4. Wanneer een Lid-Staat gebruik maakt van het in artikel 36 EEG-Verdrag opgenomen voorbehoud betreffende de bescherming van de openbare zedelijkheid, verzetten de bepalingen van artikel 234 zich er niet tegen, dat die Lid-Staat de verplichtingen nakomt die voortvloeien uit het Verdrag van Genève van 1923 tot beteugeling van de verspreiding van en de handel in ontuchtige uitgaven, en het Wereldpostverdrag (hernieuwd te Lausanne in 1974 en in werking getreden op 1 januari 1976).

Kutscher O'Keeffe Touffait

Mertens de Wilmars Pescatore Mackenzie Stuart Bosco

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 14 december 1979.

De griffier

A. Van Houtte

De president

H. Kutscher

CONCLUSIE VAN DE ADVOCAAT-GENERAAL J.-P. WARNER VAN 25 OKTOBER 1979 [1]

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

Deze zaak onderscheidt zich doordat zij de eerste is die door het House of Lords ter prejudiciële beslissing naar dit Hof is verwezen. Zij is ook de eerste waarin het Hof de draagwijdte heeft te onderzoeken van de uitzondering die in artikel 36 EEG-Verdrag wordt gemaakt voor verboden of beperkingen van het vrije verkeer van goederen tussen de Lid-Staten, welke „gerechtvaardigd zijn uit hoofde van bescherming van de openbare zedelijkheid".

De appellanten voor het House of Lords zijn Maurice Donald Henn en Frederick Ernest Darby. Zij schijnen in Engeland de leiding te hebben gehad van een postorderbedrijf dat pornografische films en literatuur verkocht. Op 14 juli 1977 werden zij door de Crown Court te Ipswich veroordeeld wegens een aantal overtredingen van Engelse wetten. Henn werd veroordeeld tot een gevangenisstraf van in totaal 18 maanden en tot betaling van £ 20 als bijdrage voor rechtsbijstand.

1 — Vertaald uit het Engels.

Darby werd veroordeeld tot een gevangenisstraf van in totaal 30 maanden en tot andere straffen.

Slechts één van de misdrijven ter zake waarvan Henn en Darby zijn veroordeeld, is relevant in het kader van dit verzoek: het „welbewust ontduiken van het invoerverbod voor aanstotelijke en ontuchtige artikelen, zulks in strijd met artikel 42 van de Customs Consolidation Act 1876, en artikel 304 van de Customs and Excise Act 1952."

Artikel 42 van de Customs Consilidation Act 1976 verbiedt de invoer van „aanstotelijke of ontuchtige" artikelen in het douanegebied van het Verenigd Koninkrijk en bepaalt dat in strijd hiermee ingevoerde artikelen zullen worden verbeurdverklaard en dat zij op aanwijzing van de douane kunnen worden vernietigd of anderszins uit het verkeer genomen. Artikel 304 van de Customs and Excise Act 1952 bepaalt dat het bewust deelnemen, op welke wijze ook, aan een bedrieglijke ontduiking van het invoerverbod of aan een poging daartoe, een strafbaar feit vormt.

De goederen die in de telastelegging tegen appellanten werden genoemd, maakten deel uit van een zending films en tijdschriften, die op 14 oktober 1975 per vrachtwagen op de veerboot Rotterdam — Felixstowe in Engeland werd binnengebracht. In de telastelegging werden zes films en zeven tijdschriften genoemd, alle van Deense oorsprong. In een bij de verwijzigingsbeschikking gevoegd overzicht van de feiten worden zij beschreven als volgt:

„Het waren alle 8 mm-films, een formaat dat gewoonlijk niet voor commerciële doeleinden, doch in de huiselijke kring wordt gebruikt, met een duur van ongeveer tien minuten. Zij vertonen duidelijke seksuele handelingen tussen mannen en vrouwen, tussen mannen, tussen vrouwen en een hond en tussen een man en een varken. Voorts bevatten zij een aantal gewelddadige scenes en afwijkende seksuele gedragingen, urineren en ontlasten.

De tijdschriften bevatten in hoofdzaak duidelijke en gedetailleerde foto's van seksuele handelingen tussen mannen en vrouwen, mannen, vrouwen, vrouwen en een hond of een pony. Twee tijdschriften bevatten alleen foto's van naakte meisjes van ongeveer vijf tot veertien jaar. Daarin worden duidelijk de geslachtsdelen getoond, in één tijdschrift wordt een recente doorbreking van het maagdenvlies gesuggereerd en in de andere wordt een man geprikkeld en gemasturbeerd door meisjes."

Het overzicht van de feiten vermeldt verder dat onder meer de volgende strafbare feiten worden afgebeeld: verkrachting, schaking van een vrouw, sodomie (met mensen en dieren), aanranding en ernstige aantasting van de eerbaarheid met of jegens kinderen beneden de 14 jaar.

Appellanten kwamen tegen hun veroordeling in beroep voor de Court of Appeal of England and Wales. Zij stelden onder meer dat in hun geval, artikel 42 van de Customs Consolidation Act 1876 niet kon worden toegepast wegens strijd met de artikelen 9 en 30 EEG-Verdrag.

Bij arrest van 13 juli 1978 — gepubliceerd in [1978] 1 WLR 1031 — verwierp de Court of Appeal de beroepen.

Met betrekking tot de stelling van verzoekers ontleend aan het EEG-Verdrag, verklaarde de Court of Appeal twee dingen. Ten eerste was zij van oordeel dat de uitdrukking „kwantitatieve beperkingen" in artikel 30 doelde op beperkingen „die hoeveelheden betreffen", en niet toepasselijk was op een totaal invoerverbod zoals in casu in geding. Ten tweede besliste de Court of Appeal dat het verbod, zelfs bij toepasselijkheid van artikel 30, onder de uitzondering van artikel 36 zou vallen. Blijkens het arrest van de Court of Appeal was verzoekers' hoofdargument op dit punt, dat het woord „gerechtvaardigd" in artikel 36 volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie gelijkstond met „noodzakelijk", en dat de Court of Appeal zich in een dergelijke aangelegenheid niet mocht verlaten op haar eigen opvattingen, maar de zaak naar het Hof van Justitie moest verwijzen. De Court of Appeal verwierp de opvatting, dat zij artikel 36 EEG-Verdrag mocht lezen alsof er „noodzakelijk" stond in plaats van „gerechtvaardigd", en twijfelde eraan „of het enig verschil zou hebben gemaakt, indien wij het woord ‚noodzakelijk' zouden hebben ingelast." De Court of Appeal voegde eraan toe, dat zij het probleem naar het Hof zou hebben verwezen indien zij ook maar enige twijfel zou hebben gehad over de oplossing, maar dat zij niet twijfelde. „Het is ons niet duidelijk", aldus de Court of Appeal, „hoe een verbod op de invoer van ontuchtige literatuur iets anders kan zijn dan een verbod gerechtvaardigd uit hoofde van bescherming van de openbare zedelijkheid en de openbare orde."

De arrest vraagt mijns inziens om tweeërlei commentaar.

