

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
PHILIPPE LÉGER
föredraget den 25 maj 2004¹

1. I förevarande mål har Stockholms tingsrätt (Sverige) ställt flera tolkningsfrågor rörande lagligheten av monopolet på detaljhandel med läkemedel i Sverige. Dessa frågor har uppkommit i ett brottmål mot Krister Hanner, som har åtalats för att han har sålt vissa läkemedel i strid med den svenska lagstiftningen, enligt vilken staten eller ett organ utsett av staten har ensamrätt att sälja sådana varor.

2. Målet rör i huvudsak frågan huruvida en ensamrätt till detaljhandel kan anses vara förenlig med artikel 31 EG. Om denna fråga besvaras nekande, uppkommer frågan huruvida det kan vara motiverat att bibehålla en sådan ensamrätt på grundval av undantagsbestämmelser i EG-fördraget, särskilt artikel 86.2 EG.

3. En av svårigheterna i målet beror på att domstolens rättspraxis innehåller motstridiga svar på dessa olika frågor.

I — Tillämpliga nationella bestämmelser

4. De svenska myndigheterna reglerade år 1969 formerna för en avlösning av de privata apoteken och införde ett statligt monopol på detaljhandel med läkemedel. Detta monopol omfattar samtliga läkemedel, det vill säga läkemedel såväl för människor som för djur samt både receptbelagda och receptfria läkemedel. Monopolet regleras för närvarande genom lagen (1996:1152) om handel med läkemedel m.m.²

5. I 2 § i nämnda lag definieras detaljhandel som försäljning av läkemedel till den som är konsument samt till den som är behörig att förordna läkemedel. Enligt 3 § i samma lag utgör all annan försäljning partihandel och får endast bedrivas av den som fått Läke-medelsverkets tillstånd.

1 — Originalspråk: franska.

2 — Bilaga 1 till den svenska regeringens skriftliga yttrande (nedan kallad lagen om handel med läkemedel m.m.).

6. Svenska statens monopol grundar sig på 4 § i lagen om handel med läkemedel m.m. I denna bestämmelse anges att "[d]etaljhandel med [läkemedel] får, i den mån inte annat följer av denna lag, bedrivas endast av staten eller av juridisk person i vilken staten äger ett bestämmande inflytande" och att "[r]egeringen bestämmer av vem och på vilka villkor sådan handel får bedrivas".

10. Apoteket AB är ett bolag vars kapital ägs av staten och vars styrelse huvudsakligen består av politiker och statstjänstemän. Det har för närvarande 11 000 anställda.

7. Med avvikelse från denna bestämmelse får detaljhandel med läkemedel till ett sjukhus bedrivas av den som har tillstånd till partihandel.³

11. Apoteket AB äger 800 apotek, som det självt driver i syfte att säkerställa försäljningen av läkemedel till allmänheten. Dessa apotek finns i allmänhet i områden med hög befolkningstäthet, såsom i tätorter, handelscentra och vid vårdcentraler.

8. Enligt 11 § i lagen om handel med läkemedel m.m. döms den som bryter mot bestämmelserna om det statliga monopolet till böter eller fängelse i högst två år.

12. I glesbygd, där det inte skulle vara lönsamt att inrätta ett apotek, säkerställer Apoteket AB försäljningen av läkemedel med hjälp av 970 apoteksombud. Det är därvid fråga om enskilda näringsidkare med vilka Apoteket AB har ingått avtal och som mot vederlag åtar sig att förmedla receptbelagda läkemedel till patienter. Dessa apoteksombud får även sälja ett mindre sortiment receptfria läkemedel till allmänheten. Apoteksombuden står under tillsyn av Apoteket AB, som fastställer försäljningspriserna för läkemedlen samt produktsortimentet. Apoteksombuden erhåller inte någon särskild utbildning och har inte rätt att lämna råd till kunderna vad gäller användningen av läkemedel.

9. Enligt ett avtal ingått år 1970 gav svenska staten Apoteksbolaget AB, som bildats särskilt för detta syfte, i uppdrag att bedriva detaljhandel med läkemedel. Apoteksbolaget AB har senare ändrat namn och heter sedan år 1988 Apoteket AB.⁴

13. Av handlingarna i målet framgår att Apoteket AB sedan våren 2002 även säljer

3 — 5 § i lagen om handel med läkemedel m.m.

4 — Nedan kallat Apoteket AB.

receptfria läkemedel via Internet och telefon. På sikt räknar Apoteket AB med att kunna sälja samtliga läkemedel, inklusive receptbelagda sådana, på sådant sätt. I sådant fall skulle det expediera läkemedel till kunderna med tillhörande information och rådgivning.

utsträckning apotek och andra försäljningsställen skall finnas och var de skall vara belägna. Det skall kunna tillhandahålla samtliga läkemedel (receptbelagda och receptfria), som omfattas av dess ensamrätt.

14. Apoteket AB får alla sina leveranser från de två partihandlare som finns på den svenska marknaden, nämligen Tamro och Kronans Droghandel. Apoteket AB har inte rätt att självt importera läkemedel från övriga medlemsstater.

15. Vid tidpunkten för omständigheterna i målet vid den nationella domstolen reglerades förhållandet mellan staten och Apoteket AB genom avtalet av den 20 december 1996, i dess ändrade lydelse enligt det förlängda avtalet av den 21 december 1998.⁵

17. Enligt § 8 i 1996 års avtal skall Apoteket AB:s priser på läkemedel vara enhetliga över hela landet. Priset — och således Apoteket AB:s vinstmarginal — på de läkemedel som ingår i läkemedelsförmånen sätts av Läkemedelsförmånsnämnden. Apoteket AB fastställer däremot självt priset och sin vinstmarginal på de läkemedel som inte ingår i läkemedelsförmånen. De läkemedel som ingår i läkemedelsförmånen utgörs av receptbelagda läkemedel samt vissa receptfria läkemedel.

16. I detta avtal stadgas att Apoteket AB skall svara för en god läkemedelsförsörjning i hela landet och svara för producentobunden information till konsumenterna. Apoteket AB skall i detta syfte ha ett rikstäckande system för att distribuera läkemedel samt ha den lager- och leveransberedskap som behövs för att tillgodose hälso- och sjukvårdens behöriga krav. Apoteket AB bestämmer mot denna bakgrund i vilken

II — Begäran om förhandsavgörande

18. Åklagarmyndigheten har väckt åtal mot Krister Hanner för brott mot 4 § i lagen om handel med läkemedel m.m. De har anklagat honom för att i maj och juli 2001 ha sålt tolv förpackningar av rökavvänjningsprodukterna Nicorette plåster och Nicorette tuggummi. Åklagaren har påpekat att dessa produkter

⁵ — Bilaga 2 till den svenska regeringens skriftliga yttrande (nedan kallat 1996 års avtal).

utgjorde av Läkemedelsverket godkända läkemedel och således omfattades av svenska statens monopol.

2) Utgör artikel 28 EG, med beaktande av vad som sägs i fråga 1, hinder för en sådan lagstiftning som avses i fråga 1?

19. Krister Hanner har i Stockholms tingsrätt erkänt gärningen men bestritt ansvar för brott. Han har anfört att svenska statens monopol strider mot artiklarna 31 EG, 28 EG och 43 EG.

3) Utgör artikel 43 EG, med beaktande av vad som sägs i fråga 1, hinder för en sådan lagstiftning som avses i fråga 1?

20. Tingsrätten anser att utgången i målet beror på tolkningen av dessa bestämmelser och har beslutat att vilandeförklara målet samt ställa följande frågor till EG-domstolen:

4) Utgör vid prövningen av frågorna 1–3 proportionalitetsprincipen hinder för en sådan nationell lagstiftning som avses i fråga 1?

"1) Det finns på nationell nivå ett fristående system för prövning och godkännande av läkemedel i syfte att upprätthålla en god kvalitet på läkemedel och undanröja skadeverkningar av läkemedel. Vissa läkemedel omfattas vidare av krav på förskrivning (recept) av legitimerad läkare. Utgör vid sådana förhållanden artikel 31 EG hinder för en nationell lagstiftning som föreskriver att detaljhandel med läkemedel endast får bedrivas av staten eller av juridisk person i vilken staten har ett bestämmande inflytande och vars ändamål är att trygga behovet av säkra och effektiva läkemedel?

5) Påverkas bedömningen, såvitt avser frågorna 1–4, av om så kallade receptfria läkemedel helt eller delvis undantas från krav i nationell lagstiftning på att detaljhandel med läkemedel endast får bedrivas av staten eller av juridisk person i vilken staten har ett bestämmande inflytande?"

III — Tolkningsfrågornas föremål

21. Stockholms tingsrätts begäran om förhandsavgörande innefattar två grupper av frågor.

22. Tingsrätten vill först och främst veta huruvida de principiella bestämmelserna om fri rörlighet för varor (artiklarna 31 EG och 28 EG) och om etableringsfrihet (artikel 43 EG) utgör hinder för en nationell lagstiftning som förbehåller staten eller ett organ som kontrolleras av staten ensamrätten till detaljhandel med läkemedel.⁶

23. Om denna fråga besvaras jakande skall det därefter prövas huruvida en sådan lagstiftning kan vara motiverad på grundval av de undantag som föreskrivs i fördraget. Fastän Stockholms tingsrätt inte uttryckligen har hänvisat till undantagsbestämmelserna i fördraget i sin begäran om förhandsavgörande, kan nämligen endast en tolkning av dessa bestämmelser resultera i ett användbart svar, närmare bestämt avseende samtliga omständigheter som är nödvändiga för att

avgöra huruvida det omtvistade monopolet är förenligt med gemenskapsrätten.⁷ Frågan huruvida monopolet är motiverat är dessutom underförstådd i de två första meningarna i den första frågan samt i den fjärde och den femte frågan.

24. Stockholms tingsrätt vill särskilt veta huruvida de omtvistade bestämmelserna är proportionerliga i förhållande till det mål som eftersträvas.⁸ Den är tveksam till om dessa bestämmelser är nödvändiga, eftersom andra lagbestämmelser om prövning, godkännande och förskrivning av läkemedel syftande till att säkerställa skyddet för folkhälsan redan finns.⁹ Tingsrätten har vidare frågat huruvida de omtvistade bestämmelserna inte går utöver vad som är nödvändigt, i den del de innebär att receptfria läkemedel omfattas av statens monopol.¹⁰

25. Jag kommer att pröva dessa frågor i tur och ordning med början i en analys av artikel 31 EG, eftersom sistnämnda bestäm-

7 — Jag erinrar om att enligt domstolens fasta rättspraxis anser domstolen att den, för att kunna ge den nationella domstol som har begärt ett förhandsavgörande ett användbart svar, kan behöva ta hänsyn till gemenskapsrättsliga normer som denna domstol inte har hänvisat till i sin begäran (se bland annat dom av den 20 mars 1986 i mål 35/85, Tissier, REG 1986, s. 1207, punkt 9, av den 18 november 1999 i mål C-107/98, Teckal, REG 1999, s. I-8121, punkt 39, av den 16 januari 2003 i mål C-265/01, Pansard m.fl., REG 2003, s. I-683, punkt 19, och av den 22 januari 2004 i mål C-271/01, COPPI, REG 2004, s. I-1029, punkt 27).

8 — Den fjärde tolkningsfrågan.

9 — Den första tolkningsfrågan (första och andra mening).

10 — Den femte tolkningsfrågan.

6 — Den första tolkningsfrågan (tredje mening) samt den andra och den tredje tolkningsfrågan.

melse i enlighet med rättspraxis utgör *lex specialis* vad gäller statliga handelsmonopol.¹¹

27. Artikel 31 EG återfinns bland fördragsbestämmelserna rörande fri rörlighet för varor. Den har till huvudsakligt syfte att se till att medlemsstaterna inte använder sig av sina handelsmonopol för protektionistiska ändamål och således återskapar de hinder för den fria rörligheten för varor som övriga fördragsbestämmelser just syftar till att undanröja.¹² I Spaakrapporten anfördes följande:¹³

IV — Artikel 31 EG

26. Artikel 31.1 EG har följande lydelse:

”Medlemsstaterna skall säkerställa att statliga handelsmonopol anpassas på sådant sätt att ingen diskriminering med avseende på anskaffnings- och saluföringsvillkor föreligger mellan medlemsstaternas medborgare.

Bestämmelserna i denna artikel skall tillämpas på varje organ genom vilket en medlemsstat, rättsligt eller i praktiken, direkt eller indirekt kontrollerar, styr eller märkbart påverkar import eller export mellan medlemsstaterna. Dessa bestämmelser skall även tillämpas på monopol som staten överlätit på andra.”

”Ett särskilt problem uppkommer när den direkta importregleringen inte sker genom kvoter utan genom inrättandet av ett inköpsmonopol, oavsett om detta är hänförligt till en offentlig myndighet eller till ett privat företag på uppdrag av staten. I sådant fall är den myndighet som fastställer gränserna för importen även inköpare. Man kan således inte tillämpa en lösning som innebär att kvoterna automatiskt utökas, eftersom det inte är tänkbart att låta inköp som inte behövs vara obligatoriska. En viktig del av lösningen är att föreskriva att de nationella inköps- och importorganisationerna vid utgången av övergångsperioden antingen skall ha försvunnit eller anpassats till den gemensamma marknaden eller, om det visar sig nödvändigt, ha ersatts med en gemensam organisation.”

11 — Dom av den 20 februari 1979 i mål 120/78, ReweZentral, kallat Cassis de Dijon (REG 1979, s. 649; svensk specialutgåva, volym 4, s. 377), punkt 7, av den 13 mars 1979 i mål 119/78, Peureux II (REG 1979, s. 975; svensk specialutgåva, volym 4, s. 399), punkt 27, och av den 14 december 1995 i mål C-387/93, Banchero (REG 1995, s. I-4663), punkt 26.

12 — För ett liknande resonemang, se artikel 31.2 EG och dom av den 13 mars 1979 i mål 91/78, Hansen (REG 1979, s. 935), punkt 8.

13 — Mellanstatlig kommitté skapad av Messinakonferensen, Rapport från delegationscheferna till utrikesministrarna, Bryssel, 21 april 1956, s. 37.

