

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

PHILIPPE LÉGER

fremsat den 25. maj 2004¹

1. I denne sag har Stockholms tingsrätt (Sverige) forelagt flere præjudicielle spørgsmål vedrørende lovligheden af det statslige detailhandelsmonopol for lægemidler i Sverige. Disse spørgsmål rejses i en straffesag mod Krister Hanner, som er tiltalt for at have solgt visse lægemidler og dermed have overtrådt den svenske lovgivning, der fastsætter, at det kun er staten eller et af staten udpeget organ, der må sælge disse produkter.

2. Det grundlæggende spørgsmål i denne sag er, om en eneret til detailhandel kan anses for at være forenelig med artikel 31 EF. Hvis dette ikke er tilfældet, opstår spørgsmålet, om opretholdelsen af en sådan eneret kan begrundes med henvisning til undtagelsesbestemmelserne i EF-traktaten og især artikel 86, nr. 2, EF.

3. En af vanskelighederne i sagen er, at Domstolens praksis indeholder modstridende svar på disse forskellige spørgsmål.

I — Nationale bestemmelser

4. I 1969 opløste de svenske myndigheder de private apoteker og oprettede et statsligt detailhandelsmonopol for lægemidler. Dette monopol omfatter alle lægemidler, det vil sige både human- og veterinærlægemidler og såvel receptpligtige som ikke-receptpligtige lægemidler. Monopolet er i dag omhandlet i lagen (1996:1152) om handel med läkemedel m.m.².

5. I § 2 i denne lov defineres »detailhandel« som forhandling til forbrugerne og til personer, der er autoriserede til at ordinere lægemidler. Ifølge § 3 i samme lov er al anden form for handel »engroshandel«, hvortil der kræves tilladelse fra Läkemedelsverket (Lægemeddelagenturet).

1 — Originalsprog: fransk.

2 — Bilag 1 til den svenske regerings skriftlige indlæg (herefter »loven af 1996«).

6. § 4 i loven af 1996 ligger til grund for det svenske statsmonopol. Det bestemmes heri, at »[d]etailhandel med [lægemidler], for så vidt andet ikke følger af loven, kun må drives af staten eller af en juridisk person, hvori staten har en bestemmende indflydelse«, og at »[r]egeringen bestemmer, af hvem og på hvilke vilkår sådan handel må drives«.

7. Som undtagelse fra denne bestemmelse må detailforhandling af lægemidler til sygehuse drives af personer med tilladelse til at drive engroshandel³.

8. I henhold til § 11 i loven af 1996 straffes de, der overtræder bestemmelserne om statsmonopolet, med bøde eller fængsel i op til to år.

9. I henhold til en aftale, der blev indgået i 1970, overlod den svenske stat detailhandlen med lægemidler til selskabet Apoteksbolaget AB, der blev stiftet til formålet. Apoteksbolaget AB ændrede i 1998 navn til Apoteket AB⁴.

10. Apoteket er et statsejet selskab, og dets ledelse består hovedsagelig af politikere og statstjenestemænd. Det har i dag 11 000 ansatte.

11. Apoteket ejer 800 apoteker, som det selv driver med henblik på at forhandle lægemidler til offentligheden. Disse apoteker findes generelt i områder med høj befolknings-tæthed såsom bykerner, i indkøbscentre og ved sygehuse.

12. I landområder, hvor det ikke ville være rentabelt at drive et apotek, forhandler Apoteket lægemidler gennem 970 »Apoteks-ombud« (håndkøbsudsalg). Disse er selvstændige erhvervsdrivende, som Apoteket har indgået en aftale med, og som mod vederlag påtager sig at formidle receptpligtige lægemidler til patienter. Håndkøbsudsalgene må desuden sælge et mindre sortiment af receptfri lægemidler til offentligheden. De er under tilsyn af Apoteket, som fastsætter lægemidlernes salgspris og bestemmer produktsortimentet. Håndkøbsudsalgenes personale får ingen særlig uddannelse og har ikke bemyndigelse til at give kunderne råd om anvendelsen af lægemidlerne.

13. Det fremgår af sagsakterne, at Apoteket siden foråret 2002 også sælger receptfri

3 — § 5 i loven af 1996.

4 — Herefter »Apoteket«.

lægemidler via internet og telefon. På sigt regner selskabet med at kunne sælge samtlige lægemidler, også de receptpligtige, på denne måde. I så fald skal lægemidlerne sendes til kunderne sammen med den nødvendige information og rådgivning.

teket selv, hvor mange apoteker og andre udsalgssteder for lægemidler der skal etableres, samt hvor de skal ligge. Selskabet skal kunne levere alle de lægemidler (receptpligtige såvel som receptfri), der er omfattet af dets eneret.

14. Ved indkøb af lægemidler benytter Apoteket kun de to grossister, der findes på det svenske marked, nemlig Tamro og Kro-nans Droghandel. Selskabet har ikke til-ladelse til selv at importere lægemidler fra andre medlemsstater.

15. På tidspunktet for de faktiske omstæn-digheder i hovedsagen var forholdet mellem staten og Apoteket reguleret af aftalen af 20. december 1996, som forlænget og ændret ved aftalen af 21. december 1998⁵.

17. I henhold til § 8 i aftalen af 1996 skal Apotekets priser på lægemidler være ens over hele landet. Prisen — og dermed Apotekets fortjeneste — på de lægemidler, hvortil der ydes tilskud, fastsættes af Läke-medelsförmånsnämnden (Udvalget for Lægemedelpriser). Apoteket fastsætter deri-mod selv prisen og fortjenesten på de lægemidler, der ikke ydes tilskud til. De lægemidler, der ydes tilskud til, er de recept-pligtige samt visse receptfri lægemidler.

16. I denne aftale er det fastsat, at Apoteket skal sørge for en god lægemiddelforsyning i hele landet og give forbrugerne information, som er uafhængig af lægemiddelproducen-terne. Med henblik herpå skal Apoteket have et landsdækkende distributionssystem samt det lager- og leveringsberedskab, der er nødvendigt for at tilgodese sundhedsvæse-nets behov. På denne baggrund afgør Apo-

II — Den præjudicielle forelæggelse

18. Den svenske anklagemyndighed har rejst tiltale mod Krister Hanner for overtrædelse af § 4 i loven af 1996. Han anklages for i maj og juli 2001 at have solgt tolv pakker af rygeafvænningsprodukterne Nicorette Pla-ster og Nicorette Tyggegummi. Anklageren har påpeget, at Läkemedelsverket har klassi-

5 — Bilag 2 til den svenske regerings skriftlige indlæg (herefter »aftalen af 1996«).

ficeret disse produkter som lægemidler, og at de derfor er omfattet af den svenske stats monopol.

2) Er artikel 28 EF i lyset af det i spørgsmål 1 anførte til hinder for en lovgivning som den i spørgsmål 1 omhandlede?

19. Krister Hanner har erkendt forholdet for den forelæggende ret, men har anfægtet strafansvaret. Han har anført, at den svenske stats monopol er i strid med artikel 31 EF, 28 EF og 43 EF.

3) Er artikel 43 EF i lyset af det i spørgsmål 1 anførte til hinder for en lovgivning som den i spørgsmål 1 omhandlede?

20. Da Stockholms tingsrätt fandt, at sagens afgørelse afhænger af fortolkningen af disse bestemmelser, har den besluttet at udsætte sagen og at orelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

4) Er proportionalitetsprincippet ved vurderingen af spørgsmål 1-3 til hinder for en national lovgivning som den i spørgsmål 1 omhandlede?

»1) Der foreligger på nationalt plan et selvstændigt system for prøvning og godkendelse af lægemidler med det formål at opretholde en god lægemiddelkvalitet og undgå skadevirkninger af lægemidler. Visse lægemidler omfattes ligeledes af krav om ordination (recept) fra en autoriseret læge. Er artikel 31 EF under sådanne omstændigheder til hinder for en national lovgivning, der foreskriver, at detailhandel med lægemidler kun må drives af staten eller af en juridisk person, hvori staten har en bestemmende indflydelse, og som har til formål at sikre behovet for sikre og effektive lægemidler?

5) Har det nogen indflydelse på besvarelsen af spørgsmål 1-4, hvis såkaldte receptfri lægemidler helt eller delvist undtages fra kravet i den nationale lovgivning om, at det kun er staten eller en juridisk person, hvori staten har en bestemmende indflydelse, der må drive detailhandel med lægemidler?»

III — De præjudicielle spørgsmåls genstand

21. Stockholms tingsrätts anmodning om præjudiciel afgørelse omfatter to grupper af spørgsmål.

22. Den forelæggende ret ønsker først og fremmest oplyst, om de principielle bestemmelser om de frie varebevægelser (artikel 31 EF og 28 EF) og om retten til fri etablering (artikel 43 EF) er til hinder for en national lovgivning, som forbeholder staten eller et statskontrolleret organ eneretten til detailhandel med lægemidler⁶.

23. Hvis dette er tilfældet, opstår spørgsmålet, om en sådan lovgivning kan begrundes med henvisning til de undtagelser, der er fastsat i traktaten. Selv om Stockholms tingsrätt ikke udtrykkeligt har henvist til traktatens undtagelsesbestemmelser i sin anmodning om en præjudiciel afgørelse, er det nemlig kun en fortolkning af disse bestemmelser, der kan give retten et anvendeligt svar, nærmere bestemt alle de oplysninger, der er nødvendige for at afgøre, om

det omtvistede monopol er foreneligt med fællesskabsretten⁷. Spørgsmålet om monopolets berettigelse er desuden implicit indeholdt i de to første punktummer i det første præjudicielle spørgsmål samt i det fjerde og det femte spørgsmål.

24. Den forelæggende ret vil nærmere bestemt vide, om den omtvistede foranstaltning står i rimeligt forhold til det formål, der ønskes opnået⁸. Den er i tvivl om, hvorvidt denne foranstaltning er nødvendig, når der med henblik på at beskytte folkesundheden allerede findes andre lovbestemmelser om prøvning, godkendelse og ordination af lægemidler⁹. Den forelæggende ret spørger desuden, om den omtvistede foranstaltning ikke strækker sig ud over det nødvendige, for så vidt som receptfri lægemidler er omfattet af statens monopol¹⁰.

25. Jeg skal gennemgå disse forskellige spørgsmål i den angivne rækkefølge og begynde med en gennemgang af

7 — Som bekendt fremgår det af Domstolens praksis, at den, med henblik på at give den nationale ret, som har forelagt det præjudicielle spørgsmål, den fornødne vejledning, kan inddrage EF-regler, som den nationale ret ikke har henvist til i spørgsmålet (jf. bl.a. dom af 20.3.1986, sag 35/85, Tisser, Sml. s. 1207, præmis 9, af 18.11.1999, sag C-107/98 Teckal, Sml. I, s. 8121, præmis 39, af 16.1.2003, sag C-265/01 Pansard m.fl., Sml. I, s. 683, præmis 19, og af 22.1.2004, COPPI, sag C-271/01, COPPI, Sml. I, s. 1029, præmis 27).

8 — Det fjerde præjudicielle spørgsmål.

9 — Det første præjudicielle spørgsmål (første og andet punktum).

10 — Det femte præjudicielle spørgsmål.

6 — Det første præjudicielle spørgsmål (tredje punktum) samt det andet og det tredje præjudicielle spørgsmål.

artikel 31 EF, eftersom denne bestemmelse udgør en særlov for statslige handelsmonopoler¹¹.

27. Artikel 31 EF hører til de bestemmelser i traktaten, der omhandler den frie bevægelighed for varer. Hovedformålet med bestemmelsen er at forhindre, at medlemsstaterne udnytter deres handelsmonopoler protektionistisk og dermed genskaber de hindringer for varernes frie bevægelighed, som traktatens øvrige bestemmelser netop har til formål at fjerne¹². I Spaak-rapporten anføres følgende¹³:

IV — Artikel 31 EF

26. Artikel 31, nr. 1, EF er affattet som følger:

»Medlemsstaterne tilpasser de statslige handelsmonopoler, således at enhver forskelsbehandling af medlemsstaternes statsborgere med hensyn til forsynings- og afsætningsvilkår er udelukket.

Denne artikels bestemmelser finder anvendelse på ethvert organ, gennem hvilket en medlemsstat, de jure eller de facto, direkte eller indirekte, kontrollerer, leder eller øver mærkbar indflydelse på indførsel eller udførsel mellem medlemsstaterne. Disse bestemmelser finder også anvendelse på statskoncessionerede monopoler.«

»Der opstår et særligt problem, når den direkte regulering af importen ikke foretages ved hjælp af kvoter, men ved oprettelse af et indkøbsmonopol, uanset om det indehaves af en offentlig myndighed eller af et privat selskab, som er bemyndiget af staten. I sådanne tilfælde er den myndighed, der fastsætter grænserne for importen, sammenfaldende med indkøberen. Der kan derfor ikke anvendes en ordning med automatisk forøgelse af kvoterne, da det er utænkeligt at gøre det obligatorisk at foretage indkøb, som ikke er nødvendige. En vigtig del af løsningen er at fastsætte, at de nationale indkøbs- og importordninger ved udløbet af overgangsperioden skal være afskaffet eller tilpasset fællesmarkedet eller, om fornødent, erstattet med en fælles ordning.«

11 — Dom af 20.2.1979, sag 120/78, ReweZentral, »Cassis de Dijon«-dommen, Sml. s. 649, præmis 7, af 13.3.1979, sag 119/78, Peureux II, Sml. s. 975, præmis 27, og af 14.12.1995, sag C-387/93, Banchemo, Sml. I, s. 4663, præmis 26.

12 — Jf. herved artikel 31, nr. 2, EF og dom af 13.3.1979, sag 91/78, Hansen, Sml. s. 935, præmis 8.

