FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT ANTONIO LA PERGOLA

föredraget den 19 september 1996 *

1. Genom den förevarande talan har kommissionen (nedan även kallad sökanden) yrkat på fastställelse av att Förbundsrepubliken Tyskland (nedan även kallad svaranden) har gjort sig skyldig till fördragsbrott genom att inte med nationell rätt införliva bestämmelserna i rådets direktiv 90/364/EEG [1] och 90/365/EEG [2] (nedan även kallade direktiven). Förbundsrepubliken Tyskland ifrågasätter den bedömning som kommissionen har gjort i det förevarande fallet och påstår sig på ett riktigt sätt ha införlivat det normativa innehållet i dessa rättsakter med nationell rätt.

2. Innan parternas argument prövas i sak, bör det närmare definieras vilka bestämmelser som är tillämpliga på den förevarande frågan. För närmare detaljer hänvisas till referentens rapport.

Tillämpliga bestämmelser

3. Syftet med de gemenskapsbestämmelser vilkas införlivande tvisten gäller (artikel 1 i respektive direktiv) är att rätt till bosättning skall beviljas "för medborgare i medlemsstaterna som inte åtnjuter denna rätt enligt andra bestämmelser i gemenskapsrätten och för deras familjemedlemmar" (90/364) och för dem "som har arbetat som anställda och egna företagare och för deras familjemedlemmar" (90/365).

Möjligheten att åtnjuta denna rätt är, i fråga om direktiv 90/364, beroende av om "medborgarna och deras familjemedlemmar omfattas av en heltäckande sjukförsäkring som gäller i värdmedlemsstaten och har tillräckliga tillgångar för att undvika att ligga det sociala bidragssystemet i värdmedlemsstaten till last". Vad beträffar direktiv 90/365, är det en förutsättning att de berörda "erhåller sjuk- eller förtidspension eller ålderspension eller pension på grund av arbetsolycka eller sjukdom med ett belopp som är tillräckligt stort för att undvika att de kommer att ligga det sociala bidragssystemet i värdmedlemsstaten till last under den tid som de bor där, och under förutsättning att de omfattas av heltäckande sjukförsäkring i värdstaten".

4. I artikel 2 i båda rättsakterna föreskrivs att "rätten till bosättning skall kunna styrkas

* Originalspråk: italienska.

1 — Rådets direktiv av den 28 juni 1990 om rätt till bosättning (EGT L 180, s. 26).

2 — Rådets direktiv av den 28 juni 1990 om rätt till bosättning för anställda och egna företagare som inte längre är yrkesverksamma (EGT L 180, s. 28).

med ett dokument kallat 'Uppehållstillstånd för en medborgare i en medlemsstat i EEG', vars giltighet får begränsas till fem år och som skall kunna förnyas".

I artikel 5 i båda direktiven stadgas bland annat följande:

"Medlemsstaterna skall den 30 juni 1992 sätta i kraft de lagar och andra författningar som är nödvändiga för att följa detta direktiv. De skall genast underrätta kommissionen om detta."

5. Vad däremot beträffar nationell lagstiftning utgörs de relevanta bestämmelserna huvudsakligen av följande två föreskrifter:

I § 2 andra stycket i *Ausländergesetz* (utlänningslagen) [3] föreskrivs att bestämmelserna i lagen är tillämpliga på utlänningar som åtnjuter fri rörlighet enligt gemenskapsrätten "enbart i den mån gemenskapsrätten och Aufenthaltsgesetz/EWG inte innehåller några avvikande bestämmelser".

Dessutom stadgas i tredje stycket (tillagt år 1993) i § 15a i *Aufenthaltsgesetz/EWG* [4] (lagen om bosättning/EEG) följande:

"Förbundsinrikesministern kan, genom förordning och efter samtycke av förbundsrådet, anta bestämmelser avseende inresa och bosättning för andra personer än dem som avses i § 1 första och andra styckena, ... om det är nödvändigt för tillämpningen av Europeiska gemenskapernas råds direktiv om

1. rätten till bosättning i enlighet med rådets direktiv 90/364/EEG av den 28 juni 1990;

2. rätten till bosättning för anställda och egna företagare som inte längre är yrkesverksamma i enlighet med rådets direktiv 90/365/EEG av den 28 juni 1990 ..."

3 — *Gesetz über die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern im Bundesgebiet* i dess lydelse enligt *Gesetz zur Neuregelung des Ausländerrechts* av den 9 juli 1990 (*BGBl.* I, s. 1354), ändrad genom *Gesetz zur Änderung des Gesetzes zur Neuregelung des Ausländerrechts* av den 12 oktober 1990 — (*BGBl.* I, s. 2170).

