FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT CARL OTTO LENZ

fremsat den 4. oktober 1994 *

A — Indledning

1. Den foreliggende sag giver anledning til spørgsmålet, om traktatens bestemmelser om frie varebevægelser (EØF-traktatens artikel 30 ff.) finder anvendelse på handel med heroin (og andre narkotiske midler).

2. Diacetylmorfin (heroin) er et opiumsderivat, der opstår ved fremstilling af morfin. Brug af stoffet er i de fleste lande forbudt på grund af faren for misbrug. I Det Forenede Kongerige er det imidlertid det foretrukne middel til at lindre smerterne hos uhelbredeligt eller alvorligt syge. Efter det af den forelæggende ret oplyste blev i 1990 238 kg af de 241 kg heroin, der blev anvendt som lægemiddel i hele verden, anvendt i Det Forenede Kongerige.

3. Diacetylmorfin er et narkotisk middel omfattet af enkelt konvention om kontrol med narkotiske midler, der er undertegnet i New York den 30. marts 1961 (herefter benævnt »konventionen«) [1]. Konventionen ophæver og erstatter en række tidligere eksisterende aftaler på området (begyndende med den internationale opiumkonvention af 1912).

4. I konventionens præambel erkendes »nødvendigheden af fortsat lægeligt brug af narkotika som smertestillende middel, og at passende foranstaltninger træffes for at sikre tilstedeværelsen af narkotiske midler til sådanne formål« [2]. Samtidig konstateres det, at hengivelse til narkotika er et onde, som de kontraherende parter har pligt til at bekæmpe [3]. Efter de kontraherende parters opfattelse kan forholdsregler mod misbrug kun være effektive, hvis de er koordinerede og universelle. Sådanne universelle forholdsregler kræver efter deres opfattelse internationalt samarbejde, »ledet af fælles principper og med fælles mål for øje« [4].

5. I henhold til artikel 2, stk. 1, finder alle konventionens kontrolforanstaltninger anvendelse på de i bilag I nævnte narkotiske midler. I henhold til konventionens artikel 19

1 — *United Nations Treaty Series*, del 520, s. 204. En tysk oversættelse af konventionen, som ændret ved protokol af 25.3.1972, er trykt i *Bundesgesetzblatt* 1977 II, s. 111.

2 — Anden betragtning til konventionen.

3 — Tredje og fjerde betragtning.

4 — Femte og sjette betragtning.

* Originalsprog: tysk.

omfatter disse kontrolforanstaltninger for det første en pligt for de kontraherende parter til at indsende årlige overslag »for hvert af deres territorier« til Det Internationale Kontroludvalg for Narkotiske Midler i Wien. Overslaget skal omfatte de kvantiteter narkotiske midler, der skal benyttes til medicinske og videnskabelige formål det følgende år eller benyttes til fabrikation af andre narkotiske midler eller præparater. Beholdninger af narkotiske midler pr. 31. december i det år, som overslaget vedrører, skal ligeledes anføres.

Diacetylmorfin står opført i både konventionens bilag I og bilag IV.

6. Konventionens artikel 21, stk. 1, har følgende ordlyd:

»Det samlede kvantum af hvert narkotisk middel, der fabrikeres og importeres af et land eller territorium i et år, må ikke overstige summen af følgende:

a) det inden for grænserne af det pågældende overslag til medicinske og videnskabelige formål forbrugte kvantum

b) det kvantum, der inden for grænserne af det pågældende overslag er anvendt til fabrikation af andre narkotiske midler, af de i bilag III nævnte præparater og af stoffer, der ikke falder ind under nærværende konvention

c) det eksporterede kvantum

d) det kvantum, der er tilgået beholdningen for at bringe den i overensstemmelse med det i overslaget beregnede kvantum

e) det kvantum, der inden for grænserne af det pågældende overslag er erhvervet til særlige formål.«

7. Konventionens artikel 29, 30 og 31 forpligter de kontraherende parter til at kræve, at fabrikation, handel, fordeling samt import og eksport af narkotiske midler til »noget land eller territorium« sker i henhold til autorisation.

8. Artikel 43, stk. 2, bør nævnes i denne forbindelse. I henhold til denne bestemmelse kan to eller flere parter meddele generalsekretæren for De Forenede Nationer, at »de som følge af en af dem oprettet toldunion

udgør et enkelt territorium i artikel 19, 20, 21 og 31's forstand«.

9. I konventionens artikel 2, stk. 5, fastsættes der yderligere følgende kontrolforanstaltninger for de særligt farlige narkotiske midler i bilag IV:

»a) ... en part (skal) træffe sådanne særlige kontrolforanstaltninger, som den mener er nødvendige under hensyn til de særligt farlige egenskaber, et således optaget narkotisk middel har, og

b) en part skal, hvis den mener, at det efter forholdene i landet må anses for at være det bedste beskyttelsesmiddel for offentlighedens sundhed og velfærd, forbyde produktion, fabrikation, eksport og import af, handel med, besiddelse eller brug af et sådant narkotisk middel med undtagelse alene af de kvanta, der er nødvendige til lægelig og videnskabelig forskning, herunder kliniske forsøg, idet sådanne forsøg skal foretages af eller under direkte tilsyn og kontrol af vedkommende part.«

10. Til konventionens over 130 kontraherende parter hører alle Fællesskabets medlemsstater. Det Forenede Kongerige ratificerede konventionen den 2. september 1964 (dvs. før sin tiltrædelse af De Europæiske Fællesskaber).

11. I Det Forenede Kongerige påhviler ansvaret for at opfylde forpligtelserne i henhold til konventionen hovedsagelig Secretary of State for the Home Department (dvs. indenrigsministeren, herefter benævnt »Secretary of State«). Ifølge Misuse of Drugs Act 1971 (lov af 1971 om misbrug af narkotiske stoffer) er import af diacetylmorfin forbudt, medmindre Secretary of State har givet tilladelse dertil.

12. Indtil august 1992 tillod Det Forenede Kongerige ikke import af narkotiske midler, der blev fremstillet i landet og var til rådighed dér. Man begrundede denne politik, der længe havde været fulgt, med de krav, der stilledes i konventionen, og — særligt for så vidt angik diacetylmorfin — med nødvendigheden af at undgå faren for, at stoffet fandt vej ud i den ulovlige handel, og for at sikre forsyningen. En række andre medlemsstater har fulgt og følger stadig en lignende politik.

13. Indtil 1992 blev efterspørgslen efter diacetylmorfin i Det Forenede Kongerige

dækket af Evans Medical Ltd (herefter benævnt »Evans«). Evans er fortsat hovedproducenten af det færdige produkt til Det Forenede Kongerige og på verdensmarkedet.

Macfarlan Smith Ltd (herefter benævnt »Macfarlan Smith«) er på indeværende tidspunkt den eneste producent i Det Forenede Kongerige, der har tilladelse til at fremstille uforarbejdet diacetylmorfin i pulverform, på basis af hvilket det færdige produkt fremstilles. Da produktet kun anvendes i få andre lande, er Macfarlan Smith også hovedproducenten på verdensmarkedet. Evans er Macfarlan Smith's største aftager af dette produkt.

14. Ved to skrivelser af 17. august 1992 meddelte Secretary of State advokaterne for Macfarlan Smith og Evans, at han efter grundige overvejelser var nået frem til, at der ikke var noget holdbart grundlag for at afslå en ansøgning om import af en sending diacetylmorfin fra Nederlandene, som Generics (UK) Ltd (herefter benævnt »Generics«) havde indgivet. Generics har specialiseret sig i fremstilling og salg af generiske lægemiddelstoffer og har datterselskaber i en række europæiske lande, herunder Nederlandene.

Secretary of State oplyste i disse skrivelser, at han havde taget hensyn til både behovet for at sikre forsyningen og nødvendigheden af at forebygge ulovlig handel med produkterne. Ansøgningen fra Generics var blevet behandlet i lyset af national ret, fællesskabsretten og folkeretten. I den forbindelse anførte Secretary of State bl.a. følgende:

»Konventionen ... findes ikke at være uforenelig med Rom-traktatens artikel 30 og 36. Ifølge artikel 2, stk. 5, i konventionen af 1961 kan parterne — uden dog at være forpligtet hertil — begrænse importen. En part er ifølge artikel 2, stk. 5, beføjet til at forbyde import, hvis den mener, at det efter forholdene i det pågældende land må anses for at være det bedste middel til beskyttelse af offentlighedens sundhed og velfærd. Ifølge [traktatens] artikel 36 kan forbud eller restriktioner vedrørende indførsel begrundes i hensynet til beskyttelse af menneskers liv og sundhed ...

Problemet vedrørende sikkerhed i forbindelse med transit har derfor været genstand for en dybtgående undersøgelse ...

Med hensyn til forsyningssikkerheden vil ressortministrene naturligvis sikre, at diacetylmorfin også i fremtiden vil være til rådighed til lægeligt brug. Ministrene mener imidlertid, at forsyningen bedst sikres ved licitation ... Department of Health [Sundhedsministeriet] har oplyst, at NHSSA [den myndighed, der er kompetent til at foretage indkøb] undersøger muligheden for at

indføre en ny licitationsordning med virkning fra begyndelsen af 1993« [5].

15. Evans og Macfarlan Smith anlagde derefter sag ved High Court og Justice, Queen's Bench Division. De anfægtede herunder både Generics' importtilladelse og den generelle beslutning, som denne tilladelse indebar, om at ændre den politik, der hidtil var blevet fulgt med hensyn til import af narkotiske midler. Sagsøgerne gjorde gældende, at Secretary of State havde truffet sin afgørelse ud fra den urigtige antagelse, at den hidtil fulgte politik var i strid med fællesskabsretten, særligt at importforbuddet var ulovligt i henhold til traktatens artikel 30 og ikke kunne anses for at være berettiget i henhold til artikel 36. De fremførte det synspunkt, at artikel 30 i henhold til traktatens artikel 234 ikke finder anvendelse på handel med narkotiske midler omfattet af konventionen. Selv om Secretary of State med rette havde truffet sin afgørelse ud fra den betragtning, at artikel 30 og 36 fandt anvendelse, skulle han imidlertid ikke havde truffet afgørelsen, inden det var undersøgt, om den påtænkte licitationsordning var praktisk mulig og forenelig med konventionen, og om — og i givet fald hvordan — der igennem denne ordning kunne sikres sundhedsmyndighederne løbende forsyninger af diacetylmorfin.

5 — Citaterne er fra skrivelsen fra Secretary of State til Evans' advokater. Ordlyden af skrivelsen til Macfarlan Smith afviger på en række mindre (og indholdsmæssigt ubetydelige) punkter herfra.

