



Juridisk Publikation

STOCKHOLM - UPPSALA - LUND - GÖTEBORG - UMEÅ

Richard Bergflo

En leverantörs möjligheter att överpröva beslut
från Systembolaget

Ursprungligen publicerad i JP 1/2009

Särtryck ur Jubileumsnumret 2019.

EN LEVERANTÖRS MÖJLIGHETER ATT ÖVERPRÖVA BESLUT FRÅN SYSTEMBOLAGET

Av Richard Bergflo¹

Systembolaget har detaljhandelsmonopol på alkoholdrycker i Sverige. Detta får till följd att ett beslut om marknadsstillträde för en produkt får stor betydelse för enskilda leverantörer. Krav måste därför ställas på att Systembolagets varuinköps- och offert-system uppfyller rimliga krav på rättssäkerhet. Att en leverantör har möjlighet att få ett inköpsbeslut överprövat av ett oberoende kontrollorgan är önskvärt ur rättssäkerhetssynpunkt.

I dag står det klart att en leverantör kan överklaga ett avisnings- eller avlistningsbeslut till Alkohol- och läkemedelsortimentsnämnden (se kapitel 3.2). Vidare råder inget tvivel om att en leverantör har möjlighet att begära överprövning av ett produktinköp med stöd av lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) och därigenom få tillgång till en domstolsprövning (se kapitel 2.4). Mycket talar för att Systembolaget skall anses utgöra en upphandlande myndighet och därigenom omfattas av LOU (se kapitel 2.2).

Större osäkerhet råder huruvida en leverantör med stöd av artikel 6 i Europakonventionen kan få till stånd en domstolsprövning av ett beslut från Alkohol- och läkemedelsortimentsnämnden. Enligt min mening kan man på goda grunder argumentera för att en leverantör har rätt till domstolsprövning med stöd av artikel 6 (se kapitel 4.2). Av intresse är då om denna rätt till domstolsprövning har kränkts, vilket är beroende av om Alkohol- och läkemedelsortimentsnämnden kan anses vara en domstol i Europakonventionens mening. Sannolikt ses nämnden som en domstol (se kapitel 4.3).

I. INLEDNING

Systembolaget är ett aktiebolag vilket innebär att bolaget inte är en förvaltningsmyndighet eller annat offentligrättsligt organ.² Systembolagets beslut anses inte utgöra myndighetsutövning och Systembolaget omfattas inte av bestämmelserna i tryckfrihetsförordningen (1949:105) och sekretesslagen (1980:100) om offentlighet av allmänna handlingar.³

¹ Författaren är Director och Senior Legal Counsel på Deutsche Pfandbriefbank och artikeln är baserad på författarens examensarbete. Artikeln är tidigare publicerad i Juridisk Publikation nr 1/2009.

² Se Bohlin, Alf, Warnling-Nerep, Wiweka, Förvaltningsrättens grunder, 2 uppl., Stockholm 2007, s. 31.

³ Se Bohlin, Alf, Offentlighetsprincipen, 7 uppl., Stockholm 2007, s. 56 f.

Då Systembolaget har detaljhandelsmonopol på alkoholförsäljning till allmänheten måste höga krav ställas på att Systembolaget vid val av produkter inte missgynnar eller diskriminerar någon leverantör. Systembolagets beslut att köpa in en produkt är således den enda möjligheten för en leverantör och partihandlare att få sälja sina alkoholprodukter till allmänheten. Systembolaget måste därutöver bedriva märkesneutrala inköp för att detaljhandelsmonopolet skall vara tillåtet enligt EG-fördraget.⁴

I det rättsliga efterspelet av den s.k. ”muthärvan” dömdes sammanlagt 65 butikschefer i hela landet för mutbrott.⁵ Brotten bestod i att butikschefer tog emot mutor i form av vinflaskor, vinkylar, resor och checkar från olika alkoholleverantörer i utbyte mot att butikscheferna köpte in leverantörernas produkter och gav dessa en gynnsam exponering i butik. Produkterna premierades även genom att de anställda instruerades att framhäva de utvalda produkterna vid rådgivning och information till kunderna. På så sätt ökade försäljningen av varorna vilket innebar att produkterna fick högre bidrags- och rankingpoäng i Systembolagets inköps- och sortimentsystem. Vissa leverantörer spenderade även stora pengar på att återköpa sina egna produkter från utvalda butiker för att på så sätt få upp bidrags- och rankingpoängen.⁶

När en produkt erhåller höga bidrags- och rankingpoäng placeras produkten i det fasta sortimentets s.k. basmodul vilket får till följd att produkten erhåller en garanterad butikstäckning i hela landet. Det är endast de högst rankade varorna i varje dryckessegment som ingår i denna basmodul. Produkter med sämre bidrags- och rankingpoäng hamnar i någon av de s.k. tilläggsmodulerna med innebörden att produkten får en garanterad butikstäckning på alltifrån 44 till 408 butiker beroende på vilken tilläggsmodul som produkten kvalificerar sig till.⁷ De varor som inte kvalificerar sig till moduldelen hamnar i kompletterandedelen. Denna del erbjuder inte någon garanterad butikstäckning utan varorna lagerförs efter beslut från varje enskild butik.⁸

Dagens inköpssystem innebär att åttio procent av varje butiks lagerhållning styrs centralt av Systembolaget medan tjugo procent styrs lokalt av varje butik. Detta skapar utrymme för leverantörer att påverka en butikschef att premiera