4 — *Gesetz über Einreise und Aufenthalt von Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft* av den 22 juli 1969 (*BGBl.* I, s. 927) i dess lydelse enligt *Bekanntmachung* av den 31 januari 1980 (*BGBl.* I, s. 116) (*BGBl.* III, s. 26-2). Den bestämmelse som är relevant i det förevarande fallet, nämligen § 15a tredje stycket, har tillagts genom *EWR-Ausführungsgesetz* av den 27 april 1993 (*BGBl.* I, s. 512, 528).

Bakgrund

6. När den införlivandefrist som föreskrivs i den ovannämnda artikel 5 i direktiven löpte ut hade kommissionen inte mottagit något meddelande från svaranden genom vilket denne uppfyllde den skyldighet som föreskrivs i artikeln. Genom skrivelse av den 14 oktober 1992 uppmanade kommissionen följaktligen den tyska regeringen att yttra sig, i enlighet med vad som stadgas i artikel 169 i fördraget, och fastställde därvid en frist om två månader.

7. Den tyska regeringen anförde i sitt svar av den 17 december 1992 (översänt till kommissionen genom skrivelse av den 5 januari 1993) att förbundsinrikesministern genom en rundskrivelse av den 30 juni 1992 hade underrättat inrikesministrarna i de olika delstaterna om att uppehållstillstånd i den mening som avses i den tyska utlänningslagstiftningen måste utfärdas för de personkategorier som definieras i de två direktiven. I skrivelsen förklarades att de gemenskapsrättsliga bestämmelserna på så sätt i huvudsak hade införlivats med nationell rätt. Det tillades emellertid att det var den tyska regeringens avsikt att också på formellt sätt införliva de nämnda bestämmelserna, genom att ett nytt stycke infördes (det ovannämnda tredje stycket) i § 15a i Aufenthaltsgesetz/EWG. Ett sådant lagtillägg skulle ha inneburit att förbundsinrikesministern hade tilldelats särskild befogenhet att, efter samtycke av förbundsrådet, anta de nödvändiga förordningarna för genomförande inom den nationella rätten av direktiven 90/364 och 90/365.

8. Det förekom därefter en intensiv skriftväxling mellan parterna. Den 23 april 1993 sände kommissionen en skrivelse till svaranden avseende införlivande av direktiv 90/366/EEG [5]. Genom en skrivelse av den 5 maj 1993 sände den tyska regeringen kommissionen ett meddelande daterat den 31 mars 1993 om införlivande av direktiven i fråga samt av direktiv 90/366/EEG. Den 2 juni slutligen sände den tyska regeringen kommissionen ett meddelande daterat den 20 maj 1993 som svar, beträffande direktiv 90/366, på den nämnda skrivelsen från sökanden av den 23 april.

9. Den 22 september 1993 riktade kommissionen ett motiverat yttrande till Förbundsrepubliken Tyskland i vilket den — eftersom den på grundval av det yttrande som de tyska myndigheterna lämnat som svar på dess föregående skrivelse ansåg att det införlivande av gemenskapsbestämmelserna med det nationella regelverket som hade förebådats ännu inte hade ägt rum — uppmanade svaranden att inom en frist av två månader räknat från meddelandet om yttrandet vidta de åtgärder som krävdes för införlivande.

10. I sitt yttrande av den 24 november 1993 avseende det motiverade yttrandet gjorde den tyska regeringen gällande att kommissionens bedömning av det påstådda fördragsbrottet redan hade bestritts i meddelandet av den 31 mars 1993. Vid det tillfället hade det nämligen bekräftats att det uttryckliga åberopandet av principen om gemenskapsrättens

5 — Rådets direktiv av den 28 juni 1990 om rätt till bosättning för studerande (EGT L 180, s. 30).

företräde framför nationell rätt, vilken ingår i den generalklausul som infördes genom § 2 andra stycket i *Ausländergesetz*, gjorde det överflödigt att vidta införlivandeåtgärder ad hoc. Den antagna bestämmelsen sades ha avfattats i syfte att utgöra en "öppen" regel, som skulle göra det möjligt att anpassa nationell rätt till en möjlig utveckling av gemenskapsbestämmelserna till följd av nya direktiv eller principer som slagits fast i eventuella domar av domstolen. Bland annat upprepades att den tyska regleringen av bosättning inom EEG (i vilken enligt uppgift de gemenskapsrättsliga bestämmelserna inom området för fri rörlighet redan ingår) uteslutande av skäl som gällde enhetligheten i de rättsliga bestämmelserna hade kompletterats vid antagandet av tillämpningsföreskrifter för Europeiska ekonomiska samarbetsområdet, genom utfärdande av förordningar avseende de omtvistade direktiven [6].