16. High Court of Justice har udsat sagen og forelagt følgende spørgsmål for Domstolen til præjudiciel afgørelse:

»1) Skal traktatens artikel 30, 36 og 234 fortolkes således, at en medlemsstat kan afslå at udstede en tilladelse, som kræves i henhold til medlemsstatens lovgivning, til fra en anden medlemsstat at importere narkotiske midler, der enten har oprindelse i eller er i fri omsætning i den anden medlemsstat, med den begrundelse, at

a) bestemmelserne i artikel 30-36 ikke finder anvendelse på handel med narkotiske midler i den betydning, der er fastlagt i enkelt konvention om narkotiske midler undertegnet i New York den 30. marts 1961, og/eller

b) overholdelse af konventionen i praksis ville medføre en vilkårlig tildeling af kvoter mellem importører og indenlandske producenter, og/eller at kontrolforanstaltningerne i henhold til konventionen ellers ville blive mindre effektive, og/eller

c) importen af narkotiske midler fra en anden medlemsstat (i de tilfælde, hvor Fællesskabet ikke har udstedt et direktiv eller indført en ordning vedrørende handel med narkotiske

midler, således at Fællesskabet kunne opnå status som 'enkelt territorium' i henhold til konventionens artikel 43, og adskillige medlemsstater, der fremstiller narkotiske midler, forbyder import heraf) ville udgøre en trussel mod den eneste producent med tilladelse til at fremstille disse midler i medlemsstaten, hvorved der vil være risiko for, at forsyningen af disse narkotiske midler til væsentlige medicinske formål i den pågældende medlemsstat ikke kan sikres?

2. Skal Rådets direktiv 77/62/EØF af 21. december 1976 (EFT 1977 L 13, s. 1) med senere ændringer, fortolkes således, at en offentlig myndighed, der har til opgave at indkøbe vigtige smertestillende narkotiske midler til lægeligt brug, er beføjet til at tage hensyn til kravet om forsyningssikkerhed og muligheden for løbende forsyninger, når den afslutter kontrakter om levering af sådanne midler?«

B — Stillingtagen

Antagelse til realitetsbehandling af anmodningen om en præjudiciel afgørelse

17. Kommissionen er af den opfattelse, at Domstolen ikke skal besvare de af High Court forelagte spørgsmål, idet disse spørgsmål er »hypotetiske«. Kommissionen påpeger, at den nationale ret i spørgsmål 1 a) til 1 c) ønsker en afgørelse af, om en medlemsstat generelt eller under bestemte omstændigheder har lov til at afslå at give tilladelse til import af narkotiske midler fra andre medlemsstater. Sagen for High Court drejer sig imidlertid ikke om, at myndigheden har *afslået* at give tilladelse, men derimod om, at den har *givet* tilladelse. Efter Kommissionens opfattelse står det fast, at restriktioner i handelen med narkotiske midler inden for Fællesskabet er tilladt i henhold til artikel 36, og at det under visse omstændigheder endog kan være berettiget at nægte tilladelse til import eller eksport. I betragtning af de mange forskellige relevante omstændigheder og af de vigtige interesser i sagen er det imidlertid ikke ønskeligt, at Domstolen udtaler sig om problemet i nærværende sag. Forelæggelseskendelsens spørgsmål 2 er efter Kommissionens opfattelse endnu mere hypotetisk, idet det vedrører de kompetente sundhedsmyndigheders indkøb af diacetylmorfin, mens den foreliggende sag vedrører en beslutning truffet af Secretary of State om at tillade import af det pågældende narkotiske middel. Domstolen skal derfor heller ikke besvare dette spørgsmål.

Generics indtager også det standpunkt, at spørgsmål 1 b), 1 c), og 2 — men derimod ikke spørgsmål 1 a) — er hypotetiske, idet de vedrører faktiske omstændigheder, der endnu ikke er godtgjort. Advokaten for virksomheden har imidlertid under den mundtlige forhandling for Domstolen anført, at Domstolen alligevel skulle besvare disse spørgsmål.

18. Ifølge Domstolens faste praksis er proceduren i EØF-traktatens artikel 177 for præjudicielle forelæggelser et samarbejdsinstrument mellem Domstolen og de nationale retsinstanser. Inden for rammerne af dette samarbejde skal den nationale ret afgøre, om en præjudiciel afgørelse er nødvendig for, at den kan afsige dom. Når den nationale ret træffer beslutning om en præjudiciel forelæggelse, og de forelagte spørgsmål vedrører fortolkningen af fællesskabsretten, er Domstolen som udgangspunkt forpligtet til at træffe afgørelse herom. Domstolen har imidlertid ikke inden for rammerne af denne procedure — hvilket også er påpeget af Kommissionen i dens indlæg — til opgave at »udtale sig om generelle eller hypotetiske spørgsmål« [6].

19. Med spørgsmål 1 a) ønsker den nationale ret en afgørelse af, om EØF-traktatens artikel 30-36 finder anvendelse på handel med narkotiske midler. Som Macfarlan Smith har anført i sit indlæg, og som det også fremgår af forelæggelseskendelsen fra High Court, støtter Macfarlan Smith og Evans sig i hovedsagen på det argument, at de i henhold til national ret har krav på, at Secretary of State træffer afgørelse om Generics' ansøgning på det rigtige faktiske og retlige grundlag. Secretary of State traf afgørelse på grundlag af den antagelse, at EØF-traktatens artikel 30-36 finder anvendelse i den foreliggende sag. Hvis denne antagelse er urigtig, er afgørelsen således truffet på et urigtigt retligt grundlag og kan i givet fald kendes ugyldig af den nationale ret. Besvarelsen af det første spørgsmål er derfor af direkte betydning for den afgørelse, som High Court skal træffe. Efter min opfattelse kan det derfor ikke antages, at dette er et hypotetisk spørgsmål.

20. Det er i øvrigt værd at bemærke, at også Kommissionen foreslår Domstolen en besvarelse af de af High Court forelagte spørgsmål, selv om den forsvarer det synspunkt, at spørgsmålene er hypotetiske og derfor ikke skal besvares. Ifølge Kommissionens forslag skal Domstolens svar på spørgsmålene være, at hverken traktatens artikel 30-36 eller artikel 234 er til hinder for, at en national myndighed tillader import af narkotiske midler fra en anden medlemsstat. Advokaten for Macfarlan Smith har med rette i sit indlæg anført, at dette hverken besvarer de forelagte spørgsmål eller sætter den nationale ret i stand til at besvare dem. Den britiske regerings repræsentant har meget rammende givet udtryk for den samme tanke, da han anførte, at Kommissionen dermed havde foreslået Domstolen at være den nationale ret behjælpelig med at besvare et spørgsmål, som ingen havde stillet, på en måde, som ingen kunne være uenig i.

21. Kommissionen har ganske vist med rette påpeget, at den retlige vurdering af handelen med narkotiske midler inden for Fællesskabet frembyder særdeles vanskelige problemer. Fællesskabslovgiver har tilsyneladende endnu ikke fundet nogen tilfredsstillende løsning på disse problemer. Disse vanskeligheder bør imidlertid ikke afholde Domstolen fra at opfylde sin pligt i henhold til

6 — Dom af 16.7.1992, sag C-83/91, Meilicke, Sml. I, s. 4871, præmis 22-25.

EØF-traktatens artikel 177 til at bistå nationale retsinstanser med fortolkning af fællesskabsrettens bestemmelser i forbindelse med disses afgørelse af retssager. Disse vanskeligheder berører derfor ikke Domstolens forpligtelse til at besvare de forelagte spørgsmål *i det omfang*, det er den muligt. De kan derfor heller ikke få betydning for spørgsmålet om antagelse til realitetsbehandling af de forelagte spørgsmål.

22. Som anført af High Court i forelæggelseskendelsen bygger spørgsmål 1 b) og 1 c) på Macfarlan Smith's og Evans' fremstilling af faktiske omstændigheder, som endnu ikke er godtgjort. Med disse spørgsmål anmodes Domstolen imidlertid ikke om at afgøre, hvilke faktiske omstændigheder der skal lægges til grund. Som påpeget af advokaten for Macfarlan ønsker High Court derimod en besvarelse af, om de retlige aspekter af disse spørgsmål overhovedet er relevante set fra et fællesskabsretligt synspunkt. Den britiske regerings repræsentant har givet udtryk for en tilsvarende holdning. Hvis de to spørgsmål skal besvares benægtende, behøver High Court ikke længere tage stilling til den fremstilling af de faktiske omstændigheder, som gav anledning til spørgsmålene. Hvis Domstolen derimod fastslår, at en medlemsstat i visse tilfælde kan forbyde import af narkotiske midler fra andre medlemsstater, skal High Court efterprøve, om der foreligger et sådant tilfælde.

23. Efter min opfattelse er der i princippet ikke meget at indvende mod den fremgangsmåde, som High Court har fulgt. Af procesøkonomiske grunde er det hensigtsmæssigt at udsætte bevisførelsen, så længe det ikke er afklaret, om genstanden for bevisførelsen har betydning for sagen. Også i betragtning af betydningen af det principielle spørgsmål, der rejses i spørgsmål 1 a), om hvorvidt artikel 30-36 finder anvendelse på den lovlige handel med narkotiske midler — og som Domstolen endnu ikke har haft anledning til at tage stilling til — er High Court's afgørelse om at anmode Domstolen om en præjudiciel afgørelse allerede på et tidligt stadium af sagen fuldt ud forståelig. Som fastslået af Domstolen tilkommer det den nationale retsinstans på grundlag af omstændighederne i den konkrete sag at vurdere såvel, om en præjudiciel afgørelse er nødvendig for, at den kan afsige dom, som relevansen af de spørgsmål, den forelægger Domstolen [7]. Af disse grunde er jeg af den opfattelse, at spørgsmål 1 c) kan antages til realitetsbehandling, også selv om den fremstilling af de faktiske omstændigheder, som gav anledning til spørgsmålene (nemlig at tilladelse til import truer de indenlandske producenter, og at forsyningssikkerheden derved bringes i fare), endnu ikke er godtgjort.

Det samme gør sig imidlertid efter min opfattelse ikke gældende for spørgsmål 1 b), der består af to dele. I første del spørges, om en medlemsstat kan forbyde import af narkotiske midler fra en anden medlemsstat, når overholdelse af konventionen ville medføre en vilkårlig tildeling af kvoter mellem importører og indenlandske producenter. I anden

7 — Jf. særligt dom af 27.10.1993, sag C-127/92, Enderby, Sml. I, s. 5535, præmis 10.

del spørges der, om et forbud mod import er tilladt, når kontrolordningen i konventionen ellers ville blive mindre effektiv. Spørgsmål 1 b) giver således anledning til drøftelse af spørgsmålet om den (praktiske) forenelighed af anvendelsen af EØF-traktatens artikel 30-36 med konventionens bestemmelser. Efter min opfattelse bør dette spørgsmål og spørgsmål 1 a) på grund af disses nære sammenhæng gennemgås samlet. Med den løsning, som jeg har foreslået til besvarelsen af dette spørgsmål, mener jeg ikke, at det er nødvendigt, at Domstolen besvarer spørgsmål 1 b) separat.

