

## CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL

SR. PHILIPPE LÉGER

presentadas el 25 de mayo de 2004<sup>1</sup>

1. En el presente asunto, el Stockholms tingsrätt (Tribunal de primera instancia de Estocolmo) plantea varias cuestiones prejudiciales relativas a la legalidad del monopolio de venta al por menor de medicamentos en Suecia. Dichas cuestiones tienen como origen un proceso penal incoado contra el Sr. Krister Hanner, al que se acusa de haber vendido determinados medicamentos, infringiendo la legislación sueca que reserva la venta de ese tipo de productos al Estado o a un organismo designado por el Estado.

2. En este asunto se pretende, en esencia, dilucidar si un derecho exclusivo de venta al por menor puede considerarse compatible con el artículo 31 CE. En caso negativo, habrá que preguntarse si el mantenimiento de dicho derecho puede justificarse al amparo de las excepciones previstas por el Tratado CE y, en particular, del artículo 86 CE, apartado 2.

3. Una de las dificultades del caso de autos consiste en que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ofrece respuestas contradictorias a las distintas cuestiones que en él se plantean.

### I. Marco jurídico nacional

4. En 1969, las autoridades suecas decretaron la desaparición de las farmacias privadas y la instauración de un monopolio estatal de venta al por menor de medicamentos. Dicho monopolio cubre todos los medicamentos, sean para uso humano o veterinario y estén o no sujetos a receta médica. Se encuentra actualmente regulado por la lagen (1996:1152) om handel med läkemedel m. m. (Ley nº 1152 de 1996 sobre el comercio de medicamentos).<sup>2</sup>

5. El artículo 2 de dicha Ley define el concepto de «venta al por menor» como la venta a los consumidores y a las personas autorizadas para recetar medicamentos. Según el artículo 3 de la misma Ley, cualquier otro tipo de venta constituye una «venta al por mayor» y requiere una autorización de la Läkemedelsverket (Agencia del medicamento sueca).

1 — Lengua original: francés.

2 — Anexo 1 de las observaciones escritas del Gobierno sueco (en lo sucesivo, «Ley de 1996»).

6. El artículo 4 de la Ley de 1996 establece las bases del monopolio del Estado sueco. Señala que «salvo cuando la presente Ley disponga otra cosa, la venta al por menor de [medicamentos] deberá ser efectuada exclusivamente por el Estado o por una o varias personas jurídicas sobre las que el Estado ejerza una influencia decisiva» y que «el Gobierno determinará qué personas estarán facultadas para proceder a la venta así como las condiciones en que deberá efectuarse la misma».

7. Como excepción a la disposición anterior, la venta al por menor de medicamentos a los centros hospitalarios podrá ser efectuada por los titulares de una autorización de venta al por mayor.<sup>3</sup>

8. Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley de 1996, las personas que infrinjan las disposiciones que establecen el monopolio del Estado serán condenadas al pago de una multa o a una pena de prisión de hasta dos años.

9. Mediante un convenio firmado en el año 1970, el Estado sueco encomendó a la sociedad Apoteksbolaget AB, especialmente constituida a estos efectos, el ejercicio de la actividad de venta al por menor de medicamentos. En 1988, Apoteksbolaget AB cambió su denominación social por la de Apoteket AB.<sup>4</sup>

10. Apoteket es una sociedad cuyo capital pertenece al Estado y cuyo equipo directivo está fundamentalmente integrado por políticos y funcionarios. Su plantilla actual es de 11.000 personas.

11. Para prestar el servicio de venta de medicamentos al público, Apoteket cuenta con 800 farmacias que le pertenecen y que gestiona directamente. Dichas farmacias están generalmente implantadas en zonas de alta densidad de población, como los centros urbanos, y en centros comerciales y sanitarios.

12. En las zonas rurales, donde no sería rentable la apertura de una farmacia, Apoteket lleva a cabo la venta de medicamentos a través de unos 970 «Apoteksombud» (agentes farmacéuticos). Se trata de operadores privados, con los que Apoteket ha suscrito un contrato y que se obligan, a cambio de una remuneración, a suministrar los medicamentos sujetos a receta médica a los pacientes. Estos agentes farmacéuticos están también habilitados para vender al público un surtido limitado de medicamentos no sujetos a receta. Apoteket asume la inspección de los mismos, así como la fijación del precio de venta de los medicamentos y del surtido de productos. Los agentes farmacéuticos no reciben ninguna formación específica y no se les permite prestar asesoramiento a los clientes sobre el uso de los medicamentos.

13. De los autos del presente caso se desprende que, desde la primavera de 2002,

3 — Artículo 5 de la Ley de 1996.

4 — En lo sucesivo, «Apoteket».

Apoteket también vende medicamentos sin receta por Internet y por teléfono. En el futuro, la sociedad tiene previsto vender a través de dichos canales todos los medicamentos, incluidos los sujetos a receta médica. En este tipo de ventas, Apoteket envía los medicamentos a los clientes, con la correspondiente información y asesoramiento sobre su utilización.

dar respuesta a las necesidades del sistema sanitario. En este contexto, es la propia Apoteket la que determina el número y lugar de implantación de las farmacias y del resto de puntos de venta de medicamentos. Debe estar en condiciones de suministrar todos los medicamentos (sujetos o no a receta médica) cubiertos por su derecho exclusivo.

14. Por lo que se refiere a las condiciones de aprovisionamiento, Apoteket se abastece únicamente de dos mayoristas con presencia en el Estado sueco, que son Tamro y Kronans Droghandel. Carece de autorización para importar por sí misma medicamentos que procedan del resto de Estados miembros.

17. El artículo 8 del convenio de 1996 obliga a Apoteket a aplicar un precio de venta único para cada medicamento. El precio de venta de los medicamentos reembolsables —y, en consecuencia, el margen de beneficio de Apoteket— lo establece la Läkemedelsförmånsnämnden (Comisión de precios de los medicamentos). En cambio, es la propia Apoteket la que establece el precio de los medicamentos que no son reembolsables, así como su propio margen de beneficio. Los medicamentos reembolsables son todos los que están sujetos a receta médica y algunos de los no sujetos a receta.

15. En el momento en que se produjeron los hechos del asunto principal, las relaciones entre el Estado y Apoteket estaban reguladas por el convenio de 20 de diciembre de 1996, tal y como había sido prorrogado y modificado por el convenio de 21 de diciembre de 1998.<sup>5</sup>

16. Dicho convenio prevé que Apoteket debe garantizar un abastecimiento adecuado de medicamentos en todo el territorio y garantizar a los consumidores una información independiente de los productores de medicamentos. Para ello, Apoteket debe organizar un sistema nacional de distribución y mantener unos niveles de existencias y unas capacidades logísticas suficientes para

## II. Procedimiento prejudicial

18. Las autoridades suecas incoaron un proceso penal contra el Sr. Hanner por infracción del artículo 4 de la Ley de 1996. Le acusan de haber vendido, en mayo y julio de 2001, doce envases de parches Nicorette y de chicles Nicorette, que son sucedáneos de nicotina para ayudar a los fumadores a dejar de fumar. El Ministerio Fiscal subrayó que dichos productos habían sido clasificados

<sup>5</sup> — Anexo 2 de las observaciones escritas del Gobierno sueco (en lo sucesivo, «convenio de 1996»).

como medicamentos por el Läkemedelsverket y, en consecuencia, estaban incluidos en el monopolio del Estado sueco.

2) Teniendo en cuenta lo expuesto en la primera cuestión, ¿se opone el artículo 28 CE a una normativa como la descrita en dicha cuestión?

19. El Sr. Hanner admitió los hechos ante el órgano jurisdiccional remitente, pero negando que constituyesen una infracción. Alegó que el monopolio del Estado sueco era contrario a lo previsto en los artículos 31 CE, 28 CE y 43 CE.

3) Teniendo en cuenta lo expuesto en la primera cuestión, ¿se opone el artículo 43 CE a una normativa como la descrita en dicha cuestión?

20. Por considerar que la solución del litigio dependía de la interpretación de dichos artículos, el Stockholms tingsrätt decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

4) En el contexto del análisis de las cuestiones primera a tercera, ¿se opone el principio de proporcionalidad a una normativa nacional como la descrita en la primera cuestión?

«1) En el ámbito nacional existe un sistema autónomo para el examen y autorización de los medicamentos que tiene por objeto garantizar la buena calidad de los mismos y evitar sus efectos dañinos. Algunos medicamentos están sujetos, además, a la obligación de prescripción (receta) por un médico habilitado. En tales circunstancias, ¿se opone el artículo 31 CE a una normativa nacional que dispone que la venta al por menor de medicamentos sólo puede ser efectuada por el Estado, o por una persona jurídica sobre la que el Estado ejerza una influencia determinante, y cuya finalidad consiste en atender a la necesidad de unos medicamentos seguros y eficaces?

5) En el contexto de la apreciación de las cuestiones primera a cuarta, ¿influye el hecho de que a los medicamentos llamados de venta libre no se les aplique, total o parcialmente, la norma jurídica nacional que establece que sólo puede efectuar la venta al por menor de medicamentos el Estado o una persona jurídica sobre la que el Estado ejerza una influencia determinante?»

### III. Objeto de las cuestiones prejudiciales

21. La petición de decisión prejudicial del Stockholms tingsrätt plantea dos grupos de cuestiones.

22. Para empezar, el órgano jurisdiccional remitente quiere saber si las normas fundamentales en materia de libre circulación de mercancías (artículos 31 CE y 28 CE) y de libertad de establecimiento (artículo 43 CE) se oponen a una legislación nacional que reserva al Estado, o a un organismo controlado por él, el derecho exclusivo de venta al por menor de medicamentos.<sup>6</sup>

23. En caso afirmativo, habrá que preguntarse a continuación si dicha legislación puede estar justificada al amparo de las excepciones previstas en el Tratado. En efecto, aunque el Stockholms tingsrätt no se haya referido expresamente en su petición de decisión prejudicial a las normas del Tratado que establecen excepciones, es necesario interpretar dichas normas para poder ofrecer al órgano jurisdiccional remitente una respuesta adecuada, es decir, una respuesta que contenga todos los elementos necesarios para determinar si el monopolio

objeto del litigio es compatible con el Derecho comunitario.<sup>7</sup> Además, la pregunta sobre la justificación del monopolio está incluida de forma implícita en las dos primeras frases de la primera cuestión prejudicial y en las cuestiones cuarta y quinta.

24. Así, el órgano jurisdiccional remitente desea, más en concreto, saber si la medida objeto del litigio es proporcionada al objetivo que se persigue.<sup>8</sup> Se pregunta si dicha medida es necesaria, dado que ya existen otras disposiciones normativas en materia de examen, autorización y prescripción de medicamentos para garantizar la protección de la salud pública.<sup>9</sup> Por otra parte, el órgano jurisdiccional remitente plantea la cuestión de si la medida objeto del litigio no va más allá que lo que sería necesario al incluir en el monopolio estatal los medicamentos que no están sujetos a receta médica.<sup>10</sup>

25. Examinaré sucesivamente las distintas cuestiones, comenzando por la relativa al análisis del artículo 31 CE, ya que dicha

7 — Debe recordarse que, con arreglo a una jurisprudencia reiterada, el Tribunal de Justicia considera que, para dar una respuesta adecuada al órgano jurisdiccional nacional que le ha planteado una cuestión prejudicial, puede verse obligado a tomar en consideración normas de Derecho comunitario a las que el juez nacional no se haya referido en su cuestión (véanse, en particular, las sentencias de 20 de marzo de 1986, Tissier, 35/85, Rec. p. 1207, apartado 9; de 18 de noviembre de 1999, Teckal, C-107/98, Rec. p. I-8121, apartado 39; de 16 de enero de 2003, Pansard y otros, C-265/01, Rec. p. I-683, apartado 19, y de 22 de enero de 2004, COPPI, C-271/01, Rec. p. I-1029, apartado 27).

8 — Cuarta cuestión prejudicial.

9 — Primera cuestión prejudicial (primera y segunda frases).

10 — Quinta cuestión prejudicial.

6 — Primera cuestión prejudicial (tercera frase), así como segunda y tercera cuestiones prejudiciales.

disposición constituye una *lex specialis* para los monopolios nacionales de carácter comercial.<sup>11</sup>

#### IV. Sobre el artículo 31 CE

26. El artículo 31 CE, apartado 1, está redactado de la forma siguiente:

«Los Estados miembros adecuarán los monopolios nacionales de carácter comercial de tal modo que quede asegurada la exclusión de toda discriminación entre los nacionales de los Estados miembros respecto de las condiciones de abastecimiento y de mercado.

Las disposiciones del presente artículo se aplicarán a cualquier organismo mediante el cual un Estado miembro, *de iure* o *de facto*, directa o indirectamente, controle, dirija o influya sensiblemente en las importaciones o las exportaciones entre los Estados miembros. Tales disposiciones se aplicarán igualmente a los monopolios cedidos por el Estado a terceros.»

27. El artículo 31 CE está ubicado entre las normas del Tratado relativas a la libre circulación de mercancías. Tiene como objetivo principal evitar que los Estados miembros utilicen sus monopolios comerciales con fines proteccionistas para así restablecer los obstáculos a la libre circulación de mercancías que el resto de disposiciones del Tratado tratan precisamente de eliminar.<sup>12</sup> En este sentido, el Informe Spaak indica que:<sup>13</sup>

«Se plantea un problema específico cuando la regulación directa de las importaciones no se realiza mediante cuotas, sino a través de la creación de un monopolio de compras, ya sea a favor de un organismo público o de una entidad privada concesionaria del Estado. En tales casos, la autoridad que establece los límites a las importaciones se confunde con el propio comprador. No puede por tanto aplicarse una fórmula automática de ampliación de cuotas, dado que es inconcebible el que se obligue a realizar compras que no sean necesarias. Un paso importante para alcanzar una solución consiste en el hecho de que, al final del período de transición, las organizaciones nacionales de compras o de importación tendrán que haber desaparecido, o haberse adaptado al mercado común, o bien, en caso necesario, haber sido reemplazadas por una organización común.»