4 Se EG-domstolens dom av den 5 juni 2007 i mål C-170/04, Rosengren m.fl. (REG 2007, s. I-4071).

5 Se Helsingborgs tingsrätts dom i mål B 685-05.

6 Se Helsingborgs tingsrätts dom i mål B 685-05 och Stockholms tingsrätts domar i målen B 4684-03 och B 22379-05.

7 Se Systembolagets allmänna inköpsvillkor, bilaga 4A, p. 4A.1 och p. 4A.2.

8 Se Systembolagets allmänna inköpsvillkor, bilaga 4A, p. 4A.1.2.

just deras varor vid inköp och exponering.⁹ En leverantör är även beroende av att en vara erhåller så höga poäng som möjligt i Systembolagets bildtester för att gå vidare i ett inköpsförfarande. Då utprovningarna sker utan möjlighet till granskning och kontroll från oberoende aktörer måste höga krav ställas på att dessa tester sker på ett korrekt sätt. Mutbrottsrättegångarna visar även att de beslut som Systembolaget fattar rörande inköp och försäljning av alkoholprodukter får stora konsekvenser för enskilda leverantörer. Incitamenten att påverka en butikschef kvarstår alltså.

Det får mot bakgrund av det nu anförda inte råda några tvivel om att de beslut som avgör om en produkt ges tillträde till en monopoliserad marknad grundar sig på saklighet och opartiskhet. Att en leverantör ges möjlighet att få Systembolagets inköpsbeslut avseende olika drycker prövade i ett rättsligt förfarande är vidare önskvärt ur en rättssäkerhetssynpunkt. Syftet med denna artikel är således att försöka utreda vilka rättsmedel en leverantör av alkoholhaltiga drycker kan använda för att få till stånd en rättslig prövning av Systembolagets beslut.

2. MÖJLIGHETER TILL RÄTTELSE OCH ÖVERPRÖVNING MED STÖD AV LOU

2.1 OMFATTAS SYSTEMBOLAGET AV LOU?

Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) kommer endast att behandlas översiktligt inom ramen för denna artikel och då primärt utifrån de möjligheter till överprövning som lagen ger. LOU grundar sig på EG-direktiv 2004/18/EEG vilket reglerar upphandlingar av bl.a. varor och tjänster som görs av stat, kommuner och landsting. Lagen gäller även för bolag, föreningar, samfälligheter och stiftelser som har inrättats i syfte att täcka behov i det allmännas intresse. En förutsättning för att LOU skall gälla de senare kategorierna av juridiska personer är bland annat att det behov organen ska uppfylla inte är av industriell eller kommersiell karaktär.¹⁰

Systembolaget tillämpar idag inte bestämmelserna i LOU då bolaget själv anser sig stå utanför lagens tillämpningsområde. För att Systembolaget skall omfattas av LOU måste rekvisiten för att klassificeras som en upphandlande myndighet enligt 2 kap. 19 § LOU vara uppfylla. 2 kap. 19 § LOU har följande lydelse:

⁹ Misstanke om mutbrott mot butikschef har förekommit år 1997, 1999 och nu senast år 2003 då den stora muthärvan uppdagades. Se Helsingborgs tingsrätts dom i mål B 685-05 och Stockholms tingsrätts domar i målen B 4684-03 och B 22379-05.

¹⁰ Se prop. 2006/07:128, s. 133.

”Med upphandlande myndighet avses statliga och kommunala myndigheter. Vid tillämpning av denna lag skall med myndighet jämföras

1. beslutande församlingar i kommuner och landsting, och
2. offentligt styrda organ som avses i 12 §, samt
3. sammanslutningar av en eller flera myndigheter enligt första stycket eller församlingar enligt 1 eller sammanslutningar av ett eller flera organ enligt 2.”

2 kap. 12 § LOU har följande lydelse:

”Med offentligt styrda organ avses sådana bolag, föreningar, delägarförvaltningar, särskilt bildade samfällighetsföreningar och stiftelser som tillgodoser behov i det allmännas intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär, och

1. som till största delen är finansierade av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet,
2. vars verksamhet står under kontroll av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet, eller,
3. i vars styrelse eller motsvarande ledningsorgan mer än halva antalet ledamöter är utsedda av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet.”

Begreppet upphandlande myndighet i LOU är något missvisande då det organ som bedriver upphandlingen inte behöver vara en myndighet enligt svensk rätt och svenskt språkbruk. Även t.ex. privata bolag och stiftelser som uppfyller kraven i 2 kap. 12 § omfattas av LOU.¹¹

2.1.1 BEGREPPET OFFENTLIGT STYRDA ORGAN

För att ett bolag skall klassificeras som en upphandlande myndighet krävs enligt 2 kap. 19 § LOU att bolaget är ett offentligt styrt organ i enlighet med 2 kap. 12 §. Bestämmelserna är utformade utifrån direktivets ordalydelse och bygger på EG-domstolens rättspraxis om vad som anses utgöra ett offentligt styrt organ.¹²

Med offentligt styrda organ i LOU menas en juridisk person som tillgodoser behov i det allmännas intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär. Genom EG-domstolens rättspraxis har

¹¹ Se prop. 2006/07:128, s. 147 f.