24. Spørgsmål 2 vedrører fortolkningen af de fællesskabsretlige bestemmelser om indgåelse af offentlige indkøbsaftaler. Spørgsmålet udspringer utvivlsomt af den opfattelse — som Secretary of State gav udtryk for i skrivelsen af 17. august 1992 — at vigtigheden af at sikre forsyningen med diacetylmorfin i Det Forenede Kongerige kunne tilgodeses ved en licitationsprocedure. Det er imidlertid ubestridt, at denne udbudsprocedure i sidste ende viste sig ikke at kunne gennemføres. Af denne grund kan man med føje spørge, hvilket formål spørgsmål 2 tjener. High Court har ikke ydet nogen forklaring herpå i sin forelæggelseskendelse. Der kan heller ikke udledes nærmere oplysninger herom af indlæggene fra parterne, der har deltaget i sagen for Domstolen. Under disse omstændigheder er jeg ligesom Kommissionen af den opfattelse, at Domstolen ikke bør komme ind på *dette* spørgsmål. I tilfælde af, at Domstolen ikke deler denne opfattelse, skal jeg imidlertid naturligvis også undersøge de problemer, der relaterer sig til dette spørgsmål.

25. Det skal blot nævnes, at de forelagte spørgsmål omtaler »narkotiske midler« (omfattet af konventionen) generelt, mens den foreliggende sag kun vedrører et enkelt narkotisk middel, nemlig diacetylmorfin. Imidlertid vil Domstolens besvarelse af High Court's spørgsmål selvfølgelig få betydning ikke alene for dette produkt, men også generelt for de narkotiske midler, som er omfattet af konventionen. Af den grund vil jeg i det følgende også behandle narkotiske midler generelt, medmindre konventionens særlige bestemmelser om diacetylmorfin (og andre særligt farlige narkotiske midler) drøftes.

Spørgsmålet, om artikel 30-36 finder anvendelse

Generelt

26. Det bør forud for gennemgangen bemærkes, at spørgsmålet, om EØF-traktatens artikel 30-36 finder anvendelse, kun vedrører den *lovlige* handel med narkotiske midler, dvs. med produkter, der skal anvendes til videnskabelige og lægelige formål. Der er ingen tvivl om nødvendigheden af at bekæmpe den *ulovlige* handel med

narkotiske midler og de dermed forbundne farer. Dette gælder såvel for medlemsstaterne som for Fællesskabet [8].

27. Domstolen har endnu ikke haft anledning til at afgøre, om artikel 30-36 finder anvendelse på den lovlige handel med narkotiske midler omfattet af konventionen. Den har derimod allerede flere gange beskæftiget sig med spørgsmålet, om der skal opkræves told [9] eller indførselsomsætningsafgift [10] ved ulovlig indførsel af sådanne stoffer, eller om den ulovlige handel med disse stoffer er undergivet momspligt [11]. Domstolen har hver gang besvaret spørgsmålene benægtende.

28. Af særlig interesse for den foreliggende sag er de afgørelser, der drejer sig om spørgsmålet, om der kan opkræves told ved ulovlig indførsel af narkotiske midler. I dommene fra 1982 i Wolf-sagen og Einberger-sagen bemærkede Domstolen, at det i alle medlemsstater var forbudt at indføre og forhandle de pågældende narkotiske midler (det drejede sig i den ene om heroin og kokain og i den anden om morfin) »med undtagelse af en strengt kontrolleret og begrænset handel med henblik på en tilladt anvendelse til farmaceutiske og medicinske formål« [12]. Domstolen fastslog, at retsstillingen svarer til konventionens bestemmelser [13]. Domstolen konkluderede derfor, at der ikke opstår toldskyld ved indførsel af narkotika, »som ikke er genstand for det af de kompetente myndigheder strengt kontrollerede salg med henblik på anvendelse til medicinske og videnskabelige formål« [14]. Af disse afgørelser kan det udledes, at der skal betales told ved *lovlig* indførsel af narkotiske midler. Da Domstolen i disse sager skulle fortolke EØF-traktatens artikel 9 og 12-29, dvs. bestemmelser i afsnit I om frie varebevægelser, er der ikke efter min mening (i modsætning til Macfarlan Smith's opfattelse) tvivl om, at noget tilsvarende også gælder for fortolkningen af artikel 30-36, der også hører til afsnit I. Lovlig handel med narkotiske midler i den i konventionen anvendte betydning er således omfattet af anvendelsesområdet for disse bestemmelser.

Artikel 234 og konventionen

29. Det skal imidlertid stadig undersøges, hvilken betydning EØF-traktatens artikel 234, stk. 1, har for anvendelsen af artikel 30-36. I henhold til denne bestemmelse berøres »de rettigheder og forpligtelser, der følger

8 — Jf. f.eks. artikel K.1, nr. 9), i traktaten om Den Europæiske Union, hvori det erklæres, at politisamarbejde med henblik på forebyggelse og bekæmpelse af ulovlig narkotikahandel er et »spørgsmål af fælles interesse«.

9 — Dom af 5.2.1981, sag 50/80, Horvath, Sml. s. 385, af 26.10.1982, sag 221/81, Wolf, Sml. s. 3681, og af 26.10.1982, sag 240/81, Einberger, Sml. s. 3699.

10 — Dom af 28.2.1984, sag 294/82, Einberger, Sml. s. 1177.

11 — Domme af 5.7.1988, sag 269/86, Mol, Sml. s. 3627, og sag 289/86, Happy Family, Sml. s. 3655.

12 — Præmis 8 i begge domme (på det ovenfor i fodnote 9 anførte sted).

13 — Præmis 9 i begge domme (på det ovenfor i fodnote 9 anførte sted).

14 — Præmis 16 i begge domme (på det ovenfor i fodnote 9 anførte sted).

af konventioner, som før denne traktats ikrafttræden er indgået mellem på den ene side en eller flere medlemsstater og på den anden side et eller flere tredjelande«, ikke af denne traktat. I henhold til artikel 5 i tiltrædelsesakten for Danmark, Irland og Det Forenede Kongerige skal EØF-traktatens artikel 234 for disse medlemsstaters vedkommende anvendes på aftaler eller overenskomster, der er indgået før tiltrædelsen [15]. For Det Forenede Kongeriges vedkommende er enkelt konvention om narkotiske midler af 1961, som medlemsstaten ratificerede i 1964, således en konvention omfattet af artikel 234 [16].

30. Som Domstolen allerede flere gange har fastslået, har denne bestemmelse til formål i overensstemmelse med folkerettens principper [17] at præcisere, at EØF-traktatens anvendelse ikke berører den pågældende medlemsstats forpligtelse til at respektere tredjelandes rettigheder, som følger af en tidligere konvention, og at overholde sine deraf følgende forpligtelser [18]. Dette betyder i den foreliggende sag, at Det Forenede Kongerige er berettiget til at opfylde sine forpligtelser over for tredjestater i henhold til konventionen og at respektere tredjelandes rettigheder i henhold til konventionen. Såfremt anvendelsen af artikel 30-36 gør dette umuligt for Det Forenede Kongerige, må disse bestemmelser vige.

Det bemærkes imidlertid, at Det Forenede Kongerige i et sådant tilfælde i henhold til artikel 234, stk. 2, skal bringe »alle egnede midler« i anvendelse med henblik på at fjerne konventionens uoverensstemmelser med EØF-traktaten. Der kunne endog påhvile Det Forenede Kongerige en forpligtelse til at opsige konventionen. Dette spørgsmål har ingen betydning for afgørelsen af den foreliggende sag, og jeg vil derfor ikke komme nærmere ind på det.

31. Generics gør imidlertid gældende, at artikel 234 ikke er relevant i den foreliggende sag, idet sagen kun vedrører handelen mellem medlemsstater. Sagen drejer sig om import af diacetylmorfin fra Nederlandene til Det Forenede Kongerige, og tredjestater berøres ikke af denne handel. Irland har givet udtryk for lignende synspunkter. Den Franske Republik har ligeledes i sit indlæg påpeget, at artikel 234, stk. 1, ikke giver en medlemsstat adgang til at fravige EF-traktatens bestemmelser for så vidt angår handel mellem medlemsstaterne. Efter disses opfattelse er konventionen således ikke til hinder for at anvende artikel 30-36.

32. Både Generics og Den Franske Republik finder støtte derfor i Domstolens dom i

15 — Der findes en tilsvarende bestemmelse i artikel 5 i akten vedrørende Grækenlands tiltrædelse og i artikel 5 i akten vedrørende Spaniens og Portugals tiltrædelse.

16 — Det samme gælder for Danmark, Grækenland, Portugal og Spanien, der ligeledes har ratificeret konventionen inden deres tiltrædelse af Fællesskaberne.

17 — Jf. Wienerkonventionen om traktatretten, artikel 30.

18 — Dom af 27.2.1962, sag 10/61, Kommissionen mod Italien, Sml. 1954-1964, s. 287, org. ref.: Rec. s. 1, jf. s. 22, og af 14.10.1980, sag 812/79, Burgoa, Sml. s. 2787, præmis 8.

Conegate-sagen [19]. I den pågældende sag fastslog Domstolen, at »konventioner indgået før traktatens ikrafttræden (...) således ikke (kan) påberåbes i forholdet mellem medlemsstaterne til støtte for begrænsninger i samhandelen i Fællesskabet« [20].

Macfarlan påpeger dog med rette, at dette kun er tilfældet, når tredjelandes rettigheder ikke berøres. Dette har støtte i Domstolens praksis. I en dom afsagt i 1988 fandtes fællesskabsretten således kun at have forrang for konventioner, der var indgået før traktatens ikrafttræden, når der som i det pågældende tilfælde ingen fare bestod for tilsidesættelse af tredjelandes rettigheder [21]. Allerede i Domstolens første afgørelse vedrørende artikel 234 påpegede den, at tredjestater ikke kan gøre indsigelse mod reguleringen af toldspørgsmål mellem medlemsstaterne, når disse ikke påvirker tredjelandenes rettigheder i henhold til de gældende konventioner [22]. Det kan ikke tillægges nogen særlig betydning, at der ikke er et dertil svarende forbehold i Conegate-dommen; forklaringen er formentlig, at Domstolen i dette tilfælde ikke var i tvivl om, at den pågældende konvention ikke indeholdt nogen rettigheder for tredjestater, som kunne krænkes ved anvendelse af fællesskabsretten på forholdet mellem medlemsstaterne [23].

Det Forenede Kongeriges regering har endvidere med rette påpeget, at Generics' synspunkt er i strid med princippet i artikel 41 i Wienerkonventionen om traktatretten [24].