11 — Sentencias de 20 de febrero de 1979, ReweZentral, «Cassis de Dijon» (120/78, Rec. p. 649), apartado 7; de 13 de marzo de 1979, Peureux II (119/78, Rec. p. 975), apartado 27, y de 14 de diciembre de 1995, Bancharo (C-387/93, Rec. p. I-4663), apartado 26.

12 — Véanse, en este sentido, el artículo 31 CE, apartado 2, y la sentencia de 13 de marzo de 1979, Hansen (91/78, Rec. p. 935), apartado 8.

13 — Comité intergubernamental creado por la conferencia de Messina, Informe de los jefes de delegación a los Ministros de asuntos exteriores, Bruselas, 21 de abril de 1956, p. 37.

28. El artículo 31 CE es, por tanto, una norma específica para eliminar los obstáculos a la libre circulación de mercancías que no se deriven de una medida adoptada por el Estado, sino del comportamiento de los monopolios estatales.<sup>14</sup>

29. En el presente asunto, el Stockholms tingsrätt pregunta si dicho artículo se opone a una legislación nacional que reserva a las autoridades de un Estado miembro, o a un organismo controlado por las mismas, el derecho exclusivo de venta al por menor de medicamentos.

30. Para responder a esta pregunta, empezaré por comprobar si Apoteket está incluida en el ámbito de aplicación del artículo 31 CE (punto A *infra*). A continuación analizaré si un derecho exclusivo de venta al por menor puede considerarse compatible con los requisitos que establece dicho artículo (punto B *infra*).

#### A. Sobre el ámbito de aplicación del artículo 31 CE

31. El artículo 31 CE se aplica a los monopolios nacionales de carácter comercial,

incluyendo «cualquier organismo mediante el cual un Estado miembro directa o indirectamente, controle, dirija o influya sensiblemente en las importaciones o las exportaciones entre los Estados miembros».<sup>15</sup>

32. Como subrayó el Abogado General Sr. Cosmas,<sup>16</sup> esta definición supone la concurrencia de dos elementos de distinta naturaleza: un elemento orgánico y un elemento funcional.

33. Por lo que se refiere al elemento orgánico, el artículo 31 CE requiere que el monopolio nacional sea de naturaleza «comercial». Esto significa que el organismo en cuestión debe ejercer una actividad económica, esto es, una actividad que consista en ofrecer bienes o servicios en un mercado determinado.<sup>17</sup> La expresión «monopolio nacional de carácter comercial» queda ligada de esta forma al concepto de «empresa» en el contexto del Derecho de la competencia, ya que éste se refiere a

14 — Berrod, F.: «Monopoles publics et droit communautaire», *Juris-classeur Europe*, 2004, fascículo 1510, punto 24.

15 — Sentencias de 3 febrero de 1976, Manghera y otros (59/75, Rec. p. 91), apartado 7, y de 4 de mayo de 1988, Bodson (30/87, Rec. p. 2479), apartado 11.

16 — Conclusiones presentadas en los asuntos en los que recayeron las sentencias de 23 de octubre de 1997, Comisión/Países Bajos (C-157/94, Rec. p. I-5699); Comisión/Italia (C-158/94, Rec. p. I-5789); Comisión/Francia (C-159/94, Rec. p. I-5815), y Comisión/España (C-160/94, Rec. p. I-5851), punto 28.

17 — Debe recordarse que, en el ámbito del Derecho de la competencia, el término de «actividad económica» se aplica a cualquier actividad que consista en ofrecer bienes o servicios en un mercado determinado (véanse, en particular, las sentencias de 16 de junio de 1987, Comisión/Italia, 118/85, Rec. p. 2599, apartado 7; de 18 de junio de 1998, Comisión/Italia, C-35/96, Rec. p. I-3851, apartado 36, y de 19 de febrero de 2002, Wouters y otros., C-309/99, Rec. p. I-1577, apartado 47).

«cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación». <sup>18</sup>

34. No obstante, el carácter «nacional» del monopolio exige que la entidad en cuestión tenga un vínculo especial con el Estado. <sup>19</sup> Puede tratarse de una parte de la administración, <sup>20</sup> de una empresa pública <sup>21</sup> o de una empresa privada concesionaria de derechos exclusivos o especiales. <sup>22</sup> Lo esencial es que el Estado pueda ejercer una influencia decisiva sobre el comportamiento de la entidad de que se trate. <sup>23</sup> Adicionalmente, el carácter «nacional» del monopolio requiere que el origen del mismo sea un acto de los poderes públicos y que su exclusividad esté jurídicamente garantizada. <sup>24</sup> Este último requisito excluye los monopolios puramente económicos, que están sujetos a las normas de competencia del Tratado. Finalmente, el Tribunal de Justicia ha señalado que el artículo 31 CE

se refiere a los intercambios de mercancías <sup>25</sup> y no es, por ello, aplicable a los monopolios de prestación de servicios, <sup>26</sup> salvo cuando estos últimos puedan ejercer una influencia indirecta sobre los intercambios de mercancías entre los Estados miembros. <sup>27</sup>

35. Por lo que respecta al elemento funcional, el artículo 31 CE se refiere a una situación en la que las autoridades públicas están en condiciones de influir sensiblemente en los intercambios entre los Estados miembros, por medio del organismo o de la entidad antes mencionados. <sup>28</sup> A este respecto, no se requiere que el Estado *controle* o *dirija* las importaciones y las exportaciones. Es suficiente con que pueda influir en los intercambios, incluso de forma indirecta. <sup>29</sup> Además, para que la influencia del Estado sea considerada sensible, no es necesario que controle todas las importaciones o las exportaciones. Así, se considera que un Estado que disponga del derecho exclusivo de importar y comercializar el 65 % de las necesidades del mercado nacional de un producto tiene el poder de influir sensiblemente en las importaciones de tales productos procedentes de los demás Estados miembros. <sup>30</sup>

18 — Sentencia de 23 de abril de 1991, Höfner y Elser (C-41/90, Rec. p. I-1979), apartado 21.

19 — Esto se deduce claramente de la versión francesa del artículo 31 CE antes de su modificación, que utilizaba la expresión «monopole d'État». Por otra parte, otras versiones lingüísticas del Tratado, como la inglesa, han conservado esa misma expresión tras la modificación («State monopolies»).

20 — Véase, en particular, la sentencia Bodson, antes citada, apartado 13.

21 — Sentencias antes citadas de 23 de octubre de 1997, Comisión/Italia, apartado 2, y Comisión/Francia, apartado 3, así como la sentencia de 23 de octubre de 1997, Franzén (C-189/95, Rec. p. I-5909; en lo sucesivo, «sentencia Franzén»), apartado 15.

22 — Véanse, en particular, la sentencia Comisión/Países Bajos, antes citada, apartados 2 a 4, y las conclusiones del Abogado General Sr. Roemer en el asunto en el que recayó la sentencia de 21 de marzo de 1972, SAIL (82/71, Rec. pp. 119 y ss., especialmente p. 145).

23 — Véanse, en ese sentido, la sentencia de 16 de diciembre de 1970, Cinzano (13/70, Rec. p. 1089), apartado 5, y las conclusiones del Abogado General Sr. Roemer en el asunto SAIL, antes citado (p. 145).

24 — De Cockborne, J.-E., Defalque, L., Durand, C.-F., Prah, H., y Vandersanden, G.: *Commentaire J. Megret, Le droit de la CEE, volume 1, Préambule, Principes, Libre circulation des marchandises*, Éditions de l'université de Bruxelles, 2<sup>e</sup> éd., Bruselas, 1992, p. 311, y Berrad, F.: *op.cit.*, punto 6.

25 — Sentencia de 15 de julio de 1964, Costa/ENEL (6/64, Rec. pp. 1141 y ss., especialmente p. 1165, y punto 4 del fallo).

26 — Sentencias de 30 de abril de 1974, Sacchi (155/73, Rec. p. 409), apartado 10, y de 11 de septiembre de 2003, Anomar y otros (C-6/01, Rec. p. I-8621), apartado 59.

27 — Sentencias de 28 de junio de 1983, Amélioration de l'élevage (271/81, Rec. p. 2057), apartados 8 a 13, y de 7 de diciembre de 1995, Gervais y otros (C-17/94, Rec. p. I-4353), apartados 35 y 37.

28 — Véanse, en particular, las sentencias Bodson, antes citada, apartado 13; de 27 de abril de 1994, Almelo (C-393/92, Rec. p. I-1477), apartado 29, y Banchemo, antes citada, apartado 26.

29 — Sentencia Cinzano, antes citada, apartado 5.

30 — Sentencia de 13 de diciembre de 1990, Comisión/Grecia (C-347/88, Rec. p. I-4747), apartado 41.

36. En el caso de autos, ha quedado demostrado que Apoteket cumple los dos requisitos anteriores.

37. Por una parte, Apoteket ejerce una actividad económica en el sentido del Derecho de la competencia, ya que vende bienes en un mercado determinado, que es el mercado de los medicamentos. También está sujeta al control del Estado porque su capital pertenece a las autoridades suecas y su equipo directivo está integrado por políticos y funcionarios. Por último, dispone de un monopolio de Derecho porque la exclusividad de su actividad está garantizada tanto por la Ley de 1996<sup>31</sup> como por el convenio de 1996.<sup>32</sup>

38. Por otra parte, Apoteket goza de un derecho exclusivo de venta al por menor. Pues bien, el Tribunal de Justicia ya ha reconocido que la existencia de un derecho de ese tipo permite al Estado miembro en cuestión influir sensiblemente en las importaciones del producto de que se trate procedentes de los demás Estados miembros.<sup>33</sup>

39. En tales circunstancias, Apoteket constituye un monopolio nacional de carácter comercial en el sentido del artículo 31 CE. En consecuencia, es preciso comprobar si las exigencias que plantea dicho artículo se oponen a la existencia o al ejercicio concreto del derecho exclusivo de venta al por menor que le ha sido otorgado.

B. *Sobre las obligaciones que establece el artículo 31 CE*

40. El artículo 31 CE no exige la supresión de los monopolios nacionales de carácter comercial.<sup>34</sup> Sólo prescribe su adecuación para garantizar la exclusión de toda discriminación entre los nacionales de los Estados miembros respecto de las condiciones de abastecimiento y de mercado de las mercancías.<sup>35</sup>

41. Uno de los problemas que plantea el artículo 31 CE se deriva del hecho de que la expresión «monopolio nacional» se utiliza para designar tanto al derecho exclusivo de ejercer una determinada actividad (producción, importación, comercialización) como al organismo al que se le ha encomendado el ejercicio de dicho derecho exclusivo.<sup>36</sup> Es evidente que, a resultas de lo dispuesto en el artículo 295 CE,<sup>37</sup> el Tratado no puede imponer a un Estado miembro la supresión de un organismo titular de derechos exclusivos. En cambio, el Tribunal de Justicia ha declarado que la obligación de adecuación prescrita en el artículo 31 CE sí puede obligar a los Estados miembros a suprimir determinados derechos exclusivos.

31 — Artículo 4.

32 — Artículo 1.

33 — Sentencia Franzén, apartados 37 y ss. Lo mismo se deduce, *a sensu contrario*, de la lectura de la sentencia Banchemo, antes citada, apartados 29 a 31.

34 — Sentencia Manghera y otros, antes citada, apartado 5.

35 — *Idem*.

36 — De Cockborne, J.-E., Defalque, L., Durand, C.-F., Prah, H., y Vandersanden, G.: *op. cit.*, p. 322.

37 — Dicho artículo dispone que «el presente Tratado no prejuzga en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros».

42. Así, en la sentencia Manghera y otros, antes citada,<sup>38</sup> el Tribunal de Justicia declaró que un derecho exclusivo de importación de productos constituía, por definición, una discriminación prohibida por el artículo 31 CE y que, por ello, los Estados miembros estaban obligados a suprimir tales derechos. Igualmente, el Tribunal de Justicia estimó que los derechos exclusivos de exportación de productos eran, por naturaleza, contrarios al artículo 31 CE y debían ser suprimidos.<sup>39</sup>

43. La cuestión que se plantea en este caso es determinar si un derecho exclusivo de venta al por menor puede ser considerado compatible con el artículo 31 CE.

44. El Tribunal de Justicia ya tuvo ocasión de pronunciarse sobre dicha cuestión en la sentencia Franzén, antes citada. Declaró la conformidad del monopolio enjuiciado en dicho asunto con el artículo 31 CE, en la medida en que las disposiciones relativas a su existencia y a su funcionamiento no eran discriminatorias ni podían perjudicar a los productos importados de otros Estados miembros.

45. Sin embargo, en el presente caso, propondré al Tribunal de Justicia que no

aplique la sentencia Franzén. En efecto, como la mayoría de la doctrina,<sup>40</sup> considero que la solución que se extrae de dicha sentencia no constituye una interpretación correcta de las disposiciones del Tratado.

46. Antes de exponer las razones por las que propondré al Tribunal de Justicia que reconsidere la jurisprudencia que se deriva de la sentencia Franzén, creo necesario recordar brevemente el contenido de ésta.

#### 1. Contenido de la sentencia Franzén

47. El asunto Franzén trataba del monopolio de venta al por menor de bebidas alcohólicas en Suecia.

48. En dicho Estado miembro, la Ley aplicable subordinaba la producción, el comercio al por mayor y la importación (total o parcial) de las bebidas alcohólicas a la posesión de licencias especiales expedidas por la Alkoholinspektion (Inspección de

38 — Apartados 12 y 13.

39 — Sentencia de 23 de octubre de 1997, Comisión/Italia, antes citada, apartado 24.

40 — Véase, en particular, Berrod, F.: nota sobre la sentencia Franzén, en *Europe*, enero 1998, pp. 14 y 15; Blum, F.: «De Sacchi à Franzén en passant par la Crespelle: jurisprudence récente de l'article 90», en la *Gazette du Palais*, 1999, pp. 1031 a 1043; Buendía Sierra, J. L.: *Exclusive rights and state monopolies under EC Law*, Oxford University Press, Oxford, 1999, pp. 102 a 104 (puntos 3.105 a 3.108), y pp. 121 y 122 (puntos 3.169 y 3.170); Slot, p. J.: nota sobre las sentencias de 23 de octubre de 1997, Franzén, Comisión/Países Bajos, Comisión/Italia, Comisión/Francia y Comisión/España [antes citadas], en la *Common Market Law Review*, 1998, pp. 1183 a 1203, así como Faull, J., y Nikpay, A.: *The EC law of competition*, Oxford University Press, Oxford, 1999, p. 309 (punto 5.109).

bebidas alcohólicas). Por otra parte, dicha Ley había otorgado a una empresa pública, especialmente constituida a estos efectos, el derecho exclusivo de venta al por menor de vino, cerveza fuerte y bebidas espirituosas. Esta sociedad, denominada Systembolaget Aktiebolag,<sup>41</sup> pertenecía en su totalidad al Estado sueco.

