

Anna Meyrowitsch,
Emanuel Allroth och Jörgen Hettne

EU och svenska monopol

– teori, verklighet och framtid

Anna Meyrowitch,
Emanuel Allroth och Jörgen Hettne

EU och svenska monopol

- teori, verklighet och framtid

- Sieps 2005:6 -

Rapport nr 6
Oktober 2005

Utges av Svenska institutet för europapolitiska studier

Rapporten finns tillgänglig på
www.sieps.se

Den kan även beställas på
info@sieps.se

Författarna står själva för analys och slutsatser

Omslag: Svensk Information AB

Tryck: EO-print AB

Stockholm i oktober 2005

ISSN 1651-8942

ISBN 91-85129-28-3

FÖRORD

Svenska institutet för europapolitiska studier, Sieps, har till uppgift att bedriva och främja forskning, utvärdering, analys och studier i europapolitiska frågor med inriktning främst på områdena statsvetenskap, juridik, ekonomi och handel. Sieps har inlett ett forskningsprojekt som rör EU-medlemskapets inverkan på centrala områden som omfattas av den inre marknaden. På respektive område redovisas den senaste tidens utveckling samt problemställningar och utvecklingstendenser. Sieps ser som en av sina främsta uppgifter att fungera som en länk mellan den akademiska världen och beslutsfattare, policy makers. Förhoppningsvis kommer denna rapportserie att bidra till detta. Vidare hoppas vi att dessa rapporter rent allmänt skall leda till ökat intresse för frågor relaterade till den europeiska integrationen och Sveriges medlemskap i EU.

Annika Ström Melin
Kanslichef
Sieps

FÖRFATTARPPRESENTATIONER

Anna Meyrowitsch är jur. kand. och innehavare av en *Master of European Affairs* från Lunds universitet. Inom ramen för sin masterexamen skrev hon uppsatsen ”APOTEKET AB – The Legitimacy of the Swedish Retail Monopoly on Pharmaceuticals in the European Union”. Avsnittet i denna rapport bygger på nämnda uppsats.

Emanuel Allroth är jur. kand. och innehavare av en *Master of European Affairs* från Lunds universitet. Inom ramen för sin masterexamen skrev han uppsatsen ”The Swedish Monopoly on Gambling – How to address the shifting reality of the Swedish gambling market”. Avsnittet i denna rapport bygger på nämnda uppsats.

Jörgen Hettne är doktorand i europarätt vid Stockholms universitet. Han är också kursföreståndare för *EU Free Movement and Sectorial Policies* som ingår i nämnda masterprogram vid Lunds universitet och har varit handledare för Meyrowitsch och Allroth. Hettne är vidare forskare vid Sieps och har tidigare varit rättssekreterare vid EG:s förstainstansrätt och sakkunnig i rättssekretariatet på UD:s dåvarande handelsavdelning (UD/H RS).

INNEHÅLL

EU OCH SVENSKA MONOPOL - TEORI, VERKLIGHET OCH FRAMTID	1
INTRODUKTION	8
I APOTEKET AB - LEGITIMITETEN AV DET SVENSKA DETALJHANDELSMONOPOLET FÖR LÄKEMEDEL INOM DEN EUROPEISKA UNIONEN	11
1 INLEDNING	11
2 SYFTE OCH DISPOSITION	13
3 DEN FRIA VARURÖRLIGHETEN	15
3.1 Huvudsakliga fördragsbestämmelser	15
3.2 Utvecklingen genom EG-domstolens rättspraxis	16
3.3 EG-fördragets artikel 31	19
4 MÅL C-189/95 FRANZÉN	22
5 KRITIK MOT EG-DOMSTOLENS AVGÖRANDE I MÅL C-189/95 FRANZÉN	26
6 MÅL C-438/02 HANNER	30
6.1 Det svenska detaljhandelsmonopolet för läkemedel	30
6.1.1 Historisk tillbakablick	30
6.1.2 Apoteket AB	31
6.1.3 Lagreglering	31
6.1.4 Avtal med Svenska staten	32
6.2 Generaladvokatens förslag till avgörande	34
6.3 EG-domstolens dom	38
7 LEGITIMITETSPROBLEMET	41
7.1 Det mellanstatliga synsättet	41
7.2 Det överstatliga synsättet	43
7.3 EG-domstolens roll	44
7.4 Det decentraliserade / anti-protektionistiska synsättet	47
7.5 Det ekonomiska / konkurrensrättsliga synsättet	48

8	SAMMANFATTANDE SLUTSATSER	50
II	ÄR DET SVENSKA SPELMONOPOLET I ÖVERENSSTÄMMELSE MED PROPORTIONALITETSPRINCIPEN?	52
9	EG-DOMSTOLENS RÄTTSPRAXIS ANGÅENDE SPEL- OCH LOTTERIER	52
9.1	Allmänt.....	52
9.2	Upprättande av en fri tjänstemarknad	54
9.2.1	Allmänt.....	54
9.2.2	Gebhard-testet	55
9.2.3	Proportionalitetsprincipen.....	56
9.3	Särskilt om lotteridomarna	59
10	DEN SVENSKA LOTTERILAGSTIFTNINGEN	62
10.1	Allmänt.....	62
10.2	Förändrade förutsättningar att reglera spelmarknaden.....	63
10.2.1	Ny teknik och utveckling.....	63
10.2.2	Spelmonopolet ifrågasatt	64
10.3.3	De nya spelformerna.....	65
11	SLUTSATSER	68
III	EG-DOMSTOLENS NYA SYN PÅ HANDELSMONOPOL - FÖRVALTNINGSRÄTTSLIG DIMENSION AV FRI RÖRLIGHET	69
12	INLEDNING	69
13	VILKA HANDELSBEGRÄNSNINGAR KAN TOLERERAS PÅ EU:S INRE MARKNAD?	70
14	VILLKOREN - NÄR ÄR TILLÅTNA UNDANTAG TILLÅTNA?	73
14.1	Allmänt.....	73
14.2	Kravet på likabehandling är inte tillräckligt.....	74
14.3	Transparens – Kravet på insyn och objektiva kriterier	74
14.4	Kravet på rättssäkerhet och förutsebarhet	76
14.5	Motivering och rättsmedel – Kravet på tillsyn och kontroll.....	77
14.6	Proportionalitet – Kravet på rimlighet.....	78

14.7	Saknades en proportionalitetsprövning i Franzén- och Hannerdomen?.....	79
14.8	Kraven sammanfattas – En förvaltningslag växer fram?.....	80
14.9	Lagstiftaren tar vid – Kommissionens förslag till Tjänstedirektiv.....	82
15	SLUTSATSER - ÄR DE SVENSKA MONOPOLEN UTFORMADE PÅ ETT SÄTT SOM ÖVERENS-STÄMMER MED DE EG-RÄTTSLIGA KRAVEN?	84
15.1	Alkoholmonopolet	84
15.2	Apoteksmonopolet	85
15.2.1	Hannermålet.....	85
15.2.2	Den nya svenska ordningen.....	85
15.3	Spelmonopolet	87

INTRODUKTION

Förhållandet mellan svenska monopol och EG-rätten väcker en rad principiella frågor och är av intresse långt utanför Sveriges gränser. Efter EG-domstolens dom i Franzén-målet i oktober 1997 angående det svenska alkoholmonopolet dröjde det inte länge förrän kritiska röster gjorde sig hörda i den EG-rättsliga doktrinen. Till dessa anslöt sig den franske generaladvokaten Léger i sitt yttrande angående det svenska apoteksmonopolet. När EG-domstolen den 31 maj 2005 meddelade dom i detta mål¹ och resonemanget i mångt och mycket påminde om det i Franzén-domen, gav detta upphov till stor förvirring i Sverige där olika tolkningar av domen presenterades i massmedia. Vissa, inklusive den svenska regeringen, menade att EG-domstolens dom innebar att monopolet alltså bestod men att det nu skulle justeras. Vård- och omsorgsministern Ylva Johansson menade att EG-domstolens dom var "(. . .) en seger för vårt svenska sätt att hantera läkemedel."² Andra gjorde en motsatt tolkning av domen och menade att det svenska detaljhandelsmonopolet med omedelbar verkan hade fallit.³

I likhet med det svenska alkohol- och apoteksmonopolet har även det svenska spelmonopolet utmanats. När det gäller detta monopol har dock inte EG-domstolen haft tillfälle att uttala sig. Istället har Regeringsrätten i två domar av den 26 oktober 2004 ansett att den svenska lotterilagen är i överensstämmelse med EG-rätten.⁴ Kritiska röster har emellertid hörts angående Regeringsrättens bedömning.⁵ Vidare har kommissionen inlett en fördragsbrottsalan mot Sverige den 13 oktober 2004 rörande delar av spelmonopolet.

Förvirring, kritik och diametralt olika tolkningar visar att det behövs ytterligare analys av den rättsliga situationen. Finns det möjligen en djupare förklaring till att så skilda synsätt gör sig gällande? *Anna Meyrowitsch* anser det. Hon visar med utgångspunkt från det svenska detaljhandelsmonopolet för läkemedel att det i dag föreligger ett legitimitetsproblem när det gäller förhållandet till statliga handelsmonopol inom EU. Hon anser att det i EG-domstolens rättspraxis liksom i yttranden från generaladvokater samt

¹ Dom av den 31 maj 2005 i mål C-438/02, Hanner, ännu ej publicerad i rättsfallsamlingen.

² Pressmeddelande från Socialdepartementet den 31 maj 2005: *Ylva Johansson om Apotekets ensamrätt att sälja läkemedel*. [www.regeringen.se \(2005-06-02\)](http://www.regeringen.se/2005-06-02).

³ Se till exempel: *Dagens Nyheter* 2005-05-31: Ledare: *Långt farväl till monopolet* och *Signerat: Magstark tolkning*. www.dn.se (2005-05-31).

⁴ Mål nr 5819-01, *Wermdö krog* mot Lotterinspektionen och mål nr 7119-01, *Bergsten* mot Lotterinspektionen.

⁵ Se t.ex. Nils Wahl, *Vad är oddsen för att det svenska spelmonopolet är förenligt med EG-rätten – Regeringsrättens dom i Wermdö Krog*, ERT 2005, s. 119.

i doktrin, finns två motsatta synsätt vad gäller EG-fördragets bestämmelser om den fria varuörligheten och statliga handelsmonopol. Dessa båda synsätt representerar två olika modeller för att legitimera statliga handelsmonopol inom EU. Det första kallar hon det decentraliserade eller anti-protektionistiska synsättet. Detta ligger till grund för en modell där medlemsstaterna ges större utrymme för självbestämmande under förutsättning att ingen diskriminering förekommer i förhållande till utländska varor. EU ses som ett mellanstatligt samarbete där medlemsstaternas autonomi fortfarande har en framträdande plats. Statliga handelsmonopol får finnas om de inte fungerar diskriminerande i förhållande till varor från andra medlemsstater. Det andra synsättet har primärt en ekonomisk eller konkurrensrättslig utgångspunkt. Det baseras på uppfattningen om EU som en överstatlig organisation i förhållande till medlemsstaterna där frihandel och upprättandet av en fungerande inre marknad sätts i första rummet. Statliga handelsmonopol har då egentligen inget berättigande, eftersom de påverkar konkurrensen på marknaden i för stor utsträckning. Enligt Meyrowitsch uppvisar rättspraxis från EG-domstolen en tendens mot en decentraliserad/anti-protektionistisk modell. Detta menar hon har kommit till tydligt uttryck i de fall där domstolen har tagit ställning till svenska handelsmonopol; både när det gäller detaljhandelsmonopolet för alkoholdrycker och detaljhandelsmonopolet för läkemedel.

En annan tänkbar förklaring till den problematik som vi står inför idag är att lagstiftaren på nationell nivå inte är i paritet med den verklighet vi lever i. Är de svenska monopolordningarna helt enkelt ett uttryck för en förlegad samhällsmodell som inte längre tjänar sitt syfte? *Emanuel Allroth* studerar dessa frågor med utgångspunkt från det svenska spelmonopolet. Han visar hur den svenska spelmarknaden har förändrats under de senaste tio åren. Nya spelformer har inneburit att spelmarknader inte kan begränsas nationellt, eftersom dessa tjänster erbjuds via den utvecklade data- och telekommunikationen över nationella gränser. Genom de nya spelformerna har även tillgängligheten på spel och lotterier kraftigt ökat och konkurrensen på den svenska spelmarknaden likaså. Spel och lotteri har blivit allt vanligare i samhället och en ökad acceptans och beroende har uppstått. Lagstiftaren försöker dock bevara den rådande ordningen och hindra att de nationella spelmonopolen utsätts för alltför mycket konkurrens. När detta sker är det stor risk att den nationella lagstiftningen kommer i konflikt med gemenskapsrättens regler om fri rörlighet för tjänster. Allroth anser att den svenska lotterilagstiftningen kan kritiseras mot bakgrund av EG-rättens krav, i synnerhet från ett proportionalitetsperspektiv. De skyddsintressen som den svenska lotterilagstiftningen syftar till är svåra att uppnå genom den nuvarande lagstiftningen. Om syftet som eftersträvas inte kan uppnås

på ett effektivt sätt genom den aktuella lagstiftningen, står den knappast i proportion till sitt syfte.

I en avslutande analys hävdar *Jörgen Hettne* att ett skäl till förvirring och skilda ståndpunkter sannolikt är att EG-domstolen har utvecklat en ny trend i sin rättspraxis som han kallar *den förvaltningsrättsliga dimensionen av fri rörlighet*. Med denna utgångspunkt försöker han klargöra vilka generella krav som kan ställas på nationella monopolordningar och tillståndssystem mot bakgrund av EG-rätten. Hettne ansluter till Meyrowitsch slutsats att rättspraxis från EG-domstolen såvitt avser de svenska monopolen för alkohol och läkemedel är betecknande för en omsvängning i rättspraxis varvid större utrymme ges för nationella särordningar, förutsatt att ordningarna inte är protektionistiska eller diskriminerande. Han menar emellertid att EG-domstolen har försökt minimera den skada på handeln som orsakas av sådana särordningar. De aktuella ordningarna – i synnerhet de svenska detaljhandelsmonopolen för alkohol och läkemedel – grundas på ett allmänintresse och har därmed inte ansetts oförenliga med EG-fördraget i sin helhet. Samtidigt kan de svårligen undanröjas genom EG-rättslig harmonisering, vilket hade varit naturligt i ett inre marknadsperspektiv. Hettne menar att EG-domstolen bl.a. av denna anledning har utvecklat det allmänna kravet på likabehandling till att också omfatta s.k. strukturella garantier för likabehandling. Det rör sig i synnerhet om krav på transparens och insyn samt motivering och rättskontroll. Han menar att EG-domstolen därutöver använder proportionalitetsprincipen för att förhindra att nationella särordningar uppstår som vid en samlad bedömning leder till ett orimligt resultat, dvs. onödigt långtgående handelshinder som kommer i konflikt med gemenskapens långsiktiga mål. Avslutningsvis diskuterar Hettne om de svenska monopolen för alkohol, läkemedel och speltjänster står i överensstämmelse med de EG-rättsliga kraven.

I APOTEKET AB – LEGITIMITETEN AV DET SVENSKA DETALJHANDELSMONOPOLET FÖR LÄKEMEDEL INOM DEN EUROPEISKA UNIONEN

Anna Meyrowitsch

1 INLEDNING

År 1969 presenterades ett förslag angående införandet av ett svenskt detaljhandelsmonopol för läkemedel i en statlig utredning.⁶ Förslaget resulterade i en proposition till riksdagen.⁷ Bakgrunden till förslaget var att man ville tillgodose kraven på en god framtida läkemedelsförsörjning. Man ville garantera en säker och effektiv läkemedelsdistribution samtidigt som man ville ta kontroll över de stigande läkemedelspriserna.⁸ Riksdagen godkände förslaget i sin helhet varpå en överenskommelse tecknades med Apotekar-societeten.⁹ Överenskommelsen reglerade formerna för avlösningen av det dåvarande apotekssystemet. Som en allmän förutsättning för överenskom-melsen gällde att man genom lagstiftning ville införa en principiell ensamrätt för staten att driva detaljhandel med läkemedel och att staten i sin tur skulle upplåta sin ensamrätt på ett bolag. Idag har det för ändamålet bildade Apoteket AB lagstadgad ensamrätt till detaljhandel med både receptbelagda och receptfria läkemedel i Sverige.¹⁰

Sverige blev medlem av Europeiska unionen den 1 januari år 1995. Medlemskapet innebar att Sverige gav upp sin självbestämmanderätt inom vissa områden. Ett av unionens främsta mål är att skapa en inre marknad med fri rörlighet för varor, tjänster, personer och kapital inom EU. I anslutning till bestämmelserna om den fria varurörligheten i EG-fördraget återfinns även en bestämmelse om statliga handelsmonopol. Artikel 31.1 EG föreskriver en skyldighet för medlemsstaterna att anpassa sina statliga handelsmonopol på ett sådant sätt att ingen diskriminering med avseende på anskaffnings- och saluföringsvillkor föreligger mellan medlemsstaternas medborgare.

Under medlemsförhandlingarna mellan Sverige och EU var frågan om statliga handelsmonopol uppe till diskussion, men bara avseende alkoholmonopolet. I de svenska förarbetena uppmärksammades reglerna beträffande den fria rörligheten av varor, inklusive artikel 31 EG, och det noterades att flera medlemsstater hade tvingats avskaffa sina statliga monopol efter

⁶ SOU 1969:46: Läkemedelsförsörjning i samverkan.

⁷ Prop. 1970:74 om en ny organisation av läkemedelsförsörjningen.

⁸ Prop. 1970:74 om en ny organisation av läkemedelsförsörjningen, s. 88.

⁹ Ds 1995:82: Apotekets framtida roll, s. 34–35.

¹⁰ Lagen (1996:1152) om handel med läkemedel m.m.

granskning av kommissionen och EG-domstolen. Regeringen uttalade att reglerna beträffande den fria varurörligheten skulle kunna komma att hamna i konflikt med det svenska alkoholmonopolet, inbegripet Systembolaget, och att en anpassning av detta således var erforderligt.¹¹

I maj och juni år 2001 sålde Krister Hanner, verkställande direktör för företaget Bringwell, tolv förpackningar med Nicorette nikotinplåster och nikotintuggummi i företagets butik i Stockholm. Försäljningen ledde till att Krister Hanner åtalades för brott mot lagen (1996:1152) om handel med läkemedel. Den allmänna åklagaren anförde att Nicorettes produkter var klassificerade som läkemedel av Läkemedelsverket och därför omfattades av det svenska detaljhandelsmonopolet. I tingsrätten erkände Krister Hanner gärningen samtidigt som han motsatte sig att denna utgjorde ett brott. Han menade att det statliga detaljhandelsmonopolet för läkemedel var oförenligt med artiklarna 31, 28 och 43 i EG-fördraget.¹² Frågan resulterade i att tingsrätten begärde in ett förhandsavgörande från EG-domstolen i Luxemburg.

¹¹ Prop. 1994/95:19: Sveriges medlemskap i den Europeiska unionen, s. 132.

¹² Generaladvokatens förslag till avgörande meddelat den 25 maj 2004 i mål C-438/02, Hanner, se även Läkemedelsvärlden, 2004:3: *Monopolets framtid avgörs i Luxemburg*.

2 SYFTE OCH DISPOSITION

Det föreligger en uppenbar konflikt mellan upprättandet av en inre marknad med fri rörlighet för varor inom EU och de olika medlemsstaternas intresse av att behålla sina statliga handelsmonopol. I enlighet med vad som kommer att presenteras nedan, existerar idag olika uppfattningar angående vilket utrymme som finns för statliga handelsmonopol inom EU. Tolkningen av de EG-rättsliga reglerna, inbegripet svaret på frågan om det svenska detaljhandelsmonopolet för läkemedel är tillåtet eller ej, sammanhänger med vilken syn man har på legitimiteten av denna typ av nationella monopol inom EU. Syftet med denna uppsats är att, med utgångspunkt från Apoteket AB, närmare identifiera detta legitimitetsproblem.

För att närma mig ämnet och sätta in det i sitt sammanhang har jag valt att inledningsvis presentera en översiktlig redogörelse för framväxten av den inre marknaden för varor och de EG-rättsliga reglerna beträffande den fria varurörligheten. Jag kommer särskilt att koncentrera mig på olika uppfattningar vad gäller innebörden av EG-fördragets artikel 31.1, samt redogöra för den i sammanhanget intressanta *Franzéndomen* från EG-domstolen.¹³

Jag kommer därefter att titta närmare på Apoteket AB. En kortfattad historisk bakgrund till det svenska apoteksmonopolet presenteras liksom en genomgång av lagregleringen och försäljningsorganisationen vad gäller läkemedel i Sverige. Därefter kommer jag att ägna framställningen åt mål C-438/02, *Hanner*. Jag kommer först att redogöra för generaladvokatens förslag till avgörande för att sedan presentera EG-domstolens dom av den 31 maj 2005.

Slutligen kommer jag, mot bakgrund av den tidigare undersökningen, utslutande att fokusera framställningen på det så kallade legitimitetsproblemet. Syftet med denna del av uppsatsen är att reda ut bakgrunden till och försöka förklara de olika synsätt som presenterats vad gäller legitimiteten av statliga handelsmonopol, inklusive Apoteket AB, inom EU. Det handlar närmare bestämt om att undersöka vad som i detta arbete definieras som ett legitimitetsproblem. Vilken innebörd har ordet ”legitimitet” i det sammanhang som här presenteras? Utifrån en strikt formell utgångspunkt, vilar legitimiteten av till exempel den Europeiska unionen på det faktum att alla unionens medlemsstater, inklusive Sverige, har ratificerat unionens fördrag inklusive tillägg till dessa i enlighet med sina respektive konstitutionella bestämmelser. Godkännande genom en nationell parlamentarisk process eller genom folkomröstningar kan således sägas i ”formell” mening garan-

¹³ Mål C-189/95, Franzén, REG 1997, s. I-5909.

tera att den Europeiska unionen är förankrad hos medlemsstaternas medborgare.¹⁴ Idén med formell legitimitet av ett styrelseskick relaterar till ett absolut kriterium. Att undersöka om systemet är legitimt eller inte innebär att det skall avgöras till vilken grad de formella krav som uppställs för detta är uppfyllda. Ett godkännande från den allmänna opinionen är således inte nödvändigt för formell legitimitet.¹⁵ Det kan emellertid även existera ett legitimitetsproblem i förhållande till hur EU fungerar i praktiken.¹⁶ Formell legitimitet är inte tillräckligt utan det existerar även en ”social” dimension av legitimitet. Att enbart koncentrera sig på den formella sidan av legitimiteten vore att förneka den allmänna uppfattningen om vad legitimitet innebär. Social legitimitet kräver ett godkännande från dem som är föremål för bindande beslut.¹⁷

Förutom den formella och sociala sidan av legitimitet, finns även en ytterligare dimension som här definieras som ”moralisk” legitimitet. Ett moraliskt legitimitetsproblem uppstår när olika värdegrunder ställs mot varandra. Ett exempel är när det värde som ges till frihandel kontrasteras mot värdet av att låta medlemsstaterna bestämma sin egen socialpolitik. Det legitimitetsproblem som undersöks i detta arbete är av en sådan moralisk karaktär och innebär att olika synsätt kolliderar, ett värde ställs mot ett annat värde.

¹⁴ Amaryllis Verhoeven, *The European Union in Search of a Democratic and Constitutional Theory*, Kluwer Law International 2002, s. 63–64.

¹⁵ Christer Karlsson, *Democracy, Legitimacy and the European Union*, Skrifter utgivna av Statsvetenskapliga föreningen i Uppsala (2001), s. 107.

¹⁶ Amaryllis Verhoeven, *The European Union in Search of a Democratic and Constitutional Theory*, s. 63.

¹⁷ Christer Karlsson, *Democracy, Legitimacy and the European Union*, s. 107–108.

3 DEN FRIA VARURÖRLIGHETEN

Enligt artikel 95 i EG-fördraget skall ministerrådet, om inte annat anges, tillämpa förfarandet i artikel 251 EG för att besluta om åtgärder för tillnärmningen av lagar och andra författningar i medlemsstaterna som har betydelse för upprättande av den inre marknaden. I artikel 251 EG uppställs krav på kvalificerad majoritet vid ministerrådets omröstningar, vilket innebär en risk för att enskilda medlemsstater kan bli utröstade. Till detta kommer att de viktigaste fördragsbestämmelserna rörande den fria varurörligheten har tillerkänts direkt effekt av EG-domstolen och kan därmed göras gällande av enskilda mot medlemsstaterna inför nationell domstol. I praktiken har detta medfört att många nationella bestämmelser har fått ge vika för EG-rätten.¹⁸

3.1 Huvudsakliga fördragsbestämmelser

Enligt artikel 2 EG har gemenskapen till uppgift att "(. .) främja en harmonisk, väl avvägd och hållbar utveckling av näringslivet inom gemenskapen som helhet, en hög nivå i fråga om sysselsättning och socialt skydd, jämställdhet mellan kvinnor och män, en hållbar och icke-inflatorisk tillväxt, en hög grad av konkurrenskraft och ekonomisk konvergens, en hög nivå i fråga om miljöskydd och förbättring av miljöns kvalitet, en höjning av levnadsstandarden och livskvaliteten samt ekonomisk och social sammanhållning och solidaritet mellan medlemsstaterna". Etableringen av den gemensamma marknaden omnämns i samma artikel som en metod att uppnå dessa mål. Det sägs vidare i artikel 3.1 c EG, att för att uppnå de mål som anges i artikel 2, skall gemenskapens verksamhet innefatta en inre marknad som kännetecknas av att hindren för fri rörlighet för varor, personer, tjänster och kapital avskaffas mellan medlemsstaterna.

Artiklarna 23–27 i EG-fördragets tredje del, avdelning 1, kapitel 1, bildar ramen för en europeisk tullunion genom avvecklandet av handelstullar mellan medlemsstaterna och upprättandet av en gemensam tulltaxa mot länder utanför den europeiska gemenskapen. Detta är dock inte tillräckligt för att uppnå målet med den fria rörligheten. Om inga ytterligare åtgärder vidtagits skulle det fortfarande vara möjligt för medlemsstater att sätta upp handelshinder i form av importkvoter eller förhindra den fria varurörligheten genom andra åtgärder med motsvarande verkan.

¹⁸ Jukka Snell, *Goods and Services in EC Law – a Study of the Relationship of the Freedoms*, Oxford University Press (2002), s. 32–33.

Specialbestämmelser rörande den fria rörligheten av varor återfinns i artiklarna 28-31 EG.¹⁹ Innebörden av begreppet ”vara” definieras inte i EG-fördraget, men har samma betydelse i alla fördragsbestämmelserna och har av EG-domstolen definierats som ett materiellt föremål.²⁰ Ett undantag från denna definition är elektricitet som även har klassificerats som en vara.²¹

Artikel 28 EG lägger grunden för den fria varurörligheten och fastslår att ”kvantitativa importrestriktioner samt åtgärder med motsvarande verkan skall vara förbjudna mellan medlemsstaterna”. Artikel 29 innehåller en liknande bestämmelse som rör exportrestriktioner och artikel 30 anger vissa i artikeln uppräknade undantag från huvudreglerna i artikel 28 respektive artikel 29. Statliga handelsmonopol omnämns i artikel 31 EG.

3.2 Utvecklingen genom EG-domstolens rättspraxis

EG-domstolen har fastslagit att artikel 28 EG har direkt effekt²² och EG-domstolen har sedan länge givit denna fördragsbestämmelse en omfattande räckvidd.²³ Detta framgår av den så kallade *Dassonville*-definitionen²⁴ enligt vilken ”(. . .) alla handelsregler antagna av medlemsstater som kan utgöra ett hinder, direkt eller indirekt, faktiskt eller potentiellt, för handeln inom gemenskapen (. . .)”²⁵ är förbjudna.

Nationella regler som skiljer mellan inhemska och utländska varor och som därmed strider mot artikel 28 EG, kan undantas genom bestämmelsen i artikel 30 EG. Denna artikel innehåller en uttömmande uppräkning av möjliga undantag, vilka dock endast kan komma i fråga under förutsättning att det inte är fråga om en godtycklig form av diskriminering eller en förtäckt begränsning av handeln mellan medlemsstaterna. Artikel 30 EG är endast tillämplig om det inte existerar någon EG-rättslig harmonisering inom det aktuella området²⁶ och uteslutande ekonomiska motiv har aldrig

¹⁹ Paul Craig & Gráinne de Burca, *EU Law, Text, Cases and materials*, Oxford University press (2003), s. 613.

²⁰ Jukka Snell, *Goods and Services in EC Law. A Study of the Relationship Between the Freedoms*, s. 4. Se närmare mål C-2/90, kommission mot Belgien, REG 1992, s. I-4431, punkt 26; svensk specialutgåva, volym 13, s. I-31 och mål 155/73 Guiseppa Sacchi, REG 1974, s. 409, punkterna 6-7; svensk specialutgåva, volym 2, s. 269.

²¹ Mål 6/64, Costa mot E.N.E.L., REG 1964, s. 585; svensk specialutgåva, volym 1, s. 211.

²² Mål 74/76, Ianelli & Volpi SpA mot Ditta Paolo Meroni, REG 1977, s. 557; svensk specialutgåva, volym 3, s. 315.