Met alle respect voor de Court of Appeal — in de eerste plaats had zij het duidelijk mis met haar opvatting, dat de woorden „kwantitatieve beperkingen" in artikel 30 EEG-Verdrag niet doelen op een totaal verbod. Op dit punt behoeven wij eigenlijk niet nader in te gaan, daar geen enkele partij in de procedure voor dit Hof de opvatting van de Court of Appeal terzake heeft trachten te verdedigen. Er is op gewezen dat een overvloedige rechtspraak van het Hof tegen die opvatting ingaat: zie bijvoorbeeld zaak 7/68 (Commissie t. Italië, Jurispr. 1968, blz. 589, op blz. 599), zaak 2/73 (Geddo, Jurispr. 1973, blz. 865), en zaak 74/76 (Iannelli & Volpi, Jurispr. 1977, blz. 557, op blz. 574). Voorts is erop gewezen dat dat standpunt niet enkel onverenigbaar is met het gebruik van de uitdrukking „verboden of beperkingen" in artikel 36, maar ook met het doel zelf van titel I van het tweede deel van het EEG-Verdrag, die het vrije verkeer van goederen tot een van de grondslagen van de Gemeenschap maakt. Zoals het Verenigd Koninkrijk, afstand nemend van het standpunt van de Court of Appeal, in zijn schriftelijke opmerkingen stelde, „vormt een totaal verbod duidelijk een grotere inbreuk op het grondbeginsel van het vrije verkeer van goederen dan een gedeeltelijke invoerbeperking."

Mijn tweede opmerking is, dat de Court of Appeal het daarentegen kennelijk bij het rechte eind had waar zij overwoog dat het woord „gerechtvaardigd" in artikel 36 niet door het woord „noodzakelijk" mag worden vervangen. Het Hof van Justitie heeft nooit een dergelijke opvatting verkondigd: het is immers niet bevoegd de bewoordingen van het Verdrag te wijzigen. Het Hof heeft wel in een aantal gevallen het woord „noodzakelijk" gebruikt om uit te leggen wat krachtens artikel 36 gerechtvardigd kon zijn op het punt van verboden of beperkingen die door de Lid-Staten voor be-

paalde doeleinden waren ingesteld: de bescherming van herkomstaanduidingen (zaak 12/74, Commissie t. Duitsland, Jurispr. 1975, blz. 181, op blz. 200); consumentenbescherming in het algemeen (zaak 13/78, Eggers, Jurispr. 1978, blz. 1935, op blz. 1956); en de bescherming van de gezondheid en het leven van personen, dieren of planten (zaak 29/72, Marimex, Jurispr. 1972, blz. 1309, op blz. 1318; zaak 104/75, De Peijper, Jurispr. 1976, blz. 613; zaak 35/76, Simmenthal, ibid., blz. 1871, zaak 46/76, Bauhuis, Jurispr. 1977, blz. 5; zaak 5/77 Tedeschi, ibid. blz. 1555; en het arrest van 12 juli 1979, Commissie t. Duitsland, zaak 153/78, nog niet gepubliceerd).

Men mag mijns inziens niet vergeten dat, hoewel deskundigen van mening kunnen verschillen over de te rechtvaardigen voorschriften voor de bescherming van herkomstaanduidingen, van consumenten in het algemeen, en van de gezondheid en het leven van personen, dieren of planten, deze zaken per slot van rekening vatbaar zijn voor objectieve beoordeling. Het zijn bovendien zaken waarvoor over het algemeen een in alle Lid-Staten eenvormig toe te passen oplossing kan worden gevonden. Dat is trouwens de reden waarom de wetgevende instellingen van de Gemeenschap zich aanzienlijke inspanningen hebben getroost en nog steeds getroosten, om in verband daarmee „harmonisatiemaatregelen" in te voeren, zodat de Lid-Staten niet langer hun toevlucht moeten nemen tot nationale verboden en beperkingen die door artikel 36 worden toegelaten, doch die schadelijk zijn voor het vrije verkeer van goederen binnen de Gemeenschap (zie wat het Hof in dat verband verklaarde in voornoemde zaak-Tedeschi, op blz. 1576-1577). In een dergelijke context is het begrijpelijk dat men zegt dat maatregelen die voor het betrokken doel niet noodzakelijk zijn of die verder gaan dan noodzakelijk is, niet gerechtvaardigd kunnen zijn krachtens artikel 36. Doch een andere benadering is mijns inziens onvermijdelijk wanneer het gaat over de vraag in welke omstandigheden door een Lid-Staat opgelegde verboden of beperkingen van de invoer „uit hoofde van bescherming van de openbare zedelijkheid" gerechtvaardigd kunnen zijn. Het begrip „openbare zedelijkheid" kan niet objectief worden beoordeeld of voor de gehele Gemeenschap omschreven. Het is een kwestie van persoonlijke opvattingen, eerder dan van deskundigheid.

Bij de vraag hoe de interpretatie van de uitdrukking „gerechtvaardigd uit hoofde van bescherming van de openbare zedelijkheid" in artikel 36 het best kan worden aangepakt, kunnen de rechtsoverwegingen 48 en 49 van het arrest van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens van 7 december 1976 in de zaak-Handyside (reeks A, nr. 24) hulp bieden. In die zaak had dat Hof zich uit te spreken over de juiste uitlegging van artikel 10 van het Europese Verdrag voor de bescherming van de rechten van de mens, dat handelt over de vrijheid van meningsuiting, en meer bepaald over de uitlegging van de in lid 2 van genoemd artikel vervatte clausulering betreffende „beperkingen of sancties welke bij de wet worden voorzien, en die in een democratische samenleving nodig zijn in het belang van ... de bescherming van ... de goede zeden ..." Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens overwoog het volgende:

„Inzonderheid is het onmogelijk in het nationale recht van de verschillende Ver-

dragsluitende Staten een eenvormig Europees begrip van goede zeden te vinden. De opvattingen in de respectieve wetgevingen over hetgeen de goede zeden vereisen, verschillen van tijd tot tijd en van plaats tot plaats, met name in onze tijd die door een snelle en verregaande ontwikkeling van de opvattingen terzake wordt gekenmerkt. Wegens hun rechtstreeks en voortdurend contact met wat er in hun land leeft, kunnen de nationale autoriteiten zich in principe beter dan de internationale rechter uitspreken over de juiste inhoud van die vereisten en over de ‚noodzakelijkheid' van een ‚beperking' of ‚sanctie' om daaraan te voldoen. Het Hof merkt in dit stadium op dat ... het bijvoegelijk naamwoord ‚noodzakelijk', in de zin van artikel 10, lid 2, geen synoniem is van ‚onmisbaar' ...

Bijgevolg laat artikel 10, lid 2, de Verdragsluitende Staten een beoordelingsmarge ...

Toch geeft artikel 10, lid 21, de Verdragsluitende Staten geen onbeperkte beoordelingsbevoegdheid ... De nationale beoordelingsmarge ... gaat hand in hand met een Europees toezicht ...

Dit betekent onder meer dat elke in deze sfeer opgelegde ‚beperking' of ‚sanctie' evenredig moet zijn met het wettig nagestreefde doel."

Hier en daar in deze overwegingen valt duidelijk een echo te beluisteren van wat het Hof van Justitie in de zaken 41/74 (Van Duyn, Jurispr. 1974, blz. 1337) en 30/77 (Bouchereau, Jurispr. 1977, blz. 1999) heeft verklaard met betrekking tot de in artikel 48 EEG-Verdrag bedoelde uitzondering om redenen van „openbare orde".

