



UPPSALA
UNIVERSITET

Juridiska institutionen
Höstterminen 2014

Examensarbete i EU-rätt
30 högskolepoäng

Det svenska alkoholmonopolet och fri rörlighet av varor

Författare: Charlotta Agrell

Handledare: Universitetslektor Vladimir Bastidas



Innehållsförteckning

1 Inledning	6
1.1 Introduktion	6
1.2 Syfte och frågeställningar	7
1.3 Metod och material	8
1.4 Disposition	9
1.5 Avgränsningar	9
2 Det svenska alkoholmonopolet	11
2.1 Historik	11
2.2 Systembolaget AB	13
2.2.1 <i>Ensamrättens innebörd</i>	13
2.2.2 <i>Försäljning och inköp av varor</i>	14
3 Den inre marknaden	16
3.1 EU:s mest grundläggande mål	16
3.2 Förverkligandet av den inre marknaden	17
4 Statliga handelsmonopol	19
4.1 Monopolbegreppet	19
4.2 Art 37	20
4.2.1 <i>Artikelns omfattning</i>	20
4.2.2 <i>Kriterier för tillämpning</i>	21
4.2.3 <i>Anpassningskravet</i>	24
4.3 Franzéndomen	25
4.3.1 <i>Bakgrund</i>	25
4.3.2 <i>Domstolens bedömning</i>	26
4.3.3 <i>GA Elmer i Franzén</i>	26
4.4 Hanner	28

5 Fri rörlighet av varor	31
5.1 Art 37 i förhållande till art 34	31
5.2 Art 34	32
5.3 Kvantitativa restriktioner och ÅMV	34
5.3.1 <i>Rosengren</i>	34
5.3.2 <i>Dassonville och Cassis de Dijon</i>	36
5.3.3 <i>Keck</i>	38
5.4 Principen om marknadstillträde	42
5.4.1 <i>Allmänt om marknadstillträde</i>	42
5.4.2 <i>Släpvagnsdomen</i>	43
5.4.3 <i>Mickelsson</i>	44
5.4.4 <i>Mot en vidgad marknadstillträdesprincip?</i>	47
5.5 Art 36 – undantagen	48
6 Alkoholmonopolet och fri rörlighet av varor	51
6.1 En inre marknad utan handelshinder	51
6.2 Ett kumulativt synsätt	52
6.3 Diskriminering utifrån art 37	53
6.4 Marknadstillträdet	57
6.4.1 <i>Marknadstillträde och art 37</i>	57
6.4.2 <i>Varors möjlighet att komma in på den svenska marknaden</i>	58
6.4.3 <i>Konsumenters möjlighet att nå varorna</i>	59
6.4.4 <i>Ingen diskriminering fordras</i>	61
6.5 Folkhälsan som undantagsgrund	61
6.5.1 <i>Alkoholkonsumtionen</i>	61
6.5.2 <i>Proportionerligt?</i>	62
6.5.3 <i>En tillståndspliktig verksamhet</i>	62
6.5.4 <i>Den nationella identiteten</i>	64
6.6 Klarar Systembolaget en ny prövning?	64
6.6.1 <i>E-handel</i>	65
6.6.2 <i>Hemleveranser och Systembolagets dubbla roll</i>	65

7 Avslutande synpunkter	67
Käll- och litteraturförteckning	71

1 Inledning

1.1 Introduktion

EU:s inre marknad innefattande fri rörlighet för varor, tjänster, kapital och personer är en fundamental grundbult i EU-samarbetet och utgör tillsammans en viktig faktor för upprätthållandet av ett europeiskt samarbete. I dagens splittrade Europa som nyligen genomgått, och fortfarande lider sviterna av, en ekonomisk kris är det möjligtvis det ekonomiska samarbetet innefattande fri rörlighet för varor som utgör den allra viktigaste grundbulten. I art 3.3 Fördraget om Europeiska unionen (FEU) fastslås bland annat att Unionen skall upprätta en inre marknad och verka för en hållbar utveckling i Europa som bygger på välavvägd ekonomisk tillväxt med prisstabilitet och en social marknadsekonomi med hög konkurrenskraft. Den inre marknaden ges sin innebörd i art 26 Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF) där det anges att den inre marknaden skall omfatta ett område utan inre gränser där fri rörlighet för varor, personer, tjänster och kapital skall säkerställas. Vidare fastslås i art 28 FEUF¹ att EU skall innefatta en tullunion där avgifter i samband med import och export skall förbjudas.

För att upprätthålla de friheter som tillerkänns medlemsstaterna och för att säkerställa likabehandling och lika möjligheter till marknadstillträde har unionen ytterligare markerat genom att förbjuda handelshinder i form av kvantitativa import- och exportrestriktioner och åtgärder med motsvarande verkan (ÅMV). Kvantitativa restriktioner samt ÅMV, för den fria rörligheten av varor, är således förbjudna enligt art 34 och 35. Inom ramen för ÅMV ryms även sådana åtgärder som är så ingripande att de påverkar varans tillträde till medlemsstaternas marknad.

I Sverige förekommer ett statligt detaljhandelsmonopol, Systembolaget AB, som innehar den exklusiva rätten att bedriva detaljhandel med alkoholhaltiga

¹ I det följande hänvisas det till FEUF om inget annat anges efter artiklarna.

drycker. Genom att förbehålla sig en exklusiv rätt att sälja dessa varor förbigås några av de fördragsfästa bestämmelserna om fri rörlighet som lagstiftarna i EU avsåg att tillförsäkra medlemsstaterna. Varor som vill komma in på den svenska marknaden måste till stor del göra detta genom Systembolagets regi och på så sätt hindras marknadstillträdet för dessa varor.

Frågan huruvida statliga handelsmonopol skall tillåtas är ett ämne som är högst politiskt färgat och vid lagstiftningsarbetet i unionen väcktes starka röster som inte ville sträcka sig till att totalförbjuda monopolens existens. För att komma tillrätta med de handelsbegränsande effekterna som handelsmonopol har valde lagstiftarna att införa en kompromiss. Denna kompromiss återfinns i art 37 som föreskriver att statliga handelsmonopol skall anpassas på ett sådant sätt att ingen diskriminering med avseende på anskaffnings- och saluföringsvillkor föreligger mellan medlemsstaternas medborgare. Bestämmelsen innebär att monopolen inte behöver totalförbudas utan syftar till att statliga handelsmonopol kan existera samtidigt som hänsyn till den fria rörligheten tas.

Frågan är dock om kompromissen verkligen kan anses uppfylla detta syfte. Runt om i Europas ser vi avskaffanden av statliga handelsmonopol och nyligen skedde ett sådant av det svenska Apoteket AB. Det svenska alkoholmonopolet har stått under hård vind genom två prövningar i EU-domstolen och det är nu dags att än en gång granska dess förenlighet med EU-rätten.

1.2 Syfte och frågeställningar

Som ovan redogjorts föreligger det en problematik i att tillåta statliga handelsmonopol eftersom de har handelshindrande effekter. Den fria rörligheten för varor är en av de viktigaste hörnstenarna i EU-samarbetet och än viktigare nu i det svåra ekonomiska tillstånd som Europa befinner sig i. Syftet med denna uppsats är därför att analysera huruvida Systembolagets existens och förfaringssätt kan anses förenligt med den fria rörligheten av varor och principen om marknadstillträde utifrån artiklarna 34, 35 och 36. Vidare kommer jag

diskutera det faktum att handelsmonopol kan tillåtas att existera utifrån art 37 och redogöra vilken betydelse detta har.

Följande frågeställningar kommer behandlas; Hur förhåller sig det svenska alkoholmonopolet till specialbestämmelsen om statliga handelsmonopol? Hur förhåller sig statliga handelsmonopol till den fria rörligheten av varor samt till principen om marknadstillträde? Är det svenska alkoholmonopolet förenligt med bestämmelserna om fri rörlighet för varor? Kan monopolet berättigas genom undantagsbestämmelsen i art 36?

En hållpunkt jag valt att ta ansats i är att bedöma det svenska alkoholmonopolets förenlighet med EU-rätten både utifrån artiklarna 34, 35 och art 37. I praxis har det svenska alkoholmonopolet endast bedömts utifrån art 37.

1.3 Metod och material

För att besvara mina frågeställningar samt uppfylla uppsatsen syfte har jag använt mig av en klassisk juridisk metod innefattandes utredning av lagstiftning, praxis och doktrin. Då EU-rätten till stor del utformas genom EU-domstolens domar kommer analys av praxis utgöra en betydande del för att behandla uppsatsens ämne. Kritik kan anföras mot att använda en praxisbaserad metod, vid bedömandet av EU-lagstiftning är dock detta nödvändigt då EU-domstolen till stor del tillåtit att utveckla och precisera rätten. Läsaren bör emellertid hålla i minnet att EU-domstolens praxis inte utgör en del av EU:s primärrätt utan är en subsidiär källa i förhållande till primärrätten vilket leder till att domstolens domar ibland kan vara motstridiga och inte helt aktuella i sin tolkning av fördragen.

I enlighet med överenskommelsen vid Sveriges anslutning till EU skall Konkurrensverket utöva tillsyn över detaljhandelsmonopolet vad gäller dess icke-diskriminerande funktionssätt och rapportera till Europeiska kommissionen två gånger om året. Uppdraget finns inskrivet i regeringens instruktion till

Konkurrensverket.² I vissa delar kommer jag även därför hänvisa till Konkurrensverkets rapporter. Dessa utgör inte juridisk doktrin på området men jag är ändå av den åsikten att de utgör en värdefull källa för ämnets belysning. Då rapporterna inte enbart belyser konkurrensrättsliga aspekter av monopolets verkan så faller materialet inte utanför uppsatsen syfte i den bemärkelsen

1.4 Disposition

Inledningsvis ges en kort historik rörande alkoholpolitiken i Sverige och det redogörs för Systembolagets funktion och de nationella regler som är gällande. Efter detta sker en redogörelse för specialbestämmelsen i art 37 och dess tillämpningsområde samt hur det svenska alkoholmonopolet skall bedömas enligt artikeln. Syftet med att behandla art 37 enskilt från art 34 är endast av framställningstekniska skäl, för att underlätta orientering i texten samt för att bestämmelsen får anses vara *lex specialis* i förhållande till art 34. Efter denna analys utreder jag förhållandet mellan art 37 och art 34 och diskuterar huruvida ett statligt handelsmonopol bör bedömas utifrån båda artiklarna eller endast utifrån en av dem. Därpå följer en mer ingående analys av de fördragsfästa artiklarna som rör fri rörlighet för varor, art 34 och 36 samt mer djupgående gällande principen om marknadstillträde. Efter det beskrivs och problematiseras Systembolagets existens samt funktion och en analys görs huruvida monopolet kan anses förenligt med den fria rörligheten för varor samt principen om marknadstillträde. I det avslutande utreds det om monopolet kan berättigas utifrån art 36 och slutligen förs en kort de lege ferenda-diskussion.

1.5 Avgränsningar

Jag har val att begränsa arbetet genom att belysa frågan om det svenska alkoholmonopolet utifrån reglerna om fri rörlighet för *varor*. Då systembolagets monopol gäller just detaljhandeln med alkoholvaror framstår det som passande

² Förordning (2007:1117) med instruktion för Konkurrensverket 4 §.

att endast beröra detta. Ämnen som etableringsrätt och rätten att tillhandahålla tjänster i form av import- och exportverksamhet hade dock kunnat belysas då sådana aspekter är en effekt av monopolets existens. Frågor av konkurrensrättslig art har jag valt att utelämna på grund av att de inte direkt faller inom samma tillämpningsområde som fri rörlighet för varor i artiklarna 34 och 35. Frågor av konkurrensrättslig art har inte heller samma betydelse i dagsläget då det de facto endast finns en detaljhandelsaktör på den svenska marknaden och således inga konkurrenter. I annat fall hade man även kunnat diskutera missbruk av dominerande ställning exempelvis. Jag kommer inte heller närmare gå in på bestämmelsen i art 106 som vänder sig till statliga företag som tillhandahåller tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, då bestämmelsen främst är av konkurrensrättslig art.³ Vidare kommer jag inte heller behandla de fiskala handelshindren som är förbjudna i art 30 och art 110, då de inte omfattar sådana åtgärder som förevarande uppsats syftar att belysa.

³ Se dock mål C-157-160/94 Gas- och elektricitetsmonopolerna, där domstolen i de målen hävdade att art 106.2 kan tillämpas för att rättfärdiga monopol som strider mot art 37.

2 Det svenska alkoholmonopolet

2.1 Historik

Den svenska alkoholpolitiken som utformat dagens alkohollagstiftning har sina rötter tillbaka till 1800-talet. För att förstå dagens lagstiftning kan det därför vara av nytta att blicka tillbaka på hur synen på alkohol såg ut under denna tid. I början av 1800-talet blomstrade alkoholromantiken genom ett antal brännvinsliberala förordningar. Exempelvis stadgade en förordning att en viss del av jordbruksprodueringen måste förbehållas brännvinstillverkningen. Hembränning för eget bruk var också tillåtet. I det då mycket fattiga Sverige var brännvinet bland de mest eftertraktade varorna då det var billigt och ansågs lindra många av fattigdomens besvär. Präster och läkare föreskrev vidare alkohol som botemedel för många sjukdomar. Det är därför inte uppseendeväckande att brännvinet var så omåttligt populärt bland den svenska befolkningen. Uppseendeväckande är dock den väldiga mängd som det sägs att svenskarna drack per år, hela 46 liter per person, vilket kan jämfört med dagens nio liter per person och år.⁴

Som en reaktion på den kraftiga alkoholkonsumtionen började nykterhetsföreningar sakta men säkert växa fram i landet. Till en början riktade sig föreningarna främst mot missbruket av alkoholdrycker, men så småningom tog helnykterhetsrörelsen över. Rörelserna kom snart att kräva totalförbud mot rusdrycker och efter påtryckningar från dessa infördes slutligen det kommunala vetot mot detaljhandel och utskänkning av rusdrycker där kommuner själva fick besluta om handel och utskänkning. Följden blev att många kommuner totalförbjöd brännvinet. Frågan om totalförbud skulle dock senare slutgiltigt avgöras i en officiell folkomröstning år 1922 där Nej-sidan vann en knapp seger med 28,3 % av de röstberättigade mot 27,2 % för förbudsanhängarna.

⁴ Konkurrensverkets rapport till Europeiska kommissionen juni 2013 *Övervakning av det svenska detaljhandelsmonopolet för alkoholdrycker* s. 25.

Parallellt med att nykterhetsrörelsen växte fram under 1800-talet formades även den svenska alkoholpolitiken. Husbehovsbränningen förbjöds helt och genom olika förordningar, bl.a. 1855 års försäljningsförordning, begränsades tillgängligheten på alkoholdryckerna. Desintresseringsprincipen lanserades av läkaren och politikern Ivan Bratt som ett alternativ till totalförbud mot tillverkning, import och försäljning av rusdrycker. Principen innebar att en avveckling av de privata vinstintressena inom alkoholhanteringen skulle ske. Här formades således tanken på att ett statligt ägt alkoholbolag skulle ta över alkoholregin. Detta skedde gradvis genom 1855 års försäljningsförordning där alkoholhanteringen först uppdelades i partihandel, detaljhandel och utskänkning (servering). Särskilda rättigheter infördes för att få bedriva detaljhandel eller utskänkning. Partihandeln förblev däremot tillståndsfri. Detaljhandelsrättigheterna överlämnades till kommunala bolag, som kom att benämnas systembolag. Dessa drevs till en början i vinstsyfte för att förstärka kommunernas ekonomi men genom en förordning år 1873 föreskrevs det att bolagen efter skälig kostnadstäckning skulle avstå från all vinst till kommuner, landsting och hushållningssällskap. En bit in på 1900-talet kompletterades också restriktionerna med en medveten högskattepolitik på alkoholvarorna, för att därigenom få ner den totala konsumtionen. Innan dess var det snarare finanspolitiska skäl än alkoholpolitiska sådana som låg till grund för skattens nivå.

År 1905 monopoliserades slutligen brännvinshandeln helt och hållet och lades under de kommunala systembolagen. Systembolagen införde inköpskontroll vid försäljningen av spritdrycker, motbokskrav samt individuell ransonering. Några år senare infördes motbokstvang i hela landet. Motbokstvang gällde sedan ända till år 1955 då ordningen avskaffades och alla systembolag samlades i ett enda statligt bolag, AB Vin & Spritcentralen (V&S). V&S fick därigenom totalt monopol på tillverkning och partihandel. Restaurangsektorn reglerades dessutom genom att spritpriserna bestämdes av staten och krögarna fick en viss kostnadsersättning. På så sätt fanns endast ett mycket begränsat vinstintresse för restaurangerna att servera alkohol. Långt in på 1900-talet hade därför staten

genom monopolen och den strama regleringen av alkoholservingen en mycket stark kontroll av alkoholkonsumtionen i landet.⁵

Kritik kom dock att väckas mot de gällande reglerna och när motbokssystemet avskaffades infördes istället ett måltidstvång. År 1963 fick restaurangerna vidare bestämma priset på alkoholdrycker och år 1977 togs nästa steg, då svenska bryggerier fick börja sälja starköl direkt till restaurangerna. Efter en tid upphörde sedan måltidstvånget och för att servera alkoholdrycker räckte det med att matservingen var en betydande del av rörelsen, en ordning som delvis står fast än idag.⁶

Som en följd av EES-avtalet⁷ och Sveriges medlemskap i EU år 1995 avskaffades dock V&S:s monopol på tillverkning, import, export och partihandel. Den exklusiva detaljhandelsrätten kvarstår dock och bedrivs nu av Systembolaget AB.

2.2 Systembolaget AB

2.2.1 Ensamrättens innebörd

Systembolaget AB, ett av staten helägt aktiebolag, innehar idag den exklusiva ensamrätten att bedriva detaljhandel med alkoholhaltiga drycker på den svenska marknaden. Ensamrätten är lagstadgad i 5 kap 2 § Alkohollagen (2010:1622) där det föreskrivs att endast detaljhandelsbolaget, dvs. Systembolaget, får bedriva detaljhandel med spritdrycker, vin, starköl och andra jästa alkoholdrycker. Denna detaljhandelsrätt innebär att det är endast Systembolaget som får bedriva handel där varor kan köpas enskilt. Detaljhandeln är främst inriktad till konsumenter och kan sägas vara slutpunkten i leveranskedjan.⁸

Tidigare hade Systembolaget tillsammans med godkända partihandlare även ensamrätten till att direktimportera alkohol till landet. Detta förfarande ansågs

⁵ Proposition 1998/99:134 *Vissa alkoholfrågor m.m.* s. 28 f.