¹² Se prop. 2006/07:128, s. 148.

klargjorts att en upphandlande myndighet som först efter bildandet anförtrots uppgifter av allmänt intresse även skall betraktas som en upphandlande myndighet. Avseende skall således inte enbart fästas vid vad myndigheten anförtrots för uppgifter vid bildandet, av intresse är även vad myndigheten bedriver för verksamhet efter bildandet.¹³

Att kraven på finansiering, kontroll och styrelsesammansättning enligt 2 kap. 12 § p. 1-3 LOU är uppfyllda i fråga om Systembolaget råder det inte någon tvekan om.¹⁴ Systembolaget har dock i en rad yttranden till Nämnden för offentlig upphandling (NOU), en myndighet som tidigare var tillsynsmyndighet över LOU:s efterlevnad men vars arbetsuppgifter sedan den 1 september 2007 överförts till Konkurrensverket, manifesterat att det inte anser sig bundet av LOU därför att Systembolaget inte utgör en upphandlande myndighet i den mening som avses i lagen.¹⁵ Som skäl har anförts att Systembolaget bedriver sin verksamhet i syfte att maximera sin försäljning och uppnå hög lönsamhet för aktieägaren, dvs. staten.¹⁶ Vidare har anförts att man måste skilja på bolagets verksamhet att köpa in och återförsälja alkohol och bolagets försäljningsvillkor, som enligt bolaget är den egentliga kärnverksamheten.¹⁷ Systembolaget skulle därmed vara ett kommersiellt bolag vars syfte är att köpa in alkoholdrycker för att försälja dessa med vinst.¹⁸

I regeringens svar till Europeiska kommissionens formella underrättelse från februari år 2000 delade regeringen Systembolagets uppfattning att bolaget inte föll in under begreppet upphandlande myndighet.¹⁹ Regeringen anförde att Systembolaget uppfyllde villkoren på finansiering, kontroll och styrelsesammansättning i direktivet, men ansåg att Systembolaget inte hade inrättats i syfte att tillgodose ett behov i det allmännas intresse eller att, om bolaget skulle anses ha inrättats för ett sådant behov, tillgodoseendet av detta behov var av industriell eller kommersiell karaktär.

Regeringen framhöll att med begreppet ”tillkommit i det särskilda syftet att tillgodose allmänna intressen” menades en verksamhet som var till nytta för allmänheten, således inte vilken verksamhet som helst. Därav följde att

13 Se prop. 2006/07:128, s. 148.

14 Se regeringens svar på den formella underrättelsen från Europeiska kommissionen, Fi 2000/454.

15 Se yttrande i ärende dnr 1999/0070-26 och yttrande i skrivelse dnr 1999/0233-29 till NOU.

16 Se NOU:s yttrande i ärende dnr 1999/0070-26, s. 4 ff.

17 Se NOU:s yttrande i ärende dnr 1999/0070-26, s. 5.

18 Se NOU:s yttrande i ärende dnr 1999/0070-26, s. 5.

19 Se Europeiska kommissionens formella underrättelse SG(2000) D/1997/4610 och regeringens svar på denna underrättelse, Fi 2000/454.

Systembolaget inte hade inrättats för att tillgodose sådana allmännyttiga intressen då detaljhandel med alkohol inte var knutet till något samhällsintresse.

Om Systembolaget ändå skulle anses vara inrättat i det särskilda syftet att tillgodose allmänna intressen, menade regeringen att tillgodoseendet av detta behov var av industriell eller kommersiell karaktär. Enligt regeringen var den enda rimliga tolkningen av detta begrepp att det var fråga om den verksamhet som tillgodoser de allmännyttiga behoven, inte behoven som sådana, som inte skall vara av industriell eller kommersiell karaktär.²⁰ Avgörande för frågan om verksamheten var av industriell eller kommersiell karaktär, var då om Systembolagets verksamhet kunde bedrivas utan att vara ekonomiskt beroende av staten. Som svar på frågan anförde regeringen att Systembolagets verksamhet bedrevs med krav på affärsmässighet och lönsamhet. Någon garanti för att bolaget skulle få tillskott av staten till sin verksamhet i händelse av att bolaget skulle gå med underskott fanns inte. Regeringen menade att detta sammantaget ledde till att Systembolagets verksamhet var av industriell eller kommersiell karaktär och att den därmed föll utanför upphandlingsdirektivet.²¹

NOU var av motsatt uppfattning. NOU menade att Systembolaget var en juridisk person som i Sverige tilldelats rollen att bedriva ett alkoholpolitiskt motiverat detaljhandelsmonopol. Denna ensamrätt motiverades av folkkyrketshänsyn och utgjorde därmed ett behov som staten hade av att främja folkhälsan.²² Detta syfte fick, enligt NOU, anses vara det allmänna intresset som bolaget särskilt var skyldigt att tillgodose. Som stöd för dessa slutsatser anfördes att Systembolaget var tvungen att ta hänsyn till alkohol- och hälsopolitiska aspekter vid lokaliseringen av bolagets försäljningsställen, då polismyndighet och kommun skulle rådfrågas innan en ny butik fick öppnas.²³ Ersättningen till de näringsidkare som bedrev s.k. utlämningsställen²⁴ lades även på en sådan nivå att incitament för att bedriva merförsäljning motverkades. Ersättningen skulle endast ge tackning för näringsidkarens merkostnader förorsakade av utlämningsstället.²⁵ NOU menade att dessa omständigheter sammantaget innebar att Systembolagets allmännyttiga uppgift var överordnad bolagets

20 Se regeringens svar på Europeiska kommissionens formella underrättelse, Fi 2000/454, s. 5.

21 Se, Fi 2000/454, s. 8.

22 Se NOU:s yttrande i ärenden dnr 1999/0070-26, s. 5.

23 Se 10 § i avtalet mellan Systembolaget och staten (2008:39).

24 Utlämningsställen är vanliga affärer som har rätt att sälja alkohol. Dessa utlämningsställen finns på vissa orter där en systembutik saknas.

