

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

P. LÉGER

van 25 mei 2004¹

1. In de onderhavige zaak stelt het Stockholms tingsrätt (gerecht van eerste aanleg te Stockholm) (Zweden) verschillende prejudiciële vragen met betrekking tot de rechtmatigheid van het detailverkoopmonopolie voor geneesmiddelen in Zweden. Deze vragen zijn ingediend in het kader van een strafzaak tegen K. Hanner, die wordt verweten bepaalde geneesmiddelen te hebben verkocht in strijd met de Zweedse wetgeving, welke de verkoop van deze producten voorbehoudt aan de staat of aan een door de staat aangewezen organisatie.

2. In deze zaak is in wezen de vraag aan de orde of een exclusief detailverkooprecht verenigbaar kan worden geacht met artikel 31 EG. Wanneer dat niet het geval is, dient te worden nagegaan of de handhaving van een dergelijk recht kan worden gerechtvaardigd op grond van de uitzonderingsbepalingen van het Verdrag, met name artikel 86, lid 2, EG.

3. Een van de moeilijkheden in deze zaak vloeit voort uit het feit dat de rechtspraak van het Hof met betrekking tot deze verschillende punten tegenstrijdig is.

I — Nationaal rechtskader

4. In 1969 hebben de Zweedse autoriteiten de particuliere apotheken opgeheven en een overheidsmonopolie voor de detailverkoop van geneesmiddelen gevestigd. Dit monopolie omvat alle geneesmiddelen, te weten de geneesmiddelen die bestemd zijn voor toediening aan mensen of dieren, alsmede de geneesmiddelen die op recept worden verstrekt en de geneesmiddelen die zonder recept worden verstrekt. Het monopolie is thans geregeld door de Lag (1996:1152) om handel med läkemedel m.m. (wet nr. 1152 van 1996 inzake de handel in geneesmiddelen).²

5. Artikel 2 van deze wet omschrijft het begrip „detailverkoop” als de verkoop aan de consument en aan personen die bevoegd zijn tot het voorschrijven van geneesmiddelen. Volgens artikel 3 van dezelfde wet vormt alle andere verkoop „groothandel”, waarvoor een vergunning van het Läkemedelsverk (de in Zweden voor het geneesmiddelentoezicht bevoegde autoriteit) noodzakelijk is.

1 — Oorspronkelijke taal: Frans.

2 — Bijlage 1 bij de schriftelijke opmerkingen van de Zweedse regering (hierna: „wet van 1996”).

6. Artikel 4 van de wet van 1996 vormt de grondslag van het Zweedse overheidsmonopolie. Het bepaalt dat „[b]ehoudens andersluidende bepaling, de detailverkoop van [geneesmiddelen] alleen mag worden uitgeoefend door de staat of door een of meerdere rechtspersonen waarin de staat beslissende zeggenschap heeft” en dat „[d]e regering bepaalt welke rechtsperso(o)n(en) deze handel mogen uitoefenen en onder welke voorwaarden.”

7. In afwijking van deze bepaling mag de detailverkoop van geneesmiddelen aan ziekenhuizen worden verricht door personen die in het bezit zijn van een groothandelsvergunning.³

8. Volgens artikel 11 van de wet van 1996, worden personen die de bepalingen overtreden waarmee het overheidsmonopolie is gevestigd, bestraft met een geldboete of een gevangenisstraf van ten hoogste twee jaar.

9. Ingevolge een in 1970 ondertekende overeenkomst heeft de Zweedse Staat Apoteksbolaget AB, welke speciaal voor dat doel is opgericht, belast met de detailverkoop van geneesmiddelen. Apoteksbolaget AB heeft vervolgens haar naam gewijzigd en heet sinds 1988 Apoteket AB.⁴

10. Apoteket is een vennootschap waarvan het aandelenkapitaal in handen is van de staat en waarvan de directie grotendeels bestaat uit politici en ambtenaren. Zij omvat momenteel 11 000 personen.

11. Voor de verzorging van de verkoop van geneesmiddelen aan het publiek, beschikt Apoteket over 800 apotheken, die zichzelf in eigendom en beheer heeft. Deze apotheken zijn in het algemeen gevestigd in dichtbevolkte gebieden, zoals centra van steden, winkelcentra en verzorgingscentra.

12. Op het platteland, waar de vestiging van een apotheek niet rendabel zou zijn, verzorgt Apoteket de verkoop van geneesmiddelen door gebruik te maken van ongeveer 970 „Apoteksombud” (geneesmiddelenverkooppunten). Dit zijn particuliere ondernemers waarmee zij een overeenkomst heeft gesloten en die tegen een vergoeding geneesmiddelen op recept verstrekken aan patiënten. Deze geneesmiddelenverkooppunten mogen eveneens een beperkt assortiment geneesmiddelen zonder recept verkopen aan het publiek. Zij staan onder toezicht van Apoteket, dat de verkoopprijs van de geneesmiddelen en het assortiment bepaalt. De geneesmiddelenverkooppunten ontvangen geen enkele specifieke opleiding en mogen aan cliënten geen adviezen geven wat het gebruik van de geneesmiddelen betreft.

13. Uit het dossier blijkt dat Apoteket sinds het voorjaar van 2002 eveneens geneesmid-

3 — Artikel 5 van de wet van 1996.

4 — Hierna: „Apoteket”.

delen zonder recept verkoopt via internet en telefoon. Zij denkt op termijn alle geneesmiddelen, met inbegrip van die op recept, langs die kanalen te kunnen verkopen. In dat geval zal zij de geneesmiddelen aan de cliënten verzenden met de vereiste inlichtingen en adviezen voor het gebruik.

14. Wat de wijze van bevoorrading betreft, koopt Apoteket uitsluitend bij de twee groothandels op de Zweedse markt, te weten Tamro en Kronans Droghandel. Zij mag zelf geen uit andere lidstaten afkomstige geneesmiddelen importeren.

15. Ten tijde van de feiten van het hoofdgeding werd de verhouding tussen de staat en Apoteket beheerst door de overeenkomst van 20 december 1996, zoals deze is verlengd en gewijzigd bij de overeenkomst van 21 december 1998.⁵

16. Deze overeenkomst bepaalt dat Apoteket op het gehele grondgebied voldoende geneesmiddelenvoorraden in stand moet houden en aan de consumenten informatie moet verstrekken die onafhankelijk is van de producenten van de geneesmiddelen. Met het oog hierop dient Apoteket een landelijk distributiesysteem op te zetten en voldoende voorraden en leveringscapaciteit in stand te houden om aan de eisen van de gezondheidszorg te voldoen. In dat verband bepaalt

Apoteket zelf het aantal en de plaats van vestiging van de apotheken en de andere verkooppunten van geneesmiddelen. Zij moet in staat zijn om alle geneesmiddelen (al dan niet op recept) te leveren die onder haar exclusieve recht vallen.

17. Artikel 8 van de overeenkomst van 1996 verplicht Apoteket voor elk geneesmiddel een unieke verkoopprijs te hanteren. De verkoopprijs van voor vergoeding in aanmerking komende geneesmiddelen — en bijgevolg de winstmarge voor Apoteket — wordt vastgesteld door het Läkemedelsförmånsnämnden (comité geneesmiddelenprijzen). Apoteket stelt daarentegen zelf de verkoopprijs van en haar winstmarge op de niet voor vergoeding in aanmerking komende geneesmiddelen vast. Voor vergoeding in aanmerking komende geneesmiddelen zijn de geneesmiddelen op recept, evenals bepaalde geneesmiddelen zonder recept.

II — Prejudiciële verwijzing

18. De Zweedse autoriteiten hebben tegen Hanner strafvervolgung ingesteld wegens overtreding van artikel 4 van de wet van 1996. Zij verwijten hem de verkoop, in mei en in juli 2001, van twaalf verpakkingen Nicorette pleisters en Nicorette kauwgom. Dit zijn vervangingsmiddelen voor nicotine, welke zijn bedoeld om rokers te helpen stoppen met roken. Het openbaar ministerie heeft benadrukt dat deze producten door het

⁵ — Bijlage 2 bij de schriftelijke opmerkingen van de Zweedse regering (hierna: „overeenkomst van 1996“).

Läkemedelsverk als geneesmiddel waren ingedeeld en derhalve onder het Zweedse overheidsmonopolie vielen.

2) Staat artikel 28 EG in de in vraag 1 beschreven situatie in de weg aan een wettelijke regeling als bedoeld in vraag 1?

19. Voor de verwijzende rechter heeft Hanner de feiten erkend, maar het strafbaar karakter ervan bestreden. Hij heeft gesteld dat het Zweedse overheidsmonopolie in strijd is met de artikelen 31 EG, 28 EG en 43 EG.

3) Staat artikel 43 EG in de in vraag 1 beschreven situatie in de weg aan een wettelijke regeling als bedoeld in vraag 1?

20. Overwegende dat de oplossing van het geding afhankelijk is van de uitlegging van deze bepalingen, heeft het Stockholms tingsrätt beslist de behandeling van de zaak te schorsen en het Hof de volgende prejudiciële vragen voor te leggen:

4) Staat bij het onderzoek van de vragen 1 tot en met 3 het evenredigheidsbeginsel in de weg aan een nationale wettelijke regeling als bedoeld in vraag 1?

„1) Op nationaal niveau bestaat een zelfstandig systeem van onderzoek en registratie van geneesmiddelen met het doel een goede kwaliteit van de geneesmiddelen te handhaven en schadelijke effecten van geneesmiddelen te voorkomen. Bepaalde geneesmiddelen zijn alleen verkrijgbaar op voorschrift (recept) van een erkende arts. Staat artikel 31 EG in die situatie in de weg aan een nationale wettelijke regeling volgens welke de detailhandel in geneesmiddelen alleen mag worden uitgeoefend door de staat of door een rechtspersoon waarin de staat beslissende zeggenschap heeft, en welke ten doel heeft de behoefte aan veilige en doelmatige geneesmiddelen te verzekeren?

5) Maakt het voor het antwoord op de vragen 1 tot en met 4 verschil, wanneer de nationaalrechtelijke voorwaarde dat de detailhandel in geneesmiddelen alleen mag worden uitgeoefend door de staat of door een rechtspersoon waarin de staat beslissende zeggenschap heeft, geheel of gedeeltelijk niet zou gelden voor zonder recept verkrijgbare geneesmiddelen?”

III — Voorwerp van de prejudiciële vragen

21. Het verzoek om een prejudiciële beslissing van het Stockholms tingsrätt roept twee reeksen vragen op.

22. Om te beginnen wenst de verwijzende rechter te vernemen of de fundamentele bepalingen met betrekking tot het vrije verkeer van goederen (artikelen 31 EG en 28 EG) en de vrijheid van vestiging (artikel 43 EG) in de weg staan aan een nationale wettelijke regeling die aan de staat, of aan een door de staat gecontroleerd orgaan, het exclusieve recht voorbehoudt op de detailverkoop van geneesmiddelen.⁶

23. In geval van een bevestigend antwoord, dient vervolgens te worden nagegaan of een dergelijke regeling kan worden gerechtvaardigd op grond van de in het Verdrag voorziene uitzonderingen. Want hoewel het Stockholms tingsrätt de uitzonderingsbepalingen van het Verdrag niet uitdrukkelijk heeft genoemd in zijn verzoek om een prejudiciële beslissing, kan enkel een uitlegging van deze bepalingen het voorzien van een bruikbaar antwoord, dat wil zeggen alle noodzakelijke elementen om te bepalen of het litigieuze monopolie verenigbaar is met

het gemeenschapsrecht.⁷ De vraag betreffende de rechtvaardiging van het monopolie is overigens impliciet vervat in de eerste twee volzinnen van de eerste prejudiciële vraag, evenals in de vierde en de vijfde vraag.

24. De verwijzende rechter wenst namelijk meer in het bijzonder te vernemen of de litigieuze maatregel evenredig is ten opzichte van het doel dat wordt nagestreefd.⁸ Hij vraagt zich af of deze maatregel noodzakelijk is, omdat andere wettelijke bepalingen met betrekking tot het toezicht op geneesmiddelen en de toelating en het voorschrijven ervan, reeds tot doel hebben de bescherming van de volksgezondheid te waarborgen.⁹ De verwijzende rechter vraagt bovendien of de litigieuze maatregel niet verder gaat dan noodzakelijk is, voorzover het overheidsmonopolie zich uitstrekt tot zonder recept verkrijgbare geneesmiddelen.¹⁰

25. Ik zal achtereenvolgens deze verschillende vragen bespreken. Ik begin met een analyse van artikel 31 EG omdat deze

7 — Er wordt aan herinnerd dat volgens vaste rechtspraak het Hof van oordeel is dat, teneinde de rechterlijke instantie die een prejudiciële vraag heeft voorgelegd, een bruikbaar antwoord te geven, het Hof bepalingen van het gemeenschapsrecht in aanmerking kan nemen, waarvan de nationale rechter in de formulering van zijn vraag geen melding heeft gemaakt (zie met name arresten van 20 maart 1986, Tissier, 35/85, Jurispr. blz. 1207, punt 9; 18 november 1999, Teckal, C-107/98, Jurispr. blz. I-8121, punt 39; 16 januari 2003, Pansard e.a., C-265/01, Jurispr. blz. I-683, punt 19, en 22 januari 2004, COPPI, C-271/01, Jurispr. blz. I-1029, punt 27).

8 — Vierde prejudiciële vraag.

9 — Eerste prejudiciële vraag (eerste en tweede volzin).

10 — Vijfde prejudiciële vraag.

6 — Eerste prejudiciële vraag (derde volzin) evenals tweede en derde prejudiciële vraag.

bepaling een *lex specialis* vormt voor de nationale monopolies van commerciële aard.¹¹

IV — Artikel 31 EG

26. Artikel 31, lid 1, EG luidt als volgt:

„De lidstaten passen hun nationale monopolies van commerciële aard aan in dier voege dat elke discriminatie tussen de onderdanen van de lidstaten wat de voorwaarden van de voorziening en afzet betreft is uitgesloten.

De bepalingen van dit artikel zijn van toepassing op elk lichaam waardoor een lidstaat de invoer of de uitvoer tussen de lidstaten in rechte of in feite rechtstreeks of zijdelings beheerst, leidt of aanmerkelijk beïnvloedt. Deze bepalingen zijn eveneens van toepassing op de door een staat gedelegeerde monopolies.”

11 — Arresten van 20 februari 1979, *Rewe-Zentrale, „Cassis de Dijon”* (120/78, Jurispr. blz. 649, punt 7); 13 maart 1979, *Peureux II* (119/78, Jurispr. blz. 975, punt 27), en 14 december 1995, *Banchero* (C-387/93, Jurispr. blz. 1-4663, punt 26).