²³ T.J. Freidbacher, *Motive Unmasked: The European Court of Justice, the Free Movement of Goods and the Search for Legitimacy*, (1996) 2 European Law Journal, s. 227.

²⁴ Mål 8/74, Dassonville, REG 1974, s. 837; svensk specialutgåva, volym 2, s. 343.

²⁵ Punkt 5 i EG-domstolens dom.

²⁶ Paul Craig and Gráinne de Burca, *EU Law – Texts, Cases and Materials*, s. 635.

accepterats av EG-domstolen.²⁷ Domstolen har valt att tolka artikel 30 EG snävt och nationella bestämmelser undersöks noga innan något undantag kan komma i fråga. Den nationella åtgärden måste även passera ett så kallat proportionalitetstest där det visas att denna står i proportion till sitt syfte samt att det inte finns några alternativa åtgärder att tillgå som inte har lika stor inverkan på handeln mellan medlemsstaterna. Bevisbördan för att ett av undantagen i artikel 30 EG är tillämpligt vilar på den medlemsstat som förespråkar ett sådant.²⁸

Den utvidgning av artikel 28 EG som gjordes genom den så kallade *Dassonville*-definitionen bekräftades genom EG-domstolen avgörande i *Cassis de Dijon*.²⁹ Detta innebar att *Dassonville*-definitionen inte endast omfattade nationella regler som på något sätt var diskriminerande i förhållande till utländska varor. Efter EG-domstolens avgörande i *Cassis de Dijon* stod det klart att alla nationella regler, såväl diskriminerande som icke-diskriminerande, som på ett eller annat sätt reglerar varors egenskaper, omfattas av förbudet i artikel 28 EG.³⁰ I *Cassis de Dijon* introducerades emellertid också en undantags- eller skälighetsregel, en så kallad "rule of reason". Denna så kallade *doktrinen om tvingande hänsyn*, kan åberopas av medlemsstater som önskar rättfärdiga nationella regler som annars omfattas av förbudet i artikel 28 EG. Skillnaden mellan EG-fördragets artikel 30 och doktrinen om tvingande hänsyn, är att enligt den senare tillåts ett undantag från huvudregeln i artikel 28 EG enbart när det är fråga om nationella åtgärder som behandlar utländska och inhemska varor lika, dvs. regler som i formell mening är icke-diskriminerande.³¹ I likhet med de principer som gäller för undantagsbestämmelsen i artikel 30 EG, kan doktrinen om tvingande hänsyn emellertid endast åberopas om det aktuella området inte har varit föremål för EG-rättslig harmonisering och renodlade ekonomiska motiv har aldrig accepterats av EG-domstolen.³² Doktrinen om tvingande hänsyn innebär i praktiken att EG-domstolen ges utrymme att väga behovet av ytterligare europeisk marknadsintegration mot till exempel ett nationellt socialpolitiskt intresse som åberopas av en medlemsstat.³³

²⁷ Se till exempel mål 7/61, kommissionen mot Italien, REG 1961, s. 317 och mål 238/82 Duphar BV m.fl. mot Nederländerna, REG 1984, s. 523; svensk specialutgåva, volym 7, s. 505.

²⁸ Paul Craig & Grainne de Burca, *EU Law – Texts, Cases and Materials*, s. 626.

²⁹ Mål 120/78, Rewe-Zentral AG mot Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, REG 1979, s. 649; svensk specialutgåva, volym 4, s. 377.

³⁰ T.J. Freidbacher, *Motive Unmasked: The European Court of Justice, the Free Movement of Goods and the Search for Legitimacy*, (1996) 2 European Law Journal, s. 227–228.

³¹ Paul Craig & Grainne de Burca, *EU Law, Texts, Cases and Materials*, s. 659.

³² Jukka Snell, *Goods and Services in EC Law – a Study of the Relationship of the Freedoms*, s. 186.

³³ Paul Craig & Grainne de Burca, *EU Law, Texts, Cases and Materials*, s. 677.

EG-domstolens avgöranden i *Dassonville* och *Cassis de Dijon* kom att innebära att många olika typer av nationella bestämmelser som i praktiken endast hade en marginell inverkan på samhandeln kom att ifrågasättas. EG-domstolen satte dock stopp för detta genom sitt avgörande i *Keck*.³⁴ Detta innebar att man ändrade sin tidigare praxis genom att nationella bestämmelser som begränsar eller förbjuder vissa försäljningsåtgärder³⁵ som inte är ägnade att direkt eller indirekt, faktiskt eller potentiellt hindra handeln, numera anses falla utanför artikel 28 EG. En förutsättning för detta är dock att dessa gäller för samtliga berörda näringsidkare verksamma inom det nationella territoriet och att de såväl rättsligt som faktiskt påverkar avsättningen av inhemska varor respektive varor från andra medlemsstater på samma sätt.³⁶

Av EG-domstolens rättspraxis inom området för den fria varurörligheten tycks framgå att domstolen har använt sig av två olika tolkningar av den aktuella fördragstexten. Den första tolkningsmodellen tar sin utgångspunkt i ett synsätt där huvudsyftet med de berörda fördragsartiklarna är att förhindra nationell protektionism. Med anledning av att diskriminering ofta är ett utflöde av protektionism, resulterar denna tolkning i att alla nationella regler som har någon form av disparat verkan i förhållande till utländska varor undersöks för att försäkra sig om att det inte ligger ett protektionistiskt syfte bakom. Kan medlemsstaterna däremot visa på att de nationella reglerna i själva verket har ett legitimt bakomliggande syfte, är nödvändiga samt står i proportion till detta syfte, kan dessa dock rättfärdigas.³⁷ Enligt den andra tolkningsmodellen ligger fokus inte enbart på ett eventuellt protektionistiskt syfte, utan på om den nationella regeln på något sätt försvårar handeln mellan medlemsstaterna. Det senare synsättet, som bygger på uppfattningen om att den inre marknaden bör baseras på frihandel fullt ut, är mer ingripande för medlemsstaternas del eftersom det innebär att *alla* nationella åtgärder som har någon form av ogynnsam påverkan på handeln automatiskt omfattas av de aktuella förbudsbestämmelserna. Detta gäller oavsett om dessa är diskriminerande eller ej. Medlemsstaternas möjligheter till undantag avgörs av EG-domstolen som anförtros att väga gemenskapens intresse av frihandel mot de nationella intressen som förespråkas av medlemsstaterna.³⁸ Dessa båda synsätt, som fortsättningsvis kommer att

³⁴ Förenade målen C-267/91 och C-268/91, *Keck och Mithouard*, REG 1993, s. I-6097; svensk specialutgåva, volym 14, s. I-431.

³⁵ Eng. "certain selling arrangements"

³⁶ Punkt 16 i EG-domstolens dom.

³⁷ Eng. "suitable and necessary"

³⁸ Jukka Snell, *Goods and Services in EC Law – a Study of the Relationship of the Freedoms*, s. 2.

benämnas det *ekonomiskt* inriktade eller *konkurrensrättsliga* *syntsättet* respektive det *decentraliserade* eller *anti-protektionistiska* *syntsättet*, står i motsättning till varandra.³⁹ Dessa återfinns idag även i diskussionen rörande statliga handelsmonopol inom EU.

3.3 EG-fördragets artikel 31

Artikel 31.1 EG rör statliga handelsmonopol för varor. Bestämmelsen innebär en skyldighet för medlemsstaterna att anpassa sådana monopol i syfte att säkerställa att ingen diskriminering med avseende på anskaffnings- och saluföringsvillkor föreligger mellan medlemsstaternas medborgare. Det faktum att artikeln i fråga hänvisar till ”handelsmonopol” innebär att den endast omfattar kommersiella monopol, det vill säga företag som utför ekonomiska aktiviteter som import, export och/eller distribution av varor.⁴⁰ Den andra delen av EG-fördragets artikel 31.1 begränsar artikelns tillämpningsområde genom att denna ”(. . .) skall tillämpas på varje organ genom vilket en medlemsstat, rättsligt eller i praktiken, direkt eller indirekt kontrollerar, styr eller märkbart påverkar import eller export mellan medlemsstaterna(. . .)”.

Enligt artikel 31.2 EG skall medlemsstaterna avstå från att vidta några nya åtgärder som står i strid med den första punkten i artikel 31 EG, eller som begränsar räckvidden av de artiklar i EG-fördraget som avser förbud mot tullar och kvantitativa restriktioner mellan medlemsstaterna. Artikel 31.3 EG är en specialbestämmelse som endast omfattar avsättningen eller det ekonomiska utbytet av jordbruksprodukter.

Den exakta innebörden av den skyldighet som åläggs medlemsstaterna genom artikel 31.1 EG har varit omdiskuterad i doktrinen. Artikeln hänvisar enligt sin ordalydelse till anpassning och inte avskaffande av statliga handelsmonopol. Genom sitt avgörande i *Manghera*,⁴¹ som rörde det italienska tobaksmonopolet, klargjorde även EG-domstolen att artikel 37.1 EEG, vilken numera är artikel 31.1 EG, inte kräver att statliga handelsmonopol avskaffas utan endast att dessa anpassas i syfte att undvika *diskriminering* av utländska varor.⁴² Domstolen uttalade att den skyldighet för medlemsstaterna som återfinns i artikeln i fråga syftar till att säkerställa den fria rör-

³⁹ Dessa båda modeller återfinns till exempel i Jukka Snell, *Goods and Services in EC Law – a Study of the Relationship of the Freedoms*, s. 34–35, samt i en något annorlunda version i M.Maduro, *We, the Court, the European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Hart Publishing (1998), s. 108–109.

⁴⁰ Jose Luis Buendia Sierra, *Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law*, Oxford University Press (1999), s. 80.

⁴¹ Mål 59/75, *Manghera*, REG 1976, s. 91; svensk specialutgåva, volym 3, s. 9.

⁴² Punkt 5 i EG-domstolens dom.

ligheten för varor inom den gemensamma marknaden. Detta menade man var omöjligt att uppnå om inte den fria rörligheten för utländska varor, av samma slag som de varor som omfattades av det nationella handelsmonopolet, säkerställdes.⁴³ EG-domstolen ansåg att ”artikel 37.1⁴⁴ i EEG-fördraget skall tolkas så, att alla statliga handelsmonopol den 31 december 1969 skulle vara anpassade på ett sådant sätt att ensamrätten att importera från andra medlemsstater var avskaffad.”⁴⁵

Medan de verkar råda samstämmighet i doktrinen om att EG-domstolens avgörande i *Manghera* klargjorde att exklusiva import- och export rättigheter automatiskt är förbjudna enligt artikel 31.1 EG, har det dock diskuterats om statliga monopol för produktion och detaljhandel omfattas av den aktuella fördragsbestämmelsen.⁴⁶ Vissa författare menar att även de senare monopolformerna kan innebära att företaget i fråga på indirekt väg även kontrollerar import- och export.⁴⁷

En annan fråga med anknytning till artikel 31.1 EG gäller innebörden av artikelns *diskrimineringsbegrepp*. Frågan gäller huruvida artikel 31.1 EG har för avsikt att förbjuda diskriminering mellan inhemska och utländska varor eller om denna snarare syftar på diskriminering av utländska *marknadsoperatörer*. Den senare tolkningen avser diskriminering av medlemsstaternas medborgare i egenskap av fysiska personer. Dessa båda tolkningar leder till olika resultat. Avskaffandet av diskriminering mellan inhemska och utländska varor innebär inte nödvändigtvis ett krav på avskaffande av exklusiva rättigheter. I teorin skulle det vara tillräckligt att säkerställa att det statliga handelsmonopolet, i linje med ett så kallat anti-protektionistiskt synsätt, fungerar på ett icke-diskriminerande sätt, det vill säga att alla varor behandlas lika oavsett ursprungsland. Ett krav på avskaffande av diskriminering mellan inhemska och utländska marknadsoperatörer innebär däremot att exklusiva rättigheter inte kan tillåtas. Detta på grund av själva förekomsten av handelsmonopol som ger en enskild medlemsstat ensamrätt i vissa avseenden, automatiskt innebär att utländska operatörer diskrimineras på marknaden.⁴⁸

⁴³ Punkterna 9–10 i EG-domstolens dom.

⁴⁴ Nuvarande artikel 31.1. EG.

⁴⁵ Punkt 13 i EG-domstolens dom.

⁴⁶ Se till exempel Jose Luis Buendia Sierra, *Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law*, s. 84 samt Françoise Blum och Anne Logue, *State Monopolies under EC Law*, West Sussex; John Wiley & Sons (1998), s. 123.

⁴⁷ Jose Luis Buendia Sierra, *Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law*, s. 84.

⁴⁸ *Ibid*, s. 102.

Även förhållandet mellan artikel 31 EG och de andra bestämmelserna i fördraget har varit föremål för debatt. Frågan gäller huruvida artikel 31 EG är exklusivt tillämplig på statliga handelsmonopol, vilket i så fall innebär att dessa skall granskas enbart enligt denna artikel och inte i förhållande till de andra bestämmelserna i EG-fördraget. Denna lösning som alltså innebär att man identifierar en exklusivt tillämplig regel, benämns den *monistiska utgångspunkten* i doktrinen,⁴⁹ i motsats till den *dualistiska utgångspunkten*.⁵⁰ Den senare innebär att man väljer att tillämpa flera fördragsbestämmelser samtidigt. I enlighet med den monistiska utgångspunkten är artikel 31 EG *lex specialis* och är med andra ord exklusivt tillämplig när man har att göra med statliga handelsmonopol. Det är tillräckligt att visa att den diskriminerande nationella åtgärden på något sätt är knuten till det statliga handelsmonopolet för att denna skall komma att omfattas av artikel 31 EG. Den monistiska utgångspunkten omfattar även den så kallade *doktrinen om åtskiljbara åtgärder*,⁵¹ vilken innebär att endast de nationella åtgärder som är direkt relaterade till det statliga handelsmonopolet undersöks mot bakgrund av artikel 31 EG, medan övriga åtgärder behandlas under de generella fördragsbestämmelserna om den fria varurörligheten. Den dualistiska utgångspunkten utmynnar i vad som har kommit att kallas *doktrinen om den gemensamma tillämpligheten*,⁵² enligt vilken artikel 31 EG tillämpas gemensamt med EG-fördragets övriga bestämmelser.⁵³ Anledningen till detta är att man anser att statliga handelsmonopol har en särskilt negativ effekt på handeln, varför dessa bör vara föremål för både specialbestämmelsen i artikel 31 EG och EG-fördragets övriga bestämmelser om fri rörlighet av varor.⁵⁴

I *Franzén*⁵⁵ fick EG-domstolen, genom en begäran om förhandsavgörande från Landskrona tingsrätt, tillfälle att ta ställning till legitimiteten av det svenska monopolet för detaljhandel med alkoholhaltiga drycker, Systembolaget.

⁴⁹ Eng. "The monist approach".

⁵⁰ Eng. "The dualist approach".

⁵¹ Eng. "The doctrine of separable measures".

⁵² Eng. "The joint application doctrine".

⁵³ Jose Luis Buendia Sierra, *Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law*, s. 112–115.

⁵⁴ Lars Pehrson och Nils Wahl, *Systembolaget*, Juridisk Tidskrift vid Stockholms Universitet 1988, s. 840.

⁵⁵ Mål C-189/95, Franzén, REG 1997, s. I-5909.

4 MÅL C-189/95 FRANZÉN

Landskrona tingsrätt begärde ett förhandsavgörande från EG-domstolen med anledning av åtalet mot den svenske medborgaren Harry Franzén som den 1 januari år 1995, samma dag som Sverige blev medlem av EU, uppsåtligen och utan tillstånd hade sålt vin i sin Icabutik. Vinet var inköpt på Systembolaget eller importerat från Danmark. Åtalet gällde brott mot den dåvarande alkohollagen (1994:1738)⁵⁶ som reglerade tillverkning och handel med alkoholdrycker i Sverige. Lagen syftade till att begränsa konsumtionen av sådana varor för att minska de negativa skadeverkningarna för folkhälsan.⁵⁷ Alkohollagen⁵⁸ förbjöd framställning av alkoholdrycker utan ett tillverkningsstillstånd och partihandel med spritdrycker, vin och starköl fick endast bedrivas av den som hade ett partihandelstillstånd. Den som innehade tillverkningsstillstånd ansågs dock enligt lagen även ha partihandelstillstånd i fråga om motsvarande varor. Lagen förbjöd även införsel till Sverige av spritdrycker, vin och starköl utan tillverknings- eller partihandelstillstånd. De aktuella tillstånden utfärdades av Alkoholinspektionen på grundval av en avgiftsbelagd ansökan som måste innehålla vissa föreskrivna handlingar. Alkoholinspektionen var ålagd att göra en objektiv och icke-diskriminerande bedömning av ansökan. I lagen föreskrevs att detaljhandel med vin, starköl och spritdrycker i Sverige skulle ombesörjas av ett för ändamålet bildat aktiebolag, nämligen det av staten helägda Systembolaget.⁵⁹

Bestämmelser om Systembolagets drift samt kontrollen av bolaget reglerades i ett avtal mellan bolaget och staten.⁶⁰ Enligt det aktuella avtalet, vilket hade trätt i kraft den 1 januari år 1995, föreskrevs att Systembolaget skulle utöva sin verksamhet på ett sådant sätt att samhällliga, sociala och medicinska skadeverkningar av alkoholkonsumtion i möjligaste mån förebyggdes. Systembolagets produkturval måste göras oberoende av produkternas ursprungsland, vilket innebar att urvalet skulle baseras på en bedömning av produktens kvalitet, särskilda risker för skadeverkningar av produkten, kundernas efterfråga samt andra affärsmässiga och etiska hänsyn. Systembolaget ålades även att, i de fall detta hade begärts, skriftligen underrätta leverantörer vars produkter hade avvisats eller avförts från bolagets sortiment om skälen för detta. Leverantörerna måste även informeras om möjligheterna till överprövning av Systembolagets beslut hos Alkoholsortimentsnämnden. I enlighet med avtalet måste bolaget vidare vidta opartiska

⁵⁶ Ibid, punkterna 2 samt 27.

⁵⁷ Punkt 3 i EG-domstolens dom.

⁵⁸ Lag (1994: 1738).

⁵⁹ Punkt 5 ff. i EG-domstolens dom.

⁶⁰ Punkt 16 i EG-domstolens dom.

åtgärder för marknadsföring och produktinformation som var oberoende av den aktuella produktens ursprungsland. Systembolaget ålades även att verka för att nya produkter som inkluderats i sortimentet blev kända för konsumenterna. Bolagets handelsmarginaler måste sättas utifrån objektiva kriterier som gällde lika för inhemska och importerade produkter och verksamheten måste bedrivas rationellt och man skulle försäkra sig om en god service till kunderna. Vid prissättningen av produkterna skulle det säkerställas att bolaget fick täckning för sina kostnader, att staten fick en skäligen avkastning på sitt kapital samt att man undvek onödig fördyring av varorna. Beslut om att etablera eller lägga ner försäljningsställen skulle enligt avtalet tas utifrån företagsekonomiska, servicemässiga och alkoholpolitiska överväganden. Det skulle även ombesörjas att försäljningen på ort där systembutik saknades kunde ske genom försändelse på rekvisition, varvid bolaget betalade försändningskostnaden. Riktlinjer för öppethållande skulle enligt avtalet beslutas av riksdagen.⁶¹

Med utgångspunkt från de krav på bolagets verksamhet som uppställdes i avtalet med den svenska staten, hade Systembolaget utvecklat en modell för bolagets verksamhet. I samband med produkturvalet genomfördes till exempel blindsmakprovningar och en leverantör vars produkt inte hade inkluderats i bolagets sortiment kunde ansöka om att produkten inkluderades i ett testsortiment efter att ha valts ut efter ytterligare smakprovning som genomfördes av en konsumentpanel.⁶²

I Landskrona tingsrätt yrkade Harry Franzén att han skulle gå fri från ansvar eftersom den svenska alkohollagen⁶³ stred mot artiklarna 30 och 37⁶⁴ i EG-fördraget. Tingsrätten beslutade att begära ett förhandsavgörande från EG-domstolen i Luxemburg.⁶⁵ I sitt förhandsavgörande påpekade EG-domstolen inledningsvis att man vid upprepade tillfällen redan hade fastslagit att EG-fördragets artikel 31⁶⁶ inte kräver att medlemsstaterna avskaffar sina statliga handelsmonopol men att dessa måste anpassas på ett sådant sätt att ingen diskriminering med avseende på anskaffnings- och saluföringsvillkor föreligger mellan medlemsstaternas medborgare.⁶⁷ Domstolen menade att den aktuella artikeln i EG-fördraget "(. . .) har till ändamål att förena de

⁶¹ Mål C-189/95, Franzén, REG 1997, s. I-5909, punkt 21. Se även Robert Eriksson och Jenny Blomberg, *The Swedish Alcohol Monopoly*, Institutet för Europeisk rätt vid Stockholms Universitet (1999), s. 7–8.

⁶² Punkt 25 i EG-domstolens dom.

⁶³ Lag (1994:1738)

⁶⁴ Nuvarande artiklar 28 och 31 EG.

⁶⁵ Punkterna 28-29 i EG-domstolens dom.

⁶⁶ Dåvarande artikel 37 i EG-fördraget.

⁶⁷ Punkt 38 i EG-domstolens dom.

krav som följer av inrättandet av den gemensamma marknaden och dess funktionssätt med medlemsstaternas möjlighet att, i syfte att uppnå vissa mål av allmänintresse, upprätthålla vissa handelsmonopol. Avsikten med artikeln är att undanröja alla hinder för den fria rörligheten för varor, dock med undantag för de begränsningar i handeln som utgör en nödvändig följd av att det föreligger sådana monopol.”⁶⁸ EG-domstolen ansåg att det var obestriddigt att ett statligt handelsmonopol för alkoholdrycker, såsom det som i detta fall innehades av Systembolaget, avser ett mål av allmänintresse i det att det syftar till att skydda folkhälsan mot skadeverkningar orsakade av alkohol.⁶⁹ Enligt EG-domstolen krävdes dock en anpassning av statliga handelsmonopol med avseende på kraven i artikel 31 EG. Den menade att handeln med varor med ursprung i övriga medlemsstater varken rättsligt eller faktiskt får missgynnas i förhållande till handeln med inhemska varor och det får inte heller uppstå någon snedvridning av konkurrensen mellan medlemsstaterna.⁷⁰ Efter att ha undersökt Systembolagets organisation och funktionssätt, kom EG-domstolen fram till slutsatsen att Systembolagets detaljhandelsmonopol var icke-diskriminerande och därmed förenligt med EG-rätten.⁷¹

Därefter granskade EG-domstolen ”(. . .) de nationella bestämmelser som, även om de inte direkt reglerar monopolets funktionssätt, ändå påverkar detta.” Vad gällde dessa bestämmelser menade EG-domstolen att de skulle bedömas mot bakgrund av artikel 30 (nu artikel 28) i EG-fördraget.⁷² Domstolen hänvisade i detta fall till systemet med tillverknings- och parti-handelstillstånd och kom sammanfattningsvis fram till slutsatsen att detta tillståndssystem innebar ett hinder för import av alkoholdrycker från övriga medlemsstater och att: ”en nationell lagstiftning som den som är aktuell i målet står således i strid med artikel 30 i fördraget.”⁷³

Den svenska regeringen åberopade emellertid undantag från huvudregeln i enlighet med EG-fördragets artikel 30, med hänvisning till att även tillståndssystemet kunde rättfärdigas av intresset att skydda människors hälsa.⁷⁴ EG-domstolen ansåg dock att det inte var visat att tillståndssystemet enligt den svenska alkohollagen⁷⁵ stod i ”(. . .) proportion till syftet att

⁶⁸ Punkt 39 i EG-domstolens dom.

⁶⁹ Punkt 41 i EG-domstolens dom.

⁷⁰ Punkt 40 i EG-domstolens dom.

⁷¹ Punkt 66 i EG-domstolens dom.

⁷² Punkt 67 i EG-domstolens dom.

⁷³ Punkterna 71-73 i EG-domstolens dom.

⁷⁴ Punkt 74 i EG-domstolens dom.

⁷⁵ Lag (1994:1738).

skydda folkhälsan eller att detta syfte inte kan tillgodoses genom åtgärder som begränsar handeln inom gemenskapen i mindre utsträckning.”⁷⁶

Som framgått utgick EG-domstolen i *Franzén* sammanfattningsvis från vad som tidigare har benämnts en *anti-protektionistisk tolkning* av de aktuella bestämmelserna i EG-fördraget. De bestämmelser i den nationella lagstiftningen som av domstolen ansågs direkt omfatta monolets organisation och funktionssätt, åtskiljdes och omfattades explicit av specialbestämmelsen i artikel 31.1 EG. Skyddet för folkhälsan mot skadeverkningarna av alkohol, ansågs dock vara av ett sådant allmänintresse som enligt domstolen kunde göra monolet tillåtligt under artikel 31.1 EG, så länge detta inte diskriminerade mellan inhemska och utländska *varor*. EG-domstolen skapade med andra ord en så kallad ”rule of reason”, det vill säga en undantags- eller skälighetsregel för det aktuella fallet under artikel 31.1 EG. De övriga bestämmelserna i den nationella lagstiftningen som ansågs vara åtskiljbara från detaljhandelsmonolet, dvs. de som inte direkt reglerade monolets funktionssätt, men ändå påverkade detta, granskades under den strängare huvudregeln i artikel 28 EG.

⁷⁶ Punkt 76 i EG-domstolens dom.

5 KRITIK MOT EG-DOMSTOLENS AVGÖRANDE I MÅL C-189/95 FRANZÉN

I sitt förslag till avgörande med anledning av det begärda förhandsavgörandet i *Franzén*, hade generaladvokat Elmer föreslagit att EG-domstolen skulle besluta att det svenska detaljhandelsmonopolet för alkoholdrycker stred mot både artiklarna 30 och 37, det vill säga nuvarande 28 och 31 EG, eftersom det förhindrade alkoholprodukters tillträde till den svenska marknaden. Generaladvokaten undersökte vidare om monopolet i fråga kunde rättfärdigas genom undantaget om skydd för människors hälsa under EG-fördragets artikel 30. Slutsatsen blev dock att Systembolaget inte stod i proportion till sitt syfte.⁷⁷ EG-domstolens avgörande i *Franzén* har kritiserats för att man separerade de nationella bestämmelser som gällde för detaljhandelsmonopolet och granskade huvuddelen av detta under artikel 31 EG, istället för att tillämpa huvudregeln i artikel 28 EG. Vissa har menat att EG-domstolen därigenom avvek från sin tidigare rättspraxis.⁷⁸ Det har även hävdats att domstolen har ändrat innebörden av artikel 31 EG. Denna argumentation bygger på att om man uteslutande använder sig av artikel 31 EG på det sätt som domstolen gjorde i *Franzén*, innebär detta felaktigt att endast de statliga handelsmonopol som är organiserade på ett diskriminerande sätt strider mot EG-fördraget.⁷⁹

I *Franzén* ansåg EG-domstolen att det krävdes att "(. . .)monopolets utformning och funktionssätt anpassas på ett sådant sätt att ingen diskriminering med avseende på anskaffnings- och saluföringsvillkor föreligger mellan medlemsstaternas medborgare. Handeln med varor med ursprung i övriga medlemsstater får varken rättsligt eller faktiskt missgynnas i förhållande till handeln med inhemska varor och det får inte uppstå någon snedvridning av konkurrensen mellan medlemsstaterna."⁸⁰ Detta innebar att domstolen fäste stor vikt vid att försäkra sig om att det inte förekom någon diskriminering mot utländska *varor* från monopolets sida och man valde således att inte fokusera på diskriminering av utländska *operatörer* på den svenska marknaden. Den definition av diskrimineringsbegreppet i artikel 31 EG som domstolen förespråkade i *Franzén* har kritiserats. Mot bakgrund av tre andra förhandsavgöranden angående monopolsituationer som

⁷⁷ Förslag till avgörande av generaladvokat Elmer i mål C-189/95, Franzén, REG 1997, s. I-5909, punkterna 56–65, 79, 94, 100, 110–121.

⁷⁸ Se Lars Pehrson och Nils Wahl, *Systembolaget*, Juridisk Tidskrift vid Stockholms Universitet 1998, s. 834–844 och Jose Luis Buendia Sierra, *Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law*, s. 120–122.

⁷⁹ Lars Pehrson och Lars Wahl, *Systembolaget*, Juridisk Tidskrift vid Stockholms Universitet, 1998, s. 840.