Het House of Lords, waarbij Henn en Darby thans beroep hebben ingesteld van het arrest van de Court of Appeal, heeft het Hof zeven vragen voorgelegd.

De eerste luidt als volgt:

„Vormt een wet van een Lid-Staat, die de invoer van pornografische artikelen in die staat verbiedt, een maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve invoerbeperking in de zin van artikel 30 EEG-Verdrag?"

Het is duidelijk dat het House of Lords hiermee opgehelderd wil zien of de Court of Appeal het bij het rechte eind had met haar opvatting, dat artikel 30 EEG-Verdrag niet toepasselijk is op een totaal verbod. Ik denk dat ik niets heb toe te voegen aan hetgeen ik over die vraag reeds heb gezegd, alleen nog dit: de formulering van de vraag suggereert dat een totaal verbod geen „kwantitatieve beperking" kan zijn, maar eventueel wel een maatregel van gelijke werking. Volgens mij is dat niet het geval. Een totaal verbod is een kwantitatieve beperking waarbij de kwantiteit nul is, iets als een „nulquotum". „Maatregelen van gelijke werking" vormen een veel ruimer en onnauwkeuriger begrip dat, zoals het Hof voor het eerst in zaak 8/74 (Dasonville, Jurispr. 1974, blz. 837) heeft beslist en sindsdien vele malen heeft herhaald, prima facie „iedere handelsregeling der Lid-Staten" omvat „die de intracommunautaire handel al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel, kan belemmeren."

Alvorens over te gaan tot de tweede en volgende prejudiciële vragen van het House of Lords, moet ik iets zeggen over de complexiteit van de wetten van het Verenigd Koninkrijk op het stuk van

de pornografie, die in belangrijke mate aan de vragen ten grondslag ligt en ze verklaart. Die complexiteit heeft twee oorzaken:

(1) de wetten van de onderscheiden delen van het Verenigd Koninkrijk, namelijk Engeland en Wales, Schotland, Noord-Ierland, en het eiland Man zijn onderling verschillend en berusten, in elk van de gevallen, veeleer op een verscheidenheid van bronnen dan op een samenhangend systeem;

(2) nergens in het Verenigd Koninkrijk wordt pornografie binnenslands even streng behandeld als bij invoer.

De voornaamste bepalingen met betrekking tot de invoer van pornografie zijn die welke ik aan het begin heb vermeld, namelijk artikel 42 van de Customs Consolidation Act 1876 en artikel 304 van de Customs and Excise Act 1952. Zij gelden in het gehele Verenigd Koninkrijk. In het kort hebben zij ten gevolge dat aanstotelijke of ontuchtige artikelen bij aankomst in het Verenigd Koninkrijk kunnen worden verbeurdverklaard en vernietigd, en dat iemand die dergelijke artikelen in het Verenigd Koninkrijk tracht binnen te smokkelen een strafbaar feit pleegt. Bijlage 7 bij de Customs and Excise Act 1952 bevat een procedure om door de rechter te doen toetsen of de goederen voor verbeurdverklaring in aanmerking komen.

In een bij de verwijzingsbeschikking gevoegd overzicht van het recht wordt uitgelegd dat in de verschillende wettelijke regelingen van het Verenigd Koninkrijk (sommige berustend op de common law, andere op geschreven recht) twee verschillende en onderscheiden criteria worden onderscheiden en toegepast.

Het eerste, in dat overzicht „criterium A" genoemd, wordt in de douanewetgeving omschreven met de woorden „indecent or obscene" (aanstotelijk of ontuchtig), en geeft ook de inhoud aan van het common law-misdrijf van „aantasting van de openbare eerbaarheid". Die woorden zouden één enkele gedacht uitdrukken, namelijk vergrijpen tegen erkende zedelijkheidsnormen, doorgaans doch niet uitsluitend op seksueel gebied, waarbij „indecent" het zwakste en „obscene" het sterkste is.

Het tweede criterium, in het overzicht „criterium B" genoemd, wordt uitgedrukt in het woord „obsence", wanneer dit alleen wordt gebruikt, zoals in de Obscene Publications Acts 1959 en 1964 (die enkel gelden in Engeland en Wales) en om de inhoud aan te geven van bepaalde common law-misdrijven in Engeland, Wales, Schotland en Noord-Ierland. Deze term doelt op een meer beperkte categorie van artikelen, namelijk die welke kunnen leiden tot „ontaarding en zedelijk verderf" van degenen die eraan worden blootgesteld. Luidens de Obscene Publications Acts 1959 en 1964 zijn van die wettelijke bepalingen uitgezonderd: ontuchtige artikelen waarvan de openbaarmaking, ondanks hun ontuchtige aard, „gerechtvaardigd is uit overwegingen van algemeen belang met het oog op de bevordering van wetenschap, literatuur, kunst, onderwijs of anderszins."

Het overzicht geeft een samenvatting van de wettelijke regelingen in de verschillende delen van het Verenigd Koninkrijk, maakt daarbij een onderscheid tussen die welke criterium A en die welke criterium B toepassen, en noemt er enkele die nog andere criteria kennen. Geen der partijen heeft echter in de dis-

cussie voor het Hof gepoogd uit die samenvatting bepaalde aspecten te distilleren, waaronder zij de verschillen tussen die wettelijke regelingen te deze van betekenis achtten. Dat is misschien begrijpelijk, omdat appellanten zich op die verschillen enkel hebben beroepen tot staving van hun betoog dat het Verenigd Koninkrijk geen welomschreven beleid of standpunt had inzake de vereisten van de openbare zedelijkheid (waarbij zij verder beweerden dat een Lid-Staat zich bij gebreke van zulk een welomschreven beleid of standpunt niet kan beroepen op de in artikel 36 genoemde uitzondering om redenen van openbare zedelijkheid), terwijl de regering van het Verenigd Koninkrijk heeft gesteld dat dergelijke verschillen irrelevant waren. De Commissie van haar kant geeft in bijlage bij haar opmerkingen een nauwkeurige analyse van de samenvatting, doch voor zover ik kan zien, zonder daaruit conclusies te trekken. Het lijkt onbetwist dat de wettelijke regelingen van Schotland en het eiland Man strenger zijn dan die van Engeland en Wales, en met name dat op het eiland Man alleen criterium A wordt toegepast. De regering van het Verenigd Koninkrijk en de Commissie wijzen er ook op, dat de regelingen van de onderscheiden delen van het Verenigd Koninkrijk in sommige opzichten slechts verschillen door de zwaarte van de straffen die zij in bepaalde omstandigheden opleggen. Wat betreft de ongelijke behandeling door de wetten van het Verenigd Koninkrijk van binnenslands geproduceerde en buitenlandse geproduceerde en buitenlandse pornografie, schijnen appellanten voornamelijk op de volgende punten te steunen:

(1) Nergens in het Verenigd Koninkrijk is het enkele bezit van met criterium A of zelfs criterium B strijdige artikelen een strafbaar feit. Ik neem aan dat met „het enkele bezit" bezit, niet met het oog op de verkoop, wordt bedoeld want een aantal wetten (bv. in Engeland en Wales de Obscene Publications Act 1964, in Schotland bepaalde plaatselijke wetten, in Noord-Ierland de Obscene Publications Act 1857, en op het eiland Man een wet uit 1907 „for the Suppression of Obscene Publications and Indecent Advertisements") verbieden het bezit van pronografische artikelen met het oog op hun verkoop of voorzien in de verbeurdverklaring en vernietiging van zulke artikelen indien men ze tot dat doel onder zich heeft. Sommige van die wetten passen criterium A toe, andere criterium B.

