

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO

PHILIPPE'A LÉGERA

przedstawiona w dniu 25 maja 2004 r.¹

1. W niniejszej sprawie Stockholms tingsrätt (sąd pierwszej instancji w Sztokholmie, Szwecja) zwraca się z kilkoma pytaniami prejudycjalnymi dotyczącymi zgodności z prawem monopolu w zakresie sprzedaży detalicznej produktów leczniczych w Szwecji. Pytnia te wpisują się w kontekst postępowania karnego wszczętego przeciwko Kristorowi Hannerowi, oskarżonemu o to, że dokonał sprzedaży pewnych produktów leczniczych z naruszeniem ustawodawstwa szwedzkiego, które zastrzega sprzedaż tych produktów na rzecz państwa lub organu wskazanego przez państwo.

2. W sprawie tej powstało zasadniczo pytanie, czy wyłączne prawo sprzedaży detalicznej może zostać uznane za zgodne z art. 31 WE. Jeśli by tak nie było, należałoby zadać sobie pytanie, czy utrzymywanie takiego prawa może być uzasadnione na podstawie ustanawiających odstępstwa postanowień traktatu WE, a zwłaszcza na podstawie art. 86 ust. 2 WE.

3. Jeden z problemów z tej sprawy wynika z tego, że z orzecnictwa Trybunału w tych poszczególnych kwestiach wynikają sprzeczne wnioski.

I — Ramy prawa krajowego

4. W 1969 r. władze szwedzkie dokonały likwidacji prywatnych aptek i ustanowiły państwowy monopol w zakresie sprzedaży detalicznej produktów leczniczych. Monopol ten obejmuje wszystkie produkty lecznicze, to znaczy produkty lecznicze przeznaczone do podawania ludziom lub zwierzętom, jak również produkty lecznicze wydawane na podstawie recepty lub bez recepty. Obecnie jest on regulowany przez lagen (1996:1152) om handel med läkemedel m.m. (ustawę nr 1152 z 1996 r. o obrocie produktami leczniczymi)².

5. Artykuł 2 tej ustawy definiuje pojęcie „sprzedaży detalicznej” jako sprzedaż na rzecz konsumentów, jak również osób uprawnionych do wystawiania recept na produkty lecznicze. Zgodnie z art. 3 tej ustawy każda inna forma sprzedaży stanowi „sprzedaż hurtową” i wymaga zezwolenia Läkemedelsverket (szwedzki organ właściwy do spraw kontroli produktów leczniczych).

¹ — Język oryginału: francuski.

² — Załącznik 1 do uwag na piśmie rządu szwedzkiego (zwany dalej „ustawą z 1996 r.”).

6. Artykuł 4 ustawy z 1996 r. ustanawia w Szwecji monopol państwowy. Stanowi on, że „z zastrzeżeniem przepisów szczególnych niniejszej ustawy, sprzedaż detaliczna [produktów leczniczych] zastrzeżona jest na rzecz państwa lub jednej bądź kilku osób prawnych, kontrolowanych przez państwo oraz że „rząd określa osobę(-y) uprawnioną(-e) do prowadzenia takiego obrotu oraz jego warunki”.

7. Na zasadzie odstępstwa od tego przepisu sprzedaż detaliczna produktów leczniczych szpitalom może być prowadzona przez podmioty posiadające zezwolenie na obrót hurtowy³.

8. Zgodnie z art. 11 ustawy z 1996 r. osoby dopuszczające się naruszenia przepisów ustanawiających monopol państwowy podlegają karze grzywny lub karze pozbawienia wolności na okres do lat dwóch.

9. Zgodnie z porozumieniem podpisanym w 1970 r. państwo szwedzkie zobowiązało spółkę Apoteksbolaget AB, utworzoną w tym właśnie celu, do wykonywania działalności w zakresie sprzedaży detalicznej produktów leczniczych. Apoteksbolaget AB zmieniła następnie w 1988 r. nazwę na Apoteket AB⁴.

10. Apoteket jest spółką, której właścicielem jest państwo i której kierownictwo składa się zasadniczo z polityków i urzędników. W jej skład wchodzi obecnie 11 000 osób.

11. Celem prowadzenia sprzedaży produktów leczniczych nabywcom Apoteket dysponuje 800 aptekami, których jest posiadaczem i którymi sama zarządza. Owe placówki są umiejscowione ogólnie rzecz biorąc w strefach o wysokiej gęstości zaludnienia, jak centra miast, centra handlowe i centra opieki medycznej.

12. Na obszarach wiejskich, gdzie utworzenie apteki byłoby nieopłacalne, Apoteket zapewnia sprzedaż produktów leczniczych za pośrednictwem około 970 „Apoteksombud” (przedstawicieli aptecznych). Są to podmioty prywatne, z którymi zawarła ona umowę i które za wynagrodzeniem zobowiązały się do dostarczania pacjentom produktów leczniczych wydawanych na receptę. Przedstawiciele apteczni są również uprawnieni do sprzedaży konsumentom ograniczonego asortymentu produktów leczniczych wydawanych bez recepty. Podlegają oni kontroli Apoteket, która określa ceny sprzedaży produktów leczniczych, jak też ich asortyment. Przedstawiciele apteczni nie są w żaden specjalny sposób szkoleni i nie są uprawnieni do udzielania klientom porad w zakresie użycia produktów leczniczych.

13. Z akt sprawy wynika, że począwszy od wiosny 2002 r. Apoteket sprzedaje również

3 — Artykuł 5 ustawy z 1996 r.

4 — Zwana dalej „Apoteket”.

produkty lecznicze bez recepty przez internet oraz przez telefon. Z czasem planuje ona sprzedawać tą drogą wszystkie produkty lecznicze, w tym również te, które są wydawane na receptę. W takim przypadku wysyłałaby ona produkty lecznicze klientom z wymaganą informacją oraz poradą dotyczącą sposobu ich użycia.

poziomie wystarczającym do zaspokojenia zapotrzebowania systemu ochrony zdrowia. W tych ramach Apoteket sama określa liczbę oraz umiejscowienie aptek, jak również innych punktów sprzedaży produktów leczniczych. Powinna ona być zdolna dostarczyć wszystkie produkty lecznicze (wydawane na receptę oraz bez recepty), które obejmuje przysługujące jej prawo wyłączne.

14. Jeśli chodzi o warunki zaopatrzenia, Apoteket zaopatruje się wyłącznie u dwóch hurtowników działających na rynku szwedzkim, a mianowicie u Tamro i Kronans Droghandel. Nie jest ona uprawniona do samodzielnego przywozu produktów leczniczych z innych państw członkowskich.

15. W chwili kiedy miały miejsce zdarzenia rozpatrywane w postępowaniu przed sądem krajowym, stosunki między państwem a Apoteket regulowane były porozumieniem z dnia 20 grudnia 1996 r., przedłużonym i zmienionym porozumieniem z dnia 21 grudnia 1998 r.⁵.

17. Artykuł 8 porozumienia z 1996 r. nakłada na Apoteket obowiązek stosowania jednej ceny na każdy produkt leczniczy. W przypadku leków dotowanych cenę sprzedawczy i tym samym marżę zysku Apoteket ustala Läkemedelsförmånsnämnden (komitet ds. cen produktów leczniczych). Natomiast w przypadku leków niedotowanych Apoteket sama ustala zarówno cenę, jak i swą marżę zysku. Lekami dotowanymi są produkty lecznicze wydawane na receptę, jak i niektóre produkty lecznicze wydawane bez recepty.

16. Porozumienie to stanowi, że Apoteket zobowiązana jest zapewniać zadowalające zaopatrzenie w produkty lecznicze na terytorium całego kraju oraz zagwarantować konsumentom informacje niezależne od producentów produktów leczniczych. W tym celu Apoteket powinna zorganizować krajowy system dystrybucji oraz zapewniać utrzymywanie zapasów produktów leczniczych i zdolności do realizacji dostaw na

II — Odesłanie prejudycjalne

18. Szwedzkie władze wszczęły postępowanie karne przeciwko K. Hannerowi w przedmiocie naruszenia art. 4 ustawy z 1996 r. Zarzucają mu, że w maju i lipcu 2001 r. sprzedał dwanaście opakowań plasterków Nicorette oraz gum do żucia Nicorette, to znaczy zastępczych produktów nikotynowych, przeznaczonych dla palaczy chcących rzucić palenie. Minister spraw wewnętrznych podkreślił, że produkty te zostały zakwalifi-

⁵ — Załącznik 2 do uwag na piśmie rządu szwedzkiego (zwany dalej „porozumieniem z 1996 r.”).

kowane przez Läkemedelsverket jako produkty lecznicze i podlegają szwedzkiemu monopolowi państwowemu.

- 2) W związku z tym co zostało przedstawione w pierwszym pytaniu, czy ustawodawstwo tego rodzaju, jak to, o którym mowa w pierwszym pytaniu, jest sprzeczne z art. 28 WE?

19. Odpowiadając przed sądem krajowym, K. Hanner uznał okoliczności faktyczne, lecz zakwestionował to, że noszą one cechy naruszenia prawa. Twierdził, że szwedzki monopol państwowy jest sprzeczny z art. 31 WE, 28 WE i 43 WE.

- 3) W związku z tym co zostało przedstawione w pierwszym pytaniu, czy ustawodawstwo tego rodzaju, jak to, o którym mowa w pierwszym pytaniu, jest sprzeczne z art. 43 WE?

20. Uznawszy, że rozstrzygnięcie sporu zależy od wykładni tych przepisów, Stockholms tingsrätt postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

„1) Na szczeblu krajowym istnieje niezależny system kontroli i pozwoleń na obrót produktami leczniczymi, mający na celu gwarantowanie jakości produktów leczniczych i zapobieganie ich szkodliwym skutkom. Niektóre produkty lecznicze muszą ponadto być przepisywane przez upoważnionego lekarza. Czy w takich okolicznościach krajowe ustawodawstwo, zgodnie z którym obrót detaliczny produktami leczniczymi może być prowadzony wyłącznie przez państwo lub osoby prawne kontrolowane przez państwo, a którego celem jest zaspokojenie zapotrzebowania na produkty lecznicze pewne i skuteczne, jest sprzeczne z art. 31 WE?

- 4) W ramach analizy pytań od pierwszego do trzeciego — czy ustawodawstwo krajowe tego rodzaju jak to, o którym mowa w pierwszym pytaniu, jest sprzeczne z zasadą proporcjonalności?
- 5) Jakie miałyby znacznie w ramach oceny dokonywanej w zakresie pytań od pierwszego do czwartego, gdyby produkty lecznicze w tzw. wolnej sprzedaży nie podlegały, w całości lub w części, przepisowi prawa krajowego, zgodnie z którym obrót detaliczny produktami leczniczymi może być prowadzony wyłącznie przez państwo lub osoby prawne, na które państwo wywiera dominujący wpływ?”.

III — Przedmiot pytań prejudycjalnych

21. Odesłanie prejudycjalne Stockholms tingsrätt dotyczy dwóch serii pytań.

22. Przede wszystkim sąd krajowy dąży do ustalenia, czy mające charakter zasady postanowienia dotyczące swobodnego przepływu towarów (art. 31 WE i 28 WE) oraz swobody przedsiębiorczości (art. 43WE) sprzeciwiają się temu, by przepisy krajowe zastrzegały dla państwa lub podmiotu przez nie kontrolowanego wyłączne prawo sprzedaży detalicznej produktów leczniczych⁶.

23. W przypadku odpowiedzi twierdzącej należałoby następnie zadać sobie pytanie, czy przepisy takie mogą być uzasadnione wyjątkami przewidzianymi w traktacie. Mimo bowiem że Stockholms tingsrätt nie wskazał wyraźnie w swoim wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym przepisów traktatu stanowiących odstępstwo, to jednak jedynie wykładnia tych przepisów umożliwi udzielenie mu użytecznej odpowiedzi, to znaczy wszelkich wskazówek niezbędnych dla stwierdzenia, czy

sporny monopol jest zgodny z prawem wspólnotowym⁷. Pytanie dotyczące uzasadnienia monopolu jest ponadto w sposób dorozumiany zawarte w dwóch pierwszych zdaniach pierwszego pytania prejudycjalnego, jak również w pytaniach czwartym i piątym.

24. Sąd krajowy zmierza bowiem, bardziej szczegółowo, do ustalenia, czy sporny przepis jest proporcjonalny do celu, któremu służy⁸. Zadaje on sobie pytanie, czy przepis taki jest niezbędny, ponieważ inne przepisy prawne dotyczące kontroli, zezwoleń oraz recept na produkty lecznicze mają już na celu zapewnienie ochrony zdrowia publicznego⁹. Ponadto sąd krajowy ma wątpliwości, czy sporny przepis nie wykracza poza to, co jest konieczne, przez to że obejmuje monopol państwowym również produkty lecznicze wydawane bez recepty¹⁰.

25. Dokonam kolejno badania tych różnych kwestii, rozpoczynając od analizy art. 31 WE, jako że przepis ten stanowi *lex specialis*

7 — Przypominam tu, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunał uznaje, że celem udzielenia użytecznej odpowiedzi sądowi krajowemu, który zwrócił się do niego z pytaniem prejudycjalnym, może on być zmuszony do wzięcia pod uwagę norm prawa wspólnotowego, do których sąd ten nie odwołał się w pytaniu (zob. w szczególności wyroki z dnia 20 marca 1986 r. w sprawie 35/85 Tissier, Rec. str. 1207, pkt 9; z dnia 18 listopada 1999 r. w sprawie C-107/98 Teckal, Rec. str. I-8121, pkt 39; z dnia 16 stycznia 2003 r. w sprawie C-265/01 Pansard i in, Rec. str. I-683, pkt 19; z dnia 22 stycznia 2004 r. w sprawie C-271/01 COPPI, Rec. str. I-1029, pkt 27).

8 — Czwarte pytanie prejudycjalne.

9 — Pierwsze pytanie prejudycjalne (zdanie pierwsze i drugie).

10 — Piąte pytanie prejudycjalne.

6 — Pierwsze pytanie prejudycjalne (zdanie trzecie), jak również pytania drugie i trzecie.

w zakresie monopolu państwowych o charakterze handlowym¹¹.

IV — W przedmiocie art. 31 WE

26. Artykuł 31 ust. 1 WE brzmi następująco:

„Państwa członkowskie dostosowują monopol państwowy o charakterze handlowym w taki sposób, aby wykluczona była wszelka dyskryminacja między obywatelami państw członkowskich w stosunku do warunków zaopatrzenia i zbytu.

Postanowienia niniejszego artykułu stosują się do każdego podmiotu, za pośrednictwem którego państwo członkowskie z mocy prawa lub faktycznie, bezpośrednio lub pośrednio, kontroluje, kieruje lub wpływa w stopniu odczuwalnym na przywóz lub wywóz w stosunkach między państwami członkowskimi. Postanowienia te stosują się także do monopolu delegowanych przez państwo na inne podmioty”.

27. Artykuł 31 figuruje pośród postanowień traktatu dotyczących swobodnego przepływu towarów. Jego głównym założeniem jest uniknięcie posługiwania się przez państwa członkowskie monopolami handlowymi w celach protekcyjnych i restytucji w ten sposób przeszkód w swobodnym przepływie towarów, których eliminację mają na celu inne postanowienia traktatu¹². Sprawozdanie Spaaka wskazuje bowiem, że¹³:

„Szczególny problem powstaje, kiedy bezpośrednia regulacja przywozów następuje nie w drodze kontyngentów, lecz poprzez instytucję monopolu na zakup, niezależnie od tego, czy przysługuje on organowi publicznemu, czy też prywatnemu ugrupowaniu, któremu państwo przekazuje uprawnienie. W takim przypadku organ, który określa limit przywozu, jest zrównywany z samym nabywcą. Nie można zatem zastosować automatycznej formuły zwiększenia, ponieważ nie można uczynić obowiązkowymi zakupów, które nie byłyby niezbędne. Istotnym elementem rozwiązania jest to, że z końcem okresu przejściowego krajowe podmioty zajmujące się nabywaniem lub przywozem powinny zniknąć lub zostać dostosowane do wspólnego rynku bądź w razie potrzeby zostać zastąpione wspólną organizacją rynku”.