⁶ Se alkohollagen (2010:1622) 8 kap 15 §.

⁷ Frihandelsavtal mellan EU och Norge, Island och Lichtenstein.

⁸ Definition enligt Nationalencyklopedin, 2014-05-20.

dock stå i strid med EU-rätten om fri rörlighet för varor och underkändes således av EU-domstolen. Fallet blev känt som *Rosengrendomen*⁹ och genom domslutet kan nu privatpersoner importera alkohol utan att personligen behöva föra in varorna i landet.¹⁰

2.2.2 Försäljning och inköp av varor

Systembolaget använder sedan 2013 ett nytt förfarande vid försäljning av varor. Den nya sortimentsmodellen innebär i korthet ett nytt sätt att klassificera och gruppera butiker, där man inför fler sortimentsmixar och sortimentsskiften. I praktiken innebär detta att större hänsyn skall kunna tas till den lokala kundefterfrågan på varor. För leverantörerna innebär systemet att deras varor utvärderas efter den försäljning de genererat totalt sett. Är försäljningen stor kan varan få ta en plats i det fasta sortimentet. Visar varan en lägre försäljning plockas den bort ur sortimentet efter en listningsperiod på sex månader. Efterfrågan på varan styr således dess öde. Förfarandet med rankingsystemet skall enligt Systembolaget innebära att artiklar i beställningssortimentet i ökad omfattning kan ta plats i det fasta sortimentet men får å andra sidan effekten att det är färre artiklar som finns på samtliga butiker i landet.¹¹

Vad gäller inköp av varor är det Systembolaget som helt och hållet beslutar om en vara skall få tillträde till bolagets marknad efter deras egen bedömning. Enligt 4 § tillkännagivande (2012:623) av avtal mellan Systembolaget Aktiebolag och staten, skall produkturvalet ske på ett sådant sätt att ingen favorisering av inhemska produkter sker. Urvalet får endast grundas på en bedömning av produktens kvalitet, särskilda risker för skadeverkningar av produkten, kundernas efterfrågan och andra affärsmässiga hänsynstaganden. Om en produkt avvisas av Systembolaget kan beslutet överprövas hos Alkoholsortimentsnämnden enligt 1 § Förordning (2007:1216) med instruktion

⁹ Mål C-170/04 Klas Rosengren mot Sverige.

¹⁰ Se avsnitt 5.1.2.

¹¹ Konkurrensverkets rapport till Europeiska kommissionen december 2013 *Övervakning av det svenska detaljhandelsmonopolet för alkoholdrycker* s. 6 f.

för Alkoholsortimentsnämnden. Talan om överprövning får bara väckas av leverantören av varan enligt 2 § nämnda lagrum. Inkomna offerter behandlas inledningsvis av Systembolagets inköpare, som bedömer prisvärdheten, tidigare erfarenheter från produktionsområdet och den aktuella produkttypen. Denna första bedömning leder till att omkring hälften av de offererade produkterna sorteras ut. Den resterande hälften är därefter föremål för blindprovning, som utförs av anställda i Systembolaget. De produkter som får högst poäng inom varje kategori tas därefter in i det fasta sortimentet eller i det tillfälliga sortimentet. Under januari-september 2013 tog Systembolaget emot 6 132 offerter avseende kommande lanseringar i fast sortiment. Av dessa hade 630 offerter, dvs. ca 10 procent, avvisats p.g.a. formella fel per den 11 november 2013. Hur många offerter som totalt avvisades efter bedömningen av inköparna och blindprovning är uppgifter som Systembolaget valt att inte publicera med hänvisning till skydd för leverantörerna. Äldre statistik visar dock att ca 85 % av alla offerter slutligen avvisats av olika anledningar.¹²

¹² Konkurrensverket - Förhållanden på den svenska marknaden för alkoholdrycker. Rapport till Europeiska kommissionen, nov 1996.

3 Den inre marknaden

3.1 EU:s mest grundläggande mål

I art 3.3 FEU anges ett av EU:s mest grundläggande mål; att unionen skall erbjuda sina medborgare ett område utan inre gränser, innefattande ett upprättande av en inre marknad. Den inre marknaden ges sin innebörd i art 26 där det anges att marknaden skall omfatta ett område utan inre gränser där fri rörlighet för varor, personer, tjänster och kapital skall säkerställas. Vidare har den inre marknaden i praxis förklarats på så sätt att alla hinder för handel inom gemenskapen skall avskaffas för att slå samman medlemsstaternas nationella marknader till en enda marknad, varigenom förhållanden skall skapas som så långt som möjligt liknar de som råder på en sann inre marknad. Domstolen fastslår också att det är viktigt att fördelarna med denna marknad inte enbart säkerställs för den yrkesmässiga handeln, utan också för privatpersoner som genomför en ekonomisk transaktion över nationella gränser.¹³

Bestämmelser rörande den inre marknaden omfattas enligt art 4.2 FEU av EU:s delade befogenhetsområde. Enligt art 2.2 FEU innebär den delade befogenheten att medlemsstaterna får utöva sina befogenheter i den mån unionen inte redan utövat sin. Detta innebär att lagstiftning kan antas på både europeisk och nationell nivå men att lagstiftning på europeisk nivå uttömmar lagstiftningsmöjligheterna på nationell nivå. Har EU inte utövat sin kompetens på området står det således fritt för medlemsstaterna att anta nationell lagstiftning, på samma sätt blir det om EU beslutat om minimi-regler, då står det fritt för medlemsstaterna att gå utöver dessa.¹⁴

Den mest centrala inre marknadsprincipen är likabehandlingsprincipen. På den inre marknaden innebär denna att alla varor skall behandlas lika, oavsett

¹³ Mål 15/81 *Gaston Schul Douane Expeditur BV mot Inspecteur der Invoerrechten en Accijnzen Roosendaal* p. 33.

¹⁴ Craig, de Búrca, *EU-law – Texts, Cases and Materials*, 2011, s. 84.

nationellt ursprung. Likabehandlingsprincipen kompletteras vidare av icke-diskrimineringsprincipen i art 18 som föreskriver att all diskriminering pga. nationalitet skall vara förbjuden inom EU-rättens tillämpningsområde. Den inre marknaden är oundvikligt uppdelad genom de olika landsgränserna men genom reglerna om fri rörlighet för varor och principen om likabehandling är målet att marknaden skall fungera utan hinder, att varor skall kunna flöda fritt mellan länderna och vara en enda marknad, precis som den uttrycks på engelska – *the single market*.

3.2 Förverkligandet av den inre marknaden

Förverkligandet av den inre marknaden i unionen sker på två sätt. För det första genom negativ integration, dvs. genom fördragsfästa förbud för medlemsstater att uppställa otillåtna handelshinder. Sådana förbud kan exempelvis vara de i art 30 om tullavgifter eller de i artiklarna 34 och 35 om kvantitativa importrestriktioner och åtgärder med motsvarande verkan. Negativ integration motsvaras vidare av en rätt för enskilda att kunna utnyttja den fria rörligheten. För det andra förverkligas den inre marknaden genom positiv integration. Positiv integration består av sekundärlagstiftning eller harmoniseringslagstiftning antagen enligt exempelvis art 114 eller 115. Genom sådan sektorsvis lagstiftning vidtar unionen åtgärder för att upprätthålla den inre marknaden och för att underlätta dess existens. Skillnaden mellan positiv och negativ integration är följaktligen att man vid negativ integration förbjuder företeelser med visst innehåll eller effekt medan man vid positiv integration vidtar lagstiftning för att integrera medlemsländerna.¹⁵

För att reglera den inre marknaden har lagstiftaren i större grad vidtagit åtgärder genom negativ integration. Detta för att undanröja handelshinder på den inre marknaden så att det kan råda fri rörlighet. Regleringen kring statliga handelsmonopol i art 37 är en sådan negativ integrationsåtgärd som lagstiftaren vidtagit. Förekomsten av statliga handelsmonopol innebär i sig en begränsning

¹⁵ Tinbergen, *International economic integration* s. 122.

av den fria rörligheten av varor och därför måste monopolen anpassas i enlighet med fördraget.

4 Statliga handelsmonopol

4.1 Monopolbegreppet

Monopolverksamhet brukar beteckna sådan verksamhet där det endast förekommer en enda aktör men flera konsumenter. Ensamrätten består ofta av olika ekonomiska verksamheter och kan delas upp i tjänstemonopol, produktionsmonopol, importmonopol, exportmonopol, partihandelsmonopol samt detaljhandelsmonopol.¹⁶ Vidare förekommer det de facto monopol och de jure monopol. De facto monopol är sådana monopol som självmant uppstått på marknaden pga. brist på andra aktörer. De jure monopol är sådana där aktören givits ensamrätten genom ett förordnande i lag. Systembolaget utgör således ett de jure monopol som ägs av staten.

Monopolbegreppet har vidare dubbla innebörder, då det både används för själva ensamrätten att bedriva en viss verksamhet samt för det organ som bedriver ensamrätten. I praxis har EU-domstolen ibland delat upp bedömningen av monopolens verksamheter i två delar, där den första delen består i att utröna om monopolets existens, dvs. reglerna som tillåter monopolet att existera, står i strid med EU-rätten och för det andra, om monopolets förfaranden står i strid med EU-rätten.¹⁷ En uppdelning av monopolet kan kritiseras då det torde vara ändamålsenligt att se till både reglerna som rör monopolet samt till monopolets effekter och inte dra en skiljelinje där emellan. I det följande kommer dock termerna monopolets existens och förfaranden användas endast för att belysa skillnaden i synsättet på monopol som institut.

¹⁶ Gundersen, *Statlige handelsmonopoler og EF* s. 19 f.

¹⁷ Se exempelvis uppdelningen i C-189/95 Brottmål mot Harry Franzén (Franzén).

4.2 Art 37

4.2.1 Artikelns omfattning

Art 37 föreskriver att:

”1. Medlemsstaterna ska säkerställa att statliga handelsmonopol anpassas på sådant sätt att ingen diskriminering med avseende på anskaffnings- och saluföringsvillkor föreligger mellan medlemsstaternas medborgare.

Bestämmelserna i denna artikel ska 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. Dessa bestämmelser ska även tillämpas på monopol som staten överlåtit på andra.

2. Medlemsstaterna ska inte vidta några nya åtgärder som strider mot de principer som anges i punkt 1 eller som begränsar räckvidden av de artiklar som avser förbud mot tullar och kvantitativa restriktioner mellan medlemsstaterna”.

Artikelns lydelse har behållit sin lydelse från Amsterdamfördragets ikraftträdande år 1999 och fick således inget ändrat innehåll i och med att Lissabonfördraget trädde i kraft december 2009. Det kan ifrågasättas varför lagstiftarna inte tog chansen att förtydliga artikelns innehåll då den kritiserats för att vara alltför komplex.¹⁸ Svårigheten i att tolka artikelns innehåll ligger både i de begrepp som förekommer såsom ”anpassning” och ”diskriminering” men även i det faktum att det finns en politisk känslig aspekt av bestämmelsen som tar upp frågor om nationell suveränitet och nationell ekonomisk politik. Artikelns lydelse har enligt praxis direkt effekt och kan således åberopas av enskilda direkt inför nationella domstolar.¹⁹

¹⁸ Se exempelvis mål C-6/64 Flaminio Costa mot ENEL st. 38.

¹⁹ Se mål C-6/64 Flaminio Costa mot ENEL, 59/75 Pubblico Ministro mot Manghera (Manghera) och 45/75 Rewe-Zentrale mot Hauptzollamt Landau/Pfalz (Rewe).

Klart är enligt art 37 lydelse att artikeln omfattar de jure monopol då det krävs en statlig inblandning för att ensamrätten skall uppkomma. Systembolaget utgör ett de jure monopol, ett monopol som givits sin ensamrätt genom lag och omfattas således av artikeln i den bemärkelsen.

Vidare är artikeln endast tillämplig på handelsmonopol som idkar handel med varor av något slag.²⁰ Utanför artikelns tillämpningsområde faller således generellt sett tjänstemonopol och produktionsmonopol. Dessa kan dock ha ett nära samband med försäljning av varor och en bedömning måste göras från fall till fall huruvida de ändå kan anses omfattas av art 37.²¹

Att detaljhandelsmonopol omfattas av artikeln kan man inte bara utläsa av dess lydelse utan har även fastslagits av EU-domstolen. I *Tobacco I*²² redogjorde domstolen för att en åtgärd i form av priskontroll på tobak i detaljistledet skulle undersökas mot bakgrund av art 37 då det statliga handelsmonopolet erhöll exklusiva detaljhandelsrättigheter.²³

Systembolaget som innehar ensamrätten till försäljning av alkoholdrycker genom sitt detaljhandelsmonopol tycks därför omfattas av art 37. Enligt praxis krävs det dock att fler kriterier än så skall vara uppfyllda.

4.2.2 Kriterier för tillämpning

Art 37 riktar sig till medlemsstaterna och syftar till att tillse att statliga handelsmonopol kan tillåtas att existera samtidigt som hänsyn till den fria rörligheten tas. Att artikeln har denna funktion lyftes först fram i *Costa mot ENEL* där domstolen fastslog att man måste bedöma art 37 utifrån det kapitel där bestämmelsen förekommer dvs. tillsammans med reglerna om fri rörlighet.²⁴

²⁰ Costa mot ENEL st. 40.

²¹ Se mål 271/81 Soc. Coopérative du Béarn mot Mialocq m.fl., där domstolen ansåg att det inte kunde uteslutas att en tjänst kan vara nära sammankopplad med en vara och på så sätt omfattas av art 37 och C-157/94 Kommissionen mot Nederländerna (elproduktion), för ett liknande resonemang gällande produktion och försäljning av varor.

²² Mål 90/82 Kommissionen mot Frankrike (tobacco I).

²³ Tobacco I p. 27.

²⁴ Costa mot ENEL st. 38.

För att ett statligt handelsmonopol skall vara förhanden krävs det vidare att två kriterier är uppfyllda. Generaladvokat (GA) Cosmas redogjorde för dessa i sitt förslag till dom i *Kommissionen mot Nederländerna, Italien, Frankrike och Spanien*.²⁵ De två elementen som skall föreligga är:

a) *Ett organisationselement som kan bestå antingen i att inrätta, genom en suverän statlig handling och i vilken juridisk form som helst, ett ad hoc "organ" med rättigheter av monopolkaraktär och vars mest typiska form utgörs av de olika ensamrätterna, eller i att överlåta sådana rättigheter till en annan enhet, till exempel ett privat företag eller ett lokalt självstyrande organ.*

b) *Ett funktionselement som består i de statliga myndigheternas möjlighet att påverka handeln inom gemenskapen genom ovannämnda "organ" eller enheter, en påverkan som, enligt det som stadgas i artikel 37.1 andra stycket, kan bestå i att staten rättsligt eller i praktiken, direkt eller indirekt kontrollerar, styr eller märkbart påverkar importen mellan medlemsstaterna. För att en sådan påverkan skall vara möjlig måste de nämnda "organen" eller de andra enheterna enligt domstolens formulering i målet *Costa mot ENEL* "å ena sidan ha till syfte transaktioner med en konkurrensutsatt handelsvara, som är föremål för handel mellan medlemsstaterna, och å andra sidan spela en verksam roll i denna handel".²⁶*

Organisationselementet förutsätter följaktligen att det statliga monopolet avser handel, att monopolet har ett kommersiellt element och anses vara ett företag i

²⁵ GA Cosmas i förenade målen C-157/94 *Kommissionen mot Nederländerna*, C-158/94 *Kommissionen mot Italien*, C-159/94 *Kommissionen mot Frankrike* och C-160/94 *Kommissionen mot Spanien*.

²⁶ GA Cosmas i förenade målen C-157/94 *Kommissionen mot Nederländerna*, C-158/94 *Kommissionen mot Italien*, C-159/94 *Kommissionen mot Frankrike* och C-160/94 *Kommissionen mot Spanien* p. 28.

konkurrensrättslig mening.²⁷ Vidare kräver organisationselementet att företaget har en statlig karaktär och att staten kan utöva ett direkt inflytande över bolaget.²⁸

Det funktionella elementet avser vidare situationer där de statliga myndigheterna åtminstone *märkbart* kan påverka handeln mellan medlemsstaterna med hjälp av ovannämnda organ. Att organet måste ha denna effekt framgår av art 37.2. Enheter som inte påverkar handeln mellan medlemsländerna faller således utanför artikelns tillämpningsområde. Företag som beviljats exklusiva import- eller exporträttigheter faller automatiskt in under artikeln då de genom stöd i lag fått rätten att påverka handeln i landet.²⁹ Andra rättigheter kan dock också omfattas om de kan anses påverka handeln åtminstone märkbart.³⁰

Systembolaget bedriver handel med varor, har ett intresse av att gå med vinst och ägs till 100 % av den svenska staten. Det krävs vidare politiska beslut för att ändra Systembolagets ställning som monopolsinnehavare och genom den ägarstruktur som föreligger kan staten öva ett direkt inflytande över bolaget. Frågan om Systembolaget märkbart kan påverka handeln mellan medlemsländerna blir tydlig när man ser till hur mycket av den totala alkoholkonsumtionen som Systembolagets handel de facto står för, hela 62,6 % år 2012 enligt en undersökning från SoRAD³¹.³² I *Greek Oil*³³ ansåg domstolen att en ensamrätt till import som utgjorde 65 % av den totala marknaden gav möjlighet till märkbar påverkan över importen.

För att statens påverkan skall anses märkbar är det således inte nödvändigt att bolaget kontrollerar all konsumtion och handel med den förevarande produkten. Handeln med alkoholvaror genom Systembolagets regi utgör inte hela marknadsandelen, då det finns möjlighet att förvärva alkohol på restauranger och genom laglig distansförsäljning, men då Systembolaget kontrollerar hela den

²⁷ Se exempelvis mål 118/85 Kommissionen mot Italien p. 7 och C-35/96 Kommissionen mot Italien p. 36.

²⁸ GA Léger i mål C-438/02 Brottmål mot Krister Hanner (Hanner) p. 34.

²⁹ C-157/94 Kommissionen mot Nederländerna p. 22.

³⁰ C-160/94 Kommissionen mot Spanien p. 21.

³¹ Centrum för socialvetenskaplig alkohol- och drogforskning.

³² Konkurrensverkets rapport till europeiska kommissionen juni 2013 s. 25.