25 Se 3 § i Systembolagets standardavtal mellan Systembolaget och de näringsidkare som bedriver utlämningsställen samt Systembolagets yttrande till NOU i ärende dnr 1999/0070-26, s. 2 f.

strävan att maximera sin försäljning och generera vinst till aktieägaren. Följden blev att bolaget måste anses omfattas av begreppet upphandlande myndighet och var därmed skyldigt att tillämpa bestämmelserna i LOU.²⁶

Europeiska kommissionen anförde i sin formella underrättelse till regeringen att Systembolaget omfattades av gemenskapens direktiv om offentlig upphandling. Kommissionen stödde sig på EG-domstolens dom i Franzen-målet där EG-domstolen uttalat att ”ett statligt detaljhandelsmonopol för alkoholdrycker, såsom det som innehas av Systembolaget, avser ett mål av allmänintresse i det att det syftar till att skydda folkhälsan mot alkoholens skadeverkningar”.²⁷ Vidare anförde kommissionen att den kommersiella eller industriella karaktären av allmänintresset beror av det sätt myndigheten i fråga förväntas tillgodose det på. Om en upphandlande myndighet är utsatt för konkurrens förutsätts att verksamheten bedrivs på marknads villkor, men om myndigheten däremot saknar konkurrens skall direktivet om offentlig upphandling tillämpas. Slutsatsen som kommissionen drog var att Systembolaget inte var utsatt för ett lönsamhetskrav såsom privata marknadsaktörer. Någon konkurrens rådde heller inte på detaljhandelsmarknaden för alkoholdrycker. Sammantaget ledde det till att Systembolaget ansågs ha tillkommit i det särskilda syftet att tillgodose allmänna intressen, samt att detta syfte inte var av industriell eller kommersiell karaktär.

Vilka slutsatser kan man då dra i fråga om Systembolaget? Skall bolaget anses utgöra en upphandlande myndighet i LOU:s mening? Någon tvekan torde inte råda om att Systembolaget har tillkommit i det allmännas intresse för främjandet av folkhälsan genom att begränsa alkoholens skadeverkningar.²⁸ Paralleller kan dras till EG-domstolens dom i Mannesmann, där ett tyskt bolag hade bildats för att med ensamrätt framställa officiella administrativa handlingar varav vissa omfattades av sekretess medan andra var avsedda att ge spridning åt statens lagar och författningar. Bolaget bedrev även annan verksamhet såsom framställande av böcker och andra trycksaker. Prissättningen på dessa trycksaker bestämdes av ett organ som var sammansatt av medlemmar som till majoriteten utnämndes av staten. Ett statligt kontrollorgan övervakade de trycksaker som omfattades av säkerhetsföreskrifter.²⁹ EG-domstolen konstaterade att bolaget enligt gällande tysk lagstiftning hade skapats i det särskilda syftet att tillgodose

26 Se Rapport från Riksrevisionen, RiR 2006:15, s. 34.

27 Se Europeiska kommissionens formella underrättelse, dnr SG(2000) D/1997/4610 och EG-domstolens dom C-170/04 p. 41.

28 Se t.ex. prop. 1994/95:89, s. 39 f och EG-domstolens dom C-189/95 p. 41.

29 Se EG-domstolens dom den 15 januari 1998 i mål C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl. (REG 1998, s. I-73) p. 22-24.

allmänna intressen. Det spelade ingen roll att bolaget även bedrev annan kommersiell verksamhet. Domstolen konstaterade vidare att bolaget hade tillkommit för att tillgodose allmänna intressen som inte har industriell eller kommersiell karaktär. Detta då de handlingar som bolaget skall framställa ”är nära knutna till samhällsintresset och den verksamhet som staten bedriver i egenskap av institution, för vilka det krävs en garanterad tillförsel och framställningsvillkor som säkerställer att föreskrifter om konfidentialitet och säkerhet följs”.³⁰

Mot bakgrund av denna dom torde man kunna konstatera att även om Systembolaget, såsom de själva anför, anser att man kan dela upp kärnverksamheten från dess övriga verksamhet eller den ”egentliga” kärnverksamheten och de former under vilka denna bedrivs, så får Systembolaget anses vara ett sådant bolag som i upphandlingsdirektivet, och följaktligen även i LOU, anses utgöra ett bolag bildat för att särskilt tillgodose det allmännas intressen.

Det räcker dock inte med denna slutsats. Såsom tidigare konstaterats, och som framgår av Geemte Arnhem, måste åtskillnad göras avseende allmännyttiga behov av industriell och kommersiell karaktär och sådant behov som inte är av industriell eller kommersiell karaktär.³¹ Att Systembolaget skulle vara ett bolag som täcker allmännyttiga behov av industriell eller kommersiell karaktär motsägs bl.a. av det faktum att en bärande tanke i det svenska alkoholmonopolet är att handel av alkoholdrycker skall vara förebehållet ett bolag där det allmänna äger bestämmande inflytande och som bedrivs utan enskilt vinstintresse.³² Som NOU även anförde sker ersättningen till leverantörer som bedriver utlämningsställen på ett sådant sätt att merförsäljning skall undvikas. Något utpräglat vinstintresse, vilket får anses utgöra kärnan i en kommersiell verksamhet, torde således i Systembolagets fall saknas då bolagets allmännyttiga uppgifter går före strävan att generera vinst.³³ Denna slutsats stöds även av regeringens yttrande till EG-domstolen i Franzen-målet. Regeringen anförde att försäljning av alkoholdrycker skall ske utan privat vinstintresse och att försäljningen skall bedrivas med socialt ansvar. Regeringen tillade i sitt yttrande att ”detaljhandelsmonopolet utgör härvid den främsta garantin för att /.../ priserna på alkoholdrycker inte drastiskt sänks till följd av konkurrens på detaljhandelsmarknaden, med ökad konsumtion och ökade alkoholskador