13 — Mellemstatsligt udvalg oprettet på Messina-konferencen: Rapports des chefs de délégation aux ministres des affaires étrangères, 21.4.1956, s. 37.

28. Artikel 31 EF er således en specifik bestemmelse, som tager sigte på at fjerne de hindringer for varernes frie bevægelighed, som ikke skyldes statslige foranstaltninger, men skyldes de statslige monopolars handlinger¹⁴.

29. I denne sag spørger Stockholms tingsrätt, om denne bestemmelse er til hinder for en national lovgivning, som forbeholder myndighederne i en medlemsstat eller et organ, som kontrolleres af disse myndigheder, eneretten til detailhandel med lægemidler.

30. For at besvare dette spørgsmål skal jeg efterprøve, om Apoteket er omfattet af anvendelsesområdet for artikel 31 EF (punkt A herunder). Derefter skal jeg undersøge, om en eneret til detailhandel kan anses for at være forenelig med kravene i denne bestemmelse (punkt B herunder).

A — Anvendelsesområdet for artikel 31 EF

31. Artikel 31 EF finder anvendelse på de statslige handelsmonopoler og omfatter

»ethvert organ, gennem hvilket en medlemsstat direkte eller indirekte kontrollerer, leder eller øver mærkbar indflydelse på samhandelen mellem medlemsstaterne«¹⁵.

32. Som generaladvokat Cosmas har understreget¹⁶, forudsætter denne definition en forening af to forskellige elementer: et organisk element og et funktionelt element.

33. Med hensyn til det organiske element forudsætter artikel 31 EF, at det statslige monopol vedrører handel. Det indebærer, at det pågældende organ skal udøve en økonomisk virksomhed, dvs. en aktivitet, der består i at udbyde varer eller tjenester på et givet marked¹⁷. Begrebet »statsligt handelsmonopol« falder således sammen med begrebet »virksomhed« i konkurrenceretlig forstand, eftersom sidstnævnte omfatter »enhver enhed, som udøver økonomisk

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

15 — Dom af 3.2.1976, sag 59/75, Manghera m.fl., Sml. s. 91, præmis 7, og af 4.5.1988, sag 30/87, Bodson, Sml. s. 2479, præmis 11.

16 — Forslag til afgørelse i forbindelse med domme af 23.10.1997, sag C-157/94, Kommissionen mod Nederlandene, Sml. I, s. 5699, sag C-158/94, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 5789, sag C-159/94, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 5815, og sag C-160/94, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 5851, punkt 28.

17 — Som bekendt anvendes begrebet »økonomisk virksomhed« inden for konkurrenceretten om enhver form for virksomhed, der består i at udbyde varer og tjenesteydelser på et givet marked (jf. bl.a. dom af 16.6.1987, sag 118/85, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 2599, præmis 7, af 18.6.1998, sag C-35/96, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 3851, præmis 36, og af 19.2.2002, sag C-309/99, Wouters m.fl., Sml. I, s. 1577, præmis 47).

virksomhed, uanset denne enheds retlige status og dens finansieringsmåde»¹⁸.

fastslået, at artikel 31 EF omhandler handel med varer²⁵ og derfor ikke finder anvendelse på tjenesteydelsesmonopoler²⁶, medmindre sådanne monopoler kan få direkte indvirkning på samhandelen med varer mellem medlemsstaterne²⁷.

34. Da der er tale om et »statsligt« monopol, kræves der imidlertid en særlig tilknytning til staten¹⁹. Der kan være tale om en del af den offentlige forvaltning²⁰, en offentlig virksomhed²¹ eller en privat virksomhed med eksklusive eller særlige rettigheder²². Det afgørende er, at staten kan udøve en bestemmende indflydelse på denne enheds funktion²³. Da der er tale om et »statsligt« monopol, kræves det desuden, at monoopolet bygger på en myndighedsbeslutning, og at dets eneret er sikret ved lov²⁴. Bestemmelsen omfatter således ikke rent økonomiske monopoler, som er underlagt traktatens konkurrenceregler. Endelig har Domstolen

35. Med hensyn til det funktionelle element omhandler artikel 31 EF en situation, hvor de offentlige myndigheder gennem det omtalte organ eller den omtalte enhed kan udøve mærkbar indflydelse på samhandelen mellem medlemsstaterne²⁸. Det er herved ikke nødvendigt, at staten kontrollerer eller leder indførslen og udførslen. Det er nok, at den kan udøve indflydelse på samhandelen, selv om denne kun er indirekte²⁹. Det er desuden ikke nødvendigt, for at statens indflydelse kan anses for at være mærkbar, at den kontrollerer al indførsel eller udførsel. En stat, som har eneret til at indføre og forhandle produkter til at dække 65% af efterspørgslen på det indenlandske marked, har mulighed for mærkbart at påvirke indførslen af disse produkter fra andre medlemsstater³⁰.

18 — Dom af 23.4.1991, sag C-41/90, Höfner og Elser, Sml. I, s. 1979, præmis 21.

19 — Dette fremgår klart af den oprindelige franske ordlyd i artikel 31 EF, hvori ordene »monopole d'État« blev anvendt. I andre sproglige versioner af traktaten, f.eks. den engelske, er netop dette udtryk i øvrigt blevet bevaret (»State monopol«).

20 — Jf. bl.a. Bodson-dommen, præmis 13.

21 — Dommene af 23.10.1997 i sagen Kommissionen mod Italien, præmis 2, og i sagen Kommissionen mod Frankrig, præmis 3, samt dom af 23.10.1997, sag C-189/95, Franzén, Sml. I, s. 5909, præmis 15 (herefter »Franzén-dommen«).

22 — Jf. bl.a. dommen i sagen Kommissionen mod Nederlandene, præmis 2-4, og generaladvokat Roemers forslag til afgørelse i SAIL-sagen (dom af 21.3.1972, sag 82/71, Sml. 1972, s. 43, org.ref.: Rec. s. 119, på s. 145).

23 — Jf. herved dom af 16.12.1970, sag 13/70, Cinzano, Sml. 1970, s. 221, org.ref.: Rec. s. 1089, præmis 5, og generaladvokat Roemers forslag til afgørelse i SAIL-sagen, s. 43, org.ref.: Rec. s. 145.

24 — J.-E. De Cockborne, L. Defalque, C.-F. Durand, H. Prah og G. Vandersanden, *Commentaire J. Megret, Le droit de la CEE, volume 1, Préambule, Principes, Libre circulation des marchandises*, Éditions de l'université de Bruxelles, 2. udg., Bruxelles, 1992, s. 311, og F. Berrod, ovennævnte værk, punkt 6.

25 — Dom af 15.7.1964, sag 6/64, Costa mod Enel, Sml. 1954-1964, s. 531, org.ref.: Rec. s. 1141, på s. 1165, og punkt 4 i domskonklusionen.

26 — Dom af 30.4.1974, sag 155/73, Sacchi, Sml. s. 409, præmis 10, og af 11.9.2003, sag C-6/01, Anomar m.fl., Sml. I, s. 8621, præmis 59.

27 — Dom af 28.6.1983, sag 271/81, Société coopérative d'amélioration de l'élevage et d'insémination artificielle du Béarn, Sml. s. 2057, præmis 8-13, og af 7.12.1995, sag C-17/94, Gervais m.fl., Sml. I, s. 4353, præmis 35 og 37.

28 — Jf. bl.a. Bodson-dommen, præmis 13, dom af 27.4.1994, sag C-393/92, Almelo, Sml. I, s. 1477, præmis 29, og Banchemo-dommen, præmis 26.

29 — Cinzano-dommen, præmis 5.

30 — Dom af 13.12.1990, sag C-347/88, Kommissionen mod Grækenland, Sml. I, s. 4747, præmis 41.

36. I denne sag er det ubestridt, at Apoteket opfylder disse to betingelser.

B — *Forpligtelserne i henhold til artikel 31 EF*

37. For det første udøver Apoteket en økonomisk virksomhed i konkurrenceretlig forstand, eftersom det sælger varer på et givet marked, nærmere bestemt lægemiddelmarkedet. Det er også underlagt statens kontrol, eftersom det ejes af de svenske myndigheder, og dets ledelse består af politikere og statstjenestemænd. Endelig har det et lovbestemt monopol, eftersom dets eneret til den udøvede virksomhed er sikret ved loven af 1996³¹ og ved aftalen af 1996³².

38. For det andet har Apoteket eneret til detailhandel. Domstolen har allerede fastslået, at en sådan ret gjorde det muligt for en medlemsstat at øve mærkbar indflydelse på indførslen af det pågældende produkt fra andre medlemsstater³³.

39. Under disse omstændigheder udgør Apoteket et statsligt handelsmonopol i den i artikel 31 EF nævnte forstand. Det må derfor kontrolleres, om kravene i denne bestemmelse er til hinder for eksistensen eller den særlige udøvelse af den eneret til detailhandel, det er blevet tillagt.

40. Artikel 31 EF kræver ikke afskaffelse af de statslige handelsmonopoler³⁴. Den kræver kun, at disse monopoler tilpasses, således at enhver forskelsbehandling af medlemsstaternes statsborgere med hensyn til forsynings- og afsætningsvilkår for varer er udelukket³⁵.

41. En af vanskelighederne med artikel 31 EF skyldes, at begrebet »statsligt monopol« både anvendes om eneretten til at udøve en bestemt aktivitet (produktion, indførsel, afsætning), og om det organ, der er ansvarligt for at udøve denne eneret³⁶. Det er indlysende, at traktaten, på grund af artikel 295 EF³⁷, ikke kan pålægge en medlemsstat at afskaffe et organ, som har enerettigheder. Til gengæld har Domstolen fastslået, at den forpligtelse til tilpasning, som er fastsat i artikel 31 EF, kan indebære, at medlemsstaterne må afskaffe visse eksklusive rettigheder.

31 — Artikel 4.

32 — Artikel 1.

33 — Franzén-dommen, præmis 37 ff. Denne konklusion må også drages, hvis der sluttes modsætningsvis fra Banchero-dommen, præmis 29-31.

34 — Dommen i sagen Manghera m.fl., præmis 5.

35 — Samme præmis.

36 — J.-E. De Cockborne, L. Defalque, C.-F. Durand, H. Prah og G. Vandersanden, ovennævnte værk, s. 322.

37 — I denne artikel fastsættes følgende: »De ejendomsretlige ordninger i medlemsstaterne berøres ikke af denne traktat.«

42. Således fastslog Domstolen i dommen i sagen Manghera m.fl.³⁸, at en eneret til import af varer i sagens natur medførte en forskelsbehandling, som var forbudt efter artikel 31 EF, og at medlemsstaterne derfor skulle afskaffe disse rettigheder. På samme måde har Domstolen fastslået, at enerettigheder vedrørende eksport i sagens natur var i strid med artikel 31 EF og skulle afskaffes³⁹.

Jeg mener nemlig, i overensstemmelse med den herskende opfattelse i litteraturen⁴⁰, at afgørelsen i den pågældende sag ikke udgør en korrekt fortolkning af traktatens bestemmelser.

46. Før end jeg angiver årsagerne til, at jeg foreslår Domstolen at ændre holdning til Franzén-dommen, skal jeg kort redegøre for dommens indhold.

43. Spørgsmålet i den foreliggende sag er, om en eneret til detailhandel kan anses for at være forenelig med artikel 31 EF.

1) Indholdet i Franzén-dommen

44. Domstolen har allerede haft lejlighed til at tage stilling til dette spørgsmål i Franzén-dommen. Domstolen fastslog, at det monopol, sagen drejede sig om, var i overensstemmelse med artikel 31 EF, for så vidt som bestemmelserne om det og dets funktion ikke var diskriminerende og ikke stillede varer, der var importeret fra andre medlemsstater, ringere.

47. Franzén-sagen vedrørte monopolet på detailhandel med alkoholholdige drikkevarer i Sverige.

48. I denne stat var det fastsat ved lov, at produktion, engroshandel og import (hel eller delvis) af alkoholholdige drikkevarer krævede særlige tilladelser, som blev udstedt af Alkoholinspektionen. Desuden var det

45. I denne sag foreslår jeg imidlertid, at Domstolen ikke anvender Franzén-dommen.

38 — Præmis 12 og 13.

39 — Dom af 23.10.1997 i sagen Kommissionen mod Italien, præmis 24.

40 — Jf. bl.a. F. Berrod, notat om Franzén-dommen i *Europe*, januar 1998, s. 14 og 15; F. Blum, »De Sacchi à Franzén en passant par la Crespelle: jurisprudence récente de l'article 90« i *Gazette du Palais*, 1999, s. 1031-1043; J.L. Buendia Sierra, *Exclusive rights and state monopolies under EC Law*, Oxford University Press, Oxford, 1999, s. 102-104 (punkt 3.105-3.108) og s. 121 og 122 (punkt 3.169 og 3.170); P.J. Slot, notat om dommene af 23.10.1997, Franzén, Kommissionen mod Nederlandene, Kommissionen mod Italien, Kommissionen mod Frankrig og Kommissionen mod Spanien i *Common Market Law Review*, 1998, s. 1183-1203, samt J. Faull og A. Nikpay, *The EC law of competition*, Oxford University Press, Oxford, 1999, s. 309 (punkt 5.109).

fastsat i loven, at et statsligt selskab, der var stiftet til formålet, skulle have eneret til at drive detailhandel med vin, øl og spiritus. Dette selskab, Systembolaget Aktiebolag⁴¹, var fuldstændig ejet af den svenske stat.

dets funktion i forhold til traktatens artikel 37⁴³, mens de andre bestemmelser, der ikke vedrørte monopolets funktion, men alligevel havde betydning herfor, skulle undersøges på grundlag af traktatens artikel 30⁴⁴.