³³ Mål C-347/88 *Greek Oil* p. 41.

svenska detaljhandeln får dess förfaranden ändå anses påverka handeln märkbart mellan medlemsstaterna och även funktionselementet är uppfyllt.

Klart är således att Systembolaget som detaljmonopolsinnehavare omfattas av art 37 tillämpningsområde. Följaktligen måste bolaget också uppfylla de krav som ställs i artikeln. Art 37 föreskriver att medlemsstaterna skall säkerställa att statliga handelsmonopol anpassas på ett sätt att ingen diskriminering med avseende på anskaffnings- och saluföringsvillkor föreligger mellan medlemsstaternas medborgare.

4.2.3 Anpassningskravet

När man har konstaterat att det föreligger ett statligt handelsmonopol som omfattas av art 37 tillämpningsområde enligt 37.1 och 37.2 kräver art 37 att medlemsstaterna anpassar monopolet på sådant sätt att ingen diskriminering med avseende på anskaffnings- och saluföringsvillkor föreligger. Anpassningskravet har fått kritik för att vara ett svårtolkat och komplext begrepp. Problemet ligger delvis i monopolbegreppets dubbla innebörd, att det både används för själva ensamrätten att bedriva en viss verksamhet och för det organ som bedriver ensamrätten.³⁴ I Systembolagets fall, både för Systembolagets ensamrätt som detaljmonopolsinnehavare samt även för Systembolaget som företag.

Innebär då anpassningskravet att medlemsstaterna måste avskaffa alla statliga handelsmonopol? Nej, praxis visar att upprätthållandet av statliga handelsmonopol kan vara tillåtet såtillvida medlemsstaterna anpassar monopolen så att de inte diskriminerar i handeln mellan medlemsstaterna.³⁵ I många fall har dock anpassningskravet krävt upphävande av monopolens ensamrätt då monopolen inte har kunnat existera utan att diskriminera.³⁶

³⁴ Costa mot ENEL st. 38.

³⁵ Se exempelvis målen 91/78 Hansen II, 59/75 Manghera, 78/82 Kommissionen mot Italien (tobacco), C-387/93 Brottmål mot Giorgio Domingo Banhero (Banhero), C-189/95 Franzén och C-157-160/94 Gas och elektricitetmonopolerna.

³⁶ Se exempelvis målen 59/75 Manghera, C-347/88 Greek Oil och C-438/02 Hanner.

Diskrimineringsbegreppet i art 37 är vagt och det preciseras inte ytterligare vad som avses. Praxis tyder dock på att man skall tolka begreppet i ljuset av att lagstiftaren placerat art 37 under kapitlet fri rörlighet för varor. En sådan tolkning skulle leda till att man åsyftar diskriminering mellan inhemska och utländska varor beträffande deras tillträde till marknaden.³⁷ Artikelns ordalydelse är dock mer generell där det talas om diskriminering mellan medlemsstaternas medborgare. Detta tyder på att man avser diskriminering mellan inhemska och utländska säljare vad gäller möjligheten att erbjuda sina varor men också diskriminering mellan inhemska och utländska köpare vad gäller möjligheten att anskaffa varor. Artikeln kan därför sägas ha en tvådelad funktion, både att möjliggöra den fria rörligheten för varor men även att garantera fri konkurrens mellan aktörer och en lika rätt till varuanskaffning för konsumenterna.³⁸

Art 37 kan i många fall anses vara tvetydig. Artikeln föreskriver att monopol inte får diskriminera i sitt förfaringsätt och att dessa måste anpassas därefter. Problematiskt är dock att monopol i sig ofta existerar just av den anledningen, för att begränsa åtgången på vissa varor eller kontrollera efterfrågan på dessa. Det svenska alkoholmonopolet är ett monopol av sådant slag, och dess förenlighet med EU-rätten bedömdes av EU-domstolen i det mycket kända, och för uppsatsen, centrala fallet *Franzén*.³⁹

4.3 Franzén

4.3.1 Bakgrund

Fallet gällde en man, Harry Franzén, som i sin livsmedelsbutik i Skåne sålt alkoholvaror han köpt i Danmark och på Systembolaget. Sedan han åtalats för brott mot alkohollagen och invänt att den gällande alkohollagen stod i strid med art 34 och art 37 begärde Landskrona tingsrätt förhandsbesked av EU-domstolen

³⁷ Mål 59/75 Manghera p. 9-10.

³⁸ Se mål 91/78 Hansen II p. 9 och C-347/88 Greek Oil p. 42.

³⁹ Mål C-189/95 Franzén.

gällande tolkningen av artiklarna.⁴⁰ Tingsrätten ställde frågorna huruvida Systembolagets monopol skulle anses förenligt med art 34 och art 37, och om det stred mot art 37 om det skulle behöva upphöra att existera eller om en anpassning kunde ske samt hur lång denna anpassningsperiod i sådana fall skulle vara.

4.3.2 Domstolens bedömning

Inledningsvis redogör domstolen för huruvida Systembolagets existens och förfarande skall bedömas utifrån art 34 eller art 37. Domstolen konstaterar med hänvisning till tidigare praxis att bestämmelser om monopol och dess funktionssätt skall undersökas mot bakgrund av fördragets art 37, som är den specialbestämmelse som är tillämplig på statliga handelsmonopols utövande av sin ensamrätt.⁴¹ Bestämmelser som inte rör monolets funktionssätt även om de påverkar detta, skall däremot undersökas mot bakgrund av art 34 i fördraget.⁴² Efter detta gör domstolen en bedömning gällande reglerna för Systembolaget och dess funktionssätt utifrån art 37 och anpassningskravet där bolagets system för urval av produkter, försäljningsorganisation och marknadsföring av alkoholdrycker behandlas.

Vad gäller urvalet av produkter slår domstolen fast att Systembolaget enligt avtalet mellan Systembolaget och staten är skyldigt att välja sina produkter för försäljning på grundval av produkternas kvalitet, en bedömning av skadeverkningarna på folkhälsan, kundernas efterfrågan och andra affärsmässiga samt etiska hänsyn, det vill säga på grundval av kriterier som är oberoende av produkternas ursprung och som i sig kan anses vara objektiva. Vidare fastslås att den produktplan som monolet lägger till grund för upphandlingen grundas på en beräknad kundefterfrågan, att offertförfrågningar avser alla sorters drycker oavsett ursprung och att offerterna väljs ut av Systembolaget på grundval av rent affärsmässiga kriterier och kvalitativa kriterier vilka inte är sådana att de gynnar

⁴⁰ Landskrona tingsrätts mål nr B 235/94.

⁴¹ Franzén p. 35 med hänvisning till målen 91/75, Miritz p. 5, 120/78 Cassis de dijón p. 7 och 91/78 Hansen p. 9-10.

⁴² Franzén p. 36.

inhemska produkter. Vidare kan leverantörer vars offerter avvisats av Systembolaget ansöka om att deras produkter skall bli föremål för ett andra kvalitativt test inför en konsumentpanel och testförsäljas av monopolet under en bestämd tidsperiod. De produkter som inte har valts ut av Systembolaget, och som uppfyller de objektiva villkor som ställs, kan införas i beställningssortimentet och säljas på beställning av kund. Leverantörer har även rätt till en motivering av beslutet och kan överklaga detta till alkoholsortimentsnämnden. Avslutningsvis är Systembolaget också skyldigt att på kundens begäran och bekostnad importera alla alkoholdrycker. Sammantaget ansåg därför domstolen att Systembolagets förfaringssätt gällande produkturval inte kunde anses diskriminera enligt art 37.⁴³

Vad gäller monopolets försäljningsorganisation konstaterade EU-domstolen att ett monopol som Systembolaget endast förfogar över ett begränsat antal butiker men att försäljningsställena i förevarande fall inte var så starkt begränsade att det skulle äventyra konsumenternas möjlighet att få tillgång till inhemska eller importerade alkoholdrycker. Även om så skulle vara fallet så menar domstolen att dessa brister inte skulle ha en större negativ inverkan på försäljningen av alkoholdrycker som härrör från övriga medlemsstater än på alkoholdrycker som tillverkas inom landet, dvs. ingen diskriminering mellan utländska och inhemska varor. På liknande sätt ansåg domstolen att Systembolaget inte diskriminerade i sin marknadsföring av produkterna, utan behandlade utländska och inhemska varor på samma sätt.⁴⁴ Sammantaget ansåg EU-domstolen att Systembolaget uppfyllde anpassningskravet i art 37 och förklarade monopolet förenligt med bestämmelsen.⁴⁵

EU-domstolen bedömde aldrig huruvida Systembolagets roll och förfaringssätt som detaljmonopolsinnehavare kunde anses förenligt med bestämmelserna om fri rörlighet i art 34. Istället tycks domstolen ha menat att art 37 utgör ett undantag från bestämmelsen i art 34 om fri rörlighet av varor och på den grunden godkänt

⁴³ Franzén p. 44-52.

⁴⁴ Franzén p. 53-65.

⁴⁵ Franzén p. 66.

monopolet.⁴⁶ Domstolen ansåg dock att art 34 och 36 i fördraget utgjorde hinder för de svenska reglerna som föreskrev att endast tillverkare och partihandlare med tillstånd skulle kunna importera alkoholdrycker.⁴⁷

Efter domen i Franzén har det svenska alkoholmonopolet bestått, dock med vissa förändringar.⁴⁸ Kritik mot Franzéndomen har förekommit i både praxis och doktrin och intressant är att GA Elmer i sitt förslag till dom i *Franzén* hade en helt annan uppfattning kring monopolets vara eller icke vara.

4.3.3 GA Elmer i Franzén

I sitt förslag till dom i *Franzén* gör GA Elmer en annan bedömning av situationen än den domstolen senare kom att göra. Istället för endast granska monopolet utifrån art 37 och anpassningskravet menar Elmer att monopolet bör bedömas både utifrån art 37 och art 34. Elmer fastslår att det inte finns något stöd i fördraget för att anta att art 37 skulle utgöra något undantag från den grundläggande regeln i art 34 om fri rörlighet för varor. Tvärtom, menar Elmer, visar bestämmelsen i art 37.2 att tanken har varit att art 37.1 skulle komplettera reglerna i art 34.⁴⁹ Vidare menar Elmer att man i praxis bedömt statliga handelsmonopol både utifrån art 34 och 37 samtidigt och att en tillämpning av art 37 inte utesluter en tillämpning av art 34.⁵⁰

Elmers analys utmynnar slutligen i att han anser att det svenska systemet med det förevarande alkoholmonopolet både hindrar möjligheten för konsumenter att nå varor då det finns för få Systembolag sett till befolkningens mängd och att Systembolaget i praktiken även har ett inköpsmonopol som medför att den enskilde leverantören endast har en möjlig avtalspart. Vilket i sin tur leder till att en produkt antingen får tillträde till monopolets försäljningskanal eller också

⁴⁶ Hettne, *Apoteksdomen – monopolet på fallrepet*, Europarättslig tidskrift, 2005, s. 567.

⁴⁷ Franzén p. 77.

⁴⁸ Se avsnitt 5.1.2.

⁴⁹ GA Elmer i Franzén p. 71.

⁵⁰ GA Elmer i Franzén p. 72 med hänvisning till mål C-347/88 Kommissionen mot Grekland och C-202/88 Kommissionen mot Frankrike.

utestängs den fullständigt från den ifrågavarande marknaden, detta då detaljhandlarna är direkt styrda uppifrån genom ett centraliserat inköpssystem.⁵¹

Slutligen gör Elmer en proportionalitetsbedömning och kommer till slutsatsen att den nuvarande ordningen med ett alkoholmonopol inte heller kan berättigas utifrån undantagsgrunderna i art 36, av den anledningen att det finns mindre ingripande medel för att tillförsäkra folkhälsan som istället bör användas.⁵²

Det kan tyckas anmärkningsvärt att GA Elmer kommer till en helt annan slutsats än den domstolen senare kom fram till. Orsaken till detta är förmodligen att Elmer i sitt förslag till dom väljer att tillämpa artiklarna 34 och 37 kumulativt. I senare praxis har domstolen än en gång fått ta ställning till art 37 och dess tillämpning rörande statliga handelsmonopol.

4.4 Hanner

Krister Hanner ställdes till ansvar vid Stockholms tingsrätt för att i strid med lagen (1996:1152) om handel med läkemedel, sålt nicoretteplåster och nicorettegummin i sin butik.⁵³ Enligt den då gällande ordningen rådde ett statligt monopol på läkemedel genom Apoteket AB. Vid huvudförhandlingen i tingsrätten invände Hanner och menade att apoteksmonopolet stred mot EU-rätten. Efter att EU-domstolen konstaterat att de hade ett statligt handelsmonopol att bedöma var frågan om prövningen skulle ske utifrån art 34 eller 37. Med hänvisning till *Franzén* landade domstolen i en bedömning utifrån art 37 med motiveringen att artikeln 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. Domstolen pekade vidare på att avsikten med art 37 är att undanröja alla hinder för den fria rörligheten för varor, dock med

⁵¹ GA Elmer i *Franzén* p. 84-86.

⁵² GA Elmer i *Franzén* p. 121.

⁵³ NJA 2008 s. 259.

undantag för de begränsningar i handeln som utgör en nödvändig följd av att det föreligger sådana monopol.⁵⁴

Domstolen ansåg således, i likhet med bedömningen i *Franzén*, att art 37 skulle tillämpas som ett undantag från art 34. Den efterföljande granskningen kom därför att kretsa kring huruvida apoteksmonopolet uppfyllde anpassningskraven i art 37. Efter en mycket kort bedömning ansåg domstolen att monopolet inte var anpassat i enlighet med artikeln, detta då det helt saknades regleringar kring apotekets urvalssystem av produkter och möjlighet till överprövning av bolagets beslut att avfärda en produkt. Sammantaget ansåg domstolen att bristen på regleringar öppnade upp för att ett missgynnande mellan inhemska och utländska produkter var möjligt.⁵⁵

Det svenska apoteksmonopolet stod således i strid med EU-rätten och blev efter domen föremål för en reform där systemet avskaffades. Istället infördes en tillståndspliktig verksamhet och marknaden öppnades upp för många fler aktörer. Mer om detta nedan.⁵⁶

Av det ovanstående framgår det således att det råder delade meningar om hur art 37 skall tillämpas när man har ett statligt handelsmonopol att bedöma. Domen i *Hanner* kan sägas vara en direkt följd av domen i *Franzén* och domstolen väljer att använda exakt samma argument. Drar man slutsatsen att art 37 skall vara exklusivt tillämplig på statliga handelsmonopol får saken anses avgjord, det svenska alkoholmonopolet strider inte mot EU-rätten. Menar man å andra sidan att art 37 skall ses som ett komplement till art 34 och att artiklarna bör bedömas kumulativt uppstår frågan varför domstolen i *Franzén* inte valde att göra en sådan bedömning. Det har i doktrin diskuterats att domstolen möjligtvis var så starkt splittrad att man inte vågade lämna ett förhandsavgörande i ett sådant politiskt känsligt mål utan att ha en stark majoritet.⁵⁷ En annan fråga som uppstår är givetvis hur utfallet skulle blivit om domstolen valt att bedöma artiklarna kombinerat.

⁵⁴ C-438/02 *Hanner* p. 35 med hänvisning till *Franzén* p. 39.

⁵⁵ *Hanner* p. 42-44.

⁵⁶ Avsnitt 7.1

⁵⁷ Pehrson, Wahl, *Systembolaget*, JT 97/98, nr 3, s. 840.

5 Fri rörlighet av varor

5.1 Art 37 i förhållande till art 34

Vid bedömningen om ett statligt handelsmonopol har diskriminerande eller handelshindrande effekter uppstår en normkonflikt mellan art 34 och art 37. Detta beror främst på att artiklarna delvis överlappar varandra med sitt innehåll men även på grund av att dess syften är desamma. Art 37 får anses vara en specialbestämmelse i förhållande till art 34, men innebär det att domstolen endast skall pröva art 37 när man har ett statligt handelsmonopol att bedöma? Som tidigare nämnts visar praxis att art 37 skall bedömas utifrån det kapitel där artikeln förekommer, dvs. tillsammans med reglerna om fri rörlighet av varor i art 34-36.⁵⁸ Båda artiklarna syftar därför att tillse den fria rörligheten av varor och undanröjandet av olika handelshinder.

Praxis visar dock att art 37 skall tillämpas särskilt i vissa fall, nämligen vid åtgärder som har en direkt koppling till monolets speciella verksamhet.⁵⁹ Övriga nationella bestämmelser som inte har någon anknytning till denna speciella verksamhet faller under övriga fördragsbestämmelser.⁶⁰ Den senare frågan blir således vad som anses utgöra monolets speciella verksamhet. Detta förklarades i fallet *Cassis de Dijon*⁶¹ där domstolen uttalade att art 37 inte var tillämplig när det gäller nationella rättsregler som inte rör utövandet av ett offentligt monopols särskilda funktion, dvs. dess ensamrätt – utan framställningen och saluföringen i allmänhet. Av detta kan man utläsa att ett monopols särskilda funktion är dess ensamrätt dvs rätten att exklusivt bedriva viss ekonomisk verksamhet.⁶²

⁵⁸ Se avsnitt 4.2.2.

⁵⁹ Se målen 86/78 *Pereux I* och 91/78 *Hansen II*.

⁶⁰ Mål 86/78 *Pereux I* p. 35.

⁶¹ Mål 120/78 *Rewe-Zentrale AG mot Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* (*Cassis de Dijon*).

⁶² *Cassis de Dijon* p. 7.

Efter begrundade av ovanstående praxis får man uppfattningen att art 34 och art 37 inte går att kombinera, utan att de skall tillämpas var för sig på olika situationer. Annan praxis går dock i motsatt riktning.⁶³ I *Pereux II* uttalade bland annat domstolen att art 37 är en specialbestämmelse enligt vilken ett statligt handelsmonopols utövande av ensamrätt skall bedömas, men att åtgärder vidtagna av monopolet utgjorde en åtgärd med motsvarande verkan såsom kvantitativ restriktion enligt art 34. Domstolen kombinerade således artiklarna och bedömde monopolets funktionssätt enligt 37 men dess vidtagna åtgärder enligt 34.

GA Cosmas anförde ett liknande resonemang i sitt förslag till dom i *Gas och elektricitetmålen*⁶⁴. Cosmas menar att man måste se till båda artiklarna, och att en överträdelse av art 34 ipso facto leder till en överträdelse av art 37 då artiklarna har samma syfte och är nära sammanbundna.⁶⁵

Det råder således delade meningar kring hur art 34 och art 37 skall tillämpas. Det dualistiska, kumulativa, synsättet medför i större grad att man skulle kunna anse statliga handelsmonopol som oförenliga med EU-rätten medan en monistisk, strikt, syn skulle leda till att man särskiljer art 37 och ser bestämmelsen som ett undantag från art 34.

