FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT JEAN MISCHO

fremsat den 17. marts 1987 *

Høje Domstol.

1. De spørgsmål, Arrondissementsrechtbank Arnhem har forelagt Domstolen, vedrører endnu engang problemet om den retlige karakter af bestemmelserne i et direktiv i den i artikel 189 i Traktaten om Oprettelse af EØF forudsatte betydning og om forskellen mellem direktiver og forordninger.

2. Jeg har i øvrigt indtryk af, at denne sag er opstået på grund af den noget ukorrekte anvendelse, som undertiden finder sted af begreberne »direkte virkning« eller »umiddelbar anvendelighed« om direktiver.

3. Domstolen har ganske vist tidligere gentagne gange udtalt, at »selv om forordningerne i medfør af bestemmelserne i artikel 189 er umiddelbart gældende og følgelig efter deres natur er egnede til at skabe direkte virkning, så følger ikke heraf, at andre former for retsakter omhandlet i artiklen aldrig kan have *lignende virkning*« [1].

4. Ved at anvende udtrykket »lignende virkning« har Domstolen imidlertid efter min mening villet understrege, at der ikke kan være tale om at tillægge direktiver »umiddelbar anvendelighed« i den fulde betydning, hvori dette udtryk anvendes i artikel 189 vedrørende forordninger, eller at ophæve den sondring, som denne artikel opstiller mellem de to grupper retsakter.

5. Domstolen har afstukket grænserne for denne »lignende virkning« og fastslået, at i de tilfælde, hvor et direktivs bestemmelser ud fra deres indhold fremstår som ubetingede og tilstrækkeligt præcise, kan *private påberåbe sig dem*, når der ikke er indført gennemførelsesforanstaltninger inden for fristerne, eller såfremt de er ukorrekt gennemført, over for enhver national bestemmelse, der ikke er i overensstemmelse med direktivet, eller for så vidt de er egnede til at definere de rettigheder, som private kan gøre gældende over for staten.

6. Domstolen har også præciseret, hvilken argumentation der ligger til grund for dette resultat.

Domstolen har bl. a. i dom af 4. december 1986 (sag 71/85, den nederlandske stat mod Federatie Nederlandse Vakbeweging, præmis 14, Sml. s. 3855) ordret udtalt:

»Begrundelsen for denne praksis er, at det ville være uforeneligt med den bindende karakter, som artikel 189 tillægger et direktiv, principielt at udelukke, at de forpligtelser, som direktivet pålægger, kan påberåbes af de berørte personer. Domstolen er på baggrund heraf nået til det resultat, at en medlemsstat, som ikke inden for den fastsatte frist har truffet de i direktivet krævede gennemførelsesforanstaltninger, ikke over for

* Oversat fra fransk.

1 — Se bl. a. dom dommen af 5. april 1979, sag 148/78, anklagemyndigheden mod Ratti, Sml. s. 1629.

private kan gøre gældende, at den ikke har opfyldt sine forpligtelser efter direktivet.«

7. I en artikel, som blev offentliggjort i 1980 i *Recueil Dalloz Sirez* (»L'effet des directives communautaires, une tentative de démythification«, Dalloz 1980, s. 171-176) formulerede dommer P. Pescatore dette begreb således:

»Ifølge Domstolens analyse kan private påberåbe sig direktiver for retsinstanserne, fordi direktiver forpligter medlemsstaterne og *som en refleks af denne forpligtelse.* Det er afgjort langt mindre end forordningers umiddelbare anvendelighed... Alt i alt er Domstolens praksis vedrørende dette spørgsmål blot et udtryk for det princip, som man sædvanligvis betegner med det engelske juridiske udtryk estoppel, i vid forstand, og som jurister af latinsk tradition ynder at betegne ved sentensen 'venire contra factum proprium' eller 'nemo auditur'...« [2]

8. De besvarelser, der skal gives på Arrondissementsrechtbank Arnhem's spørgsmål, må udledes af denne afgrænsning og af denne forklaring af direktivers »lignende virkning«.

