

Juridiska Institutionen
Handelshögskolan vid Göteborgs universitet
Uppsats 20 poäng för tillämpade studier
Jurist Kandidat programmet

**APOTEKETS FÖRSÄLJNINGSMONOPOL
BELYST UR ETT
EG-RÄTTSLIGT PERSPEKTIV**

2003-06-10
Författare: Johanna Nyström
Handledare: Thomas Erhag

Förkortningar

ECR	European Court Reports (Rättsfallssamling)
EG	Europeiska Gemenskaperna
EGF	EG-fördraget
EGT	Europeiska Gemenskapernas officiella Tidning
EU	Europeiska Unionen
Kdir	Kommissionens direktiv
Rdir	Rådets direktiv
REG	Rättsfallssamling från Europeiska Gemenskapernas domstol och förstainstansrätt.
SOU	Statens Offentliga Utredningar

Innehåll	sida
1. Inledning	4
1.1 Syfte, frågeställningar och metod.....	4
2. Apotekets försäljningsmonopol av läkemedel	5
2.1 Läkemedelsregleringen	6
2.1.1 Läkemedelslagen	6
2.1.2 Lagen om handel med läkemedel	7
2.2 Konflikter mellan nationell rätt och gemenskapsrätten	7
3. Försäljningsmonopol och den fria rörligheten	9
3.1 Allmänt om den inre marknaden	9
3.2 Artikel 28 EGF; förbudet mot kvantitativa handelshinder och åtgärder med motsvarande verkan.....	9
3.2.1 Cassis de Dijon och utvidgningen av artikel 28 EGF, principen om tvingande hänsyn	10
3.2.1.1 Fri rörlighet och begränsningen i tillhandahållande av läkemedel	11
3.2.1.2 Tvingande hänsyn och inköp av läkemedel i annat land	12
3.2.2. Monopolrättigheters förenlighet med den fria rörligheten för varor	13
3.2.2.1 Betydelsen av avgörandet i <i>Keck</i> om försäljningsåtgärder	14
3.2.2.2. Existensen av ett monopol och dess förenlighet med artikel 28 EGF	15
3.3 Undantagen i Artikel 30 EGF	16
3.3.1 Intresset att skydda människors och djurs hälsa och liv	17
3.3.1.1 Franzén -fallet och det svenska alkoholmonopolet.....	17
3.3.1.2 Läkemedelsmonopolen och skydd för den allmänna hälsan	19
3.4 Etableringsfriheten.....	20
3.4.1 Etablering eller tjänst?	20
3.4.2 Undantag till etableringsfriheten	21
3.4.3 Monopol vs. Etableringsfriheten	22
4. Statliga handelsmonopol och EG-rätten	23
4.1 Statliga handelsmonopol enligt artikel 31 EGF.....	23
4.1.1 Syftet med artikel 31 EGF	24
4.2 Principen om icke-diskriminering.....	25
4.2.1 Undantagsmöjligheterna från principen om icke-diskriminering.....	26
4.3 Artikel 31 EGF och reglerna om den fria rörligheten enligt artikel 28 EGF	27
4.4 De statliga handelsmonopolens förenlighet med artikel 31 EGF	28
4.4.1 Import- och exportmonopolens avvecklande	29
4.4.2 Försäljningsmonopolen	30
5. EG:s Konkurrensrätt	31
5.1 Förbudet mot missbruk av dominerande ställning i artikel 82 EGF	31
5.2 Medlemsstaternas skyldigheter enligt artikel 86 EGF	32
5.2.1 Företagsbegreppet enligt artikel 86 EGF.....	33
5.2.2 Icke tillåtna åtgärder enligt artikel 86.1 EGF	34

5.3	<i>Undantagen från fördraget enligt artikel 86.2 EGF</i>	35
5.3.1	Företag som utför tjänster av allmänt ekonomiskt intresse	36
5.3.2	Nödvändighetskravet och missbruk av dominerande ställning	36
5.4	<i>Konkurrensrätten och de statliga handelsmonopolen</i>	38
6.	Analys	39
6.1	<i>Intresseavvägningen mellan Gemenskapens intressen och medlemsstaternas frihet att reglera sina system för social trygghet</i>	39
6.2	<i>Monopolets förenlighet med reglerna om de fria rörligheterna</i>	40
6.2.1	Det svenska detaljhandelsmonopolet för läkemedel och dess förenlighet med artikel 28 EGF.....	40
6.2.2	Hänsyn till tvingande intressen	41
6.2.3	Monopolet - hinder mot etableringsfriheten?	42
6.3	<i>Apoteket och reglerna om statliga handelsmonopol</i>	43
6.4	<i>Fri konkurrens och statliga monopol</i>	43
6.5	<i>Statliga monopol och den fria marknaden inom EU -oförenliga intressen?</i>	44
	Käll- och litteraturförteckning	46

1. Inledning

Varför skall man inte kunna sälja vin och sprit i mataffären? År 1995 skapade Harry Franzén tidningsrubriker och debatt bland lagstiftare, rättstillämpare och inte minst gemene man, genom att sälja vin i sin ICA-butik. Sverige har en lång tradition av statligt reglerad alkoholförsäljning vilken motiveras med att man vill skydda människors hälsa från alkoholens skadeverkningar. Samtidigt avskaffas idag allt fler monopol och konkurrensmöjligheterna ökar. T.ex. har den svenska statens alkoholmonopol länge debatterats och kritiserats.

Ett annat mycket viktigt monopol är statens ensamrätt på att sälja läkemedel till allmänheten, via Apoteket. Sådana preparat som i lag klassas som läkemedel, både receptfria och receptbelagda, med undantag för vissa produkter samt naturläkemedel är straffbart att tillhandhålla i den öppna handeln. Vissa läkemedel omfattas vidare av krav på recept av legitimerad läkare.¹

Monopolens rättsliga ställning har framförallt ifrågasatts efter Sveriges inträde i EU. Är det möjligt att upprätthålla ett statligt monopol och samtidigt inte bryta mot de grundläggande EG-rättsliga reglerna om den fria marknaden, de fria rörligheterna och konkurrensrätten?

Franzén hävdade att den svenska statens alkoholmonopol stred mot den fria rörligheten för varor då ett monopol begränsar möjligheterna för utländska tillverkare och exportörer att fritt tillhandhålla sina produkter på den svenska marknaden. Att förbjuda enskilda näringsidkare att sälja alkohol i handeln skulle således enligt Franzén inte vara förenligt med EG-rätten. Den svenska domstolen begärde i *Franzén-fallet*² ett förhandsbesked från EG-domstolen, enligt artikel 234 EGF för att pröva om den svenska lagstiftningen var tillåten. Det statliga detaljhandelsmonopolet godkändes och än så länge har Systembolaget AB ensamrätt på försäljning av vin och sprit till allmänheten.

Varför är det möjligt att köpa tobak i samtliga livsmedelsbutiker samtidigt som man måste gå till Apoteket för att köpa nikotintuggummin? År 2001 åtalades Krister Hanner, VD för bolaget Bringwell AB, för att ha sålt nikotintuggummin i bolagets butik i Stockholm. Hanner medgav att han uppsåtligt brutit mot det svenska förbudet mot att sälja läkemedel i syfte att, som i *Franzén-fallet*, få till stånd en prövning av det svenska detaljhandelsmonopolet avseende försäljning av läkemedel. Det är främst monopolet på de receptfria läkemedlen som har kritiserats av bl.a. konkurrensverket. Konsumentvärdet på receptfria läkemedel beräknas till mellan ca 1,5 och 2 miljarder kronor och utgör ca 7 % av Apotekets totala försäljning.³ Det är inte en stor del av dagligvaruhandeln men det är en principiellt viktig fråga, speciellt om man beaktar det faktum att Apoteket de senaste åren har gått med förlust och har viss personalbrist. Från marknadsens håll har hävdats att tillåtande av försäljning av receptfria läkemedel i dagligvaruhandeln skulle möta konsumenternas efterfrågan på ett sätt som apoteket idag inte kan. Åtalet mot Krister Hanner har tagits upp i Stockholms tingsrätt och domstolen begärde i april 2003 ett förhandsbesked från EG-domstolen. Frågorna tingsrätten ställde var om monopolet är förenligt med EG-rättens regler om den fria rörligheten för varor, rätten till etablering och reglerna om statliga anpassning av handelsmonopol. Dom i målet förväntas under hösten 2004.

1.1 Syfte, frågeställningar och metod

I denna uppsats avser jag behandla de EG-rättsliga regler som kommer att ligga till grund för domstolens prövning av det svenska detaljhandelsmonopolet för försäljning av läkemedel. De

¹ 11 § Lagen (1996:1152) om handel med läkemedel.

² Mål C-189/95 Franzén.

³ Svensk Handel.

viktigaste reglerna för mina frågeställningar återfinns i EG-fördragets kapitel om den fria rörligheten för varor samt i reglerna om anpassningen av de statliga handelsmonopolen. Även fördragets regler om etableringsfrihet kommer att behandlas. I det svenska målet har inte hävdats att monopoliet strider mot Gemenskapens konkurrensrättsliga regler men då de är minst lika viktiga för förverkligandet av en fri rörlighet för handeln mellan gränserna kommer jag ändå att undersöka monopoliets förenlighet med konkurrensreglerna.⁴

Syftet med uppsatsen är att med utgångspunkt i de frågor som den svenska domstolen har begärt tolkning av från EG-domstolen, samt de ytterligare ovan beskrivna aspekter av EG-rätten som kan vara relevanta för tillåtligheten av detaljhandelsmonopolet avseende läkemedel, med bakgrund av gällande rätt och tidigare praxis undersöka om Apoteket AB och dess monopol är förenligt med EG-rätten.

Mot bakgrund av mitt syfte avser jag därför undersöka om reglerna om den fria rörligheten för varor i artikel 28 EGF samt etableringsfriheten i artikel 43 EGF utgör hinder mot den svenska lagstiftningen. Om monopoliet utgör ett hinder mot dessa regler, kan det rättfärdigas med tvingande hänsyn eller undantagen i artikel 30 EGF? Utöver detta kommer jag att undersöka om svenska läkemedelsmonopolet är anpassat så att det inte strider mot den i artikel 31 EGF stadgade skyldigheten för medlemsstaterna att anpassa sina statliga handelsmonopol så att de inte strider mot fördraget. Vidare ställer jag frågan om den konkurrensrättsliga regleringen i EG-fördraget utgör ett hinder mot den svenska lagstiftningen om ett statligt detaljhandelsmonopol för läkemedel. I den avslutande delen behandlar jag också frågan om intresseavvägningen bakom reglerna om den fria rörligheten och medlemsstaternas rätt att själva reglera sina sociala trygghetssystem.

Jag har använt mig av tillgänglig litteratur och praxis från EG-domstolen för att kunna sammanställa den rättsliga reglering som är relevant för mina frågeställningar.

Inledningsvis kommer jag kort att beskriva den svenska lagstiftningen som ligger till grund för Apotekets detaljhandelsmonopol. Därefter kommer jag att beskriva det EG-rättsliga regelverk som gäller på det aktuella området, gällande fördragsartiklar, förordningar, direktiv och framförallt EG-domstolens praxis.

2. Apotekets försäljningsmonopol av läkemedel

Apoteksbolaget AB bildades 1970 i syfte att staten skulle överta upphandling och distribution av läkemedel. Samtliga apotek införlivades med Apoteksbolaget AB vilket sedan 1988 har namnet Apoteket AB. Apotekets mål är att bidra till bättre hälsa genom att svara för en god läkemedelsförsörjning och användning i Sverige. Apoteket ägs idag till 2/3 av staten och till 1/3 av Apoteket AB:s pensionsstiftelse. Enligt avtal med staten innehar Apoteket ensamrätt att bedriva detaljhandel med läkemedel. Apotekets verksamhet bedrivs enligt lagen (1996:1152) om handel med läkemedel samt bestämmelserna i det avtal som upprättats mellan staten och Apoteket AB. I det nu gällande avtalet mellan staten och Apoteket AB från den 31 januari 2003 stadgas att bolagets monopol omfattar alla produkter som klassas som läkemedel, receptbelagda samt receptfria.

Apoteket AB har 900 butiker samt drygt 1000 Apoteksombud för utlämning på glesbygden av läkemedelspaket som är iordningsställda på apoteket. Apoteksombuden tillhandahåller sina tjänster på basis av ett avtal mellan ombudet och det lokala apoteket. Apoteket AB beslutar med utgångspunkt i konkurrensmässiga förutsättningar på vilka platser ombuden skall befinna sig för att undvika konkurrens med de fullskaliga apoteken.⁵

⁴ Mål B5703/01.

⁵ Mål B5703/01.

I det gällande avtalet mellan staten och Apoteket AB⁶ föreskrivs bl.a. att läkemedelsförsörjningen skall genomföras till lägsta möjliga kostnad såväl i distributionsledet som i övrigt. Apoteket skall ha ett rikstäckande system för att distribuera läkemedel och ha den lager- och leveransberedskap i fråga om läkemedel som krävs för att tillgodose hälso- och sjukvårdens behöriga krav. Apoteket AB bestämmer i vilken utsträckning apotek och andra försäljningsställen skall finnas och var de ska vara belägna.⁷ Apoteket beslutar i samråd med den lokala sjukvården självständigt vilka varor som skall säljas. Tillverkare av receptfria och i andra länder godkända läkemedel har inte någon allmän rättighet att få sina produkter saluförda i Sverige av Apoteket AB.⁸ En läkare har i princip fri forskrivningsrätt av läkemedel, d.v.s. han kan skriva ut det läkemedel till en patient han anser lämpligast.⁹ Vidare stadgas i avtalet mellan staten och Apoteket AB att Apoteket skall vid försäljning av läkemedel till allmänheten tillämpa enhetliga priser över hela landet.¹⁰

2.1 Läkemedelsregleringen

Det är av intresse att kort beskriva den svenska regleringen av läkemedel för att få en förståelse för det regelverk som ligger till grund för apotekets verksamhet. De viktigaste lagarna är läkemedelslagen (1992:859) vilken definierar läkemedel samt föreskriver om vissa villkor för när läkemedel skall få säljas i Sverige. Speciellt viktigt för Apotekets verksamhet är lagen (1996:1152) om handel med läkemedel där regelverket för hur och av vem läkemedel får försäljas återfinns. Läkemedelsverket är central förvaltningsmyndighet för kontroll och tillsyn av bl.a. läkemedel och skall se till att läkemedel används på ett ändamålsenligt och kostnadseffektivt sätt. Riksförsäkringsverket avgör i egenskap av central förvaltningsmyndighet för socialförsäkringssystemet frågor rörande prissättning av läkemedelsprodukter. Socialstyrelsen utövar tillsyn över apotekspersonal i dess egenskap av hälso- och sjukvårdspersonal samt även över apotekspersonal inom detaljhandeln för läkemedel.¹¹

2.1.1 Läkemedelslagen

Läkemedel definieras i 1 § läkemedelslagen som varor som är avsedda att tillföras på människor eller djur för att förebygga, påvisa, lindra eller bota sjukdom eller symptom eller att användas i likartat syfte. Läkemedel skall enligt 4 § vara ändamålsenliga och av god kvalité, vilket det anses vara om det är verksamt för sitt ändamål och vid normal användning inte har skadeverkningar som står i missförhållanden till den avsedda effekten. Ett läkemedel får enligt 5 § endast säljas efter godkännande för försäljning, eller efter att ett godkännande som meddelats i annan medlemsstat i Europeiska unionen erkänts här i landet. Undantag görs för de läkemedel som tillverkats på apotek för viss patient, sådana läkemedel får försäljas utan godkännande.

Om ett läkemedel uppfyller kraven i 4 § skall det enligt 6 § godkännas. Erkännande i Sverige av läkemedel som godkänts i en annan medlemsstat i Europeiska unionen skall ske om det saknas anledning att anta att läkemedlet kan medföra risk för människors eller djurs hälsa eller för miljön. Läkemedelsverket är enligt 7 § den myndighet som har ansvaret för prövning av frågor om godkännande.

⁶ Avtal mellan staten och Apoteksbolaget AB (publ.) av den 31 januari 2003.

⁷ SOU 1998:28, s. 205-206.

⁸ Mål B5703/01.

⁹ SOU 1998:28, s. 11.

¹⁰ Avtal mellan staten och Apoteksbolaget AB (publ.) av den 31 januari 2003.

¹¹ SOU 1998:28, s. 95-96.

Det ställs i lagen ett krav på att den som yrkesmässigt hanterar läkemedel skall hindra att läkemedlen skadar människor. Enligt 22 § skall den som förordnar eller lämnar ut läkemedel iaktta kraven på sakkunnighet. Regeringen eller Läkemedelsverket, på bemyndigande av regeringen, kan föreskriva att ett läkemedel endast får lämnas ut mot recept eller annan beställning av den som är behörig att förordna läkemedel. I lagens 26 § finns straffbestämmelser för vissa överträdelse av lagen.

2.1.2 Lagen om handel med läkemedel

I 2 § lagen om handel med läkemedel definieras detaljhandel med läkemedel som försäljning av läkemedel till den som är konsument. All annan försäljning är partihandel. När det gäller partihandel med läkemedel stadgas i 3 § att sådan endast får bedrivas av den som fått Läkemedelsverkets tillstånd. Endast den som har tillstånd till partihandel har rätt att sälja läkemedel till bl.a. sjukhus enligt 5 §.

Enligt lagens 4 § får, i den mån inte annat följer av lagen, detaljhandel med sådana varor som omfattas av den numera upphävda läkemedelsförordningen (1972:701) endast bedrivas av staten eller av juridisk person i vilken staten äger ett bestämmande inflytande. Regeringen bestämmer av vem och på vilka villkor sådan verksamhet får bedrivas. Det statliga detaljhandelsmonopolet omfattar alltså samtliga preparat som Läkemedelsverket klassificerar som läkemedel.

Vidare föreskrivs i 6 § att staten och den juridiska person till vilken staten har givit i uppdrag att bedriva detaljhandel med läkemedel, har ansvar för läkemedelsförsörjningen. Den som i enlighet med 4 § bedriver detaljhandel med läkemedel skall enligt 10 § betala en årsavgift, vars storlek regeringen beslutar om. I 11 § återfinns straffbestämmelser för den som innehar läkemedel i uppenbart syfte att olovligen sälja det.

Apoteket AB svarar alltså ensamt för urval och försäljning av samtliga läkemedel till allmänheten. Apoteket har samma skyldighet att tillhandahålla receptfria läkemedel och receptbelagda läkemedel som de av Läkemedelsverket godkända naturläkemedlen, dvs. skyldigheten omfattar samtliga läkemedel som godkänts för försäljning. Naturläkemedel kan dock säljas av annan handel och omfattas således inte av apotekets detaljhandelsmonopol. Apoteken säljer utöver läkemedel dels varor som ingår i läkemedelsförmånen (högekostnadsskyddet) utan att vara läkemedel, dels varor som inte ingår i läkemedelsförmånen men som vanligen karaktäriseras som läkemedelsnära produkter samt handelsvaror i övrigt.¹² Apoteket har en plikt att på begäran anskaffa och tillhandahålla föreskrivna läkemedel som ingår i läkemedelsförmånen.¹³ Det finns alltså ett system vilket är fristående från Apoteket AB för prövning och godkännande av läkemedel.

2.2 Konflikter mellan nationell rätt och gemenskapsrätten

Enligt direktiv 85/432 om samordning av bestämmelserna i lagar och andra författningar om viss farmaceutisk verksamhet skall innehavare av ett utbildnings-, examens- eller annat behörighetsbevis i farmaci som utfärdats av ett universitet eller motsvarande institution få rätt att åtminstone få tillträde till och utöva viss i direktivet angiven verksamhet, bl.a. rådgivning om och utlämning av läkemedel på apotek. I direktivet uttalas dock att bestämmelserna i direktivet inte innebär ”någon garanti för en samordning av samtliga villkor för att få tillträde

¹² SOU 1998:28, s. 78.

¹³ Avtal mellan staten och Apoteksbolaget AB (publ.) av den 31 januari 2003, p. 2 B.

till och utöva farmaceutisk verksamhet; särskilt den geografiska fördelningen av apotek och frågan om monopol på utlämning av läkemedel är fortfarande medlemsstaternas ensak”.¹⁴

Sverige upprätthåller ett så kallat kompetensmonopol (även kallat kompetenskrav) avseende detaljhandelsförsäljningen av läkemedel. Produkter som enligt lag¹⁵ klassas som läkemedel får alltså endast försälas i närvaro av farmaceutiskt utbildad personal. Det krävs en receptarieutbildning för att få expediera recept. Sverige är idag det enda land som upprätthåller ett kompetensmonopol avseende samtliga läkemedel kombinerat med ett statligt detaljhandelsmonopol. Många länder har ett kompetensmonopol avseende receptbelagda läkemedel men har släppt försäljningen fri avseende receptfria läkemedel.¹⁶ I Storbritannien är det i princip fri etableringsrätt för apotek, dock krävs en anknytning till the National Health Service för att få tillgång till subventionering av receptbelagda läkemedel vilket automatiskt leder till en möjlighet för de nationella myndigheterna att utöva viss kontroll över läkemedelsförsäljningen. Receptfria läkemedel får generellt sett säljas fritt i butiker.¹⁷

Det finns många åsikter om vad som bör hända med apoteksmonopolet. Ett av förslagen är att alla receptfria läkemedel skulle kunna säljas på egenvårdsapotek, som skulle förestås av farmaceut. Som skäl till att tillåta en sådan reform gavs bl.a. det faktum att apoteket redan sedan tidigare har anlitat s.k. apoteksombud för tillhandhållande av läkemedel i bl.a. glesbygden och genom detta system finns redan en mångårig erfarenhet av läkemedelsdistribuering även utanför apoteket. Vissa av de receptfria läkemedlen bör dessutom tillåtas försälas i öppen handel utan särskilda krav på kompetens. Det viktigaste skälet till förslaget var att ”skapa en vidgad marknad och en ökad tillgänglighet av receptfria läkemedel”.¹⁸

I en SOU från 1998 konstateras att det efter *Franzén-fallet* bör vara klart att det inte föreligger något hinder mot att Sverige upprätthåller sitt detaljhandelsmonopol avseende samtliga läkemedel, alternativt att upprätthålla det statliga monopolet avseende receptbelagda läkemedel men samtidigt tillåta att vissa receptfria läkemedel säljs i den fria handeln. Ytterligare en variant är att staten väljer att helt avskaffa apotekets detaljhandelsmonopol men bibehåller kompetensmonopolet. Ett sådant kompetensmonopol kan komma att gälla samtliga receptbelagda läkemedel och när det gäller receptfria läkemedel får en avvägning göras från fall till fall. Samtliga alternativ är enligt den statliga utredningen förenliga med EG-rätten.¹⁹

Apotekets detaljhandelsmonopol tycks enligt uttalandet i den statliga utredningen inte utgöra något frågetecken. Så varför utreda frågan vidare? Det är riktigt att EG-domstolen i *Franzén-målet* 1995 tillät ett statligt detaljhandelsmonopol avseende vin och spritdrycker, då monopolet prövades mot reglerna om anpassning av de statliga monopolen till EG-rätten. Däremot prövade domstolen aldrig om monopolet stred mot reglerna om den fria rörligheten för varor enligt artikel 28 i fördraget. Det sker ständigt en utveckling på området för den inre marknaden och enligt min mening är det inte självklart att ett detaljhandelsmonopol idag kan motiveras i förhållande till samtliga regler i fördraget som rör statliga monopol.

