

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

C. O. LENZ

van 4 oktober 1994 *

A — Inleiding

1. In de onderhavige zaak is de vraag aan de orde, of de verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer van goederen (artikel 30 e. v. EG-Verdrag) van toepassing zijn op de handel in heroïne (en andere verdovende middelen).

2. Diacetylmorfine (heroïne) is een opium-derivaat dat wordt bereid uit morfine. In de meeste landen is het verboden wegens het gevaar van misbruik. In het Verenigd Koninkrijk is het evenwel de meest gebruikte pijnstiller bij de behandeling van ongeneeslijk of zeer ernstig zieke patiënten. Volgens de door de verwijzende rechter verschaft gegevens ging in 1990 van de 241 kg heroïne die over de hele wereld voor medische doeleinden werd gebruikt, 238 kg naar het Verenigd Koninkrijk.

3. Diacetylmorfine behoort tot de verdovende middelen in de zin van het Enkelvoudig Verdrag inzake verdovende middelen, op 30 maart 1961 ondertekend te New York

(hierna: „Enkelvoudig Verdrag”).¹ Bij dit Enkelvoudig Verdrag zijn een aantal bestaande overeenkomsten op dit gebied (om te beginnen het Internationaal Opiumverdrag van 1912) beëindigd en vervangen.

4. In de preambule van het Enkelvoudig Verdrag is erkend, „dat het geneeskundig gebruik van verdovende middelen onmisbaar blijft voor het verzachten van pijn en lijden en dat voldoende maatregelen moeten worden genomen om te verzekeren, dat verdovende middelen voor die doeleinden beschikbaar zijn”.² Tevens wordt vastgesteld, dat verslaving aan verdovende middelen een kwaad vormt dat de Verdragsluitende Partijen moeten bestrijden.³ Volgens de Verdragsluitende Partijen kunnen maatregelen tegen het misbruik van verdovende middelen alleen dan doeltreffend zijn, wanneer zij gecoördineerd worden en wereldomspannend zijn. Een dergelijk wereldomspannend optreden maakt internationale samenwerking nodig, „die geleid wordt door dezelfde beginselen en gericht is op gemeenschappelijke doelstellingen”.⁴

5. Ingevolge artikel 2, lid 1, zijn de in Lijst I genoemde verdovende middelen onderworpen aan alle maatregelen van toezicht waarin het Enkelvoudig Verdrag voorziet. Een van

1 — Trib. 1963, 81.

2 — Tweede overweging van de preambule van het Enkelvoudig Verdrag.

3 — Derde en vierde overweging van de preambule.

4 — Zie de vijfde en zesde overweging van de preambule.

* Oorspronkelijke taal: Duits.

deze maatregelen is om te beginnen de krachtens artikel 19 van het Enkelvoudig Verdrag op de Verdragsluitende Partijen rustende verplichting om het Internationale Comité van Toezicht op verdovende middelen te Wenen met betrekking tot „elk van hun gebieden” jaarlijks ramingen te verstrekken. In deze ramingen dienen onder andere de hoeveelheden verdovende middelen te worden aangegeven, die in het daaropvolgende jaar zullen worden verbruikt voor geneeskundige en wetenschappelijke doeleinden of zullen worden gebruikt voor de vervaardiging van andere verdovende middelen of andere preparaten. Tevens moeten de voorraden verdovende middelen op 31 december van het jaar waarop de ramingen betrekking hebben, worden aangegeven.

b) de hoeveelheid gebruikt binnen de grens van de desbetreffende raming voor de vervaardiging van andere verdovende middelen, van preparaten van Lijst III en van niet onder dit Verdrag vallende stoffen;

c) de uitgevoerde hoeveelheid;

d) de hoeveelheid toegevoegd aan de voorraad teneinde die voorraad op het in de desbetreffende raming aangegeven peil te brengen; en

Diacetylmorfine is zowel in Lijst I als in Lijst IV van het Enkelvoudig Verdrag genoemd.

e) de hoeveelheid, binnen de grens van de desbetreffende raming voor bijzondere doeleinden verkregen.”

6. Artikel 21, lid 1, van het Enkelvoudig Verdrag bepaalt:

„Het totaal van de hoeveelheden van elk verdovend middel dat door welk land of gebied dan ook in enig jaar wordt vervaardigd en ingevoerd, mag het totaal der volgende hoeveelheden niet overtreffen:

a) de binnen de grens van de desbetreffende raming voor geneeskundige en wetenschappelijke doeleinden verbruikte hoeveelheid;

7. De artikelen 29-31 van het Enkelvoudig Verdrag verplichten de Verdragsluitende Partijen, de vervaardiging, de handel in en de afgifte van, alsmede de uitvoer naar „enigerlei land of gebied” en de invoer van verdovende middelen afhankelijk te stellen van een vergunning.

8. In dit verband moet artikel 43, lid 2, worden genoemd. Volgens deze bepaling kunnen twee of meer Verdragsluitende Partijen de Secretaris-Generaal van de Verenigde Naties ervan in kennis stellen, dat, „als gevolg van een tussen hen opgerichte douane-unie, deze

Partijen, wat betreft de artikelen 19, 20, 21 en 31, een enkel gebied vormen”.

9. Artikel 2, lid 5, van het Enkelvoudig Verdrag voorziet voor de in Lijst IV opgenomen — en bijzonder gevaarlijke — verdovende middelen in extra maatregelen van toezicht, inhoudende dat:

„a) een Partij alle bijzondere maatregelen van toezicht neemt die naar haar mening noodzakelijk zijn in verband met de bijzonder gevaarlijke eigenschappen van een aldus opgenomen verdovend middel;

b) een Partij, indien zulks naar haar mening, gelet op de in haar land heersende toestanden, de meest aangewezen wijze van bescherming van de volksgezondheid en het openbaar welzijn vormt, de produktie, de vervaardiging, de uit- en invoer van, de handel in en het bezit of het gebruik van een dergelijk verdovend middel verbiedt behalve voorzover het hoeveelheden betreft die uitsluitend nodig zijn voor geneeskundig en wetenschappelijk onderzoek, daaronder begrepen klinische proeven met bedoelde verdovende middelen welke moeten worden uitgevoerd onder het rechtstreekse toezicht van de Partij of aan zodanig toezicht en zodanige controle zijn onderworpen.”

10. Onder de meer dan 130 Verdragsluitende Partijen zijn onder andere alle Lid-Staten van de Gemeenschappen. Het Verenigd Koninkrijk heeft het Enkelvoudig Verdrag geratificeerd op 2 september 1964 (dat wil zeggen vóór de toetreding tot de Europese Gemeenschappen).

11. In het Verenigd Koninkrijk is voor de uitvoering van de uit het Enkelvoudig Verdrag voortvloeiende verplichtingen in de eerste plaats de Secretary of State for the Home Department (hierna: „Secretary of State”) — de minister van Binnenlandse zaken — verantwoordelijk. Ingevolge de Misuse of Drugs Act 1971 is voor de invoer van diacetylmorfine een vergunning van de Secretary of State vereist.

12. Vóór augustus 1992 liet het Verenigd Koninkrijk geen invoer toe van verdovende middelen, die aldaar werden geproduceerd en gemakkelijk te krijgen waren. Ter rechtvaardiging van dit sinds lang gevoerde beleid werd verwezen naar de uit het Enkelvoudig Verdrag voortvloeiende verplichtingen en — inzonderheid — wat diacetylmorfine betreft — naar de noodzaak om sluikhandel te voorkomen en een betrouwbare bevoorradiging te waarborgen. Dit was en is nog steeds het beleid van een aantal andere Lid-Staten.

13. Tot 1992 werd uitsluitend door Evans Medical Limited (hierna: „Evans”) in de

behoefte aan diacetylmorfine in het Verenigd Koninkrijk voorzien. Evans is ook thans nog de grootste producent van het eindprodukt voor de Britse en de wereldmarkt.

zoek van Generics getoetst aan nationaal, Europees en internationaal recht. In dit verband verklaarde hij onder meer:

Macfarlan Smith Limited (hierna: „MSL”) is tegenwoordig in het Verenigd Koninkrijk de enige producent van ongezuiverde diacetylmorfine in poedervorm, de grondstof voor het eindprodukt, die over een vergunning beschikt. Aangezien het produkt slechts in weinig andere landen wordt gebruikt, is zij tevens de voornaamste producent ter wereld. Evans is MSL's belangrijkste klant voor dit produkt.

„Mijns inziens is er geen onverenigbaarheid tussen het Enkelvoudig Verdrag en de artikelen 30 en 36 EG-Verdrag. Ingevolge artikel 2, lid 5, van het Enkelvoudig Verdrag is het de Verdragsluitende Partijen toegestaan de invoer te beperken, doch zij zijn daartoe niet verplicht. Ingevolge deze bepaling kan een Partij, indien zulks naar haar mening, gelet op de in haar land heersende toestanden, de meest aangewezen wijze van bescherming van de volksgezondheid en het openbaar welzijn vormt, de invoer verbieden. Artikel 36 [EG-Verdrag] bepaalt, dat verboden of beperkingen van de invoer gerechtvaardigd kunnen zijn uit hoofde van bescherming van de gezondheid en het leven van personen (...)

14. Bij twee brieven van 17 augustus 1992 deelde de Secretary of State de advocaten van MSL en Evans mee, dat hij na rijp beraad tot de slotsom was gekomen, dat er geen steekhoudende argumenten waren om een verzoek van Generics (UK) Limited (hierna: „Generics”) om een Partij diacetylmorfine uit Nederland in te voeren, af te wijzen. Generics is gespecialiseerd in de vervaardiging en verhandeling van generieke farmaceutische produkten en heeft dochterondernemingen in een aantal Europese landen (waaronder Nederland).

Derhalve is de kwestie van de veiligheid bij het vervoer aan een grondig onderzoek onderworpen (...)

De Secretary of State zette in deze brieven uiteen, dat hij rekening had gehouden met de noodzaak de bevoorrading te verzekeren én sluikehandel te voorkomen. Hij heeft het ver-

Wat de betrouwbaarheid van de bevoorrading betreft, is er de regering uiteraard veel aan gelegen om te waarborgen, dat diacetylmorfine voor medisch gebruik in de toekomst steeds gemakkelijk verkrijgbaar is. De regering is er evenwel van overtuigd, dat de beste manier om de bevoorrading te verzekeren bestaat in een stelsel van aanbestedingen (...). Onze collega's van het Department of Health hebben ons meegedeeld, dat [de National Health Service Supplies Authority] de mogelijkheid onderzoekt om met ingang

van begin 1993 een nieuw stelsel van aanbestedingen voor diacetylmorfine in te voeren.”⁵

15. Daarop stelden Evans en MSL beroep in bij de High Court, Queen's Bench Division. Zij kwamen zowel op tegen de aan Generics afgegeven invoervergunning als tegen het daarin tot uitdrukking komende algemene besluit om het tevoren gevolgde beleid inzake de invoer van verdovende middelen om te gooien. Volgens verzoeksters is de Secretary of State bij zijn besluit ten onrechte ervan uitgegaan, dat het tevoren gevolgde beleid in strijd was met het gemeenschapsrecht, inzonderheid dat het invoerverbod een schending van artikel 30 EG-Verdrag vormde en niet gerechtvaardigd was uit hoofde van artikel 36. Zij zijn van mening, dat artikel 30 ingevolge artikel 234 EG-Verdrag niet van toepassing is op de handel in verdovende middelen in de zin van het Enkelvoudig Verdrag. Ook indien de Secretary of State bij zijn besluit terecht was uitgegaan van de toepasselijkheid van de artikelen 30 en 36 EG-Verdrag, had hij dit besluit niet mogen nemen zonder eerst te onderzoeken, of het voorgestelde stelsel van aanbestedingen uitvoerbaar en in overeenstemming met het Enkelvoudig Verdrag was, en of, en zo ja hoe, daardoor de ononderbroken bevoorrading van de medische autoriteiten met diacetylmorfine kon worden gewaarborgd.

