FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT CARL OTTO LENZ

föredraget den 4 oktober 1994 *

A — Inledning

1. Målet rör frågan om fördragets regler om fri rörlighet för varor (artikel 30 ff. i EG-fördraget) skall anses vara tillämpliga på handel med heroin (och andra narkotika).

2. Diacetylmorfin (heroin) är ett opiumderivat som utvinns genom bearbetning av morfin. De flesta länder har förbjudit bruket av diacetylmorfin med hänsyn till risken för missbruk. I Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland ingår det emellertid i den behandling för lindring av smärta hos obotligt eller svårt sjuka som oftast tillgrips. Enligt uppgift från den domstol som framställt begäran om förhandsavgörande förbrukade Förenade kungariket 238 kg av de 241 kg heroin som i hela världen under år 1990 användes för medicinska ändamål.

3. Diacetylmorfin utgör narkotika enligt den i New York den 30 mars 1961 underskrivna konventionen ersättande äldre konventioner om narkotika (nedan kallad "konventionen") [1]. Genom konventionen upphävdes och ersattes en rad avtal (från och med 1912 års internationella opiumavtal) på ifrågavarande område.

4. I konventionens ingress bekräftas "att narkotika komma att förbli oumbärliga såsom smärtlindrande medel och att erforderliga åtgärder måste vidtagas för att säkra tillgången på narkotika för detta ändamål" [2]. Samtidigt fastslås att narkotikamissbruket är ett ont, vilket de fördragsslutande parterna har förpliktat sig att bekämpa [3]. Enligt de fördragsslutande parternas ståndpunkt, blir åtgärder mot narkotikamissbruk verkningsfulla först då de samordnas och omfattar hela världen. Av denna uppfattning följer att världsomspännande åtgärder förutsätter internationellt samarbete, "vilket vägledes av enhetliga principer och siktar mot gemensamma mål" [4].

5. I bilaga 1 till konventionen angivna narkotika är enligt artikel 2 paragraf 1 underkastade alla kontrollbestämmelser som föreskrivs i konventionen. Dit hör först och

* Originalspråk: tyska.

1 — *United Nations Treaty Series*, del 520, s. 204. En tysk översättning av konventionen, såsom den ändrats genom protokollet av den 25 mars 1972, återfinns i Bundesgesetzblatt 1977 II, s. 111.

2 — Andra övervägandet i konventionens ingress.

3 — Ingressens tredje och fjärde överväganden.

4 — Jfr ingressens femte och sjätte överväganden.

främst förpliktelsen för de fördragsslutande parterna att enligt artikel 19 i konventionen förse den internationella styrelsen i Wien för kontroll av narkotika med årliga uppskattningar för "vart och ett av sina territorier". I dessa uppskattningar skall bland annat anges vilka mängder narkotika som under det kommande året kommer att användas för medicinska ändamål eller framställning av andra preparat eller produkter. Samtidigt skall mängden preparat som kommer att finnas i lager den 31 december samma år uppskattas.

Diacetylmorfin förekommer i såväl lista I som lista IV till konventionen.

6. Artikel 21 paragraf 1 i konventionen lyder:

"De sammanlagda mängderna av varje narkotikum, som tillverkats eller importerats av ett land eller område under loppet av ett år, må ej överstiga summan av följande:

a) den mängd, som inom ramen för motsvarande beräkning förbrukats för medicinska och vetenskapliga ändamål;

b) den mängd, som inom ramen för motsvarande beräkning använts för tillverkning av andra narkotika, av beredningar i förteckning III samt av ämnen, som ej falla under denna konvention;

c) den mängd, som exporterats;

d) den mängd, som tillförts lagret i syfte att bringa detta upp till den storlek, som angivits i motsvarande beräkning; samt

e) den mängd, som inom ramen för motsvarande beräkning anskaffats för särskilda ändamål."

7. I artiklarna 29—31 i konventionen åläggs de fördragsslutande parterna att underställa framställning, handel, distribution, export till "något land eller område" eller import av narkotika krav på tillstånd.

8. Härvid bör bestämmelsen i artikel 43 paragraf 2 nämnas. Enligt denna får två eller flera fördragsslutande parter anmäla för Förenta nationernas generalsekreterare att "till följd av upprättandet av en tullunion dememellan dessa parter utgöra ett enda

område med avseende på artiklarna 19, 20, 21 och 31".

9. De särskilt farliga narkotika som anges i lista IV är enligt artikel 2 paragraf 5 i konventionen även underkastade följande kontrollbestämmelser:

"a) parterna skola införa alla de särskilda kontrollbestämmelser, som de anse vara nödvändiga med hänsyn till de synnerligen farliga egenskaperna hos dessa narkotika; och

b) parterna skola, om enligt deras åsikt de rådande förhållandena inom deras länder äro sådana, att denna åtgärd utgör den mest lämpade för skydd av folkhälsan, förbjuda produktion, tillverkning, export och import av, handel med, innehav eller användning av sådan narkotika, med undantag av de mängder, som kunna erfordras uteslutande för medicinsk och vetenskaplig forskning, däri inberäknat kliniska provningar med dessa narkotika, vilka böra utföras under direkt överinseende och kontroll av ifrågavarande part eller underordnas sådant överinseende och sådan kontroll."

10. Till de fler än 130 fördragsslutande parterna hör bland andra alla medlemmar i gemenskapen. Förenade kungariket ratificerade konventionen den 2 september 1964 (det vill säga före inträdet i Europeiska gemenskaperna).

11. Ansvaret för att de förpliktelser som följer av konventionen fullgörs åvilar i Förenade kungariket huvudsakligen the Secretary of State for the Home Department — inrikesministern — (nedan kallad "Secretary of State"). Enligt the Misuse of Drugs Act 1971 (1971 års lag om missbruk av narkotika) är det förbjudet att införa diacetylmorfin, med mindre Secretary of State beviljat ett särskilt tillstånd.

12. Före augusti 1992 tilläts ingen införsel av narkotika som framställdes i Förenade konungariket och där var lätt åtkomliga. Till stöd för denna sedan länge förda politik åberopades konventionens krav. Vad diacetylmorfin beträffar, åberopades särskilt nödvändigheten av att dels motverka risken för att viss mängd genom svinn blev föremål för illegal handel, dels trygga en tillförlitlig försörjning. En liknande politik har bedrivits, och bedrivs alltjämt, i en rad andra medlemsstater.

13. Till och med år 1992 täcktes behovet av diacetylmorfin i Förenade kungariket uteslu-

tande av bolaget Evans Medical Limited (nedan kallat "Evans"). Evans är även fortsättningsvis den största tillverkaren av den färdiga produkten på såväl den brittiska marknaden som världsmarknaden.

Bolaget Macfarlan Smith Limited (nedan kallat "MSL") är för närvarande den enda tillverkare i Förenade kungariket som har beviljats tillstånd att framställa obearbetat diacetylmorfin i pulverform, dvs. det material av vilket den slutliga produkten förfärdigas. Eftersom denna produkt endast används i ett fåtal andra länder, är MSL världens största tillverkare med Evans som viktigaste kund.

14. I två skrivelser av den 17 augusti 1992 lät Secretary of State underrätta advokaterna för MSL och Evans efter noggrant övervägande funnit att rättslig grund saknades för att avslå en ansökan av bolaget Generics (UK) Limited (nedan kallat "Generics") om tillstånd att från Nederländerna införa ett parti diacetylmorfin. Generics har specialiserat sig på framställning och marknadsföring av generiska farmaka och har dotterbolag i en rad europeiska länder (däribland Nederländerna).

Secretary of State klargjorde i skrivelsen att såväl nödvändigheten av att säkerställa en kontinuerlig försörjning som att förhindra illegal handel med produkterna hade beaktats. Generics ansökan hade prövats mot bakgrund av den nationella rätten, gemenskapsrätten och folkrätten. Därvid anförde han bland annat följande:

"Det föreligger enligt min åsikt inte någon motsättning mellan konventionen ... och artiklarna 30 samt 36 i EG-fördraget. Genom artikel 2 paragraf 5 i 1961 års konvention har de fördragsslutande parterna givits rätt att begränsa införseln, dock utan att åläggas någon skyldighet att göra detta. De fördragsslutande parterna har enligt artikel 2 paragraf 5 rätt att förbjuda införsel, såvitt ett förbud med hänsyn till i landet rådande förhållanden anses lämpligast för att skydda folkhälsan och den allmänna välfärden. Artikel 36 (i EG-fördraget) ger laglig möjlighet att till skydd för människors hälsa och liv meddela förbud eller begränsningar av viss införsel. ...

Frågan om säkerheten under transporten har därför noggrant övervägts. ...

I fråga om anskaffningens tillförlitlighet är ministrarna naturligtvis angelägna om att säkerställa att diacetylmorfin fortsätter att vara väl åtkomligt för medicinskt bruk. De är emellertid övertygade om att tillförseln lämpligen säkras genom anbudsinfordran ... våra kolleger vid hälsoministeriet har meddelat att (den upphandlande hälsovårdsmyndigheten) undersöker om det är möjligt att låta

ett nytt förfarande för anbudsinfordran träda i kraft i början av år 1993" [5].

15. Evans och MSL väckte därefter talan vid Queen's Bench Division of the High Court. Föremålet för talan var dels det införseltillstånd som beviljats Generics, dels det allmängiltiga beslut som tillståndet gav uttryck för och som innebar en omsvängning i den politik som tidigare förts i fråga om införsel av narkotika. Kärandena gjorde gällande att oriktiga antaganden låg till grund för beslutet. Secretary of State hade oriktigt utgått ifrån att den tidigare politiken stått i strid med gemenskapsrätten och, i synnerhet, att införselförbudet varit oförenligt med artikel 30 i EG-fördraget och inte kunnat motiveras med stöd av artikel 36 i samma fördrag. De anförde att artikel 30, till följd av artikel 234 i nämnda fördrag, inte kunde tillämpas på handel med narkotika som omfattas av konventionen. Även om inrikesministerns antagande att artiklarna 30 och 36 var tillämpliga och därmed skulle läggas till grund för beslutet skulle befinnas vara riktigt, hade han likväl inte bort medge tillstånd förrän det visats att förfarandet för anbudsinfordran var genomförbart och förenligt med konventionen liksom om, och i så fall hur, detta förfarande skulle kunna säkerställa en kontinuerlig anskaffning av diacetylmorfin åt de hälsovårdande myndigheterna.