5.2 Art 34

Art 34 (och art 35⁶⁶ som på motsvarande sätt reglerar exportgods) föreskriver följande:

”Kvantitativa importrestriktioner samt åtgärder med motsvarande verkan ska vara förbjudna mellan medlemsstaterna”.

⁶³ Se exempelvis Mål 119/78 *Pereux II* och Mål 90/82 *Kommissionen mot Frankrike (tobacco I)*.

⁶⁴ Förenade målen C-157-160/94 (*Gas och elektricitetsmålen*)

⁶⁵ GA Cosmas i *gas och elektricitetmålen* p. 23-25.

⁶⁶ Hänvisar hädanefter endast till art 34 då det är en sådan importrestriktion som blir applicerbar på ämnet.

Artiklarna syftar till att undanröja alla handelshinder på marknaden så att fri rörlighet för varor kan råda. Artiklarna har direkt effekt och kan åberopas av enskilda gentemot medlemsstaterna inför nationell domstol, dock ej gentemot privata aktörer.⁶⁷ Bestämmelserna innebär i korthet att medlemsländerna inte får vidta åtgärder som hindrar handeln i unionen. För att bestämmelsen skall bli tillämplig krävs det emellertid att vissa kriterier är uppfyllda.

För att bedöma om en åtgärd faller inom tillämpningsområdet för art 34 måste det först avgöras vem eller vad som upprätthåller den handelshindrande åtgärden. Gällande varor är det endast statliga åtgärder som omfattas. Statsåtgärder har i sammanhanget givits en relativt vid innebörd av EU-domstolen, där domstolen fokuserat på det handelshindrande organets funktion snarare än den formella beskrivningen eller dess utformning. Om staten kan sägas vara inblandad på något sätt i upprätthållandet av handelshindret så kan man kalla det en statsåtgärd och det första kriteriet kan anses uppfyllt. För att exemplifiera detta kan paralleller dras till det svenska alkoholmonopolet. Den statliga åtgärden som blir aktuell i förevarande fall är det faktum att lagstiftaren i alkohollagen givit Systembolaget dess roll som detaljmonopolsinnehavare, det är således onekligen en sådan statlig åtgärd som omfattas av artikelns tillämpningsområde.

Vidare krävs det att det föreligger ett mellanstatligt element. Det fordras att minst två stater är inblandade i frågan och påverkas av den, det kan därigenom inte röra sig om en uteslutande intern angelägenhet.⁶⁸ Det mellanstatliga inslaget kan exempelvis vara att utländska exportörer vill få in sina varor på den svenska marknaden och på så sätt rör frågan flera medlemsländer.

Centralt för frågan om art 34 blir tillämplig är dock att de nationella regleringarna som skall bedömas kan anses påverka samhandeln inom unionen på ett negativt sätt, det s.k. samhandelskriteriet. Påverkas inte handeln negativt behöver frågan överhuvudtaget inte tas upp till bedömning.⁶⁹

⁶⁷ Bernitz, Kjellgren, *Europarättens grunder*, 2014, s. 297.

⁶⁸ Mål C-36/02 Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs- GmbH mot Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn p. 27.

⁶⁹ Bernitz, Kjellgren s. 298.

Som nämnts ovan genomsyras bestämmelsen av en icke-diskrimineringsprincip. Det får enligt denna inte ske någon diskriminering pga. nationalitet och inte heller förekomma olika typer av nationella restriktioner som, även om de inte diskriminerar, kan påverka handeln negativt.

5.3 Kvantitativa restriktioner och åtgärder med motsvarande verkan

5.3.1 Rosengren

Ett av de handelshinder som uttryckligen förbjuds enligt art 34 är kvantitativa import- och exportrestriktioner. EU-domstolen har definierat kvantitativa handelshinder som ”åtgärder som, alltefter omständigheterna, har karaktären av totalt eller partiellt förbud mot import, export eller transitering”.⁷⁰ Exempel på sådana restriktioner är renodlade införsel förbud, kvotsystem eller krav på importlicenser. Innebörden är förhållandevis klar och skapar inga större tolkningsproblem.

Frågan om kvantitativa restriktioner och åtgärder med motsvarande verkan kom upp till EU-domstolens prövning i det svenska målet *Rosengren*⁷¹. Tidigare hade Sverige ett förbud för privatpersoner att direktimportera alkohol från andra länder. För att få föra in alkohol var enskilda nödgade att göra detta personligen, genom godkända partihandlare eller genom Systembolagets regi. Fallet blev känt som Rosengrendomen då en man vid namn Rosengren m.fl. hade beställt vin från Spanien via annons på en hemsida. Frakten av vinet hade beställts av en självständig transportör via en annan hemsida och betalning hade skett till två olika postgirokonton. Vinet, som transporterades med lastbil, togs vid införseln till Sverige i beslag av tullen. I samband med köpet hade köparna utfärdat en fullmakt för ett företag att ombesörja beställning och betalning av frakt för de inköpta varorna. I fullmakten intygade köparen att han hade fyllt 20 år och att varorna var avsedda för privat bruk. Genom dom den 3 januari 2002 förklarade

⁷⁰ Mål 2/73 Geddo mot Ente Nazionale Risi p. 7.

⁷¹ Mål C-170/04 Klas Rosengren mot Sverige (Rosengren).

Göteborgs tingsrätt vinet förverkat och menade att vinet hade importerats i strid med alkohollagen. Hovrätten fastställde tingsrättens dom. Den då gällande Alkohollagen (1994:1738), föreskrev att alkoholvaror endast fick föras in i landet genom att man personligen transporterade varorna, genom att berättigad partihandlare förde in varorna eller genom en beställning i Systembolagets regi.

Rosengren m.fl. överklagade domen till Högsta domstolen då man ansåg att förfarandet stod i strid med EU-rätten och fri rörlighet för varor. Högsta domstolen beslöt därpå att begära ett förhandsbesked hos EU-domstolen i frågan huruvida det svenska principiella förbudet för en privatperson att själv importera alkoholdrycker i annat fall än då han medföljer transporten som resande stod i överensstämmelse med EU-fördraget. EU-domstolen kom i sin tur fram till att ett sådant förbud mot att privatpersoner importerar alkoholdrycker som föreskrevs i alkohollagen utgjorde en kvantitativ importrestriktion.⁷²

Kritik gavs både till förfarandet i sig då det både försvårade för konsumenter att nå varor från andra länder samt att förfarandet med att importera genom Systembolagets regi gjorde varorna nästan 20 % dyrare än om konsumenterna hade importerat dem personligen. Slutligen prövade domstolen om förfarandet ändå kunde godtas utifrån art 36 med hänsyn till folkhälsan. Domstolen ställde sig dock kritisk till denna grund och uttalade att förfarandet inte kunde anses ändamålsenligt för att uppnå syftet att allmänt begränsa alkoholkonsumtionen. Domstolen menade att Sverige hade vidtagit alltför ingripande åtgärder och att förfarandet snarare syftade till att främja en distributionskanal för dryckerna genom Systembolagets regi och för att styra efterfrågan.⁷³

Importrestriktionerna stod inte heller i proportion till syftet att skydda ungdomar mot alkoholkonsumtionens skadeverkningar, och domstolen uttalade att det var *uppenbart* att reglerna varit alltför ingripande. Domstolen menade vidare att Sverige kunde nå samma mål, att begränsa alkoholens skadeverkningar, med mycket mindre ingripande åtgärder och att dessa måste väljas i första hand för att tillförsäkra den fria rörligheten av varor.

⁷² Rosengren p. 36.

⁷³ Rosengren p. 47.

Sammantaget innebar resonemanget att Sveriges anspråk inte ansågs grundat med hänsyn till intresset av att skydda människors liv och hälsa enligt art 36 och förfarandet förklarades stå i strid med EU-rätten och den fria rörligheten av varor.⁷⁴ Kommissionen valde även att föra en fördragsbrottstalan gentemot Sverige, där de i likhet med Rosengrendomen kom fram till att Sverige åsidosatt sina skyldigheter jämte art 34 genom att förbjuda privatpersoner från att importera alkoholdrycker genom oberoende mellanhand eller yrkesmässig befordran.⁷⁵ Resultatet av de båda domarna blev att Sverige tvingades ändra sin alkohollagstiftning och tillåta distansförsäljning till privatpersoner.

Något som är intressant i sammanhanget är att både EU-domstolen och Kommissionen valde att bedöma det svenska förfarandet utifrån reglerna om kvantitativa restriktioner och åtgärder med motsvarande verkan enligt art 34. De gick således inte på specialbestämmelsen om statliga handelsmonopol i art 37. Detta tyder på att fastän ett statligt handelsmonopol i sig kan vara godkänt och berättigat enligt art 37 kan dess förfaranden stå i strid med art 34. Det vill säga att ett statligt handelsmonopol i praktiken kan innefatta handelshindrande åtgärder som står i strid med den fria rörligheten för varor. Det är därför av vikt att man bedömer om ett statligt handelsmonopol, som i sig är tillåtet, ändå kan ha handelshindrande effekter jämte art 34.

5.3.2 *Dassonville och Cassis de Dijon*

Art 34 förbjuder inte bara kvantitativa handelshinder utan även ÅMV. ÅMV definierades för första gången i målet *Dassonville*⁷⁶ där domstolen fastslog att alla handelsregler antagna av medlemsstater som kan utgöra ett hinder, direkt eller indirekt, faktiskt eller potentiellt, för handeln inom gemenskapen skall anses som åtgärder med motsvarande verkan som kvantitativa restriktioner och således vara förbjudna.⁷⁷ Dassonvilleformeln har legat som grund för en mängd

⁷⁴ Rosengren p. 58.

⁷⁵ Mål C-186/05 Kommissionen mot Sverige.

⁷⁶ Mål 8/74 Procureur du Roi mot Benoît och Gustave Dassonville (Dassonville).

⁷⁷ Dassonville p. 5.

avgöranden från EU-domstolen och har ansetts ha en vittomfattande innebörd. Den förbjuder inte bara faktiska hinder utan även potentiella sådana och den är dessutom effektbaserad vilket innebär att det är den handelshindrande åtgärdens effekt som skall bedömas, inte dess utformning.⁷⁸

Det finns vidare inget krav på att den handelshindrande effekten skall ha en viss storlek. Art 34 ställer inte upp några minimikrav och alla handelshindrande effekter, oavsett storlek, är således förbjudna.⁷⁹ Den handelshindrande effekten kan därför gälla förhållandevis små ekonomiska värden och det blir tydligt att EU-domstolen vill värna om den fria rörligheten i mycket stor utsträckning.

Handelshindret behöver inte heller vara av diskriminerande art, dvs. ställa upp olika krav för inhemska eller utländska varor, även sådana icke-diskriminerande åtgärder omfattas av artikeln. Att bestämmelsen också omfattar neutrala åtgärder visade sig i målet *Cassis de Dijon*.

Målet gällde en fransk likör, Cassis de Dijon, som inte fick marknadsföras som likör i Tyskland. Likören innehöll endast 17 % alkoholhalt vilket var mindre än det 25-procentiga kravet som fanns i Tyskland för att få saluföra en dryck som likör. Likören hindrades således att komma in på den tyska marknaden. Tyskland hävdade att reglerna syftade till att begränsa alkoholkonsumtionen i landet genom att hindra att alkoholsvaga drycker fick tillträde till marknaden då dessa skulle locka ungdomar att dricka mera. Regeringen anförde vidare att regeln skulle hindra otillbörlig konkurrens genom prissänkningar av alkoholstyrkan.⁸⁰

Inget av de ovanstående argumenten vann dock något gehör hos domstolen. Tvärtom menade EU-domstolen att den tyska lagen hindrade handeln mellan medlemsstaterna och att detta hinder uppstod genom att Frankrike och Tyskland hade olika regler för hur likörer skulle få tillverkas och marknadsföras.⁸¹ Domstolen slog därmed fast att en vara som lagligen tillverkats i ett medlemsland i princip inte fick vägras tillträde till andra medlemsstaters marknader, något som kommit att kallas *Cassis-principen*, eller *principen om ömsesidigt erkännande*.

⁷⁸ Craig, de Búrca s. 640.

⁷⁹ Mål 177-178/2 Van De Haar m.fl. p. 15 och 22.

⁸⁰ Cassis de Dijon p. 9.

⁸¹ Cassis de Dijon p. 14-15.

Målet visar också att det för tillämpningen av art 34 inte krävs att något diskriminerande har skett. Den tyska lagen behandlade de facto utländska och inhemska varor lika, ställde upp exakt samma villkor för alla. Ändock kunde åtgärden anses hindra eller försvåra handeln mellan medlemsländerna. EU-domstolens agerande kan förmodligen ha gått i linje med det s.k. dubbelbördesresonemanget; att regler som formellt drabbar inhemska och importerade varor lika i praktiken drabbar importerade varor hårdare.⁸² Den som tillverkar en vara för inhemskt bruk är redan medveten om de inhemska kraven och måste bara anpassa sig efter dessa, medan den som vill exportera samma typ av vara inte bara behöver uppfylla kraven i mottagarlandet utan även de eventuella krav som ställs i hemlandet och på detta sätt drabbas dubbelt av regleringen.

Vad gäller den svenska alkohollagen och rätten för Systembolaget att verka som detaljmonopolsinnehavare kan man vid första anblick anse att det inte förekommer några diskriminerande inslag. Systembolaget innehar sin roll både gentemot inhemska och utländska varor och gör i den bemärkelsen ingen skillnad beroende på nationellt ursprung. Systembolaget diskriminerar således inte genom sin blotta existens. Annorlunda är det möjligtvis genom det praktiska förfaringssätt man brukar. Inte sällan förekommer det försäljningsformer som promotar lokala alkoholdrycker, exempelvis ölsorter från lokala bryggerier, och man kan också fråga sig om dessa varor lättare når Systembolagets marknad.

5.3.3 *Keck*

Försäljningsformer är en sådan åtgärd som genom fallet *Keck*⁸³ skall undantas från art 34 tillämpningsområde. Efter avgörandena i *Dassonville* och *Cassis de Dijon* väcktes kritiska röster som menade att art 34 hade fått en alltför långtgående omfattning och en mängd avgöranden i EU-domstolen ledde till att olika typer av nationella bestämmelser som gällde försäljningsformer kom att

⁸² Bernitz, Kjellgren s. 312.

⁸³ Mål C-267/91 och 268/91 Brottmål mot Bernard Keck och Daniel Mithouard (Keck).

ifrågasättas utifrån art 34.⁸⁴ Som en följd av detta och för att begränsa art 34 tillämpningsområde kom domstolen att ändra sin praxis i och med avgörandet i *Keck*. *Keck*-doktrinen innebär i korthet att nationella bestämmelser som begränsar eller förbjuder vissa försäljningsformer som inte är ägnade att direkt eller indirekt, faktiskt eller potentiellt hindra handeln mellan medlemsländerna skall anses falla utanför art 34. Detta under förutsättning att bestämmelserna gäller samtliga berörda näringsidkare verksamma inom det nationella territoriet och att de såväl rättsligt som faktiskt påverkar inhemska varor och varor från andra medlemsstater på samma sätt.⁸⁵ Domstolen menade således att när det inte förekom någon åtskillnad mellan inhemska och utländska varor, dvs. att det inte förelåg någon diskriminering, så kunde man inte anse att regler angående försäljningsformer hindrade marknadstillträdet för utländska varor eller försvårade deras tillträde till marknaden jämfört med inhemska varor.⁸⁶

Domstolen tar här utgångspunkt i en mycket viktig princip på området, principen om marknadstillträde. Domstolen ansåg dock inte att det förelåg marknadshindrande åtgärder i det aktuella fallet.

Vidare poängterar också domstolen att de inte ansåg att förändra rättsläget beträffande produktkrav som exempelvis benämning, form, storlek, vikt, sammansättning, utformning, märkning och förpackning.⁸⁷ Följden av domslutet var istället att undanta sådana försäljningsformer likt det som var uppe till prövning, nationella förbud mot exempelvis försäljning till konsumenter till priser som understiger butikens inköpspris, realisation. Andra försäljningsformer som sedan också ansetts falla utanför art 34 har varit begränsningar av butikens öppettider,⁸⁸ olika typer av begränsningar rörande reklam,⁸⁹ samt vilka butiker som får sälja vissa typer av varor.⁹⁰

⁸⁴ Se exempelvis mål C-145/88 *Torfaen BC mot B&Q plc.* och målen C-306/88 *Rochdale Borough Council mot Stewart John Anders*, C-304/90 *Reading Borough Council mot Payless Diy Ltd m.fl.* och C-169/91 *Stoke-on-Trent CC mot B&Q plc.*

⁸⁵ *Keck* p. 16.

⁸⁶ *Keck* p. 17.

⁸⁷ *Keck* domskälen st. 2.

⁸⁸ Se målen C-401/92 och C-402/92 *Tankstation 't Heükske vof och J.B.E Boermans och C-69/93 Punto Casa SpA mot Sindaco del Comune di Capena m.fl.*

Innebär avgörandet i *Keck* att rättsläget klargjorts? Somliga menar att det knappast gjort det, och anför hård kritik för att domstolen la för stort fokus på huruvida åtgärderna kunde anses falla inom försäljningsåtgärder, detta på bekostnad av marknadstillträdesprincipen.⁹¹ GA Jacobs anför i sitt förslag till dom i *Leclerc Siplec* en alternativ analys på hur art 34 skall tillämpas och menar dels att det är olämpligt att göra strikta distinktioner mellan olika kategorier av regler och att tillämpa olika kriterier beroende på vilken kategori som en viss regel tillhör. Detta pga. att strängheten av de restriktioner som åläggs genom olika regler är endast en fråga om grad och en regel som endast tillåter försäljning av vissa produkter i ett litet antal mindre butiker i en medlemsstat kan de facto vara lika begränsande som ett totalförbud på import och saluföring.⁹² Vidare pekar Jacobs på huvudtanken i fördragets bestämmelser om fri rörlighet för varor – att förhindra orättvisa hinder i handeln mellan medlemsstater. Ett eventuellt hinder i handeln mellan stater kan inte, enligt Jacobs, upphöra att bestå endast därför att ett likadant hinder påverkar den inhemska handeln. För det fall att en medlemsstat avsevärt hindrar tillträdet till marknaden för vissa produkter, till exempel genom att föreskriva att dessa får säljas endast i ett mycket begränsat antal butiker, och en tillverkare av dessa produkter i en annan medlemsstat till följd av detta lider ekonomiskt avbräck, ger det honom endast ringa tröst att känna till att hans konkurrenter i den medlemsstat som ålägger restriktionen åsamkas ett likadant avbräck.⁹³

Jacobs menar att man inte bör begränsa artikelns tillämpningsområde som domstolen gjorde i *Keck* utan att man istället bör bedöma restriktionerna utifrån ett enda kriterium som har formulerats i ljuset av syftet med art 34 – utifrån

⁸⁹ Se målen C-292/92 Hünermund m.fl. mot Landesapothekerkammer Baden-Württemberg och C-34/95 Konsumentombudsmannen mot De Agostini Förlag AB och C-35-36/95 TV-Shop i Sverige AB samt C-405/98 Konsumentombudsmannen mot Gourmet International products AB.