⁸⁰ Mål C-189/95, Franzén, REG 1997, s. I-5909, punkt 40 i EG-domstolens dom.

domstolen meddelade samma dag som *Franzén*, har det påståtts att domstolens avgörande i *Franzén* var felaktigt.⁸¹

Dessa tre avgöranden gällde de holländska, franska och italienska statliga handelsmonopolen för import respektive export av gas och elektricitet.⁸² I samtliga dessa avgöranden följde EG-domstolen samma typ av resonemang och upprepade det som den tidigare fastslagit i *Manghera*,⁸³ det vill säga att *ensamrätt till import* automatiskt utgör diskriminering i strid med EG-fördragets artikel 37.1 (nu artikel 31.1 EG).⁸⁴ Domstolen menade att diskrimineringen i fråga riktar sig mot *exportörer* i andra medlemsstater eftersom en sådan rätt enligt domstolens resonemang direkt påverkar saluföringsvillkoren enbart för aktörer eller köpare i övriga medlemsstater.⁸⁵ I två av fallen ansåg EG-domstolen dessutom att *exklusiva exporträttigheter* automatisk innebär diskriminering av *importörer* etablerade i andra medlemsstater, eftersom denna ensamrätt på motsvarande sätt endast påverkar anskaffningsvillkoren för aktörer eller konsumenter i övriga medlemsstater.⁸⁶ EG-domstolen menade vidare att på grund av att de omtvistade exklusiva import- och exporträttigheterna stred mot nuvarande artikel 31.1 EG,⁸⁷ var det inte nödvändigt att undersöka om dessa även stred mot artikel 30 (nu artikel 28) i EG-fördraget.⁸⁸ Efter att ha kommit fram till denna slutsats, undersökte domstolen därefter om exklusiva import- och exporträttigheter kunde rättfärdigas genom undantag enligt artikel 90 (nuvarande artikel 86.2 EG).⁸⁹

Artikel 86.2 återfinns bland EG-fördragets konkurrensregler. För att undantag skall föreligga enligt artikel 86.2 EG uppställs sex krav. För det första måste det röra sig om ett *företag*, för det andra och tredje skall detta

⁸¹ Jose Luis Buendia Sierra, *Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law*, s. 120.

⁸² Mål C-159/94, kommissionen mot Frankrike, REG 1997, s. I-5815, mål C-158/94 kommissionen mot Italien, REG 1997, s. I-5789, mål C-157/94, kommissionen mot Nederländerna, REG 1997, s. 5699.

⁸³ Mål 59/75, *Manghera*, REG 1976, s. 91; svensk specialutgåva, volym 3, s. 9, punkt 12.

⁸⁴ Nuvarande 31.1. EG.

⁸⁵ Mål C-159/94, kommissionen mot Frankrike, REG 1997, s. I-5815, punkt 33, mål C-158/94, kommissionen mot Italien, REG 1997, s. I-5789, punkt 23, mål C-157/94, kommissionen mot Nederländerna, REG 1997, s. 5699, punkt 15.

⁸⁶ Mål C-159/94, kommissionen mot Frankrike, REG 1997, s. I-5815, punkt 34, mål C-158/94, kommissionen mot Italien, REG 1997, s. I-5789, punkt 24.

⁸⁷ Dåvarande artikel 37.1.

⁸⁸ Mål C-159/94, kommissionen mot Frankrike, REG 1997, s. I-5815, punkt 41, mål C-158/94, kommissionen mot Italien, REG 1997, s. I-5789, punkt 33, mål C-157/94, kommissionen mot Nederländerna, REG 1997, s. 5699, punkt 24.

⁸⁹ Mål C-159/94, kommissionen mot Frankrike, REG 1997, s. I-5815, punkterna 444 ff., mål C-158/94, kommissionen mot Italien, REG 1997, s. I-5789, punkterna 38–44, mål C-157/94, kommissionen mot Nederländerna, REG 1997, s. 5699, punkterna 27–33.

företag ha *anförtrotts* att tillhandahålla *tjänster av allmänt ekonomiskt intresse*. Vidare uppställer artikeln krav på *nödvändighet och proportiona- litet* genom att: "Företag som anförtrotts att tillhandahålla tjänster av all- mänt ekonomiskt intresse (. . .) skall vara underkastade reglerna i detta för- drag, särskilt konkurrensreglerna, i den mån tillämpningen av dessa regler inte rättsligt eller i praktiken hindrar att de särskilda uppgifter som tillde- lats dem fullgörs. Slutligen kräver artikeln att: Utvecklingen av handeln får inte påverkas i en omfattning som strider mot gemenskapens intresse."

I de ovannämnda el-målen,⁹⁰ undersökte EG-domstolen om de exklusiva import- och exporträttigheterna i fråga var nödvändiga för fullgörandet av företagens uppgifter, men drog slutsatsen att kommissionen inte hade fram- lagt tillräckliga bevis för att domstolen skulle kunna avgöra detta. Det- samma gällde den andra förutsättningen i artikel 86.2 EG, det vill säga att utvecklingen av handeln inte fick påverkas i en sådan omfattning att det stred mot gemenskapens intresse.⁹¹

Sammanfattningsvis ansåg EG-domstolen i de så kallade el-målen, i linje med sitt tidigare avgörande i *Manghera*,⁹² att exklusiva import- och export- rättigheter automatiskt står i strid med EG-fördragets artikel 31. Detta gäl- ler även om de statliga handelsmonopolen i fråga är organiserade på ett sätt som innebär att det inte förekommer någon diskriminering mellan in- hemska och utländska varor. Domstolen slog även fast att det var möjligt att tillämpa artiklarna 31 och 28 i EG-fördraget parallellt i fråga om denna typ av monopol, men eftersom monopolen stred mot artikel 31, var det en- ligt domstolens uppfattning obehövt att även undersöka tillåtligheten av dessa i förhållande till artikel 28 EG. Man ansåg med andra ord att båda dessa artiklar kunde vara tillämpliga samtidigt. För undantag från de till- lämpliga reglerna hänvisade EG-domstolen till artikel 86.2 EG.

EG-domstolens avgöranden i el-målen har resulterat i att företrädare för doktrinen har ansett att operatörer från en medlemsstat måste beredas möj- lighet att direkt bjuda ut sina varor till konsumenter i en annan medlems- stat.⁹³ Det faktum att *Franzén* rörde ett detaljhandelsmonopol medan el-

⁹⁰ Mål C-159/94, kommissionen mot Frankrike, REG 1997, s. I-5815, mål C-158/94 kommis- sionen mot Italien, REG 1997, s. I-5789, mål C-157/94, kommissionen mot Nederländerna, REG 1997, s. 5699.

⁹¹ Mål C-159/94, kommissionen mot Frankrike, REG 1997, s. I-5815, punkt 94 ff, mål C-158/94, kommissionen mot Italien, REG 1997, s. I-5789, punkt 53 ff, mål C-157/94, kommissionen mot Nederländerna, REG 1997, s. 5699, punkt 58 ff.

⁹² Mål 59/75, *Manghera*, REG 1976, s. 91; svensk specialutgåva, volym 3, s. 9.

⁹³ Jose Luis Buendia Sierra, *Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law*, s. 103.

målen gällde import respektive exportmonopol har inte ansetts ha någon betydelse, eftersom man menar att EG-domstolen gjorde en felaktig bedömning i *Franzén*.⁹⁴ Den undantags- eller skälighetsregel i syfte att uppnå vissa mål av allmänintresse som domstolen i *Franzén*målet ansåg vara inbegripet i artikel 31 EG och som rättfärdigade det svenska detaljhandelsmonopolet för alkoholdrycker, har till och med föreslagits vara intaget i domen enbart för att höja ”feel-good faktorn” för den svenska regeringen och alla de som passionerat försvarar det svenska alkoholmonopolet.⁹⁵

⁹⁴ Ibid, s. 103–104.

⁹⁵ Se Piet Jan Slot i *Common Market Law Review* (1998), s. 1196.

6 MÅL C-438/02 HANNER

Upprinnelsen till EG-domstolens mål C-438/02, *Brottmål mot Krister Hanner*⁹⁶ inträffade i maj och juli år 2001. Krister Hanner, verkställande direktör i bolaget Bringwell International AB, sålde då tolv förpackningar med nikotinsubstitut avsedda för rökavvänjning. De svenska myndigheterna väckte åtal mot Krister Hanner för brott mot den svenska lagen om handel med läkemedel,⁹⁷ enligt vilken endast det statliga företaget Apoteket AB får bedriva handel med läkemedel. De aktuella produkterna var klassificerade som receptfria läkemedel i den mening som avses i den aktuella lagen⁹⁸ och omfattades därmed av detaljhandelsmonopolet.

6.1 Det svenska detaljhandelsmonopolet för läkemedel

6.1.1 Historisk tillbakablick

År 1970, framlades en proposition⁹⁹ innehållande ett förslag till ny lag för handeln med läkemedel¹⁰⁰ inför riksdagen. Propositionen innehöll även diverse andra förslag gällande till exempel en ny organisation för läkemedelsförsörjningen i landet. Detta fick till följd att staten från och med den 1 januari år 1971, tog över detaljhandeln med läkemedel genom ett för ändamålet inrättat bolag, Apoteksbolaget. I enlighet med förslaget i propositionen skulle staten äga två tredjedelar av andelarna i bolaget medan resten skulle innehas av Apotekarsocieteten.¹⁰¹ Motiven bakom regeringens förslag var att man ville kontrollera de stigande läkemedelspriserna samt garantera att läkemedel hanterades med försiktighet. Staten ville även försäkra sig om att en producentobunden läkemedelsinformation erbjöds konsumenterna, samt att landets läkemedelsdistribution som sådan fungerade på ett tillfredställande sätt.¹⁰²

Förhandlingar hade redan genomförts med Apotekarsocieteten och detta hade resulterat i ett avtal undertecknat den 17 september år 1969, vilket reglerade formerna för inlösen av det dåvarande apotekssystemet.¹⁰³

⁹⁶ Se EG-domstolens dom av den 31 maj 2005, Hanner, ännu ej publicerad i rättsfalls-samlingen.

⁹⁷ Lagen (1996:1152).

⁹⁸ Se EG-domstolens dom av den 31 maj 2005, Hanner, ännu ej publicerad i rättsfalls-samlingen.

⁹⁹ Prop. 1970:74 om en ny organisation av läkemedelsförsörjningen.

¹⁰⁰ Sedermera lag (1970:205) om handel med läkemedel.

¹⁰¹ Prop. 1970:74 om en ny organisation av läkemedelsförsörjningen, s. 89.

¹⁰² Prop. 1970:74 om en ny organisation av läkemedelsförsörjningen, s. 87–88.

¹⁰³ Prop. 1970:74 om en ny organisation av läkemedelsförsörjningen, s. 32–33.

6.1.2 Apoteket AB

Idag är Apoteket AB, före detta Apoteksbolaget, helägt av svenska staten.¹⁰⁴ Bolaget är ensam återförsäljare av både receptfria och receptbelagda läkemedel i landet och dess verksamhet regleras i lagen (1996:1152) om handel med läkemedel samt i ett avtal med svenska staten. I 2004 års regeringsförklaring,¹⁰⁵ fastslås att försäljningsmonopolet för läkemedel skall försvaras.

6.1.3 Lagreglering

Lagen (1996:1152) om handel med läkemedel m.m. ersatte från och med den 1 januari år 1997 den tidigare lagen (1970:205). Läkemedel definieras enligt lagen såsom varor som är avsedda att tillföras människor eller djur för att förebygga, påvisa, lindra eller bota sjukdom eller symptom på sjukdom eller att användas i likartat syfte.¹⁰⁶ I enlighet med den aktuella lagen skall detaljhandeln med läkemedel bedrivs endast av staten eller av juridisk person i vilken staten äger ett bestämmande inflytande. Det stadgas vidare att regeringen bestämmer av vem och på vilka villkor sådan handel får bedrivs¹⁰⁷ samt att läkemedelsförsörjningen skall bedrivs rationellt och på sådant sätt att behovet av säkra och effektiva läkemedel tryggas.¹⁰⁸ Ett undantag gäller för detaljhandel med läkemedel till sjukvården eller i vissa fall till läkare eller veterinär. Sådan får enligt lagen bedrivs av den som har tillstånd till partihandel med läkemedel.¹⁰⁹ I lagen stadgas att den som med uppsåt eller av oaktsamhet bryter mot bestämmelserna om försäljning av läkemedel riskerar att dömas till böter eller fängelse i högst två år.¹¹⁰

Enligt läkemedelslagen¹¹¹ får ett läkemedel säljas i Sverige först sedan det har godkänts av Läkemedelsverket eller sedan ett godkännande har meddelats i en annan medlemsstat i den Europeiska unionen.¹¹² Detta gäller dock inte läkemedel som redan har godkänts centralt av kommissionen efter att en sådan ansökan har lämnats in till Europeiska Läkemedelsmyndigheten, EMEA.¹¹³

¹⁰⁴ <http://www.apoteket.se> (2005-03-20).

¹⁰⁵ Regeringsförklaringen den 14 september 2004. <http://www.regeringen.se> (2005-03-20).

¹⁰⁶ Se 1 § lagen (1996:1152) om handel med läkemedel som hänvisar vidare till 1 § läkemedelslagen (1992:859).

¹⁰⁷ Punkt 4 i lagen.

¹⁰⁸ Punkt 6 i lagen.

¹⁰⁹ Punkt 5 i lagen.

¹¹⁰ Punkt 11 i lagen.

¹¹¹ Läkemedelslag (1992:859).

¹¹² Punkt 5 och 7 i läkemedelslagen (1992:859).

¹¹³ European Agency for the Evaluation of Medical Products, se Rådets förordning (EEG) nr 2309/93 av den 22 juli 1993 om gemenskapsförfaranden för godkännande för försäljning av och tillsyn över humanläkemedel och veterinärmedicinska läkemedel samt om inrättande av en europeisk läkemedelsmyndighet (EGT nr L 214 , 24/08/1993 s. 1–21, svensk specialutgåva, område 13, volym 24, s. 158).

Läkemedelsverket beslutar om vilka läkemedel som endast får lämnas ut mot recept.¹¹⁴ Receptbelagda läkemedel är normalt subventionerade av staten och ingår därmed i läkemedelsförmånerna. Detta gäller i vissa fall även receptfria läkemedel.¹¹⁵ Efter beslut om att ett läkemedel skall ingå i läkemedelsförmånerna, fastställs apotekets försäljningspris av Läkemedelsförmånsnämnden.¹¹⁶

6.1.4 Avtal med Svenska staten

Det avtal som gällde vid tiden för omständigheterna i målet mot Krister Hanner¹¹⁷ hade undertecknats den 20 december år 1996.¹¹⁸ I enlighet med detta avtal skulle Apoteksbolaget AB, numera Apoteket AB, svara för en god läkemedelsförsörjning i landet samt verka för en rationell läkemedelsanvändning. Det fastslogs att verksamheten skulle bedrivas på ett sådant sätt att resultaten av läkemedelsutvecklingen främjades samt att bolaget skulle svara för producentobunden information till enskilda konsumenter, hälso- och sjukvården. Läkemedelsförsörjningen skulle vidare genomföras till lägsta möjliga kostnad såväl i distributionsledet som i övrigt. Inom ramen för detta syfte uppställde det aktuella avtalet bland annat krav på att bolaget skulle inneha ett rikstäckande system för att distribuera läkemedel och att detta skulle vara väl anpassat till lokala förhållanden och tillgodose kravet på en säker, rationell och effektiv läkemedelsförsörjning. Vidare skulle bolaget ha den lager- och leveransberedskap som krävdes för att tillgodose hälso- och sjukvårdens behöriga krav.¹¹⁹ Bolaget hade själv att avgöra i vilken utsträckning apotek och andra försäljningsställen för läkemedel skulle finnas samt var dessa skulle vara belägna. Vid lokalisering och utformning av försäljningsställen skulle bolaget se till att eftersträva en god service till allmänheten och hälso- och sjukvården.¹²⁰ Bolaget var även skyldigt att svara för att personal verksam inom läkemedelsdistributionen uppfyllde de krav som enligt avtalet måste ställas ur säkerhetssynpunkt.¹²¹

I avtalet ålades Apoteksbolaget att snarast möjligt anskaffa och tillhandahålla receptbelagda läkemedel som omfattades av läkemedelsförmånen. Bolaget skulle även tillhandahålla sådana receptfria läkemedel som om-

¹¹⁴ Se punkt 22 i läkemedelslagen (1992:859).

¹¹⁵ Konkurrensverkets rapportserie 2002:4 *Konkurrensen i Sverige 2002*, s. 219.

¹¹⁶ Punkt 3 i avtal den 31 januari 2003 mellan Staten och Apoteket AB om bolagets verksamhet. <http://www.apoteket.se> (2005-04-16).

¹¹⁷ EG-domstolens dom av den 31 maj 2005, Hanner, ännu ej publicerad i rättsfällsamlingen.

¹¹⁸ Avtal den 20 december 1996 mellan staten och Apoteksbolaget AB om bolagets verksamhet inklusive tilläggsavtal undertecknat den 21 december 1998.

¹¹⁹ Se paragraf 2 i avtalet.

¹²⁰ Se paragraf 4 i avtalet.

¹²¹ Se paragraf 9 i avtalet.

fattades av ensamrätten samt naturläkemedel.¹²² För läkemedel som inte omfattades av läkemedelsförmånen, skulle bolagets priser enligt avtalet vara sådana att skäligen förräntning erhöles av bolagets kapital.¹²³ Apoteksbolagets priser på läkemedel vid försäljning till allmänheten skulle vara enhetliga över hela landet.¹²⁴ Slutligen fick bolaget också sälja övriga varor och tjänster som inte omfattades av ensamrätten men som ändå på ett naturligt sätt anknöt till bolagets verksamhet. Dessa senare verksamheter skulle enligt avtalet bedrivas på affärsmässiga grunder.¹²⁵

Vid tidpunkten för avkunnandet av EG-domstolens avgörande i *Hanner* gällde ett nytt avtal mellan Apoteket AB och svenska staten undertecknat den 31 januari år 2003.¹²⁶ Detta avtal var något mer detaljerat men hade i stort sett samma innehåll som det tidigare. Enligt avtalet skulle bolaget se till att ha ett rikstäckande system för landets läkemedelsförsörjning. Lokala apotek skulle finnas i hela landet och bolaget borde även erbjuda kompletterande kundkanaler såsom apoteksombud, elektronisk handel och dylikt, parallellt med lokala apotek under förutsättning att detta sammantaget gav en bättre tillgänglighet. Apoteket AB beslutade själv om lokalisering av lokala apotek, kompletterande kundkanaler och tillgängligheten i övrigt. Detta skulle i första hand ske med utgångspunkt från en samlad bedömning av en god läkemedelsförsörjning och servicemässiga och företagsekonomiska överväganden.¹²⁷

Avtalet ålade bland annat Apoteket AB att inom ramen för sin handelsmarginal tillhandahålla läkemedel som ingick i läkemedelsförmånen och man var skyldig att leverera alla produkter som ingår i läkemedelsförmånen över hela landet. Bolaget skulle se till att ha den lager- och leveransberedskap som krävdes för att tillgodose allmänhetens och vårdens berättigade krav.¹²⁸ Vid försäljning till allmänheten skulle bolaget tillämpa enhetliga priser på läkemedel över hela landet.¹²⁹ Enligt avtalet skulle Apoteket AB även, i mån av efterfrågan, tillhandahålla sådana varor som, utan att omfattas av läkemedelsförmånen, ingick i bolagets ensamrätt. Sådana varor prissattes av Apoteket AB under förutsättning att priset vid försäljning till allmänheten var enhetligt över hela landet och att priset var skäligen med

¹²² Se paragraf 5 i avtalet.

¹²³ Se paragraf 7, andra stycket i avtalet.

¹²⁴ Se paragraf 8 i avtalet.

¹²⁵ Se paragraf 5 i avtalet.

¹²⁶ Avtal den 31 januari 2003 mellan staten och Apoteket AB om bolagets verksamhet. www.apoteket.se (2005-03-20).

¹²⁷ Punkt 2A i avtalet.

¹²⁸ Punkt 2B i avtalet.

¹²⁹ Punkt 2D i avtalet.

hänsyn till syftet med försäljningen och bolagets kostnader.¹³⁰ Apoteket AB var även skyldigt att tillhandahålla en kundanpassad och producentoberoende information och rådgivning¹³¹ samt att se till att uppfylla vissa säkerhetskrav med avseende på personal och utrustning m.m.¹³² Bolaget hade enligt avtalet även rätt att sälja varor och tjänster som på naturligt sätt anknöt till verksamheten.¹³³

Efter EG-domstolens dom i Hannermålet har avtalet ändrats. Betydelsen av detta berörs av Jörgen Hettne senare i denna rapport.

6.2 Generaladvokatens förslag till avgörande

I målet mot Krister Hanner för brott mot lagen (1996:1152) om handel med läkemedel,¹³⁴ beslöt tingsrätten att vilandeförklara målet och vända sig till EG-domstolen i Luxemburg med en begäran om förhandsavgörande.

I anslutning till den första fråga som ställdes till EG-domstolen konstaterades att det på nationell nivå fanns ett fristående system för prövning och godkännande av läkemedel. Syftet med detta var att upprätthålla en god kvalitet på läkemedel och undanröja skadeverkningar av läkemedel. Man påpekade vidare att vissa läkemedel är receptbelagda och således omfattas av krav på förskrivning av legitimerad läkare. Mot bakgrund av detta ville man ha reda på om artikel 31 EG utgjorde ett hinder för en nationell lagstiftning som föreskriver att detaljhandel med läkemedel endast får bedrivas av staten, eller av juridisk person i vilken staten har ett bestämmande inflytande, och vars ändamål är att trygga behovet av säkra och effektiva läkemedel. Genom sin andra, tredje respektive fjärde fråga, ville man vidare ha svar på om EG-fördragets artikel 28, 43 eller proportionalitetsprincipen utgjorde hinder för den nationella lagstiftningen i fråga. Slutligen undrade man om bedömningen påverkades av att receptfria läkemedel helt eller delvis undantogs från det statliga handelsmonopolet.¹³⁵

I samband med förhandlingen inför EG-domstolen förklarade den svenska regeringen att syftet med det svenska detaljhandelsmonopolet för läkemedel var att bidra till skyddet för den allmänna folkhälsan genom att garantera en god läkemedelsförsörjning i hela landet.¹³⁶

¹³⁰ Punkt 4A jämfört med 4C i avtalet.

¹³¹ Punkt 2E i avtalet.

¹³² Punkt 2F i avtalet.

¹³³ Punkt 5D i avtalet; Detta möjliggör för Apoteket AB att marknadsföra till exempel kosmetika.

¹³⁴ Mål C-438/02, Hanner, ännu ej publicerat i rättsfallssamlingen.

¹³⁵ Förslag till avgörande av generaladvokat Léger föredraget den 25 maj 2004, mål C-438/02, Hanner, punkt 20.

¹³⁶ Punkterna 148-149 i generaladvokatens förslag till avgörande.

I sitt förslag till avgörande föredraget den 25 maj år 2004, var generaladvokat Léger mycket kritisk mot EG-domstolens tidigare avgörande i *Franzén*.¹³⁷ Generaladvokaten påpekade inledningsvis att huvudsyftet bakom artikel 31.1 EG är att medlemsstaterna inte skall kunna utnyttja sina statliga handelsmonopol för protektionistiska syften och på så vis åter skapa de hinder för den fria varurörligheten som de andra artiklarna i EG-fördraget syftar till att undanröja.¹³⁸ Han påpekade även att artikel 31 EG inte kräver att statliga handelsmonopol avskaffas, utan endast att dessa anpassas så att ingen diskriminering med avseende på anskaffnings- och saluföringsvillkor föreligger mellan medlemsstaternas medborgare.¹³⁹ Denna anpassningsskyldighet menade generaladvokaten dock kan komma att innebära att vissa ensamrätter, bland annat import- och exporträttigheter, måste avskaffas.¹⁴⁰ Generaladvokaten uppmärksammade att det i det aktuella fallet visserligen rörde sig om ett detaljhandelsmonopol, men föreslog samtidigt att EG-domstolen skulle bortse från sin tidigare rättspraxis rörande statliga detaljhandelsmonopol, det vill säga sitt avgörande i *Franzén*.¹⁴¹ Enligt generaladvokatens uppfattning utgjorde detta nämligen inte en korrekt tolkning av fördragsbestämmelserna.¹⁴²

Generaladvokat Léger kritiserade domstolen för att man i *Franzén* inte företagit en samlad bedömning av monoopolets effekter på handeln inom gemenskapen. I detta avgörande skiljde EG-domstolen nämligen, enligt vad som har beskrivits ovan, på de olika reglerna om monoopolets funktionssätt och prövade i varje enskilt fall om dessa kunde anses vara diskriminerande mot utländska varor.¹⁴³ Vidare menade generaladvokaten att EG-domstolen i *Franzén* hade använt sig av en alltför restriktiv tolkning av diskrimineringsbegreppet i artikel 31 EG. Med hänvisning till de så kallade el-målen,¹⁴⁴ menade han att artikel 31 EG inte endast innebär ett förbud mot diskriminering av *varor* från andra medlemsstater, utan genom den aktuella bestämmelsen förbjuds även diskriminering mellan medlemsstaternas *medborgare* med avseende på villkor för anskaffning och saluföring av

¹³⁷ Mål C-189/95, *Franzén*, REG 1997, s. I-5909.

¹³⁸ Punkt 27 i generaladvokatens förslag till avgörande.

¹³⁹ Punkt 40 i generaladvokatens förslag till avgörande.

¹⁴⁰ Punkterna 41–42 i generaladvokatens förslag till avgörande.

¹⁴¹ Mål C-189/95, *Franzén*, REG 1997, s. I-5909.

¹⁴² Punkterna 43–45 i generaladvokatens förslag till avgörande.

¹⁴³ Punkterna 57–61 i generaladvokatens förslag till avgörande. Generaladvokaten kallar detta synsätt ett "piecemeal approach".

¹⁴⁴ Mål C-159/94, kommissionen mot Frankrike, REG 1997, s. I-5815, mål C-158/94, kommissionen mot Italien, REG 1997, s. I-5789, mål C-157/94, kommissionen mot Nederländerna, REG 1997, s. 5699.

varor.¹⁴⁵ Mot bakgrund av en samlad analys av det svenska detaljhandelsmonopolet för läkemedel fann generaladvokaten att en sådan form av diskriminering förelåg i detta fall. Generaladvokaten ansåg att ett detaljhandelsmonopol är lika diskriminerande och handelshindrande som ett importmonopol, eftersom det innebär ett stängt system där endast en ensam aktör, i det aktuella fallet staten eller en enhet som står under statlig kontroll, har rätt att bestämma vilka varor som saluförs på den inhemska marknaden. En ensamrätt till detaljhandel medför automatiskt en centralisering av alla varuinköp. Detta innebär i praktiken att ett företag som Apoteket AB som har monopol på detaljhandel i en medlemsstat, inte endast är ensam försäljare av denna vara, utan även den enda inköparen av varan i den berörda medlemsstaten. Tillverkare och partihandlare har endast en aktör, det vill säga Apoteket AB, att vända sig till när man vill nå ut med sina varor till konsumenterna.¹⁴⁶ Generaladvokat Léger menade att i realiteten exporterar aktörer etablerade i andra medlemsstater sina varor till Sverige endast om de är säkra på att dessa varor kommer att marknadsföras av Apoteket AB. På samma sätt är aktörer etablerade i Sverige enbart intresserade av att importera varor från andra medlemsstater om de är säkra på att dessa kommer att köpas in av Apoteket AB. Ur ekonomisk synvinkel är därför en liberalisering av import och partihandel endast av intresse för aktörerna på marknaden om denna åtföljs av en liberalisering av detaljhandeln.¹⁴⁷

Generaladvokaten ansåg även att EG-domstolen i *Franzén* felaktigt hade skapat ett slags undantags- eller skälighetsregel inom ramen för EG-fördragets artikel 31. Han menade att denna artikel inte kräver att en medlemsstat som vill bevara ett nationellt monopol visar att detta grundar sig på ett mål av allmänintresse. Generaladvokaten menade att frågan är huruvida ensamrätten är motiverad och skall, enligt vad som följer av EG-domstolens rättspraxis, prövas i enlighet med undantagsbestämmelsen för tjänster av allmänt ekonomiskt intresse i artikel 86.2 EG.¹⁴⁸

Vid sin prövning konstaterade generaladvokat Léger att Apoteket AB hade anförtrotts att tillhandahålla en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse i enlighet med artikel 86.2 EG.¹⁴⁹ Enligt den svenska regeringen var ju syftet med det statliga detaljhandelsmonopolet för läkemedel att, med hänsyn till Sveriges låga befolkningstäthet, säkerställa en adekvat läkemedelsförsörj-

¹⁴⁵ Punkterna 62–63, 93–95 och 108 i generaladvokatens förslag till avgörande.

¹⁴⁶ Punkterna 99–101 i generaladvokatens förslag till avgörande.

¹⁴⁷ Punkt 113 i generaladvokatens förslag till avgörande.

¹⁴⁸ Punkterna 77–78 i generaladvokatens förslag till avgörande.

¹⁴⁹ Punkterna 137–139 och 145 i generaladvokatens förslag till avgörande.

ning på enhetliga villkor i hela landet, det vill säga en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse.¹⁵⁰ Artikelns krav på nödvändighet och proportionalitet var dock enligt generaladvokaten inte uppfyllda vad gällde Apoteket AB.