49. Under en straffesag mod Harry Franzén, havde en svensk ret stillet Domstolen flere spørgsmål med henblik på at få oplyst, om Systembolagets monopol var foreneligt med EF-traktatens artikel 30 og 37 (efter ændring nu artikel 28 EF og 31 EF).

52. Med hensyn til reglerne om monopolet og dets funktion udtalte Domstolen følgende:

50. Domstolen understregede indledningsvis, at spørgsmålene fra den nationale ret ikke alene vedrørte de nationale bestemmelser om det omtvistede monopol og dets funktion, men også mere generelt de bestemmelser, som ganske vist ikke regulerer monopolets funktion, men ikke desto mindre har direkte betydning herfor, nemlig reglerne om fremstillings- og engroshandelstilladelse⁴².

»39 Traktatens artikel 37 sigter [...] mod at forene medlemsstaternes mulighed for at opretholde visse handelsmonopoler som middel til at forfølge mål i almenhedens interesse med de krav, der følger af fællesmarkedets oprettelse og funktion. Den skal føre til, at hindringer for de frie varebevægelser afskaffes, dog med undtagelse af de begrænsninger af samhandelen, der er uløseligt forbundet med de pågældende monopoler.

51. Domstolen anførte derefter, at der på baggrund af dens praksis måtte foretages en undersøgelse af reglerne om monopolet og

40 Artikel 37 kræver således, at monopolet udformes og fungerer på en sådan måde, at enhver forskelsbehandling af medlemsstaternes statsborgere med hensyn til forsynings- og afsætningsvilkår er udelukket, idet handelen med varer fra andre medlemsstater hverken

41 — Herefter »Systembolaget«.

42 — Franzén-dommen, præmis 34.

43 — Samme dom, præmis 35.

44 — Samme dom, præmis 36.

retligt eller faktisk stilles ringere end handelen med indenlandske varer, ligesom der ikke må ske konkurrencefordrejning i forholdet mellem medlemsstaterne [...].

stigt. Under alle omstændigheder fandt Domstolen, at hvis dette skulle være tilfældet, var det berettiget på baggrund af de krav, der var forbundet med det omtvistede monopol og dets drift⁴⁸.

41. Det er i det foreliggende tilfælde ubestridt, at et statsligt monopol på detailhandel med alkoholholdige drikkevarer som det, der er givet Systembolaget, forfølger et mål i almenhedens interesse, idet det sigter mod at beskytte den offentlige sundhed mod alkoholens skadevirkninger.

54. Domstolen konkluderede følgende: »Et detailhandelsmonopol som det i hovedsagen omhandlede opfylder [...], ud fra de for Domstolen foreliggende oplysninger, de i nærværende doms præmis 39 og 40 nævnte betingelser for at være foreneligt med traktatens artikel 37«⁴⁹.

42. Det skal herefter undersøges, om et monopol af denne art er udformet på en sådan måde, at de ovenfor i præmis 39 og 40 anførte betingelser er opfyldt.«

53. Domstolen undersøgte således bestemmelserne om produktudvælgessystemet⁴⁵, monopolets salgsnet⁴⁶ og systemet til markedsføring af alkoholholdige drikkevarer⁴⁷. I hvert enkelt tilfælde fandt den, at de pågældende bestemmelser hverken var diskriminerende eller stillede produkter, der var importeret fra andre medlemsstater, ugun-

55. Med hensyn til de andre nationale bestemmelser, der havde betydning for monopolets funktion, fandt Domstolen, at de bestemmelser, der fastsatte, at import af alkoholholdige drikkevarer var forbeholdt indehavere af en tilladelse, udgjorde en hindring som omhandlet i Dassonville-sagen⁵⁰. Endvidere fandt den, at den svenske regering ikke havde godtgjort, at disse bestemmelser stod i rimeligt forhold til den forfulgte målsætning om at beskytte den offentlige sundhed⁵¹. Domstolen konkluderede, at de svenske bestemmelser om ordningen for import af alkoholholdige drikkevarer var i strid med EF-traktatens artikel 30 og 36 (efter ændring nu artikel 28 EF og 30 EF)⁵².

48 — Samme dom, præmis 49 og 59.

49 — Samme dom, præmis 66.

50 — Dom af 11.7.1974, sag 8/74, Dassonville, Sml. s. 837, præmis 5.

51 — Franzén-dommen, præmis 76.

52 — Franzén-dommen, præmis 77.

45 — Samme dom, præmis 43-52.

46 — Samme dom, præmis 53-57.

47 — Samme dom, præmis 58-65.

2) Gennemgang af Franzén-dommen

56. I overensstemmelse med den herskende opfattelse i litteraturen⁵³ mener jeg, at argumentationen i Franzén-dommen bygger på en ukorrekt fortolkning af artikel 31 EF. Efter min opfattelse rejser denne dom i det væsentlige tre rækker af problemer.

57. For det første foretog Domstolen en »opdeling« af det omtvistede monopol.

58. I sin tidligere retspraksis havde Domstolen ofte kun skullet træffe afgørelse angående et bestemt aspekt af et statsligt handelsmonopol. Dette aspekt kunne vedrøre opkrævningen af en told eller afgift på de indførte varer⁵⁴, salg af varer til en unormalt lav pris⁵⁵, et forbud mod destillation af indførte råstoffer⁵⁶, fastsættelsen af ensartede avancer⁵⁷ eller fastsættelsen af en salgspris på et andet niveau end det, der er fastsat af fabrikanter og importører⁵⁸. Det er klart, at Domstolen i disse forskellige sager begrænsede sin undersøgelse til det særlige

aspekt af monopollet, som var genstand for den for Domstolen indbragte tvist.

59. I alle andre sager foretog Domstolen imidlertid en samlet undersøgelse af det omhandlede monopol. I dommen i sagen Manghera m.fl.⁵⁹ undersøgte den således hele monopollet på indførsel af tobaksvarer i lyset af artikel 31 EF og ikke kun de forskellige regler om dette monopols funktion. I dommen i sagen Kommissionen mod Grækenland⁶⁰ fastslog Domstolen på samme måde, at den græske stats enerettigheder til indførsel af og handel med olieprodukter medførte en forskelsbehandling, som var forbudt efter artikel 31 EF. Det følger heraf, at når Domstolen får forelagt et spørgsmål, der omhandler foreneligheden af et statsligt handelsmonopol som helhed, foretager den en samlet undersøgelse af den eneret eller de enerettigheder, sagen drejer sig om.

60. I Franzén-sagen fraveg Domstolen imidlertid denne praksis, selv om et sådant spørgsmål udtrykkeligt var blevet forelagt den⁶¹. Som jeg har vist, adskilte Domstolen de forskellige regler om monopols funktion (produktudvælgessystem, salgsnet, markedsføring) og undersøgte i hvert enkelt

53 — Nævnt i fodnote 40 i dette forslag til afgørelse.

54 — Cinzano-dommen, præmis 1 og 2, og dom af 17.2.1976, sag 91/75, Miritz, Sml. s. 217, præmis 1 og 2.

55 — Hansen-dommen, præmis 12 og 13.

56 — Pereux II-dommen, præmis 3 og 4.

57 — Dom af 7.6.1983, sag 78/82, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 1955, præmis 5.

58 — Dom af 21.6.1983, sag 90/82, Kommissionen mod Frankrig, Sml. s. 2011, præmis 1.

59 — Præmis 9-13.

60 — Præmis 41-44.

61 — Den forelæggende ret spurgte således bl.a., om »[et] lovfæstet monopol som Systembolaget [var] foreneligt med Rom-traktatens artikel 30«, og om »et lovfæstet monopol som Systembolaget [stred] mod Rom-traktatens artikel 37«, Franzén-dommen, præmis 29.

tilfælde, om disse regler var diskriminerende eller stillede importerede produkter ugunstigt.

61. Det er et spørgsmål, om ikke denne fremgangsmåde har fået Domstolen til at undervurdere det omtvistede monopols indvirkning på samhandelen mellem medlemsstaterne. Det lader således til, at vurderingen af et monopols indvirkning på samhandelen mellem medlemsstaterne er forskellig, alt efter om der foretages en samlet undersøgelse eller flere delundersøgelser. Til forskel fra sidstnævnte fremgangsmåde tages der ved en samlet undersøgelse hensyn til de begrænsninger af varernes frie bevægelighed, som skyldes den kumulative effekt af de forskellige regler om monopolets funktion. Desuden var det på grundlag af en samlet analyse af Systembolagets monopol, at generaladvokat Elmer havde konkluderet, at dette monopol var egnet til alvorligt at hindre handelen inden for Fællesskabet⁶².

62. For det andet mener jeg, at Domstolen anlagde en snæver opfattelse af begrebet »forskelsbehandling«, som anvendes i artikel 31 EF.

63. Som det senere vil fremgå⁶³, forbyder artikel 31 EF ikke kun forskelsbehandling af

produkter fra andre medlemsstater. Denne bestemmelse forbyder især forskelsbehandling af medlemsstaternes *statsborgere* med hensyn til forsynings- og afsætningsvilkår for varer. Artikel 31 EF skal således sikre, at erhvervsdrivende, der er etableret i de andre medlemsstater, har mulighed for at tilbyde deres varer til de kunder, de ønsker, i den medlemsstat, hvor monoopolet findes. Omvendt skal bestemmelsen gøre det muligt for forbrugerne i den medlemsstat, hvor monoopolet findes, at anskaffe varer fra de erhvervsdrivende, de ønsker, i de andre medlemsstater. Artikel 31 EF skal altså ikke blot beskytte de frie varebevægelser som sådanne: Den skal frem for alt beskytte de erhvervsdrivende, som deltager i disse frie varebevægelser⁶⁴.

64. Som en juridisk forfatter har påpeget⁶⁵, omfatter begrebet »forskelsbehandling« i denne særlige betydning mere end forskelsbehandling af produkter. For afskaffelse af enerettigheder er det ikke nødvendigt at fjerne forskelsbehandling af *produkter*. For at være foreneligt med dette krav er det tilstrækkeligt, at monoopolet behandler indenlandske og udenlandske produkter på samme (ikke-diskriminerende) måde. Til gengæld kan afskaffelse af forskelsbehandling af medlemsstaternes *statsborgere* kræve, at enerettigheder afskaffes, fordi det forhold, at uøvelsen af en økonomisk virksomhed

62 — Forslag til afgørelse i Franzén-sagen (punkt 74-103).

63 — Punkt 84-95 i nærværende forslag til afgørelse.

64 — Generaladvokat Elmers forslag til afgørelse i Franzén-sagen, punkt 68.

65 — J.L. Buendia Sierra, ovennævnte værk, s. 102 og 103 (punkt 3.103-3.108).

forbeholdes en indenlandsk erhvervsdrivende, direkte kan påvirke forsynings- og afsætningsvilkårene for de erhvervsdrivende, der er etableret i de andre medlemsstater. Som det senere vil fremgå⁶⁶, har Domstolen anvendt denne særlige betydning af begrebet »forskelsbehandling« i sin retspraksis. Den har således krævet afskaffelse af enerettigheder uden så meget som at undersøge, om det pågældende monopol sikrede ensartet behandling af indenlandske og importerede produkter⁶⁷.

65. Men i Franzén-dommen fraveg Domstolen denne retspraksis.

66. Den begrænsede i bund og grund sin analyse til spørgsmålet om forskelsbehandling af medlemsstaternes *produkter*. Som jeg har anført, kontrollerede Domstolen således for hver enkelt regel om monolets funktion (produktudvælgessystem, salgsnet, markedsføring), at de relevante bestemmelser blev anvendt uafhængigt af produkternes oprindelse, og at de ikke stillede produkter, der var importeret fra andre medlemsstater, ugunstigt. Domstolen byggede dermed sin undersøgelse på en snæver opfattelse af begrebet »forskelsbehandling« i den i artikel 31 EF nævnte forstand.

66 — Punkt 89-94 i nærværende forslag til afgørelse.

67 — Jf. især dommen i sagen Manghera m.fl., præmis 13.

67. I den forbindelse kunne man tro, at Franzén-dommen indebar en ændring i forhold til den tidligere retspraksis, og at Domstolen dermed lagde op til en ændret fortolkning af artikel 31 EF. Denne teori afkræftes imidlertid af det forhold, at Domstolen, samme dag som den afsagde Franzén-dommen, afsagde tre andre domme, hvori den traditionelle fortolkning af begrebet »forskelsbehandling« blev anvendt.

68. I de ovennævnte domme i sagerne Kommissionen mod Nederlandene⁶⁸, Kommissionen mod Italien⁶⁹ og Kommissionen mod Frankrig⁷⁰, som også blev afsagt den 23. oktober 1997, fastslog Domstolen, at eksistensen i en medlemsstat af enerettigheder til import og eksport af gas og elektricitet medførte en forskelsbehandling i forhold til *erhvervsdrivende*, der var hjemmehørende i de andre medlemsstater, og at en sådan forskelsbehandling var forbudt efter artikel 31 EF. Domstolen tilføjede, at dette var tilfældet, selv om det pågældende monopol sikrede ensartet (ikke-diskriminerende) behandling af indenlandske og importerede produkter⁷¹. I overensstemmelse med sin traditionelle praksis krævede Domstolen derfor, at de omtvistede enerettigheder skulle afskaffes.

69. Som det er blevet påpeget i litteraturen⁷², er det vanskeligt at forstå, hvorfor

68 — Præmis 21-23.

69 — Præmis 22-24.

70 — Præmis 32-34.

71 — Dommen i sagen Kommissionen mod Nederlandene, præmis 21-23.

72 — Jf. bl.a. F. Berrod, notat om Franzén-dommen, s. 14, F. Blum, ovennævnte værk, s. 1036 og 1037, og J.L. Buendia Sierra, ovennævnte værk, s. 103 og 104 (punkt 3.108) og s. 121 og 122 (punkt 3.170 og 3.171).