5 — Citaten är hämtade från den skrivelse som Secretary of State sände till Evans advokater. I den lydelse som skrivelsen sändes till MSL:s advokater avviker den på några mindre (och innehållsmässigt obetydliga) punkter.

16. High Court har vilandeförklarat målet och i en begäran om förhandsavgörande överlämnat följande frågor till domstolen:

"1) Skall artiklarna 30, 36 och 234 i EG-fördraget tolkas så, att en medlemsstat har rätt att vägra ett enligt lagen i denna stat erforderligt tillstånd för införsel av narkotika från en annan medlemsstat, i vilken narkotikan antingen har framställts eller kan omsättas fritt, med hänvisning till

a) att artiklarna 30—36 inte skulle vara tillämpliga på handeln med narkotika som avses i konventionen ersättande äldre konventioner rörande narkotika, New York den 30 mars 1961,

och/eller

b) att det för att fullgöra förpliktelserna enligt konventionen vore nödvändigt att godtyckligen fastställa kvoter för importörer respektive inhemska tillverkare, och/eller att det i konventionen föreskrivna kontrollsystemet i annat fall skulle bli mindre effektivt,

och/eller

c) (för det fall gemenskapen har försummat att utfärda något direktiv eller någon annan reglering rörande handeln med narkotika, i kraft varav

gemenskapen kan förklara att den utgör ett 'enda område' på sätt som avses i artikel 43 i konventionen, och flera medlemsstater som framställer narkotika förbjuder införsel av dessa) att införsel av narkotika från en annan medlemsstat skulle hota den ekonomiska livskraftigheten hos en tillverkare med ensamrätt att framställa dessa narkotiska ämnen i ifrågavarande medlemsstat och att anskaffningen av narkotika för viktiga medicinska ändamål i samma medlemsstat inte skulle kunna säkerställas?

2) Skall rådets direktiv 77/62/EEG av den 21 december 1976 (EGT nr L 13, 1977, s. 1) tolkas så, att en myndighet, som ansvarar för anskaffning av viktiga smärtlindrande medel för medicinska ändamål, har rätt att beakta krav på att anskaffningen skall vara tillförlitlig och fortlöpande, då myndigheten sluter avtal om leverans av sådana medel?"

att frågorna är "hypotetiska". Kommissionen har påpekat att den nationella domstolen genom frågorna 1 a)—c) önskar besked om huruvida en medlemsstat har rätt att — generellt eller under särskilda omständigheter — vägra att utfärda införseltillstånd för narkotika från andra medlemsstater. Bakgrunden till målet vid High Court är emellertid, vilket kommissionen påpekat, inte ett *avslag* på en begäran om tillstånd, utan att en sådan begäran vunnit *bifall.* Enligt kommissionen står det klart att restriktioner för handeln med narkotiska preparat inom gemenskapen är förenliga med artikel 36, varvid det under vissa omständigheter också skulle kunna vara påkallat att vägra utfärda tillstånd för utförsel eller införsel. Med hänsyn till de många omständigheterna i fråga och till vikten av de berörda intressena skulle det emellertid inte vara önskvärt att domstolen tar ställning till problematiken i förevarande mål. Fråga 2 är enligt kommissionen än mer hypotetisk, eftersom denna hänför sig till den ansvariga hälsovårdsmyndighetens anskaffning av diacetylmorfin och det i detta mål är fråga om ett beslut av Secretary of State om införseltillstånd för samma narkotikum. Domstolen skulle därmed inte heller besvara denna fråga.

B — Bedömning

Frågan om huruvida begäran om förhandsavgörande kan upptas till prövning

17. Kommissionen har hävdat att domstolen inte skall besvara de frågor som hänskjutits av High Court och som skäl för detta anfört

Även Generics har ansett frågorna 1 b), 1 c) och 2 — dock inte fråga 1 a) — vara av hypotetisk natur, då dessa hänför sig till omständigheter som ännu inte visats. Bolagets företrädare har emellertid under den muntliga förhandlingen vid domstolen betonat att domstolen likväl skall besvara dessa frågor.

18. Begäran om förhandsavgörande enligt artikel 177 i EG-fördraget är enligt fast praxis från domstolen ett instrument för samarbete mellan domstolen och de nationella domstolarna. Inom ramen för detta samarbete ankommer det på den nationella domstolen att avgöra om den för att avgöra målet är i behov av ett förhandsavgörande från domstolen. Om den nationella domstolen begär ett förhandsavgörande och frågorna angår tolkningen av gemenskapsrätten är domstolen i princip skyldig att meddela ett avgörande. Inom ramen för detta förfarande har domstolen dock — såsom kommissionen också påpekat i sitt yttrande — inte till uppgift "att lämna utlåtanden i allmänna eller hypotetiska frågor" [6].

19. Genom fråga 1 a) önskar den nationella domstolen veta om artiklarna 30—36 i EG-fördraget är tillämpliga på handeln med narkotika. Såsom MSL har anfört i sitt yttrande, och enligt vad som kan utläsas av den nationella domstolens beslut att begära ett förhandsavgörande, har MSL och Evans i målet vid High Court åberopat att de enligt nationell rätt äger fordra att Secretary of State beslutar om Generics ansökan på vederbörlig rättslig och faktisk grund. Secretary of State har då beslutet fattades utgått ifrån att artiklarna 30—36 i EG-fördraget är tillämpliga i föreliggande fall. Om detta antagande visar sig vara oriktigt, skulle beslutet vila på en rättslig grund som vore oriktig och skulle, i föreliggande fall, kunna upphävas av nationell domstol. Svaret på den första frågan är därför av omedelbar betydelse för det avgörande som ankommer på High Court. Enligt min mening kan sålunda inte antas att detta är en fråga av hypotetisk natur.

20. Det är för övrigt anmärkningsvärt att också kommissionen föreslår att domstolen skall besvara frågorna från High Court på ett visst sätt, trots att den har företrätt uppfattningen att dessa frågor är av hypotetisk natur och därför inte skall besvaras. Enligt kommissionens förslag skulle domstolen besvara frågorna så, att varken artiklarna 30—36 eller artikel 234 i EG-föredraget utgör hinder för en nationell myndighet att bevilja införseltillstånd för narkotiska preparat från en annan medlemsstat. Företrädaren för MSL har under den muntliga förhandlingen med rätta påpekat att detta varken är svar på frågan eller en upplysning som skulle göra det möjligt för den nationella domstolen att besvara den. Den brittiska regeringens företrädare gav ett högst pregnant uttryck för samma tanke, då denne uttalade att kommissionen därmed föreslagit att domstolen skulle vara den nationella domstolen behjälplig genom att lämna ett självklart svar på en fråga som ingen har ställt.

21. Kommissionen har visserligen med rätta framhållit att den rättsliga bedömningen av handeln med narkotika inom gemenskapen är förknippad med mycket svåra problem. Det är tydligt att dessa problem ännu inte har lösts på ett tillfredsställande sätt i gemenskapens normgivning. Svårigheterna bör dock inte tillåtas hindra domstolen från att

6 — Dom av den 16 juli 1992, Meilicke (C-83/91, Rec. s. I-4871, punkterna 22— 25).

uppfylla den skyldighet som följer av artikel 177, nämligen att bistå de nationella domstolarna med tolkning av gemenskapsrättsliga bestämmelser vid prövningen av där anhängiga mål. Följaktligen berör svårigheterna inte domstolens skyldighet att besvara frågorna *i den utsträckning* som detta är möjligt. Sålunda kan de inte heller anses utgöra hinder mot frågans prövning.

22. Frågorna 1 b) och c) innefattar — såsom High Court angivit i beslutet om begäran om förhandsavgörande — en framställning av faktiska omständigheter som lämnats av MSL och Evans, utan att det därvid visats att de påstådda omständigheterna verkligen föreligger. Avsikten med frågorna är dock inte att domstolen skall avgöra om dessa omständigheter föreligger eller ej. Såsom företrädaren för MSL påpekat, vill High Court däremot veta om de rättsliga aspekter som frågorna omfattar alls är relevanta ur gemenskapsrättslig synvinkel. Den brittiska regeringens företrädare har uttalat sig på liknande sätt. Om de bägge frågorna besvaras nekande, skulle High Court inte längre behöva ta ställning till framställningen av de faktiska omständigheter som frågorna innefattar. Om domstolen däremot fastslår att en medlemsstat har rätt att i vissa fall förbjuda import av narkotika från andra medlemsstater, skulle High Court nödgas pröva om ett sådant fall förelåg.

23. Enligt min mening kan i princip föga invändas emot det sätt på vilket High Court har gått till väga. Det gagnar processekonomin att skjuta upp bevisföringen, så länge det inte är klarlagt om bevistemat är av betydelse i målet. Med hänsyn till betydelsen av den principfråga som reses i fråga 1 a) om tillämpligheten av artiklarna 30—36 på laglig handel med narkotiska preparat — som domstolen ännu inte haft tillfälle att ta ställning till — är det också fullt förståeligt att High Court beslutat begära ett förhandsavgörande av domstolen redan i ett tidigt skede av processen. Såsom domstolen förklarat, ankommer det på den nationella domstolen att med beaktande av omständigheterna i det enskilda fallet bedöma om ett förhandsavgörande är nödvändigt för att döma i saken och huruvida de frågor som hänskjuts till domstolen är relevanta [7]. Av detta skäl är jag av den uppfattningen att fråga 1 c) kan upptas till prövning, även om riktigheten i den framställning av de faktiska omständigheter som givit upphov till frågan (dvs. att ett införseltillstånd hotar den inhemska tillverkningen, varvid anskaffningens säkerhet råkar i fara) ännu inte visats.