49. En el marco de un proceso penal enablado contra el Sr. Franzén, un órgano jurisdiccional sueco planteó al Tribunal de Justicia una serie de cuestiones para dilucidar si el monopolio de Systembolaget era compatible con los artículos 30 y 37 del Tratado CE (actualmente, artículos 28 CE y 31 CE, tras su modificación).

50. El Tribunal de Justicia comenzó subrayando que las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional remitente no sólo se referían a las disposiciones nacionales relativas a la existencia y al funcionamiento del monopolio objeto del litigio, sino, también, de modo más general, a las disposiciones que, aunque no regulaban el funcionamiento del monopolio, tenían una incidencia directa sobre él, como era el caso de las normas relativas a las licencias de fabricación y de comercio al por mayor.<sup>42</sup>

51. A continuación, el Tribunal de Justicia indicó que, con arreglo a su jurisprudencia, procedía examinar las normas relativas a la

existencia y al funcionamiento del monopolio a la luz de las disposiciones del artículo 37 del Tratado,<sup>43</sup> mientras que las demás disposiciones, que podían separarse del funcionamiento del monopolio aun cuando tuvieran una incidencia sobre este último, debían ser analizadas en relación con el artículo 30 del Tratado.<sup>44</sup>

52. En lo que se refiere a las normas relativas a la existencia y al funcionamiento del monopolio, el Tribunal de Justicia estableció lo siguiente:

«39 [...] el artículo 37 del Tratado tiene por objeto conciliar la posibilidad de que los Estados miembros puedan mantener determinados monopolios de carácter comercial, como instrumentos para el logro de objetivos de interés público, con las exigencias del establecimiento y del funcionamiento del mercado común. Pretende suprimir los obstáculos a la libre circulación de mercancías, con excepción, no obstante, de los efectos restrictivos sobre los intercambios que son inherentes a la existencia de los monopolios de que se trata.

40 De este modo, el artículo 37 exige que la organización y el funcionamiento del monopolio se adecuen con el fin de excluir toda discriminación entre los nacionales de los Estados miembros respecto de las condiciones de abaste-

41 — En lo sucesivo, «Systembolaget».

42 — Sentencia Franzén, apartado 34.

43 — *Ibidem*, apartado 35.

44 — *Ibidem*, apartado 36.

cimiento y de mercado, de modo tal que el comercio de mercancías procedentes de otros Estados miembros no resulte desfavorecido, ni de hecho ni de Derecho, en relación con el de las mercancías nacionales y que no se falsee la competencia entre las economías de los Estados miembros [...].

41 En el caso de autos, no se discute que, por estar destinado a proteger la salud pública de los perjuicios del alcohol, un monopolio nacional de venta al por menor de bebidas alcohólicas, como el conferido a Systembolaget, persigue un objetivo de interés público.

42 Procede pues verificar si un monopolio de este tipo resulta adecuado para satisfacer los requisitos recogidos en los apartados 39 y 40 *supra*.»

53. De esta forma, el Tribunal de Justicia analizó las disposiciones relativas al sistema de selección de los productos,<sup>45</sup> a la red de venta del monopolio<sup>46</sup> y al sistema de promoción de bebidas alcohólicas.<sup>47</sup> En cada caso, declaró que las disposiciones pertinentes no resultaban discriminatorias ni podían perjudicar a los productos importados de otros Estados miembros. De todas formas, el

Tribunal de Justicia estimó que, aun suponiendo que lo fueran, dichas disposiciones estarían justificadas por las exigencias inherentes a la existencia o a la gestión del monopolio en cuestión.<sup>48</sup>

54. En consecuencia, el Tribunal de Justicia concluyó «que un monopolio de venta al por menor, como el controvertido en el litigio principal, satisface los requisitos del artículo 37 del Tratado, enumerados en los apartados 39 y 40 de la presente sentencia».<sup>49</sup>

55. En lo que respecta al resto de disposiciones nacionales que inciden en el funcionamiento del monopolio, el Tribunal de Justicia declaró que las normas que reservaban las importaciones de bebidas alcohólicas a los titulares de una licencia constituían un obstáculo en el sentido de la jurisprudencia Dassonville.<sup>50</sup> Además, manifestó que el Gobierno sueco no había demostrado que dichas normas fueran proporcionadas al objetivo de salud pública perseguido.<sup>51</sup> El Tribunal de Justicia extrajo de lo anterior la conclusión de que las disposiciones suecas relativas al régimen de importación de bebidas alcohólicas eran contrarias a los artículos 30 y 36 del Tratado CE (actualmente, artículos 28 CE y 30 CE, tras su modificación).<sup>52</sup>

45 — *Ibidem*, apartados 43 a 52.

46 — *Ibidem*, apartados 53 a 57.

47 — *Ibidem*, apartados 58 a 65.

48 — *Ibidem*, apartados 49 y 59.

49 — *Ibidem*, apartado 66.

50 — Sentencia de 11 de julio de 1974, Dassonville (8/74, Rec. p. 837), apartado 5.

51 — Sentencia Franzén, apartado 76.

52 — *Ibidem*, apartado 77.

## 2. Análisis de la jurisprudencia Franzén

56. Coincido con la mayoría de la doctrina<sup>53</sup> en que el razonamiento desarrollado en la sentencia Franzén está basado en una interpretación incorrecta del artículo 31 CE. En mi opinión, dicha sentencia plantea esencialmente tres grupos de problemas.

57. En primer lugar, el Tribunal de Justicia realizó un análisis «fragmentario» del monopolio objeto del litigio.

58. En su anterior jurisprudencia, el Tribunal de Justicia fue llamado con frecuencia a pronunciarse únicamente sobre un aspecto concreto de un monopolio nacional de carácter comercial. Dicho aspecto podía referirse a la percepción de un derecho o de un tributo sobre los productos importados,<sup>54</sup> a la comercialización de productos a un precio de venta anormalmente bajo,<sup>55</sup> a una prohibición de destilar materias primas importadas,<sup>56</sup> a la fijación de márgenes comerciales uniformes<sup>57</sup> o al establecimiento de un precio de venta distinto del precio establecido por los fabricantes y los importadores.<sup>58</sup> Es evidente que, en cada uno de dichos casos, el Tribunal de Justicia estaba obligado a limitar su análisis al

aspecto del monopolio que era objeto del litigio que se le planteaba.

59. No obstante, en el resto de casos, el Tribunal de Justicia procedió a realizar un análisis global del monopolio en cuestión. Así, en la sentencia Manghera y otros, antes citada,<sup>59</sup> analizó a la luz del artículo 31 CE el monopolio de importación de tabacos elaborados en su conjunto, sin limitarse únicamente a las distintas reglas de funcionamiento de dicho monopolio. Del mismo modo, en la sentencia Comisión/Grecia, antes citada,<sup>60</sup> el Tribunal de Justicia declaró, de forma global, que los derechos exclusivos del Estado helénico en materia de importación y de comercialización de los productos derivados del petróleo constituían una discriminación prohibida por el artículo 31 CE. De lo anterior se desprende que, cuando se le plantea una cuestión relativa a la compatibilidad de un monopolio nacional de carácter comercial en su conjunto, el Tribunal de Justicia procede a realizar un análisis global del derecho o derechos exclusivos de que se trate.

60. Ahora bien, en el asunto Franzén, aunque se le había planteado explícitamente la cuestión, el Tribunal de Justicia no aplicó el método anterior.<sup>61</sup> Como hemos mencionado, el Tribunal de Justicia aisló las distintas reglas de funcionamiento del monopolio (el sistema de selección de los produc-

53 — Citada en la nota a pie de página nº 40 de las presentes conclusiones.

54 — Sentencias Cinzano, antes citada, apartados 1 y 2, y de 17 de febrero de 1976, Miritz (91/75, Rec. p. 217), apartados 1 y 2.

55 — Sentencia Hansen, antes citada, apartados 12 y 13.

56 — Sentencia Peureux II, antes citada, apartados 3 y 4.

57 — Sentencia de 7 de junio de 1983, Comisión/Italia (78/82, Rec. p. 1955), apartado 5.

58 — Sentencia de 21 de junio de 1983, Comisión/Francia (90/82, Rec. p. 2011), apartado 1.

59 — Apartados 9 a 13.

60 — Apartados 41 a 44.

61 — En efecto, el órgano jurisdiccional remitente preguntaba, en particular, si «un monopolio legal, como Systembolaget, [era] compatible con el artículo 30 del Tratado de Roma» y si «un monopolio legal, como Systembolaget, [infringía] el artículo 37 del Tratado de Roma» (sentencia Franzén, apartado 29).

tos, la red de ventas, la promoción de los productos) y analizó si cada una de dichas reglas resultaba discriminatoria o podía perjudicar a los productos importados.

61. Cabe preguntarse si ese método de análisis no tuvo como consecuencia que el Tribunal de Justicia subestimase el perjuicio que podía causar a los intercambios entre Estados miembros el monopolio objeto de aquel litigio. En efecto, parece que la apreciación de los efectos sobre los intercambios entre Estados miembros de un monopolio puede variar en función de que procedamos a un análisis global o fragmentario. A diferencia de este último método, un análisis global tiene en cuenta las restricciones a la libre circulación de mercancías que se derivan del efecto acumulado de las distintas reglas de funcionamiento del monopolio. Así, el análisis global del monopolio en cuestión que realizó el Abogado General Sr. Elmer le sirvió de base para concluir de que el monopolio de Systembolaget podía obstaculizar seriamente el comercio intracomunitario.<sup>62</sup>

62. En segundo lugar, creo que el Tribunal de Justicia aplicó una interpretación restrictiva del concepto de «discriminación» contenido en el artículo 31 CE.

63. Como veremos más adelante,<sup>63</sup> el artículo 31 CE no sólo prohíbe las discrimi-

naciones relativas a los *productos* del resto de Estados miembros. Esta disposición prohíbe sobre todo las discriminaciones entre los *nacionales* de los Estados miembros respecto de las condiciones de abastecimiento y de mercado de las mercancías. El artículo 31 CE busca de esta forma garantizar a los operadores establecidos en los demás Estados miembros la posibilidad de ofrecer sus productos a los clientes que capten en el Estado miembro donde se encuentre el monopolio. A la inversa, dicho artículo tiene como objetivo permitir a los consumidores del Estado miembro donde se encuentre el monopolio que se abastezcan de los operadores de su elección procedentes del resto de Estados miembros. En consecuencia, el artículo 31 CE no pretende únicamente proteger la libre circulación de mercancías como tal: trata sobre todo de proteger a los operadores que participan en dicha libre circulación.<sup>64</sup>

64. Esta acepción particular del término «discriminación» va más allá del concepto de discriminación entre los productos, como ha subrayado un autor de la doctrina.<sup>65</sup> En efecto, la eliminación de las discriminaciones entre los *productos* no requiere necesariamente que se supriman derechos exclusivos. Para que un monopolio sea compatible con dicha exigencia, es suficiente con que aplique un trato idéntico (no discriminatorio) a los productos nacionales y a los productos extranjeros. En cambio, la eliminación de las discriminaciones entre los *nacionales* de los Estados miembros puede implicar la abolición de derechos exclusivos, ya que el hecho de reservar el ejercicio de una actividad económica a un operador nacional

62 — Conclusiones en el asunto Franzén, puntos 74 a 103.

63 — Puntos 84 a 95 de las presentes conclusiones.

64 — Conclusiones del Abogado General Sr. Elmer en el asunto Franzén, punto 68.

65 — Buendía Sierra, J. L.: *op. cit.*, pp. 102 y 103 (puntos 3.103 a 3.108).

puede afectar directamente a los operadores establecidos en el resto de Estados miembros en sus condiciones de abastecimiento y de mercado. Como veremos posteriormente,<sup>66</sup> el Tribunal de Justicia había aplicado en su jurisprudencia esta acepción particular del término «discriminación». De esta forma, el Tribunal de Justicia exigió la supresión de derechos exclusivos sin ni siquiera preguntarse si el monopolio en cuestión dispensaba un trato idéntico a los productos nacionales y a los importados.<sup>67</sup>

65. Ahora bien, en la sentencia Franzén, el Tribunal de Justicia se apartó de dicha jurisprudencia.

66. El Tribunal de Justicia limitó esencialmente su análisis en esta ocasión a la cuestión de la discriminación entre los *productos* de los Estados miembros. En efecto, hemos visto que el Tribunal de Justicia comprobó, para cada una de las reglas de funcionamiento del monopolio (el sistema de selección de los productos, la red de ventas y la promoción de los productos), que las disposiciones correspondientes se aplicaban con independencia del origen de los productos y que no podían perjudicar a los productos importados de otros Estados miembros. Por lo tanto, el Tribunal de Justicia basó su apreciación en una definición restrictiva del concepto de «discriminación» contenido en el artículo 31 CE.

66 — Puntos 89 a 94 de las presentes conclusiones.

67 — Véase, en particular, la sentencia Manghera y otros, antes citada, apartado 13.

67. A este respecto, se podría pensar que la sentencia Franzén constituye un cambio en relación con la jurisprudencia anterior, así como el inicio de una modificación en la interpretación del artículo 31 CE. No obstante, el hecho de que, el mismo día en que se pronunció la sentencia Franzén, el Tribunal de Justicia pronunciase otras tres sentencias que aplicaban la interpretación clásica del concepto de «discriminación» desmiente dicha hipótesis.