11 — Wyroki z dnia 20 lutego 1979 r. w sprawie 120/78 ReweZentral, zwany wyrokiem w sprawie „Cassis de Dijon”, Rec. str. 649, pkt 7; z dnia 13 marca 1979 r. w sprawie 119/78 Peureux II, Rec. str. 975, pkt 27; z dnia 14 grudnia 1995 r. w sprawie C-387/93 Banchemo, Rec. str. I-4663, pkt 26.

12 — Zobacz podobnie art. 31 ust. 2 WE oraz wyrok z dnia 13 marca 1979 r. w sprawie 91/78 Hansen, Rec. str. 935, pkt 8.

13 — Międzyrządowy komitet utworzony przez konferencję w Messynie, Sprawozdanie przewodniczących delegacji dla ministrów spraw zagranicznych, Bruksela, 21 kwietnia 1956 r., str. 37.

28. Artykuł 31 WE jest zatem postanowieniem szczególnym, mającym na celu eliminację przeszkód w swobodnym przepływie towarów, które wynikają nie ze środków państwowych, lecz z zachowania monopoli państwa¹⁴.

29. W obecnej sprawie Stockholms tingsrätt zwraca się z pytaniem, czy postanowienie to sprzeciwia się obowiązywaniu przepisów krajowych, które zastrzegają na rzecz organów państwa członkowskiego lub podmiotu kontrolowanego przez te organy wyłączne prawo sprzedaży detalicznej produktów leczniczych.

30. Aby udzielić odpowiedzi na to pytanie, rozpocznę od sprawdzenia, czy Apoteket mieści się w zakresie przedmiotowym art. 31 WE (część A poniżej). Następnie zbadam, czy wyłączne prawo sprzedaży detalicznej produktów leczniczych może zostać uznane za zgodne z wymogami przewidzianymi w tym przepisie (część B poniżej).

A — W przedmiocie zakresu przedmiotowego art. 31 WE

31. Artykuł 31 WE stosuje się do krajowych monopoli o charakterze handlowym

i dotyczy „każdego podmiotu, za pośrednictwem którego państwo członkowskie kontroluje, kieruje lub wpływa w stopniu odczuwalnym, nie tylko bezpośrednio, lecz również pośrednio, na przywóz lub wywóz w stosunkach między państwami członkowskimi”¹⁵.

32. Jak podkreślił rzecznik generalny Cosmas¹⁶, definicja ta zakłada łączną obecność dwóch elementów o różnym charakterze: elementu organicznego i elementu funkcjonalnego.

33. Jeśli chodzi o element organiczny, to art. 31 WE zakłada, że państwowy monopol ma charakter „handlowy”. Oznacza to, że dany podmiot ma wykonywać działalność gospodarczą, to znaczy działalność, która polega na oferowaniu towarów lub usług do sprzedaży na danym rynku¹⁷. Pojęcie „monopolu państwowego o charakterze handlowym” łączy się w ten sposób z pojęciem „przedsiębiorstwa” w rozumieniu prawa konkurencji, ponieważ dotyczy ono „każdego podmiotu wykonującego działalność gospodarczą, niezależnie od statusu

¹⁴ — F. Berrod, „Monopoles publics et droit communautaire” [w:] *Juris-classeur Europe*, 2004, fascicule 1510, pkt 24.

¹⁵ — Wyroki z dnia 3 lutego 1976 r. w sprawie 59/75 Manghera i in., Rec. str. 91, pkt 7; z dnia 4 maja 1988 r. w sprawie 30/87 Bodson, Rec. str. 2479, pkt 11.

¹⁶ — Opinia do wyroków z dnia 23 października 1997 r. w sprawie C-157/94 Komisja przeciwko Niderlandom, Rec. str. I-5699; w sprawie C-158/94 Komisja przeciwko Włochom, Rec. str. I-5789; w sprawie C-159/94 Komisja przeciwko Francji, Rec. str. I-5815; w sprawie C-160/94 Komisja przeciwko Hiszpanii, Rec. str. I-5851, pkt 28.

¹⁷ — Przypominam, że w prawie konkurencji pojęcie „działalności gospodarczej” odnosi się do wszelkiej działalności polegającej na oferowaniu towarów lub usług do sprzedaży na danym rynku (zob. w szczególności wyroki z dnia 16 czerwca 1987 r. w sprawie 118/85 Komisja przeciwko Włochom, Rec. str. 2599, pkt 7; z dnia 18 czerwca 1998 r. w sprawie C-35/96 Komisja przeciwko Włochom, Rec. str. I-3851, pkt 36; z dnia 19 lutego 2002 r. w sprawie C-309/99 Wouters i in., Rec. str. I-1577, pkt 47).

prawnego tego podmiotu i sposobu jego finansowania”¹⁸.

wyjaśnił, że art. 31 WE dotyczy wymiany towarowej²⁵, a zatem nie obejmuje monopoli w zakresie usług²⁶, chyba że monopole te mogą mieć bezpośredni wpływ na towarową wymianę handlową między państwami członkowskimi²⁷.

34. Jednakże charakter „państwowy” monopolu wymaga, by dana jednostka pozostawała w szczególnym związku z państwem¹⁹. Może to być część administracji²⁰, przedsiębiorstwo publiczne²¹ lub przedsiębiorstwo prywatne wyposażone w prawa wyłączne bądź specjalne²². Istotne jest, by państwo mogło mieć decydujący wpływ na zachowanie tej jednostki²³. Ponadto charakter „państwowy” monopolu wymaga, by miał on swe źródło w akcie władzy publicznej i by jego wyłączność była prawnie zagwarantowana²⁴. Wyklucza on z tego względu monopole o charakterze wyłącznie gospodarczym, które objęte są postanowieniami traktatu w dziedzinie konkurencji. Wreszcie Trybunał

35. Jeśli chodzi o element funkcjonalny, art. 31 WE dotyczy sytuacji, w której organy władzy publicznej są w stanie wpływać w stopniu odczuwalnym na wymianę handlową między państwami członkowskimi za pośrednictwem podmiotu lub wskazanej jednostki²⁸. Nie jest tu bowiem wymagane, by państwo *kontrolowało* przywóz lub wywóz lub nimi *kierowało*. Wystarczające jest, by było w stanie wpływać na wymianę handlową, nawet w sposób pośredni²⁹. Ponadto dla uznania wpływu państwa za odczuwalny nie jest konieczne, by kontrolowało ono cały przywóz lub wywóz. Państwo, które dysponuje wyłącznym prawem przywozu i wprowadzania do obrotu produktów zaspokajających 65% popytu na rynku krajowym, ma możliwość wpływania w stopniu odczuwalnym na przywóz tych produktów z innych państw członkowskich³⁰.

18 — Wyrok z dnia 23 kwietnia 1991 r. w sprawie C-41/90 Hüfner i Elser, Rec. str. I-1979, pkt 21.

19 — Wynika to jasno z pierwotnego tekstu art. 31 WE, który posługiwał się terminem „monopol państwa”. Inne wersje językowe traktatu, jak wersja angielska, zachowały to szczególne wyrażenie („State monopolies”).

20 — Zobacz w szczególności ww. wyrok w sprawie Bodson, pkt 13.

21 — Wyżej wymienione wyroki z dnia 23 października 1997 r. w sprawie Komisja przeciwko Włochom, pkt 2; w sprawie Komisja przeciwko Francji, pkt 3; jak również wyrok z dnia 23 października 1997 r. w sprawie C-189/95 Franzén, Rec. str. I-5909, pkt 15 (zwany dalej „wyrokiem w sprawie Franzén”).

22 — Zobacz w szczególności ww. wyrok w sprawie Komisja przeciwko Niderlandom, pkt 2–4; opinia rzecznika generalnego Roemera w sprawie 82/71 SAIL (wyrok z dnia 21 marca 1972 r.) Rec. str. I19, 145.

23 — Zobacz podobnie wyrok z dnia 16 grudnia 1970 r. w sprawie 13/70 Cinzano, Rec. str. 1089, pkt 5; ww. opinia rzecznika generalnego Roemera w sprawie SAIL, str. 145.

24 — J.E. De Cockborne, L. Defalque, C.F. Durand, H. Prahli i G. Vandersanden, „Commentaire J. Megret, Le droit de la CEE, tom I, Préambule, Principes, Libre circulation des marchandises”, wydawnictwo uniwersytetu w Brukseli, wyd. 2., Bruksela 1992, str. 311; ww. F. Berrod, pkt 6.

25 — Wyrok z dnia 15 lipca 1964 r. w sprawie 6/64 Costa przeciwko Enel, Rec. str. 1141, 1165 i pkt 4 sentencji.

26 — Wyroki z dnia 30 kwietnia 1974 r. w sprawie 155/73 Sacchi, Rec. str. 409, pkt 10; z dnia 11 września 2003 r. w sprawie C-6/01 Anomar i in., Rec. str. I-8621, pkt 59.

27 — Wyroki z dnia 28 czerwca 1983 r. w sprawie 271/81 Société coopérative d'amélioration de l'élevage et d'insémination artificielle du Béarn, Rec. str. 2057, pkt 8–13; z dnia 7 grudnia 1995 r. w sprawie C-17/94 Gervais i in., Rec. str. I-4353, pkt 35 i 37.

28 — Zobacz w szczególności ww. wyrok w sprawie Bodson, pkt 13; wyrok z dnia 27 kwietnia 1994 r. w sprawie C-393/92 Almelo, Rec. str. I-1477, pkt 29; ww. wyrok w sprawie Banchemo, pkt 26.

29 — Wyżej wymieniony wyrok z sprawie Cinzano, pkt 5.

30 — Wyrok z dnia 13 grudnia 1990 r. w sprawie C-347/88 Komisja przeciwko Grecji, Rec. str. I-4747, pkt 41.

36. W obecnej sprawie jest bezsporne, że Apoteket spełnia te przesłanki.

B — *W przedmiocie obowiązków przewidzianych w art. 31 WE*

37. Po pierwsze Apoteket wykonuje działalność gospodarczą w rozumieniu prawa konkurencji, ponieważ prowadzi sprzedaż towarów na danym rynku, to znaczy rynku produktów leczniczych. Podlega on również kontroli państwa, ponieważ jej właścicielem są szwedzkie organy władzy państwowej, a jej kierownictwo składa się z polityków i urzędników. Wreszcie posiada ona prawny monopol, ponieważ wyłączność jej działalności jest gwarantowana zarówno przez ustawę z 1996 r.³¹, jak i przez porozumienie z 1996 r.³².

38. Po drugie Apoteket przysługuje wyłączone prawo sprzedaży detalicznej. Trybunał stwierdził już natomiast, że prawo takie umożliwia danemu państwu członkowskiemu wpływanie w odczuwalnym stopniu na przywóz konkretnego produktu z innych państw członkowskich³³.

39. W takiej sytuacji należy stwierdzić, że Apoteket jest monopolem państwowym o charakterze handlowym w rozumieniu art. 31 WE. Należy zatem zbadać, czy wymogi przewidziane przez ten przepis sprzeciwiają się istnieniu lub konkretnemu wykonywaniu wyłącznego prawa sprzedaży detalicznej, które zostało jej przyznane.

40. Artykuł 31 WE nie wymaga zniesienia państwowych monopolu o charakterze handlowym³⁴. Wymaga on jedynie dostosowania tych monopolu do wspólnego rynku w taki sposób, aby wykluczona była wszelka dyskryminacja między obywatelami państw członkowskich w stosunku do warunków zaopatrzenia i zbytu³⁵.

41. Jedną z trudności wskazanych w art. 31 WE wynika z faktu, że pojęcie „monopolu państwowego” jest użyte dla jednoczesnego określenia wyłącznego prawa wykonywania określonej działalności (produkcja, przywóz, wprowadzanie do obrotu) oraz podmiotu zobowiązanego do wykonywania tego prawa wyłącznego³⁶. Oczywiście jest, że ze względu na art. 295 WE³⁷ traktat nie może nakładać na państwa członkowskie obowiązku likwidacji podmiotów, którym przysługuje prawo wyłączone. Natomiast Trybunał ocenił, że obowiązek dostosowania do wspólnego rynku przewidziany w art. 31 WE może oznaczać obowiązek wygaszenia pewnych praw wyłącznych przez państwa członkowskie.

31 — Artykuł 4.

32 — Artykuł 1.

33 — Wyrok w sprawie Franzén, pkt 37 i nast. Wniosek ten wynika również a contrario z ww. wyroku w sprawie Banchero, pkt 29–31.

34 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Manghera i in., pkt 5.

35 — Idem.

36 — Wyżej wymieniona pozycja J.E. De Cockborne, L. Defalque, C.F. Durand, H. Prahli i G. Vandersanden, str. 322.

37 — Artykuł ten przewiduje, że „[n]iniejszy traktat nie przesądza z niczym zasad prawa własności w państwach członkowskich”.

42. W ten sposób Trybunał w ww. wyroku w sprawie Manghera i in.³⁸ orzekł, że wyłączne prawo przywozu produktów powoduje ze swej natury dyskryminację zabronioną przez art. 31 WE, a zatem że państwa członkowskie są zobowiązane uchylić te prawa. Podobnie Trybunał ocenił, że wyłączne prawa wywozu produktów są ze swej natury sprzeczne z art. 31 WE i powinny zostać uchylone³⁹.

wień wyroku w sprawie Franzén. Podobnie bowiem jak większość doktryny⁴⁰ sądzę, że rozstrzygnięcie wskazane w tym wyroku nie stanowi właściwej wykładni postanowień traktatu.

46. Zanim przedstawię racje, dla których proponuję Trybunałowi odejść od wyroku w sprawie Franzén, należałoby przypomnieć pokrótce jego treść.

43. W niniejszej sprawie powstaje kwestia, czy wyłączne prawo sprzedaży detalicznej może zostać uznane za zgodne z art. 31 WE.

1. Treść wyroku w sprawie Franzén

44. Trybunał miał już okazję wypowiedzieć się w przedmiocie tej kwestii w wyroku w sprawie Franzén. Orzekł on, że rozpatrywany w tamtej sprawie monopol był zgodny z art. 31 WE, ponieważ przepisy dotyczące jego istnienia oraz jego funkcjonowania nie były ani dyskryminujące, ani niekorzystne względem produktów przywożonych z innych państw członkowskich.

47. Sprawa Franzén dotyczyła monopolu sprzedaży detalicznej napojów alkoholowych w Szwecji.

45. W obecnym przypadku proponuję jednak Trybunałowi, by nie stosował postano-

48. W państwie tym ustawa uzależniała produkcję, handel hurtowy i przywóz (wszystkich lub części) napojów alkoholowych od posiadania specjalnej licencji wydawanej przez Alkoholinspektion (inspekcję ds. alkoholu). Ponadto ustawa przyznała spółce

38 — Punkt 12 i 13.

39 — Wyżej wymieniony wyrok z dnia 23 października 1997 r. w sprawie Komisja przeciwko Włochom, pkt 24.