(2) In elk geval in Engeland en Wales, verreweg het grootste deel van het Verenigd Koninkrijk, mogen artikelen die strijdig zijn met criterium A, doch niet met criterium B, worden verkocht mits zij niet op straat of op een andere openbare plaats worden uitgestald of verkocht. Zulke artikelen mogen bovendien niet met de post, doch slechts via een particuliere vervoerder worden verzonden.

(3) In Engeland en Wales mogen zelfs met criterium B strijdige artikelen openbaar worden gemaakt, indien dit „gerechtvaardigd is in het algemeen belang" om één van de redenen vermeld in de Obscene Publications Act 1959.

De douanewetgeving houdt daarentegen een volledig verbod in op de invoer in het Verenigd Koninkrijk van elk artikel dat strijdig is met criterium A, om niet te spreken van criterium B.

De tweede tot en met de zesde vraag van het House of Lords, die ik voorstel tezamen te bespreken, luiden als volgt:

„2. Indien vraag 1 bevestigend wordt beantwoord, moet de eerste zin van artikel 36 dan worden opgevat in die zin, dat een Lid-Staat gerechtigd is de invoer van goederen uit een andere Lid-Staat te verbieden, wanneer die goederen in de zin van zijn nationale wettelijke regeling aanstotelijk of ontuchtig van aard zijn?

3. Meer in het bijzonder:

(i) Is een Lid-Staat gerechtigd bedoelde verbodsbepalingen te handhaven ter voorkoming of vermindering van het gevaar dat inbreuk wordt gemaakt op nationale wettelijke regelingen van enig deel van het douanegebied van die Lid-Staat?

(ii) Is een Lid-Staat gerechtigd bedoelde verbodsbepalingen te handhaven, gelet op zijn nationale normen en kenmerken, zoals die tot uitdrukking komen in de nationale wettelijke regelingen van de delen van het douanegebied van die Lid-Staat, met inbegrip van de wet waarbij het verbod wordt opgelegd, ook al bestaan er verschillen tussen de wettelijke regelingen van die delen?

4. Indien een invoerverbod voor bepaalde goederen gerechtvaardigd kan zijn om redenen van openbare zedelijkheid of openbare orde en uit dien hoofde wordt opgelegd, kan dit verbod dan niettemin een middel vormen tot willekeurige discriminatie of een verkapte beperking van de handel, in strijd met artikel 36 EEG-Verdrag?

5. Zo ja, is dan de omstandigheid dat het invoerverbod voor deze goederen in strekking verschilt van het strafrechtelijk verbod van het bezit en de publikatie van dergelijke goederen binnen de Lid-Staat of enig deel daarvan, noodzakelijkerwijs een middel tot willekeurige discriminatie of een verkapte beperking van het handelsverkeer tussen Lid-Staten en als zodanig in strijd met de tweede zin van artikel 36?

6. Indien uit administratief oogpunt het invoerverbod wel en het verbod van het bezit en de publikatie niet kan worden toegepast door de douaneambtenaren belast met het onderzoek van goederen bij de invoer, is zulks dan van invloed op het antwoord op vraag 5?"

Duidelijk is dat al deze vragen de uitlegging van artikel 36 betreffen. Bij het onderzoek ervan meen ik het gemakkelijkst te kunnen beginnen met enkele algemene opmerkingen.

Ten eerste moet artikel 36, zoals partijen eensgezind opmerkten, op basis van uitspraken van dit Hof, die zo bekend zijn dat ik ze niet moet aanhalen, strikt worden uitgelegd omdat het afwijkt van het grondbeginsel van het vrije verkeer van goederen binnen de Gemeenschap.

Ten tweede is, mijns inziens, de uitzondering om redenen van „openbare orde" niet toepasselijk op verboden of beperkingen van de invoer van pornografie in een Lid-Staat. Willen dergelijke verboden of beperkingen onder de uitzondering van artikel 36 vallen, dan moet het zijn om redenen van „openbare zedelijkheid", in hun geval het meest specifiek en passend.

Ten derde kan van de twee alternatieven van de tweede zin van artikel 36 in casu slechts die relevant zijn welke betrekking heeft op „willekeurige discriminatie", aangezien de werking van det betrokken wettelijke regelingen van het Verenigd Koninkrijk geenszins „verkapt" is.

Mijn vierde opmerking betreft de verhouding tussen de eerste en de tweede zin van artikel 36. In dit verband stellen appellanten dat de tweede zin aldus moet worden uitgelegd, dat hij een „overheersende" werking heeft in die zin, dat een verbod of beperking niet is toegelaten krachtens artikel 36 indien dat verbod of die beperking, hoewel „gerechtvaardigd" volgens de eerste zin, „een middel tot willekeurige discriminatie of een verkapte beperking van de handel tussen de Lid-Staten" vormt. Daartegenover betoogt de regering van het Verenigd Koninkrijk dat beide zinnen tezamen moeten worden gelezen, waarbij de tweede de eerste clausuleert. Een maatregel, aldus de regering van het Verenigd Koninkrijk, kan niet tegelijk „gerechtvaardigd" en „willekeurig" zijn, daar beide begrippen elkaar uitsluiten. De opvatting van de Commissie leek, naarmate de procedure vorderde, een zekere ontwikkeling te vertonen. In haar schriftelijke opmerkingen scheen zij het eens te zijn met appellanten, maar ter terechtzitting leek zij in te stemmen met de opvatting van de Britse regering, dat artikel 36 als geheel moet worden gelezen. Ik twijfel er in elk geval niet aan, dat de regering van het Verenigd Koninkrijk het bij het rechte eind heeft. De tweede zin van artikel 36 is mijs inziens bedoeld om duidelijk te maken dat een verbod of een beperking die „een middel tot willekeurige discriminatie of een verkapte beperking van de handel tussen de Lid-Staten" vormt, niet „gerechtvaardigd" kan zijn in de betekenis die de eerste zin daaraan geeft. „Gerechtvaardigd" is natuurlijk geen synoniem van „voorgeschreven": een verbod of beperking kan zijn voorgeschreven met het oog op een bepaald doel, zonder door dat doel gerechtvaardigd te zijn. Mijn opvatting op dit punt stemt dus overeen met die, vertolkt door advocaat-generaal Trabucchi in de passage waarnaar hij ons verwees in zijn conclusie in zaak 8/74 (Dassonville, Jurispr. 1974, op blz. 861). 's Hofs arrest in die zaak, waarop appellanten zich beroepen, houdt volgens mij geen enkel verband met deze kwestie. Mijn opvatting kan op het eerste gezicht strijdig lijken met 's Hofs benadering in zaak 102/77 (Hoffmann-La Roche, Jurispr. 1978, blz. 1139) en in zaak 3/78 (Centrafarm, Jurispr. 1978, blz. 1823), maar ik denk dat de arresten in die zaken, juist uitgelegd, betekenen dat zo de erkenning van bepaalde merkrechten door het recht van een Lid-Staat gerechtvaardigd kan zijn krachtens artikel 36, de uitoefening van die rechten door de merkgerechtigde ongerechtvaardigd kan zijn in zoverre zij een verkapte beperking van de handel tussen de Lid-Staten vormt.