11. I den talan som kommissionen väckte den 24 mars 1995 yrkades att domstolen skulle a) fastställa att svaranden hade underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt fördraget genom att inte inom den föreskrivna fristen ha satt i kraft och genast underrättat kommissionen om de lagar och andra författningar som var nödvändiga för att följa direktiven och b) förplikta Förbundsrepubliken Tyskland att ersätta rättegångskostnaderna.

12. Svaranden yrkade i sitt svaromål att talan skulle avvisas eller ogillas och kommissionen förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. De argument som detta yrkande grundas på avser såväl frågan om upptagande till sakprövning som frågan om talan är välgrundad. Jag kommer här att i tur och ordning behandla båda aspekterna av det förevarande fallet.

Upptagande till sakprövning

13. Med avseende på den första grunden har den tyska regeringen gjort gällande att kommissionen vid talans väckande har anfört rättsliga argument som inte har åberopats under det föregående administrativa förfarandet. Talan skall därför avvisas. [7] Närmare bestämt har sökanden, enligt svaranden, beträffande det fördragsbrott som gjorts gällande inför domstolen, i sitt motiverade yttrande inskränkt sig till att påpeka att de införlivandeåtgärder som omtalas i skrivelserna av den 5 januari och av den 2 juni 1993 varken antagits eller meddelats kommissionen.

14. Kommissionen hade emellertid underlåtit att yttra sig över den officiella skrivelsen från den tyska regeringen av den 31 mars 1993, i vilken den sistnämnda gjorde gällande

6 — Se meddelanden från Förbundsrepubliken Tyskland till rådets rättstjänst och kommissionen av den 31 mars 1993 (punkt 2).

7 — Med stöd av dom av den 12 januari 1994 i mål C-296/92, kommissionen mot Italien (Rec. 1994, s. I-1), där det fastslås att i förfaranden med stöd av artikel 169 i fördraget kan talan inte grundas på andra anmärkningar än dem som formulerats i det motiverade yttrandet.

att införlivande genomförts på grundval av hänvisningen i den nationella utlänningsrätten till principen om gemenskapsrättens företräde. Detta påstående har kommissionen uttryckligen behandlat först i den ansökan genom vilken talan väckts och därvid företrätt den uppfattningen att detta slags införlivande inte motsvarar de krav som domstolen har fastslagit [8].

15. Kommissionen hävdar för sin del att tvisteföremålet har förblivit oförändrat under förfarandets gång och fortfarande består i att direktivet inte har införlivats med nationell rätt. Dessutom anser kommissionen att den inte har underlåtit att ta hänsyn till de argument som anförts av svaranden i skrivelserna av den 5 januari respektive av den 2 juni 1993 som svar på det motiverade yttrandet. Kommissionen har emellertid inte ansett sig kunna instämma i dessa. Enligt kommissionen var det i varje fall inte nödvändigt att gå in på svarandens argument i detalj, vare sig på saklig grund, eftersom de anförda synpunkterna i vilket fall som helst inte utgjorde något försvar för det påstådda fördragsbrottet, eller på processekonomiska grunder, eftersom kommissionen förväntade sig att svaranden skulle vidta de lagstiftningsåtgärder som krävdes för att införliva direktivet inom den föreskrivna fristen.

16. Detta är parternas ståndpunkter avseende talans upptagande till sakprövning.

Enligt min mening grundar sig respektive ståndpunkt på helt olika synsätt på det administrativa förfarandet. Utifrån sökandens synsätt är förfarandet, med hänsyn till dess syfte, begränsat till att närmare bestämma den påstådda överträdelsen. Enligt svaranden måste däremot ett regelrätt kontradiktoriskt förfarande äga rum, och därvid skall de berörda staterna inte bara få möjlighet att framlägga sina synpunkter utan också att erhålla ett lämpligt svar av kommissionen på det ställningstagande som den framlagt efter anmodan om yttrande. Endast genom en sådan "föregående diskussion om den uppfattning som företräds av medlemsstaten" kan förfarandet tjäna till att uppnå målet att få denna stat att ge upp sitt fördragsstridiga beteende och förhindra en rättstvist. [9]

17. I målet uppstår således en fråga som även är av väsentlig praktisk betydelse. I vilket förhållande står kommissionen och medlemsstaterna till varandra under det administrativa förfarandet? Man får inte bortse från att svaret på denna fråga är av betydelse för såväl fastställandet av de skyldigheter som åligger de personer som är inblandade i det ovannämnda förfarandet som för hur kommissionen på ett effektivt sätt kan uppnå de syften som ligger till grund för principerna i artikel 169 i fördraget.