27. Artikel 31 EG bevindt zich tussen de bepalingen van het Verdrag die betrekking hebben op het vrije verkeer van goederen. De belangrijkste doelstelling ervan is te voorkomen dat de lidstaten om protectionistische redenen gebruik maken van hun commerciële monopolies en aldus belemmeringen voor het vrije verkeer van goederen herinvoeren, die de andere bepalingen van het Verdrag juist trachten weg te nemen.¹² Het Rapport Spaak¹³ stelt namelijk:

„Een bijzonder probleem doet zich voor wanneer de invoer rechtstreeks wordt geregeld, niet door contingenten, maar door de instelling van een inkoopmonopolie, hetzij van een openbaar lichaam, hetzij van een particuliere organisatie waaraan de staat het monopolie delegeert. In dat geval bestaat er geen onderscheid tussen de autoriteit die de hoogte van de invoer vaststelt en de koper zelf. Het is derhalve niet mogelijk een automatische regeling van uitbreiding van de quota toe te passen, aangezien het ondenkbaar is dat niet noodzakelijke inkoop verplicht worden gesteld. Een belangrijk onderdeel van de oplossing is, dat aan het eind van de overgangperiode, de nationale inkoop- of invoerorganisaties ofwel moeten zijn opgeheven, ofwel moeten zijn aangepast aan de gemeenschappelijke markt, ofwel, wanneer dat noodzakelijk is, moeten zijn vervangen door een gemeenschappelijke organisatie.”

12 — Zie in deze zin artikel 31, lid 2, EG en arrest van 13 maart 1979, *Hansen* (91/78, Jurispr. blz. 935, punt 8).

13 — Intergouvernementele Commissie ingesteld door de Conferentie van Messina, Rapport van de delegatieleiders aan de ministers van Buitenlandse Zaken, Brussel, 21 april 1956, blz. 37.

28. Artikel 31 EG vormt derhalve een bijzondere bepaling die is bedoeld om beperkingen van het vrije verkeer van goederen op te heffen die niet voortvloeien uit een overheidsmaatregel, maar uit de handelwijze van overheidsmonopolies.¹⁴

29. In het onderhavige geval wenst het Stockholms tingsrätt te vernemen of deze bepaling in de weg staat aan een nationale wettelijke regeling die het exclusieve detailverkooprecht voor geneesmiddelen voorbehoudt aan de autoriteiten van een lidstaat of aan een door deze autoriteiten beheerst lichaam.

30. Voor de beantwoording van deze vraag zal ik om te beginnen nagaan of Apoteket valt binnen de werkingssfeer van artikel 31 EG (punt A, hieronder). Vervolgens zal ik nagaan of een exclusief detailverkooprecht verenigbaar kan worden geacht met de door deze bepaling gestelde eisen (punt B, hieronder).

A — Werkingssfeer van artikel 31 EG

31. Artikel 31 EG is toepasselijk op nationale monopolies van commerciële aard en heeft

betrekking op „ieder lichaam waardoor een lidstaat, niet slechts rechtstreeks doch ook zijdelings, de invoer of de uitvoer tussen lidstaten beheerst, leidt of aanmerkelijk beïnvloedt”.¹⁵

32. Zoals advocaat-generaal Cosmas heeft benadrukt¹⁶, gaat deze definitie uit van de aanwezigheid van twee factoren van verschillende aard: een organieke factor en een functionele factor.

33. Wat de organieke factor betreft, gaat artikel 31 EG ervan uit dat het nationale monopolie van „commerciële” aard is. Dat betekent dat het betrokken lichaam een economische activiteit moet uitoefenen, dat wil zeggen een activiteit, bestaande in het aanbieden van goederen en diensten op een bepaalde markt.¹⁷ Het begrip „nationaal monopolie van commerciële aard” sluit aldus aan bij het begrip „onderneming” als bedoeld in het mededingingsrecht, omdat dit betrek-

¹⁴ — Berrod, F., „Monopoles publics et droit communautaire”, *Juris-classeur Europe*, 2004, aflevering 1510 (punt 24).

¹⁵ — Arresten van 3 februari 1976, Manghera e.a. (59/75, Jurispr. blz. 91, punt 7), en 4 mei 1988, Bodson (30/87, Jurispr. blz. 2479, punt 11).

¹⁶ — Conclusie in de zaken die zijn afgesloten door de arresten van 23 oktober 1997, Commissie/Nederland (C-157/94, Jurispr. blz. I-5699); Commissie/Italië (C-158/94, Jurispr. blz. I-5789); Commissie/Frankrijk (C-159/94, Jurispr. blz. I-5815), en Commissie/Spanje (C-160/94, Jurispr. blz. I-5851) (punt 28).

¹⁷ — Er wordt aan herinnerd dat in het mededingingsrecht het begrip „economische activiteit” toepasselijk is op alle activiteiten, bestaande in het aanbieden van goederen en diensten op een bepaalde markt (zie met name arresten van 16 juni 1987, Commissie/Italië, 118/85, Jurispr. blz. 2599, punt 7; 18 juni 1998, Commissie/Italië, C-35/96, Jurispr. blz. I-3851, punt 36, en 19 februari 2002, Wouters e.a., C-309/99, Jurispr. blz. I-1577, punt 47).

king heeft op „elke eenheid [...] die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd”.¹⁸

34. Niettemin vereist het „nationale” karakter van het monopolie, dat de betrokken eenheid een bijzondere band heeft met de staat.¹⁹ Het kan gaan om een deel van de administratie²⁰, een overheidsbedrijf²¹ of een particuliere onderneming die exclusieve of bijzondere rechten heeft gekregen.²² Het is essentieel dat de staat een beslissende invloed op de handelwijze van deze eenheid kan uitoefenen.²³ Het „nationale” karakter van het monopolie vereist bovendien dat het is gebaseerd op een handeling van de overheid en dat de exclusiviteit ervan wettelijk is vastgelegd.²⁴ Hierdoor worden zuiver economische monopolies uitgesloten, die onder de bepalingen van het Verdrag betreffende de mededinging vallen. Ten slotte heeft het Hof gepreciseerd dat artikel 31 EG op het handelsverkeer in goederen-

doel²⁵ en derhalve niet toepasselijk is op een monopolie voor het verrichten van diensten²⁶, behalve wanneer deze monopolies rechtstreeks van invloed kunnen zijn op het handelsverkeer in goederen tussen de lidstaten.²⁷

35. Wat de functionele factor betreft, heeft artikel 31 EG betrekking op een situatie waar de autoriteiten in staat zijn de handel tussen lidstaten aanzienlijk te beïnvloeden door middel van het genoemde lichaam of de genoemde eenheid.²⁸ Het is wat dat betreft niet vereist dat de overheid de invoer en de uitvoer *beheerst of leidt*. Het volstaat dat zij in staat is de handel te beïnvloeden, zelfs wanneer dat indirect zou gebeuren.²⁹ Het is bovendien niet noodzakelijk dat de overheid alle invoer of uitvoer beheerst om de overheidsinvloed als merkbaar te beschouwen. Een lidstaat die beschikt over het alleenrecht op de invoer en verhandeling van een hoeveelheid producten die neerkomt op 65 % van de behoeften van de binnenlandse markt, heeft het in zijn macht om de invoer van die producten uit andere lidstaten merkbaar te beïnvloeden.³⁰

18 — Arrest van 23 april 1991, Höfner en Elser (C-41/90, Jurispr. blz. I-1979, punt 21).

19 — Dat blijkt duidelijk uit de oorspronkelijke tekst van artikel 31 EG, waarin de term „staatsmonopolie” werd gebruikt. Andere taalversies van het Verdrag, zoals de Engelse versie, hebben overigens deze bijzondere uitdrukking gehandhaafd („State monopolies”).

20 — Zie met name arrest Bodson, reeds aangehaald (punt 13).

21 — Reeds aangehaalde arresten van 23 oktober 1997, Commissie/Italië (punt 2) en Commissie/Frankrijk (punt 3), evenals arrest van 23 oktober 1997, Franzén (C-189/95, Jurispr. blz. I-5909, punt 15, hierna: „arrest Franzén”).

22 — Zie met name arrest Commissie/Nederland, reeds aangehaald (punten 2-4), en conclusie van advocaat-generaal Roemer in de zaak SAIL (arrest van 21 maart 1972, 82/71, Jurispr. blz. 119, 145).

23 — Zie in deze zin arrest van 16 december 1970, Cinzano (13/70, Jurispr. blz. 1089, punt 5), en conclusie van advocaat-generaal Roemer in de zaak SAIL, reeds aangehaald (blz. 145).

24 — De Cockborne, J.-E., Defalque, L., Durand, C.-F., Pahl, H., en Vandersanden, G., *Commentaire J. Megret, Le droit de la CEE, volume 1, Préambule, Principes, Libre circulation des marchandises*, Éditions de l'université de Bruxelles, 2e editie, Brussel, 1992, blz. 311, en Berrod, F., reeds aangehaald (punt 6).

25 — Arrest van 15 juli 1964, Costa/Enel (6/64, Jurispr. blz. 1203 en punt 4 van het dictum).

26 — Arresten van 30 april 1974, Sacchi (155/73, Jurispr. blz. 409, punt 10), en 11 september 2003, Anomar e.a. (C-6/01, Jurispr. blz. I-8621, punt 59).

27 — Arresten van 28 juni 1983, Société coopérative d'amélioration de l'élevage et d'insémination artificielle du Béarn (271/81, Jurispr. blz. 2057, punten 8-13), en 7 december 1995, Gervais e.a. (C-17/94, Jurispr. blz. I-4353, punten 35 en 37).

28 — Zie met name arrest Bodson, reeds aangehaald (punt 13); arrest van 27 april 1994, Almelo (C-393/92, Jurispr. blz. I-1477, punt 29), en arrest Banchemo, reeds aangehaald (punt 26).

29 — Arrest Cinzano, reeds aangehaald (punt 5).

30 — Arrest van 13 december 1990, Commissie/Griekenland (C-347/88, Jurispr. blz. I-4747, punt 41).

36. Het staat in het onderhavige geval vast dat Apoteket voldoet aan deze twee voorwaarden.

37. Enerzijds oefent Apoteket een economische activiteit uit in de zin van het mededingingsrecht, omdat zij goederen verkoopt op een bepaalde markt, namelijk de geneesmiddelenmarkt. Apoteket wordt eveneens beheerst door de staat omdat het aandelenkapitaal wordt gehouden door de Zweedse autoriteiten en omdat de directie bestaat uit politici en ambtenaren. Ten slotte beschikt zij over een wettelijk monopolie omdat de exclusiviteit van haar activiteiten is gewaarborgd, zowel door de wet van 1996³¹ als door de overeenkomst van 1996.³²

38. Anderzijds beschikt Apoteket over een exclusief detailverkooprecht. En het Hof heeft reeds erkend dat de betrokken lidstaat door het bestaan van een dergelijk recht een merkbare invloed kan uitoefenen op de invoer van het, uit andere lidstaten afkomstige, betrokken product.³³

39. Onder deze omstandigheden vormt Apoteket een nationaal monopolie van commerciële aard in de zin van artikel 31 EG. Derhalve dient te worden nagegaan of de door deze bepaling gestelde eisen in de weg staan aan het bestaan of de specifieke uitoefening van het haar verleende exclusieve detailverkooprecht.

B — Door artikel 31 EG gestelde eisen

40. Artikel 31 EG verlangt niet dat de nationale monopolies van commerciële aard worden afgeschaft.³⁴ Het gebiedt enkel een aanpassing van deze monopolies in die zin dat elke discriminatie tussen de onderdanen van de lidstaten wat de voorwaarden van voorziening en afzet van goederen betreft, is uitgesloten.³⁵

41. Een van de door artikel 31 EG opgeroepen moeilijkheden betreft het feit dat het begrip „nationaal monopolie” zowel wordt gebruikt ter aanduiding van het exclusieve recht om een bepaalde activiteit uit te oefenen (productie, invoer, verhandeling) als om het lichaam te benoemen dat is belast met de uitoefening van dat exclusieve recht.³⁶ Het is duidelijk dat het Verdrag, gezien artikel 295 EG³⁷, aan een lidstaat niet kan opleggen dat deze een lichaam met exclusieve rechten opheft. Het Hof heeft daarentegen geoordeeld dat de door artikel 31 EG voorgeschreven verplichting tot aanpassing de lidstaten zou kunnen dwingen bepaalde exclusieve rechten af te schaffen.

31 — Artikel 4.

32 — Artikel 1.

33 — Arrest Franzén (punten 37 e.v.). Deze conclusie vloeit eveneens voort uit een a contrario uitlegging van het arrest Banchemo, reeds aangehaald (punten 29-31).

34 — Arrest Manghera e.a., reeds aangehaald (punt 5).

35 — Idem.

36 — De Cockborne, J.-E., Defalque, L., Durand, C.-F., Prahl, H., en Vandersanden, G., reeds aangehaald (blz. 322).

37 — Dit artikel bepaalt dat „[d]it Verdrag [...] de regeling van het eigendomsrecht in de lidstaten onverlet [laat].”

42. In het arrest Manghera e.a., reeds aangehaald³⁸, heeft het Hof aldus geoordeeld dat een exclusief recht op de invoer van producten per definitie een in artikel 31 EG verboden discriminatie ten gevolge had en dat de lidstaten derhalve gehouden waren deze rechten af te schaffen. Het Hof heeft eveneens geoordeeld dat exclusieve uitvoerrechten voor producten per definitie in strijd waren met artikel 31 EG en afgeschaft dienden te worden.³⁹

43. In het onderhavige geval is de vraag aan de orde of een exclusief detailverkooprecht verenigbaar kan worden geacht met artikel 31 EG.

44. Het Hof heeft in het arrest Franzén reeds de gelegenheid gehad zich over deze vraag uit te spreken. Het heeft geoordeeld dat het in die zaak litigieuze monopolie in overeenstemming was met artikel 31 EG, aangezien de bepalingen inzake het bestaan en de werking ervan noch discriminerend waren, noch van dien aard dat uit andere lidstaten ingevoerde producten werden benadeeld.

45. Ik zal echter aan het Hof in overweging geven het arrest Franzén in het onderhavige

geval niet toe te passen. Ik ben namelijk, met het merendeel van de literatuur⁴⁰, van mening dat de door dat arrest geboden oplossing geen juiste uitlegging vormt van de bepalingen van het Verdrag.

46. Alvorens de redenen uiteen te zetten waarom ik het Hof in overweging zal geven om terug te komen van het arrest Franzén, dient de inhoud ervan kort te worden vermeld.

1) Inhoud van het arrest Franzén

47. De zaak Franzén had betrekking op het monopolie voor de detailverkoop van alcoholhoudende dranken in Zweden.

48. In deze lidstaat stelde de wet de productie, de groothandel en de invoer van (alle of een deel van de) alcoholhoudende dranken afhankelijk van het bezit van speciale vergunningen, die door de Alkoholinспекtion (alcoholinspectie) werden afgege-

40 — Zie met name Berrod, F., noot bij het arrest Franzén, in *Europe*, januari 1998, blz. 14 en 15; Blum, F., „De Sacchi à Franzén en passant par la Crespelle: jurisprudence récente de l'article 90", in *Gazette du Palais*, 1999, blz. 1031-1043; Buendia Sierra, J. L., *Exclusive rights and state monopolies under EC Law*, Oxford University Press, Oxford, 1999, blz. 102-104 (punten 3.105-3.108) en blz. 121 en 122 (punten 3.169 en 3.170); Slot, P. J., noot bij de arresten van 23 oktober 1997, Franzén, Commissie/Nederland, Commissie/Italië, Commissie/Frankrijk en Commissie/Spanje [reeds aangehaald], in *Common Market Law Review*, 1998, blz. 1183-1203, evenals Faull, J., en Nikpay, A., *The EC law of competition*, Oxford University Press, Oxford, 1999, blz. 309 (punt 5.109).