Domstolen anvendte to forskellige metoder i to serier af domme, som blev afsagt samme dag af samme dommerkollegium (Domstolens Plenum).

70. Det tredje problem i forbindelse med Franzén-dommen vedrører begrundelsen for foranstaltninger, som er i strid med artikel 31 EF.

71. Spørgsmålet om begrundelse for foranstaltninger, som er i strid med artikel 31 EF, er et kontroversielt spørgsmål, som jeg skal vende tilbage til⁷³. Her skal jeg imidlertid understrege, at Domstolen i dommen af 10. juli 1984 i sagen *Campus Oil m.fl.*⁷⁴ fastslog, at EF-traktatens artikel 90, nr. 2 (nu artikel 86, nr. 2, EF), ikke fritog en medlemsstat, der havde overdraget det til en virksomhed at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, fra forbuddet mod at træffe foranstaltninger, der i strid med traktatens artikel 30 hindrer indførsler. I dommen i sagen *Kommissionen mod Grækenland*⁷⁵ fastslog Domstolen desuden, i modsætning til det af den græske regering anførte, at opretholdelsen af enerettighederne med hensyn til import af og handel med mineralolieprodukter ikke kunne begrundes i hensynet til den offentlige sikkerhed i den i traktatens artikel 36 nævnte forstand.

72. På grundlag af disse domme konkluderede Kommissionen, at artikel 86, nr. 2, EF ikke kunne påberåbes med henblik på at begrunde en foranstaltning, som var i strid med artikel 31 EF, og at kun artikel 30 EF kunne tjene som grundlag for en sådan begrundelse⁷⁶.

73. I Franzén-dommen fraveg Domstolen denne praksis. Domstolen åbnede en anden mulighed for begrundelse ved at indføre en slags »rule of reason« i artikel 31, nr. 1, EF.

74. I præmis 39 i Franzén-dommen fastslog Domstolen således, at artikel 31 EF gør det muligt »at forene medlemsstaternes mulighed for at opretholde visse handelsmonopoler som middel til at *forfølge mål i almenhedens interesse* med de krav, der følger af fællesmarkedets oprettelse og funktion. Den skal føre til, at hindringer for de frie varebevægelser afskaffes, dog med undtagelse af de begrænsninger af samhandelen, der er uløseligt forbundet med de pågældende monopoler«⁷⁷.

75. Efterfølgende fastslog Domstolen, at det monopol, der var givet Systembolaget, faktisk forfulgte et mål i almenhedens interesse,

73 — Punkt 124-133 i nærværende forslag til afgørelse.

74 — Sag 72/83, Sml. s. 2727, præmis 19.

75 — Præmis 47-49.

76 — Jf. dommene af 23.10.1997 i sagerne *Kommissionen mod Nederlandene*, præmis 26, *Kommissionen mod Italien*, præmis 35, og *Kommissionen mod Frankrig*, præmis 43, samt generaladvokat Cosmas' forslag til afgørelse i disse sager, punkt 87.

77 — Mine fremhævelser.

idet det sigtede mod at beskytte den offentlige sundhed mod alkoholens skadevirkninger⁷⁸. Derefter kontrollerede Domstolen, at bestemmelserne om monopolets udformning og funktion ikke indebar begrænsninger af de frie varebevægelser, eller at disse begrænsninger ikke gik ud over det, der er uløseligt forbundet med det forhold, at der »findes«⁷⁹ et statsligt handelsmonopol, eller forbundet med monopolets »drift«⁸⁰.

76. Domstolen udviklede denne argumentation og opstillede herved to principper:

- for det første tillader artikel 31 EF, at medlemsstaterne opretholder et statsligt handelsmonopol, forudsat at dette monopol forfølger et mål i almenhedens interesse, og
- for det andet, hvis monopolet forfølger et sådant mål, forbyder artikel 31 EF ikke de begrænsninger af de frie varebevægelser, som er »uløseligt forbundet« med dette monopol, det vil sige de begrænsninger, som ikke går ud over det, der er nødvendigt for at nå det tilsigtede mål.

77. Disse to principper har imidlertid ikke hjemmel i artikel 31 EF.

78. For det første kræver artikel 31 EF ikke, at en medlemsstat, som ønsker at opretholde et statsligt monopol, skal vise, at dette monopol forfølger et mål i almenhedens interesse⁸¹. Efter ordlyden kræver denne bestemmelse kun, at medlemsstaterne tilpasser deres statslige monopoler, således at forskelsbehandling af medlemsstaternes statsborgere med hensyn til forsynings- og afsætningsvilkår for varer er udelukket. Når medlemsstaterne først har foretaget en sådan tilpasning, tillader artikel 31 EF uden yderligere betingelser, at de opretholder deres monopoler.

79. Spørgsmålet om, hvorvidt monopolet forfølger et mål i almenhedens interesse, vedrører i virkeligheden *begrundelsen* for en eneret, når denne viser sig at være i strid med artikel 31 EF. Dette krav stilles således i de to bestemmelser, der kan fremføres som begrundelse for at opretholde enerettigheder, som er i strid med artikel 31 EF, nemlig artikel 30 EF (med henvisning til hensynet til den offentlige sædelighed, den offentlige orden, den offentlige sikkerhed og den offentlige sundhed) og artikel 86, nr. 2, EF (med henvisning til begrebet »tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse«). Spørgs-

78 — Franzén-dommen, præmis 41.

79 — Præmis 49.

80 — Præmis 59.

81 — Dette er også den holdning, Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber har givet udtryk for i sit svar på det skriftlige spørgsmål, som Domstolen stillede vedrørende dette punkt i den foreliggende sag (jf. skriftligt svar af 10.12.2003, punkt 1-4).

målet om det mål, monopolet forfølger, henhører således ikke under artikel 31 EF, men under traktatens undtagelsesbestemmelser.

som senest blev stadfæstet i dommene af 23. oktober 1997 i sagerne Kommissionen mod Nederlandene, Kommissionen mod Italien og Kommissionen mod Frankrig.

80. Dernæst skal jeg anføre, at Domstolen allerede har fastslået, at artikel 31, nr. 1, EF indeholder »en præcis forpligtelse, hvortil der ikke er knyttet noget forbehold«⁸². I denne bestemmelse fastsættes, at de statslige monopoler skal tilpasses således, at »enhver forskelsbehandling«⁸³ af medlemsstaternes statsborgere »er udelukket«⁸⁴. I modsætning til det princip, der blev opstillet i Franzén-dommen, indeholder artikel 31 EF således ingen forbehold eller undtagelser vedrørende de begrænsninger af de frie varebevægelser, som er uløseligt forbundet med et statsligt monopol eller står i et rimeligt forhold til det mål, monopolet forfølger. Også i disse tilfælde skal undtagelser fra det princip, der er opstillet i artikel 31 EF, baseres på traktatens undtagelsesbestemmelser, nærmere bestemt artikel 30 EF og/eller artikel 86, nr. 2, EF.

3) Omstændighederne i hovedsagen

82. Eftersom jeg foreslår at fravige den fortolkning, som blev anvendt i Franzén-dommen, skal det undersøges, om Apotekets eneret til detailhandel medfører en »forskelsbehandling«, som er forbudt efter artikel 31 EF.

83. På baggrund af hidtidig retspraksis forekommer det mig, at begrebet »forskelsbehandling« i artikel 31 EF omfatter flere kategorier af foranstaltninger.

81. På baggrund af samtlige omtalte forhold foreslår jeg, at Domstolen ikke anvender Franzén-dommen i denne sag. Jeg foreslår, at den anvender sin traditionelle retspraksis,

82 — Miritz-dommen, præmis 11.

83 — Jf. bl.a. dommen i sagen Manghera m.fl., præmis 5, Miritz-dommen, præmis 7, dommene af 23.10.1997 i sagen Kommissionen mod Nederlandene, præmis 14, i sagen Kommissionen mod Italien, præmis 22, og i sagen Kommissionen mod Frankrig, præmis 32.

84 — Jf. bl.a. Hansen-dommen, præmis 16, Peureux II-dommen, præmis 27, dom af 7.6.1983, Kommissionen mod Italien, præmis 21, og Banchemo-dommen, præmis 27.

84. For det første er det klart, at dette begreb omfatter enhver forskel i behandlingen af indenlandske produkter og produkter fra andre medlemsstater. I sine første domme fastslog Domstolen, at der ikke forelå forskelsbehandling i den i artikel 31 EF nævnte forstand, »når det indførte produkt er undergivet samme vilkår som det tilsvarende

indenlandske, som er underlagt monopol⁸⁵. Forskelsbehandlingen kan således skyldes en importafgift, som medfører, at importerede produkter pålægges større afgifter end lignende indenlandske produkter⁸⁶; den kan skyldes, at kun importerede produkter pålægges bidrag til monopolomkostningerne, selv om det sker i form af en skat⁸⁷; den kan skyldes et destilleringsforbud, som kun rammer importerede råvarer⁸⁸, eller en afgift, som kun rammer importerede produkter, med henblik på at kompensere for forskellen mellem salgsprisen i oprindelsesmedlemsstaten og den salgspris, monopolbetaler indenlandske producenter for det tilsvarende produkt⁸⁹.

artikel 31 EF. På samme måde undersøgte Domstolen i dommen af 7. juni 1983 i sagen Kommissionen mod Italien⁹¹, efter at have konstateret, at den omtvistede foranstaltning gjaldt uden forskel for importerede og indenlandske varer, om den omtvistede ordning ikke desto mindre virkede diskriminerende i den i artikel 31 EF nævnte forstand.

86. Heraf følger, at begrebet »forskelsbehandling« i artikel 31 EF omfatter alle hindringer for de frie varebevægelser⁹². Disse hindringer kan tage forskellige former såsom told og afgifter med tilsvarende virkning i den i artikel 25 EF nævnte forstand⁹³, kvantitative restriktioner og foranstaltninger med tilsvarende virkning i den i artikel 28 EF nævnte forstand⁹⁴ og diskriminerende interne afgifter i den i artikel 90 EF nævnte forstand⁹⁵.

85. Begrebet »forskelsbehandling« omfatter ligeledes de foranstaltninger, der gælder uden forskel, men hindrer samhandelen mellem medlemsstaterne. Domstolen fastslog således i dommen af 21. juni 1983 i sagen Kommissionen mod Frankrig⁹⁰, at det forhold, at et statsligt monopol fastsatte detailsalgsprisen for tobak på et andet niveau end det, der var fastsat af fabrikanter og importører, ikke blot udgjorde en hindring, som var i strid med artikel 28 EF, men også en forskelsbehandling, som var forbudt efter

87. Det lader imidlertid til, at artikel 31 EF har et større anvendelsesområde end traktatens bestemmelser om de frie varebevæ-

85 — Cinzano-dommen, præmis 9, og dom af 17.2.1976, sag 45/75, ReweZentrale, Sml. s. 181, præmis 27.

86 — Cinzano-dommen, præmis 9.

87 — ReweZentrale-dommen, præmis 26.

88 — Peureux II-dommen, præmis 32.

89 — Miritz-dommen, præmis 12.

90 — Præmis 27.

91 — Præmis 12-18.

92 — Jf. herved også generaladvokat Rozès' forslag til afgørelse i sagen Kommissionen mod Italien (dom af 7.6.1983), punkt III. B, og generaladvokat Cosmas' forslag til afgørelse i sagerne Kommissionen mod Nederlandene, Kommissionen mod Italien og Kommissionen mod Frankrig (domme af 23.10.1997), punkt 25. Jf. i litteraturen bl.a. R. Kovar, notat om dommene af 13.3.1979 i sagerne Peureux I (sag 86/78, Sml. s. 897), Hansen og Peureux II i *Journal du droit international*, 1981, s. 125-132 (s. 127), og A. Pappalardo, »La position des monopoles publics par rapport aux monopoles privés«, i *La réglementation du comportement des monopoles et entreprises dominantes en droit communautaire*, Collège d'Europe, Bruges, 1977, s. 538-558 (s. 554 og 555).

93 — Miritz-dommen, præmis 8.

94 — Dommen i sagen Manghera m.fl., præmis 9, og Peureux II-dommen, præmis 32.

95 — ReweZentrale-dommen, præmis 26, og Peureux I-dommen, præmis 30 og 31.

geler. Som anført forbyder artikel 31 EF ikke kun forskelsbehandling af *produkter* fra andre medlemsstater. Den forbyder især forskelsbehandling af medlemsstaternes *statsborgere* med hensyn til forsynings- og afsætningsvilkår for varer. Artikel 31 EF skal således sikre, at erhvervsdrivende, der er etableret i de andre medlemsstater, har mulighed for at tilbyde deres varer til de kunder, de ønsker, i den pågældende medlemsstat. Omvendt skal bestemmelsen gøre det muligt for forbrugerne i den pågældende medlemsstat at anskaffe varer fra de erhvervsdrivende, de ønsker, i de andre medlemsstater⁹⁶.

vende, direkte kan påvirke forsynings- og afsætningsvilkårene for de erhvervsdrivende, der er etableret i de andre medlemsstater.

89. Domstolen har flere gange anvendt denne særlige betydning af begrebet »forskelsbehandling« i sin praksis.

90. Således fastslog Domstolen i dommen i sagen Manghera m.fl.⁹⁷, at en eneret til import af varer i sagens natur medførte en forskelsbehandling i forhold til Fællesskabets eksportører, og at de statslige monopoler derfor skulle tilpasses med henblik på at udelukke denne type rettigheder. Domstolen nåede frem til denne konklusion uden at undersøge, om det pågældende monopol behandlede indenlandske og importerede produkter ens.