68. Así, en las sentencias antes citadas Comisión/Países Bajos,<sup>68</sup> Comisión/Italia<sup>69</sup> y Comisión/Francia,<sup>70</sup> pronunciadas también el 23 de octubre de 1997, el Tribunal de Justicia indicó que la existencia, en un Estado miembro, de derechos exclusivos de importación y de exportación de gas y de electricidad implicaba, en relación con los *operadores* establecidos en los demás Estados miembros, una discriminación prohibida por el artículo 31 CE. Añadió que esto era así incluso en el caso de que el monopolio en cuestión tratase de forma idéntica (no discriminatoria) a los productos nacionales e importados.<sup>71</sup> En consecuencia, conforme a su jurisprudencia clásica, el Tribunal de Justicia exigió la supresión de los derechos exclusivos objeto de discusión.

69. Como ha subrayado la doctrina,<sup>72</sup> es difícil comprender por qué el Tribunal de

68 — Apartados 21 a 23.

69 — Apartados 22 a 24.

70 — Apartados 32 a 34.

71 — Sentencia Comisión/Países Bajos, antes citada, apartados 21 a 23.

72 — Véanse, en particular, Berrod, F.: nota sobre la sentencia Franzén, antes citada, p. 14; Blum, F.: *op. cit.*, pp. 1036 y 1037, y Buedía Sierra, J. L.: *op. cit.*, pp. 103 y 104 (punto 3.108) y pp. 121 y 122 (puntos 3.170 y 3.171).

Justicia adoptó dos métodos de análisis diferentes en dos grupos de sentencias que fueron pronunciadas el mismo día, con la misma composición de la Sala (Pleno).

70. La tercera dificultad que plantea la sentencia Franzén se refiere a la justificación de las medidas contrarias al artículo 31 CE.

71. La cuestión de la justificación de las medidas contrarias al artículo 31 CE es un tema controvertido, sobre el que volveré más adelante.<sup>73</sup> Por el momento, basta con señalar que, en la sentencia de 10 de julio de 1984, *Campus Oil* y otros,<sup>74</sup> el Tribunal de Justicia declaró que el artículo 90, apartado 2, del Tratado CE (actualmente artículo 86 CE, apartado 2) no exoneraba a un Estado miembro, que había encomendado a una empresa la gestión de un servicio de interés económico general, de la prohibición de adoptar medidas que, contrariamente al artículo 30 del Tratado, obstaculicen las importaciones. Por otra parte, en la sentencia *Comisión/Grecia*, antes citada,<sup>75</sup> el Tribunal de Justicia declaró, al contrario de lo argumentado por el Gobierno helénico, que el mantenimiento de los derechos exclusivos de importación y de comercialización de productos derivados del petróleo no estaba justificado por razones de seguridad pública en el sentido del artículo 36 del Tratado.

72. La Comisión extrajo de las sentencias anteriores la conclusión de que el artículo 86 CE, apartado 2, no podía invocarse para justificar una medida contraria al artículo 31 CE y que sólo el artículo 30 CE podía ser utilizado como fundamento de tal justificación.<sup>76</sup>

73. En la sentencia Franzén, el Tribunal de Justicia se apartó de su anterior posición. Pasó a ofrecer otra posible justificación creando una especie de «rule of reason» en el artículo 31 CE, apartado 1.

74. En efecto, en el apartado 39 de la sentencia Franzén, el Tribunal de Justicia declaró que el artículo 31 CE permite «conciliar la posibilidad de que los Estados miembros, puedan mantener determinados monopolios de carácter comercial, como instrumentos para el *logro de objetivos de interés público*, con las exigencias del establecimiento y del funcionamiento del mercado común. Pretende suprimir los obstáculos a la libre circulación de mercancías, *con excepción*, no obstante, *de los efectos restrictivos* sobre los intercambios que son *inherentes a la existencia de los monopolios de que se trata*».<sup>77</sup>

75. Siguiendo con su razonamiento, el Tribunal de Justicia declaró que el monopolio otorgado a Systembolaget tenía efectiva-

73 — Véanse los puntos 124 a 133 de las presentes conclusiones.

74 — 72/83, Rec. p. 2727, apartado 19.

75 — Apartados 47 a 49.

76 — Véanse las sentencias antes citadas de 23 de octubre de 1997, *Comisión/Paises Bajos*, apartado 26; *Comisión/Italia*, apartado 35, y *Comisión/Francia*, apartado 43, así como las conclusiones del Abogado General Sr. Cosmas en dichos asuntos, punto 87.

77 — El subrayado es mío.

mente un objetivo de interés público, por estar destinado a proteger la salud pública de los perjuicios del alcohol.<sup>78</sup> A continuación, el Tribunal de Justicia comprobó que las disposiciones relativas a la organización y funcionamiento del monopolio no tenían efectos restrictivos sobre la libre circulación de mercancías o que, en cualquier caso, dichos efectos no iban más allá de lo que es inherente a la «existencia»<sup>79</sup> o a la «gestión»<sup>80</sup> de un monopolio nacional de carácter comercial.

76. La argumentación desarrollada por el Tribunal de Justicia estableció, en consecuencia, los dos principios siguientes:

- en primer lugar, el artículo 31 CE autoriza a los Estados miembros a mantener un monopolio nacional de carácter comercial siempre que dicho monopolio persiga un objetivo de interés público, y
- en segundo lugar, si el monopolio persigue tal objetivo, el artículo 31 CE no prohíbe las restricciones a la libre circulación de mercancías que sean «inherentes a la existencia» del monopolio, es decir, las restricciones que no vayan más allá de lo que sea necesario para alcanzar el objetivo perseguido.

77. Ahora bien, los dos principios anteriores no encuentran apoyo ninguno en el artículo 31 CE.

78. Para empezar, el artículo 31 CE no requiere que un Estado miembro que desee mantener un monopolio nacional demuestre que dicho monopolio persigue un objetivo de interés público.<sup>81</sup> Con arreglo a su tenor literal, esta disposición exige únicamente que los Estados miembros adecuen sus monopolios nacionales de modo que se excluyan las discriminaciones entre los nacionales de los Estados miembros respecto de las condiciones de abastecimiento y de mercado de las mercancías. En consecuencia, una vez que los Estados miembros hayan procedido a realizar tal adecuación, el artículo 31 CE les autoriza a mantener sus monopolios sin más requisitos adicionales.

79. En realidad, la cuestión de si el monopolio persigue un objetivo de interés general está relacionada con la *justificación* del derecho exclusivo, cuando éste resulta contrario al artículo 31 CE. En efecto, se trata de una exigencia planteada por las dos disposiciones que podrían ser invocadas para justificar el mantenimiento de derechos exclusivos contrarios al artículo 31 CE, que son el artículo 30 CE (por razones de orden público, moralidad y seguridad públicas y salud pública) y el artículo 86 CE, apartado 2 (a través del concepto de «servicio de interés económico general»). Por lo tanto, no cabe preguntarse por el objetivo que persigue el

78 — Sentencia Franzén, apartado 41.

79 — *Ibidem*, apartado 49.

80 — *Ibidem*, apartado 59.

81 — Esta es también la posición adoptada por la Comisión de las Comunidades Europeas en respuesta a la pregunta escrita que le ha formulado el Tribunal de Justicia sobre dicha cuestión en el presente asunto (véase la respuesta escrita de 10 de diciembre de 2003, puntos 1 a 4).

monopolio en el ámbito del artículo 31 CE, sino que corresponde hacerlo en el de las disposiciones del Tratado que establecen excepciones.

su jurisprudencia tradicional, tal y como fue confirmada, por última vez, en las sentencias antes citadas de 23 de octubre de 1997, Comisión/Paises Bajos, Comisión/Italia y Comisión/Francia.

80. Recordemos a continuación que el Tribunal de Justicia ya declaró que el artículo 31 CE, párrafo 1, impone una «obligación de resultado precisa y sin reservas». <sup>82</sup> Esta disposición prescribe la adecuación de los monopolios nacionales, para garantizar «la completa desaparición» <sup>83</sup> de «toda discriminación» <sup>84</sup> entre los nacionales de los Estados miembros. Por consiguiente, y al contrario del principio establecido en la sentencia Franzén, el artículo 31 CE no contiene ninguna reserva ni excepción relativa a las restricciones a la libre circulación de mercancías que sean inherentes a la existencia de un monopolio nacional o proporcionadas al objetivo perseguido por el mismo. Aquí también, las salvedades a la norma general enunciada en el artículo 31 CE deben basarse en las disposiciones del Tratado que establecen excepciones, que son el artículo 30 CE y/o el artículo 86 CE, apartado 2.

### 3. Las circunstancias del litigio principal

82. En la medida en que propongo al Tribunal que se aparte de la interpretación contenida en la sentencia Franzén, queda por analizar si el derecho exclusivo de venta al por menor de Apoteket conlleva una «discriminación» prohibida por el artículo 31 CE.

83. En el estado actual de la jurisprudencia, me parece que el concepto de «discriminación» contenido en el artículo 31 CE incluye varias categorías de medidas.

81. Teniendo en cuenta todo lo anteriormente expuesto, propondré al Tribunal de Justicia que no aplique la sentencia Franzén al presente asunto. Le propondré que aplique

84. Para empezar, es evidente que este concepto se refiere a cualquier diferencia de trato entre los productos nacionales y los productos del resto de Estados miembros. En sus primeras sentencias, el Tribunal de Justicia indicó que no existía discriminación en el sentido del artículo 31 CE «cuando el producto importado se somete a las mismas condiciones que el producto nacional similar

82 — Sentencia Miritz, antes citada, apartado 11.

83 — Véanse, en particular, las sentencias antes citadas Manghera y otros, apartado 5; Miritz, apartado 7; de 23 de octubre de 1997, Comisión/Paises Bajos, apartado 14; Comisión/Italia, apartado 22, y Comisión/Francia, apartado 32.

84 — Véanse, en particular, las sentencias antes citadas Hansen, apartado 16; Peureux II, apartado 27; de 7 de junio de 1983, Comisión/Italia, apartado 11, y Banchemo, apartado 27.

afectado por el monopolio».<sup>85</sup> Así, la discriminación puede ser consecuencia de un derecho de importación, que tiene como efecto la imposición a los productos importados de cargas más gravosas que las que soportan los productos nacionales similares;<sup>86</sup> del hecho de gravar únicamente a los productos importados, aunque sea a través de un impuesto, con una contribución a los gastos del monopolio;<sup>87</sup> de una prohibición de destilar que afecta sólo a las materias primas importadas,<sup>88</sup> o de un tributo que afecta únicamente a los productos importados cuyo objetivo es compensar la diferencia entre el precio de venta del producto en el Estado miembro de origen y el precio de venta pagado por el monopolio a los productores nacionales por el producto correspondiente.<sup>89</sup>

85. El concepto de «discriminación» también incluye las medidas indistintamente aplicables que puedan obstaculizar el comercio entre Estados miembros. En este sentido, el Tribunal de Justicia declaró en la sentencia de 21 de junio de 1983, Comisión/Francia, antes citada,<sup>90</sup> que en el caso de un monopolio estatal, el hecho de fijar el precio de venta al por menor del tabaco a un nivel distinto del establecido por los fabricantes o los importadores no sólo constituía un obstáculo contrario al artículo 28 CE, sino también una discriminación prohibida por el artículo 31 CE. De la misma forma, en la

sentencia de 7 de junio de 1983, Comisión/Italia, antes citada,<sup>91</sup> el Tribunal de Justicia, tras comprobar que la medida litigiosa era indistintamente aplicable a los productos importados y a los nacionales, analizó si dicha medida no tenía, a pesar de ello, un efecto discriminatorio en el sentido del artículo 31 CE.

86. De lo anterior se desprende que el concepto de «discriminación» contenido en el artículo 31 CE se refiere a todos los obstáculos a la libre circulación de mercancías.<sup>92</sup> Estos obstáculos pueden adoptar formas distintas, tales como derechos de aduana o exacciones de efecto equivalente en el sentido del artículo 25 CE,<sup>93</sup> restricciones cuantitativas o medidas de efecto equivalente en el sentido del artículo 28 CE<sup>94</sup> o incluso tributos internos discriminatorios en el sentido del artículo 90 CE.<sup>95</sup>

87. No obstante, parece que el artículo 31 CE tiene un ámbito de aplicación mayor que el de las disposiciones del Tratado

91 — Apartados 12 a 18.

92 — Véanse también, en este sentido, las conclusiones del Abogado General Sr. Rozès en el asunto Comisión/Italia, antes citado (sentencia de 7 de junio 1983), punto III.B, y del Abogado General Sr. Cosmas en los asuntos antes citados Comisión/Países Bajos, Comisión/Italia y Comisión/Francia (sentencias de 23 octubre 1997), punto 25. En la doctrina, véanse, en especial, Kovar, R.: nota sobre las sentencias de 13 de marzo de 1979, Peureux I (86/78, Rec. p. 897), Hansen y Peureux II, antes citadas, en el *Journal du droit international*, 1981, pp. 125 a 132 (p. 127), y Pappalardo, A.: «La position des monopoles publics par rapport aux monopoles privés», en *La réglementation du comportement des monopoles et entreprises dominantes en droit communautaire*, Collège d'Europe, Brujas, 1977, pp. 538 a 558 (pp. 554 y 555).

93 — Sentencia Miritz, antes citada, apartado 8.

94 — Sentencias antes citadas Manghera y otros, apartado 9, y Peureux II, apartado 32.

95 — Sentencias antes citadas ReweZentrale, apartado 26, y Peureux I, apartados 30 y 31.

85 — Sentencias Cinzano, antes citada, apartado 9, y de 17 de febrero de 1976, ReweZentrale (45/75, Rec. p. 181), apartado 27.

86 — Sentencia Cinzano, antes citada, apartado 9.

87 — Sentencia ReweZentrale, antes citada, apartado 26.

88 — Sentencia Peureux II, antes citada, apartado 32.

89 — Sentencia Miritz, antes citada, apartado 12.