40 — Zobacz w szczególności F. Berrod, glosa do wyroku w sprawie Franzén [w:] *Europe*, styczeń 1998, str. 14 i 15; F. Blum, „De Sacchi à Franzén en passant par la Crespelle: jurisprudence récente de l'article 90” [w:] *Gazette du Palais*, 1999, str. 1031–1043; J.L. Buendia Sierra, „Exclusive rights and state monopolies under EC Law”, Oxford University Press, Oxford 1999, str. 102–104, pkt 3.105–3.108, i str. 121–122, pkt 3.169 i 3.170; P.J. Slot, glosa do [ww.] wyroków z dnia 23 października 1997 r. w sprawie Franzén, Komisja przeciwko Niderlandom, Komisja przeciwko Włochom, Komisja przeciwko Francji oraz Komisja przeciwko Hiszpanii, [w:] *Common Market Law Review*, 1998, str. 1183–1203; jak również J. Faull i A. Nikpay, „The EC law of competition”, Oxford University Press, Oxford 1999, str. 309, pkt 5.109.

państwowej, specjalnie utworzonej w tym celu, wyłączne prawo do sprzedaży detalicznej wina, mocnego piwa i napojów spirytusowych. Spółka ta, pod firmą Systembolaget Aktiebolag⁴¹, była wyłączną własnością państwa szwedzkiego.

49. W ramach postępowania karnego wszczętego przeciwko M. Franzénowi sąd szwedzki zwrócił się do Trybunału z kilkoma pytaniami, których celem było ustalenie, czy monopol Systembolaget był zgodny z art. 30 i 37 traktatu WE (obecnie, po zmianach, art. 28 WE i 31 WE).

50. Trybunał rozpoczął od podkreślenia, że pytania sądu krajowego dotyczą nie tylko przepisów krajowych dotyczących istnienia i funkcjonowania spornego monopolu, lecz również, bardziej ogólnie, przepisów, które nie regulując funkcjonowania monopolu, miały jednak na niego bezpośredni wpływ, a mianowicie norm dotyczących licencji na produkcję i handel hurtowy⁴².

51. Trybunał wskazał następnie, że zgodnie z orzecznictwem zasady dotyczące istnienia i funkcjonowania monopolu powinny być

badane w świetle art. 37 traktatu⁴³, podczas gdy inne przepisy, które można było oddzielić od funkcjonowania monopolu — mimo że miały one na nie wpływ — powinny być badane w świetle art. 30 traktatu⁴⁴.

52. Jeśli chodzi o przepisy dotyczące istnienia i funkcjonowania monopolu Trybunał stwierdził:

„39 Celem art. 37 traktatu jest [...] pogodzenie możliwości utrzymania przez państwa członkowskie niektórych monopolu o charakterze handlowym, jako środków do osiągnięcia celów z zakresu interesu publicznego, z wymogami ustanowienia i działania wspólnego rynku. Jego celem jest likwidacja przeszkód w swobodnym przepływie towarów, jednakże z wyjątkiem skutków ograniczających wymianę handlową nierozzerwalnie związanych z istnieniem tych monopolu.

40 W ten sposób art. 37 wymaga, by ustrój i funkcjonowanie monopolu było dostosowane do wspólnego rynku w taki sposób, aby wykluczona była wszelka dyskryminacja między obywatelami państw członkowskich w stosunku do

41 — Zwana dalej „Systembolaget”.

42 — Wyrok w sprawie Franzén, pkt 34.

43 — Ibidem, pkt 35.

44 — Ibidem, pkt 36.

warunków zaopatrzenia i zbytu, z tym skutkiem, że obrót towarami pochodzącymi z innych państw członkowskich nie znajdzie się w sytuacji mniej korzystnej, ani pod względem prawnym, ani faktycznym, w stosunku do handlu towarami krajowymi i że konkurencja między gospodarkami państw członkowskich nie zostanie wypaczona [...].

korzystna. Trybunał uznał w każdym razie, że gdyby nawet tak było, to przepisy te są uzasadnione w świetle wymagań nierozdzielnie związanych z istnieniem kwestionowanego monopolu lub zarządzaniem nim⁴⁸.

- 41 W niniejszej sprawie nie jest kwestionowane, że z uwagi na ochronę zdrowia publicznego przed szkodliwymi skutkami alkoholu, monopol państwowy w zakresie sprzedaży detalicznej napojów alkoholowych, jaki został przyznany Systembolaget, służy realizacji celu interesu publicznego.

- 42 Należy zatem zbadać, czy monopol tego rodzaju został dostosowany do wspólnego rynku w sposób odpowiadający przesłankom wskazanym w pkt 39 i 40 powyżej”.

53. Trybunał zbadał zatem przepisy dotyczące systemu selekcji produktów⁴⁵, sieci sprzedaży monopolu⁴⁶ oraz systemu promocji napojów alkoholowych⁴⁷. W każdym przypadku orzekł, że rozpatrywane przepisy nie są dyskryminujące ani nie powodują, że pozycja produktów przywożonych z innych państw członkowskich staje się mniej

54. Trybunał doszedł do wniosku, że „monopol w zakresie sprzedaży detalicznej, taki jak ten badany w sprawie przed sądem krajowym, odpowiada przesłankom zgodności z art. 37 traktatu, które zostały przywołane w pkt 39 i 40 niniejszego wyroku”⁴⁹.

55. Jeśli chodzi o inne przepisy krajowe mające wpływ na funkcjonowanie monopolu, Trybunał orzekł, że przepisy zastrzegające prawo przywozu napojów alkoholowych wyłącznie na rzecz posiadaczy zezwolenia, stanowią przeszkodę w rozumieniu orzeczenia w sprawie Dassonville⁵⁰. Ponadto orzekł on, że rząd szwedzki nie wykazał w jaki sposób przepisy te były proporcjonalne do celu ochrony zdrowia publicznego, który miały realizować⁵¹. Trybunał wywiódł z tego, że przepisy szwedzkie dotyczące systemu przywozu napojów alkoholowych były sprzeczne z art. 30 i 36 traktatu WE (obecnie, po zmianach art. 28 WE i 30 WE)⁵².

48 — Ibidem, pkt 49 i 59.

49 — Ibidem, pkt 66.

50 — Wyrok z dnia 11 lipca 1974 r. w sprawie 8/74 Dassonville, Rec. str. 837, pkt 5.

51 — Wyrok w sprawie Franzén, pkt 76.

52 — Ibidem, pkt 77.

45 — Ibidem, pkt 43–52.

46 — Ibidem, pkt 53–57.

47 — Ibidem, pkt 58–65.

2. Analiza orzeczenia w sprawie Franzén

do tego aspektu monopolu, który był przedmiotem złożonego do niego wniosku.

56. Podobnie jak większość doktryny⁵³ uważam, że rozumowanie przeprowadzone w wyroku w sprawie Franzén opiera się na błędnej interpretacji art. 31 WE. Moim zdaniem z wyroku tego wynikają w istocie trzy grupy problemów.

57. Po pierwsze Trybunał przyjął podejście szczegółowe do spornego monopolu.

58. We wcześniejszym orzecznictwie do Trybunału zwracano się często o orzeczenie wyłącznie w przedmiocie określonego aspektu monopolu państwowego o charakterze handlowym. Aspekt ten mógł dotyczyć poboru cła lub opłaty od produktów przywożonych⁵⁴, wprowadzania do obrotu produktów po rażąco niskiej cenie sprzedaży⁵⁵, zakazu destylacji surowców przywożonych⁵⁶, ustalenia jednolitych marż handlowych⁵⁷ lub ustalenia ceny sprzedaży różniącej się od ceny ustalonej przez producentów i importerów⁵⁸. Jest oczywiste, że w tych poszczególnych sprawach Trybunał był zmuszony ograniczyć swoje badanie tylko

59. Jednakże we wszystkich innych sprawach Trybunał przeprowadzał globalną oceną spornego monopolu. W ten sposób w ww. wyroku w sprawie Manghera i in.⁵⁹ dokonał on badania całego monopolu w zakresie przywozu wyrobów tytoniowych w świetle art. 31 WE, a nie tylko poszczególnych przepisów dotyczących funkcjonowania tego monopolu. Podobnie w ww. wyroku w sprawie Komisja przeciwko Grecji⁶⁰ Trybunał orzekł w sposób ogólny, że wyłączne prawa państwa greckiego w zakresie przywozu i wprowadzania do obrotu produktów naftowych stanowią dyskryminację zabronioną przez art. 31 WE. Wynika z tego, że rozpatrując pytanie dotyczące zgodności całego monopolu państwowego o charakterze handlowym, Trybunał dokonuje badania globalnego prawa lub praw wyłącznych, które są przedmiotem postępowania.

60. Natomiast w wyroku w sprawie Franzén Trybunał odszedł od tego podejścia, mimo że pytanie przedstawiono mu w sposób wyraźny⁶¹. Jak można zauważyć, Trybunał wyodrębnił różne normy dotyczące funkcjonowania monopolu (system selekcji produk-

53 — Cytowany w przypisie na str. 40 niniejszej opinii.

54 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Cinzano, pkt 1 i 2; wyrok z dnia 17 lutego 1976 r. w sprawie 91/75 Miritz, Rec. str. 217, pkt 1 i 2.

55 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Hansen, pkt 12 i 13.

56 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Peureux II, pkt 3 i 4.

57 — Wyrok z dnia 7 czerwca 1983 r. w sprawie 78/82 Komisja przeciwko Włochom, Rec. str. 1955, pkt 5.

58 — Wyrok z dnia 21 czerwca 1983 r. w sprawie 90/82 Komisja przeciwko Francji, Rec. str. 2011, pkt 1.

59 — Punkty 9–13.

60 — Punkty 41–44.

61 — Sąd krajowy pytał bowiem w szczególności, czy „prawny monopol, taki jak Systembolaget, jest zgodny z art. 30 traktatu rzymskiego” i czy „prawny monopol, taki jak Systembolaget [narusza] art. 37 traktatu rzymskiego” (wyrok w sprawie Franzén, pkt 29).

tów, sieć sprzedaży, promocja produktów) i zbadał w każdym z przypadków, czy normy te były dyskryminujące lub powodowały, że pozycja produktów przywożonych stawała się mniej korzystna.

61. Można mieć wątpliwości, czy takie podejście nie doprowadziło Trybunału do tego, że nie docenił on wpływu spornego monopolu na wymianę handlową między państwami członkowskimi. Wydaje się bowiem, że ocena skutków monopolu dla wymiany handlowej między państwami członkowskimi różniłaby się w zależności od tego, czy przeprowadzona zostałaby ocena globalna, czy zastosowane podejście szczegółowe. W odróżnieniu od tego ostatniego podejścia, ocena globalna uwzględnia ograniczenia w swobodnym przepływie towarów, które wynikają ze skumulowanego skutku poszczególnych przepisów dotyczących funkcjonowania monopolu. Ponadto to właśnie w oparciu o analizę globalną monopolu Systembolaget rzecznik generalny Elmer doszedł do wniosku, że monopol ten mógł stanowić poważną przeszkodę dla handlu wewnątrzspółnotowego⁶².

62. Po drugie, wydaje mi się, że Trybunał przyjął zawężającą koncepcję pojęcia „dyskryminacji” przewidzianego w art. 31 WE.

63. Jak przedstawiłem poniżej⁶³, art. 31 WE nie zakazuje dyskryminacji jedynie

w stosunku do *produktów* pochodzących z państw członkowskich. Postanowienie to zakazuje przede wszystkim dyskryminacji między *obywatelami* państw członkowskich w stosunku do warunków zaopatrzenia i zbytu. Artykuł 31 WE ma na celu zagwarantowanie podmiotom gospodarczym mającym siedzibę w innych państwach członkowskich możliwości oferowania do sprzedaży swoich produktów wybranym przez siebie klientom w państwach członkowskich, gdzie znajduje się monopol. I odwrotnie, służy on temu, by umożliwić konsumentom z państwa członkowskiego, w którym panuje monopol, zaopatrywanie się u wybranych przez siebie podmiotów w innych państwach członkowskich. Artykuł 31 WE służy zatem nie tylko ochronie swobodnego przepływu towarów jako takiemu: służy on przede wszystkim ochronie podmiotów, które uczestniczą w tym swobodnym przepływie⁶⁴.

64. Jak podkreślił jeden z autorów w piśmiennictwie⁶⁵, to szczególne znaczenie pojęcia „dyskryminacja” wykracza poza pojęcie nierównego traktowania produktów. Zawieszenie bowiem nierównego traktowania *produktów* niekoniecznie wymaga zniesienia praw wyłącznych. Aby monopol był zgodny z tym wymogiem wystarczy, by traktował on w sposób identyczny (niedyskryminujący) produkty krajowe i produkty zagraniczne. Natomiast eliminacja dyskryminacji między *obywatelami* państw członkowskich może wymagać zniesienia praw wyłącznych, ponieważ okoliczność, że zastrzeżono wykonywanie jakiejś działalności gospodarczej na rzecz danego podmiotu krajowego, może wpływać bezpośrednio na podmioty

62 — Opinia w sprawie Franzén, pkt 74–103.

63 — Punkty 84–95 niniejszej opinii.

64 — Opinia rzecznika generalnego Elmera w sprawie Franzén, pkt 68.

65 — Wyżej wymieniona pozycja J.L. Buendia Sierra, str. 102 i 103, pkt 3.103–3.108.

mające siedzibę w innych państwach członkowskich w zakresie warunków zaopatrzenia i zbytu. Jak opisuję poniżej⁶⁶, Trybunał przyjął to szczególne znaczenie pojęcia „dyskryminacja” w orzecznictwie. Wymagał on zatem zniesienia praw wyłącznych, nie zadając sobie nawet pytania, czy dany monopol traktował identycznie produkty krajowe i przywożone⁶⁷.

65. Tymczasem w wyroku w sprawie *Franzén* Trybunał odstąpił od tego orzecznictwa.

66. W istocie ograniczył on analizę do kwestii nierównego traktowania *produktów* z państw członkowskich. Można było zauważyć bowiem, że Trybunał zbadał w zakresie każdej normy dotyczącej funkcjonowania monopolu (system selekcji produktów, sieć sprzedaży oraz promocja produktów), że rozpatrywane przepisy były stosowane niezależnie od pochodzenia produktów oraz że nie powodowały one, by pozycja produktów przywiezionych z innych państw członkowskich stawała się mniej korzystna. Trybunał oparł zatem ocenę na zawężającej koncepcji pojęcia „dyskryminacja” w rozumieniu art. 31 WE.

66 — Punkty 89–94 niniejszej opinii.

67 — Zobacz w szczególności ww. wyrok w sprawie *Manghera i in.*, pkt 13.

67. Można było sądzić, że wyrok w sprawie *Franzén* stanowi zwrot w stosunku do wcześniejszego orzecznictwa i wprowadza w ten sposób zmianę w wykładni art. 31 WE. Jednak hipotezę tę obala fakt, że w dniu ogłoszenia wyroku w sprawie *Franzén* Trybunał wydał trzy inne wyroki, w których zastosował klasyczną wykładnię pojęcia „dyskryminacji”.

68. W ten właśnie sposób w ww. wyrokach w sprawie: *Komisja przeciwko Niderlandom*⁶⁸, *Komisja przeciwko Włochom*⁶⁹ oraz *Komisja przeciwko Francji*⁷⁰, wydanych również w dniu 23 października 1997 r., Trybunał wskazał, że istnienie w państwie członkowskim wyłącznych praw przywozu i wywozu gazu oraz elektryczności powodowało w stosunku do *podmiotów* mających siedzibę w innych państwach członkowskich dyskryminację zabronioną w art. 31 WE. Dodał on, że jest tak nawet wtedy, gdy dany monopol traktuje w sposób identyczny (niedyskryminujący) produkty krajowe i produkty przywiezione⁷¹. Zgodnie z klasyczną linią orzecznictwa Trybunał wymagał zatem zniesienia spornych praw wyłącznych.

69. Jak zostało podkreślone w doktrynie⁷², trudno zrozumieć, dlaczego Trybunał przyjął

68 — Punkty 21–23.

69 — Punkty 22–24.

70 — Punkty 32–34.

71 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie *Komisja przeciwko Niderlandom*, pkt 21–23.