Anderzijds ben ik geneigd de stelling te verwerpen die stilzwijgend besloten ligt in de suggestie die de regering van het Verendigd Koninkrijk ter terechtzitting aan de hand deed, en luidens dewelke bij het onderzoek van de vraag, of de betrokken douaneregeling wordt toegestaan door artikel 36, in aanmerking moet worden genomen dat zij door het Verenigd Koninkrijk „bona fide is vastgesteld en toegepast om het publiek tegen een ernstige bedreiging te beschermen en geenszins met de bedoeling om importeurs aan een strenger regime te onderwerpen dan de Britse handelaars."

Hoewel de uitdrukking „een middel tot willekeurige discriminatie" in de tweede zin van artikel 36 misschien op het eerste gezicht een onderzoek lijkt voor te schrijven naar de bedoelingen van de auteurs van de betrokken maatregel, en hoewel er gevallen kunnen zijn waarin hun bedoelingen kunnen worden vastgesteld (omdat die bedoelingen eruit zijn op te maken, of omdat zij uitdrukkelijk zijn vermeld), kan ik niet geloven dat de auteurs van artikel 36 zijn toepassing afhankelijk hebben willen stellen van het resultaat van een dergelijk onderzoek, dat in de meeste gevallen kennelijk onuitvoerbaar en dan ook onrealistisch zou zijn.

Evenzo zou ik de stelling van de regering van het Verenigd Koninkrijk willen verwerpen, als zou de tweede zin van artikel 36 enkel gericht zijn tegen discriminatie of beperking van de „handel" tussen de Lid-Staten, opgevat — als ik het goed begreep — als transacties door of tussen handelaars, zodat zij niet van toepassing zou zijn op verboden of beperkingen van de invoer in een Lid-Staat in zoverre zulke verboden of beperkingen enkel particulieren raken. Die stelling hecht volgens mij teveel belang aan het gebruik van de uitdrukking „handel tussen Lid-Staten" aan het einde van artikel 36, en geeft bovendien aan het woord „handel" in die uitdrukking een onnodig beperkende betekenis. Er is handel tussen Lid-Staten wanneer een particulier voor eigen gebruik in een Lid-Staat goederen invoert die hij in een andere Lid-Staat heeft gekocht. Er zij aan herinnerd dat artikel 36 deel uitmaakt van titel I van het tweede deel van het Verdrag, die het vrije verkeer van goederen, en niet enkel de vrije handel in goederen in de strikte betekenis, tot één van de „grondslagen" van de Gemeenschap maakt. Het woord „handel" wordt gebruikt in een aantal artikelen van titel I. Het komt zelfs voor in artikel 9 zelf. Niemand zou echter willen suggereren dat, aangezien het woord „handel" enkele malen wordt gebruikt in de artikelen 12 tot 17 inzake de afschaffing van de dounerechten tussen Lid-Staten, aan particulieren die hun bezittingen van één Lid-Staat naar een andere overbrengen, nog steeds douanerechten mogen worden opgelegd, of dat, aangezien dat woord enkele malen voorkomt in de artikelen 18 tot 29 betreffende het gemeenschappelijk douanetarief, particulieren die hun bezittingen van buiten de Gemeenschap invoeren, niet aan het gemeenschappelijk douanetarief, maar aan de vroegere tarieven van de Lid-Staten zijn onderworpen. Beziet men de zaak zo, dat kan artikel 30 — het belangrijkste artikel inzake de afschaffing van de kwantitatieve beperkingen tussen Lid-Staten —, waarin het woord „handel" niet voorkomt, niet worden uitgelegd als zijnde beperkt tot transacties door of tussen handelaars. Aangezien artikel 36 een voorbehoud maakt bij artikel 30, kan derhalve de tweede zin ervan, die — zoals de regering van het Verenigd Koninkrijk zelf terecht opmerkte — slechts een clausulering is van de eerste, niet zo restrictief worden uitgelegd.

Mijn laatste algemene bemerking is dat bepaalde opmerkingen van partijen schijnen te impliceren dat het aan dit Hof staat de betrokken douaneregeling van het Verenigd Koninkrijk goed of af te keuren. 's Hofs bevoegdheid krachtens artikel 177 EEG-Verdrag is echter beperkt tot uitspraken over de voorgelegde vraagstukken van gemeenschapsrecht. Het is het House of Lords dat in het licht van uw beslissing de zaak moet beslechten en dat met name, in het licht

van die beslissing, heeft uit te maken of de wettelijke regering van het Verenigd Koninkrijk, voor zover zij van toepassing is op de in casu bedoelde soort goederen, verenigbaar ist met het gemeenschapsrecht.

Dan kom ik nu tot de punten die in de vragen van het House of Lords rechtstreeks aan de orde worden gesteld.

In zaak 35/76 (Simmenthal, Jurispr. 1976, blz. 1871) heeft het Hof overwogen

„dat artikel 36 niet ten doel heeft bepaalde onderwerpen voor te behouden aan de uitsluitende bevoegdheid van de Lid-Staten, doch slechts toelaat dat in de nationale wetgevingen een uitzondering wordt gemaakt op het beginsel van het vrije verkeer, voor zover zulks gerechtvaardigd is en blijft ter bereiking van de in dit artikel genoemde doelstelling."

In dezelfde zin 's Hofs arrest in zaak 5/77 (Tedeschi, Jurispr. 1977, blz. 1555) en zijn arrest van 12 juli 1979 (Commissie/Duitsland, nog niet gepubliceerd). Geen enkele Lid-Staat heeft dus een onbeperkte vrijheid om de invoer van goederen uit andere Lid-Staten te verbieden of te beperken „uit hoofde van bescherming van de openbare zedelijkheid'.

Zoals echter het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in de eerder aangehaalde passage heeft uiteengezet, verschillen de opvattingen over de vereisten van de openbare zedelijkheid van tijd tot tijd en van land tot land, zodat de Lid-Staten terzake een zekere vrijheid moet worden gelaten. In zaak 41/74 (Van Duyn, Jurispr. 1974, blz. 1337) verklaarde dit Hof

„dat ten deze zij opgemerkt dat het begrip openbare orde in communautair verband en met name als rechtvaardiging van een uitzondering op het grondbeginsel van het vrije verkeer van werknemers, strikt moet worden opgevat, zodat de strekking ervan niet eenzijdig door elk der Lid-Staten zonder controle van de gemeenschapsinstellingen kan worden bepaald; dat niettemin de specifieke omstandigheden die een beroep op het begrip openbare orde zouden kunnen rechtvaardigen, naar land en tijd kunnen verschillen en dat mitsdien ten deze aan de bevoegde nationale autoriteiten een beoordelingsmarge, binnen de door het Verdrag gestelde grenzen, moet worden toegekend."

Het Hof heeft dit herhaald in zaak 30/77 (Bouchereau, Jurispr. 1977, blz. 1999).