30 Se EG-domstolens C-44/96, p. 24-26.

31 Se EG-domstolens dom den 10 november 1998 i mål C-360/96, BFI Holding (REG 1998, s. I-6821) p. 36.

32 Se prop. 1994/95:89, s. 41.

33 Jämför t.ex. vinstkravet i 3 kap. 3 § aktiebolagslagen (2005:551).

som följd”.³⁴ Även Landskrona tingsrätt, den domstol som begärde förhandsavgörandet i Franzen-målet, fastslog att svensk alkoholpolitik har som målsättning att begränsa konkurrensen och privata vinstintressen.³⁵

Intressant är även att regeringen i förarbetena till ändringen av den äldre LOU, vars bestämmelser i huvudsak har överförts till nuvarande lagstiftning, har tolkat upphandlingsdirektivet så att ”betydelsen av den industriella eller kommersiella karaktären har förtydligats till att avse de behov i det allmännas intresse, för vilka enheten *inrättats* [min kursivering]. Bestämmelsen i dess tidigare lydelse tillmätte felaktigt karaktären hos den upphandlande enheten denna betydelse”.³⁶ Denna tolkning torde innebära att Systembolaget kan vara ett bolag som inrättats i syfte att tillgodose behov i det allmännas intresse som inte är av industriell eller kommersiell karaktär även om bolagets fortsatta verksamhet kan karakteriseras som kommersiell. Det avgörandet torde alltså vara om det behov i det allmännas intresse som bolaget inrättats för är av kommersiell eller industriell natur, och således inte bolagets numera faktiska verksamhet. Denna tolkning stöds även av Geemte Arnhem-domen där EG-domstolen konstaterade att betydelsen av den industriella eller kommersiella karaktären har tillkommit för att precisera det allmännyttiga behovet, och skapa en underkategori av sådana behov som inte är av industriell eller kommersiell beskaffenhet.³⁷ Tolkningen stöds även av uttalandet att åtskillnad skall göras mellan behov i det allmännas intresse som är av industriell eller kommersiell karaktär och sådant behov som inte är av industriell eller kommersiell karaktär.³⁸ Det torde därvid vara fråga om det behov som Systembolaget inrättats för, som skall bedömas om det uppfyller kravet på att vara av kommersiell eller industriell beskaffenhet, och inte den verksamhet som bolaget bedriver.³⁹

I Geemte Arnhem-domen konstaterades att förekomsten av utvecklad konkurrens, i synnerhet den omständigheten att ett bolag handlar i en konkurrenssituation på marknaden, kan vara ett tecken på att det är fråga om ett allmännyttigt behov som är av industriell eller kommersiell karaktär.⁴⁰ Domstolen uttalar vidare att ett allmännyttigt behov som inte är av industriell

34 Se Europeiska kommissionens formella underrättelse, dnr SG(2000) D/1997/, s. 7.

35 Se Landskrona tingsrätts dom i mål B 234/94 och Europeiska kommissionens formella underrättelse, dnr SG(2000) D/1997/, s. 7.

36 Se prop. 1996/97:153, s. 58.

37 Se EG-domstolens dom C-360/96, p. 34.

38 Se EG-domstolens dom C-360/96, p. 36.

39 Regeringen är dock av motsatt uppfattning. Se regeringens svar på Europeiska kommissionens formella underrättelse, Fi 2000/454 s. 5.

40 Se EG-domstolens dom C-360/96, p. 49.

eller kommersiell karaktär i allmänhet är ett sådant behov som staten, av skäl som har samband med allmänintresset, väljer att själv tillgodose eller som den avser att fortsätta ha ett avgörande inflytande på.⁴¹ I domen klargörs att begreppet *upphandlande myndighet* måste tolkas funktionellt för att ge full verkan åt principen om fri rörlighet.⁴² Detta uttalande stödjer enligt min mening NOU:s uppfattning att begreppet skall tolkas mot bakgrund av bl.a. marknadssituationen i Sverige. Systembolaget får därmed anses passa in i denna allmänna mall som EG-domstolen uppställer då staten väljer att bedriva detaljhandel av alkoholdrycker genom Systembolaget, vilket får anses ha ett starkt samband med allmänintresset.

Med hjälp av EG-domstolens rättspraxis på området, framförallt domarna i Geemte Arnhem- och Mannersmann-målen, samt med stöd av de svenska förarbetena till LOU, torde man kunna sluta sig till att Systembolaget utgör ett bolag som bildats för att tillgodose behov i det allmännas intresse, samt att detta behov inte är av kommersiell eller industriell karaktär. Systembolaget är därmed ett offentligt styrt organ som skall omfattas av bestämmelserna i LOU.

2.2. VILKA RÄTTSMEDEL ERBJUDER LOU?

I föregående kapitel konstaterades att Systembolaget torde omfattas av LOU. De konsekvenser som därmed inträder är framför allt att en leverantör har möjlighet att utnyttja de rättsmedel som lagen erbjuder. Rättsmedlen är överprövning och skadestånd och bygger på rättsmedelsdirektivet 89/665/EEG. Enligt direktivet är medlemsstaterna skyldiga att se till att beslut från upphandlande myndigheter kan prövas effektivt och skyndsamt. Prövningsförfarandet skall kunna återopas av envar som har eller har haft intresse av att få ett upphandlingskontrakt och som har skadats eller riskerar att skadas av en påstådd överträdelse.⁴³ Den närmare utformningen av prövningsförfarandet överlämnas till medlemsstaterna att avgöra men vissa rättsmedel är obligatoriska, såsom att olagliga beslut skall kunna åsidosättas och skadestånd skall kunna utgå till den som lidit skada av en överträdelse. Genom 16 kapitlet i LOU har rättsmedelsdirektivets bestämmelser införlivats i svensk rätt.