18. För att kunna bedöma vilket av de ovan beskrivna synsätten som i det förevarande fallet är att föredra måste man härefter

8 — Följande domar har åberopats av sökanden för att fastställa dessa kriterier: av den 15 mars 1990 i mål C-339/87, kommissionen mot Nederländerna (Rec. 1990, s. I-851, särskilt s. I-880); av den 30 maj 1991 i mål C-361/88, kommissionen mot Tyskland (Rec. 1991, s. I-2567).

9 — Se den tyska regeringens duplik, punkt 4.

bestämma syftet med det administrativa förfarandet. Detta administrativa förfarande tjänar enligt min mening två syften. [10] För det första ville man, genom att föreskriva en fas som präglades av den kontradiktoriska principen, begränsa tvisteföremålet och noga bestämma detta i rättsligt och faktiskt avseende och möjliggöra för den medlemsstat som anklagas för fördragsbrott att på ett effektivt sätt förbereda sitt försvar. [11] Såsom domstolen har förklarat utgör fullföljandet av detta syfte "en väsentlig skyddsregel som har avsetts i fördraget, vars iakttagande är en väsentlig formföreskrift i förfarandet för fastställelse av fördragsbrott begånget av en medlemsstat". [12]

19. Den andra funktionen består däremot i att med hjälp av "det kontradiktoriska förfarandets förlossande kraft" [13] uppmuntra en förlikning utanför rättegång för att undvika att talan väcks vid domstolen och därmed uppnå att fördragsbrottsförfarandets egentliga syfte uppnås. [14]

20. De båda funktioner som redovisats ovan skall ses mot bakgrund av de allvarliga följder som förfarandet i fråga kan få. Det är nämligen fråga om att ålägga en medlemsstat påföljder för dess beteende. Ett sådant avgörande kan medföra att skadeståndsansvar uppkommer för den försumliga staten. Såsom generaladvokat Gand vid ett annat tillfälle med rätta har uttalat, är (påtalandet av en medlemsstats beteende), "med hänsyn till det utrymme för osäkerhet som är förbundet med bedömningen av ett beteende, ... ett ansvar som inte skall åtagas på ett lättvindigt sätt". [15] Även inom doktrinen råder samma uppfattning. Det heter där att "[l]a *gravité* de la constatation du manquement ... exige que les états membres bénéficient des *garanties procédurales effectives*" [allvaret i fastställandet av en medlemsstats fördragsbrott kräver att medlemsstaterna åtnjuter verksamma processrättsliga skyddsregler]. [16]

21. Efter att således ha klarlagt inom vilka begreppsmässiga ramar det administrativa förfarandet skall placeras måste man fråga sig vilka skyldigheter kommissionen har under detta förfarandes förlopp. Därvid skall undersökas om kommissionen i det motiverade yttrandet borde ha gett ett lämpligt svar på det yttrande som medlemsstaten har framlagt som svar på innehållet i den formella underrättelsen.

22. Vad kan man säga om den tyska regeringens argument avseende upptagande till sakprövning? För det första har föremålet för talan — nämligen det bristande införlivandet av direktiven med den nationella rättsordningen — förblivit detsamma under hela förfarandet. Den formella underrättelsen, det motiverade yttrandet och talan är

10 — Dom av den 2 juli 1996 i mål C-473/93, kommissionen mot Luxemburg (REG 1996, s. I-3207, punkt 19).

11 — Dom av den 2 februari 1988 i mål 293/85, kommissionen mot Belgien (Rec. 1988, s. 305, punkt 13).

12 — Dom av den 8 februari 1983 i mål 124/81, kommissionen mot Förenade kungariket (Rec. 1983, s. 203, punkt 6).

13 — Citatet kommer från F. Benvenuti, "Contraddittorio" (Dir. amm.), *EdD.*, vol. II, s. 743.

14 — Se i detta avseende dom av den 1 mars 1966, i mål 48/65, Lütticke (Rec. 1966, s. 27): "Den del av förfarandet som föregår anhängiggörandet vid domstolen utgör en administrativ fas som är ämnad att ge medlemsstaten *tillfälle* att rätta sig efter fördraget" (s. 39; min kursivering).

15 — Förslag till avgörande av generaladvokat Gand i målet kommissionen mot Italien (31/69, Rec. 1970, s. 37, särskilt s. 45).

16 — Se Vandersanden, G., och Barav, A.: *Contentieux Communautaire*, Bryssel, 1977, s. 115 (min kursivering).

nämligen tydligt koncentrerade på denna punkt. [17] Jag anser, av de skäl som nedan skall anges, att kommissionen inte har underlåtit att göra en uttrycklig rättslig bedömning av svarandens påståenden avseende den form för införlivande som denna valt.