72 — Zobacz w szczególności F. Berrod, ww. glosa do wyroku w sprawie *Franzén*, str. 14; ww. F. Blum, str. 1036 i 1037; ww. J.L. Buendia Sierra, str. 103 i 104, pkt 3.108; str. 121 i 122, pkt 3.170 i 3.171.

dwa różne podejścia w dwóch seriach wyroków, które wydał tego samego dnia, w tym samym składzie orzekającym (Trybunał w pełnym składzie).

70. Trzeci problem wynikający z wyroku w sprawie Franzén dotyczy względów uzasadniających przepisy sprzeczne z art. 31 WE.

71. Kwestia uzasadnienia przepisów sprzecznych z art. 31 WE jest kontrowersyjna, do czego jeszcze powrócę⁷³. Tymczasem przytoczę, że w wyroku z dnia 10 lipca 1984 r. w sprawie *Campus Oil i in.*⁷⁴ Trybunał orzekł, że art. 90 ust. 2 traktatu WE (obecnie art. 86 ust. 2 WE) nie zwalnia państwa członkowskiego, które zobowiązało dane przedsiębiorstwo do zarządzania usługami świadczonymi w ogólnym interesie gospodarczym, z zakazu podejmowania kroków, które stanowią przeszkodę dla przywozu wbrew art. 30 traktatu. Ponadto w ww. wyroku w sprawie Komisja przeciwko Grecji⁷⁵ Trybunał orzekł, przeciwnie do tego, co twierdził rząd grecki, że utrzymywanie wyłącznych praw do przywozu i wprowadzania do obrotu produktów naftowych nie było uzasadnione względami bezpieczeństwa publicznego w rozumieniu art. 36 traktatu.

72. Na podstawie tych wyroków Komisja doszła do wniosku, że nie można powoływać się na art. 86 ust. 2 WE celem uzasadnienia przepisu sprzecznego z art. 31 WE oraz że wyłącznie art. 30 WE może stanowić podstawę takiego uzasadnienia⁷⁶.

73. W wyroku w sprawie Franzén Trybunał odstąpił od tego stanowiska. Otworzył inną możliwość uzasadnienia tworząc pewien rodzaj „reguły zdrowego rozsądku” w art. 31 ust. 1 WE.

74. W pkt 39 wyroku w sprawie Franzén Trybunał orzekł bowiem, że art. 31 WE pozwala „na pogodzenie możliwości utrzymania przez państwa członkowskie niektórych monopolii o charakterze handlowym, jako środków do *osiągnięcia celów z zakresu interesu publicznego*, z wymogami ustanowienia i działania wspólnego rynku. Jego celem jest likwidacja przeszkód w swobodnym przepływie towarów, jednakże z *wyjątkiem skutków ograniczających wymianę handlową nierozzerwalnie związanych z istnieniem tych monopolii*”⁷⁷.

75. W dalszym wywodzie Trybunał stwierdził, że monopol ustanowiony na rzecz Systembolaget faktycznie służy celowi

73 — Zobacz pkt 124–133 niniejszej opinii.

74 — Wyrok w sprawie 72/83, Rec. str. 2727, pkt 19.

75 — Punkty 47–49.

76 — Zobacz ww. wyroki z dnia 23 października 1997 r. w sprawie Komisja przeciwko Niderlandom, pkt 26; w sprawie Komisja przeciwko Włochom, pkt 35; w sprawie Komisja przeciwko Francji, pkt 43, jak również opinia rzecznika generalnego Cosmasa w tych sprawach, pkt 87.

77 — Podkreślenie moje.

z zakresu interesu publicznego, ponieważ służy on ochronie zdrowia publicznego przeciwko szkodliwym skutkom alkoholu⁷⁸. Następnie Trybunał zbadał, że przepisy dotyczące organizacji i funkcjonowania monopolu nie wywołują skutków ograniczających swobodny przepływ towarów, a w każdym razie skutki te nie wykraczały poza to, co jest nierozdzielnie związane z „istnieniem”⁷⁹ państwowego monopolu o charakterze handlowym lub „kierowaniem” nim⁸⁰.

76. Kontynuując to rozumowanie Trybunał wywodził dwie zasady:

- po pierwsze, że art. 31 WE pozwala państwom członkowskim na utrzymanie państwowego monopolu o charakterze handlowym, pod warunkiem że monopol ten służy celowi interesu publicznego; oraz
- po drugie, że jeśli monopol służy takiemu celowi, art. 31 WE nie zakazuje ograniczeń w swobodnym przepływie towarów, które są „nierozdzielnie związane z istnieniem” tego monopolu, to znaczy ograniczeń, które nie wykraczają ponad to, co niezbędne dla realizacji zamierzonego celu.

77. Te dwie zasady nie znajdują żadnej podstawy w art. 31 WE.

78. Przede wszystkim art. 31 WE nie wymaga, by państwo członkowskie, które pragnie utrzymać państwowy monopol, wykazało, że monopol ten służy realizacji celu z zakresu interesu publicznego⁸¹. Zgodnie z jego brzmieniem wymaga on jedynie, by państwa członkowskie dostosowały swoje monopole państwowe do wspólnego rynku w taki sposób, aby wykluczona była wszelka dyskryminacja między obywatelami państw członkowskich w stosunku do warunków zaopatrzenia i zbytu towarów. Zatem jeśli tylko państwa dokonały takiego dostosowania, art. 31 WE pozwala im na utrzymanie monopolu bez żadnych dodatkowych warunków.

79. W istocie kwestia, czy monopol służy celowi z zakresu interesu ogólnego, jest kwestią, która dotyczy *uzasadnienia* prawa wyłącznego, jeśli okazuje się ono niezgodne art. 31 WE. Wymóg ten bowiem jest zawarty w dwóch przepisach, na które można się powołać celem uzasadnienia utrzymania praw wyłącznych sprzecznych z art. 31 WE, a mianowicie art. 30 WE (tytułem moralności publicznej, porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego i ochrony zdrowia publicznego) oraz art. 86 ust. 2 WE (tytułem „usług świadczonych w ogólnym interesie

78 — Wyrok w sprawie Franzén, pkt 41.

79 — Ibidem, pkt 49.

80 — Ibidem, pkt 59.

81 — Takie również stanowisko zajęła Komisja Wspólnot Europejskich w odpowiedzi na pytanie na piśmie, jakie Trybunał zadał jej w tym przedmiocie w niniejszej sprawie (zob. odpowiedź na piśmie z dnia 10 grudnia 2003 r., pkt 1–4).

gospodarczym"). Kwestia celu realizowanego przez monopol nie wynika zatem z art. 31 WE, lecz z przepisów stanowiących odstępstwo od traktatu.

twą, jakie zostało potwierdzone ostatnio w ww. wyrokach z dnia 23 października 1997 r. w sprawie Komisja przeciwko Niderlandom, Komisja przeciwko Włochom i w sprawie Komisja przeciwko Francji.

80. Następnie należy przypomnieć, iż Trybunał orzekł już, że art. 31 ust. 1 WE nakłada „precyzyjny i nieopatrzone zastrzeżeniami obowiązek osiągnięcia skutku”⁸². Postanowienie to przewiduje dostosowanie państwowych monopolów do wspólnego rynku w sposób zapewniający, aby „wykluczona była”⁸³ „wszelka dyskryminacja”⁸⁴ między obywatelami państw członkowskich. Przeciwnie niż zasada ustanowiona w wyroku w sprawie Franzén, art. 31 WE nie zawiera żadnego zastrzeżenia ani wyjątku dla ograniczeń w swobodnym przepływie towarów, które byłyby nierozzerwalnie związane z istnieniem państwowego monopolu lub byłyby proporcjonalne do celu realizowanego przez ten monopol. Powtarzam, że wyjątki od zasady ustanowionej w art. 31 WE powinny się opierać na postanowieniach traktatu o charakterze odstępstwa, a mianowicie na art. 30 WE lub art. 86 ust. 2 WE.

3. Okoliczności sporu przed sądem krajowym

82. Jako że proponuję odejście od wykładni przyjętej w wyroku w sprawie Franzén, pozostaje zbadać, czy przysługujące Apoteket wyłączne prawo sprzedaży detalicznej powoduje „dyskryminację” zakazaną przez art. 31 WE.

83. W obecnym stanie orzecznictwa wydaje mi się bowiem, że pojęcie „dyskryminacja” przewidziane w art. 31 WE obejmuje kilka kategorii środków.

81. Wobec powyższego proponuję, by Trybunał nie zastosował w niniejszej sprawie wyroku w sprawie Franzén. Proponuję, by zastosował tradycyjne stanowisko orzecznic-

84. Przede wszystkim pewne jest, że pojęcie to obejmuje każdą różnicę w traktowaniu między produktami krajowymi a produktami pochodzącymi z innych państw członkowskich. W swoich pierwszych wyrokach Trybunał wskazał, że nie ma dyskryminacji w rozumieniu art. 31 WE „jeśli w stosunku do produktu przywiezionego obowiązują takie same warunki, jak w stosunku do

82 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Mirlitz, pkt 11.

83 — Zobacz w szczególności ww. wyroki w sprawie Manghera I in., pkt 5; w sprawie Mirlitz, pkt 7; wyrok z dnia 23 października 1997 r. w sprawie Komisja przeciwko Niderlandom, pkt 14; w sprawie Komisja przeciwko Włochom, pkt 22; w sprawie Komisja przeciwko Francji, pkt 32.

84 — Zobacz w szczególności ww. wyroki w sprawie Hansen, pkt 16; w sprawie Peureux II, pkt 27; z dnia 7 czerwca 1983 r. w sprawie Komisja przeciwko Włochom, pkt 11; w sprawie Banchemo, pkt 27.

produktu krajowego, którego dotyczy monopol”⁸⁵. Dyskryminacja może zatem wynikać z cła przywozowego, które skutkuje tym, że produkty przywożone podlegają większym obciążeniom niż podobne produkty krajowe⁸⁶, z faktu, że jedynie produkty przywożone, jaka by nie była forma przywozu, obciążone zostają opłatami na rzecz monopolu⁸⁷; z zakazu destylacji dotyczącego wyłącznie przywożonych surowców⁸⁸; lub z opłaty obciążającej jedynie produkty przywożone celem pokrycia różnicy między ceną sprzedaży produktu w państwie członkowskim pochodzenia a ceną sprzedaży płaconą przez monopol producentom krajowym za odpowiadający mu produkt⁸⁹.

7 czerwca 1983 r. w sprawie Komisja przeciwko Włochom⁹¹ Trybunał, stwierdzając, że sporny przepis obowiązywał bez rozróżnienia w stosunku do produktów przywożonych oraz do produktów krajowych, zbadał, czy przepis ten nie miał jednakże skutków dyskryminujących w rozumieniu art. 31 WE.

86. Wynika z tego, że pojęcie „dyskryminacja” użyte w art. 31 WE obejmuje wszystkie przeszkody w swobodnym przepływie towarów⁹². Przeszkody te mogą przyjmować różną postać, taką jak cła lub opłaty o skutku równoważnym w rozumieniu art. 25 WE⁹³, ograniczenia ilościowe lub środki o skutku równoważnym w rozumieniu art. 28 WE⁹⁴ bądź też podatki wewnętrzne w rozumieniu art. 90 WE⁹⁵.

85. Pojęcie „dyskryminacja” obejmuje również środki obowiązujące bez rozróżnienia, które mogą stanowić przeszkodę w wymianie handlowej między państwami członkowskimi. W ten sposób w ww. wyroku z dnia 21 czerwca 1983 r. w sprawie Komisja przeciwko Francji⁹⁰ Trybunał orzekł, że okoliczność ustalania przez państwowy monopol ceny sprzedaży detalicznej tytoniu na poziomie innym niż określony przez producentów lub importerów stanowi nie tylko przeszkodę sprzeczną z art. 28 WE, lecz także dyskryminację zabronioną przez art. 31 WE. Podobnie w ww. wyroku z dnia

87. Jednakże wydaje się, że art. 31 WE ma szerszy zakres stosowania niż postanowienia traktatu dotyczące swobodnego przepływu

85 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Cinzano, pkt 9; wyrok z dnia 17 lutego 1976 r. w sprawie 45/75 ReweZentrale, Rec. str. 181, pkt 27.

86 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Cinzano, pkt 9.

87 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie ReweZentrale, pkt 26.

88 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Peureux II, pkt 32.

89 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Miritz, pkt 12.

90 — Punkt 27.

91 — Punkty 12–18.

92 — Zobacz również opinia rzecznika generalnego Rozéasa w ww. sprawie Komisja przeciwko Włochom (wyrok z dnia 7 czerwca 1983 r.), pkt III.B; opinia rzecznika generalnego Cosmisa w ww. sprawach Komisja przeciwko Niderlandom, Komisja przeciwko Włochom i Komisja przeciwko Francji (wyroki z dnia 23 października 1997 r.), pkt 25. W doktrynie zob. w szczególności R. Kovar, glosa do wyroku z dnia 13 marca 1979 r. w sprawie 86/78 Peureux I, Rec. str. 897, i ww. wyroków w sprawie Hansen i Peureux II [w:] *Journal du droit international*, 1981, str. 125–132 (str. 127) oraz A. Pappalardo, „La position des monopoles publics par rapport aux monopoles privés” [w:] *La réglementation du comportement des monopoles et entreprises dominantes en droit communautaire*, Collège d’Europe, Brugia, 1977, str. 538–558 (str. 554 i 555).

93 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Miritz, pkt 8.

94 — Wyżej wymienione wyroki w sprawie Manghera i in., pkt 9; Peureux II, pkt 32.

95 — Wyżej wymienione wyroki w sprawie ReweZentrale, pkt 26; Peureux I, pkt 30 i 31.

towarów. Jak już wskazałem, przepis ten zakazuje nie tylko dyskryminacji i przeszkód w stosunku do *produktów* pochodzących z innych państw członkowskich. Zakazuje przede wszystkim dyskryminacji między *obywatelami* państw członkowskich w stosunku do warunków zaopatrzenia i zbytu towarów. Artykuł 31 WE ma zatem na celu zagwarantowanie podmiotom mającym siedzibę w innych państwach członkowskich możliwości oferowania do sprzedaży ich produktów wybranym przez nich klientom w danym państwie członkowskim. I odwrotnie, służy on temu, by umożliwić konsumentom z państw członkowskich zaopatrywanie się u wybranych przez siebie podmiotów w innych państwach członkowskich⁹⁶.

siedzibę w innych państwach członkowskich w stosunku do warunków zaopatrzenia i zbytu.

89. Trybunał w swoim orzecznictwie wielokrotnie zastosował to szczególne pojęcie „dyskryminacja”.

90. W taki sposób w ww. wyroku w sprawie Manghera i in.⁹⁷ orzekł on, że wyłączne prawo przywozu produktów powoduje ze swej natury dyskryminację wspólnotowych eksporterów oraz że w konsekwencji państwowe monopole powinny zostać dostosowane do wspólnego rynku w taki sposób, aby uchylić ten rodzaj praw. Trybunał doszedł do tego wniosku nie zadając sobie pytania, czy dany monopol traktował identycznie produkty krajowe i produkty przywożone.

91. Podobnie w ww. wyroku w sprawie Komisja przeciwko Grecji⁹⁸ Trybunał orzekł, że wyłączne prawa w zakresie przywozu i wprowadzania do obrotu produktów naftowych powodowały dyskryminację eksporterów mających siedzibę w innych państwach członkowskich. Okazało się, że prawa te służyły zagwarantowaniu zbytu produktom

88. Jak widzieliśmy, owo szczególne rozumienie pojęcia „dyskryminacja” idzie dalej niż dyskryminacja między produktami zakazana przez art. 25 WE, 28 WE i 90 WE. Zniesienie nierównego traktowania produktów nie wymaga bowiem co do zasady zniesienia praw wyłącznych, ponieważ aby być w zgodzie z tym wymogiem, wystarczy, by monopol traktował w sposób niedyskryminujący produkty krajowe i produkty pochodzące z innych państw członkowskich. Natomiast pojęcie „dyskryminacja między obywatelami państwa członkowskich” może wymagać zniesienia określonych praw wyłącznych, jako że sam fakt zastrzeżenia wykonywania działalności gospodarczej na rzecz jednego podmiotu krajowego może bezpośrednio wpływać na podmioty mające

96 — Zobacz również podobnie ww. J.E. De Cockborne, L. Defalque, C.F. Durand, H. Prahil oraz G. Vandersanden, str. 312.