För att en leverantör skall kunna vinna framgång med sin ansökan om överprövning krävs enligt 16 kap. 1 § LOU att leverantören kan visa att denne lidit eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU.

41 Se EG-domstolens dom C-360/96, p. 51.

42 Se EG-domstolens dom C-360/96, p. 62.

43 Se EG-domstolens dom av den 28 oktober 1999 i mål C-81/98, Alcatel Austria m.fl. (REG 1999, s. I-7671).

Efter det att ett upphandlingskontrakt har slutits mellan den upphandlande myndigheten och den vinnande anbudsgivaren öppnas även en möjlighet för förlorande leverantörer att begära skadestånd av den upphandlande myndigheten. En förutsättning för att vinna framgång med en skadeståndstalan är att den skadelidande kan visa att det skett ett fel i upphandlingen och att felet har medfört att leverantören har lidit skada. Skadan skall i princip bero på att leverantören inte utsågs till vinnare i upphandlingen och därmed drabbas av förlorade inkomster och onödiga kostnader.⁴⁴

2.3. KAN SYSTEMBOLAGETS BESLUT ÖVERPRÖVAS MED STÖD AV LOU?

I kapitel 2.1 konstaterades att LOU torde vara tillämpligt på Systembolaget. I detta kapitel skall utredas om Systembolagets beslut kan överprövas med stöd av LOU.

Begreppet beslut i rättsmedelsdirektivets mening skall tolkas extensivt enligt EG-domstolens rättspraxis. Beslut från en upphandlande myndighet behöver på intet sätt vara kvalificerat till sin natur eller till sitt innehåll för att kunna bli föremål för en rättslig prövning. Med stöd av EG-domstolens dom i Stadt Halle-målet har en leverantör rätt att få inköpsbeslut från Systembolaget prövat i förvaltningsdomstol, även om Systembolaget har valt att inte tillämpa LOU vid sina inköp.⁴⁵ I domen, som även citeras av Regeringsrätten i Ryanair-målet⁴⁶, konstaterar EG-domstolen:

”...att medlemsstaternas skyldighet att säkerställa möjligheter till effektiv och skyndsamt rättslig prövning av en upphandlande myndighets beslut även omfattar beslut som fattas utanför ett formellt upphandlingsförfarande och före en formell anbudsinfördran, särskilt det beslut som syftar till att klargöra huruvida ett visst kontrakt skall hänföras till det materiella tillämpningsområdet för direktiv 92/50 eller till den personkrets som direktivet är tillämpligt på. Denna möjlighet att ansöka om överprövning tillkommer var och en som har eller har haft intresse av att tilldelas ett visst offentligt kontrakt och som har skadats eller riskerat att skadas av en påstådd överträdelse, från den tidpunkt då den upphandlande myndigheten har uttryckt sin vilja på ett sätt som kan ha rättslig verkan.”⁴⁷

44 Se prop. 1992/93:88 s. 103 och NJA 2000 s. 712.

45 Se EG-domstolens dom av den 11 januari 2005 i mål C-26/03, Stadt Halle och RPL Lochau (REG 2005, s. I-1), p. 41.

46 Se RÅ 2005 ref. 10.

47 Se EG-domstolens dom C-26/03, p. 41.

Enligt Regeringsrättens dom i Ryanair-målet är en leverantör taleberättigad enligt 16 kap. 1 § LOU om denne förlorat en upphandling där den upphandlande myndigheten valt att inte tillämpa LOU. Genom den upphandlande myndighetens förfarande får leverantören anses ha lidit skada då denne helt uteslutits från möjligheten att delta i upphandlingen.⁴⁸ Att en upphandlande myndighet redan valt att teckna kontrakt med en annan leverantör hindrar inte heller en leverantör från att begära överprövning med stöd av 16 kap. 2 § LOU.⁴⁹

Med detta i åtanke torde man kunna sluta sig till att Systembolagets samtliga beslut rörande inköp av alkoholdrycker kan bli föremål för överprövning. Man kan exempelvis tänka sig att Systembolagets beslut om att förkasta ett anbud på grund av en felaktigt ifylld offert kan överprövas, likaså att bolagets utprovningsbeslut kan prövas och förklaras ogiltigt av förvaltningsdomstol.

Sammanfattningsvis kan konstateras att Systembolagets inställning till LOU inte får någon betydelse för en leverantörs rätt att begära överprövning. En annan sak är att möjligheten till framgång i en överprövningsprocess står och faller med om Systembolaget skall anses utgöra en upphandlande myndighet i LOU:s mening samt huruvida lagen i övrigt är tillämplig på den aktuella upphandlingen.⁵⁰

3. MÖJLIGHETER ATT ÖVERKLAGA SYSTEMBOLAGETS BESLUT TILL ALKOHOL- OCH LÄKEMEDELSSORTIMENTSNÄMNDEN

3.1 ALKOHOL- OCH LÄKEMEDELSSORTIMENTSNÄMNDEN

Alkohol- och läkemedelssortimentsnämndens verksamhet regleras i förordning (2007:1216) med instruktion för Alkohol- och läkemedelssortimentsnämnden. I förordningen står att läsa att förvaltningsmyndigheten skall bestå av en ordförande som skall vara eller har varit ordinarie domare samt fem andra ledamöter. Av dessa fem ledamöter bör minst en vara väl förtrogen med konkurrensrättsliga frågor, minst en väl förtrogen med livsmedelsfrågor samt minst en väl förtrogen med läkemedelsfrågor. Nämnden är beslutför när ordföranden och minst två andra ledamöter är närvarande. För beredning av ärenden skall det finnas en lagfaren sekreterare. Vidare får ingen väljas till ledamot i nämnden som på grund av sin ställning kan antas företräda något partsintresse.