16. De High Court heeft de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen voorgelegd:

- „1) Moeten de artikelen 30, 36 en 234 EEG-Verdrag aldus worden uitgelegd, dat een Lid-Staat de afgifte van de door zijn wettelijke regeling verlangde vergunning voor de invoer uit een andere Lid-Staat van verdovende middelen die afkomstig zijn uit of zich bevinden in het vrije verkeer van laatstbedoelde Lid-Staat, mag weigeren op grond dat
- a) het bepaalde in de artikelen 30-36 niet van toepassing is op de handel in verdovende middelen in de zin van of in het kader van het op 30 maart 1961 te New York ondertekende Enkelvoudig Verdrag inzake verdovende middelen; en/of
- b) de naleving van het Enkelvoudig Verdrag in de praktijk de willekeurige verdeling van quota tussen importeurs en plaatselijke producenten zou vereisen; en/of het door het Enkelvoudig Verdrag voorgeschreven stelsel van toezicht anders minder doeltreffend zou zijn; en/of
- c) (waar de Gemeenschap geen richtlijn of andere regeling inzake de handel in verdovende middelen heeft vastgesteld, op grond waarvan zij als 'een

⁵ — De citaten zijn ontleend aan de brief van de Secretary of State aan de advocaten van Evans. De brief aan de advocaten van MSL wijkt op enkele detailpunten enigszins hiervan af.

enkel gebied' in de zin van artikel 43 van het Enkelvoudig Verdrag zou kunnen worden aangemerkt, en verschillende Lid-Staten die verdovende middelen produceren, de invoer ervan verbieden) de invoer van verdovende middelen uit een andere Lid-Staat de enige producent van deze verdovende middelen in de betrokken Lid-Staat die over een vergunning beschikt, in zijn bestaan bedreigt, en de zekerheid van de bevoorrading met deze verdovende middelen voor essentiële medische doeleinden in die Lid-Staat in gevaar zou komen?

- 2) Moet richtlijn 77/62/EEG van de Raad van 21 december 1976 (PB 1977, L 13, blz. 1), zoals gewijzigd, aldus worden uitgelegd, dat een overheidsorgaan dat belast is met de aankoop van onontbeerlijke pijnstillende verdovende middelen voor medische doeleinden, bij het sluiten van contracten voor de levering van die verdovende middelen rekening mag houden met de noodzaak om de zekerheid en continuïteit van de bevoorrading te waarborgen?"

beantwoorden, op grond dat zij „hypothetisch” zijn. Met de vragen 1a-c, wenst de verwijzende rechter te vernemen, of een Lid-Staat een vergunning voor de invoer van verdovende middelen uit andere Lid-Staten in het algemeen of onder bepaalde voorwaarden mag weigeren. In de procedure voor de High Court gaat het evenwel niet om de *weigeren* van een vergunning, maar om de *afgifte* ervan. Voor de Commissie staat vast, dat ingevolge artikel 36 beperkingen van de intracommunautaire handel in verdovende middelen zijn toegestaan en dat het onder bepaalde omstandigheden eveneens gerechtvaardigd kan zijn, in voorkomend geval een invoer- of uitvoervergunning te weigeren. Gezien de verscheidenheid van de mogelijke omstandigheden en het gewicht van de betrokken belangen, is het echter niet wenselijk dat het Hof zich over deze problematiek uitsprekt. De tweede prejudiciële vraag is nog hypothetischer, nu zij betrekking heeft op de aankoop van diacetylmorfine door de bevoegde medische instanties, terwijl het in casu gaat om een besluit van de Secretary of State om de invoer van dit verdovend middel toe te staan. Derhalve zou het Hof ook deze vraag onbeantwoord moeten laten.

B — Standpuntbepaling

Ontvankelijkheid van het verzoek om een prejudiciële beslissing

17. De Commissie is van mening, dat het Hof de vragen van de High Court niet moet

Ook volgens Generics zijn vragen 1b en c, en 2 — maar niet vraag 1a — hypothetische vragen, nu zij betrekking hebben op feiten die nog niet zijn bewezen. Haar vertegenwoordiger heeft evenwel ter terechtzitting verklaard, dat het Hof deze vragen toch zou moeten beantwoorden.

18. Volgens vaste rechtspraak van het Hof is de prejudiciële procedure van artikel 177 EG-Verdrag een instrument voor de samenwerking tussen het Hof en de nationale rechterlijke instanties. In het kader van deze samenwerking staat het aan de nationale rechter, de noodzaak van een prejudiciële beslissing voor het wijzen van zijn vonnis te beoordelen. Wanneer de nationale rechter besluit zich tot het Hof te wenden en zijn vragen betrekking hebben op de uitlegging van het gemeenschapsrecht, is het Hof van Justitie derhalve in beginsel verplicht daarop te antwoorden. In het kader van deze procedure is het — zoals ook de Commissie in haar opmerkingen heeft gesteld — evenwel niet de taak van het Hof, „adviezen over algemene of hypothetische vraagstukken te formuleren”.⁶

19. Met vraag 1a wenst de nationale rechter te vernemen, of de artikelen 30-36 EG-Verdrag van toepassing zijn op de handel in verdovende middelen. Zoals MSL in haar opmerkingen heeft verklaard, en zoals ook blijkt uit de verwijzingsbeschikking van de High Court, voeren MSL en Evans in het hoofdgeding aan, dat zij naar nationaal recht kunnen verlangen, dat de Secretary of State zijn besluit over het verzoek van Generics op een juiste feitelijke en juridische grondslag baseert. De Secretary of State is bij zijn besluit ervan uitgegaan, dat de artikelen 30-36 EG-Verdrag in casu van toepassing zijn. Is dit niet het geval, dan is zijn besluit op een onjuiste rechtsgrondslag gebaseerd, en kan het in voorkomend geval door de nationale rechter nietig worden verklaard. Het antwoord op de eerste prejudiciële vraag is dus

van direct belang voor de door de High Court te nemen beslissing. Mijns inziens kan dus niet worden aangenomen, dat het hier een hypothetische vraag betreft.

20. Opmerkelijk is overigens, dat ook de Commissie het Hof een antwoord op de vragen van de High Court in overweging geeft, hoewel het volgens haar om hypothetische vragen gaat die om die reden niet behoeven te worden beantwoord. Volgens de Commissie moet het Hof op deze vragen antwoorden, dat de artikelen 30-36 noch artikel 234 EG-Verdrag een nationale instantie beletten, een vergunning af te geven voor de invoer van verdovende middelen uit een andere Lid-Staat. Terecht heeft de vertegenwoordiger van MSL ter terechtzitting opgemerkt, dat daarmee noch de voorgelegde vraag wordt beantwoord, noch de verwijzende rechter in staat wordt gesteld ze te beantwoorden. Zeer gevat heeft de vertegenwoordiger van de Britse regering dezelfde gedachte vertolkt, toen hij zei dat de Commissie het Hof daarmee in overweging gaf, de nationale rechter behulpzaam te zijn door op een vraag die niemand heeft gesteld, een antwoord te geven waarop niemand iets kan aanmerken.

21. De Commissie heeft terecht opgemerkt, dat de beoordeling in rechte van de intracommunautaire handel in verdovende middelen zeer ingewikkelde vraagstukken aan de orde stelt. De gemeenschapswetgever heeft voor deze vraagstukken kennelijk nog geen bevredigende oplossing gevonden. Deze moeilijkheden mogen het Hof er evenwel niet van weerhouden zich te kwijten van

⁶ — Arrest van 16 juli 1992, zaak C-83/91, Meilicke, Jurispr. 1992, blz. I-4871, r. o. 22-25.

zijn verplichting krachtens artikel 177 EG-Verdrag, de nationale rechterlijke instanties bij de beslechting van de bij hen aanhangige gedingen behulpzaam te zijn via uitlegging van bepalingen van het gemeenschapsrecht. Deze moeilijkheden nemen dus niet weg, dat het Hof de voorgelegde vragen moet beantwoorden, *voor zover* het hiertoe in staat is. Zij doen dus ook niet af aan de ontvankelijkheid van de betrokken prejudiciële vraag.

22. De prejudiciële vragen 1b en c betreffen — zoals de High Court in haar verwijzingsbeschikking uiteenzet — feitelijke beweringen van MSL en Evans waarvan het bewijs nog niet is geleverd. Met deze vragen wordt het Hof evenwel niet verzocht zich over de realiteit van de gestelde feiten uit te spreken. Zoals de vertegenwoordiger van MSL heeft verklaard, wenst de High Court integendeel te vernemen, of de in deze vragen vervatte juridische aspecten vanuit het oogpunt van het gemeenschapsrecht wel relevant zijn. De vertegenwoordiger van de Britse regering heeft zich in dezelfde zin uitgelaten. Zouden de twee vragen ontkennend moeten worden beantwoord, dan zou de High Court op de daarin vervatte feitelijke beweringen dus niet meer behoeven in te gaan. Zou het Hof daarentegen beslissen, dat een Lid-Staat in bepaalde gevallen de invoer van verdovende middelen uit andere Lid-Staten kan verbieden, dan moet de High Court nagaan, of dit in casu het geval is.

23. Mijns inziens kan in beginsel weinig worden ingebracht tegen de benaderingswijze van de High Court. De proceseconomie is ermee gediend, dat de instructie wordt

opgeschort, zolang niet duidelijk is of aan het voorwerp ervan betekenis toekomt in de procedure. Gezien het belang van de door vraag 1a opgeworpen principiële vraag, of de artikelen 30-36 van toepassing zijn op de legale handel in verdovende middelen — waarover het Hof zich tot dusverre nog niet heeft hoeven uit te spreken —, is dan ook volkomen begrijpelijk dat de High Court heeft besloten zich reeds in een vroeg stadium met een verzoek om een prejudiciële beslissing tot het Hof te wenden. Zoals het Hof heeft overwogen, is het uitsluitend een zaak van de nationale rechter aan wie het geschil is voorgelegd om, gelet op de bijzonderheden van elk geval, de noodzaak van een prejudiciële beslissing voor het wijzen van een vonnis te beoordelen, alsmede de relevantie van de vragen die hij aan het Hof voorlegt.⁷ Om die redenen is vraag 1c mijns inziens ontvankelijk, ook al is het bewijs van de feitelijke bewering waarop zij berust (inhoudende dat het toestaan van importen het voortbestaan van de binnenlandse producent en daardoor de verzekerde bevoorrading in gevaar zou brengen) nog niet geleverd.

Dit geldt evenwel niet voor prejudiciële vraag 1b, die uit twee delen bestaat. In de eerste plaats wordt gevraagd, of een Lid-Staat de invoer van verdovende middelen uit een andere Lid-Staat kan verbieden, wanneer naleving van het Enkelvoudig Verdrag ertoe zou leiden, dat importeurs en binnenlandse producenten willekeurige quota zouden krijgen toegewezen. In de tweede plaats wordt

7 — Zie met name arrest van 27 oktober 1993, zaak C-127/92, Enderby, Jurispr. 1993, blz. I-5535, r. o. 10.

gevraagd, of de invoer kan worden verboden, wanneer het stelsel van toezicht waarin het Enkelvoudig Verdrag voorziet, anders minder doeltreffend zou zijn. Met vraag 1b wordt dus de — praktische — verenigbaarheid van de toepassing van de artikelen 30-36 EG-Verdrag met de bepalingen van het Enkelvoudig Verdrag aan de orde gesteld. Wegens de nauwe samenhang dient deze vraag mijns inziens te zamen met vraag 1a te worden behandeld. Gezien de oplossing die ik voor de beantwoording van deze laatste vraag in overweging geef, dient vraag 1b niet afzonderlijk te worden beantwoord.

25. Vermeld zij nog, dat in de prejudiciële vragen in het algemeen van „verdovende middelen” (in de zin van het Enkelvoudig Verdrag) wordt gesproken, terwijl het in casu slechts gaat om één enkel verdovend middel, te weten diacetylmorfine. De antwoorden van het Hof op de vragen van de High Court zijn natuurlijk niet alleen van belang voor dit produkt, maar algemeen ook voor alle onder het Enkelvoudig Verdrag vallende verdovende middelen. Ik zal het hierna dus hebben over verdovende middelen in het algemeen, voor zover niet de bijzondere verdragsbepalingen voor diacetylmorfine (en andere bijzonder gevaarlijke verdovende middelen) aan de orde zijn.