I åtalet mot Krister Hanner²⁰ hävdas från Hanners sida att det svenska detaljhandelsmonopolet strider mot den fria rörligheten för varor. Hanner gör också gällande att det inte kan motiveras av ett allmänintresse då det tillgodoses på andra sätt, bl.a. genom Läkemedelsverkets prövning och godkännande av läkemedel, genom kravet på tillstånd för tillverkning och partihandel med läkemedel och vidare det faktum att vissa läkemedel endast

¹⁴ Rdir 85/432/EEG av den 16 september 1985 om samordning av bestämmelserna i lagar och andra författningar om viss farmaceutisk verksamhet, EGT nr L 253, 24/09/1985 s. 34 –36, inledningen.

¹⁵ Läkemedelslagen (1992:859).

¹⁶ SOU 1998:28, s. 88.

¹⁷ SOU 1998:28, s. 92.

¹⁸ SOU 1998:28, s. 205-206.

¹⁹ SOU 1998:28, s. 87.

²⁰ Mål B5703/01.

får försälgas mot recept utskrivet av behörig läkare. Vidare hävdas att monopolen strider mot artikel 31 i fördraget. Ett monopol som hindrar utländska tillverkare att nå konsumenterna i monopollandet är enligt vissa kritiker diskriminerande och samhandelshindrande och bör således inte vara förenligt med EG-rätten. I *Franzén-målet* ställdes aldrig av den nationella domstolen frågan om EG:s konkurrensrättsliga reglering kan hindra att Sverige upprätthåller Systembolagets monopol och frågan togs således inte heller upp av EG-domstolen. Denna fråga har inte heller ställts i *Hanner-målet*. Ett statligt monopol påverkar dock i allra högsta grad konkurrensmöjligheterna för privata företag inom ett visst område då de utestängs från möjligheten att fritt etablera sig och konkurrera på den aktuella marknaden. Hanner hävdar dock i målet att detaljhandelsmonopolet strider mot etableringsfriheten, en aspekt som inte behandlades i *Franzén-fallet*.

I följande kapitel kommer jag således att behandla de EG-rättsliga regler vilka i EG-domstolen kommer att ligga till grund för den prövning som kommer att ske av Apotekets detaljhandelsförsäljningsmonopol avseende läkemedel. Jag kommer även utreda monopolens förenlighet med Gemenskapens konkurrensrätt.

3. Försäljningsmonopol och den fria rörligheten

3.1 Allmänt om den inre marknaden

Grundläggande för den inre marknaden är de den fria rörligheten för varor, tjänster, personer och kapital. Dessa friheter skall förverkligas genom ett avskaffande av handelshinder mellan medlemsstaterna och icke-diskriminering i tillträdet till marknaden. För att möjliggöra denna målsättning har på området för handel med varor ett antal förbud ställts upp i EG-fördragets artikel 28. Förbudet kan delas upp i två kategorier; förbud mot kvantitativa restriktioner samt förbud mot åtgärder med motsvarande verkan.

3.2 Artikel 28 EGF; förbudet mot kvantitativa handelshinder och åtgärder med motsvarande verkan

Artikel 28 EGF har direkt effekt och kan således åberopas av enskilda subjekt gentemot staten i nationell domstol. Förbudet i artikel 28 berör statsåtgärder och riktar sig inte till enskilda. Om staten kontrollerar, direkt eller indirekt, finansierar eller representerar en verksamhet kommer denna bedömas som statlig.²¹

Innan man kan ta ställning till om en åtgärd utgör ett handelshinder är det av vikt att fastställa att hindret påverkar handeln med varor. Definitionen av varor återfinns inte uttryckligen i fördraget men definierades av EG-domstolen 1968 som allting som kan mätas i pengar och utgöra föremål för affärsmässiga transaktioner.²² Att läkemedel är varor har inte uttryckligen konstaterats men inte heller i någon bemerkelse ifrågasatts och domstolen har ansett att vissa nationella regler rörande läkemedelsförsörjning faller under tillämpningsområdet för artikel 28 i fördraget, vilken rör den fria rörligheten för varor.²³

Artikel 28 ställer upp ett förbud mot kvantitativa handelshinder vid import av varor. I praktiken innebär förbudet mot tekniska handelshinder att en ensidig offentlig reglering inte får ges sådan utformning att den försvårar för utländska företag att marknadsföra och sälja sina varor på den nationella marknaden.²⁴ Ett flertal mycket uppmärksammade fall från EG-

²¹ Bernitz och Kjellgren, 185-186.

²² Mål 7/68 Kommissionen mot Italien.

²³ Se bl. a. mål 238/82 Duphar, p. 18 och mål C-120/95 Decker, p. 24.

²⁴ Norberg, Arbetsrätt, s. 194.

domstolen har slagit fast de principer som bygger upp ramarna kring den fria marknadens villkor.

Domstolens definition av kvantitativa handelshinder från 1973 omfattar ”åtgärder som leder till fullständiga eller delvisa inskränkningar av, beroende på omständigheterna, import, export eller varor i transit”. Exempel på kvantitativa handelshinder är införselbud, kvotsystem och importlicenskrav. Sådana åtgärder utgör en klar diskriminering av utländska varor och leverantörer och är förbjudna enligt artikel 28.²⁵

Den första definitionen av åtgärder med motsvarande verkan kom 1974 i *Dassonville*.²⁶ Fallet rörde en i Belgien obligatorisk ursprungsmärkning för alla importerade varor, vilken skulle ske i det land de tillverkats. Detta kunde inte anses utgöra ett direkt kvantitativt handelshinder i den ursprungliga bemärkelsen. Domstolen utvecklade det numera frekvent använda Dassonville-testet genom att pröva om regleringen potentiellt kunde påverka samhandeln negativt. Domstolen konstaterade att ”alla handelsregler antagna av medlemsstater som kan utgöra ett hinder, direkt eller indirekt, faktiskt eller potentiellt, för handeln inom Gemenskapen” faller under förbudet i artikel 28.²⁷ Notera att regleringen inte i praktiken behöver utgöra ett hinder utan enbart den teoretiska möjligheten att den skulle inverka negativt på samhandeln innebär att regleringen utgör en sådan åtgärd som förbjuds i artikel 28. Endast påverkan på handeln inom ett medlemslands egna gränser är inte tillräckligt för att en reglering skall anses vara en åtgärd med motsvarande verkan.²⁸

3.2.1 Cassis de Dijon och utvidgningen av artikel 28 EGF, principen om tvingande hänsyn

1979 utvidgades tillämpningsområdet för artikel 28 EGF ytterligare genom avgörandet i *Cassis de Dijon*²⁹, till att omfatta även åtgärder som är icke-diskriminerande d.v.s. åtgärder som formellt inte är protektionistiska men i praktiken drabbar utländska varor hårdare.³⁰

Domstolen formade i *Cassis* två mycket viktiga principer, principen om ömsesidigt erkännande samt principen om tvingande hänsyn. Målet rörde en fransk likör som på grund av att alkoholhalten låg under 25 % inte fick marknadsföras som likör i Tyskland, den tyska likören hade en alkoholhalt överskridande 25 %. Regeln gällde dock även tyska varor och regeln var därför inte direkt diskriminerande mot utländska varor. Den tyska staten motiverade regeln med syftet att de ville begränsa alkoholkonsumtionen i landet genom att begränsa utbudet av alkoholsvaga drycker.³¹ EG-domstolen fann att den tyska regleringen om en lägsta alkoholhalt omfattades av begreppet åtgärder med motsvarande verkan enligt Dassonville-testet och att trots att åtgärderna formellt var icke-diskriminerande verkade de samhandelshindrande. Domstolen slog med detta fast att ”det finns inget giltigt skäl att hindra att en vara, som lagligen tillverkats och saluförts i ett land, importeras till ett annat land”.³² De nationella bestämmelser som kan falla under Cassis-doktrinen är bl.a. bestämmelser som ställer krav på varors innehåll, form, förpackning och tillverkningsätt.³³ Notera dock att *Cassis* endast är tillämplig på icke-harmoniserade områden.

²⁵ Bernitz och Kjellgren, s. 184, domstolen behandlade först definitionen av kvantitativa handelshinder i mål 2/73, Geddo mot Ente Nazionale Risi. Jag har valt att använda Bernitz översättning.

²⁶ Mål 8/74 Dassonville.

²⁷ Mål 8/74 Dassonville, p. 5.

²⁸ Steiner och Woods, s. 155.

²⁹ Mål C-120/78 Cassis de Dijon.

³⁰ Mål C-120/78 Cassis de Dijon, p. 14.

³¹ Bernitz och Kjellgren, s. 196.

³² Mål C-120/78 Cassis de Dijon, p. 14.

³³ Bernitz och Kjellgren, s. 197.

EG-domstolens vidare tolkning av artikel 28 har dock kommit att inskränkas till viss del i och med ett antal senare avgöranden. Exempelvis kom nationella regleringar om icke-diskriminerande åtgärder, som endast rör t.ex. marknadsföring av varor och som inte påverkar varornas utseende eller sammansättning, att falla utanför förbudet i artikel 28. Det viktigaste avgörandet är *Keck*.³⁴ I *Keck* ansåg domstolen att nationella bestämmelser som begränsar eller förbjuder vissa försäljningsformer, inte behöver direkt eller indirekt, faktiskt eller potentiellt hindra handeln mellan medlemsstaterna i den mening som avses i *Dassonville*. Detta under förutsättning att regleringen gäller för samtliga näringsidkare och inte påverkar utländska varor annorlunda än inhemska. När dess villkor är uppfyllda kan tillämpningen av sådana bestämmelser på försäljningen av varor från en annan medlemsstat, vilka uppfyller kraven i denna stat, inte anses hindra varornas tillträde till marknaden eller försvåra dess tillträde jämfört med utländska varor. Domstolens slutsats var alltså att vissa försäljningsåtgärder helt faller utanför förbudet i artikel 28. Frågan vad begreppet ”vissa försäljningsåtgärder” omfattar berördes till viss del i *Keck*. När det gällde regler som ställde vissa krav på paketering, varors form, storlek, vikt och märkning avsåg inte domstolen göra några undantag från förbudet men en nationell reglering om att försäljningspriset inte fick understiga inköpspriset kunde inte förbjudas enligt artikel 28.³⁵

Vidare godkändes i *Hünernmund*³⁶ t.ex. ett nationellt förbud mot reklam av apoteksvaror utanför apoteket med motiveringen att ett sådant förbud gäller utan åtskillnad, oavsett de berörda produkternas ursprung för alla apotekare och saluföringen av produkter från andra medlemsstater påverkas inte på annat sätt än inhemska produkter.³⁷

Förbudet i artikel 28 är inte absolut. Det skulle vara ohållbart om medlemsländerna inte skulle kunna stoppa införsel av varor som inte är önskvärda i landet, t.ex. varor som är olagliga i landet. När EG-domstolen i *Cassis* breddade tillämpningsområdet för artikel 28 ökade samtidigt behovet av fler möjligheter till undantag än de som redan fanns uppräknade i den uttömmande artikel 30 EGF. Undantagen som utvecklades i *Cassis* omfattar olika skyddsbehov av stort allmänintresse och kallas ofta doktrinen om tvingande hänsyn. Dessa undantag, utöver de som finns i artikel 30, är tillämpliga på de åtgärder som faller under artikel 28 enligt *Cassis de Dijon*-principen, dvs. åtgärder som inte är diskriminerande men ändå påverkar samhandeln negativt.

I *Cassis* behandlades hänsyn till effektiv skattekontroll, skydd för folkhälsan, god handelssed och konsumentskydd.³⁸ Ytterligare undantag har utformats i form av skydd för skapande, kulturell verksamhet, sparande på offentliga resurser, förbättrande av arbetsförhållanden, värnande om medias mångfald, biologisk mångfald, samt skydd av den ekonomiska balansen i sociala trygghets- och försäkringssystem.³⁹

3.2.1.1 Fri rörlighet och begränsningen i tillhandahållande av läkemedel

Principen om tvingande hänsyn har också kommit att tillämpas på varor som tillhandahålls inom ramarna för socialförsäkringsområdet.

I *Duphar*⁴⁰ begärde ett stort antal läkemedelsföretag tolkning av bland annat artikel 28 EGF med hänvisning till att denna artikel borde utgöra

³⁴ Förenade målen C-267/91 och C-268/91 *Keck* och *Mithouard*.

³⁵ Förenade målen C-267/91 och C-268/91 *Keck* och *Mithouard*, p 18.

³⁶ Mål C-292/92 *Hünernmund*.

³⁷ Mål C-292/92 *Hünernmund*, p. 23.

³⁸ Mål C-120/78 *Cassis de Dijon*, p. 8.

³⁹ *Bernitz och Kjellgren*, s. 199.

⁴⁰ Mål 238/82 *Duphar*.

”...hinder mot att en medlemsstat i syfte att göra besparingar när det gäller tillhandhållande av farmaceutiska produkter till personer som är anslutna till sjukförsäkringssystemet, ensidigt inför regler enligt vilka vissa namngivna läkemedel och sjukvårdsprodukter inte skall tillhandhållas de försäkrade”.⁴¹

Den del av läkemedelskonsumtionen som belastade försäkringskassorna utgjorde 70 % av den totala läkemedelskonsumtionen och ca 80 % av produkterna utgjordes av importerade varor.⁴²

Bestämmelsen var tillämplig både på inhemska och utländska produkter och var på så sätt inte diskriminerande men frågan återstod om bestämmelsen ändå kunde ha en samhandelshindrande effekt och vad som i så fall krävdes för att rättfärdiga en sådan regel. I målet ställde EG-domstolen upp de villkor som måste uppfyllas för att de nationella reglerna skulle tillåtas om de befanns hindra handeln. Det ställdes bl.a. krav på att om det saknas gemenskapsregler på området i fråga, hindren skulle ha uppstått till följd av att de olika medlemsstaternas lagstiftning om en produkts saluföring skiljer sig åt. Vidare krävdes det att det förelåg tvingande hänsyn, bl.a. i frågan om effektiv skattekontroll, skydd av folkhälsan, god handelssed eller konsumentskydd samt att hindren var nödvändiga på grund av dessa tvingande hänsyn, dvs. ett proportionalitetskrav.⁴³

Den Nederländska staten motiverade reglerna med att förklara att när

”...övervägande del av konsumtionen av läkemedel och andra sjukvårdsprodukter finansieras av det allmänna uppträder det allmänna som ekonomisk aktör och förfogar i denna egenskap över samma möjligheter som varje ekonomisk aktör att välja mellan produkterna på marknaden och att föredra en produkt framför en annan”.⁴⁴

Vidare ansåg den Nederländska staten att eftersom urvalet skedde på objektiva grunder som föranleddes av angelägenheten att upprätthålla en god kvalitet på hälso- och sjukvården, det kan inte vara fråga om något hinder för handeln mellan medlemsstaterna. Om EG-domstolen ändå skulle anse att reglerna stred mot den fria rörligheten hänvisade den Nederländska staten till tvingande hänsyn i form av sanering i och upprätthållande av ett nationellt sjukförsäkringssystem. I andra hand anförde den Nederländska staten att för det fall att åtgärderna skall anses utgöra åtgärder med motsvarande verkan som kvantitativa restriktioner, omfattas åtgärderna av det i artikel 30 i fördraget föreskrivna undantaget om skydd för människors och djurs hälsa och liv.⁴⁵

Domstolen konstaterade först att gemenskapsrätten inte innebär någon begränsning av medlemsstaternas behörighet att själva utforma sina sociala trygghetssystem eller att, i syfte att uppnå ekonomisk stabilitet i sina sjukförsäkringssystem, anta bestämmelser som reglerar konsumtionen av farmaceutiska produkter. Dock kan sådana nationella regler påverka den fria rörligheten, framförallt importmöjligheten, och för att då vara tillåtna krävs att urvalet av läkemedel sker enligt objektiva kriterier, som är oberoende av produkternas ursprung och kan kontrolleras av varje enskild importör eller att regleringen är motiverad med hänsyn till skyddet av folkhälsan.⁴⁶ För det fall att den nationella domstolen anser att regleringen skulle strida mot artikel 28 upplyste EG-domstolen att undantagen i artikel 30 inte kan ligga till grund för en åtgärd som framför allt har ett budgetmässigt ändamål, såsom att minska kostnaderna för ett sjukförsäkringssystem.⁴⁷

3.2.1.2 Tvingande hänsyn och inköp av läkemedel i annat land

⁴¹ Mål 238/82 Duphar, p. 5.

⁴² Mål 238/82 Duphar, p. 8 och 19.

⁴³ Mål 238/82 Duphar, p. 9.

⁴⁴ Mål 238/82 Duphar, p. 11.

⁴⁵ Mål 238/82 Duphar, p. 11-12.

⁴⁶ Mål 238/82 Duphar, p. 16 -21.

⁴⁷ Mål 238/82 Duphar, p. 23.

Ett av de mest uppmärksammade fallen rörande möjligheten att använda sig av tvingande hänsyn är *Decker*.⁴⁸ I fallet hade den luxemburgske medborgaren Nicolas Decker begärt ersättning för inköp av ett par glasögon hos en Belgien på recept från en ögonläkare som var etablerad i Luxemburg. Ansökan avslogs med hänvisning till att inköpet hade gjorts utomlands utan förhandstillstånd från sjukkassan. Den nationella domstolen ställde följande fråga till EG-domstolen:

"Är artikel 60 i den luxemburgska socialförsäkringslagen, med tillämpning av vilken ett organ för social trygghet i en medlemsstat A nekar en försäkrad, som är medborgare i samma medlemsstat A, ersättning för glasögon med korrektionsglas, föreskrivna av en läkare som är etablerad i samma stat men inköpta hos en optiker som är etablerad i en medlemsstat B, med motiveringen att varje medicinsk behandling i utlandet måste föregås av ett tillstånd från det nämnda organet för social trygghet, förenlig med artiklarna 30 [nu artikel 28 EGF] och 36 [nu artikel 30 EGF] i EEG-fördraget i den mån som den på ett generellt sätt godkänner privatpersoners import av läkemedel eller, som i detta fall, av glasögon med ursprung i andra medlemsstater?"⁴⁹

Den Luxemburgska regeringen gjorde gällande att artiklarna 28 och 30 inte var tillämpliga på den aktuella regleringen då den rörde social trygghet.⁵⁰

EG-domstolen inledde detta till trots med att hänvisa till det tidigare avgörandet i *Duphar*⁵¹ i vilket det konstaterades att de åtgärder som medlemsstaterna vidtar i fråga om social trygghet, och som kan påverka saluföringen av sjukvårdsprodukter och ha ett indirekt inflytande på importmöjligheterna, omfattas av fördragets bestämmelser om fri rörlighet för varor.⁵² Den luxemburgska regleringen i *Decker* ansågs utgöra hinder för den fria rörligheten, eftersom den utgör ett incitament för de försäkrade att köpa de aktuella produkterna i Luxemburg hellre än i andra medlemsstater och följaktligen kan komma att begränsa importen av dylika produkter. Den Luxemburgska regeringen hävdade i första hand att det skulle finnas sakliga skäl för de ifrågavarande nationella bestämmelserna, som syftar till att kontrollera de sjukvårdskostnader som med nödvändighet måste beaktas. Domstolen svarade att en inskränkning i principen om fri rörlighet för varor inte kan motiveras på grund av rent ekonomisk natur. Däremot fördes ett resonemang om att risken för att den ekonomiska balansen i systemet för social trygghet allvarligt rubbas kan vara tvingande hänsyn av allmänintresse som kan motivera ett liknande hinder. Genom detta konstaterade utvidgade domstolen rent principiellt möjligheten till undantag från artikel 28 ytterligare. Här hade dock den luxemburgska regeringen medgivit att en sådan risk inte förelåg i det aktuella fallet.

Den Luxemburgska regeringen och den Belgiska regeringen, som intervenerade i fallet, gjorde därefter gällande att de försäkrades rätt till vård av en viss kvalitet utgör ett sådant skäl för att undantagen i artikel 30 om intresset av att skydda människors hälsa skall vara tillämpligt. Den belgiska regeringen argumenterade för att glasögon skall tillhandahållas av personer som har lagstadgat tillstånd att utöva yrket. Om tjänsterna utförs i en annan stat blir det mycket svårt att kontrollera att de utförs på ett tillfredsställande sätt. Domstolen ansåg dock här att det faktum att glasögonen inköpts på recept från en ögonläkare var tillräckligt för att försäkra att folkhälsan skyddas. Således kunde i detta fall inte hindret mot den fria rörligheten motiveras med undantaget i artikel 30 om allmän hälsa.⁵³

3.2.2. Monopolrättigheters förenlighet med den fria rörligheten för varor

⁴⁸ Mål C-120/95 Decker.

⁴⁹ Mål C-120/95 Decker p. 16.

⁵⁰ Mål C-120/95 Decker p. 18.

⁵¹ Mål 238/82 Duphar.

⁵² Mål C-120/95 Decker p. 24.

⁵³ Mål C-120/95 Decker, p. 34-46.