97 — Punkty 12 i 13.

98 — Punkt 44.

greckich rafinerii należących do sektora państwowego⁹⁹, a zatem pozbawiały spółki dystrybucyjne mające siedzibę w Grecji możliwości zaopatrywania się u przedsiębiorców mających siedzibę w innych państwach członkowskich¹⁰⁰.

92. W ww. sprawach *Société coopérative d'amélioration de l'élevage et d'insémination artificielle du Béarn*¹⁰¹ oraz *Gervais i in.*¹⁰² Trybunał wypowiedział się na temat usług w zakresie sztucznego unasienniania zwierząt. Orzekł, że monopol usług nie mieści się w zakresie art. 31 WE, chyba że monopol ten narusza zasadę swobodnego przepływu towarów poprzez dyskryminację produktów przywożonych z korzyścią dla produktów o pochodzeniu krajowym. Trybunał orzekł, że nie miało to miejsca, jeżeli hodowcy mieli możliwość żądania od stacji unasienniania, od której byli zależni, dostarczenia im nasienia pochodzącego z wybranego przez nich centrum produkcyjnego położonego w danym państwie członkowskim lub za granicą.

93. Następnie Trybunał w sposób jednoznaczny zastosował to szczególne pojęcie „dyskryminacja” w ww. wyrokach z dnia 23 października 1997 r. w sprawie Komisja przeciwko Niderlandom, Komisja przeciwko Włochom oraz Komisja przeciwko Francji. W wyrokach tych potwierdził, że wyłączne prawa przywozu powodują ze swej natury dyskryminację w stosunku do eksporterów

mających siedzibę w innych państwach członkowskich, ponieważ prawa te „mogą bezpośrednio wpływać na warunki zaopatrzenia i zbytu samych tylko przedsiębiorców lub sprzedawców z innych państw członkowskich”¹⁰³. Podobnie Trybunał stwierdził, że „wyłączne prawa przywozu powodują ze swej natury dyskryminację w stosunku do importerów mających siedzibę w innych państwach członkowskich, ponieważ wyłączność ta ma wpływ jedynie na warunki zaopatrzenia i zbytu przedsiębiorców lub konsumentów z innych państw członkowskich”¹⁰⁴.

94. Jeśli chodzi o wyłączne prawa przywozu, rząd niderlandzki twierdził w jednej z tych spraw, że art. 31 WE zakazuje jedynie dyskryminującego korzystania z tych praw, a nie samego tylko ich posiadania¹⁰⁵. Trybunał oddalił wyraźnie ten argument, stwierdzając, że „samo istnienie wyłącznych praw przywozu stanowi przeszkodę dla swobodnego przepływu [towarów] w państwie członkowskim, jako że pozbawia podmioty gospodarcze z innych państw członkowskich możliwości oferowania do sprzedaży swoich produktów wybranym przez siebie klientom w danym państwie członkowskim”¹⁰⁶.

99 — Ibidem, pkt 43.

100 — Ibidem, pkt 38.

101 — Punkty 12 i 13.

102 — Punkty 36 i 37.

103 — Wyżej wymienione wyroki z dnia 23 października 1997 r. w sprawie Komisja przeciwko Niderlandom, pkt 15; w sprawie Komisja przeciwko Włochom, pkt 23; w sprawie Komisja przeciwko Francji, pkt 33.

104 — Wyżej wymienione wyroki z dnia 23 października 1997 r. w sprawie Komisja przeciwko Włochom, pkt 24; w sprawie Komisja przeciwko Francji, pkt 34.

105 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Komisja przeciwko Niderlandom, pkt 21.

106 — Ibidem, pkt 23.

95. Wynika z tego, że pojęcie „dyskryminacja” użyte w art. 31 WE ma dużo szerszy zakres niż pojęcie „dyskryminacji” stosowane w innych postanowieniach traktatu dotyczących swobodnego przepływu towarów. Pojęcie to ma na celu nie tylko zagwarantowanie, by produkty z innych państw członkowskich mogły mieć dostęp do rynku danego państwa członkowskiego. Jego celem jest zwłaszcza zagwarantowanie tego dostępu podmiotom mającym siedzibę w innych państwach członkowskich. W tym zakresie zasadniczym kryterium jest, by podmioty mające siedzibę w innych państwach członkowskich miały możliwość oferowania do sprzedaży swoich produktów wybranym przez siebie klientom w danym państwie członkowskim oraz vice versa, by konsumenci danego państwa członkowskiego mieli możliwość zaopatrywania się u wybranych przez siebie podmiotów w innych państwach członkowskich¹⁰⁷.

96. Mając na uwadze to szczególne rozumienie pojęcia „dyskryminacja”, należy teraz zbadać, czy wyłączne prawo sprzedaży detalicznej — takie jak prawo przyznane Apoteket — jest również ze swej natury sprzeczne z art. 31 WE.

97. Na wstępie istotne jest, by dokonać rozróżnienia między wyłącznym prawem

sprzedaży detalicznej a „systemem licencyjnym”, to znaczy systemem, który zastrzega prawo sprzedaży detalicznej pewnych produktów dla dystrybutorów posiadających administracyjne zezwolenie.

98. Jak to podkreślił rzecznik generalny Elmer¹⁰⁸, system licencyjny nie jest monopolem w znaczeniu gospodarczym tego słowa. Jest to system „otwarty”, w którym każdy podmiot spełniający warunki określone ustawowo uzyskuje zezwolenie do wprowadzania określonego produktu do obrotu. System licencyjny zakłada zatem ogólnie istnienie znacznej liczby dystrybutorów (około 76 000 detalistów w ww. sprawie Banchemo), którzy zaopatrują się swobodnie u wybranych przez siebie podmiotów. To właśnie ze względu na tę cechę Trybunał orzekł¹⁰⁹, że system licencyjny, który nie wpływa na wprowadzanie do obrotu produktów pochodzących z innych państw członkowskich w inny sposób niż to ma miejsce w przypadku produktów krajowych, stanowi „sposób sprzedaży” w rozumieniu wyroku w sprawie Keck i Mithouard¹¹⁰, a zatem nie mieści się w zakresie art. 28 WE¹¹¹.

99. Natomiast wyłączne prawo sprzedaży detalicznej stanowi rzeczywisty monopol w znaczeniu gospodarczym tego terminu.

107 — Należy jednak zauważyć, że w wyroku z dnia 19 marca 1991 r. w sprawie C-202/88 Francja przeciwko Komisji, Rec. str. I-1223, pkt 33–36, Trybunał zastosował podobne kryterium w ramach art. 28 WE. Orzekł on, że „istnienie wyłącznych praw przywozu i wprowadzania do obrotu pozbawia prywatne podmioty gospodarcze możliwości zbywania swoich produktów konsumentom” oraz że prawa te „mogą zatem ograniczać wewnątrzwspólnotową wymianę handlową” w rozumieniu ww. orzeczenia w sprawie Dassonville. Do dnia dzisiejszego Trybunał nie potwierdził jednak tej wykładni art. 28 WE.

108 — Opinia w sprawie Franzén, pkt 84 i 87.

109 — Zobacz: wyrok z dnia 29 czerwca 1995 r. w sprawie C-391/92 Komisja przeciwko Grecji, Rec. str. I-1621; ww. wyrok w sprawie Banchemo.

110 — Wyrok z dnia 24 listopada 1993 r. w sprawach połączonych C-267/91 i C-268/91, Rec. str. I-6097.

111 — Zobacz w sprawach dotyczących monopolu aptekarskiego wcześniejszych niż ww. wyrok w sprawie Keck i Mithouard wyrok z dnia 21 marca 1991 r. w sprawie C-369/88 Delattre, Rec. str. I-1487; jak też w sprawie C-60/89 Montell i Samanni, Rec. str. I-1547.

Jest to system „zamknięty”, w którym jeden tylko podmiot — w tym przypadku państwo lub jednostka kontrolowana przez państwo — jest uprawniony do wprowadzania danego produktu do obrotu.

100. Z punktu widzenia skutków w zakresie wymiany handlowej między państwami członkowskimi wyłączne prawo sprzedaży detalicznej ma te same cechy co wyłączne prawo przywozu¹¹².

101. Wyłączne prawo sprzedaży detalicznej powoduje bowiem w nieunikniony sposób centralizację wszystkich zakupów produktu dokonywanych celem jego sprzedaży detalicznej. Podmiot taki jak Apoteket, który ma monopol na sprzedaż detaliczną produktu, jest nie tylko jedynym sprzedawcą tego produktu w danym państwie członkowskim, lecz również jedynym *nabywcą* tego produktu w tym państwie członkowskim. Producenci i hurtownicy mogą się koniec końców zwrócić jedynie do jednego podmiotu (Apoteket) celem zapewnienia sprzedaży swoich produktów konsumentom.

102. W takich warunkach jest jasne, że państwowy monopol w zakresie sprzedaży detalicznej dysponuje, podobnie jak państwowy monopolista w zakresie przywozu, możliwością ustalania, które produkty będą wprowadzane do obrotu na rynku danego państwa członkowskiego. Zatem produkt

uzyskuje dostęp do sieci sprzedaży monopolisty, i w tym wypadku będzie sprzedawany w danym państwie członkowskim, bądź nie uzyskuje dostępu do sieci sprzedaży monopolisty, i w tym wypadku zostanie *zupełnie* wykluczony z danego rynku. Posiadacz wyłącznego prawa sprzedaży detalicznej dysponuje zatem uprawnieniem do ustalania, które produkty będą miały dostęp do rynku danego państwa członkowskiego. Jest zatem w stanie określać poziom przywozu z innych państw członkowskich w sposób tak skuteczny, jak posiadacz wyłącznego prawa przywozu¹¹³.

103. Wniosek ten potwierdzają w niniejszej sprawie informacje zgromadzone w aktach sprawy.

104. Stockholms tingsrätt podkreślił bowiem, że na podstawie porozumienia z 1996 r. Apoteket dysponuje uprawnieniem do samodzielnego decydowania, które produkty lecznicze wydawane bez recepty zamierza wprowadzać do obrotu¹¹⁴. Wyjaśnił on mianowicie, że „producenci produktów leczniczych wydawanych bez recepty i dopuszczonych do obrotu w innych państwach członkowskich *nie mają w ogóle prawa, by ich produkty były oferowane do sprzedaży w Szwecji* przez Apoteket”¹¹⁵. Podobnie w odniesieniu do przedstawicieli aptecznych sąd krajowy wskazał, że Apoteket jest właścicielem zapasów produktów leczniczych tych przedstawicieli oraz że „asorty-

112 — Zobacz również podobnie opinia rzecznika generalnego Elmera w sprawie Franzén, pkt 80–97.

113 — Zobacz również podobnie ww. J.L. Buendia Sierra, str. 119 i 121, pkt 3.162 i 3.168.

114 — Postanowienie odsyłające, str. 9.

115 — Idem (podkreślenie pochodzi ode mnie).

ment [jest] określany przez dyrektora generalnego do spraw aptek w porozumieniu z lokalną służbą zdrowia”¹¹⁶. Wynika z tego, że Apoteket dysponuje uprawnieniem do określania, jakie produkty będą sprzedawane w jego sieci i będą przez to miały dostęp do rynku szwedzkiego¹¹⁷.

105. W takich okolicznościach sędzę, że wyłączne prawo sprzedaży detalicznej ma, z punktu widzenia jego skutków w zakresie wewnątrzwspólnotowej wymiany handlowej, takie same cechy, jak wyłączne prawo przywozu. Również więc wyłączne prawo sprzedaży detalicznej jest ze swej natury sprzeczne z art. 31 WE.

116 — Idem.

117 — Podczas rozprawy rząd szwedzki zakwestionował ten wniosek. Podniósł on, że w świetle porozumienia z 1996 r. Apoteket ma obowiązek dostarczania wszystkich produktów leczniczych mających zezwolenie na dopuszczenie do obrotu. Oparł się w tym względzie na art. 5 tego porozumienia, który przewiduje, iż „[Apoteket] jest zobowiązany nabywać i dostarczać w możliwie krótkim terminie produkty lecznicze, które obejmuje system leków dotowanych, jak również przepisane produkty bieżącej konsumpcji. [Apoteket] powinien być w stanie dostarczać, po pierwsze, inne produkty lecznicze należące do zakresu jego prawa wyłączności w zakresie sprzedaży detalicznej [i] po drugie, produkty medycyny naturalnej”. Moim zdaniem teza rządu szwedzkiego nie jest słuszna. Przede wszystkim jest ona sprzeczna z informacjami, jakich dostarczył Trybunałowi sąd krajowy, który — jak wiadomo — jest jedynym podmiotem uprawnionym do dokonywania ustaleń faktycznych oraz prawnych w zakresie prawa krajowego w ramach postępowania prejudycjalnego (zob. tytułem ostatniego przykładu utrwalonej linii orzeczniczej wyrok z dnia 30 marca 2004 r. w sprawie C-147/02 Alabaster, Rec. str. I-3101, pkt 52). Z kolei jak zauważyła Komisja w pkt 89–100 uwag pisemnych, normy funkcjonowania i organizacja Apoteket, w tym art. 5 porozumienia z 1996 r., nie przewidują żadnego precyzyjnego, obiektywnego i przejrzystego kryterium selekcji i wprowadzania produktów do obrotu. Apoteket dysponuje zatem szerokim zakresem uznania w zakresie decyzji, które produkty będą wprowadzone do obrotu poprzez należącą do niego sieć sprzedaży i które uzyskają w ten sposób dostęp do rynku szwedzkiego.

106. Orzecznictwo Trybunału zawiera ponadto kilka elementów potwierdzających tę ocenę¹¹⁸.

107. Mianowicie w ww. wyroku w sprawie Francja przeciwko Komisji Trybunał stwierdził, jakkolwiek na podstawie innego przepisu niż art. 31 WE, że wyłączne prawo wprowadzania do obrotu było niezgodne z postanowieniami traktatu dotyczącymi swobodnego przepływu towarów. Odnosząc się do wyłącznych praw przywozu i wprowadzania do obrotu w sektorze telekomunikacyjnych urządzeń końcowych, orzekł on, że:

„34 [...] istnienie wyłącznych praw sprzedaży detalicznej przywozu i wprowadzania do obrotu pozbawia podmioty gospodarcze możliwości oferowania konsumentom do sprzedaży ich produktów.

35 Należy stwierdzić [ponadto], że sektor urządzeń końcowych charakteryzuje się różnorodnością i charakterem technicznym produktów oraz ograniczeniami stąd wynikającymi. W takich warunkach nie jest zapewnione, by monopolista był w stanie zaoferować pełną gamę modeli istniejących na rynku, poinformować

118 — W zakresie innych elementów cytowanych w pkt 107–109 niniejszej opinii zob. ww. wyrok z dnia 13 grudnia 1990 r. w sprawie Komisja przeciwko Grecji, pkt 41 i 44, oraz jego analiza autorstwa ww. J.E. De Cockborne, L. Defalque, C.F. Durand, H. Prahl oraz G. Vandersanden, str. 328 i 329, jak też ww. wyrok w sprawie Banchemo i jego analiza dokonana przez rzecznika generalnego Elmera w opinii w sprawie Franzén, pkt 82.

klientów o stanie i funkcjonowaniu wszystkich urzędzeń końcowych i zagwarantować ich jakość.

- 36 Wyłączne prawa przywozu i wprowadzania do obrotu w sektorze telekomunikacyjnych urzędzeń końcowych mogą ograniczać wewnątrzwspólnotową wymianę handlową [w rozumieniu art. 31 WE]¹¹⁹.