Toepasselijkheid van de artikelen 30-36

24. Vraag 2 betreft de uitlegging van de gemeenschapsrechtelijke bepalingen inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen. Aan deze vraag ligt kennelijk de door de Secretary of State in zijn brieven van 17 augustus 1992 geformuleerde opvatting ten grondslag, dat in het kader van een aanbestedingsprocedure rekening zou kunnen worden gehouden met het oogmerk, de bevoorrading van het Verenigd Koninkrijk met diacetylmorfine te verzekeren. Onbetwist is evenwel, dat deze aanbestedingsprocedure uiteindelijk niet uitvoerbaar bleek te zijn. Men kan zich dan ook afvragen, waartoe de tweede vraag dient. De beschikking van de High Court bevat ter zake geen aanwijzingen, evenmin trouwens als de verklaringen van Partijen voor het Hof. Onder deze omstandigheden ben ik het met de Commissie eens, dat het Hof *deze* vraag buiten beschouwing mag laten. Wel zal ik de daarin aan de orde gestelde problematiek subsidiair onderzoeken.

Algemeen

26. Vooraf zij erop gewezen, dat de vraag, of de artikelen 30-36 EG-Verdrag van toepassing zijn, enkel betrekking heeft op de *legale* handel in verdovende middelen, dat wil zeggen de handel in dié verdovende middelen die bestemd zijn voor medische en wetenschappelijke toepassingen. Het lijkt geen twijfel, dat de *illegale* handel in verdovende middelen en de daarmee gepaard gaande

risico's moeten worden bestreden. Dit geldt zowel voor de Lid-Staten als voor de Gemeenschap.⁸

27. Het Hof heeft zich tot dusverre nog niet hoeven uit te spreken over de vraag, of de artikelen 30-36 van toepassing zijn op de legale handel in verdovende middelen in de zin van het Enkelvoudig Verdrag. Wel heeft het zich reeds verscheidene malen bezighouden met de vraag, of bij de illegale invoer van die stoffen een douanerecht⁹ of omzetbelasting bij invoer¹⁰ mag worden geheven, dan wel of over de illegale handel in deze stoffen BTW¹¹ verschuldigd is. Telkens heeft het Hof deze vragen ontkennend beantwoord.

28. Van bijzonder belang voor de onderhavige zaak zijn de beslissingen over de vraag, of een douanerecht mocht worden geheven bij illegale invoer van verdovende middelen. In de in 1982 gewezen arresten Wolf en Einberger overwoog het Hof, dat de invoer en verhandeling van de betrokken verdovende middelen (heroïne en cocaïne in het ene en morfine in het andere geval) in alle Lid-Staten verboden zijn, „afgezien van een streng gecontroleerde en beperkte handel met het oog op voor farmaceutische en medische doeleinden geoorloofd gebruik”.¹²

Het Hof oordeelde, dat deze rechtstoestand in overeenstemming is met het Enkelvoudig Verdrag.¹³ Het kwam derhalve tot de slotsom, dat geen douaneschuld ontstaat bij de invoer van verdovende middelen „die niet deel uitmaken van het door de bevoegde autoriteiten streng bewaakte handelsverkeer ten behoeve van gebruik voor medische en wetenschappelijke doeleinden”.¹⁴

Uit deze arresten kan worden afgeleid, dat bij de *legale* invoer van verdovende middelen wel een douanerecht verschuldigd is. Aangezien het Hof in deze arresten een uitlegging diende te geven van de artikelen 9 en 12-29 EG-Verdrag, bepalingen van titel I inzake het vrije verkeer van goederen, kan volgens mij nauwelijks worden betwijfeld, dat (anders dan MSL meent) in dezelfde zin moet worden geredeneerd bij de uitlegging van de — eveneens tot titel I behorende — artikelen 30-36. Ook deze bepalingen zijn dus van toepassing op de legale handel in verdovende middelen in de zin van het Enkelvoudig Verdrag.

Artikel 234 en het Enkelvoudig Verdrag

29. Wel moet nog worden nagegaan, welke de gevolgen zijn van artikel 234, eerste alinea, EG-Verdrag voor de toepassing van de artikelen 30-36. Naar luid van deze bepaling worden de „rechten en verplichtingen voort-

8 — Zie bij voorbeeld artikel K.1, punt 9, van het Verdrag betreffende de Europese Unie, naar luid waarvan de politieke samenwerking met het oog op het voorkomen en bestrijden van de illegale drughandel een aangelegenheid „van gemeenschappelijk belang” is.

9 — Arresten van 5 februari 1981, zaak 50/80, Horvath, Jurispr. 1981, blz. 385, en 26 oktober 1982, in de zaken 221/81, Wolf, Jurispr. 1982, blz. 3681, en 240/81, Einberger, Jurispr. 1982, blz. 3699.

10 — Arrest van 28 februari 1984, zaak 294/82, Einberger, Jurispr. 1984, blz. 1177.

11 — Arresten van 5 juli 1988, in de zaken 269/86, Mol, Jurispr. 1988, blz. 3627, en 289/86, Happy Family, Jurispr. 1988, blz. 3655.

12 — Reeds aangehaald in voetnoot 9, r. o. 8 van beide arresten.

13 — Reeds aangehaald in voetnoot 9, r. o. 9 van beide arresten.

14 — Reeds aangehaald in voetnoot 9, r. o. 16 van beide arresten.

vloeiende uit overeenkomsten vóór de inwerkingtreding van dit Verdrag gesloten tussen een of meer Lid-Staten enerzijds en een of meer derde Staten anderzijds”, door de bepalingen van dit Verdrag niet aangetast. Ingevolge artikel 5 van de Akte betreffende de toetreding van Denemarken, Ierland en het Verenigd Koninkrijk is artikel 234 EG-Verdrag voor deze Lid-Staten van toepassing op de vóór de toetreding gesloten overeenkomsten en akkoorden.¹⁵ Wat het Verenigd Koninkrijk betreft, is het Enkelvoudig Verdrag inzake verdovende middelen van 1961, dat het in 1964 heeft geratificeerd, dus een overeenkomst in de zin van artikel 234.¹⁶

30. Zoals het Hof herhaaldelijk heeft vastgesteld, houdt artikel 234, eerste alinea, overeenkomstig de beginselen van het volkenrecht¹⁷ in, dat de toepassing van het EG-Verdrag de verplichting van de betrokken Lid-Staat, de uit een eerdere overeenkomst voortvloeiende rechten van derde landen te eerbiedigen en de daarmee samenhangende plichten na te komen, ongemoeid laat.¹⁸ Voor het onderhavige geval betekent dit, dat het Verenigd Koninkrijk het recht heeft, zijn uit het Enkelvoudig Verdrag voortvloeiende plichten jegens derde landen na te komen en de voor derde landen uit het Enkelvoudig Verdrag voortvloeiende rechten te eerbiedigen. Voor zover de artikelen 30-36

zulks voor het Verenigd Koninkrijk onmogelijk zouden maken, zouden deze artikelen buiten toepassing moeten blijven.

Er zij evenwel aan herinnerd, dat het Verenigd Koninkrijk in dat geval overeenkomstig artikel 234, tweede alinea, „alle passende middelen” zou moeten aanwenden om de onverenigbaarheid van het Enkelvoudig Verdrag met het EG-Verdrag op te heffen. Het Verenigd Koninkrijk zou in voorkomend geval zelfs verplicht kunnen zijn, het Enkelvoudig Verdrag op te zeggen. Dit punt is evenwel zonder belang voor de beslechting van het onderhavige geschil, zodat ik het buiten beschouwing zal laten.

31. Generics stelt echter, dat artikel 234 in casu geen rol speelt, omdat hier alleen de handel tussen Lid-Staten aan de orde is. Het gaat om invoer in het Verenigd Koninkrijk van diacetylmorfine uit Nederland; derde landen worden door deze invoer niet geraakt. De Ierse regering heeft zich in dezelfde zin uitgelaten. Ook de Franse regering stelt in haar opmerkingen, dat een Lid-Staat in de intracommunautaire handel niet met een beroep op artikel 234, eerste alinea, kan afwijken van de bepalingen van het EG-Verdrag. Het Enkelvoudig Verdrag vormt dus geen beletsel voor de toepassing van de artikelen 30-36.

32. Zowel Generics als de Franse regering refereren in dat verband aan het arrest Cone-

15 — Een gelijkloeiende bepaling is te vinden in artikel 5 van de Akte betreffende de toetreding van Griekenland en in artikel 5 van de Akte betreffende de toetreding van Spanje en Portugal.

16 — Hetzelfde geldt voor Denemarken, Griekenland, Portugal en Spanje, die het Enkelvoudig Verdrag eveneens vóór hun toetreding tot de Gemeenschappen hebben geratificeerd.

17 — Zie artikel 30 van het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht.

18 — Arresten van 27 februari 1962, zaak 10/61, Commissie/Italië, Jurispr. 1962, blz. 1, op blz. 22 e. v., en 14 oktober 1980, zaak 812/79, Burgoa, Jurispr. 1980, blz. 2787, r. o. 8.

gate.¹⁹ Daarin overwoog het Hof inderdaad, dat „op overeenkomsten die vóór de inwerkingtreding van het Verdrag zijn gesloten, (...) geen beroep (kan) worden gedaan in de betrekkingen tussen Lid-Staten, ter rechtvaardiging van beperkingen in de intracommunautaire handel”.²⁰

toepassing van het gemeenschapsrecht in de betrekkingen tussen de Lid-Staten.²³

Bovendien heeft de regering van het Verenigd Koninkrijk terecht opgemerkt, dat de zienswijze van Generics in strijd is met het beginsel neergelegd in artikel 41 van het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht.²⁴

MSL wijst er evenwel terecht op, dat zulks alleen geldt wanneer de rechten van derde landen daardoor niet geraakt worden. Deze zienswijze is door de rechtspraak van het Hof bevestigd. Zo is in een arrest van 1988 de voorrang van het EG-Verdrag boven de vóór de inwerkingtreding ervan gesloten overeenkomst afhankelijk gesteld van de voorwaarde, dat „zoals in casu de rechten van derde staten niet in het geding zijn”.²¹ Reeds in zijn eerste arrest met betrekking tot artikel 234 overwoog het Hof, dat het stelsel van douanerechten tussen de Lid-Staten aan het oordeel van derde landen is onttrokken, wanneer het „geen inbreuk maakt op de rechten welke derde Staten aan de van kracht zijnde overeenkomsten ontleen”.²² Dat een dergelijk voorbehoud in het arrest Conegate ontbreekt, heeft derhalve weinig te betekenen; een verklaring hiervoor is wellicht, dat het voor het Hof in deze zaak geen twijfel leed, dat de in geding zijnde overeenkomsten derde landen geen rechten verleenden die geschonden zouden kunnen zijn door de

33. Om te beginnen moet dus worden nagegaan, of uit het Enkelvoudig Verdrag voor de Lid-Staten verplichtingen jegens derde landen voortvloeien, dan wel of het rechten in het leven roept die derde landen tegenover Lid-Staten kunnen doen gelden. Anders gezegd, de vraag is, of het Enkelvoudig Verdrag enkel bilaterale verplichtingen tussen twee Verdragsluitende Partijen in het leven roept, dan wel multilaterale verplichtingen tussen alle Partijen.²⁵ Daarvoor is vanzelfsprekend een uitlegging van het Enkelvoudig Verdrag nodig, die op zich — zoals ik hierna meer in bijzonderheden zal uiteenzetten — aan de verwijzende rechter toekomt. Ik ben evenwel van mening, dat het Hof *deze* vraag

19 — Arrest van 11 maart 1986, zaak 121/85, Jurispr. 1986, blz. 1007.

20 — Reeds aangehaald in voetnoot 19, r. o. 25.