Enligt min mening gäller detta däremot inte fråga 1 b), som består av två delar. Denna fråga avser för det första om en medlemsstat får förbjuda införsel av narkotika från en annan medlemsstat, för det fall tillämpningen av konventionen medför att importörer och inhemska tillverkare tilldelas godtyckliga kvoter. Frågan avser för det andra om ett

7 — Se särskilt domen av den 27 oktober 1993, Enderby (C-127/92, Rec. s. I-5535, punkt 10).

importförbud är tillåtet för det fall konventionens kontrollsystem annars blir mindre effektivt. Fråga 1 b) ger därmed upphov till diskussion om tillämpningen av artiklarna 30—36 i EG-fördraget är — praktiskt — förenlig med konventionens bestämmelser. På grund av den starka anknytningen till fråga 1 a) bör frågorna enligt min mening behandlas gemensamt. Med hänsyn till mitt förslag till svar på fråga 1 a) anser jag det inte vara nödvändigt att domstolen lämnar ett separat svar på fråga 1 b).

Tillämpligheten av artiklarna 30—36

Allmänt

24. Fråga 2 berör tolkningen av de gemenskapsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling. Till grund för denna ligger tvivelsutan den uppfattning som Secretary of State framfört i skrivelse av den 17 augusti 1992, enligt vilken betydelsen av en tillförlitlig anskaffning av diacetylmorfin i Förenade kungariket kunde tillgodoses genom ett förfarande för anbudsinfordran. Det är dock ostridigt att detta förfarande senare visat sig vara ogenomförbart. Av detta skäl kan man med fog fråga sig vad fråga 2 tjänar för syfte. High Court har i sitt beslut om begäran om förhandsavgörande inte lämnat någon förklaring till detta. Närmare upplysningar följer inte heller av vad de parter som tagit del i förfarandet vid domstolen har uppgivit. Under dessa omständigheter anser jag i likhet med kommissionen att domstolen inte bör behandla *denna* fråga. För det fall domstolen beslutar annorlunda, kommer jag naturligtvis att i andra hand likväl undersöka de problem som denna fråga ger upphov till.

25. Låt mig bara nämna att frågorna behandlar "narkotika" (som avses i konventionen) i allmänhet, medan det i förevarande mål endast är fråga om ett narkotikum, nämligen diacetylmorfin. Det är dock självklart att domstolens svar på den nationella domstolens frågor inte enbart kommer att vara av betydelse för denna produkt, utan av allmän betydelse för alla narkotiska ämnen som omfattas av konventionen. Av detta skäl kommer även jag att fortsättningsvis tala om narkotika i allmänhet, såvida inte de särskilda bestämmelser som gäller för diacetylmorfin (och andra särskilt farliga narkotika) skall beröras.

26. Inför prövningen kan det vara rådligt att erinra om att frågan, huruvida artiklarna 30—36 är tillämpliga eller ej, endast avser den *lagliga* handeln med narkotika, dvs. handeln med de produkter av dessa ämnen som är avsedda för medicinska eller vetenskapliga ändamål. Om nödvändigheten av att bekämpa den *olagliga* handeln och därmed

sammanhängande risker råder inget tvivel. Detta gäller såväl för medlemsstaterna som för gemenskapen [8].

27. Domstolen har hittills inte tagit ställning till om artiklarna 30—36 är tillämpliga på laglig handel med narkotika som avses i konventionen. Den har emellertid vid ett flertal tillfällen befattat sig med frågan om olaglig införsel får beläggas med tull- [9] eller importavgifter [10], eller om den olagliga handeln med dessa ämnen är mervärdesskattepliktig [11]. Domstolen har i samtliga fall besvarat frågan nekande.

28. Av särskilt intresse för detta fall är de avgöranden som rör frågan om olaglig införsel av narkotiska preparat får tullbeläggas. I 1982 års domar i målen Wolf och Einberger påpekade domstolen att det i samtliga medlemsstater var förbjudet att införa och distribuera narkotika av ifrågavarande slag (heroin och kokain i det ena målet; morfin i det andra), "varvid undantag endast gjorts i fråga om en strängt övervakad och begränsad handel för sådan användning som tillåtits för farmaceutiska och medicinska ändamål" [12]. Domstolen förklarade att detta rättsläge var förenligt med konventionens bestämmelser [13]. Domstolen slöt sig därför till att tullplikt inte uppkommer vid införsel av narkotika, "vilka inte omfattas av den av behöriga myndigheter strängt övervakade distributionen för medicinska och vetenskapliga ändamål" [14].

Av dessa avgöranden kan utläsas att tull skall utgå vid *laglig* införsel av narkotiska preparat. Eftersom föremålet för domstolens tolkning i dessa domar var artikel 9 och artiklarna 12—29 i EG-fördraget, dvs. bestämmelserna i avdelning I om fri rörlighet för varor, råder enligt min mening (i motsats till vad MSL har ansett) knappast något tvivel om att motsvarande skall gälla för tolkningen av artiklarna 30—36, som också hör till avdelning I. Laglig handel med narkotika som avses i konventionen omfattas sålunda av dessa bestämmelsers tillämpningsområde.

Artikel 234 och konventionen

29. Det är dock fortsatt nödvändigt att pröva vilka följder som artikel 234 första stycket har för tillämpningen av artiklarna 30—36. Enligt denna föreskrift skall "de rättigheter och förpliktelser som följer av avtal som ingåtts innan detta fördrag träder i kraft

8 — Jfr exempelvis artikel K.1 punkt 9 i Fördraget om Europeiska unionen, vari förklaras att polissamarbete för att hindra och bekämpa olaglig narkotikahandel är en fråga "av gemensamt intresse".

9 — Domar av den 5 februari 1981, Horvath (50/80, Rec. s. 385) och den 26 oktober 1982, Wolf (221/81, Rec. s. 3681) och Einberger (240/81, Rec. s. 3699).

10 — Dom av den 28 februari 1984, Einberger (294/82, Rec. s. 1177).

11 — Domar av den 5 juli 1988, Mol (269/86, Rec. s. 3627) och Happy Family (289/86, Rec. s. 3655).

12 — Anf. st. (fotnot 9), punkt 8 i respektive dom.

13 — Anf. st. (fotnot 9), punkt 9 i respektive dom.

14 — Anf. st. (fotnot 9), punkt 16 i respektive dom.

mellan å ena sidan en eller flera medlemsstater och å andra sidan ett eller fler tredje länder" inte påverkas av fördraget. Enligt artikel 5 i anslutningsakten för Danmark, Irland och Förenade kungariket är artikel 234 tillämplig på avtal och konventioner som dessa medlemsstater ingått innan anslutningen [15]. Vad Förenade kungariket beträffar är 1961 års konvention, som ratificerats år 1964, därmed en sådan konvention som avses i artikel 234 [16].

30. Såsom domstolen vid ett flertal tillfällen redan fastställt, syftar artikel 234 första stycket till att i överensstämmelse med folkrättsliga grundsatser [17] precisera att EG-fördragets tillämpning inte påverkar den berörda medlemsstatens åtaganden att dels respektera tredje lands rättigheter enligt tidigare avtal, dels fullgöra motsvarande förpliktelser [18]. I förevarande mål betyder detta att Förenade kungariket har rätt att fullgöra de förpliktelser gentemot tredje land som följer av konventionen och att respektera tredje lands rättigheter enligt samma konvention. Såvitt tillämpningen av artiklarna 30—36 skulle hindra Förenade kungariket från detta, måste dessa bestämmelser ge vika.

Det bör dock påminnas om att Förenade kungariket i detta fall måste vidta "alla lämpliga åtgärder" för att undanröja de hinder som medför att konventionen är oförenlig med EG-fördraget. Förenade kungariket kan, i förekommande fall, till och med vara förpliktat att säga upp konventionen. För utgången i detta mål saknar denna fråga naturligtvis betydelse, varför jag inte avser att behandla den närmare.

31. Generics har emellertid gjort gällande att artikel 234 är utan betydelse i föreliggande fall, eftersom det endast är fråga om handel mellan medlemsstater. Målet rör införsel till Förenade kungariket av diacetylmorfin från Nederländerna, vilket inte skulle beröra tredje land. Den irländska regeringen har yttrat sig på liknande sätt. Även Franska republiken har i sitt yttrande anfört att artikel 234 första stycket inte ger en medlemsstat tillåtelse att avvika från EG-fördragets bestämmelser i fråga om handeln inom gemenskapen. Därmed skulle konventionen inte hindra tillämpningen av artiklarna 30—36.

32. Både Generics och Franska republiken stöder sig därvid på domstolens dom i

15 — En motsvarande föreskrift återfinns i artikel 5 i anslutningsakten för Grekland och i artikel 5 i anslutningsakten för Spanien och Portugal.

16 — Detsamma gäller för Danmark, Grekland, Portugal och Spanien, som också ratificerade konventionen innan de anslöt sig till gemenskaperna.

17 — Jfr artikel 30 i Wienkonventionen om traktaträtten.

18 — Dom av den 27 februari 1962, kommissionen mot Italien (10/61, Rec. s. 1, 22 ff.); dom av den 14 oktober 1980, Burgoa (812/79, Rec. s. 2787, punkt 8).

Congate-målet [19]. I denna förklarade domstolen att en medlemsstat inte "inom ramen för förbindelserna med andra medlemsstater får åberopa avtal, som ingåtts innan EEG-fördraget trätt i kraft, till stöd för begränsningar av handeln inom gemenskapen" [20].

MSL har dock med rätta påpekat att detta endast gäller för det fall tredje lands rättigheter inte påverkas. Denna ståndpunkt vinner stöd av domstolens praxis. I en dom från år 1988 fastslogs exempelvis att EG-fördragets företräde framför avtal som ingåtts innan fördraget trätt i kraft förutsätter att detta, "såsom i föreliggande fall, inte påverkar tredje lands rättigheter" [21]. Redan i sitt första avgörande avseende artikel 234 förklarade domstolen att tredje land inte kan resa invändningar emot det sätt på vilket medlemsstaterna sinsemellan reglerar tullfrågor, om det inte "inverkar menligt på tredje lands rättigheter enligt gällande konventioner" [22]. Den omständigheten att motsvarande förbehåll saknas i Conegate-domen kan inte tillläggas någon särskild betydelse; förklaringen torde vara att det för domstolen i detta mål stod klart att konventionerna i fråga inte medförde rättigheter för tredje land, vilka skulle kunna kränkas av gemenskapsrättens tillämpning i förhållandet mellan medlemsstaterna [23].

Den brittiska regeringen har dessutom med rätta påpekat att Generics uppfattning strider mot principen i artikel 41 i Wienkonventionen om traktaträtten [24].