91. I dommen i sagen Kommissionen mod Grækenland⁹⁸ fastslog Domstolen på samme måde, at den græske stats enerettigheder, for så vidt angår indførsel af og handel med olieprodukter, medførte en forskelsbehandling i forhold til eksportører, der var hjemmehørende i andre medlemsstater. Det havde vist sig, at disse rettigheder skulle sikre afsætningsmulighederne for den offentlige

96 — Jf. herved også J.-E. De Cockborne, L. Defalque, C.-F. Durand, H. Prah og G. Vandersanden, ovennævnte værk, s. 312.

97 — Præmis 12 og 13.

98 — Præmis 44.

sektors raffinaderiers produktion⁹⁹, og at forhandlerselskaber, der var hjemmehørende i Grækenland, derfor fratoges muligheden for at foretage indkøb hos virksomheder i de andre medlemsstater¹⁰⁰.

92. I de ovennævnte sager Société coopérative d'amélioration de l'élevage et d'insémination artificielle du Béarn¹⁰¹ og Gervais m. fl.¹⁰² tog Domstolen stilling til et tjenesteydelsesmonopol vedrørende inseminering af kvæg. Den fastslog, at et tjenesteydelsesmonopol ikke var omfattet af artikel 31 EF's anvendelsesområde, medmindre dette monopol tilsidesatte princippet om frie varebevægelser ved at diskriminere indførte varer til fordel for indenlandske varer. Domstolen fastslog, at dette ikke var tilfældet, når opdrætterne frit kunne anmode det insemineringscenter, som de hørte under, om at skaffe sæd fra et produktionscenter efter deres eget valg, enten i den pågældende medlemsstat eller i udlandet.

93. Endelig anvendte Domstolen klart denne særlige betydning af begrebet »forskelsbehandling« i de ovennævnte domme af 23. oktober 1997 i sagerne Kommissionen mod Nederlandene, Kommissionen mod Italien og Kommissionen mod Frankrig. I disse domme bekræftede den, at enerettigheder vedrørende import i sagens natur

medførte en forskelsbehandling i forhold til eksportører, der var hjemmehørende i de andre medlemsstater, da det kun er »afsætningsvilkårene for andre medlemsstaters erhvervsdrivende og leverandører, der påvirkes direkte af sådanne rettigheder«¹⁰³. På samme måde fastslog Domstolen, at »enerettigheder vedrørende eksport i sagens natur [medfører] en forskelsbehandling over for importører, der er hjemmehørende i andre medlemsstater, da denne eneret kun berører forsyningsvilkårene for de erhvervsdrivende eller forbrugerne i de andre medlemsstater«¹⁰⁴.

94. Med hensyn til enerettigheder til import havde den nederlandske regering i en af disse sager gjort gældende, at artikel 31 EF kun forbød en diskriminerende udøvelse af disse rettigheder og ikke det blotte forhold, at de bestod¹⁰⁵. Domstolen afviste klart dette argument, idet den anførte, at »[den] frie bevægelighed [for varer] hindres [...] som følge af selve det forhold, at der består enerettigheder til import i en medlemsstat, eftersom de andre medlemsstaters erhvervsdrivende dermed fratages muligheden for at tilbyde deres produkter til kunder i den pågældende medlemsstat, som de selv vælger«¹⁰⁶.

99 — Dommen i sagen Kommissionen mod Grækenland, præmis 43.

100 — Sammenlign, præmis 38.

101 — Præmis 12 og 13.

102 — Præmis 36 og 37.

103 — Dommene af 23.10.1997 i sagen Kommissionen mod Nederlandene, præmis 15, i sagen Kommissionen mod Italien, præmis 23, og i sagen Kommissionen mod Frankrig, præmis 33.

104 — Dommene af 23.10.1997 i sagen Kommissionen mod Italien, præmis 24, og i sagen Kommissionen mod Frankrig, præmis 34.

105 — Dommen i sagen Kommissionen mod Nederlandene, præmis 21.

106 — Sammenlign, præmis 23.

95. Heraf følger, at begrebet »forskelsbehandling« i artikel 31 EF har en bredere betydning end begrebet »forskelsbehandling« i traktatens øvrige bestemmelser om de frie varebevægelser. Dette begreb skal ikke blot sikre, at produkter fra andre medlemsstater kan få adgang til markedet i den pågældende medlemsstat. Det skal først og fremmest sikre adgang for erhvervsdrivende, som er hjemmehørende i de andre medlemsstater. Det afgørende kriterium er herved, at erhvervsdrivende, der er etableret i de andre medlemsstater, har mulighed for at tilbyde deres varer til de kunder, de ønsker, i den pågældende medlemsstat, og omvendt, at forbrugerne i den pågældende medlemsstat har mulighed for at anskaffe varer fra de erhvervsdrivende, de ønsker, i de andre medlemsstater¹⁰⁷.

96. I lyset af denne særlige betydning af begrebet »forskelsbehandling« skal jeg nu undersøge, om en eneret til detailhandel — som den, Apoteket har fået — ligeledes i sagens natur er i strid med artikel 31 EF.

97. Indledningsvis må der sondres mellem en eneret til detailhandel og en »tilladelses-

ordning«, dvs. en ordning, som indebærer, at detailhandel med bestemte varer er forbeholdt forhandlere med en administrativ tilladelse.

98. Som generaladvokat Elmer påpegede¹⁰⁸, udgør en tilladelsesordning ikke et monopol i økonomisk forstand. Der er tale om et »åbent« system, hvor alle de erhvervsdrivende, der opfylder lovens betingelser, har tilladelse til at forhandle en given vare. En tilladelsesordning forudsætter således generelt, at der findes et stort antal forhandlere (ca. 76 000 detailhandlere i Banchero-sagen), som frit køber ind hos de erhvervsdrivende, de ønsker. Det var på grund af disse kendetegn, Domstolen fastslog¹⁰⁹, at en tilladelsesordning, som ikke påvirker markedsføringen af produkter fra de andre medlemsstater anderledes end markedsføringen af de indenlandske produkter, udgør en »form for salg« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i Keck og Mithouard-dommen¹¹⁰, og dermed falder uden for anvendelsesområdet for artikel 28 EF¹¹¹.

99. Til gengæld er en eneret til detailhandel et egentligt monopol i økonomisk forstand. Der er tale om et »lukket« system, hvor kun

107 — Det skal imidlertid bemærkes, at Domstolen i dommen af 19.3.1991 i sag C-202/88, Frankrig mod Kommissionen, Sml. I, s. 1223, præmis 33-36, anvendte et lignende kriterium i forbindelse med artikel 28 EF. Domstolen fastslog, at »så længe der eksisterer eksklusive rettigheder vedrørende import og afsætning, har de erhvervsdrivende ingen mulighed for at få forbrugerne til at købe deres produkter«, og at disse rettigheder »derfor [kan] hindre samhandelen inden for Fællesskabet« som omhandlet i Dassonville-sagen. Domstolen har imidlertid endnu ikke bekræftet denne fortolkning af artikel 28 EF.

108 — Forslag til afgørelse i Franzén-sagen, punkt 84 og 87.

109 — Jf. dom af 29.6.1990, sag C-391/92, Kommissionen mod Grækenland, Sml. I, s. 1621, og Banchero-dommen.

110 — Dom af 24.11.1993, forenede sager C-267/91 og C-268/91, Sml. I, s. 6097.

111 — Jf. sager vedrørende apoteksmonopoler, som ligger for Keck og Mithouard-dommen: dom af 21.3.1991, sag C-369/88, Delattre, Sml. I, s. 1487, og af 21.3.1991, sag C-60/89, Montell og Samami, Sml. I, s. 1547.

én erhvervsdrivende — i det foreliggende tilfælde staten eller et statskontrolleret organ — kan forhandle den pågældende vare.

100. For så vidt angår indvirkningen på samhandelen mellem medlemsstaterne, har en eneret til detailhandel de samme kendetegn som en eneret til import¹¹².

101. En eneret til detailhandel medfører således nødvendigvis en centralisering af samtlige indkøb af varer til detailforhandling. Et organ som Apoteket, der har monopol på detailhandel med en vare, er ikke kun den eneste forhandler af denne vare i den pågældende medlemsstat, men også den eneste *køber* af varen i denne stat. Producenter og grossister kan i sidste ende kun henvende sig til én erhvervsdrivende (Apoteket) for at få solgt deres produkter til forbrugerne.

102. Under disse omstændigheder er det klart, at et statsligt monopol på detailhandel, ligesom et statsligt monopol på import, giver mulighed for at afgøre, hvilke produkter der skal markedsføres på markedet i den pågældende medlemsstat. Herved gælder, at enten får produktet adgang til mono­polets salgsnet, og i så fald bliver det solgt i den pågældende medlemsstat, eller også får det ikke adgang

til mono­polets salgsnet, og i så fald er det *fuldstændig* udelukket fra det pågældende marked. Indehaveren af en eneret til detailhandel kan således afgøre, hvilke produkter der får adgang til markedet i den pågældende medlemsstat. Han kan således bestemme størrelsen af importen fra de andre medlemsstater lige så effektivt som indehaveren af en eneret til import¹¹³.

103. Denne konklusion bekræftes i denne sag af sagens akter.

104. Stockholms tingsrätt har påpeget, at Apoteket i henhold til aftalen af 1996 selv afgør, hvilke receptfri lægemidler det ønsker at markedsføre¹¹⁴. Stockholms tingsrätt har således præciseret, at »[p]roducenter af receptfri og i andre lande godkendte lægemidler *ikke [har] en ret til at få disse produkter forhandlet i Sverige af Apoteket*«¹¹⁵. Med hensyn til håndkøbsudsalgene har den forelæggende ret anført, at Apoteket ejer disses lægemiddellagre, og at »[s]orti-

112 — Jf. herved også generaladvokat Elmers forslag til afgørelse i Franzén-sagen, punkt 80-97.

113 — Jf. herved også J.L. Buendia Sierra, ovennævnte værk, s. 119 og 121 (punkt 3.162 og 3.168).

114 — Forelæggelseskendelsen, s. 9.

115 — Sammesteds (min fremhævelse).

mentet besluttes af apotekchefen i samråd med det lokale sundhedsvæsen¹¹⁶. Heraf følger, at Apoteket kan afgøre, hvilke produkter der bliver solgt af dets salgsnet og dermed får adgang til det svenske marked¹¹⁷.

106. Domstolens praksis indeholder i øvrigt flere forhold, der bekræfter denne analyse¹¹⁸.

105. Under disse omstændigheder mener jeg, at en eneret til detailhandel, for så vidt angår indvirkningen på samhandelen mellem medlemsstaterne, har de samme kendetegn som en eneret til import. En eneret til detailhandel er derfor også i sagens natur i strid med artikel 31 EF.

107. I dommen i sagen Frankrig mod Kommissionen fastslog Domstolen således, selv om den henviste til en anden bestemmelse end artikel 31 EF, at en eneret til afsætning var uforenelig med traktatens bestemmelser om de frie varebevægelser. Domstolen fastslog for så vidt angik eksklusive rettigheder vedrørende import og afsætning inden for teleterminalsektoren følgende:

»34 [...] så længe der eksisterer eksklusive rettigheder vedrørende import og afsætning, har de erhvervsdrivende ingen mulighed for at få forbrugerne til at købe deres produkter.

116 — Sammenlign.

117 — Under den mundtlige forhandling har den svenske regering anfægtet denne konklusion. Regeringen har anført, at Apoteket i henhold til aftalen af 1996 er forpligtet til at levere alle de lægemidler, der er godkendt til afsætning. Regeringen har herved henvist til § 5 i aftalen, hvori det fastsættes, at »[d]et påhviler [Apoteket] snarest muligt at anskaffe og levere de lægemidler, der er omfattet af ordningen med medicintilskud, og de foreskrevne forbrugsartikler. [Apoteket] skal også være i stand til at levere dels de andre lægemidler, der er omfattet af dets eneret til detailhandel, dels naturlægemidler«. Efter min mening kan den svenske regerings argument ikke godtages. For det første modsiges det af de oplysninger, Domstolen har fået forelagt af den forelæggende ret, der som bekendt er den eneste, der har kompetence til at beskrive de faktiske omstændigheder og den nationale lovgivning i forbindelse med en præjudiciel procedure (jf., som et nyligt eksempel på fast retspraksis, dom af 30.3.2004, sag C-147/02, Alabaster, Sml. I, s. 3101, præmis 52). Dertil kommer, som Kommissionen har påpeget i sit skriftlige indlæg (punkt 89-100), at reglerne om Apotekets funktion og udformning, herunder § 5 i aftalen af 1996, ikke fastsætter et præcist, objektivt og gennemsigtigt kriterium, for så vidt angår udvælgelse og afsætning af produkter. Apoteket har således et vidt skøn, når det skal afgøre, hvilke produkter der skal markedsføres af dets salgsnet og dermed have adgang til det svenske marked.

35 [Desuden] kendetegnes terminalsektoren af mange forskellige produkter med forskellige tekniske egenskaber med de begrænsninger, der følger heraf. Under disse omstændigheder er det ikke godtgjort, at monopolindehaveren er i stand til at tilbyde hele skalaen af eksisterende modeller på markedet og at informere

118 — Jf., foruden de forhold, der er nævnt i punkt 107-109 i dette forslag til afgørelse, dommen af 13.12.1990 i sagen Kommissionen mod Grækenland, præmis 41 og 44, og analysen heraf hos J.-E. De Cockborne, L. Defalque, C.-F. Durand, H. Prahil og G. Vandersanden, ovennævnte værk, s. 328 og 329, samt Banchemo-dommen og generaladvokat Elmers gennemgang heraf i sit forslag til afgørelse i Franzén-sagen, punkt 82.

kunderne om samtlige terminalers opbygning og funktion samt at garantere deres kvalitet.