Volgens mij gelden juist dezelfde overwegingen wanneer het begrip openbare zedelijkheid wordt ingeroepen om een afwijking van het grondbeginsel van het vrije verkeer van goederen te rechtvaardigen.

Mijns inziens volgt daaruit dat indien de wetten van een Lid-Staat op binnenslands geproduceerde en buitenlandse pornografie dezelfde criteria toepassen en deze criteria redelijk zijn, de verboden of beperkingen van de invoer uit andere Lid-Staten, die die staat eventueel oplegt, krachtens artikel 36 geoorloofd zullen zijn.

Mij dunkt dat de echte moeilijkheid in casu voortkomt uit het gebrek aan eenvormigheid in de wetgeving van het Verenigd Koninkrijk, en met name uit de omstandigheid dat die wetgeving niet helemaal dezelfde criteria toepast op binnenslands geproduceerde en op buitenlandse goederen. Wellicht het meest in het oog springende verschil ligt in het feit dat, terwijl een ontuchtig boek wel

mag worden verkocht in een Engelse boekhandel, bijvoorbeeld omdat de uitgave ervan wordt geacht in het algemeen belang te zijn wegens de wetenschappelijke waarde of de literaire verdienste, precies hetzelfde boek, indien uitgegeven in een andere Lid-Staat, niet in Engeland mag worden ingevoerd. Dat is ongetwijfeld discriminatie. In het geding over een dergelijk boek zou het niet gemakkelijk zijn uit te maken of de discriminatie „willekeurig" dan wel „gerechtvaardigd" was. Gezien de beschrijving van de betrokken films en tijdschriften in het overzicht van de feiten, ziet het er niet naar uit dat het House of Lords in dit geval met zo'n moeilijk vraagstuk zal worden geconfronteerd. Het lijkt waarschijnlijker dat die films behoren tot een categorie van artikelen die door de wetten van het Verenigd Koninkrijk op vrijwel dezelfde wijze worden behandeld, of zij nu binnenslands zijn geproduceerd of ingevoerd. Wellicht ligt het enige verschil in de omstandigheid dat „het enkele bezit" van pornografie, hoe „hard" ook, niet verboden is in het Verenigd Koninkrijk. Maar iemand die alleen voor zijn eigen genoegen (als ik het zo mag noemen) zulke artikelen bezit, zal ze nagenoeg steeds hebben verkregen door een transactie die voor zijn contractspartner een strafbaar feit vormde — zie de artikelen 1 (3) en 2 (1) van de Obscene Publications Act 1959 die het openbaar maken van ontuchtige zaken „met of zonder winstoogmerk" verbiedt, en als openbaarmaker van een artikel onder meer diegene beschouwt, die het „verdeelt, verspreidt, verkoopt, verhuurt, weggeeft of uitleent". Deze bedenkingen ontslaan echter u noch mij van de taak het probleem in zijn volle omvang aan te pakken, zoals het door het House of Lords aan het Hof is voorgelegd.

De kern van dat probleem ligt in het onderscheid tussen de soort situatie waarin discriminatie „willekeurig", en die waarin zij „gerechtvaardigd" is.

Op dit stuk geven de door dit Hof reeds beslechte zaken een leidraad.

Er is verwezen naar zaak 4/75 (Rewe-Zentralfinanz, Jurispr. 1975, blz. 843), die handelde over Duitse wetgeving waarbij de verplichting werd opgelegd om uit andere Lid-Staten ingevoerde appelen aan de grens te laten onderzoeken op de San José-schildluis terwijl, zo werd gezegd, in Duitsland geteelde appelen niet gekeurd behoefden te worden alvorens in de handel te worden gebracht. Het Hof besliste (op blz. 859) dat een verschillende behandeling van ingevoerde en binnenslands geteelde appelen niet kan worden geacht een willekeurige discriminatie te zijn, indien effectieve maatregelen werden genomen om het in het verkeer brengen van besmette binnenlandse appelen te voorkomen, en met name op grond van de opgedane ervaring moest worden aangenomen dat er zonder invoercontroles gevaar van verspreiding van de San José-schildluis bestond. Het ligt voor de hand dat die beslissing mutatis mutandis kan worden toegepast in de context van de invoer van pornografie in het Verenigd Koninkrijk. Toepassing ervan in die context betekent echter dat aan de grens een selectie moet worden toegepast tussen pornografie van een zo schadelijke soort, dat de verdeling ervan binnen het Verenigd Koninkrijk verboden is (de besmette appelen), en pornografie van een soort die, zonder in strijd te komen met de wet, in het Verenigd Koninkrijk of een belangrijk deel daarvan mag worden verhandeld.

Vervolgens is gewezen op zaak 104/75 (De Peijper, Jurispr. 1976, blz. 613), waarin het Hof overwoog dat „artikel 36 niet kan worden ingeroepen ter rechtvaardiging van op zichzelf doelmatige regelingen of handelwijzen waarvan de beperkende elementen in wezen hun oorzaak vinden in de zorg de belasting van de administratie of de overheidsuitgaven te verminderen, tenzij bij ontbreken van genoemde regelingen of handelwijzen, die belasting of die uitgaven duidelijk de grenzen zouden overschrijden van wat in redelijkheid kan worden verlangd."

De regering van het Verenigd Koninkrijk heeft voor het Hof niet gesteld dat het verbod van artikel 42 van de Customs Consolidation Act 1876 zijn rechtvaardiging vond in het feit dat criterium A een criterium was dat door douaneambtenaren gemakkelijker was toe te passen dan alle engere criteria. Misschien achtte men die stelling, met het oog op de in bijlage 7 bij de Customs and Excise Act 1952 geregelde procedure, onhoudbaar — hoewel ik van appellanten heb begrepen dat de Kroon ze voor het House of Lords had aangevoerd. In elk geval heeft de regering van het Verenigd Koninkrijk voor dit Hof gesteld, dat niet alle bestanddelen (zoals openbare uitstalling en verkoop), nodig om binnenslands een strafbaar feit op te leveren, in de „grenssituatie" konden worden getransponeerd. De voor de hand liggende aanpassing zou zijn, de verbeurdverklaring aan de grens afhankelijk te maken van een al dan niet dreigende schending van de nationale wet. Dat zou echter vaak moeilijk en soms onmogelijk met redelijke zekerheid zijn vast te stellen, zodat een douaneambtenaar met een moeilijker onderzoek zou worden geconfronteerd dan een politieman die zich bezighoudt met een binnenlands strafbaar feit, waar bijvoorbeeld het bestanddeel openbare uitstalling of verkoop een feitelijke kwestie is, en geen toekomstspeculatie. Daaraan werd toegevoegd dat men van een Lid-Staat niet kan verlangen dat hij aanzienlijke financiële of personele middelen inzet, alleen maar om zich ervan te verzekeren dat de beteugeling van de handel in voor de samenleving schadelijke en immorele artikelen juist dezelfde is voor vreemde als voor binnenlandse produkten.

Daarmee ben ik het grotendeels eens.