33. Domstolen har således att först pröva om konventionen ålägger medlemsstater förpliktelser gentemot tredje land eller skapar rättigheter som tredje land äger åberopa gentemot medlemsstater. Frågan gäller med andra ord om konventionen endast medför bilaterala förpliktelser mellan de fördragsslutande parterna eller om den medför multilaterala förpliktelser mellan samtliga parter som undertecknat konventionen [25]. Härför krävs naturligtvis en tolkning av konventionen, vilken — såsom jag kommer att utveckla närmare — ankommer på den nationella domstolen. Jag tror dock att dom-

19 — Dom av den 11 mars 1986 (121/85, Rec. s. 1007).

20 — Anf. st. (fotnot 19), punkt 25.

21 — Dom av den 22 september 1988, Deserbais (286/86, Rec. s. 4907, punkt 18).

22 — Dom av den 27 februari 1962, anf. st. (fotnot 18), s. 23.

23 — Målet rörde 1923 års Genèvekonvention om åtgärder mot spridning och distribution av obscena publikationer och Världspostkonventionen, vilka domstolen redan behandlat i domen av den 14 december 1979, Henn och Darby (34/79, Rec. s. 3795). Därvid fastslog domstolen att tillämpningen av artikel 30 ff. var förenlig med dessa konventioner (punkt 26).

24 — Enligt denna artikel kan två eller flera parter till en multilateral traktat överenskomma att traktaten skall ändras dem emellan. En förutsättning är emellertid att detta inte inkräktar på övriga deltagares rättigheter enligt traktaten.

25 — Se i fråga om denna skillnad generaladvokaten Warners förslag till avgörande i mål 34/79, anf. st. (fotnot 23), s. 3818, 3833.

stolen utanvidare kan besluta själv i *denna* fråga. För det första har domstolen redan företagit en sådan prövning i tidigare mål [26]. För det andra kan det inte rimligen betvivlas att de förpliktelser som konventionen ålägger de fördragsslutande parterna skall fullgöras av *alla* fördragsslutande parter, såsom den portugisiska regeringen och MSL med rätta gjort gällande.

Redan ingressen, i vilken sägs att det är nödvändigt att vidta samordnade och världsomspännande åtgärder mot narkotikamissbruk, är ett indicium för att endast denna tolkning överensstämmer med konventionens ändamål. Att konventionens förpliktelser avseende kontroll av handel med narkotika inte bara skall skydda de fördragsslutande parter som direkt berörs, stöds vidare av den enkla omständigheten att alla fördragsslutande parter utsätts för de faror som följer av att konventionen åsidosätts: Kommer exempelvis en leverans av narkotika från en konventionsstats område till en mottagare i annan konventionsstat ut på den illegala marknaden på grund av att dessa båda fördragsslutande parter har underlåtit att på handeln dememellan tillämpa de kontrollbestämmelser som föreskrivs i konventionen, så innebär detta inte bara en fara för befolkningen i dessa stater, utan en fara för samtliga fördragsslutande parter. Slutligen skall påpekas att artikel 43 paragraf 2 i konventionen ger medlemmar av en tullunion möjlighet att minska de olägenheter och hinder som är förknippade med tillämpningen av konventionens kontrollsystem genom att göra en sådan anmälan som avses i denna bestämmelse [27]. Föreskriften vore obegriplig, om inte frågan om respekt för konventionens föreskrifter i förhållandet mellan två fördragsslutande parter också skulle beröra övriga fördragsslutande parters intressen.

34. Artikel 234 är dock endast relevant då det föreligger en konflikt mellan ett sådant avtal med tredje land och gemenskapsrätten. Avtalet i fråga måste följaktligen påbjuda ett handlingssätt som gemenskapsrätten förbjuder eller förbjuda ett handlingssätt som gemenskapsrätten påbjuder. Om man vill förvissa sig om att en sådan konflikt föreligger, måste man först fastställa dels ifrågavarande avtals innehåll, dels gemenskapsrättens innehåll.

35. Domstolen kan självfallet tolka de relevanta bestämmelserna i gemenskapsrätten och fastställa deras innehåll. Det är däremot tveksamt om domstolen är behörig att tolka ett internationellt avtal, såsom det förevarande, inom ramen för en begäran om förhandsavgörande.

26 — Jfr särskilt domen i Deserbais-målet, anf. st. (fotnot 21 med tillhörande text).

27 — Den internationella styrelsen i Wien för kontroll av narkotika har i en av MSL företedd skrivelse av den 11 augusti 1981 till den brittiska regeringen formulerat detta på följande sätt: "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. Domstolen förefaller i sin dom i målet Henn och Darby [28] att implicit ha bejakat denna fråga. Även detta mål om begäran om förhandsavgörande enligt artikel 177 rörde frågan om en medlemsstat har rätt att förbjuda import av varor (i detta mål gällde det filmer och publikationer med pornografiskt innehåll) från en annan medlemsstat i syfte att fullgöra förpliktelser enligt ett internationellt avtal. Domstolen förklarade följande:

"Om de folkrättsliga föreskrifter som House of Lords har hänvisat till prövas mot bakgrund av de överväganden som tidigare anförts, framgår det att det inte föreligger någon motsättning mellan Förenade kungarikets uppfyllelse av nämnda internationella avtal och föreskrifterna om den fria rörligheten för varor, sedan det undantag för införselförbud med hänsyn till allmän moral som anges i artikel 36 beaktats" [29].

37. Den tyska formuleringen på denna punkt ("daß ... keine Widersprüche ... entstehen können") ligger nära antagandet att domstolen därefter tagit ställning till frågan om huruvida skyldigheterna enligt den i det målet aktuella konventionen var förenliga med gemenskapsrätten. Av formuleringen på rättegångsspråket (engelska) [30], framgår det dock att detta inte alls är säkert. Det förefaller snarare som om domstolen endast underkastat ifrågavarande avtal en flyktig prövning och fastställt att det vid denna preliminära prövning inte framkommit något som tytt på en möjlig konflikt mellan avtalet och artiklarna 30—36 i fördraget. Möjligheten att den nationella domstolen vid en närmare prövning av avtalet skulle finna att därav följande skyldigheter i ett visst avseende inte lät sig förenas med tillämpningen av artikel 30 ff. skulle därvid kvarstå.

Denna tolkning förefaller mig också vara den som passar bäst till den slutsats som domstolen i denna dom drog av ovan anförda domskäl. Domstolen fastslog att artikel 234 inte hindrar att en medlemsstat fullgör de förpliktelser som följer av internationella avtal, "såvitt medlemsstaten har tillämpat det undantag till skydd för allmän moral som anges i artikel 36 i fördraget" [31]. MSL:s advokat har under den muntliga förhandlingen inför domstolen med viss rätt liknat denna förklaring vid ett orakelsvar ("a thoroughly Delphic ruling"). Eftersom artikel 234 första stycket just innebär att en medlemsstat har rätt att fullgöra de förpliktelser som följer av ett tidigare avtal, tycks domstolens uttalande inte ha någon riktig mening. Den skenbara självmotsägelsen bortfaller om man lägger

28 — Anf. st. (fotnot 23).

29 — Anf. st. (fotnot 23), punkt 26.

30 — "It appears ... that the observance ... of those international Conventions is not *likely* to result in a conflict"; jfr även den franska lydelsen, enligt vilken uppfyllelsen av de folkrättsliga avtalen "n'est pas *susceptible* de créer un conflit" (mina kursiveringar).

31 — Anf. st. (fotnot 23), punkt 27.

den tolkning som jag har framkastat till grund: Enligt min tolkning betyder uttalandet bara att det inte finns någon motsättning mellan de folkrättsliga avtalen och gemenskapsrätten, såvitt de förpliktelser som följer av dessa avtal är förenliga med fördraget med tillämpning av undantagen i artikel 36. Därvid underförstås att artikel 234 första stycket kan tillämpas först sedan detta inte visat sig vara möjligt.

38. Domstolen har i en rad nyare avgöranden uttalat sig betydligt tydligare i fråga om behörigheten att tolka sådana avtal. Både Levy-målet [32] och Minne-målet [33] rörde frågan om vissa nationella bestämmelser om kvinnors nattarbete stred mot principen om likabehandling av kvinnor och män i artikel 5 i direktiv 76/207/EEG. I båda dessa mål uppkom frågan om de nationella bestämmelserna möjligen var befogade, eftersom de utfärdats för att fullgöra förpliktelser som åvilade medlemsstaterna till följd av ett avtal som omfattades av artikel 234 första stycket (en konvention som antagits av Internationella arbetsorganisationen). Domstolen bekräftade för det första att domstolarna i medlemsstaterna inte kunde tillämpa nationell rätt som stred mot gemenskapsrätten, såvida tillämpningen inte var nödvändig enligt artikel 234 första stycket för att fullgöra förpliktelser som följde av ett avtal som ingåtts med tredje land innan EG-fördraget trätt i kraft. I domen i Minne-målet uttalade domstolen vidare:

"Det ankommer emellertid på den nationella domstolen, och inte på EG-domstolen, att inom ramen för en begäran om förhandsavgörande pröva huruvida dessa förpliktelser hindrar tillämpningen av artikel 5 i direktivet. Den nationella domstolen har därvid att pröva vilka förpliktelser som åvilar den berörda medlemsstaten till följd av ett tidigare folkrättsligt avtal och om ifrågavarande nationella bestämmelser är ägnade att genomföra detta avtal" [34].

Domstolen uttalade sig på liknande sätt i Levy-målet [35].

39. Av dessa avgöranden framgår tydligt att domstolen anser att tolkningen av ifrågavarande internationella avtal i ett mål om för-

32 — Dom av den 2 augusti 1993 (C-158/91, Rec. s. I-4287).

33 — Dom av den 3 februari 1994 (C-13/93, Rec. s. I-371).

34 — Anf. st. (fotnot 33), punkt 18.

35 — Anf. st. (fotnot 32), punkt 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."

handsavgörande enligt artikel 177 ankommer på de nationella domstolarna. Detta står även i överensstämmelse med fördraget, då artikel 177 endast ger domstolen behörighet att tolka *gemenskapsrätten*. Bestämmelsen omfattar inte behörighet att tolka folkrättsliga avtal som medlemsstater slutit med tredje land innan fördraget trätt i kraft eller innan de anslutit sig till gemenskapen.