- 36 Eksklusive rettigheder vedrørende import og afsætning på teleterminalområdet kan derfor hindre samhandelen inden for Fællesskabet [i den i artikel 31 EF nævnte forstand].«¹¹⁹.

108. Argumentationen i dommene af 23. oktober 1997 i sagerne Kommissionen mod Nederlandene, Kommissionen mod Italien og Kommissionen mod Frankrig om enerettigheder til import kan desuden fuldt ud overføres på et statsligt monopol på detailhandel.

109. Det kan således konstateres med hensyn til enerettigheder til detailhandel, at det ligesom med hensyn til enerettigheder til import »kun [er] afsætningsvilkårene for andre medlemsstaters erhvervsdrivende og leverandører, der påvirkes direkte af sådanne rettigheder«¹²⁰. Det kan af samme grund heller ikke hævdes, at det kun er den diskriminerende udøvelse af enerettighederne til detailhandel, der er i strid med artikel 31 EF, for »[s]åfremt der i en

medlemsstat er [sådanne] enerettigheder [...], har erhvervsdrivende fra andre medlemsstater ikke mulighed for at tilbyde deres varer til forbrugerne i den pågældende medlemsstat, som de selv har valgt«¹²¹. Endelig er det klart, at en eneret til detailhandel, ligesom en eneret til import, »hindrer de potentielle kunder i [den pågældende medlemsstat] i frit at vælge deres kilder til forsyning med [den pågældende vare] hidrørende fra andre medlemsstater«¹²².

110. Under disse omstændigheder mener jeg, at også en eneret til detailhandel medfører en forskelsbehandling i forhold til erhvervsdrivende, der er hjemmehørende i de andre medlemsstater, samt i forhold til forbrugerne i den pågældende medlemsstat.

111. Det forhold, at Apotekets eneret i denne sag ikke omfatter import af og engroshandel med lægemidler, ændrer ikke denne konklusion. Som bekendt var et af kendetegnene ved sagen Frankrig mod Kommissionen, at det omhandlede organ både havde eneret til import og eneret til afsætning. Spørgsmålet kan derfor rejses, om denne omstændighed ikke modificerer bedømmelsen af, om en eneret til detailhandel er forenelig med artikel 31 EF.

119 — Jf. herved også Banchero-dommen og generaladvokat Elmers forslag til afgørelse i Franzén-sagen, punkt 82.

120 — Dommene af 23.10.1997 i sagen Kommissionen mod Nederlandene, præmis 15, i sagen Kommissionen mod Italien, præmis 23, og i sagen Kommissionen mod Frankrig, præmis 33.

121 — Dommen af 23.10.1997 i sagen Kommissionen mod Frankrig, præmis 40, jf. herved også dommen i sagen Kommissionen mod Nederlandene, præmis 23.

122 — Dommen i sagen Kommissionen mod Nederlandene, præmis 10 (jf. også præmis 16 og 17).

112. Som generaladvokat Elmer påpegede¹²³, er en sådan sondring (mellem indehavelse af flere enerettigheder og en situation, hvor der kun findes en eneret til detailhandel) et rent teoretisk ræsonnement.

113. Den økonomiske realitet er, at erhvervsdrivende, der er hjemmehørende i de andre medlemsstater, ikke vil eksportere deres produkter til Sverige, medmindre de er *sikre* på, at disse produkter vil blive markedsført af Apoteket. På samme måde vil erhvervsdrivende, der er hjemmehørende i Sverige, ikke importere produkter fra de andre medlemsstater, medmindre de er *sikre* på, at disse produkter vil blive købt af Apoteket. Set fra en økonomisk synsvinkel har liberaliseringen af importen og engros-handelen således kun interesse for de erhvervsdrivende, hvis den ledsages af en liberalisering af detailhandelen¹²⁴.

114. Under disse omstændigheder har det ingen betydning, at indehaveren af en eneret til detailhandel ikke også er indehaver af en eneret til import. Indehaveren af en eneret til detailhandel kan nemlig bestemme, hvilke produkter der skal sælges af hans salgsnet, hvorfor han reelt kan bestemme, hvilke produkter der kan importeres til den pågældende medlemsstat, og hvilke erhvervsdrivende

der kan eksportere til denne stat. Et statsligt monopol på detailhandel har således samme indvirkning på de frie varebevægelser som et statsligt monopol på import.

115. På denne baggrund mener jeg, at en eneret til detailhandel i sagens natur er i strid med artikel 31 EF¹²⁵. Jeg foreslår derfor Domstolen at besvare det første præjudicielle spørgsmål således, at artikel 31 EF er til hinder for opretholdelsen af en eneret til detailhandel som den, de svenske myndigheder har givet Apoteket.

V — Artikel 28 EF og 43 EF

116. I dommene af 23. oktober 1997 i sagerne Kommissionen mod Nederlandene¹²⁶, Kommissionen mod Italien¹²⁷ og Kommissionen mod Frankrig¹²⁸ fastslog Domstolen, at når opretholdelsen af den anfægtede eneret er i strid med traktatens

125 — Jf. herved også R.C. Beraud, »L'aménagement des monopoles nationaux prévu à l'article 37 du traité CEE à la lumière des récents développements jurisprudentiels« i *Revue trimestrielle de droit européen*, 1979, s. 573-606 (s. 605); J.L. Buendia Sierra, ovennævnte værk, s. 119-122 (punkt 3.162-3.172); F. Burrows, »State Monopolies« i *Yearbook of European Law*, 1983, s. 25-47 (s. 30); J.-E. De Cockborne, L. Defalque, C.-F. Durand, H. Prall og G. Vandersanden, ovennævnte værk (s. 327-329); F. Wooldrige, »Some recent decisions concerning the ambit of article 37 of the EEC Treaty« i *Legal issues of European Integration*, 1979, s. 105-121 (s. 120), og A. Pappalardo, ovennævnte værk (s. 555 og 556).

126 — Præmis 24.

127 — Præmis 33.

128 — Præmis 41.

123 — Forslag til afgørelse i Franzén-sagen, punkt 91-94.

124 — Jf. i denne forbindelse også A. Pappalardo, ovennævnte værk, s. 556.

artikel 31 EF, er det ikke længere nødvendigt at undersøge, om eneretten også er i strid med artikel 28 EF og 29 EF.

alle de hindringer for de frie varebevægelser, som skyldes et statsligt monopols funktion, og der blandt disse hindringer navnlig findes kvantitative restriktioner og foranstaltninger med tilsvarende virkning i den i artikel 28 EF nævnte forstand.

117. Eftersom jeg foreslår Domstolen at besvare det første præjudicielle spørgsmål således, at artikel 31 EF er til hinder for opretholdelsen af Apotekets eneret, bliver Stockholms tingsrätts andet og tredje spørgsmål uden genstand. Jeg skal derfor kun subsidiært kort undersøge dem.

118. Med andet og tredje spørgsmål ønskes oplyst, om artikel 28 EF og 43 EF er til hinder for opretholdelsen af en eneret til detailhandel som den, Apoteket er tillagt.

120. Desuden fremgår det af dommen af 13. december 1990 i sagen Kommissionen mod Grækenland¹³¹ og dommen i sagen Frankrig mod Kommissionen¹³², at eksistensen af en eneret til afsætning udgør en foranstaltning med tilsvarende virkning i den i artikel 28 EF nævnte forstand. Domstolen fastslog nemlig, at så længe der eksisterede en sådan rettighed, havde de erhvervsdrivende ingen mulighed for at få forbrugerne til at købe deres produkter, og derfor udgjorde rettigheden en hindring for samhandelen inden for Fællesskabet i den i artikel 28 EF nævnte forstand. Under disse omstændigheder mener jeg, at artikel 28 EF er til hinder for opretholdelsen af en eneret til detailhandel som den, Apoteket er tillagt.

119. Hvad angår artikel 28 EF¹²⁹ skal jeg anføre, at en foranstaltning, der er i strid med artikel 31 EF, ifølge retspraksis¹³⁰ generelt også anses for at være i strid med artikel 28 EF. Denne konklusion forekommer logisk, da som anført artikel 31 EF skal fjerne

121. Hvad angår artikel 43 EF udgør begrebet »etablering« i traktatens forstand som bekendt »et meget vidt begreb, som for en fællesskabsstatsborger indebærer, at han på stabil og vedvarende måde kan deltage i det økonomiske liv i en anden medlemsstat end sin egen og få fordel heraf, hvorved der sker

129 — Med hensyn til forholdet mellem artikel 31 EF og artikel 28 EF og 29 EF, jf. generaladvokat Cosmas' detaljerede analyse i sagerne Kommissionen mod Nederlandene, Kommissionen mod Italien, Kommissionen mod Frankrig og Kommissionen mod Spanien (domme af 23.10.1997, punkt 18-25).

130 — Peureux II-dommen, præmis 32, dommen af 21.6.1983 i sagen Kommissionen mod Frankrig, præmis 27, og af 13.12.1990 i sagen Kommissionen mod Grækenland, præmis 50.

131 — Præmis 45 og 46.

132 — Præmis 33-36.

en begunstiggelse af det økonomiske og sociale samarbejde inden for området selvstændig erhvervsvirksomhed»¹³³.

122. Umiddelbart forekommer det, som Kommissionen har påpeget¹³⁴, at et statsligt monopol på detailhandel udgør en alvorlig hindring for etableringsretten, som er sikret af artikel 43 EF. I modsætning til et til-ladelsessystem, hvor alle, der opfylder de lovbestemte betingelser, kan udøve den pågældende aktivitet, forhindrer en eneret til detailhandel nemlig alle erhvervsdrivende, der er hjemmehørende i de andre medlemsstater, i at etablere sig i den pågældende medlemsstat for at udøve den pågældende aktivitet dér. På denne baggrund mener jeg, at også artikel 43 EF er til hinder for opretholdelsen af en eneret til detailhandel som den, Apoteket er tillagt.

VI — Det omtvistede monopols berettigelse

123. På baggrund af de omtalte forhold må det undersøges, om opretholdelsen af den omtvistede eneret kan begrundes med henvisning til traktatens undtagelsesbestemmelser.

124. Det første spørgsmål, der opstår her-ved, er, hvilken bestemmelse der kan påbe-råbes med henblik på at begrunde en foranstaltning, der er i strid med artikel 31 EF¹³⁵.

A — Den relevante bestemmelse

125. Som anført i artikel 30 EF er »[b]e-stemmelserne i artikel 28 [EF] og 29 [EF] ikke til hinder for sådanne forbud eller restriktioner vedrørende indførsel, udførsel eller transit, som [blandt andet] er begrundet i hensynet til [...] beskyttelse af menneskers og dyrs liv og sundhed [...]». Disse forbud eller restriktioner må dog hverken udgøre et middel til vilkårlig forskelsbehandling eller en skjult begrænsning af samhandelen mel-lem medlemsstaterne«.

126. På grund af denne bestemmelses ordlyd opstår spørgsmålet, om den kan påberåbes med henblik på at begrunde en foranstaltning, der er i strid med artikel 31 EF.

133 — Dom af 30.11.1995, sag C-55/94, Gebhard, Sml. I, s. 4165, præmis 25.

134 — Skriftligt indlæg, punkt 111-127.

135 — Eftersom min undersøgelse af artikel 28 EF og 43 EF kun er subsidier, skal jeg ikke gennemgå de bestemmelser, der kan begrunde en undtagelse fra disse to bestemmelser, men alene gennemgå de bestemmelser, der kan begrunde en foranstaltning, der er i strid med artikel 31 EF.

127. Visse forfattere¹³⁶ har foreslået at besvare dette spørgsmål negativt. De har anført, at artikel 30 EF kun omhandler mulige begrænsninger af artikel 28 EF og 29 EF, og at denne bestemmelse i sin egenskab af undtagelse fra det grundlæggende princip om frie varebevægelser skal fortolkes strengt.

128. Derimod har generaladvokaterne Cosmas¹³⁷ og Elmer¹³⁸ anført, at hensynet til sammenhæng taler for den modsatte løsning, trods det argument, der er baseret på bestemmelsens ordlyd. Det ville efter deres mening være ulogisk at godtage, at artikel 30 EF kan begrunde en kvantitativ restriktion eller en foranstaltning med tilsvarende virkning, som skyldes en »traditionel« statslig foranstaltning (i den i artikel 28 EF og 29 EF nævnte forstand), men afvise, at denne artikel kan begrunde den samme kvantitative restriktion eller den samme foranstaltning med tilsvarende virkning, når den skyldes et statsligt monopols funktion i den i artikel 31 EF nævnte forstand.

129. Tilsyneladende tilsluttede Domstolen sig oprindelig sidstnævnte argument.

130. Således fastslog Domstolen i dommen i sagen Campus Oil m.fl.¹³⁹, at artikel 86, nr. 2, EF ikke fritog en medlemsstat, der havde overdraget en virksomhed at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, fra forbuddet mod at træffe foranstaltninger, der i strid med artikel 28 EF hindrer indførsler. I dommen af 13. december 1990 i sagen Kommissionen mod Grækenland¹⁴⁰ undersøgte — og afviste — Domstolen desuden den græske regerings argument om, at opretholdelsen af enerettighederne med hensyn til import af og handel med mineralolieprodukter kunne begrundes i hensynet til den offentlige sikkerhed i den i artikel 30 EF nævnte forstand.

131. Domstolen lod dermed forstå, at en foranstaltning, som er i strid med artikel 31 EF, skal begrundes med henvisning til artikel 30 EF og ikke med henvisning til artikel 86, nr. 2, EF.