33. Det skal først undersøges, om konventionen pålægger medlemsstaterne forpligtelser i forhold til tredjestater eller skaber rettigheder, som tredjestater kan gøre gældende over for medlemsstater. Det drejer sig altså med andre ord om spørgsmålet, om konventionen kun medfører bilaterale forpligtelser mellem de enkelte kontraherende parter eller også medfører multilaterale forpligtelser over for alle parterne, der har undertegnet den [25]. Dette kræver naturligvis en fortolkning af konventionen, hvilket — som jeg senere skal komme nærmere ind på — som udgangspunkt er forbeholdt den forelæggende ret. Jeg mener imidlertid, at *dette* spørgsmål uden videre kan afgøres af Domstolen selv.

19 — Dom af 11.3.1986, sag 121/85, Sml. s. 1007.

20 — Dommens præmis 25 (på det ovenfor anførte sted).

21 — Dom af 22.9.1988, sag 286/86, Deserbais, Sml. s. 4907, præmis 18.

22 — Dom af 27.2.1962, s. 23 (jf. ovenfor, note 18).

23 — Sagen drejede sig om Genève-konventionen af 1923 om forholdsregler mod offentliggørelse af og handel med utugtige skrifter og verdenspostkonventionen, som Domstolen allerede havde taget stilling til i sin dom af 14.12.1979, sag 34/79, Henn og Darby, Sml. s. 3795. Domstolen fandt da, at anvendelsen af artikel 30 ff. var forenelig med disse konventioner (præmis 26).

24 — I henhold til denne bestemmelse kan to eller flere deltagere i en multilateral traktat indgå en overenskomst om modifikation af traktaten sig imellem. Dette forudsætter imidlertid bl.a., at det »ikke griber ind i de øvrige deltageres rettigheder ... i henhold til traktaten«.

25 — Se vedrørende denne sondring generaladvokat Warner's forslag til afgørelse i sag 34/79, Henn og Darby, Sml. s. 3818, jf. s. 3833.

For det første har Domstolen allerede foretaget en sådan prøvelse i tidligere sager [26]. For det andet kan der ikke være nogen tvivl om, at de forpligtelser, som konventionen pålægger de kontraherende parter — som den portugisiske regering og Macfarlan Smith med rette har påpeget — skal opfyldes af *alle* de kontraherende parter.

Præamblen, der omtaler nødvendigheden af koordinerede og universelle foranstaltninger mod misbrug af narkotiske midler, er netop et indicium for, at kun denne fortolkning er i overensstemmelse med konventionens formål. Det synspunkt, at konventionens forpligtelser til at føre kontrol med handelen med narkotiske midler ikke alene skal beskytte de kontraherende parter, der er umiddelbart berørt, finder også støtte i den enkle betragtning, at de farer, som opstår, hvis konventionen overtrædes, kan ramme alle de kontraherende parter. Hvis f.eks. en leverance af narkotika fra en kontraherende stat, der skal frem til en modtager i en anden kontraherende stat, kommer ud på det illegale marked, fordi disse to kontraherende parter har givet afkald på at anvende konventionens kontrolforanstaltninger ved handel mellem dem, medfører dette ikke kun en fare for befolkningen i disse to stater, men også for de andre kontraherende parter. Endelig skal det påpeges, at konventionens artikel 43, stk. 2, giver medlemmer af en toldunion adgang til at formindske de ulemper og hindringer for den internationale samhandel, der er forbundet med anvendelsen af konventionens kontrolordning, hvis de giver meddelelse i overensstemmelse med denne bestemmelse [27]. Denne bestemmelse ville være uforståelig, hvis spørgsmålet om overholdelse af konventionens bestemmelser i forholdet mellem to kontraherende parter indbyrdes ikke berørte de andre kontraherende parters interesser.

34. Artikel 234 er imidlertid kun relevant, hvis der er en konflikt mellem en sådan konvention med tredjestater og fællesskabsretten. Den pågældende overenskomst skal altså påbyde en handlemåde, som fællesskabsretten forbyder, eller forbyde en handlemåde, som fællesskabsretten påbyder at følge. Hvis man ønsker at afgøre, om der foreligger en sådan konflikt, må det først fastslås, hvad der er indholdet af henholdsvis den pågældende konvention og fællesskabsretten.

35. Domstolen kan selvfølgelig fortolke de relevante bestemmelser i fællesskabsretten og afgøre, hvad der er deres indhold. Det er imidlertid spørgsmålet, om Domstolen har kompetence til at fortolke en international aftale som den foreliggende i forbindelse med en præjudiciel afgørelse.

26 — Se særligt Deserbais-dommen, jf. ovenfor i fodnote 21 og den omgivende tekst.

27 — Det Internationale Kontroludvalg for Narkotiske Midler i Wien har i en skrivelse af 11.8.1981 til den britiske regering, som Macfarlan Smith har fremlagt, udtrykt dette på følgende måde: »If for economic reasons, States wish to reduce the inconveniences and obstacles which a control system, applied in conformity with the universal treaties, causes in international trade, they might seek to unify their systems. The universal treaties themselves point in this direction since article 43 of the 1961 Single Convention envisages the case of a customs union ...«

36. I Domstolens dom i Henn og Darbysagen [28] synes Domstolen indirekte at have besvaret dette spørgsmål bekræftende. Denne sag vedrørte også i forbindelse med en præjudiciel forelæggelse i henhold til artikel 177 spørgsmålet, om en medlemsstat må forbyde import af varer (i den pågældende sag drejede det sig om pornografiske film og blade) fra en anden medlemsstat for at efterkomme sine forpligtelser i henhold til en international aftale. Domstolen udtalte:

»Sammenholdes de af House of Lords omtalte konventionsbestemmelser med de i det foregående anførte betragtninger fremgår det, at Det Forenede Kongeriges opfyldelse af de nævnte internationale konventioner som følge af den i artikel 36 hjemlede undtagelse for eventuelle importforbud, der er begrundet i hensynet til den offentlige sædelighed, ikke vil være i strid med bestemmelserne om de frie varebevægelser« [29].

37. Den tyske formulering af denne passus (»daß ... keine Widersprüche ... entstehen *können*«) gør det nærliggende at antage, at Domstolen endeligt havde afgjort, at forpligtelserne i henhold til den pågældende konvention var forenelige med fællesskabsretten. Hvis man imidlertid ser på formuleringen, som denne passus har fået på processproget (engelsk) [30], viser det sig, at dette slet ikke er sikkert. Man får snarere det indtryk, at Domstolen kun har underkastet de pågældende konventioner en flygtig prøvelse og konstateret, at denne foreløbige prøvelse intet havde frembragt, som kunne tyde på en eventuel konflikt mellem konventionerne og traktatens artikel 30-36. Derved forelå der dog stadig den mulighed, at den nationale ret ved en nærmere gennemgang af konventionerne kunne nå frem til, at det i en eller flere henseender var uforeneligt med artikel 30 ff. at opfylde forpligtelserne i medfør af de pågældende internationale konventioner.

Denne fortolkning forekommer mig også at være den, der bedst passer med den konklusion, Domstolen i samme dom drager af den ovenfor citerede præmis. Domstolen konkluderede nemlig, at »i det omfang, en medlemsstat har gjort brug af det forbehold vedrørende beskyttelsen af den offentlige sædelighed, der er indeholdt i traktatens artikel 36« [31] er artikel 234 ikke til hinder for, at denne stat opfylder forpligtelserne i medfør af de pågældende internationale konventioner. Macfarlan Smith's advokat har under den mundtlige forhandling for Domstolen ikke med urette sammenlignet denne passus med et orakelsvar (»a thoroughly Delphic ruling«). Eftersom artikel 234, stk. 1, netop tillader en medlemsstat at opfylde sine forpligtelser i henhold til en tidligere konvention, synes Domstolens udtalelse ikke rigtigt at give nogen mening. Den tilsyneladende selvmodsigelse falder bort, hvis man anlæg-

28 — Ovenfor på det i fodnote 23 anførte sted.

29 — Ovenfor på det i fodnote 23 anførte sted, præmis 26.

30 — »It appears ... that the observance ... of those international Conventions is not *likely* to result in a conflict ...«. Jf. også den franske formulering, hvorefter opfyldelsen af de internationale konventioner »n'est pas *susceptible* de créer un conflit ...« (min fremhævelse).

31 — Ovenfor på det i fodnote 23 anførte sted, præmis 27.

ger den fortolkning, som jeg har forsvaret; i min fortolkning betyder denne passus kun, at der ikke er nogen konflikt mellem de internationale konventioner og fællesskabsretten, hvis forpligtelserne i henhold til denne konvention kan forenes med traktaten ved hjælp af undtagelsesbestemmelsen i artikel 36. Hvis dette ikke er muligt — må det underforstås — finder i givet fald artikel 234, stk. 1, anvendelse.

38. Domstolen har i en række nyere afgørelser udtrykt sig væsentligt mere klart om spørgsmålet om kompetencen til at fortolke sådanne konventioner. Både Levy-sagen [32] og Minne-sagen [33] vedrørte spørgsmålet, om visse nationale bestemmelser om kvinders natarbejde var i strid med princippet om ligebehandling af mænd og kvinder i artikel 5 i direktiv 76/207/EØF. I begge sager opstod der spørgsmål, om de nationale bestemmelser var berettigede, fordi de var udstedt til opfyldelse af de forpligtelser, der påhvilede medlemsstaterne i henhold til en konvention omfattet af artikel 234 (en konvention fra International Labour Organisation). Domstolen bekræftede for det første, at de nationale retsinstanser ikke må anvende national ret, der er i strid med fællesskabsretten, når det ikke er nødvendigt i henhold til artikel 234, stk. 1, for at opfylde forpligtelser, der følger af en konvention, som er indgået med tredjelande før traktatens ikrafttræden. I dommen i Minne-sagen fortsatte Domstolen:

»Med henblik på afgørelsen af, i hvilket omfang sådanne forpligtelser er til hinder for, at direktivets artikel 5 finder anvendelse, henhører det ikke under Domstolens kompetence i forbindelse med en præjudiciel forelæggelse, men under den nationale ret at tage stilling til, dels hvilke forpligtelser den berørte medlemsstat således skal overholde i henhold til en på et tidligere tidspunkt indgået international konvention, dels om formålet med de omhandlede nationale bestemmelser er at gennemføre dem« [34].

Domstolen har udtalt sig på lignende måde i dommen i Levy-sagen [35].

39. Det fremgår tydeligt af disse afgørelser, at fortolkningen af de pågældende internationale konventioner under et præjudicielt

32 — Dom af 2.8.1993, sag C-158/91, Sml. I, s. 4287.

33 — Dom af 3.2.1994, sag C-13/93, Sml. I, s. 371.

34 — Ovenfor på det i fodnote 33 anførte sted, præmis 18.