För det första var generaladvokaten av uppfattningen att den svenska regeringen inte hade motiverat varför ensamrätten till detaljhandel var nödvändig för att Apoteket AB skulle kunna fullgöra sitt uppdrag.¹⁵¹ Han konstaterade att Apoteket vid denna tidpunkt använde sig av 800 apotek samt 970 apoteksombud för att sälja sina läkemedel runt om i Sverige. Apoteksombuden valdes ut på affärsmässiga grunder och inte på grundval av kriterier avseende befolkningstäthet eller befolkningens behov. Apoteksombuden erhöll inte heller någon utbildning och hade inte rätt att lämna råd till kunderna vad gällde användningen av läkemedel. Mot denna bakgrund ansåg generaladvokaten det vara svårt att motivera att Apoteket AB:s ensamrätt skulle vara nödvändig för att säkerställa försörjningen av läkemedel i hela landet.¹⁵² Generaladvokaten menade vidare att det faktum att Apoteket AB hade börjat bedriva sin verksamhet över Internet och via telefon, visade att det inte är nödvändigt att bibehålla ensamrätten för att Apoteket AB skall kunna fullgöra sitt uppdrag. Vilket apotek som helst med tillgång till ett försäljningssystem via Internet eller telefon kunde ta emot beställningar från kunder runt om i landet, det vill säga även från områden med låg befolkningstäthet, för att sedan sända läkemedel med tillhörande rådgivning och information till dessa.¹⁵³

För det andra ansåg generaladvokaten att ensamrätten till detaljhandel med läkemedel hur som helst var oproportionerlig i förhållande till sitt syfte. Som ett exempel på en åtgärd som står i bättre proportion till syftet med en god läkemedelsförsörjning i hela landet, angavs ett tillståndssystem inom vilket myndigheterna endast ingriper i vissa fall för att säkerställa att ett apotek inrättas i ett område genom att ingå ett offentligt tjänsteavtal med en privat aktör. Denna lösning menade generaladvokaten inte skulle hindra aktörer från övriga medlemsstater att etablera sig i Sverige och från att tillhandahålla sina produkter till svenska konsumenterna.¹⁵⁴

Slutligen menade generaladvokaten att svaret inte skulle bli annorlunda om receptfria läkemedel var undantagna från det svenska statshandelsmonopolet. Han menade att skälen till att det inte kunde anses att Apoteket AB:s

¹⁵⁰ Punkterna 148–152 i generaladvokatens förslag till avgörande.

¹⁵¹ Punkterna 140–141 och 156–157 i generaladvokatens förslag till avgörande.

¹⁵² Punkterna 159–162 i generaladvokatens förslag till avgörande.

¹⁵³ Punkterna 163–165 i generaladvokatens förslag till avgörande.

¹⁵⁴ Punkt 169 i generaladvokatens förslag till avgörande.

ensamrätt var nödvändig och proportionerlig i enlighet med artikel 86.2 EG gällde oavsett om man hade att göra med receptfria eller receptbelagda läkemedel.¹⁵⁵

Sammanfattningsvis utgick generaladvokat Léger i sitt förslag till avgörande från det som här har kallats det ekonomiska – eller konkurrensrättsliga synsättet. Denna utgångspunkt återfinns även, enligt vad som har redogjorts för ovan, i doktrinen. Enligt detta synsätt är nationella detaljhandelsmonopol ett allvarligt hinder för handeln mellan medlemsstaterna och kan endast undantas enligt samma strikta villkor som gäller för andra handelshinder. Detta synsätt står i kontrast till vad som här har benämnts som ett anti-protektionistiskt synsätt vilket företrädde av EG-domstolen i *Franzén*¹⁵⁶ och som ger större utrymme för medlemsstaternas autonomi förutsatt att ingen diskriminering av utländska varor förekommer.

6.3 EG-domstolens dom

EG-domstolen fastslog inledningsvis att Apoteket AB utgör ett statligt handelsmonopol i den mening som avses i artikel 31.1 EG.¹⁵⁷ EG-domstolen ansåg bland annat med hänvisning till sina tidigare avgöranden i *Manghera*¹⁵⁸ respektive *Franzén*,¹⁵⁹ att det framgår av *fast rättspraxis* att artikel 31.1 inte kräver att statliga handelsmonopol avskaffas, utan endast föreskriver att monopolen skall utformas på ett sådant sätt att ingen diskriminering med avseende på anskaffnings- och saluföringsvillkor föreligger mellan medlemsstaternas medborgare.¹⁶⁰

Domstolen menade vidare, även här med hänvisning till *Franzén*¹⁶¹, att artikel 31.1 har till ändamål att förena de krav som följer av inrättandet av den gemensamma marknaden och dess funktionssätt med medlemsstaternas möjlighet att upprätthålla vissa handelsmonopol i syfte att uppnå vissa mål av allmänintresse. Avsikten med denna bestämmelse menade EG-domstolen är att undanröja alla hinder för den fria rörligheten med undantag för de begränsningar i handeln som utgör en nödvändig följd av att det finns sådana monopol.¹⁶²

¹⁵⁵ Punkt 175 i generaladvokatens förslag till avgörande.

¹⁵⁶ Mål C-189/95, *Franzén*, REG 1997, s. I-5909.

¹⁵⁷ EG-domstolens dom av den 31 maj 2005 i mål C-438/02, *Hanner*, ännu ej publicerad i rättsfallssamlingen, punkt 33.

¹⁵⁸ Mål 59/75, *Manghera*, REG 1976, s. 91; svensk specialutgåva, volym 3, s. 9.

¹⁵⁹ Mål C-189/95, *Franzén*, REG 1997, s. I-5909.

¹⁶⁰ Punkt 34 i EG-domstolens dom. EG-domstolen hänvisade här till punkterna 4–5 i *Manghera* samt punkt 38 i *Franzén*.

¹⁶¹ EG-domstolen hänvisade här till punkt 39 i *Franzén* domen.

¹⁶² Punkt 35 i EG-domstolens dom.

EG-domstolen konstaterade därefter, alltjämt med hänvisning till *Franzén*¹⁶³, att handelsmonopol som är utformade på ett sådant sätt att handeln med varor från andra medlemsstater diskrimineras är förbjudna.¹⁶⁴ Domstolen undersökte sedan om en rättslig eller faktisk diskriminering förelåg i det aktuella fallet, det vill säga om Apoteket AB:s organisation och funktionssätt riskerar att missgynna läkemedel från andra medlemsstater eller om monopoliet i praktiken missgynnar sådana läkemedel.¹⁶⁵ Vad gällde monolets organisationssätt ansåg EG-domstolen att det framgår av avgörandet i *Franzén*¹⁶⁶ att ett statligt försäljningsmonopols urvalssystem skall vara grundat på kriterier som är oberoende av produkternas ursprung och att det måste ges möjlighet till insyn genom att det uppställs krav på motiverade beslut samt ett oberoende kontrollförfarande.¹⁶⁷ Domstolen menade vidare att monolets försäljningsnät även måste vara utformat så att antalet försäljningsställen inte är så pass begränsat att konsumenternas tillgång på läkemedel äventyras.¹⁶⁸ Till sist påpekade EG-domstolen att det krävs att de åtgärder för marknadsföring och produktinformation som vidtas inom ramen för monopoliet är opartiska och oberoende av produkternas ursprung. Dessa åtgärder skall syfta till att göra nya produkter kända för konsumenterna.¹⁶⁹

I fråga om Apoteket AB konstaterade EG-domstolen att avtalet mellan svenska staten och Apoteket AB¹⁷⁰ inte innehöll bestämmelser om vare sig en produktplan eller ett system för upphandling. Detta innebar i sin tur en avsaknad av motiverade avslagsbeslut till läkemedelstillverkare vars produkter inte tagits med i Apotekets sortiment. Det föreskrevs inte heller någon möjlighet att överklaga ett avslagsbeslut till en oberoende kontrollinstans. EG-domstolen ansåg att ”tvärtom förefaller Apoteket, enligt detta avtal, i princip ha fria händer när det väljer ut sitt sortiment.”¹⁷¹

Slutsatsen från EG-domstolens sida blev att avtalet i fråga inte innebar att all diskriminering var utesluten och att den svenska regeringen inte hade hänvisat till någon annan åtgärd som skulle kunna kompensera denna brist på strukturella garantier.¹⁷² Dessa omständigheter menade domstolen var

¹⁶³ EG-domstolen hänvisade här till punkt 40 i *Franzéndomen*.

¹⁶⁴ Punkt 36–37 i EG-domstolens dom.

¹⁶⁵ Punkt 38 i EG-domstolens dom.

¹⁶⁶ EG-domstolen hänvisade här till punkterna 44, 51, 54 och 62 i *Franzéndomen*.

¹⁶⁷ Punkt 39 i EG-domstolens dom.

¹⁶⁸ Punkt 40 i EG-domstolens dom.

¹⁶⁹ Punkt 41 i EG-domstolens dom.

¹⁷⁰ 1996 års avtal som var i kraft vid tiden för omständigheterna i tingsrätten.

¹⁷¹ Punkt 42 i EG-domstolens dom.

¹⁷² Punkt 43 i EG-domstolens dom.

tillräckliga för att avgöra att det svenska detaljhandelsmonopolet för läkemedel, Apoteket AB, stred mot artikel 31.1 EG, eftersom monopolet inte kunde anses utformat på ett sådant sätt att all diskriminering av läkemedel från andra medlemsstater var utesluten.¹⁷³ Efter detta konstaterande ansåg EG-domstolen att det inte var nödvändigt att pröva om monopolet i praktiken missgynnade läkemedel med ursprung i andra medlemsstater.¹⁷⁴

Slutligen kommenterade EG-domstolen huruvida den svenska säljordningen skulle vara berättigad genom undantagsbestämmelsen i EG-fördragets artikel 86.2. EG-domstolen menade dock med hänvisning till tidigare rättspraxis, närmare bestämt de så kallade el-målen,¹⁷⁵ att ett sådant undantag inte var möjligt. Anledningen till detta var de brister som domstolen inledningsvis hade konstaterat i Apotekets urvalssystem, det vill säga att man inte kunde utesluta all diskriminering av läkemedel från andra medlemsstater.¹⁷⁶

Sammanfattningsvis står det klart att EG-domstolen i sitt avgörande i *Hanner*, i huvudsak har utgått från vad som ovan har benämnts ett decentraliserat eller anti-protektionistiskt synsätt. Genom flitig hänvisning till sitt tidigare avgörande i *Franzén* slår EG-domstolen fast att diskriminering med avseende på utländska varor är förbjuden, men att artikel 31.1 EG ger utrymme för möjligheten att upprätthålla vissa nationella handelsmonopol i syfte att uppnå vissa mål av allmänintresse. I *Franzén* konstaterade EG-domstolen uttryckligen att det folkhälsoskäl som åberopats av den svenska regeringen var ett sådant allmänintresse. Att ett allmänintresse föreligger i Apoteket AB:s fall verkar dock vara underförstått eftersom EG-domstolen inte går vidare in på vilket detta allmänintresse är. EG-domstolens slutsats är att nationella detaljhandelsmonopol vars organisation och funktions sätt är utformat på ett icke-diskriminerande sätt är tillåtna enligt artikel 31.1 EG. För att man skall kunna försäkra sig om att ingen diskriminering i förhållande till utländska varor förekommer måste dock monopolet grundas på ett system som ger möjlighet till insyn. Detta kräver att man har ett oberoende produkturvalssystem med möjlighet till motivering av avslagsbeslut etc, något som Apoteket AB vid tiden för omständigheterna i målet uppenbarligen saknade.

¹⁷³ Punkt 44 i EG-domstolens dom.

¹⁷⁴ Punkt 45 i EG-domstolens dom.

¹⁷⁵ Mål C-159/94, kommissionen mot Frankrike, REG 1997, s. I-5815, punkt 49, mål C-158/94, kommissionen mot Italien, REG 1997, s. I-5789, punkt 43, mål C-157/94, kommissionen mot Nederländerna, REG 1997, s. 5699, punkt 32.

¹⁷⁶ Punkterna 46-48 i EG-domstolens dom.

7 LEGITIMITETSPROBLEMET

Den fria rörligheten för varor, tjänster, personer och kapital utgör en central del av den inre marknaden. De fyra friheterna fungerar som verktyg för att fullgöra de uppgifter som ålagts gemenskapen, vilka finns uppräknade i artikel 2 EG.¹⁷⁷ Som berörts ovan existerar dock olika uppfattningar angående hur man skall gå tillväga för att uppfylla dessa gemenskapens uppgifter.

Traditionellt har den huvudsakliga skiljelinjen i europeisk integrationspolitik stått mellan ett mellanstatligt¹⁷⁸ och ett överstatligt¹⁷⁹ synsätt. Från att det första förslaget rörande samarbete mellan de västeuropeiska staterna presenterades efter andra världskrigets slut, till undertecknandet av Maastricht-fördraget och fram till idag, har dessa båda synsätt konkurrerat om att utöva inflytande över hur det nya Europa skall utformas.¹⁸⁰

7.1 Det mellanstatliga synsättet

I enlighet med det mellanstatliga synsättet som vissa författare väljer att kalla den konfederala utgångspunkten,¹⁸¹ är EU primärt en organisation för samarbete mellan suveräna stater. Enligt detta synsätt är unionen en organisation för internationellt samarbete som inte skiljer sig nämnvärt från andra liknande organisationer. Frågor som berör samarbetet ingår i respektive lands utrikespolitik och hanteras således av nationella regeringar. Vid återkommande nationella val ställs regeringarna till ansvar för den politik som har förts.

I linje med detta synsätt är vetorätten av avgörande betydelse i den europeiska beslutsprocessen. Demokratin garanteras genom att medlemsstaterna har möjlighet att förhindra beslut som dessa anser hamnar i konflikt med deras nationella intressen. Vetorätten eliminerar risken för att en individuell medlemsstat blir överröstad i ministerrådet och innebär således att det nationella parlamentet och medborgarna ges möjlighet att hålla sitt lands regering ansvarig för den politik som bedrivs inom EU. Vissa författare menar att vetorätten grundar sig på en uppfattning om att EG-rätten inte har företräde framför nationell rätt och att det i slutändan är medlemsstaterna själva som avgör i vilken utsträckning EG-rätten skall ges företrä-

¹⁷⁷ Jukka Snell, *Goods and Services in EC Law – a Study of the Relationship of the Freedoms*, s. 29.

¹⁷⁸ Eng. "Inter-governmentalism".

¹⁷⁹ Eng. "Supra-nationalism".

¹⁸⁰ Jukka Snell, *Goods and Services in EC Law – a Study of the Relationship of the Freedoms*, s. 31.

¹⁸¹ Se till exempel: Karl Magnus Johansson (red.), *Sverige i EU, Dilemman, institutioner, politikområden*, SNS Förlag (2002), kapitel 2.

de. På detta sätt garanteras medlemstaternas autonomi, något som är av avgörande betydelse för det mellanstatliga synsättet.¹⁸²

I den proposition som presenterades för riksdagen inför det svenska inträdet i EU¹⁸³ kan man skönja det mellanstatliga synsättet. Man menade att det europeiska samarbetet var av strikt mellanstatlig karaktär och att de individuella medlemsstaterna inte på något sätt hade givit upp sin suveränitet till förmån för gemenskapen. Man ansåg vidare att medlemsstaterna var och förblev fördragets herrar så länge någon enda medlemsstat önskade detta.¹⁸⁴

Demokrati har traditionellt sett definierats som folkstyre genom valda representanter där parlamentet utgör den centrala politiska institutionen.¹⁸⁵ Moderna demokratier uppvisar en representativ modell för maktöverföring med fastställda procedurer för politiska val samt en begränsad majoritetsprincip. Den svenska regeringsformen från år 1974 grundar sig på en sådan representativ demokrati.¹⁸⁶

Dessa tankar kring demokrati kan spåras tillbaka till Thomas Hobbes. Denne beskrev i sitt verk *Leviathan* från år 1645, staten som en konstgjord person i besittning av suverän makt förmedlad genom en suverän härskare.¹⁸⁷ Thomas Hobbes försökte legitimera den makt som tillkom den suveräna staten genom vad han kallade ett socialt kontrakt. Enligt Hobbes teori överenskommer folket gemensamt att formulera ett sådant kontrakt genom att underkasta sig en ny, abstrakt härskare som han kallade ”suveränen”. Suveränen har inte del i kontraktet men är den som ser till att detta uppfylls. I enlighet med Hobbes idéer krävs en stark nationalstat där makten vilar hos en enväldig monark. Enligt hans egen uppfattning var denna organisation en nödvändighet för att förhindra allas krig mot alla och krävde således att individen gav upp sin egen suveränitet till förmån för staten och dess organ. Hobbes teori överför med andra ord folksuveräniteten till staten och dess representant.

I likhet med Hobbes beskrev Rousseau år 1762 i sitt verk *Le contract social* hur det sociala kontraktet innebar att varje individ, fullständigt och oåterkalleligt, ger upp sin egen suveränitet till förmån för staten. Detta

¹⁸² Ibid, s. 41.

¹⁸³ Prop. 1994/95: 19: Sveriges medlemskap i den Europeiska unionen.

¹⁸⁴ Ibid, s. 34.

¹⁸⁵ Svein S. Andersen och Kjell A. Eliassen, *The European Union: How Democratic Is It?*, SAGE Publications (1996), s. 5.

¹⁸⁶ Regeringsformen 1 kap. 1§.

¹⁸⁷ Thomas Hobbes, *Leviathan* (1651), i Reader – Philosophical texts on political obligation, Juridiska institutionen vid Lunds universitet, se bild på försätsbladet.

menade Rousseau var nödvändigt för att staten i det politiska samhället skulle kunna åstadkomma frihet och jämlikhet mellan människor, någonting som han menade var omöjligt att uppnå i naturtillståndet. Rousseau såg dock, till skillnad från Hobbes, staten i sig själv som den kollektiva politiska sammanslutning av medborgarna som formade det sociala kontraktet. I enlighet med ”folksuveränitetsteorin,”¹⁸⁸ är och förblir suveräniteten kvar hos medborgarna. Genom det sociala kontraktet har folket kollektivt uttryckt sin gemensamma vilja. I enlighet med denna teori placerar konstitutionen den högsta makten, det vill säga lagstiftningsmakten, i händerna på det parlamentariska representanterna för nationalstaten.¹⁸⁹

Det mellanstatliga synsättet kan sägas sammanfattas i ett uttalande som gjordes av riksdagens förra talman, Birgitta Dahl vid European Law Conference i juni 2001: *Medlemsstaterna är fördragets herrar; och inom medlemsstaterna är det parlamenten som är herrarna. Och väljarna är parlamentets herrar.*¹⁹⁰

7.2 Det överstatliga synsättet

I enlighet med det överstatliga synsättet har den Europeiska unionen egenskaper som skiljer denna från en traditionell internationell organisation och är med andra ord mer än ett mellanstatligt samarbete mellan suveräna stater. Ett exempel är den inre marknaden, där de flesta beslut om åtgärder kräver kvalificerad majoritet i ministerrådet. Detta innebär en reell möjlighet att en individuell medlemsstat kan komma att bli föremål för överstatligt beslutsfattande.¹⁹¹

Grunden för detta synsätt är att gemenskapen grundar sig på en institutionell balans mellan ministerrådet, den europeiska kommissionen och Europaparlamentet. Formell legitimitet för de europeiska institutionernas verksamhet återfinns i EG-fördraget som har undertecknats av samtliga medlemsstater.¹⁹² I EG-fördraget anges att (. . .) *Varje institution skall handla inom ramen för de befogenheter som den har tilldelats genom detta fördrag.*¹⁹³ Institutionerna vilar i sin tur på en dubbel legitimitet som grundar sig dels på medlemsstaterna, representerade i ministerrådet, dels på med-

¹⁸⁸ Eng. ”Theory of popular sovereignty”.

¹⁸⁹ Amaryllis Verhoeven, *The European Union in Search of a Democratic and Constitutional Theory*, s. 26-27.

¹⁹⁰ SOU 2002:81, Riksdagens roll i EU, s. 10.

¹⁹¹ Jukka Snell, *Goods and Services in EC Law – a Study of the Relationship of the Freedoms*, s. 32.

¹⁹² Paul Craig & Gráinne de Burca, *EU Law – Texts, Cases and Materials*, s. 172.

¹⁹³ Artikel 7.1 i EG-fördraget.

lemsstaternas medborgare representerade i Europaparlamentet. Den viktiga roll som har givits ministerrådet i denna institutionella balans, motiveras med att gemenskapen grundar sin legitimitet på både medlemsstaterna och deras medborgare. I enlighet med denna argumentation har ministerrådet åtminstone ett indirekt demokratiskt mandat, eftersom medlemmarna av ministerrådet är medlemmar av nationella regeringar som har utsetts av medborgarna genom nationella val.¹⁹⁴

Vid försvar av det överstatliga synsättet, framförs argument om att det inte längre är de nationella parlamenten som kontrollerar utvecklingen av den nationella lagstiftningen. I de flesta moderna stater tenderar i själva verket de verkställande organen att dominera inrikespolitiken. Det ifrågasätts även om Europaparlamentet i praktiken har mindre lagstiftningsmakt än nationella parlament. Detta argument grundar sig på att majoriteten av den gemenskapsrättsliga lagstiftningen är föremål för en beslutsprocedur som även involverar Europaparlamentet. Man menar att Europaparlamentet i själva verket har lyckats med att få igenom flera tillägg i de slutgiltiga versionerna av gemenskapens direktiv respektive förordningar.¹⁹⁵

Sammanfattningsvis står det klart att vi har två olika synsätt eller modeller för ett legitimt beslutsfattande. Den ena passar en växande Europeisk union som har föresatt sig att skapa "(. .) en allt fastare sammanslutning mellan de europeiska folken (. .)."¹⁹⁶ Den andra tilltalar de individuella medlemsstater som anser sig själva vara herrar över fördragen. EG-domstolen är en av de institutioner som omnämns i EG-fördragets artikel 7, och som enligt artikelns ordalydelse anförtrots att genomföra de uppgifter som tillkommer gemenskapen. Detta innebär i praktiken att EG-domstolen i vissa fall avgör politiskt känsliga frågor som till exempel legitimiteten av svenska statshandelsmonopol inom EU.

7.3 EG-domstolens roll

Som framgått av redogörelsen för den utveckling som har skett genom EG-domstolens rättspraxis beträffande reglerna för den fria varurörligheten inom EU, är det tydligt att EG-domstolen har spelat en avgörande roll vid utvecklingen av det överstatliga synsättet. EG-domstolen kan idag besluta om nationell lagstiftning inom området för exempelvis social- och jämställdhetspolitik, som traditionellt sett har ansetts vara en fråga uteslutande för nationella regeringar, står i strid med EG-rätten. Det förekommer dock

¹⁹⁴ Paul Craig & Gráinne de Burca, *EU Law – Texts, Cases and Materials*, s. 172.

¹⁹⁵ *Ibid.*, s. 169.

¹⁹⁶ Se förordet till EG-fördraget.

olika uppfattningar om i vilken utsträckning domstolen är politiskt oberoende av medlemsstaterna och kan meddela avgöranden som går emot medlemsstaternas intressen.¹⁹⁷ Vissa menar att EG-domstolen, när den tolkar räckvidden av artikel 28 EG om den fria varurörligheten och avgör om en nationell åtgärd står i proportion till sitt syfte etc, felaktigt lägger sig i renodlade politiska frågor.¹⁹⁸

Redan tidig rättspraxis från EG-domstolen, som exempelvis *Van Gend & Loos*¹⁹⁹ och *Costa v. ENEL*,²⁰⁰ visade att gemenskapen hade möjlighet att tillerkänna enskilda medborgare direkta rättigheter och skyldigheter och att detta kunde göras helt utan inblandning från regeringar. Man ansåg att den Europeiska gemenskapen hade skapat en ”ny rättsordning”.²⁰¹ Enligt EG-domstolens uppfattning hade fördragen transformerats från internationell privaträtt till en speciell form av konstitutionell rätt.²⁰² Detta innebär i praktiken att legitimiteten för EG-domstolens beslutsfattande grundar sig direkt på EG-fördragen och inte på medlemsstaternas respektive konstitutioner.

Enskilda medborgares möjlighet att starta processer i nationella domstolar som i sin tur begär in ett förhandsavgörande från EG-domstolen innebär att den nationella regeringen inte har möjlighet att kontrollera vilka frågor som hamnar i EG-domstolen. Sådant som traditionellt sett har ansetts vara nationella frågor hamnar på detta vis i EG-domstolen. Även genom doktrinerna om direkt effekt och EG-rättens företrädare, har medlemsstaternas möjligheter att kontrollera EG-domstolen urholkats. I förhållande till den gemensamma marknaden innebar utvidgningen av doktrinen om direkt effekt att det blev möjligt att använda sig av de aktuella bestämmelserna i EG-fördraget trots brister i nationell implementering från medlemsstaternas sida. EG-rätten skapade därmed begränsningar i den nationella lagstiftningsrätten utan att det i förväg hade träffats en överenskommelse med medlemsstaterna om detta.²⁰³ Stöd från de nationella domstolarna har varit

¹⁹⁷ Karen J. Alter, *Who Are the "Masters of the Treaty?": European Governments and the European Court of Justice* i *International Organization* 52, 1, Winter 1998, s. 121.

¹⁹⁸ Jukka Snell, *Goods and Services in EC Law – a Study of the Relationship of the Freedoms*, s. 71.

¹⁹⁹ Mål 26/62, *van Gend & Loos*, REG 1963, s. 1, svensk specialutgåva, volym 1, s. 161.

²⁰⁰ Mål 6/64, *Costa mot E.N.E.L.*, REG 1964, s. 585; svensk specialutgåva, volym 1.

²⁰¹ Eng. ”a new legal order”. Se Amaryllis Verhoeven, *The European Union in Search of a Democratic and Constitutional Theory*, s. 63-64.

²⁰² Se till exempel EG-domstolens avgöranden: Mål 26/62, *van Gend & Loos*, REG 1963, s. 1, svensk specialutgåva volym 1, s. 161, mål 6/64, *Costa mot E.N.E.L.* REG 1964, s. 585; svensk specialutgåva volym 1 samt mål 35/76, *Simmenthal*, REG 1976, s. 1871, svensk specialutgåva volym 3, s. 233.

²⁰³ Karen J. Alter, *Who Are the "Masters of the Treaty?": European Governments and the European Court of Justice* i *International Organization* 52, 1, Winter 1998, s. 127.

viktigt för EG-domstolen och vissa menar att de nationella domstolarnas ställning i länderna har tvingat medlemsstaterna att acceptera EG-domstolens avgöranden.²⁰⁴ Det är dock inte alla nationella domstolar som accepterar EG-domstolens federala synsätt vad gäller EG-rättens företrädare framför nationell rätt.²⁰⁵

Gemensamt för EG-domstolens konstitutionella rättspraxis är, åtminstone enligt domstolens egen uppfattning, att denna har handlat om att skydda enskildas rättigheter.²⁰⁶ EG-rätten presenteras som en källa för individuella rättigheter för medlemsstaternas medborgare och EG-domstolen avgör inte primärt konflikter mellan stater, utan ser till att skydda medborgarna från den egna staten.²⁰⁷ Detta är ett mycket starkt argument för legitimitet som kan spåras tillbaka till John Locke. Enligt Locke besitter varje enskild individ vissa rättigheter i naturtillståndet som man aldrig kan ta ifrån individen, inte ens genom att upprätta ett socialt kontrakt. Dessa rättigheter begränsar suveränens makt.²⁰⁸

Vissa menar att svaret på frågan om den utveckling av EG-rätten som har skett genom EG-domstolens rättspraxis är legitim eller ej, är beroende av vilken roll man anser att den dömande makten skall tilldelas inom ramen för en demokrati.²⁰⁹ I en rättstradition som historiskt bygger på tankarna om ett socialt kontrakt, upprättas först konstitutioner av lagstiftaren för att sedan tillämpas av domare.²¹⁰ Det finns en uppfattning om att det är till nackdel för demokratin om domstolarna bedriver lagprövning över huvudet på den politiskt valda lagstiftaren eftersom medborgarna genom sina valda representanter bör vara de som är ytterst ansvariga för såväl tillkomsten som tillämpningen av lagen.²¹¹ Koen Lenaerts, domare i EG-domstolen, har uttalat att även en domare ibland ifrågasätter den egna lämpligheten att pröva politiskt betonade frågor, till exempel att väga gemenskapens intres-

²⁰⁴ Karen J. Alter, *Who Are the "Masters of the Treaty?"*: *European Governments and the European Court of Justice* i *International Organization* 52, 1, Winter 1998, s. 144 och Miguel Poiares Maduro, *We, the Court*, s. 9.

²⁰⁵ Se BvG 2 BvR 2134/92 & 2159/92 Brunner v. European Union Treaty.

²⁰⁶ Se till exempel: mål 26/62, van Gend & Loos, REG 1963, s. 1, svensk specialutgåva, volym 1, s. 161 och mål 6/64, Costa mot E.N.E.L., REG 1964, s. 585; svensk specialutgåva, volym 1.

²⁰⁷ Miguel Poiares Maduro, *We, the Court*, s. 9.

²⁰⁸ John Locke, *Two Treatises of Government* (1690), Philosophical texts on political obligation, Juridiska institutionen vid Lunds universitet, kapitel IX, § 135.

²⁰⁹ Amaryllis Verhoeven, *The European Union in Search of a Democratic and Constitutional Theory*, s. 82.

²¹⁰ *Ibid.*, s. 84.