Monopolrättigheters förenlighet med fri rörlighet för varor har berörts relativt infrekvent och de långa tidsintervallen mellan avgörandena gör att praxis från EG-domstolen blir ganska otydlig på detta område. Det är inte självklart hur de exklusiva rättigheter som en medlemsstat beviljar ett organ och som påverkar den fria rörligheten kan motiveras. Ett monopol kan uppstå genom att ett företag innehar en faktisk marknadsdominans eller genom att ett företag har givits exklusiva rättigheter till att utöva en viss verksamhet. Det bör påpekas att det är skillnad mellan privata företag som har givits en exklusiv rättighet och de företag som staten äger eller äger ett bestämmande inflytande över och som givits exklusiva rättigheter. De företag vilka staten äger eller har ett bestämmande inflytande över och som har givits exklusiva rättigheter är de statliga handelsmonopolen. I artikel 31 EGF regleras medlemsstaternas skyldigheter att anpassa sina statliga handelsmonopol så att deras verksamhet eller blotta existens inte leder till diskriminering i handeln mellan medlemsstaterna. Jag kommer att behandla handelsmonopolens existens i förhållande till artikel 31 nedan. Det är dock värt att nämna redan här att monopolrättigheter i sig kan strida mot artikel 31 såväl som artikel 28 i fördraget, i olika hänseenden. Den verksamhet som ett monopol bedriver kan vara diskriminerande enligt artikel 28 med avseende på att den kan verka begränsande i förhållande till den fria rörligheten.

3.2.2.1 Betydelsen av avgörandet i *Keck* om försäljningsåtgärder

Avgörandet i *Keck*⁵⁴ inskränkte tillämpningsområdet för artikel 28 avseende olika former av försäljningsåtgärder, frågan är vilken betydelse avgörandet har för försäljningsmonopolen. Om medlemsstaternas beviljande av exklusiva rättigheter skulle anses utgöra en sådan försäljningsåtgärd som avses i *Keck*, innebär det att monopolen helt faller utanför tillämpningsområdet för artikel 28. Det har hävdats i litteraturen att detta är en av de olyckliga konsekvenserna med avgörandet i *Keck* då inrättandet av monopol bör anses vara en sådan försäljningsåtgärd som potentiellt kan falla under *Keck*. I *Keck* ställs kraven att regleringen gäller för samtliga näringsidkare och inte påverkar utländska varor annorlunda än inhemska.

Med anledning av detta ifrågasätts av bl.a. Blum och Logue om ett monopol kan möta dessa krav. Enligt författarna är det möjligt att argumentera för att kravet på att regleringen skall gälla samtliga näringsidkare är uppfyllt, det förutsätts att det finns fler än en enda aktör. Vidare anser de att en konsekvens av ett monopol är att nationell produktion eller varor får en fördelaktig position. Dock anser de att det även det är möjligt att argumentera för att samtliga tillverkare eller handlare av varor som omfattas av monopolet, inhemska och utländska möter samma hinder mot att marknadsföra sina varor. Sammantaget anser Blum och Logue dock att man inte generellt kan undanta monopolen från artikel 28.⁵⁵ Det är dessutom värt att notera att domstolen i *Keck* konstaterar att *vissa* försäljningsformer undantas, ett uttryckssätt som lämnar visst utrymme för tolkning.⁵⁶

I *Kommissionen mot Grekland*⁵⁷ väckte kommissionen talan mot den grekiska staten då de ansåg att en grekisk förordning som föreskrev att modersmjölkersättning endast får utbudas till försäljning på apotek stred mot artikel 28 i fördraget. Regleringen tillät dock försäljning av den aktuella varan utanför apotek på de orter där apotek saknades. Domstolen ansåg att en åtgärd som förbjuder vissa försäljningsformer visserligen tillämpas på både inhemska varor och varor från andra länder. Så länge reglerna dock gäller för alla berörda näringsidkare som bedriver verksamhet i den medlemsstaten och förutsatt att de, såväl rättsligt som faktiskt, påverkar inhemska produkter och produkter som härrör från andra medlemsstater på samma

⁵⁴ Förenade målen C-267/91 och C-268/91 *Keck* och *Mithouard*.

⁵⁵ Blum och Logue, s. 105.

⁵⁶ Se förenade målen C-267/91 och C-268/91 *Keck* och *Mithouard*, p. 16.

⁵⁷ Mål C-391/92 *Kommissionen mot Grekland*.

sätt, kan de inte anses utgöra en sådan åtgärd som har motsvarande verkan som en kvantitativ importrestriktion. Domstolens främsta argument för att tillåta regleringen var att den grekiska lagstiftningen endast innebar en begränsning av antalet möjliga platser varifrån varorna kunde försäljas.⁵⁸ Det bör dock påpekas att regleringen rörde en specifik vara och inte ett generellt monopol och det är troligt att bedömningen blir en annan i ett sådant fall.

En indikation på detta kan vara avgörandet i *Banchero*.⁵⁹ Den i fallet ifrågasatt italienska lagstiftningen gav den italienska staten ensamrätt på produktion och import av, samt handel med tobaksvaror. Monopolet styrdes av Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato (AAMS). Systemet för detaljhandelsförsäljning av tobak innebar att sådan försäljning förbehölls distributörer som fått särskilt tillstånd av AAMS. Sådant tillstånd hade beviljats till ca. 76 000 olika återförsäljare, vilka fritt kunde besluta om inköp. Den nationella domstolen hade hävdade att systemet med tillstånd till återförsäljning av tobaksvaror, med hänsyn till spridningen av, öppettider och bristerna i försäljningsställets verksamhet, innebar ett handelshinder i strid med artikel 28. Vidare hade kommissionen anfört att det italienska systemet kunde påverka möjligheterna för marknadsföring av importerade produkter och kunde utgöra en åtgärd med motsvarande verkan som avses i artikel 28.

Kommissionen ansåg att AAMS hade kontroll över distributionsnätet och denna "centralstyrning" förstärktes uppifrån av det faktiska monopol som staten hade på grossisthandel med alla tobaksvaror i Italien.⁶⁰ EG-domstolen ansåg inte att sådana brister i detaljhandelsnätet har en kraftigare negativ inverkan på försäljningen av tobaksvaror som härrör från andra medlemsstater än på de inhemska produkterna. Dock hade inte kommissionen bestritt den italienska regeringens invändning att samtliga detaljister fritt kunde besluta om inköp i förhållande till läget på marknaden. Domstolen ansåg att regleringen inte avsåg varornas utförande utan endast detaljhandeln och tillstånd till denna. Med beaktande av det faktum att bevis saknades för att systemet skulle äventyra en acceptabel tillgång till inhemska eller importerade tobaksvaror för konsumenterna, samt det faktum att det ifrågasatt systemet varken rättsligt eller faktiskt ledde till en centralisering av inköpen, kunde regleringen inte anses utgöra en sådan åtgärd som förbjuds i artikel 28.⁶¹

Motsatsvis kan utläsas av denna dom att domstolen i avsaknad av bevis på att regleringen skulle påverka handeln på ett sätt som inte var tillåtet enligt artikel 28, godkände det italienska systemet. En rättslig eller faktisk centralisering av handeln kan faktiskt hindra handeln mellan medlemsstaterna och bör i ett sådant fall omfattas av förbudet i artikel 28 i fördraget. Generaladvokat Elmer ansåg i sitt förslag till avgörande i motsats till domstolen att regleringen faktiskt ledde till en centralisering av handeln och utgjorde en sådan åtgärd som faller under förbudet i artikel 28.⁶² Med beaktande av att domstolens motivering av systemet byggde på att bevis saknades för att handeln centraliserats, är det möjligt att som Generaladvokat Elmer, argumentera för att om domstolen hade funnit bevis för att handeln påverkades, hade regleringen inte undantagits från artikel 28. Detta är ett viktigt konstaterande då en sådan tolkning innebär att monopol inte automatiskt skall anses utgöra en sådan försäljningsåtgärd som avsågs undantas enligt avgörandet i *Keck*.

3.2.2.2. Existensen av ett monopol och dess förenlighet med artikel 28 EGF

Ett viktigt avgörande för monopolens förhållande till artikel 28 EGF är fallet *Frankrike mot Kommissionen*, även kallat *Terminal Equipment Case*, vilket rörde exklusiva import- och

⁵⁸ Mål C-391/92 Kommissionen mot Grekland, p. 12-13 och 20.

⁵⁹ Mål C-387/93 *Banchero*.

⁶⁰ Mål C-387/93 *Banchero*, p. 38-42 .

⁶¹ Mål C-387/93 *Banchero*, p. 40-44 .

⁶² Förslag till avgörande av generaladvokat Elmer i mål C-387/93 *Banchero*, p. 36.

marknadsföringsrättigheter i teleterminalsektorn. Domstolen konstaterade att ett monopol i sig utgjorde ett hinder mot artikel 28. De viktigaste faktorerna för domstolens ståndpunkt tycks ha varit det faktum att konsumenterna inte fick full tillgång till alla tillgängliga produkter på marknaden och därigenom kunde gå miste om viktiga produkter. Vidare förverkades övriga aktörers, med ett bredare utbud, möjlighet att konkurrera på den aktuella marknaden. Sammantaget tycktes i detta fall konsumentintresset varit den avgörande faktorn.⁶³

Ytterligare viss vägledning om hur monopolens exklusiva rättigheter skall behandlas under reglerna om fri rörlighet gavs även i ett mål som berörde grekisk lag, vilken gav en enda operatör TV-monopol i hela Grekland.⁶⁴ I målet ställdes frågan om beviljandet av ensamrätt på TV-området till en enda operatör utgjorde en åtgärd med motsvarande verkan, vilken uttryckligen förbjuds i artikel 28 i EG-fördraget. I den mån monopollet skulle anses utgöra ett hinder mot den fria rörligheten åberopades också av den grekiska staten undantaget i artikel 30 EGF.

Domstolen inledde med att konstatera att rätten till TV-sändningar föll under fördragets regler om tillhandahållande av tjänster och själva TV-monopolet behövde i sig inte strida mot principen om fri rörlighet för varor. Däremot ansåg domstolen att all handel med materiel, ljudupptagningar, filmer och andra produkter som används för TV-sändningar omfattas av reglerna om fri rörlighet för varor. Domstolen konstaterade att monopollet principiellt inte strider mot den fria rörligheten om det inte direkt eller indirekt, skulle ge upphov till diskriminering mellan inhemska och importerade produkter till nackdel för de utländska produkterna. Huruvida detta var fallet i det aktuella målet lämnade EG-domstolen dock till den nationella domstolen att avgöra. Själva beviljandet till ett enda företag av exklusiva rättigheter utgjorde i sig dock inte en åtgärd med motsvarande verkan.⁶⁵ Domstolen konstaterade att gemenskapsrätten inte utgjorde hinder mot att ett TV-monopol beviljas av sådana hänsyn till allmänintresset som inte är av ekonomisk art. Det sätt på vilket ett sådant monopol organiseras och utövas får dock inte strida mot fördragets bestämmelser om fri rörlighet för varor och tjänster eller konkurrensreglerna.⁶⁶

3.3 Undantagen i Artikel 30 EGF

Som ovan beskrivits aktualiserades artikel 30 i fördraget i fallet *Decker* som en möjlighet för den luxemburgska staten att rättfärdiga det i lag uppställda kravet på förhandstillstånd. I det fallet motiverades kravet med hänsyn till intresset för allmän hälsa vilket är ett av undantagen i artikel 30. I de fall en åtgärd strider mot artikel 28 EGF kan de särbehandlande åtgärderna endast rättfärdigas genom artikel 30. För de icke-diskriminerande men ändå dock samhandelshindrande åtgärderna kan medlemsstaterna åberopa ytterligare en undantagsmöjlighet genom doktrinen om tvingande hänsyn. Artikel 30 är, till skillnad från doktrinen om tvingande hänsyn, uttömmande och innehåller de möjliga undantagssituationer som finns för en stat att behålla en diskriminerande nationell reglering.

Den första förutsättningen för att kunna tillämpa undantagen i artikel 30 är att området inte är harmoniserat då de skyddsvärda intressena redan anses ha tillgodosetts. Domstolen har valt att tolka artikeln relativt snävt och ställer kravet att åtgärderna måste vara proportionerliga i förhållande till syftet. Det krävs också att intressena inte kan skyddas på bättre sätt än genom den aktuella regleringen.⁶⁷ Vidare bygger undantagen på att åtgärderna är

⁶³ Blum och Logue, s. 108-109.

⁶⁴ Mål C-260/89 Radiophonia.

⁶⁵ Mål C-260/89 Radiophonia, p. 13-18.

⁶⁶ Mål C-260/89 Radiophonia, p. 12.

⁶⁷ Bernitz och Kjellgren, s. 190 -191.

av icke-ekonomisk natur.⁶⁸ Undantagen i artikel 30 är allmän moral, allmän ordning, allmän säkerhet, intresset att skydda människors och djurs hälsa och liv, industriell och kommersiell äganderätt samt skydd av nationella skatter av konstnärligt, historiskt eller arkeologiskt värde.

3.3.1 Intresset att skydda människors och djurs hälsa och liv

I artikel 30 i fördraget är skyddet för intresset att skydda människors och djurs hälsa och liv uttryckligen omnämnt bland de där uppräknade hänsyn av allmänt intresse som gör att en importrestriktion kan undgå förbudet i artikel 28.⁶⁹ Enligt praxis krävs att det föreligger genuina vetenskapliga tvivel om en substans ofarlighet för att fara skall anses föreligga. Bevisbördan för att ett hot mot hälsan kan föreligga ligger på den medlemsstat som åberopar undantaget.⁷⁰ För att en nationell åtgärd skall omfattas av undantagsbestämmelsen i artikel 30 får den enligt artikelns andra mening vidare inte "utgöra ett medel för godtycklig diskriminering eller innefatta en förtäckt begränsning av handeln mellan medlemsstaterna".

I Storbritannien fanns under 80-talet regler som förbjöd apotekare att byta ut en av läkare föreskriven patentskyddad medicin mot en billigare likvärdig medicin. Den nationella regleringen ifrågasattes i förhållande till reglerna om fri rörlighet och den nationella domstolen krävde ett tolkningsbesked av EG-domstolen. Domstolen fann att det inte kunde uteslutas att den brittiska lagstiftningen kunde ha en negativ effekt på import av läkemedel men kunde motiveras av skyddet för människors hälsa, då man ville undvika oron som kunde uppstå om mediciner byttes ut.⁷¹

3.3.1.1 Franzén -fallet och det svenska alkoholmonopolet

Undantaget om intresset för människors hälsa användes även i *Franzén*- målet⁷² för att motivera statens detaljhandelsmonopol avseende försäljning av vin, starköl och spritdrycker till allmänheten. Harry Franzén åtalades 1994 för brott mot alkohollagen då han hade sålt vin i sin ICA-butik utan tillstånd. Franzén hävdade att Systembolagets monopol stod i strid med de nuvarande artiklarna 28 och 31 EGF. Tingsrätten begärde in ett förhandsavgörande från EG-domstolen. Tolkningsfrågorna rörde huruvida det statliga detaljhandelsmonopolet för handel med alkoholhaltiga drycker var förenliga med den fria rörligheten för varor och villkoren i övrigt för statliga handelsmonopol. Franzén gjorde gällande att den nationella regleringen hindrade importen av alkoholdrycker till Sverige och gav möjlighet för Systembolaget att gynna försäljningen av inhemska produkter. EG-domstolen valde att dela upp målet genom att man prövade monopolets ensamrätt mot artikel 31 och de nationella regler som inverkar på handeln inom Gemenskapen men inte direkt rör monopolets funktion prövades mot bakgrund av artiklarna 28 och 30 EGF.⁷³

Ensamrätten till all framställning av och handel med alkoholdrycker i Sverige tillkom tidigare två statliga företag. Vin & Sprit AB (V & S AB) hade ensamrätt till att framställa och exportera spritdrycker samt till att importera starköl, vin och spritdrycker. Systembolaget AB hade ensamrätt till detaljhandel och till partiförsäljning till restauranger. V & S AB:s ensamrätt till tillverkning och import och export av spritdrycker och även Systembolagets ensamrätt till partiförsäljning av alkoholdrycker till restauranger avskaffades med verkan från Sveriges anslutning till Europeiska unionen den 1 januari 1995. Den svenska staten införde

⁶⁸ Mål 7/61 Kommissionen mot Italien.

⁶⁹ Förenade målen C-1/90 och C-176/90 Aragonesa de Publicidad Exterior och Publivia SAE, p. 13.

⁷⁰ Bernitz och Kjellgren, s. 191.

⁷¹ Mål C-266, 267/87 Royal Pharmaceutical Society, p. 19 och 22.

⁷² Mål C-189/95 Franzén.

⁷³ Mål C-189/95 Franzén, p. 29-32.

istället ett system enligt vilket näringsidkare kan bedriva import av och partihandel med spritdrycker, vin och öl, om de har erhållit tillstånd till detta, och sälja dessa produkter vidare till Systembolaget och till innehavare av serveringstillstånd.⁷⁴ Varken Systembolaget eller innehavare av serveringstillstånd fick själva importera utan var enligt lag förpliktade att göra sina inköp hos leverantörer som hade svenskt tillverknings- eller partihandelstillstånd. Spritdrycker, vin och starköl fick föras in till Sverige endast av den som hade tillverknings- eller partihandelstillstånd för sådana varor.⁷⁵

Systembolaget, vilket är helägt av svenska staten behöll detaljhandelsmonopolet avseende vin, starköl och spritdrycker. Systembolaget är enligt avtalet med staten skyldig att välja sina produkter på grundval av kriterier som är oberoende av varornas ursprung. Varorna som väljs behålls endast i grundsortimentet om försäljningen överstiger en viss kvantitet, detta gäller för alla varor oavsett ursprung. Systembolaget förfogade vid tiden för målet över 384 butiker och hade ytterligare 550 särskilda utlämningsställen på landsbygden.⁷⁶

Den del av målet som rörde artikel 28 avsåg inte själva existensen av monopolet. Dock stadgades, som ovan beskrivits, i lag att import endast fick ske av leverantörer med tillverknings- eller partihandelstillstånd. Systembolaget fick i sin tur endast göra sina inköp från dessa leverantörer. Denna del av målet rörde alltså om kravet på tillverknings eller partihandelstillstånd för försäljning av alkoholdrycker till Systembolaget stod i strid med artikel 28. Franzén hade hävdade att det faktum att monopolet endast kunde göra inköp från personer med tillverknings- eller partihandelstillstånd hindrade importen av varor med ursprung i andra länder. Kravet på tillstånd gällde både för inhemska och utländska leverantörer och ställde höga krav på sökanden i fråga om kunskap, ekonomi samt lagerhållning. Sökanden var dessutom skyldig att erlägga en avgift på 25 000 SEK vilken inte återficks vid avslag, samt därefter ytterligare årliga tillsynsavgifter. Vid tiden för målets behandling hade få tillstånd beviljats och endast ett fåtal av dessa gällde för utländska aktörer.

Domstolen hänvisade till tidigare praxis, framförallt Dassonville- principen om åtgärder med motsvarande verkan. Det svenska tillståndssystemet utgjorde enligt domstolen ett hinder för import av alkoholdrycker från övriga medlemsstater, eftersom dessa drycker fördras genom bland annat kostnader för mellanhänder.⁷⁷

Domstolen gick därefter över till att bedöma om lagstiftningen trots allt skulle kunna vara tillåten enligt undantaget i artikel 30 om hänsyn till intresset att skydda människors hälsa. Som tidigare nämnts krävs att bestämmelserna skall stå i proportion till syftet och syftet inte kan tillgodoses på ett mindre ingripande sätt. Domstolen godkände syftet att skydda människors hälsa från alkoholens skadeverkningar som ett av de syften som otvivelaktigt faller under artikel 30. Bestämmelserna skall enligt en fast rättspraxis stå i proportion till syftet, och detta syfte skall inte kunna tillgodoses genom åtgärder som begränsar handeln inom Gemenskapen i mindre utsträckning.⁷⁸ I fallet ansågs den svenska staten inte kunna visa att tillståndssystemets utformning stod i proportion till syftet att skydda folkhälsan. Slutsatsen blev alltså att artiklarna 28 och 30 utgjorde hinder för reglerna för tillverknings- och partihandelstillstånd.

Det är värt att redan här notera att själva monopolet i aldrig prövades av domstolen mot artikel 28. Domstolen valde att behandla monopolet endast i förhållande till artikel 31 och således kan inte några slutsatser dras angående detaljhandelsmonopolets ställning i förhållande till artikel 28 med hjälp av *Franzén-fallet*.

⁷⁴ Förslag till avgörande av generaladvokat Elmer i mål C-189/95 Franzén, p. 2 och 5.

⁷⁵ Förslag till avgörande av generaladvokat Elmer i mål C-189/95 Franzén, p. 7.

⁷⁶ Mål C-189/95 Franzén, p. 15-25.

⁷⁷ Mål C-189/95 Franzén, p. 69-73.

⁷⁸ Mål C-189/95 Franzén, p. 75.

Generaladvokat Elmer behandlade däremot frågan utförligt i sitt förslag till avgörande.⁷⁹ Det faktum att systembolaget inte hade ett importmonopol ansåg Elmer vara av underordnad betydelse. Rent ekonomiskt och praktiskt har ett försäljningsmonopol den effekt att en produkt inte kommer att importeras till Sverige från en annan medlemsstat om den inte säkert kan säljas till Systembolaget. Samma hinder för tillträde till marknaden uppkommer således vid ett detaljhandelsmonopol som ett importmonopol. Handeln med de aktuella produkterna centraliseras och det är i realiteten det statliga monopolföretaget som beslutar vilka varor som skall importeras och få tillträde till den svenska marknaden.⁸⁰ Med hänsyn till resonemanget ovan samt med beaktande av begränsningen av antal försäljningsställen samt öppettiderna ansåg Elmer att monopolet utgjorde en kvantitativ importrestriktion som omfattas av artikel 28 i fördraget.