21 — Arrest van 22 september 1988, zaak 286/86, Deserbais, Jurispr. 1988, blz. 4907, r. o. 18.

22 — Arrest van 27 februari 1962, reeds aangehaald in voetnoot 18, blz. 23.

23 — Het ging daarbij om het Verdrag van Genève van 1923 tot beteugeling van de verspreiding van en de handel in onrechtelijke uitgaven, en de Wereldpostverdragen, waaraan het Hof reeds aandacht had besteed in zijn arrest van 14 december 1979, zaak 34/79, Henn en Darby, Jurispr. 1979, blz. 3795. Het Hof overwoog aldaar, dat de toepassing van de artikelen 30 e. v. met deze overeenkomsten verenigbaar was (r. o. 26).

24 — Ingevolge deze bepaling kunnen twee of meer Partijen bij een multilateraal verdrag een overeenkomst tot wijziging van het verdrag tussen hen onderling sluiten. Een van de voorwaarden hiervoor is evenwel, dat deze wijziging „het genot der aan de andere Partijen op grond van het verdrag toekomende rechten” niet aantast.

25 — Zie voor dit onderscheid de conclusie van advocaat-generaal Warner in de zaak Henn en Darby, reeds aangehaald in voetnoot 23, blz. 3818, 3833.

ook zelf kan beantwoorden. In de eerste plaats heeft het dit in eerdere zaken reeds gedaan.²⁶ In de tweede plaats kan er geen redelijke twijfel bestaan, dat *alle* Partijen bij het Enkelvoudig Verdrag de door dat verdrag opgelegde verplichtingen moeten nakomen, zoals terecht is opgemerkt door de Portugese regering en MSL.

Reeds uit de preambule van het Enkelvoudig Verdrag, waarin sprake is van de noodzaak van wereldomspannende en gecoördineerde maatregelen tegen het misbruik van verdovende middelen, blijkt, dat dit de enige uitlegging is die beantwoordt aan de doelstellingen van het Enkelvoudig Verdrag. Dat de uit het Enkelvoudig Verdrag voortvloeiende verplichtingen tot toezicht op de handel in verdovende middelen niet alleen de bescherming van de rechtstreeks betrokken Verdragsluitende Partijen op het oog hebben, volgt ook hieruit, dat de schending van het Enkelvoudig Verdrag gevolgen kan hebben voor alle Verdragsluitende Partijen. Wanneer bij voorbeeld een Partij verdovende middelen afkomstig van het grondgebied van een Verdragsluitende Staat en bestemd voor een ontvanger in een andere Verdragsluitende Staat, in de sluikhandel terecht komt, omdat deze twee Verdragsluitende Partijen geen van de in het Enkelvoudig Verdrag voorziene maatregelen van toezicht op hun onderlinge handel hebben toegepast, is dit niet alleen een gevaar voor de bevolking in deze twee landen, maar ook voor de overige Verdragsluitende Partijen. Ten slotte biedt artikel 43, lid 2, van het Enkelvoudig Verdrag de leden van een douane-unie de mogelijkheid, de nadelen en belemmeringen voor de internationale handel die gepaard gaan met de toepassing van het stelsel van toezicht waarin

het Enkelvoudig Verdrag voorziet, te beperken door de in deze bepaling bedoelde kennisgeving te doen.²⁷ Deze bepaling zou zinloos zijn, indien de vraag, of de bepalingen van het Enkelvoudig Verdrag in de betrekkingen tussen twee Verdragsluitende Partijen worden nageleefd, niet van invloed zou zijn op de belangen van de andere Verdragsluitende Partijen.

34. Artikel 234, eerste alinea, is evenwel alleen dan relevant, wanneer een onverenigbaarheid bestaat tussen een dergelijke met derde landen gesloten overeenkomst en het gemeenschapsrecht. De desbetreffende overeenkomst moet dus een handeling voorschrijven die het gemeenschapsrecht verbiedt, dan wel een handeling verbieden die het gemeenschapsrecht voorschrijft. Om te weten of er een onverenigbaarheid is, moet in de eerste plaats worden vastgesteld wat de overeenkomst en het gemeenschapsrecht ter zake precies inhouden.

35. Het Hof is vanzelfsprekend bevoegd om de relevante bepalingen van het gemeenschapsrecht uit te leggen en de inhoud ervan vast te stellen. Het is evenwel de vraag, of het in het kader van een prejudiciële procedure bevoegd is, een internationale overeenkomst als die waarover het thans gaat, uit te leggen.

27 — Het Internationale Comité van Toezicht op verdovende middelen te Wenen heeft dit in een schrijven aan de Britse regering van 11 augustus 1981, dat is overgelegd door MSL, geformuleerd als volgt: „Indien Staten om economische redenen de nadelen en belemmeringen die een conform wereldomspannende verdragen toegepast controlesysteem voor de internationale handel teweegbrengt, wensen te beperken, zouden zij stappen kunnen doen om hun stelsels te harmoniseren. De wereldverdragen zelf wijzen in deze richting, nu in artikel 43 van het Enkelvoudig Verdrag het geval van een douane-unie wordt vermeld (...)”

26 — Zie inzonderheid arrest Deserbais, reeds aangehaald in voetnoot 21, en desbetreffende tekst.

36. In zijn arrest *Henn en Darby*²⁸ lijkt het Hof deze vraag impliciet bevestigend te hebben beantwoord. Deze zaak betrof eveneens een prejudiciële procedure ex artikel 177, waarin het ging om de vraag, of een Lid-Staat de invoer van goederen (films en tijdschriften met pornografische inhoud) uit een andere Lid-Staat kon verbieden teneinde de krachtens een internationale overeenkomst op hem rustende verplichtingen na te komen. Het Hof overwoog:

„Vergelijkt men de verdragsbepalingen waarop het House of Lords doelt, met de voorgaande overwegingen, dan blijkt de uitvoering van de genoemde internationale overeenkomsten niet in strijd te kunnen komen met de bepalingen betreffende het vrije verkeer van goederen, zulks gezien de in artikel 36 gemaakte uitzondering voor mogelijke invoerverboden om redenen van openbare zedelijkheid.”²⁹

37. De Duitse versie van deze passage („daß ... keine Widersprüche ... entstehen können”) doet het vermoeden rijzen, dat het Hof zich over de verenigbaarheid van de verplichtingen die voortvloeien uit de in geding zijnde overeenkomsten met het gemeenschapsrecht definitief heeft uitgesproken. Kijkt men evenwel naar de formulering van deze zin-

snede in de procestaal (Engels)³⁰, dan blijkt dit geenszins zeker te zijn. Het lijkt er inte-gendeel op, dat het Hof de betrokken overeenkomsten slechts oppervlakkig heeft onderzocht en heeft vastgesteld, dat bij dit voorlopige onderzoek niet is gebleken van omstandigheden die wijzen op een mogelijk conflict tussen de overeenkomsten en de artikelen 30-36 EG-Verdrag. De mogelijkheid bleef evenwel bestaan, dat de nationale rechter bij een grondiger onderzoek van de overeenkomsten tot de slotsom zou komen, dat de nakoming van de uit deze overeenkomsten voortvloeiende verplichtingen in een of meer opzichten onverenigbaar was met de toepassing van de artikelen 30 e. v.

Deze uitlegging ligt mijns inziens ook in de lijn van de conclusie die het Hof in dit arrest uit zijn zojuist aangehaalde overweging trekt, namelijk dat, „wanneer een Lid-Staat gebruik maakt van het in artikel 36 EEG-Verdrag opgenomen voorbehoud betreffende de bescherming van de openbare zedelijkheid”³¹, de bepalingen van artikel 234 zich er niet tegen verzetten dat die Lid-Staat de verplichtingen nakomt die voortvloeien uit de betrokken internationale overeenkomsten. Ter terechtzitting heeft de vertegenwoordiger van MSL deze passage niet ten onrechte met een orakelspreuk („a thoroughly Delphic ruling”) vergeleken. Daar het een Lid-Staat op grond van artikel 234, eerste alinea, juist is toegestaan zijn uit een eerdere overeenkomst voortvloeiende verplichtingen na te komen, lijkt de uitspraak van het Hof niet echt zin te hebben. Deze schijnbare contradictie wordt opgeheven, wanneer wordt

28 — Zie voetnoot 23 hierboven.

29 — Reeds aangehaald in voetnoot 23, r. o. 26.

30 — „It appears (...) that the observance (...) of those international Conventions is not likely to result in a conflict (...)” Zie ook de Franse taalversie, volgens welke de uitvoering van de internationale overeenkomsten „n'est pas susceptible de créer un conflit (...)” (cursivering van mij).

31 — Reeds aangehaald in voetnoot 23, r. o. 27.

uitgegaan van de door mij ontwikkelde uitlegging, inhoudende dat in deze zinsnede alleen maar wordt gezegd, dat de internationale overeenkomsten en het gemeenschapsrecht niet met elkaar in tegenspraak zijn, wanneer de uit deze overeenkomsten voortvloeiende verplichtingen met een beroep op de in artikel 36 voorziene afwijking in overeenstemming met het EG-Verdrag kunnen worden gebracht. Voor het geval dat dit niet mogelijk zou zijn, wil ik hieraan toevoegen, dat in voorkomend geval artikel 234, eerste alinea, van toepassing is.

38. In enkele recente arresten heeft het Hof zich in aanzienlijk duidelijker bewoordingen uitgelaten over de vraag, of het bevoegd is dergelijke overeenkomsten uit te leggen. Zowel in het arrest *Levy*³² als in het arrest *Minne*³³ ging het om de vraag, of bepaalde nationale regels inzake nachtarbeid door vrouwen in strijd waren met het in artikel 5 van richtlijn 76/207/EEG van de Raad van 9 februari 1976 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden (PB 1976, L 39, blz. 40), neergelegde beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen. In beide zaken rees de vraag, of de nationale bepalingen gerechtvaardigd konden zijn op grond dat zij waren vastgesteld ter nakoming van de verplichtingen van de Lid-Staten krachtens een overeenkomst in de zin van artikel 234, eerste alinea (een verdrag van de Internationale Arbeidsorganisatie). Het Hof bevestigde om te beginnen, dat de rechter-

lijke instanties van de Lid-Staten met gemeenschapsrecht strijdig nationaal recht niet mogen toepassen, behalve wanneer de toepassing van een dergelijke bepaling noodzakelijk is om overeenkomstig artikel 234, eerste alinea, de nakoming te verzekeren van verplichtingen die voortvloeien uit een vóór de inwerkingtreding van het EG-Verdrag met derde staten gesloten overeenkomst. In het arrest *Minne* overwoog het vervolgens:

„Het is echter niet het Hof in het kader van een prejudiciële procedure, maar de nationale rechter die, om te bepalen in hoeverre die verplichtingen aan de toepassing van artikel 5 van de richtlijn in de weg staan, enerzijds dient na te gaan, welke de verplichtingen zijn die aldus krachtens een eerdere internationale overeenkomst op de betrokken Lid-Staat rusten, en anderzijds, of de betrokken nationale bepalingen bedoeld zijn om ze ten uitvoer te leggen.”³⁴

Het Hof heeft zich in zijn arrest *Levy* in dezelfde zin uitgelaten.³⁵

39. Uit deze arresten blijkt duidelijk, dat het naar het oordeel van het Hof in prejudiciële procedures krachtens artikel 177 een zaak

34 — Reeds aangehaald in voetnoot 33, r. o. 18.

35 — Reeds aangehaald in voetnoot 32, r. o. 21: „Het is echter niet het Hof in het kader van een prejudiciële procedure dat dient na te gaan, welke verplichtingen krachtens een eerdere internationale overeenkomst op de betrokken Lid-Staat rusten, en de grenzen ervan dient af te bakenen, om te bepalen in hoeverre die verplichtingen aan de toepassing van artikel 5 van de richtlijn in de weg staan.”

32 — Arrest van 2 augustus 1993, zaak C-158/91, *Jurispr.* 1993, blz. I-4287.