108. Ponadto rozumowanie przeprowadzone w ww. wyrokach z dnia 23 października 1997 r. w sprawie Komisja przeciwko Niderlandom, Komisja przeciwko Włochom i Komisja przeciwko Francji w odniesieniu do wyłącznych praw przywozu nadaje się idealnie do przeniesienia na przypadek państwowego monopolu w zakresie sprzedaży detalicznej.

109. Można więc stwierdzić, podobnie jak w przypadku wyłącznych praw przywozu, że wyłączne prawa sprzedaży detalicznej „mogą, ze swej natury, bezpośrednio wpływać na warunki zaopatrzenia i zbytu wyłącznie przedsiębiorców lub sprzedawców z innych państw członkowskich”¹²⁰. Podobnie nie można twierdzić, że samo dyskryminacyjne wykonywanie wyłącznych praw sprzedaży detalicznej jest sprzeczne z art. 31 WE, skoro „istnienie [tych] praw wyłącznych [...] pozba-

wia podmioty gospodarcze z innych państw członkowskich możliwości oferowania do sprzedaży swoich produktów wybranym przez siebie klientom w danym państwie członkowskim”¹²¹. Wreszcie wyłączne prawo sprzedaży detalicznej, podobnie jak wyłączne prawo przywozu, nie pozwala „potencjalnym klientom znajdującym się na terytorium [danego państwa członkowskiego] na swobodny wybór źródeł zaopatrzenia [w zakresie danego produktu] pochodzącego z innych państw członkowskich”¹²².

110. W takiej sytuacji sądzę, że również wyłączne prawo sprzedaży detalicznej powoduje dyskryminację w stosunku do podmiotów mających siedzibę w innych państwach członkowskich, jak również w stosunku do konsumentów znajdujących się w danym państwie członkowskim.

111. Wniosku tego nie podważa okoliczność, że w obecnej sprawie prawo wyłączne Apoteket nie rozciąga się na przywóz produktów leczniczych i handel hurtowy. Wiadomo bowiem, że jedną z cech charakterystycznych ww. sprawy Francja przeciwko Komisji było, że badanemu podmiotowi przysługiwało jednocześnie wyłączne prawo przywozu i wyłączne prawo wprowadzania do obrotu. Można więc zastanowić się, czy okoliczność ta nie może wpłynąć na zmianę oceny zgodności wyłącznego prawa sprzedaży detalicznej z art. 31 WE.

119 — Zobacz również podobnie ww. wyrok w sprawie *Banchero* i opinia rzecznika generalnego Elmera w opinii w sprawie *Franzén*, pkt 82.

120 — Wyżej wymienione wyroki z dnia 23 października 1997 r. w sprawie Komisja przeciwko Niderlandom, pkt 15; w sprawie Komisja przeciwko Włochom, pkt 23; w sprawie Komisja przeciwko Francji, pkt 33.

121 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie z dnia 23 października 1997 r. w sprawie Komisja przeciwko Francji, pkt 40. Zobacz również podobnie ww. wyrok w sprawie Komisja przeciwko Niderlandom, pkt 23.

122 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Komisja przeciwko Niderlandom, pkt 10; zob. również pkt 16 i 17.

112. Jak to podkreślił rzecznik generalny Elmer¹²³, rozróżnienie takie (między sytuacją zbiegu praw wyłącznych i istnieniem jedynie wyłącznego prawa sprzedaży detalicznej) stanowiłoby operację czysto teoretyczną.

113. Rzeczywistość gospodarcza jest bowiem taka, że podmioty mające siedzibę w innych państwach członkowskich zdecydować się na wywóz swoich produktów do Szwecji tylko wtedy, gdy będą miały *pewność*, że produkty te zostaną wprowadzone do obrotu przez Apoteket. Na tej samej zasadzie podmioty mające siedzibę w Szwecji zdecydować się na przywóz produktów pochodzących z innych państw członkowskich tylko wtedy, gdy będą miały *pewność*, że produkty te zostaną nabyte przez Apoteket. Z punktu widzenia gospodarczego liberalizacja przywozu i handlu hurtowego nie ma dla podmiotów gospodarczych żadnej wartości, jeśli nie towarzyszy jej liberalizacja sprzedaży detalicznej¹²⁴.

114. W takiej sytuacji okoliczność, że posiadacz wyłącznego prawa sprzedaży detalicznej nie jest jednocześnie posiadaczem wyłącznego prawa przywozu, nie ma żadnego znaczenia. Mając prawo do decydowania, jakie produkty będą sprzedawane w jego sieci, posiadacz wyłącznego prawa sprzedaży detalicznej ma w rzeczywistości prawo decydować o produktach, które będą mogły zostać przywiezione do danego państwa członkowskiego i o podmiotach gospodarczych, które będą mogły dokonać wywozu do

tego państwa. Z punktu widzenia swobodnego przepływu towarów państwowy monopol w zakresie sprzedaży detalicznej wywołuje zatem takie same skutki co państwowy monopol w zakresie przywozu.

115. Mając na względzie te elementy, sądzę, że wyłączne prawo sprzedaży detalicznej jest, ze swej natury, sprzeczne z art. 31 WE¹²⁵. Zatem proponuję Trybunałowi odpowiedzieć na pierwsze pytanie prejudycjalne w ten sposób, że art. 31 WE sprzeciwia się utrzymaniu wyłącznego prawa sprzedaży detalicznej, takiego jak to przyznane przez władze szwedzkie na rzecz Apoteket.

V — W przedmiocie art. 28 WE i 43 WE

116. W ww. wyrokach z dnia 23 października 1997 r. w sprawie Komisja przeciwko Niderlandom¹²⁶, w sprawie Komisja przeciwko Włochom¹²⁷ i w sprawie Komisja przeciwko Francji¹²⁸ Trybunał wskazał, że jeśli utrzy-

125 — Zobacz również podobnie R.C. Beraud, „L'aménagement des monopoles nationaux prévu à l'article 37 du traité CEE à la lumière des récents développements jurisprudentiels” [w:] *Revue trimestrielle de droit européen*, 1979, str. 573–606, str. 605; ww. J.L. Buendia Sierra, str. 119–122, pkt 3.162–3.172; F. Burrows, „State Monopolies” [w:] *Yearbook of European Law*, 1983, str. 25–47, str. 30; ww. J.E. De Cockborne, L. Defalque, C.F. Durand, H. Pahl oraz G. Vandersanden, str. 327–329; F. Wooldridge, „Some recent decisions concerning the ambit of article 37 of the EEC Treaty” [w:] *Legal issues of European Integration*, 1979, str. 105–121, str. 120; ww. A. Pappalardo, str. 555 i 556.

126 — Punkt 24.

127 — Punkt 33.

128 — Punkt 41.

123 — Opinia w sprawie Franzén, pkt 91–94.

124 — Zobacz również podobnie ww. A. Pappalardo, str. 556.

manie danego prawa wyłącznego okaże się być sprzeczne z art. 31 WE, nie ma potrzeby badać, czy prawo to jest również sprzeczne z art. 28 WE i 29 WE.

pływie towarów, jeśli wynikają one z zachowania państwowego monopolu, zaś wśród tych przeszkód znajdują się przede wszystkim ograniczenia ilościowe i środki o skutku równoważnym w rozumieniu art. 28 WE.

117. Ponieważ proponuję Trybunałowi odpowiedzieć na pierwsze pytanie prejudycjalne w ten sposób, że art. 31 WE sprzeciwia się utrzymaniu prawa wyłącznego przysługującego Apoteket, drugie i trzecie pytanie przedłożone przez Stockholms tingsrätt stają się bezprzedmiotowe. Dlatego przeanalizuję je pokrótce tylko pomocniczo.

118. Pytania drugie i trzecie dotyczą w istocie ustalenia, czy art. 28 WE i 43 WE sprzeciwiają się utrzymaniu wyłącznego prawa sprzedaży detalicznej produktów leczniczych, takiego jak to przyznane na rzecz Apoteket.

119. Jeśli chodzi o art. 28 WE¹²⁹, przypominam, że w świetle orzecznictwa¹³⁰ przepis sprzeczny z art. 31 WE jest co do zasady uważany za sprzeczny z art. 28 WE. Wniosek ten wydaje się logiczny, ponieważ, jak wskazałem, celem art. 31 WE było usunięcie wszystkich przeszkód w swobodnym prze-

120. Ponadto z ww. wyroków z dnia 13 grudnia 1990 r. w sprawie Komisja przeciwko Grecji¹³¹ i w sprawie Komisja przeciwko Francji¹³² wynika, że istnienie wyłącznego prawa wprowadzania do obrotu stanowi środek o skutku równoważnym w rozumieniu art. 28 WE. Trybunał orzekł bowiem, że istnienie takiego prawa pozbawia podmioty gospodarcze możliwości oferowania klientom do sprzedaży swoich produktów oraz stanowi przeszkodę w wewnątrzspółnotowej wymianie handlowej w rozumieniu art. 28 WE. W tej sytuacji wydaje mi się, że art. 28 WE również sprzeciwia się utrzymaniu wyłącznego prawa sprzedaży detalicznej, takiego jak to przyznane na rzecz Apoteket.

121. Jeśli chodzi o art. 43 WE, to wiadomo, że pojęcie „przedsiębiorczości” w rozumieniu traktatu jest „pojęciem bardzo szerokim, z którego wynika prawo obywatela wspólnotowego do uczestniczenia w sposób trwały i nieprzerwany w życiu gospodarczym państwa członkowskiego innego niż jego państwo pochodzenia i uzyskiwania z tego tytułu zysków, przyczyniając się w ten sposób do

129 — W przedmiocie relacji między art. 31 WE a art. 28 WE i 29 WE zob. szczegółową analizę rzecznika generalnego Cosmasa w ww. sprawach Komisja przeciwko Niderlandom; Komisja przeciwko Włochom; Komisja przeciwko Francji; Komisja przeciwko Hiszpanii (wyroki z dnia 23 października 1997 r.), pkt 18–25.

130 — Wyżej wymienione wyroki Peureux II, pkt 32; z dnia 21 czerwca 1983 r. w sprawie Komisja przeciwko Francji, pkt 27; z dnia 13 grudnia 1990 r. w sprawie Komisja przeciwko Grecji, pkt 50.

131 — Punkty 45 i 46.

132 — Punkty 33–36.

gospodarczego i społecznego przenikania na terytorium Wspólnoty w zakresie działalności osób pracujących na własny rachunek”¹³³.

124. Pierwsze pytanie, które się tu nasuwa to, na który przepis można się powołać celem uzasadnienia środka sprzecznego z art. 31 WE¹³⁵.

122. A priori wydaje się, jak to podkreśla Komisja¹³⁴, że państwowy monopol w zakresie sprzedaży detalicznej stanowi poważną przeszkodę dla swobody przedsiębiorczości gwarantowanej przez art. 43 WE. W istocie przeciwnie niż to ma miejsce w systemie licencjonowania, który umożliwia każdej osobie spełniającej określone ustawowo przesłanki wykonywanie danej działalności, wyłączne prawo sprzedaży detalicznej stanowi dla wszystkich podmiotów gospodarczych mających siedzibę w innych państwach członkowskich przeszkodę w ustanowieniu siedziby na terytorium danego państwa członkowskiego celem wykonywania w nim danej działalności. Wskutek tego byłbym skłonny uznać, że art. 43 WE również sprzeciwia się utrzymaniu wyłącznego prawa sprzedaży detalicznej produktów leczniczych, takiego jak to przyznane na rzecz Apoteket.

A — W przedmiocie przepisu znajdującego zastosowanie

125. Zgodnie z art. 30 WE „[p]ostanowienia artykułów 28 [WE] i 29 [WE] nie stanowią przeszkody w stosowaniu zakazów lub ograniczeń przywozowych, wywozowych lub tranzytowych, uzasadnionych [w szczególności] względami [...] ochrony zdrowia i życia ludzi i zwierząt [...]. Zakazy te i ograniczenia nie powinny jednak stanowić środka arbitralnej dyskryminacji ani ukrytych ograniczeń w handlu między państwami członkowskimi”.

VI — W przedmiocie względów uzasadniających sporny monopol

123. Ze względu na powyższe niezbędne jest zbadanie, czy utrzymywanie spornego prawa wyłącznego może być uzasadnione przepisami traktatu, w których ustanowiono odstępstwa.

126. Ze względu na brzmienie tego postanowienia powstała wątpliwość, czy można się na nie powołać celem uzasadnienia przepisu sprzecznego z art. 31 WE.

133 — Wyrok z dnia 30 listopada 1995 r. w sprawie C-55/94 Gebhard, Rec. str. I-4165, pkt 25.

134 — Uwagi na piśmie, pkt 111–127.

135 — Ponieważ moja analiza art. 28 WE i 43 WE została przeprowadzona tylko pomocniczo, nie dokonuję analizy przepisów pozwalających uzasadnić odstępstwo od tych dwóch postanowień. Badam jedynie postanowienia umożliwiające uzasadnienie środków sprzecznych z art. 31 WE.

127. Pewni autorzy¹³⁶ zaproponowali odpowiedź negatywną na to pytanie. Twierdzą oni, że art. 30 WE dotyczy jedynie ograniczeń dopuszczonych w art. 28 WE i 29 WE i że — jako wyjątek od podstawowej zasady swobodnego przepływu towarów — przepis ten podlega wykładni ścisłej.

128. Ze swej strony rzecznicy generalni Cosmas¹³⁷ i Elmer¹³⁸ ocenili, że pomimo tego argumentu wywiedzionego z dosłownego brzmienia, względy spójności przemawiałyby za przeciwnym rozwiązaniem. Ich zdaniem byłoby nielogiczne przyznać, że art. 30 WE może uzasadniać ograniczenie ilościowe lub środek o skutku równoważnym wynikający z „klasycznego” środka państwowego (w rozumieniu art. 28 WE i 29 WE), lecz nie dopuszczać, by artykuł ten uzasadniał takie samo ograniczenie ilościowe lub środek o skutku równoważnym z tego względu, że jest ono skutkiem zachowania państwowego monopolu w rozumieniu art. 31 WE.

129. Początkowo wydawało się, że Trybunał również opowiedział się za tą ostatnią tezą.

130. W istocie w ww. wyroku w sprawie Campus Oil i in.¹³⁹ orzekł on, że art. 86 ust. 2 WE nie zwalnia państwa członkowskiego, które zobowiązało dane przedsiębiorstwo do zarządzania usługami świadczonymi w ogólnym interesie gospodarczym, z zakazu podejmowania kroków, które stanowią przeszkodę dla przywozu sprzecznie z art. 28 WE. Ponadto w ww. wyroku z dnia 13 grudnia 1990 r. w sprawie Komisja przeciwko Grecji¹⁴⁰ Trybunał przeanalizował — aby go następnie odrzucić — argument rządu greckiego, zgodnie z którym utrzymanie wyłącznych praw przywozu i wprowadzania do obrotu produktów naftowych było uzasadnione względami bezpieczeństwa publicznego w rozumieniu art. 30 WE.

131. Trybunał dał zatem do zrozumienia, że środek spreczny z art. 31 WE powinien być uzasadniony na podstawie art. 30 WE, a nie na podstawie art. 86 ust. 2 WE.

132. Jednakże Trybunał odwrócił się od tego stanowiska w ww. wyrokach z dnia 23 października 1997 r. w sprawie Komisja przeciwko Niderlandom, w sprawie Komisja przeciwko Włochom i w sprawie Komisja przeciwko Francji, orzekając w nich, iż:

„33 Ponieważ sporne wyłączne prawa przywozu i wywozu są[...] sprzeczne

136 — Zobacz również ww. F. Berrod, „Monopoles publics et droit communautaire”, pkt 66 i A. Mattera, *Le marché unique européen. Ses règles, son fonctionnement*, wydanie 2., Jupiter, Paryż 1990, str. 56.