40. MSL har i sitt skriftliga yttrande gjort gällande att det är nödvändigt att domstolen tolkar konventionen för att gemenskapsrätten skall tillämpas likformigt. Domstolen bör inte ansluta sig till denna ståndpunkt. Visserligen har domstolen på grundval av en liknande argumentation funnit att den inom ramen för en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 177 är behörig att tolka GATT-avtalet, dvs. ett avtal som medlemsstaterna ingått med tredje land innan EG-fördraget trätt i kraft [36]. Bortsett från att denna dom varit föremål för kritik [37] — enligt min mening berättigad sådan — skall påpekas att denna rättsliga bedömning inte är tillämplig i förevarande mål. För att uppfylla GATT-avtalet har gemenskapen som bekant trätt *i medlemsstaternas ställe*. Det kan inte hävdas att så skulle vara fallet med den konvention varom nu är fråga. MSL har visserligen med rätta påpekat att gemenskapen och alla medlemsstater har undertecknat Förenta Nationernas konvention av den 19 december 1988 om åtgärder mot illegal handel med narkotika och psykotropa preparat [38]. I 13:e övervägandet i ingressen till denna konvention förklarar de fördragsslutande parterna att det är nödvändigt att stärka och komplettera de åtgärder som föreskrivs i 1961 års konvention. Därmed har MSL och den irländska regeringen säkerligen rätt då de gör gällande att gemenskapen har erkänt målsättningen och kontrollsystemet i 1961 års konvention genom att tillträda 1988 års konvention. Skyldigheten att fullgöra förpliktelserna enligt förstnämnda konvention vilar dock även här på medlemsstaterna.

41. MSL har i sitt skriftliga yttrande vidare antytt att konventionen nu möjligen skulle kunna behandlas som en del av gemenskapsrätten och således kunna vara föremål för domstolens tolkning. Under den muntliga förhandlingen inför domstolen har företrädaren för MSL emellertid nyanserat denna antydan. Enligt min mening är det inte nödvändigt att närmare beröra denna fråga. Att gemenskapen har tillträtt 1988 års konvention ändrar inte det faktum att den inte tillträtt 1961 års konvention, som är den konvention som skall prövas här. Att gemenskapen godkänner och stöder konventionens målsättning, föranleder inte att konventionen skall anses vara en del av gemenskapsrätten och ger följaktligen inte heller domstolen behörighet att tolka den inom ramen för ett förfarande enligt artikel 177.

36 — Dom av den 16 mars 1983, SPI och SAMI (267/81, 268/81 och 269/81, Rec. s. 801, punkterna 14— 19).

37 — Jfr exempelvis T.C. Hartley, *The Foundations of European Community Law*, 2:a upplagan, 1988, s. 252 ff.

38 — Se rådets beslut 90/611/EEG av den 22 oktober 1990 att tillträda denna konvention (EGT nr L 326, s. 56).

42. Det torde vara självklart att man inte kan skapa behörighet för domstolen att tolka konventionen inom ramen för ett förfarande enligt artikel 177 genom att inta ståndpunkten att domstolen här har att tolka artikel 234 — dvs. en gemenskapsrättslig norm. Eftersom domstolen tveklöst är behörig att göra *denna* tolkning, är, enligt samma ståndpunkt, tolkningen av konventionen endast en preliminär fråga som domstolen får behandla. Generaladvokat Capotorti har visserligen en gång framkastat en liknande tanke [39]. Vid detta tillfälle prövade han emellertid om en gemenskapsrättslig förordning stred mot artikel 234. I ett dylikt fall skulle domstolen verkligen själv behöva tolka det folkrättsliga avtalet, eftersom det endast är domstolen som kan ogiltigförklara den gemenskapsrättsliga norm som målet rör. Så är dock inte fallet här [40].

Domstolens dom i målet Hurd mot Jones [41], som företrädaren för den brittiska regeringen har hänvisat till, föranleder inte annan bedömning. Detta mål rörde tolkningen av en gemenskapsrättslig norm, vilken innehöll hänvisningar till specifika folkrättsliga avtal.

43. Enligt min mening skulle man dock kunna tänka sig att domstolen uttalade sig om ett sådant avtal under förutsättning att dess innehåll vore ostridigt. Är alla parter jämte den nationella domstolen överens om innebörden av de förpliktelser som följer av konventionen, så kan domstolen naturligtvis pröva om tillämpningen av gemenskapsrätten skulle hindra att dessa förpliktelser fullgörs. Kanske står förklaringen till att domstolen i Henn och Darby-målet underkastade de folkrättsliga traktaterna en egen prövning att finna i detta förhållande.

I förevarande mål kan det enligt mitt förmenande knappast råda tvivel om att fullgörelsen av de förpliktelser som enligt konventionen åvilar medlemsstaterna *inte* kan leda till en konflikt med gemenskapsrätten. Jag skall strax utveckla detta närmare i ett andrahandsyttrande. Det bör dock påpekas att parterna i detta mål inte är helt eniga om tolkningen av konventionen. MSL har gjort gällande att det av artikel 21 paragraf 1 i denna framgår att en medlemsstat inte får tillåta någon import, när behovet kan täckas av inhemska tillverkare. Den portugisiska regeringen har försvarat en liknande tolkning. Generics jämte de irländska och brittiska regeringarna har inte delat denna uppfattning. High Court har i beslutet om begäran om förhandsavgörande inte givit klart uttryck åt sin egen tolkning. Det kan därför inte uteslutas att High Court delar den uppfattning som den portugisiska regeringen och MSL givit uttryck för. Med hänsyn till detta bör det förbli vid att tolkningen av konventionen, inom ramen för ett förfarande enligt artikel 177, ankommer på den nationella domstolen.

39 — Förslag till avgörande i mål 812/79 (Burgoa, Rec. 1980, s. 2809, 2817).

40 — Ett exempel på en sådan situation erbjuder däremot de faktiska omständigheter som ligger till grund för domen av den 8 december 1981, Arbelaiz-Emazabel (181/80, Rec. s. 2961, punkt 11).

41 — Dom av den 15 januari 1986 (44/84, Rec. s. 29).

44. Det skall betonas att detta inte torde medföra några graverande risker för den enhetliga tolkningen av gemenskapsrätten. Den av MSL yppade farhågan, att följderna för bolaget skulle bli allvarliga om import till Förenade kungariket tilläts samtidigt som andra medlemsstater framhärdade i att begränsa eller förbjuda import från övriga medlemsstater, är fullt förståelig. Det skall emellertid påpekas att domstolen inom ramen för ett förfarande enligt artikel 177 visserligen inte kan besluta om tolkningen av avtal som medlemsstaterna ingått med tredje land, men att den självfallet har till uppgift att tolka gemenskapsrätten. Därmed kan en nationell domstol enligt artikel 177 begära att domstolen meddelar ett förhandsavgörande angående frågan om fullgörelsen av medlemsstatens förpliktelser enligt visst avtal, såsom dessa förpliktelser fastställts av den nationella domstolen, hindrar gemenskapsrättens tillämpning.

För övrigt kan en talan om fördragsbrott enligt artikel 169 eller artikel 170 väckas i de fall då en medlemsstat åsidosätter gemenskapsrätten utan att vara berättigad därtill enligt artikel 234 första stycket. Inom ramen för ett *sådant* förfarande skall domstolen pröva om denna medlemsstats förhållningssätt är befogat enligt artikel 234 och, om nödvändigt, fastställa om den berörda medlemsstatens tolkning av avtalet i fråga är korrekt. Det torde således inte bero på en slump att domstolen i de redan omnämnda domarna i målen Levy och Minne uttalade att tolkningen av folkrättsliga avtal inte ankommer på domstolen "inom ramen för en begäran om förhandsavgörande".

45. Jag föreslår följaktligen att fråga 1 a) besvaras på följande sätt: Artiklarna 30—36 i EG-fördraget är tillämpliga på laglig handel med narkotika som avses i 1961 års konvention ersättande äldre konventioner rörande narkotika. I den mån detta får till följd att den berörda medlemsstaten inte kan uppfylla de förpliktelser som följer av konventionen — ej ens i betraktande av de möjligheter som artikel 36 innebär — kan denna medlemsstat, om den har anslutit sig till konventionen före EG-fördragets ikraftträdande eller före sin anslutning till gemenskapen, uppfylla de förpliktelser som följer av denna konvention med stöd av artikel 234 första stycket i EG-fördraget.

46. Detta är samtidigt ett tillräckligt svar på fråga 1 b). Såvitt denna avser det i konventionen föreskrivna kontrollsystemets funktion, bör enligt min mening fastslås att saken inte kan behandlas i termer av mer eller mindre. Varje medlemsstat har förbundit sig att införa de kontrollbestämmelser som föreskrivs i konventionen. Om detta skulle visa sig vara omöjligt på grund av vad som föreskrivs i artiklarna 30—36, måste dessa bestämmelser ge vika. Är så inte fallet, skall däremot de gemenskapsrättsliga bestämmelserna tillämpas.

Motsvarande gäller enligt min mening för det andra antagandet i samma fråga, enligt vilket det för att fullgöra förpliktelserna i konventionen i praktiken vore nödvändigt att godtyckligen fastställa kvoter för importörer respektive inhemska tillverkare. Det ankommer på High Court att pröva om sådana förpliktelser följer av konventionen och huruvida tillämpningen av artiklarna 30—36 omöjliggör deras fullgörelse. *Endast* om så är fallet, skall de gemenskapsrättsliga bestämmelserna ge vika.

Subsidiärt yttrande över fråga 1

47. Skulle domstolen emellertid dra slutsatsen att det i målet om förhandsavgörande är möjligt att ta ställning till frågan om huruvida fullgörelsen av konventionens förpliktelser är förenlig med tillämpningen av artiklarna 30—36 i EG-fördraget, bör enligt min mening vissa överväganden, som jag här tilläggsvis redovisar i form av ett *subsidiärt yttrande*, tas i betraktelse.