⁹⁰ Mål C-391/92 Kommissionen mot Grekland och C-387/93 Banchemo.

⁹¹ GA Francis Jacobs i Mål C-412/93 *Leclerc-Siplec* mot TF1 Publicité SA och M6 Publicité SA.

⁹² GA Jacobs i *Leclerc-Siplec* p. 38.

⁹³ GA Jacobs i *Leclerc-Siplec* p. 39.

principen om marknadstillträde, rätten för alla företag att ha fritt tillträde till hela marknaden inom EU.⁹⁴

Avgörandet i *Keck* står således inte helt okritiserat och det kvarstår fortfarande en del frågor efter avgörandet, såsom; Var går gränsen för sådana inskränkningar som måste rättfärdigas enligt art 36, vad faller egentligen inom begreppet ”vissa försäljningsformer” och hur påverkade domslutet frågan om marknadstillträde?⁹⁵

Sedan avgörandet har EU-domstolen endast i ett fåtal avgöranden ansett att det förelegat sådana åtgärder likt de i *Keck* som ansetts falla utanför art 34. Frågan är om *Keck*-doktrinen kan anses bestå, och vad innebär domslutet för det svenska alkoholmonopolets vara eller icke vara?

Det kan verka som att *Keck* uttryckligen undantar sådana försäljningsformer som Systembolagets handel de facto utgör, sådana försäljningsformer där vissa butiker får sälja vissa typer av varor. Innebär då detta att det svenska alkoholmonopolet inte kan bedömas utifrån art 34? Nej, en sådan slutsats skulle vara förhastad att dra. EU-domstolen har visserligen godtagit att exempelvis modersmjölksersättning endast får säljas på apotek i Grekland,⁹⁶ och godtagit att man i Italien upprätthåller en licensordning för detaljhandelsmonopol med tobak,⁹⁷ men man har inte tagit ställning till det svenska alkoholmonopolets förenlighet med EU-rätten utifrån art 34.

På senare tid har det blåst nya vindar i EU-domstolen och alltmer fokus har legat på den s.k. marknadstillträdesprincipen. I de fall man inte ansett att det förelegat sådana åtgärder som i *Keck* har principen om marknadstillträde istället fått avgörande vikt. Denna princip presenterades också tidigt i Europarättslig doktrin där det föreslogs att varornas marknadstillträde borde vara det väsentliga vid bedömningen om ett handelshinder föreligger enligt art 34.

⁹⁴ GA Jacobs i *Leclerc-Siplec* p. 41.

⁹⁵ Oliver, *Of Trailers and Jet Skis: Is the Case Law on Article 34 TFEU Hurling in a New Direction?*, *Fordham International Law Journal*, vol 33, 2011, s. 1439.

⁹⁶ Mål C-391/92 Kommissionen mot Grekland.

⁹⁷ Mål C-387/93 *Banchemo*.

5.4 Principen om marknadstillträde

5.4.1 Allmänt om marknadstillträde

Inom ramen för ÅMV hamnar även sådana åtgärder som är så ingripande att de försvårar varors tillträde till medlemsstaternas marknad. Principen om marknadstillträde lyftes fram av GA Jacobs i hans yttrande i *Leclerc Siplec* och har även många förespråkare i doktrinen.⁹⁸ Domstolen valde dock att inte följa GA Jacobs förslag till dom i det aktuella målet men anförde likväl samma resonemang i flertalet domar som följde kort efter.⁹⁹

I *Heimdienst*¹⁰⁰ ansåg domstolen att det förelåg hinder för en nationell reglering som föreskrev att bagare, slaktare och andra försäljare av livsmedel endast fick bedriva ambulerande försäljning av livsmedel i ett visst förvaltningsdistrikt om de samtidigt i detta förvaltningsdistrikt eller i en angränsande kommun bedrev sin försäljningsverksamhet från ett fast driftställe, där de också sålde de varor som salufördes genom ambulerande försäljning. Regleringen som rörde försäljningsformerna för vissa varor utgjorde enligt domstolen ett hinder för handeln inom unionen. Domstolen konstaterade också att fastän regleringen gällde samtliga näringsidkare så utgjorde bestämmelsen ändå ett större hinder för produkter från andra medlemsstater än för inhemska produkter när det gällde att få tillträde till importstatens marknad och var därigenom otillåten.¹⁰¹

Fastän den förevarande regleringen de facto rörde försäljningsformer så undantog inte domstolen dessa från art 34 tillämpningsområde likt Keck-doktrinen föreskriver. Utan än en gång kom istället varans tillträde till marknaden upp till bedömning. Det verkar som att Keck-doktrinen alltmer

⁹⁸ Se Berntiz, Kjellgren s. 318, fotnot 136 med hänvisning till Weatherhill, *After Keck: Some thoughts on how to clarify the clarification*, Eeckhout, *Recent case-law on free movement of goods: Refining Keck and Mithouard*.

⁹⁹ Se exempelvis C-415/93 *Union royale belge des sociétés de football association ASBL mot Jean-Marc Bosman* p. 103 och C-384/93 *Alpine Investments BV mot Minister van Financiën* p. 38.

¹⁰⁰ Mål C-254/98 *Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb mot TK-Heimdienst Sass GmbH (Heimdienst)*.

¹⁰¹ *Heimdienst* p. 26-31.

framstår som en specifik underkategori av presumtvt godtagbara nationella regleringar av marknadsåtgärder och fokus tycks ha flyttats från ”vissa försäljningsformer” till mer uttalade marknadstillträdesbedömningar.¹⁰² Frågan är dock om alla handelshindrande effekter som hindrar en varas tillträde till marknaden, oavsett storlek, skall anses utgöra en ÅMV. Om man endast ser till Dassonvilleformeln tycks det vara så, att marknadstillträdet endast potentiellt behöver hindras, och att omfattningen av hindret inte spelar någon roll.

Det förekommer dock i praxis och doktrin att man resonerat kring ett avlägsenhetskriterium, att åtgärderna kan vara alltför ”osäkra och indirekta” eller ”slumpmässiga och indirekta” och därigenom ha handelshindrande effekter som får anses alltför avlägsna för att kunna kvalificeras som ÅMV.¹⁰³ Det är dock inte helt klart var denna gräns går utan torde få bedömas från fall till fall.

I två nyligare domar från EU-domstolen belyses marknadstillträdesprincipen utifrån brukanderegler. Domarna har gett nytt vatten på kvarnen för de som anser att art 34 skall bedömas utifrån principen om marknadstillträde.

5.4.2 Släpvnagsdomen

Målet¹⁰⁴ gällde ett italienskt förbud mot att använda släpvnagar på bl.a. motorcyklar. Efter att domstolen påpekat att handelshinder skall vara förbjudna liksom definitionerna i *Dassonville*, *Cassis de Dijon* och *Keck* konstaterade man även att ÅMV-begreppet skall omfatta ”varje annan åtgärd som hindrar tillträdet till marknaden i en medlemsstat för varor med ursprung i andra medlemsstater”.¹⁰⁵

Kommissionen hävdade nämligen att det italienska förbudet både hindrade användningen av släpvnagar som lagligen tillverkats och saluförts i medlemsstater som saknat ett sådant förbud, dels att det utgjorde ett hinder för

¹⁰² Berntiz, Kjellgren s. 318.

¹⁰³ Se Heimdienst p. 30, C-379/92 Brottmål mot Matteo Peralta p. 24 samt Oliver, *Free movement of goods*, 2010, s. 95 f.

¹⁰⁴ Mål C-110/05 Kommissionen mot Italien.

¹⁰⁵ Kommissionen mot Italien p. 37.

importen och försäljningen av dessa varor i Italien.¹⁰⁶ Brukandeförbudet innebar att det inte fanns någon efterfrågan på sådana varor i Italien då konsumenterna var förbjudna att använda dessa. Det innebar också att sådana varor hindrades tillträde till den italienska marknaden. Domstolen ansåg därför att förbudet utgjorde en ÅMV såtillvida det inte kunde rättfärdigas under art 36 eller principen om tvingande hänsyn, vilket det i det aktuella fallet ansågs kunna göra. Ett liknande resonemang kom att föras i *Mickelsson*¹⁰⁷ där frågan om marknadstillträde än en gång kom upp till bedömning.

5.4.3 *Mickelsson*

Fallet gällde två män Percy Mickelsson och Joakim Roos som framfört sina vattenskotrar i vattnen kring Luleå. De skulle senare komma att åtalas för brott mot vattenskoterförordningen eftersom de vattenområden de befunnit sig i varken var allmän farled eller områden som länsstyrelsen särskilt föreskrivit som godkänd farled. Vid den aktuella tidpunkten hade länsstyrelsen för Norrbotten ännu inte designerat något vattenområde som lämpligt så det fanns således inga lagliga vattenområden att köra vattenskotrar i. Mickelsson och Roos medgav i och för sig att de använt vattenskotrar utanför anvisade vattenområden och därför brutit mot vattenskoterförordningen men gjorde bl.a. gällande att förordningen var ogiltig eftersom den stred mot EU-rätten, närmare bestämt den fria rörligheten för varor. De åtalade argumenterade för att det svenska regelsystemets utformning och tillämpning begränsade användningen av vattenskotrar i sådan utsträckning att intresset bland enskilda att köpa dessa minskade, vilket, i sin tur, fick återverkningar på importen av vattenskotrar tillverkade i andra medlemsstater. Regeln utgjorde därför, enligt Mickelsson och Roos, en ÅMV som är förbjuden enligt art 34.¹⁰⁸

Mot denna bakgrund valde Luleå tingsrätt att vilandeförklara målet och ställa tre tolkningsfrågor till EU-domstolen. Luleå tingsrätt ville ha svar på om art 34-

¹⁰⁶ Kommissionen mot Italien p. 39.

¹⁰⁷ Mål C-142/05 Åklagaren mot Percy Mickelsson och Joakim Roos (Mickelsson).

¹⁰⁸ Luleå tingsrätts mål B 1874-04 och B 1895-04.

36 i funktionsfördraget utgjorde hinder för en medlemsstat att tillämpa förevarande bestämmelser i vattenskoterförordningen. Efter mer än fyra års väntan meddelade EU-domstolen sin dom i *Mickelsson*. Domen blev principiellt viktig för att klargöra läget för hur art 34 skall tillämpas på nationella åtgärder som begränsar hur, när, var och av vem en viss produkt får användas, s.k. brukanderegler.

GA Kokott föreslog i sitt förslag till dom i *Mickelsson* att brukanderegler skulle undantas från tillämpningsområdet för art 34 eftersom de väsentligen motsvarar sådana försäljningsåtgärder som domstolen undantagit sedan domen i *Keck*.¹⁰⁹ Kokott menade att Dassonville-formeln fått ett alltför vittomfattande tillämpningsområde och pekade på att domstolen ibland sökt begränsa det vida tillämpningsområdet för art 34 genom att lyfta ut medlemsstaters åtgärder vars påverkan på handeln varit alltför osäker och indirekt, genom att använda s.k. avlägsenhetskriterier. Detta anförde dock Kokott kritik mot och menade att sådana kriterier är svåra att konkretisera och därför inte bidrar till rättssäkerheten.¹¹⁰ Istället argumenterade Kokott för att brukanderegler likt de i *Mickelsson* genom en analogi måste anses falla under Keck-kriterierna och därför helt falla utanför art 34.¹¹¹ Generaladvokaten yttrade bl.a. försäljningsformer har en inverkan principiellt först efter det att en produkt har importerats och att deras påverkan på försäljningen av en produkt dessutom sker indirekt via konsumenten. Exempelvis genom att konsumenten inte kan köpa produkten på vissa veckodagar eller att det finns vissa begränsningar i fråga om marknadsföringen för en produkt. Även när det gäller användningsformerna påverkas försäljningen av en viss produkt endast indirekt genom att konsumentens köpbeteende påverkas. Sammantaget menade Kokott att försäljningsformer och brukanderegler får samma effekt – att de påverkar konsumenters beteende till att bruka varan och därigenom borde vara undantagna från art 34 tillämpningsområde.

¹⁰⁹ GA Kokott i *Mickelsson* p. 47.

¹¹⁰ GA Kokott i *Mickelsson* p. 46.

¹¹¹ GA Kokott i *Mickelsson* p. 51 och 55.

Kokotts anförande i *Mickelsson* är logiskt och väl sammansatt. Problematiskt är dock att generaladvokaten helt bortser från principen om marknadstillträde genom att applicera Keck-kriterierna. Kokott erkänner till viss del att om man inte använde Keck-kriterierna på det aktuella scenariot skulle åtgärden förmodligen utgöra en ÅMV. Detta pga. att det inte är orimligt att anta att en nationell bestämmelse som medför en begränsning av de vatten där det är tillåtet att använda vattenskoter påverkar köparnas intresse för denna produkt, att detta leder till minskade försäljningssiffror och således också till en nedgång i försäljningen av produkterna från andra medlemsstater. En sådan nationell bestämmelse skulle därför åtminstone påverka handeln mellan medlemsstaterna potentiellt och därmed utgöra en ÅMV.¹¹²

Möjligtvis var det så att domstolen i *Keck* lite väl förhastat sökt krympa art 34 tillämpningsområde och begränsa Dassonville-formeln. Detta skedde även på bekostnad av principen om marknadstillträde. I *Mickelsson* valde därför domstolen att göra en annan bedömning än den GA Kokott gjorde.

Domstolen konstaterade i målet att även om det var så att vattenskoterförordningen varken syftade eller bidrog till att varor från andra medlemsstater behandlades mindre förmånligt, kunde en begränsning av användningen av en vara i en medlemsstat, beroende på den aktuella begränsningens räckvidd, ha en avsevärd inverkan på konsumenternas beteende. Detta påverkade i sin tur varans tillträde till medlemsstatens marknad på det vis att konsumenterna får ett begränsat intresse av att köpa den ifrågavarande varan.¹¹³

Den svenska regeringen hävdade å sin sida att regleringen i vattenskoterförordningen var motiverad utifrån miljösynpunkt och på så sätt berättigad utifrån art 36.¹¹⁴ Domstolen valde att överlämna denna fråga till den nationella domstolen att bedöma och utreda huruvida åtgärden stod i proportion

¹¹² GA Kokott i *Mickelsson* p. 41.

¹¹³ *Mickelsson* p. 26-27.

¹¹⁴ *Mickelsson* p. 30.

till det eftersträvade målet och inte går utöver vad som krävs för att uppnå detsamma.¹¹⁵

Det är i Mickelsson tydligt att domstolen poängterar principen om marknadstillträde och ger denna princip en avgörande vikt i målet. Av intresse för ämnets belysning uttalade domstolen också en ny, tredelad definition av ÅMV. Den första delen avser regler som behandlar varor från andra medlemsstater mindre gynnsamt, dvs diskriminerande regler. Den andra delen avser regler som uppställer villkor som varor från andra medlemsstater måste uppfylla, dvs produktkrav och slutligen den tredje delen, regler som annars hindrar varor från tillträde till medlemsstaternas marknad, dvs andra hinder för marknadstillträde.¹¹⁶

Domstolen tycks därför ha öppnat upp för en vidare tillämpning av marknadstillträdet än vad som ansågs följa av *Keck*.¹¹⁷

5.4.4 Mot en vidgad marknadstillträdesprincip?

Principen om marknadstillträde har av många lyfts fram som en ändamålsenlig lösning för hur art 34 skall tillämpas.¹¹⁸ Men innebär avgörandena i *Släpvningsdomen* och *Mickelsson* att principen kan tillämpas fristående även om man inte har brukanderegler att bedöma? Reglerna kring Systembolaget och dess förevarande kan knappast sägas utgöra rena brukanderegler då alkoholvaror faktiskt är tillåtna att brukas. Visserligen får alkohollagen, som föreskriver att endast Systembolaget AB får driva detaljhandel med alkoholvaror, liknande konsekvenser som skulle kunna jämföras med strikta brukanderegler. Konsumenters beteende påverkas de facto i den mån att de endast kan förvärva

¹¹⁵ Mickelsson p. 29-30.

¹¹⁶ Mickelsson p. 24.

¹¹⁷ Oliver, *Of Trailers and Jet Skis: Is the Case Law on Article 34 TFEU Hurting in a New Direction?*, Fordham International Law Journal, vol 33, 2011, s. 1471.

¹¹⁸ Se Berntiz, Kjellgren s. 318, fotnot 136 med hänvisning till Weatherhill, *After Keck: Some thoughts on how to clarify the clarification*, Eeckhout, *Recent case-law on free movement of goods: Refining Keck and Mithouard* samt GA Jacobs i sitt förslag till dom i Leclerc Siplec.

sådana varor i bestämda butiker, under öppettider som Systembolaget själv beslutat om, med varor som Systembolaget själv bestämt skall finnas tillgängliga. Varor från andra medlemsstater kan vidare endast nå den svenska marknaden genom att göra detta genom Systembolagets egna urvalssystem eller genom privat införsel och distansförsäljning. Det finns således stora likheter med de resonemang som domstolen för i brukandedomarna.

Avgörandena har även bekräftat att åtgärder som annars skulle undantagits enligt Keck-doktrinen skall anses förbjudna om de hindrar varors tillträde till marknaden, vilket i sin tur kan leda till att Systembolagets försäljningsåtgärder skulle kunna underkännas inte bara på grunden att de kan vara av diskriminerande slag utan även på den grunden att de hindrar tillträdet till marknaden för varor från andra medlemsländer. Skulle man även, likt GA Elmer i *Franzén*, anse att principen om marknadstillträde kan stå som en egen underkategori för art 34 tillämpningsområde får den helt klart ett genomslag på det aktuella ämnet. En bedömning av det svenska alkoholmonopolet utifrån art 34 skulle dock även innebära att man måste se till de undantag från bestämmelsen som art 36 föreskriver om.