3.3.1.2 Läkemedelsmonopolen och skydd för den allmänna hälsan

De flesta länder inom Gemenskapen har som tidigare nämnts avskaffat eventuella handelsmonopol avseende läkemedelsförsäljning, framförallt avseende receptfria läkemedel. Däremot har många medlemsländer behållit det s.k. kompetensmonopolet avseende främst receptbelagda produkter, vilket innebär att läkemedel endast får försäljas i närvaro av farmaceutiskt utbildad personal.⁸¹ I mars 1991 meddelade domstolen dom i två mål, *Delattre*⁸² samt *Monteil och Samanni*⁸³ vilka båda rörde klassning av läkemedel och än viktigare kompetensmonopol avseende läkemedel (Pharmacists Monopoly). För klassificering av läkemedel inom Gemenskapen upprättades direktiv 65/65 med motivet att:

”Handeln med farmaceutiska specialiteter inom Gemenskapen hindras genom bristande överensstämmelse mellan de nationella bestämmelserna, i synnerhet vad gäller bestämmelserna för läkemedel ... [e]ftersom dessa skillnader direkt påverkar upprättandet av en väl fungerande gemensam marknad.”⁸⁴

Syftet med direktivet är dock endast att ge en för Gemenskapen gemensam definition av bl.a. läkemedel.⁸⁵ Domstolen klargjorde i *Monteil och Samanni* inledningsvis att området för försäljning av läkemedel i avsaknad av harmonisering är upp till medlemsländerna att reglera.⁸⁶ Detta faktum utesluter dock inte att ett kompetensmonopol givet till apotekare avseende försäljning av läkemedel kan ha en negativ påverkan på försäljningen av utländska produkter i den mån monopolet inverkar på försäljningsmöjligheterna, vilket innebär att utövandet av monopolet kan anses utgöra en åtgärd med motsvarande verkan enligt artikel 28 EGF. Dock kan kompetensmonopolet motiveras med undantaget som finns i artikel 30 EGF, skydd för människors hälsa. Under förutsättning att monopolet inte vidtar diskriminerande åtgärder kan det även motiveras med konsumentskyddet enligt doktrinen om tvingande hänsyn.⁸⁷

Domstolen ansåg att det är upp till varje medlemsstat att vidta de åtgärder de anser krävs för att upprätthålla skydd för hälsan eller konsumentskydd i avsaknad av harmonisering på området. Sedan drar dock domstolen slutsatsen att även om medlemsstaterna tillåts reglera försäljningen av läkemedel på sådant sätt att endast apotekare får sälja läkemedel i syfte att

⁷⁹ Förslag till avgörande av generaladvokat Elmer i mål C-189/95 Franzén.

⁸⁰ Förslag till avgörande av generaladvokat Elmer i mål C-189/95 Franzén, p. 93-94.

⁸¹ SOU 1998:28, s. 88.

⁸² Mål C-369/88 Delattre.

⁸³ Mål C-60/89 Monteil och Samanni.

⁸⁴ Rdir 65/65/EEG om tillnärmning av bestämmelser som fastställs genom lagar eller andra författningar och som gäller farmaceutiska specialiteter, EGT nr. P 22, 09/02/1965, s. 369-373.

⁸⁵ Mål C-60/89 Monteil och Samanni, p. 32.

⁸⁶ Mål C-60/89 Monteil och Samanni, p. 34.

⁸⁷ Mål C-60/89 Monteil och Samanni, p. 38-40.

skydda allmän hälsa, det är möjligt att argumentera för att ett kompetensmonopol avseende uppenbart ofarliga läkemedel tvärtom skulle strida mot artikel 28 då åtgärden inte kan anses vara proportionerlig i förhållande till syftet. Den slutsats som domstolen drog var dock att om en medlemsstat väljer att inskränka rättigheterna att försälja läkemedel är utgångspunkten att ett sådant hinder är förenligt med EG-rätten, i brist på bevis för motsatsen, när det gäller sådana produkter som anges i direktiv 65/65. När det gäller de produkter som inte uppräknats i direktivet men som utgör andra läkemedel eller liknande produkter, oavsett hur de klassificeras i nationell lag är det upp till den nationella domstolen att avgöra huruvida ett monopol är nödvändigt för att upprätthålla skyddet för allmän hälsa eller konsumentskyddet.⁸⁸

Slutsatsen blir alltså återigen att medlemsländerna själva tillåts reglera läkemedelsförsäljningen på sådant sätt som de anser vara nödvändigt för att upprätthålla ett tillräckligt skydd för allmänheten mot läkemedels möjliga negativa inverkan på människors hälsa så länge systemet inte utgör ett hinder för den fria rörligheten för varor.

3.4 Etableringsfriheten

Det finns i EG-fördraget ingen generell rätt till etablering för företag eller enskilda näringsidkare. Däremot ställs krav på likhet i etableringsförutsättningarna för utländska och egna medborgare, dvs. ett förbud mot diskriminering vilket är grundläggande för innebörden av artikel 43 EGF.⁸⁹ Rätten till etablering skall enligt artikel 43 gälla under samma villkor för utländska medborgare som för landets egna medborgare där rätten till etablering utövas. Företagens etableringsfrihet får inte innebära att de försöker kringgå gällande regler i mottagarlandet. Avsikten med regleringen är att hindra medlemsstaterna från att tillämpa överdrivna villkor som inte gäller för inhemska företag. Med "överdrivna villkor" menas i detta fall all diskriminering som syftar till att störa eller hindra företagsetablering.⁹⁰

Utvecklingen av denna rättighet har sin grund i fördragets artikel 12 vilken direkt förbjuder all diskriminering på grund av nationalitet. Det stora genombrottet i förvekligheten av principen om icke-diskriminering kom med domarna *Reyners*⁹¹ och *van Binsbergen*⁹², i vilka principen om likabehandling vid etableringar och tillhandhållande av tjänster tillerkändes direkt effekt. EG-rättens regler om likabehandling rör inte enbart interna förhållanden.⁹³ Kort beskrivet kan diskriminering uppstå genom tillämpning av olika regler på likartade situationer eller tillämpande av samma regler på olika situationer.

Även lojalitetsprincipen i artikel 10 EGF har betydelse för rätten till likabehandling genom principen om hemlandskontroll. Lojalitetsprincipen ålägger staterna att i avsaknad av harmonisering inte handla på sådant sätt som kan äventyra att fördragets mål uppnås. Principen om hemlandskontroll förpliktar medlemsländerna att acceptera att den tillståndsprovning och kontroll av en näringsverksamhet som sker i hemlandet är tillräcklig och inte utföra ytterligare kontroller. Ett tillstånd till en viss verksamhet som givits i hemlandet skall alltså principiellt kunna utnyttjas inom hela EU utan ytterligare provning av värdlandets myndigheter.⁹⁴

3.4.1 Etablering eller tjänst?

⁸⁸ Mål C-60/89 Monteil och Samanni, p. 46.

⁸⁹ Bernitz och Kjellgren, s. 205.

⁹⁰ Yttrande från Ekonomiska och sociala kommittén om Etableringsfrihet, p. 1. 6.

⁹¹ Mål 2/74 Reyners mot Belgien.

⁹² Mål 33/74 Van Binsbergen.

⁹³ Steiner och Woods, s. 292.

⁹⁴ Bernitz och Kjellgren, s. 210.

Tjänster definieras negativt och innebär med EG-fördragets artikel 50.1 ”prestationer som normalt utförs mot ersättning, i den utsträckning de inte faller under bestämmelserna om fri rörlighet för varor, kapital och personer”.

Etablering i motsats till tjänster definieras genom ett antal kriterier. Full etablering innebär en nyetablering eller fullständig förflyttning av en redan etablerad rörelse. Sekundär etablering innebär upprättande av dotterbolag, filial eller liknande i ett nytt land. Det krävs för rätt till full etablering medborgarskap i ett EU-land och för sekundär etablering tillkommer ett krav på ett faktiskt och varaktigt samband med ekonomin i ett medlemsland. Huruvida bolagsmän, aktieägare eller övriga finansörer saknar medborgarskap saknar betydelse, för juridiska personer uppfylls kravet på hemvist genom att det faktiska och varaktiga sambandet med ekonomin i ett medlemsland finns.⁹⁵

3.4.2 Undantag till etableringsfriheten

Etableringsfriheten är inte absolut. Ett mycket tydligt undantag återfinns i artikel 45 i fördraget som föreskriver att reglerna om fri rörlighet inte är tillämpliga på verksamhet som hos medlemsstaten, om än endast tillfälligt, är förenad med utövandet av offentlig makt. Ytterligare ett undantag baseras i artikel 46 EGF på hänsyn till allmän ordning, säkerhet och hälsa. Skyddet för allmän hälsa är ett av de hänsyn som enligt artikel 46.1 kan motivera inskränkningar av etableringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster.⁹⁶

Utvecklingen av undantagen till etableringsfriheten har varit liknande den som skett på området fri rörlighet för varor. I *Säger*⁹⁷ slog domstolen fast att friheten att erbjuda tjänster endast kunde begränsas av regler som var icke-diskriminerande samt kunde rättfärdigas genom ett trängande allmänintresse och under den förutsättningen att nämnda intresse inte redan skyddades genom kontroll hos tjänstegivarens hemland, i enlighet med principen om hemlandskontroll. Domstolen slog fast att nationella åtgärder kan hindra eller göra det mindre attraktivt att utöva de grundläggande friheterna som garanteras i fördraget. Domstolen har i sin praxis utvecklat ett antal kriterier som måste uppfyllas för att medlemsstaten får behålla ”nationella åtgärder som kan hindra eller göra det mindre attraktivt att utöva de grundläggande friheter som garanteras av fördraget”.

Enligt det s.k. Gebhard- testet skall nationella åtgärder som kan hindra eller göra det mindre attraktivt att utöva de grundläggande friheter som garanteras av fördraget uppfylla fyra förutsättningar. De skall vara tillämpliga på ett icke-diskriminerande sätt, framstå som motiverade med hänsyn till ett trängande allmänintresse, vara ägnade att säkerställa förverkligande av den målsättning som eftersträvas genom dem samt inte vara oproportionerliga i förhållande till målsättningen.⁹⁸ I det *Tyska försäkringsfallet*⁹⁹ hade en tysk försäkringsgivare förmedlat engelska försäkringar i Tyskland. I Tyskland ställdes, för att detta skulle vara tillåtet, ett krav på att försäkringsgivaren var etablerad i Tyskland samt krav på ett särskilt tillstånd från de tyska myndigheterna. Domstolen uttalade att om ”kravet på auktorisation utgör en inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster, så utgör kravet på varaktig etablering i praktiken ett verkligt uttryck för förnekande av denna frihet”. Ett sådant krav är endast tillåtet om det kan fastställas att det utgör en nödvändig förutsättning för att uppnå det mål som eftersträvas. Det tyska kravet på etablering stred enligt EG-domstolen mot

⁹⁵ Bernitz och Kjellgren, s. 208.

⁹⁶ Mål C-294/00 Gräbner.

⁹⁷ Mål C-76/90 Manfred Säger mot Dennemeyer & Co .

⁹⁸ Mål C-55/94 Gebhard, p. 37.

⁹⁹ Mål 205/84 Kommissionen mot Tyskland.

reglerna om fri rörlighet för tjänster medan kravet på att tillstånd skall beviljas godkändes på grund av hänsyn till intresse av konsumentskydd.¹⁰⁰

Ett exempel på vad domstolen har ansett utgöra ett trängande allmänintresse ges i fallet *Schindlers lotteri*¹⁰¹ där domstolen godkände en brittisk lagstiftning som bl.a. förbjöd all import av reklam och anmälingskuponger för lotterier. EG-domstolen ansåg att nationella myndigheter bör ges frihet att ifråga om lotteriverksamhet själva avgöra vad som krävs för att skydda konsumenter och den allmänna ordningen baserat på landets egen kultur. I detta fall var det den fria rörligheten för tjänster som kunde inskränkas genom den brittiska lagstiftningen men viss ledning bör kunnas ges genom domstolens motivering även när det gäller tillåtna inskränkningar i etableringsfriheten.

3.4.3 Monopol vs. Etableringsfriheten

I Ekonomiska och sociala kommitténs yttrande om etableringsfriheten anges ett antal hinder mot etableringsfriheten. I yttrandet konstaterar kommittén att många nationella restriktioner har sin grund i att vissa medlemsstater är angelägna om att skydda sina konsumenter. Ett sådant syfte är naturligtvis legitimt men faktum kvarstår att hänsyn ändå måste tas till bl.a. reglerna om fri rörlighet.¹⁰² Bl.a. anses förbud i lag mot etablering i vissa branscher, tex. apotekare, kunna utgöra ett hinder mot etableringsfriheten.¹⁰³

Utvecklingen av etableringsfriheten har varit liknande den på området för den fria rörligheten. Artikel 43 EGF hindrar endast i princip regler som diskriminerar mot utländska medborgare eller företag. Dock har domstolen tolkat detta förbud att gälla alla former av dold diskriminering som, genom tillämpning av andra särskiljande kriterier, faktiskt leder till samma resultat. Även indirekt diskriminering faller således under förbudet i artikel 43.¹⁰⁴

I *Kommissionen mot Italien*¹⁰⁵ prövades en nationell lagstiftning, som förbehöll bolag som direkt eller indirekt till övervägande del eller helt ägdes av staten eller den offentliga sektorn, rätten att ingå avtal om införande av datasystem för den offentliga förvaltningens räkning. Den Italienska staten framhöll att orsaken till regleringen var att verksamheten var av konfidentiell natur och staten måste ha möjlighet att vända sig till ett företag som den har fullt förtroende för. Reglerna gällde formellt sett mot alla företag oavsett ursprung. Den italienska staten ägde dock vid tidpunkten för målet inga utländska dataföretag och EG-domstolen ansåg att det inte fanns något som tydde på att de krav som ställdes på företagen inte skulle kunna uppfyllas av utländska företag. Regleringen var således i praktiken diskriminerande.¹⁰⁶

Fallet *Gräbner*¹⁰⁷ rörde giltigheten av en tysk regel som förbjöd personer som inte innehade läkarexamen att utöva verksamhet som Heilpraktiker (naturläkare eller praktiker som inte har läkarexamen) och även att institutioner som inte hade tillstånd ordnade Heilpraktikerutbildningar i Tyskland. Domstolen konstaterade i *Gräbner*, i likhet med vad som gjorts på området för den medlemsstaternas sociala trygghetssystem och den fria rörligheten för varor, att i avsaknad av harmonisering avseende en viss yrkesverksamhet är medlemsstaterna i princip behöriga att fastställa villkoren för att utöva denna verksamhet. Dock krävs att de iakttar reglerna om fri rörlighet i fördraget.¹⁰⁸

¹⁰⁰ Mål 205/84 Kommissionen mot Tyskland, p. 52.

¹⁰¹ Mål C-275/92 Schindler.

¹⁰² Yttrande från Ekonomiska och sociala kommittén om Etableringsfrihet, s.10, p. 2.2.

¹⁰³ Yttrande från Ekonomiska och sociala kommittén om Etableringsfrihet, s.10, p. 3.2.

¹⁰⁴ Mål C-3/88 Kommissionen mot Italien, p. 8.

¹⁰⁵ Mål C-3/88 Kommissionen mot Italien.

¹⁰⁶ Mål C-3/88 Kommissionen mot Italien, p. 6-11.

¹⁰⁷ Mål C-294/00 Kurt Gräbner.

¹⁰⁸ Mål C-294/00 Kurt Gräbner, p. 26.

4. Statliga handelsmonopol och EG-rätten

Motiven för att avskaffa de statliga handelsmonopolen är många enligt kritikerna. Det kanske viktigaste argumentet är möjligheten till priskonkurrens, vilket är en av grundstenarna för en öppen marknad. Kan fler företag etablera sig ökar pressen på att tillhandahålla konsumenterna varor till låga priser. Vidare kan hävdas att de statliga monopolerna många gånger inte kan tillgodose hela marknadens krav eller efterfrågan, fler återförsäljare skulle kunna innebära ökad tillgänglighet samt ett bredare utbud och sortiment. Det är dock möjligt att priserna skulle stiga och variera i olika delar av landet om ett monopol avskaffas och när det gäller varor som t.ex. läkemedel är det enligt regeringen av stort samhällsintresse att hela landet har tillgång till samma varuutbud, på lika villkor och till samma pris.¹⁰⁹

När man diskuterar de statliga handelsmonopolen i förhållande till EG-rätten är dess påverkan på handeln mellan länderna en av de viktigare aspekterna. Ett av de grundläggande motiven till att det ställs krav på hur medlemsstaterna anpassar sina statliga monopol är att de inte får utnyttjas för att diskriminera mot utländska varor och leverantörer. Artikel 31 EGF skall hindra att medlemsstaterna kringgår förbudet i artikel 28 EGF genom att införa statliga handelsmonopol.¹¹⁰ Hesselrud diskuterar problemet hur en stat skall kunna anpassa sina handelsmonopol så att de inte har en möjlighet att bedriva en diskriminerade försäljningsstrategi. Enligt Hesselruds mening krävs, om målet om icke-diskriminering inte kan uppnås genom justering av monopolen, troligtvis ett fullständigt borttagande av samtliga monopol.¹¹¹ EG-domstolen har hittills undvikit att definiera justering såsom borttagande. En stat kan komma att ha en svår men inte nödvändigtvis omöjlig uppgift att anpassa sina monopol på ett sätt som innebär att de inte bedriver en diskriminerande verksamhet.

4.1 Statliga handelsmonopol enligt artikel 31 EGF

Ett monopol avser ett faktiskt tillstånd på en marknad, vilken kan ha uppstått genom en reglering i lag, ett s.k. legalt monopol eller genom en faktisk marknadsdominans, ett s.k. faktiskt monopol.¹¹² Artikel 31 EGF är den bestämmelse i fördraget som reglerar tillåtligheten av statliga handelsmonopol, d.v.s. de monopol som staten äger ett bestämmande inflytande över. Monopol kan avse flera typer. Normalt delas monopolen i tre kategorier, handelsmonopol, tjänstemonopol och produktionsmonopol. Den centrala utgångspunkten för tillämpningen av artikel 31 är de statliga handelsmonopolen. Varken tjänstemonopol eller produktionsmonopol faller under den direkta tillämpningen av artikel 31 men i fall där varuhandeln påverkas har domstolen uttalat att tillämpning av artikel 31 inte är utesluten. Ett tjänstemonopol eller produktionsmonopol tillåts alltså inte diskriminera vid inköp av de varor som behövs för tjänsten eller tillverkningen i fråga.¹¹³ Jag ämnar inte gå närmare in på dessa två typer av monopol då motivet för min uppsats är att undersöka apotekets försäljningsmonopol mot artikel 31. Handelsmonopolen kan i sin tur utgöras av import- eller exportmonopol, detaljist- eller grossistmonopol.

Artikel 31 skall tillämpas på varje organ genom vilket en medlemsstat direkt eller indirekt kontrollerar, styr eller märkbart påverkar import eller export mellan medlemsstaterna.¹¹⁴ För att ett monopol skall kunna falla under bestämmelsen i artikel 31 förutsätts att det finns en ensamrätt, att staten har undantagit en viss verksamhet eller sektor från konkurrens d.v.s. att

¹⁰⁹ Bøe.

¹¹⁰ Förslag till avgörande av generaladvokat Elmer i mål C-189/95 Franzén, p. 47.

¹¹¹ Hesselrud, s. 57.

¹¹² Wahl, s. 436.

¹¹³ Hesselrud, s. 9-10.

¹¹⁴ Mål 59/75 Manghera, p. 7-9.

det är staten som ger sig själv eller visst organ en ensamrätt genom lag. Ett monopol som uppstått genom marknadsdominans faller inte under ovan nämnda bestämmelse.¹¹⁵ Att staten i vissa fall kräver licens innebär inte att ett monopol uppstår automatiskt. Huruvida följden av ett licenssystem blir ett monopol, beror på huruvida licensmöjligheten är öppen för ett obegränsat antal företag eller inte. Licensiering som inte medför en ensamrätt faller utanför tillämpningsområdet för artikel 31 och prövas i stället mot reglerna om fri rörlighet.¹¹⁶

Punkt 1 stycke 1 i artikel 31 föreskriver att medlemsstaterna skall anpassa sina statliga handelsmonopol på så sätt att ingen diskriminering med avseende på anskaffnings- och saluföringsvillkor föreligger mellan medlemsstaternas medborgare. Vidare föreskriver det andra stycket i punkt 1 artikel 31 att bestämmelserna skall tillämpas på varje organ som genom vilket en medlemsstat, rättsligt eller i praktiken, direkt eller indirekt kontrollerar, styr eller märkbart påverkar import eller export mellan medlemsstaterna. Wahl anser att det både i första och andra stycket saknas ett krav på direkt inblandning från statens sida, dock krävs en indirekt statlig inblandning.¹¹⁷

Det krävs vidare att de produkter som kan komma att diskrimineras kan vara föremål för en mellanstatlig konkurrens samt *de facto* vara föremål för handel inom EG.¹¹⁸ Artikel 31 EGF är nära förknippad med reglerna om fri rörlighet. Det framgår av artikelns placering i kapitlet om avskaffandet av kvantitativa restriktioner och av användandet av orden "import" och "export" i det andra stycket att det avser handel. För att falla under artikel 31 bör organet ifråga ha omsättning och inte endast vidarebefordran av varor som syfte. Detta medför att t.ex. en tullrestriktion inte kommer anses vara ett handelsmonopol utan kommer att prövas enligt artikel 28. Samma prövning kommer att ske för övriga ensamrätter till vidarebefordring av export-, grossist- och detaljhandelsvaror.¹¹⁹

4.1.1 Syftet med artikel 31 EGF

I *Costa mot E.N.E.L.*¹²⁰ behandlade domstolen tolkningen av artikel 31 EGF. Domstolen konstaterade inledningsvis att artikel 31 var tillräckligt klar och ovillkorlig för att ha vertikal direkt effekt i medlemsländerna. När det gällde själva tolkningen av innebörden av artikeln konstaterade domstolen att medlemsländerna gradvis skulle anpassa sina statliga handelsmonopol för att säkerställa att ingen diskriminering med avseende på anskaffnings- och saluföringsvillkor föreligger mellan medlemsstaternas medborgare. I artikelns punkt 2 föreskrivs dessutom skyldighet för medlemsstaterna att inte vidta några nya åtgärder som strider mot de principer som anges i punkt 1 eller som begränsar räckvidden av de artiklar som avser förbud mot tullar och kvantitativa restriktioner mellan medlemsstaterna. Domstolens tolkning av hänvisningen i artikel 31.2 till p.1 i samma artikel var att alla nya sådana monopol eller organ som avses i artikel 31.1 är förbjudna, i den utsträckning de går ut på att införa nya diskrimineringar med avseende på anskaffnings- och saluföringsvillkor. En viktig distinktion som domstolen gjorde var att konstatera att artikel 31 inte förbjuder införandet av alla statliga monopol, utan endast sådana som är "handelsmonopol" och detta i den utsträckning som de går ut på att införa de ovannämnda diskrimineringarna. Denna avgränsning innebär att för att omfattas av artikelns förbud de berörda statsmonopolen "skall å ena sidan ha till syfte transaktioner med en konkurrensutsatt handelsvara, som är föremål för

¹¹⁵ Hesselrud, s. 39.