38 — Punten 12 en 13.

39 — Arrest van 23 oktober 1997, Commissie/Italië, reeds aangehaald (punt 24).

ven. De wet had bovendien aan een staatsonderneming, die speciaal voor dat doel was opgericht, het exclusieve recht toevertrouwd voor de detailverkoop van wijn, zwaar bier en gedistilleerde dranken. Van deze vennootschap, Systembolaget Aktiebolag⁴¹ genaamd, waren alle aandelen in handen van de Zweedse staat.

49. In het kader van een strafzaak tegen Franzén, heeft een Zweedse rechter aan het Hof verscheidene vragen gesteld teneinde te bepalen of het monopolie van Systembolaget verenigbaar was met de artikelen 30 en 37 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikelen 28 EG en 31 EG).

50. Het Hof heeft om te beginnen benadrukt dat de vragen van de verwijzende rechter niet alleen betrekking hadden op nationale bepalingen inzake het bestaan en de werking van het litigieuze monopolie, maar meer in het algemeen ook op bepalingen die weliswaar niet de werking van het monopolie regelden, maar daarop niettemin rechtstreeks van invloed waren, zoals de bepalingen inzake de productie- en de groothandelsvergunning.⁴²

51. Het Hof heeft vervolgens vastgesteld dat de bepalingen inzake het bestaan en de werking van een monopolie volgens de

rechtspraak van het Hof moesten worden getoetst aan artikel 37 van het Verdrag⁴³, terwijl de andere bepalingen, die losstonden van de werking van het monopolie, maar daarop wel invloed hadden, moesten worden beoordeeld in het licht van artikel 30 van het Verdrag.⁴⁴

52. Wat de bepalingen inzake het bestaan en de werking van een monopolie betreft, heeft het Hof uiteengezet:

„39 Het doel van artikel 37 van het Verdrag is [...], de voor de lidstaten bestaande mogelijkheid om bepaalde monopolies van commerciële aard te handhaven als instrument bij het nastreven van doeleinden van algemeen belang, te verzoeven met de vereisten van de totstandbrenging en de werking van de gemeenschappelijke markt. Het beoogt de belemmeringen van het vrije verkeer van goederen weg te nemen, met uitzondering evenwel van de aan het bestaan van zulke monopolies inherente beperkende gevolgen voor het handelsverkeer.

40 Artikel 37 vereist dus, dat de inrichting en de werking van het monopolie van dien aard zijn, dat elke discriminatie tussen de onderdanen van de lidstaten wat de voorwaarden van voorziening en afzet betreft, is uitgesloten, zodat de

41 — Hierna: „Systembolaget”.

42 — Arrest Franzén (punt 34).

43 — Ibidem (punt 35).

44 — Ibidem (punt 36).

handel in goederen uit andere lidstaten niet rechtens of feitelijk wordt benadeeld ten opzichte van de handel in nationale goederen, en de mededinging tussen de economieën van de lidstaten niet wordt vervalst [...].

indien dit toch het geval zou zijn, bedoelde bepalingen gerechtvaardigd waren, gelet op de inherente eisen die aan het bestaan of het beheer van het bestreden monopolie worden gesteld.⁴⁸

41 In casu wordt niet bestreden, dat een nationaal monopolie op de detailverkoop van alcoholhoudende dranken als aan Systembolaget is verleend, in zoverre het de volksgezondheid tegen de nadelige gevolgen van alcoholgebruik beoogt te beschermen, een doel van algemeen belang dient.

54. Het Hof heeft daarover geoordeeld „dat een monopolie op de detailverkoop, zoals in het hoofdgeding aan de orde is, beantwoordt aan de in de rechtsoverwegingen 39 en 40 van dit arrest genoemde voorwaarden om in overeenstemming te zijn met artikel 37 van het Verdrag”.⁴⁹

42 Er moet dus worden nagegaan, of een monopolie van dit type zodanig is ingericht, dat het voldoet aan de hierboven in de rechtsoverwegingen 39 en 40 genoemde voorwaarden.”

55. Wat de overige nationale bepalingen betreft die van invloed zijn op de werking van het monopolie, heeft het Hof geoordeeld dat de bepalingen die de invoer van alcoholhoudende dranken voorbehouden aan houders van een vergunning, een kwantitatieve beperking vormen in de zin van het arrest Dassonville.⁵⁰ Het heeft bovendien geoordeeld dat de Zweedse regering niet heeft aangetoond op welke wijze deze bepalingen evenredig zijn aan het nagestreefde doel van volksgezondheid.⁵¹ Het Hof heeft daaruit geconcludeerd dat de artikelen 30 en 36 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikelen 28 EG en 30 EG) zich verzetten tegen de Zweedse bepalingen betreffende de invoer van alcoholhoudende dranken.⁵²

53. Het Hof heeft aldus de bepalingen onderzocht die betrekking hebben op de selectie van de producten⁴⁵, het verkoopnet van het monopolie⁴⁶ en het promoten van alcoholhoudende dranken.⁴⁷ In elk geval heeft het geoordeeld dat de betrokken bepalingen noch discriminerend noch van dien aard waren, dat uit andere lidstaten ingevoerde producten werden benadeeld. Daarenboven heeft het Hof geoordeeld dat

48 — Ibidem (punten 49 en 59).

49 — Ibidem (punt 66).

50 — Arrest van 11 juli 1974, Dassonville (8/74, Jurispr. blz. 837, punt 5).

51 — Arrest Franzén (punt 76).

52 — Ibidem (punt 77).

45 — Ibidem (punten 43-52).

46 — Ibidem (punten 53-57).

47 — Ibidem (punten 58-65).

2) Analyse van het arrest Franzén

56. Met het merendeel van de literatuur⁵³ ben ik van mening dat het arrest Franzén op een onjuiste uitlegging van artikel 31 EG berust. Volgens mij levert dit arrest in wezen drie reeksen problemen op.

57. Ten eerste heeft het Hof het litigieuze monopolie „versnipperd” benaderd.

58. In zijn eerdere rechtspraak had het Hof zich vaak enkel over een bepaald aspect van een nationaal monopolie van commerciële aard uit te spreken. Dit aspect kon betrekking hebben op de heffing van een recht of een belasting op ingevoerde producten⁵⁴, de verhandeling van producten tegen een abnormaal lage verkoopprijs⁵⁵, een verbod op het distilleren van ingevoerde grondstoffen⁵⁶, de vaststelling van eenvormige handelsmarges⁵⁷ of de vaststelling van een verkoopprijs op een ander niveau dan door de fabrikanten en importeurs was bepaald.⁵⁸ Het is duidelijk dat het Hof zijn onderzoek in deze verschillende gevallen diende te beper-

ken tot het enige aspect van het monopolie dat voorwerp was van het hem voorgelegde geschil.

59. In alle andere gevallen heeft het Hof het betrokken monopolie echter in zijn totaliteit onderzocht. Zo heeft het in het arrest Manghera e.a., reeds aangehaald⁵⁹, het monopolie op de invoer van tabaksfabrikaten in zijn geheel getoetst aan artikel 31 EG, en niet enkel de verschillende bepalingen betreffende de werking van dit monopolie. In het arrest Commissie/Griekenland, reeds aangehaald⁶⁰, heeft het Hof op dezelfde wijze algemeen geoordeeld dat de exclusieve rechten van de Griekse Staat met betrekking tot de invoer en verhandeling van aardolieproducten een door artikel 31 EG verboden discriminatie meebrachten. Hieruit blijkt, dat wanneer aan het Hof een vraag wordt voorgelegd die betrekking heeft op de verenigbaarheid van een nationaal monopolie van commerciële aard in zijn totaliteit, het Hof de betrokken exclusieve rechten in hun geheel onderzoekt.

60. In de zaak Franzén is het Hof evenwel afgeweken van deze benadering, hoewel de vraag uitdrukkelijk aan het Hof was voorgelegd.⁶¹ Zoals men heeft kunnen zien, heeft het Hof de verschillende bepalingen betreffende de werking van het monopolie (de wijze waarop de producten worden geselecte-

53 — Aangehaald in voetnoot 40 van deze conclusie.

54 — Arrest Cinzano, reeds aangehaald (punten 1 en 2), en arrest van 17 februari 1976, Miritz (91/75, Jurispr. blz. 217, punten 1 en 2).

55 — Arrest Hansen, reeds aangehaald (punten 12 en 13).

56 — Arrest Peureux II, reeds aangehaald (punten 3 en 4).

57 — Arrest van 7 juni 1983, Commissie/Italië (78/82, Jurispr. blz. 1955, punt 5).

58 — Arrest van 21 juni 1983, Commissie/Frankrijk (90/82, Jurispr. blz. 2011, punt 1).

59 — Punten 9-13.

60 — Punten 41-44.

61 — De verwijzende rechter vroeg immers met name of „een bij de wet ingesteld monopolie zoals Systembolaget verenigbaar [was] met artikel 30 EG-Verdrag” en of „een bij de wet ingesteld monopolie zoals Systembolaget in[druiste] tegen artikel 37 EG-Verdrag” (arrest Franzén, punt 29).

teerd, het verkoopnet, het promoten van de producten) apart beschouwd en in elk geval onderzocht of die bepalingen discriminerend waren of van dien aard, dat ingevoerde producten werden benadeeld.

61. Men kan zich afvragen of deze benadering er niet toe heeft geleid, dat het Hof het effect van het litigieuze monopolie op de handel tussen lidstaten heeft onderschat. Het komt mij namelijk voor, dat de beoordeling van de gevolgen van een monopolie op de handel tussen lidstaten zal verschillen naargelang het in zijn totaliteit wordt onderzocht of dat er een gefragmenteerde benadering wordt gekozen. Anders dan bij laatstgenoemde benadering, worden bij een onderzoek van het monopolie in zijn totaliteit de beperkingen van het vrije verkeer van goederen in aanmerking genomen die het gevolg zijn van het cumulatieve effect van de verschillende bepalingen met betrekking tot de werking van het monopolie. Overigens heeft advocaat-generaal Elmer op basis van een analyse van het monopolie van Systembolaget in zijn totaliteit geconcludeerd dat dat monopolie van dien aard was dat het de intracommunautaire handel ernstig beperkte.⁶²

62. Ten tweede ben ik van mening dat het Hof het begrip „discriminatie” in artikel 31 EG strikt heeft opgevat.

63. Zoals wij zullen zien⁶³, verbiedt artikel 31 EG niet enkel discriminatie jegens

producten uit andere lidstaten. Deze bepaling verbiedt vooral discriminatie tussen de *onderdanen* van de lidstaten wat de voorwaarden van voorziening en afzet van goederen betreft. Artikel 31 EG beoogt aldus te waarborgen dat de in de andere lidstaten gevestigde ondernemers de mogelijkheid hebben om hun producten aan te bieden aan de afnemers van hun keuze in de lidstaat waar het monopolie is gevestigd. Omgekeerd beoogt het aan de consumenten van de lidstaat waar het monopolie is gevestigd, de mogelijkheid te verschaffen om in te kopen bij de ondernemers van hun keuze in de andere lidstaten. Artikel 31 EG beoogt derhalve niet enkel het vrije verkeer van goederen als zodanig te beschermen: het beoogt bovendien de ondernemers te beschermen die deelnemen aan dat vrije verkeer.⁶⁴

64. Zoals in de rechtsleer is benadrukt⁶⁵, gaat deze bijzondere betekenis van het begrip „discriminatie” veel verder dan het begrip discriminatie tussen de producten. De afschaffing van discriminatie tussen de *producten* vereist namelijk niet noodzakelijkerwijs de opheffing van exclusieve rechten. Het monopolie is verenigbaar met dit vereiste wanneer het nationale producten en buitenlandse producten op gelijke wijze (niet-discriminerend) behandelt. De afschaffing van discriminatie tussen de *onderdanen* van de lidstaten kan daarentegen de opheffing van exclusieve rechten vereisen, aangezien het feit dat het uitoefenen van een econo-

62 — Conclusie in de zaak Franzén (punten 74-103).

63 — Punten 84-95 van deze conclusie.

64 — Conclusie van advocaat-generaal Elmer in de zaak Franzén (punt 68).

65 — Buendia Sierra, J. L., reeds aangehaald, blz. 102 en 103 (punten 3.103-3.108).

mische activiteit wordt voorbehouden aan een nationale ondernemer; de ondernemers die in andere lidstaten zijn gevestigd rechtstreeks kan raken wat hun voorwaarden van voorziening en afzet betreft. Wij zullen zien ⁶⁶ dat het Hof deze bijzondere betekenis van het begrip „discriminatie” in aanmerking heeft genomen in zijn rechtspraak. Het heeft aldus de opheffing van exclusieve rechten geëist, zonder zich zelfs af te vragen of het betrokken monopolie een gelijke behandeling van nationale en ingevoerde producten waarborgde. ⁶⁷

65. In het arrest Franzén is het Hof evenwel afgeweken van deze rechtspraak.

66. Het heeft zijn analyse in wezen beperkt tot de vraag van de discriminatie tussen de *producten* van de lidstaten. Wij hebben namelijk gezien dat het Hof, voor elke bepaling betreffende de werking van het monopolie (de wijze waarop de producten worden geselecteerd, het verkoopnet, het promoten van de producten), heeft nagegaan of de betrokken bepalingen onafhankelijk van de herkomst van de producten werden toegepast en niet van dien aard waren dat de uit andere lidstaten ingevoerde producten werden benadeeld. Het Hof heeft zijn onderzoek derhalve gebaseerd op een strikte opvatting van het begrip „discriminatie” in de zin van artikel 31 EG.

66 — Punten 89-94 van deze conclusie.

67 — Zie met name arrest Manghera e.a., reeds aangehaald (punt 13).

67. Men zou dienaangaande hebben kunnen denken dat het arrest Franzén een wending vormt ten opzichte van de eerdere rechtspraak en aldus een wijziging in gang zet in de uitlegging van artikel 31 EG. Deze stelling wordt echter weerlegd door het feit dat het Hof, op dezelfde dag dat het arrest Franzén is gewezen, drie andere arresten heeft gewezen waar de klassieke uitlegging van het begrip „discriminatie” is toegepast.

68. Zo heeft het Hof in de reeds aangehaalde arresten Commissie/Nederland ⁶⁸, Commissie/Italië ⁶⁹ en Commissie/Frankrijk ⁷⁰, eveneens gewezen op 23 oktober 1997, geoordeeld dat het bestaan, in een lidstaat, van exclusieve rechten voor de invoer en uitvoer van gas en elektriciteit, een door artikel 31 EG verboden discriminatie van de in de andere lidstaten gevestigde *ondernemers* met zich meebracht. Het heeft daaraan toegevoegd dat dit eveneens het geval was wanneer het betrokken monopolie verzekerde dat de nationale producten en de ingevoerde producten gelijk (niet-discriminerend) werden behandeld. ⁷¹ Overeenkomstig zijn klassieke rechtspraak heeft het Hof derhalve de afschaffing van de litigieuze exclusieve rechten geëist.

69. Zoals in de literatuur is benadrukt ⁷², valt het moeilijk te begrijpen waarom het Hof

68 — Punten 21-23.

69 — Punten 22-24.

70 — Punten 32-34.

71 — Arrest Commissie/Nederland, reeds aangehaald (punten 21-23).