A — Det første og det andet spørgsmål

9. Det første af Arrondissementsrechtbank Arnhem's spørgsmål lyder således:

»Kan en national myndighed (eventuelt den påtaleberettigede forvaltningsorgan) til skade for de retsundergivne påberåbe sig en bestemmelse i et direktiv i et tilfælde, hvor den pågældende medlemsstat ikke har fastsat eventuelle gennemførelsesbestemmelser i sin lovgivning?«

10. Med en enstemmighed, som man sjældent oplever, har de tre regeringer, som har afgivet indlæg for Domstolen, og Kommissionen foreslået, at dette spørgsmål besvares benægtende.

11. For mit eget vedkommende tøver jeg ikke med at tilslutte mig denne opfattelse.

12. For at opsummere grundene til denne opfattelse kan jeg ikke gøre noget bedre end endnu engang at citere P. Pescatore, som har formået meget klart og i få linjer at sammenfatte det væsentlige i argumentationen:

»Selv om direktivet binder medlemsstaterne, er det klart, at det ikke har bindende virkning for borgerne. Direktivet er ikke rettet til dem. Offentliggørelsen deraf i *De Europæiske Fællesskabers Tidende* tjener til oplysning; det drejer sig ikke her om 'kundgørelse af en lov', og til forskel fra kundgørelse af forordninger har den ingen retsvirkning. *Borgerne er kun bundet af de ved lov og administrativt fastsatte bestemmelser, som staten fastsætter til gennemførelse af direktivet. Direktivet kan altså i sig selv ikke gøres gældende over for borgerne, som aldrig ved dets virkning kan være forpligtet i forhold til staten eller i forhold til andre retssubjekter.*« [3]

13. Denne opfattelse blev delt af generaladvokat P. VerLoren van Themaat i hans forlag til afgørelse i sag 89/81 (Statssekretæren, Det nederlandske finansministerium mod Hong-Kong Trade, Sml. 1982, s. 1277).

14. Domstolen har haft lejlighed til at udtale sig om spørgsmålet ca. tre uger efter, at Arrondissementsrechtbank Arnhem stillede de spørgsmål, som denne sag vedrører, nemlig i dom af 26. februar 1986 i sag 152/84 (M. H. Marshall mod Southampton

2 — Domstolens oversættelse.

3 — Domstolens oversættelse.

and South-West Hampshire Area Health Authority, Sml. s. 723), hvori vi læser følgende:

»Med hensyn til argumentet om, at et direktiv ikke kan gøres gældende over for en privat, bemærkes, at ifølge Traktatens artikel 189 består et direktivs bindende karakter, som er grundlaget for at støtte ret på det ved en national ret, kun i forhold til 'enhver Medlemsstat, som det rettes til'. Heraf følger, at *et direktiv ikke i sig selv kan skabe forpligtelser for private, og at en direktivsbestemmelse derfor ikke som sådan kan påberåbes over for sådanne personer. Der må herefter tages stilling til, om sagsøgte i den foreliggende sag må anses for at have handlet i egenskab af en privat*« (præmis 48).

15. Arrondissementsrechtbank's andet spørgsmål er, om en *national domstol* er forpligtet til, såfremt et direktiv ikke er gennemført, umiddelbart at anvende de bestemmelser i et direktiv, som egner sig dertil, også i tilfælde, hvor den pågældende retsundergivne ikke vil støtte nogen ret på disse bestemmelser.

16. Svaret på det andet spørgsmål følger af det — benægtende — svar, som må gives på det første.

17. Da et direktiv ikke i sig selv kan skabe forpligtelser for borgerne, og disse kun er bundet af de ved lov og administrativt fastsatte bestemmelser, som staten fastsætter til gennemførelse af direktivet, følger det heraf, at en national domstol aldrig umiddelbart kan anvende et direktivs bestemmelser over for en borger, og så meget desto mere, at den ikke er forpligtet til at gøre det.

