wordt vermeld dat daarvoor eventueel beperkingen gelden die rechtstreeks uit andere verdragsbepalingen dan wel uit de door de instellingen vastgestelde uitvoeringsbepalingen kunnen voortvloeien. Het spreekt vanzelf, dat het hierbij om een totaal ander element gaat dan de tenuitvoerlegging van een richtlijn. Dit laatste brengt de verplichting tot omzetting van de gemeenschapsregel in de nationale rechtsorde mee. Daartegen kan niet worden ingebracht, dat particulieren zich rechtstreeks van de gemeenschapsregels op de hoogte kunnen stellen, aangezien het onderscheid in artikel 189 van het Verdrag tussen de gemeenschapshandelingen anders volledig zou vervagen.

29 — Conclusie in zaak C-208/90 (Jurispr. 1991, blz. I-4269, I-4284, punt 27).

rechten moeten dus, zoals gezegd, voldoende duidelijk uit het nationale rechtskader voortvloeien — daartoe dient juist de omzetting —, en wel zodanig, dat een verwijzing naar de betrokken gemeenschapsregels overbodig is.

34. Er is nog een ander aspect waarmee rekening moet worden gehouden. De Duitse regering heeft het verblijfsrecht in 1993 aangevuld door de minister van Binnenlandse zaken te machtigen verordeningen vast te stellen ter uitvoering van de gemeenschapsregels, met de bedoeling de nationale autoriteiten een eenvormige rechtsbasis te verschaffen. [30] Ook wanneer men uitgaat van verweersters standpunt, dat de reeds bestaande regeling volstaat om aan de omzettingsverplichtingen te voldoen, blijft het toch noodzakelijk de door de richtlijn bestreken materie duidelijk en systematisch in het nationale recht op te nemen. Ook om die reden moet worden aangenomen, dat de hier bedoelde omzetting onvoldoende was, althans wat het zojuist genoemde aspect betreft. Zonder de door de Commissie verlangde aanvulling vormen de genomen maatregelen namelijk niet het „duidelijk wettelijk kader op het betrokken gebied" waarvoor de Lid-Staten volgens het Hof moeten zorgen om de volledige toepassing van de richtlijnen te waarborgen. [31] Bovendien moet erop worden gewezen, dat dit argument stilzwijgend ook wordt bevestigd doordat de Duitse autoriteiten de in de regeling vastgestelde bevoegdheid nog niet hebben gebruikt voor het regelen van de situatie van ingezetenen waarvoor de nog niet uitgevoerde richtlijnen gelden. Dat ondersteunt de stelling, dat verweerster de krachtens artikel 5 van de richtlijnen op haar rustende verplichtingen — wellicht slechts gedeeltelijk, maar toch in strijd met het recht — niet is nagekomen.

35. Ten slotte deel ik de mening van de Commissie met betrekking tot verweersters andere argument, dat zij de bevoegde autoriteiten van de Länder op de noodzaak heeft gewezen eveneens verblijfsvergunningen te verlenen aan onderdanen wier positie door de betrokken richtlijnen is geregeld. Administratieve circulaires hebben voor particulieren evenwel geen directe rechtsgevolgen. Daarmee wordt dus niet rechtstreeks voldaan aan het door het Hof als absoluut aangemerkte vereiste te verzekeren dat een particulier zijn rechten volledig kan kennen en voor de nationale gerechten kan doen gelden.

36. Op grond van het voorgaande moet dus worden geconcludeerd, dat de bepalingen van de richtlijnen waarvan de uitvoering hier in geding is, niet zo concreet, precies en duidelijk zijn omgezet als volgens de rechtspraak van het Hof noodzakelijk is om de rechtszekerheid en de duidelijkheid van aan particulieren verleende rechten volledig te verzekeren.

30 — Vergelijk de mededeling van de Duitse regering van 23 november 1993, waarin overigens naar de mededeling van 31 maart 1993 wordt verwezen.

31 — Zie arrest van 30 mei 1991 (zaak C-361/88, aangehaald in voetnoot 25, r. o. 24).

Conclusie

Samenvattend geef ik het Hof in overweging:

1) het verzoek van de Commissie om vast te stellen dat de Bondsrepubliek Duitsland haar verplichtingen niet is nagekomen door de richtlijnen van de Raad van 28 juni 1990, 90/364/EEG betreffende het verblijfsrecht en 90/365/EEG betreffende het verblijfsrecht van werknemers en zelfstandigen die hun beroepswerkzaamheid hebben beëindigd, niet in nationaal recht om te zetten, ontvankelijk te verklaren;

2) vast te stellen dat de Bondsrepubliek Duitsland de op haar rustende omzettingsverplichtingen niet is nagekomen door niet binnen de gestelde termijn alle maatregelen te treffen die noodzakelijk zijn om het nationale recht in overeenstemming met de richtlijnen 90/364 en 90/365 te brengen;

3) de Bondsrepubliek in de kosten te verwijzen.