5.5 Art 36 – undantagen

Art 36 behandlar de undantagsförhållanden som trots förbudet i art 34, kan åberopas till stöd för diskriminerande nationella regler. Då art 36 behandlar undantag från den fundamentala rätten till fri rörlighet har EU-domstolen slagit fast att bestämmelsen måste tolkas snävt.¹¹⁹ Syften som inte framgår av texten i artikeln kan därför inte åberopas, och domstolen har uttalat att artikeln inte har till syfte att förbehålla vissa frågor för medlemsstaternas exklusiva kompetens, utan endast för att tillåta undantag i de nationella lagstiftningarna från principen om fri rörlighet för varor i den utsträckning det är och blir befogat för att uppnå de i artikeln angivna målen.¹²⁰ Vidare är det medlemsstaterna som har

¹¹⁹ Craig, de Búrca s. 668.

¹²⁰ Mål 72/83 *Campus Oil mot Minister for Industry and Energy* p. 32.

bevisbördan för att de nationella reglerna är nödvändiga för att effektivt skydda de intressen som artikeln föreskriver.¹²¹ Åtgärderna som vidtas måste även vara proportionerliga till sina syften och det får inte heller förekomma alternativa, mindre handelshämmande åtgärder som skulle kunna uppnå skyddssyftena lika väl.¹²² De skyddssyften som uppräknas i artikeln är bl.a. allmän moral, allmän ordning eller allmän säkerhet eller intresset att skydda människors hälsa och liv.

Förutom att undantag från diskriminerande regler kan tillåtas under art 36 föreskriver praxis att undantag från art 34 kan göras enligt principen om tvingande hänsyn. Principen utvecklades i av EU-domstolen i målet *Cassis de Dijon* och innebär i korthet att undantag från art 34 även kan åberopas av medlemsstater som önskar legitimera icke-diskriminerande men samhandelshindrande åtgärder. Genom principen om tvingande hänsyn skulle man således kunna göra undantag från art 34 även gentemot åtgärder som inte är direkt diskriminerande. Sådana åtgärder som domstolen ansett hamna under principen är bl.a. monopolrättigheter.¹²³ En grundläggande förutsättning för att kunna åberopa både undantagen i art 36 eller principen om tvingande hänsyn är dock att området inte har harmoniserats genom unionsrättsliga regler, då förloras möjligheten till att göra undantag från art 34.¹²⁴

Den svenska alkoholpolitikens främsta syfte är uttalat att söka begränsa alkoholkonsumtionen och därmed dess skadeverkningar.¹²⁵ Folkhälsan är en sådan undantagsgrund som både kan berättigas direkt under art 36 men även under principen om tvingande hänsyn. EU-domstolen har ibland berättigat ett sådant syfte direkt under art 36 och i andra fall använt sig av doktrinen om tvingande hänsyn.¹²⁶ Det avgörande torde bli om man anser att åtgärden är en direkt diskriminerande åtgärd eller en indirekt sådan som får handelshindrande effekter.

¹²¹ Målen C-17/93 *Openbaar Ministerie mot Van der Veldt*, C-110/05 *Kommissionen mot Italien*, C-165/08 *Kommissionen mot Polen*.

¹²² Craig, de Búrca s. 668.

¹²³ Mål C-260/89 *Ellinki Radiophonia Tileorassi mot Dimotiki Etairia Pliroforissis*.

¹²⁴ Se målen 35/76 *Simmenthal mot Amministrazione delle Finanze dello Stato* och *Cassis de Dijon* p.8.

¹²⁵ Prop. 2007/08:119 *Alkoholfrågor med EG-rättslig anknytning*, s. 13.

¹²⁶ Craig, de Búrca s. 680.

Klart är dock att oavsett om en medlemsstat söker berättiga ett undantag från art 34 direkt med hjälp av art 36 eller under principen om tvingande hänsyn skall den nationella lagstiftningen klara av en proportionalitetsbedömning. Bedömningen innebär att åtgärderna måste framstå som genuint motiverade. De skall inte bara vara lämpade för att uppnå ändamålet utan också *nödvändiga* och *inte mer ingripande* än vad som kan anses *absolut behövt* för att uppnå det legitima syftet. I proportionalitetsbedömningen bör man även ta hänsyn till att medlemsländerna har ett visst mått av självbestämmande gentemot EU. Visserligen är EU överstatligt och medlemsländerna skall följa fördragets regler, men i de fall en medlemsstat söker berättiga ett handelshinder med hjälp av art 36 bör man se till statens rätt att själv bedöma graden av skyddsnivå. EU-domstolen kan svårligen göra sådana bedömningar och har i dessa fall valt att överlämna frågan till den nationella domstolen att bedöma. Så gjorde domstolen i exempelvis *Mickelson* där de konstaterade att vattenskoterförordningen hindrade marknadstillträdet för vissa varor men överlämnade till den nationella domstolen att besluta huruvida regleringen kunde anses stå i proportion till att skydda miljön och således vara berättigad utifrån art 36.

Frågan om ett monopol är dock inte endast av nationell karaktär. Monopolet får de facto konsekvenser för den gemensamma handeln och blir därigenom av unionsrättslig art. I *Mickelsson* begränsades endast nyttjandet av vattenskotrar i särskilda områden i Luleå, det var inte fråga om en total begränsning. Å andra sidan förefaller det möjligtvis lämpligast att Sverige själv får bedöma hur pass inskränkande medel man måste tillta för att begränsa alkoholkonsumtionen. Dessa medel måste dock stå i proportion till det mål man syftar uppnå och inte gå utöver vad som är nödvändigt, en bedömning som kanske inte blir helt enkel när det föreligger ett system som är så djupt inrotat och allmänt accepterat.

6 Alkoholmonopolet och fri rörlighet av varor

6.1 En inre marknad utan handelshinder

Sedan samarbetet i EU inleddes har stora förändringar skett för medlemsländerna. Staternas gränser har suddats ut genom att bl.a. öppna upp för en tullunion där varor skall kunna flöda fritt utan extra avgifter. Samarbetet har också inneburit en utveckling mot större likformighet när det gäller medlemsstaternas marknadsrättsliga regler och ekonomiska system i allmänhet. Unionen har vidare inneburit stora fördelar för medlemsländerna i sig. Svenska företag som exporterar varor har åtnjutit stora ekonomiska vinster då deras produkter lättare kan nå andra länder.

Vissa varor tillåts dock inte att flöda lika fritt i unionen. Det svenska alkoholmonopolet begränsar möjligheten för alkoholvaror att ta sig in i landet, då de endast kan göra detta genom att genomgå Systembolagets egna test eller genom att söka nå konsumenter genom distansförsäljning. Diskussionerna om det svenska alkoholmonopolet startade redan inför ikraftträdandet av EES-avtalet år 1994. Den svenska regeringen ställde sig då negativa till att överhuvudtaget anpassa monopolet i enlighet med avtalet. Samtidigt när Sveriges medlemskap till EU behandlades ställde sig Kommissionen kritiska till de svenska reglerna och uttalade att den svenska alkohollagstiftningen var ett problem om Sverige ville bli medlemmar i Unionen. Regeringen insåg därefter att man var tvungen att anpassa monopolet för att kunna inträda i EU och istället för att vidhålla att import-, export-, partihandels- och tillverkningsmonopolen skulle få bestå oförändrade kom man fram till en kompromiss. Regeringen gick med på att avskaffa import-, export-, partihandels- och tillverkningsmonopolen och tilläts ha kvar detaljhandelsmonopolet såtillvida man anpassade det i enlighet med EU-rätten.¹²⁷ Direkt efter Sveriges inträde i EU kom dock det svenska systemet att

¹²⁷ Hettne, *Monopol i förändring – EU-anpassning eller samhällsutveckling*, Europaperspektiv 2009, s. 155 f.

prövas i EU-domstolen. Målet, *Franzén*, har behandlats ovan¹²⁸ där EU-domstolen gjorde en bedömning av monopolet i två separata delar. Under rubriken ”bestämmelser om monopolet och dess funktionssätt”, art 37, behandlades monopolets system för urval av produkter, monopolets försäljningsorganisation och marknadsföring av alkoholdrycker, medan tillverknings- och partihandelstillstånd behandlades under rubriken ”övriga bestämmelser i den nationella lagstiftningen som påverkar monopolets funktionssätt”, art 34. Uppdelningen har kritiserats och många menar att domstolen borde bedömt det svenska alkoholmonopolet i dess helhet.¹²⁹

6.2 Ett kumulativt synsätt

Som tidigare behandlats hade GA Elmer i *Franzén* en helt annan uppfattning om det svenska alkoholmonopolets förenlighet med EU-rätten. I sitt förslag till dom bedömde han monopolet oförenligt med den fria rörligheten av varor. Trots att EU-domstolen inte valde att följa Elmers linje så finns det en hel del intressanta synpunkter att ta vara på i Elmers förslag till dom. Elmer valde som sagt att göra en samlad bedömning av alkoholmonopolet både utifrån art 34 och art 37. En sådan kumulativ tillämpning av artiklarna har i praxis ansetts ändamålsenlig om man ser till bestämmelsernas syften.¹³⁰ Både art 34 och 37 syftar de facto till att undanröja handelshinder så att den fria rörligheten av varor kan tillförsäkras.¹³¹

En sådan kumulativ tillämpning skulle innebära att statliga handelsmonopol är förbjudna i den utsträckning de rättsligt eller faktiskt kan hindra eller försvåra tillträdet till marknaden för varor från andra medlemsstater eller medföra att medlemsstaternas medborgare diskrimineras i fråga om anskaffnings- och saluföringsvillkor.¹³² Detta synsätt skulle vidare få till följd att man kan komma

¹²⁸ Avsnitt 4.3.

¹²⁹ Se exempelvis GA Legér i Hanner samt Pehrson, Wahl, *Systembolaget*, JT 97/98, nr 3, s. 840 f.

¹³⁰ Se exempelvis målen 119/78 Pereum II och 90/82 Kommissionen mot Frankrike (tobacco I).

¹³¹ Costa mot ENEL st. 38.

¹³² GA Elmer i *Franzén* p. 73.

åt icke-diskriminerande åtgärder vidtagna av ett monopol. Art 37 sträcker sig endast till att förbjuda diskriminerande åtgärder vidtagna av ett monopol medan art 34 även omfattar icke-diskriminerande åtgärder.¹³³

Sammantaget öppnar en kumulativ tillämpning upp för en mycket bredare bedömning av monopolet där man måste se både till dess speciella funktion, dvs. ensamrätt, men även till de åtgärder som monopolet vidtagit samt vilka följder som uppkommit. Systembolagets ensamrätt och effekter analyseras årligen av Konkurrensverket som är den myndighet som fått till uppdrag att utöva tillsyn över Systembolaget och tillse att monopolet efterlever de icke-diskriminerande krav som ställs i art 37. Uppdraget utmynnar i årliga rapporter till Kommissionen där Konkurrensverket kommer med synpunkter.

6.3 Diskriminering utifrån art 37

Vid protokollförda samtal mellan företrädare för den svenska regeringen och berörda tjänstegrenar inom kommissionen angavs vissa förutsättningar för att detaljhandelsmonopolet skulle anses fungera icke-diskriminerande. Av mötesprotokollet framgår att med icke-diskriminering avses att inköps- och försäljningsvillkor för alkoholdrycker skall vara objektiva, villkoren skall tillämpas likvärdigt på medborgare och produkter i gemenskapen samt att villkoren skall vara transparenta.¹³⁴

Objektivitet är ett ledord som återkommer när man analyserar Systembolagets tillvägagångssätt. Systembolaget skall verka objektiva när de väljer vilka varor som skall få ta del i deras sortiment, de skall vara objektiva i sin marknadsföring av produkter i butikerna och objektiva när de antar offerter från leverantörer av alkoholvaror. Ovan har det redogjorts för Systembolagets förfaringssätt vid urvalet av produkter. Varorna ska således enligt detta förfarande först genomgå ett test med hänsyn till produktens kvalitet, särskilda risker för skadeverkningar av produkten, kundernas efterfrågan och andra affärsmässiga hänsynstaganden. I

¹³³ Enligt Cassis-doktrinen.

¹³⁴ Konkurrensverkets rapport till europeiska kommissionen december 2013 s. 4.

denna bedömning ingår också smakning genom blindtest där en panel efter egen bedömning väljer om produkten smakar gott eller inte. Det ligger inte långt till hands att börja spekulera i huruvida dessa tester verkligen kan anses vara objektiva. Kan man verkligen på ett objektivt plan bestämma om en produkt anses god eller inte? Om den innehåller rätt syra eller fyllnad? Alla sådana faktorer är de facto subjektiva där man har olika tycke och smak. Det skulle inte vara förhastat att dra slutsatsen att Systembolagets egna test i självverket är mycket godtyckliga. Att testen kan anses godtyckliga innebär dock inte automatiskt att varor från andra medlemsländer diskrimineras i förhållande till inhemska varor. De svenska produkterna genomgår samma test som de utländska och man gör på så sätt ingen skillnad mellan produkter. Skulle det dock visa sig att svenska varor lättare passerar Systembolagets test och tar en plats i det fasta sortimentet skulle man kunna prata om varudiskriminering och Systembolagets förfaringssätt skulle stå i strid med art 37. Tyvärr finns det inte någon sådan information att gå till mötes då Systembolaget självt valt att undanhålla denna. En leverantör som fått sin vara nekad tillträde till Systembolagets marknad skulle dock kunna begära ut sådana handlingar.

Annan kritik som framkommit vad gäller Systembolagets inköpsrutiner finner man i Konkurrensverkets rapporter där det redogörs för de klagomål som inkommit.¹³⁵ För juni 2013 framkommer bl.a. att en leverantör anser att Systembolaget gynnat vissa varor, i det aktuella fallet s.k. bag-in-box-viner, och menade vidare att det råder brist på transparens i inköpssystemet. Systembolaget avfärdade båda påståenden och Konkurrensverket redogjorde för deras bedömning i den påföljande rapporten för december 2013. I rapporten framkommer att leverantören kände oro över att inköpsprocessen styrs av en mycket liten grupp inköpare och att ansvarig inköpare deltar i hela inköpsprocessen. Leverantören menade vidare att detta förfarande öppnade upp för korruption. Vidare hävdade leverantören att inköpsrutinerna innehöll subjektiva och godtyckliga inslag som gör att de krav som uppställs för att ett handelsmonopol skall vara förenligt med EU-rätten inte uppfylls. Han menade

¹³⁵ Konkurrensverkets rapport till europeiska kommissionen juni 2013 s. 18.

också att överprövningsmöjligheterna hos Alkoholsortimentsnämnden inte utgör något effektivt rättsmedel för leverantörer till Systembolaget eftersom nämnden inte gör någon prövning av Systembolagets principer för offerthantering.¹³⁶ Systembolaget svarade med att deras sortiments- och inköpsorganisation består av närmare 50 personer med ett antal olika roller för att utföra en mängd rutiner och procedurer i inköpsprocessen och menade att man på detta sätt sökt minimera risken för otillbörlig påverkan. Systembolaget menade också att man öppet redovisar, bl.a. vid leverantörsträffar och på Leverantörsportalen, hur Systembolaget arbetar med sina inköp och att skälen till att man inte vill offentliggöra sina interna dokument innehållandes avslag och motiveringar är för att undvika prispåverkan och för att slippa utelämnas känslig affärsinformation.¹³⁷

Konkurrensverket förde samtal mellan leverantören och Systembolaget men då leverantören inte hävdade att Systembolaget överträtt någon konkurrensbestämmelse så valde man att avsluta ärendet. Anledningen till detta är att Konkurrensverket endast kan vidta faktiska åtgärder om man anser att en bestämmelse i Konkurrenslagen (2008:579) har överträtts. Det ligger en hel del problematik i detta förfarande. Det är anmärkningsvärt att Konkurrensverket är den myndighet som getts uppdraget för att tillse att det svenska detaljhandelsmonopolet verkar icke-diskriminerande men har samtidigt inte givits mandat att handla såtillvida det inte skett en överträdelse i konkurrensrättslig mening. Resultatet blir därför att Konkurrensverket i sina rapporter endast kan rikta kritik mot ett visst förfarande och det blir sedan Kommissionens roll att vidta åtgärder om man anser att Systembolaget handlat i strid med EU-rätten och den fria rörligheten av varor.

Det har som ovan nämnts framförts kritik gällande korrupktion och mutor bland Systembolagets personal och leverantörer. En sådan muthärva uppdagades också år 2003 när ett antal butikschefer blev uppsagda. Som mest var över 100

¹³⁶ Frågan om överprövningsmöjligheterna av Systembolagets beslut har ingående behandlats av Bergflo, *En leverantörs möjligheter att överpröva beslut från systembolaget*, Juridisk publikation, 2009, s. 37. Författaren ansåg att överprövningsmöjligheterna är bristfälliga.

¹³⁷ Konkurrensverkets rapport till europeiska kommissionen december 2013 s. 19.

butikschefer misstänkta för mutbrott och ett antal leverantörer var misstänkta för bestickning. Man fann listor med bonuspoäng och löften om kontant ersättning till mutbara butikschefer och man hittade namn och kontonummer till upp emot 70 Systembolagsanställda som kunde knytas till en leverantör. Stora leverantörer såsom Vin & Sprit och Carlsberg drogs in i härvan och anklagelserna handlade om kontant ersättning, mutmiddagar, utlandsresor och flytande "varuprover". Muthärvan nådde ända in i dåvarande VD Anitra Steens närhet och i advokat Dick Lundqvist utredning om Systembolagets huvudkontor konstaterades att många chefer i Steens närhet kände till mutkulturen i företaget.¹³⁸ Totalt fälldes 75 butikschefer för mutbrott och i leverantörsledet 15 personer för bestickningsbrott.

Vad innebär då Systembolagets tillsynes godtyckliga inköpsmetoder? Förfarandet skulle kunna innebära att bolaget handlar i strid med bestämmelserna i alkohollagen då man inte förhåller sig objektiva i sina bedömningar gällande vilka produkter som skall få komma in på den svenska marknaden. Å andra sidan är det inte lika klart att man diskriminerar utifrån ursprung jämte art 37. Det skulle kunna argumenteras för en sådan sak om det visade sig att svenska produkter lättare kan komma in i bolagets sortiment. Det skulle även kunna argumenteras för att Systembolaget i sin marknadsföring i butikerna ibland premierar svenska lokala produkter framför utländska. Ser man dock enbart till art 37 är det inte givet att Systembolaget har ett förfaringssätt som skulle anses rättsstridigt. Det skulle i sådana fall krävas en genomgång av alla offerter som Systembolaget mottagit och en jämförelse mellan vilka man avfärdat samt godtagit och söka utröna om resultatet möjligen kan bero på varornas ursprung.