28. Artikel 31 EG är således en särskild bestämmelse som syftar till att undanröja de hinder för den fria rörligheten för varor som beror på statliga monopols handlingar och inte på statliga bestämmelser.¹⁴

29. I förevarande fall vill Stockholms tingsrätt veta om denna bestämmelse utgör hinder för en nationell lagstiftning som förbehåller myndigheterna i en medlemsstat eller ett organ som kontrolleras av dessa myndigheter ensamrätten till detaljhandel med läkemedel.

30. För att besvara denna fråga skall jag börja med att kontrollera om Apoteket AB omfattas av tillämpningsområdet för artikel 31 EG (punkt A nedan). Jag kommer därefter att undersöka om en ensamrätt till detaljhandel kan anses vara förenlig med de krav som anges i nämnda bestämmelse (punkt B nedan).

A — Tillämpningsområdet för artikel 31 EG

31. Artikel 31 EG är tillämplig på statliga handelsmonopol och avser "varje organ

genom vilket en medlemsstat direkt eller indirekt kontrollerar, styr eller märkbart påverkar import eller export mellan medlemsstaterna".¹⁵

32. Såsom generaladvokat Cosmas har påpekat¹⁶ förutsätter denna definition att två olika omständigheter förenas, nämligen ett organisationselement och ett funktionselement.

33. Vad gäller organisationselementet förutsätts i artikel 31 EG att det statliga monopol skall avse handel. Detta innebär att organet i fråga måste bedriva en ekonomisk verksamhet, det vill säga en verksamhet som består i att erbjuda varor eller tjänster på en viss marknad.¹⁷ Begreppet statligt handelsmonopol avser således samma sak som begreppet företag i den mening som avses i konkurrensrätten, eftersom sistnämnda begrepp omfattar "varje enhet som utövar ekonomisk verksamhet, oavsett enhetens

¹⁴ — Berrod, F., "Monopoles publics et droit communautaire", *Juris-classeur Europe*, 2004, häfte 1510, punkt 24.

¹⁵ — Dom av den 3 februari 1976 i mål 59/75, Manghera m.fl. (REG 1976, s. 91; svensk specialutgåva, volym 3, s. 9), punkt 7, och av den 4 maj 1988 i mål 30/87, Bodson (REG 1988, s. 2479), punkt 11.

¹⁶ — Förslag till avgörande inför dom av den 23 oktober 1997 i mål C-157/94, kommissionen mot Nederländerna (REG 1997, s. I-5699), i mål C-158/94, kommissionen mot Italien (REG 1997, s. I-5789), i mål C-159/94, kommissionen mot Frankrike (REG 1997, s. I-5815), och i mål C-160/94, kommissionen mot Spanien (REG 1997, s. I-5851), punkt 28.

¹⁷ — Jag erinrar om att inom konkurrensrätten avser begreppet ekonomisk verksamhet all verksamhet som består i att erbjuda varor eller tjänster på en viss marknad (se bland annat dom av den 16 juni 1987 i mål 118/85, kommissionen mot Italien, REG 1987, s. 2599, punkt 7, av den 18 juni 1998 i mål C-35/96, kommissionen mot Italien, REG 1998, s. I-3851, punkt 36, och av den 19 februari 2002 i mål C-309/99, Wouters m.fl., REG 2002, s. I-1577, punkt 47).

rättsliga form och sättet för dess finansiering".¹⁸

angett att artikel 31 EG avser handel med varor²⁵ och inte är tillämplig på monopol på tillhandahållande av tjänster²⁶, såvida inte dessa monopol är sådana att de kan ha en direkt inverkan på handeln med varor mellan medlemsstaterna.²⁷

34. Monopolets statliga karaktär innefattar emellertid ett krav på att den ifrågavarande enheten skall ha ett särskilt samband med staten.¹⁹ Det kan vara fråga om en del av förvaltningen²⁰, ett offentligt företag²¹ eller ett privat företag som anförtror en ensamrätt eller särskilda rättigheter.²² Huvudsaken är att staten kan utöva ett avgörande inflytande över denna enhets handlingar.²³ Monopolets statliga karaktär innefattar dessutom ett krav på att monoopolet skall bygga på ett myndighetsbeslut och att dess ensamrätt skall garanteras rättsligt.²⁴ Rent ekonomiska monopol omfattas därmed inte av bestämmelsen, utan av reglerna i fördraget om konkurrens. Slutligen har domstolen

35. Vad gäller det funktionella elementet avser artikel 31 EG en situation där myndigheterna märkbart kan påverka handeln mellan medlemsstater med hjälp av det ovannämnda organet eller den ovannämnda enheten.²⁸ Det krävs därvid inte att staten *kontrollerar* eller *styr* importen eller exporten. Det är tillräckligt att den kan påverka handeln, även om detta endast sker indirekt.²⁹ För att statens påverkan skall anses vara märkbar är det vidare inte nödvändigt att den kontrollerar all import eller export. En stat som har ensamrätt att importera och saluföra varor som täcker 65 procent av behoven på den nationella marknaden kan märkbart påverka importen av dessa varor från övriga medlemsstater.³⁰

18 — Dom av den 23 april 1991 i mål C-41/90, Höfner och Elser (REG 1991, s. I-1979; svensk specialutgåva, volym 11, s. 135), punkt 21.

19 — Detta framgår klart av den ursprungliga franska lydelsen av artikel 31 EG, i vilken orden "monopole d'État" användes. I andra språkversioner av fördraget, såsom den engelska, har för övrigt detta särskilda uttryck bibehållits (State monopolles).

20 — Se bland annat domen i det ovannämnda målet Bodson, punkt 13.

21 — Domarna av den 23 oktober 1997 i de ovannämnda målen kommissionen mot Italien, punkt 2, och kommissionen mot Frankrike, punkt 3, samt dom av den 23 oktober 1997 i mål C-189/95, Franzén (REG 1997, s. I-5909), punkt 15 (nedan kallad domen i Franzénmålet).

22 — Se bland annat domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Nederländerna, punkterna 2-4, och generaladvokaten Roemers förslag till avgörande i mål 82/71, SAIL (dom av den 21 mars 1972, REG 1972, s. 119, på s. 145).

23 — För ett liknande resonemang, se dom av den 16 december 1970 i mål 13/70, Cinzano (REG 1970, s. 1089), punkt 5, och generaladvokaten Roemers förslag till avgörande i det ovannämnda målet SAIL, s. 145.

24 — De Cockborne, J.-E., Defalque, L., Durand, C.-F., Prah, H. och Vandersanden, G., *Commentaire J. Megret, Le droit de la CEE, volume 1, Préambule, Principes, Libre circulation des marchandises*, Éditions de l'université de Bruxelles, andra upplagan, Bryssel, 1992, s. 311, och Berrod, F., ovannämnda verk, punkt 6.

25 — Dom av den 15 juli 1964 i mål 6/64, Costa mot Enel (REG 1964, s. 1141; svensk specialutgåva, volym 1, s. 211), på s. 1165 och punkt 4 i domslutet.

26 — Dom av den 30 april 1974 i mål 155/73, Sacchi (REG 1974, s. 409; svensk specialutgåva, volym 2, s. 269), punkt 10, och av den 11 september 2003 i mål C-6/01, Anomar m.fl. (REG 2003, s. I-8621), punkt 59.

27 — Dom av den 28 juni 1983 i mål 271/81, Société coopérative d'amélioration de l'élevage et d'insémination artificielle du Béarn (REG 1983, s. 2057), punkterna 8-13, och av den 7 december 1995 i mål C-17/94, Gervais m.fl. (REG 1995, s. I-4353), punkterna 35 och 37.

28 — Se bland annat domen i det ovannämnda målet Bodson, punkt 13, dom av den 27 april 1994 i mål C-393/92, Almelo (REG 1994, s. I-1477; svensk specialutgåva, volym 15, s. 89), punkt 29, och domen i det ovannämnda måletanchero, punkt 26.

29 — Domen i det ovannämnda målet Cinzano, punkt 5.

30 — Dom av den 13 december 1990 i mål C-347/88, kommissionen mot Grekland (REG 1990, s. I-4747), punkt 41.

36. I förevarande fall står det klart att Apoteket AB uppfyller dessa båda villkor.

B — *De skyldigheter som föreskrivs i artikel 31 EG*

37. För det första bedriver Apoteket AB en ekonomisk verksamhet i den mening som avses i konkurrensrätten, eftersom det säljer varor på en viss marknad, närmare bestämt på läkemedelsmarknaden. Det omfattas även av statens kontroll, eftersom dess kapital innehas av svenska myndigheter och dess styrelse består av politiker och statstjänstemän. Apoteket AB har slutligen ett rättsligt monopol, eftersom ensamrätten till den aktuella verksamheten garanteras såväl i lagen om handel med läkemedel m.m.³¹ som i 1996 års avtal³².

38. Apoteket AB har för det andra ensamrätt till detaljhandel. Domstolen har redan funnit att förekomsten av en sådan rättighet gör det möjligt för den berörda medlemsstaten att märkbart påverka importen av den ifrågavarande varan från övriga medlemsstater.³³

39. Vid sådana förhållanden utgör Apoteket AB ett statligt handelsmonopol i den mening som avses i artikel 31 EG. Det skall därför kontrolleras om de krav som uppställs genom denna bestämmelse utgör hinder mot den ensamrätt till detaljhandel som det har anförtratts eller mot det särskilda utövandet av den.

40. I artikel 31 EG krävs inte att statliga handelsmonopol skall avskaffas.³⁴ Genom bestämmelsen krävs endast att dessa monopol skall anpassas på sådant sätt att ingen diskriminering med avseende på anskaffnings- och saluföringsvillkor föreligger mellan medlemsstaternas medborgare.³⁵

41. En av svårigheterna med artikel 31 EG beror på det förhållandet att begreppet statligt monopol samtidigt används för själva ensamrätten att bedriva en viss verksamhet (tillverkning, import, saluföring) och för det organ som har givits i uppdrag att utöva denna ensamrätt.³⁶ Det är uppenbart att fördraget, på grund av artikel 295 EG³⁷, inte kan innebära en skyldighet för en medlemsstat att avskaffa ett organ som innehar en ensamrätt. Domstolen har däremot funnit att den anpassningsskyldighet som föreskrivs i artikel 31 EG kan innefatta en skyldighet för medlemsstaterna att upphäva vissa ensamrätter.

31 — 4 §.

32 — § 1.

33 — Domen i Franzén-målet, punkt 37 och följande punkter. Denna slutsats följer även av en läsning *e contrario* av domen i det ovannämnda målet *Banchero*, punkterna 29–31.

34 — Domen i det ovannämnda målet *Manghera* m.fl., punkt 5.

35 — *Ibidem*.

36 — De Cockborne, J.-E., Defalque, L., Durand, C.-F., Prahl, H., och Vandersanden, G. ovannämnda verk, s. 322.

37 — I nämnda artikel föreskrivs att "[d]etta fördrag skall inte i något hänseende ingripa i medlemsstaternas egendomsordning".

42. Domstolen har således i domen i det ovannämnda målet *Manghera m.fl.*³⁸ uttalat att en ensamrätt att importera varor i sig innebär en diskriminering som är förbjuden enligt artikel 31 EG och att medlemsstaterna således är skyldiga att upphäva sådana rättigheter. Domstolen har även funnit att en ensamrätt att exportera varor i sig strider mot artikel 31 EG och måste upphävas.³⁹

Franzénmålet. Jag anser nämligen, i likhet med vad som hävdats i den största delen av doktrinen,⁴⁰ att den lösning som följer av nämnda dom inte utgör en riktig tolkning av fördragsbestämmelserna.

46. Innan jag redovisar skälen till att jag föreslår domstolen att frångå domen i Franzénmålet, skall jag kort erinra om innehållet i nämnda dom.

43. I förevarande mål uppkommer frågan huruvida en ensamrätt till detaljhandel kan anses vara förenlig med artikel 31 EG.

1. Innehållet i domen i Franzénmålet

44. Domstolen har redan haft tillfälle att uttala sig om denna fråga i domen i Franzénmålet. Den fann därvid att det monopol som var i fråga i det målet var förenligt med artikel 31 EG, eftersom bestämmelserna om monopol och dess funktionssätt varken var diskriminerande eller sådana att varor importerade från övriga medlemsstater missgynnades.

47. Franzénmålet rörde monopolen för detaljhandel med alkoholdrycker i Sverige.

48. I denna stat fick alkoholdrycker enligt lag endast tillverkas, utgöra föremål för partihandel och importeras (helt eller delvis) om särskilda tillstånd som lämnades av

45. I förevarande mål föreslår jag emellertid att domstolen inte skall tillämpa domen i

40 — Se bland annat F. Berrods kommentar om domen i Franzénmålet i *Europe*, januari 1998, s. 14 och s. 15, Blum, F., "De Sacchi à Franzén en passant par la Crespelle: jurisprudence récente de l'article 90", i *Gazette du Palais*, 1999, s. 1031–1043, Buendia Sierra, J. L., *Exclusive rights and state monopolies under EC Law*, Oxford University Press, Oxford, 1999, s. 102–104, punkterna 3.105–3.108, samt s. 121 och s. 122, punkterna 3.169 och 3.170, P. J. Slots kommentar om domarna av den 23 oktober 1997 i (de ovannämnda) målen Franzén, kommissionen mot Nederländerna, kommissionen mot Italien, kommissionen mot Frankrike och kommissionen mot Spanien i *Common Market Law Review*, 1998, s. 1183–1203, samt Faull, J. och Nikpay, A., *The EC law of competition*, Oxford University Press, Oxford, 1999, s. 309, punkt 5.109.

38 — Punkterna 12 och 13.

39 — Dom av den 23 oktober 1997 i det ovannämnda målet kommissionen mot Italien, punkt 24.

Alkoholinspektionen fanns. Genom lagen hade dessutom ett för ändamålet särskilt bildat statligt bolag givits ensamrätt till detaljhandel med vin, starköl och spritdrycker. Detta bolag, Systembolaget Aktiebolag,⁴¹ ägdes i sin helhet av svenska staten.

