CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL J. MISCHO van 17 maart 1987 *

Mijnheer de President,
Mijne heren Rechters,

1. In de vragen die de Arrondissementsrechtbank te Arnhem aan het Hof heeft voorgelegd, worden weer eens het probleem van het rechtskarakter van bepalingen van een richtlijn, in de zin van artikel 189 EEG-Verdrag, en dat van het verschil tussen richtlijnen en verordeningen aan de orde gesteld.

2. Men krijgt overigens de indruk, dat de onderhavige zaak voortvloeit uit een enigszins oneigenlijk gebruik dat soms aan de uitdrukkingen „rechtstreekse werking" of „rechtstreekse toepasselijkheid" wordt gegeven, waar het richtlijnen betreft.

3. Inderdaad heeft het Hof in het verleden herhaaldelijk verklaard, dat „zo krachtens de bepalingen van artikel 189 verordeningen rechtstreeks toepasselijk zijn en mitsdien naar hun aard rechtstreekse werking kunnen hebben, daaruit niet volgt dat andere groepen handelingen als in dit artikel bedoeld, nimmer *analoge werking* kunnen hebben." [1]

4. Door de uitdrukking „analoge werking" te gebruiken heeft het Hof mijns inziens evenwel willen beklemtonen dat aan richtlijnen geen „rechtstreekse toepasselijkheid" kan worden toegekend met dezelfde draagwijdte als waarmee deze uitdrukking in artikel 189 wordt gebruikt met betrekking tot verordeningen en dat het onderscheid dat in dit artikel tussen deze beide groepen handelingen wordt gemaakt, niet kon worden opgeheven.

5. Het Hof heeft de grenzen van deze „analoge werking" namelijk bepaald en vastgesteld dat wanneer de bepalingen van een richtlijn naar hun inhoud onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig blijken te zijn en uitvoeringsmaatregelen niet tijdig zijn getroffen dan wel de richtlijn onjuist is omgezet, of ook wanneer die bepalingen rechten vastleggen die de particulieren tegenover de staat kunnen doen gelden, *particulieren* zich op *die bepalingen* kunnen *beroepen* tegenover elk nationaal voorschrift dat niet met de richtlijn in overeenstemming is.

6. Het Hof heeft ook verklaard, op grond van welke redenering het tot deze conclusie is gekomen.

Met name in het arrest van 4 december 1986 (zaak 71/85, Staat der Nederlanden/ Federatie Nederlandse Vakbeweging, r. o. 14, Jurispr. 1986, blz. 3855), verklaarde het expliciet:

„Deze rechtspraak is gebaseerd op de overweging, dat het onverenigbaar zou zijn met de dwingende werking die in artikel 189 EEG-Verdrag aan richtlijnen wordt toegekend, om principieel uit te sluiten dat de daarbij opgelegde verplichting door de betroffenen kan worden ingeroepen. Het Hof heeft daaruit afgeleid, dat een Lid-Staat die de door een richtlijn voorgeschreven maatregelen niet tijdig heeft getroffen, het feit

* Vertaald uit het Frans.

1 — Zie met name het arrest van 5 april 1979, zaak 148/78, Ratti, Jurispr. 1979, blz. 1629.

dat hij zijn uit een richtlijn voortvloeiende verplichtingen niet is nagekomen, niet aan particulieren kan tegenwerpen."

7. In een in 1980 in de *Recueil Dalloz Sirez* verschenen kroniek („L'effet des directives communautaires, une tentative de démystification", Dalloz 1980, blz. 171-176) omschreef rechter P. Pescatore deze gedachte als volgt:

„Selon l'analyse de la Cour, les directives peuvent être invoquées en justice par les particuliers parce que'elles sont obligatoires pour les États membres et *en tant que reflet de cette obligation.* C'est certainement beaucoup moins que l'applicabilité directe des règlements... Somme toute, la jurisprudence de la Cour sur cette question n'est rien qu'une expression du principe que l'on a l'habitude de désigner par le terme juridique anglais d'estoppel, largement entendu, et que les juristes de tradition latine se plaisent exprimer par l'adage ‚venire contra factum proprium', ou encore ‚nemo auditur' ..."

8. De op de vragen van de arrondissementsrechtbank te Arnhem te geven antwoorden zijn een uitvloeisel van deze afbakening en deze verklaring van de „analoge werking" van richtlijnen.