48 Se RÅ 2005 ref. 10.

49 Se RÅ 2005 ref. 10.

50 T.ex. måste värdet av en upphandling överstiga det i LOU uppställda tröskelvärdet.

Systembolaget är skyldigt att utan dröjsmål verkställa nämndens beslut samt tillhandahålla det material och de upplysningar som nämnden begär. I förordningen finns även ett överklagandeförbud med innebörden att inga beslut som nämnden fattar får överklagas.

Då nämnden är en förvaltningsmyndighet lyder den under förvaltningslagen (1986:223) (förvaltningslagen). Detta innebär bl.a. att en leverantör har rätt att lämna uppgifter muntligen i ett ärende som avser myndighetsutövning mot någon enskild, om det kan ske med hänsyn till arbetets behöriga gång (14 §). Leverantören har även rätt att ta del av allt material som tillförts ärendet om ärendet avser myndighetsutövning mot enskild (16 §). Ett ärende får inte heller avgöras utan att leverantören har underrättats om att en uppgift har tillförts ärendet av annan än honom själv och leverantören har fått tillfälle att yttra sig över uppgiften, om ärendet avser myndighetsutövning mot någon enskild (17 §). Vidare gäller 2 kap. tryckfrihetsförordningen och sekretesslagen på nämndens verksamhet.

3.2 BESLUT SOM KAN ÖVERKLAGAS TILL ALKOHOL- OCH LÄKEMEDELS-SORTIMENTSNÄMNDEN?

För att kunna avgöra vilka beslut som kan överprövas till Alkohol- och läkemedels-sortimentsnämnden måste dels de produkter som kan träffas av överklagbara beslut identifieras, dels de beslut urskiljas som är möjliga att överklaga till nämnden. I avtalet mellan Systembolaget och staten stadgas följande i 4 § st. 2 och st. 3:

”På begäran av leverantör av produkt vilken avvisats från eller avförts ur Bolagets sortiment ska Bolaget skriftligen redogöra för de skäl som föranlett dess ställningstagande. Leverantören ska upplysas om sin rätt att få beslutet överprövat av Alkohol- och läkemedels-sortimentsnämnden. Med sortiment avses i detta avtal de alkohol-drycker som Bolaget köper in efter offertförfrågan. Rätten till överprövning gäller ej beställningssortimentet.”

Vad som kan utläsas från denna bestämmelse är till en början att en leverantör har rätt att överklaga Systembolagets beslut, om detta innebär att en produkt avvisas eller avförs från Systembolagets sortiment. I paragraf 3.4 i Systembolagets allmänna inköpsvillkor synes en precisering av avvisningsbegreppet ske genom följande reglering:

”För det fall en Produkt inte utvalts för offertprov eller inköp, redovisar Systembolaget skriftligen de skäl som föranlett ställnings-

tagandet inom tio arbetsdagar efter dagen för beslutet. Sådant beslut har Leverantören rätt att få överprövat av Alkohol- och läkemedels-sortimentsnämnden”

I dessa villkor preciseras avvisningsbegreppet till att avse alla sådana beslut som innebär att en produkt inte väljs ut för offertprov eller inköp. Även beslut som meddelas efter att en produkt provats och jämförts med andra produkter i ett senare skede av inköpsprocessen är att hänföra till avvisningsbeslut. Begreppet avvisningsbeslut innefattar med andra ord både beslut varigenom en produkt tagit sig vidare i inköpsprocessen, men blivit utslagen, och beslut varigenom en offert avvisas på grund av att offerten är felaktigt ifylld eller inte uppfyller offertförfrågan. Avvisningsbegreppet har således inte samma innebörd som begreppet avvisning normalt får anses ha i juridiskt språkbruk. Begreppet torde istället läsas så att alla beslut, som på något sätt innebär att den offererade produkten inte köps in, kan komma under nämndens prövning.

Vad som egentligen menas med att en produkt avvisas från Systembolagets sortiment har till viss del klargjorts genom Alkohol- och läkemedels-sortimentsnämndens praxis. Till att börja med gäller att ett avvisningsbeslut måste vara slutligt, dvs. en leverantör måste ha uttömt alla vägar till marknadstillträde som finns tillgängliga.⁵¹ Det innebär att en leverantör som exempelvis har offererat en produkt till det fasta sortimentet även måste ansöka till en s.k. konsumentpanel. Om produkten blir avvisad av konsumentpanelen har leverantören uttömt alla möjligheter till marknadstillträde, varpå dörren öppnar sig för leverantören att överklaga avvisningsbeslutet till nämnden. Detta innebär att en leverantör måste iaktta de bestämmelser som reglerar när en ansökan får göras till konsumentpanelen, då dessa bestämmelser indirekt får betydelse för när ett avvisningsbeslut kan överklagas. Ansökan till konsumentpanelen kan endast göras efter att en offert blivit avvisad från Systembolagets fasta sortiment. För att få ansöka till konsumentpanelen krävs följande:⁵²

Produkten skall ha varit offererad till Systembolagets fasta sortiment men inte valts ut för inköp, dvs. offerten har avvisats. Produkten skall ha uppfyllt de krav som ställs i offertförfrågan och offerten skall ha varit fullständig ifylld.