72 — Zie met name Berrod, F., noot bij het arrest Franzén, reeds aangehaald (blz. 14); Blum, F., reeds aangehaald (blz. 1036 en 1037), en Buendia Sierra, J. L., reeds aangehaald, blz. 103 en 104 (punt 3.108) en blz. 121 en 122 (punten 3.170 en 3.171).

twee verschillende benaderingswijzen heeft gekozen in twee reeksen arresten, die door dezelfde rechters (het Hof in voltallige zitting) op dezelfde dag zijn gewezen.

70. De derde door het arrest Franzén opgeroepen moeilijkheid betreft de rechtvaardiging van maatregelen die in strijd zijn met artikel 31 EG.

71. De rechtvaardiging van maatregelen die in strijd zijn met artikel 31 EG is een omstreden vraagstuk, waarop ik nog zal terugkomen.⁷³ Voor het moment herinner ik eraan dat het Hof in het arrest van 10 juli 1984, *Campus Oil e.a.*⁷⁴, heeft geoordeeld dat artikel 90, lid 2, EG-Verdrag (thans artikel 86, lid 2, EG) een lidstaat, die een onderneming heeft belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang, niet bevrijdt van het verbod om maatregelen te nemen die in strijd met artikel 30 EG-Verdrag de invoer uit andere lidstaten belemmeren. Het Hof heeft bovendien in het arrest *Commissie/Griekenland*, reeds aangehaald⁷⁵, in tegenstelling tot de opvatting van de Griekse regering geoordeeld dat de handhaving van exclusieve rechten met betrekking tot de invoer en verhandeling van aardolieproducten niet was gerechtvaardigd uit overwegingen van openbare veiligheid in de zin van artikel 36 EG-Verdrag.

72. Op grond van deze arresten heeft de Commissie geconcludeerd dat artikel 86, lid 2, EG niet kan worden ingeroepen ter rechtvaardiging van een maatregel die strijdig is met artikel 31 EG en dat enkel artikel 30 EG als grond voor een dergelijke rechtvaardiging kan dienen.⁷⁶

73. In het arrest Franzén is het Hof afgewezen van deze benadering. Het heeft een andere rechtvaardigingsmogelijkheid geboden door een soort „rule of reason” te scheppen in artikel 31, lid 1, EG.

74. In punt 39 van het arrest Franzén heeft het Hof namelijk geoordeeld dat artikel 31 EG het mogelijk maakt „de voor de lidstaten bestaande mogelijkheid om bepaalde monopolies van commerciële aard te handhaven als instrument bij het *nastreven van doeleinden van algemeen belang*, te verzoenen met de vereisten van de totstandbrenging en de werking van de gemeenschappelijke markt. Het beoogt de belemmeringen van het vrije verkeer van goederen weg te nemen, *met uitzondering evenwel van de aan het bestaan van zulke monopolies inherente beperkende gevolgen* voor het handelsverkeer.”⁷⁷

75. Verderop in zijn argumentatie heeft het Hof vastgesteld dat het aan Systembolaget verleende monopolie, aangezien het de

73 — Zie punten 124-133 van deze conclusie.

74 — 72/83, *Jurispr.* blz. 2727 (punt 19).

75 — Punten 47 t/m 49.

76 — Zie reeds aangehaalde arresten van 23 oktober 1997, *Commissie/Nederland* (punt 26), *Commissie/Italië* (punt 35) en *Commissie/Frankrijk* (punt 43), alsmede de conclusie van advocaat-generaal Cosmas in deze zaken (punt 87).

77 — Cursivering van mij.

volksgezondheid tegen de nadelige gevolgen van alcoholgebruik beoogde te beschermen, een doel van algemeen belang diende.⁷⁸ Vervolgens heeft het Hof bevestigd dat de bepalingen met betrekking tot de inrichting en de werking van het monopolie geen beperkingen van het vrije verkeer van goederen tot gevolg hadden of dat deze gevolgen in ieder geval niet verder gingen dan inherent is aan het „bestaan”⁷⁹ of het „beheer”⁸⁰ van een nationaal monopolie van commerciële aard.

76. Met deze argumentatie heeft het Hof derhalve twee principes ontwikkeld:

- ten eerste staat artikel 31 EG de lidstaten toe een nationaal monopolie van commerciële aard te handhaven op voorwaarde dat dit monopolie een doel van algemeen belang nastreeft, en
- ten tweede staat artikel 31 EG, wanneer het monopolie een dergelijk doel nastreeft, niet in de weg aan belemmeringen van het vrije verkeer van goederen die „aan het bestaan” van dat monopolie „inherent zijn”, dat wil zeggen belemmeringen die niet verder gaan dan nodig is om het nagestreefde doel te bereiken.

77. Deze twee principes vinden evenwel geen enkele grond in artikel 31 EG.

78. Om te beginnen verlangt artikel 31 EG niet, dat een lidstaat die een nationaal monopolie wenst te handhaven, aantoont dat dit monopolie een doel van algemeen belang nastreeft.⁸¹ Volgens de bewoordingen ervan verlangt deze bepaling enkel dat de lidstaten hun nationale monopolies aanpassen in dier voege dat elke discriminatie tussen de onderdanen van de lidstaten, wat de voorwaarden van de voorziening en afzet betreft, is uitgesloten. Wanneer de lidstaten derhalve tot een dergelijke aanpassing zijn overgegaan, staat artikel 31 EG hen toe hun monopolies zonder andere aanvullende voorwaarden te handhaven.

79. De vraag of het monopolie een doel van algemeen belang nastreeft, behoort in werkelijkheid bij de *rechtvaardiging* van het exclusieve recht, wanneer is gebleken dat het in strijd is met artikel 31 EG. Deze eis wordt namelijk gesteld door de twee bepalingen die zouden kunnen worden aangevoerd om de handhaving te rechtvaardigen van met artikel 31 EG strijdige exclusieve rechten, te weten artikel 30 EG (uit hoofde van de bescherming van de openbare zedelijkheid, de openbare orde, de openbare veiligheid en de gezondheid) en artikel 86, lid 2, EG (uit hoofde van het begrip „diensten van algemeen economisch belang”). De vraag

78 — Arrest Franzén (punt 41).

79 — Ibidem (punt 49).

80 — Ibidem (punt 59).

81 — Dat is eveneens het standpunt dat de Commissie van de Europese Gemeenschappen heeft ingenomen in antwoord op de schriftelijke vraag die het Hof haar op dit punt in deze zaak heeft gesteld (zie schriftelijk antwoord van 10 december 2003, punten 1-4).

van het door het monopolie nagestreefde doel valt derhalve niet onder artikel 31 EG, maar onder de uitzonderingsbepalingen van het Verdrag.

gebruikelijke rechtspraak toepast, zoals deze voor het laatst is bevestigd door de reeds aangehaalde arresten van 23 oktober 1997, Commissie/Nederland, Commissie/Italië en Commissie/Frankrijk.

80. Op de tweede plaats heeft het Hof, zoals bekend, reeds geoordeeld dat artikel 31, lid 1, EG een „nauwkeurig omschreven resultaatsverbintenis zonder voorbehoud” bevat.⁸² Deze bepaling schrijft de aanpassing van de nationale monopolies voor, om te verzekeren dat „in het geheel geen sprake meer is”⁸³ van „elke discriminatie”⁸⁴ tussen de onderdanen van de lidstaten. In tegenstelling tot het in het arrest Franzén ontwikkelde principe, bevat artikel 31 EG derhalve geen enkel voorbehoud en geen enkele uitzondering met betrekking tot de beperkingen van het vrije verkeer van goederen die inherent aan het bestaan van een nationaal monopolie of evenredig met het hierdoor nagestreefde doel zouden zijn. Ook hier moeten de uitzonderingen op het principe van artikel 31 EG zijn gebaseerd op de uitzonderingsbepalingen van het Verdrag, te weten artikel 30 EG en/of artikel 86, lid 2, EG.

3) Omstandigheden van het hoofdgeding

82. Aangezien ik voorstel af te wijken van de in het arrest Franzén gegeven uitlegging, dient nog te worden onderzocht of het exclusieve detailverkooprecht van Apoteket een door artikel 31 EG verboden „discriminatie” met zich meebrengt.

83. Volgens de huidige stand van de rechtspraak omvat het in artikel 31 EG bedoelde begrip „discriminatie” naar mijn mening meerdere categorieën maatregelen.

81. Alle voorgaande punten in aanmerking nemende, geef ik het Hof in overweging, in het onderhavige geval het arrest Franzén niet toe te passen. Ik stel voor dat het zijn

84. Om te beginnen staat het vast dat dit begrip doelt op elk verschil in behandeling tussen nationale producten en producten uit andere lidstaten. In zijn eerste arresten heeft het Hof geoordeeld dat er geen sprake is van discriminatie in de zin van artikel 31 EG „wanneer het ingevoerde product in eenzelfde positie wordt gebracht als het onder het monopolie vallend gelijksoortig nationaal

82 — Arrest Miritz, reeds aangehaald (punt 11).

83 — Zie met name reeds aangehaalde arresten Manghera e.a. (punt 5) en Miritz (punt 7), en reeds aangehaalde arresten van 23 oktober 1997, Commissie/Nederland (punt 14); Commissie/Italië (punt 22), en Commissie/Frankrijk (punt 32).

84 — Zie met name reeds aangehaalde arresten Hansen (punt 16), Peureux II (punt 27) en Banchemo (punt 27), en arrest van 7 juni 1983, Commissie/Italië (punt 11).

product”.⁸⁵ De discriminatie kan aldus voortvloeien uit een invoerheffing die ertoe leidt dat het ingevoerde product zwaarder wordt belast dan het overeenkomstige nationale product⁸⁶; uit het feit dat een bijdrage in de monopoliekosten, zij het in de vorm van een belasting, alleen op het ingevoerde product wordt gelegd⁸⁷; uit een distillatieverbod dat enkel geldt voor ingevoerde grondstoffen⁸⁸, of uit de toepassing van een heffing waarmee een lidstaat uitsluitend uit een andere lidstaat ingevoerde producten belast ter compensatie van het verschil tussen de verkoopprijs van het product in het land van herkomst en de hogere prijs die het nationale monopolie betaalt aan de nationale producenten van het overeenkomstige product.⁸⁹

85. Het begrip „discriminatie” omvat eveneens maatregelen die zonder onderscheid toepasselijk zijn, maar die de handel tussen lidstaten kunnen belemmeren. In het arrest van 21 juni 1983, Commissie/Frankrijk, reeds aangehaald⁹⁰, heeft het Hof aldus geoordeeld dat het feit dat een overheidsmonopolie een andere detailverkoopprijs voor tabaksproducten vaststelde dan door de fabrikant of importeur was bepaald, niet alleen een met artikel 28 EG strijdige belemmering vormde, maar eveneens een door artikel 31 EG verboden discriminatie. In het arrest van 7 juni 1983, Commissie/Italië,

reeds aangehaald⁹¹, heeft het Hof, na te hebben vastgesteld dat de gewraakte regeling zonder onderscheid van toepassing was op binnenlandse en ingevoerde producten, eveneens nagegaan of zij niettemin een discriminerende werking had in de zin van artikel 31 EG.

86. Hieruit blijkt dat het in artikel 31 EG bedoelde begrip „discriminatie” betrekking heeft op het geheel van belemmeringen van het vrije verkeer van goederen.⁹² Deze belemmeringen kunnen verschillende vormen aannemen, zoals douanerechten en heffingen van gelijke werking in de zin van artikel 25 EG⁹³, kwantitatieve beperkingen en maatregelen van gelijke werking in de zin van artikel 28 EG⁹⁴ of ook discriminerende binnenlandse belastingen in de zin van artikel 90 EG.⁹⁵

87. Artikel 31 EG lijkt evenwel een ruimere werkingsfeer te hebben dan de bepalingen van het Verdrag met betrekking tot het vrije

85 — Arrest Cinzano, reeds aangehaald (punt 9), en arrest van 17 februari 1976, Rewe-Zentrale (45/75, Jurispr. blz. 181, punt 27).

86 — Arrest Cinzano, reeds aangehaald (punt 9).

87 — Arrest Rewe-Zentrale, reeds aangehaald (punt 26).

88 — Arrest Peureux II, reeds aangehaald (punt 32).

89 — Arrest Miritz, reeds aangehaald (punt 12).

90 — Punt 27.

91 — Punten 12-18.

92 — Zie eveneens in deze zin, conclusie van advocaat-generaal Rozès in de zaak Commissie/Italië, reeds aangehaald (arrest van 7 juni 1983, punt III. B), en van advocaat-generaal Cosmas in de reeds aangehaalde zaken Commissie/Nederland, Commissie/Italië en Commissie/Frankrijk (arresten van 23 oktober 1997, punt 25). Zie in de literatuur met name Kovar, R., noot bij de arresten van 13 maart 1979, Peureux I (86/78, Jurispr. blz. 897), Hansen en Peureux II, reeds aangehaald, in *Journal du droit international*, 1981, blz. 125-132 (blz. 127), en Pappalardo, A., „La position des monopoles publics par rapport aux monopoles privés”, in *La réglementation du comportement des monopoles et entreprises dominantes en droit communautaire*, Europa College, Brugge, 1977, blz. 538-558 (blz. 554 en 555).

93 — Arrest Miritz, reeds aangehaald (punt 8).

94 — Reeds aangehaalde arresten Manghera e.a. (punt 9) en Peureux II (punt 32).

95 — Reeds aangehaalde arresten Rewe-Zentrale (punt 26) en Peureux I (punten 30 en 31).

verkeer van goederen. Zoals gezegd, verbiedt die bepaling niet enkel discriminatie en beperkingen wat *producten* uit andere lidstaten betreft. Zij verbiedt vooral discriminatie tussen de *onderdanen* van de lidstaten wat de voorwaarden van de voorziening en afzet van goederen betreft. Artikel 31 EG beoogt aldus te waarborgen dat de in de andere lidstaten gevestigde ondernemers de mogelijkheid hebben om hun producten aan te bieden aan de afnemers van hun keuze in de betrokken lidstaat. Omgekeerd, beoogt het de consumenten van de betrokken lidstaat de mogelijkheid te verschaffen om in te kopen bij de ondernemers van hun keuze in de andere lidstaten.⁹⁶

88. Zoals wij hebben gezien, gaat deze bijzondere opvatting van het begrip „discriminatie” veel verder dan de door de artikelen 25 EG, 28 EG en 90 EG verboden discriminatie tussen producten. De afschaffing van discriminatie tussen producten vereist namelijk in principe niet de opheffing van exclusieve rechten, omdat het, om te voldoen aan dit vereiste, volstaat dat het monopolie nationale producten en producten uit andere lidstaten niet discriminerend behandelt. Het begrip „discriminatie tussen de onderdanen van de lidstaten” kan daarentegen de opheffing van bepaalde exclusieve rechten noodzakelijk maken, aangezien het simpele feit dat het uitoefenen van een economische activiteit wordt voorbehouden aan een nationale ondernemer, van dien aard kan zijn dat het de ondernemers die in de

andere lidstaten zijn gevestigd, rechtstreeks kan raken wat betreft hun voorwaarden van voorziening en afzet.