A — De eerste en tweede vraag

9. De eerste vraag van de arrondissementsrechtbank te Arnhem luidt als volgt:

„Kan een nationale overheid (c. q. de vervolgende instantie) zich ten laste van haar onderdanen beroepen op een bepaling van een richtlijn, in een geval waarin de betrokken Lid-Staat in zijn wetgeving c. q. uitvoeringsvoorschriften niet heeft voorzien ?"

10. Met een slechts zelden aangetroffen eensgezindheid hebben de drie regeringen die opmerkingen bij het Hof hebben ingediend en de Commissie voorgesteld, deze vraag ontkennend te beantwoorden.

11. Zonder enige aarzeling sluit ik mijzelf daarbij aan.

12. Om de motieven voor dit standpunt samen te vatten, zou ik nog eens het artikel van P. Pescatore willen citeren, die het essentiële van de redenering in enkele regels beknopt wist uit te drukken:

„Si la directive lie les États membres, elle n'a certainement pas pour effet de s'imposer aux particuliers. La directive ne leur est pas adressée. La publication qui en est faite au *Journal Officiel des Communautés européennes* a lieu pour information; il ne s'agit pas d'une ‚publication légale' et, à la différence de la publication des actes réglementaires, elle n'a pas d'effet juridique. *Les particuliers ne seront liés que par les actes législatifs et réglementaires pris par l'État pour l'application de la directive. La directive en tant que telle, n'est donc pas opposable aux particuliers qui ne peuvent jamais, par son effet, être obligés à l'égard de l'État* ou à l'égard d'autres sujets de droit."

13. Deze zienswijze werd gedeeld door advocaat-generaal P. VerLoren Van Themaat in zijn conclusie in zaak 89/81 (Hong Kong Trade, Jurispr. 1982, blz. 1277).

14. Een twintigtal dagen nadat de arrondissementsrechtbank te Arnhem de thans aan het Hof voorgelegde vragen had geformuleerd, kon het Hof de vraag beantwoorden in zijn arrest van 26 februari 1986 in

zaak 152/84 (M. H. Marshall, Jurispr. 1986, blz. 723), waarin de volgende passage wordt aangetroffen:

„Wat het argument betreft dat een richtlijn niet tegenover particulieren kan worden ingeroepen, moet erop worden gewezen, dat volgens artikel 189 EEG-Verdrag het dwingende karakter van een richtlijn — waarop de mogelijkheid om er voor de nationale rechter beroep op te doen, is gebaseerd, — slechts bestaat ten aanzien van ‚elke Lid-Staat waarvoor zij bestemd is'. Hieruit volgt, dat *een richtlijn uit zichzelf geen verplichtingen aan particulieren kan opleggen en dat een bepaling van een richtlijn als zodanig niet tegenover een particulier kan worden ingeroepen.*" (r. o. 48)

15. In de tweede plaats vraagt de arrondissementsrechtbank ook, of een *nationale rechter* verplicht is om, indien een richtlijn niet is uitgevoerd, de bepalingen van een richtlijn die zich daarvoor lenen, onmiddellijk toe te passen, ook in een geval waarin de desbetreffende onderdaan aan die bepalingen geen recht wil ontlenen.

16. Het antwoord op deze tweede vraag vloeit voort uit het — ontkennende — antwoord dat op de eerste vraag moet worden gegeven.

17. Omdat een richtlijn op zichzelf geen verplichtingen ten laste van particulieren in het leven kan roepen en deze laatsten slechts door wettelijke en bestuursrechtelijke handelingen kunnen worden gebonden, die door de staat ter uitvoering van de richtlijn worden genomen, kan een nationale rechter mitsdien nooit de bepalingen van een richtlijn onmiddellijk jegens een particulier toepassen en is hij a fortiori niet verplicht om zulks te doen.

18. Met de Commissie geef ik het Hof in overweging de eerste twee vragen van de Nederlandse rechter te beantwoorden door in wezen de in het arrest Marshall gebezigde formulering te herhalen:

„Een richtlijn kan niet uit zichzelf verplichtingen aan particulieren opleggen en een bepaling van een richtlijn kan als zodanig niet door een nationale instantie tegen particulieren worden ingeroepen of te hunner aanzien door een nationale rechter worden toegepast."