35 — Ovenfor på det i fodnote 32 anførte sted, præmis 21: »Toutefois, ce n'est pas à la Cour dans le cadre d'une procédure préjudicielle qu'il appartient de vérifier quelles sont les obligations qui s'imposent, en vertu d'une convention internationale antérieure, à l'État membre concerné et d'en tracer les limites de manière à déterminer dans quelle mesure ces obligations font obstacle à l'application de l'article 5 de la directive.«

søgsmål i medfør af artikel 177 efter Domstolens opfattelse påhviler de nationale retsinstanser. Dette er endvidere i overensstemmelse med traktaten, idet artikel 177 kun giver Domstolen kompetence til at fortolke *fællesskabsretten*. Denne bestemmelse indeholder ingen hjemmel til at fortolke folkeretlige konventioner, som medlemsstaterne har indgået med tredjelande inden traktatens ikrafttræden eller inden medlemsstaternes tiltrædelse af Fællesskaberne.

40. Macfarlan Smith har i sit skriftlige indlæg gjort gældende, at det af hensyn til en ensartet anvendelse af fællesskabsretten er nødvendigt, at Domstolen fortolker konventionen. Dette kan ikke tiltrædes. Domstolen har ganske vist allerede på grundlag af en lignende argumentation fundet, at den under et søgsmål i medfør af artikel 177 havde kompetence til at fortolke GATT-aftalen — en konvention, som medlemsstaterne havde indgået med tredjelande inden traktatens ikrafttræden [36]. Selv om denne dom har været genstand for — efter min mening berettiget — kritik [37], skal det påpeges, at denne praksis ikke kan overføres på den foreliggende sag. Fællesskabet er som bekendt *indtrådt i medlemsstaternes forpligtelser* til at opfylde GATT-aftalen. Det kan man ikke hævde er tilfældet for konventionen i den foreliggende sag.

Macfarlan Smith har ganske vist med rette påpeget, at Fællesskabet og alle medlemsstaterne har undertegnet De Forenede Nationers konvention af 19. december 1988 om bekæmpelse af ulovlig handel med narkotika og psykotrope stoffer [38]. I trettende betragtning til denne konvention anerkender de kontraherende parter nødvendigheden af at forstærke og supplere de foranstaltninger, der er truffet bestemmelse om i overenskomsten af 1961. Macfarlan Smith og den irske regering har derfor utvivlsomt ret, når de gør gældende, at Fællesskabet ved at tiltræde konventionen af 1988 har anerkendt formålene med og kontrolordningen i konventionen af 1961. Opfyldelsen af forpligtelserne i henhold til denne konvention påhviler imidlertid nu som før medlemsstaterne.

41. Macfarlan Smith har endvidere i sit skriftlige indlæg antydet, at konventionen nu muligvis kan anses for at være fællesskabsret og dermed kan gøres til genstand for Domstolens fortolkning. Under den mundtlige forhandling for Domstolen har firmaets advokat dog modificeret dette synspunkt. Efter min opfattelse er der ikke grund til at gå nærmere ind på denne betragtning. Fællesskabet har netop tiltrådt konventionen af 1988, men ikke konventionen af 1961, som nærværende sag drejer sig om. Det forhold, at Fællesskabet bekræfter og støtter denne konventions formål, er ikke nok til at gøre konventionen til fællesskabsret og giver derfor ikke Domstolen kompetence til fortolke den under et søgsmål i medfør af artikel 177.

36 — Dom af 16.3.1983, forenede sager 267/81, 268/81 og 269/81, SPI og SAMI, Sml. s. 801, præmis 14-19.

37 — Jf. f.eks. T. C. Hartley, *The Foundations of European Community Law*, 2. udgave 1988, s. 252 f.

38 — Jf. Rådets afgørelse 90/611/EØF af 22.10.1990 om indgåelse af denne konvention (EFT L 326, s. 56).

42. Det siger vel sig selv, at man heller ikke kan konstruere en kompetence for Domstolen til at fortolke konventionen under et søgsmål i medfør af artikel 177 ved at indtage det standpunkt, at Domstolen i den foreliggende sag skal fortolke artikel 234 — og dermed en fællesskabsretlig bestemmelse. En *sådan* fortolkning er Domstolen utvivlsomt kompetent til at foretage, og fortolkningen af konventionen er for så vidt kun et præliminært spørgsmål, som Domstolen har kompetence til at udtale sig om, lyder argumentet. Generaladvokat Capotorti har ganske vist engang givet udtryk for en lignende tanke [39]. Han undersøgte ved den lejlighed, om en fællesskabsretlig forordning kunne være i strid med artikel 234. I et sådant tilfælde ville Domstolen nemlig selv skulle fortolke den folkeretlige aftale, idet kun Domstolen kan fastslå ugyldigheden af den fællesskabsretlige bestemmelse, som sagen drejer sig om. Et sådant tilfælde foreligger imidlertid ikke her [40].

Domstolens dom i sagen Hurd mod Jones [41], som Det Forenede Kongeriges repræsentant har henvist til, afviger ikke herfra. Denne sag drejede sig om fortolkningen af en bestemmelse i fællesskabsretten, hvori der henvistes til bestemte internationale konventioner.

43. Man kunne imidlertid efter min opfattelse tænke sig, at Domstolen ville udtale sig om en sådan konvention, hvis dens indhold var ubestridt. Såfremt alle parterne og den forelæggende ret er enige om indholdet af forpligtelserne, som konventionen medfører, kan Domstolen naturligvis prøve, om anvendelsen af fællesskabsretten ville være til hinder for opfyldelsen af disse forpligtelser. Måske skal man også heri se forklaringen på, at Domstolen i Henn og Darby-sagen selv underkastede de pågældende internationale traktater en prøvelse.

I den foreliggende sag er der efter min opfattelse formentlig ingen tvivl om, at medlemsstaternes opfyldelse af de forpligtelser, der påhviler dem i henhold til konventionen, *ikke* kan føre til nogen konflikt med fællesskabsretten. Jeg skal nærmere redegøre herfor i en subsidiær vurdering. Det bemærkes dog, at der mellem den foreliggende sags parter ikke er fuldstændig enighed om fortolkningen af konventionen. Macfarlan Smith gør gældende, at det af konventionens artikel 21, stk. 1, fremgår, at en medlemsstat ikke må tillade nogen import, når behovet kan dækkes af indenlandske producenter. Den portugisiske regering forsvarer en lignende fortolkning. Generics og den irske og britiske regering deler ikke denne opfattelse. High Court har ikke tydeligt givet udtryk for sin egen fortolkning af konventionen i forelæggelseskendelsen, og det er derfor ikke udelukket, at retten kan tilslutte sig Portugals og Macfarlan Smith's opfattelse. I betragtning heraf må det stå fast, at fortolkningen af konventionen i forbindelse med et søgsmål i medfør af artikel 177 påhviler den nationale ret.

39 — Forslag til afgørelse i sag 812/79, Burgoa. Sml. 1980, s. 2809, jf. s. 2817.

40 — De faktiske omstændigheder, der lå til grund for dom af 8.12.1981 (sag 181/80, Arbelaiz-Emazabel, Sml. s. 2961, præmis 11), er derimod et eksempel på en sådan situation.

41 — Dom af 15.1.1986, sag 44/84, Sml. s. 29.

44. Det understreges, at det ikke er sandsynligt, at dette vil give anledning til nogen alvorlig fare for den ensartede fortolkning af fællesskabsretten. Den frygt — som Macfarlan Smith har givet udtryk for — for, at det kunne få alvorlige følger for virksomheden, hvis Det Forenede Kongerige tillod import, når andre medlemsstater fortsat begrænser eller forbyder import fra andre medlemsstater, er fuldt ud forståelig. Det skal dog påpeges, at selv om Domstolen ikke under et søgsmål i medfør af artikel 177 kan udtale sig om fortolkningen af konventioner, som medlemsstaterne har indgået med tredjelande, påhviler det den at fortolke fællesskabsretten. De nationale retsinstanser kan derfor i medfør af artikel 177 anmode Domstolen om en afgørelse af, om opfyldelsen af de forpligtelser, som de har fastslået påhviler en medlemsstat i henhold til den pågældende konvention, er til hinder for anvendelsen af fællesskabsretten.

Endvidere kan der indledes traktatbrudsprocedure i henhold til artikel 169 eller artikel 170 i de tilfælde, hvor en medlemsstat tilsidesætter fællesskabsretten uden at være berettiget dertil i henhold til artikel 234, stk. 1. Under en *sådan* sag ville Domstolen skulle prøve, om medlemsstatens adfærd var berettiget i henhold til artikel 234, og i givet fald afgøre, om medlemsstatens fortolkning af den pågældende konvention var rigtig. Det var formentlig heller ikke noget tilfælde, at Domstolen i de ovennævnte domme i Levysagen og Minne-sagen udtalte, at det ikke påhviler Domstolen at fortolke de internationale konventioner under en præjudiciel sag.

45. Jeg foreslår derfor Domstolen at besvare det spørgsmål, som High Court har stillet som spørgsmål 1 a), på følgende måde: EØF-traktatens artikel 30-36 finder anvendelse på lovlig handel med narkotiske midler omfattet af enkelt konvention om narkotiske midler af 1961. I det omfang dette til trods for mulighederne i EØF-traktatens artikel 36 medfører, at en medlemsstat ikke kan opfylde de forpligtelser, som er pålagt den i denne konvention, giver EØF-traktatens artikel 234, stk. 1, medlemsstaten mulighed for at opfylde de forpligtelser, der påhviler den i henhold til konventionen, hvis den har tiltrådt konventionen inden EØF-traktatens ikrafttrædelse eller inden dens tiltrædelsen af Fællesskabet.

46. Dermed er der samtidig givet en tilstrækkeligt besvarelse af det forelagte spørgsmål 1 b). Med hensyn til effektiviteten af det kontrolsystem, der er indført ved konventionen, skal det påpeges, at dette efter min opfattelse ikke kan være et spørgsmål, om kontrolsystemet er mere eller mindre effektivt — hver enkelt medlemsstat er forpligtet til at gennemføre kontrolforanstaltningerne, som er foreskrevet i konventionen. Hvis dette er umuligt ved anvendelse af EØF-traktatens artikel 30-36, må disse i givet fald vige. Hvis dette ikke er tilfældet, finder fællesskabsbestemmelserne derimod anvendelse.

Tilsvarende gælder efter min opfattelse med hensyn til det andet postulat i dette spørgsmål — at overholdelse af konventionen i praksis ville medføre en vilkårlig tildeling af kvoter mellem importører og indenlandske producenter. High Court må afgøre, om der kan udledes en sådan forpligtelse af konventionen, og om denne forpligtelse ikke kan opfyldes ved anvendelse af artikel 30-36. *Kun* hvis dette er tilfældet, skal fællesskabsrettens bestemmelser vige.

Subsidiær vurdering af spørgsmål 1

47. Såfremt Domstolen når frem til den opfattelse, at den selv i det foreliggende tilfælde kan tage stilling til spørgsmålet, om opfyldelsen af forpligtelserne i konventionen er forenelig med anvendelsen af EØF-traktatens artikel 30-36, skal efter min opfattelse de følgende overvejelser, som jeg tilføjer som en *subsidiær vurdering*, tages i betragtning.