49. En svensk domstol hade inom ramen för ett brottmål mot Harry Franzén ställt flera frågor till domstolen i syfte att få fastställt huruvida Systembolagets monopol var förenligt med artiklarna 30 och 37 i EGFördraget (nu artiklarna 28 EG och 31 EG i ändrad lydelse).

50. Domstolen inledde med att påpeka att den nationella domstolens frågor inte endast rörde de nationella bestämmelserna om monoopolet och dess funktionssätt utan även på ett mer allmänt sätt de bestämmelser som, även om de inte reglerade monoopolets funktionssätt, ändå hade en direkt inverkan på detta, såsom bestämmelserna om tillverknings- och partihandelstillstånd.⁴²

51. Domstolen anförde därefter att enligt dess rättspraxis skulle bestämmelserna om monoopolet och dess funktionssätt under-

sökas mot bakgrund av artikel 37 i fördraget,⁴³ medan andra bestämmelser som inte rörde monoopolets funktionssätt även om det påverkade detta skulle undersökas mot bakgrund av artikel 30 i fördraget.⁴⁴

52. Vad gällde bestämmelserna om monoopolet och dess funktionssätt anförde domstolen följande:

"39 Artikel 37 i fördraget har till ändamål att förena de krav som följer av inrättandet av den gemensamma marknaden och dess funktionssätt med medlemsstaternas möjlighet att, i syfte att uppnå vissa mål av allmänintresse, upprätthålla vissa handelsmonopol. Avsikten med artikeln är att undanröja alla hinder för den fria rörligheten för varor, dock med undantag för de begränsningar i handeln som utgör en nödvändig följd av att det föreligger sådana monopol.

40 Det fordras således enligt artikel 37 att monoopolets utformning och funktions-sätt anpassas på ett sådant sätt att ingen diskriminering med avseende på anskaffnings- och saluföringsvillkor föreligger mellan medlemsstaternas

41 — Nedan kallat Systembolaget.

42 — Domen i Franzénmålet, punkt 34.

43 — Ibidem, punkt 35.

44 — Ibidem, punkt 36.

medborgare. Handeln med varor med ursprung i övriga medlemsstater får varken rättsligt eller faktiskt missgynnas i förhållande till handeln med inhemska varor och det får inte uppstå någon snedvridning av konkurrensen mellan medlemsstaterna ...

domstolen under alla omständigheter att nämnda bestämmelser var befogade med hänsyn till de krav som var förbundna med monopolet eller med styrningen av det omtvistade monopolet.⁴⁸

41 Det har i förevarande fall inte bestritts att ett statligt detaljhandelsmonopol för alkoholdrycker, såsom det som innehas av Systembolaget, avser ett mål av allmänintresse i det att det syftar till att skydda folkhälsan mot alkoholens skadeverkningar.

42 Det skall nu bedömas om ett monopol av detta slag har anpassats på ett sådant sätt att det uppfyller villkoren i punkterna 39 och 40 ovan."

53. Domstolen undersökte således bestämmelserna om systemet för urval av produkter,⁴⁵ monopolets försäljningsorganisation⁴⁶ och systemet för marknadsföring av alkoholdrycker.⁴⁷ I vart och ett av dessa fall fann den att bestämmelserna i fråga varken var diskriminerande eller av sådant slag att de missgynnade produkter som importerats från övriga medlemsstater. För det fall det ändå skulle antas att så var fallet ansåg

54. Domstolen drog därav slutsatsen "att ett detaljhandelsmonopol som det som är aktuellt i målet vid den nationella domstolen uppfyller de villkor för överensstämmelse med artikel 37 i fördraget som anges i punkterna 39 och 40 i denna dom".⁴⁹

55. Vad gäller de övriga nationella bestämmelser som hade en inverkan på monopolets funktionssätt fann domstolen att de bestämmelser som innebar att rätten att importera alkoholdrycker var förbehållen aktörer med tillstånd utgjorde ett hinder i den mening som avses i domen i målet Dassonville.⁵⁰ Vidare fann domstolen att den svenska regeringen inte hade visat på vilket sätt dessa bestämmelser stod i proportion till det syfte att skydda folkhälsan som eftersträvades genom dem.⁵¹ Domstolen drog därav slutsatsen att de svenska bestämmelserna rörande import av alkoholdrycker stred mot artiklarna 30 och 36 i EG-fördraget (nu artiklarna 28 EG och 30 EG i ändrad lydelse).⁵²

48 — Ibidem, punkterna 49 och 59.

49 — Ibidem, punkt 66.

50 — Dom av den 11 juli 1974 i mål 8/74, Dassonville (REG 1974, s. 837; svensk specialutgåva, volym 2, s. 343), punkt 5.

51 — Domen i Franzén-målet, punkt 76.

52 — Ibidem, punkt 77.

45 — Ibidem, punkterna 43–52.

46 — Ibidem, punkterna 53–57.

47 — Ibidem, punkterna 58–65.

2. Analys av domen i Franzénmålet

som utgjorde föremål för det mål som var anhängigt vid den.

56. I likhet med vad som anförs i den största delen av doktrinen⁵³ anser jag att det resonemang som utvecklats i domen i Franzénmålet bygger på en felaktig tolkning av artikel 31 EG. Enligt min mening medför nämnda dom i huvudsak tre svårigheter.

57. För det första har domstolen har gjort en uppdelning av det omtvistade monopoliet vid bedömningen.

58. Domstolen har i sin tidigare rättspraxis ofta ombetts att uttala sig om endast en viss aspekt av ett statligt handelsmonopol. Denna aspekt har kunnat avse uppbörd av en avgift eller en skatt på importerade varor,⁵⁴ saluföring av varor till ett onormalt lågt pris,⁵⁵ ett förbud mot destillering av importerade råvaror,⁵⁶ upprätthållande av enhetliga vinstmarginaler⁵⁷ eller fastställande av ett försäljningspris som är ett annat än det som fastställts av tillverkarna och importörerna.⁵⁸ Det är uppenbart att domstolen i dessa olika fall varit tvungen att begränsa sin prövning till endast den aspekt av monopoliet

59. Domstolen har emellertid i samtliga övriga fall gjort en samlad bedömning av det aktuella monopoliet. Den undersökte således i domen i det ovannämnda målet Manghera m.fl.⁵⁹ hela monopoliet på import av tillverkad tobak med hänsyn till artikel 31 EG, och inte endast de olika reglerna om detta monopols funktionssätt. Domstolen fann på samma sätt i sin dom i det ovannämnda målet kommissionen mot Grekland⁶⁰ att den grekiska statens ensamrätt till import och saluföring av mineraloljeprodukter sammantaget medförde en diskriminering som var förbjuden enligt artikel 31 EG. Härav följer att när en fråga huruvida ett statligt handelsmonopol i sin helhet är förenligt med gemenskapsrätten är anhängigt vid domstolen, gör denna en samlad bedömning av den ensamrätt eller de ensamrätter som är i fråga.

60. I Franzénmålet frångick domstolen emellertid denna praxis, fastän frågan uttryckligen hade ställts till den.⁶¹ Som jag har visat skilde domstolen på de olika reglerna om monopoliets funktionssätt (systemet för urval av varor, försäljningsorganisationen, marknadsföringen av

53 — Angiven i fotnot 40 i förevarande förslag till avgörande.

54 — Domen i det ovannämnda målet Cinzano, punkterna 1 och 2, och dom av den 17 februari 1976 i mål 91/75, Miritz (REG 1976, s. 217), punkterna 1 och 2.

55 — Domen i det ovannämnda målet Hansen, punkterna 12 och 13.

56 — Domen i det ovannämnda målet Peureux II, punkterna 3 och 4.

57 — Dom av den 7 juni 1983 i mål 78/82, kommissionen mot Italien (REG 1983, s. 1955; svensk specialutgåva, volym 7, s. 179), punkt 5.

58 — Dom av den 21 juni 1983 i mål 90/82, kommissionen mot Frankrike (REG 1983, s. 2011), punkt 1.

59 — Punkterna 9–13.

60 — Punkterna 41–44.

61 — Den nationella domstolen frågade nämligen bland annat om "ett lagstadgat monopol sådant som Systembolaget [var] förenligt med artikel 30 i Romfördraget" och om "ett lagstadgat monopol sådant som Systembolaget [stred] mot artikel 37 i Romfördraget" (domen i Franzénmålet, punkt 29).

varorna) och prövade separat för varje fall om dessa regler är diskriminerande eller kan missgynna importerade varor.

61. Man kan fråga sig om denna metod inte ledde till att domstolen underskattade det omtvistade monopolets inverkan på handeln mellan medlemsstater. Det tycks nämligen som om bedömningen av ett monopols inverkan på handeln mellan medlemsstater blir annorlunda beroende på om man gör en samlad eller en uppdelad bedömning. Genom en samlad bedömning tas, till skillnad från vad som är fallet med en uppdelad bedömning, hänsyn till de hinder för den fria rörligheten för varor som följer av den sammantagna inverkan som olika regler om monopolets funktionssätt har. Generaladvokaten Elmer kom för övrigt fram till att Systembolagets monopol kunde hindra handeln inom gemenskapen väsentligt på grundval av en samlad analys av detta monopol.⁶²

62. För det andra anser jag att domstolen har använt sig av en restriktiv tolkning av begreppet diskriminering enligt artikel 31 EG.

63. Såsom jag kommer att visa nedan⁶³ innebär inte artikel 31 EG ett förbud endast

mot diskriminering av *varor* från övriga medlemsstater. Genom bestämmelsen förbjuds framför allt diskriminering mellan medlemsstaternas *medborgare* med avseende på villkor för anskaffning och saluföring av varor. Artikel 31 EG syftar således till att säkerställa en möjlighet för aktörer etablerade i övriga medlemsstater att erbjuda sina varor till de kunder de vill i den medlemsstat där monopollet finns. Omvänt syftar bestämmelsen till att göra det möjligt för konsumenterna i den medlemsstat där monopollet finns att anskaffa varor från de aktörer de vill i övriga medlemsstater. Artikel 31 EG syftar således inte endast till att skydda den fria rörligheten för varor som sådana, utan framför allt till att skydda de aktörer som deltar i denna fria rörlighet.⁶⁴

64. Såsom en juridisk författare har påpekat⁶⁵ går denna särskilda betydelse av begreppet diskriminering längre än begreppet diskriminering mellan varor. Avskaffandet av diskriminering mellan *varor* kräver nämligen inte nödvändigtvis att en ensamrätt upphävs. För att monopollet skall vara förenligt med detta krav är det tillräckligt att inhemska och utländska varor behandlas på ett identiskt (och icke-diskriminerande) sätt inom ramen för detta monopol. Undanröjande av diskriminering mellan medlemsstaternas *medborgare* kan däremot medföra att ensamrätter skall upphävas, eftersom det förhållandet att en ekonomisk verksamhet förbehålls en inhemsk aktör direkt kan

62 — Förslaget till avgörande i Franzén-målet, punkterna 74–103.

63 — Punkterna 84–95 i förevarande förslag till avgörande.

64 — Generaladvokaten Elmers förslag till avgörande i Franzén-målet, punkt 68.

65 — Buendía Sierra, J. L., ovannämnt verk, s. 102 och s. 103, punkterna 3.103–3.108.

påverka aktörer i övriga medlemsstater med avseende på deras anskaffnings- och saluföringsvillkor. Jag kommer nedan⁶⁶ att visa att domstolen har använt sig av denna särskilda betydelse av begreppet diskriminering i sin rättspraxis. Den har därvid krävt att ensamrätter skulle upphävas utan att ens pröva huruvida det ifrågavarande monopolet säkerställde att inhemska och importerade varor behandlades på ett identiskt sätt.⁶⁷

65. Domstolen frångick emellertid denna rättspraxis genom sin dom i Franzén-målet.

66. Den begränsade huvudsakligen sin analys till frågan rörande diskriminering mellan varor från medlemsstaterna. Det framgår ovan att domstolen för varje regel om monopolets funktionssätt (systemen för urval av varor, försäljningsorganisationen och marknadsföringen av varorna) kontrollerade att de ifrågavarande bestämmelserna tillämpades oberoende av varornas ursprung och att de inte var sådana att varor importerade från övriga medlemsstater missgynnades. Domstolen grundade således sin bedömning på en restriktiv tolkning av begreppet diskriminering i den mening som avses i artikel 31 EG.

66 — Punkterna 89–94 i förevarande förslag till avgörande.

67 — Se särskilt domen i det ovannämnda målet Manghera m.fl., punkt 13.

67. Man skulle kunna tro att domen i Franzén-målet därmed innebar en omprövning av tidigare rättspraxis och att tolkningen av artikel 31 EG därigenom ändrades. Detta antagande motsägs emellertid av det förhållandet att domstolen samma dag som domen i Franzén-målet avkunnades meddelade tre andra domar, i vilka begreppet diskriminering tolkades på det klassiska sättet.

68. Domstolen angav således i domarna i de ovannämnda målen kommissionen mot Nederländerna,⁶⁸ kommissionen mot Italien⁶⁹ och kommissionen mot Frankrike,⁷⁰ vilka även de avkunnades den 23 oktober 1997, att förekomsten i en medlemsstat av ensamrätt till import och export av gas och elektricitet medförde en diskriminering i förhållande till aktörer etablerade i övriga medlemsstater som var förbjuden enligt artikel 31 EG. Domstolen tillade att så var fallet även om det ifrågavarande monopolet innebar att det säkerställdes att inhemska varor och importerade varor behandlades på ett identiskt (icke-diskriminerande) sätt.⁷¹ Domstolen krävde således, i enlighet med sin klassiska rättspraxis, att de omtvistade ensamrätterna skulle upphävas.

69. Såsom har understrukits i doktrinen⁷² är det svårt att förstå varför domstolen har

68 — Punkterna 21–23.

69 — Punkterna 22–24.

70 — Punkterna 32–34.

71 — Dom i det ovannämnda målet kommissionen mot Nederländerna, punkterna 21–23.

72 — Se bland annat Berrod, F., kommentar till Franzén-målet, ovannämnda verk, s. 14, Blum, F., ovannämnda verk, s. 1036 och 1037, och Buendia Sierra, J. L., ovannämnda verk, s. 103 och s. 104, punkt 3.108, och s. 121 och s. 122, punkterna 3.170 och 3.171.

använt sig av två olika metoder i två grupper av domar som har avkunnats samma dag av samma dömande sammansättning (domstolen i plenum).