Mijns inziens ligt de oplossing van het probleem in de toepassing van het begrip redelijkheid, waarvan sprake is in 's Hofs arrest-De Peijper of — wat volgens mij op hetzelfde neerkomt — het begrip evenredigheid, dat door het Europese Hof voor de Rechten van de Mans wordt gehanteerd in de zaak-Handyside en door dit Hof in het arrest van 12 juli 1979 (Commissie t. Duitsland, r.o. 15). Dat, in een context als deze, „redelijkheid" en „evenrediheid" hetzelfde begrip dekken of dat evenredigheid in elk geval een aspect is van redelijkheid, werd door professor L. Neville Brown aangetoond in een verhelderende studie „General Principles of Law and the English Legal System", uitgegeven door het Europees Universitair Instituut te Florence in „New Perspectives for a Common Law of Europe" (1978), op blz. 177-185.

Naar mijn oordeel moet het criterium dus in ieder geval zijn, of een zekere discriminatie, onafscheidelijk verbonden aan een verbod of beperking van de bedoelde invoer, in alle omstandigheden redelijk is. Zij zal dit niet zijn wanneer haar uitwerking onevenredig is aan het rechtmatige doel dat ermee wordt nagestreefd, of dit nu is dat men inbreuken op het nationale recht van de betrokken Lid-Staat wil voorkomen of onwaarschijnlijker wil maken, dan wel dat men buitensporige administratieve lasten en overheidsuitgaven wil vermijden, of beide. Wanneer de betrokken Lid-Staat zo is opgebouwd, dat de wetten van verschillende delen ervan uiteenlopen, dan is dat volgens mij een — mogelijk belangrijke — factor die bij de toepassing van het criterium in aanmerking moet worden genomen.

Dat criterium moet, mijns inziens, niet worden toegepast door douaneambtenaren die de goederen aan de grens onderzoeken, maar door de wetgever, wanneer deze de regels opstelt waaraan de douaneambtenaren de hand hebben te houden, en natuurlijk door de rechter, wanneer deze nagaat in hoeverre die regels verenigbaar zijn met het gemeenschapsrecht.

Ik betwijfel of de toepassing van dat criterium een rechtvaardiging zou opleveren voor het verbod om een boek dat ingevolge de wet in de Engelse boekhandel mag worden verkocht, in het Verenigd Koninkrijk in te voeren. Het zou duidelijk onredelijk en onevenredig zijn, de invoer van een dergelijk boek te verbieden wegens het risico dat het misschien in een Engelse straat zou worden uitgestald of in Schotland of op het eiland Man te koop zou worden aangeboden. Bij publikatie van het boek in Engeland loopt men juist dezelfde risico's.

Zo ik, zelfs voorzichtig, zou willen opperen aan welke kant van de scheidingslijn andere gevallen zouden kunnen liggen, zou dit veel verder gaan dan nodig is voor de behandeling van de onderhavige verwijzing.

Hoe het ook zij, in het geval van invoer in het groot van een zo ontuchtig en waardeloos soort artikelen, dat men het in geen enkel deel van het Verenigd Koninkrijk kan openbaar maken of verdelen zonder een strafbaar feit te plegen, geloof ik dat er volstrekt geen probleem is. Niemand kan aannemen dat een man die dergelijke goederen in het groot importeert, zulks doet voor zijn particulier genoegen, zodat het verbod van een dergelijke invoer mijns inziens geen discriminatie inhoudt.

Zowel appellanten als de regering van het Verenigd Koninkrijk voeren argumenten aan die zijn ontleend aan de rechtsoverweging van 's Hofs arrest in de zaak-Van Duyn, waarin het Hof verklaarde dat van een Lid-Staat, welks bevoegde autoriteiten een duidelijk standpunt hebben ingenomen ten opzichte van bepaalde activiteiten door deze als een gevaar voor de maatschappij aan te merken en bestuurlijke maatregelen hebben getroffen om die activiteiten tegen te gaan, voor een beroep op de beperking uit hoofde van de „openbare orde" in artikel 48 EEG-Verdrag niet kan worden verlangd dat hij die activiteiten bij de wet doet verbieden (Jurispr. 1974, op blz. 1351).

Op grond van die rechtsoverweging stellen appellanten (zoals gezegd) dat een Lid-Staat zich slechts kan beroepen op de beperking uit hoofde van de „openbare zedelijkheid" in artikel 36, op voorwaarde dat hij een welomlijnd beleid of standpunt heeft inzake de vereisten van

de openbare zedelijkheid, iets wat het Verenigd Koninkrijk, getuige de complexiteit van zijn wetten terzake, niet had. Mijns inziens is die bewering een misvatting. De houding van het Verenigd Koninkrijk tegenover de activiteiten van pornografen (hoe complex ook) is omschreven door zijn wetten. Niemand suggereert dat er een besluit van de uitvoerende macht of de administratie bestaat, waarin die houding is omschreven, zoals het geval was ten aanzien van de activiteiten van sciëntologen, waarover het ging in de zaak-Van Duyn. 's Hofs standpunt in de betrokken rechtsoverweging is hier bijgevolg irrelevant.

De regering van het Verenigd Koninkrijk, van haar kant, bouwde op die rechtsoverweging een argument dat — zo ik het goed heb begrepen — hierop neerkomt, dat voor een beroep van een Lid-Staat op de „openbare zedelijkheid" ter rechtvaardiging van een maatregel op grond van artikel 36, geen dreigende onwettige activiteit is vereist, zodat een Lid-Staat een verbod als in deze zaak bedoeld, mag handhaven om andere redenen dan het voorkomen van, beschermen tegen, of onwaarschijnlijker maken van inbreuken op zijn nationaal recht. Als algemene stelling is dit ongetwijfeld juist. Maar de regering van het Verenigd Koninkrijk heeft geen andere gronden voor artikel 42 van de Customs Consolidation Act 1876 vermeld, buiten een verwijzing in algemene termen naar het feit dat de wetgeving van het Verenigd Koninkrijk over het geheel — en reeds lang — vijandig staat tegenover aanstotelijke en ontuchtige voorwerpen en handelingen. Misschien dat een dergelijk argument voor het House of Lords is aangevoerd; dit zou dan verklaren waarom het House in vraag 3, lid ii heeft opgenomen, waarin sprake is van de „normen en kenmerken" van een Lid-Staat. Dat lijkt mij echter alles samen een te vaag begrip om in de huidige context te worden ingeroepen, en het is — zoals de regering van het Verenigd Koninkrijk zelf erkent — evenmin relevant voor de vraag of, en zo ja in hoeverre, artikel 42 van de Customs Consolidation Act 1876 een bron van willekeurige discriminatie is.

Ik kom thans tot de zevende en laatste vraag van het House of Lords, die luidt als volgt:

„Is een Lid-Staat — los van bovenstaande vragen — gerechtigd de invoer van dergelijke goederen uit een andere Lid-Staat te verbieden met een beroep op verplichtingen uit het Verdrag van Genève van 1923 tot beteugeling van de verspreiding van en de handel in ontuchtige uitgaven, en het Wereldpostverdrag (hernieuwd te Lausanne in 1974, in werking getreden op 1 januari 1976), zulks gelet op de bepalingen van artikel 234 EEG-Verdrag?"