90 — Apartado 27.

en materia de libre circulación de mercancías. Como se ha dicho, esta disposición no sólo prohíbe las discriminaciones y los obstáculos relativos a los *productos* de otros Estados miembros. Persigue sobre todo eliminar las discriminaciones entre los *nacionales* de los Estados miembros respecto de las condiciones de abastecimiento y de venta de las mercancías. De esta forma, el artículo 31 CE pretende garantizar a los operadores establecidos en el resto de Estados miembros la posibilidad de ofrecer sus productos a los clientes de su elección dentro del Estado miembro donde se encuentre el monopolio. A la inversa, dicho artículo tiene el objetivo de permitir a los consumidores del Estado miembro en cuestión que se abastezcan de los operadores de su elección del resto de Estados miembros.<sup>96</sup>

88. Como hemos visto, esta acepción particular del término «discriminación» va más allá que la discriminación entre los productos, prohibida por los artículos 25 CE, 28 CE y 90 CE. En efecto, la eliminación de las discriminaciones entre los productos no requiere, en principio, la supresión de los derechos exclusivos, dado que, para que el monopolio sea compatible con tal exigencia, es suficiente con que aplique un trato idéntico (no discriminatorio) a los productos nacionales y a los del resto de Estados miembros. En cambio, el concepto de «discriminación entre los nacionales de los Estados miembros» puede exigir la abolición de determinados derechos exclusivos, ya que el mero hecho de reservar el ejercicio de una actividad económica a un operador nacional

puede afectar directamente a los operadores establecidos en el resto de los Estados miembros en sus condiciones de abastecimiento y de mercado.

89. El Tribunal de Justicia ha aplicado en distintas ocasiones en su jurisprudencia este concepto particular de «discriminación».

90. Así, en la sentencia Manghera y otros, antes citada,<sup>97</sup> el Tribunal de Justicia declaró que un derecho exclusivo de importación de productos implicaba, por naturaleza, una discriminación con respecto a los exportadores comunitarios y que, por ello, los monopolios nacionales debían adecuarse para eliminar los derechos de esa clase. El Tribunal de Justicia llegó a esta conclusión sin preguntarse si el monopolio en cuestión aplicaba un tratamiento idéntico a los productos nacionales y a los importados.

91. De la misma forma, el Tribunal de Justicia declaró en la sentencia Comisión/Grecia, antes citada,<sup>98</sup> que los derechos exclusivos en materia de importación y de comercialización de los productos derivados del petróleo constituían una discriminación contra los exportadores establecidos en los demás Estados miembros. Se puso de manifiesto que tales derechos pretendían asegurar una salida para la producción de

<sup>96</sup> — Véase también, en este sentido, De Cockborne, J.-E., Defalque, L., Durand, C.-F., Prahl, H., y Vandersanden, G.: *op. cit.*, p. 312.

<sup>97</sup> — Apartados 12 y 13.

<sup>98</sup> — Apartado 44.

las refinerías helénicas del sector público<sup>99</sup> y, en consecuencia, privaban a las empresas distribuidoras establecidas en Grecia de la posibilidad de abastecerse de las empresas establecidas en el resto de Estados miembros.<sup>100</sup>

92. En los asuntos antes citados *Amélioration de l'élevage*<sup>101</sup> y *Gervais y otros*,<sup>102</sup> el Tribunal de Justicia se pronunció sobre un monopolio de prestación de servicios relativo a la inseminación artificial de animales. Declaró que el artículo 37 del Tratado no se aplicaba a un monopolio de prestación de servicios, a condición de que no vulnerase el principio de libre circulación de mercancías discriminando los productos importados en beneficio de los productos de origen nacional. El Tribunal de Justicia decidió que en dichos casos no se producía tal discriminación, pues todo ganadero era libre de solicitar al centro de inseminación del que dependía, que le proporcionara semen procedente del centro de producción que prefiriera, del Estado miembro del que se trataba o del extranjero.

93. Finalmente, el Tribunal de Justicia procedió a aplicar de forma inequívoca este concepto particular de «discriminación» en las sentencias antes citadas de 23 de octubre de 1997, *Comisión/Países Bajos*, *Comisión/Italia* y *Comisión/Francia*. En estas senten-

cias, confirmó que los derechos exclusivos de exportación suponían, por naturaleza, una discriminación en perjuicio de los importadores establecidos en otros Estados miembros, puesto que tales derechos podían «afectar de modo directo a las condiciones de comercialización únicamente de los operadores o vendedores de los demás Estados miembros».<sup>103</sup> En el mismo sentido, el Tribunal de Justicia consideró que «los derechos exclusivos de exportación suponen, por naturaleza, una discriminación en perjuicio de los importadores establecidos en otros Estados miembros, puesto que esta exclusividad sólo afecta a las condiciones de abastecimiento de los operadores o consumidores de los demás Estados miembros».<sup>104</sup>

94. En lo que se refiere a los derechos exclusivos de importación, el Gobierno neerlandés había defendido, en uno de los asuntos mencionados, que el artículo 31 CE sólo prohibía el ejercicio discriminatorio de tales derechos, y no la mera titularidad de los mismos.<sup>105</sup> El Tribunal de Justicia rechazó de plano este argumento indicando que «[la] libre circulación [de mercancías] se ve obstaculizada por la propia existencia de derechos exclusivos de importación en un Estado miembro, puesto que se priva a los operadores económicos de los demás Estados miembros de la posibilidad de ofrecer sus productos a los clientes que capten en dicho Estado miembro».<sup>106</sup>

99 — *Ibidem*, apartado 43.

100 — *Ibidem*, apartado 38.

101 — Apartados 12 y 13.

102 — Apartados 36 y 37.

103 — Sentencias antes citadas de 23 de octubre de 1997, *Comisión/Países Bajos*, apartado 15; *Comisión/Italia*, apartado 23, y *Comisión/Francia*, apartado 33.

104 — Sentencias antes citadas de 23 de octubre de 1997, *Comisión/Italia*, apartado 24, y *Comisión/Francia*, apartado 34.

105 — Sentencia *Comisión/Países Bajos*, antes citada, apartado 21.

106 — *Ibidem*, apartado 23.

95. Se desprende de lo anterior que el concepto de «discriminación» previsto en el artículo 31 CE tiene un contenido más amplio que el concepto de «discriminación» que contienen otras disposiciones del Tratado en materia de libre circulación de mercancías. El primero de dichos conceptos no sólo pretende garantizar que los productos del resto de Estados miembros puedan tener acceso al mercado del Estado miembro de que se trate. Pretende sobre todo garantizar dicho acceso a los operadores establecidos en el resto de Estados miembros. A este respecto, el criterio esencial es que los operadores establecidos en el resto de Estados miembros tengan la posibilidad de ofrecer sus productos a los clientes de su elección en el Estado miembro de que se trate y, a la inversa, que los consumidores del Estado miembro en cuestión tengan la posibilidad de abastecerse de los operadores de su elección en el resto de Estados miembros.<sup>107</sup>

96. Habida cuenta de este concepto particular de «discriminación», es preciso analizar ahora si un derecho exclusivo de venta al por menor —como el derecho otorgado a Apoteket— es también, por naturaleza, contrario al artículo 31 CE.

97. Con carácter preliminar, es necesario distinguir entre un derecho exclusivo de

venta al por menor y un «régimen de licencias», es decir un régimen que reserva la venta al por menor de determinados productos a los distribuidores que sean titulares de una autorización administrativa.

98. Como subrayó el Abogado General Sr. Elmer,<sup>108</sup> un régimen de licencias no constituye un monopolio en el sentido económico del término. Se trata de un sistema «abierto», en el que todo operador que cumpla los requisitos legalmente establecidos está facultado para comercializar un producto determinado. De esta forma, un régimen de licencias implica, por regla general, la existencia de un número importante de distribuidores (unos 76.000 detallistas en el asunto Banchemo, antes citado), que se abastecen libremente de los operadores de su elección. Tales características llevaron al Tribunal de Justicia a declarar<sup>109</sup> que un régimen de licencias, que afecte del mismo modo a la comercialización de los productos procedentes del resto de Estados miembros y a la de los productos nacionales, constituye una «modalidad de venta» en el sentido de la sentencia Keck y Mithouard<sup>110</sup> y queda por ello fuera del ámbito de aplicación del artículo 28 CE.<sup>111</sup>

99. En cambio, un derecho exclusivo de venta al por menor es un verdadero monopolio en el sentido económico del término.

107 — No obstante, debe señalarse que, en la sentencia de 19 de marzo de 1991, Francia/Comisión (C-202/88, Rec. p. I-1223), apartados 33 a 36, el Tribunal de Justicia aplicó un criterio similar en el marco del artículo 28 CE. El Tribunal declaró que «la existencia de derechos exclusivos de importación y de comercialización priva a los agentes económicos de la posibilidad de hacer que los consumidores compren sus productos» y que, por ello, tales derechos «pueden restringir el comercio intracomunitario» en el sentido de la jurisprudencia Dassonville, antes citada. Sin embargo, el Tribunal de Justicia no ha confirmado hasta la fecha esta interpretación del artículo 28 CE.

108 — Conclusiones en el asunto Franzén, puntos 84 y 87.

109 — Véanse las sentencias de 29 de junio de 1995, Comisión/Grecia (C-391/92, Rec. p. I-1621), y Banchemo, antes citada.

110 — Sentencia de 24 de noviembre de 1993 (asuntos acumulados C-267/91 y C-268/91, Rec. p. I-6097).

111 — Véanse, como ejemplo de asuntos relativos al monopolio de los farmacéuticos anteriores a la sentencia Keck y Mithouard, antes citada, las sentencias de 21 de marzo de 1991, Delattre (C-369/88, Rec. p. I-1487), así como Monteil y Samanni (C-60/89, Rec. p. I-1547).

Se trata de un sistema «cerrado», en el que un solo operador —según el caso, el Estado o una entidad controlada por el mismo— dispone de autorización para comercializar el producto de que se trate.

100. Ahora bien, en cuanto a sus efectos sobre los intercambios entre Estados miembros, un derecho exclusivo de venta al por menor tiene las mismas características que un derecho exclusivo de importación.<sup>112</sup>

101. En efecto, un derecho exclusivo de venta al por menor implica necesariamente una centralización de todas las compras del producto para su venta al por menor. Una entidad, como Apoteket, que tiene el monopolio de venta al por menor de un producto no sólo es el único vendedor del mismo en el Estado miembro de que se trate, sino también el único *comprador* de dicho producto en el Estado en cuestión. En definitiva, los productores y mayoristas tienen que dirigirse a un único operador (Apoteket) para conseguir que sus productos se vendan a los consumidores.

102. En estas circunstancias, es evidente que un monopolio nacional de venta al por menor dispone, al igual que un monopolio estatal en materia de importación, de la posibilidad de seleccionar los productos que serán comercializados en el mercado del Estado miembro de que se trate. A este respecto, si el producto tiene acceso a la red

de ventas del monopolio se venderá en el Estado miembro en cuestión, mientras que si no tiene acceso a la misma quedará *totalmente* excluido del correspondiente mercado. El titular de un derecho exclusivo de venta al por menor dispone, por tanto, de la facultad de seleccionar los productos que tendrán acceso al mercado del correspondiente Estado miembro. De esta forma, puede decidir el nivel de importaciones procedentes de otros Estados miembros con la misma efectividad que el titular de un derecho exclusivo de importación.<sup>113</sup>

103. La anterior conclusión queda confirmada por el contenido de los autos del presente caso.

104. En efecto, el Stockholms tingsrätt ha subrayado que, en virtud del convenio de 1996, Apoteket disponía de la facultad de decidir de modo independiente qué medicamentos no sujetos a receta deseaba comercializar.<sup>114</sup> En este sentido, ha precisado que «el productor de medicamentos de venta libre y de medicamentos que han sido autorizados en otros países *no tiene ningún derecho a que tales productos sean comercializados en Suecia* por Apoteket».<sup>115</sup> Del mismo modo, en relación con los agentes farmacéuticos, el órgano jurisdiccional remitente ha indicado que Apoteket era la propietaria de sus existencias de medicamentos y que «el surtido [era] decidido por el director farmacéutico de acuerdo con el

112 — Véanse también, en este sentido, las conclusiones del Abogado General Sr. Elmer en el asunto Franzén, puntos 80 a 97.

113 — Véase también, en este sentido, Buendía Sierra, J. L.: *op.cit.*, pp. 119 y 121 (puntos 3.162 y 3.168).

114 — Resolución de remisión (p. 9).

115 — *Idem* (el subrayado es mío).

servicio sanitario local». <sup>116</sup> De lo que se desprende que Apoteket dispone de la facultad de decidir los productos que se venderán a través de su red y que tendrán, por ello, acceso al mercado sueco. <sup>117</sup>

105. En este contexto, considero que un derecho exclusivo de venta al por menor posee, en cuanto a sus efectos sobre el comercio intracomunitario, las mismas características que un derecho exclusivo de importación. En consecuencia, un derecho exclusivo de venta al por menor es también, por naturaleza, contrario al artículo 31 CE.

116 — *Idem*.

117 — En la vista, el Gobierno sueco se opuso a esta conclusión. Alegó que, con arreglo al convenio de 1996, Apoteket tiene la obligación de suministrar todos los medicamentos que disponen de autorización de comercialización. A este respecto, se apoya en el artículo 5 de dicho convenio, que dispone que «corresponde a [Apoteket] adquirir y suministrar a la mayor brevedad posible los medicamentos cubiertos por el régimen de reembolso de medicamentos, así como los productos de consumo corriente recetados. [Apoteket] deberá también ser capaz de suministrar, por una parte, el resto de medicamentos incluidos en su derecho de exclusividad de venta al por menor [y], por otra, productos de medicina natural». En mi opinión, la alegación del Gobierno sueco debe ser desestimada. Para empezar, dicha alegación se contradice con los datos facilitados al Tribunal de Justicia por el órgano jurisdiccional remitente que, como sabemos, es el único competente para establecer los elementos de hecho y de Derecho nacional en el marco de un procedimiento prejudicial (véase, como ejemplo reciente de una reiterada jurisprudencia, la sentencia de 30 de marzo de 2004, Alabaster, C-147/02, Rec. p. I-3101, apartado 52). Adicionalmente, como ha subrayado la Comisión en sus observaciones escritas (puntos 89 a 100), las reglas de funcionamiento y de organización de Apoteket, incluido el artículo 5 del convenio de 1996, no establecen ningún criterio preciso, objetivo y transparente en lo que concierne a la selección y comercialización de los productos. Apoteket dispone, por tanto, de un amplio margen de apreciación para decidir los productos que serán comercializados por su red de ventas y que tendrán, en consecuencia, acceso al mercado sueco.

106. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia contiene, además, una serie de elementos que confirman tal apreciación. <sup>118</sup>

107. Así, en la sentencia Francia/Comisión, antes citada, el Tribunal de Justicia confirmó, aunque sobre la base de una disposición que no era el artículo 31 CE, que un derecho exclusivo de comercialización era incompatible con las disposiciones del Tratado en materia de libre circulación de mercancías. Declaró, refiriéndose a unos derechos exclusivos de importación y de comercialización en el sector de los terminales de telecomunicaciones, que:

«34 [...] La existencia de derechos exclusivos de importación y de comercialización priva a los agentes económicos de la posibilidad de hacer que los consumidores compren sus productos.

35 [Adicionalmente], es preciso señalar que el sector de los terminales se caracteriza por la diversidad y el elevado grado de tecnicismo de los productos y por los condicionamientos que de ello se derivan. En estas circunstancias, no es seguro que quien ostenta el monopolio esté en condiciones de ofrecer toda la gama de modelos existente en el mercado, de informar a los clientes

118 — Además de los elementos citados en los puntos 107 a 109 de las presentes conclusiones, véanse la sentencia de 13 de diciembre de 1990, Comisión/Grecia, antes citada, apartados 41 y 44 y el análisis de la misma en De Cockborne, J.-E., Defalque, L., Durand, C.-F., Prah, H., y Vandersanden, G.: *op. cit.*, pp. 328 y 329, así como la sentencia *Banchemer*, antes citada, y su análisis por parte del Abogado General Sr. Elmer en las conclusiones del asunto *Franzén*, punto 82.

sobre el estado y funcionamiento de todos los terminales y de garantizar su calidad.

- 36 Así pues, los derechos exclusivos de importación y de comercialización en el sector de los terminales de telecomunicaciones pueden restringir el comercio intracomunitario [en el sentido del artículo 31 CE]». <sup>119</sup>

108. Por otra parte, la argumentación que figura en las sentencias antes citadas de 23 de octubre de 1997, Comisión/Países Bajos, Comisión/Italia y Comisión/Francia en relación con los derechos exclusivos de importación es perfectamente trasladable al caso de un monopolio estatal de venta al por menor.

109. Así, podemos comprobar que, al igual que sucede con los derechos exclusivos de importación, los derechos exclusivos de venta al por menor «pueden afectar de modo directo a las condiciones de comercialización únicamente de los operadores o vendedores de los demás Estados miembros». <sup>120</sup> Del mismo modo, no podemos afirmar que sólo es contrario al artículo 31 CE el ejercicio de los derechos exclusivos dado que «la existencia de [dichos] derechos exclusivos [...] priva a los operadores económicos de los demás Estados miembros de la posibilidad de ofrecer sus productos a los consumidores

que capten en [el] Estado [de que se trate]». <sup>121</sup> Finalmente, es evidente que un derecho exclusivo de venta al por menor, al igual que un derecho exclusivo de importación impide «a los clientes potenciales que se encuentren en territorio [del Estado miembro de que se trate] elegir libremente fuentes de suministro [del correspondiente producto] procedentes de los demás Estados miembros». <sup>122</sup>

110. En tales circunstancias, considero que un derecho exclusivo de venta al por menor implica también una discriminación en relación con los operadores establecidos en el resto de Estados miembros y los consumidores que se encuentran en el Estado miembro de que se trate.

111. El hecho de que, en el presente asunto, el derecho exclusivo de Apoteket no se extienda a las importaciones ni al comercio al por mayor de medicamentos no invalida la conclusión anterior. Como sabemos, una de las características del asunto Francia/Comisión, antes citado, era que la entidad en cuestión acumulaba al mismo tiempo un derecho exclusivo de importación y otro de comercialización. Por ello, cabe preguntarse si la concurrencia de tal circunstancia puede ser motivo para modificar la apreciación de la compatibilidad de un derecho exclusivo de venta al por menor con el artículo 31 CE.

119 — Véanse también, en este sentido, la sentencia *Banchero*, antes citada, y las conclusiones del Abogado General Sr. Elmer en el asunto *Franzén*, punto 82.

120 — Sentencias antes citadas de 23 de octubre de 1997, *Comisión/Países Bajos*, apartado 15; *Comisión/Italia*, apartado 23, y *Comisión/Francia*, apartado 33.

121 — Sentencia de 23 de octubre de 1997, *Comisión/Francia*, antes citada, apartado 40. Véase también, en este sentido, la sentencia *Comisión/Países Bajos*, antes citada, apartado 23.

122 — Sentencia *Comisión/Países Bajos*, apartado 10 (véanse también los apartados 16 y 17).

112. Como subrayó el Abogado General Sr. Elmer,<sup>123</sup> tal diferenciación (entre una situación de acumulación de derechos exclusivos y la existencia de un solo derecho exclusivo de venta al por menor) sólo existe en un plano puramente teórico.

113. En efecto, la realidad económica es que los operadores establecidos en el resto de Estados miembros sólo querrán exportar sus productos a Suecia si saben *con certeza* que dichos productos serán comercializados por Apoteket. De la misma manera, los operadores establecidos en Suecia sólo querrán importar productos procedentes de otros Estados miembros si saben *con certeza* que van a ser comprados por Apoteket. En consecuencia, la liberalización de las importaciones y del comercio al por mayor sólo tiene interés desde un punto de vista económico para los operadores si viene acompañada de una liberalización de la venta al por menor.<sup>124</sup>

114. En estas circunstancias, el hecho de que el titular de un derecho exclusivo de venta al por menor no lo sea también de un derecho exclusivo de importación carece de importancia práctica. Al poseer la facultad de decidir los productos que se venderán a través de su red, el titular de un derecho exclusivo de venta al por menor posee, en realidad, la facultad de decidir qué productos podrán ser importados al Estado miembro en cuestión y qué operadores podrán exportar a

dicho Estado. En lo que atañe a la libre circulación de mercancías, un monopolio estatal en materia de venta al por menor produce, por tanto, los mismos efectos que un monopolio estatal en materia de importación.

115. Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, considero que un derecho exclusivo de venta al por menor es, por naturaleza, contrario al artículo 31 CE.<sup>125</sup> Por ello, propondré al Tribunal de Justicia que responda a la primera cuestión prejudicial que el artículo 31 CE se opone al mantenimiento de un derecho exclusivo de venta al por menor, tal como el otorgado por las autoridades suecas a Apoteket.

## V. Sobre los artículos 28 CE y 43 CE

116. En las sentencias antes citadas de 23 de octubre de 1997, Comisión/Países Bajos,<sup>126</sup> Comisión/Italia<sup>127</sup> y Comisión/Francia,<sup>128</sup> el Tribunal de Justicia indicó que, cuando se

125 — Véanse también, en este sentido, Beraud, R. C.: «L'aménagement des monopoles nationaux prévu à l'article 37 du traité CEE à la lumière des récents développements jurisprudentiels», en la *Revue trimestrielle de droit européen*, 1979, pp. 573 a 606 (p. 605); Buendía Sierra, J. L.: *op. cit.*, pp. 119 a 122, (puntos 3.162 a 3.172); Burrows, F.: «State Monopolies», en el *Yearbook of European Law*, 1983, pp. 25 a 47 (p. 30); De Cockborne, J.-É., Defalque, L., Durand, C.-F., Prahl, H., y Vandersanden, G.: *op. cit.*, pp. 327 a 329; Woodbridge, F.: «Some recent decisions concerning the ambit of article 37 of the EEC Treaty», en *Legal issues of European Integration*, 1979, pp. 105 a 121 (p. 120), y Pappalardo, A.: *op. cit.*, pp. 555 y 556.

126 — Apartado 24.

127 — Apartado 33.

128 — Apartado 41.

123 — Conclusiones en el asunto Franzén, puntos 91 a 94.

124 — Véase también, en este sentido, Pappalardo, A., antes citado, p. 556.

comprueba que el mantenimiento del derecho exclusivo de que se trate es contrario al artículo 31 CE, ya no es necesario analizar si dicho derecho es también contrario a los artículos 28 CE y 29 CE.

117. Dado que voy a proponer al Tribunal de Justicia que responda a la primera cuestión prejudicial en el sentido de que el artículo 31 CE se opone al mantenimiento del derecho exclusivo de Apoteket, las cuestiones segunda y tercera del Stockholms tingsrätt quedan desprovistas de objeto. Por ello, el análisis sucinto de las mismas que realizaré a continuación tiene carácter subsidiario.

118. Las cuestiones segunda y tercera pretenden, en esencia, dilucidar si los artículos 28 CE y 43 CE se oponen al mantenimiento de un derecho exclusivo de venta al por menor de medicamentos, como el otorgado a Apoteket.

119. En lo que se refiere al artículo 28 CE,<sup>129</sup> recordaré que, con arreglo a la jurisprudencia,<sup>130</sup> una medida contraria al artículo 31 CE, por regla general, es también considerada contraria al artículo 28 CE. Esta conclusión parece lógica, puesto que hemos visto que el artículo 31 CE

pretende eliminar todos los obstáculos a la libre circulación de mercancías, derivados del comportamiento de un monopolio estatal, y que, entre dichos obstáculos, destacan sobre todo las restricciones cuantitativas y las medidas de efecto equivalente en el sentido del artículo 28 CE.

120. Por otra parte, de las sentencias de 13 de diciembre de 1990, Comisión/Grecia, antes citada,<sup>131</sup> y Francia/Comisión, antes citada,<sup>132</sup> se desprende que la existencia de un derecho exclusivo de comercialización constituye una medida de efecto equivalente en el sentido del artículo 28 CE. En efecto, el Tribunal de Justicia declaró que la existencia de un derecho de esa clase privaba a los operadores económicos de la posibilidad de hacer que los consumidores compren sus productos y constituía, en consecuencia, un obstáculo al comercio intracomunitario en el sentido del artículo 28 CE. En estas circunstancias, considero que el artículo 28 CE también se opondría al mantenimiento de un derecho exclusivo de venta al por menor, como el otorgado a Apoteket.

121. En lo que se refiere al artículo 43 CE, sabemos que el concepto de «establecimiento», en el sentido del Tratado, «es muy amplio, e implica la posibilidad de que un nacional comunitario participe, de forma estable y continua, en la vida económica de un Estado miembro distinto de su Estado de origen, y de que se beneficie de ello,

129 — Sobre la relación existente entre el artículo 31 CE y los artículos 28 CE y 29 CE, véase el análisis detallado del Abogado General Sr. Cosmas en los asuntos antes citados Comisión/Países Bajos; Comisión/Italia; Comisión/Francia y Comisión/España (sentencias de 23 de octubre de 1997), puntos 18 a 25.

130 — Sentencias antes citadas Peureux II, apartado 32; de 21 de junio de 1983, Comisión/Francia, apartado 27, y de 13 de diciembre de 1990, Comisión/Grecia, apartado 50.

131 — Apartados 45 y 46.

132 — Apartados 33 a 36.

favoreciendo así la interpenetración económica y social en el interior de la Comunidad en el ámbito de las actividades por cuenta propia». <sup>133</sup>

122. *A priori*, como ha subrayado la Comisión, <sup>134</sup> parece que un monopolio estatal de venta al por menor constituye un obstáculo importante al derecho de establecimiento que garantiza el artículo 43 CE. En efecto, a diferencia de un régimen de licencias, que permite ejercer la actividad de que se trate a cualquier persona que cumpla los requisitos legalmente establecidos, un derecho exclusivo de venta al por menor impide a todos los operadores establecidos en el resto de Estados miembros el establecerse en el territorio del Estado miembro en cuestión para ejercer allí la actividad correspondiente. En consecuencia, me inclino a considerar que el artículo 43 CE también se opondría al mantenimiento de un derecho exclusivo de venta al por menor de medicamentos, como el otorgado a Apoteket.

## VI. Sobre la justificación del monopolio objeto del litigio

123. Teniendo en cuenta lo anterior, es necesario analizar si el mantenimiento del derecho exclusivo objeto del litigio puede justificarse con arreglo a las disposiciones del Tratado que establecen excepciones.

124. A este respecto, la primera pregunta que se plantea es la de saber qué disposición puede invocarse para justificar una medida contraria al artículo 31 CE. <sup>135</sup>

### A. Sobre la disposición aplicable

125. Con arreglo al artículo 30 CE, las «disposiciones de los artículos 28 [CE] y 29 [CE] no serán obstáculo para las prohibiciones o restricciones a la importación, exportación o tránsito justificadas [en particular] por razones de [...] protección de la salud y vida de las personas y animales [...]. No obstante, tales prohibiciones o restricciones no deberán constituir un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros».

126. El tenor literal de esta disposición ha hecho que se discutiera si puede invocarse para justificar una medida contraria al artículo 31 CE.

133 — Sentencia de 30 de noviembre de 1995, Gebhard (C-55/94, Rec. p. I-4165), apartado 25.

134 — Observaciones escritas (puntos 111 a 127).

135 — Al haberme referido a los artículos 28 CE y 43 CE sólo con carácter subsidiario, no voy a proceder al análisis de las disposiciones que justifican una excepción a dichos preceptos. Me limitaré a analizar aquellas que sirven para justificar una medida contraria al artículo 31 CE.

127. Algunos autores<sup>136</sup> han propuesto responder negativamente a la cuestión anterior. Argumentan que el artículo 30 CE se refiere únicamente a restricciones sujetas a los artículos 28 CE y 29 CE y que, al tratarse de una excepción al principio fundamental de la libre circulación de mercancías, debe ser interpretada en sentido estricto.

128. Por su parte, los Abogados Generales Sres. Cosmas<sup>137</sup> y Elmer<sup>138</sup> estimaron que, a pesar de dicho argumento literal, hay razones de coherencia que abogan por la solución contraria. Según ellos, sería ilógico admitir que el artículo 30 CE pueda justificar una restricción cuantitativa o una medida de efecto equivalente que resulte de una medida estatal «clásica» (en el sentido de los artículos 28 CE y 29 CE), y al mismo tiempo negar que dicho artículo pueda justificar la misma restricción cuantitativa o medida de efecto equivalente por el hecho de que se derive del comportamiento de un monopolio estatal en el sentido del artículo 31 CE.