48. Den lagliga handeln med narkotika har genom konventionen underkastats strikta kontrollbestämmelser. De fördragsslutande parterna skall årligen avge beräkningar avseende de mängder narkotika som kommer att förbrukas (artikel 19 i konventionen). I förenklade ordalag får varken tillverkning eller import överstiga den mängd som förbrukats i landet eller området i fråga eller som exporterats därifrån (artikel 21). För såväl tillverkning som handel och distribution av narkotika krävs statligt tillstånd (artiklarna 29—31). Enligt artikel 2 paragraf 5 kan narkotika med synnerligen farliga egenskaper underkastas särskilda kontrollbestämmelser, som även innefattar ett generellt förbud. MSL har med någon rätt hävdat att konventionen skapat en "planekonomi i världsomfattande skala" ("a planned economy on a world scale"). Att artikel 30 i EG-fördraget — vars syfte är att avskaffa alla kvantitativa importrestriktioner och åtgärder med motsvarande verkan i handeln inom gemenskapen — står i strid med detta system, är utan vidare klart.

49. Det vore emellertid förfelat att inskränka den förestående prövningen till att endast avse artikel 30. Den bestämmelsen är oskiljaktigt förbunden med artikel 36, vari vissa undantag från förbudet i artikel 30 medges. Domstolen har i sin dom i målet Henn och Darby [42] klargjort att en *samlad bedömning* är påkallad i detta sammanhang. Såsom redan nämnts, har domstolen i denna dom förklarat att någon motsägelse mellan de internationella avtalen i fråga och reglerna om den fria rörligheten för varor inte står att finna, "med hänsyn till det undantag som medges i artikel 36 för importförbud till skydd för allmän moral" [43]. Om de restriktioner eller förbud mot import som i föreliggande fall följer av konventionen vore befogade även enligt artikel 36, skulle således någon motsägelse mel-

42 — Anf. st. (fotnot 23).
43 — Se ovan, punkt 36.

lan konventionen och artiklarna 30—36 inte föreligga.

50. De metodologiska eller snarare dogmatiska invändningar som MSL framställt mot detta betraktelsesätt förmår inte övertyga. Det är visserligen riktigt att undantag enligt artikel 36 måste vara befogade. Detta innebär att åtgärder som vidtas i där angivet syfte endast omfattas av bestämmelsen om de är proportionerliga och ägnade att uppnå detta syfte [44]. Det är också riktigt att artikel 36 skall tolkas restriktivt i dess egenskap av undantagsbestämmelse [45]. MSL:s argument, enligt vilket det vore fel att låta tredje lands rättigheter vara avhängiga undantagsmöjligheten i artikel 36, går dock problemets kärna förbi. Avgörande är att en medlemsstat har möjlighet att fullgöra de förpliktelser som följer av konventionen. Om detta är möjligt på grund av en medlemsstats egen suveränitet eller på grund av bestämmelsen i artikel 36, saknar betydelse för de tredje länder som berörs.

51. Enligt artikel 36 i EG-fördraget kan importbegränsningar och importförbud vara befogade bland annat med hänsyn till hälsoskyddet. Med undantag för MSL är alla parter i målet vid domstolen av den uppfattningen att de åtgärder som krävs enligt konventionen även får vidtas med stöd av artikel 36 i EG-fördraget. Jag är av samma uppfattning. De kontrollbestämmelser för laglig handel med narkotika som avses i artiklarna 19, 21 och 29—31 förefaller vara ägnade att avvärja (eller i möjligaste mån begränsa) de hälsorisker som narkotikamissbruket kan medföra. Med tanke på dessa varors farlighet tycks det heller inte finnas något alternativ som innebär att målet kan uppnås med en mindre begränsning av rörligheten för varor.

52. I detta sammanhang skall påpekas att gemenskapen senast då den tillträdde 1988 års konvention har anammat målen för den konvention som här skall prövas [46]. Både EG-fördraget och konventionen tillmäter hälsoskyddet en utomordentligt stor betydelse. Det skulle därför förvåna om åtgärder som vidtogs enligt konventionen för att uppnå samma mål ansågs strida mot EG-fördraget.

53. En konflikt skulle likväl kunna uppstå, om gränserna för artikel 36 överskrids. Enligt artikel 36 andra meningen får handelsrestriktioner som bekant inte utgöra ett "medel för godtycklig diskriminering" eller innefatta en "förtäckt begränsning" av handeln mellan medlemsstaterna. Enligt min mening kan emellertid en sådan situation inte inträda här.

44 — Jfr exempelvis domen av den 16 maj 1989, Buet och Educational Business Services (382/87, Rec. s. 1235, punkterna 10—11).

45 — Dom av den 5 juni 1986, kommissionen mot Italien (103/84, Rec. s. 1759, punkt 22).

46 — Se ovan, punkt 40.

54. Såsom exempelvis den brittiska regeringen riktigt påpekat, tvingar konventionen på intet sätt de fördragsslutande parterna att förbjuda införsel av narkotika. I den kommentar till konventionen som har offentliggjorts av Förenta nationerna (nedan kallad "kommentaren") [47] sägs visserligen att införsel av narkotika (och den internationella handeln som sådan) skall betraktas som en aktivitet av särskilt farligt slag, vilken innebär en risk för att narkotiska preparat olagligen råkar på avvägar [48]. Konventionen innehåller emellertid en lång rad hänvisningar till den internationella handeln, av vilka framgår att konventionens utgångspunkt trots allt är att införsel är principiellt tillåten. Det är i detta sammanhang tillräckligt att erinra om ordalydelsen av artikel 21 paragraf 1, vari föreskrivs att de sammanlagda mängderna av varje narkotikum, som "tillverkats eller importerats" under loppet av ett år, inte får överstiga en viss summa.

55. MSL och den portugisiska regeringen har gjort gällande att det av nyssnämnda bestämmelse i konventionen följer att en stat måste förbjuda import, när de inhemska tillverkarnas produktion är tillräckligt stor för att täcka behovet. En sådan förpliktelse skulle enligt min mening inte kunna grundas på artikel 36 i EG-fördraget. Såtillvida vore det följaktligen fråga om en konflikt mellan konventionen och de gemenskapsrättsliga bestämmelserna. Detta är dock en akademisk fråga, eftersom konventionen enligt min mening *inte* medför någon sådan förpliktelse. I artikel 21 paragraf 1 nämns både inhemsk tillverkning och import, utan att inhemsk tillverkning ges företräde. En förpliktelse att meddela införselförbud följer inte heller av någon faktisk nödvändighet [49], eftersom såväl inhemsk tillverkning som import endast får ske om tillstånd medges. Det enda som pekar i denna riktning är, såvitt jag vet, ett beslut från 1934 av Nationernas förbunds rådgivande kommitté [50]. I detta beslut utfärdades en rekommendation åt de producerande länderna att inte bevilja fler licenser för tillverkning, om den existerande produktionskapaciteten i respektive land var tillräcklig för att täcka behovet. I den konvention som skall prövas här finns det emellertid inte någon bestämmelse av detta innehåll eller någon bestämmelse med krav på förbud mot import i en sådan situation.

56. Om import tillåts, leder detta enligt MSL till att inhemska tillverkare och importörer måste tilldelas vissa bestämda mängder. En sådan kvotering skulle dock inte vara förenlig med artiklarna 30—36, i synnerhet inte då den leder till att de olika mängderna måste fördelas på ett godtyckligt sätt.

Det skulle vara mycket svårt, om inte rentav omöjligt, för en stat att iaktta den summa som föreskrivs i artikel 21 och inte över-

47 — Förenta nationerna (utg.), *Commentary on the Single Convention on Narcotic Drugs, 1961*, New York, 1973.

48 — Anf. st. (fotnot 47), anmärkning nr 2 till artikel 1 paragraf 1 y).

49 — Följande kan anföras som exempel: Om man antar att inhemsk tillverkning finns, får den mängd för vilken införsel kan tillåtas högst uppgå till skillnaden mellan förbrukning (jämte export) och inhemsk tillverkning. Om någon sådan skillnad inte finns (på grund av den inhemska tillverkningens storlek), är import inte tillåten.

50 — Citerat i kommentaren, anf. st. (fotnot 47), anmärkning nr 10 till artikel 29 paragraf 1.

skrida behovsberäkningarna enligt artikel 19, om den inte fördelade kvoter av det samlade behovet mellan de ekonomiska aktörerna i fråga. I kommentaren rekommenderas därför de fördragsslutande parterna att bestämma kvoter för "tillverkare eller importörer eller bådadera" [51]. Dock skulle ett sådant förfaringssätt enligt min mening även vinna stöd av artikel 36 i EG-fördraget. Den irländska regeringen har med all rätt påpekat att ett importförbud i föreliggande fall skulle befästa ett bolagsmonopol på den brittiska marknaden. En dylik situation vore långt mindre förenlig med den fria rörligheten för varor än en fördelning av kvoter mellan inhemska tillverkare och importörer.

En sådan fördelning av kvoter måste inte heller — i motsats till vad MSL har hävdat — ske på ett godtyckligt sätt och på grund av detta strida mot artikel 36. Ingenting hindrar att objektiva kriterier, som till exempel kan avse priset eller vilka garantier för tillförlitliga leveranser som det berörda företaget kan lämna, läggs till grund för fördelningen.

57. Att import tillåts kan inte heller äventyra effektiviteten av konventionens kontrollsystem. I kommentaren sägs visserligen att det för en effektiv kontroll är tillrådligt eller till och med väsentligt att begränsa antalet licenser för tillverkare och dem som idkar internationell handel (importörer och exportörer) till ett minimum [52]. Tilläggas bör att kommentaren är ett hjälpmedel för tolkningen av konventionen som inte kan påföra parterna några förpliktelser som inte redan angivits i konventionen. I konventionen föreskrivs inte att de fördragsslutande parterna skall förbjuda import. Detta bekräftas indirekt på nämnda ställe i kommentaren. Om ett tillstånd för import i det enskilda fallet inte strider mot konventionen, kan det påstådda förhållandet [som berörts i samband med fråga 1 b)] att det särskilt skulle gagna tillförlitligheten om all anskaffning skedde från en inhemsk tillverkare, inte hindra tillämpningen av artiklarna 30—36 i EG-fördraget.