18. Ligesom Kommissionen foreslår jeg, at den nederlandske rets to første spørgsmål besvares ved i det væsentlige at gentage den i Marshall-dommen anvendte formulering:

»Et direktiv kan ikke i sig selv skabe forpligtelser for private, og en direktivbestemmelse kan derfor ikke som sådan påberåbes over for sådanne personer af en national myndighed eller anvendes på dem af en national domstol.«

B — Det tredje spørgsmål

19. Når den nationale domstol skal fortolke en national bestemmelse, skal eller kan den da ved denne fortolkning lade sig lede af indholdet af et gældende direktiv? Dette er den nederlandske rets tredje spørgsmål til Domstolen.

20. I sit indlæg har Det Forenede Kongeriges regering korrekt henvist til, at det ifølge Domstolens dom af 10. april 1984 (sag 14/83, Von Colson og Kamann mod Land Nordrhein-Westfalen, Sml. s. 1891, 1909 og 1910-1911) tilkommer en national domstol »under fuld udnyttelse af det skøn, den råder over i henhold til national ret, at fortolke og anvende loven om gennemførelse af direktivet i overensstemmelse med fællesskabsrettens krav«.

21. Der foreligger et særligt tilfælde, når en medlemsstat på den ene side har lovgivet for at gennemføre en del af bestemmelserne i direktivet, og på den anden side har ment, at nogle i forvejen bestående bestemmelser i dens nationale lovgivning allerede indeholder alle garantier for en effektiv gennemførelse af direktivets øvrige bestemmelser, eller når den har skønnet, og underrettet Kommissionen om, at dens nationale retstilstand overflødiggør enhver gennemførelsesforanstaltning. I så fald tilkommer det klart den nationale domstol at fortolke og anvende de

pågældende nationale bestemmelser i overensstemmelse med fællesskabsrettens krav.

22. Når der derimod er tale om en national bestemmelse, der bestod forud for direktivet, og som derfor ikke er blevet fastsat med henblik på gennemførelsen af dette, og som heller ikke antages at garantere overholdelsen af en bestemmelse i et direktiv, er jeg ligesom generaladvokat G. Slynn i sag 152/84, Marshall (forslag til afgørelse af 18. september 1985, Sml. 1986, s. 725, 733) af den opfattelse, at der ikke findes noget fællesskabsretligt princip, der *forpligter* den nationale domstol til at fortolke den på baggrund af direktivet.

23. Tilbage står spørgsmålet, om fællesskabsretten *tillader* den nationale domstol at fortolke den nationale lovgivning på baggrund af direktivet? Jeg skal her gøre en *sondring*, som jeg gerne vil illustrere ved hjælp af omstændighederne i det foreliggende tilfælde.

24. I hovedsagen er der tale om en strafbestemmelse i national lovgivning, nemlig artikel 2 i Keuringsverordening (bekendtgørelse om kontrol) i Nijmègen kommune, der forbyder en vis adfærd. Denne bestemmelse går ud på, at det er forbudt med henblik på salg og levering at have levnedsmidler bestemt til salg og konsum på lager, som er af mangelfuld beskaffenhed. Kontrolbekendtgørelsen definerer ikke udtrykket »af mangelfuld beskaffenhed«.

25. Ifølge anklagemyndighedens (officier van justitie) udtalelser var der tale om bedrageri fra Kolpinghuis' side over for kunder, som bestilte mineralvand, fordi det leverede vand ikke besad de egenskaber, som kunderne på grund af betegnelsen mineralvand måtte tillægge det.

26. Den retinstans, som sagen verserer for, kunne så begynde med at gennemgå sproglige sædvaner og handelsskik og f. eks. konstatere (jeg opstiller en ren hypotese), at der på nederlandsk findes begreberne dels »mineralvand« og dels »kulsyreholdigt vand« eller »brusende vand«. Den kunne dernæst antage, at udtrykket »mineralvand« efter størstedelen af befolkningens opfattelse indebærer, at det pågældende vand har sin kilde på et bestemt sted, at det indeholder visse mineralske stoffer, som man tillægger gavnlige virkninger for helbredet, og at der følgelig i intet tilfælde kan være tale om vandværksvand. Den kunne endelig, *hvis de nationale fortolkningsregler tillader det*, med henvisning til direktiv 80/777 konstatere, at direktivet bekræfter, at en sådan snæver fortolkning af udtrykket »mineralvand« svarer til traditionen i de fleste af Fællesskabets lande, idet denne fortolkning er blevet lagt til grund i direktivet, som i mellemtiden er gennemført i Nederlandene. Den nationale domstol kunne derfor nå til det resultat, at allerede på tidspunktet for de faktiske omstændigheder, dvs. før direktivets gennemførelse, måtte en drikkevare, som blev solgt under betegnelsen »mineralvand«, men var fremstillet af vandværksvand, i Nederlandene anses for et »produkt af mangelfuld beskaffenhed«.