137 — Opinia w ww. sprawach Komisja przeciwko Niderlandom; Komisja przeciwko Włochom; Komisja przeciwko Francji; Komisja przeciwko Hiszpanii (wyroki z dnia 23 października 1997 r.), pkt 26.

138 — Opinia w sprawie Franzén, pkt 106 i 107.

139 — Punkt 19.

140 — Punkty 47–49.

z art. 37 traktatu, nie ma potrzeby badania, czy są one sprzeczne z art. 30 i 34, ani w konsekwencji czy mogą być ewentualnie uzasadnione na podstawie art. 36 traktatu.

- 34 Jednakże należy jeszcze dokonać sprawdzenia, czy sporne prawa wyłączne nie mogą być uzasadnione [...] na podstawie art. 90 ust. 2 traktatu.

[...]

133. Jako że wyroki te zostały wydane przez Trybunał orzekający w pełnym składzie, i to na podstawie przeciwnych opinii rzeczników generalnych Cosmasa¹⁴² i Elmera¹⁴³, uznaję, że w aktualnym stanie prawa wspólnotowego środek sprzeczny z art. 31 WE powinien być uzasadniony na podstawie art. 86 ust. 2 WE, a nie na bazie art. 30 WE.

134. Zbadam więc, czy utrzymanie prawa wyłącznego Apoteket może być uzasadnione na podstawie art. 86 ust. 2 WE.

B — *W przedmiocie art. 86 ust. 2 WE*

- 43 [W istocie, przeciwnie do tego, co twierdzi Komisja, na art. 90 ust. 2 traktatu] można się powołać celem uzasadnienia przyznania przez państwo członkowskie przedsiębiorstwu zobowiązanemu do zarządzania usługami świadczonymi w ogólnym interesie gospodarczym wyłącznych praw sprzecznych z art. 37 traktatu, w granicach w jakich wykonywanie poszczególnych zadań mu powierzonych można zapewnić jedynie przez przyznanie takich praw i o ile nie wpływa to na rozwój handlu w sposób pozostający w sprzeczności z interesem Wspólnoty¹⁴¹.

135. Artykuł 86 ust. 2 WE stanowi, że „[p]rzedsiębiorstwa zobowiązane do zarządzania usługami świadczonymi w ogólnym interesie gospodarczym lub mające charakter monopolu skarbowego podlegają normom niniejszego traktatu, zwłaszcza regułom konkurencji, w granicach w jakich ich stosowanie nie stanowi prawnej lub faktycznej przeszkody w wykonywaniu poszczególnych zadań im powierzonych. Rozwój handlu nie może być naruszony w sposób pozostający w sprzeczności z interesem Wspólnoty”.

141 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie z dnia 23 października 1997 r. w sprawie Komisja przeciwko Włochom. Zobacz również ww. wyroki z dnia 23 października 1997 r. w sprawie Komisja przeciwko Niemczech, pkt 24, 25 i 32; w sprawie Komisja przeciwko Francji, pkt 41, 42 i 49.

142 — Opinia w ww. sprawach Komisja przeciwko Niemczech; Komisja przeciwko Włochom; Komisja przeciwko Francji; Komisja przeciwko Hiszpanii (wyroki z dnia 23 października 1997 r.), pkt 26, jak też pkt 69–85.

143 — Opinia w sprawie Franzén, pkt 101–121.

136. Jak już wspomniałem wcześniej¹⁴⁴ art. 86 ust. 2 WE przewiduje sześć przesłanek obowiązywania.

137. Po pierwsze, dany podmiot musi być „przedsiębiorstwem” w rozumieniu prawa konkurencji. Musi to być „podmiot wykonujący działalność gospodarczą, niezależnie od statusu prawnego tego podmiotu i sposobu jego finansowania¹⁴⁵. Zgodnie z orzecznictwem pojęcie „działalności gospodarczej” obejmuje wszelką działalność polegającą na oferowaniu towarów i usług na danym rynku¹⁴⁶. Ogólnie rzecz ujmując, działalność ma charakter gospodarczy, jeśli może być wykonywana, przynajmniej co do zasady, przez prywatny podmiot gospodarczy w celu osiągnięcia zysku¹⁴⁷.

138. Po drugie, przedsiębiorstwo powinno być „zobowiązane” aktem władzy publicznej do zarządzania usługami świadczonymi w ogólnym interesie gospodarczym¹⁴⁸. Co do zasady samo wykonywanie reglamentowa-

wanej działalności pod kontrolą państwa nie wystarczy, aby dana jednostka mieściła się w zakresie stosowania art. 86 ust. 2 WE, nawet jeśli kontrola państwowa nad daną jednostką jest bardziej ścisła¹⁴⁹.

139. Po trzecie, dana jednostka musi być zobowiązana do zarządzania „usługami świadczonymi w ogólnym interesie gospodarczym”. Mimo że orzecznictwo nie definiuje tego pojęcia, jest niewątpliwe, że dane czynności powinny odpowiadać „ogólnemu interesowi gospodarczemu, który ma specyficzne cechy w stosunku do interesu, który prezentują inne rodzaje działalności występujące w obrocie gospodarczym”¹⁵⁰. W rzeczywistości to państwa członkowskie definiują, jaki jest zakres ich usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym, i dysponują one w tym zakresie szerokim zakresem swobody, jako że Trybunał i Komisja reagują jedynie celem wytknięcia oczywistych błędów w zakresie tej oceny¹⁵¹.

144 — Zobacz również moją opinię w ww. sprawie Wouters i in., pkt 157–166.

145 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Höfner i Elser, pkt 21.

146 — Zobacz w szczególności ww. wyroki z dnia 16 czerwca 1987 r. w sprawie Komisja przeciwko Włochom, pkt 7; z dnia 18 czerwca 1998 r. w sprawie Komisja przeciwko Włochom, pkt 36; ww. wyrok w sprawie Wouters i in., pkt 47.

147 — Wyrok z dnia 25 października 2001 r. w sprawie C-475/99 Ambulanz Glöckner, Rec. str. I-8089, pkt 20. Zobacz również opinia rzecznika generalnego Tesaura w sprawach połączonych C-159/91 i C-160/91 Poucet i Pistre (wyrok z dnia 17 lutego 1993 r.), Rec. str. I-637, pkt 8, jak również w sprawie C-364/92 SAT Fluggesellschaft (wyrok z dnia 19 stycznia 1994 r.), Rec. str. I-43, pkt 9.

148 — Wyroki z dnia 27 marca 1974 r. w sprawie 127/73 BRT i SABAM, zwanej „BRT-II”, Rec. str. 313, pkt 20; z dnia 11 kwietnia 1989 r. w sprawie 66/86 Ahmed Saeed Flugreisen i Silver Line Reisbüro, Rec. str. 803, pkt 55.

149 — Wyroki z dnia 14 lipca 1981 r. w sprawie 172/80 Züchner, Rec. str. 2021, pkt 7; z dnia 2 marca 1983 r. w sprawie 7/82 GVL przeciwko Komisji, Rec. str. 483, pkt 29–32.

150 — Wyroki z dnia 10 grudnia 1991 r. w sprawie C-179/90 Mercis convenzionali porto di Genova, Rec. str. I-5889, pkt 27; z dnia 17 lipca 1997 r. w sprawie C-242/95 GT-Link, Rec. str. I-4449, pkt 52 i 53; z dnia 18 czerwca 1998 r. w sprawie C-266/96 Corsica Ferries France, Rec. str. I-3949, pkt 45.

151 — Wyrok Sądu z dnia 27 lutego 1997 r. w sprawie T-106/95 FFSA i in. przeciwko Komisji, Rec. str. II-229, pkt 99; komunikat Komisji 2001/C-17/04 w przedmiocie usług świadczonych w interesie ogólnym w Europie (Dz.U. 2001, C 17, str. 4, pkt 22).

140. Czwartą przesłanką zawartą w art. 86 ust. 2 WE jest test niezbędności. Jego treść wymaga, by postanowienia traktatu stosowane do danego przedsiębiorstwa stanowiły „przeszkodę” w wykonywaniu poszczególnych powierzonych mu zadań. Sporny przepis (powodujący ograniczenie konkurencji lub przeszkodę w swobodnym przepływie towarów) powinien być zatem niezbędny dla osiągnięcia zamierzonego celu¹⁵². Nie jest w tym zakresie wymagane, by stosowanie norm traktatowych zagrażało trwaniu, rentowności lub równowadze finansowej przedsiębiorstwa¹⁵³. Wystarczy, by w braku praw wyłącznych przyznanych przez państwo istniały przeszkody w wykonywaniu poszczególnych zadań powierzonych przedsiębiorstwu lub by utrzymanie tych praw było niezbędne dla możliwości realizacji przez uprawnionego jego zadań w warunkach gospodarczo akceptowalnych.

142. Wynika z tego, że przeszkody w swobodnym przepływie towarów lub ograniczenia w swobodnej konkurencji są dopuszczalne jedynie „w zakresie, w jakim okazały się one niezbędne, by przedsiębiorstwo mające takie zadania o charakterze interesu ogólnego mogło je wykonać”¹⁵⁴. Test proporcjonalności prowadzi zatem do zbadania, czy szczególne zadania przedsiębiorstwa nie mogą zostać zrealizowane za pomocą mniej restrykcyjnych środków¹⁵⁵.

143. Wreszcie ostatnia przesłanka art. 86 ust. 2 WE stanowi, że „[r]ozwój handlu nie może być naruszony w sposób pozostający w sprzeczności z interesem Wspólnoty”. Nawet jeśli Trybunał nie wypowiedział się jeszcze w zakresie treści tego wymogu, niektórzy rzecznicy generalni zajęli już stanowisko w tej kwestii. Ich zdaniem naruszenie rozwoju handlu wewnątrzwspólnotowego w rozumieniu art. 86 ust. 2 WE wymaga, przeciwnie niż klasyczna definicja pojęcia środka o skutku równoważnym do ograniczenia ilościowego, dowodu, że sporny środek rzeczywiście naruszył handel wewnątrzwspólnotowy w znaczący sposób¹⁵⁶.

141. Piąta przesłanka art. 86 ust. 2 WE zawiera test proporcjonalności. Tekst wyjaśnia, że przedsiębiorstwa zobowiązane do zarządzania usługami świadczonymi w ogólnym interesie gospodarczym podlegają normom traktatu „w granicach”, w jakich stosowanie tych norm nie stanowi przeszkody w wykonywaniu powierzonych im poszczególnych zadań.

152 — Zobacz w szczególności ww. wyrok w sprawie *Ambulanz Glöckner*, pkt 56 i 57.

153 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie z dnia 23 października 1997 r. w sprawie Komisja przeciwko Francji, pkt 59 i 95.

154 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie *Almelo*, pkt 49. Zobacz również wyrok z dnia 19 maja 1993 r. w sprawie *C-320/91 Corbeau*, Rec. str. I-2533, pkt 14.

155 — Wyrok z dnia 23 maja 2000 r. w sprawie *C-209/98 Sydhavnens Sten & Grus*, Rec. str. I-3743, pkt 80.

156 — Opinia rzecznika generalnego Rozès w ww. sprawie Komisja przeciwko Włochom (wyrok z dnia 7 czerwca 1983 r.), pkt VI. C; opinia rzecznika generalnego Cosmasa w ww. sprawach Komisja przeciwko Niderlandom; Komisja przeciwko Włochom; Komisja przeciwko Francji; Komisja przeciwko Hiszpanii (wyroki z dnia 23 października 1997 r.), pkt 126.

Stanowisko takie wydaje mi się rzeczywiście uzasadnione brzmieniem art. 86 ust. 2 WE.

przez podmioty prywatne¹⁵⁹. Apoteket jest zatem przedsiębiorstwem w rozumieniu art. 86 ust. 2 WE.

144. Zanim zbadam, czy przesłanki te są w obecnej sprawie spełnione, należy przypomnieć, że jako przepis o charakterze odstępstwa od norm traktatu, art. 86 ust. 2 WE podlega wykładni ścisłej¹⁵⁷. Przypomnę też, że w świetle orzecznictwa to do państwa członkowskiego, które powoduje się na art. 86 ust. 2 WE, należy wykazanie, że przesłanki jego stosowania są spełnione¹⁵⁸.

147. Ponadto spółka ta jest zobowiązana aktem władzy publicznej do zarządzania usługami świadczonymi w ogólnym interesie gospodarczym.

145. W obecnej sprawie informacje zawarte w aktach sprawy przemawiają za tym, że trzy pierwsze przesłanki stosowania art. 86 ust. 2 WE są spełnione.

148. W istocie z akt wynika, że przyznanie spornego prawa ma na celu przyczynienie się do ochrony zdrowia publicznego poprzez zagwarantowanie ludności szwedzkiej dostępu do produktów leczniczych.

146. Jak widzieliśmy, Apoteket wykonuje bowiem działalność gospodarczą w rozumieniu orzecznictwa, jako że oferuje produkty do sprzedaży na danym rynku, to znaczy na rynku produktów leczniczych. Działalność taka może być oczywiście wykonywana przez prywatny podmiot gospodarczy w celu osiągnięcia zysku. Ponadto z akt sprawy wynika, że nawet w Szwecji przed nacjonalizacją aptek działalność polegająca na sprzedaży detalicznej produktów leczniczych była wykonywana

149. W uwagach pisemnych¹⁶⁰ i ustnych rząd szwedzki wyjaśnił, że Szwecja, z dziewięćdziesięciomilionową populacją na obszarze 450 000 km², jest na przedostatnim miejscu wśród państw Unii Europejskiej¹⁶¹ pod względem gęstości zaludnienia, przy czym na pierwszym miejscu jest Finlandia. Rząd szwedzki oświadczył, że z uwagi na te cechy geograficzne i jego politykę społeczną jego wolą było zapewnienie każdemu obywatelowi możliwości dostępu do produktów leczniczych na takich samych warunkach, a w szczególności po tych samych cenach. Celem utworzenia państwowego monopolu

157 — Wyżej wymienione wyroki w sprawie BRT-II, pkt 19; w sprawie GT-Link, pkt 50; w sprawie Komisja przeciwko Niderlandom, pkt 37.

158 — Zobacz w szczególności ww. wyrok z dnia 23 października 1997 r. w sprawie Komisja przeciwko Francji, pkt 94.

159 — Postanowienie odsyłające, str. 3.

160 — Punkt 22.

161 — W niniejszej opinii wyrażenie to oznacza państwa członkowskie Unii Europejskiej przed dniem 1 maja 2004 r.

w zakresie sprzedaży detalicznej produktów leczniczych jest zagwarantowanie odpowiedniego zaopatrzenia w produkty lecznicze na całym terytorium Szwecji na jednolitych warunkach.

152. Apoteket jest zatem przedsiębiorstwem zobowiązanym do zarządzania usługami świadczonymi w ogólnym interesie gospodarczym w rozumieniu art. 86 ust. 2 WE.

150. Zadanie takie stanowi usługę świadczoną w interesie ogólnym w rozumieniu art. 86 ust. 2 WE. Zgodnie z orzecnictwem odpowiada ona „ogólnemu interesowi gospodarczemu, który ma specyficzne cechy w stosunku do interesu, który prezentują inne rodzaje działalności występujące w obrocie gospodarczym”¹⁶². Trybunał uznał ponadto, że konieczność zagwarantowania szerokiego i dostosowanego do potrzeb ludności zaopatrzenia w produkty lecznicze stanowi cel z zakresu interesu ogólnego w rozumieniu art. 30 WE¹⁶³ i art. 86 ust. 2 WE¹⁶⁴.

153. Natomiast dane zawarte w aktach sprawy nie pozwalają wykazać, że czwarta i piąta przesłanka stosowania tego przepisu są w tym wypadku spełniona.