Applicerar man å andra sidan ett kumulativt synsätt på det svenska alkoholmonopolet och bedömer det både utifrån art 34, 36 och 37 får man många fler variabler att ta in i bedömningen.

¹³⁸ Kihlström, *Detta har hänt i muthärvan*, Dagens Nyheter 2004-09-27.

6.4 Marknadstillträdet

6.4.1 Marknadstillträde och art 37

Som tidigare behandlats skall statliga handelsmonopols särskilda funktion, dvs. rätten att exklusivt bedriva viss ekonomisk verksamhet, bedömas utifrån art 37. Andra åtgärder vidtagna av monopolet skall bedömas utifrån art 34. I *Franzén* valde också domstolen att dela upp bedömningen i två delar och gjorde inte någon bedömning av monopolet i dess helhet. Domstolen slog fast att Systembolagets kriterier och urvalsmetoder varken var diskriminerande eller av sådant slag att de missgynnade importerade produkter. När det gällde försäljningsorganisationen menade domstolen att även om det är riktigt att den är begränsad och inte erbjuder alla utvalda drycker, innebär inte detta att alkoholdrycker som härrör från andra medlemsstater missgynnas i förhållande till dem som tillverkas inom landet. I och med att domstolen i *Franzén* endast gjorde en bedömning utifrån art 37 kunde man inte pröva olika icke-diskriminerande åtgärder som vidtagits av monopolet. Man blev således begränsade till att se huruvida Systembolaget behandlade varor olika beroende på ursprung.

Den omfattande inskränkningen av handeln som monopolet medför har alltså inte på allvar kritiserats av EU-domstolen. När alkoholmonopolet prövades hade Sverige nyligen blivit medlem av EU och domstolen var medveten om att Sverige hade slagit vakt om detaljhandelsmonopolet i anslutningsförhandlingarna och därför ”frivilligt” avskaffat import-, export-, partihandels- och tillverkningsmonopolen. Kommissionen stödde också Sverige i denna fråga. Fastän EU-domstolen inte är någon politisk institution så verkar den inte i ett politiskt vakuum. Domstolen är givetvis mån om att dess domar uppfattas som legitima och vinner acceptans i medlemsländerna.¹³⁹ Frågan om det svenska alkoholmonopolet är således starkt politiskt färgad och möjligen kan det vara så att domstolen inte ville riskera att kritisera Sverige i ett sådant tidigt skede,

¹³⁹ Hettne, 2009, s. 172.

speciellt när Sverige just gått EU till mötes och avskaffat de tillhörande monopolen.

Hade dock domstolen gått på GA Elmers bedömning i sitt förslag till dom i *Franzén* hade det svenska monopolet förklarats oförenligt med EU-rätten. Elmer menade, som nämnts, att statliga handelsmonopol skall anses förbjudna i den utsträckning de rättsligt eller faktiskt kan hindra eller försvåra tillträdet till marknaden för varor från andra medlemsstater eller medför att medlemsstaternas medborgare diskriminerades i fråga om anskaffnings- och saluföringsvillkor. Skulle man således applicera principen om marknadstillträde på alkoholmonopolet skulle monopolet onekligen stå i strid med EU-rätten och den fria rörligheten av varor. Detta beror på flera faktorer, varav några nu kommer behandlas.

6.4.2 Varors möjlighet att komma in på den svenska marknaden

Alkoholvaror har en mycket begränsad möjlighet att nå den svenska marknaden. De kan endast göra detta genom att bli antagna till Systembolagets sortiment, genom distansförsäljning eller genom att konsumenter själva åker utomlands och förvärvar dessa. Systembolaget står för den största delen av den totala alkoholförsäljningen i Sverige. Hela 62,6 % av den totala alkoholkonsumtionen härleds till Systembolagets försäljning. Resandeförsel står för 14,2 % och distansförsäljning endast 0,6 %.¹⁴⁰

Varor som kommit in i Systembolagets sortiment måste sedan söka hålla sig kvar där genom att visa en stark försäljning. Det är inte heller givet att varorna tar plats i det ordinarie sortimentet utan kan bli del av beställningssortimentet, ett sortiment som i en mycket liten del nyttjas av konsumenter. Försäljningen ur beställningssortimentet består endast av 1,8 % av den totala försäljningen från Systembolaget. Trots detta finns 82,6 % av Systembolagets totala produkter i

¹⁴⁰ Konkurrensverkets rapport till Europeiska Kommissionen juni 2013 s. 25.

beställningssortimentet. Endast 15,5 % av produkterna finns i det fasta sortimentet och således ute i butikerna.¹⁴¹

Det blir således klart att det svenska alkoholmonopolet begränsar marknadstillträdet för alkoholvaror i den bemärkelsen att de svårligen kan nå de svenska konsumenterna såtillvida de inte antas i Systembolagets ordinarie sortiment. Det svenska systemet rör dock inte bara försäljning av alkoholdrycker till konsumenter. Systemet med ett statligt alkoholmonopol medför också en centralisering av alla inköp av sådana drycker för försäljning på den svenska detaljhandelsmarknaden. Systembolaget som har monopol på försäljningen på detaljhandelsmarknaden för alkoholhaltiga produkter, har med nödvändighet även monopol på inköp till denna marknad. Ett inköpsmonopol medför att den enskilde leverantören endast har en möjlig avtalspart. Antingen får en produkt tillträde till monopolets försäljningskanal eller också utestängs den fullständigt från marknaden. Systembolaget bestämmer vilka produkter som skall säljas och därmed vilka produkter som får tillträde till marknaden, får en leverantör av varor avslag på sin offert finns det inga andra vägar att ta, produkten utestängs helt från den svenska marknaden. Ett sådant centraliserat inköpssystem leder de facto till att Systembolaget endast kan erbjuda en bråkdel av det samlade utbudet som finns på marknaden.

Förutom att varors tillträde till den svenska marknaden är starkt begränsad påverkas även konsumenters möjligheter att nå dessa varor.

6.4.3 Konsumenters möjlighet att nå varorna

I Sverige finns det totalt 427 försäljningsställen av alkohol i detaljhandeln. Dessa butiker innehas samtliga av Systembolaget som också själv beslutar om öppettider och lokalisering av butikerna. Ibland vid exempelvis högtider eller stora evenemang sker en dialog med kommunen och man bedömer tillsammans om en butik skall hållas stängd eller få utökade öppettider.¹⁴² 427

¹⁴¹ Konkurrensverkets rapport till Europeiska Kommissionen december 2013 s. 22.

¹⁴² Uppgifter enligt Systembolagets hemsida, www.systembolaget.se.

försäljningsställen kan låta mycket när man ser till hela landet, slår man dock ut butiker per invånare blir det en butik per 22 728 invånare.¹⁴³ Antalet försäljningsställen kan jämföras med Norges där man finner en butik per 17 247 invånare.¹⁴⁴ I Norge finns det därmed många fler försäljningsställen, detta trots att man där även säljer drycker med lägre alkoholprocent än 4,75 % i vanliga livsmedelsbutiker som inte är inräknade i ekvationen.

Fastän det i de svenska storstäderna finns relativt tätt mellan butikerna ser det annorlunda ut på landsbygden. I stora delar av landet finns det knappt någon butik utan man måste flera dagar i förväg beställa varor genom ombud eller post, vill man ha en vara som inte finns med i det ordinarie beställningssortimentet tar det än längre tid att få leveransen. Ses det svenska systemet för detaljhandel med alkoholdrycker mot principen om marknadstillträde kan det övervägas om begränsningen av antalet försäljningsställen gör det så besvärligt att införskaffa alkoholdrycker att det i sig utgör ÅMV som en kvantitativ importrestriktion. Begränsningen av tillgängligheten för alkoholdrycker medför de facto att både försäljning och konsumtion begränsas – något som får till följd att varors marknadstillträde hindras samt konsumenters möjlighet att nå dessa varor.

Systembolaget är i grund och botten ett aktiebolag, vars syfte är att gå med vinst. Det blir således problematiskt för ett bolag att utan vidare placera butiker där försäljningen skulle vara begränsad då detta skulle leda till en förlust. Större krav måste dock ställas på ett bolag som innehar en monopolställning. Då Systembolaget givits rätten att ensamt verka på den svenska marknaden måste bolaget också tillse att de har ett system så att alla kan nå deras varor, på lika villkor. Man måste utöka antalet butiker i den takt befolkningen växer och man borde verka för en lika rätt till varuanskaffning.

¹⁴³ Då Sveriges befolkning juli 2014 uppgick till 9 705 005 enligt SCB.

¹⁴⁴ Uppgifter enligt vinmonopolets hemsida, www.vinmonopolet.no.

6.4.4 Ingen diskriminering fordras

När man bedömer det svenska alkoholmonopolet utifrån principen om marknadstillträde krävs det inte att utländska och inhemska varor behandlas olika. Systembolagets monopol gäller samtliga alkoholvaror oavsett ursprung. Det är klart att alkoholvaror har en begränsad möjlighet att nå den svenska marknaden, det står även klart att konsumenters möjlighet att förvärva dessa varor är starkt inskränkt. För att principen om marknadstillträde skall få fullt genomslag krävs dock att monopolet inte kan berättigas utifrån någon undantagsgrund i art 36.

6.5 Folkhälsan som undantagsgrund

6.5.1 Alkoholkonsumtionen

Som nämnts i inledningen var Sverige länge ett land där alkoholkonsumtionen var hög, så hög att svenskarna under 1800-talet höll på att dricka sig till döds.¹⁴⁵ Det är därför inte anmärkningsvärt att den svenska alkoholpolitiken varit inskränkande och strikt. I syfte att begränsa alkoholkonsumtionen har man tilltagit olika medel varav de viktigaste varit detaljhandelsmonopolet och en hög skatt på alkoholvaror.¹⁴⁶ Alkoholpolitiken har i den bemärkelsen varit mycket framgångsrik. Faktum är att den svenska befolkningen dricker minst alkohol i hela Europa. Ungefär 9 liter sprit per person och år dricks i Sverige.¹⁴⁷ En siffra som kan jämföras med övriga Europas på drygt 12 liter per person och år.¹⁴⁸

Att begränsa alkoholens skadeverkningar med tanke på folkhälsan är en sådan undantagsgrund i art 36 som kan berättiga ett annars olagligt förfarande i enlighet med art 34. Det krävs dock att inskränkningen står i proportion till det mål som

¹⁴⁵ Se avsnitt 2.1.

¹⁴⁶ Prop. 2007/08:119 s. 13.

¹⁴⁷ Konkurrensverkets rapport till Europeiska kommissionen juni 2013 s. 25.

¹⁴⁸ WHO, Global status report of alcohol and health 2014 s. 239.

den önskar uppnå och att det inte finns mindre ingripande medel att tillgå. Frågan är om det finns mindre ingripande medel att tillgå men som ger samma resultat?

6.5.2 Proportionerligt?

Man måste diskutera huruvida Sverige kan använda folkhälsan som undantagsgrund trots de ändrade förutsättningarna som nu föreligger. Måste inte undantagsgrunden ses i sitt sammanhang och hela tiden omprövas? Det är förklarligt att ett land vill använda sig av ett sådant rättfärdigande om det finns stora problem med alkoholkonsumtion i landet. Men för ett land som har den lägsta alkoholkonsumtionen i hela Europa, är det då berättigat att ropa ut folkhälsan som syfte? Givetvis är det så att den låga alkoholkonsumtionen är en effekt av det svenska alkoholmonopolet, men knappast den enda förklaringen till detsamma. Synen på alkohol har förändrats, människor är medvetna och upplysta om dess skadeverkningar och vi ser rekordlåga siffror på alkoholanvändning bland ungdomar.¹⁴⁹ Är det inte dags att den svenska befolkningen själva skall få ta ansvar för sina val?

Frågan om proportionalitet diskuterades av GA Elmer i *Franzén*. Elmer ansåg inte att Sverige kunde grunda sitt undantag på folkhälsoskäl då det finns mindre ingripande åtgärder att tillgå för att uppfylla samma syfte.

6.5.3 En tillståndspliktig verksamhet

Elmer föreslog i *Franzén* ett system med fristående detaljhandelsförsäljare, ett system som kan liknas med det som växt fram efter Apoteksmonopolets avskaffande. Ett system med fristående detaljhandlare skulle innebära att marknaden öppnas upp för fler aktörer, det skulle innebära att leverantörer har fler avtalsparter och det skulle innebära ett ökat marknadstillträde för varor och ökade möjligheter för konsumenter att förvärva dessa.

¹⁴⁹ CAN, Skolelevers drogvanor 2013.

Kan man dock med säkerhet säga att systemet skulle ge ett lika gott skydd för folkhälsan? Naturligtvis inte. Det är svårt att förutspå hur det hela skulle utfalla då det aldrig prövats. Man skulle i sådana fall behöva kräva lika hårda ålderskontroller som förekommer idag, och införa licenskrav för detaljisterna med sanktionsmöjligheter om försäljningsrätten missbrukas. Men att släppa marknaden fri till fler detaljhandlare, som fristående får göra inköp av varor, med ett system om licenstvång skulle i mycket stor utsträckning bidra till större möjligheter till marknadstillträde för varor och för konsumenter att förvärva dessa. Det skulle innebära att leverantörer har många fler avtalspartners och en större möjlighet för varor att nå ut på landsbygden då exempelvis en ICA-handlare kan ansöka om licens att få sälja alkoholvaror i sin butik. Ett system med tillståndspliktiga detaljhandlare skulle vidare innebära att ett konkurrens klimat som skulle bidra till lägre priser på alkoholvaror. Idag har Sverige de högsta priserna på alkohol i hela Europa. Att släppa marknaden friare skulle dock kunna bidra till att alkoholkonsumtionen ökar. Somliga menar att det borde vara upp till var och en att bestämma över sin konsumtion medan andra anser att staten borde ta ett ansvar för att minska alkoholkonsumtionen. Om man applicerar det senare tankesättet blir det dock även nära till hands att diskutera huruvida staten bör införa restriktioner gällande tobak, socker och fett. Borde staten även reglera sådana varor genom högre skatt och begränsat utbud?

Systembolaget är ett för staten mycket kärt barn. Vi har haft samma system med ett detaljhandelsmonopol så länge vi kan minnas och den svenska befolkningen har inrättat sig i ledet. De allra flesta anser nog att Systembolaget duger gott, att det inte alls är så krångligt att nå alkoholvaror och att en reform vore onödig. På senare tid har även EU-domstolen i större utsträckning beaktat den *nationella identiteten* vid bedömning om ett förfarande stått i strid med EU-rätten.

6.5.4 Den nationella identiteten

I art 4.2 FEU föreskrivs det att Unionen skall respektera medlemsstaternas likhet inför fördragen samt deras nationella identitet, som kommer till uttryck i deras politiska och konstitutionella grundstrukturer, inbegripet det lokala och regionala självstyret.

I ett Europa som blivit allt mer kritiska gentemot maktfördelningen i EU är den nationella identiteten något som åberopats för att komma undan vissa regleringar. Man kan diskutera huruvida Systembolaget och den svenska alkoholpolitiken utgör en sådan betydelsefull roll att den skulle kunna sägas vara en del av den nationella identiteten.¹⁵⁰

Den nationella identiteten skulle eventuellt kunna sätta stopp för ett fullt genomslag av EU-rätten i svensk lag. Sverige skulle exempelvis inför ett avgörande i EU-domstolen kunna hävda att den svenska alkoholpolitiken med alkoholmonopolet får anses vara så starkt förankrad i svensk rätt att Sverige inte skall behöva avskaffa monopolet.

6.6 Klarar Systembolaget en ny prövning?

Systembolaget har ett starkt stöd bland regering och den svenska befolkningen.¹⁵¹ Vi känner inte till något annat system och har därför också anpassat oss efter den nuvarande ordningen. Detaljhandelsmonopolet börjar dock luckras upp, både av egen maskin och genom påtryckningar utifrån. Nyligen började exempelvis matjätten Citygross sälja vin tillsammans med sina matkassar, ett förfarande som Systembolaget polisanmälde och menade stod i strid med deras rätt som detaljhandelsmonopolsinnehavare. Åklagare beslutade dock att lägga ner förundersökningen men förfarandet väckte starka reaktioner. En sådan reaktion var den E-handelsutredning som presenterades i somras.

¹⁵⁰ Gustavsson, *Lagstiftning och nationell identitet*, SvJT 2000 s. 218 f.

¹⁵¹ Europaparlamentariker Gunnar Hökmark (M) uttalade dock i P1 Morgon den 20e maj 2014 att han anser att det svenska detaljhandelsmonopolet bör avskaffas för vin.

6.6.1 E-handel

Frågan om e-handel av alkohol och s.k. vinklubbar har väckt debatt och i januari 2014 beslutade regeringen att tillsätta en särskild utredare i frågan. Utredningen stod klar i juli 2014 och i korthet föreslår utredaren att reglerna kring distansförsäljning måste skärpas, att undantaget med privatimport måste förtydligas och att aktörer skall förbjudas att i kommersiellt syfte förmedla försäljningar av alkoholdrycker från utlandet eller på annat sätt medverka till sådan försäljning.¹⁵² Förslaget om ändring i alkohollagen skulle innebära att bl.a. Citygross förfarande med vin till matkassar skulle anses som olagligt. Syftet med lagförslaget är att förtydliga Systembolagets roll, och att ytterligare stärka dess ställning. Man kan diskutera dess förenlighet med EU-rätten då förslaget innebär ytterligare inskränkningar i den fria rörligheten av varor och en begränsning av det EU-domstolen kom fram till i *Rosengren*. Möjligen kommer frågan i sådana fall att hänskjutas till EU-domstolen för prövning och detaljhandelsmonopolet får än en gång omprövas. Jag kan svårligen tro att en sådan inskränkning av domen i *Rosengren* skulle förbigå okritiserat av EU-domstolen. Å andra sidan kan inte EU-domstolen ensamt förkasta svensk lag, eller ogiltigförklara detsamma, utan endast kritisera dess förenlighet med EU-rätten. Det skulle i sådana fall ändå vara upp till den svenska lagstiftaren att besluta att följa EU-domstolens kritik eller inte.