23. Det första ställningstagandet (tidsmässigt sett) av gemenskapernas domstolar med stöd av artikel 169 ger användbara upplysningar om detta. [18] I den domen fastslogs att i ett motiverat yttrande måste de skäl som har lett kommissionen till ställningstagandet att en medlemsstat har begått ett fördragsbrott anges på ett sammanhängande sätt. Dessa förtydliganden var avsedda att besvara en invändning om rättegångshinder som den italienska regeringen gjorde, varvid den sistnämnda påstod att kommissionen inte beaktat "relevansen" hos de argument som den hade framlagt för att rättfärdiga sitt handlingssätt. Domstolen ogillade invändningen och anslöt sig därmed till generaladvokaten Lagranges argument. I förslaget till avgörande angavs särskilt att "ett motiverat yttrande enbart skall precisera kommissionens ståndpunkt för att den berörda regeringen och eventuellt domstolen skall få en klar bild av denna" [19].

24. Ett sådant ställningstagande upprepades i ett annat sammanhang i det senare målet Lütticke [20]. Domstolen uttalade i sin dom att kommissionen med stöd av artikel 169 enbart har rätt att avge ett motiverat yttrande och att väcka talan. Det är alltså här inte fråga om en sådan befogenhet som kommissionen har med stöd av till exempel artikel 90.3 att vidta tvingande åtgärder och där rätten till försvar för dem som åtgärderna riktas mot med rätta har tolkats extensivt [21]. Även det kontradiktoriska förfarandets betydelse och kravet att det skall vara fullständigt måste ses utifrån denna skilda synpunkt.

25. Låt oss för övrigt bara anta att det administrativa förfarandet skulle kännetecknas av en skyldighet att ta hänsyn till de argument

17 — Det förevarande målet är helt olikt det som svaranden har åberopat (den ovan nämnda domen av den 12 januari 1994 i mål C-296/92, kommissionen mot Italien). I det sistnämnda målet beslutades om avvisning, eftersom det i det motiverade yttrandet och i ansökan om väckande av talan hade framlagts två sinsemellan helt olika anmärkningar. I det förstnämnda anklagades Republiken Italien för att inte ha uppfyllt sina skyldigheter enligt rådets direktiv 71/305 av den 26 juli 1971 om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 185, s. 5), i och med att en lokaliseringsmyndighet hade ingått ett underhandsavtal och hade underlåtit att publicera ett meddelande om anbudsinfordran i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning*. I ansökan däremot anklagades Republiken Italien för att ha underlåtit att uppfylla sin skyldighet att kontrollera att direktivet faktiskt genomfördes av de lokala upphandlande myndigheterna och för att ha underlåtit att ingripa för att undanröja verkningarna av detta bristande genomförande. Som synes gjordes i de båda handlingarna gällande synpunkter av olika karaktär.

18 — Dom av den 19 december 1961 i mål 7/61, kommissionen mot Italien (Rec. 1961, s. 633. Se särskilt avdelning B - Upptagande till sakprövning, *a*, s. 654).

19 — Förslag till avgörande av generaladvokat Lagrange i mål 7/61 (Rec. 1961, s. 661, särskilt s. 673). Det motiverade yttrandet skiljer sig således från den formella underrättelsen i det att den sistnämnda "har till syfte att precisera tvisteföremålet och ge den medlemsstat som uppmanas att yttra sig de uppgifter som är nödvändiga för att den skall kunna förbereda sitt försvar". Se dom av den 11 juli 1984 i mål 51/83, kommissionen mot Italien (Rec. 1984, s. 2793, punkt 4).

20 — Dom av den 1 mars 1966 i mål 48/65 (nämnd i fotnot 14), s. 39.

21 — Dom av den 12 februari 1992 i förenade målen C-48/90 och C-66/90, Nederländerna mot kommissionen (Rec. 1992, s. I-565).

som har framställts av svaranden. Faktum kvarstår att det i kommissionens motiverade yttrande i det förevarande fallet uttryckligen hänvisas till den tyska regeringens meddelanden, i vilka regeringen bestrider bedömningen av det fördragsbrott som den anklagas för. Själva ordalydelsen i det motiverade yttrandet visar nämligen helt otvetydigt att de tyska myndigheterna enligt kommissionen var skyldiga att utfärda ad hoc-bestämmelser för att införliva direktiven i fråga. Detta betyder att kommissionen bedömde åtgärderna som otillräckliga för införlivande, vilka åtgärder svaranden för sin del hade ansett fullt tillräckliga.