70. Den tredje svårighet som uppkommer genom domen i Franzén-målet rör motiveringen av de bestämmelser som strider mot artikel 31 EG.

71. Frågan om motivering av bestämmelser som strider mot artikel 31 EG är kontroversiell, och jag återkommer till den nedan.⁷³ Jag konstaterar här att domstolen i sin dom av den 10 juli 1984 i målet *Campus Oil m.fl.*⁷⁴ fann att artikel 90.2 i EG-fördraget (nu artikel 86.2 EG) inte undantar en medlemsstat som anförtrött ett företag en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse från förbudet mot att vidta åtgärder som i strid med artikel 30 i fördraget begränsar importen. Domstolen fann vidare i sin dom i det ovan nämnda målet kommissionen mot Grekland,⁷⁵ i motsats till vad den grekiska regeringen har hävdad, att bibehållandet av en ensamrätt till import och saluföring av mineraloljeprodukter inte kunde motiveras med stöd av skäl avseende allmän säkerhet i den mening som avses i artikel 36 i fördraget.

72. På grundval av dessa domar drog kommissionen slutsatsen att artikel 86.2 EG inte med framgång kunde åberopas för att motivera en bestämmelse som strider mot artikel 31 EG och att endast artikel 30 EG kunde utgöra grund för en sådan motivering.⁷⁶

73. Domstolen avvek från denna bedömning i domen i Franzén-målet. Den öppnade vägen för en annan motiveringsmöjlighet genom att skapa en slags skälighetsregel inom ramen för artikel 31.1 EG.

74. Domstolen fann nämligen i punkt 39 i domen i Franzén-målet att artikel 31 EG gör det möjligt att "föreina de krav som följer av inrättandet av den gemensamma marknaden och dess funktionssätt med medlemsstaternas möjlighet att, i syfte att *uppnå vissa mål av allmänintresse*, upprätthålla vissa handelsmonopol. Avsikten med artikeln är att undanröja alla hinder för den fria rörligheten för varor; dock *med undantag för de begränsningar i handeln som utgör en nödvändig följd av att det föreligger sådana monopol.*"⁷⁷

75. I det följande resonemanget uttalade domstolen att det monopol som anförtrötts Systembolaget faktiskt avsåg ett mål av

73 — Se punkterna 124–133 i förevarande förslag till avgörande.

74 — Dom av den 10 juli 1984 i mål 72/83, *Campus Oil m.fl.* (REG 1984, s. 2727; svensk specialutgåva, volym 7, s. 633), punkt 19.

76 — Se domarna av den 23 oktober 1997 i de ovan nämnda målen kommissionen mot Nederländerna, punkt 26, kommissionen mot Italien, punkt 35, och kommissionen mot Frankrike, punkt 43, samt generaladvokaten Cosmas förslag till avgörande i dessa mål, punkt 87.

77 — Min kursivering.

allmänintresse i det att det syftar till att skydda folkhälsan mot alkoholens skadeverkningar.⁷⁸ Domstolen kontrollerade därefter om bestämmelserna om monopolet och dess funktionssätt inte hade en begränsande inverkan på den fria rörligheten för varor eller om denna inverkan i vart fall inte gick längre än vad som var en nödvändig följd av "monopolet"⁷⁹ eller "styrningen"⁸⁰ av ett statligt handelsmonopol.

76. Domstolen uppställde således två principer när den utvecklade detta resonemang:

— för det första tillåter artikel 31 EG medlemsstaterna att bibehålla ett statligt handelsmonopol under villkor att detta monopol har ett mål av allmänintresse, och

— för det andra förbjuds genom artikel 31 EG, för det fall ett sådant mål eftersträvas genom monopolet, inte de begränsningar av den fria rörligheten för varor som är "en nödvändig följd av" detta monopol, det vill säga de begränsningar som inte går längre än vad som är nödvändigt för att uppnå det eftersträvide målet.

77. Dessa båda principer har emellertid inte någon grund i artikel 31 EG.

78. För det första krävs det enligt artikel 31 EG inte att en medlemsstat som vill bibehålla ett statligt monopol visar att detta monopol har ett mål av allmänintresse.⁸¹ Enligt bestämmelsens lydelse skall medlemsstaterna endast anpassa sina statliga monopol på sådant sätt att ingen diskriminering med avseende på villkoren för anskaffning och saluföring av varorna föreligger mellan medlemsstaternas medborgare. Så snart medlemsstaterna har genomfört en sådan anpassning tillåter artikel 31 EG dem således att bibehålla sina monopol utan att några ytterligare villkor uppställs.

79. Frågan huruvida monopolet har ett mål av allmänintresse avser i själva verket frågan huruvida ensamrätten är *motiverad* i de fall som den visar sig strida mot artikel 31 EG. Detta krav uppställs genom de två bestämmelser som kan åberopas för att motivera ett bibehållande av en ensamrätt som strider mot artikel 31 EG, nämligen artikel 30 EG (hänsyn till allmän moral, allmän ordning, allmän säkerhet och allmän hälsa) och artikel 86.2 EG (begreppet tjänst av allmänt eko-

78 — Domen i Franzén-målet, punkt 41.

79 — Ibidem, punkt 49.

80 — Ibidem, punkt 59.

81 — Detta är även den inställning som Europeiska gemenskapernas kommissionen har uttryckt i sitt svar på den skriftliga fråga som domstolen ställt avseende denna punkt i förvarande mål (se skriftligt svar av den 10 december 2003, punkterna 1–4).

nomiskt intresse). Frågan rörande det mål som eftersträvas med monopolet omfattas således inte av artikel 31 EG, utan av undantagsbestämmelserna i fördraget.

tillämpa sin traditionella rättspraxis, såsom den senast har bekräftats i domarna av den 23 oktober 1997 i de ovannämnda målen kommissionen mot Nederländerna, kommissionen mot Italien och kommissionen mot Frankrike.

80. Jag erinrar därefter om att domstolen redan har funnit att artikel 31.1 EG innebär en "precis och villkorslös skyldighet att uppnå ett visst resultat".⁸² I denna bestämmelse föreskrivs att statliga mål skall anpassas på sådant sätt att "all diskriminering"⁸³ mellan medborgare i medlemsstaterna "helt försvinner".⁸⁴ I motsats till den princip som uppställts genom domen i Franzénmålet innehåller artikel 31 EG således varken något förbehåll eller något undantag för de hinder för den fria rörligheten för varor som är en nödvändig följd av det statliga monopolet eller som är proportionerliga i förhållande till det mål som eftersträvas med nämnda monopol. Även i detta avseende måste undantagen från den princip som anges i artikel 31 EG grunda sig på undantagsbestämmelserna i fördraget, närmare bestämt på artikel 30 EG och/eller artikel 86.2 EG.

3. Omständigheterna i målet vid den nationella domstolen

82. Eftersom jag föreslår att den tolkning som gjorts i domen i Franzénmålet inte skall tillämpas, skall det prövas om Apoteket AB:s ensamrätt till detaljhandel medför en diskriminering som är förbjuden enligt artikel 31 EG.

83. Enligt nu föreliggande rättspraxis tycks det vara så att begreppet diskriminering i artikel 31 EG omfattar flera typer av åtgärder.

81. Med hänsyn till samtliga omständigheter ovan föreslår jag således att domstolen inte skall tillämpa domen i Franzénmålet i förevarande mål. Jag föreslår att den skall

84. För det första står det klart att detta begrepp avser varje skillnad i behandling mellan inhemska varor och varor från övriga medlemsstater. Domstolen angav i sina första domar att det inte föreligger någon diskriminering i den mening som avses i artikel 31 EG "om den importerade varan omfattas av samma villkor som den liknande

82 — Domen i det ovannämnda målet Miritz, punkt 11.

83 — Se bland annat domarna i de ovannämnda målen Manghera m.fl., punkt 5, och Miritz, punkt 7, samt domarna av den 23 oktober 1997 i de ovannämnda målen kommissionen mot Nederländerna, punkt 14, kommissionen mot Italien, punkt 22, och kommissionen mot Frankrike, punkt 32.

84 — Se bland annat domarna i de ovannämnda målen Hansen, punkt 16, och Peureux II, punkt 27, domen av den 7 juni 1983 i det ovannämnda målet kommissionen mot Italien, punkt 11, samt domen i det ovannämnda målet Banchero, punkt 27.

inhemska vara som omfattas av monopolen.⁸⁵ Diskrimineringen kan således vara resultatet av en importavgift som har som verkan att importerade varor påförs högre avgifter än liknande inhemska varor,⁸⁶ det förhållandet att endast importerade varor påförs bidrag till monopolkostnaderna, även om det sker i form av en skatt,⁸⁷ ett destilleringsförbud som endast avser importerade råvaror,⁸⁸ eller en avgift som endast tas ut på importerade varor i syfte att kompensera skillnaden mellan varans pris i ursprungsmedlemsstaten och det pris som monopolen betalar till nationella tillverkare för motsvarande vara.⁸⁹

85. Begreppet diskriminering omfattar även bestämmelser som är tillämpliga utan åtskillnad och som kan begränsa handeln mellan medlemsstater. Domstolen fann således i dom av den 21 juni 1983 i det ovannämnda målet kommissionen mot Frankrike⁹⁰ att det förhållandet att ett statligt monopol fastställde detaljhandelspriset på tobak till en annan nivå än den som fastställts av tillverkarna eller importörerna inte enbart utgjorde ett handelshinder i strid med artikel 28 EG, utan även en diskriminering som var förbjuden enligt artikel 31 EG. På samma sätt prövade domstolen i sin dom av den 7 juni

1983 i det ovannämnda målet kommissionen mot Italien,⁹¹ efter att ha konstaterat att de omtvistade bestämmelserna utan åtskillnad gällde för både inhemska och importerade produkter, om dessa bestämmelser ändå var diskriminerande i den mening som avses i artikel 31 EG.

86. Härav följer att begreppet diskriminering i artikel 31 EG avser samtliga hinder för den fria rörligheten för varor.⁹² Dessa hinder kan vara av olika slag, såsom tullar eller avgifter med motsvarande verkan i den mening som avses i artikel 25 EG,⁹³ kvantitativa restriktioner eller åtgärder med motsvarande verkan i den mening som avses i artikel 28 EG⁹⁴ eller diskriminerande interna skatter eller avgifter i den mening som avses i artikel 90 EG.⁹⁵

87. Det förefaller dock som om artikel 31 EG har ett större tillämpningsområde än fördragsbestämmelserna om fri rörlighet för

91 — Punkterna 12–18.

92 — För ett liknande resonemang, se även generaladvokaten Rozès förslag till avgörande i det ovannämnda målet kommissionen mot Italien (dom av den 7 juni 1983, punkt II.B), och generaladvokaten Cosmas förslag till avgörande i de ovannämnda målen kommissionen mot Nederländerna, kommissionen mot Italien och kommissionen mot Frankrike (dom av den 23 oktober 1997, punkt 25). Se i doktrinen bland annat R. Kovars kommentar till domar av den 13 mars 1979 i mål 86/78, Peureux I (REG 1979, s. 897), samt i de ovannämnda målen Hansen och Peureux II i *Journal du droit international*, 1981, s. 125–132, på s. 127, och Pappalardo, A., "La position des monopoles publics par rapport aux monopoles privés", i *La réglementation du comportement des monopoles et entreprises dominantes en droit communautaire*, Collège d'Europe, Brygge, 1977, s. 538–558, på s. 554 och s. 555.

93 — Domen i det ovannämnda målet Miritz, punkt 8.

94 — Domarna i de ovannämnda målen Manghera m.fl., punkt 9, och Peureux II, punkt 32.

95 — Domar i de ovannämnda målen ReweZentrale, punkt 26, och Peureux I, punkterna 30 och 31.

85 — Domen i det ovannämnda målet Cinzano, punkt 9, och dom av den 17 februari 1976 i mål 45/75, ReweZentrale (REG 1976, s. 181; svensk specialutgåva, volym 3, s. 25), punkt 27.

86 — Domen i det ovannämnda målet Cinzano, punkt 9.

87 — Domen i det ovannämnda målet ReweZentrale, punkt 26.

88 — Domen i det ovannämnda målet Peureux II, punkt 32.

89 — Domen i det ovannämnda målet Miritz, punkt 12.

90 — Punkt 27.

varor. Såsom har anförts förbjuds genom nämnda bestämmelse inte bara diskriminering och begränsningar avseende *varor* från övriga medlemsstater. Framför allt förbjuds därigenom diskriminering mellan medlemsstaternas *medborgare* med avseende på villkor för anskaffning och saluföring av varorna. Artikel 31 EG syftar således till att säkerställa en möjlighet för aktörer etablerade i övriga medlemsstater att erbjuda sina varor till de kunder de vill i den berörda medlemsstaten. Omvänt syftar bestämmelsen till att göra det möjligt för konsumenterna i den berörda medlemsstaten att anskaffa varor från vilka aktörer de vill i övriga medlemsstater.⁹⁶

påverka aktörer etablerade i övriga medlemsstater med avseende på deras anskaffnings- och saluföringsvillkor.

89. Domstolen har vid flera tillfällen tillämpat detta särskilda diskrimineringsbegrepp i sin rättspraxis.

88. Såsom framgår ovan går denna särskilda betydelse av begreppet diskriminering längre än den diskriminering mellan varor som är förbjuden enligt artiklarna 25 EG, 28 EG och 90 EG. Avskaffandet av diskriminering mellan varor innebär nämligen i princip inte något krav på att ensamrätter skall upphävas, eftersom det är tillräckligt att inhemska varor och varor från övriga medlemsstater inom ramen för monopolet behandlas på ett icke-diskriminerande sätt för att detta krav skall vara uppfyllt. Begreppet "diskriminering mellan medlemsstaternas medborgare" kan emellertid innebära ett krav på att vissa ensamrätter upphävs, eftersom det förhållandet att en ekonomisk verksamhet förbehålls en inhemsk aktör i sig direkt kan

90. Domstolen fann på så sätt i domen i det ovannämnda målet *Manghera m.fl.*⁹⁷ att en ensamrätt till import av varor i sig medförde en diskriminering av gemenskapsexportörer och att de statliga monopolen således måste anpassas så, att en sådan typ av rättigheter avskaffas. Domstolen kom fram till denna slutsats utan att pröva huruvida inhemska varor och importerade varor behandlades på samma sätt inom ramen för det ifrågakörande monopolet.