129. Inicialmente, parece que el Tribunal de Justicia también se pronunció a favor de esta última tesis.

130. En efecto, hemos visto que, en la sentencia *Campus Oil* y otros, antes citada,<sup>139</sup> el Tribunal de Justicia declaró que el artículo 86 CE, apartado 2, no exoneraba a un Estado miembro, que había encargado a una empresa la gestión de un servicio de interés económico general, de la prohibición de adoptar medidas que, contrariamente al artículo 28 CE, obstaculicen las importaciones. Por otra parte, en la sentencia de 13 de diciembre de 1990, *Comisión/Grecia*, antes citada,<sup>140</sup> el Tribunal de Justicia analizó —rechazándolo— el argumento del Gobierno helénico basado en que el mantenimiento de los derechos exclusivos de importación y de comercialización de los productos derivados del petróleo estaba justificado por razones de seguridad pública en el sentido del artículo 30 CE.

131. De esta forma, cabía interpretar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en el sentido de que una medida contraria al artículo 31 CE sólo podía justificarse al amparo del 30 CE y no al del artículo 86 CE, apartado 2.

132. No obstante, el Tribunal de Justicia reconsideró dicha postura en las sentencias antes citadas de 23 de octubre de 1997, *Comisión/Países Bajos*, *Comisión/Italia* y *Comisión/Francia*. El Tribunal de Justicia declaró lo siguiente:

«33 Puesto que los derechos exclusivos de importación y exportación [...] son

136 — Véanse, en particular, Berrod, F.: «Monopoles publics et droit communautaire», antes citado, punto 66, y Mattered, A.: *Le marché unique européen. Ses règles, son fonctionnement*, Jupiter, París, 2<sup>a</sup> ed., 1990, p. 56.

137 — Conclusiones en los asuntos antes citados *Comisión/Países Bajos*, *Comisión/Italia*, *Comisión/Francia* y *Comisión/España* (sentencias de 23 de octubre de 1997), punto 26.

138 — Conclusiones en el asunto *Franzén*, puntos 106 y 107.

139 — Apartado 19.

140 — Apartados 47 a 49.

contrarios al artículo 37 del Tratado, ya no es necesario examinar si dichos derechos son contrarios a los artículos 30 y 34 ni, por consiguiente, si, en su caso, pueden estar justificados al amparo del artículo 36 del Tratado.

- 34 Sin embargo, aún debe analizarse si los derechos exclusivos controvertidos pueden estar justificados [...] en virtud del apartado 2 del artículo 90 del Tratado.

[...]

- 43 [En efecto, al contrario de lo que mantiene la Comisión, el artículo 90, apartado 2, del Tratado] puede invocarse para justificar la concesión, por parte de un Estado miembro a una empresa encargada de la gestión de servicios de interés económico general, de derechos exclusivos contrarios, en particular, al artículo 37 del Tratado, en la medida en que el cumplimiento de la misión específica a ella confiada no pueda garantizarse sino mediante la concesión de tales derechos y siempre que el desarrollo de los intercambios no resulte afectado de una forma contraria al interés de la Comunidad». <sup>141</sup>

133. El hecho de que tales sentencias fueran dictadas por el Tribunal de Justicia en Pleno, y en contra de lo propuesto en las conclusiones de los Abogados Generales Sres. Cosmas <sup>142</sup> y Elmer, <sup>143</sup> me lleva a considerar que, en el estado actual del Derecho comunitario, una medida contraria al artículo 31 CE sólo puede justificarse al amparo del artículo 86 CE, apartado 2, y no al del artículo 30 CE.

134. En consecuencia, analizaré si el mantenimiento del derecho exclusivo de Apoteket puede justificarse al amparo del artículo 86 CE, apartado 2.

#### B. Sobre el artículo 86 CE, apartado 2

135. El artículo 86 CE, apartado 2, dispone que «las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de Derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Comunidad.»

<sup>141</sup> — Sentencia de 23 de octubre de 1997, Comisión/Italia, antes citada. Véanse también las sentencias antes citadas de 23 de octubre de 1997, Comisión/Paises Bajos, apartados 24, 25 y 32, y Comisión/Francia, apartados 41, 42 y 49.

<sup>142</sup> — Conclusiones en los asuntos antes citados Comisión/Paises Bajos, Comisión/Italia, Comisión/Francia y Comisión/España (sentencias de 23 de octubre de 1997), puntos 26 y 69 a 85.

<sup>143</sup> — Conclusiones en el asunto Franzén, puntos 104 a 121.

136. Como ya he tenido ocasión de señalar,<sup>144</sup> el artículo 86 CE, apartado 2, establece seis requisitos para su aplicación.

137. En primer lugar, el organismo en cuestión tiene que ser una «empresa» en el sentido del Derecho de la competencia. Debe tratarse de una «entidad que ejerza una actividad económica con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación».<sup>145</sup> Según la jurisprudencia, el concepto de «actividad económica» se aplica a cualquier actividad que consista en ofrecer bienes o servicios en un mercado determinado.<sup>146</sup> Por regla general, una actividad presenta un carácter económico cuando puede ser efectuada, al menos en principio, por un operador privado con ánimo de lucro.<sup>147</sup>

138. En segundo lugar, es necesario que la empresa haya sido «encargada» de la gestión de un servicio de interés económico general en virtud de un acto de la autoridad pública.<sup>148</sup> En principio, el mero ejercicio

de una actividad regulada bajo el control del Estado no basta para que una entidad quede incluida en el ámbito de aplicación del artículo 86 CE, apartado 2, aun cuando el control estatal sea más intenso con respecto a la entidad afectada.<sup>149</sup>

139. En tercer lugar, es preciso que la empresa haya sido encargada de la gestión de un «servicio económico de interés general». Aunque la jurisprudencia no define este concepto, lo cierto es que las actividades de la empresa tienen que revestir «un interés económico general que ofrece caracteres específicos en relación con el que revisten otras actividades económicas».<sup>150</sup> En realidad, corresponde a los Estados miembros definir el contenido de sus servicios de interés económico general y, en este marco, gozan de un margen de maniobra importante, puesto que el Tribunal de Justicia sólo interviene para sancionar los errores de apreciación manifiestos.<sup>151</sup>

144 — Véanse mis conclusiones en el asunto *Wouters* y otros, antes citado, puntos 157 a 166.

145 — Sentencia *Höfnér y Elser*, antes citada, apartado 21.

146 — Véanse, en particular, las sentencias antes citadas de 16 de junio de 1987, *Comisión/Italia*, apartado 7; de 18 de junio de 1998, *Comisión/Italia*, apartado 36, y *Wouters* y otros, apartado 47.

147 — Sentencia de 25 de octubre de 2001, *Ambulanz Glöckner* (C-475/99, Rec. p. I-8089), apartado 20. Véanse también las conclusiones del Abogado General Sr. Tesoro en los asuntos *Poucet y Pistre* (sentencia de 17 de febrero de 1993, asuntos acumulados C-159/91 y C-160/91, Rec. p. I-637), punto 8, así como *SAT Fluggesellschaft* (sentencia de 19 de enero de 1994, C-364/92, Rec. p. I-43), punto 9.

148 — Sentencias de 21 de marzo de 1974, *BRT y SABAM*, denominado «BRT-1b» (127/73, Rec. p. 313), apartado 20, y de 11 de abril de 1989, *Ahmed Saeed Flugreisen* y otros (66/86, Rec. p. 803), apartado 55.

149 — Sentencias de 14 de julio de 1981, *Züchner* (172/80, Rec. p. 2021), apartado 7, y de 2 de marzo de 1983, *GVL/Comisión* (7/82, Rec. p. 483), apartados 29 a 32.

150 — Sentencias de 10 de diciembre de 1991, *Merci convenzionali porto di Genova* (C-179/90, Rec. p. I-5889), apartado 27; de 17 de julio de 1997, *GT-Link* (C-242/95, Rec. p. I-4449), apartados 52 y 53, y de 18 de junio de 1998, *Corsica Ferries France* (C-266/96, Rec. p. I-3949), apartado 45.

151 — Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 27 de febrero de 1997, *FFSA y otros/Comisión* (T-106/95, Rec. p. II-229), apartado 99, y Comunicación 2001/C 17/04 de la Comisión sobre los servicios de interés general en Europa (DO 2001, C 17, p. 4), apartado 22.

140. El cuarto requisito del artículo 86 CE, apartado 2, establece un criterio de necesidad. El texto exige que la aplicación de las normas del Tratado a la empresa en cuestión pueda «impedir» el cumplimiento de la misión específica que le ha sido encargada. Es por ello necesario que la medida controvertida (la que origina la restricción de la competencia o el obstáculo a la libre circulación de mercancías) sea necesaria para alcanzar el objetivo que se persigue.<sup>152</sup> A este respecto, no se exige que la aplicación de las normas del Tratado ponga en peligro la supervivencia, la viabilidad económica o el equilibrio financiero de la empresa.<sup>153</sup> Basta con que, en el caso de que se supriman los derechos exclusivos otorgados por el Estado, se esté impidiendo el cumplimiento de las obligaciones específicamente impuestas a la empresa o que el mantenimiento de tales derechos sea necesario para permitir que su titular cumpla la misión que se le ha confiado en condiciones económicamente aceptables.

141. El quinto requisito del artículo 86 CE, apartado 2, contiene una exigencia de proporcionalidad. El texto precisa que las empresas encargadas de la gestión de un servicio de interés general quedan sometidas a las normas del Tratado «en la medida» en que la aplicación de dichas normas no impida el cumplimiento de su misión específica.

142. De ello se desprende que los obstáculos a la libre circulación de mercancías o las restricciones de la libre competencia sólo se admiten «en la medida en que dichas restricciones se revelen necesarias para permitir cumplir su misión a la empresa a la que se le confió una misión de interés general de este tipo».<sup>154</sup> De esta forma, la exigencia de proporcionalidad obliga a comprobar si la misión específica de la empresa no puede cumplirse a través de medidas menos restrictivas.<sup>155</sup>

143. Para finalizar, el último requisito del artículo 86 CE, apartado 2, exige que «el desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Comunidad». Aunque el Tribunal de Justicia aún no se ha pronunciado sobre el contenido de este requisito, algunos Abogados Generales han expresado su opinión sobre la cuestión. Consideran que el perjuicio para el desarrollo de los intercambios intracomunitarios en el sentido del artículo 86 CE, apartado 2, exige, a diferencia de la definición clásica del concepto de medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa, la prueba de que la medida controvertida ha afectado realmente de manera sustancial a los intercambios intracomunitarios.<sup>156</sup> Considero que esta apre-

152 — Véase, en especial, la sentencia *Ambulanz Glöckner*, antes citada, apartados 56 y 57.

153 — Sentencia de 23 de octubre de 1997, *Comisión/Francia*, antes citada, apartados 59 y 95.

154 — Sentencia *Almelo*, antes citada, apartado 49. Véase también la sentencia de 19 de mayo de 1993, *Corbeau* (C-320/91, Rec. p. I-2533), apartado 14.

155 — Sentencia de 23 de mayo de 2000, *Sydhavnens Sten & Grus* (C-209/98, Rec. p. I-3743), apartado 80.

156 — Conclusiones del Abogado General Sr. Rozès en el asunto *Comisión/Italia*, antes citado (sentencia de 7 de junio de 1983), punto VI. C, y del Abogado General Sr. Cosmas en los asuntos antes citados *Comisión/Países Bajos*, *Comisión/Italia*, *Comisión/Francia* y *Comisión/España* (sentencias de 23 de octubre de 1997), punto 126.

ciación está justificada por el tenor literal del artículo 86 CE, apartado 2.

144. Antes de comprobar si en este caso se cumplen los requisitos anteriores, debe recordarse que, al tratarse de una excepción a las normas del Tratado, el artículo 86 CE, apartado 2, debe ser interpretado en sentido estricto.<sup>157</sup> Recordaré también que, con arreglo a la jurisprudencia, corresponde al Estado miembro que invoca el artículo 86 CE, apartado 2, demostrar que se cumplen los requisitos para la aplicación de esta disposición.<sup>158</sup>

145. En el presente asunto, de los autos se desprende que se cumplen los tres primeros requisitos de aplicación del artículo 86 CE, apartado 2.

146. En efecto, hemos visto que Apoteket ejerce una actividad económica en el sentido de la jurisprudencia, dado que ofrece bienes en un mercado determinado, que es el mercado de los medicamentos. Dicha actividad puede, como es evidente, ser efectuada por un operador privado con ánimo de lucro. De los autos se deduce además que en la propia Suecia, antes de la nacionalización de las farmacias, quienes efectuaban la actividad de venta al por menor de los medicamentos

eran operadores privados.<sup>159</sup> En consecuencia, Apoteket es una empresa en el sentido del artículo 86 CE, apartado 2.

147. Adicionalmente, a esta sociedad le ha sido encargada la gestión de un servicio de interés económico general en virtud de un acto de la autoridad pública.

148. En efecto, de los autos se desprende que el otorgamiento del derecho controvertido tiene como finalidad contribuir a proteger la salud pública garantizando el acceso de la población sueca a los medicamentos.

149. En sus observaciones escritas<sup>160</sup> y orales, el Gobierno sueco ha explicado que, con una población de nueve millones de habitantes y una superficie de 450.000 km<sup>2</sup>, Suecia es el segundo Estado miembro de la Unión europea<sup>161</sup> con menor densidad de población, siendo el primero la República de Finlandia. El Gobierno sueco ha manifestado que, debido a estas características geográficas y a su política en materia social, deseaba garantizar que todo ciudadano pudiera tener acceso a los medicamentos en idénticas condiciones y, en especial, a los mismos precios. La creación del monopolio estatal de

157 — Sentencias antes citadas BRT-II, apartado 19; GT-Link, apartado 50, y Comisión/Países Bajos, apartado 37.

158 — Véase, en particular, la sentencia de 23 de octubre de 1997, Comisión/Francia, antes citada, apartado 94.

159 — Resolución de remisión (p. 3).

160 — Punto 22.

161 — En las presentes conclusiones, esta expresión se refiere a los Estados miembros de la Unión Europea antes del 1 de mayo de 2004.

venta al por menor de medicamentos tiene como objetivo, por tanto, garantizar un suministro de medicamentos adecuado en todo el territorio sueco y en condiciones uniformes.