Enligt min mening skall frågan om huruvida tillstånd för import försvårar för en fördragsslutande part att avge de beräkningar som avses i artikel 19 i konventionen inte beröras närmare. Det är tillräckligt att påpeka att införsel inte förbjuds i konventionen. Om sådan införsel verkligen skulle göra det svårare att avge beräkningarna, följer dessa svårigheter av konventionen i sig.

51 — Anf. st. (fotnot 47), allmän anmärkning nr 3 till artikel 21.

52 — Anf. st. (fotnot 47), allmän anmärkning nr 4 till artikel 21; anmärkning nr 4 till artikel 31 paragraf 3.

58. Även uppfyllelsen av de skyldigheter som följer av artikel 2 paragraf 5 i konventionen låter sig förenas med tillämpningen av reglerna om den fria rörligheten för varor. Enligt nämnda bestämmelse skall alla parter införa de särskilda kontrollbestämmelser som de anser vara "nödvändiga" [a)] för de narkotika som anges i lista IV till konventionen och får helt förbjuda ett narkotikum, om denna åtgärd enligt deras åsikt utgör "den mest lämpade" för skydd av folkhälsan [b)]. Därigenom ges de fördragsslutande parterna *möjlighet* att handla. *Plikt* att ingripa föreligger endast i den mån som en fördragsslutande part bedömer att särskilda åtgärder är *nödvändiga*. Därvid skall emellertid beaktas att de fördragsslutande parterna skall handla "i god tro" vid tolkningen av dessa föreskrifter [53]. Konventionen ålägger således inte de fördragsslutande parterna att vidta vissa åtgärder, om de inte anser att dessa erfordras. *Om* en fördragsslutande part emellertid hyser uppfattningen att särskilda kontrollbestämmelser är "nödvändiga" eller de "mest lämpade" för att möta de faror som detta narkotikum framkallar, *måste* den ingripa. Denna tolkning motsvarar såväl bestämmelsens ordalydelse som konventionens mening och ändamål.

59. Eftersom bedömningen följaktligen skall göras av de fördragsslutande parterna var för sig, kan det naturligtvis förekomma att medlemsstaterna tillämpar bestämmelsen på skilda sätt. Detta har tydligt framkommit i förevarande mål, sedan det upplysts att bruket av diacetylmorfin tillåts i Förenade kungariket, men är förbjudet i alla andra medlemsstater.

På ett så känsligt område som handel med narkotika är skillnader av detta slag inte ägnade att förvåna. Såsom flera parter med rätta påpekat, medför handel med narkotika inte bara hälsorisker, utan även att andra skyddsvärda intressen kan påverkas. Begränsningar av handeln inom gemenskapen kan därför vara berättigade med hänsyn till skyddet för allmän ordning eller allmän säkerhet — hänsyn som också nämns i artikel 36.

60. Såsom den franska regeringen med rätta anfört, är sådana skillnader förenliga med gemenskapsrätten, såvida någon harmonisering på gemenskapsnivå av skyddsföreskrifterna på detta område ännu inte ägt rum. Det bör emellertid påpekas att gemenskapsrätten uppställer gränser för nationella åtgärder av detta slag. Dessa gränser beskrivs i artikel 36 andra meningen. Vad de portugisiska och franska regeringarna har anfört tar enligt min mening inte tillräcklig hänsyn till detta.

En dold diskriminering — som inte omfattas av artikel 36 — föreligger till exempel, om en medlemsstat skulle tillåta inhemska tillverkare att framställa eller handla med ett narkotikum som anges i bilaga IV till konventionen, samtidigt som den skulle meddela ett

53 — Kommentaren, anf. st. (fotnot 47), anmärkning nr 4 till artikel 2 paragraf 5. Det är här fråga om en allmän princip för tolkningen av traktater (jfr artikel 31 i Wienkonventionen om traktaträtten), som även domstolen har erkänt vara bindande (jfr exempelvis domen av den 1 juli 1993, Metalsa [C-312/91, Rec. s. I-3751, punkt 12]).

allmänt förbud mot införsel från andra medlemsstater. Ett dylikt förfaringssätt föreskrivs inte heller i artikel 2 paragraf 5 i konventionen. De fördragsslutande parterna är enligt denna bestämmelse inte skyldiga att ge företräde åt inhemska tillverkare framför importörer. De är definitivt inte tvungna att bevara nationella monopol. Den irländska regeringen har träffande uttryckt saken på följande vis: Enligt artikel 2 paragraf 5 får utvinning, framställning, utförsel, införsel, innehav och konsumtion av dessa narkotika helt förbjudas. Detta är förenligt med artikel 36 i EG-fördraget. Om en fördragsslutande part emellertid inför vissa begränsningar, i stället för att utfärda ett generellt förbud, är den inte till följd av konventionen tvungen att i jämförelse med inhemska tillverkare förfördela importörer.

Således föreligger inte heller i detta avseende någon motsättning mellan konventionens bestämmelser och reglerna om fri rörlighet för varor.

61. MSL har gjort gällande att import inte kan tillåtas utan att de fördragsslutande parterna därmed skulle åsidosätta sina allmänna skyldigheter, såsom dessa fastslagits i artikel 4 i konventionen, i fråga om att genomföra konventionen och i förhållande till denna begränsa utvinning, framställning, utförsel, införsel, distribution, konsumtion och innehav till att enbart avse medicinska och vetenskapliga ändamål. Hur dessa skyldigheter konkret skulle åsidosättas har MSL dock inte beskrivit.

62. Betydligt större vikt tillmäter jag argumentet att fördragets regler om fri rörlighet för varor — åtminstone med avseende på Förenade kungariket — inte kan tillämpas så länge som medlemsstaterna inte lämnat den anmälan som avses i artikel 43 paragraf 2 i konventionen.

Det är uppenbart att syftet med denna föreskrift är att ge medlemmar av en tullunion (såsom gemenskapen) ett instrument för att minska de olägenheter och hinder för den internationella handeln som är förknippade med tillämpningen av kontrollsystemet [54]. Eftersom en sådan anmälan för gemenskapens medlemsstater ännu inte gjorts, kan gemenskapen inte betraktas som ett enda "område" på sätt som avses i artiklarna 19—21 jämte artikel 31, och kan följaktligen inte komma i åtnjutande av därav följande lättnader [55]. Detta innebär till exempel att det för införsel till en medlemsstat av narkotika från en annan medlemsstat alltjämt erfordras tillstånd enligt artikel 31.

63. Detta mål rör emellertid en annan fråga, nämligen om konventionens förskrifter skall anses vara förenliga med fördragets regler om den fria rörligheten för varor. Denna fråga skall mot bakgrund av vad som nu sagts besvaras jakande. Därmed är det irrele-

54 — Se ovan, punkt 33 och i fotnot 27 citerad skrivelse.

55 — Av kommentaren framgår att det trots ordalydelsen ("kan") är nödvändigt att avge förklaring i enlighet med artikel 43 paragraf 2 för att de önskade följderna skall inträda (anf. st. (fotnot 47), anmärkning nr 13 till artikel 1 paragraf 1 y).

vant att en anmälan som avses i artikel 43 paragraf 2 skulle medföra ytterligare lättnader. Om konventionen och fördraget låter sig förenas utan att det är nödvändigt att göra denna anmälan, kan den omständigheten att anmälan inte gjorts inte frita medlemsstaterna från deras skyldigheter enligt artiklarna 30—36.

64. För det fall domstolen ansluter sig till bedömningen i det subsidiära yttrandet, borde frågorna 1 a) och 1 b) enligt min mening besvaras på följande sätt: Artiklarna 30—36 i EG-fördraget är tillämpliga på laglig handel med narkotika som avses i 1961 års konvention ersättande äldre konventioner om narkotika.

Fråga 1 c)

65. High Court begär med denna fråga besked om det är möjligt för en medlemsstat att vägra införseltillstånd för narkotika från en annan medlemsstat, då införseln hotar den ekonomiska livskraftigheten hos en tillverkare med ensamrätt att framställa dessa narkotika i ifrågavarande medlemsstat, varvid en tillförlitlig anskaffning av dessa narkotika för viktiga medicinska ändamål i samma medlemsstat inte skulle kunna säkerställas. Frågan avser uppenbarligen tolkningen av artikel 36 och grundas därmed på antagandet att artiklarna 30—36 är tillämpliga. Även svaret bör vila på denna grund.

66. Frågan har föranletts av ett påstående som kärandena framfört i målet vid den nationella domstolen. Om import tillåts, skulle detta enligt kärandena hota den brittiske tillverkarens ekonomiska livskraftighet, varför även anskaffningens tillförlitlighet i Förenade kungariket skulle råka i fara. Om än påståendets riktighet ännu inte visats, skall domstolen utgå ifrån att det är riktigt när frågan besvaras.

67. De omständigheter som den nationella domstolen har nämnt ytterligare saknar betydelse. Det faktum att andra medlemsstater framställer narkotiska preparat och förbjuder införsel av dem är irrelevant för tolkningen av gemenskapsrätten. Även den omständigheten att medlemsstaterna ännu inte lämnat den anmälan som avses i artikel 43 paragraf 2 i konventionen saknar betydelse för tolkningen av artikel 36 i EG-fördraget [56].

68. Enligt mitt förmenande råder inget tvivel om att en kontinuerlig anskaffning av narkotika som är nödvändiga för medicinska ändamål är av stor betydelse. En medlemsstat har därför rätt att beakta detta, då ett beslut om införseltillstånd för ett narkotikum skall

56 — Jfr ovan, punkterna 62—63.

meddelas. Det kan inte uteslutas att en medlemsstat till följd av ett sådant övervägande undantagsvis kan ha rätt att inom ramen för artikel 36 ge inhemsk framställning företräde framför import från andra medlemsstater till en viss gräns. Detta kan enligt min mening utläsas av domstolens dom i Campus Oil-målet [57]. Domstolen fastslog vid detta tillfälle att en medlemsstat, som är beroende av oljeimport, får föreskriva att importörer måste täcka en viss andel av sitt behov genom att köpa av ett inhemskt raffinaderi, om detta raffinaderis produkter annars inte skulle kunna avsättas till konkurrenskraftiga priser på marknaden [58]. Inte heller av det skälet att åtgärden i fråga vidtas i rent ekonomiskt syfte möter det något hinder mot att tillämpa artikel 36 i dylika fall [59]. Den invändning av motsvarande innehåll som framställts av Generics saknar därför betydelse.