91. Domstolen fann på samma sätt i domen i det ovannämnda målet kommissionen mot *Grekland*⁹⁸ att en ensamrätt till import och saluföring av mineraloljeprodukter medförde en diskriminering av exportörer som var etablerade i övriga medlemsstater. Det hade framkommit att dessa rättigheter hade till syfte att säkerställa en marknad för de

96 — Se, för ett liknande resonemang, även De Cockborne, J.-E., Defalque, L., Durand, C.-F., Prahl, H. och Vandersanden, G., ovannämnda verk, s. 312.

97 — Punkterna 12 och 13.

98 — Punkt 44.

offentligägda grekiska raffinaderiernas produktion⁹⁹ och att distributionsbolag i Grekland således berövades möjligheten att anskaffa produkterna från företag etablerade i övriga medlemsstater.¹⁰⁰

92. I domarna i de ovannämnda målen Société coopérative d'amélioration de l'élevage et d'insémination artificielle du Béarn¹⁰¹ och Gervais m.fl.¹⁰² uttalade sig domstolen om ett monopol på tillhandahållande av tjänster rörande insemination av djur. Den fann att ett monopol på tillhandahållande av tjänster inte omfattades av tillämpningsområdet för artikel 31 EG, såvida detta monopol inte innebar att principen om fri rörlighet för varor hade åsidosatts genom att importerade produkter diskriminerades till fördel för produkter med inhemskt ursprung. Domstolen fann att så inte var fallet när det stod varje enskild djuruppfödare fritt att av den station för insemination till vilken denne var knuten begära leverans av sperma som härstammade från en av denne utvald produktionsstation, i den aktuella medlemsstaten eller i utlandet.

93. Domstolen har slutligen uppenbarligen tillämpat detta särskilda diskrimineringsbegrepp i domarna av den 23 oktober 1997 i de ovannämnda målen kommissionen mot Nederländerna, kommissionen mot Italien och kommissionen mot Frankrike. I dessa

domar bekräftade den att en ensamrätt till import i sig medför en diskriminering av exportörer etablerade i övriga medlemsstater, eftersom en sådan rätt "direkt [kan] påverka saluföringsvillkoren för enbart aktörer eller köpare i övriga medlemsstater".¹⁰³ Domstolen fann på samma sätt att "ensamrätt till export [medför] diskriminering av importörer som är etablerade i andra medlemsstater, eftersom denna ensamrätt endast påverkar anskaffningsvillkoren för aktörer eller konsumenter i övriga medlemsstater".¹⁰⁴

94. I ett av dessa mål hade den nederländska regeringen i fråga om en ensamrätt till import hävdad att artikel 31 EG enbart innebar ett förbud mot en diskriminerande utövning av denna rätt, och inte mot innehav av den.¹⁰⁵ Domstolen avfärdade tydligt detta argument och anförde att "[den] fria rörlighet[en för varor] hindras av själva förekomsten av ensamrätt till import i en medlemsstat, eftersom detta innebär att ekonomiska aktörer i andra medlemsstater inte kan erbjuda sina produkter till de konsumenter de vill i den berörda medlemsstaten".¹⁰⁶

99 — Ibidem, punkt 43.

100 — Ibidem, punkt 38.

101 — Punkterna 12 och 13.

102 — Punkterna 36 och 37.

103 — Domarna av den 23 oktober 1997 i de ovannämnda målen kommissionen mot Nederländerna, punkt 15, kommissionen mot Italien, punkt 23, och kommissionen mot Frankrike, punkt 33.

104 — Domarna av den 23 oktober 1997 i de ovannämnda målen kommissionen mot Italien, punkt 24, och kommissionen mot Frankrike, punkt 34.

105 — Domen av den 23 oktober 1997 i det ovannämnda målet kommissionen mot Nederländerna, punkt 21.

106 — Ibidem, punkt 23.

95. Av detta följer att det diskrimineringsbegrepp som finns i artikel 31 EG har en större räckvidd än det diskrimineringsbegrepp som finns i övriga fördragsbestämmelser om fri rörlighet för varor. Förstnämnda begrepp syftar inte endast till att säkerställa att varor från övriga medlemsstater ges tillgång till marknaden i den berörda medlemsstaten. Det syftar framför allt till att säkerställa att aktörer etablerade i övriga medlemsstater har en sådan tillgång. I detta avseende är det avgörande kriteriet att aktörer etablerade i övriga medlemsstater har möjlighet att erbjuda sina varor till vilka kunder de vill i den berörda medlemsstaten och omvänt att konsumenterna i den berörda medlemsstaten har möjlighet att anskaffa varorna från vilka aktörer de vill i övriga medlemsstater.¹⁰⁷

96. Med hänsyn till detta särskilda diskrimineringsbegrepp skall det nu undersökas om en ensamrätt till detaljhandel — sådan som den rätt som har anförtrots Apoteket AB — även den i sig strider mot artikel 31 EG.

97. Inledningsvis skall en åtskillnad göras mellan en ensamrätt till detaljhandel och ett

tillståndssystem, det vill säga ett system genom vilket detaljhandel med vissa varor förbehålls distributörer som innehar ett administrativt tillstånd.

98. Såsom generaladvokaten Elmer har påpekat¹⁰⁸ utgör inte ett tillståndssystem ett monopol i sistnämnda begrepps ekonomiska betydelse. Ett tillståndssystem är öppet och varje aktör som uppfyller de villkor som fastställs i lag ges tillstånd att saluföra en viss vara. Ett tillståndssystem förutsätter således i allmänhet att ett betydande antal distributörer finns (cirka 76 000 detaljhandlare i det ovannämnda målet *Banchero*), vilka fritt anskaffar varor från vilka aktörer de vill. Det är mot bakgrund av dessa kännetecken som domstolen har uttalat¹⁰⁹ att ett tillståndssystem som inte påverkar saluföringen av varor från övriga medlemsstater på annat sätt än det påverkar inhemska varor utgör en "säljform" i den mening som avses i domen i målet *Keck och Mithouard*¹¹⁰ och således inte omfattas av tillämpningsområdet för artikel 28 EG.¹¹¹

99. En ensamrätt till detaljhandel är däremot ett verkligt monopol i begrepps ekonomiska betydelse. Det är fråga om ett stängt

107 — Jag noterar dock att domstolen i dom av den 19 mars 1991 i mål C-202/88, *Frankrike mot kommissionen* (REG 1991, s. I-1223; svensk specialutgåva, volym 11, s. 97), punkterna 33–36, tillämpat ett liknande kriterium inom ramen för artikel 28 EG. Den fann att "förekomsten av exklusiva import- och marknadsföringsrättigheter hindrar näringsidkare från att få konsumenterna att köpa deras varor" och att dessa rättigheter "därför [kan] hindra handeln inom gemenskapen" i den mening som avses i domen i det ovannämnda målet *Dassonville*. Domstolen har emellertid intill denna dag inte bekräftat denna tolkning av artikel 28 EG.

108 — Förslag till avgörande i *Franzén*-målet, punkterna 84 och 87.

109 — Se dom av den 29 juni 1995 i mål C-391/92, *kommissionen mot Grekland* (REG 1995, s. I-1621), och domen i det ovannämnda målet *Banchero*.

110 — Dom av den 24 november 1993 i de förenade målen C-267/91 och C-268/91 (REG 1993, s. I-6097; svensk specialutgåva, volym 14, s. 431).

111 — För mål rörande apoteksmonopol som är äldre än domen i de ovannämnda förenade målen *Keck och Mithouard*, se dom av den 21 mars 1991 i mål C-369/88, *Delattre* (REG 1991, s. I-1487), och i mål C-60/89, *Monteil och Sammani* (REG 1991, s. I-1547).

system, i vilket en enda aktör — i förevarande fall staten eller en enhet som kontrolleras av staten — har tillstånd att saluföra varan i fråga.

100. En ensamrätt till detaljhandel har, vad gäller dess inverkan på handeln mellan medlemsstater, samma egenskaper som en ensamrätt till import.¹¹²

101. En ensamrätt till detaljhandel medför nämligen med nödvändighet en centralisering av alla inköp av varan inför försäljningen av den i detaljhandeln. En enhet sådan som Apoteket AB, som har monopol på detaljhandel med en vara, är inte endast den enda försäljaren av denna vara i den berörda medlemsstaten, utan även den enda *inköparen* av samma vara i nämnda stat. Tillverkare och partihandlare kan i slutändan endast vända sig till en aktör (Apoteket AB) för att se till att deras varor säljs till konsumenterna.

102. Mot denna bakgrund står det klart att ett statligt detaljhandelsmonopol, i likhet med ett statligt importmonopol, kan bestämma vilka varor som skall saluföras på marknaden i den berörda medlemsstaten. I detta avseende ges varan antingen tillgång till monolets försäljningsorganisation, och i sådant fall säljs den i den berörda medlemsstaten, eller också ges den inte tillgång till

monolets försäljningsorganisation, och i sådant fall stängs den *fullständigt* ute från den ifrågavarande marknaden. Innehavaren av en ensamrätt till detaljhandel kan således bestämma vilka varor som skall ges tillgång till marknaden i den berörda medlemsstaten. Nämnda innehavare kan således bestämma storleken på importen från övriga medlemsstater på ett lika effektivt sätt som en innehavare av en ensamrätt till import.¹¹³

103. I förevarande mål bekräftas denna slutsats av handlingarna i målet.

104. Stockholms tingsrätt har påpekat att Apoteket AB enligt 1996 års avtal självständigt beslutar vilka receptfria läkemedel som skall saluföras.¹¹⁴ Den har därvid angett att "[t]illverkare av receptfria och i andra länder godkända läkemedel ... *inte [har] någon rätt att få dessa produkter saluförda i Sverige* av Apoteket AB".¹¹⁵ Vad gäller apoteksombuden har tingsrätten anförat att Apoteket AB äger dessa ombuds läkemedelslager och att "[s]ortimentet beslutas av

112 — Se även, för ett liknande resonemang, generaladvokaten Elmers förslag till avgörande i Franzén-målet, punkterna 80–97.

113 — För ett liknande resonemang, se även Buendia Sierra, J. L., ovannämnda verk, s. 119 och s. 121, punkterna 3.162 och 3.168.

114 — Begäran om förhandsavgörande, s. 9.

115 — Ibidem, min kursivering.

apotekschefen i samråd med den lokala sjukvården".¹¹⁶ Härav följer att Apoteket AB kan avgöra vilka varor som skall säljas genom dess försäljningsorganisation och som således kommer att ha tillgång till den svenska marknaden.¹¹⁷

106. Domstolens rättspraxis innehåller för övrigt flera uttalanden som bekräftar denna bedömning.¹¹⁸

107. Domstolen fastslog således i domen i det ovannämnda målet Frankrike mot kommissionen, även om den där grundade sig på en annan bestämmelse än artikel 31 EG, att en ensamrätt till saluföring är oförenlig med fördragsbestämmelserna om fri rörlighet för varor. Vad gäller ensamrätt till import och saluföring inom teleterminalsektorn uttalade den följande:

105. Mot denna bakgrund anser jag att en ensamrätt till detaljhandel vad gäller dess inverkan på handeln inom gemenskapen har samma egenskaper som en ensamrätt till import. En ensamrätt till detaljhandel strider således även den i sig mot artikel 31 EG.

"34 ...[F]örekomsten av exklusiva import- och marknadsföringsrättigheter hindrar näringsidkare från att få konsumenterna att köpa deras varor.

116 — Ibidem.

117 — Den svenska regeringen har vid den muntliga förhandlingen bestritt detta påstående. Den har hävdat att Apoteket AB enligt 1996 års avtal är skyldigt att tillhandahålla samtliga läkemedel för vilka godkännande för försäljning finns. Den har i detta avseende baserat sig på § 5 i nämnda avtal, i vilken det stadgas att "[d]et ligger [Apoteket AB] att på begäran snarast möjligt anskaffa och tillhandahålla föreskrivna läkemedel som ingår i läkemedelsförmånen och föreskrivna förbrukningsartiklar. [Apoteket AB] skall också tillhandahålla dels sådana övriga läkemedel som omfattas av [dess] ensamrätt till detaljhandel med läkemedel ..., dels naturläkemedel." Enligt min mening kan den svenska regeringens argument inte godtas. För det första motsägs detta argument klart av de uppgifter som Stockholms tingsrätt, vilken såsom bekant är ensam behörig att fastställa faktiska omständigheter och den nationella rätten inom ramen för ett mål om begäran om förhandsavgörande (för ett nyare exempel på fast rättspraxis, se dom av den 30 mars 2004 i mål C-147/02, Alabaster, REG 2004, s. I-3101, punkt 52), har lämnat till domstolen. Såsom kommissionen har påpekat i sitt skriftliga yttrande (punkterna 89–100), anges i reglerna om Apoteket ABs funktionssätt och organisation, inbegripet § 5 i 1996 års avtal, inte något precist, objektivt och öppet kriterium för urval och saluföring av varor. Apoteket AB förfogar således över ett stort utrymme att företa skönsmässiga bedömningar när det gäller vilka varor som skall saluföras genom dess försäljningsorganisation och således ges tillgång till den svenska marknaden.

35 [Vidare] skall påpekas att mångfalden av varor och deras tekniska beskaffenhet med därav följande begränsningar, är kännetecknande för teleterminalsektorn. Under dessa omständigheter är det inte säkert att monopolinnehavaren kan erbjuda hela uppsättningen av de modeller som finns på marknaden,

118 — Förutom de omständigheter som anges i punkterna 107–109 i förevarande förslag till avgörande, se dom av den 13 december 1990 i det ovannämnda målet kommissionen mot Grekland, punkterna 41 och 44, och analysen av nämnda dom av De Cockborne, J.E., Delfalque, L., Durand, C.-F., Prah, H. och Vandersanden, G., ovannämnda verk, s. 328 och s. 329, domen i det ovannämnda målet Banchemo, och generaladvokat Elmers analys av nämnda dom i förslaget till avgörande i Franzén-målet, punkt 82.

informera kunderna om samtliga terminalers konstruktion och funktion och garantera de[ras] kvalitet.