²¹¹ Barry Holmström, *Domstolar och demokrati – Den tredje statsmaktens politiska roll i England, Frankrike och Tyskland*, Skrifter utgivna av Statsvetenskapliga föreningen i Uppsala (1998), s. 439, 463.

se av en inre marknad mot medlemsstaternas intresse av att försvara de värden som de uppfattar som fundamentala.²¹²

Den svenska konstitutionen ger, till skillnad från den norska och danska, en uttrycklig rätt till lagprövning. År 1979 gjordes ett tillägg till regeringsformen där det ingick en regel angående detta.²¹³ Denna bestämmelse innebär att om en domstol eller ett annat offentligt organ finner "(. .) att en föreskrift står i strid med bestämmelse i grundlag eller annan överordnad författning eller att stadgad ordning i något väsentligt hänseende har åsidosatts vid dess tillkomst, får föreskriften icke tillämpas. Har riksdagen eller regeringen beslutat föreskriften, skall tillämpning dock underlåtas endast om felet är uppenbart." Den sista meningen innebär att domaren skall utnyttja sin rätt till lagprövning med försiktighet. Detta har varit och är allmänt inställningen hos den svenska domarkåren när det gäller normkonflikter inom ramen för det nationella rättssystemet. Sedan tillägget i regeringsformen gjordes, har visserligen fall av lagprövning återopats inför Högsta domstolen och Regeringsrätten, men ingen lag har ännu åsidosatts med anledning av den aktuella bestämmelsen.²¹⁴

Det har hävdats att den traditionella konflikten mellan ett mellanstatligt respektive ett överstatligt synsätt inte längre är lika aktuell inom EU.²¹⁵ I förhållande till de allmänna fördragsbestämmelserna om den fria varurörligheten har det i doktrinen förespråkats att den traditionella konflikten har utvecklats till en motsättning mellan decentralisering och centralisering eller mellan ett anti-protektionistiskt synsätt respektive ett synsätt som fäster större vikt vid ekonomisk frihet.²¹⁶ Ovan har dessa skilda synsätt även identifierats i förhållande till artikel 31 EG. Detta är kärnan i den legitimitetsproblematik som idag omgärdar statliga handelsmonopol, inklusive Apoteket AB, inom EU.

7.4 Det decentraliserade / anti-protektionistiska synsättet
EG-domstolens resonemang i både *Franzén* och *Hanner*, är exempel på det decentraliserade synsättet. Detta synsätt innebär att de individuella med-

²¹² Koen Lenaerts, *Some Thoughts About the Interaction Between Judges and Politicians in the European Community*, Yearbook of European Law (1992) 12, s. 12.

²¹³ Regeringsformen 11 kap. 14§.

²¹⁴ Vicki C. Jackson and Mark Tushnet, *Comparative Constitutional Law*, Foundation Press (1999), s. 467–468.

²¹⁵ Jukka Snell, *Goods and Services in EC Law – a Study of the Relationship of the Freedoms*, s. 33.

²¹⁶ Se till exempel Jukka Snell, *Goods and Services in EC Law – a Study of the Relationship of the Freedoms*, s. 3, 33 och Miguel Poiares Maduro, *We, the Court*, s. 58–60.

lemsstaterna tillerkänns större autonomi.²¹⁷ Enligt detta synsätt är syftet bakom EG-fördragets regler om den fria varurörligheten att undvika nationell protektionism från medlemsstaternas sida. Medlemsstaterna tillåts att reglera marknaden så länge det inte ligger ett protektionistiskt syfte bakom regleringen eller då de av annan anledning diskriminerar varor från andra medlemsstater. Alla typer av diskriminerande åtgärder från medlemsstaternas sida är därför otillåtna. Medlemsstaterna kan dock åberopa undantag om det bedöms vara nödvändigt att vidta handelshindrande åtgärder för att tillgodose ett allmänt intresse. Det krävs dessutom att åtgärden står i proportion till detta syfte.²¹⁸ I enlighet med detta synsätt skall inte EG-fördragets konkurrensrättsliga regler tillämpas tillsammans med de regler som reglerar de fyra friheterna, eftersom de konkurrensrättsliga reglerna riktar sig till privata företag som styrs av ekonomiska intressen.²¹⁹

Det är tydligt att den tolkning som följer med det decentraliserade eller anti-protektionistiska synsättet anknyter till den traditionella mellanstatliga utgångspunkt som har beskrivits ovan. Det är fråga om en konstitutionell modell där den centrala lagstiftningsmakten fortfarande i stor utsträckning ligger kvar hos medlemsstaterna.²²⁰ Den viktigaste källan till legitimitet återfinns i den nationella demokratiska beslutsprocessen och legitimiteten av EG-rätten härrör härifrån och är således beroende av denna beslutsprocess.²²¹ Det är de enskilda staterna som besitter nödvändig kunskap om marknadsstrukturer, kulturella, sociala och historiska traditioner och det är fortfarande hos medlemsstaterna som man finner legitimiteten för de beslut som fattas på EU-nivå.²²²

7.5 Det ekonomiska / konkurrensrättsliga synsättet

Den ekonomiska eller konkurrensrättsliga utgångspunkten återfinns exempelvis i generaladvokat Légers förslag till avgörande i *Hanner*, liksom i delar av doktrinen. Detta synsätt baseras på en fullfjädrad tillämpning av både EG-fördragets regler om de fyra friheterna och konkurrensreglerna.²²³ Frågan gäller inte enbart protektionism eller diskriminering utan helt enkelt om en nationell åtgärd kan komma att försvåra handeln. Det huvud-

²¹⁷ Jukka Snell, *Goods and Services in EC Law – a Study of the Relationship of the Freedoms*, s. 33.

²¹⁸ *Ibid*, s. 2.

²¹⁹ Ole Due, *Dassonville Revised or No Cause for Alarm?* i A.I.L. Cambell and M. Voyatzi (eds.), *Legal Reasoning and Judicial Interpretation of European Law. Essays in honour of Lord Mackenzie-Stuart*, Gosport, Trenton publishing 1996, s. 22.

²²⁰ Miguel Poyares Maduro, *We, the Court*, s. 105–106.

²²¹ *Ibid*, s. 109.

²²² *Ibid*, s. 145–146.

²²³ *Ibid*, s. 126.

sakliga problemet med det decentraliserade synsättet anses vara de problem som detta skapar för frihandeln.²²⁴

I enlighet med det ekonomiska eller konkurrensrättsliga synsättet förbjuder EG-fördraget alla nationella åtgärder som har någon form av ofördelaktig påverkan på handeln. Det finns emellertid en möjlighet för EG-domstolen att skapa undantag genom att väga intresset av frihandeln mot det aktuella nationella intresset.²²⁵ Detta synsätt tillerkänner EG-domstolen en viktig roll. Denna ges utrymme att avgöra om en nationell åtgärd är nödvändig och proportionerlig och proportionalitetstestet är här mer omfattande och framträdande än enligt den anti-protektionistiska modellen och innebär otvivelaktigt en mer ingripande form av lagprövning från EG-domstolens sida. I de fall EG-domstolen inte klarar av att lösa frågan på egen hand, lämnas detta över till den nationella domstolen. Vissa menar att det förhållande att nationella domstolar gör en proportionalitetsavvägning innebär att man får olika resultat i slutändan eftersom avgörandet är beroende av vilken bevisning som presenteras inför den nationella domstolen i fråga.²²⁶ Denna fråga behandlas närmare av Emanuel Allroth längre fram i denna rapport.

Grunden för det ekonomiska synsättet hänger samman med det sätt på vilket EG-domstolen har legitimerat sin konstitutionella rättspraxis²²⁷ och grundar sig sålunda på uppfattningen att EG-rätten inte kan härledas från de individuella medlemsstaterna utan legitimeras med stöd av sin egen autonomi och genom skydd för individuella rättigheter gentemot offentligt maktutövande.²²⁸ Det har hävdats att en fokusering på antiprotektionism, det vill säga det decentraliserade synsättet, baseras på en uppfattning om att EG-fördragets bestämmelser reglerar mellanstatliga konflikter. Man associerar ”antiprotektionism” med kommersiella relationer mellan stater och reglering av den internationella handeln. Samma bedömare menar att hänsyn inte tas till individuella rättigheter, som till exempel de rättigheter som tillkommer importörer/exportörer eller konsumenter. Detta menar man inte är acceptabelt eftersom syftet med den Europeiska unionen sträcker sig långt utöver skapandet av ett område för frihandel och till och med utöver upprättandet av en inre marknad. I överensstämmelse med det överstatliga synsättet är EU inte enbart till för att tillfredsställa medlemsstaterna, utan värnar om den enskildes rättigheter i egenskap av unionsmedborgare.²²⁹

²²⁴ Ibid, s. 147.

²²⁵ Jukka Snell, *Goods and Services in EC Law – a Study of the Relationship of the Freedoms*, s. 2.

²²⁶ Ibid, s. 73.

²²⁷ Se ovan under avsnittet om ”EG-domstolens roll”.

²²⁸ Miguel Pórigues Maduro, *We, the Court*, s. 128.

²²⁹ Ibid, s. 166.

8 SAMMANFATTANDE SLUTSATSER

Den 1 januari år 1995 blev Sverige medlem av EU och samtidigt gav man upp sina suveräna beslutsbefogenheter inom vissa områden. Ett av de viktigaste målen för gemenskapen är upprättandet av en inre marknad med bland annat fri rörlighet av varor mellan medlemsstaterna. Svaret på frågan om de individuella medlemsstaterna kan behålla sina statliga handelsmonopol är idag beroende av om de syften de grundar sig på är legitima inom EU och om de står i proportion till dessa syften. Inom området för den inre marknaden står det klart att den Europeiska unionen har utvecklat möjligheter till överstatligt beslutsfattande och att EG-domstolen har spelat en avgörande roll. Legitimiteten av apoteksmonopolet är därför inte längre enbart en fråga för den demokratiskt valda svenska riksdagen utan denna fråga avgörs numera i stor utsträckning av EG-domstolen.

När man undersöker legitimiteten av statliga handelsmonopol, som exempelvis apoteksmonopolet, inom EU är det uppenbart att två olika synsätt existerar idag och att dessa båda synsätt grundas på olika utgångspunkter. Det första är ett decentraliserat synsätt där de individuella medlemsstaternas autonomi är av avgörande betydelse. Det andra är ett mer ekonomiskt inriktat eller konkurrensrättsligt synsätt där man ser ett inneboende värde i frihandel, den inre marknaden och den fria varurörligheten.

Dessa båda synsätt kan beskrivas som två motsatta poler där olika värden står i kontrast till varandra. EG-domstolen utgår från en av dessa poler när den får anledning att avgöra legitimiteten av medlemsstaternas respektive handelsmonopol. I enlighet med det *decentraliserade eller anti-protektionistiska* synsättet gäller att monopol får finnas om man kan garantera att monopolet i fråga inte fungerar diskriminerande i förhållande till varor från andra medlemsstater, samt är nödvändigt och proportionellt. Enligt det *ekonomiska eller konkurrensrättsliga synsättet* är statliga handelsmonopol aldrig tillåta utan att EG-domstolen först har genomfört en omfattande konkurrensrättslig prövning, vilken sker enligt artikel 86.2 EG om handelsmonopolet tillhandahåller en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse.

EG-domstolens rättspraxis uppvisar en tydlig tendens mot ett decentraliserat synsätt, även om majoriteten av doktrinen och flera generaladvokater har grupperat sig kring den motsatta polen. Det decentraliserade synsättet har kommit till tydligt uttryck i de fall där domstolen har haft att ta ställning till svenska handelsmonopol. Först ut var detaljhandelsmonopolet för alkoholhaltiga drycker och nyligen prövade EG-domstolen detaljhandelsmonopolet för läkemedel. En avgörande skillnad mellan dessa båda svenska handelsmonopol är att man EU-anpassade Systembolaget i samband

med att Sverige blev medlem i EU. Vid de svenska medlemskapsförhandlingarna uppmärksammades emellertid aldrig att det fanns risk för att apoteksmonopolet skulle komma att ifrågasättas och någon EU-anpassning av Apoteket AB gjordes aldrig. I regeringsförklaringen från år 2004 uttalas att apoteksmonopolet skall försvaras. Genom den dom som EG-domstolen nyligen meddelade står det emellertid klart att monopolet måste anpassas till EU:s krav.

När man argumenterar för sin sak inför domstol måste man alltid försäkra sig om att sätta sig in i och vara väl förberedd på de argument som kan komma att presenteras av motparten. För att ta straffprocessen som ett exempel, måste försvaret se till att förutse den argumentation som kommer att föras från åklagarens sida. Detta är av avgörande betydelse för att kunna utforma en framgångsrik försvarsstrategi och övertyga domstolen om sin sak. Detsamma gäller i förhållande till EG-rätten och frågan om statliga handelsmonopol. Det är därför av yttersta vikt att medlemsstater och andra som berörs av denna fråga sätter sig in i de olika synsätt som idag existerar beträffande legitimiteten av statliga handelsmonopol inom EU. Detta har betydelse för att man skall kunna argumentera framgångsrikt i frågan och utnyttja EG-rätten på det sätt som bäst tjänar det mål som man eftersträvar.

II ÄR DET SVENSKA SPELMONOPOLET I ÖVERENS-STÄMMELSE MED PROPORTIONALITETSPRINCIPEN?

Emanuel Allroth

I denna uppsats betraktas statliga monopol från ett annat perspektiv. Här skall framför allt betydelsen av omvärldsförändringar och det EG-rättsliga proportionalitetstestet beröras. Fokus ligger på tjänstemonopol, i synnerhet statliga monopol för spel och lotterier. Det finns därför anledning att inledningsvis behandla bestämmelser om fri rörlighet för tjänster i EG-fördraget och den rättsutveckling som har ägt rum i rättspraxis, särskilt med avseende på spel och lotterier.

9 EG-DOMSTOLENS RÄTTSPRAXIS ANGÅENDE SPEL- OCH LOTTERIER

9.1 Allmänt

I målet *Schindler*²³⁰ fastslog EG-domstolen att lotterier, och då framför allt lotteriverksamhet, utgör en ”tjänst” i den mening som avses i artikel 49 EG. EG-fördraget har ett separat kapitel för tjänster, som består av artiklarna 49–55. Tjänster är negativt definierade och avser verksamhet som inte omfattas av fördragsreglerna för varor, personer och kapital.²³¹ Den negativa definitionen av tjänster medför att tjänstereglerna blir tillämpliga först efter att det har prövats om någon av de andra tre kategorierna är tillämpliga. I överensstämmelse med detta fastslog EG-domstolen i målet *Gebhard* att EG-fördragets regler för den fria rörligheten för arbetskraft, den fria etableringsrätten och den fria rörligheten för tjänster är alternativt tillämpliga.²³² Vidare fastställde domstolen att reglerna för tjänster endast är tillämpliga om reglerna för etablering inte är tillämpliga.²³³

Att tjänster är ett uppsamlingsbegrepp gör dock att dess tillämpningsområde är stort. Tjänstebegreppet täcker allt från bank och försäkring, transport och turism, utbildning, hälso- och sjukvård till spel och lotterier.

²³⁰ Mål C-275/92, *Schindler*, REG 1994, s. I-1039, punkt 25.

²³¹ Artikel 50.1 EG.

²³² Mål C-55/94, *Gebhard*, REG 1995, s. I-4165, punkt 20.

²³³ *Ibid*, punkt 22.

För att tjänstereglerna skall tillämpas krävs dels att tjänsten är gränsöverskridande,²³⁴ dels att den ekonomiska prestationen normalt tillhandahålls mot ersättning. I anslutning till detta har EG-domstolen fastslagit att tjänster som spel och lotteri inte förlorar sin tjänstekaraktär även om dessa typer av tjänster har ett inneboende och potentiellt ”chancelement” i sin vinst eller har nöjes- och sportkaraktär.²³⁵

Även om fördragsreglerna rörande tjänster endast tillämpas då någon av de andra friheterna inte anses tillämpliga, kan det ofta vara svårt att kategorisera tjänsten i fråga. Vid vissa tjänster, såsom spel på spelmaskiner eller telekommunikationstjänster, kan det vara särskilt svårt att särskilja en tjänst från en vara. EG-domstolen har dock fastslagit att vid situationer där både regler för den fria rörligheten för varor och tjänster är tillämpliga, skall reglerna rörande tjänster ges företräde, i de fall tillhandahållandet av varor inte är ett ändamål i sig utan är accessoriskt till tjänsten.²³⁶

En särskild frågeställning rörande tjänster är om en tjänst, eller vissa delar av en tjänst, som kriminaliserats i vissa medlemsstater kan utgöra en laglig tjänst i andra, som t.ex. är fallet med vissa speltjänster. EG-domstolen har fastställt att en medlemsstat kan uppställa handelsbegränsande regler om den bedömer att en tjänst är lagstridig eller omoralisk, förutsatt att dessa begränsningar är icke-diskriminerande och inte onödigt långtgående.²³⁷

Det är emellertid fortfarande oklart hur långtgående en inskränkning får vara. EG-domstolen har inte till fullo fastställt villkoren för när en medlemsstat kan begränsa sina medborgares tillträde till tjänster i andra medlemsstater som där tillhandahålls fritt. Frågan om vilka inskränkningar som är tillåtna och proportionaliteten av sådana inskränkningar är av omedelbar relevans för frågan om och under vilka förutsättningar en medlemsstat kan upprätthålla ett statligt monopol för speltjänster.

²³⁴ Kriteriet att den ekonomiska tjänsten skall vara gränsöverskridande har av EG-domstolen tolkats och tillämpats tämligen brett. Som exempel på hur enkelt det mellanstatliga momentet kan uppfyllas kan nämnas att en idrottsman som tävlar i en annan medlemsstat än den han anses etablerad i har ansetts uppfylla detta kriterium, se mål C-1/96 och C-191/97, Deliège, REG 2000, s. I-2549. Det är vidare tydligt att domstolen fokuserar på rörligheten och tillgängligheten av tjänsten snarare än på personerna som utför den.

²³⁵ Se det ovannämnda målet *Schindler*, punkt 33-35.

²³⁶ *Ibid*, punkt 22.

²³⁷ *Ibid*, punkt 61.

9.2 Upprättande av en fri tjänstemarknad

9.2.1 Allmänt

Reglerna för den fria rörligheten för tjänster har direkt effekt och blev direkt tillämpliga vid slutet av sin övergångsperiod.²³⁸ För att skapa en öppen tjänstemarknad valde gemenskapen ursprungligen tillvägagångssättet att utfärda direktiv för varje tjänst för sig, vilket är den metod som artikel 52 i EG-fördraget anvisar. Denna metod kan dock vara problematisk då det visat sig vara mycket tidskrävande. Fortfarande saknar många tjänsteområden ett särskilt direktiv. Avsaknaden av specifika direktiv för enskilda tjänsteområden har ofta försvårat möjligheten för gemenskapen att förverkliga en fri inre marknad för tjänster. I avsaknad av sådana direktiv behåller medlemsstaterna ofta sina handelshindrande inskränkningar av den fria rörligheten för tjänster.²³⁹

Det är tydligt att det finns nationellt motstånd inom flera tjänstesektorer mot att helt öppna sektorn för fri europeisk konkurrens. De nationella lagstiftningarna för dessa marknader har ofta varit nationellt särpräglade och avspeglat skilda sociala ambitionsnivåer, varit historiskt betingade eller ett utslag av olika gruppintressen.²⁴⁰

Gemenskapsrätten har dock som utgångspunkt att det skall råda en fri rörlighet inom EU för tjänster. I enlighet med EG-fördraget och EG-domstolens praxis finns vissa grundläggande principer som tillämpas för alla tjänster. Dessa principer är bl.a. principen om likabehandling,²⁴¹ dvs. förbud mot all diskriminering p.g.a. nationalitet; principen om ömsesidigt erkännande,²⁴² dvs. en vara eller tjänst som lagligen produceras eller utförs i en medlemsstat får inte vägras tillträde till andra medlemstaters marknader om inte tvingande samhällshänsyn föreligger. Härtill kommer proportionalitetsprincipen som avser att tillförsäkra att de inskränkningar av den inre marknaden som medlemsstaterna inför med hänsyn till trängande allmänintressen verkligen är ägnade att tillgodose det angivna ändamålet, samt inte sträcker sig längre än vad som kan anses nödvändigt för att tillgodose syftet med de föreliggande skyddsintressena.²⁴³

²³⁸ Se 33/74, van Binsbergen, 33/74, REG 1974, svensk specialutgåva, volym 2, s.1299.

²³⁹ Françoise Blum, *State monopolies under EC law*, Wiley 1998, s. 132.

²⁴⁰ Ulf Bernitz, *Fri rörlighet för tjänster och möjligheterna till nationell kontroll: var går gränserna?* i *Lissabonstrategin i halvtid*, Gustavsson, Oxelheim, Wahl (red.), Santérus 2005, s. 225.

²⁴¹ Artikel 12 EG. Att principen kunde tillämpas självständigt och i frånvaro av särskilda direktiv fastställdes i det ovannämnda målet *van Binsbergen*.

²⁴² Principen fastslogs 1979 i mål 120/78, *Cassis de Dijon*, REG 1979, svensk specialutgåva, volym 4, s. 649. Principen kallas på engelska "mutual recognition".

²⁴³ Ulf Bernitz, *Fri rörlighet för tjänster och möjligheterna till nationell kontroll: var går gränserna?*, s. 226.

Det finns stöd för medlemsstaterna att upprätthålla undantag från den fria rörligheten för tjänster både i fördraget och genom EG-domstolens praxis. I artiklarna 45 och 46 EG ges medlemsstaterna sålunda möjlighet att göra avsteg från de grundläggande friheterna, med hänvisning till offentlig makt respektive allmän ordning, säkerhet och hälsa. Förutom de fördragsbaserade undantagen har EG-domstolen erkänt vissa andra trängande allmänintressen som legitima undantag som medlemsstaterna kan grunda sina skyddsregler på.

EG-domstolen har i sin rättspraxis utvecklat en doktrin för om inskränkningen skall anses legitim, vilken liknar den *Cassis-*, eller ”*rule of reason*” – doktrin, som domstolen har utvecklat för varor.²⁴⁴ Av stor betydelse är härvid det s.k. *Gebhard-testet*.²⁴⁵

9.2.2 Gebhard-testet

Gebhard-testet ställer upp flera villkor för när en inskränkning av den fria rörligheten för tjänster skall anses som förenlig med artikel 49 EG.

För det första skall restriktionen tillämpas på ett icke-diskriminerande sätt. Den måste tillämpas lika för alla personer inom landet såväl i formell mening (lagstiftningen) som i praktiken.

För det andra skall inskränkningen vara motiverad av hänsyn till ett trängande allmänintresse (även kallat tvingande hänsyn). Detta trängande allmänintresse får inte vara oförenligt med gemenskapens intressen och mål. En medlemsstats ekonomiska intressen är inte att anse som ett trängande allmänintresse. Följaktligen ansågs inte syftet att skydda en särskild ekonomisk sektor hos en medlemsstat som legitimt,²⁴⁶ medan upprätthållandet av finansiell balans inom socialförsäkringssystemen har ansetts utgöra ett sådant skyddsvärt intresse.²⁴⁷ I målet *Finalarte*²⁴⁸ angav EG-domstolen att syftet med åtgärden (inskränkningen av den fria rörligheten) skulle bedömas objektivt av den nationella domstolen, även om det ankom på EG-domstolen att såsom auktoritativ uttolkare av EG-fördraget avgöra om åtgärdens syfte var legitimt.

²⁴⁴ Se mål 120/78, *Cassis de Dijon*, REG 1979, svensk specialutgåva, volym 4, s. 649.

²⁴⁵ Doktrinen är namngiven efter målet C-55/94, *Gebhard*, REG 1995, s. I-4165. Doktrinen kallas även för doktrinen om tvingande hänsyn (Objective justification på engelska).

²⁴⁶ Mål C-398/95, *SETTG mot Ypourgos Ergasias*, REG 1997, s. I-3091, se även mål C-49/98, *Finalarte*, REG 2001, s. I-7831.

²⁴⁷ Mål C-158/96, *Kohl mot Union des Caisses de Maladie*, REG 1998, s. I-1931.

²⁴⁸ Mål C-49/98, *Finalarte*, REG 2001, s. I-7831.

För det tredje skall åtgärden vara lämplig för att säkerställa förverkligandet av den målsättning som eftersträvas med restriktionen. Slutligen skall åtgärden även stå i proportion till vad som är nödvändigt för att uppnå den målsättning som eftersträvas. Dessa två villkor, lämplighet och proportionalitet, ingår båda i den proportionalitetsbedömning som EG-domstolen utför bl.a. i samband med Gebhard-testet.

9.2.3 Proportionalitetsprincipen

Proportionalitetsprincipen har en viktig roll och kan sägas präglade hela gemenskapsrätten. Principens innebörd kan sägas vara att avgöra hur gemenskapen skall använda sina befogenheter.²⁴⁹ Den bidrar till att avgränsa gemenskapens kompetens inom olika områden, fastställer ramen för de inskränkningar gemenskapsrätten kan belasta medborgarna med samt reglerar i vilken grad medlemsstater får göra inskränkningar på den inre marknaden.

Traditionellt tillämpas principen för att reglera att offentliga ingrepp inte går längre än vad som verkligen behövs för att uppfylla det bakomliggande syftet.²⁵⁰ Principen har under senare år tillämpats i svenska domstolar.²⁵¹ Ofta används den när en intresseavvägning skall göras mellan allmänna och enskilda hänsyn. Vid tillämpningen av Europakonventionen används sålunda principen ofta för att avgöra frågor kring vilka ingrepp som kan tolereras i privatlivet, yttrandefriheten och den fria egendomsrätten.²⁵²

Trots sin viktiga roll inom gemenskapsrätten har innebörden av proportionalitetsprincipen inte fullt ut klarlagts av varken EG-domstolen eller den EG-rättsliga doktrinen. I domstolens praxis framträder knappast en konsekvent bild av principen. Härtill kommer att prövningen utförs av olika instanser. EG-domstolens avgjorde tidigare proportionalitetsfrågan själv i stor utsträckning.²⁵³ Under senare tid har EG-domstolen dock ofta valt att överlämna proportionalitetsbedömningen till den nationella domstol som begärt förhandsavgörandet. Detta har skapat en viss osäkerhet kring vad

²⁴⁹ Jörgen Hettne och Ida Otken Eriksson (red.), *EU-rättslig metod – Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, Norstedt Juridik 2005, s. 53.

²⁵⁰ *Ibid.*, s. 53.

²⁵¹ Se Ulf Bernitz, *Sverige och Europarätten*, Norstedts Juridik 2002, s. 41–42, och Jörgen Hettne och Ida Otken Eriksson (red.), *EU-rättslig metod*, s. 158.

²⁵² Se Ulf Bernitz och Anders Kjellgren, *Europarättens grunder*, s. 115–116.

²⁵³ Se bl.a. mål 261/81, Rau, REG 1982, s. 3961 och mål 178/84, kommissionen mot Tyskland, REG 1987, s. I-1227, svensk specialutgåva, volym 9, s. 37. I båda dessa mål uttalade EG-domstolarna tydligt att de nationella åtgärderna i fallet, generella förbud, var oproportionella, eftersom krav på märkning av importerade produkter var tillräckligt för att tillgodose de åberopade syftena.

principen egentligen går ut på och hur en proportionalitetsbedömning skall utföras.²⁵⁴

I EG-fördragets artikel 5 tredje stycket uttrycks principen i allmänna termer. Enligt artikeln skall gemenskapen ”inte vidta någon åtgärd som går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå målen i detta fördrag”. Detta förkunnande är dock inte särskilt hjälpsamt vid den praktiska tillämpningen av principen.

En proportionalitetsbedömning kan sägas bygga på tre kriterier:

- 1) **Lämpligheten** av åtgärden för att uppnå dess syfte.
- 2) **Nödvändigheten**, dvs. finns det ingen mindre inskränkande åtgärd.
- 3) **Proportionaliteten** av åtgärden i relation till den begränsning av handeln som orsakas.²⁵⁵

I fråga om begränsningar av den fria rörligheten för tjänster, i synnerhet speltjänster, är gemenskapsrättens krav på proportionalitet av stor betydelse.²⁵⁶ Nationella åtgärder som begränsar handeln på den inre marknaden, som t.ex. restriktiva nationella lotterilagstiftningar, grundas på ett allmänintresse och ett effektivt sätt att säkerställa att de inte innebär orimliga begränsningar av handeln har varit att granska dem mot bakgrund av proportionalitetsprincipen.

De centrala frågorna vid dessa bedömningar är om det finns någon generell proportionalitetsnorm eller om olika bedömningar skall göras i olika situationer och inom olika ämnesområden, samt hur pass intensiv och djupgående domstolskontrollen skall vara.

Generellt sett har EG-domstolens intagit en relativt strikt hållning i förhållande till medlemstaternas handelshindrande åtgärder. Domstolskontrollen har inneburit en ingående granskning av mål och medel och en avvägning mellan intresset av fri rörlighet och motstående intressen som uppställs i den nationella rättsordningen.²⁵⁷ Således har gemenskapens intressen vägts mot nationella särintressen vid prövning av nationella handelshindrande åtgärder. Eftersom huvudregeln inom gemenskapsrätten är fri rörlighet på

²⁵⁴ Se Jörgen Hettne och Ida Otken Eriksson (red.), *EU-rättslig metod*, s. 150, och Gráinne de Burca, *Proportionality and Subsidiarity as General Principles of Law* i Bernitz och Nergelius (red.), *General Principles of European Community Law*, Kluwer 2000, s. 97.

²⁵⁵ Gráinne de Burca och Paul Craig, *EU law*, Oxford University Press 2003, s. 816.