48. Konventionen pålægger en streng kontrol med den lovlige handel med narkotiske midler. De kontraherende parter skal hvert år indsende overslag over forbruget af narkotiske midler (konventionens artikel 19). Fabrikation og import må — forenklet udtrykt — ikke overstige den mængde, der forbruges i det pågældende land eller territorium eller eksporteres derfra (artikel 21). Fabrikation, eksport og import af narkotiske midler kræver i hvert enkelt tilfælde en statslig autorisation (artikel 29, 30 og 31). I henhold til artikel 2, stk. 5, skal der for særligt farlige narkotiske midler træffes yderligere foranstaltninger, som også kan omfatte et generelt forbud. Macfarlan Smith har ikke helt med urette anført, at der med konventionen er anlagt en »planøkonomi på verdensplan« (»a planned economy on a world scale«). Det er uden videre indlysende, at denne ordning er i strid med EØF-traktatens artikel 30 — hvormed alle kvantitative indførselsrestriktioner og foranstaltninger med tilsvarende virkning skal afskaffes.

49. Det ville imidlertid være forkert udelukkende at fokusere på artikel 30 i forbindelse med nærværende gennemgang. Denne bestemmelse hænger uadskilleligt sammen med artikel 36, der tillader visse undtagelser fra forbuddet i artikel 30. Domstolen har i sin dom i Henn og Darby-sagen [42] gjort det klart, at disse skal betragtes *under ét*. Som allerede nævnt udtalte Domstolen deri, at der ikke var nogen konflikt mellem de pågældende internationale konventioner og bestemmelserne om de frie varebevægelser »som følge af den i artikel 36 hjemlede undtagelse for eventuelle importforbud, der er begrundet i hensynet til den offentlige sædelighed« [43]. Hvis de importbegrænsninger eller importforbud, der følger af konventionen, i den foreliggende sag også kan siges at være berettigede i henhold til artikel 36,

42 — Ovenfor på det i fodnote 23 anførte sted.

43 — Jf. ovenfor, punkt 36.

foreligger der ingen konflikt mellem konventionen og artikel 30-36.

50. De metoderelaterede eller endog dogmatiske indvendinger, som Macfarlan Smith har fremsat mod denne anskuelse, virker ikke overbevisende. Det er ganske vist rigtigt, at det skal godtgøres, at undtagelser i henhold til artikel 36 er berettigede. Dette betyder, at foranstaltninger til opfyldelse af de deri nævnte mål skal være egnede til at nå målene og stå i et rimeligt forhold dertil for at falde ind under denne bestemmelse [44]. Det er også rigtigt, at artikel 36 som en undtagelsesbestemmelse skal fortolkes snævert [45]. Macfarlan Smith's argument om, at man ikke kan lade tredjelandes rettigheder afhænge af eventuel berettigelse i henhold til artikel 36, rammer imidlertid ikke problemets kerne. Det afgørende er, at medlemsstaten er i stand til at opfylde sine forpligtelser i medfør af konventionen. For de berørte tredjelande spiller det ingen rolle, om medlemsstaten kan gøre dette på grund af sin suverænitet eller på grundlag af artikel 36.

51. I henhold til EØF-traktatens artikel 36 kan importbegrænsninger og -forbud bl.a. være berettiget af hensyn til beskyttelse af sundheden. Med undtagelse af Macfarlan Smith er alle parterne under sagen for Domstolen af den opfattelse, at de foranstaltninger, der kræves i henhold til konventionen, også kan støttes på EØF-traktatens artikel 36. Jeg er af samme mening. De foranstaltninger til kontrol med den lovlige handel med narkotiske midler, som er foreskrevet i artikel 19, 21 og 29, 30 og 31, synes at være egnede til at afbøde de farer for sundheden (eller begrænse dem mest muligt), som kunne opstå ved misbrug af dette stof. I betragtning af de farer, som disse varer frembyder, ses der heller ikke at være noget alternativ, der er mindre indgribende for varebevægelserne, med henblik på at nå dette mål.

52. Endvidere skal dertil bemærkes, at Fællesskabet senest ved tiltrædelsen af konventionen af 1988 har tilsluttet sig formålene med den konvention, som her undersøges [46]. Både EØF-traktaten og konventionen giver beskyttelsen af sundheden overordentlig høj prioritet. Det ville derfor være sært, om foranstaltninger, der er fastsat i konventionen for at gennemføre disse formål, blev mødt med misbilligelse på grundlag af EØF-traktaten.

53. Der ville alligevel kun kunne opstå en konflikt, hvis grænserne i artikel 36 blev overskredet. I henhold til artikel 36, andet punktum, er handelsrestriktioner som bekendt ikke berettiget, hvis de udgør et »middel til vilkårlig forskelsbehandling« eller en »skjult begrænsning« af samhandelen mellem medlemsstaterne. En sådan situation kan imidlertid ikke efter min opfattelse opstå i dette tilfælde.

44 — Jf. f.eks. dom af 16.5.1989, sag 382/87, Buet, Sml. s. 1235, præmis 10 og 11.

45 — Dom af 5.6.1986, sag 103/84, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 1759, præmis 22.

46 — Jf. ovenfor i punkt 40.

54. Som det med rette er anført f.eks. af den britiske regering, tvinger konventionen på ingen måde de kontraherende parter til at forbyde import af narkotiske midler. I den kommentar til konventionen, som De Forenede Nationer har offentliggjort (herefter benævnt »kommentaren«) [47], anføres det netop, at import af narkotika (og den internationale handel som sådan) må betragtes som særligt farlige aktiviteter, der indebærer en risiko for, at narkotiske midler finder vej ad ulovlige kanaler [48]. Konventionen indeholder imidlertid en lang række henvisninger til den internationale handel, og det fremgår heraf, at konventionen alligevel bygger på, at import principielt er tilladt. Det er i den forbindelse tilstrækkeligt at henvise til ordlyden af artikel 21, stk. 1, hvorefter det samlede kvantum af hvert narkotisk middel, »der fabrikeres og importeres«, ikke må overstige visse mængder.

55. Macfarlan Smith og den portugisiske regering gør gældende, at det af den ovenfor nævnte bestemmelse i konventionen fremgår, at en stat skal forbyde import, når produktionen fra de indenlandske producenter er tilstrækkelig til at dække forbruget. En sådan forpligtelse ville der efter min opfattelse ikke kunne udledes af traktatens artikel 36, så der ville for så vidt være en konflikt mellem konventionen og de fællesskabsretlige bestemmelser. Spørgsmålet er imidlertid akademisk, idet konventionen efter min mening *ikke* pålægger en sådan forpligtelse. I artikel 21, stk. 1, omtales både indenlandsk produktion og import, uden at der gives førstnævnte en fortrinsstilling. Der kan heller ikke af den praktiske nødvendighed udledes nogen forpligtelse til at forbyde import [49], idet både indenlandsk produktion og import kræver tilladelse. Det eneste, der peger i denne retning, er, så vidt jeg ved, en beslutning vedtaget af Folkeforbundets Rådgivende Udvalg i 1934 [50], hvori det blev anbefalet de producerende lande ikke at udstede flere tilladelser til fremstilling, hvis den eksisterende produktionskapacitet i det pågældende land var tilstrækkelig til at dække behovet. Der findes imidlertid ikke i konventionen, der undersøges her, en bestemmelse med et sådant indhold eller en bestemmelse, der i en sådan situation kræver forbud mod import.

56. Hvis import tillades, medfører det efter Macfarlan Smith's opfattelse, at der skal tildeles de indenlandske producenter og importører et bestemt kvantum. En sådan kvoteordning ville imidlertid ikke være forenelig med artikel 30-36, særligt fordi den ville føre til en vilkårlig tildeling af de pågældende kvoter.

Det ville være særdeles vanskeligt, hvis ikke umuligt, for en stat at overholde det i artikel 21 fastsatte maksimum og ikke overskride de

47 — De Forenede Nationer (udgiver), *Commentary on the Single Convention on Narcotic Drugs, 1961*, New York, 1973.

48 — Ovenfor på det i fodnote 47 anførte sted, bemærkning nr. 2 til artikel 1, stk. 1, litra y).

49 — F.eks. i følgende betydning: Hvis man går ud fra, at der er en indenlandsk produktion, vil det kunne tillades, at der indføres en mængde, der højst svarer til forskellen mellem forbrug (og eksport) og indenlandsk produktion. Hvis der ikke er nogen forskel (på grund af en tilsvarende høj indenlandsk produktion), er import ikke tilladt.

50 — Citeret i kommentaren, på det ovenfor i fodnote 47 anførte sted, bemærkning nr. 10 til artikel 29, stk. 1.

overslag, der i henhold til artikel 19 skal udfærdiges, hvis den ikke tildelte de pågældende erhvervsdrivende bestemte kvoter af det samlede behov. I kommentaren anbefales det derfor de kontraherende parter at tildele »producenter eller importører eller begge« kvoter [51]. En sådan procedure kan imidlertid efter min opfattelse også være berettiget i henhold til EØF-traktatens artikel 36. Den irske regering har med rette påpeget, at et forbud mod import i det foreliggende tilfælde ville føre til, at der ville blive fastlåst et monopol for en virksomhed på det britiske marked. En sådan situation ville være langt mindre forenelig med de frie varebevægelser end tildeling af kvoter til indenlandske producenter og importører.

En sådan kvotetildeling behøver — i modsætning til, hvad der er hævdet af Macfarlan Smith — heller ikke foretages på en vilkårlig måde (og af den grund være i strid med artikel 36). Det er intet til hinder for at anlægge objektive kriterier ved tildelingen af disse kvoter, hvorved der f.eks. kan tages hensyn til prisen eller forsyningssikkerheden.

57. Det kan heller ikke bringe effektiviteten af konventionens kontrolordning i fare, at import tillades. I kommentaren anføres det ganske vist, at det med henblik på en effektiv kontrol er tilrådeligt eller endog væsentligt at begrænse antallet af tilladelser til producenter og internationale forhandlere (importører og eksportører) til et minimum [52]. Det skal dog dertil bemærkes, at kommentaren udgør et bidrag til fortolkningen af konventionen, men kan ikke pålægge forpligtelser, som ikke allerede er indeholdt i konventionen. Det kræves ikke i henhold til konventionen, at de kontraherende parter forbyder import. Dette bekræftes indirekte på ovennævnte sted i kommentaren. Hvis således udstedelse af en importtilladelse i et konkret tilfælde ikke er i strid med konventionen, kan det argument [der er omtalt i forbindelse med spørgsmål 1 b)] om, at det særligt gavner forsyningssikkerheden kun at overdrage en enkelt indenlandsk producent forsyningen, ikke være til hinder for at anvende traktatens artikel 30-36.