- 36 Exklusiva import- och marknadsföringsrättigheter i teleterminalsektorn kan därför hindra handeln inom gemenskapen [i den mening som avses i artikel 31 EG].¹¹⁹

108. Det resonemang som utvecklades i domarna av den 23 oktober 1997 i de ovannämnda målen kommissionen mot Nederländerna, kommissionen mot Italien och kommissionen mot Frankrike rörande ensamrätt till import är dessutom fullt möjligt att överföra på ett fall avseende ett statligt detaljhandelsmonopol.

109. Man kan således konstatera att en ensamrätt till detaljhandel, liksom en ensamrätt till import, "direkt [kan] påverka saluföringsvillkoren för enbart aktörer eller köpare i övriga medlemsstater".¹²⁰ Man kan på samma sätt inte heller hävda att endast en diskriminerande utövning av en sådan ensamrätt till detaljhandel strider mot artikel 31 EG, eftersom "[o]m det finns [en sådan]

ensamrätt ... innebär detta att ekonomiska aktörer i andra medlemsstater inte kan erbjuda sina produkter till de konsumenterna de vill i den berörda medlemsstaten".¹²¹ Det står slutligen klart att en ensamrätt till detaljhandel, liksom en ensamrätt till import, hindrar "potentiella kunder inom [den berörda medlemsstaten] att fritt välja sina källor för ... försörjning [av den ifrågavarande varan] från andra medlemsstater".¹²²

110. Mot denna bakgrund anser jag att en ensamrätt till detaljhandel även den medför en diskriminering av aktörer etablerade i övriga medlemsstater och av de konsumenterna som finns i den berörda medlemsstaten.

111. Denna slutsats ändras inte på grund av det förhållandet att Apoteket AB:s ensamrätt i förevarande mål inte omfattar import av och partihandel med läkemedel. Det är nämligen känt att ett av kännetecknen i det ovannämnda målet Frankrike mot kommissionen var att den ifrågavarande enheten samtidigt hade ensamrätt till import och ensamrätt till saluföring. Man skulle således kunna fråga sig om denna omständighet inte innebär att bedömningen av huruvida en ensamrätt till detaljhandel är förenlig med artikel 31 EG ändras.

119 — För ett liknande resonemang, se även domen i det ovannämnda målet *Banchero* och generaladvokaten Elmers förslag till avgörande i *Franzén*-målet, punkt 82.

120 — Domarna av den 23 oktober 1997 i de ovannämnda målen kommissionen mot Nederländerna, punkt 15, kommissionen mot Italien, punkt 23, och kommissionen mot Frankrike, punkt 33.

121 — Dom av den 23 oktober 1997 i det ovannämnda målet kommissionen mot Frankrike, punkt 40. För ett liknande resonemang, se även dom i det ovannämnda målet kommissionen mot Nederländerna, punkt 23.

122 — Dom i det ovannämnda målet kommissionen mot Nederländerna, punkt 10. Se även punkterna 16 och 17.

112. Såsom generaladvokaten Elmer har påpekat¹²³ skulle en sådan särskiljning (mellan en situation där flera ensamrätter föreligger parallellt och en situation där endast en ensamrätt till detaljhandel finns) bygga på ett rent teoretiskt resonemang.

berörda medlemsstaten och vilka aktörer som kommer att kunna exportera till denna stat. Med avseende på den fria rörligheten för varor har således ett statligt detaljhandelsmonopol samma inverkan som ett statligt importmonopol.

113. Den ekonomiska verkligheten är nämligen den att aktörer etablerade i övriga medlemsstater endast kommer att vilja exportera sina varor till Sverige om de är *säkra* på att dessa varor kommer att saluföras av Apoteket AB. På samma sätt kommer aktörer etablerade i Sverige endast att vilja importera varor från övriga medlemsstater om de är *säkra* på att dessa varor kommer att inköpas av Apoteket AB. Ur ekonomisk synvinkel är liberaliseringen av import och partihandel således endast av intresse för aktörerna om den åtföljs av en liberalisering av detaljhandeln.¹²⁴

115. Mot bakgrund av dessa omständigheter anser jag således att en ensamrätt till detaljhandel i sig strider mot artikel 31 EG.¹²⁵ Jag föreslår således att domstolen skall besvara den första tolkningsfrågan så, att artikel 31 EG utgör hinder för bibehållandet av en sådan ensamrätt till detaljhandel som den som de svenska myndigheterna har anförtrött Apoteket AB.

V — Artiklarna 28 EG och 43 EG

114. Mot denna bakgrund saknar det förhållandet att innehavaren av en ensamrätt till detaljhandel inte även innehar en ensamrätt till import all betydelse. Genom att innehavaren av en ensamrätt till detaljhandel kan bestämma vilka varor som kommer att säljas genom dess försäljningsorganisation, kan den i praktiken bestämma vilka varor som kommer att kunna importeras till den

116. I domarna av den 23 oktober 1997 i de ovannämnda målen kommissionen mot Nederländerna,¹²⁶ kommissionen mot Italien¹²⁷ och kommissionen mot Frankrike¹²⁸ uttalade domstolen att när bibehållandet av

123 — Förslag till avgörande i Franzénmålet, punkterna 91–94.

124 — För ett liknande resonemang, se även Pappalardo, A., ovannämnda verk, s. 556.

125 — För ett liknande resonemang, se även Beraud, R. C., "L'aménagement des monopoles nationaux prévu à l'article 37 du traité CEE à la lumière des récents développements jurisprudentiels", i *Revue trimestrielle de droit européen*, 1979, s. 573–606, på s. 605, Buendia Sierra, J. L., ovannämnda verk, s. 119–122, punkterna 3.162–3.172, Burrows, F., "State Monopolies", i *Yearbook of European Law*, 1983, s. 25–47, på s. 30, De Cockborne, J.-E., Defalque, L., Durand, C.-F., Prahl, H. och Vandersanden, G., ovannämnda verk, s. 327–329, Wooldridge, F., "Some recent decisions concerning the ambit of article 37 of the EEC Treaty", i *Legal Issues of European Integration*, 1979, s. 105–121, på s. 120, och Pappalardo, A., ovannämnda verk, s. 555 och s. 556.

126 — Punkt 24.

127 — Punkt 33.

128 — Punkt 41.

den ifrågavarande ensamrätten visar sig strida mot artikel 31 EG är det inte längre nödvändigt att undersöka om denna rätt även strider mot artiklarna 28 EG och 29 EG.

117. Eftersom jag föreslår att domstolen skall besvara den första tolkningsfrågan så, att artikel 31 EG utgör hinder för bibehållandet av Apoteket AB:s ensamrätt, förklarar Stockholms tingsrätts andra och tredje frågor således sina föremål. Jag kommer därför kort att undersöka dessa frågor endast i andra hand.

118. Nämnade andra och tredje frågor har i sak ställts för att få klarhet i huruvida artiklarna 28 EG och 43 EG utgör hinder för bibehållandet av en sådan ensamrätt till detaljhandel med läkemedel som Apoteket AB har anförtratts.

119. Vad gäller artikel 28 EG¹²⁹ erinrar jag om att enligt rättspraxis¹³⁰ anses en bestämmelse som strider mot artikel 31 EG i allmänhet strida även mot artikel 28 EG. Denna slutsats förefaller vara logisk, eftersom det framgår ovan att artikel 31 EG syftar till att undanröja samtliga hinder för den fria

rörligheten för varor som beror på ett statligt monopols handlingar och eftersom särskilt kvantitativa restriktioner och åtgärder med motsvarande verkan i den mening som avses i artikel 28 EG utgör sådana hinder.

120. Det framgår vidare av domarna av den 13 december 1990 i de ovannämnda målen kommissionen mot Grekland¹³¹ och Frankrike mot kommissionen¹³² att förekomsten av en ensamrätt till saluföring utgör en åtgärd med motsvarande verkan i den mening som avses i artikel 28 EG. Domstolen fann nämligen att förekomsten av en sådan rättighet hindrar de ekonomiska aktörerna från att få konsumenterna att köpa deras varor och utgör således ett hinder för handeln inom gemenskapen i den mening som avses i artikel 28 EG. Mot denna bakgrund förefaller det mig som om även artikel 28 EG utgör hinder för bibehållandet av en sådan ensamrätt till detaljhandel som den som har anförtratts Apoteket AB.

121. Vad gäller artikel 43 EG, så är det känt att begreppet etablering i den mening som avses i fördraget är "ett mycket vittomfattande begrepp som innebär en möjlighet för medborgare i gemenskapen att stadigvarande och kontinuerligt delta i det ekonomiska livet i en annan medlemsstat än ursprungsstaten och dra fördel av detta. Begreppet befrämjar

129 — Rörande förhållandet mellan artikel 31 EG och artiklarna 28 EG och 29 EG, se generaladvokaten Cosmas detaljerade analys i de ovannämnda målen kommissionen mot Nederländerna, kommissionen mot Italien, kommissionen mot Frankrike och kommissionen mot Spanien (dom av den 23 oktober 1997), punkterna 18–25.

130 — Domen i det ovannämnda målet Peureux II, punkt 32, domen av den 21 juni 1983 i det ovannämnda målet kommissionen mot Frankrike, punkt 27, och domen av den 13 december 1990 i det ovannämnda målet kommissionen mot Grekland, punkt 50.

131 — Punkterna 45 och 46.

132 — Punkterna 33–36.

således det ekonomiska och sociala utbytet inom gemenskapen på den fria yrkesutövningens område".¹³³

124. Den första fråga som uppkommer i detta avseende är vilken bestämmelse som kan åberopas för att motivera en bestämmelse som strider mot artikel 31 EG.¹³⁵

122. Det tycks, såsom kommissionen har påpekat,¹³⁴ vid första anblicken som om ett statligt detaljhandelsmonopol utgör ett allvarligt hinder för den etableringsrätt som garanteras genom artikel 43 EG. I motsats till ett tillståndssystem som gör det möjligt för var och en som uppfyller de villkor som anges i lag att bedriva verksamheten i fråga, hindrar en ensamrätt till detaljhandel nämligen samtliga aktörer som är etablerade i övriga medlemsstater från att etablera sig i den berörda medlemsstaten för att där bedriva den ifrågavarande verksamheten. Följaktligen lutar jag åt att anse att även artikel 43 EG utgör hinder för bibehållandet av en sådan ensamrätt till detaljhandel med läkemedel som den som har anförtratts Apoteket AB.

A — Den tillämpliga bestämmelsen

125. Enligt artikel 30 EG skall "[b]estämmelserna i artiklarna 28 [EG] och 29 [EG] inte hindra sådana förbud mot eller restriktioner för import, export eller transitering som grundas [bland annat] på hänsyn till ... intresset att skydda människors och djurs hälsa ... Sådana förbud eller restriktioner får dock inte utgöra ett medel för godtycklig diskriminering eller innefatta en förtäckt begränsning av handeln mellan medlemsstaterna."

VI — Huruvida det omtvistade monopolet är motiverat

123. Med beaktande av vad som anförts ovan är det nödvändigt att pröva om bibehållandet av den omtvistade ensamrätten kan vara motiverat med hänsyn till undantagsbestämmelser i fördraget.

126. På grund av denna bestämmelses lydelse har frågan uppkommit huruvida den kan åberopas för att motivera en bestämmelse som strider mot artikel 31 EG.

133 — Dom av den 30 november 1995 i mål C-55/94, Gebhard (REG 1995, s. I-4165), punkt 25.

134 — Det skriftliga yttrandet, punkterna 111–127.

135 — Eftersom min prövning avseende artiklarna 28 EG och 43 EG har gjorts i andra hand kommer jag inte att analysera de bestämmelser som kan åberopas för att motivera ett avsteg från dessa båda bestämmelser. Jag kommer enbart att undersöka de bestämmelser som kan åberopas för att motivera en bestämmelse som strider mot artikel 31 EG.

127. Vissa författare¹³⁶ har föreslagit att denna fråga skall besvaras nekande. De har gjort gällande att artikel 30 EG endast avser möjliga begränsningar av artiklarna 28 EG och 29 EG och att den i egenskap av undantag från den grundläggande principen om fri rörlighet för varor måste tolkas restriktivt.

128. Generaladvokaterna Cosmas¹³⁷ och Elmer¹³⁸ har däremot ansett att intresset av sammanhängande bestämmelser talar för motsatt lösning, trots nämnda lydelsebaserade argument. Enligt dem skulle det vara ologiskt att anse att artikel 30 EG kan användas för att motivera en kvantitativ restriktion eller en åtgärd med motsvarande verkan till följd av en klassisk statlig bestämmelse (i den mening som avses i artiklarna 28 EG och 29 EG), men att samma bestämmelse inte kan användas för att motivera samma kvantitativa restriktion eller samma åtgärd med motsvarande verkan på grund av att den är en följd av handlingar av ett statligt monopol i den mening som avses i artikel 31 EG.

129. Det tycks som om domstolen ursprungligen uttalade sig för den sistnämnda lösningen.

130. Domstolen fann nämligen i domen i det ovannämnda målet *Campus Oil m.fl.*¹³⁹ att artikel 86.2 EG inte undantar en medlemsstat som anförtrött ett företag en uppgift av allmänt ekonomiskt intresse från förbudet mot att vidta åtgärder som i strid med artikel 28 EG begränsar importen. Domstolen prövade vidare — och avfärdade — i domen av den 13 december 1990 i det ovannämnda målet kommissionen mot Grekland¹⁴⁰ den grekiska regeringens argument att det var motiverat att bibehålla ensamrätten till import och saluföring av mineraloljeprodukter med hänsyn till allmän säkerhet i den mening som avses i artikel 30 EG.

131. Domstolen lät därmed förstå att en bestämmelse som strider mot artikel 31 EG måste motiveras på grundval av artikel 30 EG och inte på grundval av artikel 86.2 EG.