150. Pues bien, dicha misión constituye un servicio de interés general en el sentido del artículo 86 CE, apartado 2. Con arreglo a la jurisprudencia, presenta «un interés económico general que ofrece caracteres específicos en relación con el que revisten otras actividades económicas». <sup>162</sup> Además, el Tribunal de Justicia ha reconocido que la necesidad de garantizar un abastecimiento de medicamentos extenso y adaptado a las necesidades de la población constituye un objetivo de interés general en el sentido del artículo 30 CE <sup>163</sup> y del artículo 86 CE, apartado 2. <sup>164</sup>

151. Por último, ha quedado demostrado que dicha misión le ha sido confiada a Apoteket mediante un acto expreso de la autoridad pública, ya que la atribución de tal cometido y del derecho exclusivo objeto de litigio se derivan, a nuestros efectos, de una decisión del Gobierno sueco de 19 de diciembre de 1996 y del convenio de 1996. <sup>165</sup>

152. En consecuencia, Apoteket constituye una empresa encargada de la gestión de un servicio de interés económico general en el sentido del artículo 86 CE, apartado 2.

153. Sin embargo, el contenido de los autos no permite afirmar que en el presente caso se cumplan los requisitos de aplicación cuarto y quinto del precepto en cuestión.

154. Con carácter preliminar, es preciso subrayar que la Ley de 1996 y el convenio de 1996 persiguen un objetivo distinto que el de las disposiciones comunitarias en materia de autorización y control de medicamentos. <sup>166</sup>

155. En efecto, estas últimas disposiciones pretenden garantizar la protección de la salud pública *en sí misma*. Buscan proteger la salud y la vida de las personas y de los animales contra los riesgos potenciales que pueden plantear los medicamentos y sus condiciones de uso. En cambio, hemos visto que el otorgamiento del derecho exclusivo controvertido a Apoteket pretende garantizar el acceso de la población sueca a los

162 — Sentencias antes citadas *Merci convenzionali porto di Genova*, apartado 27; *GT-Link*, apartados 52 y 53, y *Corsica Ferries France*, apartado 45.

163 — Sentencia de 11 de diciembre de 2003, *Deutscher Apothekerverband* (C-322/01, Rec. p. I-14887), apartados 106 y 107.

164 — Sentencia de 22 de noviembre de 2001, *Ferring* (C-53/00, Rec. p. I-9067), apartados 24 y 32, y conclusiones del Abogado General Sr. Tizzano en ese mismo asunto, punto 66.

165 — Véase el preámbulo y los artículos 1 y 2 del convenio de 1996.

166 — En cuanto a la normativa comunitaria sobre este tema, véanse, en particular, las Directivas 2001/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de noviembre de 2001, por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos para uso humano (DO L 311, p. 67), y 2001/82/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de noviembre de 2001, por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos veterinarios (DO L 311, p. 1).

medicamentos. Tiene como objetivo garantizar un abastecimiento adecuado en todo el territorio sueco y en condiciones uniformes. Por lo tanto, en contestación a las preguntas que el Stockholms tingsrätt plantea a este respecto,<sup>167</sup> se puede señalar que la Ley de 1996 y el convenio de 1996 no se superponen a las disposiciones comunitarias en materia de autorización y de control de medicamentos.

156. Dicho esto, considero que el Gobierno sueco no ha justificado que el otorgamiento de un derecho exclusivo de venta al por menor sea necesario para permitir que Apoteket cumpla su misión.

157. En efecto, no se han aportado datos concretos (numéricos o de otro tipo) que permitan comprobar si, a falta del derecho exclusivo objeto del litigio, las zonas con baja densidad de población carecerían de suministro de medicamentos o si el mismo se realizaría en condiciones menos favorables. En este mismo sentido, las autoridades suecas no han aportado datos concretos que permitan comprobar si, en el caso de que fuera necesario que interviniesen para garantizar la apertura de farmacias en las zonas con baja densidad de población, el otorgamiento de un derecho exclusivo de venta al por menor sería la medida menos restrictiva para los intercambios intracomunitarios.

158. Por el contrario, algunos de los hechos que se recogen en los autos parecen indicar que el mantenimiento del derecho exclusivo objeto del litigio no es necesario para alcanzar el objetivo que se persigue. Tales hechos son los siguientes.

159. En primer lugar, hemos visto que, para comercializar sus medicamentos, Apoteket contaba con 800 farmacias que le pertenecen y que gestiona directamente y 970 agentes farmacéuticos en el territorio sueco. También sabemos que dichas farmacias están generalmente implantadas en zonas de alta densidad de población, como los centros urbanos y los centros comerciales y que los agentes farmacéuticos están ubicados en zonas rurales, con baja densidad de población.

160. Ahora bien, los agentes farmacéuticos son operadores independientes de Apoteket. Se trata de empresarios individuales, que han suscrito un contrato con dicha sociedad y que han asumido el suministro a los pacientes de los medicamentos sujetos a receta médica y la venta de un surtido limitado de medicamentos no sujetos a la misma. Por otra parte, Apoteket selecciona a estos agentes, no en función de criterios relativos a la densidad de la población o a las necesidades de esta última, sino «en función de criterios comerciales, de su ubicación en

167 — Véase la primera cuestión prejudicial (primera frase) y la cuarta cuestión prejudicial.

lugares en los que no compitan con las farmacias propiamente dichas». <sup>168</sup> Por último, ha quedado acreditado que estos agentes farmacéuticos no reciben ninguna formación <sup>169</sup> y no se les permite prestar asesoramiento a los clientes en relación con el uso de los medicamentos. <sup>170</sup>

161. En estas circunstancias, es difícil aceptar que el otorgamiento del derecho exclusivo objeto del litigio sea necesario para garantizar el abastecimiento de medicamentos en todo el territorio. El hecho de que, para garantizar la distribución de medicamentos en las zonas con baja densidad de población, Apoteket suscriba contratos con operadores externos, que ya están implantados en las correspondientes zonas y que se eligen en función de criterios comerciales, demuestra que no es necesario reservar a un único operador la venta de medicamentos para garantizar un abastecimiento adecuado en todo el territorio sueco.

162. De la misma forma, resulta difícil comprender por qué la concesión del derecho exclusivo objeto de litigio es necesaria para garantizar el acceso de la población a los medicamentos en condiciones óptimas e idénticas. El hecho de que, en la mayoría de los casos y en las zonas rurales, los medicamentos no los vendan las farmacias, sino operadores que no han recibido ninguna

formación y que no están autorizados para ofrecer asesoramiento, parece demostrar que el derecho controvertido no constituye una medida necesaria (o adecuada) para alcanzar dicho objetivo.

163. En segundo lugar, sabemos que Apoteket ha comenzado a ejercer su actividad por Internet y por teléfono. El órgano jurisdiccional remitente ha indicado <sup>171</sup> que, desde la primavera de 2002, Apoteket comercializa los medicamentos no sujetos a receta médica por Internet y que, en el futuro, tiene previsto vender a través de dicho canal todos los medicamentos, incluidos los sujetos a receta. Para ello, Apoteket envía los medicamentos a los clientes por correo, con la correspondiente información y asesoramiento sobre su utilización.

164. Pues bien, lo anterior también contribuye a demostrar que el mantenimiento del derecho objeto del litigio no es necesario para permitir a Apoteket cumplir con su misión.

165. En efecto, no se comprende por qué es necesario reservar la venta al por menor de los medicamentos a un único operador para garantizar la venta de dichos productos en las zonas rurales, cuando el titular del derecho exclusivo garantiza el abastecimiento a través de la venta por correspondencia. Creo que cualquier farmacia, que

168 — Resolución de remisión (p. 9).

169 — *Idem*.

170 — Observaciones escritas del Gobierno sueco (punto 11).

171 — Resolución de remisión (p. 8).

disponga de un canal de ventas por Internet o por teléfono, estaría en condiciones de recibir los pedidos de los pacientes, incluso de los que residan en zonas de baja densidad de población, y de enviarles los medicamentos con las correspondientes informaciones y asesoramiento.

166. En tercer lugar, un breve repaso a los regímenes que existen en el resto de los Estados miembros<sup>172</sup> nos muestra que, en términos más generales, no es necesario el otorgamiento de un derecho exclusivo de venta al por menor para garantizar la existencia de farmacias en las zonas con baja densidad de población.

167. En efecto, parece que las autoridades públicas no han tenido que intervenir en ninguno de los Estados miembros, incluida la República de Finlandia (que es el Estado miembro con la menor densidad de población), para imponer la apertura de farmacias en las zonas de baja densidad de población. Las medidas que han adoptado a estos efectos (consistentes en una definición general de los criterios relativos a la implantación de farmacias y una limitación del número de farmacias en las zonas con alta densidad de población) han sido en general suficientes para garantizar la adecuada implantación de las farmacias en todo el territorio y, en particular, en las zonas menos pobladas.

168. En todo caso, incluso en el supuesto de que las autoridades de un Estado miembro tuviesen que intervenir para garantizar la apertura de farmacias en una parte de su territorio, considero que el otorgamiento de un derecho exclusivo de venta al por menor constituiría una medida desproporcionada en relación con tal objetivo.

169. En efecto, las autoridades del Estado en cuestión podrían implantar un régimen de licencias e intervenir únicamente de forma puntual, para garantizar la apertura de una farmacia en las zonas en las que se demostrase que era necesario hacerlo, suscribiendo para ello un contrato de servicio público con un operador privado. De esta forma, al operador se le impondría una obligación de servicio público y estaría obligado a garantizar, a cambio de una subvención que le otorgaría el Estado, la venta de medicamentos en la zona en cuestión. Un régimen como el descrito sería claramente menos restrictivo para los intercambios intracomunitarios que un derecho exclusivo de venta al por menor, ya que, a diferencia de este último, no impediría a los operadores de otros Estados miembros establecerse en el territorio del Estado miembro en cuestión ni ofertar sus productos a los clientes que captasen.

170. A este respecto, el contenido de los autos parece indicar que no sería imposible establecer en Suecia un régimen como el descrito.

172 — Véase, en particular, el cuadro que figura en la página web del Groupement pharmaceutique de l'Union européenne: <http://www.pgeu.org> (en el apartado Sitemap, Pharmaciens d'officine, Données Pharmacie, Le nombre de pharmacies d'officine en Europe).

171. Así, durante la fase escrita del procedimiento, el Sr. Hanner aportó un informe del Handelns Utredningsinstitut (HUI) (Instituto de estudios de comercio), de mayo de 2002, relativo a la distribución de los medicamentos en Suecia.<sup>173</sup> Dicho informe demuestra que, en el supuesto de que se eliminase el derecho exclusivo de Apoteket en relación con los medicamentos no sujetos a receta médica, el número de puntos de venta de dichos medicamentos aumentaría en unas 3.300 unidades. El Sr. Hanner también se refirió a varios informes del Konkurrensverket (Consejo nacional de la competencia)<sup>174</sup> que parecen indicar que, en el caso de que se suprimiese del derecho exclusivo de Apoteket para los medicamentos no sujetos a receta médica, el precio de los mismos sería inferior al fijado por Apoteket. Sin embargo, el Gobierno sueco no ha presentado comentarios a ninguno de los distintos informes anteriores.

172. Por otra parte, el Stockholms tingsrätt ha indicado<sup>175</sup> que, antes de la creación del monopolio de Apoteket en 1969, la venta al por menor de medicamentos era efectuada por operadores privados, bajo un régimen de licencias. Pues bien, el Gobierno sueco no ha manifestado, en ningún momento del procedimiento, que dicho régimen no permitiese garantizar un abastecimiento adecuado

de medicamentos en todo el territorio y a precios uniformes. Parece, por tanto, que el monopolio de Apoteket no fue creado por razones técnicas, ligadas a la existencia de problemas en el abastecimiento de medicamentos a la población.

173. Teniendo en cuenta los distintos factores que se han expuesto, considero que las autoridades suecas no han justificado la aplicación del artículo 86 CE, apartado 2. El contenido de los autos indica, por el contrario, que el mantenimiento del derecho exclusivo de venta al por menor de medicamentos no es necesario para permitir que Apoteket cumpla su misión específica y que, en cualquier caso, el mantenimiento de dicho derecho constituye una medida desproporcionada en relación con el objetivo que se persigue.

174. Finalmente, para responder a la última pregunta planteada por el Stockholms tingsrätt, aclararé que, en mi opinión, la conclusión anterior sería la misma en el supuesto de que los medicamentos no sujetos a receta médica hubiesen estado excluidos del ámbito de aplicación del monopolio de Apoteket.<sup>176</sup>

173 — Observaciones escritas del Sr. Hanner (Anexo 3 y puntos 92 a 94).

174 — Informe n.º 1999/4, titulado «La competencia en la venta de medicamentos»; informe n.º 2002/4, titulado «Curar y crear competencia»; e Informe n.º 2002/2, titulado «La competencia en Suecia» (citados en los puntos 39 y 40 de las observaciones escritas del Sr. Hanner).

175 — Resolución de remisión.

176 — Véase la quinta cuestión prejudicial.

175. Efectivamente, de las consideraciones anteriores se desprende que las razones que impiden reconocer el carácter necesario y proporcionado del derecho exclusivo de Apoteket son igualmente válidas en el caso de los medicamentos sujetos a receta médica que en el de los no sujetos a receta. De suerte que la exclusión del ámbito de aplicación del derecho exclusivo de Apoteket de los medicamentos no sujetos a receta no supondría la conformidad de este último con las exigencias del Derecho comunitario.

176. En estas circunstancias, considero que el mantenimiento del derecho exclusivo de Apoteket no puede justificarse sobre la base del artículo 86 CE, apartado 2. En consecuencia, propondré al Tribunal de Justicia que responda al Stockholms tingsrätt que los artículos 31 CE y 86 CE, apartado 2, se oponen al mantenimiento de un derecho exclusivo de venta al por menor de los medicamentos, como el que ha sido otorgado a Apoteket.

## VII. Conclusión

177. Por todas las consideraciones expuestas, propongo al Tribunal de Justicia que declare que:

«Los artículos 31 CE y 86 CE, apartado 2, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una medida nacional que otorgue, a una empresa como la sociedad Apoteket AB, un derecho exclusivo de venta al por menor de medicamentos con el fin de garantizar un suministro de medicamentos adecuado en todo el territorio del Estado miembro de que se trate y a precios idénticos.»