27. Med andre ord, den nationale domstol kan efter min mening, hvis de nationale fortolkningsregler tillader det, bruge direktivet som *bekræftelse* af en fortolkning af national lovgivning, som i første række er baseret på andre faktorer.

28. Omvendt kunne Arrondissementsrechtbank lige såvel komme til det resultat, at

udtrykkene »mineralvand« og »kulsyreholdigt vand« i Nederlandene bruges alternativt, uden at det første har en mere præcis betydning end det andet, eller at der ikke findes andet udtryk end »mineralvand« som betegnelse for såvel vand med en speciel sammensætning som vand, der blot er tilsat kulsyre. I de sidstnævnte tilfælde kan den nationale domstol ikke anvende den meget præcise betydning, som direktivet tillægger udtrykket »mineralvand« ved fortolkningen af begrebet »produkt af mangelfuld beskaffenhed«, idet man herved erstatter den fortolkning, der kan udledes af den nationale kontekst (og som i dette tilfælde er til gunst for tiltalte) med den modsatte fortolkning, som følger af direktivet (og som er til skade for tiltalte).

29. På denne måde vil den nationale domstol altså indirekte til sidst anvende et ikke gennemført direktivs bestemmelser på en privatperson, hvilket ifølge Marshall-dommen ikke er lovligt.

30. Sammenfattende foreslår jeg, at Domstolen besvarer det tredje spørgsmål således:

»Der findes intet fællesskabsretligt princip, der forpligter en national domstol til at lade sig lede af indholdet af et gældende direktiv, som endnu ikke er gennemført i den pågældende medlemsstat, ved fortolkningen af en national retsregel, hvis indhold ikke er tilstrækkelig præcist. Spørgsmålet om en national domstol kan gøre det for at bekræfte den fortolkning, som den udleder af et rent nationalt bedømmelsesgrundlag, må afgøres ud fra nationale fortolkningsregler. Derimod kan den nationale domstol ikke på grundlag af et sådant direktiv til skade for en privatperson ændre den fortolkning, den udleder af et nationalt bedømmelsesgrundlag.«

C — Det fjerde spørgsmål

31. Endelig har Arrondissementsrechtbank Arnhem spurgt, om det gør nogen forskel for besvarelsen af de tre første spørgsmål, om den for medlemsstaten gældende frist for forpligtelsen til at tilpasse den nationale lovgivning endnu ikke var udløbet på tidspunktet for de faktiske omstændigheder.

32. Da et direktiv ikke i sig selv kan skabe forpligtelser for en privatperson, og da den nationale domstol ikke er forpligtet til at lade sig lede af et endnu ikke gennemført direktiv, er det, som Kommissionen har anført, klart *uden betydning, om den i direktivet fastsatte frist* for tilpasningen af den nationale lovgivning til direktivet *er udløbet.*

33. I første række foreslår jeg derfor, at Domstolen besvarer dette spørgsmål således:

»Det gør ingen forskel for besvarelsen af de tre første spørgsmål, om den for medlemsstaten gældende frist for at tilpasse den nationale lovgivning endnu ikke var udløbet på tidspunktet for de faktiske omstændigheder.«

34. Men da den nationale domstol med sit fjerde spørgsmål sandsynligvis er gået ud fra, at udløbet af denne frist faktisk gør det muligt at anvende direktivet over for tiltalte i hovedsagen, og da dette efter min opfattelse ikke kan være tilfældet, kan Domstolen eventuelt også svare, at det fjerde spørgsmål er blevet uden genstand på baggrund af Domstolens besvarelse af de tre første spørgsmål.