89. Het Hof heeft dit bijzondere begrip „discriminatie” herhaaldelijk toegepast in zijn rechtspraak.

90. Zo heeft het in het arrest Manghera e.a., reeds aangehaald⁹⁷, geoordeeld dat een exclusief recht op de invoer van producten ten opzichte van de exporteurs uit de Gemeenschap per definitie als een discriminatie was te beschouwen en dat de nationale monopolies dus in dier voege moesten worden aangepast dat dergelijke rechten werden afgeschaft. Het Hof is tot dit oordeel gekomen zonder zich af te vragen of het betrokken monopolie nationale producten en ingevoerde producten gelijk behandelde.

91. In het arrest Commissie/Griekenland, reeds aangehaald⁹⁸, heeft het Hof eveneens geoordeeld dat exclusieve rechten met betrekking tot de invoer en verhandeling van aardolieproducten een discriminatie meebrachten ten opzichte van in andere lidstaten gevestigde exporteurs. Het was gebleken dat deze rechten beoogden de Griekse staatsraffinaderijen van een afzetmogelijkheid voor hun productie te verze-

96 — Zie eveneens in deze zin, De Cockborne, J.-E., Defalque, L., Durand, C.-F., Prahl, H., en Vandersanden, G., reeds aangehaald (blz. 312).

97 — Punten 12 en 13.

98 — Punt 44.

keren⁹⁹ en derhalve de in Griekenland gevestigde distributiemaatschappijen de mogelijkheid ontnamen om zich bij ondernemingen in andere lidstaten te bevoorraden.¹⁰⁰

92. In de reeds aangehaalde zaken *Société coopérative d'amélioration de l'élevage et d'insémination artificielle du Béarn*¹⁰¹ en *Gervais e.a.*¹⁰² heeft het Hof zich uitgesproken over een monopolie voor het verrichten van diensten met betrekking tot de kunstmatige inseminatie van dieren. Het heeft geoordeeld dat artikel 31 EG geen betrekking heeft op een monopolie voor het verrichten van diensten, mits dit geen inbreuk maakt op het beginsel van het vrije verkeer van goederen door ingevoerde producten te discrimineren ten opzichte van producten van nationale oorsprong. Het Hof heeft geoordeeld dat dit niet het geval was wanneer de veehouders vrij waren het inseminatiestation waaronder zij ressorteerden, te verzoeken hen te voorzien van sperma afkomstig van een productiestation van hun keuze in de betrokken lidstaat of in het buitenland.

93. Ten slotte heeft het Hof het bijzondere begrip „discriminatie” duidelijk toegepast in de reeds aangehaalde arresten van 23 oktober 1997, *Commissie/Nederland*, *Commissie/Italië* en *Commissie/Frankrijk*. In deze arresten heeft het bevestigd dat exclusieve invoerrechten per definitie een discriminatie meebrachten ten opzichte van in andere lidstaten

gevestigde exporteurs omdat deze rechten „immers rechtstreeks de afzetvoorwaarden [beïnvloedden], en wel uitsluitend van de handelaren of verkopers in andere lidstaten”.¹⁰³ Het Hof heeft eveneens geoordeeld dat „exclusieve uitvoerrechten per definitie [leiden] tot discriminatie van in andere lidstaten gevestigde importeurs, aangezien deze uitsluitende rechten enkel de voorwaarden voor de voorziening van handelaren of afnemers in andere lidstaten nadelig beïnvloeden”.¹⁰⁴

94. Wat de exclusieve invoerrechten betreft, heeft de Nederlandse regering in een van deze zaken betoogd dat artikel 31 EG alleen een discriminerend gebruik van exclusieve rechten verbodt en niet het enkele bezit van zulke rechten.¹⁰⁵ Het Hof heeft dit argument duidelijk verworpen door te stellen dat „[d]it vrije verkeer [van goederen] [...] reeds [wordt] belemmerd wanneer in een lidstaat exclusieve invoerrechten bestaan, aangezien ondernemers in andere lidstaten daardoor de mogelijkheid wordt ontnomen, hun producten aan te bieden aan de afnemers van hun keuze in de betrokken lidstaat”.¹⁰⁶

99 — *Ibidem* (punt 43).

100 — *Ibidem* (punt 38).

101 — Punten 12 en 13.

102 — Punten 36 en 37.

103 — Reeds aangehaalde arresten van 23 oktober 1997, *Commissie/Nederland* (punt 15), *Commissie/Italië* (punt 23) en *Commissie/Frankrijk* (punt 33).

104 — Reeds aangehaalde arresten van 23 oktober 1997, *Commissie/Italië* (punt 24) en *Commissie/Frankrijk* (punt 34).

105 — Arrest *Commissie/Nederland*, reeds aangehaald (punt 21).

106 — *Ibidem* (punt 23).

95. Hieruit volgt dat het begrip „discriminatie” in artikel 31 EG een ruimere betekenis heeft dan het begrip „discriminatie” in de andere bepalingen van het Verdrag met betrekking tot het vrije verkeer van goederen. Dit begrip beoogt niet enkel te waarborgen dat de producten uit andere lidstaten toegang hebben tot de markt van de betrokken lidstaat. Het beoogt vooral deze toegang te waarborgen voor de in de andere lidstaten gevestigde ondernemers. Dienaangaande is het wezenlijke criterium, dat de in de andere lidstaten gevestigde ondernemers de mogelijkheid hebben om hun producten aan te bieden aan de afnemers van hun keuze in de betrokken lidstaat en, omgekeerd, dat de consumenten van de betrokken lidstaat de mogelijkheid hebben om in te kopen bij de ondernemers van hun keuze in de andere lidstaten.¹⁰⁷

96. Gelet op dit bijzondere begrip „discriminatie”, dient thans te worden onderzocht of een exclusief detailverkooprecht — zoals het aan Apoteket verleende recht — eveneens per definitie in strijd is met artikel 31 EG.

97. Het is ter inleiding van belang om onderscheid te maken tussen een exclusief

detailverkooprecht en een „vergunningenstelsel”, dat wil zeggen een stelsel dat de detailverkoop van bepaalde producten voorbehoudt aan handelaren die beschikken over een vergunning van de overheid.

98. Zoals advocaat-generaal Elmer heeft benadrukt¹⁰⁸, vormt een vergunningenstelsel geen monopolie in de economische betekenis van het begrip. Het betreft een „open” systeem, waarbinnen het aan elke ondernemer die aan de wettelijk vastgestelde voorwaarden voldoet, is toegestaan om een bepaald product te verhandelen. Een vergunningenstelsel vooronderstelt derhalve meestal dat er sprake is van een aanzienlijk aantal handelaren (ongeveer 76 000 detailhandelaren in de zaak *Banchero*, reeds aangehaald), die zich onbelemmerd bevoorraden bij de ondernemers van hun keuze. Op grond van deze kenmerken heeft het Hof geoordeeld¹⁰⁹ dat een vergunningenstelsel, dat dezelfde invloed heeft op de verhandeling van uit andere lidstaten afkomstige producten als op die van nationale producten, een „verkoopmodaliteit” vormt in de zin van het arrest *Keck en Mithouard*¹¹⁰ en derhalve buiten de werkingssfeer van artikel 28 EG valt.¹¹¹

99. Een exclusief detailverkooprecht is daarentegen een echt monopolie in de economische betekenis van het woord. Het betreft

107 — Er dient echter te worden opgemerkt dat het Hof in het arrest van 19 maart 1991, *Frankrijk/Commissie* (C-202/88, Jurispr. blz. I-1223, punten 33-36), een gelijksoortig criterium heeft toegepast in het kader van artikel 28 EG. Het heeft geoordeeld dat „het bestaan van uitsluitende rechten van invoer en afzet de marktdeelnemers van de mogelijkheid berooft, hun producten door de consumenten te laten kopen” en dat deze rechten „[...] de intracommunautaire handel [derhalve kunnen] beperken” in de zin van het arrest *Dassonville*, reeds aangehaald. Tot op heden heeft het Hof deze uitlegging van artikel 28 EG echter niet bevestigd.

108 — Conclusie in de zaak *Franzén* (punten 84 en 87).

109 — Zie arrest van 29 juni 1995, *Commissie/Griekenland* (C-391/92, Jurispr. blz. I-1621), en arrest *Banchero*, reeds aangehaald.

110 — Arrest van 24 november 1993 (C-267/91 en C-268/91, Jurispr. blz. I-6097).

111 — Zie voor zaken met betrekking tot monopolies van apothekers, voorafgaand aan het arrest *Keck en Mithouard*, reeds aangehaald, het arrest van 21 maart 1991, *Delattre* (C-369/88, Jurispr. blz. I-1487), evenals het arrest *Monteil en Samanni* (C-60/89, Jurispr. blz. I-1547).

een „gesloten” systeem, waarbinnen een enkele ondernemer — in het onderhavige geval de staat of een door de staat beheerst lichaam — toestemming heeft om het betrokken product te verhandelen.

100. Een exclusief detailverkooprecht vertoont dezelfde kenmerken als een exclusief recht van invoer, wat de gevolgen ervan voor de handel tussen lidstaten betreft.¹¹²

101. Een exclusief detailverkooprecht brengt namelijk noodzakelijkerwijs een centralisatie met zich van alle inkopen van het product met het oog op de detailverkoop. Een lichaam, zoals Apoteket, dat het monopolie op de detailverkoop van een product bezit, is niet alleen de enige verkoper van dit product in de betrokken lidstaat, maar ook de enige *inkoper* van bedoeld product in deze staat. De producenten en de groothandelaren kunnen zich per slot van rekening slechts tot een enkele ondernemer (Apoteket) wenden om de verkoop van hun producten aan de consumenten te verzekeren.

102. In deze omstandigheden is het duidelijk dat een nationaal monopolie op de detailverkoop, net zoals een overheidsmonopolie met betrekking tot de invoer, over de mogelijkheid beschikt te bepalen welke producten zullen worden verhandeld op de markt van de betrokken lidstaat. Wat dat

betreft, krijgt het product ofwel toegang tot het verkoopnet van het monopolie, en in dat geval zal het worden verkocht in de betrokken lidstaat, ofwel krijgt het geen toegang tot het verkoopnet van het monopolie, en in dat geval zal het *volledig* uitgesloten zijn van de betrokken markt. De houder van een exclusief detailverkooprecht heeft het derhalve in zijn macht om te bepalen welke producten toegang zullen krijgen tot de markt van de betrokken lidstaat. Hij kan derhalve de omvang van de invoer uit de andere lidstaten op dezelfde doelmatige wijze bepalen als de houder van een exclusief recht van invoer.¹¹³

103. Deze conclusie wordt in het onderhavige geval bevestigd door de stukken in het dossier.

104. Het Stockholms tingsrätt heeft namelijk benadrukt dat Apoteket het krachtens de overeenkomst van 1996 in haar macht had om zelfstandig te beslissen welke zonder recept verkrijgbare geneesmiddelen zij wenste te verhandelen.¹¹⁴ Het heeft aldus gepreciseerd dat „[d]e producenten van vrij verkrijgbare en in andere landen geregistreerde geneesmiddelen [...] *geen enkel recht [hebben] om deze producten in Zweden door Apotekette laten verkopen*”.¹¹⁵ De verwijzende rechter heeft met betrekking tot de geneesmiddelenverkooppunten eveneens gesteld dat Apoteket eigenaar was van de geneesmiddelenvoorraden van deze verkoop-

¹¹² — Zie eveneens in deze zin, conclusie van advocaat-generaal Elmer in de zaak Franzén (punten 80-97).

¹¹³ — Zie eveneens in deze zin, Buendia Sierra, J. L., reeds aangehaald, blz. 119 en 121 (punten 3.162 en 3.168).

¹¹⁴ — Verwijzingsbeschikking (blz. 8).

¹¹⁵ — Idem (cursivering van mij).

punten en dat „[o]ver het assortiment [werd] beslist door de directeur-generaal van de sector apotheek in overleg met de lokale diensten voor gezondheidszorg”.¹¹⁶ Hieruit volgt dat Apoteket het in haar macht heeft om te bepalen welke producten via haar verkoopnet zullen worden verkocht en wie derhalve toegang heeft tot de Zweedse markt.¹¹⁷

105. Onder deze omstandigheden ben ik van mening dat een exclusief detailverkooprecht dezelfde kenmerken vertoont als een exclusief recht van invoer, wat de gevolgen ervan voor de intracommunautaire handel betreft. Een exclusief detailverkooprecht is derhalve eveneens per definitie in strijd met artikel 31 EG.

106. In de rechtspraak van het Hof wordt deze analyse overigens op meerdere plaatsen bevestigd.¹¹⁸

107. Het Hof heeft in het arrest Frankrijk/Commissie, reeds aangehaald, bevestigd, hoewel op grond van een andere bepaling dan artikel 31 EG, dat een exclusief recht van afzet niet verenigbaar was met de bepalingen van het Verdrag betreffende het vrije verkeer van goederen. Het heeft met betrekking tot exclusieve rechten van invoer en afzet in de sector telecommunicatie-eindapparatuur geoordeeld dat:

„³⁴ [...] [H]et bestaan van uitsluitende rechten van invoer en afzet de markt-deelnemers van de mogelijkheid berooft, hun producten door de consumenten te laten kopen.

¹¹⁶ — Idem (blz. 7).

¹¹⁷ — Ter terechtzitting heeft de Zweedse regering deze conclusie bestreden. Zij heeft gesteld dat Apoteket krachtens de overeenkomst van 1996 verplicht is om alle geneesmiddelen te leveren die beschikken over een vergunning voor het op de markt brengen. Zij heeft zich wat dat betreft gebaseerd op artikel 5 van deze overeenkomst, dat bepaalt dat „[Apoteket] op zo kort mogelijke termijn de voor vergoeding in aanmerking komende geneesmiddelen, evenals de voorgeschreven gangbare producten dient te verwerven en te leveren. [Apoteket] moet eveneens enerzijds de overige geneesmiddelen die onder haar exclusieve detailverkooprecht vallen [en], anderzijds natuurgeneesmiddelen kunnen leveren.” Volgens mij is de stelling van de Zweedse regering niet aannemelijk. Om te beginnen is deze stelling in strijd met de inlichtingen die aan het Hof zijn verstrekt door de verwijzende rechter, die zoals bekend als enige bevoegd is om in het kader van een prejudiciële procedure de feiten en de bepalingen van nationaal recht vast te stellen (zie voor een recent voorbeeld van vaste rechtspraak, arrest van 30 maart 2004, Alabaster, C-147/02, Jurispr. blz. I-3101, punt 52). Op de tweede plaats bevatten de bepalingen betreffende de werking en de inrichting van Apoteket, met inbegrip van artikel 5 van de overeenkomst van 1996, zoals de Commissie heeft benadrukt in haar schriftelijke opmerkingen (punten 89-100), geen enkel nauwkeurig, objectief en transparant criterium wat de selectie en de verhandeling van de producten betreft. Apoteket beschikt derhalve over een grote beoordelingsvrijheid bij de beslissing welke producten zullen worden verhandeld via haar verkoopnet en welke dus toegang zullen krijgen tot de Zweedse markt.