Efter min mening skal spørgsmålet, om udstedelse af en importtilladelse gør det vanskeligt for en kontraherende part at udarbejde overslag i henhold til artikel 19, ikke drøftes nærmere. Der skal blot henvises til, at konventionen ikke forbyder import. Såfremt en sådan import faktisk vanskeliggjorde udarbejdelsen af overslagene, ville disse vanskeligheder altså netop være en følge af konventionen.

51 — Ovenfor på det i fodnote 47 anførte sted, almindelig bemærkning nr. 3 til artikel 21.

52 — Ovenfor på det i fodnote 47 anførte sted, almindelig bemærkning nr. 4 til artikel 21 og bemærkning nr. 4 til artikel 31, stk. 3.

58. Opfyldelsen af de forpligtelser, der fremgår af konventionens artikel 2, stk. 5, er ligeledes forenelig med reglerne om de frie varebevægelser. I henhold til den nævnte bestemmelse skal hver part for de i bilag IV til konventionen nævnte narkotiske midler træffe sådanne særlige kontrolforanstaltninger, som den mener er »nødvendige« [litra a)] og kan helt forbyde et narkotisk middel, hvis den mener, at det er det »bedste beskyttelsesmiddel« for offentlighedens sundhed og velfærd [litra b)]. Der åbnes således *mulighed* for, at de kontraherende parter kan handle. Der består kun en *handlepligt*, i det omfang en kontraherende part anser visse foranstaltninger for *nødvendige*. I den forbindelse bemærkes det dog, at de kontraherende parter ved fortolkningen af disse bestemmelser skal handle »in good faith« [53]. Konventionen pålægger således ikke de kontraherende parter at træffe bestemte foranstaltninger, når de ikke anser dem for nødvendige. *Hvis* imidlertid en kontraherende part når til den opfattelse, at særlige kontrolforanstaltninger er »nødvendige«, eller at et forbud mod det narkotiske middel er det »bedste middel« til at forebygge de farer, som det narkotiske middel frembyder, *skal* den også handle. Denne fortolkning svarer både til bestemmelsens ordlyd og til meningen og formålet med konventionen.

59. Da det således kommer an på den enkelte kontraherende parts vurdering, kan der naturligvis være forskelle på anvendelsen af denne bestemmelse i de forskellige medlemsstater. Den foreliggende sag er et eksempel herpå, idet brug af diacetylmorfin ifølge det oplyste kun er tilladt i Det Forenede Kongerige, men er forbudt i alle andre medlemsstater.

Sådanne forskelle er på et så følsomt område som lovlig handel med narkotiske midler ikke overraskende. Som det med rette er påpeget af flere af sagens parter, medfører handel med narkotiske midler ikke kun farer for sundheden, men kan også påvirke andre beskyttelsesværdige interesser. Begrænsninger i handelen med disse varer mellem Fællesskabets medlemsstater kan således også være berettiget af hensyn til beskyttelse af den offentlige orden eller sikkerhed — der ligeledes er nævnt i artikel 36.

60. Som det med rette er anført af den franske regering, er sådanne forskelle også forenelige med fællesskabsretten, så længe der endnu ikke på fællesskabsplan foreligger nogen harmonisering af beskyttelsesbestemmelserne på dette område. Det skal dog bemærkes, at fællesskabsretten afstikker visse grænser for sådanne nationale foranstaltninger. Disse grænser er beskrevet i artikel 36, andet punktum. Den portugisiske og den franske regerings bemærkninger tager efter min opfattelse ikke i tilstrækkeligt omfang hensyn hertil.

Der ville f.eks. foreligge en skjult forskelsbehandling — der således ikke længere ville være omfattet af artikel 36 — hvis en medlemsstat tillod indenlandske erhvervsdrivende at fremstille eller handle med et af de

53 — Jf. kommentaren på det ovenfor i fodnote 47 anførte sted, bemærkning nr. 4 til artikel 2, stk. 5. Dette er et almindeligt princip for fortolkningen af traktater (jf. artikel 31 i Wienerkonventionen om traktatretten), hvis bindende virkning også er anerkendt af Domstolen (jf. f.eks. dom af 1.7.1993, sag C-312/91, Metalsa, Sml. I, s. 3751, præmis 12).

narkotiske midler i bilag IV til konventionen, men generelt forbød import fra andre medlemsstater. Der er da heller ikke fastsat en sådan fremgangsmåde i konventionens artikel 2, stk. 5. Denne bestemmelse forpligter ikke de kontraherende parter til at begunstige indenlandske producenter i forhold til importører. Så meget desto mindre pålægger den de kontraherende parter at opretholde nationale monopoler. Dette har fundet præcist udtryk i den irske regerings formulering; artikel 2, stk. 5, tillader et totalt forbud mod produktion, fabrikation, eksport, import, besiddelse og brug af et sådant narkotisk middel. Dette er foreneligt med traktatens artikel 36. Hvis en kontraherende part imidlertid ikke udsteder et generelt forbud, men kun visse begrænsninger, pålægger konventionen den ikke at behandle importørerne mindre gunstigt end de indenlandske producenter.

Også i denne henseende er der således ingen konflikt mellem konventionens bestemmelser og bestemmelserne om de frie varebevægelser.

61. Macfarlan Smith har gjort gældende, at tilladelse af import er i strid med de almindelige forpligtelser i konventionens artikel 4, hvorefter parterne skal gennemføre konventionen og under iagttagelse af dens bestemmelser begrænse fremstilling, produktion, eksport, import, fordeling af, handel med, brug og besiddelse af narkotiske midler udelukkende til medicinske og videnskabelige formål. Macfarlan Smith har imidlertid ikke godtgjort, hvori denne konflikt konkret består.

62. Argumentet om, at traktatens bestemmelser om de frie varebevægelser — i hvert fald for Det Forenede Kongeriges vedkommende — ikke kan finde anvendelse, så længe medlemsstaterne ikke har afgivet den i konventionens artikel 43, stk. 2, omhandlede meddelelse, forekommer mig at være betydeligt mere vægtigt.

Det er tydeligvis formålet med denne bestemmelse at give medlemmerne af en toldunion (som det, Fællesskabet udgør) mulighed for at formindske de ulemper og hindringer for den internationale handel, som er forbundet med anvendelsen af kontrolsystemet [54]. Da der endnu ikke er afgivet en sådan erklæring for Fællesskabets medlemsstater, kan disse ikke anses for at udgøre »et enkelt territorium« i den i artikel 19, 20, 21 og 31 anvendte betydning og derfor ikke nyde godt af de deraf følgende lettelser [55]. Dette betyder f.eks., at import af narkotiske midler fra en medlemsstat til en anden medlemsstat nu som før kræver tilladelse i henhold til artikel 31.

63. Den foreliggende sag drejer sig imidlertid om et andet spørgsmål, nemlig om foreneligheden af konventionens bestemmelser med anvendelsen af traktatens bestemmelser om de frie varebevægelser. Dette spørgsmål skal på baggrund af ovenstående bemærknin-

54 — Jf. ovenfor i punkt 33 og den i fodnote 27 citerede skrivelse.

55 — Af kommentaren fremgår det, at trods ordlyden (»kan«) er det i henhold til artikel 43, stk. 2, nødvendigt at afgive erklæringen for at opnå de ønskede følger [ovenfor i fodnote 47 anførte sted, bemærkning nr. 13 til artikel 1, stk. 1, litra y)].

ger besvares bekræftende. Det er derfor ikke relevant, at afgivelsen af den i artikel 43, stk. 2, omhandlede meddelelse ville medføre større lettelser. Hvis konventionen og traktaten er forenelige med hinanden, uden at det er en forudsætning herfor, at meddelelsen afgives, kan det forhold, at den ikke afgives, ikke fritage medlemsstaterne fra deres forpligtelser i henhold til traktatens artikel 30-36.

64. Såfremt Domstolen er enig i de betragtninger, der er anført i den subsidiære vurdering, skal spørgsmål 1 a) og 1 b) efter min opfattelse besvares på følgende måde: Traktatens artikel 30-36 finder anvendelse på den lovlige handel med narkotiske midler omfattet af enkelt konvention om narkotiske midler af 1961.

Spørgsmål 1 c)

65. Med spørgsmål 1 c) ønsker High Court oplyst, om en medlemsstat kan afslå at give tilladelse til import af narkotiske midler fra en anden medlemsstat, når denne import ville udgøre en trussel for den eneste producent med tilladelse til at fremstille disse midler i den pågældende medlemsstat, hvorved der vil være risiko for, at forsyningen af disse narkotiske midler til væsentlige medicinske formål i den pågældende medlemsstat ikke kan sikres. Med dette spørgsmål ønsker High Court tilsyneladende en fortolkning af artikel 36 og går således ud fra, at artikel 30-36 finder anvendelse. På grundlag heraf skal spørgsmålet også besvares.

66. Spørgsmålet bygger på sagsøgerens anbringende i hovedsagen, hvorefter tilladelse af import ville true de britiske producenters eksistens og således også forsyningssikkerheden i Det Forenede Kongerige. Dette anbringende er ganske vist ikke godtgjort, men med henblik på besvarelsen af de forelagte spørgsmål kan det lægges til grund.

67. De øvrige omstændigheder, der er nævnt i det forelagte spørgsmål, har ingen betydning. Det forhold, at andre medlemsstater, som fremstiller narkotiske midler, forbyder import heraf, har ingen relevans for fortolkningen af fællesskabsretten. Den omstændighed, at medlemsstaterne endnu ikke har afgivet den i konventionens artikel 43, stk. 2, nævnte meddelelse, er uden betydning for fortolkningen af traktatens artikel 36 [56].

68. Efter min opfattelse er der ikke tvivl om, at der skal tillægges den løbende forsyning med nødvendige narkotiske midler til medicinske formål stor betydning. En medlemsstat er derfor berettiget til at inddrage dette hensyn ved afgørelsen af, om der skal gives en tilladelse til import af narkotiske midler.

56 — Jf. ovenfor, punkt 62 og 63.

Det kan ikke udelukkes, at dette hensyn undtagelsesvis inden for rammerne af artikel 36 kan tillade en medlemsstat til en vis grad at begunstige indenlandsk produktion frem for import fra andre medlemsstater. Dette følger efter min opfattelse af Domstolens dom i Campus Oil-sagen [57]. Domstolen fastslog deri, at en medlemsstat, der er afhængig af import af olieprodukter, kan forpligte importørerne til at dække en bestemt andel af deres efterspørgsel ved køb hos et indenlandsk raffinaderi, dersom dets produkter ellers ikke kan afsættes til konkurrencedygtige priser på markedet [58]. Det forhold, at den pågældende foranstaltning tillige tjener rent økonomiske formål, udelukker heller ikke anvendelsen af artikel 36 på sådanne tilfælde [59]. Det anbringende, som Generics har støttet herpå, er derfor uden betydning.