26. Jag anser därför att den tyska regeringen har fått möjlighet att göra sin ståndpunkt gällande. Såväl i den formella underrättelsen som i det motiverade yttrandet angavs lämpliga frister för detta. Vidare framgick det som sagt klart av det motiverade yttrandet att kommissionen ansåg att införlivande genom § 2 andra stycket i utlänningslagen var otillräckligt. Det ansågs nödvändigt att anta andra och särskilda rättsakter (vilka för övrigt, enligt vad svaranden har uppgett, redan höll på att utarbetas).

27. Jag anser det nödvändigt att närmare ange varför kommissionens handlande är rättsenligt. Kommissionens motiverade yttrande kan inte uppfattas som en handling som skall tjäna till att ge ett fullständigt svar på de argument som svarandemedlemsstaten har framfört i sitt yttrande. Det är däremot avsett att klargöra kommissionens ståndpunkt, för att göra det möjligt för medlemsstaten att förbereda sitt försvar och för domstolen att meddela sin dom. Visserligen har kommissionen gett uttryck för sin bedömning av införlivandets otillräcklighet först vid väckande av talan. Den har emellertid inte åsidosatt någon processrättslig föreskrift eller skyddsregel genom detta. Gentemot ett motiverat yttrande där de rättsliga grunder och faktiska omständigheter som talar för dess fördragsbrott klart framgår, kan svaranden inte åberopa något rättsligt skyddat intresse av ett fullständigt kontradiktoriskt förfarande.

28. Följaktligen anser jag det nödvändigt att grunda bedömningen av om talan kan upptas till sakprövning på de kriterier som framgår av domstolens rättspraxis. Tvisteföremålet skall således vara detsamma under hela förfarandet enligt artikel 169. Det skall finnas lämpliga tidsfrister som gör det möjligt för en medlemsstat att såväl rätta sig efter sina skyldigheter enligt gemenskapsrätten som att på ett effektivt sätt förbereda sitt försvar mot de anmärkningar som kommissionen framlägger. [22] Det skall finnas en sammanhängande motivering, såväl avseende analysen av omständigheterna som avseende den juridiska analysen, till stöd för ett eventuellt motiverat yttrande. [23] Eventuellt skall anges vilka åtgärder som medlemsstaten skall vidta för att på ett riktigt sätt införliva direktivet med sin rättsordning. [24] Dessa villkor är enligt min mening uppfyllda i det förevarande fallet. Av detta följer att svaranden har omfattats av de processrättsliga skyddsregler

22 — Dom av den 2 februari 1988 i mål 293/85 (nämnd i fotnot 11), punkt 14.

23 — Dom av den 19 december 1961 i mål 7/61 (nämnd i fotnot 18).

24 — Dom av den 12 juli 1973 i mål 70/72, kommissionen mot Tyskland (Rec. 1973, s. 813, punkt 13).

som förfarandets "allvar" kräver. Min slutsats är följaktligen att domstolen inte skall bifalla svarandens yrkande, utan skall förklara att talan kan upptas till sakprövning.

Prövning i sak

29. I sak har svaranden anfört att direktiven i fråga har införlivats med beaktande av de kriterier som har fastslagits i domstolens rättspraxis. [25]

30. Till stöd för denna ståndpunkt anförs tre argument. För det första sägs hänvisningen till principen om gemenskapsrättens företräde i § 2 andra stycket i Ausländergesetz innebära en automatisk begränsning av tillämpningsområdet för den nationella regleringen — och följaktligen ett erkännande av rätten att erhålla uppehållstillstånd — även för personer vars ställning är reglerad genom direktiven i fråga.

För det andra påstås de behöriga myndigheterna i delstaterna i vederbörlig ordning ha underrättats om att det är nödvändigt att gemenskapsbestämmelserna tillämpas fullt ut inom den frist som föreskrivs för införlivande med nationell rätt. Detta hade gjort det möjligt för de behöriga myndigheterna, som i det enskilda fallet ansvarar för bedömningen av om de nödvändiga förutsättningarna för att rätt till uppehållstillstånd föreligger, att säkerställa att direktivet faktiskt införlivades.

Slutligen skall enligt svaranden tas hänsyn till de ifrågavarande bestämmelsernas karaktär. Dessa är i huvudsak direkt verkställbara. Det sägs att enskilda lätt kan få tillgång till gemenskapsbestämmelserna och att de har möjlighet att få klar och precis kännedom om sina rättigheter, även om det enbart finns en hänvisning till gemenskapsrätten, såsom i tysk rätt i detta fall.