35 In de tweede plaats wordt de sector eindapparatuur [bovendien] gekenmerkt door een grote verscheidenheid van technische producten en door de dwingende regels die hieruit voortvloeien. Onder deze omstandigheden is het niet gewaarborgd, dat de houder van het monopolie in staat is alle op de markt bestaande modellen aan te bie-

¹¹⁸ — Naast de in de punten 107-109 van deze conclusie aangehaalde plaatsen, zie arrest van 13 december 1990, Commissie/Griekenland, reeds aangehaald (punten 41 en 44), en de analyse van De Cockborne, J.-E., Defalque, L., Durand, C.-F., Prahl, H., en Vandersanden, G., reeds aangehaald (blz. 328 en 329), evenals arrest *Banchemo*, reeds aangehaald, en de analyse van advocaat-generaal Elmer in zijn conclusie in de zaak *Franzen* (punt 82).

den, de klanten op de hoogte te stellen van de staat en de werking van alle eindapparatuur en de kwaliteit ervan te garanderen.

- 36 De uitsluitende rechten van invoer en afzet in de sector telecommunicatie-eindapparatuur kunnen derhalve de intracommunautaire handel beperken [in de zin van artikel 31 EG].”¹¹⁹

108. Bovendien is de argumentatie in de reeds aangehaalde arresten van 23 oktober 1997, Commissie/Nederland, Commissie/Italië en Commissie/Frankrijk, met betrekking tot exclusieve rechten van invoer, zeer goed om te zetten naar het geval van een overheidsmonopolie op detailverkoop.

109. Er kan dus worden vastgesteld dat, net als de exclusieve rechten van invoer, de exclusieve detailverkooprechten „rechtstreeks de afzetvoorwaarden [beïnvloeden], en wel uitsluitend van de handelaren of verkopers in andere lidstaten”.¹²⁰ Ook kan niet worden gesteld dat enkel de discriminerende uitoefening van de exclusieve detailverkooprechten in strijd is met artikel 31 EG, aangezien „[i]ndien [deze] exclusieve invoerrechten bestaan, [...] zulks ondernemers in

de andere lidstaten de mogelijkheid [ontneemt], hun producten aan de afnemers van hun keuze in de betrokken lidstaat aan te bieden”.¹²¹ Ten slotte staat vast dat een exclusief detailverkooprecht, net als een exclusief recht van invoer, de „op [het] grondgebied [van de betrokken lidstaat] gevestigde potentiële afnemers belet, vrijelijk hun voorzieningsbronnen voor uit andere lidstaten afkomstige [betrokken producten] te kiezen”.¹²²

110. Onder deze omstandigheden ben ik van mening dat ook een exclusief detailverkooprecht een discriminatie met zich meebrengt jegens de in de andere lidstaten gevestigde ondernemers, alsmede jegens de afnemers die zich bevinden in de betrokken lidstaat.

111. Deze conclusie wordt niet weer op losse schroeven gezet door het feit dat in het onderhavige geval het exclusieve recht van Apoteket zich niet uitstrekt tot de invoer van en de groothandel in geneesmiddelen. Zoals bekend, was namelijk een van de kenmerken van de zaak Frankrijk/Commissie, reeds aangehaald, dat het betrokken lichaam tegelijkertijd een exclusief recht van invoer en een exclusief recht van afzet bezat. Derhalve zou de vraag kunnen worden gesteld, of deze omstandigheid niet leidt tot een andere beoordeling van de verenigbaarheid van een exclusief detailverkooprecht met artikel 31 EG.

119 — Zie eveneens in deze zin, arrest Banchemo, reeds aangehaald, en conclusie van advocaat-generaal Elmer in de zaak Franzén (punt 82).

120 — Reeds aangehaalde arresten van 23 oktober 1997, Commissie/Nederland (punt 15), Commissie/Italië (punt 23) en Commissie/Frankrijk (punt 33).

121 — Arrest van 23 oktober 1997, Commissie/Frankrijk, reeds aangehaald (punt 40). Zie eveneens in deze zin, arrest Commissie/Nederland, reeds aangehaald (punt 23).

122 — Arrest Commissie/Nederland (punt 10; zie eveneens punten 16 en 17).

112. Zoals advocaat-generaal Elmer heeft benadrukt¹²³, zou een dergelijk onderscheid (tussen een situatie van cumulatie van exclusieve rechten en het bestaan van een enkel exclusief detailverkooprecht) het gevolg zijn van een zuiver theoretische argumentatie.

113. De economische werkelijkheid is namelijk, dat de in de andere lidstaten gevestigde ondernemers hun producten slechts naar Zweden zullen uitvoeren wanneer zij de *zekerheid* hebben dat deze producten door Apoteket zullen worden verhandeld. Op overeenkomstige wijze zullen de in Zweden gevestigde ondernemers slechts producten afkomstig uit andere lidstaten invoeren wanneer zij de *zekerheid* hebben dat deze producten door Apoteket zullen worden gekocht. Economisch gezien, is de liberalisering van de invoer en de groothandel slechts van belang voor de ondernemers, wanneer zij vergezeld gaat van een liberalisering van de detailverkoop.¹²⁴

114. Onder deze omstandigheden is het feit dat de houder van een exclusief detailverkooprecht niet eveneens houder is van een exclusief recht van invoer, van geen enkel belang. Doordat hij het in zijn macht heeft om te bepalen welke producten via zijn verkoopnet zullen worden verkocht, heeft de houder van een exclusief detailverkooprecht het in werkelijkheid in zijn macht om te bepalen welke producten in de betrokken

lidstaat kunnen worden ingevoerd en welke ondernemers naar die lidstaat kunnen uitvoeren. Uit het oogpunt van het vrije verkeer van goederen veroorzaakt een overheidsmonopolie inzake detailverkoop derhalve dezelfde gevolgen als een overheidsmonopolie inzake invoer.

115. Op grond van een en ander ben ik derhalve van mening dat een exclusief detailverkooprecht per definitie in strijd is met artikel 31 EG.¹²⁵ Ik geef het Hof derhalve in overweging op de eerste prejudiciële vraag te antwoorden dat artikel 31 EG in de weg staat aan de handhaving van een exclusief detailverkooprecht, zoals dat door de Zweedse autoriteiten is verleend aan Apoteket.

V — Artikelen 28 EG en 43 EG

116. In de reeds aangehaalde arresten van 23 oktober 1997, Commissie/Nederland¹²⁶, Commissie/Italië¹²⁷ en Commissie/Frankrijk¹²⁸, heeft het Hof geoordeeld dat, wan-

125 — Zie eveneens in deze zin, Beraud, R. C., „L'aménagement des monopoles nationaux prévu à l'article 37 du traité CEE à la lumière des récents développements jurisprudentiels", in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1979, blz. 573-606 (blz. 605); Buendia Sierra, J. L., reeds aangehaald, blz. 119-122 (punten 3.162-3.172); Burrows, F., „State Monopolies", in *Yearbook of European Law*, 1983, blz. 25-47 (blz. 30); De Cockborne, J.-E., Defalque, L., Durand, C.-F., Prahl, H., en Vandersanden, G., reeds aangehaald (blz. 327-329); Woolldridge, F., „Some recent decisions concerning the ambit of article 37 of the EEC Treaty", in *Legal issues of European Integration*, 1979, blz. 105-121 (blz. 120), en Pappalardo, A., reeds aangehaald (blz. 555 en 556).

126 — Punt 24.

127 — Punt 33.

128 — Punt 41.

123 — Conclusie in de zaak Franzén (punten 91-94).

124 — Zie eveneens in deze zin, Pappalardo, A., reeds aangehaald (blz. 556).

neer de handhaving van het betrokken exclusieve recht in strijd blijkt te zijn met artikel 31 EG, niet meer behoeft te worden onderzocht of dit recht eveneens in strijd is met de artikelen 28 EG en 29 EG.

117. Aangezien ik het Hof in overweging geef op de eerste prejudiciële vraag te antwoorden dat artikel 31 EG in de weg staat aan de handhaving van het exclusieve recht van Apoteket, raken de tweede en de derde vraag van het Stockholms tingsrätt bijgevolg zonder voorwerp. Ik zal ze derhalve subsidiair in het kort bespreken.

118. Deze tweede en derde vraag beogen in wezen vast te stellen of de artikelen 28 EG en 43 EG in de weg staan aan de handhaving van een exclusief detailverkooprecht voor geneesmiddelen, zoals het aan Apoteket verleende recht.

119. Wat artikel 28 EG¹²⁹ betreft, herinner ik eraan dat volgens de rechtspraak¹³⁰ een met artikel 31 EG strijdige bepaling in het algemeen eveneens in strijd wordt geacht met artikel 28 EG. Deze conclusie lijkt logisch omdat wij hebben gezien dat artikel 31 EG is bedoeld om alle beperkingen

van het vrije verkeer van goederen op te heffen die voortvloeien uit de handelwijze van een overheidsmonopolie, en dat tot deze beperkingen vooral de kwantitatieve beperkingen en maatregelen van gelijke werking in de zin van artikel 28 EG behoren.

120. Bovendien blijkt uit het arrest van 13 december 1990, Commissie/Griekenland, reeds aangehaald¹³¹, en het arrest Frankrijk/Commissie, reeds aangehaald¹³², dat het bestaan van een exclusief recht van afzet een maatregel van gelijke werking vormt in de zin van artikel 28 EG. Het Hof heeft namelijk geoordeeld dat het bestaan van een dergelijk recht de marktdeelnemers van de mogelijkheid berooft, hun producten door de consumenten te laten kopen, en derhalve de intracommunautaire handel beperkt in de zin van artikel 28 EG. Onder deze omstandigheden komt het mij voor, dat artikel 28 EG eveneens in de weg staat aan de handhaving van een exclusief detailverkooprecht, zoals het aan Apoteket verleende recht.

121. Wat artikel 43 EG betreft, is bekend dat het begrip „vestiging” in de zin van het Verdrag „zeer ruim [is] en [in]houdt [...], dat een gemeenschapsonderdaan duurzaam kan deelnemen aan het economisch leven van een andere lidstaat dan zijn staat van herkomst, daar voordeel uit kan halen en op die wijze de economische en sociale vervlechting

129 — Zie over de samenhang tussen artikel 31 EG en de artikelen 28 EG en 29 EG de gedetailleerde analyse van advocaat-generaal Cosmas in de reeds aangehaalde zaken Commissie/Nederland, Commissie/Italië, Commissie/Frankrijk en Commissie/Spanje (arresten van 23 oktober 1997, punten 18-25).

130 — Reeds aangehaalde arrest Peureux II (punt 32); arresten van 21 juni 1983, Commissie/Frankrijk (punt 27) en 13 december 1990, Commissie/Griekenland (punt 50).

131 — Punten 45 en 46.

132 — Punten 33-36.

in de Gemeenschap op het terrein van niet in loondienst verrichte werkzaamheden kan bevorderen".¹³³

122. Zoals de Commissie heeft benadrukt¹³⁴, lijkt een overheidsmonopolie op de detailverkoop a priori een ernstige beperking te vormen van het door artikel 43 EG gewaarborgde recht van vestiging. Anders dan een vergunningstelsel, dat aan elke ondernemer die aan de wettelijk vastgestelde voorwaarden voldoet, toestaat de betrokken activiteit uit te oefenen, belet een exclusief detailverkooprecht namelijk alle in de andere lidstaten gevestigde ondernemers om zich op het grondgebied van de betrokken lidstaat te vestigen om er de betrokken activiteit uit te oefenen. Dientengevolge neig ik tot de opvatting dat artikel 43 EG eveneens in de weg staat aan de handhaving van een exclusief detailverkooprecht voor geneesmiddelen, zoals het aan Apoteket verleende recht.

VI — Rechtvaardiging van het litigieuze monopolie

123. De voorgaande punten in aanmerking nemende, dient te worden nagegaan of de handhaving van het litigieuze exclusieve detailverkooprecht kan worden gerechtvaardigd op grond van de uitzonderingsbepalingen van het Verdrag.

124. Wat dat betreft is de eerste vraag die zich voordoet, welke bepaling kan worden aangevoerd om een met artikel 31 EG strijdige maatregel te rechtvaardigen.¹³⁵

A — Toepasselijke bepaling

125. Artikel 30 EG stelt dat de „bepalingen van de artikelen 28 [EG] en 29 [EG] [...] geen beletsel [vormen] voor verboden of beperkingen van invoer, uitvoer of doorvoer, welke [met name] gerechtvaardigd zijn uit hoofde van bescherming van [...] de gezondheid en het leven van personen [en] dieren [...]”. Deze verboden of beperkingen mogen echter geen middel tot willekeurige discriminatie noch een verkapte beperking van de handel tussen de lidstaten vormen.”

126. Gelet op de bewoordingen van deze bepaling, kan men zich afvragen of zij kan worden aangevoerd ter rechtvaardiging van een met artikel 31 EG strijdige maatregel.

133 — Arrest van 30 november 1995, Gebhard (C-55/94, Jurispr. blz. I-4165, punt 25).

134 — Schriftelijke opmerkingen (punten 111-127).

135 — Aangezien ik de artikelen 28 EG en 43 EG subsidiair heb besproken, zal ik niet de bepalingen analyseren waarmee een afwijking van deze twee artikelen kan worden gerechtvaardigd. Ik zal enkel de bepalingen bespreken waarmee een met artikel 31 EG strijdige maatregel zou kunnen worden gerechtvaardigd.

127. Sommige schrijvers¹³⁶ hebben voorgesteld om deze vraag ontkennend te beantwoorden. Zij hebben aangevoerd dat artikel 30 EG enkel betrekking heeft op mogelijke beperkingen van de artikelen 28 EG en 29 EG en dat die bepaling als uitzondering op het fundamentele beginsel van het vrije verkeer van goederen, strikt dient te worden uitgelegd.

128. De advocaten-generaal Cosmas¹³⁷ en Elmer¹³⁸ waren daarentegen van mening dat, in weerwil van dit tekstargument, de noodzakelijke logische samenhang pleitte voor een tegengestelde oplossing. Volgens hen zou het niet logisch zijn om te aanvaarden dat artikel 30 EG zou kunnen dienen ter rechtvaardiging van een kwantitatieve beperking of maatregel van gelijke werking, die voortvloeit uit een „klassieke” nationale maatregel (in de zin van de artikelen 28 EG en 29 EG), maar niet ter rechtvaardiging van dezelfde kwantitatieve beperking of dezelfde maatregel van gelijke werking op grond dat hij voortvloeit uit de handelwijze van een overheidsmonopolie in de zin van artikel 31 EG.

129. Aanvankelijk leek het dat het Hof zich eveneens voor deze laatste stelling had uitgesproken.

130. In het arrest *Campus Oil e.a.*, reeds aangehaald¹³⁹, had het Hof namelijk geoordeeld dat artikel 86, lid 2, EG een lidstaat, die een onderneming heeft belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang, niet bevrijdde van het verbod om maatregelen te nemen die in strijd met artikel 28 EG de invoer belemmeren. Het Hof had bovendien in het arrest van 13 december 1990, *Commissie/Griekenland*, reeds aangehaald¹⁴⁰, de opvatting van de Griekse regering onderzocht — en verworpen — dat de handhaving van exclusieve rechten met betrekking tot de invoer en verhandeling van aardolieproducten was gerechtvaardigd uit overwegingen van openbare veiligheid in de zin van artikel 30 EG.

131. Het Hof had bijgevolg de indruk gewekt dat een met artikel 31 EG strijdige maatregel diende te worden gerechtvaardigd op grond van artikel 30 EG en niet op grond van artikel 86, lid 2, EG.