²⁵⁶ Se Jörgen Hettne, *EU, monopolen och försvaret av den rådande ordningen*, ERT 2004, s. 589-608.

²⁵⁷ För en relativt utförlig diskussion kring proportionalitetsprincipen se Marknadsdomstolens dom i Gourmet-målet av den 5 februari 2003; Dom 2003:5 i mål B 1/02.

den inre marknaden har EG-domstolen ofta intagit en restriktiv hållning till nationella särintressen.²⁵⁸

Det kan dock vara problematiskt för såväl EG-domstolen som nationella domstolar att pröva proportionaliteten av nationell lagstiftning. En rättslig prövning av ett politiskt beslut kan ses som att domstolen ”lägger sig i” eller ändrar på något som domstolen anser vara en ”felaktig” politik. Detta kan särskilt hävdas vid känsliga nationella politikområden som spel-, abort-, sjukvårds- och sändningslagstiftning.²⁵⁹ Inom ramen för dessa områden tenderar domstolarna att inte utföra en särskilt strikt domstolskontroll utan visar istället prov på viss återhållsamhet och försiktighet i sin prövning av känsliga policyfrågor. Detta har också varit fallet med EG-domstolens praxis rörande nationella handelshindrande spel- och lotterilagstiftningar. EG-domstolen tycks dock ha skärpt tonläget när det gäller vilka krav som ställs på nationella spelmonopol under senare år, vilket berörs längre fram.

Som ovan nämnts har EG-domstolen på senare tid ofta överlämnat proportionalitetsbedömningen till nationella domstolar. Detta kan förklaras med att domstolen ansett att den nationella domstolen varit bättre lämpad att undersöka de faktiska och rättsliga omständigheter som föreligger i det enskilda fallet, vilket en proportionalitetsbedömning förutsätter. Ett problem med att överlämna proportionalitetsbedömningen till nationella domstolar är dock risken för att samma åtgärd bedöms olika i skilda medlemsstater.²⁶⁰ Detta är dock inte en oförutsedd konsekvens. Proportionalitetsprincipens syfte är delvis att ge utrymme för nationella särlösningar och möjliggöra olikartade tillvägagångssätt i medlemsstaterna. Som berörs närmare nedan har EG-domstolen i bl.a. flera lotterimål fastslagit att endast det faktum att en medlemsstat valt ett annat skyddssystem än det som antagits i en annan medlemsstat inte utesluter att bestämmelserna på området är nödvändiga och står i proportion till sitt syfte.²⁶¹

Även om det ofta ankommer på de nationella domstolarna att tillämpa proportionalitetsprincipen vid bedömningen i det enskilda fallet, är det inte ovanligt att EG-domstolen ger allmänna anvisningar om vad som skall anses utgöra en proportionell åtgärd. EG-domstolen har t.ex. i flera mål prövat nationella lotterilagstiftningar, och därmed fastställt kriterier för undan-

²⁵⁸ Jörgen Hettne och Ida Otken Eriksson (red.), *EU-rättslig metod*, s. 152.

²⁵⁹ Gráinne de Burca och Paul Craig, *EU law*, s. 372.

²⁶⁰ Jörgen Hettne och Ida Otken Eriksson (red.), *EU-rättslig metod*, s. 154.

²⁶¹ Se det ovannämnda målet *Schindler*, punkt 61, mål C-67/98, Zenatti, REG I-7289, punkt 33–34 och mål C-243/01, Gambelli, REG 2003, s. I-13031, punkt 63.

tag på grund av legitima tvingande hänsyn samt gett anvisningar om hur proportionaliteten av de nationella begränsningarna skall bedömas.

9.3 Särskilt om lotteridomarna

I det första lotterimålet *Schindler* fastställde EG-domstolen att även om den fria rörligheten för tjänster utgör en grundläggande frihet inom EG-rätten så innebär lotteriers speciella beskaffenhet att det kan vara tillåtet att i syfte att skydda konsumenterna samt skyddet för ordningen i samhället vidta inskränkande åtgärder.²⁶²

Domstolen kom fram till att ”dessa speciella omständigheter berättigar att de nationella myndigheterna ges ett tillräckligt utrymme för skönsmässiga bedömningar när det gäller att fastställa vad som krävs för att skydda spelarna och mer allmänt, med beaktande av varje medlemsstats sociala och kulturella särart för att bevara ordningen i samhället (...)”.²⁶³

Att skydda konsumenter och den allmänna ordningen ansågs som legitima tvingande skäl med hänsyn till allmänintresset, vilket berättigade att handelsbegränsande åtgärder vidtogs.

Domstolen har dock framhållit att nationell lagstiftning som inskränker den fria rörligheten för tjänster endast kan godtas om den bidrar till förverkligat av det avsedda legitima syftet och inte går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå detta syfte.²⁶⁴ I målet *Läärä* prövades om den finska lagstiftningen kunde anses ha ett legitimt syfte då den i motsats till förbudssituationen i *Schindler* innebar att en offentligrättslig förening gavs ensamrätt att bedriva spelverksamhet. Domstolen fastslog att ett legitimt syfte, dvs. tvingande hänsyn till allmänintresset, kan eftersträvas genom att begränsade tillstånd ges ”med fördelen att avkastningen används för allmännyttiga ändamål och att spelbegäret och spelverksamheten kanaliseras till en begränsad krets och att det förebyggs att verksamheten används för bedrägerier och brott.”²⁶⁵ Vidare fastställde domstolen att det ankom på den nationella domstolen att avgöra om mindre långtgående restriktioner än ett monopol var att föredra, under förutsättning att det alternativ som valdes inte var oproportionerligt, med hänsyn till det eftersträvade målet för åtgärden.²⁶⁶ Intressant är att EG-domstolen ej tog ställning i proportionalitets-

²⁶² Se det ovannämnda målet *Schindler*, punkt 58.

²⁶³ *Ibid*, punkt 61.

²⁶⁴ Mål C-124/97, *Läärä*, punkt 31.

²⁶⁵ *Ibid*, punkt 37.

²⁶⁶ *Ibid*, punkt 39.

frågan i det enskilda fallet utan överlämnade denna prövning till den nationella domstolen.

Endast en månad efter *Läärä*-målet meddelade EG-domstolen dom i det italienska målet *Zenatti*.²⁶⁷ I detta mål skärpte domstolen kraven något. Den fastställde att en restriktiv lagstiftning endast kan tillåtas om den ”verkliga tjänar syftet att verkligen minska spelmöjligheterna och om finansieringen av sociala aktiviteter genom ett uttag på intäkterna från tillåtna spel endast utgör en accessorisk positiv konsekvens och inte det verkliga syftet med den restriktiva politik som förs.”²⁶⁸ Det faktum att spel och lotterier genererade finansiella intäkter till statskassan eller allmännyttiga ändamål kunde endast utgöra en positiv accessorisk konsekvens och inte i sig utgöra det verkliga syftet med lagstiftningen. EG-domstolen överlät dock i detta fall åt den nationella domstolen att avgöra ifall lagstiftningen verkligen tjänade sådana legitima syften, samt om de restriktioner som lagstiftningen medförde stod i proportion till sitt syfte.

Genom målet *Gambelli* prövade EG-domstolen återigen den italienska lotterilagstiftningen och skärpte då än en gång kraven på medlemsstaternas handelshindrande åtgärder i form av nationell lotterilagstiftning.²⁶⁹ Enligt domstolen kunde nationella myndigheter inte å ena sidan sporra och uppmuntra konsumenter till spelande i syfte att generera finansiella intäkter till statskassan eller allmännyttiga ändamål och samtidigt hävda ett allmänintresse för minskat spelande för att rättfärdiga sina restriktioner.²⁷⁰

Ur ett proportionalitetsperspektiv kan EG-domstolens praxis sammanfattningsvis sägas ställa följande krav på medlemsstaternas lagstiftningar. För det första skall restriktioner som motiveras av tvingande hänsyn till allmänintresset, t.ex. i syfte att skydda konsumenterna samt skyddet för ordningen i samhället, verkligen bidra till att spelmöjligheterna begränsas.²⁷¹ För att kontrollera om så är fallet skall en medlemsstats restriktiva lagstiftnings syften bedömas sammantaget för att på så sätt se om reglerna på ett ”sammanhängande och systematiskt sätt” bidrar till att minska spelmöjligheterna och begränsa verksamheten.²⁷² En medlemsstat kan inte hävda tvingande hänsyn till allmänintresset om den samtidigt uppmuntrar till ökat spelande med reellt syfte att generera intäkter till statskassan.²⁷³ Finansie-

²⁶⁷ Mål C-67/98, *Zenatti*, REG I-7289.

²⁶⁸ *Ibid*, punkt 36.

²⁶⁹ Mål C-243/01, *Gambelli*, REG 2003, s. I-13031, punkt 63.

²⁷⁰ *Ibid*, punkt 69.

²⁷¹ Se de ovannämnda målen *Zenatti*, punkt 37 och *Gambelli*, punkt 67.

²⁷² Se de ovannämnda målen *Schindler*, punkt 58, *Zenatti*, punkt 33 och *Gambelli*, punkt 67.

²⁷³ Se det ovannämnda målet *Gambelli*, punkt 69.

ringen av ideella eller allmännyttiga verksamheter genom intäkter från spel och lotteri får endast utgöra en accessorisk positiv konsekvens för en medlemsstats lotterilagstiftning.²⁷⁴

Att olika medlemsstater väljer olika skyddssystem påverkar dock inte en proportionalitetsbedömning, utan varje medlemsstat har givits ett utrymme för skönsmässig bedömning i sitt val av reglering av spel och lotteriverksamhet. Proportionaliteten av varje medlemsstats lotterilagstiftning skall således bedömas mot bakgrund av sitt eget syfte.²⁷⁵ I överensstämmelse med detta kan en medlemsstat ha ett tillståndssystem där endast staten eller ett statsägt företag ges tillstånd att driva spel och lotteriverksamhet. En sådan kanalisering av spelandet kan bidra till att syftet att begränsa spelandet förverkligas, förutsatt att ett sådant system verkligen har till syfte att begränsa spelandet.²⁷⁶

²⁷⁴ Se de ovannämnda målen *Zenatti*, punkt 36 och *Gambelli*, punkt 62.

²⁷⁵ Se de ovannämnda målen *Schindler*, punkt 61, *Zenatti*, punkt 33–34 och *Gambelli*, punkt 63.

²⁷⁶ Se de ovannämnda målen *Zenatti*, punkt 35 och *Gambelli*, punkt 64.

10 DEN SVENSKA LOTTERILAGSTIFTNINGEN

10.1 Allmänt

Den svenska Lotterilagen (LL)²⁷⁷ reglerar i stort sett alla former av spel och lotterier. Huvudsyftet med den svenska lotterilagstiftningen är att skydda den enskilde och samhället samt att styra överskottet till det allmänna och allmännyttiga ändamål.²⁷⁸ Skyddsintresset är tvådelat. För att skydda den enskilde som konsument mot bedrägerier och liknande försöker lagstiftningen säkra en kontroll över t.ex. insatser och vinster. Därutöver finns ett folkhälsointresse då spelande utgör en risk för spelmissbruk och andra skadeverkningar.²⁷⁹

Att helt förbjuda eller förhindra spelandet har lagstiftaren inte ansett som realistiskt, utan istället har man sökt en modell där spel anordnas i kontrollerade former. Genom att kanalisera spelandet till vissa spelformer har man samtidigt velat säkra att överskottet kommer det allmänna eller allmännyttiga intressen tillgodo.²⁸⁰ Detta för att dämpa en fri konkurrenssituation mellan flertalet aktörer som troligtvis skulle leda till ett än mer omfattande spelande.

För att anordna spel och lotteri krävs därför tillstånd. Tillståndmyndighet är enligt § 41 LL Lotteriinspektionen. Regeringen har dock möjlighet enligt § 45 LL att meddela särskilt tillstånd.

Enligt LL får tillstånd för att anordna lotteri endast lämnas till *en svensk juridisk person som är en ideell förening och som har till huvudsakligt syfte att främja ett allmännyttigt ändamål inom landet*.²⁸¹ Om särskilt tillstånd meddelats av regeringen enligt § 45 LL regleras förutsättningarna för verksamheten i tillståndet.

Även om det krävs tillstånd för att anordna spel och lotterier i Sverige, samt är förbjudet att i förvärvssyfte främja deltagande i ett utom landet anordnat lotteri,²⁸² så är det fullt möjligt för svenskar att delta i spel och lotteri som anordnats utanför Sveriges gränser. Sådan verksamhet täcks inte av LL.

Genom § 45 LL har den svenska regeringen endast meddelat tillstånd till två svenska statligt ägda bolag, *AB Svenska Spel* samt *AB Trav och*

²⁷⁷ Lotterilagen (1994:1000).

²⁷⁸ SOU 2005:21, Vinstandelar, delbetänkande av Lotteriutredningen, s 24.

²⁷⁹ Ibid, s 24.

²⁸⁰ Ibid, s 24-25.

²⁸¹ Lotterilagen (1994:1000), § 15.

²⁸² Ibid, § 38.

Galopp,²⁸³ för att bedriva spel. Denna monopolsituation har kraftigt kritiserats av Svenska spels konkurrenter, särskilt med anledning av att konkurrenterna anser att monopolen strider mot gemenskapsrätten. Konkurrenterna har drivit ett stort antal mål i svenska domstolar i syfte att undanröja det svenska monopolen, eller åtminstone delar av det. Än så länge har de dock inte uppnått sitt mål.

10.2 Förändrade förutsättningar att reglera spelmarknaden

10.2.1 Ny teknik och utveckling

Den svenska spelmarknaden är som ovan beskrivits strikt reglerad. För att motverka konkurrens utifrån, och därmed skydda den enskilde och samhället, har endast ett fåtal operatörer givits tillstånd att anordna spel och lotterier. Detta står i kontrast till en öppen europeisk marknad i enlighet med EG-fördragets målsättning. Utvecklingen går tydligt mot en avveckling av handelsbegränsande nationella monopol. Samtidigt kan spel- och lotteri-marknaden beskrivas som kraftigt växande och den faktiska verklighet, som den svenska lotterilagstiftningen avser att reglera, har förändrats. Handel med tjänster över Internet är den mest betydelsefulla faktorn i denna förändrade verklighet.

Enligt Lotteriinspektionens statistik omsatte den svenska spelmarknaden cirka 36.5 miljarder SEK det senaste året.²⁸⁴ Omsättningen har kraftigt stigit under senare tid. Ökningen förklaras framför allt av spelandet som uppstått till följd av den snabba utvecklingen inom elektronik och informationsteknologi som inneburit en utbredning av spelandet, fler spelformer och ökad marknadsföring.²⁸⁵

Den datatekniska utvecklingen har möjliggjort en helt ny gränslös kommunikationsvärld, vilket även starkt påverkat marknaden för speltjänster. Via Internet har nya spelformer såsom vadhållning på sportevenemang, automatspel, lotterier och andra spel som poker blivit oerhört populära i Sverige. Utvecklingen innebär att tillgängligheten av spel och lotterier förändrats oerhört. Flertalet av de TV-kanaler som de flesta svenska hushåll kan se sänds inte från Sverige och kan därför – utom räckhåll för den svenska

²⁸³ AB Trav och Galopp (ATG) är ett bolag under statligt inflytande delvis ägt av hästsportorganisationerna.

²⁸⁴ Statistik hämtad från <http://www.lotteriinsp.se/upload/laddahem/Statistik/Samtliga%20statistiktabeller.pdf>. (2005-08-12)

²⁸⁵ Se bl.a. SOU 200:50 Från tombola till Internet samt Per Binde, *Att sälja en dröm- om spelreklam och dess påverkan*, Statens Folkhälsoinstitut 2005, s. 22 (http://www.fhi.se/shop/material_pdf/spelochspelberoende.pdf).

lagstiftarens jurisdiktion – frekvent marknadsföra utländska spelaktörers tjänster. Idag kan en majoritet av den svenska befolkningen, dvs. de som har tillgång till Internet eller mobiltelefon, närhelst och i princip hur de vill utnyttja de speltjänster som spelaktörer från andra länder erbjuder. Den svenska spel och lotterimarknaden är därför i realiteten en betydligt mer öppen och konkurrensutsatt marknad än vad den svenska lotterilagstiftningen från första början syftade till att reglera.

En förändrad attityd i samhället gentemot spelande kan även skönjas. Spel och lotterier åtnjuter idag en växande acceptans i samhället i stort. Idag uppskattas cirka 85 procent av befolkningen spela mer eller mindre regelbundet.²⁸⁶ I tidigare spelfria miljöer har idag spel gjorts tillgängliga. Offentliga lokaler som butiker, restauranger, hotell och pubar erbjuder ofta någon typ av spel. Då spelandet och spelindustrin växer skapar det i sin tur en situation där inte bara staten blir beroende av inkomsterna utan även andra delar av samhället. Såväl företrädarna för de allmännyttiga ändamålen, som t.ex. idrottsrörelsen och ideella föreningar, som andra branscher, såsom massmedia, butiker, restauranger, hotell och klubbar, blir alltmer beroende av de inkomster som den växande spelindustrin inbringrar.²⁸⁷ Det kan hävdas att Svenska Spels offensiva marknadsföring och verksamhetens expansion har bidraget till såväl ökad acceptans som ökat beroende av spel- och lotteriindustrin i samhället.

10.2.2 Spelmonopolet ifrågasatt

Det svenska spelmonopolet är idag ifrågasatt. Monopolet hotas inte bara av konkurrens från utländska aktörer på den svenska spelmarknaden utan även av rättsprocesser. De utländska konkurrenterna har genom *Gambelli*-målet stärkts i sin övertygelse att det svenska spelmonopolet strider mot gemenskapsrätten och utmanar ständigt monopolet för att genom rättslig prövning få till stånd en ändring av den rådande ordningen. Än så länge har de svenska domstolarna dock inte ansett att monopolet och dess tillämpning är i strid med EG-rätten.²⁸⁸ Europeiska kommissionen är dock inte av samma åsikt och har därför inlett ett fördragsbrottsförfarande för att undersöka det svenska spelmonopolets överensstämmelse med gemenskapsrätten.²⁸⁹

Även om det av kommissionen föreslagna tjänstedirektivet inte kräver någon nationell avveckling av befintliga monopol, visar det dock på en kon-

²⁸⁶ SOU 2005:21, Vinstandelar, s. 24.

²⁸⁷ *Spel och spelberoende i Sverige*, rapport från Statens Folkhälsoinstitut, s. 22.

²⁸⁸ Se Regeringsrättens dom av den 26 oktober i *Wermö Krog*, mål nr 5819-01.

²⁸⁹ Den formella underrättelse som Kommissionen meddelade Sverige hösten 2004 gällde dock främst den svenska lagstiftningen om spelautomater. Se kommissionens formella underrättelse 2001/4826 till Sverige av den 19 oktober 2004, Diarienummer 17/1415.

flikt mellan gemenskapsrättens grundläggande regler om fri rörlighet för tjänster och den handelshindrande åtgärd som ett marknadsmonopol utgör. Allteftersom utvecklingen tydligt går mot en avveckling av handelsbegränsande nationella monopol ifrågasätts och prövas därför hållbarheten av argumenten för monopolet och de tvingande hänsyn som det grundas på.²⁹⁰

I *DocMorris*-målet prövade EG-domstolen försäljningen av läkemedel över Internet.²⁹¹ Frågan gällde huruvida den tyska apotekslagstiftningen kunde upprätthållas med hänvisning till tvingande hänsyn, trots att den var handelshindrande då den endast tillät försäljning via tyska apotek oavsett om läkemedlen var receptbelagda eller receptfria. EG-domstolen kom inte oväntat fram till att det inte fanns tillräckliga skäl för att förbjuda distansförsäljning. Även om förutsättningarna för läkemedelshandel i Tyskland och spel- och lotteritjänster i Sverige är olika och inte direkt jämförbara visar avgörandet på en tillmötesgående inställning från EG-domstolen när det gäller integrationsfrämjande Internethandel.²⁹²

10.2.3 De nya spelformerna

De nya spelformerna har förenklats för andra aktörer än de med tillstånd att erbjuda speltjänster till svenska konsumenter och därmed agera på den svenska spelmarknaden. Då de nya spelformerna inte regleras av den svenska lotterilagstiftningen om de anordnas utanför Sverige finns det inget som hindrar att utländska aktörer konkurrerar med de svenska spelmonopolen såvitt avser nya spelformer.

För att möta denna tilltagande konkurrens har Svenska Spel dels själva introducerat nya spelformer, dels intensifierat sin marknadsföring. Att öka vinståterbäringen, dvs. en ökad vinstandel, har också varit ett sätt som övervägts för att göra Svenska Spels tjänster mer konkurrenskraftiga i jämförelse med andra aktörer. I delbetänkandet *Vinstandelar*²⁹³ kom utredarna dock fram till att en höjning av vinsttaket (vilket Svenska Spel önskar göra för att bättre kunna konkurrera med utländska spelaktörer) skulle bli problematiskt. Enligt delbetänkandet kunde man inte förutsätta att en ökad vinståterbäring skulle innebära en omsättningsökning för de svenska monopolbolagen på bekostnad av andra anordnares omsättning. Istället var det troligt att detta kunde leda till ett ökat spelande vilket med stor sannolikhet

²⁹⁰ Ulf Bernitz, *Fri rörlighet för tjänster och möjligheterna till nationell kontroll: var går gränserna?*, s. 239.

²⁹¹ Mål C-332/01, *DocMorris*, REG 2003, s. I-14887.

²⁹² Ulf Bernitz, *Fri rörlighet för tjänster och möjligheterna till nationell kontroll: var går gränserna?*, s. 241.

²⁹³ SOU 2005:21 *Vinstandelar*, delbetänkande av Lotteriutredningen.

i sin tur kan leda till ökade spelproblem såsom spelberoende.²⁹⁴ Vid denna bedömning är det tydligt att man prövat om de svenska monopolbolagens ökade konkurrenskraft står i proportion till lagstiftningens syfte.

I målet *Wermdö Krog*²⁹⁵ prövade Regeringsrätten det svenska spelmonopolets överensstämmelse med EG-rätten. Regeringsrätten betonade att den centrala frågan i målet var att avgöra den svenska lagstiftningens reella syfte. Regeringsrätten uttalade att frågan var om ”medlemsstaternas restriktiva politik på området verkligen har till huvudsakligt ändamål att skydda de nämnda godtagna enskilda och allmänna intressena och inte främst syftar till att styra över intäkterna av verksamheten till staten”.²⁹⁶

När det gällde tillämpningen av proportionalitetsprincipen hänvisade Regeringsrätten till tidigare lotteridomar från EG-domstolen. Med stöd av målet *Zenatti* förklarade Regeringsrätten att det ankom på den att kontrollera att regleringen med hänsyn till dess konkreta tillämpning verkligen tjänar sitt syfte, dvs. att skydda konsumenterna och ordningen i samhället.²⁹⁷ Med vidare hänvisning till både *Zenatti* och det senare målet *Gambelli* klargjorde Regeringsrätten att de nationella reglerna ”skall vara ägnade att minska spelomöjligheterna och bidra till att begränsa verksamheten på ett sammanhängande och systematiskt sätt”, samtidigt som de nationella myndigheterna inte får uppmuntra till ökat spelande i syfte att stärka statskassan.²⁹⁸

Efter dessa konstateranden fäste dock Regeringsrätten vikt vid det utrymme för skönsmässig bedömning som EG-domstolen uttalat att medlemsstaterna förfogar över när det gäller lotterilagstiftningen. Enligt Regeringsrätten framstod proportionalitetskriteriet ”spela en mindre framträdande roll” eftersom ”bestämmelserna endast skall bedömas med hänsyn till de ändamål som eftersträvas och den skydds nivå som de avser säkerställa” och det därför ankom på medlemsstaterna att reglera marknaden på ett sätt som inte ”förefaller” eller ”framstår som” oproportionerligt med hänsyn till det eftersträlvade målet.²⁹⁹ Regeringsrättens slutsats blev att den svenska lotterilagstiftningen var att anse som godtagbar ur ett gemenskapsrättsligt perspektiv, då det ej kunde förutsättas att det verkliga motivet för monopolet var ekonomiskt för staten.

Regeringsrättens tolkning kan dock kritiserars. Det är visserligen korrekt att EG-domstolen i sina speldomar överlämnat åt de nationella domstolarna

²⁹⁴ Ibid, s 25.

²⁹⁵ Regeringsrättens dom i *Wermdö Krog* den 26 oktober 2004, Mål nr 5819-01.

²⁹⁶ Ibid, s. 5.

²⁹⁷ Ibid, s. 5.

²⁹⁸ Ibid, s. 5-6.

²⁹⁹ Ibid, s. 6.

att kontrollera att den nationella lagstiftningen verkligen tjänar sina uttalande syften samt att de restriktioner som åläggs står i proportion till dessa syften.³⁰⁰ Som ovan beskrivits har medlemsstaterna, i avsaknad av regelharmonisering på EU-nivå för spel och lotterier, samt lotteriverksamhetens ”mycket speciella karaktär”, givits utrymme för skönmässig bedömning i sitt val av skyddsnivå. Bestämmelserna skall följaktligen endast bedömas mot bakgrund av de nationella myndigheternas målsättningar i den berörda medlemsstaten och av den skyddsnivå som lagstiftningen är avsedd att garantera. Att EG-domstolen överlämnar åt nationella domstolar att bedöma om en åtgärd står i proportion till sitt syfte, är därför naturligt då nationella domstolar bäst bör kunna bedöma om den nationella lagstiftningen är proportionerlig, med beaktande av varje medlemsstats sociala och kulturella särart.³⁰¹ EG-domstolen framhåller dock mycket riktigt lotteriverksamhetens ”mycket speciella karaktär”, vilket gör att restriktioner som i regel inte tillåts för andra typer av ekonomisk aktivitet kan vara tillåtna.³⁰²

Dessa omständigheter innebär dock inte att frågan om lagstiftningens överensstämmelse med proportionalitetsprincipen skall tonas ner. Att medlemsstaterna givits utrymme att själva välja regleringsalternativ innebär inte att den valda restriktionen inte måste vara nödvändig och stå i proportion till ett legitimt syfte.³⁰³ Proportionalitetsprincipen utgör en grundläggande princip i all tillämpning av EG-rätten. Den nationella domstolen bör därför genomföra en proportionalitetsbedömning där den nationella regleringens verkliga effekt prövas, dvs. om den bidrar på ett sammanhängande och systematiskt sätt till att minska spelmöjligheterna och begränsa spelverksamheten. Enligt min mening måste vid en sådan bedömning hänsyn tas till hur den svenska spel- och lotterimarknaden verkligen ser ut idag, där tillgänglighet och exponering av marknadsföring gör att spelmonopolets spelbegränsande syfte kan ifrågasättas. Det är uppenbart att det är mycket svårt, för att inte säga omöjligt, att stänga ute konkurrens på dagens elektroniska och gränslösa spelmarknad. Ett bevis på detta är att man försöker stärka konkurrenskraften hos monopolbolagen snarare än att begränsa tillgängligheten av spel och lotterier på marknaden. Mot denna bakgrund är det högst tveksamt om Spelmonopolet kan anses som effektivt i förhållande till sitt syfte att begränsa spelandet. Om det inte är effektivt eller ändamålsenligt i förhållande till sitt syfte strider det mot den EG-rättsliga proportionalitetsprincipen.

³⁰⁰ Jfr de ovannämnda målen *Zenatti*, punkt 37 och *Gambelli*, punkt 75.

³⁰¹ Jfr det ovannämnda målet *Schindler*, punkt 61.

³⁰² *Ibid*, punkt 59.

³⁰³ Se de ovannämnda målen *Läärä*, punkt 39, *Zenatti*, punkt 37 och *Gambelli*, punkt 65.

11 SLUTSATSER

Som beskrivits ovan har den svenska spelmarknaden förändrats under de senaste tio åren. Nya spelformer har inneburit att spelmarknader inte kan begränsas nationellt, eftersom flödet av speltjänster erbjuds via den utvecklade data- och telekommunikationen över nationella gränser. Genom de nya spelformerna har därför tillgängligheten kraftigt ökat och konkurrensen för det svenska spelmonopolet likaså. Spel och lotteri har blivit allt vanligare i samhället och en ökad acceptans och beroende har uppstått. Även den juridiska verkligheten har förändrats då Sverige blivit medlem av EU och EG-rätten blivit tillämplig. Nationell lagstiftning måste stå i överensstämmelse med gemenskapsrättens regler för den fria rörligheten för tjänster.

Enligt min mening kan den svenska lotterilagstiftningen kritiseras från ett proportionalitetsperspektiv. Att lagstiftningen, eller rättare sagt tillämpningen av den, är restriktiv och endast tillåter en eller ett fåtal anordnare av spel och lotterier, strider inte mot gemenskapsrätten. Detta kan istället tala för att lagstiftningen har till syfte att begränsa spelmöjligheterna med hänsyn till skyddet för konsumenterna och ordningen i samhället, vilket är legitima syften. När däremot ett statligt monopol tillåts bedriva en aggressiv marknadsföring och expansiv verksamhet blir det mer tveksamt om detta står i proportion till lagstiftningens syfte att begränsa spelandet. Svenska Spels verksamhet innebär nämligen med all sannolikhet att det totala spelandet ökar, och inte som monopolets förespråkare menar att utländska konkurrenters omsättning minskar. Svenska spel agerar allt mer som vilken aktör som helst på en öppen spelmarknad utan att ta något synligt samhällsansvar. Om man finner att den svenska lotterilagstiftningen bidrar till ett ökat spelande står den restriktiva lagstiftningen inte i proportion till sitt syfte.