69. Det kan ikke udelukkes, at en medlemsstat ud fra det nævnte hensyn endog kan være berettiget til i visse tilfælde at forbyde import af et narkotisk middel. Den britiske regering har imidlertid med rette påpeget, at det kun vil dreje sig om de yderste undtagelsestilfælde. Artikel 36 tillader nemlig kun handelsrestriktioner, når der ikke er andre, mindre indgribende, muligheder for at nå det tilstræbte mål. Ved besvarelsen af de forelagte spørgsmål skal der derfor henvises til disse grænser. Det er derved indlysende, at artikel 36 kun *tillader* en medlemsstat at foretage begrænsninger i de frie varebevægelser, men ikke *forpligter* den dertil.

70. Jeg foreslår derfor Domstolen følgende besvarelse af spørgsmål 1 c): Traktatens artikel 36 giver en medlemsstat adgang til undtagelsesvis at begunstige indenlandsk produktion frem for import fra andre medlemsstater, hvis der kun derved kan sikres en pålidelig forsyning med narkotiske midler til vigtige lægelige formål i denne medlemsstat.

Spørgsmål 2

71. Med det sidste spørgsmål ønsker High Court oplyst, om en offentlig myndighed, der har til opgave at indkøbe vigtige smertestillende narkotiske midler til lægeligt brug, må tage hensyn til kravet om forsyningssikkerhed og muligheden for løbende forsyninger, når den indgår kontrakter herom i en sag om tildeling af offentlige indkøbskontrakter. I forelæggelseskendelsen nævnes i den forbindelse Rådets direktiv 77/62/EØF af 21. december 1976 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb [60] »med senere ændringer«. Dette direktiv (som er blevet ændret flere gange) blev ophævet ved artikel 33 i Rådets direktiv 93/36/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangs-

57 — Dom af 10.7.1984, sag 72/83, Campus Oil, Sml. s. 2727.

58 — Ovenfor på det i fodnote 57 anførte sted, præmis 51.

59 — Jf. f.eks. dom af 6.10.1987, sag 118/86, Nertsvoederfabriek Nederland, Sml. s. 3883, præmis 15.

60 — EFT 1977 L 13, s. 1.

måderne ved offentlige indkøb [61], og bestemmelserne i direktiv 93/36 trådte i stedet for. Dette direktiv blev udstedt efter afsigelsen af High Court's forelæggelseskendelse. Hvis spørgsmålet fra High Court skulle besvares, skulle der således også i besvarelsen tages hensyn til den nugældende retlige situation. Som jeg allerede har anført behøver Domstolen imidlertid ikke komme ind på det foreliggende spørgsmål [62]. Jeg skal i det følgende kun undersøge det for det tilfælde, at Domstolen ikke er enig heri.

72. Med undtagelse af Macfarlan Smith og den franske regering er alle parterne i den foreliggende sag af den opfattelse, at der skal tages hensyn til forsyningssikkerheden og muligheden for løbende forsyninger ved anvendelsen af direktiv 77/62. Efter Macfarlan Smith's opfattelse hører dette kriterium derimod ikke til de kriterier, der i henhold til direktivets artikel 25 skal lægges til grund. Denne bestemmelse finder anvendelse på alle »offentlige« og »begrænsede« fremgangsmåder i den i direktivets artikel 4, stk. 1 og 2, anvendte betydning. Det skal derfor først undersøges, om disse fremgangsmåder ville kunne anvendes i den foreliggende sag.

73. Den portugisiske regering mener, at dette er tvivlsomt, og henviser derved til artikel 6, stk. 1, litra b), i direktiv 77/62 [63]. I henhold til denne bestemmelse er det ikke nødvendigt at anvende fremgangsmåderne i artikel 4, stk. 1 og 2, »ved indkøb af varer, hvis fremstilling eller levering af tekniske eller kunstneriske årsager eller af årsager, der vedrører beskyttelsen af en eneret, kun kan overdrages én bestemt leverandør«.

I modsætning til, hvad der er den portugisiske regerings opfattelse, mener jeg imidlertid, at der er ingen tvivl om, at levering af narkotiske midler ikke er omfattet af denne bestemmelse. De faktiske omstændigheder i den foreliggende sag viser, at fremstilling af diacetylmorfin ikke er beskyttet af en eneret.

74. Den franske regering har gjort gældende, at levering af narkotiske midler i henhold til artikel 6, stk. 1, litra g), i direktiv 77/62 ikke skal udbydes. I henhold til denne bestemmelse er det ikke nødvendigt at anvende fremgangsmåderne i artikel 4, stk. 1 og 2, når de pågældende leveringer »erklæres hemmelige, eller når deres gennemførelse må ledsages af særlige sikkerhedsforanstaltninger i overensstemmelse med administrativt eller ved lov fastsatte bestemmelser, der er i kraft i den pågældende medlemsstat, eller når beskyttelsen af væsentlige sikkerhedsinteresser i denne stat kræver det«. Ved en senere ændring [64] af direktiv 77/62 blev denne

61 — EFT L 199, s. 1.

62 — Jf. ovenfor i punkt 24.

63 — Denne bestemmelse svarer til artikel 6, stk. 3, litra c), i direktiv 93/36.

64 — Jf. Rådets direktiv 88/295/EØF af 22.3.1988 (EFT L 127, s. 1).

bestemmelse til artikel 2, stk. 2, litra c), hvorefter direktivet ikke finder anvendelse på sådanne tilfælde [65].

Det synes ikke at være udelukket, at levering af narkotiske midler er omfattet af denne bestemmelse. Ganske vist skal de undtagelsestilfælde, hvor fremgangsmåderne i direktiv 77/62 eller 93/36 ikke skal anvendes, i dette direktiv »udtrykkeligt begrænses« [66] [67]. Men da levering af narkotiske midler skal være forbundet med særlige sikkerhedsforanstaltninger, kan det forsvares at subsumere en sådan levering under denne undtagelsesbestemmelse. I så tilfælde ville det problem, der omhandles i spørgsmål 2, naturligvis ikke opstå.

75. Hvis man derimod antager, at direktivet finder anvendelse, opstår der det spørgsmål, om der i henhold til artikel 25 i direktiv 77/62 kan lægges det kriterium til grund, om forsyningssikkerheden og muligheden for løbende forsyninger sikres. Som det med rette er anført af Macfarlan Smith, sondres der i direktivet mellem kravene til den faglige formåen hos de erhvervsdrivende, der kan komme i betragtning, (artikel 21-24) og kriterierne for tildeling af ordrer (artikel 25). Dette fremgår allerede af artikel 17, stk. 1, i direktiv 77/62.

76. I henhold til artikel 25, stk. 1, i direktiv 77/62 [68] skal den ordregivende myndighed ved tildeling af ordrer enten udelukkende tage hensyn til den laveste pris [litra a)] »eller, når tildelingen sker på grundlag af det økonomisk mest fordelagtige bud, forskellige kriterier, som varierer alt efter det pågældende indkøb; f.eks. pris, leveringstid, driftsomkostninger, rentabilitet, kvalitet, æstetisk og funktionsmæssig karakter, teknisk værdi, service og teknisk bistand« [litra b)].

Som Domstolen allerede har fastslået vedrørende en lignende bestemmelse i Rådets direktiv 71/305/EØF af 26. juli 1971 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT 1971 II, s. 613), betyder dette, at de lovlige kriterier skal begrænse sig til at afgøre, hvad der er det »økonomisk mest fordelagtige tilbud« [69]. Macfarlan Smith udleder heraf, at det kriterium, om forsyningssikkerhed og muligheden for løbende forsyninger kan sikres, ikke er et generelt hensyn, som kan lægges til grund i henhold til artikel 25, stk. 1, litra b), i direktiv 77/62.

77. Dette er jeg ikke enig i. Det er efter min opfattelse tvivlsomt, om man kan forsvare det standpunkt, at dette kriterium allerede er indeholdt i et af de kriterier, der udtrykkeligt er nævnt i artikel 25, således som det er gjort gældende af den britiske regering (som

65 — I henhold til den tilsvarende bestemmelse i artikel 2, stk. 1, litra b), i direktiv 93/96 finder direktivet ikke anvendelse på sådanne tilfælde.

66 — Niende betragtning til direktiv 77/62.

67 — Ellevte betragtning til direktiv 93/36.

68 — Jf. endvidere artikel 26, stk. 1, i direktiv 93/36.

69 — Dom af 20.9.1988, sag 31/87, Beentjes, Sml. s. 4635, præmis 19.

mener, at dette kriterium er indeholdt i »teknisk værdi«) og den irske regering (som mener, at det nævnte kriterium dækkes af »leveringstid« eller »kvalitet«). Under alle omstændigheder afgør dette kriterium nemlig også, hvad der er det »økonomisk mest fordelagtige tilbud«, for selv et tilsyneladende attraktivt tilbud er i sidste ende ikke fordelagtigt, hvis forsyningen i fremtiden ikke er sikret. Dette er ganske vist et synspunkt, der også tager de fremtidige følger af tildelingen af en ordre til en bestemt tilbudsgiver med i beregningen. Efter min opfattelse viser de nævnte kriterier »driftsomkostninger« og »service« imidlertid, at et sådant synspunkt ikke er direktivet fremmed. Også Kommissionen har givet udtryk for en lignende opfattelse.

Generics og den irske og britiske regering har endvidere med rette påpeget, at opregningen i artikel 25, stk. 1, litra b) — som det allerede fremgår af ordlyden — ikke er udtømmende. Det er naturligvis et krav, at kriteriet nævnes i udbudsbekendtgørelsen.

78. Endelig skal det påpeges, at det kriterium, at sikre forsyningen, udgør et lovligt hensyn, som kan tillægges betydning inden for rammerne af artikel 36. Den britiske regering har med rette påpeget, at man bør undgå at fortolke et direktiv således, at det forbyder noget, der er tilladt i henhold til artikel 36. Den franske regering henviser i denne forbindelse tillige til femte betragtning til direktiv 77/62, hvorefter direktivet ikke er til hinder for anvendelsen af artikel 36.

C — Forslag til afgørelse

Jeg foreslår derfor Domstolen at besvare High Court's spørgsmål på følgende måde:

»1) EØF-traktatens artikel 30-36 finder anvendelse på lovlig handel med narkotiske midler omfattet af enkelt konvention om narkotiske midler af 1961. I det omfang, at dette til trods for mulighederne i EØF-traktatens artikel 36 ville medføre, at en medlemsstat ikke kan opfylde de forpligtelser, som er pålagt den i denne konvention, giver EØF-traktatens artikel 234, stk. 1, medlemsstaten mulighed for at opfylde de forpligtelser, der påhviler den i henhold til konventionen, hvis den har tiltrådt konventionen inden EØF-traktatens ikrafttrædelse eller inden dens tiltrædelse af Fællesskabet.

2) EØF-traktatens artikel 36 giver en medlemsstat adgang til undtagelsesvis at begunstige indenlandsk produktion frem for import fra andre medlemsstater, hvis der kun derved kan sikres en pålidelig forsyning med narkotiske midler til vigtige lægelige formål i denne medlemsstat.«