132. Het Hof is evenwel teruggekomen van dit standpunt in de reeds aangehaalde arresten van 23 oktober 1997, *Commissie/Nederland*, *Commissie/Italië* en *Commissie/Frankrijk*. Het heeft geoordeeld:

„33 Aangezien de litigieuze exclusieve invoer- en uitvoerrechten [...] in strijd

136 — Zie met name, Berrod, F., „*Monopoles publics et droit communautaire*”, reeds aangehaald (punt 66), en Mattera, A., *Le marché unique européen. Ses règles, son fonctionnement*, Jupiter, Parijs, tweede editie, 1990 (blz. 56).

137 — Conclusie in de reeds aangehaalde zaken *Commissie/Nederland*, *Commissie/Italië*, *Commissie/Frankrijk* en *Commissie/Spanje* (arresten van 23 oktober 1997, punt 26).

138 — Conclusie in de zaak *Franzén* (punten 106 en 107).

139 — Punt 19.

140 — Punten 47-49.

zijn met artikel 37 van het Verdrag, behoeft niet meer te worden onderzocht of zij in strijd zijn met de artikelen 30 en 34, noch bijgevolg of zij eventueel kunnen worden gerechtvaardigd op grond van artikel 36 van het Verdrag.

133. Aangezien deze arresten zijn gewezen door het Hof in voltallige zitting en afwijken van de conclusies van de advocaten-generaal Cosmas¹⁴² en Elmer¹⁴³, ben ik derhalve van mening dat bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht een met artikel 31 EG strijdige maatregel dient te worden gerechtvaardigd op grond van artikel 86, lid 2, EG en niet op grond van artikel 30 EG.

- 34 Evenwel moet nog worden nagegaan of de litigieuze exclusieve rechten [...] niet kunnen worden gerechtvaardigd op grond van artikel 90, lid 2, [...] van het Verdrag.

134. Ik zal derhalve onderzoeken of de handhaving van het exclusieve recht van Apoteket kan worden gerechtvaardigd op grond van artikel 86, lid 2, EG.

[...]

B — Artikel 86, lid 2, EG

- 43 [Anders dan de Commissie stelt, kan artikel 90, lid 2, van het Verdrag namelijk] worden ingeroepen om te rechtvaardigen dat een lidstaat aan een onderneming belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang, exclusieve rechten toekent die met name in strijd zijn met artikel 37 van het Verdrag, mits de vervulling van de aan die onderneming toevertrouwde bijzondere taak slechts door de verlening van dergelijke rechten kan worden verzekerd en voorzover de ontwikkeling van het handelsverkeer niet wordt beïnvloed in een mate die strijdig is met het belang van de Gemeenschap.”¹⁴¹

135. Artikel 86, lid 2, EG bepaalt dat „[d]e ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang of die het karakter dragen van een fiscaal monopolie, [...] onder de regels van dit Verdrag, met name onder de mededingingsregels [vallen], voorzover de toepassing daarvan de vervulling, in feite of in rechte, van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert. De ontwikkeling van het handelsverkeer mag niet worden beïnvloed in een mate die strijdig is met het belang van de Gemeenschap.”

¹⁴¹ — Arrest van 23 oktober 1997, Commissie/Italië, reeds aangehaald. Zie eveneens reeds aangehaalde arresten van 23 oktober 1997, Commissie/Nederland (punten 24, 25 en 32) en Commissie/Frankrijk (punten 41, 42 en 49).

¹⁴² — Conclusie in de reeds aangehaalde zaken Commissie/Nederland, Commissie/Italië, Commissie/Frankrijk en Commissie/Spanje (arresten van 23 oktober 1997, punt 26 evenals punten 69-85).

¹⁴³ — Conclusie in de zaak Franzén (punten 104-121).

136. Zoals ik elders reeds heb gesteld¹⁴⁴, noemt artikel 86, lid 2, EG zes voorwaarden voor de toepassing ervan.

137. Op de eerste plaats dient het betrokken lichaam een „onderneming” te zijn in de zin van het mededingingsrecht. Het dient te gaan om een „eenheid [...] die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd”.¹⁴⁵ Volgens de rechtspraak heeft het begrip „economische activiteit” betrekking op elke activiteit die bestaat in het aanbieden van goederen of diensten op een bepaalde markt.¹⁴⁶ In het algemeen heeft een activiteit een economisch karakter wanneer zij, ten minste in principe, met winstoogmerk kan worden uitgeoefend door een particuliere ondernemer.¹⁴⁷

138. Op de tweede plaats dient de onderneming krachtens een overheidsbesluit te zijn „belast” met het beheer van een dienst van algemeen economisch belang.¹⁴⁸ In principe

vormt de enkele uitoefening van een gereguleerde activiteit onder overheidstoezicht onvoldoende grond om een eenheid onder de werkingssfeer van artikel 86, lid 2, EG te brengen, ook al is het toezicht op die eenheid scherper.¹⁴⁹

139. Op de derde plaats dient de betrokken eenheid te zijn belast met het beheer van een „dienst van algemeen economisch belang”. Hoewel in de rechtspraak een definitie van dit begrip ontbreekt, staat het vast dat de betrokken activiteiten „een algemeen economisch belang [moeten] dienen dat deze onderscheidt van andere economische activiteiten”.¹⁵⁰ In feite is het aan de lidstaten om de inhoud van hun diensten van algemeen economisch belang te definiëren. Zij beschikken daartoe over een aanzienlijke beoordelingsvrijheid, omdat het Hof en de Commissie slechts tussenbeide komen om kennelijke beoordelingsfouten te bestraffen.¹⁵¹

144 — Zie mijn conclusie in de zaak Wouters e.a., reeds aangehaald (punten 157-166).

145 — Arrest Höfner en Elser, reeds aangehaald (punt 21).

146 — Zie met name reeds aangehaalde arresten van 16 juni 1987, Commissie/Italië (punt 7), en 18 juni 1998, Commissie/Italië (punt 36), en arrest Wouters e.a. (punt 47).

147 — Arrest van 25 oktober 2001, Ambulanz Glöckner (C-475/99, Jurispr. blz. I-8089, punt 20). Zie eveneens conclusie van advocaat-generaal Tesouro in de zaken Poucet en Pistre (arrest van 17 februari 1993, C-159/91 en C-160/91, Jurispr. blz. I-637, punt 8), en SAT Fluggesellschaft (arrest van 19 januari 1994, C-364/92, Jurispr. blz. I-43, punt 9).

148 — Arresten van 27 maart 1974, BRT en SABAM, „BRT-II” arresten (127/73, Jurispr. blz. 313, punt 20), en 11 april 1989, Ahmed Saeed Flugreisen en Silver Line Reisbüro (66/86, Jurispr. blz. 803, punt 55).

149 — Arresten van 14 juli 1981, Züchner (172/80, Jurispr. blz. 2021, punt 7), en 2 maart 1983, GVL/Commissie (7/82, Jurispr. blz. 483, punten 29-32).

150 — Arresten van 10 december 1991, Mercî convenzionali porto di Genova (C-179/90, Jurispr. blz. I-5889, punt 27); 17 juli 1997, GT-Link (C-242/95, Jurispr. blz. I-4449, punten 52 en 53), en 18 juni 1998, Corsica Ferries Frankrijk (C-266/96, Jurispr. blz. I-3949, punt 45).

151 — Arrest van het Gerecht van 27 februari 1997, FFSA e.a./Commissie (T-106/95, Jurispr. blz. II-229, punt 99), en mededeling 2001/C 17/04 van de Commissie inzake diensten van algemeen belang in Europa (PB 2001, C 17, blz. 4, punt 22).

140. De vierde voorwaarde van artikel 86, lid 2, EG betreft een noodzakelijkheidstoets. De tekst vereist dat de toepassing van de bepalingen van het Verdrag op de betrokken onderneming de vervulling van de haar toevertrouwde bijzondere taak kan verhinderen. De litigieuze maatregel (leidende tot beperking van de mededinging of belemmering van het vrije verkeer van goederen) dient derhalve noodzakelijk te zijn om het nagestreefde doel te bereiken.¹⁵² Het is dienaangaande niet noodzakelijk dat de onderneming door de toepassing van de bepalingen van het Verdrag in haar bestaan, haar economische levensvatbaarheid of haar financiële evenwicht wordt bedreigd.¹⁵³ Volgende is, dat de onderneming zonder de door de staat toegekende exclusieve rechten wordt verhinderd de haar toevertrouwde bijzondere taken te vervullen of dat de handhaving van deze rechten noodzakelijk is om de bezitter ervan zijn taak te laten vervullen onder economisch aanvaardbare omstandigheden.

141. De vijfde voorwaarde van artikel 86, lid 2, EG betreft een evenredigheidstoets. De tekst preciseert dat de ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang onder de regels van het Verdrag vallen, „voorzover” de toepassing daarvan de vervulling van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert.

142. Hieruit volgt, dat belemmeringen van het vrije verkeer van goederen of beperkingen van de vrije mededinging slechts zijn toegestaan „voorzover zij noodzakelijk zijn om de met een dergelijke taak van algemeen belang belaste onderneming in staat te stellen, die taak te vervullen”.¹⁵⁴ Met de evenredigheidstoets kan aldus worden nagegaan of de bijzondere taak van de onderneming niet kan worden vervuld met minder beperkende maatregelen.¹⁵⁵

143. Ten slotte vereist de laatste voorwaarde van artikel 86, lid 2, EG dat „[d]e ontwikkeling van het handelsverkeer [...] niet [mag] worden beïnvloed in een mate die strijdig is met het belang van de Gemeenschap”. Hoewel het Hof zich nog niet heeft uitgesproken over de inhoud van dit vereiste, hebben sommige advocaten-generaal daarover reeds een standpunt ingenomen. Volgens hen vereist de beïnvloeding van de ontwikkeling van het intracommunautaire handelsverkeer in de zin van artikel 86, lid 2, EG, anders dan de klassieke definitie van het begrip „maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve beperking”, het bewijs dat de litigieuze maatregel de intracommunautaire handel daadwerkelijk substantieel heeft beïnvloed.¹⁵⁶ Deze beoordeling lijkt mij, gezien

152 — Zie met name arrest *Ambulanz Glöckner*, reeds aangehaald (punten 56 en 57).

153 — Arrest van 23 oktober 1997, *Commissie/Frankrijk*, reeds aangehaald (punten 59 en 95).

154 — Arrest *Almelo*, reeds aangehaald (punt 49). Zie eveneens, arrest van 19 mei 1993, *Corbeau* (C-320/91, Jurispr. blz. I-2533, punt 14).

155 — Arrest van 23 mei 2000, *Sydhavns Sten & Grus* (C-209/98, Jurispr. blz. I-3743, punt 80).

156 — Conclusie van advocaat-generaal Rozès in de zaak *Commissie/Italië*, reeds aangehaald (arrest van 7 juni 1983, punt VI. C), en van advocaat-generaal Cosmas in de reeds aangehaalde zaken *Commissie/Nederland*, *Commissie/Italië*, *Commissie/Frankrijk* en *Commissie/Spanje* (arresten van 23 oktober 1997, punt 126).

de bewoordingen van artikel 86, lid 2, EG, inderdaad terecht.

verkoop van geneesmiddelen werd verricht door particuliere ondernemers.¹⁵⁹ Apoteket is derhalve een onderneming in de zin van artikel 86, lid 2, EG.

144. Alvorens te onderzoeken of in het onderhavige geval aan deze voorwaarden is voldaan, dient eraan te worden herinnerd dat artikel 86, lid 2, EG, als bepaling die een afwijking van de regels van het Verdrag toestaat, eng moet worden uitgelegd.¹⁵⁷ Er wordt eveneens aan herinnerd dat volgens de rechtspraak de lidstaat die zich op artikel 86, lid 2, EG beroept, moet aantonen dat aan de voorwaarden voor toepassing van die bepaling is voldaan.¹⁵⁸

145. In het onderhavige geval blijkt uit de stukken in het dossier, dat is voldaan aan de eerste drie voorwaarden van artikel 86, lid 2, EG.

146. Wij hebben namelijk gezien dat Apoteket een economische activiteit uitoefent in de zin van de rechtspraak, omdat zij goederen aanbiedt op een bepaalde markt, namelijk de geneesmiddelenmarkt. Een dergelijke activiteit kan vanzelfsprekend met winstoogmerk worden uitgeoefend door een particuliere ondernemer. Uit het dossier blijkt overigens dat zelfs in Zweden, vóór de nationalisatie van de apotheken, de detail-

147. Bovendien is deze vennootschap krachtens een overheidsbesluit belast met het beheer van een dienst van algemeen economisch belang.

148. Uit het dossier blijkt namelijk dat de toekenning van het litigieuze recht tot doel heeft een bijdrage te leveren aan de bescherming van de volksgezondheid, door voor de Zweedse bevolking de toegang tot geneesmiddelen te waarborgen.

149. In haar schriftelijke¹⁶⁰ en mondelinge opmerkingen heeft de Zweedse regering duidelijk gemaakt dat Zweden, met een bevolking van negen miljoen inwoners en een oppervlakte van 450 000 km², na de Republiek Finland de dunst bevolkte lidstaat van de Europese Unie¹⁶¹ is. De Zweedse regering heeft uiteengezet dat zij wegens deze geografische kenmerken en haar beleid op sociaal gebied, heeft willen waarborgen dat elke burger onder dezelfde voorwaarden en, met name, tegen gelijke prijzen toegang kan krijgen tot geneesmiddelen. Het over-

157 — Reeds aangehaalde arresten BRT-II (punt 19), GT-Link (punt 50) en Commissie/Nederland (punt 37).

158 — Zie met name arrest van 23 oktober 1997, Commissie/Frankrijk, reeds aangehaald (punt 94).

159 — Verwijzingsbeschikking (blz. 3).

160 — Punt 22.

161 — In deze conclusie doelt deze uitdrukking op de lidstaten van de Europese Unie vóór 1 mei 2004.

heidsmonopolie op de detailverkoop van geneesmiddelen is derhalve gevestigd om een adequate geneesmiddelenvoorziening te waarborgen op het gehele Zweedse grondgebied en onder gelijke voorwaarden.

150. Een dergelijke taak vormt een dienst van algemeen belang in de zin van artikel 86, lid 2, EG. Overeenkomstig de rechtspraak dient zij „een algemeen economisch belang dat zich door zijn specifieke kenmerken onderscheidt van dat van andere economische activiteiten”.¹⁶² Het Hof heeft overigens erkend dat de noodzaak om een ruime en aan de behoeften aangepaste geneesmiddelenvoorziening te garanderen, uit hoofde van artikel 30 EG¹⁶³ en artikel 86, lid 2, EG¹⁶⁴ een doelstelling van algemeen belang vormde.

151. Het staat ten slotte vast dat Apoteket krachtens een uitdrukkelijk overheidsbesluit is belast met deze taak, aangezien de toewijzing van deze taak en het litigieuze exclusieve recht, voorzover hier van belang, voortvloeit uit een beslissing van de Zweedse regering van 19 december 1996 en de overeenkomst van 1996.¹⁶⁵

152. Apoteket vormt derhalve een onderneming belast met het beheer van een dienst van algemeen economisch belang in de zin van artikel 86, lid 2, EG.