Wat het Wereldpostverdrag aangaat, heeft de Commissie erop gewezen dat artikel 234 EEG-Verdrag er niet op toepasselijk is omdat het in 1974 te Lausanne is hernieuwd. Artikel 234 geldt in het geval van de oorspronkelijke Lid-Staten enkel voor internationale overeenkomsten gesloten vóór de inwerkingtreding van het Verdrag, en in het geval van de nieuwe Lid-Staten voor overeenkomsten gesloten vóór de toetreding, dat wil zeggen vóór 1 januari 1973 (zie artikel 5 Toetredingsakte). De Commissie heeft er ook op gewezen dat de Lid-Staten hun verplichtingen krachtens het EEG-Verdrag niet kunnen wijzigen door het sluiten van latere internationale verdragen; dit kan enkel gebeuren overeenkomstig artikel 236 EEG-Verdrag. De regering van het Verenigd Koninkrijk

vestigt er de aandacht op, dat de wezenlijke delen van het relevante artikel 33 van het Verdrag van Lausanne identiek zijn met de bepalingen van het vroegere Verdrag van Tokio van 1969 (artikel 29), waarvoor zij in de plaats zijn gekomen. Dat lijkt mij geen afdoend antwoord op de opmerkingen van de Commissie. De regering van het Verenigd Koninkrijk voegt hier echter aan toe dat, aangezien de postdiensten in casu niet bij de invoer betrokken waren, de kwestie zuiver hypothetisch is.

Bij het Verdrag van Genève van 1923 ligt de zaak anders en moeilijker. Het hangt er maar van af, hoe men dit Verdrag uitlegt, waarbij, overigens, alle Lid-Staten oorspronkelijk partij waren, maar dat (volgens de Commissie) is opgezegd door Denemarken per 16 augustus 1968 en door de Bondsrepubliek Duitsland per 25 januari 1975.

Voor het Hof is over twee interpretaties ervan gediscuteerd.

De ene is, dat het Verdrag van Genève, althans wat in- en uitvoer betreft, enkel een reeks bilaterale verplichtingen tussen de verdragsluitende partijen in het leven roept. Zo deze uitlegging juist is, wordt dat Verdrag tussen de Lid-Staten van de Gemeenschap opzij gezet door het EEG-Verdrag, zodat het niet langer geldt voor in- en uitvoer tussen de Lid-Staten — zie zaak 10/61 (Commissie t. Italië, Jurispr. 1962, blz. 1). Dan kan een Lid-Staat niet rechtmatig de invoer uit andere Lid-Staten beperken onder verwijzing naar zijn verplichtingen krachtens het Verdrag van Genève.

De andere uitlegging is, dat het Verdrag van Genève multilaterale verplichtingen schept tussen alle partijen, zodat verdragsluitende staten die geen lid van de Gemeenschap zijn, recht hebben op naleving van de verdragsbepalingen, zelfs wat de in- en uitvoer tussen Lid-Staten betreft, omdat — zoals de Commissie ter terechtzitting heeft gesteld — een bloeiende handel in ontuchtige artikelen binnen de Gemeenschap afbreuk zou doen aan de inspanningen van andere staten die de handel in die artikelen verbieden. Indien deze uitlegging van het Verdrag van Genève de juiste zou zijn, dan is een Lid-Staat (los van de artikelen 30 en 36) gerechtigd de invoer uit andere Lid-Staten te verbieden of te beperken voor zover als nodig om hem in staat te stellen zijn verplichtingen krachtens het Verdrag van Genève na te komen. Dat recht is echter afhankelijk van de verplichtingen van de Lid-Staat krachtens artikel 234 EEG-Verdrag.

's Hofs bevoegdheid krachtens artikel 177 is beperkt tot de uitlegging van het Verdrag en van de handelingen van de gemeenschapsinstellingen. Zij strekt zich niet uit tot de uitlegging van een verdrag, gesloten vóór de Gemeenschap bestond. Wanneer een dergelijk verdrag verband houdt met een krachtens artikel 177 aan het Hof voorgelegde vraag en er niemand is die stelt dat het Verdrag van Genève voor uiteenlopende interpretaties vatbaar is, kan dit Hof de vraag natuurlijk beantwoorden, ervan uitgaande dat het Verdrag van Genève de betekenis heeft die het schijnt te hebben. Maar in een geval als het onderhavige is het Hof mijns inziens verplicht alternatieve antwoorden te geven en het aan de betrokken nationale rechter over te laten, van die antwoorden maar het beste te maken.

Mitsdien concludeer ik dat het Hof de door het House of Lords gestelde vragen beantwoorde als volgt:

1. Een wettelijke regeling van een Lid-Staat, waarbij de invoer in die staat van pornografische artikelen uit een andere Lid-Staat wordt verboden, is een kwantitatieve invoerbeperking in de zin van artikel 30 EEG-Verdrag.

2. Artikel 36 EEG-Verdrag verleent een Lid-Staat geen onbeperkte discretionaire bevoegdheid om de invoer van goederen uit een andere Lid-Staat te verbieden, wanneer die goederen volgens de wettelijke regelingen van eerstbedoelde Lid-Staat aanstotelijk of ontuchtig van aard zijn. Het verleent een Lid-Staat een discretionaire bevoegdheid om dergelijke invoer te verbieden uit hoofde van de openbare zedelijkheid, wanneer de verbodsbepalingen om die reden gerechtvaardigd zijn.

3. Een verbod kan niet gerechtvaardigd zijn in de zin van artikel 36, wanneer het een middel tot willekeurige discritminatie of een verkapte beperking van de handel tussen Lid-Staten vormt.

4. Om te bepalen of een verbod gerechtvaardigd is uit hoofde van bescherming van de openbare zedelijkheid, dan wel een middel tot willekeurige discriminatie vormt, is het criterium telkens, of het verbod in alle omstandigheden redelijk is. Het zal dit niet zijn, wanneer de uitwerking ervan onevenredig is aan het rechtmatige doel dat ermee wordt nagestreefd.

5. Het voorkomen of onwaarschijnlijker maken van inbreuken op het nationaal recht van de betrokken Lid-Staten is een rechtmatig doel.

6. Wanneer de betrokken Lid-Staat zo is opgebouwd, dat het recht van de verschillende delen uiteenloopt, is dat een bij de toepassing van het criterium in aanmerking te nemen factor.

7. Een Lid-Staat is niet gerechtigd de invoer van goederen uit een andere Lid-Staat te verbieden met een beroep op verplichtingen uit het Wereldpostverdrag, hernieuwd te Lausanne in 1974.

8. Of een Lid-Staat gerechtigd is de invoer uit een andere Lid-Staat te verbieden met een beroep op zijn verplichtingen uit het Verdrag van Genève

van 1923 tot beteugeling van de verspreiding van en de handel in ontuchtige uitgaven, hangt af van de juiste uitlegging van dat Verdrag. Indien dat Verdrag, volgens juiste interpretatie tussen de partijen wat de in- en uitvoer betreft, een reeks bilaterale verplichtingen in het leven roept, wordt het, wat de in- en uitvoer tussen Lid-Staten aangaat, opzij gezet door het EEG-Verdrag. Schept dat Verdrag daarentegen multilaterale verplichtingen tussen alle partijen, dan is een Lid-Staat ondanks het EEG-Verdrag gerechtigd de invoer uit andere Lid-Staten te verbieden voor zover als nodig om hem in staat te stellen zijn verplichtingen krachtens dat Verdrag na te komen, onverminderd de verplichtingen van de Lid-Staat krachtens artikel 234 EEG-Verdrag.