132. Domstolen frångick dock detta ställningstagande i domarna av den 23 oktober 1997 i de ovannämnda målen kommissionen mot Nederländerna, kommissionen mot Italien och kommissionen mot Frankrike. Den uttalade därvid följande:

136 — Se bland annat Berrod, F., "Monopoles publics et droit communautaire", ovannämnda verk, punkt 66, och Mattered, A., *Le marché unique européen. Ses règles, son fonctionnement*, Jupiter, Paris, andra upplagan, 1990, s. 56.

137 — Förslag till avgörande i de ovannämnda målen kommissionen mot Nederländerna, kommissionen mot Italien, kommissionen mot Frankrike och kommissionen mot Spanien (domar av den 23 oktober 1997), punkt 26.

138 — Förslag till avgörande i Franzén-målet, punkterna 106 och 107.

"33 Eftersom den omtvistade ensamrätten till import och export således strider

139 — Punkt 19.

140 — Punkterna 47–49.

mot artikel 37 i fördraget, är det inte längre nödvändigt att undersöka om denna rätt strider mot artiklarna 30 och 34 eller om den eventuellt kan vara befogad med stöd av artikel 36 i fördraget.

133. Eftersom dessa domar meddelats av domstolen i plenum, trots att förslag till avgöranden med ett annat innehåll från generaladvokaterna Cosmas¹⁴² och Elmer¹⁴³ förelåg, anser jag således att en bestämmelse som strider mot artikel 31 EG enligt nu gällande gemenskapsrätt måste motiveras på grundval av artikel 86.2 EG och inte på grundval av artikel 30 EG.

- 34 Det finns dock fortfarande anledning att kontrollera om den omtvistade ensamrätten inte ... kan vara befogad med stöd av artik[el] 90.2 ... i fördraget.

134. Jag skall således pröva om bibehållandet av Apoteket AB:s ensamrätt kan vara motiverat på grundval av artikel 86.2 EG.

...

B — Artikel 86.2 EG

- 43 [I motsats till vad kommissionen har gjort gällande kan nämligen artikel 90.2 i fördraget åberopas av] en medlemsstat ... för att motivera att ett företag som har anförtrotts att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse i strid med artikel 37 i fördraget beviljas ensamrätt, när fullgörandet av de särskilda uppgifter som företaget har tilldelats inte kan säkerställas på annat sätt än genom att denna rätt beviljas och när utvecklingen av handeln inte påverkas i en omfattning som strider mot gemenskapens intresse.”¹⁴¹

135. I artikel 86.2 EG föreskrivs att "[f]öretag som anförtrotts att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse eller som har karaktären av fiskala monopol skall vara underkastade reglerna i detta fördrag, särskilt konkurrensreglerna, i den mån tillämpningen av dessa regler inte rättsligt eller i praktiken hindrar att de särskilda uppgifter som tilldelats dem fullgörs. Utvecklingen av handeln får inte påverkas i en omfattning som strider mot gemenskapens intresse."

¹⁴¹ — Dom av den 23 oktober 1997 i det ovannämnda målet kommissionen mot Italien. Se även domarna av den 23 oktober 1997 i de ovannämnda målen kommissionen mot Nederländerna, punkterna 24, 25 och 32, och kommissionen mot Frankrike, punkterna 41, 42 och 49.

¹⁴² — Förslag till avgörande i de ovannämnda målen kommissionen mot Nederländerna, kommissionen mot Italien, kommissionen mot Frankrike och kommissionen mot Spanien (domar av den 23 oktober 1997), punkt 26 samt punkterna 69–85.

¹⁴³ — Förslag till avgörande i Franzén-målet, punkterna 104–121.

136. Såsom jag har anförut tidigare¹⁴⁴ anges sex tillämpningsvillkor i artikel 86.2 EG.

under statlig tillsyn för att en enhet skall omfattas av artikel 86.2 EG, även om den statliga tillsynen skulle vara mer intensiv vad gäller den aktuella enheten.¹⁴⁹

137. För det första måste det aktuella organet vara ett företag i den mening som avses i konkurrensrätten. Det måste vara fråga om en "enhet som utövar ekonomisk verksamhet, oavsett enhetens rättsliga form och sättet för dess finansiering".¹⁴⁵ Enligt rättspraxis avser begreppet ekonomisk verksamhet all verksamhet som består i att erbjuda varor eller tjänster på en viss marknad.¹⁴⁶ En verksamhet är i allmänhet ekonomisk när den, åtminstone principiellt sett, kan bedrivas av en privat aktör i vinstsyfte.¹⁴⁷

138. För det andra skall företaget ha anförutts att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse genom ett myndighetsbeslut.¹⁴⁸ I princip är det inte tillräckligt att en reglerad verksamhet bedrivs

139. För det tredje krävs att den berörda enheten skall ha anförutts att tillhandahålla "tjänster av allmänt ekonomiskt intresse". Även om detta begrepp inte definieras i rättspraxis, står det klart att verksamheten i fråga måste vara "av ett allmänt ekonomiskt intresse som företer vissa särdrag i förhållande till de allmänna ekonomiska intressen som andra ekonomiska verksamheter uppvisar".¹⁵⁰ Det ankommer i praktiken på medlemsstaterna att definiera innehållet i deras tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, och för att göra detta förfogar de över ett stort utrymme för skönsmässig bedömning, eftersom domstolen och kommissionen endast ingriper mot uppenbart oriktiga bedömningar.¹⁵¹

144 — Se mitt förslag till avgörande i det ovannämnda målet Wouters m.fl., punkterna 157–166.

145 — Domen i det ovannämnda målet Höfner och Elser, punkt 21.

146 — Se bland annat domen av den 16 juni 1987 i det ovannämnda målet kommissionen mot Italien, punkt 7, domen av den 18 juni 1998 i det ovannämnda målet kommissionen mot Italien, punkt 36, och domen i det ovannämnda målet Wouters m.fl., punkt 47.

147 — Dom av den 25 oktober 2001 i mål C-475/99, Ambulanz Glöckner (REG 2001, s. I-8089), punkt 20. Se även generaladvokaten Tesaros förslag till avgörande i de förenade målen C-159/91 och C-160/91, Poucet och Pistre (dom av den 17 februari 1993, REG 1993, s. I-637; svensk specialutgåva, volym 14, s. I-27), punkt 8, och i mål C-364/92, SAT Fluggesellschaft (dom av den 19 januari 1994, REG 1994, s. I-43; svensk specialutgåva, volym 15, s. I-1), punkt 9.

148 — Dom av den 27 mars 1974 i mål 127/73, BRT och SABAM, kallad BRT-II (REG 1974, s. 313; svensk specialutgåva, volym 2, s. 249), punkt 20, och av den 11 april 1989 i mål 66/86, Ahmed Saeed Flugreisen och Silver Line Reisbüro (REG 1989, s. 803; svensk specialutgåva, volym 10, s. 9), punkt 55.

149 — Dom av den 14 juli 1981 i mål 172/80, Züchner (REG 1981, s. 2021; svensk specialutgåva, volym 6, s. 181), punkt 7, och av den 2 mars 1983 i mål 7/82, GVL mot kommissionen (REG 1983, s. 483; svensk specialutgåva, volym 7, s. 49), punkterna 29–32.

150 — Dom av den 10 december 1991 i mål C-179/90, Mercier convezionali porto di Genova (REG 1991, s. I-5889; svensk specialutgåva, volym 11, s. I-507), punkt 27, av den 17 juli 1997 i mål C-242/95, GT-Link (REG 1997, s. I-4449), punkterna 52 och 53, och av den 18 juni 1998 i mål C-266/96, Corsica Ferries France (REG 1998, s. I-3949), punkt 45.

151 — Förstinstansrättens dom av den 27 februari 1997 i mål T-106/95, FFSA m.fl. mot kommissionen (REG 1997, s. II-229), punkt 99, och kommissionens meddelande 2001/C 17/04 — Tjänster i allmänhetens intresse i Europa (EGT C 17, 2001, s. 4), punkt 22.

140. Genom det fjärde villkoret i artikel 86.2 EG föreskrivs en behovsprövning. Enligt bestämmelsens lydelse krävs att tillämpningen av reglerna i fördraget på det berörda företaget "hindrar" att de särskilda uppgifter som tilldelats dem fullgörs. Det krävs således att de omtvistade bestämmelserna (vilka medför konkurrensbegränsningen eller hindret för den fria rörligheten för varor) är nödvändiga för att uppnå det eftersträlvade målet.¹⁵² I detta avseende krävs det inte att en tillämpning av fördragsbestämmelserna hotar företagets överlevnad, fortsatta verksamhet eller finansiella jämvikt.¹⁵³ Det är tillräckligt att företaget, i avsaknad av den ensamrätt som det har anförtratts av staten, skulle hindras från att fullgöra de särskilda skyldigheter som åvilar det eller att det är nödvändigt att dessa rättigheter bibehålls för att göra det möjligt för innehavaren att fullgöra sitt uppdrag under ekonomiskt godtagbara förhållanden.

141. Genom det femte villkoret i artikel 86.2 EG föreskrivs en proportionalitetsprövning. Enligt bestämmelsens lydelse skall företag som anförtratts att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse vara underkastade reglerna i fördraget "i den mån" tillämpningen av dessa regler inte hindrar dem från att fullgöra de särskilda uppgifter som de tilldelats .

142. Av detta följer att hinder för den fria rörligheten för varor och begränsningar av den fria konkurrensen endast är tillåtna "i den mån de är nödvändiga för att möjliggöra för det företag som anförtratts en sådan uppgift av allmänintresse att fullgöras den".¹⁵⁴ Proportionalitetsprövningen innebär således att det prövas om företagets särskilda uppgifter inte kan fullgöras med hjälp av mindre begränsande åtgärder.¹⁵⁵

143. Genom det sista villkoret i artikel 86.2 EG föreskrivs slutligen att "[u]tvecklingen av handeln ... inte [får] påverkas i en omfattning som strider mot gemenskapens intresse". Även om domstolen ännu inte har uttalat sig om innebörden av detta krav, har vissa generaladvokater redan tagit ställning i frågan. För att utvecklingen av handeln inom gemenskapen skall ha påverkats i den mening som avses i artikel 86.2 EG krävs enligt dem, till skillnad från vad som gäller enligt den klassiska definitionen av begreppet åtgärd med motsvarande verkan som en kvantitativ restriktion, att det styrks att de omtvistade bestämmelserna faktiskt har påverkat handeln inom gemenskapen väsentligt.¹⁵⁶ Denna bedömning förefaller mig i sak

152 — Se bland annat domen i det ovannämnda målet *Ambulanz Glöckner*, punkterna 56 och 57.

153 — Dom av den 23 oktober 1997 i det ovannämnda målet kommissionen mot Frankrike, punkterna 59 och 95.

154 — Domen i det ovannämnda målet *Almelo*, punkt 49. Se även dom av den 19 maj 1993 i mål C-320/91, *Corbeau* (REG 1993, s. I-2533; svensk specialutgåva, tillägg, s. 77), punkt 14.

155 — Dom av den 23 maj 2000 i mål C-209/98, *Sydhavnens Sten & Grus* (REG 2000, s. I-3743), punkt 80.

156 — Förslag till avgörande av generaladvokaten Rozès i det ovannämnda målet kommissionen mot Italien (dom av den 7 juni 1983), punkt VI.C, och av generaladvokaten Cosmas i de ovannämnda målen kommissionen mot Nederländerna, kommissionen mot Italien, kommissionen mot Frankrike och kommissionen mot Spanien (domar av den 23 oktober 1997), punkt 126.

vara motiverad med hänsyn till lydelsen av artikel 86.2 EG.

aktörer innan apoteken förstatligades.¹⁵⁹ Apoteket AB är således ett företag i den mening som avses i artikel 86.2 EG.

144. Innan jag provar om dessa villkor är uppfyllda i förevarande mål skall det erinras om att artikel 86.2 EG skall tolkas restriktivt, eftersom den utgör ett undantag från fördragets regler.¹⁵⁷ Det skall också erinras om att det ankommer på den medlemsstat som åberopar artikel 86.2 EG att visa att villkoren för att tillämpa denna bestämmelse är uppfyllda.¹⁵⁸

147. Detta bolag har vidare anförtratts att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse genom ett myndighetsbeslut.

145. I förevarande mål visar handlingarna i målet att de tre första tillämpningsvillkor som anges i artikel 86.2 EG är uppfyllda.

148. Det framgår av handlingarna i målet att den omtvistade ensamrätten har beviljats i syfte att bidra till att skydda folkhälsan genom att det säkerställs att den svenska befolkningen har tillgång till läkemedel.

146. Såsom framgår ovan bedriver Apoteket AB en ekonomisk verksamhet i den mening som avses i rättspraxis, eftersom det erbjuder varor på en viss marknad, närmare bestämt läkemedelsmarknaden. En sådan verksamhet kan uppenbarligen bedrivas av en privat aktör i vinstsyfte. Det framgår vidare av handlingarna i målet att detaljhandel med läkemedel även i Sverige bedrevs av privata

149. I sina skriftliga¹⁶⁰ och muntliga yttranden har den svenska regeringen anført att Sverige, med en befolkning på 9 miljoner invånare och en yta om 450 000 km², är den medlemsstat i Europeiska unionen¹⁶¹ som näst efter Republiken Finland har lägst befolkningstäthet. Den svenska regeringen har anført att dessa geografiska särdrag och dess socialpolitik innebär att den önskat säkerställa att varje medborgare har tillgång till läkemedel på samma villkor, bland annat till enhetliga priser. Inrättandet av det

157 — Domarna i de ovannämnda målen BRT-II, punkt 19, GT-Link, punkt 50, och kommissionen mot Nederländerna, punkt 37.

158 — Se bland annat domen av den 23 oktober 1997 i det ovannämnda målet kommissionen mot Frankrike, punkt 94.

159 — Begäran om förhandsavgörande, s. 3.

160 — Punkt 22.

161 — Detta uttryck avser i förevarande förslag till avgörande medlemsstaterna i Europeiska unionen före den 1 maj 2004.

statliga monopolet på detaljhandel med läkemedel hade således till syfte att säkerställa en adekvat läkemedelsförsörjning på enhetliga villkor i hela Sverige.