¹¹⁶ Hesselrud, s. 16, se även prövningen av parthandelstillstånd för tillverkning och import av vin & spritdrycker i mål C-189/95 Franzén.

¹¹⁷ Wahl, s. 439-440.

¹¹⁸ Hesselrud, s. 8.

¹¹⁹ Hesselrud, s. 25.

¹²⁰ Mål 6/64 Costa mot E.N.E.L.

handel mellan medlemsstaterna, och å andra sidan spela en verksam roll i denna handel”. Det är alltså viktigt att notera att artikel 31 inte ställer upp ett totalt förbud mot statliga handelsmonopol utan endast kräver att all diskriminering skall vara utesluten.

4.2 Principen om icke-diskriminering

Att diskriminering mellan medlemsstaternas medborgare är förbjuden följer klart och tydligt av ordalydelsen i artikel 31.1 st. 1 EGF. Begreppet diskriminering förtjänar dock att redas ut. En grundläggande regel är att diskriminering föreligger när lika fall behandlas olika eller olika fall behandlas lika, utan objektiv och godtagbar grund. Domstolen har i sin praxis behandlat diskrimineringsbegreppet mot bakgrund av syftet med artikel 31. Artikel 31.2 stadgar att medlemsstaterna inte skall vidta några åtgärder som strider mot principerna i 31.1 eller begränsar räckvidden av de artiklar som avser förbud mot tullar och kvantitativa restriktioner mellan medlemsstaterna. Artikel 31 kräver alltså icke-diskriminering i ordets ursprungliga bemärkelse och frihet rörlighet för varor.¹²¹

Artikel 31 är tillämplig på de bestämmelser som direkt rör monopolets utövande av sin ensamrätt. Det bör i detta sammanhang påpekas att artikel 31 är en specialbestämmelse som enbart rör statliga handelsmonopol och den nationella regleringen av dessa. Den diskriminerande åtgärden måste vara kopplad till monopolet och diskrimineringen skall för att falla under förbudet vara en följd av monopolet som sådant.

Principen om icke-diskriminering gäller både mot utländska varor och utländska exportörer. Endast kravet på icke-diskriminering mot utländska leverantörer framgår explicit av artikel 31 men ett sådant krav vore verkningslöst om deras varor tilläts diskrimineras. I *Pereux I*¹²² konstaterade domstolen följaktligen att artikel 31 förbjuder all diskriminering mellan medlemsstater med avseende på kvantitativa restriktioner samt åtgärder med motsvarande verkan samt avgifter som skulle resultera i diskriminering gentemot utländska varor. I målet *Kommissionen mot Grekland*,¹²³ där det nationella monopolet inte rörde diskriminering av utländska varor, bekräftades dock att även diskriminering mot utländska exportörer faller under förbudet i artikel 31 oberoende av om det nationella monopolet diskriminerar utländska varor. Generaladvokat Elmer tolkade ovan nämnda avgörande i sitt förslag till avgörande i *Franzén-målet* som att artikel 31 skiljer sig från artikel 28 i fördraget, dels genom att artikel 31 är begränsad till att avse diskriminering, dels genom att den inte skyddar rörligheten för varor som sådan utan genom att den skyddar leverantörer i andra medlemsstater som använder sig av den fria rörligheten för varor. I motsats till detta skyddar artikel 28 enligt sitt innehåll själva rörligheten för varor som sådan och inte de leverantörer som använder sig av denna.¹²⁴

Tillämpningen av artikel 31 har dock i praktiken vållat en hel del problem och lett till viss förvirring. Det framgår av artikelns lydelse att kvantitativa handelshinder även förbjuds i artikel 31.2. Däremot har frågan uppstått om även icke-diskriminerande men ändå samhandelshindrande åtgärder också faller under förbudet i artikel 31.2. I *Cassis* ställdes frågan om en nationell reglering som fastställde att en vara skulle ha en lägsta alkoholhalt för att falla i en viss kategori varor var diskriminerande med avseende på anskaffnings- och saluföringsvillkoren mellan medlemsstaternas medborgare i artikel 31. Alternativet var att pröva den nationella regleringen mot förbudet i artikel 28 som rör kvantitativa restriktioner eller åtgärder med motsvarande verkan som kvantitativa restriktioner i handeln mellan

¹²¹ Hesselrud, s. 22.

¹²² Mål 86/78 *Pereux I*, p. 30.

¹²³ Mål C-347/88, *Kommissionen mot Grekland*, p. 44.

¹²⁴ Förslag till avgörande av generaladvokat Elmer i mål C-189/95 *Franzén*, p. 68 och not 56.

medlemsstaterna.¹²⁵ EG-domstolen konstaterade att de tyska reglerna om minsta alkoholstyrka inte var förknippade med monopolets speciella funktion och således inte skulle prövas under artikel 31. De ansåg att artikeln inte var tillämplig när det gäller nationella rättsregler som inte rör utövandet av ett offentligt monopols särskilda funktion, dvs. dess ensamrätt, utan framställningen och saluföringen i allmänhet oavsett om dessa omfattas av monopolet i fråga.¹²⁶ Domstolen utvidgade tillämpningsområdet för artikel 28 till att omfatta icke-diskriminerande åtgärder men detta avgörande gav inget svar på om samma utvidgning var ämnad att gälla för artikel 31.

Samma dag som domstolen avkunnade domen i målet *Cassis* avkunnades även dom i *Miritz*.¹²⁷ Domstolen uttalade att bestämmelsen i artikel 31 inte uteslutande rör kvantitativa importrestriktioner utan förbjuder varje diskriminering mellan medborgarna i medlemsstaterna beträffande villkoren för anskaffning och saluföring. Tillämpningsområdet för artikeln bör således inte vara begränsat till import eller export av varor som direkt är föremål för monopol, utan omfatta varje verksamhet som sammanhänger med förekomsten av monopolets existens och påverkar handeln mellan medlemsstaterna avseende vissa produkter, oavsett om produkterna direkt faller under monopolet eller inte. Skyldigheten som artikel 31 ålägger medlemsstaterna syftar till att säkerställa iakttagandet av den grundläggande regeln om fri rörlighet för varor genom att ”i synnerhet avskaffa tullarna och avgifterna med motsvarande verkan i handeln mellan medlemsstaterna”.¹²⁸ Artikel 31 syftar tillbaka på ändamålet med artikel 28, vilket är att undanröja alla handelshinder inom Unionen och det är rimligt att med ovan nämnda uttalande av domstolen i *Miritz* dra slutsatsen att det åtminstone inte är uteslutet att även icke-diskriminerande men handelshindrande regler kan förbjudas även under artikel 31.

4.2.1 Undantagsmöjligheterna från principen om icke-diskriminering

Det finns för artikel 31 EGF inga uttryckliga undantag. Det har i litteraturen förts resonemang om vilken relation artikel 31 har med reglerna om fri rörlighet för varor och i vilken utsträckning undantagen i artikel 30 och principen om tvingande hänsyn kan tillämpas för att motivera ett monopol som strider mot artikel 31.

Generaladvokat Elmer anser att artikel 30 skulle kunna utgöra en möjlighet till att tillåta ett monopol som kan motiveras av exempelvis hänsyn till intresset att skydda människors liv. Elmer hänvisar till ett fall rörande ett grekiskt importmonopol för vissa petroleumprodukter. Domstolen ansåg att den grekiska staten hade underlåtit att uppfylla sina skyldigheter under artiklarna 28 och 31 i fördraget. De konstaterade vidare att åtgärden inte kunde motiveras med undantaget i artikel 30 då staten misslyckades med att visa att åtgärden stod i proportion till det avsedda syftet.¹²⁹ Elmer anser att det faktum att domstolen behandlade undantagsmöjligheten i artikel 30 utan att direkt hänvisa till att denna endast utgjorde en undantagsmöjlighet till artikel 28 kan tolkas som att undantaget även skulle gälla gentemot artikel 31.¹³⁰ Även kommissionen har vid ett par tillfällen hävdats att man skulle kunna motivera artikel 31 genom undantagen i artikel 30 men det finns inga avgöranden i EG-domstolen som pekar på att man är beredd att använda den sistnämnda artikeln.¹³¹

¹²⁵ Mål 120/78 *Cassis de Dijon*, p. 5.

¹²⁶ Mål 120/78 *Cassis de Dijon*, p. 7.

¹²⁷ Mål 91/75 *Miritz*.

¹²⁸ Mål 91/75 *Miritz*, p. 8.

¹²⁹ Mål C-347/88 *Kommissionen mot Grekland*, p. 56-58.

¹³⁰ Mål C-189/95 *Franzén*, Förslag till avgörande av generaladvokat Elmer föredraget den 4 mars 1997, p. 107.

¹³¹ *Wahl*, s. 448.

Tvärtom har domstolen i vad som kan kallas ”*Bensin och el-målen*”¹³² uttalat att då en ensamrätt till import och export stred mot artikel 31 i fördraget, det inte längre var nödvändigt att undersöka om denna rätt stred mot artiklarna 28 och 29 eller om den eventuellt kunde vara befogad med stöd av artikel 30 i fördraget. Här avsåg domstolen alltså endast använda undantagen i artikel 30 för det fall att en prövning enligt artikel 28 hade varit aktuell. Förhållandet mellan artiklarna 31 och 30 tycks framgå redan av ordalydelsen i artikel 30. Artikel 30 är avsedd att utgöra en undantagsregel till artiklarna 28 och 29. Däremot diskuterade domstolen möjligheten att ett monopol som strider mot artikel 31 kan motiveras med bestämmelsen i artikel 86.2 vilken rör företag som av medlemsstaten har anförtrots tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. Jag kommer behandla denna undantagsmöjlighet nedan.¹³³

4.3 Artikel 31 EGF och reglerna om den fria rörligheten enligt artikel 28 EGF

Ovan diskuterade jag möjligheterna att använda undantagen i artikel 30 EGF för att motivera ett monopol som strider mot artikel 31 EGF. Detta är som nämnts troligtvis inte möjligt. Det är värt att notera att artikel 31 inte är helt fristående från fördragets regler om fri rörlighet. Praxis har dock inte varit helt entydigt när det gäller förhållandet mellan artiklarna 28 och 31 EGF. I tidigare fall har domstolen slagit fast att det faktum att ett monopol anses förenligt med artikel 31 inte innebär att det alla delar av verksamheten automatiskt uppfyller kraven i artiklarna 28 och 30. Domstolen har också i sin rättspraxis dels tillämpat artiklarna 28 och 31 samtidigt på ett statligt handelsmonopol, dels tillämpat enbart artikel 28 på de exklusiva rättigheter som tilldelats ett statligt monopolföretag. Av fallet *Miritz*¹³⁴ kan man utläsa att artikel 31 tidigare ansågs vara *lex specialis* i förhållande till artiklarna 28-30 men med *Pereux 2*¹³⁵ ändrade domstolen inställning och den då rådande uppfattningen var att artiklarna 28-30 var kumulativt tillämpliga med artikel 31. I *Pereux 2* ansågs ett en nationell bestämmelse, som förbjuder destillation av vissa råvaror från andra medlemsstater i syfte att tillverka produkter förbehållna ett statligt handelsmonopol, utgöra en åtgärd med motsvarande verkan som en kvantitativ restriktion enligt artikel 28 i fördraget. Bestämmelsen ansågs också utgöra en diskriminering med avseende på anskaffnings- och saluföringsvillkor enligt artikel 31 i fördraget, under förutsättning att förbudet inte gällde på samma sätt för motsvarande råvaror som var tillverkade inom det nationella territoriet.¹³⁶

Artikel 31 bör rimligtvis komplettera övriga artiklar om fri rörlighet speciellt i de fall där reglerna som strider mot artikel 28 existerar oberoende av det statliga handelsmonopolet.¹³⁷ Domstolen ansåg i *Nederländerna mot kommissionen*¹³⁸ att då ett företags ensamrätt till import stred mot artikel 31 i fördraget, anledning saknades av uppenbara skäl, att undersöka om denna rätt strider mot artikel 28.

I *Franzén* ställdes till EG-domstolen frågan om ett lagstadgat monopol sådant som Systembolaget var förenligt med artikel 28 EGF respektive artikel 31 EGF.¹³⁹ I fråga om artikel 28 hade gjorts gällande att monopolet endast kan göra inköp från personer med

¹³² Förenade målen C-159/94 Kommissionen mot Frankrike, C-157/94 Kommissionen mot Nederländerna, C-160/94 Kommissionen mot Spanien och C-158/94 Kommissionen mot Italien, p. 33.

¹³³ Se 5.4 Undantagen från fördraget enligt artikel 86.2 EGF.

¹³⁴ Mål 91-75 *Miritz*.

¹³⁵ Mål 119/78 *Peureux*.

¹³⁶ Mål 119/78 *Peureux*, p. 32.

¹³⁷ *Hesselrud*, s. 42.

¹³⁸ Mål C-158/94 *Nederländerna mot Kommissionen*, p. 24.

¹³⁹ C-189/95 *Franzén*, p. 29.

tillverknings- eller partihandelstillstånd, vilka beviljas endast om restriktiva krav är uppfyllda, och att ett sådant krav hindrade import av produkter med ursprung i andra länder.¹⁴⁰ I fråga om själva existensen av monoopolet hade Franzén hävdade att det stred mot artikel 31. Domstolen konstaterade att monoopolet inte stred mot artikel 31 då det inte hade en diskriminerande effekt på utländska varor jämfört med inhemska. Vad som är anmärkningsvärt i Franzén är att domstolen godkände monoopolet enligt artikel 31 och underlät helt enkelt att pröva existensen av detsamma under artikel 28. Vad som prövades under artikel 28, var som tidigare nämnts, endast de regler som inte direkt påverkade monoopolets utformning, reglerna om partihandelstillstånd. Det är inte helt klart vilken slutsats som skall dras av det faktum att domstolen inte behandlade monoopolet under artikel 28. Det betyder inte nödvändigtvis att tidigare praxis åsidosätts men att ifråga om vissa monopol anses en prövning mot artikel 31 vara tillräcklig för att fastställa att medlemsstatens skyldigheter i fördraget uppfylls.

Sammanfattningsvis kan konstateras att praxis generellt sett tyder på att domstolen anser att statliga handelsmonopol är förbjudna enligt artikel 28 i den utsträckning de rättsligt eller faktiskt kan hindra eller försvåra tillträdet till marknaden för varor från andra medlemsstater. Monopolen strider mot artikel 31 om de medför att medlemsstaternas medborgare diskrimineras i fråga om anskaffnings- och saluföringsvillkor.

4.4 De statliga handelsmonopolens förenlighet med artikel 31 EGF

Domstolen har i praxis upprepat att statliga monopol inte behöver avskaffas utan endast justeras och det finns de som menar att exklusiva rättigheter på grund av detta skulle vara helt förenliga med artikel 31 EGF. En nödvändig invändning mot ett sådant synsätt är dock att en exklusiv rättighet som i praktiken verkar diskriminerande inte är tillåten. Svårigheten ligger i att avgöra huruvida en exklusiv rättighet är diskriminerande eller inte. De exklusiva rättigheterna kan genom sin blotta existens strida mot artikel 31.¹⁴¹ Först är det värt att nämna att ett statligt monopol kan organiseras alternativt bedrivas på ett diskriminerande sätt. I fallet *Rewe*¹⁴² förelåg ett monopol där viss inhemsk alkohol måste säljas till monoopolet till ett viss angivet pris. Den alkohol som var undantagen från denna bestämmelse belades istället med en särskild skatt som skulle bidra till monopolkostnaderna. Importerad alkohol behandlades på samma sätt om den inhemska alkoholen som var belagd med skatt, här gick dock skatten direkt till statskassan. I detta fall befanns dock ingen diskriminering föreligga då liknande inhemsk vara påfördes samma skatt som den utländska. Avgörandet är dock viktigt i det avseende att man inte begränsade tillämpningen av artikel 31 till import eller export direkt underkastad ett monopol.

I *Banchemo*¹⁴³ där de italienska myndigheterna åtalade Giorgio Domingo Banchemo för olovligt innehav av tobaksvaror som tillverkats utomlands begärde den italienska domstolen förhandsavgörande angående tolkningen av 31 EGF. Enligt en italiensk förordning var innehavare av tullpliktiga utländska varor tvungna att visa deras lagliga ursprung. Om de vägrade eller inte kunde göra detta på ett godtagbart sätt gjorde de sig skyldig till smuggling.¹⁴⁴ Den aktuella lagstiftningen gav den italienska staten ensamrätt på produktion och import av samt handel med tobaksvaror. Monoopolet styrdes av Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato (AAMS). Tobaksvarorna producerades dels av AAMS, dels av företag som fått tillstånd därtill och som drevs av utländska producenter under övervakning

¹⁴⁰ C-189/95 Franzén, p. 68.

¹⁴¹ Mål C-157/94 Kommissionen mot Nederländerna.

¹⁴² Mål 45/75 Rewe.

¹⁴³ Mål C-387/93 Banchemo.

¹⁴⁴ Mål C-387/93 Banchemo, p. 1-8.

av AAMS. Import av tobaksvaror till Italien och grossisthandel med tobaksvaror som härrör från andra medlemsstater i Gemenskapen var tillåten under förutsättning att varorna lagrades i AAMS:s lager, eller i privata lager som särskilt godkänts (något sådant godkännande hade inte skett vid tiden för målets behandlande). Detaljhandel med tobaksvaror fick endast de handlare ägna sig åt vilka hade fått särskilt tillstånd till detta från AAMS. Det bör dock noteras att tillstånd till detaljhandelsförsäljning av tobak hade beviljat ca 76 000 olika försäljningsställen. I ekonomisk teori betecknar begreppet "monopol" en situation där det på en marknad endast finns en säljare eller köpare. Ett monopol i egentlig mening kan inte anses förelegat.¹⁴⁵ AAMS bestämde öppettider och finansministern satte priserna på tobak.¹⁴⁶ Banchemo anförde att det italienska monopolet för tobaksvaror och de bestämmelser som var tillämpliga på import av tobaksvaror från andra medlemsstater inte var förenliga med gemenskapsrätten.

EG-domstolen konstaterade inledningsvis att artikel 31.1 andra stycket är tillämplig särskilt på statliga handelsmonopol, där de nationella myndigheterna, genom en organisation som inrättats i detta syfte eller genom ett monopol som staten överlåtit på andra, själva kan kontrollera eller styra handeln mellan medlemsstaterna, eller märkbart påverka den.¹⁴⁷ Den italienska lagstiftningen gav inte de nationella myndigheterna möjlighet att genom AAMS ingripa i styrningen av detaljhandeln med tobaksvaror, genom att påverka eller övervaka detaljisternas val av leverantörer. Den italienska statens inflytande över monopolet varken gynnade eller missgynnade handeln mellan medlemsstaterna och artikel 31 utgjorde således inget hinder för tobaksmonopolet som sådant.¹⁴⁸

4.4.1 Import- och exportmonopolens avvecklande

Att importmonopol inte är förenliga med EG-rätten klargjordes i det italienska fallet *Manghera*.¹⁴⁹ Fallet rörde tolkning av rådets resolution av den 21 april 1970 om statliga handelsmonopol för tobaksvaror. Domstolen förklarade att alla statliga handelsmonopol den 31 december 1969 skulle vara anpassade på ett sådant sätt att ensamrätten att importera från andra medlemsstater var avskaffad. Därmed fann också domstolen att ett italienska importmonopol på cigaretter stred mot artikel 31 EGF. Redan själva förekomsten av ensamrätt till import påverkar den fria rörligheten negativt då det innebär att ekonomiska aktörer i andra medlemsstater inte kan erbjuda sina produkter till de konsumenterna de vill i den berörda medlemsstaten.¹⁵⁰ Det saknar betydelse om det föreligger ett nationellt produktionsmonopol eller endast en nationell produktion. Risken för diskriminering kvarstår i båda fallen och kopplingen till en inhemsk produktion är betydelslös, ett importmonopol är alltid förbjudet enligt artikel 31.¹⁵¹ Notera dock att endast sådana monopol som utövas av ett statligt handelsmonopol kan utgöra importmonopol. I *Kommissionen mot Frankrike*¹⁵² konstaterade domstolen att licensiering av staten till näringsidkare, låt vara i praktiken att det endast sker till vissa näringsidkare, inte utgör hinder mot artikel 31. Dock kan inte staten kringgå förbudet genom att utge licenser och samtidigt ha en indirekt kontroll och påverkan av licenstagarna.¹⁵³

¹⁴⁵ Förslag till avgörande av generaladvokat Elmer i mål C-387/93 Banchemo, p. 4.

¹⁴⁶ Förslag till avgörande av generaladvokat Elmer i mål C-387/93 Banchemo, p. 2-4.

¹⁴⁷ Mål C-387/93 Banchemo, p. 26, Se även mål C-393/92 Commune d'Almelo m.fl. mot NV Energiebedrijf Ijsselmij, p. 29.

¹⁴⁸ Mål C-387/93 Banchemo, p. 30 och 31.

¹⁴⁹ Mål 59/75 Manghera.

¹⁵⁰ Mål 59/75 Manghera, p. 12.

¹⁵¹ Wahl, s. 442.

¹⁵² Mål 161/82 Commission of the European Communities v French Republic.

¹⁵³ Wahl, s. 442.