6.6.2 Hemleveranser och Systembolagets dubbla roll

Systembolaget självt har också börjat erbjuda hemleverans av alkohol. Ett förfarande som skulle kunna anses stå i strid med detaljhandelsmonopolets syfte – att begränsa alkoholkonsumtionen. Om Systembolaget både erbjuder näthandel och hemleverans, urholkas då inte folkhälsoargumentet? Det framgår av Franzéndomen att EU-domstolen fäste avgörande vikt vid att tillgängligheten,

¹⁵² SOU 2014:58, *Privat införsel av alkoholdrycker – Tydligare regler i konsekvens med svensk alkoholpolitik*, s. 10.

särskilt till köp av sprit, i det stora hela var avgränsad till Systembolagets särskilda butiker med de begränsningar och kontrollmöjligheter som följer av detta. Skulle Systembolaget bygga upp en omfattande näthandel med lättillgänglig hemtransport urholkas snabbt de folkhälsoargument som hittills burit upp detaljhandelsmonopolet och monopolet skulle kunna förklaras stå i strid med EU-rätten.¹⁵³

Det är vidare problematiskt med den dubbla roll som Systembolaget de facto innehar. Systembolaget har både ett syfte att begränsa alkoholkonsumtionen, men också ett syfte att gå i vinst. Systembolaget är i grund och botten ett aktiebolag, som genererar en vinst på mellan 300 och 400 miljoner kronor per år, utöver de skatteintäkter bolaget inbringar.¹⁵⁴ Bolaget är därför en mycket viktig inkomstkälla för den svenska staten. Det är därför inte förvånande att den svenska staten värnar om detaljhandelsmonopolet, och bolaget har alltså starkt stöd från samtliga riksdagspartier. Den dubbla roll som Systembolaget innehar undergräver folkhälsoargumentet man för och kan få monopolet att vackla. Om bolaget utökar sina åtgärder med hemleverans och e-handel med sina varor kan EU-domstolen eventuellt finna att man inte längre uppfyller syftet att begränsa alkoholkonsumtionen, samtidigt är det naturligt att bolaget vill anpassa och modernisera sig efter den rådande tidsandan.

Det är således oklart hur EU-domstolen skulle bedöma det svenska alkoholmonopolets förenlighet med EU-rätten om bolaget fortsätter att vidta åtgärder som inte går ihop med syftet att allmänt begränsa alkoholkonsumtionen. Det är vidare osäkert hur EU-domstolen skulle se på de inskränkande åtgärderna som lagförslaget gällande E-handel innebär.

¹⁵³ Bernitz, *Näthandeln kan fälla monopolet*, SvD Brännpunkt, http://www.svd.se/opinion/brannpunkt/nathandeln-kan-falla-monopolet_6679756.svd, 2014-08-21, 11:13.

¹⁵⁴ Systembolagets delårsrapport januari-juni 2013.

7 Avslutande synpunkter

I förevarande uppsats har det svenska alkoholmonopolets förenlighet med EU-rätten och den fria rörligheten behandlats. Då juridiken är dynamisk och förändras från tid till tid är det inte sällan man får inta ståndpunkten att rättsläget är oklart. Även en sådan inställning kan man inta till det aktuella ämnet. Som belysts ovan är det först och främst oklart hur man skall tolka EU-domstolens domar rörande statliga handelsmonopol i den bemärkelsen hur institutet förhåller sig till reglerna om den fria rörligheten av varor. Det går, som EU-domstolen gjorde i *Franzén*, anse att statliga handelsmonopol endast skall bedömas utifrån specialbestämmelsen om detsamma i art 37, och se denna bestämmelse som ett undantag från art 34. Det går även, som EU-domstolen gjort i många andra mål, och som många generaladvokater argumenterat för, att anse att ett statligt handelsmonopol bör bedömas både utifrån art 37 och art 34, dvs. kumulativt.

Det första förhållningssättet innebär att reglerna rörande monopolet endast behöver uppfylla de krav som ställs i art 37 vad gäller anpassning och icke-diskriminering. Även vid en sådan bedömning bör man se om åtgärderna kan anses som proportionerliga. En bedömning av det svenska alkoholmonopolets särskilda funktion utifrån art 37 har redan ägt rum i *Franzén*, där domstolen fann att Sverige uppfyllde de krav som ställs i artikeln. Som diskuterats ovan är det dock oklart huruvida Systembolaget diskriminerar i sin handel med varor då det är omöjligt att kontrollera hur inköpsprocessen går till.¹⁵⁵ Det kan vidare poängteras att EU-domstolen i senare mål såsom *Rosengren* funnit att åtgärder vidtagna av monopolet skulle bedömas utifrån art 34, inte art 37. Detta skulle kunna tyda på att domstolen gått mot en mera kumulativ tillämpning av artiklarna, och inte ser art 37 som ett undantag från de övriga reglerna om fri rörlighet av varor.¹⁵⁶

Någon kumulativ bedömning av det svenska alkoholmonopolet i dess helhet har dock aldrig gjorts. En sådan bedömning skulle förmodligen få till följd att det

¹⁵⁵ Se avsnitt 6.2.

¹⁵⁶ Oliver, 2010, s. 413.

svenska alkoholmonopolet skulle anses oförenligt med EU-rätten och den fria rörligheten av varor, såsom GA Elmer också diskuterade i sitt förslag till dom i *Franzén*. Anledningen till detta är att alkoholmonopolet i sådan stor utsträckning hindrar marknadsstillträdet för varor och gör det svårt för konsumenter att nå varorna. EU-domstolen tycks mer och mer bedöma hinder för den fria rörligheten av varor genom marknadsstillträdesprincipen. I tidig praxis uttalades att varors tillträde till medlemsstaternas marknad bör vara avgörande för huruvida ett hinder skall anses föreligga, detta poängterades även senare i *Keck* och bekräftades ytterligare genom *Släpavagnsdomen* och *Mickelsson*. Att applicera en marknadsstillträdesbedömning utifrån art 34 av det svenska alkoholmonopolet innebär dock också att man måste se till art 36 och de undantag som tillåts. Folkhälsan utropas som det viktigaste syftet med det svenska alkoholmonopolet och i detta avseende kan man hävda att Sverige själva borde få besluta om graden av skyddsnivå. Här blir dock proportionalitetsprincipen central. Finns det andra åtgärder som kan uppfylla samma syfte – att skydda folkhälsan, men som är mindre ingripande? Är ett statligt monopol det enda alternativet? En detaljpliktig verksamhet likt den som uppkom efter avskaffandet av Apotekets monopol skulle kunna vara ett likvärdigt alternativ där man fortfarande kan värna om folkhälsan samtidigt som hänsyn till den fria rörligheten av varor tas.

Det kan vidare diskuteras hur utfallet skulle bli om EU-domstolen tillät marknadsstillträdesprincipen att få fullt genomslag och vara avgörande i bedömningen om ett handelshinder föreligger. Med största sannolikhet skulle resultatet av en kumulativ bedömning av monopol både utifrån art 37 och 34 leda till att monopol i mycket liten grad kan tillåtas att existera. Som ovan diskuterats är det oklart om det svenska alkoholmonopolet strider mot art 37 då det inte med säkerhet kan sägas att Systembolaget diskriminerar i sin handel med varor. Väljer dock domstolen att även lyfta in art 34 i bedömningen krävs det inte att monopolet diskriminerar i sin handel med varor utan endast att monopolets verksamhet kan anses hindra marknadsstillträdet. Resultatet av en sådan bedömning skulle med all säkerhet leda till att detaljhandelsmonopolet inte kan anses förenligt med den fria rörligheten av varor. Vid en kumulativ tillämpning

skulle förmodligen kompromissen, såsom art 37 alltjämt är, bli betydelselös. Bestämmelsen skulle stå utan verkan då domstolen vid osäkerhet om diskriminering föreligger alltid skulle kunna gå vidare till art 34 och använda sig av marknadstillträdesprincipen som inte kräver någon diskriminering. Ett sådant utfall kan inte ha varit lagstiftarens tanke. Å andra sidan är den fria rörligheten så pass viktig inom EU. Den är Unionens grundbult. Det finns väldigt få monopol kvar i EU då de flesta kritiserats av EU-domstolen.

Det är problematiskt med monopol, såsom Systembolaget, som har ett tydligt uttalat ändamål - skyddet för folkhälsan, men som inte fullt ut kan sägas uppfylla detta syfte. Jag tror inte heller att lagstiftarens tanke var att art 37 skall kunna fungera som undantagsregel för sådana tveksamma fall. Möjligtvis kan det vara så att art 37 delvis spelat ut sin roll. EU ställer höga krav på de få monopol som fortfarande förekommer, lyckas inte medlemsstaterna uppfylla dessa skall monopolen inte heller tillåtas i dess nuvarande form.

För den svenska regeringen är monopolet en viktig inkomstkälla och att släppa marknaden friare skulle innebära en förslut i det hänseendet. En annan aspekt som har lyfts fram är den att Systembolaget själva vidtagit åtgärder som kan sägas undergräva monopolets syfte. Hemleverans och e-handel med alkohol kan knappast sägas vara förenligt med syftet att allmänt begränsa alkoholkonsumtionen. Överlag torde det vara svårt att hävda att Systembolaget de facto har denna roll då man samtidigt verkar utifrån ett vinstperspektiv. Intressant är även den e-handelsutredning som presenterades i somras som en reaktion på den ökade e-handeln med alkohol. Förslaget, om det antas, skulle innebära en ytterligare inskränkning i den fria rörligheten av varor då man skulle begränsa *Rosengrendomens* tillämpningsområde. En sådan begränsning torde knappast vara förenlig med art 34 och det återstår att se om någon i sådana fall än en gång väljer att utmana det svenska alkoholmonopolet.

Systembolaget har dock alltjämt starkt stöd och förankring bland den svenska befolkningen och regering, mer tveksamt är det dock vad gäller dess rättsliga förankring. Inom en snar framtid är det inte omöjligt att vi skulle kunna gå till vår vanliga matvaruaffär för att inhandla en flaska vin. Det återstår dock att se

vilka vindar som kommer blåsa i Europa och om den svenska regeringen alltjämt kommer stå fast vid det svenska alkoholmonopolet.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Proposition 1998/99:134 *Vissa alkoholfrågor m.m.*

Proposition 2007/08:119 *Alkoholfrågor med EG-rättslig anknytning.*

SOU 2014:58, *Privat införsel av alkoholdrycker – Tydligare regler i konsekvens med svensk alkoholpolitik.*

Litteratur

Bernitz, Ulf, Kjellgren, Anders, *Europarättens grunder*, 2014, Norstedts Juridik.

Craig, Paul, de Burca, Grainne, *EU Law – Texts, Cases and Materials*, 2011, Oxford University Press.

Gundersen, Fridtjof Frank, *Statlige handelsmonopoler og EF*, 1973, Universitetsforlaget.

Gustavsson, Sverker, *Lagstiftning och nationell identitet*, Svensk Juridisk Tidskrift, 2000, s. 218.

Hettne, Jörgen, *Apoteksdomen – monopollet på fallrepet*, Europarättslig tidskrift, nr 3, 2005.

Hettne, Jörgen, *Monopol i förändring – EU-anpassning eller samhällsutveckling*, Europaperspektiv, 2009.

Oliver, Peter, *Oliver on Free movement of goods in the European Union*, Hart Publishing, 2010.

Oliver, Peter, *Of Trailers and Jet Skis: Is the Case Law on Article 34 TFEU Hurling in a New Direction?*, Fordham International Law Journal, vol 33, 2011.

Pehrson, Lars, Wahl, Nils, *Systembolaget*, Juridisk Tidskrift 97/98, nr 3.

Tinbergen, Jan, *International economic integration*, 1965, Elsevier.

Nationella och utländska domstolar

Svenska domstolar

NJA 2008 s. 259

Luleå tingsrätts mål B 1874-04 och B 1895-04

Landskrona tingsrätts mål nr B 235/94

EU-domstolen

Mål C-6/64 Flaminio Costa mot ENEL (ECLI:EU:C:1964:34)

Mål 2/73 Geddo mot Ente Nazionale Risi (ECLI:EU:C:1973:89)

Mål 8/74 Procureur de Roi mot Dassonville (Dassonville) (ECLI:EU:C:1974:82)

Mål 59/75 Pubblico Ministro mot Manghera (Manghera) (ECLI:EU:C:1976:14)

Mål 45/75 Rewe-Zentrale mot Hauptzollamt Landau/Pfalz (Rewe)
(ECLI:EU:C:1976:22)

Mål 91/75 Miritz (ECLI:EU:C:1976:22)

Mål 35/76 Simmenthal mot Amministrazione delle Finanze dello Stato
(ECLI:EU:C:1979:53)

Mål 120/78 Rewe-Zentrale AG mot Bundesmonopolverwaltung für Branntwein
(Cassis de Dijon) (ECLI:EU:C:1979:42)

Mål 91/78 Hansen II (ECLI:EU:C:1979:65)

Mål 86/78 Pireux I (ECLI:EU:C:1979:64)

Mål 15/81 Gaston Schul Douane Expéditeur BV mot Inspecteur der
Invoerrechten en Accijnzen Roosendaal (ECLI:EU:C:1982:135)

Mål 271/81 Soc. Coopérative du Béarn mot Mialocq m.fl
(ECLI:EU:C:1983:175)

Mål 90/82 Kommissionen mot Frankrike (tobacco I) (ECLI:EU:C:1983:169)

Mål 78/82 Kommissionen mot Italien (tobacco) (ECLI:EU:C:1983:159)

Mål 72/83 Campus Oil mot Minister for Industry and Energy
(ECLI:EU:C:1984:256)

Mål 118/85 Kommissionen mot Italien (ECLI:EU:C:1987:283)

Mål C-145/88 Torfaen BC mot B&Q plc (ECLI:EU:C:1989:593)

Mål C-347/88 Kommissionen mot Grekland (Greek Oil) (ECLI:EU:C:1990:470)

Mål C-260/89 Ellinko Radiophonia Tileorassi mot Dimotiki Etairia Pliroforissis
(ECLI:EU:C:1991:254)

Mål C-202/88 Kommissionen mot Frankrike (ECLI:EU:C:1991:120)

Mål C-306/88 Rochdale Borough Council mot Stewart John Anders
(ECLI:EU:C:1992:510)

Mål C-304/90 Reading Borough Council mot Payless Diy Ltd m.fl.
(ECLI:EU:C:1992:512)

Mål C-169/91 Stoke-on-Trent CC mot B&Q plc (ECLI:EU:C:1992:519)

Mål C-267-268/91 Brottmål mot Bernard Keck och Daniel Mithouard (Keck)
(ECLI:EU:C:1993:905)

Mål C-292/92 Hünermund m.fl. mot Landesapothekerkammer Baden-
Württemberg (ECLI:EU:C:1993:932)

Mål C-401-02/92 Tankstation 't Heükske vof och J.B.E Boermans
(ECLI:EU:C:1994:220)

Mål C-69/93 Punto Casa SpA mot Sindaco del Comune di Capena m.fl.
(ECLI:EU:C:1994:226)

Mål C-17/93 Openbaar Ministerie mot Van der Veldt (ECLI:EU:C:1994:299)

Mål C-379/92 Brottmål mot Matteo Peralta (ECLI:EU:C:1994:296)

Mål C-384/93 Alpine Investments BV mot Minister van Financiën
(ECLI:EU:C:1995:126)

Mål C-391/92 Kommissionen mot Grekland (ECLI:EU:C:1995:199)

Mål C-415/93 Union royale belge des sociétés de football association ASBL mot
Jean-Marc Bosman (ECLI:EU:C:1995:463)

Mål C-387/93 Brottmål mot Giorgio Domingo Banchemo (ECLI:EU:C:1995:439)

Mål C-34/95 Konsumentombudsmannen mot De Agostini Förlag AB
(ECLI:EU:C:1997:344)

Mål C-35-36/95 Konsumentombudsmannen mot TV-Shop i Sverige AB
(ECLI:EU:C:1997:344)

Mål C-157/94 Kommissionen mot Nederländerna (ECLI:EU:C:1997:499)

Mål C-158/94 Kommissionen mot Italien (ECLI:EU:C:1997:500)

Mål C-159/94 Kommissionen mot Frankrike (ECLI:EU:C:1997:501)

Mål C-160/94 Kommissionen mot Spanien (ECLI:EU:C:1997:502)

Mål C-189/95 Brottmål mot Harry Franzén (Franzén) (ECLI:EU:C:1997:504)

Mål C-35/96 Kommissionen mot Italien (ECLI:EU:C:1998:303)

Mål C-254/98 Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb mot TK-Heimdienst Sass GmbH (Heimdienst) (ECLI:EU:C:2000:12)

Mål C-405/98 Konsumentombudsmannen mot Gourmet International products AB (ECLI:EU:C:2001:135)

Mål C-36/02 Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs- GmbH mot Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn (ECLI:EU:C:2004:162)

Mål C-438/02 Brottmål mot Krister Hanner (ECLI:EU:C:2005:332)

Mål C-170/04 Klas Rosengren mot Sverige (ECLI:EU:C:2007:313)

Mål C-186/05 Kommissionen mot Sverige (ECLI:EU:C:2007:571)

Mål C-110/05 Kommissionen mot Italien (ECLI:EU:C:2009:66)

Mål C-165/08 Kommissionen mot Polen (ECLI:EU:C:2009:473)

Mål C-142/05 Åklagaren mot Percy Mickelsson och Joakim Roos (Mickelsson) (ECLI:EU:C:2009:336)

Generaladvokater i EU-domstolen

GA Cosmas i förenade målen C-157/94 Kommissionen mot Nederländerna, C-158/94 Kommissionen mot Italien, C-159/94 Kommissionen mot Frankrike och C-160/94 Kommissionen mot Spanien.

GA Francis Jacobs i Mål C-412/93 Leclerc-Siplec mot TF1 Publicité SA och M6 Publicité SA.

GA Elmer i mål C-189/95 Brottmål mot Harry Franzén (Franzén).

GA Léger i mål C-438/02 Brottmål mot Krister Hanner (Hanner).

GA Kokott i mål C-142/05 Åklagaren mot Percy Mickelsson och Joakim Roos (Mickelsson).

Övrigt

Konkurrensverkets rapport till Europeiska kommissionen nov 1996 -
Förhållanden på den svenska marknaden för alkoholdrycker.

Konkurrensverkets rapport till Europeiska kommissionen juni 2013 -
Övervakning av det svenska detaljhandelsmonopolet för alkoholdrycker.

Konkurrensverkets rapport till Europeiska kommissionen december 2013 -
Övervakning av det svenska detaljhandelsmonopolet för alkoholdrycker.

WHO, Global status report of alcohol and health 2014.