154. Na wstępie należy podkreślić, że ustawa z 1996 r. i porozumienie z 1996 r. służą realizacji innych celów niż cel przepisów wspólnotowych dotyczących zezwoleń i kontroli produktów leczniczych¹⁶⁶.

151. Wreszcie bezsporny jest fakt, że Apoteket został zobowiązany do tych zadań konkretnym aktem władzy publicznej, skoro przypisanie tych zadań i sporne prawo wyłączne wynikają, jeśli chodzi o niniejszą sprawę, z decyzji rządu szwedzkiego z dnia 19 grudnia 1996 r. i porozumienia z 1996 r.¹⁶⁵.

155. W istocie wspomniane przepisy mają na celu ochronę zdrowia publicznego *jako taką*. Służą ochronie zdrowia i życia ludzi i zwierząt przed potencjalnymi zagrożeniami, które mogą przedstawiać leki oraz ich sposób użycia. Natomiast jak wskazałem, celem przyznania spornego prawa wyłącznego jest zagwarantowanie dostępu szwedzkiej ludności do produktów leczniczych. Służą ono

162 — Wyżej wymienione wyroki w sprawie *Merci convenzionali porto di Genova*, pkt 27; w sprawie *GT-Link*, pkt 52 i 53; w sprawie *Corsica Ferries France*, pkt 45.

163 — Wyrok z dnia 11 grudnia 2003 r. w sprawie C-322/01 *Deutscher Apothekerverband*, Rec. str. I-14887, pkt 106 i 107.

164 — Wyrok z dnia 22 listopada 2001 r. w sprawie C-53/00 *Ferring*, Rec. str. I-9067, pkt 24 i 32; jak również opinia rzecznika generalnego Tizzana w tej sprawie, pkt 66.

165 — Zobacz preambuła, jak również art. 1 i 2 porozumienia z 1996 r.

166 — W zakresie przepisów wspólnotowych w tej dziedzinie zob. w szczególności dyrektywę 2001/83/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 6 listopada 2001 r. w sprawie wspólnotowego kodeksu odnoszącego się do produktów leczniczych stosowanych u ludzi (Dz.U. L 311, str. 67); 2001/82/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 6 listopada 2001 r. w sprawie wspólnotowego kodeksu odnoszącego się do weterynaryjnych produktów leczniczych (Dz.U. L 311, str. 1).

zagwarantowaniu odpowiedniego zaopatrzenia na całym terytorium Szwecji na jednolitych warunkach. W odpowiedzi na pytania *Stockholms tingsrätt* w tym zakresie¹⁶⁷ można wskazać, że ustawa z 1996 r. i porozumienie z 1996 r. nie pokrywają się z przepisami wspólnotowymi dotyczącymi zezwoleń i kontroli produktów leczniczych.

156. Stwierdziwszy to, uważam, że rząd szwedzki nie uzasadnił, by przyznanie wyłącznego prawa sprzedaży detalicznej było niezbędne dla umożliwienia Apoteket realizacji jej zadań.

157. Nie dostarczył on bowiem szczegółowych danych (liczbowych lub innych), które pozwoliłyby stwierdzić, że w braku spornych praw wyłącznych strefy o niskiej gęstości zaludnienia nie zostałyby zaopatrzone w produkty lecznicze lub zostałyby zaopatrzone na mniej korzystnych warunkach. Podobnie władze szwedzkie nie przedstawiły szczegółowych informacji, które umożliwiłyby stwierdzenie, że — zakładając, że powinny one podjąć działanie celem utworzenia placówek w strefach o niskiej gęstości zaludnienia — przyznanie wyłącznego prawa sprzedaży stanowi środek w najmniejszym stopniu ograniczający wewnątrzspółnotową wymianę handlową.

158. Przeciwnie, pewne informacje zawarte w aktach sprawy zdają się wskazywać, że utrzymanie spornego prawa wyłącznego nie jest konieczne dla osiągnięcia zamierzonego celu. Informacje te są następujące.

159. Po pierwsze, jak zostało wskazane, celem wprowadzenia do obrotu produktów leczniczych Apoteket korzysta z 800 aptek, których jest właścicielem i którymi zarządza, jak również z usług 970 przedstawicieli aptecznych działających na terytorium szwedzkim. Wiadomo również, że apteki są generalnie zlokalizowane w strefach o wysokiej gęstości zaludnienia, jak centra miast i centra handlowe, oraz że przedstawiciele apteczni usytuowani są w strefach wiejskich o niskiej gęstości zaludnienia.

160. Przedstawiciele apteczni są podmiotami gospodarczymi niezależnymi od Apoteket. Są to prywatne podmioty gospodarcze, które zawarły porozumienie z tą spółką i które zgodziły się dostarczać produkty lecznicze wydawane bez recepty i sprzedawać ograniczony asortyment produktów leczniczych wydawanych bez recepty. Ponadto przedstawiciele ci są wybrani przez Apoteket nie w oparciu o kryteria dotyczące gęstości zaludnienia lub potrzeby ludności, lecz w oparciu o „kryteria handlowe, a mianowicie

¹⁶⁷ — Zobacz pierwsze pytanie prejudycjalne (zdanie pierwsze) oraz czwarte pytanie prejudycjalne.

cie miejsca, gdzie nie konkurują oni z aptekami we właściwym tego słowa znaczeniu”¹⁶⁸. Wreszcie jest bezsporne, że ci przedstawiciele apteczni nie są poddawani żadnemu szkoleniu¹⁶⁹ i nie są uprawnieni do udzielania porad klientom w zakresie w zakresie użycia produktów leczniczych¹⁷⁰.

poddane żadnemu szkoleniu i które nie są uprawnione do udzielania porad, wskazuje na to, że sporne prawo nie stanowi środka koniecznego (lub odpowiedniego) dla osiągnięcia tego celu.

161. W takiej sytuacji trudno uznać, że przyznanie spornego prawa wyłącznego jest niezbędne dla zapewnienia zaopatrzenia w produkty lecznicze na terytorium całego kraju. Okoliczność, że celem zapewnienia dystrybucji produktów leczniczych w strefach o niskiej gęstości zaludnienia Apoteket zawiera umowy z zewnętrznymi podmiotami gospodarczymi, które są już zlokalizowane w tych strefach i które zostały wybrane w oparciu o kryteria handlowe, dowodzi tego, że dla zapewnienia odpowiedniego zaopatrzenia na całym terytorium Szwecji nie jest konieczne zastrzeżenie prawa sprzedaży produktów leczniczych na rzecz jednego podmiotu gospodarczego.

163. Po drugie, wiemy, że Apoteket rozpoczęła wykonywanie działalności przez internet i przez telefon. Sąd krajowy wskazał¹⁷¹, że poczynając od wiosny 2002 r. Apoteket wprowadzała do obrotu produkty lecznicze wydawane bez recepty przez internet i że z czasem zamierza sprzedawać tą drogą wszystkie produkty lecznicze, w tym również te, które są wydawane na receptę. Aby to uczynić, Apoteket wysyłałaby produkty lecznicze do klientów drogą pocztową, z wymaganą informacją oraz poradą dotyczącą sposobu ich użycia.

164. Również ta okoliczność wskazuje, że utrzymanie spornego prawa nie jest konieczne dla umożliwienia Apoteket spełnienia jej zadań.

162. Podobnie trudno zrozumieć, dlaczego przyznanie spornego prawa wyłącznego miałyby być konieczne dla zagwarantowania dostępu ludności do produktów leczniczych na optymalnych i jednakowych warunkach. Okoliczność, że w większości przypadków i w strefach wiejskich produkty lecznicze nie są sprzedawane przez apteki, lecz przez podmioty gospodarcze, które nie zostały

165. W istocie nie można zrozumieć, dlaczego zastrzeżenie sprzedaży detalicznej produktów leczniczych na rzecz jednego podmiotu gospodarczego miałyby być niezbędne celem zapewnienia sprzedaży tych produktów w strefach wiejskich, podczas gdy posiadacz prawa wyłącznego zapewnia to zaopatrzenie korzystając ze sprzedaży wysyłkowej. Wydaje mi się, że jakakolwiek apteka

168 — Postanowienie odsyłające, str. 9.

169 — Idem.

170 — Uwagi na piśmie rządu szwedzkiego, pkt 11.

171 — Postanowienie odsyłające, str. 8.

dysponująca możliwością sprzedaży przez internet lub przez telefon będzie w stanie odebrać zamówienia pacjentów, nawet znajdujących się w strefach o niskiej gęstości zaludnienia, oraz wysłać produkty lecznicze z wymaganymi informacjami oraz poradami.

166. Po trzecie, krótka ocena systemów występujących w innych państwach członkowskich¹⁷² wskazuje bardziej ogólnie, że przyznanie wyłącznego prawa sprzedaży detalicznej nie jest konieczne dla zapewnienia obecności placówek w strefach o niskiej gęstości zaludnienia.

167. W istocie wydaje się, że we wszystkich państwach członkowskich, w tym w Republice Finlandii (która jest państwem o najniższej gęstości zaludnienia), władze publiczne nie są zmuszone do interweniowania dla wymuszenia utworzenia placówek w strefach o niskiej gęstości zaludnienia. Środki, które wprowadzają (a mianowicie ogólna definicja kryteriów dotyczących lokalizacji placówek i ograniczenia liczby placówek w strefach o wysokiej gęstości zaludnienia), wystarczają ogólnie rzecz biorąc dla zapewnienia odpowiedniej obecności aptek na całym terytorium państwa, a w szczególności w strefach mniej zaludnionych.

168. W każdym razie nawet przy założeniu, że władze państwa członkowskiego powinny podjąć interwencję celem zapewnienia tworzenia placówek na części jego terytorium, wydaje mi się, że przyznanie wyłącznego prawa sprzedaży detalicznej stanowi działanie nieproporcjonalne w stosunku do tego celu.

169. W istocie można sobie wyobrazić, że władze danego państwa wprowadzają system licencyjny i podejmują interwencję wyłącznie w konkretnych przypadkach, celem zapewnienia utworzenia placówki w strefie, gdzie okaże się to konieczne, poprzez zawarcie umowy o świadczenie usług publicznych z prywatnym podmiotem gospodarczym. Na podmiot ten zostaną nałożone zobowiązania z tytułu świadczenia usług publicznych i dzięki subwencji przekazywanej przez państwo zagwarantuje on sprzedaż środków leczniczych w danej strefie. System taki będzie znacznie mniej restrykcyjny dla wewnątrzspółnotowej wymiany handlowej, ponieważ w odróżnieniu od wyłącznego prawa sprzedaży detalicznej, nie będzie uniemożliwiał podmiotom gospodarczym z innych państw członkowskich zakładania swojej siedziby na terytorium danego państwa członkowskiego i oferowania tam wybranym przez siebie klientom swoich produktów.

172 — Zobacz w szczególności tabelę zamieszczoną na stronie internetowej Groupement pharmaceutique de l'Union européenne: <http://www.pgeu.org> (pod tytułem: Sitemap, Pharmaciens d'officine, Données Pharmacie, Le nombre de pharmacies d'officine en Europe).

170. W tym zakresie informacje zawarte w aktach sprawy wydają się wskazywać, że system taki nie byłby niemożliwy w Szwecji.

171. W istocie w trakcie procedury pisemnej K. Hanner przedstawił sprawozdanie Handels Utnredningsinstitut (HUI) (instytutu studiów handlowych) z maja 2002 r. dotyczące dystrybucji produktów leczniczych w Szwecji¹⁷³. Sprawozdanie to wskazuje raczej, że w przypadku likwidacji prawa wyłącznego przysługującego Apoteket w zakresie produktów leczniczych wydawanych bez recepty liczba punktów sprzedaży tych produktów leczniczych wzrosłaby o około 3300. K. Hanner odniósł się również do kilku sprawozdań Konkurrensverket (krajowej rady konkurencji)¹⁷⁴, które wydają się wskazywać, że w przypadku likwidacji prawa wyłącznego przysługującego Apoteket w zakresie produktów leczniczych wydawanych bez recepty cena tych produktów spadnie do poziomu niższego niż ceny stosowane przez Apoteket. Rząd szwedzki nie odniósł się do tych sprawozdań.

państwa na jednolitych warunkach. Wydaje się zatem, że monopol Apoteket nie został utworzony ze względów technicznych, związanych z brakami w zaopatrzeniu ludności w produkty lecznicze.

173. Mając na względzie te różne elementy, sądzę, że władze szwedzkie nie uzasadniły zastosowania art. 86 ust. 2 WE. Przeciwnie, informacje zgromadzone w aktach sprawy wskazują, że utrzymanie wyłącznego prawa sprzedaży detalicznej produktów leczniczych nie jest konieczne, by umożliwić Apoteket wypełnienie jej szczególnych zadań, i że w każdym wypadku utrzymanie tego prawa stanowi środek nieproporcjonalny w stosunku do zamierzonego celu.

172. Ponadto Stockholms tingsrätt wskazał¹⁷⁵, że przed utworzeniem w 1969 r. Apoteket sprzedaż detaliczna była prowadzona przez prywatne podmioty gospodarcze w ramach systemu licencji. Na żadnym etapie postępowania rząd szwedzki nie stwierdził, że system ten nie umożliwiał zapewnienia odpowiedniego zaopatrzenia w produkty lecznicze na całym terytorium

174. Wreszcie by odpowiedzieć na ostatnie pytanie, z którym zwrócił się Stockholms tingsrätt, wyjaśniam, że moim zdaniem wniosek ten nie będzie wcale odmienny w sytuacji, gdy produkty lecznicze wydawane bez recepty zostaną wykluczone z zakresu monopolu Apoteket¹⁷⁶.

173 — Uwagi na piśmie K. Hanner, załącznik 3 i pkt 92–94.

174 — Sprawozdanie nr 1999/4 zatytułowane „La concurrence dans la vente des médicaments” („Konkurencja w zakresie sprzedaży produktów leczniczych”); sprawozdanie nr 2002/4 zatytułowane „Soigner et créer de la concurrence” („Leczyć i tworzyć konkurencję”) oraz sprawozdanie nr 2002/2 zatytułowane „La concurrence en Suède” („Konkurencja w Szwecji”), cytowane w uwagach na piśmie K. Hanner, w pkt 39 i 40.

175 — Postanowienie odsyłające, str. 5.

176 — Zobacz piąte pytanie prejudycjalne.

175. Z powyższych rozważań wynika bowiem, że motywy, które sprzeciwiają się stwierdzeniu koniecznego i proporcjonalnego charakteru wyłącznego prawa przysługującego Apoteket, odnoszą się zarówno do produktów leczniczych wydawanych na receptę, jak i do produktów leczniczych wydawanych bez recepty. Skutkiem tego fakt wyłączenia produktów leczniczych wydawanych bez recepty z zakresu prawa wyłącznego Apoteket nie spowoduje, że stanie się ono zgodne z wymogami prawa wspólnotowego.

176. W tej sytuacji uważam, że utrzymywanie prawa wyłącznego Apoteket nie znajduje uzasadnienia na podstawie art. 86 ust. 2 WE. Proponuję więc, by Trybunał odpowiedział Stockholms tingsrätt, że art. 31 WE i art. 86 ust. 2 WE sprzeciwiają się utrzymywaniu wyłącznego prawa sprzedaży detalicznej produktów leczniczych, takiemu jak to przyznane na rzecz Apoteket

VII — Wnioski

177. Na podstawie powyższych rozważań proponuję, aby Trybunał orzekł następująco:

Artykuł 31 WE i art. 86 ust. 2 WE należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwiają się one obowiązywaniu przepisu krajowego, który przyznaje przedsiębiorstwu, takiemu jak spółka Apoteket AB, wyłączne prawo sprzedaży detalicznej produktów leczniczych w celu zapewnienia odpowiedniego zaopatrzenia w produkty lecznicze na całym terytorium danego państwa członkowskiego na jednakowych warunkach cenowych.