4.4.2 Försäljningsmonopolen

De flesta mål som EG-domstolen har avgjort har inte rört renodlade försäljningsmonopol. Det är dock rimligt att antaga att handeln inte blir fri genom att avskaffa importmonopol samtidigt som man tillåter ett diskriminerande försäljningsmonopol. Genom *Manghera*¹⁵⁴ gavs ingen direkt ledning om även försäljningsmonopol avses omfattas av tillämpningsområdet för artikel 31 EGF. Då domstolen bedömde importmonopolet oförenligt med artikel 31 saknades anledning att vidare undersöka om försäljningsmonopolet stred mot samma artikel. Vidare var försäljningsmonopolet inte renodlat då försäljningsrätten var utlicensierad.¹⁵⁵

I *Kommissionen mot Grekland*¹⁵⁶ rörde frågan ett statligt import- och försäljningsmonopol på petroleumprodukter. Detta fall gav dock ingen klarhet då domstolen inte tog ställning till de båda monopolen separat utan konstaterade att Grekland hade underlåtit att följa sina skyldigheter enligt artikel 31 att anpassa monopolet på så sätt att ingen diskriminering förelåg. Att importmonopol inte tilläts under artikel 31 hade konstaterats redan i *Manghera*. Wahl har med bakgrund av dessa rättsfall fört en diskussion om att det inte är självklart att renodlade försäljningsmonopol kan jämföras med importmonopol avseende tillämpningen av artikel 31. Han menar att man eventuellt bör göra skillnad på grossist- och detaljhandelsmonopol, och det senare kan vara förenligt med artikel 31 då det ligger tillräckligt långt från importrätten, samtidigt som grossistmonopol kan jämföras med ett importmonopol.¹⁵⁷

Denna teori tycks senare delas av domstolen då den bekräftas i bl.a. domen i *Franzén*.¹⁵⁸ Generaladvokat Elmer skrev i sitt förslag till avgörande att:

”Som anförts är huvudproblemet i fråga om ett statligt detaljhandelsmonopol som det svenska att det sker en centralisering av inköpen och att det därmed i praktiken är den statliga monopolföretagaren som avgör vilka produkter från de övriga medlemsstaterna som skall importeras och få tillträde till marknaden. Det är således monopolet som sådant som är handelshindrande.”¹⁵⁹

Elmer ansåg inte att det var själva monopolet som verkade begränsande på försäljningen av alkohol utan antalet försäljningsställen.¹⁶⁰

Domstolen hänvisade i sin tur angående frågan om detaljhandelsmonopolets förenlighet med artikel 31 till tidigare praxis och upprepade vad som tidigare sagts, nämligen att artikeln inte kräver att monopol avskaffas men att de anpassas så det inte föreligger någon diskriminering med avseende på ursprung eller leverantörernas nationalitet i fråga om anskaffnings- och saluföringsvillkor för produkten. Artikel 31 har till ändamål att undanröja alla hinder för den fria rörligheten för varor med undantag för de begränsningar i handeln som krävs för att uppnå vissa mål av allmänintresse, här främst att skydda människan mot alkoholens skadeverkningar. Dock får någon snedvridning av konkurrensen inte ske.¹⁶¹

Domstolen prövade detaljhandelsmonopolets tillåtlighet ur ett antal aspekter. För det första hade Franzén hävdade att monopolets system för urval av drycker skedde enligt restriktiva och godtyckliga kriterier vilka var omöjliga att kontrollera. Domstolen svarade att

¹⁵⁴ Mål 59/75 Manghera.

¹⁵⁵ Wahl, s. 443.

¹⁵⁶ Mål C-347/88 Kommissionen mot Grekland, p. 44 och 50.

¹⁵⁷ Wahl, s. 444.

¹⁵⁸ Mål C-189/95 Franzén.

¹⁵⁹ Förslag till avgörande av generaladvokat Elmer i mål C-189/95 Franzén, p. 115.

¹⁶⁰ Förslag till avgörande av generaladvokat Elmer i mål C-189/95 Franzén, p. 116.

¹⁶¹ Mål C-189/95 Franzén, p. 40-41.

Systembolaget beräknade upphandlingen efter kundefterfrågan och offertförfrågningarna riktade sig mot alla som innehar tillverknings- eller partihandelstillstånd och avser alla sorters drycker, oavsett ursprung.¹⁶² Vidare hade antalet försäljningsställen angivits som ett hinder för varor att få tillträde till marknaden. Till skillnad från generaladvokaten ansåg domstolen att trots det faktum att Systembolaget endast förfogar över ett begränsat antal butiker framgick det inte att av uppgifterna i målet att antalet försäljningsställen var så starkt begränsat att det äventyrade konsumenternas möjlighet att få tillgång till inhemska eller importerade alkoholdrycker.¹⁶³ Domstolen ansåg således inte denna reglering verka diskriminerande mot utländska varor och sammanfattningsvis utgjorde inte artikel 31 ett hinder för själva detaljhandelsmonopolet.

Det är värt att notera att ett av syftena med att inrätta ett statligt monopol för försäljning av alkoholdrycker är att begränsa tillgängligheten och därmed delvis begränsa konsumtionen med hänsyn till alkoholens skadeverkningar. Om antalet butiker skulle utgöra vara ett hinder mot den fria rörligheten bör det kunna motiveras med hänsyn till allmän hälsa. Antalet butiker bör dock inte påverka utländska varor i större omfattning än inhemska, speciellt med tanke på att inköpen görs centralt av Systembolaget AB och att det ställs krav på att urvalet sker på objektiva grunder.

5. EG:s Konkurrensrätt

I *Hanner-målet*¹⁶⁴ om apotekets försäljningsmonopol har inga frågor ställts till EG-domstolen om tolkning av hur det statliga handelsmonopolet påverkas av konkurrensreglerna, framförallt av artikel 86 EGF vilken berör offentliga företag och företag som beviljats en särställning för att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. Däremot har artikel 86 i flera andra fall åberopats som bl.a. en undantagsmöjlighet för ett statligt handelsmonopol vars existens befunnits strida mot artikel 31 EGF. Vidare är det intressant att undersöka vilken påverkan konkurrensreglerna har på ett företag som just av staten tack vare sin monopolställning undantagits från all marknadskonkurrens, framförallt artikel 82 EGF om förbudet mot missbruk av dominerande ställning.

Av EG-fördragets artikel 295 kan utläsas att fördraget inte i något hänseende skall ingripa i medlemsstaternas egendomsordning. Det föreligger principiellt inte någon direkt konflikt mellan statligt ägande och EG-fördraget. De konflikter som kan uppstå återfinns istället på området för medlemsstaternas reglering av konkurrensvillkoren på en marknad. Artikel 10 EGF föreskriver att medlemsstaterna är skyldiga att vidta åtgärder för att säkerställa att de skyldigheter som ges i fördraget fullgörs. I denna skyldighet ligger ett krav på att offentliga företag skall underställas samma konkurrensrättsliga reglering som övriga företag. I artikel 86 EGF preciseras de skyldigheter som åläggs medlemsstaterna i den generella lojalitetsregeln i artikel 10.¹⁶⁵ Vidare föreligger enligt artikel 82 EGF ett förbud mot missbruk av en dominerande ställning. Ett sådant missbruk kan ske genom företagets agerande eller genom medlemsstatens rättsliga reglering av företagets verksamhet. Kopplingen mellan artikel 82 och artikel 86 är speciellt intressant när det gäller de rättsliga monopolen, som det svenska apoteket.

5.1 Förbudet mot missbruk av dominerande ställning i artikel 82 EGF

¹⁶² Mål C-189/95 Franzén, p. 43 och 46-47.

¹⁶³ Mål C-189/95 Franzén, p. 54.

¹⁶⁴ Mål B5703/01.

¹⁶⁵ Wahl, s. 405-406.

Effektiv konkurrens är en av de viktigaste delarna i den fria marknaden. Artikel 82 EGF stadgar att ett eller flera företags missbruk av dominerande ställning på den gemensamma marknaden eller väsentlig del av den är förbjudet i den mån det kan påverka handeln mellan medlemsstaterna. En medlemsstats territorium kan utgöra en väsentlig del av den gemensamma marknaden. I artikel 82 avses endast sådana konkurrensbegränsande beteenden som företagen gjort sig skyldiga till på eget initiativ och inte statliga åtgärder. Dock följer av solidaritetsregeln i artikel 10 EGF att nationell lagstiftning inte får förta EG:s konkurrensreglers verkan för företagen.¹⁶⁶ Av den anledningen kommer artikel 82 ha betydelse även för medlemsstaternas lagstiftning.

Ett företag som har ett rättsligt monopol kan anses ha en dominerande ställning i den mening som avses i artikel 82 p.g.a. att den givits en exklusiv rättighet och således är det enda företag som tillåts utöva en viss typ av verksamhet. Artikel 82 avser företag och kan inom de gränser som anges i artikel 86 tillämpas på offentliga företag eller företag med exklusiva eller särskilda rättigheter. I artikel 86 EGF stadgas att en medlemsstat ej skall antaga eller bibehålla några regler som står i strid med EG-fördraget, i synnerhet konkurrensreglerna, beträffande offentliga företag och företag till vilka medlemsstaterna har beviljat speciella eller exklusiva rättigheter. Jag kommer att behandla denna artikel nedan, dock hänger artikel 82 och 86 i hop. En medlemsstat kan ha regler som ger ett företag en dominerande ställning genom att företaget av medlemsstaten beviljats en exklusiv rättighet.

Enbart skapandet av en sådan dominerande ställning genom beviljande av en exklusiv rättighet behöver i sig inte vara oförenligt med artikel 82 eller artikel 86. Förbudet i dessa båda bestämmelser bryts av medlemsstaten om företaget i fråga genom blotta utövandet av den exklusiva rättigheten oundvikligen missbrukar sin dominerande ställning. Ett sådant missbruk kan avse en situation där företaget inte kan tillgodose marknadens efterfrågan och när privata företags utövande av sådan verksamhet förbjuds i lag.¹⁶⁷ Vidare kan företaget genom utövande av denna exklusiva rättighet naturligtvis på eget bevåg utnyttja sin dominerande ställning på ett otillåtet sätt men det är i så fall en handling som företaget självt kommer att bli ansvarig för. Jag kommer endast att behandla medlemsstatens skyldighet att anpassa sina monopol så att de inte bryter mot konkurrensrätten.

5.2 Medlemsstaternas skyldigheter enligt artikel 86 EGF

Artikel 86 EGF är den bestämmelse som gäller då medlemsstaterna styr sina nationella marknader genom att ge vissa företag en särställning i förhållande till andra företag. Artikel 86 riktar sig direkt till medlemsstaterna men reglerna skall vara riktade till företaget i fråga. Allmänna regler av marknadsvillkor omfattas inte av artikel 86.¹⁶⁸ Artikel 86.1 stadgar att medlemsstaterna ej skall antaga eller bibehålla några regler som står i strid med EG-fördraget, i synnerhet konkurrensreglerna, beträffande offentliga företag och företag till vilka medlemsstaterna har beviljat speciella eller exklusiva rättigheter.

Punkt 2 i artikel 86 utgör ett undantag till bestämmelserna i artikel 86.1 och riktar sig till de offentliga företag vilka har uppgifter som är av allmänt ekonomiskt intresse och de fiskala monopolen. Enligt artikel 86.2 skall företag som ålagts utföra tjänster av allmänt intresse falla under reglerna i den mån de inte hindrar utövandet av deras speciella uppgifter. Vad artikel 86.2 fastslår är alltså medlemsstaterna tillåts att bevilja företag, som de anförtror att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, exklusiva rättigheter som kan hindra tillämpningen av fördragets konkurrensregler, i den mån begränsningar i konkurrensen eller till och med uteslutande av all konkurrens från andra näringsidkares sida är nödvändiga för att

¹⁶⁶ Mål C-320/91 Corbeau, p. 10.

¹⁶⁷ Mål C-41/90 Höfner, p. 26 och 28-32.

¹⁶⁸ Wahl, s. 406.

säkerställa fullgörandet av de särskilda uppgifter som tilldelats de företag som innehar de exklusiva rättigheterna.¹⁶⁹ Bestämmelserna i artikel 86.2 innebär en inskränkning i fråga om tillämpningen av fördragets regler. Inskränkningen påverkar alla regler i fördraget men har framförallt en märkbar effekt på övriga konkurrensregler och reglerna om frihet att tillhandhålla tjänster samt den fria rörligheten för varor.¹⁷⁰

5.2.1 Företagsbegreppet enligt artikel 86 EGF

Artikel 86.1 EGF omfattar enligt ordalydelsen ”offentliga företag och företag som [medlemsstaterna] beviljar särskilda eller exklusiva rättigheter”. Begreppet ”offentliga företag” (public undertakings) definieras inte i EG-fördraget. Inte heller ges någon definition av vad som utgör företag till vilka medlemsstaterna har beviljat särskilda eller exklusiva rättigheter. Domstolen har också i sin praxis undvikit att ge en fast definition över vad som utgör företag enligt artikel 86.1. De avgöranden som har givits kan endast ges fullkomlig relevans i förhållande till de rättsakter vilka målet har berört. I *Sacchi* förklarade domstolen att företagets handlande omfattas av artikel 86.1 i den omfattning ett sådant handlande utgjorde aktiviteter av ekonomisk natur. Något krav på vinstsyfte tycks inte finnas. Motsvarande sades även om företag som omfattas av artikel 86.2.¹⁷¹

Till de offentliga företagen räknas de offentligt helägda företagen. Vidare definieras begreppet public undertakings i ett direktiv om insyn i medlemsstaternas förbindelser med offentliga företag.¹⁷² Kommissionen uttalar i direktivet att med offentliga företag avses i direktivet varje företag, över vilket de offentliga myndigheterna direkt eller indirekt kan utöva ett dominerande inflytande. Ett sådant inflytande skall anses föreligga när de offentliga myndigheterna direkt eller indirekt äger majoriteten av egenkapitalet, kontrollerar majoriteten av röstetalet eller har rätt att utse fler än hälften av medlemmarna i ifrågavarande företags administrativa eller verkställande ledning eller i dess styrelse. Det avgörande rekvisitet är alltså inte statligt ägande utan graden av det statliga inflytandet över verksamheten. I *Kommissionen mot Frankrike, Italien och Storbritannien*¹⁷³ bekräftades denna definition. Presumtionen för ett offentligt ägande enligt direktivet gäller dock inte för offentliga företag av mindre storlek, dvs. ifråga om tjänster som inte har en nämnvärd inverkan på handeln mellan staterna, eller staternas centralbanker, vilket gör att definitionen inte är heltäckande.¹⁷⁴

Den andra gruppen av företag som nämns i artikel 86.1 är de privata företag som beviljats exklusiva eller särskilda rättigheter, även denna definition är i likhet med begreppet offentliga företag, inte helt klar och entydig. Begreppet särskilda rättigheter nämndes i de båda telekommunikationsdirektiven¹⁷⁵ vilka senare underkändes av domstolen avseende de särskilda rättigheterna då definitionen ansågs vara bristfällig.¹⁷⁶ Den definition som först gavs i *INNO v. ATAB*¹⁷⁷ bekräftades senare i ett efterföljande direktiv¹⁷⁸ och föreligger vara den

¹⁶⁹ Mål C-320/91 Corbeau, p. 14.

¹⁷⁰ Blum och Logue, s. 17.

¹⁷¹ Mål 155/73 Sacchi, p. 7.

¹⁷² Kdir 80/723/EEG av den 25 juni 1980 om insyn i de finansiella förbindelserna mellan medlemsstater och offentliga företag (”Transparensdirektivet”), EGT nr. L 195, 29/07/1980, s. 35-37, artikel 2.

¹⁷³ Förenade målen 188/80, 189/80 och 190/80, Frankrike, Italien och Förenade kungariket Storbritannien och Nordirland mot Kommissionen, p. 25, Se även Rdir 93/38/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna, EGT nr. L 199, 09/08/1993, s. 84 – 138, artikel 1 p. 2.

¹⁷⁴ Kdir 80/723/EEG av den 25 juni 1980 om insyn i de finansiella förbindelserna mellan medlemsstater och offentliga företag (”Transparensdirektivet”), EGT nr. L 195, 29/07/1980, s. 35-37, artikel 4.

¹⁷⁵ Se bl.a. Kdir 88/301/EEG av den 16 maj 1988 om konkurrens på marknaderna för teleterminalutrustning, EGT nr. L 131, 27/05/1988, s. 73 – 77.

¹⁷⁶ Mål C-202/88 Frankrike mot Kommissionen.

¹⁷⁷ Mål 13/77 INNO v. ATAB

mest sannolika tolkningen. Domstolen konstaterade i målet att vissa bestämmelser som gav tillverkaren eller importören frihet att fastställa ett detaljhandelspris för sina varor, som är lägre än försäljningspriset, för konkurrerande varor av samma slag inte utgjorde sådana exklusiva eller särskilda rättigheter som avses i artikel 86.1, då möjligheten stod öppen för en obestämd kategori av företag.¹⁷⁹ Enligt direktivet föreligger särskilda rättigheter där ett begränsat antal företag har rätt att driva samma verksamhet och således konkurrerar med varandra men är skyddade från utomstående konkurrens.¹⁸⁰

Mest intressant är dock beviljandet av de exklusiva rättigheterna och skapandet av rättsliga monopol och jag kommer främst fortsättningsvis i min framställning utgå från en sådan situation. Orsaken är att när ett företag beviljas ett rättsligt monopol, vilket en särskild rättighet i praktiken innebär, kommer företaget att inneha en dominerande ställning på marknaden och en sådan ställning kan missbrukas. I dessa fall kan det vara både företaget och medlemsstaten som brutit mot fördraget. En exklusiv rättighet enligt artikel 86.1 anses enkelt uttryckt föreligga när endast ett företag har rätt att bedriva en viss verksamhet. Att döma av domstolens uttalande i *Bodson*¹⁸¹ krävs inte att den exklusiva rättigheten gäller över helt lands territorium utan kan vara begränsad till ett mindre område, regionalt eller lokalt.

Sammanfattningsvis kan konstateras att begreppen exklusiva och särskilda rättigheter är något problematiska, inte ens domstolen har varit konsekvent i sin uppdelning utan ofta använt begreppen parallellt. I vissa fall, tex. *Ahmed Saaed*,¹⁸² användes begreppen exklusiva och särskilda rättigheter utan åtskillnad för att konstatera att artikel 86.1 var tillämplig på en rättighet att bedriva flygtrafik på ett visst område, en rättighet vilken delades mellan ett par företag. Det bör dock inte råda något tvivel om att apotekets ensamrätt till detaljhandelsförsäljning av läkemedel är en sådan exklusiv rättighet som avses i artikel 86.1 då Apoteket AB ägs av staten, d.v.s. är ett offentligt ägt företag och det rör sig om en ensamrätt.

5.2.2 Icke tillåtna åtgärder enligt artikel 86.1 EGF

Ett av huvudsyftena med artikel 86.1 EGF är att säkerställa att medlemsstaterna skall respektera konkurrensrätten och undvika att vidta åtgärder som kan snedvrیدا konkurrensen på marknaden. Det stadgas att beträffande de företag som faller under artikel 86.1 medlemsstaterna inte skall vidta några åtgärder som strider mot övriga regler i fördraget. För det första kan medlemsstaten vidta en åtgärd som leder till att företaget bryter mot konkurrensrätten eller någon annan regel i fördraget. Vidare kan åtgärden att bevilja företaget vissa rättigheter vara förbjuden. Sådan åtgärd kan ske genom lag eller övriga bestämmelser eller uppmaningar för ett företag att agera på ett visst sätt.¹⁸³ Ytterligare ett rekvisit för att artikel 86.1 skall vara tillämplig är att det gäller en vara eller tjänst av ekonomiskt värde som skulle kunna bli föremål för handel mellan medlemsstaterna, det s.k. samhandelskriteriet.¹⁸⁴ Åtgärder enligt artikel 86 måste innebära att handeln mellan medlemsstaterna kan påverkas för att vara otillåtna.¹⁸⁵

¹⁷⁸ Kdir 94/46/EEG av den 13 oktober 1994 om ändring av direktiv 88/301/EEG och direktiv 90/388/EEG särskilt med avseende på satellitkommunikation, EGT nr. L 268, 19/10/1994, s. 15-21.

¹⁷⁹ Mål 13/77 INNO mot. ATAB, p. 40 och 41.

¹⁸⁰ Norberg, Konkurrenslagstiftning och bostadspolitik, s. 132-133.

¹⁸¹ Mål 30/87 Bodson.

¹⁸² Mål 66/86 Ahmed Saaed, p. 50.

¹⁸³ Blum och Logue, s. 12.

¹⁸⁴ Norberg, Konkurrenslagstiftning och bostadspolitik, s.132-133.

¹⁸⁵ Mål C-41/90, Höfner, p. 32.

Domstolens tidiga tolkning av artikel 86 grundar sig främst på domen i *Sacchi*.¹⁸⁶ I fallet hade italienska staten beviljat ett företag exklusiva rättigheter till TV-sändningar. EG-domstolen uttalade att enbart det faktum att det företag medlemsstaten beviljar exklusiva rättigheter innehar ett monopol inte som sådant var oförenligt med fördragets konkurrensregler. Däremot ställdes krav på monopolets agerande i förhållande till utländska leverantörer, diskriminerande åtgärder eller villkor tilläts naturligtvis inte.

Närmare femton år efter domen i *Sacchi* tog domstolen en något annorlunda vändning, i *Terminal Equipment-fallet*.¹⁸⁷ Domstolen konstaterade här att, även om artikel 86 förutsätter att det finns företag som har beviljats speciella eller exklusiva rättigheter, det kan inte presumeras att alla sådana rättigheter är förenliga med fördraget. En enskild prövning måste ske i varje fall. Vidare ansåg domstolen att det aktuella monopolet stred mot den fria rörligheten för varor och dess existens underkändes således. Domstolens ställning i detta fall har förändrat synen på monopol och möjligheten att underkänna enbart existensen av ett monopol. Betydelsen av fallet är dock begränsat till omständigheterna i målet där rättigheterna bestod av exklusiva import- och marknadsföringsrättigheter, vilka ansågs vara oförenliga med fördragets artikel 28.¹⁸⁸ Ett av flera bekräftanden av den nya tolkningen gavs senare bl.a. med domen i *Höfner*¹⁸⁹ i vilken tillerkännandet av en exklusiv rättighet att förmedla arbetskraft ansågs strida mot fördraget då monopolet inte kunde möta marknadsefterfrågan. Domen visar att domstolen numera avser pröva själva existensen av monopolet mot artikel 86, till skillnad från tidigare praxis där monopolets beteende undersöktes.¹⁹⁰

Innebörden av domstolens tidigare praxis skall dock inte helt förringas. I tidigare praxis, bl.a. *Sacchi*¹⁹¹ undersökte domstolen monopolets agerande och förenligheten med artikel 86 av ett eventuellt diskriminerande agerande. I senare rättsfall har domstolen som sagt även bedömt själva existensen av monopolet och huruvida det är i enlighet med fördragets regler. Dock kommer fortfarande i de fall där monopolets förenlighet med fördraget inte överhuvudtaget är ifrågasatt monopolets agerande prövas i enlighet med domen i *Sacchi*. Att pröva monopolets existens kan tyckas leda till en strängare bedömning av monopol men det bör också påpekas att det är troligare att ett monopols existens lättare godkänns, än det faktum att det agerar på ett sätt som är diskriminerande.¹⁹²

5.3 Undantagen från fördraget enligt artikel 86.2 EGF

I artikel 86.2 EGF anges att de företag som anförtrotts att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse eller som har karaktären av fiskala monopol kan undantas från fördragets regler för det fall att de skulle hindra dem utföra den givna uppgiften. Tre tydliga rekvisit skall vara uppfyllda för att undantaget i artikel 86.2 skall vara tillämpligt. Det första är att företaget skall ha givits en speciell uppgift av allmänt ekonomiskt intresse och uppdraget måste ha givits av staten, genom de statliga myndigheterna.¹⁹³ Det är av betydelse att verkligen fastställa vilka företag som omfattas av artikel 86.2 då endast dessa företag kan undgå en tillämpning av fördragets övriga regler. Vidare skall åtgärden vara nödvändig för att företaget skall kunna utföra den givna uppgiften. Till sist finns ett krav på att utvecklingen av

¹⁸⁶ Mål 155/73, *Sacchi*.