31. Den tyska regeringens argument övertygar mig inte. Svaranden har åberopat domstolens fasta rättspraxis, enligt vilken införlivande av ett direktiv med nationell rätt inte nödvändigtvis kräver att bestämmelserna formellt och ordagrant återges i en uttrycklig, särskild bestämmelse. Rättspraxis måste emellertid alltid återges fullständigt och korrekt. Domstolen har uttalat att det genom den generella rättsliga ramen "på ett effektivt sätt [måste] säkerställ[a]s att direktivet tillämpas fullt ut på ett tillräckligt klart och precist sätt, för att, när direktivet avser att ge rättigheter åt enskilda, de som det riktar sig till skall ha möjlighet att få kännedom om sina rättigheter och eventuellt göra dessa gällande vid nationella domstolar" [26].

25 — Dessa kriterier kommer från domen av den 30 maj 1991 i mål C-361/88, kommissionen mot Tyskland (Rec. 1991, s. I-2567, särskilt s. I-2600).

26 — Dom av den 30 maj 1991 i mål C-361/88 (nämnd i fotnot 25), punkt 15.

32. Jag anser dock inte att de åtgärder för införlivande som har vidtagits inom ramen för tysk rätt uppfyller dessa villkor. Vad beträffar övriga gemenskapsbestämmelser inom området för fri rörlighet har det skett ett ad hoc-införlivande inom ramen för tysk rätt avseende EEG-uppehållstillstånd (Aufenthaltsgesetz/EWG) [27]. Detta bekräftar riktigheten i den uppfattning som företräds av kommissionen avseende de direktiv som det i detta fall är fråga om. "Den generella rättsliga ramen" kommer nämligen att för vissa persongrupper utgöras av rättigheter som uttryckligen införlivats med nationell rätt. För andra persongrupper måste däremot rättigheterna härledas ur de gemenskapsbestämmelser som det hänvisas till. Eftersom dessutom direktiven i det förevarande fallet ger rättigheter åt enskilda försvårar en sådan skillnad i behandlingen ytterligare för de berörda att få full kännedom om sina rättigheter och över huvud taget om möjligheten att göra dem gällande vid nationella domstolar.

33. Jag anser inte heller att argumentet att enskilda kan få kännedom om direktivets ordalydelse genom dess offentliggörande i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning* är övertygande.

Att ansluta sig till en sådan åsikt skulle innebära att den skyldighet att införliva som åvilar den nationella lagstiftaren underskattas. De enskilda kan visserligen, då de önskar få veta vilka rättigheter de har, gå till relevanta informationskällor. Detta ändrar inte det förhållandet att när införlivande krävs måste detta ske i lämplig form och inte på annat sätt. [28] För övrigt finns det, vilket generaladvokaten Mischo har anfört i målet Emmott, "en grundläggande skillnad mellan offentliggörande av direktiv i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning* ... och offentliggörande av sådana rättakter ... som är bindande för enskilda. Det är inte, som när det gäller förordningar, fråga om ett offentliggörande som är rättsligt föreskrivet och som har rättsverkningar, utan enbart ett offentliggörande i informationssyfte". [29] Inte heller rättsaktens påstått, direkt verkställbara karaktär, som det i detta fall är fråga om, kan i detta sammanhang spela någon roll. Det är här fråga om direktiv, även om de är detaljerade, och det föreskrivs såväl i fördragets bestämmelser som i den ovan nämnda artikel 5 i de omtvistade bestämmelserna att ett införlivande måste följa. De rättigheter som

27 — Detta är fallet beträffande rådets direktiv 93/96/EEG av den 29 oktober 1993 om rätt till bosättning för studerande (EGT L 317, s. 59, fransk version; vid översättningen fanns ingen svensk version att tillgå). Även i förhållande till detta direktiv finns det enligt kommissionen problem med införlivande som motsvarar dem som uppstår avseende direktiven 90/364 och 90/365.

28 — Inte heller den tyska regeringens argumentation avseende artikel 8a i fördraget är lätt att förstå. I denna bestämmelse föreskrivs att rätt till fri rörlighet tillerkänns "om inte annat följer av de begränsningar och villkor som föreskrivs i detta fördrag och i bestämmelserna om genomförande av fördraget". Rätten tillerkänns således inom de gränser som fastställs i själva fördraget och i sekundärrätten. Svaranden grundar sig på denna formulering för att hävda att medborgarna genom hänvisningen till sekundärrätten skall ha kännedom om denna rätt som tillkommer dem enligt artikel 8a. Av detta skulle följa att hänvisningen i den tyska regleringen är rättsenlig. I denna krävs det av den enskilde att han skall känna till sin rätt till bosättning direkt genom direktiven 90/364/EEG och 90/365/EEG. Jag anser emellertid att en sådan argumentation är felaktig, eftersom två aspekter som är olika och som måste förbli det bedöms på samma sätt. Vad beträffar fördragsbestämmelsen begränsar den sig till erkännandet av en rättighet, samtidigt som den anger de möjliga inskränkningarna i denna, vilka kan följa antingen omedelbart genom en direkt hänvisning till andra fördragsbestämmelser eller av bestämmelser som antas av institutionerna med stöd av fördraget. Denna aspekt skiljer sig helt — vilket är lätt att inse — från den som gäller genomförandet av ett direktiv. Ett direktiv är en åtgärd som medför en skyldighet att införliva gemenskapsbestämmelser med nationell rätt. Mot detta kan man inte ställa möjligheten för enskilda att omedelbart informera sig om gemenskapsbestämmelser, eftersom den skillnad mellan rättsakterna som stadgas i artikel 189 i fördraget annars helt skulle utplånas.