Det är dock svårt att finna ett ändamålsenligt och effektivt alternativ. Utvecklingen inom spel- och lotterimarknaden har satt lagstiftaren i en svår situation. Det är inte lätt att skydda den enskilde och samhället genom att begränsa spelandets omfattning. Att det finns bättre alternativ än dagens råder det dock inget tvivel om. Sverige bör därför omforma ordningen så att den bättre tillvaratar sitt syfte och därmed lättare kan motiveras och försvaras vid en eventuell framtida rättsprövning i EG-domstolen. Mot denna bakgrund blir det extra intressant att se vad *Lotteritredningen* kommer fram till i sitt betänkande som skall läggas fram senare i år.

III EG-DOMSTOLENS NYA SYN PÅ HANDELSMONOPOL - FÖRVALTNINGSRÄTTSLIG DIMENSION AV FRI RÖRLIGHET

Jörgen Hettne

12 INLEDNING

Det kan inte längre sättas likhetstecken mellan handelshinder och protektionism. Det finns handelshindrande ordningar som grundas på intressen som väger tyngre än frihandel och som accepteras av EG-domstolen. Alla hinder kan inte heller undanröjas lagstiftningsvägen genom harmonisering och detta är heller inte meningen. I EU skall inte medlemsländerna behöva införa likformiga ordningar på samtliga områden, ett visst utrymme finns för nationella särlösningar. Det måste dock kontrolleras att acceptansen för legitima nationella särlösningar inte medför att en ny form av marknadsuppdelning uppstår på EU:s inre marknad. EG-domstolens fokusering på förvaltningsrättsliga krav som måste vara uppfyllda om medlemsländerna skall få upprätthålla handelsbegränsande marknadsordningar, t.ex. handelsmonopol, bör ses som ett sätt att minimera den skada som dessa ordningar annars skulle kunna innebära för den inre marknaden. I det följande görs ett försök att redovisa och förklara EG-domstolens nya syn på handelsmonopol. Avslutningsvis undersöks om de svenska alkohol-, apoteks- och spelmonopolen uppfyller de EG-rättsliga krav som utvecklats i EG-domstolens rättspraxis.

13 VILKA HANDELSBEGRÄNSNINGAR KAN TOLERERAS PÅ EU:S INRE MARKNAD?

På den gemensamma marknaden skall tillgång och efterfråga mötas. Ekonomiska aktörer inom hela EU skall under lika och ostörda konkurrensförhållanden handla och byta tjänster med varandra, arbeta, investera och producera och därigenom befrämja gemenskapens syften.³⁰⁴ I ett internationellt perspektiv är det fråga om en avancerad form av frihandel mellan en begränsad krets av länder. Tanken är att fördelningen av produktionsresurser och utnyttjandet av s.k. komparativa fördelar på en större marknad skall skapa förutsättningar för framsteg i alla inblandade länder. Adam Smiths berömda tes³⁰⁵ om att en förnuftig person gör det som han är bäst på och det som bäst lönar sig har sålunda överförts till förhållandet mellan stater. Varje medlemsstat i EU skall syssla med det som bäst gynnar landets naturresurser, klimat och arbetsmarknad. Utvecklingen av EU:s inre marknad har inneburit att många nationella handelshinder har upphört som stått i vägen för en optimal fördelning av produktionsresurserna. I många fall har processen varit relativt okomplicerad och skett i enlighet med den inre marknadens bärande grundprinciper, dvs. genom en växelverkan mellan negativ och positiv integration. Med negativ integration menas att förbjudna handelshinder undanröjs med stöd av förbudsbestämmelserna i fördraget. Med positiv integration menas att tillåtna handelshinder, dvs. offentliga regleringar som grundar sig på tvingande samhällshänsyn, lagstiftas bort genom harmonisering (gemensamma regler i hela EU).

På senare år har dock EG-domstolen ställts inför handelsbegränsningar som inte kan undanröjas med hjälp av dess grundprinciper. Det svenska medlemskapet kan sägas ha bidragit till att komplicera situationen. Enligt den inre marknadens logik bör t.ex. vin produceras i de södra delarna av Europa och säljas fritt i övriga delar. Vindruvor kräver generellt mycket sol och värme. Vin kan dock inte importeras fritt till Sverige, eftersom det bara får säljas av det statliga detaljhandelsmonopolet. Anledningen till detta är inte i första hand att Sverige vill skydda den inhemska produktionen eller säkra kvaliteten på vin. Det huvudsakliga skälet är snarare – eller har i vart fall varit – att man vill störa handeln genom att försämra tillgängligheten och göra produkterna avskräckande dyra. Härigenom förhindras missbruk och invånarnas hälsa skyddas. EG-domstolen har ansett att detta speciella skydd för folkhälsan är att betrakta som ett tvingande samhällsintresse. Den svenska metoden för att skydda folkhälsan mot alkoholens

³⁰⁴ Sten Pålsson och Carl Michael Quitzow, *EG-rätten – Ny rättskälla i Sverige*, Publica 1993, s. 34.

³⁰⁵ *The Wealth of Nations* (1776).

skadeverkningar är dock unik inom EU och de handelsbegränsningar som därav följer kan inte lösas genom harmonisering. Handeln skulle t.ex. inte främjas av att samtliga medlemsstater skaffar sig ett Systembolag. Dessa handelsbegränsningar riskerar därför att bli bestående. De kan varken undanröjas genom negativ eller positiv integration. Det är detta som gör *Franzéndomen* så kontroversiell. Domstolen accepterade i praktiken ett ensidigt och bestående undantag från den inre marknaden, förutsatt att skälen för dess rättfärdigande fortsätter att göra sig gällande med samma styrka.

Apoteksmonopolet skiljer sig på en avgörande punkt från alkoholmonopolet. Apoteksmonopolet avser inte att göra hälsovådliga produkterna otillgängliga och dyra, utan syftar tvärtom till att göra säkra läkemedel tillgängliga i hela landet till enhetliga priser. Apoteksmonopolet är ett serviceföretag i allmänhetens tjänst. Det har till uppgift att tillhandahålla en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse, nämligen distributionen av läkemedel. Precis som alkoholmonopolet innebär dock apoteksmonopolet att handelshinder uppstår som svårigen kan lösas genom harmonisering. Skälet till detta är att monopolregleringen i första hand tar sikta på distributionen (tjänsten) och inte produkterna. Gemensamma produktkrav kan åstadkommas genom EG-rättslig harmonisering, men att införa likadana distributionssystem i samtliga medlemsstater är varken möjligt eller eftersträvansvärt. EG-domstolens acceptans av det svenska apoteksmonopolet – i modifierad form – innebär sålunda ytterligare ett bestående handelshinder som inte kan undanröjas genom harmonisering.

Problematiken gör sig även gällande på spel- och lotteriområdet. Skillnaden är dock att det finns större likheter mellan medlemsstaternas regleringar. De flesta länder säger sig aktivt bekämpa spelmissbruk, genom att begränsa vinster och förhindra vissa typer av spel. Eftersom det är fråga om att förbjuda vissa speltjänster som är olämpliga och sätta upp villkor för andra, kan harmonisering vara en framkomlig väg. De statliga spelföretagen skulle då konkurrera med de privata spelföretagen på samma villkor och på samma marknad. Problemet med denna lösning är dock att det knappast finns en politisk vilja i EU:s medlemsländer för att upprätta en gränslös spelmarknad där fri konkurrens råder. Skatteintäkterna från de nationella spelmonopolen är omfattande och fri konkurrens – även om det sker under reglerade former – är i detta perspektiv ett vågspel.

Det finns alltså handelshinder som inte låter sig undanröjas genom harmonisering och som EG-domstolen inte anser sig kunna förbjuda, i vart fall inte villkorslöst. Anna Meyrowitsch har tidigare i denna rapport visat att EG-domstolen i vissa fall intar ett decentraliserat eller anti-protektionistiskt synsätt, varvid medlemsstaterna ges större utrymme för självbestäm-

mande under förutsättning att ingen diskriminering förekommer i förhållande till utländska varor. De svenska monopolordningarna har hittills klarat sig på grund av att EG-domstolen visat förståelse för de svenska särordningarna (spelmonopolet har dock hittills inte prövats av EG-domstolen). På grund av dessa särordningar uppstår dock potentiellt bestående handelshinder på EU:s inre marknad som inte kan undanröjas genom de klassiska metoderna negativ och positiv integration. EG-domstolen har därför försökt hitta alternativa metoder för att tillförsäkra att den inre marknaden inte sönderfaller i en ny form av marknadsuppdelning, grundad på acceptabla nationella särregleringar, till vilka de svenska alkohol-, apoteks- och spelmonopolen hör. I det följande skall dessa alternativa metoder beröras.

14 VILLKOREN – NÄR ÄR TILLÄTNA UNDANTAG TILLÄTNA?

14.1 Allmänt

Statliga monopol bör ses i ett vidare sammanhang. Domstolen har slagit fast att statliga handelsmonopol utgör handelshinder som bara får förekomma om de grundar sig på ett allmänintresse.³⁰⁶ Därutöver måste även andra EG-rättsliga krav vara uppfyllda, såsom krav på likabehandling, transparens (insyn i verksamheten), och objektiva urvalskriterier samt krav på rättssäkerhet, förutsebarhet, motivering, tillgång till rättsmedel och proportionalitet. I EG-domstolens rättspraxis kan en gemensam syn skönjas när det gäller vilka krav som alltid måste vara uppfyllda. Det kan hävdas att EG-domstolen genom att uppställa dessa allmänna krav försöker tillförsäkra att den inre marknaden inte sönderfaller i en ny form av marknadsuppdelning grundad på nationella särregleringar eller åtminstone att domstolen genom att uppställa dessa krav söker minimera den skada som dessa särregleringar kan innebära för marknaden. När det gäller dessa allmänna krav, har det inte så stor betydelse inom vilket område en inskränkning uppställs (t.ex. den fria rörligheten för varor, tjänster, arbetstagare eller kapital). EG-domstolens prövning för att utreda om en viss skyddsvärd reglering är förenlig med dessa allmänna krav ser i princip likadan ut på de olika områdena, även om vissa skillnader måste kvarstå (varu- och personflyttningar kan t.ex. aldrig helt jämföras). Kraven som måste vara uppfyllda har preciserats alltmer i rättspraxis från senare tid. Tidigare nöjde sig EG-domstolen i regel med att tala om att ett handelshinder som grundar sig på ett tvingande samhällsintresse endast får upprätthållas om det uppfyller kraven på likabehandling och proportionalitet. I senare avgöranden har dock EG-domstolen ofta refererat till t.ex. rättssäkerhet (förutsebarhet) och till mer specifika krav, som t.ex. insyn, motivering och rättsmedel. En förklaring till denna rättsutveckling kan vara att EG-domstolen är inspirerad av de allmänna rättsprinciper som den har utvecklat i andra situationer, nämligen i förvaltningsrättsliga ärenden där enskilda individer har ifrågasatt EU-institutionernas maktbefogenheter (konkurrens, statsstöd, antidumping m m).³⁰⁷ Vi kan alltså skönja en utveckling i rättspraxis där de krav som EG-domstolen kräver att EU-institutionerna skall respektera vid administrativa förfaranden, den oskrivna förvaltningsrätten, överförs och

³⁰⁶ Se dom av den 23 oktober 1997 i mål C-189/95, Franzén, REG 1997, s. 15909, punkt 39, dom av den 31 maj 2005 i mål C-438/02, Hanner, ej ännu publicerad i rättsfallssamlingen, punkt 35 och dom av den 6 november 2003 i mål C-243/01, Gambelli, REG 2003, s. I-13031, punkt 65.

³⁰⁷ Se Jörgen Hettne, *Gemenskapsdomstolarnas rättskontroll och allmänna förvaltningsrättsliga principer*, ERT 2002, s. 238.

omvandlas till generella villkor som medlemsstaterna måste respektera om de skall få upprätthålla handelshindrande ordningar på EU:s inre marknad. Jag har tidigare kallat detta för *den förvaltningsrättsliga dimensionen av den fria rörligheten*.³⁰⁸

14.2 Kravet på likabehandling är inte tillräckligt

Likabehandlingsprincipen är stommen i EG-fördraget och kommer därför till konkret uttryck på många håll i fördraget. Ett problem vid tillämpningen av principen är ofta att identifiera och bevisa diskriminerande inslag i en ordning. Detta gäller inte minst omfattande och komplexa marknadsregleringar, såsom nationella monopol eller tillståndssystem. EG-fördraget förbjuder inte bara öppen diskriminering, utan även s.k. dold diskriminering, som inte beror på en åtgärds syfte, utan dess faktiska verkningar. Vissa av de förvaltningsrättsliga kraven som EG-domstolen uppställer bidrar i hög grad till att likabehandlingsprincipen får ett effektivt genomslag. För att det överhuvudtaget skall kunna prövas om en omfattande ordning, exempelvis ett detaljhandelsmonopol, har diskriminerande verkningar i praktiken, krävs bl.a. att inköspolitiken är transparent (det bör t.ex. finnas en produktplan och objektiva urvalskriterier). De som berörs av ordningen får därmed insyn i hur den fungerar. Om man därtill kräver att den myndighet eller det statliga företag som ansvarar för ordningen måste motivera sina beslut i förhållande till andra aktörer på marknaden ökar naturligtvis möjligheten till insyn. Om missnöjda parter dessutom har en möjlighet att överklaga, skapas förutsättningar för kontroll av hur ordningen fungerar i praktiken. Andra nationella organ (domstolar och tillsynsmyndigheter, som t.ex. nationella konkurrensverk) samt EU:s institutioner (kommissionen och domstolen) kan då kontrollera att likabehandlingsprincipen verkligen respekteras. Dessa krav kan därför betecknas som strukturella garantier för likabehandling.

14.3 Transparens - Kravet på insyn och objektiva kriterier

Den kanske tydligaste kopplingen mellan likabehandling och insyn finns sannolikt på upphandlingsområdet. På detta område har EG-domstolen uttalat att principen om likabehandling innebär *en skyldighet att lämna insyn, så att det kan kontrolleras att likabehandlingsprincipen iakttas*.³⁰⁹

³⁰⁸ Se Jörgen Hettne, *EU, monopolen och försvaret av den rådande ordning*, ERT 2004, s. 589 (särsk. s. 595).

³⁰⁹ Se bland annat dom av den 7 december 2000 i mål C-324/98, *Telaustria och Telefonadress*, REG 2000, s. I-10745, punkt 61, och av den 18 juni 2002 i mål C-92/00, *HI*, REG 2002, s. I-5553, punkt 45.

Domstolen har framhållit att den skyldighet att lämna insyn som åvilar varje upphandlande myndighet syftar till att garantera varje potentiell anbudsgivare att upphandlingen kringgärdas av sådan offentlighet att tjänstemarknaden är öppen för konkurrens och att det går att kontrollera om upphandlingsförfarandena är opartiska.³¹⁰ Domstolen har härav dragit slutsatsen att då kontrakt skall tilldelas vid offentlig upphandling måste både principen om likabehandling av möjliga anbudsgivare och principen om insyn iakttas i alla stadier, och bland annat då anbudssökande väljs ut i ett selektivt förfarande, så att alla ges samma möjligheter när de utformar sina ansökningar om deltagande eller sina anbud.³¹¹ Mot denna bakgrund fordras att både kriterierna för valet av anbudssökande och kriterierna för tilldelning av kontrakt offentliggörs.³¹² EG-domstolen är alltså mycket kritisk till insynsskyddade offentliga ordningar, eftersom dessa inte innebär några garantier för likabehandling.

Detta synsätt gör sig tydligt gällande i både *Franzén-* och *Hannerdomen*. I samband med det svenska EU-medlemskapet försökte som framgått Sverige slå vakt om detaljhandelsmonopolet (Systembolaget).³¹³ Detta skedde på kommissionens inrådan parallellt med medlemskapsförhandlingarna och innebar att Systembolaget organiserades på ett sådant sätt att det kunde anses godtagbart på den gemensamma marknaden.³¹⁴ I detta syfte infördes bl.a. krav på att det skulle finnas en objektiv produktplan för de drycker som tillhandahölls av Systembolaget och dryckerna skulle väljas ut efter förbestämda och objektiva kriterier. EG-domstolen fäste stor vikt vid att dessa anpassningar hade ägt rum. Eftersom kravet på insyn och objektiva urvalskriterier var uppfyllt ansågs detaljhandelsmonopolet varken vara diskriminerande eller av sådant slag att importerade produkter missgynnades. När det gäller apoteksmonopolet hade som framgått några sådana åtgärder inte vidtagits innan EG-domstolens prövning. Det saknades därför kriterier och urvalsmetoder för apotekets sortiment, liknande dem som införts för Systembolaget. Ekonomiska aktörer hade därmed ingen insyn i apotekets inköpspolitik. EG-domstolen konstaterade följaktligen att den svenska monopolordningen för läkemedel inte innehöll bestämmelser om vare sig en produktplan eller ett system för upphandling, inom vilkas ram

³¹⁰ Se domen i det ovannämnda målet *Telaustria och Telefonadress*, punkt 62.

³¹¹ Se, för ett liknande resonemang avseende jämförelsen av anbud, dom av den 25 april 1996 i mål C-87/94, kommissionen mot Belgien, REG 1996, s. I-2043, punkt 54.

³¹² Se vidare Jörgen Hettne och Ulf Öberg, *Fritt skön och domstolskontroll vid offentlig upphandling*, SvJT 2005, s. 192.

³¹³ Se prop. 1993/94:136 om riktlinjer för ett nytt system för import, export, tillverkning och partihandel med alkoholdrycker samt prop. 1994/95:89, Förslag till alkohollag.

³¹⁴ Se Jörgen Hettne, *EU, monopolen och försvaret av den rådande ordningen*, ERT 2004, s. 589.

tillverkare vars produkter inte tagits med i sortimentet hade rätt att få en redogörelse för skälen till Apotekets beslut om urval av läkemedel. Apotekets organisation och funktionssätt och närmare bestämt dess system för urval av läkemedel kunde bl.a. av denna anledning missgynna handeln med läkemedel från andra medlemsstater i förhållande till handeln med svenska läkemedel. Apotekets monopol ansågs därför inte vara utformat på ett sådant sätt att all diskriminering av läkemedel från andra medlemsstater var utesluten och stred därmed mot artikel 31.1 EG.

14.4 Kravet på rättssäkerhet och förutsebarhet

Principen om rättssäkerhet har en framträdande roll i EG-domstolens rättspraxis. Den har flera underavdelningar som t.ex. principen om berättigade förväntningar och förbudet mot retroaktiv lagstiftning och tillämpning. Ett viktigt inslag i principen är det allmänna kravet på förutsebarhet som nära anknyter till de nyss berörda kraven på transparens och insyn. Ett gott exempel är målet *Association Eglise de Scientologie de Paris*.³¹⁵ I detta mål konstaterade EG-domstolen att franska bestämmelser om förhandstillstånd för utländska direktinvesteringar stred mot principen om fri rörlighet för kapital. Skälet var att bestämmelserna hade givits en alltför svepande utformning. Det angavs inte på något sätt under vilka omständigheter ett förhandstillstånd var nödvändigt. Enligt EG-domstolen innebar en sådan oklarhet att enskilda inte hade möjlighet att få kännedom om omfattningen av de rättigheter och skyldigheter som de hade enligt EG-fördraget, vilket stred mot *rättssäkerhetsprincipen*.

Ett liknande resonemang återfinns i ett mål mellan kommissionen och Frankrike.³¹⁶ Detta mål gällde en regel genom vilken en särskild aktie hade inrättats i det franska oljebolaget Elf till förmån för franska staten. Genom denna konstruktion krävdes statens godkännande vid innehav av andelar som överskred vissa beloppsgränser avseende företagens kapital och staten hade rätt att underkänna överlåtelse eller pantsättning av aktiekapital. Domstolen påpekade dock att den franska lagstiftningen inte angav under vilka specifika och objektiva omständigheter som tillstånd gavs eller nekades. Domstolen menade att detta stred mot *rättssäkerhetsprincipen*, eftersom de franska bestämmelserna innebar ett osäkerhetsmoment och inte angav några gränser för statens utrymme för skönsmässiga bedömningar.

³¹⁵ Dom av den 14 mars 2000 i mål C-54/99, *Association Eglise de Scientologie de Paris*, REG 2000, s. I-1335.

³¹⁶ Dom av den 4 juni 2002 i mål C-483/99, kommissionen mot Frankrike, REG 2002, s. I-4781.

14.5 Motivering och rättsmedel – Kravet på tillsyn och kontroll

I EG-rätten finns ett utpräglat rättsskyddstänkande även bakom kravet på motivering och rättsmedel. Dessa krav är inte enbart processuella formaliteter som skall uppfyllas när de återges i uttryckliga bestämmelser, utan utgör viktiga rättsgrundsatser som skall skydda enskilda individer eller företag. Den som en rättsakt riktar sig till måste kunna identifiera de sakomständigheter och motiv som en rättsakt grundar sig på i tillräcklig utsträckning för att kunna tillvarata sina rättigheter och domstolarna måste kunna utöva sin rättsliga kontroll över att rättsakten i fråga är antagen på legitima grunder.³¹⁷

Kravet på effektiva rättsmedel hänger direkt samman med motiveringsskyldigheten. Om motiveringen inte kan prövas rättsligt av en oberoende instans är rättsskyddet bristfälligt. Ett belysande exempel är målet *Heylens*.³¹⁸ Det rörde en belgisk fotbollstränare som inte fick träna ett franskt lag. Han innehade ett belgiskt examensbevis som fotbollstränare men detta erkändes inte i Frankrike. Han fick avslag av behörigt ministerium, men ingen motivering och ingen möjlighet att överklaga. EG-domstolen framhöll att eftersom fritt tillträde till anställning är en grundläggande rättighet som enligt fördraget tillkommer varje enskild arbetstagare inom gemenskapen är det viktigt att det finns rättsmedel mot varje beslut av en nationell myndighet som innebär att denna rättighet inte beviljas, så att den enskildes rättigheter kan ges ett effektivt skydd. Detta krav utgör en allmän gemenskapsrättslig princip som härrör från de konstitutionella traditioner som är gemensamma för medlemsstaterna och som fastställs i artiklarna 6 och 13 i Europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna. Domstolen påpekade vidare att en effektiv domstolskontroll, som måste kunna omfatta lagligheten av skälen till det överklagade beslutet, generellt förutsätter att den domstol som prövar saken skall kunna kräva att den behöriga myndigheten redovisar sina skäl till beslutet. Om det emellertid, som i förevarande målet, särskilt handlar om att säkerställa ett effektivt skydd av en grundläggande rättighet som tillkommer gemenskapens arbetstagare genom fördraget, krävs det dessutom att arbetstagarna kan försvara denna rättighet under bästa möjliga villkor och att de har möjlighet att, med kännedom om alla omständigheter,

³¹⁷ Se t.ex. dom av den 14 februari 1990 i mål C-350/88, *Société française des Biscuits Delacre* mot kommissionen, REG 1990, s. I-395, punkt 15 och dom av den 11 december 2003 i mål C-127/00, *Hässle*, REG 2003, s. I-14781, punkt 43.

³¹⁸ Dom av den 15 oktober 1987 i mål 222/86, *Heylens*, REG 1987, s. 4097, svensk specialutgåva, volym 9, s. 223.

besluta om det finns någon anledning att överklaga till domstolen. Av detta följer att den behöriga nationella myndigheten i ett sådant fall är skyldig att underrätta dem om skälen till avslagsbeslutet, antingen i själva beslutet eller i ett senare meddelande på deras begäran.

Även i *Franzén-* och *Hannerdomen* kommer detta synsätt till uttryck. EG-domstolen konstaterade att leverantörer som inte fick sälja sina produkter till Systembolaget kunde få ett motiverat avslagsbeslut och kunde överklaga detta till ett oberoende organ (Alkoholsortimentsnämnden). Detta bidrog till att EG-domstolen fann att Systembolagets kriterier och urvalsmetoder varken var diskriminerande eller av sådant slag att de missgynnade importerade produkter. I fråga om apoteksmonopolet (*Hannerdomen*) konstaterade EG-domstolen däremot att den svenska monopolorganisationen för läkemedel inte innehöll ett system inom vars ram tillverkare vars produkter inte tagits med i sortimentet hade rätt att få en redogörelse för skälen till Apotekets beslut om urval av läkemedel och att det inte föreskrevs någon möjlighet att överklaga ett sådant beslut till en oberoende kontrollinstans. Apotekets organisation och funktionssätt kunde därför missgynna handeln med läkemedel från andra medlemsstater i förhållande till handeln med svenska läkemedel. Det råder alltså inget tvivel om att krav på motivering och rättsmedel utgör allmänna krav som ett detaljandelsmonopol måste leva upp till.

14.6 Proportionalitet – Kravet på rimlighet

Emanuel Allroth har tidigare i denna rapport beskrivit vilken stor betydelse proportionalitetsprincipen har i EG-rätten och hur den har använts av EG-domstolen för att säkerställa att även legitima handelshinder, dvs. handelshinder som grundar sig på tvingande samhällshänsyn, inte innebär onödigt långtgående störningar på handeln inom EU. EG-domstolen hänvisar mycket ofta till proportionalitetsprincipen. I målet *Läärä* framhöll sålunda EG-domstolen att nationella bestämmelser avseende lotterier som begränsar den fria rörligheten för tjänster endast kan godtas om de är berättigade på grund av tvingande skäl med hänsyn till allmänintresset, *bidrar till förverkligandet av det avsedda syftet och inte går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå detta syfte*.³¹⁹ Ett annat exempel är det ovan berörda målet mellan *kommissionen och Frankrike*³²⁰ rörande s.k. *golden share aktier* (franska statens aktie i oljeblaget Elf). I detta mål angav EG-domstolen att även begränsningar som grundas på legitima hänsyn måste – förutom att grunda sig på objektiva kriterier som är kända i förväg av de berörda före-

³¹⁹ Dom av den 21 september 1999 i mål C-124/97, *Läärä*, REG 1999, s. I-6067, punkt 31.

³²⁰ Dom av den 4 juni 2002 i mål C-483/99, *kommissionen mot Frankrike*, REG 2002, s. I-4781.

tagen, vilket berördes ovan – vara *förenliga med proportionalitetsprincipen*. I samma dom angav EG-domstolen att företagen vid behov skall ha möjlighet att få åtgärderna överprövade i domstol. Proportionalitetsprincipen ingår sålunda i regel som ett uttryckligt krav som måste vara uppfyllt *utöver* de strukturella garantierna för likabehandling.

14.7 Saknades en proportionalitetsprövning i Franzén- och Hannerdomen?

Mot denna bakgrund ter det sig märkligt att proportionalitetsprincipen inte hade en mer avgörande roll i *Franzén- och Hannermålen*. I Franzéndomen diskuterade inte EG-domstolen om Systembolagets sammantagna effekter på handeln inom gemenskapen var oproportionellt långtgående i förhållande till det folkhälsoskydd som eftersträvades. Av domen följer dock att handelsbegränsningar som orsakas av *nationella bestämmelser som inte är nödvändiga för själva monoopolet, men påverkar dess funktionssätt*, skall prövas i förhållande till artikel 28 EG. Sådana bestämmelser omfattas inte alls av artikel 31 EG. Detta fick till följd att tillståndssystemet avseende partihandel och tillverkning med alkoholhaltiga drycker prövades mot bakgrund av proportionalitetsprincipen och underkändes. Diskussionen om vilka nationella bestämmelser som är nödvändiga för monoopolet fortgår. EG-domstolen kommer relativt snart att pröva två mål som rör de svenska reglerna för *privatinförsel av alkoholhaltiga drycker*, dvs. de regler som hindrar distansförsäljning av alkoholhaltiga drycker till privatpersoner hemmahörande i Sverige. Det rör sig dels om en fördragsbrottstalan mot Sverige (C-186/05, kommissionen mot Sverige), dels en begäran om förhandsavgörande från Högsta domstolen. I dessa mål aktualiseras frågan om de svenska restriktiva reglerna för privatimport, som enbart medger att Systembolaget ombesörjer import av alkoholhaltiga drycker för privatpersoners räkning, är *nödvändiga* för själva monoopolet, eller om de skall betraktas som sammanhängande åtgärder som kan prövas självständigt (och därmed bli föremål för en separat proportionalitetsprövning).³²¹

Inom ramen för artikel 31 EG tycks dock ingen proportionalitetsprövning göras. Detta kan förklaras med att det enbart är regler som är *nödvändiga* för monoopolets funktionssätt som kan upprätthållas med stöd av artikel 31 EG. I denna avgränsning ligger redan en slags proportionalitetsprövning.