¹⁸⁷ Mål C-202/88 Frankrike mot Kommissionen.

¹⁸⁸ Mål C-202/88 Frankrike mot Kommissionen, p. 36.

¹⁸⁹ Mål C-41/90 *Höfner*.

¹⁹⁰ Blum och Logue, s. 18.

¹⁹¹ Mål 155/73, *Sacchi*.

¹⁹² Blum och Logue, s. 19-21.

¹⁹³ Blum och Logue, s. 22.

handeln inte får påverkas i en omfattning som strider mot Gemenskapens intresse. Det är inte självklart hur kravet på att samhandeln inte får påverkas skall tolkas. Genom att tillåta ett avsteg från fördragets regler kan en risk uppstå att Gemenskapens intressen åsidosätts. Det är ett renodlat gemenskapsintresse som skall tas i beaktande. Handlar påverkan av handeln om kvantitativa mått eller som Wahl argumenterar för, snarare om en kontroll av om handeln kan påverkas?¹⁹⁴ För att tillämpningen av undantaget skall ha något praktiskt värde är det rimligt att kräva att handeln verkligen påverkas negativt för att kunna anses strida mot gemenskapsintressena, då varje form av undantag kommer att påverka handeln.

När det gäller undantagsmöjligheterna har på senare år skett en utveckling liknande den som skett med och efter *Cassis*¹⁹⁵ på varuområdet. Det har tidigare hävdats att undantaget i artikel 86.2 endast var motiverat av ekonomiska intressen, det var också den enda regeln som tillät undantag av ekonomiska intressen (objectives of general economical interest). Många regler som faller under tillämpningsområdet för artikel 86.1 kan dock numera motiveras med icke-ekonomiska hänsyn liknande de tvingande hänsyn som utvecklats *Cassis*, som skyddet för allmän hälsa, bl. a. kan detta vara aktuellt för alkoholmonopol samt även läkemedelsmonopol. Det viktiga är att synen på undantagsmöjligheterna har ändrats då tolkningen av begreppet ekonomisk aktivitet inte längre hänförs till målet (the objectives) med undantaget utan själva aktiviteten som utförs av företaget.¹⁹⁶

5.3.1 Företag som utför tjänster av allmänt ekonomiskt intresse

Innebörden av ”tjänst av allmänt ekonomiskt intresse” är inte helt klarlagt varken i fördraget eller i praxis. En tjänst av allmänt ekonomiskt intresse bör enligt domstolens praxis baseras på ett väsentligt behov hos allmänheten, bör avse ett visst område och bör avses komma alla konsumenter tillhanda inom det avsedda territoriet.¹⁹⁷ Ledning får dras av de olika exempel som går att utläsa av domstolens praxis, bl.a. har telekommunikationstjänster, flygtrafikering av vissa rutter, arbetsförmedling, tillhandahållande av elektricitet och TV-sändningar ansetts falla under artikel 86.2. Genom domen i *BRT mot SABAM*¹⁹⁸ konstaterade domstolen att även ett privat företag kunde falla under tillämpningen för artikel 86.2 under den omständighet att företaget av medlemsstaten hade anförtrotts att utföra tjänster av ett allmänt ekonomiskt intresse. Motsatt slutsats kan dras från detta uttalande; d.v.s. att kulturella, sociala och andra icke-ekonomiska intressen av allmännyttig natur, samt tjänster av privat natur faller utanför artikel 86.2.¹⁹⁹ De fiskala monopolen är företag som har till uppgift att generera inkomster till staten. Med detta avses inte direkt sådana företag som uppbär vissa punktskatter eller dyl. utan mer företag som agerar vinstdrivande. Ett företag kan dock ha dubbla syften, att både generera inkomster och ha till syfte att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. Detta är inte ett hinder eftersom båda typerna av företag lyder under samma regler.²⁰⁰

5.3.2 Nödvändighetskravet och missbruk av dominerande ställning

Det andra rekvisitet är att ett tillämpande av fördragets regler rättsligt eller i praktiken skulle hindra företagen att utföra den uppgift som ålagts dem. Det krävs inte att uppgiften skulle omöjliggöras, det räcker att det visas att företagets verksamhet skulle hindras. Bevisbördan på

¹⁹⁴ Wahl, s. 418.

¹⁹⁵ Mål C-120/78 *Cassis de Dijon*.

¹⁹⁶ Faull och Nikpay, s. 321.

¹⁹⁷ Blum och Logue, s. 23.

¹⁹⁸ Mål 127/73 *BRT mot SABAM*.

¹⁹⁹ Wahl, s. 413.

²⁰⁰ Wahl, s. 415.

att så är fallet ligger på medlemsstaten.²⁰¹ Det ställs ett krav på att den särskilda eller exklusiva rättigheten, inklusive monopolen är nödvändig.²⁰²

Ett av de viktigaste fallen gällande punkt två i artikel 86 och nödvändighetskravet är *Corbeau*²⁰³ I fallet hade tvist uppstått sedan en näringsidkare hade åtalats för att ha brutit mot den belgiska lagstiftningen som stadgade om en exklusiv rättighet för Régie de postes att insamla, befördra och utdela alla slags postförsändelser i Belgien. Sedan Régie de postes väckt talan mot näringsidkaren ställde den nationella domstolen bl.a. frågan till EG-domstolen om det belgiska postmonopolet var förenligt med artiklarna 82 och 86 samt i vilken mån ett sådant monopol eventuellt måste ändras för att vara förenligt med artikel 86.1.²⁰⁴ Det nationella postmonopolet organiserades så att den olönsamma verksamheten på glesbygden subventionerades av lönsamheten i städerna, även på olönsamma ställen hade posten en förpliktelse att dela ut brev till enhetligt porto. Företaget behövde utnyttja monopolen för att genom viss överprissättning skapa och fördela resurser från lönsamma delar till olönsamma delar av verksamheten för att kunna upprätthålla en jämn service. Domstolen klargjorde inledningsvis att det nationella postmonopolet skulle betraktas som ett företag som den berörda medlemsstaten har beviljat exklusiva rättigheter i den mening som avses i artikel 86.1 EGF. Vidare ansågs monopolen inneha en dominerande ställning på den relevanta marknaden enligt artikel 82. Domstolen ansåg att gällande de traditionella posttjänsterna fyllde monopolen ett berättigat syfte då möjligheterna till utjämning mellan lönsamma och icke lönsamma områden skulle försvinna om konkurrens från privata företag tilläts. Däremot när det gällde specialiserade tjänster som inte erbjöds av monopolföretaget, som hämtande av post direkt hos avsändaren, kunde ett förbud för privata företag att erbjuda dessa tjänster inte anses vara motiverat under den förutsättning att dessa tjänster inte hotade monopolens möjligheter att uppnå ekonomisk jämvikt.²⁰⁵ Huruvida monopolen i det aktuella fallet missbrukade sin dominerande ställning lämnade dock EG-domstolen till den nationella domstolen att avgöra.²⁰⁶

I *Höfner*²⁰⁷ hade en tvist uppstått mellan ett antal rekryteringskonsulter. Arbetsmarknaden i Tyskland reglerades av en lag vilken stadgade att Bundesanstalt für Arbeit (nedan benämnd "BA"), skulle ha till syfte att sammanföra arbets sökande och arbetsgivare samt att bevilja arbetslöshetsunderstöd. För att utföra dessa uppgifter hade BA tilldelats en exklusiv rättighet att bedriva arbetsförmedling. Dock förelåg i lagen vissa undantag till den exklusiva rättigheten till arbetsförmedling vilka innebar att BA hade möjlighet att under vissa förutsättningar ge andra institutioner eller personer i uppdrag att svara för arbetsförmedling i fråga om vissa yrken. Trots BA:s exklusiva rättighet hade en särskild rekryterings och arbetsförmedlingsverksamhet utvecklats när det gällde chefer inom näringslivet och p.g.a. av detta hade en tvist uppstått. BA tolererade att dessa privata företag konkurrerade på ett område där BA inte kunde möta marknads efterfrågan men förbudet mot sådan konkurrens kvarstod i den tyska lagen. En av de frågor som ställdes till EG-domstolen var om BA med hänsyn till artikel 86.2 i EGF var bunden till bestämmelserna i EG-fördraget.²⁰⁸ Vidare ville den nationella domstolen veta om monopoliseringen av förmedling av chefer i näringslivet som förbehållits en offentlig institution (här BA) med hänsyn till bestämmelserna i artikel 86.2 utgjorde ett missbruk av dominerande ställning i den mening som avses i artikel 82.

²⁰¹ Bernitz och Edwardsson, s. 74.

²⁰² Mål C-320/91 *Corbeau*, p. 14.

²⁰³ Mål C-320/91 *Corbeau*.

²⁰⁴ Mål C-320/91 *Corbeau*, p. 5.

²⁰⁵ Bernitz och Edwardsson, s. 72.

²⁰⁶ Mål C-320/91 *Corbeau*, p. 8 och 21.

²⁰⁷ Mål C-41/90 *Höfner*.

²⁰⁸ Mål C-41/90 *Höfner*, p. 2-8.

EG-domstolen konstaterade inledningsvis att man inte kunde pröva denna fråga utan att pröva den exklusiva rättigheten även med hänsyn till artikel 86.1.²⁰⁹ BA ansågs vara en sådan offentlig institution som enligt en medlemsstats lagstiftning anförtrotts tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse och är enligt artikel 86.2 underkastad konkurrensreglerna i den mån tillämpningen av dessa inte är oförenligt med fullgörandet av institutionens uppgifter. Att arbetsförmedling överlämnats till en offentlig institution inverkade inte på verksamhetens karaktär.²¹⁰ Domstolen ansåg inte att skapandet av själva monopolet stred mot fördraget men då BA uppenbarligen inte kunde möta efterfrågan kunde BA omöjligen undvika att missbruka sin dominerande ställning och Tyskland bröt mot artikel 86.1. Undantaget i artikel 86.2 prövades aldrig då det inte ansågs ha framkommit något som tydde på att tillämpning av fördragets övriga regler skulle kunna påverka fullgörandet av den anförtrodda uppgiften då BA i praktiken tillät intrång i den exklusiva rättigheten. Domstolen underkände monopolet med utgång från den tyska lagstiftningen som om den hade tillämpats strikt enligt sin lydelse.²¹¹

5.4 Konkurrensrätten och de statliga handelsmonopolen

En särskild fråga avseende förhållandet mellan art 31 EGF och art 86 EGF är i vilken utsträckning som artikel 86.2 kan innebära undantagsmöjligheter i förhållande till art 31. Det föreligger skillnader mellan statliga handelsmonopol och offentliga företag och företag som har beviljats exklusiva rättigheter men artikel 86 och artikel 31 har en stark koppling. De statliga handelsmonopolen är även de underkastade Gemenskapens konkurrensregler.

Ett statligt ägt företag som också innehar ett monopol faller under tillämpningsområdet för artikel 31. Slutsatsen blir att samma företag skulle kunna omfattas av både art 31 och 86 och den logiska frågan blir om det finns några hinder mot att artikel 86.2 skulle kunna innebära ett undantag från artikel 31. Artikel 86.2 innehåller i sig inga begränsningar i förhållande till vilka bestämmelser i fördraget som den kan ge undantag för även om artikeln primärt är inriktad på konkurrensreglerna. Dock förutsätter resonemanget att det rör sig om företag som uppfyller kraven i artikel 86.2, d.v.s. har anförtrotts att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse eller som har karaktären av fiskala monopol och samtidigt omfattas av artikel 31. Tjänstemonopol faller utanför tillämpningsområdet för artikel 31.²¹²

I artikel 31 föreligger en skyldighet för medlemsstaterna att anpassa sina handelsmonopol så att diskrimineringsförbudet respekteras. I artikel 86.2 stadgas att ett undantag inte får innebära att handeln påverkas negativt. Det finns i litteraturen argument för att varje diskriminering som faller inom artikel 31 har en skadlig effekt på gemenskapsintressena och således ej heller kan undantas enligt artikel 86.2 även om monopolet i fråga är av den typ som omfattas av just artikel 86.2.²¹³ I *Ministere Public Luxembourgais*²¹⁴ konstaterades att undantag enligt artikel 86.2 endast skall medges efter en avvägning mellan det aktuella företags intressen och gemenskapsintressena.

I *Kommissionen mot Nederländerna*²¹⁵ hade staten anförtrott ett nationellt företag som särskilt hade utsetts för detta ändamål ensamrätt till import av elektricitet för offentlig distribution. Genom hänvisning till tidigare praxis, bl.a. domen i *Manghera*²¹⁶ upprepade

²⁰⁹ Mål C-41/90 Höfner, p. 16.

²¹⁰ Mål C-41/90 Höfner, p. 22 och 24.

²¹¹ Mål C-41/90 Höfner, p. 25.

²¹² Hesselrud, s. 9-10.

²¹³ Hesselrud, s. 48.

²¹⁴ Mål 10/71 *Ministere Public Luxembourgais*.

²¹⁵ Mål C-157/94 *Kommissionen mot Nederländerna*.

²¹⁶ Mål 59/75 *Manghera*.

domstolen att ensamrätt till import utgör en sådan diskriminering gentemot Gemenskapens exportörer som är förbjuden enligt artikel 31.²¹⁷ Då den fria rörligheten för varor uppenbarligen hindrades och monopollet således stred mot artikel 31 var det inte längre nödvändigt se om det stred mot artikel 28 och eventuellt kunde rättfärdigas med artikel 30.²¹⁸ Domstolen valde att istället undersöka om ensamrätten kunde vara befogad med stöd av artikel 86.2.

Domstolen konstaterade att det av artiklarna 86.1 och 86.2 sammantaget framgår att en medlemsstat kan åberopa artikel 86.2 för att motivera att ett företag som har anförtrots att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse i strid med artikel 31 beviljas ensamrätt, när fullgörandet av de särskilda uppgifter som företaget har tilldelats inte kan säkerställas på annat sätt än genom att denna rätt beviljas och när utvecklingen av handeln inte påverkas i en omfattning som strider mot Gemenskapens intresse.²¹⁹ Det krävs inte av medlemsstaten att den skall gå längre än att faktiskt visa att ingen annan tänkbar åtgärd gör det möjligt att säkerställa fullgörandet av de aktuella uppgifterna under samma villkor. Det skall dock påpekas att, för att ensamrätten med stöd av artikel 86.2 i fördraget skall kunna undgå tillämpning av fördragets regler, krävs det att utvecklingen av handeln inte påverkas på ett sätt som strider mot Gemenskapens intresse.²²⁰

Domstolen ansåg att kommissionen, vilken enligt artikel 226 i fördraget skall styrka det påstådda fördragsbrottet, inte hade inkommit med bevis för att något brott verkligen hade skett och talan ogillades. Den Nederländska staten kunde behålla monopollet.

6. Analys

6.1 Intresseavvägningen mellan Gemenskapens intressen och medlemsstaternas frihet att reglera sina system för social trygghet

I EG-fördragets artikel 5 finner vi den för medlemsstaterna mycket viktiga subsidiaritetsprincipen. Gemenskapen skall i enlighet med artikeln handla inom ramen för de befogenheter som de har tilldelats och de mål som ställts upp för fördraget. Vidare stadgas att på de områden där Gemenskapen inte är ensam behörig skall den i överensstämmelse med subsidiaritetsprincipen vidta en åtgärd endast om i och i den mån som målen för den planerade åtgärden inte kan i tillräcklig utsträckning kan nås av medlemsstaterna och bättre kan nås av Gemenskapen. Gemenskapen skall inte vidta någon åtgärd som går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå målen i fördraget.

När det gäller sjukvård och dylika förfaranden är det upp till medlemsstaterna att själva inrätta en samhällsstruktur för den sociala tryggheten.²²¹ Så långt utgör det europeiska reglerna inga hinder för medlemsstaternas exklusiva kompetens avseende reglering av sina nationella sociala trygghetssystem.

Målen för Gemenskapen anges i artiklarna 2 och 3 EGF, i vilka anges att Gemenskapen skall bidra till att uppnå en hög hälsoskyddsnivå genom att bl.a. upprätta en gemensam marknad. Det innebär att, trots den principiella rätten för medlemsstaterna att reglera på hälsoområdet, hälso- och sjukvården inte är en isolerad del av samhällsstrukturen utan påverkas av uppnåendet av de mål som avses i fördragets inledande bestämmelser. Med andra ord har vi hamnat i ett cirkelresonemang. Tillhandahållande av sjukvård och läkemedel är

²¹⁷ Mål C-157/94 Kommissionen mot Nederländerna, p. 15.

²¹⁸ Mål C-157/94 Kommissionen mot Nederländerna, p. 24.

²¹⁹ Mål C-157/94 Kommissionen mot Nederländerna, p. 32.

²²⁰ Mål C-157/94 Kommissionen mot Nederländerna, p. 65.

²²¹ Mål 238/82 Duphar, p. 16.

verksamheter av ekonomisk natur och trots att medlemsstaterna principiellt själva får lagstifta på området måste de ta hänsyn till EG-fördragets regler om den inre marknaden, konkurrens samt principer om icke-diskriminering.

De motsatta intressen som kan uppkomma som systemet ser ut är där medlemsstaterna själva vill inrätta system med hänsyn till sina egna sociala behov vilka kan strida mot Gemenskapens intressen. Är det lämpligt att EG-rätten kan ta över medlemsstaternas rätt till att reglera sina egna sociala system? Vilka intressen bör värderas högst? I avvägningen måste hänsyn tas till målet med EG, medlemsstaternas avsikt med sitt medlemskap samt konsekvenserna av att lämna området för social trygghet helt utan påverkan av EG-rätten jämfört med att ställa även dessa system under påverkan av reglerna som gäller för övriga företag som sysslar med handel mellan medlemsstaterna. Ett företag som är inrättat för att uppfylla vissa sociala mål bör ges alla möjligheter att utföra denna uppgift men skall det ske på bekostnad av den fria marknaden? Förlorar den fria marknaden effektivitet om medlemsstaterna på området för social trygghet själva tillåts reglera samtliga villkor för handel och konkurrens och vad blir konsekvenserna av att istället sätta det rent ekonomiska intresset först? Vid avvägning av om en åtgärd strider mot fördragets regler samt om den kan berättigas på grund av någon särskild hänsyn nämns ofta kravet på proportionalitet. Utgångspunkten är att medlemsstaten måste visa att åtgärden kan anses rimlig i förhållande till syftet och att det inte finns en åtgärd som bättre uppnår målet.

6.2 Monopolets förenlighet med reglerna om de fria rörligheterna

För att en medlemsstats åtgärder skall omfattas av förbudet i artikel 28 EGF krävs att dessa åtgärder i någon mån påverkas handeln inom Gemenskapen negativt. Ett försäljningsmonopol innebär inte ett direkt hinder mot importen eller exporten av den typ av varor som monopoliet omfattar. Det är endast avseende detaljhandelsförsäljningen av läkemedel som ett monopol föreligger i Sverige.

6.2.1 Det svenska detaljhandelsmonopolet för läkemedel och dess förenlighet med artikel 28 EGF

Medlemsstaterna har rätt att själva reglera området för social trygghet. Detta har bekräftats i bl.a. *Decker*²²² och *Duphar*.²²³ Domstolen konstaterade dock i samma avgöranden att åtgärder som medlemsstaterna vidtar i fråga om social trygghet och som kan påverka saluföringen av bl.a. sjukvårdsprodukter och ha ett indirekt inflytande på importen omfattas av fördragets regler om fri rörlighet.

Det är tveksamt om domstolen med sitt avgörande i *Keck*²²⁴ rörande vissa försäljningsåtgärder, avsåg att helt undanta försäljningsmonopol från tillämpningsområdet för artikel 28 EGF. Det är troligare att avgörandet har en begränsad effekt på generella områden och istället avser kunna tillämpas på åtgärder som uppenbarligen inte påverkar handeln mellan medlemsstaterna.

Som tidigare beskrivits väljer Apoteket AB självständigt vilka varor de skall tillhandhålla till allmänheten. Det sker således en centralisering av inköpen. Endast de produkter apoteket väljer att saluföra kommer således få tillträde till den svenska marknaden för läkemedel. Det viktigaste argumentet, vilket åberopats både av Franzén och av Hanner, är att existensen av ett försäljningsmonopol strider mot reglerna om fri rörlighet, eftersom det begränsar möjligheterna för tillverkare att få sina produkter saluförda på den svenska marknaden. Det är

²²² Mål C-120/95 Decker.

²²³ Mål 238/82 Duphar.

²²⁴ Förenade målen C-267/91 och C-268/91 Keck och Mithouard.

riktigt att en utländsk tillverkare riskerar att förvägras möjligheten till distribution av sina produkter i Sverige om apoteket av någon orsak väljer att inte saluföra produkten i fråga. De svenska konsumenterna riskerar också sin tur att förvägras tillgång till de utländska läkemedel som apoteket väljer att inte saluföra och handeln inom Gemenskapen hindras således. Vad som skulle kunna ge stöd åt att Apotekets försäljningsmonopol faller under artikel 28 är den begränsade tillgängligheten till varor, framförallt med hänsyn till öppettider och urvalet av produkter. Det innebär dock samtidigt att inhemska varor möter samma hinder som utländska.

Avgörandet i *Radiophonia*,²²⁵ rörande den grekiska statens beviljande av ett radio och tv-monopol till ett företag, bekräftar att själva beviljandet till ett enda företag av exklusiva rättigheter inte utgör en åtgärd med motsvarande verkan.