B — De derde vraag

19. Dient of mag de nationale rechter, in een geval waarin een nationale regel moet worden uitgelegd, zich bij die uitleg (te) laten leiden door de inhoud van een toepasselijke richtlijn ? Dit is de derde vraag van de Nederlandse rechter.

20. In haar opmerkingen merkt de regering van het Verenigd Koninkrijk zeer opportuun op, dat volgens het arrest van het Hof van 10 april 1984 in zaak 14/83 (Von Colson en Kamann, Jurispr. 1984, blz. 1891, 1909, 1910 en 1911) het aan de nationale rechter staat om, ten volle gebruik makend van de hem door zijn nationale recht toegekende beoordelingsvrijheid, de ter uitvoering van de richtlijn vastgestelde wet uit te leggen en toe te passen in overeenstemming met de eisen van het gemeenschapsrecht.

21. Een bijzonder geval doet zich voor wanneer een Lid-Staat enerzijds een wettelijke regeling heeft vastgesteld om een gedeelte van de bepalingen van een richtlijn uit te voeren, doch anderzijds zich op het standpunt heeft gesteld dat enige bestaande nationale bepalingen reeds alle waarborgen van een doeltreffende uitvoering van de overige bepalingen van de richtlijn boden, of wanneer hij van mening is, en de Commissie heeft meegedeeld, dat de stand van zijn nationale recht elke omzettingsmaatregel overbodig maakte. In dat geval dient de nationale rechter de betrokken nationale bepalingen in overeenstemming met de eisen

van het gemeenschapsrecht uit te leggen en toe te passen.

22. Wanneer het daarentegen een reeds vóór de richtlijn bestaande nationale bepaling betreft, die dus niet is vastgesteld ter uitvoering van deze richtlijn en die dus evenmin wordt geacht de naleving van een bepaling van een richtlijn te waarborgen, ben ik evenals advocaat-generaal Gordon Slynn in zaak 152/84 (Marshall; conclusie van 18 september 1985, Jurispr. 1986, blz. 725, 733) van mening, dat er geen beginsel van gemeenschapsrecht is op grond waarvan de nationale rechter *verplicht* is, deze bepaling uit te leggen met inachtneming van de richtlijn.

23. Dan resteert nog de vraag of het gemeenschapsrecht hem *toestaat* zijn nationale wetgeving met inachtneming van het gemeenschapsrecht uit te leggen. Hierbij dient een *onderscheid* te worden gemaakt, dat ik met behulp van de omstandigheden van de onderhavige zaak zou willen illustreren.

24. In de zaak in het hoofdgeding gaat het om een nationale strafbepaling, — artikel 2 van de Keuringsverordening van de gemeente Nijmegen —, waarbij een bepaalde gedraging wordt verboden: het ten verkoop of ter aflevering in voorraad hebben van voor de handel en menselijke consumptie bestemde waar die ondeugdelijk van samenstelling is. In de Keuringsverordening wordt de term „ondeugdelijk van samenstelling" niet gedefinieerd.

25. Naar de Officier van justitie verklaarde, had Kolpinghuis de klanten die mineraalwater bestelden, misleid, omdat het geleverde water niet de eigenschappen bezat die de klanten op grond van de benaming mineraalwater daaraan mochten toekennen.

26. De geadieerde rechter zou dus om te beginnen het spraakgebruik en de handelsgebruiken van de Nederlandse bevolking kunnen onderzoeken en bij voorbeeld (dit is zuiver hypothetisch) kunnen vaststellen dat de Nederlanse taal enerzijds het begrip „mineraalwater" kent en anderzijds de begrippen „koolzuurhoudend water" of „spuitwater". Vervolgens zou hij zich op het standpunt kunnen stellen, dat volgens de meerderheid van de bevolking de uitdrukking „mineraalwater" inhoudt, dat het betrokken water uit een bron op een bepaalde plaats afkomstig is, dat het bepaalde minerale bestanddelen bevat waaraan een heilzame werking voor de gezondheid wordt toegeschreven en dat het dus in geen geval leidingwater kan zijn. Ten slotte zou hij, *indien de nationale interpretatieregels het hem toestaan*, met een verwijzing naar richtlijn 80/77 kunnen vaststellen dat zij beoogt te bevestigen, dat een strikte uitlegging van de uitdrukking „mineraalwater" in overeenstemming is met de traditie van de meeste landen van de Gemeenschap, omdat in deze inmiddels in Nederland uitgevoerde richtlijn een dergelijke uitlegging wordt aangehouden. De rechter zou dus tot de conclusie kunnen komen, dat reeds op het moment dat de feiten zich voordeden, dus vóór de omzetting van de richtlijn, een drank die onder de benaming „mineraalwater" werd verkocht maar op basis van leidingwater was vervaardigd, in Nederland als een „waar die ondeugdelijk van samenstelling is" moest worden beschouwd.