29 — Förslag till avgörande i mål C-208/90 (Rec. 1991, s. I-4284, punkt 27).

tillerkänns av gemenskapslagstiftaren måste alltså som sagt tillräckligt klart framgå av den nationella rättsliga ramen — just detta är syftet med införlivande — utan att det är nödvändigt att hänvisa till de gemenskapsbestämmelser som har införlivats.

34. Det finns ännu en synpunkt som det måste tas hänsyn till. Anledningen till att den tyska regeringen år 1993 kompletterade regleringen om bosättning genom att bemyndiga inrikesministern att utfärda tillämpningsföreskrifter för gemenskapsbestämmelserna var att de nationella myndigheterna skulle ges en enhetlig rättslig grund. [30] Även om man ansluter sig till svarandens ståndpunkt att den redan gällande regleringen skall anses tillräcklig som uppfyllelse av statens införlivandeskyldighet återstår det att på det rättsliga planet förklara och ordna det ämne som regleras av direktivet. Även av den anledningen finns det skäl att anta att det införlivande som skett var otillräckligt, åtminstone ur den just anförda aspekten. De vidtagna åtgärderna kan nämligen, om inte de åtgärder som kommissionen har krävt skall vidtas, inte utgöra den "entydiga rättsliga ramen inom området i fråga" som medlemsstaterna enligt domstolens rättspraxis skall upprätta för att säkerställa att direktiv tillämpas i full utsträckning. [31] Detta argument bekräftas även underförstått av den omständigheten att den befogenhet att bemyndiga som föreskrivs i rättsakten för de tyska förvaltningsmyndigheterna ännu inte har tillämpats för att reglera situationen för de bosatta som berörs av direktivet. Detta talar för att svaranden har åsidosatt sina skyldigheter enligt artikel 5 i direktivet, möjligen endast delvis, men ändock rättsstridigt.

35. Jag delar slutligen kommissionens uppfattning beträffande det andra argument som svaranden har anfört. Svaranden gör gällande att denne har gjort behöriga myndigheter i delstaterna uppmärksamma på nödvändigheten att bevilja även sådana personer uppehållstillstånd vilkas rättsställning regleras genom de ifrågasatta direktiven. Förvaltningscirkulär har emellertid inga omedelbara rättsverkningar för de enskilda. Dessa uppfyller således inte direkt det krav som domstolen har ansett vara oeftergivligt, nämligen att det måste säkerställas att den enskilde får full kännedom om sina rättigheter och således kan göra dem gällande vid nationella domstolar.

36. Av de ovan anförda skälen skall den slutsatsen dras att bestämmelserna i de omtvistade direktiven inte har införlivats på ett så konkret, exakt och klart sätt som krävs enligt domstolens rättspraxis och att rättssäkerheten och de enskildas subjektiva rättsställning därför inte säkerställs i full omfattning.

30 — Se meddelandet från den tyska regeringen av den 23 november 1993, där det för övrigt hänvisas till meddelandet av den 31 mars 1993.

31 — Se dom av den 30 maj 1991 i mål C-361/88 (nämnt i fotnot 25), punkt 24.

Förslag till avgörande

Sammanfattningsvis föreslår jag att domstolen skall

1) förklara att kommissionens talan om fastställelse av att Förbundsrepubliken Tyskland har gjort sig skyldig till fördragsbrott genom att inte införliva rådets direktiv 90/364/EEG och 90/365/EEG av den 28 juni 1990 kan upptas till sakprövning,

2) förklara att Förbundsrepubliken Tyskland har underlåtit att uppfylla sin införlivandeskyldighet, genom att inte inom den föreskrivna fristen anta de lagar och andra författningar som är nödvändiga för att följa bestämmelserna i rådets direktiv 90/364/EEG och 90/365/EEG av den 28 juni 1990,

3) förplikta Förbundsrepubliken Tyskland att ersätta rättegångskostnaderna.