132. Ikke desto mindre fraveg Domstolen denne holdning i dommene af 23. oktober 1997 i sagerne Kommissionen mod Nederlandene, Kommissionen mod Italien og Kommissionen mod Frankrig. Domstolen fastslog følgende:

»33 Eftersom de anfægtede enerettigheder til import og eksport [...] er i strid med

136 — Jf. bl.a. F. Berrod, »Monopoles publics et droit communautaire«, ovennævnte værk (punkt 66), og A. Mattera, *Le marché unique européen. Ses règles, son fonctionnement*, Jupiter, Paris, 2. udg., 1990 (s. 56).

137 — Forslag til afgørelse i sagerne Kommissionen mod Nederlandene, Kommissionen mod Italien, Kommissionen mod Frankrig og Kommissionen mod Spanien (domme af 23.10.1997), punkt 26.

138 — Forslag til afgørelse i Franzén-sagen, punkt 106 og 107.

139 — Præmis 19.

140 — Præmis 47-49.

traktatens artikel 37, er det ikke længere nødvendigt at undersøge, om de er i strid med artikel 30 og 34, og følgelig heller ikke, om de eventuelt kan begrundes i medfør af traktatens artikel 36.

133. Eftersom disse domme blev afsagt af Domstolens Plenum på grundlag af forslag med det modsatte indhold fra generaladvokaterne Cosmas¹⁴² og Elmer¹⁴³, anser jeg, at en foranstaltning, der er i strid med artikel 31 EF, på fællesskabsrettens nuværende stadium skal begrundes med henvisning til artikel 86, nr. 2, EF og ikke med henvisning til artikel 30 EF.

34 Det må imidlertid endvidere undersøges, om de anfægtede enerettigheder [...] kan begrundes i medfør af traktatens artikel 90, nr. 2.

134. Jeg skal derfor undersøge, om opretholdelsen af Apotekets eneret kan begrundes med henvisning til artikel 86, nr. 2, EF.

[...]

B — Artikel 86, nr. 2, EF

43 [I modsætning til det, Kommissionen har gjort gældende, kan traktatens artikel 90, nr. 2,] påberåbes som grundlag for, at en medlemsstat tildeler en virksomhed, som har fået overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, enerettigheder, der navnlig er i strid med traktatens artikel 37, i det omfang opfyldelsen af de særlige opgaver, som er betroet den, kun kan sikres ved tildeling af sådanne rettigheder, og forudsat at udviklingen af samhandelen ikke påvirkes i et sådant omfang, at det strider mod Fællesskabets interesse»¹⁴¹.

135. Artikel 86, nr. 2, EF bestemmer, at »[v]irksomheder, der har fået overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, eller som har karakter af fiskale monopoler, er underkastet denne traktats bestemmelser, navnlig konkurrencereglerne, i det omfang anvendelsen af disse bestemmelser ikke retligt eller faktisk hindrer opfyldelsen af de særlige opgaver, som er betroet dem. Udviklingen af samhandelen må ikke påvirkes i et sådant omfang, at det strider mod Fællesskabets interesse.«

141 — Dommen af 23.10.1997 i sagen Kommissionen mod Italien. Jf. også dommene af 23.10.1997 i sagen Kommissionen mod Nederlandene, præmis 24, 25 og 32, og i sagen Kommissionen mod Frankrig, præmis 41, 42 og 49.

142 — Forslag til afgørelse i sagerne Kommissionen mod Nederlandene, Kommissionen mod Italien, Kommissionen mod Frankrig og Kommissionen mod Spanien (domme af 23.10.1997), punkt 26 og 69-85.

143 — Forslag til afgørelse i Franzén-sagen, punkt 104-121.

136. Som jeg har anført andetsteds¹⁴⁴, indeholder artikel 86, nr. 2, EF seks betingelser for anvendelse af bestemmelsen.

137. For det første skal det pågældende organ være en »virksomhed« i konkurrenceretlig forstand. Der skal være tale om en »enhed, som udøver økonomisk virksomhed, uanset denne enheds retlige status og dens finansieringsmåde«¹⁴⁵. Ifølge retspraksis omfatter »økonomisk virksomhed« enhver aktivitet, der består i at udbyde varer eller tjenester på et givet marked¹⁴⁶. Som hovedregel kan en virksomhed betegnes som økonomisk, når den, i det mindste principielt, kan udøves af en privat virksomhed med gevinst for øje¹⁴⁷.

138. For det andet skal virksomheden have fået »overdraget« at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse ved en retsakt udstedt af en offentlig myndighed¹⁴⁸. I princippet er udøvelse af lovreguleret virk-

somhed under statens tilsyn ikke i sig selv tilstrækkeligt til at medføre, at den pågældende virksomhed falder ind under anvendelsesområdet for artikel 86, nr. 2, EF, end ikke hvis statskontrollen er strengere, hvad angår den pågældende enhed¹⁴⁹.

139. For det tredje skal virksomheden have fået overdraget at udføre »tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse«. Selv om dette begreb ikke er defineret i retspraksis, er det sikkert, at de pågældende aktiviteter skal have »en sådan almindelig økonomisk interesse, at [de] adskiller sig fra andre af erhvervslivets aktiviteter«¹⁵⁰. I virkeligheden tilkommer det medlemsstaterne at fastlægge indholdet af deres tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, og i denne forbindelse har de et betydeligt spillerum, idet Domstolen og Kommissionen alene iværksætter sanktioner over for åbenbart urigtige skøn¹⁵¹.

144 — Jf. mit forslag til afgørelse i sagen Wouters m.fl., punkt 157-166.

145 — Höfner og Elser-dommen, præmis 21.

146 — Jf. bl.a. dommen af 16.6.1987 i sagen Kommissionen mod Nederlandene, præmis 7, dommen af 18.6.1998 i sagen Kommissionen mod Italien, præmis 36, og dommen i sagen Wouters m.fl., præmis 47.

147 — Dom af 25.10.2001, sag C-475/99, Ambulanz Glöckner, Sml. I, s. 8089, præmis 20. Jf. også generaladvokat Tesauros forslag til afgørelse i sagerne Poucet og Pistre (dom af 17.2.1993, forenede sager C-159/91 og C-160/91, Sml. I, s. 637), punkt 8, og SAT Fluggesellschaft (dom af 19.1.1994, sag C-364/92, Sml. I, s. 43), punkt 9.

148 — Dom af 27.3.1974, sag 127/73, BRT og SABAM, »BRT-II«-dommen, Sml. s. 313, præmis 20, og af 11.4.1989, sag 66/86, Ahmed Saeed Flugreisen og Silver Line Reisbüro, Sml. s. 803, præmis 55.

149 — Dom af 14.7.1981, sag 172/80, Züchner, Sml. s. 2021, præmis 7, og af 2.3.1983, sag 7/82, GVL mod Kommissionen, Sml. s. 483, præmis 29-32.

150 — Dom af 10.12.1991, sag C-179/90, Merci convenzionali porto di Genova, Sml. I, s. 5889, præmis 27, af 17.7.1997, sag C-242/95, GT-Link, Sml. I, s. 4449, præmis 52 og 53, og af 18.6.1998, sag C-266/96, Corsica Ferries France, Sml. I, s. 3949, præmis 45.

151 — Rettens dom af 27.2.1997, sag T-106/95, FFSA m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 229, præmis 99, og Kommissionens meddelelse 2001/C 17/04 om forsyningspligtigheder i Europa (EFT 2001 C 17, s. 4, punkt 22).

140. Den fjerde betingelse i artikel 86, nr. 2, EF fastsætter en nødvendighedstest. Ifølge bestemmelsens ordlyd kræves det, at anvendelsen af traktatbestemmelserne i forhold til den pågældende virksomhed »hindrer« opfyldelsen af de særlige opgaver, som er betroet den. Det kræves således, at den anfægtede foranstaltning (som begrænser konkurrencen eller hindrer de frie varebevægelser) er nødvendig for at nå det tilsigtede mål¹⁵². Det kræves herved ikke, at anvendelsen af traktatbestemmelserne truer virksomhedens eksistens, økonomiske levedygtighed eller finansielle ligevægt¹⁵³. Det er tilstrækkeligt, at manglende indrømmelse af eksklusive eller særlige rettigheder fra statens side hindrer opfyldelsen af de særlige forpligtelser, der påhviler virksomheden, eller at opretholdelsen af disse rettigheder er nødvendig for at gøre det muligt for rettighedsindehaveren at udføre sin opgave på acceptable økonomiske vilkår.

141. Den femte betingelse i artikel 86, nr. 2, EF fastsætter en proportionalitetstest. Af bestemmelsens ordlyd fremgår, at virksomheder, der har fået overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, er underkastet traktatens bestemmelser, »i det omfang« anvendelsen af disse bestemmelser ikke hindrer opfyldelsen af deres særlige opgaver.

142. Heraf følger, at hindringer for de frie varebevægelser eller begrænsninger af den frie konkurrence kun er tilladt, »i det omfang det måtte være nødvendigt, for at virksomheden kan udføre den opgave af almindelig interesse, som den således er blevet betroet«¹⁵⁴. Proportionalitetstesten fører således til en kontrol af, om virksomheden kan opfylde sine særlige opgaver ved mindre begrænsende foranstaltninger¹⁵⁵.

143. Endelig kræver den sidste betingelse i artikel 86, nr. 2, EF, at »[u]dviklingen af samhandelen [ikke må] påvirkes i et sådant omfang, at det strider mod Fællesskabets interesse«. Selv om Domstolen endnu ikke har udtalt sig om indholdet af dette krav, har visse generaladvokater allerede taget stilling til spørgsmålet. De har anført, at hvis udviklingen af samhandelen skal anses for påvirket i henhold til artikel 86, nr. 2, EF kræves der, i modsætning til hvad der gælder efter den klassiske definition af begrebet foranstaltning med tilsvarende virkning som en kvantitativ restriktion, bevis for, at den omtvistede foranstaltning faktisk har påvirket samhandelen mellem medlemsstaterne i væsentlig grad¹⁵⁶. Denne vurdering fore-

154 — Almelo-dommen, præmis 49. Jf. også dom af 19.5.1993, sag C-320/91, Corbeau, Sml. I, s. 2533, præmis 14.

155 — Dom af 23.5.2000, sag C-209/98, Sydhavnens Sten & Grus, Sml. I, s. 3743, præmis 80.

156 — Generaladvokat Rozès' forslag til afgørelse i sagen Kommissionen mod Italien (dom af 7.6.1983), punkt VI. C, og generaladvokat Cosmas' forslag til afgørelse i sagerne Kommissionen mod Nederlandene, Kommissionen mod Italien, Kommissionen mod Frankrig og Kommissionen mod Spanien (domme af 23.10.1997), punkt 126.

152 — Jf. bl.a. Ambulanz Glöckner-dommen, præmis 56 og 57.

153 — Dommen af 23.10.1997 i sagen Kommissionen mod Frankrig, præmis 59 og 95.

kommer mig faktisk at være berettiget ud fra ordlyden af artikel 86, nr. 2, EF.

drivende, før apotekerne blev nationaliseret¹⁵⁹. Apoteket er således en virksomhed i den i artikel 86, nr. 2, EF nævnte forstand.

144. Før jeg undersøger, om disse betingelser er opfyldt i denne sag, skal jeg understrege, at artikel 86, nr. 2, EF som en undtagelse fra traktatens regler skal fortolkes snævert¹⁵⁷. Jeg skal også anføre, at det ifølge retspraksis påhviler den medlemsstat, som vil støtte ret på artikel 86, nr. 2, EF at bevise, at betingelserne for anvendelse af denne bestemmelse er opfyldt¹⁵⁸.

145. I denne sag fremgår det af omstændighederne, at de tre første betingelser for anvendelse i artikel 86, nr. 2, EF er opfyldt.

146. Som anført, udøver Apoteket en økonomisk virksomhed som omhandlet i retspraksis, eftersom det sælger varer på et givet marked, nærmere bestemt lægemiddelmarkedet. En sådan aktivitet kan klart udøves af en privat virksomhed med gevinst for øje. Det fremgår desuden af omstændighederne i sagen, at detailhandel med lægemidler selv i Sverige blev udøvet af private erhvervs-

147. For det andet har dette selskab fået overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse ved en retsakt udstedt af en offentlig myndighed.

148. Det fremgår af omstændighederne i sagen, at den omtvistede ret er tildelt med henblik på at bidrage til beskyttelsen af den offentlige sundhed ved at sikre den svenske befolkning adgang til lægemidler.

149. I sit skriftlige¹⁶⁰ og mundtlige indlæg har den svenske regering anført, at Sverige med en befolkning på ni millioner og et areal på 450 000 km² efter Finland er den tyndest befolkede medlemsstat i Den Europæiske Union¹⁶¹. Den svenske regering har forklaret, at den på grund af disse geografiske forhold og af socialpolitiske årsager ønskede at sikre, at alle borgere havde adgang til lægemidler på ensartede vilkår og, navnlig, til ensartede priser. Formålet med at oprette det

157 — BRT-II-dommen, præmis 19, GT-Link-dommen, præmis 50, og dommen i sagen Kommissionen mod Nederlandene, præmis 37.

158 — Jf. bl.a. dommen af 23.10.1997 i sagen Kommissionen mod Frankrig, præmis 94.

159 — Forelæggelseskendelsen, s. 3.

160 — Punkt 22.

161 — I dette forslag til afgørelse henviser dette udtryk til de stater, der var medlemmer af Den Europæiske Union før den 1.5.2004.

statslige monopol på detailhandel med lægemidler var således at sikre tilstrækkelig forsyning af lægemidler i hele Sverige på ensartede vilkår.

150. En sådan opgave udgør imidlertid en tjenesteydelse af almen interesse i den i artikel 86, nr. 2, EF nævnte forstand. I henhold til retspraksis har den »en sådan almindelig økonomisk interesse, at [den] adskiller sig fra andre af erhvervslivets aktiviteter«¹⁶². Domstolen har i øvrigt fastslået, at nødvendigheden af at sikre en omfattende lægemiddelforsyning, der er tilpasset befolkningens behov, udgjorde et mål i almenhedens interesse i henhold til artikel 30 EF¹⁶³ og artikel 86, nr. 2, EF¹⁶⁴.