Hannerdomen kan dock läsas som en antydning om att själva monoopolet kan prövas mer ingående. Det kan i synnerhet diskuteras vilka produkter som skall omfattas av monoopolets ensamrätt till försäljning. Måste rökavvänj-

³²¹ Se Maria Bergström, *Lagligheten av de svenska alkoholförselreglerna*, ERT 2004, s. 618.

ningsprodukter, huvudvärkstabletter, nässpray etc. omfattas av Apotekets ensamrätt? Att denna fråga kan ställas på sin spets framöver är troligt, eftersom EG-domstolen medger att artikel 86.2 EG om offentliga företag som tillhandahåller tjänster av allmänt ekonomiskt intresse är tillämplig. Enligt EG-domstolen tillhandahåller Apoteket *en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse*, nämligen en säker, rationell och effektiv distribution av läkemedel i Sverige. Detta betyder att de allmänna – konkurrensrättsligt inriktade – kraven i artikel 86.2 EG måste vara uppfyllda. Apotekets ensamrätt till detaljhandel skulle därmed bara vara berättigad i den mån den är *nödvändig* för att Apoteket skall kunna tillhandahålla en säker, rationell och effektiv läkemedelsdistribution i Sverige. Den är dessutom bara berättigad under förutsättning att *handeln inte påverkas i en omfattning som strider mot gemenskapens intresse*. Det kan därför tänkas att frågan om huruvida ensamrätten till försäljning av receptfria läkemedel (eller vissa receptfria läkemedel) är nödvändig för att Apoteket skall kunna utföra sin uppgift, och den sammanhängande frågan om handeln påverkas i oproportionellt stor utsträckning, kan aktualiseras i en ny rättsprocess, om inte dessa frågor hanteras på rätt sätt av den svenska lagstiftaren.

Det kan följaktligen konstateras att proportionalitetsprövningen är mindre framträdande när ett handelsmonopol granskas enligt artikel 31 EG, men att en mer ingående proportionalitetsprövning inte är utesluten om frågan ställs på sin spets. Det är inte troligt att EG-domstolen skulle komma fram till att proportionalitetsprincipen inte är tillämplig inom ramen för en prövning enligt artikel 31, med hänsyn till att domstolen har varit så noga med att framhålla att denna princip utgör en allmän rättsprincip som genomsyrar hela EG-rätten i andra sammanhang.

14.8 Kraven sammanfattas – En förvaltningslag växer fram?

I flera domar har EG-domstolen presenterat ovan nämnda krav som en samlig processuella garantier som måste vara uppfyllda för att en handelshindrande ordning, i regel ett tillståndssystem, skall kunna rättfärdigas. Ett gott exempel rör sjukvårdstjänster. En medborgare i en medlemsstat har rätt att under vissa villkor erhålla ersättning även då han genomgår *sluten sjukvård* i en annan medlemsstat. EG-domstolen har dock godtagit att medlemsländerna får uppställa krav på *förhandstillstånd* i detta fall. Som villkor för att ett system med förhandstillstånd skall få tillämpas har domstolen emellertid angett att det måste grundas på *objektiva kriterier som inte är diskriminerande och som är kända på förhand* för att begränsa myndigheternas utrymme för skönsmässig bedömning och förhindra att be-

dömningen blir godtycklig. Ett sådant system med prövningstillstånd måste vidare administreras enligt ett *förfarande som är lättillgängligt och ägnat att säkerställa att den berördes ansökan behandlas inom en rimlig frist och objektivt och opartiskt*. Slutligen skall eventuella avslag kunna överprövas genom talan vid domstol.³²²

Liknande sammanfattningar av de förvaltningsrättsliga kraven finns i andra domar. I ett mål mellan *kommissionen och Belgien*³²³ accepterade domstolen en belgisk ordning varigenom en särskild aktie hade inrättats i ett bolag till förmån för den belgiska staten. Staten hade härigenom en rätt att motsätta sig alla överlåtelse, pantsättningar och förändringar av användningen av vissa strategiska tillgångar samt vissa beslut avseende förvaltning. Det syfte som rättfärdigade ordningen var att upprätthålla en minimiförsörjning av gas i händelse av allvarligt och verkligt hot. Domstolen ansåg att den belgiska ordningen – till skillnad mot den franska ordningen med särskilda aktier som berördes ovan – var förenlig med EG-fördraget på grund av att:

- Det inte fanns något krav på förhandstillstånd (efterkontroll är alltid att föredra från frihandelssynpunkt och står därför lättare i proportion till sitt syfte än ett krav på förhandstillstånd).
- Kontrollförfarandet skulle ske inom en viss bestämd tidsfrist.
- Alla beslut skulle motiveras.
- Det fanns möjlighet till effektiv rättslig kontroll.

Ett tredje exempel är ytterligare ett mål mellan *kommissionen och Frankrike*.³²⁴ Målet rörde ett förbud i Frankrike för livsmedelstillsetser i s.k. *specialdestinerade livsmedel*, t.ex. energidrycker som *Red Bull*. Kommissionen ansåg att Frankrike hade gjort sig skyldig till fördragsbrott, eftersom det krävdes förhandstillstånd för att importera specialdestinerade livsmedel från andra medlemsländer. Förfarande var vidare alltför byråkratiskt och tidskrävande. Dessutom förelåg enligt domstolen ingen verklig risk för folkhälsan såvitt avsåg flertalet produkter.

³²² Se t.ex. dom av den 13 maj 2003 i mål C-385/99, Müller-Fauré, REG 2003, s. I-4509, punkt 85.

³²³ Dom av den 4 juni 2002 i mål C-503/99, kommissionen mot Belgien, REG 2002, s. I-4809.

³²⁴ Dom av den 5 februari 2004 i mål C-24/00, kommissionen mot Frankrike, REG 2004, s. I-1277.

Domstolen anförde att den franska lagstiftningen skulle uppfylla följande krav:

- Det skall föreligga en verklig risk för folkhälsan (proportionalitet).
- Det skall finnas uttryckliga föreskrifter om ett förfarande som möjliggör för de ekonomiska aktörerna att få sina produkter sålda i medlemsstaten.
- Förfarande skall vara lättillgängligt och skall kunna avslutas inom rimlig tid.
- Det skall vara möjligt att väcka talan mot avslagsbeslut.

Den franska lagstiftningen uppfyllde inte dessa krav.

Vi kan alltså konstatera att EG-domstolen har skapat en oskriven förvaltningsrätt som den använder i syfte att ta bort onödiga handelshinder som uppstår till följd av nationella marknadsregleringar, bl.a. nationella handelsmonopol. Denna utveckling har uppmärksammats av den Europeiska kommissionen som bl.a. var pådrivande när Systembolaget EU-anpassades i enlighet med nämnda förvaltningsrättsliga krav inför Sveriges inträde i EU. Som framgått är det inte fråga om att helt undanröja nationella särordningar, utan att minska den skada de kan innebära för den inre marknaden. Även i lagstiftningsärenden framträder motsvarande synsätt. Det bästa exemplet är sannolikt kommissionens förslag till tjänstedirektiv.

14.9 Lagstiftaren tar vid – Kommissionens förslag till Tjänstedirektiv

Kommissionens kritiserade förslag till tjänstedirektiv är i stor utsträckning ett försök att klargöra hur marknaden för tjänster inom EU borde se ut och fungera om de grundläggande principerna för den inre marknaden iakttagits. Stora delar av tjänstedirektivet utgörs av kodifierad rättspraxis och återger sålunda bara vad som redan gäller. Det tydligaste exemplet är sannolikt bestämmelserna om sjukvårdstjänster, där t.ex. EG-domstolens ovannämnda rättspraxis rörande slutna sjukvård framträder tydligt. Det finns i detta sammanhang ingen anledning att gå in på detaljerna i tjänstedirektivet, i synnerhet som det står klart att kommissionens ursprungliga förslag kommer att omarbetas. Det bör dock uppmärksammas att artikel 10 i direktivet, som rubricerats ”Villkor för tillståndsgivning”, synliggör och utvecklar EG-domstolens hittills oskrivna förvaltningsrättsliga principer, som beskrivits ovan.

³²⁵ Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om tjänster på den inre marknaden, KOM(2004) 2 slutlig.

Följande krav skall nationella bestämmelser uppfylla:

- ”a) icke-diskriminerande,
- b) objektivt motiverade av tvingande hänsyn till allmänintresset,
- c) stå i proportion till detta tvingande hänsyn till allmänintresset,
- d) exakta och entydiga,
- e) objektiva,
- f) offentliggjorda i förväg.”

Kommissionen anger också att tillståndsförfarandet inte får bli en alltför utdragen process. I punkt 5 föreskrivs att:

”Tillståndet skall utfärdas så snart granskningen av villkoren för att få tillståndet har genomförts och det har fastställts att dessa villkor är uppfyllda.”

Kommissionen påpekar slutligen i punkt 6 att:

”Eventuella avslag, återkallande av tillstånd eller andra svar från de behöriga myndigheterna skall motiveras, särskilt med avseende på bestämmelserna i denna artikel, och skall kunna överklagas vid domstol.”

Det bör observeras att en kodifiering eller utveckling av rättspraxis i ett EG-direktiv innebär mer än att rättsläget fastställs och bekräftas. Om nämnda förvaltningsrättsliga krav finns kvar i ett slutgiltigt direktiv skall all nationell lagstiftning på tjänste- och etableringsområdet ses över och anpassas till kraven inom den tid som anges för direktivets införlivande. Medlemsstaterna kan i så fall inte vänta på att EG-domstolen skall granska just deras ordningar innan ändringar vidtas mot bakgrund av existerande rättspraxis, vilket ofta tycks vara fallet i dag.

15 SLUTSATSER - ÄR DE SVENSKA MONOPOLEN UTFORMADE PÅ ETT SÄTT SOM ÖVERENSSTÄMMER MED DE EG-RÄTTSLIGA KRAVEN?

15.1 Alkoholmonopolet

Efter en tid av eftertanke och politiska diskussioner insåg riksdag och regering att upprätthållandet av ett import-, export-, tillverknings- och parti-handelsmonopol för alkoholhaltiga drycker inte var realistiskt i ett EU-perspektiv.³²⁶ I stället försökte man slå vakt om detaljhandelsmonopolet (Systembolaget).³²⁷ Som framgått skedde detta på kommissionens inrådan parallellt med medlemskapsförhandlingarna och innebar, utöver avskaffandet av nämnda monopol, att Systembolaget organiserades på ett sådant sätt att det kunde anses godtagbart på den gemensamma marknaden.³²⁸ I detta syfte infördes bl.a. krav på att det skulle finnas en objektiv produktplan för de drycker som tillhandahölls av Systembolaget. Dryckerna skulle väljas ut efter förbestämda och objektiva kriterier och leverantörer som inte fick sälja sina produkter till Systembolaget skulle få ett motiverat avslagsbeslut och kunna överklaga detta till ett oberoende organ (Alkoholsortimentsnämnden). Den danska generaladvokaten Elmer imponerades inte av dessa strukturella anpassningar, utan granskade detaljhandelsmonopolets faktiska effekter på den inre marknaden. Han ansåg att det utgjorde en onödig och oproportionell inskränkning i den fria rörligheten på EU:s gemensamma marknad. EG-domstolen var dock mer lyhörd för de anpassningar som Sverige hade genomfört.³²⁹ Domstolen ansåg, mot bakgrund av dessa anpassningar, att Systembolagets kriterier och urvalsmetoder varken var diskriminerande eller av sådant slag att de missgynnade importerade produkter. Systembolaget som sådant ansågs därför vara förenligt med EG-fördraget. Redan i *Franzéndomen* påpekades dock att detta inte betydde att nationella bestämmelser som inte är nödvändiga för själva monopolet är förenliga med fördraget. I domen underkändes sålunda tillståndssystemet avseende partihandel och tillverkning med alkoholhaltiga drycker, efter en proportionalitetsprövning, och även andra delar av det svenska alkoholpolitiska systemet har sedermera prövats och befunnits oproportionella i förhållande till sitt uttalade syfte. Förbudet mot alkoholreklam i periodiska skrifter ansågs oproportionellt och oförenligt med EG-fördraget i det s.k.

³²⁶ Se om denna utveckling; Maria Fritz, *Franzéndomen*, Ny Juridik, nr 4:97, s. 75 och Jörgen Hettne, *EU, monopolen och försvaret av den rådande ordningen*, ERT 2004, s. 589.

³²⁷ Se prop. 1993/94:136 om riktlinjer för ett nytt system för import, export, tillverkning och partihandel med alkoholdrycker samt prop. 1994/95:89, Förslag till alkohollag.

³²⁸ Se Jörgen Hettne, *EU, monopolen och försvaret av den rådande ordningen*, ERT 2004, s. 589.

³²⁹ Dom av den 23 oktober 1997 i mål C-189/95, Franzén, REG 1997, s. I-5909.

*Gourmetmälet*³³⁰ och de svenska reglerna för privatinförsel (distansförsäljning) är för närvarande under prövning vid EG-domstolen.

Det är vidare viktigt att påpeka att *Franzédomen* är resultatet av en prövning av de omständigheter som då var kända. Systembolaget framställdes – trots sin affärsinriktade bolagsform – som ett hälsopolitiskt filter utan egentligt vinstsyfte, vilket med sina höga priser och restriktiva öppettider förmådde svenskarna att dricka mer måttligt. Det är inte självklart att den svenska monopolordningen fortfarande anses stå i proportion till sitt syfte när utvecklingen går mot en prioritering av kommersiellt lyckosamma produkter i stället för ett brett produktsortiment, mot större tillgänglighet i form av generösare öppettiderna och kanske till och med mot sänkta priserna genom lägre skatt. Det är viktigt att Systembolaget inte framstår som en kommersiell försäljningskanal för staten om monopolet skall kunna försvaras framöver.³³¹

15.2 Apoteksmonopolet

15.2.1 Hannermälet

Mot bakgrund av *Franzédomen* hade man kunnat tänka sig att även apoteksmonopolet skulle anpassas på ett sådant sätt att det kunde tolereras på den inre marknaden. Några sådana åtgärder vidtogs dock aldrig innan EG-domstolens prövning. Det saknades sålunda kriterier och urvalsmetoder för apotekets sortiment, liknande dem som införts för Systembolaget. När EG-domstolen jämförde Apoteket med Systembolaget fann den följaktligen att det förelåg betydande skillnader och krävde att motsvarande strukturella anpassningar skulle göras. Domen bör tolkas så att om det upprättas en produktplan och ett system för upphandling (eller annat system som garanterar ett objektiva och icke-diskriminerande produkturval) samt krav på motivering och möjlighet till överprövning vid en oberoende kontrollinstans, är det svenska monopolet utformat på ett sådant sätt att det åtminstone *prima facie* överensstämmer med artikel 31.1 EG.

15.2.2 Den nya svenska ordningen

Den 22 juni 2005 fattade regeringen beslut om att ingå ett nytt verksamhetsavtal med Apoteket AB. I det nya verksamhetsavtalet föreskrivs bl.a.

³³⁰ Se Marknadsdomstolens dom av den 5 februari 2003 (MD 2003:5) som meddelades mot bakgrund av EG-domstolens dom av den 8 mars i mål C-405/98, *Gourmet International Products*, REG 2001, s. I-1795.

³³¹ Se Jörgen Hettne, *Har Sverige spelat bort sina monopol?*, Ny Juridik nr 4:04, s. 7 (särsk. s. 11).

att Apoteket skall upprätta en produktplan och att leverantörer skall få motiverade beslut om lagerhållning på lokala apotek. Genom ändring av förordningen med instruktion för Alkoholsortimentsnämnden (1994:2048) infördes dessutom en möjlighet till överprövning hos den nya Alkohol- och läkemedelssortimentsnämnden (SFS 2005:601). Regeringen anser sig därmed ha anpassat den svenska ordningen i enlighet med den kritik som EG-domstolen gav uttryck för i sin dom. Den nya svenska ordningen började gälla den 24 juni 2005. I denna rapport görs ingen närmare analys av dessa anpassningar. Den nya organisationen behöver prövas i praktiken innan den kan utvärderas.

Som berörts tidigare i denna rapport angav EG-domstolen vissa reservationer som gör att det återstår att säkerställa att den svenska ordningen – efter vederbörliga anpassningar – inte i praktiken leder till diskriminering. Av *Hannerdomen* följer vidare att Apoteket tillhandahåller en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse och att det därmed tycks kunna prövas enligt kriterierna i artikel 86.2 EG. Det kan därför, som också har berörts tidigare, tänkas att frågan om huruvida Apotekets ensamrätt till försäljning av receptfria läkemedel (eller vissa receptfria läkemedel) är nödvändig för att Apoteket skall kunna utföra sin uppgift, och den sammanhängande frågan om handeln påverkas i oproportionellt stor utsträckning, kan aktualiseras i en ny rättsprocess, om inte dessa frågor hanteras på rätt sätt av den svenska lagstiftaren. Sverige skulle befinna sig i ett klart fördelaktigare läge vid en eventuell framtida rättsprocess om avvägningen kring ensamrättens omfattning redan har ägt rum och det går att, med övertygande argument, förklara varför vissa produkter måste säljas på apotek och andra inte. Om t.ex. rökavvänjningsprodukter enbart får säljas på apotek, måste Sverige kunna övertyga EG-domstolen om varför det är olämpligt att dessa produkter säljs på andra ställen, t.ex. där tobaksprodukter saluförs. Motsvarande gäller för en rad andra produkter, såsom huvudvärkstabletter och nässpray. Hälsoskäl och glesbygdsskäl är svåra att anföra när det gäller dessa produkter, eftersom Apoteket i hög grad använder sig av apoteksombud som inte får lov att ge anvisningar om läkemedlens användning samt av Internetförsäljning. Det argument som kvarstår är om intäkterna från försäljning av dessa läkemedel behövs för att finansiera (korssubventionera) distributionen av receptbelagda läkemedel i syfte att hålla nere priserna. En sådan subventionering måste i så fall vara nödvändig för att Apoteket skall kunna utföra sitt uppdrag och får inte innebära att handeln påverkas i onödigt stor utsträckning.

15.3 Spelmonopolet

Spelmonopol är vanligt förekommande i EU:s medlemsländer och EG-domstolen har i en rad avgöranden prövat om skilda länders ordningar är förenliga med EG-rätten. Som berörts närmare av Emanuel Allroth har EG-domstolen länge intagit en försiktig hållning och inte på allvar kritiserat något medlemslands ordning för spel och lotterier.³³² En vändning tycks emellertid ha kommit i och med *Gambellidomen*.³³³ Denna dom gav de internationella privata spelbolagen råg i ryggen, inte minst i Sverige. En rad rättsprocesser i olika instanser har uppstått som en omedelbar följd av EG-domstolens dom. Allroth har också påpekat att den svenska lotterilagstiftningen kan kritiseras från ett proportionalitetsperspektiv. När ett statligt monopol tillåts bedriva en aggressiv marknadsföring och expansiv verksamhet måste det ifrågasättas om den aktuella lagstiftningen står i proportion till sitt syfte att begränsa spelet. Svenska Spels verksamhet tycks innebära att det totala spelet ökar och inte tvärtom. Om detta är riktigt utgör den nuvarande monopolordningen inte ett effektivt och ändamålsenligt medel för att begränsa spelet. Främjandeförbudet i Lotterilagen framstår i sig som överksam och ineffektivt, eftersom TV-reklam från utländska spelbolag hursomhelst inte kan stoppas när TV-sändningen kommer från andra länder, t.ex. från Storbritannien (TV3, TV5 och flera andra kanaler).

I detta sammanhang finns emellertid anledning att även diskutera om övriga förvaltningsrättsliga krav är uppfyllda. Är den svenska ordningen förenlig med likabehandlingsprincipen? Av lagen framgår att utöver de statliga monopolföretagen, som fått ett särskilt tillstånd av regeringen, kan endast en svensk juridisk person som är en ideell förening och har ett allmännyttigt ändamål få tillstånd. Varför det uppställs ett krav på svensk juridisk person är svårt att förstå. Det innebär en öppen och provocerande diskriminering av juridiska personer från övriga medlemsstater. Lagstiftningen tycks även vara bristfällig i andra avseenden. Det finns t.ex. inga uttryckliga krav på motivering och det är tveksamt om det finns effektiva rättsmedel. En allmän motiveringsskyldigheten finns visserligen inskriven i förvaltningslagen, men det är tveksamt om de krav som härigenom ställs på bl.a. regeringen när den agerar som förvaltningsmyndighet, går tillräckligt

³³² Se t.ex. dom av den 24 mars 1994 i mål C-275/92, Schindler, REG 1994, s. I-1039, av den 21 september 1999 i mål C-124/97, Läära m.fl., REG 1999, s. I-6067, och av den 21 oktober 1999 i mål C-67/98, Zenatti, REG 1999, s. I-7289.

³³³ Domstolens dom av den 6 november 2003 i mål C-243/01, Piergiorgio Gambelli.fl., REG 2003, s. I-13031.

långt.³³⁴ Om EG-rätten är tillämplig är det de EG-rättsliga kraven på motivering som måste vara uppfyllda. Det bör observeras att tillståndsbeslut för att bedriva spel och lotterier av intresse för monopolbolagens konkurrenter fattas av regeringen. Regeringens beslut kan dock endast prövas rättsligt enligt rättsprövningslagen. Det kan diskuteras om den begränsade laglighetsprövning som utförs i sådana ärenden utgör ett tillräckligt effektivt rättsmedel i EG-rättslig mening.

Denna kritik, grundad på EG-rättens krav på likabehandling, motivering och rättsmedel, kan naturligtvis avfärdas med att det är meningslöst att klaga på att en missnöjd part kan diskrimineras, inte får tillräcklig motivering eller erbjuds ineffektiva rättsmedel då tanken hursomhelst är att ingen annan än de statliga spelbolagen skall kunna få tillstånd att bedriva spel- och lotteriverksamhet i större skala. Om det förhåller sig så är det dock bättre att detta klart uttrycks i lagstiftningen (som skall var klar, tydlig och förutsebar) och att den svenska monopolordningen ses över och revideras så att den bättre tillvaratar syftet att begränsa spelandet och därmed lättare kan motiveras och försvaras vid en eventuell framtida rättsprövning i EG-domstolen.

³³⁴ Regeringsrätten kritiserade t.ex. regeringens motivering i ett beslut där Ladbrokes nekades tillstånd utan att detta fick några rättsliga konsekvenser (dom av den 20 juni 2005, mål nr 3841-2004).

BILAGA

ALKOHOL-, APOTEKS-, OCH SPELMONOPOLET I JÄMFÖRELSE

	Alkoholmonopolet	Apoteksmonopolet	Spelmonopolet
Uttalat syfte	Skydda folkhälsan mot alkoholens skadeverkningar	Trygga behovet av säkra och effektiva läkemedel	Begränsa spelmissbruk
Urvalskriterier	Kvalitet Affärsmässighet Efterfråga Skadeverkningar Etiska hänsyn	Säkra och effektiva läkemedel Lägsta möjliga kostnad Skyldighet att tillhandahålla alla godkända läkemedel i Sverige Mer detaljerad produktplan och urvalskriterier skall tas fram	Endast svensk juridisk person som är en ideell förening och har ett allmännyttigt ändamål kan få tillstånd. Värdet på vinsterna skall motsvara minst 35 % och högst 50% av insatsernas värde. Avkastningen skall gå till allmännyttigt ändamål.
Motivering	Avslag motiveras	Avslag motiveras	Ej specialreglerat (Allmänna krav på motivering i Förvaltningslagen)
Rättsprövning	Överprövning möjlig vid Alkohol- och läkemedelssortimentsnämnden	Överprövning möjlig vid Alkohol- och läkemedelssortimentsnämnden	Avslag på tillståndsbeslut kan överklagas till allmän förvaltningsdomstol (När regeringen beviljar tillstånd genom rättsprövningslagen)
Marknadsföring	Marknadsföring tillåten i periodiska tidskrifter på vissa villkor	Inget uttryckligt förbud mot marknadsföring (dock begränsade marknadsföringsmöjligheter till följd av EG-lagstiftning och branschöverenskommelser)	Marknadsföring tillåten endast för de statliga spelbolagen
Tillstånd	Tillståndsavgift och årsavgift vid parti-handel	Tillståndsavgift och årsavgift vid parti-handel	Tillståndsavgift

SIEPS PUBLIKATIONER

Rapportserien

2005:5

From Policy Takers to Policy Makers:

Adapting EU Cohesion Policy to the Needs of the New Member States

Redaktörer: Jonas Eriksson, Bengt O. Karlsson och Daniel Tarschys

2005:4

The Enigma of European Added Value:

Setting Priorities for the European Union

Författare: Daniel Tarschys

2005:3

Folkomröstning eller parlamentsratificering

– hur besluta om förslaget till konstitutionellt fördrag?

Författare: Ann-Catrine Jungar och Christer Karlsson

2005:2

Gamla och nya lagstiftare – om EU och straffrätt

Författare: Gunnar Persson

2005:10p

The 2005 Luxembourg Presidency:

A Presidency Devoted to the Stability and Growth Pact

and to the Lisbon Process

Författare: Patrick Dumont och Philippe Poirier

2005:1

EU:s nya konstitution – ett nationalekonomiskt perspektiv

Författare: Mikael Priks

2004:9

The Political Dynamics of Turkish Accession to the EU:

A European Success Story or the EU's Most Contested Enlargement?

Författare: Kirsty Hughes

2004:8

Ratificeringen av EU:s nya fördrag – vad händer om den misslyckas?

Författare: Bruno de Witte

2004:3–7

En konstitution för Europa? Reflektioner

Författare: Joakim Nergelius, Torbjörn Larsson, Ulrika Mörth,

Ola Zetterquist och Thomas Bull

- 2004:2
EU:s och USA:s livsmedelsbistånd
– effekter på lokal produktion och import
Författare: Carl-Johan Belfrage (publicerad i samarbete med
Livsmedelsekonomiska institutet)
- 2004:1
Regional integration och regionala handelsavtal
Författare: Patrik Gustavsson och Ari Kokko
- 2003:19
Industrial Structure and Industry Location in an Enlarged Europe
Författare: Karolina Ekholm
- 2003:18
Coming of Age? Economic Management of the European Union
Författare: Per Molander och Allan Gustafsson
- 2003:17
Reinventing Cohesion: The Future of European Structural Policy
Författare: Daniel Tarschys
- 2003:16
Företagsförvärv inom EU
– rättsliga problem för stora företag med liten hemmamarknad
Författare: Ulf Bernitz
- 2003:15
Domstolarna i Europeiska unionens konstitution
Författare: Jörgen Hettne och Ulf Öberg
- 2003:14
Decentralized Agencies and the IGC – A Question of Accountability
Författare: Carl Fredrik Bergström och Matilda Rotkirch
- 2003:12
Nationella parlament och beslutsfattande på europeisk nivå
Författare: Fredrik Langdal
- 2003:11
Skyddet av grundläggande fri- och rättigheter i framtidens EU
Författare: Michael Hellner
- 2003:10
Säkerhet och försvar i framtidens EU
– en analys av försvarsfrågorna i det europeiska konventet
Författare: Magnus Ekengren och Sara Larsson

2003:9

Reforming the Council – A Work in Progress

Författare: Helen Wallace och Fiona Hayes-Renshaw

2003:8

Simply Simplification? The Proposal for a Hierarchy of Legal Acts

Författare: Carl Fredrik Bergström och Matilda Rotkirch

2003:7

The Invisible Transformation of Codecision

– *Problems of Democratic Legitimacy*

Författare: Henry Farrell och Adrienne Héritier

2003:6

Skatterna – konkurrens eller harmonisering?

Författare: Mats Persson

2003:5

Flyktingpolitiken i framtidens EU

Författare: Hans E Andersson

2003:4

Subsidiaritetsprincipen – politisk granskning eller juridisk kontroll?

Författare: Jörgen Hettne

2003:3

Förberedelser inför regeringskonferenser

– *framtidskonventet i sitt sammanhang*

Författare: Karl Magnus Johansson

2003:2

Befogenhetsfördelning mellan EU och medlemsstaterna

Författare: Fredrik Langdal och Josefin Almer

2003:1

The Open Method of Coordination

– *A New Governance Architecture for the European Union?*

Författare: Claudio M Radaelli

Utredningsserien

2004:2u

Nettomigrationen från de nya EU-länderna

– *utvärdering och prognostisering*

Författare: Jonas Eriksson

2004:1u

European Governance

– *An Overview of the Commission's Agenda for Reform*

Författare: Josefin Almer och Matilda Rotkirch

2003:3u

EU:s framtidskonvent – resultatet

Författare: Josefin Almer

2003:2u

Konventet bakom kulisserna

– om arbetsmetoden och förhandlingsspelet i Europeiska konventet

Författare: Håkan Jonsson och Hans Hegeland

2003:1u

EU:s framtidskonvent – en översikt

Författare: Josefin Almer

Occasional Papers

2005:1op

The 2005 Luxembourg Presidency:

A Presidency Devoted to the Stability and Growth Pact and to the Lisbon Process

Författare: Patrick Dumont och Philippe Poirier

2004:1op

The Netherlands 2004 EU Council Presidency

– Dutch EU Policy-making in the Spotlights

Författare: Mendeltje van Keulen

2003:2op

Italiensk utenrikspolitikk under Berlusconi-regjeringen

frem til EU formannskapet

Författare: Elisabetta Cassina Wolff

2003:1op

Contrasting Transatlantic Interpretations

– The EU and the US towards a Common Global Role

Författare: Ludger Kühnhardt



Sieps●●●

Svenska institutet för europapolitiska studier

Universitetsvägen 10 F
106 91 Stockholm
Stockholms universitet,
Frescati, Hus F, plan 6
Tel: 08-16 46 00
Fax: 08-16 46 66
E-post: info@sieps.se
www.sieps.se