153. Op grond van de stukken in het dossier kan daarentegen niet worden vastgesteld dat in het onderhavige geval is voldaan aan de vierde en de vijfde voorwaarde voor de toepassing van deze bepaling.

154. Om te beginnen dient te worden benadrukt dat de wet van 1996 en de overeenkomst van 1996 een ander doel nastreven dan de communautaire bepalingen betreffende vergunningen voor het in de handel brengen van geneesmiddelen en de controle op geneesmiddelen.¹⁶⁶

155. Deze laatstgenoemde bepalingen beogen de bescherming van de volksgezondheid *als zodanig* te verzekeren. Zij beogen de gezondheid en het leven van personen en dieren te beschermen tegen de mogelijke gevaren die geneesmiddelen en hun gebruiksvoorwaarden kunnen veroorzaken. Wij hebben daarentegen gezien dat de toekenning van het litigieuze exclusieve recht beoogt te waarborgen dat de Zweedse bevolking toegang heeft tot geneesmiddelen. Het beoogt een adequate voorziening te waarborgen op het gehele Zweedse grond-

162 — Reeds aangehaalde arresten *Merci convenzionali porto di Genova* (punt 27), *GT-Link* (punten 52 en 53) en *Corsica Ferries France* (punt 45).

163 — Arrest van 11 december 2003, *Deutscher Apothekerverband* (C-322/01, Jurispr. blz. I-14887, punten 106 en 107).

164 — Arrest van 22 november 2001, *Ferring* (C-53/00, Jurispr. blz. I-9067, punten 24 en 32), evenals de conclusie van advocaat-generaal Tizzano in deze zaak (punt 66).

165 — Zie considerans alsmede artikelen 1 en 2 van de overeenkomst van 1996.

166 — Voor de communautaire bepalingen op dit gebied, zie met name richtlijn 2001/83/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 november 2001 tot vaststelling van een communautair wetboek betreffende geneesmiddelen voor menselijk gebruik (PB L 311, blz. 67), en richtlijn 2001/82/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 november 2001 tot vaststelling van een communautair wetboek betreffende geneesmiddelen voor diergeneeskundig gebruik (PB L 311, blz. 1).

gebied en onder gelijke voorwaarden. In antwoord op de vragen van het Stockholms tingsrätt op dit punt¹⁶⁷, kan derhalve worden opgemerkt dat de wet van 1996 en de overeenkomst van 1996 niet dezelfde strekking hebben als de communautaire bepalingen betreffende vergunningen voor het in de handel brengen van geneesmiddelen en de controle op geneesmiddelen.

156. Dit gezegd hebbende, ben ik van mening dat de Zweedse regering niet aanmerkelijk heeft gemaakt dat de toekenning van een exclusief detailverkooprecht noodzakelijk is om Apoteket in staat te stellen haar taak te vervullen.

157. De Zweedse regering heeft namelijk geen gedetailleerde gegevens (in de vorm van cijfermateriaal of anderszins) aangevoerd, op basis waarvan zou kunnen worden vastgesteld dat zonder het litigieuze exclusieve recht de dunbevolkte gebieden niet of tegen minder gunstige voorwaarden zouden worden voorzien van geneesmiddelen. De Zweedse autoriteiten hebben evenmin gedetailleerde gegevens aangevoerd, op basis waarvan zou kunnen worden vastgesteld dat, ervan uitgaande dat zij tussenbeide moeten komen om de oprichting van apotheken in de dunbevolkte gebieden te verzekeren, de toekenning van een exclusief detailverkooprecht de minst beperkende maatregel vormt voor de intracommunautaire handel.

158. Bepaalde gegevens in het dossier lijken er integendeel op te wijzen dat de handhaving van het litigieuze exclusieve recht niet noodzakelijk is om het nagestreefde doel te bereiken. Deze gegevens zijn de volgende.

159. Op de eerste plaats hebben wij gezien dat Apoteket voor de verkoop van geneesmiddelen beschikt over 800 apotheken die zichzelf in eigendom en beheer heeft, evenals over 970 geneesmiddelenverkooppunten op het Zweedse grondgebied. Wij weten eveneens dat de apotheken in het algemeen zijn gevestigd in de dichtbevolkte gebieden, zoals stadscentra en winkelcentra, en dat de geneesmiddelenverkooppunten in de dunbevolkte gebieden op het platteland zijn gevestigd.

160. De geneesmiddelenverkooppunten zijn van Apoteket onafhankelijke ondernemers. Het betreft particuliere ondernemers die met deze vennootschap een overeenkomst hebben gesloten en die geneesmiddelen op recept verstrekken en een beperkt assortiment van geneesmiddelen zonder recept verkopen. Bovendien worden deze verkooppunten door Apoteket gekozen, niet op basis van criteria betreffende de bevolkingsdichtheid of de behoeften van de bevolking, maar „op basis van zakelijke overwegingen, dat wil zeggen op plaatsen waar deze niet in

167 — Zie eerste prejudiciële vraag (eerste volzin) en vierde prejudiciële vraag.

concurrentie staan met volwaardige apotheken".¹⁶⁸ Ten slotte staat vast dat deze geneesmiddelenverkooppunten geen enkele opleiding ontvangen¹⁶⁹ en aan cliënten geen adviezen mogen verschaffen wat het gebruik van de geneesmiddelen betreft.¹⁷⁰

enkele opleiding hebben ontvangen en die niet bevoegd zijn om adviezen te geven, kan worden afgeleid dat het litigieuze recht geen noodzakelijke (of adequate) maatregel vormt om dit doel te bereiken.

161. Onder deze omstandigheden kan moeilijk worden aanvaard dat de toekenning van het litigieuze exclusieve recht noodzakelijk is om een geneesmiddelenvoorziening op het gehele grondgebied te waarborgen. Het feit dat Apoteket, om de distributie van de geneesmiddelen in de dunbevolkte gebieden te verzekeren, overeenkomsten sluit met externe ondernemers, die reeds zijn gevestigd in de betrokken gebieden en die worden gekozen op basis van zakelijke overwegingen, toont aan dat het niet noodzakelijk is de verkoop van geneesmiddelen voor te behouden aan een enkele ondernemer om een adequate voorziening op het gehele Zweedse grondgebied te waarborgen.

163. Op de tweede plaats weten wij dat Apoteket is begonnen met de uitoefening van haar activiteiten via internet en de telefoon. De verwijzende rechter heeft uiteengezet¹⁷¹ dat Apoteket sinds het voorjaar van 2002 eveneens geneesmiddelen zonder recept verkoopt via internet en dat zij denkt op termijn alle geneesmiddelen, met inbegrip van die op recept, langs dit kanaal te kunnen verkopen. Om dat te doen, zal Apoteket de geneesmiddelen per post aan de cliënten verzenden met de vereiste inlichtingen en adviezen voor het gebruik.

164. Uit dit feit kan eveneens worden afgeleid dat de handhaving van het litigieuze recht niet noodzakelijk is om Apoteket in staat te stellen haar taak te vervullen.

162. Eveneens valt moeilijk in te zien waarom de toekenning van het litigieuze exclusieve recht noodzakelijk zou zijn om te waarborgen dat de bevolking onder optimale en gelijke voorwaarden toegang heeft tot geneesmiddelen. Uit het feit dat de geneesmiddelen in de meeste gevallen en in landelijke gebieden niet worden verkocht door apotheken, maar door ondernemers die geen

165. Er valt namelijk niet in te zien waarom het noodzakelijk zou zijn om de detailverkoop van geneesmiddelen voor te behouden aan een enkele ondernemer om de verkoop van deze producten op het platteland te waarborgen, terwijl de bezitter van het exclusieve recht deze voorziening verzekert door gebruik te maken van postorderver-

168 — Verwijzingsbeschikking (blz. 7).

169 — Idem.

170 — Schriftelijke opmerkingen van de Zweedse regering (punt 11).

171 — Verwijzingsbeschikking (blz. 7).

koop. Volgens mij zou welke apotheek dan ook, die over een verkoopnet via internet of de telefoon beschikt, bestellingen van patiënten, ook wanneer deze in dunbevolkte gebieden zijn gevestigd, kunnen aannemen, en hun de geneesmiddelen met de vereiste inlichtingen en adviezen kunnen toezenden.

166. Op de derde plaats toont een kort overzicht van de in de andere lidstaten bestaande stelsels¹⁷² aan, dat over het algemeen de toekenning van een exclusief detailverkooprecht niet noodzakelijk is om de aanwezigheid van apotheken in de dunbevolkte gebieden te waarborgen.

167. Het lijkt namelijk dat in alle lidstaten, met inbegrip van de Republiek Finland (dat de lidstaat is met de laagste bevolkingsdichtheid), de autoriteiten niet tussenbeide behoeven te komen om de oprichting van apotheken in de dunbevolkte gebieden af te dwingen. De maatregelen die zij hebben genomen (namelijk een algemene omschrijving van de criteria met betrekking tot de vestiging van apotheken en een beperking van het aantal apotheken in de dichtbevolkte gebieden), zijn in het algemeen voldoende om te waarborgen dat er een adequaat aantal apotheken is op het gehele grondgebied en met name in de minst bevolkte gebieden.

168. Zelfs gesteld dat de autoriteiten van een lidstaat tussenbeide moeten komen om de oprichting van apotheken op een deel van hun grondgebied te waarborgen, ben ik in ieder geval van mening dat de toekenning van een exclusief detailverkooprecht een onevenredige maatregel vormt in verhouding tot die doelstelling.

169. Het is namelijk voorstelbaar dat de autoriteiten van de betrokken lidstaat een vergunningstelsel invoeren en enkel gericht tussenbeide komen, om de oprichting van een apotheek in een gebied waar dat noodzakelijk blijkt te zijn, te waarborgen door het sluiten van een openbare dienstcontract met een particuliere ondernemer. Deze ondernemer zou aldus een openbare dienstverplichting opgelegd krijgen en de verkoop van geneesmiddelen in het betrokken gebied waarborgen in ruil voor een door de staat toegekende subsidie. Een dergelijk stelsel zou duidelijk minder beperkend zijn voor de intracommunautaire handel omdat het, anders dan een exclusief detailverkooprecht, de ondernemers uit de andere lidstaten niet zou beletten om zich te vestigen op het grondgebied van de betrokken lidstaat, noch om er hun producten aan te bieden aan de afnemers van hun keuze.

¹⁷² — Zie met name het overzicht op de internetsite van de Groupement pharmaceutique de l'Union européenne (<http://www.pgeu.org>) (op de pagina Sitemap, Pharmaciens d'officine, Données Pharmacie, Le nombre de pharmacies d'officine en Europe).

170. De stukken in het dossier lijken er dienaangaande op te duiden dat een dergelijk stelsel niet onmogelijk zou zijn in Zweden.

171. Tijdens de schriftelijke behandeling heeft Hanner namelijk een rapport van het Handels Utdredningsinstitut (HUI) (Instituut voor onderzoek van de handel) van mei 2002 overgelegd, met betrekking tot de geneesmiddelendistributie in Zweden.¹⁷³ Uit dat rapport kan worden afgeleid dat, ingeval het exclusieve recht van Apoteket zou worden opgeheven voor geneesmiddelen zonder recept, het aantal verkooppunten van deze geneesmiddelen zou stijgen met ongeveer 3 300 eenheden. Hanner heeft eveneens verwezen naar meerdere rapporten van Konkurrensverket (Nationale raad voor de mededinging)¹⁷⁴ die lijken aan te tonen dat, ingeval het exclusieve recht van Apoteket zou worden opgeheven voor geneesmiddelen zonder recept, de prijs van deze geneesmiddelen lager zou worden dan die welke door Apoteket wordt gehanteerd. De Zweedse regering heeft niet gereageerd op deze verschillende rapporten.

172. Het Stockholms tingsrätt heeft bovendien uiteengezet¹⁷⁵ dat, vóór de vestiging van het monopolie van Apoteket in 1969, de detailverkoop van geneesmiddelen binnen een vergunningenstelsel werd verzorgd door particuliere ondernemers. De Zweedse regering heeft op geen enkel moment tijdens de procedure aangevoerd dat met dit stelsel geen adequate geneesmiddelenvoorziening

kon worden gewaarborgd op het gehele grondgebied en tegen uniforme prijzen. Het lijkt derhalve dat het monopolie van Apoteket niet is gevestigd om technische redenen in verband met de gebrekkige geneesmiddelenvoorziening van de bevolking.

173. Deze verschillende punten in aanmerking nemende, ben ik van mening dat de Zweedse autoriteiten de toepassing van artikel 86, lid 2, EG niet hebben gerechtvaardigd. De stukken in het dossier wijzen er intengedeel op, dat de handhaving van het exclusieve detailverkooprecht voor geneesmiddelen niet noodzakelijk is om Apoteket in staat te stellen haar bijzondere taak te vervullen, en dat in ieder geval de handhaving van dat recht een onevenredige maatregel vormt in verhouding tot het nagestreefde doel.

174. Om ten slotte te antwoorden op de laatste vraag van het Stockholms tingsrätt, zou ik erop willen wijzen dat naar mijn mening deze conclusie niet anders zou luiden wanneer de geneesmiddelen zonder recept zouden zijn uitgesloten van de werkingssfeer van het monopolie van Apoteket.¹⁷⁶

173 — Schriftelijke opmerkingen van Hanner (bijlage 3 en punten 92-94).

174 — Rapport 1999/4, „Medededinging bij de verkoop van geneesmiddelen”; rapport 2002/4, „Verzorgen en scheppen van medededinging”, en rapport 2002/2, „Medededinging in Zweden” (aangehaald in de schriftelijke opmerkingen van Hanner in de punten 39 en 40).

175 — Verwijzingsbeschikking (blz. 3).

176 — Zie vijfde prejudiciële vraag.

175. Uit het voorgaande blijkt namelijk, dat de redenen waarom niet kan worden erkend dat het exclusieve recht van Apoteket noodzakelijk en evenredig is, zowel gelden voor de geneesmiddelen met recept als voor de geneesmiddelen zonder recept. Derhalve zou de uitsluiting van de geneesmiddelen zonder recept van de werkingssfeer van het exclusieve recht van Apoteket, niet tot gevolg hebben dat dat recht dan zou voldoen aan de vereisten van het gemeenschapsrecht.

176. Onder deze omstandigheden ben ik van mening dat de handhaving van het exclusieve recht van Apoteket niet kan worden gerechtvaardigd op basis van artikel 86, lid 2, EG. Ik stel het Hof derhalve voor om het Stockholms tingsrätt aldus te antwoorden, dat de artikelen 31 EG en 86, lid 2, EG in de weg staan aan de handhaving van een exclusief detailverkooprecht voor geneesmiddelen, zoals dat is verleend aan Apoteket.

VII — Conclusie

177. Gelet op een en ander, geef ik het Hof in overweging als volgt voor recht te verklaren:

„De artikelen 31 EG en 86, lid 2, EG moeten aldus worden uitgelegd, dat zij in de weg staan aan een nationale regeling die aan een onderneming zoals de vennootschap Apoteket AB een exclusief detailverkooprecht voor geneesmiddelen verleent teneinde een adequate geneesmiddelenvoorziening op het gehele grondgebied van de betrokken lidstaat tegen dezelfde prijsvoorwaarden te verzekeren.”