27. Anders gezegd, mijns inzien kan de rechter, indien de nationale interpretatieregels het hem toestaan, met een beroep op de richtlijn een uitlegging van het nationale recht *bevestigen*, die voornamelijk op andere elementen is gebaseerd.

28. Omgekeerd zou de arrondissementsrechtbank even goed kunnen vaststellen, dat in Nederland de uitdrukkingen „mineraal-

water" en „koolzuurhoudend water" door elkaar worden gebruikt, zonder dat de eerste een nauwkeuriger betekenis heeft dan de tweede, dan wel dat enkel de uitdrukking „mineraalwater" bestaat ter aanduiding van zowel water van een bepaalde samenstelling als water waaraan slechts koolzuur is toegevoegd. In deze laatste gevallen zou de rechter niet de zeer precieze betekenis die in de richtlijn aan de uitdrukking „mineraalwater" wordt gegeven, kunnen gebruiken om het begrip „waar van ondeugdelijke samenstelling" uit te leggen, omdat hij dan de uitlegging die uit de nationale bepalingen kan voortvloeien (en die in casu gunstig is voor verdachte), door de tegengestelde uitlegging die uit de richtlijn voortvloeit (en die ongunstig uitvalt voor verdachte), zou vervangen.

29. Aldus zou de rechter uiteindelijk immers indirect de bepalingen van een niet omgezette richtlijn tegen een particulier inroepen, hetgeen volgens het arrest Marshall niet is toegestaan.

30. Concluderend geef ik het Hof in overweging, de derde vraag te beantwoorden als volgt:

„Er bestaat geen beginsel van gemeenschapsrecht dat een nationale rechter verplicht om zich bij de uitlegging van een nationaal rechtsvoorschrift met onvoldoende duidelijke inhoud te laten leiden door een richtlijn die van toepassing is, doch in de betrokken Lid-Staat nog niet is uitgevoerd. De vraag of hij zulks kan doen ter bevestiging van de uitlegging die hij uit zuiver nationale beoordelingsgegevens afleidt, dient te worden beantwoord met inachtneming van de nationale uitleggingsregels. Daarentegen kan de nationale rechter niet op grond van een dergelijke richtlijn de uit nationale beoordelingsgegevens voortvloeiende uitlegging wijzigen in een voor de justitiabele ongunstige zin."

C — De vierde vraag

31. In de laatste plaats vraagt de Arrondissementsrechtbank te Arnhem of het voor de beantwoording van de eerste drie vragen verschil uitmaakt of op het moment waarop de feiten zich voordeden, de aan de Lid-Staten gestelde termijn voor de aanpassing van hun nationale wetgeving aan de voorschriften van de richtlijn nog niet was verstreken.

32. Aangezien een richtlijn niet uit zichzelf verplichtingen aan particulieren kan opleggen en de nationale rechter niet verplicht is om elementen te ontlenen aan een nog niet omgezette richtlijn, *maakt het*, zoals de Commissie opmerkt, duidelijk *geen verschil of de termijn* voor aanpassing van de nationale wetgeving aan een richtlijn *al dan niet is verstreken.*

33. Primair geef ik het Hof dan ook in overweging, op deze vraag te antwoorden als volgt:

„Voor de beantwoording van de eerste drie vragen maakt het geen verschil of op het moment waarop de feiten zich voordeden, de voor de Lid-Staat geldende termijn voor de aanpassing van de nationale wetgeving nog niet was verstreken."

34. Maar aangezien de nationale rechter bij het stellen van zijn vierde vraag waarschijnlijk ervan is uitgegaan, dat door het verstrijken van deze termijn de richtlijn ten aanzien van verweerder in het hoofdgeding inderdaad zou kunnen worden toegepast, doch zulks mijns inziens niet kan, zou het Hof eventueel ook kunnen antwoorden, dat gelet op het antwoord van het Hof op de eerste drie vragen de vierde vraag niet meer behoeft te worden beantwoord.