33 — Arrest van 3 februari 1994, zaak C-13/93, *Jurispr.* 1994, blz. I-371.

van de nationale rechter is om de betrokken internationale overeenkomsten uit te leggen. Deze zienswijze is bovendien in overeenstemming met het EG-Verdrag, nu artikel 177 het Hof enkel de bevoegdheid tot uitlegging van het *gemeenschapsrecht* toekent. Het Hof ontleent aan dit artikel niet de bevoegdheid, internationale overeenkomsten uit te leggen die door Lid-Staten vóór de inwerkingtreding van het Verdrag of vóór hun toetreding tot de Gemeenschappen met derde landen zijn gesloten.

40. MSL stelt in haar schriftelijke opmerkingen, dat het ter verzekering van de uniforme toepassing van het gemeenschapsrecht noodzakelijk is, dat het Hof het Enkelvoudig Verdrag uitlegt. Dit argument moet worden afgewezen. Wel is het zo, dat het Hof op basis van een analoge redenering heeft beslist, dat het in het kader van de procedure ex artikel 177 bevoegd is het GATT — een door de Lid-Staten vóór de inwerkingtreding van het EG-Verdrag met derde landen gesloten overeenkomst — uit te leggen.³⁶ Afgezien van het feit, dat op dit arrest — mijns inziens met recht — kritiek is geleverd³⁷, zij erop gewezen, dat deze rechtspraak niet op het onderhavige geval kan worden toegepast. Zoals bekend, is de Gemeenschap voor de uitvoering van de uit het GATT voortvloeiende verplichtingen *in de plaats getreden van de Lid-Staten*. Dit kan niet worden gezegd met betrekking tot de hier in geding zijnde overeenkomst. Wel wijst MSL er terecht op, dat de Gemeenschap en al haar Lid-Staten het op 19 december 1988 gesloten

Verdrag van de Verenigde Naties tegen de sluikhandel in verdovende middelen en psychotrope stoffen, hebben ondertekend.³⁸ In de dertiende overweging van de preambule van dit verdrag erkennen de Verdragsluitende Partijen de noodzaak om de in het Enkelvoudig Verdrag van 1961 voorziene maatregelen te versterken en aan te vullen. MSL en de Ierse regering stellen dan ook terecht, dat de Gemeenschap, door toe te treden tot het Verdrag van 1988, de doelstellingen en het stelsel van toezicht van het Enkelvoudig Verdrag van 1961 heeft erkend. Dit neemt echter niet weg, dat de uitvoering van de uit dit Enkelvoudig Verdrag voortvloeiende verplichtingen een zaak van de Lid-Staten blijft.

41. In haar schriftelijke opmerkingen heeft MSL voorts ook gesuggereerd, dat het Enkelvoudig Verdrag voortaan mogelijk tot het gemeenschapsrecht kan worden gerekend en dus door het Hof zou kunnen worden uitgelegd. Ter terechtzitting heeft haar vertegenwoordiger deze mening evenwel genuanceerd. Mijns inziens behoeft op dit argument niet dieper te worden ingegaan. De Gemeenschap is weliswaar toegetreden tot het Verdrag van 1988, maar niet tot het Enkelvoudig Verdrag van 1961, dat in casu het voorwerp van onderzoek is. Dat de Gemeenschap de doelstellingen van dit Enkelvoudig Verdrag aanvaardt en steunt, betekent nog niet dat dit verdrag deel uitmaakt van het gemeenschapsrecht, en verleent het Hof dus geen bevoegdheid om het in het kader van een procedure ex artikel 177 uit te leggen.

36 — Arrest van 16 maart 1983, gevoegde zaken 267/81-269/81, SPI en SAMI, Jurispr. 1983, blz. 801, r. o. 14-19.

37 — Zie bij voorbeeld Hartley, T. C., *The Foundations of European Community Law*, 2e editie, 1988, blz. 252 e. v.

38 — Besluit 90/611/EEG van de Raad van 22 oktober 1990 betreffende de sluiting van dit Verdrag (PB 1990, L 326, blz. 56).

42. Het spreekt vanzelf, dat een bevoegdheid van het Hof tot uitlegging van het Enkelvoudig Verdrag in het kader van een procedure ex artikel 177 zich ook niet laat construeren door zich op het standpunt te stellen, dat het Hof hier artikel 234 — dus een bepaling van gemeenschapsrecht — dient uit te leggen. Daar het Hof stellig bevoegd is om *deze* bepaling uit te leggen, zou de uitlegging van het Enkelvoudig Verdrag niet meer zijn dan een prealabele vraag, die het Hof wel mag behandelen. Een dergelijke zienswijze is in een eerdere zaak ooit verwoord door advocaat-generaal Capotorti.³⁹ Het ging toen evenwel over de vraag, of sprake was van een eventuele schending van artikel 234 door een gemeenschapsverordening. Doet een dergelijk geval zich voor, dan zou het Hof inderdaad zelf de internationale overeenkomst moeten uitleggen, omdat het de enige instantie is die de ongeldigheid van de betrokken gemeenschapsrechtelijke bepaling kan vaststellen. Dit is in casu evenwel niet het geval.⁴⁰

De verwijzing door de vertegenwoordiger van de Britse regering naar het arrest Hurd⁴¹ doet hieraan niet af. In die zaak ging het om de uitlegging van een bepaling van gemeenschapsrecht die naar specifieke internationale overeenkomsten verwees.

43. Wel kan men zich mijns inziens voorstellen, dat het Hof een dergelijke overeenkomst beoordeelt, wanneer de inhoud ervan onbetwist is. Zijn alle Partijen en de verwijzende rechter het eens over de inhoud van de verplichtingen die uit de overeenkomst voortvloeien, dan kan het Hof uiteraard nagaan, of de toepassing van het gemeenschapsrecht aan de uitvoering van deze verplichtingen in de weg staat. Dit verklaart wellicht waarom het Hof in de zaak Henn en Darby zelf de betrokken internationale verdragen heeft onderzocht.

In het onderhavige geval lijdt het mijns inziens nauwelijks twijfel, dat de uitvoering van de krachtens het Enkelvoudig Verdrag op de Lid-Staten rustende verplichtingen *niet* tot een conflict met het gemeenschapsrecht kan leiden. Zo meteen zal ik hier subsidiair nader op ingaan. Tussen Partijen in de onderhavige procedure bestaat evenwel geen volledige overeenstemming over de uitlegging van het Enkelvoudig Verdrag. Volgens MSL volgt uit artikel 21, lid 1, van het Enkelvoudig Verdrag, dat een Lid-Staat geen invoer mag toestaan wanneer binnenlandse producenten in de behoefte kunnen voorzien. De Portugese regering sluit zich bij deze zienswijze aan. Generics en de Ierse en de Britse regering delen dit standpunt niet. De High Court heeft in haar verwijzingsbeschikking haar eigen uitlegging van het Enkelvoudig Verdrag niet duidelijk geformuleerd, zodat niet uitgesloten is, dat zij hetzelfde standpunt als Portugal en MSL zal innemen. Mijn conclusie luidt dan ook, dat in het kader van de procedure ex artikel 177 de uitlegging van het Enkelvoudig Verdrag aan de nationale rechter toekomt.

39 — Conclusie in de zaak Burgoa, reeds aangehaald in voetnoot 18, blz. 2809, 2817.

40 — Een dergelijke situatie deed zich voor in het arrest van 8 december 1981 (zaak 181/80, Arbelaitz-Emazabel, Jurispr. 1981, blz. 2961, r. o. 11).

41 — Arrest van 15 januari 1986, zaak 44/84, Jurispr. 1986, blz. 29.

44. Dit mag evenwel geen nadelige gevolgen hebben voor de uniforme uitlegging van het gemeenschapsrecht. Het is volkomen begrijpelijk dat MSL het ergste vreest wanneer het Verenigd Koninkrijk de invoer uit Lid-Staten toestaat, terwijl andere Lid-Staten die invoer blijven beperken of verbieden. Het Hof kan zich in het kader van de procedure ex artikel 177 weliswaar niet uitspreken over de uitlegging van door Lid-Staten met derde landen gesloten overeenkomsten, doch het is uiteraard wel zijn taak het gemeenschapsrecht uit te leggen. Derhalve kunnen de nationale rechterlijke instanties het Hof krachtens artikel 177 verzoeken om een uitspraak over de vraag, of de uitvoering van de verplichtingen waarvan zij hebben vastgesteld dat die voor een Lid-Staat uit de betrokken overeenkomst voortvloeien, in de weg staat aan de toepassing van het gemeenschapsrecht.

Voorts kan in de gevallen waarin een Lid-Staat het gemeenschapsrecht buiten toepassing laat zonder dat artikel 234, eerste alinea, daarvoor grond oplevert, een niet-nakomingsprocedure overeenkomstig artikel 169 of artikel 170 worden ingeleid. In het kader van een *dergelijke* procedure zou het Hof moeten nagaan, of de handelwijze van de Lid-Staat gerechtvaardigd is uit hoofde van artikel 234, en zo nodig moeten uitmaken, of de uitlegging van de betrokken overeenkomst door de Lid-Staat juist is. Het was dus ook geen toeval, dat het Hof in de reeds genoemde arresten Levy en Minne heeft

overwogen, dat het niet aan het Hof staat, de internationale overeenkomsten „in het kader van een prejudiciële procedure” uit te leggen.

45. Mitsdien geef ik het Hof in overweging, vraag 1a van de High Court te beantwoorden als volgt: de artikelen 30-36 EG-Verdrag zijn van toepassing op de legale handel in verdovende middelen als bedoeld in het Enkelvoudig Verdrag inzake verdovende middelen van 1961. Voor zover de betrokken Lid-Staat daardoor evenwel, zelfs gelet op de mogelijkheden waarin artikel 36 EG-Verdrag voorziet, in de onmogelijkheid komt te verkeren de krachtens het Enkelvoudig Verdrag op hem rustende verplichten na te komen, mag hij ingevolge artikel 234, eerste alinea, EG-Verdrag, wanneer hij vóór de inwerking-treding van het EG-Verdrag of vóór zijn toetreding tot de Gemeenschap tot de overeenkomst is toegetreden, de voor hem daaruit voortvloeiende verplichtingen uitvoeren.

46. Hiermee is meteen ook een afdoend antwoord gegeven op vraag 1b. Met betrekking tot de doeltreffendheid van het stelsel van toezicht waarin het Enkelvoudig Verdrag voorziet, wil ik erop wijzen, dat de betrokken Lid-Staat niet over enige marge beschikt: hij is verplicht de door het Enkelvoudig Verdrag voorgeschreven maatregelen van toezicht ten uitvoer te leggen. Staan de artikelen 30-36 EG-Verdrag daaraan in de weg, dan moeten zij op dit punt buiten toepassing blijven. Zo niet, vinden de gemeenschapsbepalingen toepassing.

Hetzelfde geldt mijns inziens voor de andere in deze vraag vervatte hypothese, als zou naleving van het Enkelvoudig Verdrag in de praktijk tot gevolg hebben, dat op willekeurige basis quota tussen importeurs en binnenlandse producenten moeten worden verdeeld. Het staat aan de High Court na te gaan, of een dergelijke verplichting uit het Enkelvoudig Verdrag voortvloeit, en of de toepassing van de artikelen 30-36 in de weg staat aan de naleving van deze verplichting. *Alleen* wanneer dit het geval is, moeten de gemeenschapsbepalingen buiten toepassing blijven.

(artikel 21). Voor vervaardiging, uitvoer en invoer van verdovende middelen is telkens een door de staat afgegeven vergunning nodig (artikelen 29-31). Ingevolge artikel 2, lid 5, kunnen voor zeer gevaarlijke verdovende middelen bijzondere maatregelen worden genomen, waaronder ook een algemeen verbod. Niet geheel ten onrechte stelt MSL, dat het Enkelvoudig Verdrag een „planconomie op wereldschaal” („a planned economy on a world scale”) heeft gecreëerd. Het behoeft geen betoog, dat dit stelsel in strijd is met artikel 30 EG-Verdrag, dat ertoe strekt in het intracommunautaire handelsverkeer alle kwantitatieve invoerbepalingen en maatregelen van gelijke werking weg te nemen.