I *Franzén-målet* prövades inte själva monolets existens mot artikel 28 i fördraget. Det var systemet med krav på tillstånd för import samt det faktum att systembolaget endast fick göra inköp från personer med sådant tillstånd som ansågs hindra samhandeln mellan medlemsstaterna. Något sådant stadgande i lag föreligger inte för försäljning av läkemedel vilket gör att Franzén-fallet inte är tillämpligt i denna del. Det är dock möjligt att argumentera för att det faktum att domstolen inte prövade monolet mot artikel 28 tyder på att den inte har något att invända mot ett statligt detaljhandelsmonopol som Systembolaget. Generaladvokat Elmer argumenterar i sitt avgörande för att ett försäljningsmonopol i praktiken har samma påverkan på samhandeln som importmonopol, vilka uttryckligen är förbjudna under artikel 28, då varor som monolet väljer att inte saluföra inte kommer att importeras.²²⁶ Frågan är dock om avsikten med förbudet i artikel 28 är att principiellt förbjuda existensen av alla former av rättsliga monopol om det inte direkt eller indirekt skulle ge upphov till diskriminering mellan inhemska och importerade produkter till nackdel för de utländska produkterna.

6.2.2 Hänsyn till tvingande intressen

Om domstolen skulle finna att det svenska apoteksmonolet i någon del strider mot artikel 28 EGF återstår frågan om det kan motiveras av något tvingande hänsyn eller med undantagen i artikel 30 EGF. De kanske viktigaste avgörandena för Apotekets monopol är *Monteil och Samanni*²²⁷ samt *Delattre*.²²⁸ Det konstateras i båda dessa mål att det är upp till varje medlemsstat att vidta de åtgärder de anser krävas för att upprätthålla skydd för hälsan eller konsumentskydd i avsaknad av harmonisering på området. Som tidigare konstaterat innebär det dock inte att medlemsstaterna helt kan åsidosätta fördragets krav på att samhandeln inte får hindras. Skulle en reglering som medlemsstaten vidtagits anses strida mot artikel 28 finns dock möjligheten att motivera denna med undantagen om skyddet för folkhälsan eller undantaget om allmän hälsa i artikel 30.

Då medlemsstaten ges undantag ställs dock även kravet på att åtgärden skall vara proportionerlig i förhållande till det syfte som skall uppnås med motsvarande reglering.

Syftet med inrättandet av apoteksmonolet var att Apoteket AB skulle bidra till bättre hälsa genom att svara för en god läkemedelsförsörjning och användning. Monolet är således ett medel att i möjligaste mån försäkra att tillhandahållandet av läkemedel till allmänheten sker på ett säkert sätt och av kompetent personal.

Det finns ett antal sätt att organisera läkemedelsförsörjningen. Ett alternativ är att helt släppa försäljningen fri men det är troligtvis inte en åtgärd som någon medlemsstat anser vara

²²⁵ Mål C-260/89 *Radiophonia*, p. 13-16.

²²⁶ Förslag till avgörande av generaladvokat Elmer i mål C-189/95 *Franzén*. Att importmonopol strider mot artikel 28 fastslogs i mål 59/75 *Manghera*.

²²⁷ Mål C-60/89 *Monteil och Samanni*, p. 34.

²²⁸ Mål C-369/88 *Delattre*.

lämpligt. Inte heller är det troligt att domstolen någonsin skulle kräva en sådan åtgärd. Sverige är dock det enda land i Europa som har ett detaljhandelsförsäljningsmonopol. I övriga länder har privata apotek tillåtits sälja läkemedel, dock med vissa uppställda krav på att tillhandahållandet sker av utbildad personal, ett s.k. kompetensmonopol, framförallt gällande receptbelagda läkemedel. I fråga om receptfria läkemedel tillåts de ofta säljas fritt i dagligvaruhandeln.

Det bör inte råda några tvivel om att skydda allmänheten från läkemedels möjliga skadeverkningar är ett av de syften som faller under artikel 30. I *Monteil och Samanni* samt *Delattre* konstaterade domstolen att ett kompetensmonopol avseende läkemedelsförsäljning i princip kan motiveras med hänsyn till skydd för människors och djurs hälsa och liv. I SOU 1998:28 drog utredarna slutsatsen att det bör vara en proportionerlig åtgärd att kvarhålla ett kompetenskrav avseende försäljning av receptbelagda läkemedel i syfte att skydda människors hälsa. När det gäller läkemedel som är receptfria finns det dock anledning att ifrågasätta om samma argument är hållbart. Argumentet för att sälja receptfria läkemedel fritt är att det inte sker någon kontroll av dessa vid försäljning. Det finns inga hinder för konsumenten att köpa den mängd receptfria läkemedel han önskar. Försäljning på apotek eller fritt i handeln skulle således i praktiken inte utgöra någon reell skillnad. Däremot är det viktigt att påpeka att apotekets kompetens saknas vid försäljning av receptfria läkemedel i dagligvaruhandeln. Den kunskap om läkemedlets verkningar som finns att tillgå på apotek är värdefull för en säker läkemedelsförsörjning.

Vad EG-domstolen konstaterar i ovan nämnda avgöranden är att det är upp till den nationella domstolen att avgöra vad som skall anses vara proportionerligt. Ett kompetensmonopol avseende de receptbelagda läkemedlen bör kunna motiveras med hänsyn till skydd för människors hälsa. Domstolen uttalar dock att det är möjligt att argumentera för att ett kompetensmonopol avseende uppenbart ofarliga läkemedel tvärtom skulle strida mot artikel 28 då åtgärden inte kan anses vara proportionerlig i förhållande till syftet. En sådan prövning skulle ske av de nationella domstolarna i varje enskilt fall. Frågan är om man automatiskt kan dra likhetstecken mellan uppenbart ofarliga läkemedel och läkemedel som är receptfria. Om så är fallet låter det rimligt att ett detaljhandelsmonopol skulle vara en åtgärd som går utöver vad som kan anses vara proportionerligt. Den negativa inverkan på samhandeln som monopolet har bör i sådant fall inte accepteras i fråga om dessa läkemedel.

Ett krav på kompetensmonopol tycks inte domstolen finna oförenligt med EG-rätten i fråga om de receptbelagda läkemedlen. Frågan är dock om det är möjligt att motivera att kompetenskravet förenas med ett monopol. Är det inte möjligt att nå samma resultat genom att tillåta att läkemedlen säljs på privata apotek av personal som möter ett lagstadgat krav på kompetens? Är det avseende de receptfria läkemedlen överhuvudtaget en proportionerlig åtgärd att inneha ett kompetensmonopol och framförallt kan ett statligt försäljningsmonopol verkligen motiveras?

6.2.3 Monopolet - hinder mot etableringsfriheten?

När det gäller etableringsfriheten kan snabbt konstateras att det föreligger relativt lite praxis på området, speciellt i fråga om monopolens förenlighet med denna bestämmelse. Huvudsyftet är att hindra medlemsstaterna från att införa regler som på ett oproportionerligt sätt hindrar företag att etablera sig på marknaden.

Grunden för att upprätthålla regler som inskränker etableringsfriheten är att de skall vara tillämpliga på ett icke-diskriminerande sätt, skall framstå som motiverade med hänsyn till ett trängande allmänintresse, skall vara ägnade att säkerställa förverkligande av den målsättning

som eftersträvas genom dem samt skall inte vara oproportionerliga i förhållande till målsättningen.²²⁹

Vid beaktande av domstolens praxis är det värt att notera att domstolen godkände en brittisk lagstiftning som bl.a. förbjöd all import av reklam och anmälningsskupper för lotterier med hänsyn till den allmänna ordningen.²³⁰

En reglering som den svenska vilken endast tillåter försäljning av läkemedel för ett speciellt inrättat offentligt företag till allmänheten tillämpas mot inhemska företag i samma utsträckning som svenska. Det innebär visserligen ett hinder mot etableringsfriheten men det är troligt att ett dylikt monopol kan motiveras med hänsyn till skydd för konsumenterna, d.v.s. tvingande hänsyn av allmänintresse.

6.3 Apoteket och reglerna om statliga handelsmonopol

Huvudsyftet med artikel 31 i fördraget är att undanröja all diskriminering mellan medlemsstaternas medborgare med avseende på anskaffnings- och saluföringsvillkor när det gäller de statliga handelsmonopolen. Artikel 31 förbjuder inte medlemsstaterna att ha kvar eller inrätta monopol men det krävs att de inte tillåts utföra en diskriminerande verksamhet.

Praxis avseende de renodlade handelsmonopolen saknas i egentlig mening. Det är inte troligt att domstolen avsett att jämställa handelsmonopol med de klart förbjudna importmonopolen. Inledningsvis kan konstateras att Apoteket AB faller under tillämpningsområdet för artikel 31 då företaget ägs av staten och innehar en sådan exklusiv rättighet som avses i artikel 31.

Tillämpningsområdet för artikel 31 sträcker sig till varje verksamhet som sammanhänger med förekomsten av monopols existens och påverkar handeln mellan medlemsstaterna avseende vissa produkter.²³¹ I fallet *Kommissionen mot Nederländerna*²³² konstaterades att ett monopol genom sin existens kan strida mot artikel 31.

I *Franzén*²³³ godkändes Systembolagets monopol med motiveringen att monopols system för urval och inköp grundades på objektiva kriterier, oavsett ursprung. Det är annars möjligt att argumentera för att monopolet skulle bedriva en diskriminerande verksamhet.

Apoteket AB är skyldigt att tillhandahålla samtliga varor som ingår i läkemedelsförmånen. Det föreligger i avtalet mellan staten och Apoteket AB inga uttryckliga krav på att varor skall väljas med utgångspunkt i objektiva kriterier oavsett ursprung. Så länge ingen diskriminering sker bör dock inte verksamheten utgöra en otillåten åtgärd som sådan.

När det gällde själva existensen av monopolet hänvisades i *Franzén* bl.a. till antalet försäljningsställen men det utgjorde enligt domstolen inte ett hinder för utländska tillverkare att nå konsumenterna i landet. I en kort jämförelse förfogade Systembolaget vid tiden för *Franzén-målet* över närmare 400 butiker samt ytterligare 550 utlämningsställen på landsbygden. Apoteket förfogar över 900 butiker samt ytterligare ca. 1000 ombud för utlämning av läkemedel.

6.4 Fri konkurrens och statliga monopol

För att en inre marknad, vilket är en av hörstenarna inom EU, skall fungera effektivt krävs att villkoren för företagets konkurrensmöjligheter inte är så olika att diskriminering uppstår. Även om ett statligt monopol skulle anses vara förenligt med artiklarna 28 eller 31 i fördraget kan det strida mot artikel 86 EGF. Ett monopol som har befunnits strida mot reglerna om fri

²²⁹ Mål C-55/94 Gebhard, p. 37.

²³⁰ Mål C-275/92 Schindler.

²³¹ Mål 91/75 Miritz.

²³² Mål C-157/94 Kommissionen mot Nederländerna.

²³³ Mål 189/95 Franzén.

rörlighet eller om de statliga handelsmonopolen kan dock eventuellt motiveras med undantaget i artikel 86.2. Samtliga dessa regler hänger alltså tätt ihop. En medlemsstat kan åberopa artikel 86.2 för att motivera att ett företag som har anförtrots att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse i strid med artikel 31 beviljas ensamrätt, när fullgörandet av de särskilda uppgifter som företaget har tilldelats inte kan säkerställas på annat sätt än genom att denna rätt beviljas och när utvecklingen av handeln inte påverkas i en omfattning som strider mot Gemenskapens intresse.²³⁴

Apoteket AB faller under bestämmelserna i artikel 86.1 då det är ett statligt ägt företag vilket även innehar en exklusiv rättighet. Den mest relevanta betydelsen av konkurrensreglerna för Apotekets del är troligtvis förbudet mot missbruk av dominerande ställning. Det bör inte råda något tvivel om att Apoteket innehar en dominerande ställning inom rikets gränser då det är det enda företaget som kan sälja läkemedel till allmänheten. Ett missbruk av denna ställning kan naturligtvis ske genom företagets eget agerande men framförallt intressant är om själva beviljandet av det rättsliga monopoliet gör att Sverige bryter mot artikel 86.1. Det är möjligt att monopoliet inte kan undgå att missbruka sin dominerande ställning p.g.a. innehavet av sitt rättsliga monopol. Ett argument för detta är att det är möjligt att konsumenterna går miste om viktiga varor som inte kommer dem tillhanda då endast Apoteket har rätt att försälja läkemedel och de produkter som Apoteket väljer att inte saluföra aldrig når konsumenterna. Vidare finns det en möjlighet att andra aktörer skulle kunna erbjuda ett bredare utbud men hindras att konkurrera p.g.a. monopoliet.

Skulle ett sådant argument få domstolen att anse att monopoliet strider mot konkurrensrätten är det dock möjligt att undantaget i artikel 86.2 blir tillämpligt. Apoteket måste anses vara en offentlig institution som har anförtrots att utföra tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. Jag konstaterade tidigare att det viktiga var att företaget utförde en ekonomisk verksamhet men att målet med verksamheten inte behövde vara av ekonomisk art. Det bör vara rimligt att medlemsstaterna skall kunna motivera ett statligt handelsmonopol som baseras på skydd för befolkningens hälsa och liv, även i fråga om de konkurrensrättsliga reglerna.²³⁵ Det är dock av stor vikt att medlemsstaten kan visa att monopoliet verkligen är nödvändigt för att utföra den givna uppgiften.²³⁶ Det bör göras en avvägning mellan gemenskapsintressena och det aktuella företagets intressen.²³⁷ Påverkas verkligen handeln på ett oacceptabelt sätt genom ett upprätthållande av monopoliet och är det verkligen nödvändigt? Så länge monopoliet inte diskriminerar mot utländska varor bör det inte ha en skadlig inverkan på samhandeln. Ett av huvudsyftena med Apoteket är vidare att läkemedels- försörjningen skall genomföras till lägsta möjliga kostnad samt på ett säkert sätt. Vidare stadgas i avtalet mellan staten och Apoteket AB att Apoteket skall vid försäljning av läkemedel till allmänheten tillämpa enhetliga priser över hela landet.²³⁸ Det är möjligt att det skulle bli svårt för Apoteket att utföra dessa uppgifter om de utsattes för konkurrens utifrån och ett undantag enligt artikel 86.2 skulle då vara berättigat.

6.5 Statliga monopol och den fria marknaden inom EU -oförenliga intressen?

Det är som framgår av min analys, inte på något sätt klart hur EG-domstolen kommer att bedöma det svenska apoteksmonopolet. Rent generellt är inte monopol automatiskt oförenliga med EG-rätten. Syftet med föredragets regler har inte varit att inverka på statligt ägande eller

²³⁴ Mål C-157/94, Kommissionen mot Nederländerna, p. 32.

²³⁵ Faull och Nikpay, s. 321.

²³⁶ Mål C-320/91 Corbeau.

²³⁷ Mål 10/71 Ministere Public Luxembourgeois.

²³⁸ Avtal mellan staten och Apoteksbolaget AB (publ.) av den 31 januari 2003.

hur medlemsstaterna utformar sina sociala trygghetssystem. Däremot krävs att inga medlemsstater tillåts bibehålla regler som klart diskriminerar mot utländska varor och tillverkare. Jag anser inte att monopol med automatik är oförenliga med EG-rätten och i många fall kan de anses vara nödvändiga för att uppfylla en viss uppgift.

Käll- och litteraturförteckning

Litteratur

- Bernitz U. och Edwardsson E. Konkurrens på reglerade marknader- hur långt kan konkurrenslagen tillämpas?, Juridiska Fakulteten, Jure, Stockholm 1999.
- Bernitz U. och Kjellgren A. Europarättens grunder, Marknadsrättsförlaget AB, Anders Kjellgren och Norstedts Juridik AB, Stockholm 1999.
- Blum F. och Logue A. State Monopolies Under EC Law, John Wiley & Sons Ltd, Chichester 1998.
- Faull J. och Nikpay A. The EC- law of Competition, Oxford University Press Inc, New York 1999.
- Hesselrud M. De offentliga monopolens förenlighet med EG, Skrifter utgivna av Institutet för europeisk rätt vid Stockholms universitet, nr 12, Juristförlaget, Stockholm 1992.
- Norberg P. Arbetsrätt och konkurrensrätt, Juristförlaget i Lund, Lund 2002.
- Norberg P. Konkurrenslagstiftning och bostadspolitik, Juristförlaget i Lund, Lund 1996.
- Steiner J. och Woods L. Textbook on EC Law, Blackstone Press Limited, 7 uppl. Reprinted London 2001.
- Wahl N. Konkurrensförhållanden, Nils Wahl och Juristförlaget JF AB, Stockholm 1994.

Offentligt tryck

SOU 1998:28

Yttrande från Ekonomiska och sociala kommittén om "Etableringsfrihet (Observationsgruppen för inre marknaden)", EGT nr. C-235, 27/07/1998
Avtal mellan staten och Apoteksbolaget AB (publ.) av den 31 januari 2003.

Press

Bøe S. Magnecyl kan bli verklighet på Ica och Konsum, Dagens Nyheter, 8/4 2003.
I dag går kampen om receptfritt vidare i EG-domstolen, Svensk Handel, 9/4 2003.

Citerade rättsfall från EG-domstolen

- 7/61 Kommissionen mot Italien (REG 1961, s. 317)
- 6/64 Flaminio Costa mot E.N.E.L (REG 1964, s. 585)
- 7/68 Kommissionen mot Italien (REG 1968, s. 423)
- 10/71 Ministere Public Luxembourgeois (REG 1971, s. 723)
- 2/73 Geddo mot Ente Nazionale Risi (REG 1973, s. 865)
- 127/73 Belgische Radio en Televisie mot SV SABAM och NV Fonior (REG 1974, s. 313)
- 155/73 Giuseppe Sacchi (REG 1974, s. 409)
- 2/74 Reyners mot Belgien (REG 1974, s. 631)
- 8/74 Procerur du Rio mot Dassonville (REG 1974, s. 837)
- 33/74 Van Binsbergen mot Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid (REG 1974, s. 1299)
- 45/75 Rewe-Zentrale des Lebensmittel-Großhandels GmbH mot Hauptzollamt Landau/Pfalz (REG 1976, s.181)
- 59/75 Pubblico Ministero mot Flavia Manghera (REG 1976, s. 91)
- 91/75 Hauptzollamt Göttingen et Bundesfinanzminister v Wolfgang Miritz GmbH & Co (ECR 1976, p. 217)

- 13/77 SA G.B.-INNO-B.M. mot Vereniging van de Kleinhandelaars in Tabak (ATAB) (REG 1977, s. 2115)
- 86/78 SA des grandes distilleries Peureux v directeur des Services fiscaux de la Haute-Saône et du territoire de Belfort (ECR 1979, p. 897)
- 119/78 SA des grandes distilleries Peureux mot Directeur des Services fiscaux de la Haute-Saône et du territoire de Belfort (REG 1979, s. 975)
- 120/78 Rewe-Zentral AG mot Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon) (REG 1979, s. 649)
- 188/80-190/80 Frankrike, Italien och Förenade kungariket Storbritannien och Nordirland mot Kommissionen (REG 1982, s. 2545)
- 161/82 Commission of the European Communities v French Republic (ECR 1983, p. 2079)
- 238/82 Duphar BV m.fl. mot Nederländska Staten (REG 1984, s. 523)
- 205/84 Kommissionen mot Tyskland (REG 1986, s. 3755)
- 66/86 Ahmed Saeed Flugreisen och Silver Line Reisebüro GmbH mot Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V. (REG 1989 s. 803)
- 30/87 Corinne Bodson v SA Pompes funèbres des régions libérées (ECR 1988, p. 2479)
- C-266, 267/87 R v. Royal Pharmaceutical Society of Great Britain (ECR 1989, p. 1295)
- C-3/88 Kommissionen mot Italien (REG 1989, s. 4035)
- C-202/88 Frankrike mot Kommissionen (REG 1991, s. I-1223)
- C-347/88 Kommissionen mot Grekland (ECR 1990, p. I-4747)
- C-369/88 Delattre (ECR 1991, p. I-1547)
- C-60/89 Monteil och Samanni (ECR 1991, p. I-1487)
- C-260/89 Ellinki Radiophonia Tiléorassi AE och Panellinia Omospondia Syllogon Prossopikou mot Dimotiki Etairia Pliroforississ och Sotirios Louvelas och Nicloaos Avdellas mfl. (REG 1991, s. I-2925)
- C-1/90 och C-176/90 Aragonesa de Publicidad Exterior och Publivia SAE mot Departamento de Sanidad y Seguridad Social de la Generalitat de Cataluña (REG 1991, s. I-4151)
- C-41/90 Klaus Höfner et Fritz Elser mot Macrotron GmbH. (REG 1991 s. I-1979)
- C-76/90 Manfred Säger v. Dennemeyer & Co (REG 1991, s. I-4221)
- C-267/91 och C-268/91 Förenade målen Keck och Mithouard (REG 1993, s. I-6097)
- C-320/91 Corbeau (REG 1993 s. I-2533)
- C-275/92 Her Majesty's Customs and Excise mot Gerhard Schindler and Joerg Schindler (REG 1994, s. I-1039)
- C-292/92 Hünermund et al mot Landesapothekerkammer Baden-Württemberg (REG 1993, s. I-6787)
- C-391/92 Kommissionen mot Grekland (REG 1995, s. I-1621)
- C-393/92 Commune d'Almelo m.fl. mot NV Energiebedrijf Ijsselmij (REG 1994, s. I-1477)
- C-387/93 Brottmål mot Giorgio Domingo Banchemo (REG 1995, s. I-4663)
- C-55/94 Reinhard Gebhard mot Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano (REG 1995, s. I-4165)
- C-157/94 Kommissionen mot Nederländerna (REG 1997, s. I-5699) C- 158/94, Kommissionen mot Italien (REG 1997, s. I-5789) C-159/94, Kommissionen mot Frankrike (REG 1997, s. I-5815) och C-160/94, Kommissionen mot Spanien (REG 1997, s. I-5851)
- C-120/95 Nicolas Decker mot Caisse de maladie des employés privés (REG 1998 s. I-1831)
- C-189/95 Allmänna åklagaren mot Franzén (REG 1997, s. I-5909)
- C-294/00 Deutsche Paracelsus Schulen für Naturheilverfahren GmbH mot Kurt Gräbner. (REG 2002, s. I-6515)

Generaladvokatens förslag till avgörande

Förslag till avgörande av generaladvokat Elmer föredraget den 4 mars 1997, i mål C-189/95, Franzén (REG 1997, s. I-5909)

Förslag till avgörande av generaladvokat Elmer föredraget den 20 juni 1995, i mål C-387/93, Banchemo (REG 1995, s. I-4663)

Svenska domar

Stockholms Tingsrätt mål B5703/01