69. Det kan inte heller uteslutas att en medlemsstat till följd av ett sådant övervägande kan ha rätt att i ett enskilt fall till och med förbjuda införsel av ett narkotikum. Den brittiska regeringen har dock med rätta påpekat att det härvid handlar om extrema undantagsfall. Artikel 36 medger nämligen att handeln begränsas först då inga andra möjligheter finns att på ett mindre ingripande sätt uppnå det mål som eftersträvas. Följaktligen är det nödvändigt att hänvisa till dessa gränser, då frågorna besvaras. Det är i detta sammanhang självklart att artikel 36 innebär att en medlemsstat *tillåts* att begränsa den fria rörligheten för varor utan att den *förpliktas* införa en sådan begränsning.

70. Jag föreslår därmed att fråga 1 c) skall besvaras på följande sätt: Med stöd av artikel 36 i EG-fördraget får en medlemsstat undantagsvis ge företräde åt inhemsk framställning framför import från andra medlemsstater, om detta är det enda sättet att säkerställa en tillförlitlig anskaffning av narkotiska preparat för viktiga medicinska ändamål i denna medlemsstat.

Fråga 2

71. High Court har genom denna sista fråga begärt besked om huruvida en myndighet, som ansvarar för upphandling av viktiga, smärtlindrande narkotika för medicinska ändamål, vid tilldelning av kontrakt får ta hänsyn till kravet att anskaffningen skall vara tillförlitlig och kontinuerlig. I begäran om förhandsavgörande nämns i detta sammanhang rådets direktiv 77/62/EEG av den 21 december 1976 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor [60] "i dess ändrade lydelse". Detta (flera gånger ändrade) direktiv har upphävts genom artikel 33 i rådets direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling [61] och dess bestämmelser har ersatts av bestämmelserna i direktiv

57 — Dom av den 10 juli 1984, Campus Oil Limited mot industri- och energiministern (72/83, Rec. s. 2727).

58 — Anf. st. (fotnot 57), punkt 51.

59 — Jfr exempelvis domen av den 6 oktober 1987, Openbaar Ministerie mot Nertsvoederfabriek Nederland (118/86, Rec. s. 3883, punkt 15).

60 — EGT nr L 13, 1977, s. 1.

61 — EGT nr L 199, s. 1.

93/36. Detta direktiv antogs efter beslutet av High Court om begäran om förhandsavgörande. Om frågan från High Court skulle besvaras, borde därför även nu gällande rättsläge beaktas. Såsom jag redan har anfört, behöver denna fråga emellertid inte besvaras [62]. I det följande skall jag endast beröra den för det fall domstolen drar andra slutsatser.

72. Förutom MSL och den franska regeringen, är alla berörda parter i detta mål eniga om att tillförlitliga och kontinuerliga leveranser är ett kriterium som får beaktas inom ramen för direktiv 77/62. Enligt MSL:s uppfattning, hör detta kriterium däremot inte till tilläggskriterierna enligt artikel 25 i direktivet. Nyssnämnda bestämmelse gäller för alla de "öppna" och "selektiva" förfaranden som anges i artikel 4.1—4.2 i direktivet. Därmed bör först prövas om dessa förfaranden är tillämpliga i föreliggande fall.

73. Den portugisiska regeringen har uttryckt tvivel och därvid åberopat artikel 6.1 b i direktiv 77/62 [63]. Enligt vad där stadgas, måste i artikel 4.1—4.2 angivna förfaranden inte tillämpas, "om leveransen avser gods som till följd av sin tekniska eller konstnärliga särart, eller till följd av skydd för ensamrätt, bara kan tillverkas eller levereras av ett bestämt företag".

I motsats till vad den portugisiska regeringens ansett, förefaller det mig dock ställt utom allt tvivel att leveranser av narkotika inte omfattas av detta stadgande. Omständigheterna i målet visar att framställningen av diacetylmorfin inte är föremål för någon ensamrätt.

74. Den franska regeringen har gjort gällande att det av artikel 6.1 g i direktiv 77/62 följer att leveranser av narkotika inte är underkastade anbudsinfordran. Enligt nyssnämnda bestämmelse behöver i artikel 4.1—4.2 angivna förfaranden inte tillämpas, om varorna i fråga "sekretessbeläggs eller när deras leverans måste förenas med särskilda säkerhetsåtgärder enligt lag eller tvingande regel i den berörda medlemsstaten, eller om hänsyn till medlemsstatens grundläggande säkerhet så kräver". Till följd av en senare

62 — Se ovan, punkt 24.

63 — Bestämmelsen motsvarar artikel 6.3 c i direktiv 93/36.

ändring [64] av direktiv 77/62 togs denna passus in i artikel 2.2 c, enligt vilken direktivet inte skall tillämpas i dylika fall [65].

Det tycks inte kunna uteslutas att leveranser av narkotika omfattas av denna bestämmelse. Visserligen skall "sträng restriktivitet uttryckligen gälla beträffande de undantagsfall, i vilka de upphandlingsförfaranden som anges i direktiv 77/62 eller 93/36 inte skall tillämpas" [66] [67]. Eftersom leveranser av narkotika emellertid måste omgärdas med särskilda säkerhetsåtgärder, skulle det kunna hävdas att de faller under undantagsbestämmelsen. Om så är fallet, skulle naturligtvis det problem som berörs i fråga 2 inte föreligga.

75. Antar man däremot att direktivet är tillämpligt, uppkommer frågan om anskaffningens tillförlitlighet och kontinuitet skulle kunna få beaktas såsom ett kriterium enligt artikel 25 i direktiv 77/62. Såsom MSL med rätta har anfört, skiljer direktivet mellan kriterierna för urval av företag i kvalitativt hänseende (artiklarna 21—24) och tilläggskriterierna (artikel 25). Detta följer redan av artikel 17.1 i direktiv 77/62.

64 — Jfr rådets direktiv 88/295/EEG av den 22 mars 1988 (EGT nr L 127, s. 1).

65 — Enligt motsvarande bestämmelse i artikel 2.1 b i direktiv 93/36 skall direktivet inte tillämpas i dylika fall.

66 — Nionde övervägandet i direktiv 77/62.

67 — Elfte övervägandet i direktiv 93/36.

76. Enligt artikel 25.1 i direktiv 77/62 [68] skall en upphandlande myndighet antingen enbart lägga kriteriet "lägsta pris" till grund för tilldelning av kontrakt [a)] eller "då tilldelningen sker till förmån för det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, olika kriterier som varierar beroende på slaget av upphandling, till exempel pris, leveranstid, driftskostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska och funktionella egenskaper, teknisk förtjänst, service efter upphandlingen och tekniskt underhåll" [b)].

Såsom domstolen tidigare funnit i fråga om en jämförbar bestämmelse i direktiv 71/305/EEG, innebär detta att inga andra kriterier är tillåtna än de som avgör vilket anbud som är det "ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet" [69]. MSL har därav dragit slutsatsen att anskaffningens tillförlitlighet och kontinuitet, såsom ett övervägande av allmänt slag, inte är ett kriterium som får tillämpas inom ramen för artikel 25.1 b i direktiv 77/62.

77. Jag kan inte ansluta mig till detta synsätt. Det förefaller visserligen vara tveksamt om man kan inta ståndpunkten att detta kriterium redan omfattas av de kriterier som uttryckligen nämns i artikel 25 — vilket har gjorts gällande av den brittiska regeringen

68 — I likhet med artikel 26.1 i direktiv 93/36.

69 — Dom av den 20 september 1988, Beentjes (31/87, Rec. s. 4635, punkt 19).

(som hävdat att kriteriet är en del av "teknisk nivå") och den irländska regeringen (som hävdat att samma kriterium skulle kunna omfattas av begreppet "leveranstid" eller "kvalitet"). Hur det än förhåller sig, är även detta kriterium avgörande för vilket som är det "ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet". Ett skenbart attraktivt anbud är trots allt ofördelaktigt, om inte framtida leveranser kan säkras. Detta betraktelsesätt tar visserligen hänsyn till framtida följder av en beställning efter ett visst anbud. Att ett sådant betraktelsesätt emellertid inte är främmande för direktivet, framgår enligt min mening av att kriterierna "driftsekonomi" och "service" omnämns. En liknande uppfattning har också framförts av kommissionen.

Generics har i likhet med de brittiska och irländska regeringarna också med rätta påpekat att uppräkningen enligt artikel 25.1 b inte är uttömmande — vilket redan ordalydelsen ger vid handen. Det är självfallet nödvändigt att kriteriet nämns under anbudsförfarandet.

78. Slutligen bör påpekas att anskaffningens tillförlitlighet såsom kriterium är ett legitimt övervägande till vilket hänsyn får tas inom ramen för artikel 36. Den brittiska regeringen har med rätta påpekat att det bör undvikas att ett direktiv tolkas på så sätt att det förbjuder något som är tillåtet enligt artikel 36. I detta sammanhang har den franska regeringen hänvisat till det femte övervägandet i direktiv 77/62, enligt vilket nämnda direktiv inte skall hindra tillämpningen av artikel 36.

C — Förslag till avgörande

79. Jag föreslår följaktligen att domstolen besvarar de frågor som förts vidare av High Court på följande sätt:

"1) Artiklarna 30—36 i EG-fördraget är tillämpliga på laglig handel med narkotika som avses i 1961 års konvention ersättande äldre konventioner rörande narkotika. Såvida detta får till följd att den berörda medlemsstaten inte kan uppfylla de förpliktelser som följer av konventionen — ej ens i betraktande av de möjligheter som införts genom artikel 36 — kan denna medlemsstat, om den har anslutit sig till konventionen före EG-fördragets ikraftträdande eller före sin

anslutning till gemenskapen, uppfylla de förpliktelser som följer av denna konvention med stöd av artikel 234 första stycket i EG-fördraget.

2) Med stöd av artikel 36 i EG-fördraget får en medlemsstat undantagsvis ge företräde åt inhemsk framställning framför införsel från andra medlemsstater, om detta är det enda sättet att säkerställa en tillförlitlig anskaffning av narkotika för viktiga medicinska ändamål i denna medlemsstat."