152. Apoteket AB är således ett företag som har anförtratts att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse i den mening som avses i artikel 86.2 EG.

150. Ett sådant uppdrag utgör emellertid en tjänst av allmänt intresse i den mening som avses i artikel 86.2 EG. I enlighet med rättspraxis är uppdraget "av ett allmänt ekonomiskt intresse som företer vissa särdrag i förhållande till de allmänna ekonomiska intressen som andra ekonomiska verksamheter uppvisar".¹⁶² Domstolen har för övrigt uttalat att behovet av att säkerställa en omfattande och behovsanpassad läkemedelsförsörjning till befolkningen utgör ett ändamål av allmänt intresse enligt artikel 30 EG¹⁶³ och artikel 86.2 EG.¹⁶⁴

153. Handlingarna i målet gör det däremot inte möjligt att fastställa om det fjärde och det femte tillämpningsvillkoret i nämnda bestämmelse är uppfyllda i förevarande mål.

154. Inledningsvis skall det påpekas att lagen om handel med läkemedel m.m. och 1996 års avtal har ett annat syfte än det som gemenskapsbestämmelserna om godkännande och kontroll av läkemedel har.¹⁶⁶

151. Det står slutligen klart att Apoteket AB har anförtratts detta uppdrag genom ett uttryckligt myndighetsbeslut, eftersom uppdraget och den omtvistade ensamrätten, i de delar som här är aktuella, följer av ett beslut av den svenska regeringen av den 19 december 1996 och av 1996 års avtal.¹⁶⁵

155. Sistnämnda bestämmelser syftar nämligen till att säkerställa skyddet för folkhälsan *som sådan*. De syftar till att skydda människors och djurs hälsa mot de potentiella risker som kan vara förknippade med läkemedel och det sätt på vilket de används. Det framgår däremot ovan att den omtvistade ensamrätten syftar till att säkerställa den svenska befolkningens tillgång till läkemedel.

162 — Domarna i de ovannämnda målen *Merci convenzionali porto di Genova*, punkt 27, *GT-Link*, punkterna 52 och 53, och *Corsica Ferries France*, punkt 45.

163 — Dom av den 11 december 2003 i mål C-322/01, *Deutscher Apothekerbund* (REG 2003, s. I-14887), punkterna 106 och 107.

164 — Dom av den 22 november 2001 i mål C-53/00, *Ferring* (REG 2001, s. I-9067), punkterna 24 och 32, samt generaladvokaten Tizzanos förslag till avgörande i samma mål, punkt 66.

166 — Vad gäller gemenskapsbestämmelserna inom detta område, se bland annat Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/83/EG av den 6 november 2001 om upprättande av gemenskapsregler för humanläkemedel (EGT L 311, s. 67) och Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/82/EG av den 6 november 2001 om upprättande av gemenskapsregler för veterinärmedicinska läkemedel (EGT L 311, s. 1).

Den syftar till att säkerställa en adekvat försörjning på enhetliga villkor i hela Sverige. Som svar på Stockholms tingsrätts fråga på denna punkt¹⁶⁷ kan man således anföra att lagen om handel med läkemedel m.m. och 1996 års avtal inte avser samma område som gemenskapsbestämmelserna om godkännande och kontroll av läkemedel.

158. Vissa uppgifter i målet förefaller tvärtom visa att den omtvistade ensamrätten inte är nödvändig för att uppnå det eftersträvade målet. Det är därvid fråga om nedanstående omständigheter.

156. Jag anser ändå att den svenska regeringen inte har motiverat varför ensamrätten till detaljhandel är nödvändig för att Apoteket AB skall kunna fullgöra sitt uppdrag.

159. Det framgår för det första ovan att Apoteket AB för att sälja sina läkemedel använder sig av 800 apotek, som det äger och driver, och av 970 apoteksombud i Sverige. Det har vidare framgått att apoteken i allmänhet finns i områden med hög befolkningstäthet, såsom i tätorter och handelscentra, och att apoteksombuden återfinns i landsbygdsområden med låg befolkningstäthet.

157. Den har nämligen inte redovisat några utförliga uppgifter (i siffror eller av annat slag) som gör det möjligt att fastställa att områden med låg befolkningstäthet inte skulle erhålla läkemedel eller skulle erhålla dem under mindre gynnsamma villkor om den omtvistade ensamrätten inte fanns. För det fall det skulle antas att de svenska myndigheterna måste vidta åtgärder för att se till att apotek inrättas i områden med låg befolkningstäthet, har de heller inte redovisat några utförliga uppgifter som gör det möjligt att fastställa att en ensamrätt till detaljhandel utgör den åtgärd som därvid minst begränsar handeln inom gemenskapen.

160. Apoteksombuden är emellertid aktörer som inte hör till Apoteket AB. Det är fråga om enskilda näringsidkare som har ingått avtal med Apoteket AB och som har åtagit sig att förmedla receptbelagda läkemedel och att sälja ett begränsat sortiment av receptfria läkemedel. Apoteket AB väljer vidare dessa ombud "på affärsmässiga grunder, dvs. på de platser där dessa inte konkurrerar med

167 — Se den första tolkningsfrågan (första meningen) och den fjärde tolkningsfrågan.

fullskaliga apotek”¹⁶⁸, och inte på grundval av kriterier avseende befolkningstäthet eller befolkningens behov. Det står vidare klart att dessa apoteksombud inte erhåller någon utbildning¹⁶⁹ och inte har rätt att lämna råd till kunderna vad gäller användningen av läkemedel.¹⁷⁰

erhållit någon utbildning och som saknar rätt att lämna råd visar att den omtvistade ensamrätten inte utgör en åtgärd som är nödvändig (eller lämplig) för att uppnå detta mål.

161. Mot denna bakgrund är det svårt att inse varför den omtvistade ensamrätten är nödvändig för att säkerställa försörjningen av läkemedel i hela landet. Det förhållandet att Apoteket AB ingår avtal med utomstående aktörer, vilka redan finns i de aktuella områdena och väljs ut på affärsmässiga grunder, för att säkerställa att läkemedel distribueras i områden med låg befolkningstäthet visar att det inte är nödvändigt att förbehålla en enda aktör rätten att sälja läkemedel för att kunna säkerställa en adekvat läkemedelsförsörjning i hela Sverige.

163. För det andra framgår det ovan att Apoteket AB har börjat bedriva verksamhet via Internet och telefon. Stockholms tingsrätt har angett¹⁷¹ att Apoteket AB sedan våren 2002 saluför receptfria läkemedel via Internet och att det på sikt räknar med att kunna sälja samtliga läkemedel, inklusive receptbelagda sådana, på detta sätt. Apoteket AB skulle därvid expediera läkemedlen till kunderna per post, med tillhörande information och rådgivning.

164. Även denna omständighet visar dock att det inte är nödvändigt att bibehålla den omtvistade ensamrätten för att Apoteket AB skall kunna fullgöra sitt uppdrag.

162. Jag har på samma sätt svårt att se varför den omtvistade ensamrätten skulle vara nödvändig för att säkerställa att befolkningen har tillgång till läkemedel på optimala och enhetliga villkor. Det förhållandet att läkemedel i de flesta fall och på landsbygden inte säljs av apotek utan av aktörer som inte har

165. Jag inser inte varför det skulle vara nödvändigt att förbehålla en enda aktör rätten till detaljhandel med läkemedel för att kunna säkerställa att dessa varor säljs i landsbygdsområden, när innehavaren av denna ensamrätt säkerställer en sådan läkemedelsförsörjning med hjälp av postorderförsäljning. Det förefaller mig som om vilket

168 — Begäran om förhandsavgörande, s. 9.

169 — Ibidem.

170 — Den svenska regeringens skriftliga yttrande, punkt 11.

171 — Begäran om förhandsavgörande, s. 8.

apotek som helst som förfogar över ett försäljningssystem via Internet eller telefon skulle kunna ta emot beställningar från patienter, även om dessa befinner sig i områden med låg befolkningstäthet, och sända läkemedel med tillhörande information och rådgivning till dem.

168. Även om det skulle antas att en medlemsstats myndigheter måste vidta åtgärder för att se till att apotek inrättas i delar av landet, anser jag i vart fall att en ensamrätt till detaljhandel utgör en åtgärd som är oproportionerlig i förhållande till detta mål.

166. För det tredje visar en översiktlig studie av de system som finns i övriga medlemsstater¹⁷² mer allmänt att en ensamrätt till detaljhandel inte är nödvändig för att säkerställa att apotek finns i områden med låg befolkningstäthet.

167. Det förefaller vara så i samtliga medlemsstater, inklusive Republiken Finland (som är den medlemsstat som har lägst befolkningstäthet), att myndigheterna inte är tvungna att vidta åtgärder för att se till att apotek inrättas i områden med låg befolkningstäthet. De åtgärder som de har vidtagit (närmare bestämt en allmän definition av kriterier avseende inrättande av apotek och en begränsning av antalet apotek i områden med en hög befolkningstäthet) är i allmänhet tillräckliga för att säkerställa en adekvat spridning av apotek i hela landet och särskilt i de minst befolkade områdena.

169. Man kan nämligen tänka sig att myndigheterna i den berörda medlemsstaten inför ett tillståndssystem och endast ingriper punktvis för att säkerställa att ett apotek inrättas i ett område när detta visar sig vara nödvändigt, genom att ingå ett offentligt tjänsteavtal med en privat aktör. Denna aktör skulle därmed åläggas en allmännyttig skyldighet och mot ersättning i form av ett statligt bidrag säkerställa att läkemedel salufördes i det aktuella området. Ett sådant system skulle i klart mindre utsträckning begränsa handeln inom gemenskapen, eftersom det till skillnad från ett system med en ensamrätt till detaljhandel inte skulle hindra aktörer från övriga medlemsstater att etablera sig i den berörda medlemsstaten eller att där erbjuda sina varor till vilka kunder de vill.

172 — Se bland annat den tabell som finns på webbplats Pharmaceutical Group of the European Union: <http://www.pgeu.org> (under rubrikerna Sitemap, Community pharmacy, Pharmacy facts, Number of community pharmacies in Europe).

170. Handlingarna i målet förefaller i detta avseende tyda på att ett sådant system inte skulle vara omöjligt i Sverige.

171. Krister Hanner har nämligen under det skriftliga förfarandet ingivit en rapport från Handelns Utredningsinstitut (HUI)¹⁷³ från maj 2002 om läkemedelsdistributionen i Sverige, av vilken det framgår att antalet försäljningsställen för receptfria läkemedel skulle stiga med cirka 3 300 enheter om Apoteket AB:s ensamrätt avseende dessa läkemedel upphävdes. Krister Hanner har också hänvisat till en rapport från Konkurrensverket,¹⁷⁴ av vilken det tycks framgå att priserna på receptfria läkemedel skulle bli lägre än de priser som tillämpas av Apoteket AB om Apoteket AB:s ensamrätt avseende dessa läkemedel upphävdes. Den svenska regeringen har inte kommenterat dessa rapporter.

säkerställa en adekvat försörjning av läkemedel till enhetliga priser i hela landet. Det förefaller således som om Apoteket AB inte har bildats av tekniska skäl rörande brister i läkemedelsförsörjningen till befolkningen.

173. Med hänsyn till dessa olika omständigheter anser jag att de svenska myndigheterna inte i tillräcklig grad har motiverat en tillämpning av artikel 86.2 EG. Av handlingarna i målet framgår tvärtom att bibehållandet av ensamrätten till detaljhandel med läkemedel inte är nödvändigt för att Apoteket AB skall kunna fullgöra sitt särskilda uppdrag, och att bibehållandet av denna ensamrätt i vart fall är oproportionerligt i förhållande till det eftersträlvade målet.

172. Stockholms tingsrätt har vidare angett¹⁷⁵ att detaljhandel med läkemedel före upprättandet av Apoteket AB:s monopol år 1969 sköttes av privata aktörer inom ramen för ett tillståndssystem. Den svenska regeringen har emellertid inte vid något tillfälle under målets handläggning gjort gällande att detta system inte gjorde det möjligt att

174. För att besvara Stockholms tingsrätts sista fråga, anför jag slutligen att enligt min mening skulle denna slutsats inte bli annorlunda om receptfria läkemedel var undantagna från Apoteket AB:s monopol.¹⁷⁶

173 — Krister Hanners skriftliga yttrande, bilaga 3, samt punkterna 92–94.

174 — Rapport 1999:4 "Konkurrens vid försäljning av läkemedel", rapport 2002:4 "Vårda och skapa konkurrens" och rapport 2002:2 "Konkurrensen i Sverige" (angivna i punkterna 39 och 40 i Krister Hanners skriftliga yttrande).

175 — Begäran om förhandsavgörande, s. 5.

176 — Se den femte tolkningsfrågan.

175. Det framgår nämligen av övervägandena ovan att skälen till att det inte kan anses att Apoteket AB:s ensamrätt är nödvändig och proportionerlig äger giltighet för såväl receptbelagda läkemedel som receptfria läkemedel. Detta innebär att om receptfria läkemedel skulle undantas från tillämpningsområdet för Apoteket AB:s ensamrätt, torde detta inte medföra att nämnda ensamrätt blev förenlig med gemenskapsrättens krav.

176. Mot denna bakgrund anser jag att bibehållandet av Apoteket AB:s ensamrätt inte kan motiveras på grundval av artikel 86.2 EG. Jag föreslår således att domstolen skall besvara Stockholms tingsrätts frågor så, att artiklarna 31 EG och 86.2 EG utgör hinder för bibehållandet av en sådan ensamrätt till detaljhandel med läkemedel som den som har anförtrotts Apoteket AB.

VII — Förslag till avgörande

177. På grund av det anförda föreslår jag att domstolen fastställer följande:

”Artiklarna 31 EG och 86.2 EG skall tolkas så, att de utgör hinder för en nationell bestämmelse som innebär att ett företag sådant som Apoteket AB ges ensamrätt till detaljhandel med läkemedel i syfte att säkerställa en adekvat försörjning av läkemedel till enhetliga priser i hela den berörda medlemsstaten.”