Subsidiaire conclusie betreffende vraag 1

47. Mocht het Hof evenwel tot het oordeel komen, dat het in de onderhavige zaak zelf uitspraak kan doen over de vraag, of de nakoming van de uit het Enkelvoudig Verdrag voortvloeiende verplichtingen verenigbaar is met de toepassing van de artikelen 30-36 EG-Verdrag, dan moet mijns inziens rekening worden gehouden met de volgende elementen, die ik hierna in de vorm van een *subsidiaire conclusie* formuleer.

48. Het Enkelvoudig Verdrag onderwerpt de legale handel in verdovende middelen aan een streng toezicht. De Verdragsluitende Partijen dienen jaarlijkse ramingen van het verbruik van verdovende middelen te verstrekken (artikel 19 van het Enkelvoudig Verdrag). De vervaardigde en ingevoerde hoeveelheden mogen — kort samengevat — niet groter zijn dan de in het betrokken land of op het betrokken grondgebied verbruikte of van daar uitgevoerde hoeveelheden

49. Bij dit onderzoek mag evenwel niet uitsluitend van artikel 30 worden uitgegaan. Deze bepaling is onlosmakelijk verbonden met artikel 36, dat bepaalde afwijkingen van het verbod van artikel 30 toestaat. In zijn arrest Henn en Darby⁴² heeft het Hof duidelijk gemaakt, dat *alle aspecten in de beschouwing moeten worden betrokken*: zoals gezegd, overwoog het Hof in dat arrest, dat de betrokken internationale overeenkomsten niet in strijd kunnen zijn met de bepalingen betreffende het vrije verkeer van goederen, „zulks gezien de in artikel 36 gemaakte uitzondering voor mogelijke invoerverboden om redenen van openbare zedelijkheid”.⁴³ Wanneer dus in het onderhavige geval de uit het Enkelvoudig Verdrag voortvloeiende invoerbepalingen of -verboden ook met een beroep op artikel 36 gerechtvaardigd zouden kunnen

42 — Zie hierboven, voetnoot 23.

43 — Zie hierboven, punt 36.

worden, zou het Enkelvoudig Verdrag niet in conflict komen met de artikelen 30-36.

50. De methodische, of eigenlijk veeleer dogmatische bezwaren die MSL tegen deze benaderingswijze aanvoert, vermogen mij niet te overtuigen. Het is juist, dat de in artikel 36 bedoelde uitzonderingen gerechtvaardigd moeten zijn. Dit betekent, dat maatregelen die bedoeld zijn om de aldaar genoemde doelstellingen te bereiken, geschikt en evenredig aan het nagestreefde doel moeten zijn om onder artikel 36 te kunnen vallen.⁴⁴ Juist is ook, dat artikel 36 in afwijkingen voorziet en dus strikt moet worden uitgelegd.⁴⁵ Het argument van MSL, dat het niet aangaat, de rechten van derde landen afhankelijk te stellen van een rechtvaardiging uit hoofde van artikel 36, gaat evenwel voorbij aan de kern van het probleem. Beslissend is, dat de Lid-Staat in staat is zijn uit het Enkelvoudig Verdrag voortvloeiende verplichtingen na te komen. Of dit hem uit hoofde van zijn eigen bevoegdheden mogelijk is, dan wel met een beroep op artikel 36, speelt voor de betrokken derde landen geen rol.

51. Ingevolge artikel 36 EG-Verdrag kunnen invoerbeperkingen en -verboden onder andere worden gerechtvaardigd uit hoofde van bescherming van de gezondheid. Met uitzondering van MSL zijn alle Partijen van mening, dat de door het Enkelvoudig Verdrag verlangde maatregelen ook op artikel 36 EG-Verdrag kunnen worden gebaseerd. Ik

deel deze zienswijze. Met de in de artikelen 19, 21 en 29-31 voorziene maatregelen van toezicht op de legale handel in verdovende middelen lijken de gezondheidsrisico's die uit het misbruik van deze middelen voortvloeien, te kunnen worden vermeden (of tot een minimum beperkt). Die producten zijn zo gevaarlijk, dat geen alternatieve methode bekend is om dit doel te bereiken op een wijze die het vrije verkeer van goederen minder belemmert.

52. In dit verband zij eraan herinnerd, dat de Gemeenschap uiterlijk bij de toetreding tot het Verdrag van 1988 de doelstellingen van het Enkelvoudig Verdrag heeft aanvaard.⁴⁶ Zowel het EG-Verdrag als het Enkelvoudig Verdrag kent aan de bescherming van de gezondheid het grootste gewicht toe. Het zou derhalve vreemd zijn, wanneer maatregelen die het Enkelvoudig Verdrag ter bereiking van dit doel voorschrijft, door het EG-Verdrag zouden worden afgewezen.

53. Er zou hoe dan ook slechts sprake kunnen zijn van een conflict met het EG-Verdrag, wanneer de in artikel 36 getrokken grenzen worden overschreden. Zoals bekend, zijn ingevolge artikel 36, tweede volzin, handelsbeperkingen niet gerechtvaardigd, wanneer zij een „middel tot willekeurige discriminatie” of een „verkapte beperking” van de handel tussen de Lid-Staten vormen. Een dergelijke situatie kan zich in casu mijns inziens evenwel niet voordoen.

44 — Zie bij voorbeeld arrest van 16 mei 1989, zaak 382/87, Buet c. a., Jurispr. 1989, blz. 1235, r. o. 10 en 11.

45 — Arrest van 5 juni 1986, zaak 103/84, Commissie/Italië, Jurispr. 1986, blz. 1759, r. o. 22.

46 — Zie hierboven, punt 40.

54. Zoals bij voorbeeld de Britse regering terecht heeft uiteengezet, verplicht het Enkelvoudig Verdrag de Verdragsluitende Partijen geenszins, de invoer van verdovende middelen te verbieden. In het door de Verenigde Naties gepubliceerde commentaar op het Enkelvoudig Verdrag (hierna: „commentaar”) ⁴⁷ heet het weliswaar, dat invoer van verdovende middelen (en de internationale handel als zodanig) als een bijzonder gevaarlijke transactie is aan te merken, die het risico inhoudt, dat verdovende middelen in het illegale circuit terechtkomen. ⁴⁸ Het Enkelvoudig Verdrag bevat evenwel zoveel verwijzingen naar de internationale handel, dat kennelijk wordt uitgegaan van de principiële toelaatbaarheid van de invoer. Volstaan kan worden met een verwijziging naar artikel 21, lid 1, naar luid waarvan het totaal van de hoeveelheden van elk verdovend middel dat in enig jaar wordt „vervaardigd en ingevoerd”, bepaalde hoeveelheden niet mag overtreffen.

55. Volgens MSL en de Portugese regering volgt uit voornoemd artikel van het Enkelvoudig Verdrag, dat een staat de invoer dient te verbieden, wanneer de binnenlandse productie volstaat om in de behoeften te voorzien. Een dergelijke verplichting gaat mijns inziens verder dan wat ingevolge artikel 36 EG-Verdrag gerechtvaardigd kan zijn, zodat op dat punt het Enkelvoudig Verdrag in conflict zou komen met de bepalingen van het gemeenschapsrecht. Dit is evenwel theorie, want mijns inziens is een dergelijke verplichting uit het Enkelvoudig Verdrag *niet* af te leiden. Artikel 21, lid 1, spreekt zowel van binnenlandse productie als van invoer; doch

legt niet de verplichting op bij voorkeur binnenlandse produkten te kopen. Er bestaat evenmin een praktische noodzaak ⁴⁹ voor een verplichting tot het uitvaardigen van een invoerverbod, omdat zowel voor de binnenlandse productie als voor de invoer een vergunning nodig is. Voor zover ik weet, is de enige aanwijzing in deze richting te vinden in een door het adviescomité van de Volkenbond in 1934 uitgevaardigd besluit ⁵⁰, waarin de landen die verdovende middelen produceren, wordt aanbevolen geen nieuwe vergunningen voor de vervaardiging ervan af te geven, wanneer de in de betrokken landen bestaande productiecapaciteit volstaat om in de behoeften te voorzien. Een bepaling met deze inhoud of een bepaling die in een dergelijk geval een invoerverbod verplicht stelt, komt in het Enkelvoudig Verdrag niet voor.

56. Wanneer de invoer wordt toegestaan, heeft dit volgens MSL het gevolg, dat aan binnenlandse producenten en aan importeurs bepaalde quota moeten worden toegewezen. Een dergelijke quotaregeling is evenwel niet verenigbaar met de artikelen 30-36, inzonderheid omdat zij tot een willekeurige toewijzing van de quota zou leiden.

Het zou inderdaad voor een staat zeer moeilijk, zo niet onmogelijk, kunnen zijn om de in artikel 21 vastgelegde maxima te respecte-

47 — Verenigde Naties (uitg.), *Commentary on the Single Convention on Narcotic Drugs, 1961*, New York, 1973.

48 — Reeds aangehaald in voetnoot 47, aantekening nr. 2 betreffende artikel 1, lid 1, sub y.

49 — Bij voorbeeld de volgende: gegeven de binnenlandse productie, zou de ingevoerde hoeveelheid waarvoor een vergunning zou kunnen worden afgegeven, hooguit het verschil tussen verbruik (plus uitvoer) en binnenlandse productie kunnen bedragen. Zijn productie en consumptie met elkaar in evenwicht, dan is invoer niet toegestaan.

50 — Aangehaald in het commentaar, reeds aangehaald in voetnoot 47, aantekening nr. 10 betreffende artikel 29, lid 1.

ren en de ingevolge artikel 19 te maken ramingen niet te overschrijden, indien hij de met de totale behoeften overeenkomende hoeveelheid niet over de betrokken marktdeelnemers zou verdelen. In het commentaar wordt de Verdragsluitende Partijen derhalve aanbevolen, aan „producenten of importeurs of beiden” quota toe te kennen.⁵¹ Een dergelijke handelwijze zou mijns inziens evenwel ook met een beroep op artikel 36 EG-Verdrag kunnen worden gerechtvaardigd. De Ierse regering heeft er volledig terecht op gewezen, dat het invoerverbod in het onderhavige geval tot gevolg zou hebben, dat het monopolie van een onderneming op de Britse markt zou worden geconsolideerd. Een dergelijke situatie zou nog minder verenigbaar zijn met het vrije verkeer van goederen dan de toewijzing van quota aan binnenlandse producenten én aan importeurs.

Anders dan MSL stelt, is bovendien niet onvermijdelijk dat die quota op willekeurige wijze (en dus in strijd met artikel 36) worden toegewezen. Bij de toewijzing van de quota kunnen objectieve criteria worden gehanteerd, die bij voorbeeld verband houden met de prijs of de zekerheid van een ononderbroken bevoorrading door de betrokken onderneming.

57. De afgifte van invoervergunningen zal evenmin de effectiviteit van het stelsel van toezicht van het Enkelvoudig Verdrag aantasten. In het commentaar heet het weliswaar, dat het voor een effectief toezicht wenselijk of zelfs essentieel is, het aantal aan

producenten en internationale handelaren (importeurs en exporteurs) verstrekte vergunningen tot een minimum te beperken.⁵² Hierbij moet evenwel worden aangetekend, dat het commentaar een instrument is voor de uitlegging van het Enkelvoudig Verdrag, maar niet de grondslag kan vormen voor verplichtingen die niet reeds in het Enkelvoudig Verdrag zijn neergelegd. Het Enkelvoudig Verdrag verplicht de Verdragsluitende Partijen evenwel niet, de invoer te verbieden. De zojuist aangehaalde passage van het commentaar bevestigt dit impliciet. Wanneer het verstrekken van een invoervergunning in een individueel geval dus geen schending van het Enkelvoudig Verdrag oplevert, kan het (in verband met vraag 1b besproken) argument, dat het omwille van de zekerheid van de bevoorrading aanbeveling verdient ze uitsluitend aan één enkele binnenlandse producent toe te vertrouwen, niet aan de toepassing van de artikelen 30-36 EG-Verdrag in de weg staan.