151. Endelig er det klart, at Apoteket har fået overdraget denne opgave ved en specifik retsakt udstedt af en offentlig myndighed, idet tildelingen af denne opgave og af den omtvistede eneret i denne sammenhæng følger af en afgørelse af den svenske regering af 19. december 1996 og aftalen af 1996¹⁶⁵.

152. Apoteket er således en virksomhed, der har fået overdraget en tjenesteydelse af almen interesse i den i artikel 86, nr. 2, EF nævnte forstand.

153. Omstændighederne i sagen gør det derimod ikke muligt at fastslå, om bestemmelsens fjerde og femte betingelse for anvendelse er opfyldt i denne sag.

154. Indledningsvis skal jeg påpege, at loven af 1996 og aftalen af 1996 forfølger et andet mål end fællesskabsbestemmelserne om godkendelse og kontrol af lægemidler¹⁶⁶.

155. Disse bestemmelser har nemlig til formål at beskytte den offentlige sundhed *som sådan*. De tager sigte på at beskytte menneskers og dyrs liv og sundhed mod de potentielle farer, som kan være forbundet med lægemidler og måden, hvorpå de anvendes. Til gengæld har den omtvistede ret som anført til formål at sikre den svenske befolkning adgang til lægemidler. Den tager sigte på at sikre tilstrækkelig forsyning i hele

162 — Dommene i sagerne *Merci convenzionali porto di Genova*, præmis 27, *GT-Link*, præmis 52 og 53, og *Corsica Ferries France*, præmis 45.

163 — Dom af 11.12.2003, sag C-322/01, *Deutscher Apotheker-Verband*, Sml. I, s. 14887, præmis 106 og 107.

164 — Dom af 22.11.2001, sag C-53/00, *Ferring*, Sml. I, s. 9067, præmis 24 og 32, og generaladvokat Tizzanos forslag til afgørelse i denne sag, punkt 66.

165 — Jf. præambelen og §§ 1 og 2 i aftalen af 1996.

166 — For så vidt angår fællesskabsbestemmelserne på dette område, jf. bl.a. Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/83/EF af 6.11.2001 om oprettelse af en fællesskabskodeks for humanmedicinske lægemidler (EFT L 311, s. 67) og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/82/EF af 6.11.2001 om oprettelse af en fællesskabskodeks for veterinærlægemidler (EFT L 311, s. 1).

Sverige på ensartede vilkår. Som svar på Stockholms tingsrätts spørgsmål vedrørende dette punkt¹⁶⁷ kan det således anføres, at loven af 1996 og aftalen af 1996 ikke overlapper fællesskabsbestemmelserne om godkendelse og kontrol af lægemidler.

156. Når dette er sagt, mener jeg ikke, at den svenske regering har godtgjort, at en eneret til detailhandel er nødvendig, for at Apoteket kan udføre sin opgave.

157. Den har således ikke fremlagt udførlige oplysninger (tal eller andet), som gør det muligt at fastslå, at de tyndtbefolkede områder ikke ville blive forsynet med lægemidler eller kun ville blive forsynet på ringere vilkår, hvis den omtvistede eneret ikke fandtes. De svenske myndigheder har heller ikke fremlagt udførlige oplysninger, som gør det muligt at fastslå, at tildelingen af en eneret til detailhandel er den foranstaltning, der udgør den mindste begrænsning for samhandelen mellem medlemsstaterne, hvis det antages, at myndighederne er nødt til at gribe ind for at sikre etablering af apoteker i de tyndtbefolkede områder.

158. Tværtimod synes visse omstændigheder i sagen at indikere, at opretholdelsen af den omtvistede eneret ikke er nødvendig for at nå det tilsigtede mål. Der kan her fremføres følgende elementer.

159. For det første benytter Apoteket ved afsætning af sine lægemidler som anført sig af 800 apoteker, som det ejer og driver, og 970 håndkøbsudsalg i Sverige. Som bekendt findes apotekerne generelt i områder med høj befolkningstæthed såsom bykerner og i indkøbscentre, og håndkøbsudsalgene findes i tyndtbefolkede landområder.

160. Håndkøbsudsalgene er imidlertid erhvervsdrivende, som er uafhængige af Apoteket. De er selvstændige erhvervsdrivende, som har indgået en aftale med dette selskab, og som påtager sig at formidle receptpligtige lægemidler og at sælge et mindre sortiment af receptfri lægemidler. Hertil kommer, at Apoteket ikke vælger disse håndkøbsudsalg ud fra kriterier vedrørende befolkningstætheden eller befolkningens behov, men »ud fra forretningsmæssige grunde, dvs. ud fra, om [de] er placeret

167 — Jf. det første præjudicielle spørgsmål (første punktum) og det fjerde præjudicielle spørgsmål.

således, at [de] ikke konkurrerer med egentlige apoteker»¹⁶⁸. Endelig forholder det sig sådan, at håndkøbsudsalgenes personale ikke får nogen uddannelse¹⁶⁹, og at de ikke har bemyndigelse til at give kunderne råd om anvendelsen af lægemidlerne¹⁷⁰.

drivende, som ikke har fået nogen uddannelse, og som ikke må rådgive, viser, at den omtvistede rettighed ikke er en foranstaltning, som er nødvendig (eller tilstrækkelig) for at nå dette mål.

161. På denne baggrund er det svært at se, hvorfor tildelingen af den omtvistede eneret er nødvendig for at sikre forsyning af lægemidler i hele landet. Det forhold, at Apoteket med henblik på at sikre distribution af lægemidler i de tyndtbefolkede områder indgår kontrakter med andre erhvervsdrivende, som allerede er etableret i de pågældende områder og vælges ud fra forretningsmæssige grunde, viser, at det ikke er nødvendigt for at sikre tilstrækkelig forsyning i hele Sverige, at retten til at sælge lægemidler forbeholdes en enkelt erhvervsdrivende.

163. For det andet er Apoteket som bekendt begyndt at udøve sin virksomhed via internet og telefon. Den forelæggende ret har forklaret¹⁷¹, at Apoteket siden foråret 2002 har solgt receptfri lægemidler via internet, og at selskabet på sigt regner med at kunne sælge samtlige lægemidler på denne måde, herunder receptpligtige lægemidler. I så fald vil Apoteket sende lægemidlerne til kunderne sammen med den nødvendige information og rådgivning.

164. Denne oplysning viser imidlertid også, at opretholdelsen af den omtvistede rettighed ikke er nødvendig, for at Apoteket kan udføre sin opgave.

162. På samme måde er det svært at se, hvorfor tildelingen af den omtvistede eneret skulle være nødvendig for at sikre befolkningen adgang til lægemidler på optimale og ensartede vilkår. Det forhold, at lægemidlerne i de fleste tilfælde og i landområderne ikke sælges af apoteker, men af erhvervs-

165. Det er svært at se, hvorfor det angiveligt skulle være nødvendigt at forbeholde en enkelt erhvervsdrivende eneretten til detailhandel med lægemidler for at sikre, at disse produkter sælges i landområderne, når indehaveren af eneretten foretager denne forsyning gennem postordresalg. Det forekommer mig, at et hvilket som helst apotek

168 — Forelæggelseskendelsen, s. 9.

169 — Sammesteds.

170 — Den svenske regerings skriftlige indlæg, punkt 11.

171 — Forelæggelseskendelsen, s. 8.

med et internet- eller telefonsalgssystem ville være i stand til at modtage bestillinger fra patienter, også i tyndtbefolkede områder, og sende dem lægemidler sammen med den nødvendige information og rådgivning.

168. Selv om det antages, at myndighederne er nødt til at gribe ind for at sikre etablering af apoteker i en del af landet, mener jeg under alle omstændigheder, at tildelingen af en eneret til detailhandel udgør en uforholdsmæssig foranstaltning i forhold til dette mål.

166. For det tredje viser et overfladisk blik på de ordninger, der findes i de andre medlemsstater¹⁷², at det mere generelt ikke er nødvendigt at tildele en eneret til detailhandel for at sikre tilstedeværelsen af apoteker i tyndtbefolkede områder.

167. Tilsyneladende har ingen offentlige myndigheder i nogen af de andre medlemsstater, herunder Republikken Finland (som er den mest tyndtbefolkede medlemsstat), været nødt til at gribe ind for at sikre, at der etableres apoteker i de tyndtbefolkede områder. De foranstaltninger, som disse myndigheder har truffet (en generel definition af kriterierne for etablering af apoteker og en begrænsning af antallet af apoteker i tætbefolkede områder), er i almindelighed nok til at sikre, at der er et tilstrækkeligt antal apoteker i hele landet og, især, i de mindre befolkede egne.

169. Man kan nemlig forestille sig, at myndighederne i den pågældende stat indførte en tilladelsesordning og kun lejlighedsvis greb ind for at sikre etablering af et apotek i et område, hvor dette måtte være nødvendigt, ved at indgå en kontrakt om offentlig tjeneste med en privat virksomhed. Denne virksomhed ville dermed blive pålagt en forpligtelse til offentlig tjeneste og varetage salg af lægemidler i det pågældende område mod et tilskud fra staten. En sådan ordning ville indebære en klart mindre begrænsning af samhandelen mellem medlemsstaterne, eftersom den, til forskel fra en eneret til detailhandel, ikke ville forhindre erhvervsdrivende fra de andre medlemsstater i at etablere sig i den pågældende medlemsstat og tilbyde deres varer til de kunder, de ønsker, i denne stat.

170. I denne henseende synes omstændighederne i sagen at indikere, at en sådan ordning ikke ville være umulig at indføre i Sverige.

172 — Jf. bl.a. tabellen på internetsiden hos Pharmaceutical Group of the European Union: (under overskrifterne Sitemap, Community Pharmacy, Pharmacy Facts, Number of community pharmacies in Europe).

171. Under den skriftlige forhandling har Krister Hanner faktisk fremlagt en rapport fra Handelns Utrædningsinstitut (HUI) fra maj 2002 om lægemiddeldistributionen i Sverige¹⁷³. Det fremgår af denne rapport, at antallet af salgssteder for receptfri lægemidler ville stige med ca. 3 300 enheder, hvis Apotekets eneret til salg af disse lægemidler blev afskaffet. Krister Hanner har også henvist til flere rapporter fra Konkurrenceverket¹⁷⁴, hvoraf fremgår, at prisen på receptfri lægemidler ville falde, hvis Apotekets eneret til salg af disse lægemidler blev afskaffet. Den svenske regering har imidlertid ikke kommenteret disse rapporter.

i hele Sverige til ensartede priser. Det forekommer derfor, at Apotekets monopol ikke blev oprettet af tekniske hensyn på grund af mangler i forsyningen af lægemidler til befolkningen.

173. På baggrund af disse forskellige forhold mener jeg ikke, at de svenske myndigheder har fremført tilstrækkelig begrundelse for at anvende artikel 86, nr. 2, EF. Omstændighederne i sagen viser tværtimod, at opretholdelsen af eneretten til detailhandel ikke er nødvendig, for at Apoteket kan udføre sin særlige opgave, og at opretholdelsen af denne rettighed under alle omstændigheder udgør en uforholdsmæssig foranstaltning i forhold til det tilsigtede mål.

172. Desuden har Stockholms tingsrätt anført¹⁷⁵, at detailhandelen med lægemidler før oprettelsen af Apotekets monopol i 1969 blev varetaget af private virksomheder inden for rammerne af et system baseret på salgslicenser. Den svenske regering har imidlertid ikke på noget tidspunkt under proceduren anført, at denne ordning ikke gjorde muligt at sikre tilstrækkelig forsyning af lægemidler

174. For at besvare Stockholms tingsrätts sidste spørgsmål skal jeg endelig præcisere, at denne konklusion efter min mening ikke ville være anderledes, hvis receptfri lægemidler var undtaget fra Apotekets monopol¹⁷⁶.

173 — Krister Hanners skriftlige indlæg, bilag 3 og punkt 92 og 94.

174 — Rapport nr. 1999/4, »Konkurrens vid försäljning av läkemedel«; rapport nr. 2002/4, »Vårda och skapa konkurrens«, og rapport nr. 2002/2, »Konkurrensen i Sverige« (citeret i Krister Hanners skriftlige indlæg, punkt 39 og 40).

175 — Forelæggelseskendelsen, s. 5.

176 — Jf. det femte præjudicielle spørgsmål.

175. Det fremgår nemlig af det ovenfor anførte, at de grunde, som er til hinder for, at Apotekets eneret kan anses for at være nødvendig og forholdsmæssig, både gælder receptpligtige og receptfri lægemidler. Dette indebærer, at selv om receptfri lægemidler blev undtaget fra Apotekets monopol, bør dette forhold ikke medføre, at monopollet bliver foreneligt med fællesskabsrettens krav.

176. På denne baggrund mener jeg ikke, at opretholdelsen af Apotekets eneret kan begrundes med henvisning til artikel 86, nr. 2, EF. Jeg foreslår derfor Domstolen at svare Stockholms tingsrätt således, at artikel 31 EF og artikel 86, nr. 2, EF er til hinder for opretholdelsen af en eneret til detailhandel som den, Apoteket er tillagt.

VII — Forslag til afgørelse

177. Jeg foreslår på grundlag af det anførte, at Domstolen træffer følgende afgørelse:

»Artikel 31 EF og artikel 86, nr. 2, EF skal fortolkes således, at de er til hinder for en national foranstaltning, der giver en virksomhed som selskabet Apoteket AB en eneret til detailhandel med lægemidler med det formål at sikre tilstrækkelig forsyning af lægemidler i hele den pågældende medlemsstat til ensartede priser.«