Mijns inziens hoeft niet nader te worden ingegaan op de vraag, of het toelaten van de invoer het voor een Verdragsluitende Partij moeilijker maakt om correcte ramingen als bedoeld in artikel 19 te verstrekken. Het volstaat op te merken, dat het Enkelvoudig Verdrag invoer niet verbiedt. Mocht het door dergelijke invoer inderdaad moeilijker worden om ramingen te verstrekken, dan ligt de oorsprong van deze moeilijkheden dus reeds in het Enkelvoudig Verdrag zelf besloten.

51 — Reeds aangehaald in voetnoot 47, algemene aantekening nr. 3 betreffende artikel 21.

52 — Reeds aangehaald in voetnoot 47, algemene aantekening nr. 4 betreffende artikel 21; opmerking 4 over artikel 31, lid 3.

58. Ook de nakoming van de uit artikel 2, lid 5, van het Enkelvoudig Verdrag voortvloeiende verplichtingen is verenigbaar met de toepassing van de bepalingen inzake het vrij verkeer van goederen. Volgens dit artikel neemt elke Verdragsluitende Partij voor de verdovende middelen van Lijst IV bij het Enkelvoudig Verdrag alle bijzondere maatregelen van toezicht die naar haar mening „noodzakelijk” zijn (sub a), en kan zij een verdovend middel geheel verbieden, indien zulks naar haar mening „de meest aangewezen wijze” van bescherming van de volksgezondheid en het openbaar welzijn vormt (sub b). Hierdoor wordt de Verdragsluitende Partijen een *mogelijkheid* tot handelen geboden. Een *verplichting* tot handelen bestaat enkel wanneer een Verdragsluitende Partij bijzondere maatregelen *noodzakelijk* acht. Hierbij zij aangetekend, dat de Verdragsluitende Partijen bij de uitlegging van deze bepalingen „te goeder trouw” moeten handelen.⁵³ Uit hoofde van het Enkelvoudig Verdrag zijn Verdragsluitende Partijen dus niet verplicht, bepaalde maatregelen te nemen, wanneer deze naar hun mening niet noodzakelijk zijn. Komt zij evenwel tot de slotsom, dat bijzondere maatregelen van toezicht „noodzakelijk” zijn of een verbod van het verdovend middel „de meest aangewezen wijze” is om de gevaren ervan te bestrijden, dan is zij ook *verplicht* tot handelen. Deze uitlegging strookt zowel met de tekst van het artikel als met de strekking en het doel van het Enkelvoudig Verdrag.

59. Daar de beoordeling door de desbetreffende Verdragsluitende Partij dus beslissend is, kunnen er bij de toepassing van deze

bepaling uiteraard discrepanties tussen de afzonderlijke Lid-Staten ontstaan. Het onderhavige geval is een goede illustratie daarvan, nu volgens de beschikbare gegevens het gebruik van diacetylmorfine enkel in het Verenigd Koninkrijk is toegestaan en in alle andere Lid-Staten is verboden.

Het wekt hoe dan ook geen verbazing, dat zulke discrepanties voorkomen op zo een gevoelig terrein als de legale handel in verdovende middelen. Zoals verschillende Partijen terecht hebben gesteld, houdt de handel in verdovende middelen niet alleen gevaren in voor de gezondheid, maar kan hij ook andere rechtsgoederen aantasten. Beperkingen van de intracommunautaire handel in deze goederen kunnen derhalve ook gerechtvaardigd zijn uit hoofde van bescherming van de — eveneens in artikel 36 genoemde — openbare orde of veiligheid.

60. Zoals de Franse regering terecht heeft opgemerkt, zijn dergelijke discrepanties bovendien ook verenigbaar met het gemeenschapsrecht, zolang op dat vlak nog geen harmonisatie van de beschermende maatregelen op gemeenschapsniveau heeft plaatsgevonden. Er zij evenwel op gewezen, dat dergelijke nationale maatregelen ingevolge het gemeenschapsrecht binnen de grenzen van artikel 36, tweede volzin, dienen te blijven. De opmerkingen van de Portugese en Franse regering houden mijns inziens onvoldoende rekening hiermee.

Van een verkapte discriminatie — die dus niet kan worden gerechtvaardigd met een beroep op artikel 36 — zou bij voorbeeld sprake zijn, wanneer een Lid-Staat nationale marktdeelnemers zou toestaan een verdo-

53 — Commentaar, reeds aangehaald in voetnoot 47, aantekening nr. 4 betreffende artikel 2, lid 5. Het betreft hier een algemeen beginsel voor de uitlegging van internationale overeenkomsten (zie artikel 31 van het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht), waarvan het dwingende karakter ook door het Hof is erkend (zie bij voorbeeld arrest van 1 juli 1993, zaak C-312/91, *Metalsa*, Jurispr. 1993, blz. I-3751, r. o. 12).

vend middel van Lijst IV bij het Enkelvoudig Verdrag te produceren of te verhandelen, maar een algemeen verbod zou stellen op invoer uit andere Lid-Staten. Ook artikel 2, lid 5, van het Enkelvoudig Verdrag schrijft een dergelijke handelwijze niet voor. Het verplicht de Verdragsluitende Partijen niet, binnenlandse producenten gunstiger te behandelen dan importeurs, en houdt zeker geen verplichting in om nationale monopolies in stand te houden. De Ierse regering heeft dit als volgt verwoord: het is op grond van artikel 2, lid 5, toegestaan, de produktie, de vervaardiging, de uit- en invoer, het bezit en het gebruik van deze verdovende middelen totaal te verbieden. Een dergelijk verbod is verenigbaar met artikel 36 EG-Verdrag. Zo een Verdragsluitende Partij evenwel geen algemeen verbod uitvaardigt, maar enkel bepaalde beperkingen oplegt, is zij uit hoofde van het Enkelvoudig Verdrag niet verplicht, importeurs ongunstiger te behandelen dan binnenlandse producenten.

Ook wat dat betreft, zijn de bepalingen van het Enkelvoudig Verdrag dus niet in strijd met die inzake het vrij verkeer van goederen.

61. Volgens MSL vormt de afgifte van invoervergunningen een schending van de in artikel 4 van het Enkelvoudig Verdrag neergelegde algemene verplichtingen van de Verdragsluitende Partijen om de bepalingen van het Verdrag uit te voeren en met inachtneming van deze bepalingen de produktie, de vervaardiging, de uit- en invoer, de afgifte van, de handel in, het gebruik en het bezit van verdovende middelen uitsluitend tot geneeskundige en wetenschappelijke doeleinden te beperken. MSL heeft evenwel niet aangetoond waarin deze schending concreet zou bestaan.

62. Veel belangrijker is volgens mij het argument, dat de verdragsregels inzake het vrij verkeer van goederen — althans wat het Verenigd Koninkrijk betreft — geen toepassing kunnen vinden, zolang de Lid-Staten niet de kennisgeving als bedoeld in artikel 43, lid 2, van het Enkelvoudig Verdrag hebben gedaan.

Deze bepaling strekt er kennelijk toe, de leden van een douane-unie (zoals de Gemeenschap) een middel te verschaffen ter beperking van de met de toepassing van het stelsel van toezicht verbonden nadelen en belemmeringen voor het internationale handelsverkeer.⁵⁴ Nu een dergelijke kennisgeving voor de Lid-Staten van de Gemeenschap tot dusverre niet is gedaan, kunnen zij, wat de artikelen 19, 20, 21 en 31 betreft, niet als een enkel „gebied” worden aangemerkt, zodat zij niet in aanmerking komen voor de daaruit voortvloeiende faciliteiten.⁵⁵ Dit betekent bij voorbeeld, dat voor de invoer van verdovende middelen uit de ene Lid-Staat in de andere Lid-Staat nog steeds een vergunning nodig is conform artikel 31.

63. In casu gaat het evenwel om een andere vraag, namelijk of de bepalingen van het Enkelvoudig Verdrag verenigbaar zijn met de toepassing van de verdragsregels inzake het vrij verkeer van goederen. In het licht van vorenstaande overwegingen moet deze vraag

54 — Zie hierboven, punt 33, en de in voetnoot 27 aangehaalde brief.

55 — Uit het commentaar blijkt, dat ondanks de bewoordingen van artikel 43, lid 2 („kunnen”), de aldaar bedoelde kennisgeving noodzakelijk is om de gevolgen ervan te doen intreden (reeds aangehaald in voetnoot 47, aantekening nr. 13 betreffende artikel 1, lid 1, sub y).

bevestigend worden beantwoord. Dat de kennisgeving als bedoeld in artikel 43, lid 2, extra faciliteiten zou meebrengen, is derhalve irrelevant. Zijn het Enkelvoudig Verdrag en het EG-Verdrag met elkaar verenigbaar zonder dat de Lid-Staten deze kennisgeving moeten doen, dan kan het feit dat zij ze achterwege hebben gelaten hen niet ontslaan van de krachtens de artikelen 30-36 EG-Verdrag op hen rustende verplichtingen.

64. Indien het Hof de in deze subsidiaire conclusie uiteengezette zienswijze deelt, moeten de vragen 1a en b, mijns inziens worden beantwoord als volgt: de artikelen 30-36 EG-Verdrag zijn van toepassing op de legale handel in verdovende middelen in de zin van het Enkelvoudig Verdrag van 1961 inzake verdovende middelen.

Vraag 1c

65. Met zijn prejudiciële vraag 1c wenst de High Court te vernemen, of een Lid-Staat een vergunning voor de invoer van verdovende middelen uit een andere Lid-Staat kan weigeren, wanneer de invoer het voortbestaan van de enige producent van deze verdovende middelen in de betrokken Lid-Staat die over een vergunning beschikt, in gevaar brengt, en de verzekerde bevoorrading met deze verdovende middelen voor essentiële medische doeleinden in die Lid-Staat bedreigt. Deze vraag is dus kennelijk een verzoek om uitlegging van artikel 36, waarbij

ervan wordt uitgegaan, dat de artikelen 30-36 toepasselijk zijn. Op deze grondslag moet de vraag ook worden beantwoord.

66. Aan de vraag ligt de bewering van verzoeksters in het hoofdgeding ten grondslag, dat het toestaan van de invoer het voortbestaan van de Britse producent en daardoor de zekerheid van de bevoorrading in het Verenigd Koninkrijk bedreigt. Hoewel deze bewering niet bewezen is, dient voor de beantwoording van de vraag te worden aangenomen, dat zij juist is.

67. De andere in de prejudiciële vraag genoemde omstandigheden zijn zonder belang. Dat andere Lid-Staten die verdovende middelen produceren, de invoer ervan verbieden, is voor de uitlegging van het gemeenschapsrecht irrelevant. Ook de omstandigheid dat de Lid-Staten de in artikel 43, lid 2, van het Enkelvoudig Verdrag bedoelde kennisgeving tot dusverre niet hebben gedaan, is zonder betekenis voor de uitlegging van artikel 36 EG-Verdrag.⁵⁶

68. Het staat mijns inziens buiten kijf, dat de verzekerde bevoorrading met verdovende middelen die voor medische doeleinden noodzakelijk zijn, groot gewicht toekomt. Bij de beslissing over de afgifte van een invoervergunning voor verdovende middelen, mag een Lid-Staat dus met deze overwe-

⁵⁶ — Zie hierboven, punten 62 en 63.

ging rekening houden. Het kan niet worden uitgesloten, dat een Lid-Staat op deze grond bij wijze van uitzondering in de zin van artikel 36 tot op zekere hoogte aan de binnenlandse produktie de voorkeur mag geven boven invoer uit andere Lid-Staten. Dit vloeit mijns inziens voort uit het arrest *Campus Oil*.⁵⁷ Daarin overwoog het Hof, dat een Lid-Staat die op de invoer van olieproducten is aangewezen, de importeurs de verplichting kan opleggen een bepaald deel van hun behoeften te dekken bij een binnenlandse raffinaderij, indien de produkten daarvan anders niet tegen concurrerende prijzen op de markt zouden kunnen worden afgezet.⁵⁸ Ook de omstandigheid, dat de betrokken maatregel tevens louter economische doeleinden dient, doet in dergelijke gevallen niet af aan de toepasselijkheid van artikel 36.⁵⁹ Generics' bezwaar dienaangaande snijdt dus geen hout.

69. Het kan niet worden uitgesloten, dat een Lid-Staat op grond van bovengenoemde overweging in individuele gevallen de invoer van een verdovend middel zelfs zou mogen verbieden. De Britse regering wijst er evenwel terecht op, dat zulke gevallen hoogst uitzonderlijk zullen zijn. Artikel 36 laat immers alleen dan handelsbeperkingen toe, wanneer er geen andere, minder ingrijpende middelen bestaan om het nagestreefde doel te bereiken. Bij de beantwoording van de prejudiciële vragen dient dus de aandacht te worden gevestigd op deze grenzen. Het spreekt daar-

bij vanzelf, dat artikel 36 een Lid-Staat enkel *toestaat*, maar niet *verplicht* het vrije goederenverkeer te beperken.

70. Mitsdien geef ik het Hof in overweging, prejudiciële vraag 1c te beantwoorden als volgt: het is een Lid-Staat op grond van artikel 36 EG-Verdrag bij wijze van uitzondering toegestaan, aan de binnenlandse produktie de voorkeur te geven boven invoer uit andere Lid-Staten, wanneer dit de enige mogelijkheid is om een verzekerde bevoorrading met verdovende middelen voor essentiële medische doeleinden in deze Lid-Staat te garanderen.

Vraag 2

71. Met deze vraag wenst de High Court te vernemen, of het overheidsorgaan dat verantwoordelijk is voor de aankoop van onmisbare pijnstillende verdovende middelen voor medische doeleinden, bij het sluiten van de desbetreffende contracten in het kader van een procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen, rekening mag houden met de noodzaak van een verzekerde en ononderbroken bevoorrading. De verwijzingsbeschikking noemt in dit verband richtlijn 77/62/EEG van de Raad van 21 december 1976 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen⁶⁰, „zoals gewijzigd”. Deze (meermaals gewijzigde) richtlijn is ingetrokken bij artikel 33 van richtlijn 93/36/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de

57 — Arrest van 10 juli 1984, zaak 72/83, *Campus Oil Limited*, Jurispr. 1984, blz. 2727.

58 — Reeds aangehaald in voetnoot 57, r. o. 51.

59 — Zie bij voorbeeld arrest van 6 oktober 1987, zaak 118/86, *Nertsvoederfabriek Nederland*, Jurispr. 1987, blz. 3883, r. o. 15.

60 — PB 1977, L 13, blz. 1.

procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen⁶¹, die in de plaats ervan is gekomen. Deze richtlijn is vastgesteld na de verwijzingsbeschikking van de High Court. Zou de vraag van de High Court moeten worden beantwoord, dan zou dus ook rekening moeten worden gehouden met de thans bestaande rechtssituatie. Zoals gezegd, behoeft het Hof op deze vraag evenwel niet in te gaan.⁶² Wat ik hierna over dit thema zeg, is dus louter subsidiair.

72. Met uitzondering van MSL en de Franse regering zijn alle Partijen van mening, dat in het kader van richtlijn 77/62 rekening mag worden gehouden met het criterium van zekerheid en continuïteit van de bevoorrading. Volgens MSL daarentegen maakt dit criterium geen deel uit van de gunningscriteria in de zin van artikel 25 van de richtlijn. Deze bepaling geldt voor alle „openbare” en „niet-openbare” procedures als bedoeld in artikel 4, leden 1 en 2, van de richtlijn. Derhalve dient om te beginnen te worden nagegaan, of deze procedures in casu toepassing kunnen vinden.

73. De Portugese regering trekt dit met een beroep op artikel 6, lid 1, sub b, van richtlijn 77/62 in twijfel.⁶³ Ingevolge dit artikel kunnen de in artikel 4, leden 1 en 2, genoemde procedures achterwege blijven in geval van „leveringen waarbij de fabricage of de leve-

ring om technische redenen, artistieke redenen of wegens de bescherming van exclusieve rechten, slechts aan een enkele bepaalde leverancier kan worden toevertrouwd”.

Anders dan de Portugese regering ben ik evenwel van mening, dat het geen twijfel lijdt, dat dit artikel niet geldt voor de levering van verdovende middelen. De feiten van de onderhavige zaak tonen aan, dat de bereiding van diacetylmorfine niet het voorwerp van een exclusief recht is.

74. Volgens de Franse regering dient, gezien artikel 6, lid 1, sub g, van richtlijn 77/62, voor de levering van verdovende middelen geen aanbestedingsprocedure plaats te vinden. Ingevolge dit artikel kunnen de in artikel 4, leden 1 en 2, genoemde procedures achterwege blijven, wanneer de betrokken leveringen „geheim verklaard zijn of wanneer hun uitvoering gepaard moet gaan met bijzondere veiligheidsmaatregelen krachtens de in de betrokken Lid-Staat geldende wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen, of wanneer de bescherming van de fundamentele belangen van staatsveiligheid zulks vereist”. Bij een latere wijziging⁶⁴ van richtlijn 77/62 werd deze passage hernum-

61 — PB 1993, L 199, blz. 1.

62 — Zie hierboven, punt 24.

63 — Dit artikel komt overeen met artikel 6, lid 3, sub c, van richtlijn 93/36.

64 — Zie richtlijn 88/295/EEG van de Raad van 22 maart 1988 (PB 1988, L 127, blz. 1).

merd tot artikel 2, lid 2, sub c, bepalende dat de richtlijn in dergelijke gevallen niet toepassing is.⁶⁵

Het lijkt niet uitgesloten, dat de levering van verdovende middelen onder deze bepaling valt. Weliswaar dienen de uitzonderingsgevallen, waarin de in de richtlijnen 77/62 of 93/36 bedoelde aanbestedingsprocedures niet behoeven te worden toegepast, in deze richtlijn „uitdrukkelijk (...) te worden beperkt”⁶⁶, maar aangezien de levering van verdovende middelen met bijzondere veiligheidsmaatregelen gepaard moet gaan, zou het verdedigbaar zijn, ze onder deze uitzonderingsbepaling te brengen. In dat geval zou het in de tweede prejudiciële vraag aan de orde gestelde probleem zich natuurlijk niet voordoen.

75. Gaat men er integendeel van uit, dat de richtlijn van toepassing is, dan rijst de vraag, of met het criterium van zekerheid en continuïteit van de bevoorrading rekening kan worden gehouden ingevolge artikel 25 van richtlijn 77/62. Zoals MSL terecht stelt, wordt in de richtlijn een onderscheid gemaakt tussen de eisen inzake geschiktheid van de in aanmerking komende leveranciers (artikelen 21-24) en de gunningscriteria (artikel 25). Dit vloeit voort uit artikel 17, lid 1, van richtlijn 77/62.

76. Ingevolge artikel 25, lid 1, van richtlijn 77/62⁶⁷ zijn de criteria aan de hand waarvan de aanbestedende dienst een opdracht gunt, hetzij alleen de laagste prijs (sub a), „hetzij, indien de gunning aan de inschrijver met de economisch voordeligste aanbidding plaatsvindt, verschillende criteria die variëren naar gelang van de aard van de opdracht, zoals prijs, leveringstermijn, gebruikskosten, rentabiliteit, kwaliteit, esthetisch en functioneel karakter, technische waarde, de service na verkoop en technische bijstand” (sub b).

Zoals het Hof reeds heeft vastgesteld met betrekking tot een vergelijkbare bepaling van richtlijn 71/305/EEG van de Raad van 26 juli 1971 betreffende de coördinatie van de procedures tot het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (PB 1971, L 185, blz. 5), betekent dit, dat alleen die criteria kunnen worden toegepast die ertoe strekken uit te maken welke de „economisch voordeligste aanbidding” is.⁶⁸ MSL leidt hieruit af, dat het criterium van betrouwbaarheid en continuïteit van de bevoorrading een overweging van algemene aard is, die in het kader van artikel 25, lid 1, sub b, van richtlijn 77/62 buiten beschouwing dient te blijven.

77. Dit argument kan niet worden aanvaard. Wel betwijfel ik of men zou kunnen stellen, dat dit criterium reeds is vervat in een van de in artikel 25 uitdrukkelijk genoemde criteria, zoals is gesteld door de Britse regering (volgens welke dit criterium besloten ligt in

65 — Ingevolge de vergelijkbare bepaling van artikel 2, lid 1, sub b, van richtlijn 93/36 is de richtlijn in dergelijke gevallen niet van toepassing.

66 — Negende overweging van de considerans van richtlijn 77/62; elfde overweging van de considerans van richtlijn 93/36.

67 — Cfr. artikel 26, lid 1, van richtlijn 93/36.

68 — Arrest van 20 september 1988, zaak 31/87, Beentjes, Jurispr. 1988, blz. 4635, r. o. 19.

de „technische waarde”) en door de Ierse regering (volgens welke dit criterium onder „leveringstermijn” of „kwaliteit” zou kunnen vallen). Het criterium is in ieder geval wel bepalend voor de vaststelling van de „economisch voordeligste aanbidding”, aangezien een vermeende aantrekkelijke aanbidding uiteindelijk niet voordelig is, wanneer de toekomstige bevoorrading niet verzekerd is. Deze benaderingswijze houdt weliswaar rekening met de toekomstige gevolgen van de gunning van een bepaalde opdracht, maar laat zich toch verenigen met de richtlijn, zoals mijns inziens blijkt uit de vermelding van de criteria „gebruikskosten” en „service na verkoop”. Ook de Commissie heeft zich in deze zin uitgelaten.

Generics en de Ierse en de Britse regering hebben er bovendien terecht op gewezen, dat

de opsomming in artikel 25, lid 1, sub b, — zoals uit de tekst ervan blijkt — niet uitputtend is. Wel is natuurlijk vereist, dat het relevante criterium in de aankondiging van de aanbestedingsprocedure wordt genoemd.

78. Ten slotte wil ik er nog op wijzen, dat het criterium van de zekerheid van de bevoorrading een legitieme overweging vormt, waarmee in het kader van artikel 36 rekening mag worden gehouden. De Britse regering heeft terecht opgemerkt, dat een richtlijn niet aldus mag worden uitgelegd, dat zij iets verbiedt dat door artikel 36 is toegestaan. De Franse regering verwijst in dit verband bovendien naar de vijfde overweging van de considerans van richtlijn 77/62, volgens welke deze richtlijn niet in de weg staat aan de toepassing van artikel 36.

C — Conclusie

79. Mitsdien geef ik het Hof in overweging, de vragen van de High Court te beantwoorden als volgt:

- 1) De artikelen 30-36 EG-Verdrag zijn van toepassing op de legale handel in verdovende middelen als bedoeld in het Enkelvoudig Verdrag inzake verdovende middelen van 1961. Voor zover de betrokken Lid-Staat daardoor evenwel, zelfs gelet op de mogelijkheden waarin artikel 36 EG-Verdrag voorziet, in de onmogelijkheid komt te verkeren de krachtens het Enkelvoudig Verdrag op hem rustende verplichten na te komen, dan mag hij ingevolge artikel 234, eerste alinea, EG-Verdrag, wanneer hij vóór de inwerkingtreding van het EG-Verdrag of vóór zijn toetreding tot de Gemeenschap tot de overeenkomst is toegetreden, de voor hem daaruit voortvloeiende verplichtingen uitvoeren.

- 2) Het is een Lid-Staat op grond van artikel 36 EG-Verdrag bij wijze van uitzondering toegestaan, aan de binnenlandse produktie de voorkeur te geven boven invoer uit andere Lid-Staten, wanneer dit de enige mogelijkheid is om een verzekerde bevoorrading met verdovende middelen voor essentiële medische doeleinden in deze Lid-Staat te garanderen.