Ansökan om provning av konsumentpanel skall vara Systembolaget tillhanda inom en månad efter dagen för avvisningsbeslutet. Ansökan kan endast omfatta

51 Se Konkurrensverkets rapport till Europeiska kommissionen om det svenska detaljhandelsmonopolet för alkoholdrycker från 2001-06-21, dnr 28/2001 s. 5.

52 Se Systembolagets allmänna inköpsvillkor, p. 5.2.1.

en produkt. Endast produkter som kan levereras löpande och i övrigt uppfyller Systembolagets leveransvillkor och villkor för lanseringar i fast sortiment kan köpas in efter provning av konsumentpanel.

För det tillfälliga sortimentet ges inte möjlighet att ansöka till konsumentpanelen varför ett avvisningsbeslut från Systembolaget får anses som slutligt och därmed överklagbart direkt när Systembolaget meddelat avvisningsbeslutet. Detta gäller även för inköp av tillfälliga-, exklusiva-, och säsongsartiklar samt av primörviner. Numera är det således endast inköp till det fasta sortimentet som kan hänskjutas till konsumentpanelen, med följden att en leverantör måste göra en sådan ansökan för att kunna överklaga bolagets ursprungliga beslut.

Vidare krävs att produkten aviseras eller avförs från bolagets sortiment. I det tidigare avtalet mellan Systembolaget och staten var innebörden av begreppet att endast det fasta sortimentet avsågs, då endast detta sortiment var upptaget i Systembolagets katalog.⁵³ Innebörden har numera ändrats i och med det nya avtalet mellan Systembolaget och staten som trädde ikraft den 31 januari 2008.⁵⁴ Med sortiment menas numera de alkoholdrycker som köps in efter offertförfrågan, med undantag för beställnings Sortimentet. Av det följer att samtliga beslut avseende alkoholdrycker som bolaget köper in till det fasta och tillfälliga sortimentet kan överprövas. Exempelvis träffas inköp av säsongsartiklar eller nyheter till det fasta och tillfälliga sortimentet träffas av bestämmelsen. Även s.k. konsumentpanelartiklar, det vill säga artiklar som köps in via konsumentpanelen, ingår i begreppet Sortiment.⁵⁵ Däremot utesluts de produkter som köps in genom privatimport, det vill säga när Systembolaget köper produkter som beställts av en enskild kund enligt 5 kap. 5 § alkohollagen (1994:1738) (alkohollagen).⁵⁶

Beslut om avlistning från det fasta sortimentet sker efter de utvärderingsperioder som löper två gånger per år.⁵⁷ För de fall produkten inte har hög kundefterfrågan och lönsamhet och därmed diskvalificerar sig för fortsatt försäljning i det fasta sortimentet, kommer en avlistning att ske. För produkter som befinner sig i det tillfälliga sortimentet sker ingen utvärdering, då dessa

53 Se avtalet mellan Systembolaget och staten (2004:490).

54 Se avtalet mellan Systembolaget och staten (2008:38).

55 Se Systembolagets allmänna inköpsvillkor, bilaga 4C, p. 4C.1.

56 Se Systembolagets allmänna inköpsvillkor, bilaga 2. Artiklar som köpts in genom privatimport ingår inte i Systembolagets ordinarie Sortiment.

57 Se Systembolagets allmänna inköpsvillkor, bilaga 7, p. 7.1.

produkter till sin natur är tillfälliga.⁵⁸ Beslut om avlistning kan med andra ord endast träffa produkter som befinner sig i det fasta sortimentet.

4. MÖJLIGHETER ATT ÖVERKLAGA ALKOHOL- OCH LÄKEMEDELSSORTIMENTS-NÄMNDENS BESLUT

4.1 RÄTTSSKYDDSPRINCIPEN

Som tidigare konstaterats innehåller Alkohol- och läkemedelssortimentsnämndens instruktion ett överklagandeförbud med innebörden att nämndens beslut inte kan överklagas till annan förvaltningsmyndighet eller till domstol. I och med EG-rättens inträde i svensk rätt finns det dock potentiellt två vägar för en leverantör att ändå få till stånd en domstolsprövning av nämndens beslut. En leverantör kan dels stödja sig på den s.k. rättsskyddsprincipen, dels på artikel 6 i Europakonventionen.⁵⁹ Rättsskyddsprincipen är en allmän rättsprincip som finns inskriven i artikel 47 i EU:s rättighetsstadga.⁶⁰ Principen har sin grund i målet Heylens m.fl., där EG-domstolen uttalade följande:⁶¹

”Eftersom fritt tillträde till en anställning är en grundläggande rättighet som enligt fördraget tillkommer varje enskild arbetstagare inom gemenskapen är det viktigt att det finns rättsmedel mot varje beslut av en nationell myndighet som innebär att denna rättighet inte beviljas, så att den enskildes rättigheter kan ges ett effektivt skydd.”

Principen går längre än artikel 6 i Europakonventionen, då rättsskyddsprincipen inte kräver att ett anspråk som någon vill göra gällande skall röra en s.k. civil rättighet eller skyldighet. Principen kräver emellertid att anspråket grundar sig på gemenskapsrätten. Någon närmare utredning om huruvida anspråk att få sälja alkoholdrycker till Systembolaget grundar sig på gemenskapsrätten kommer inte att göras i denna uppsats. Man torde dock på goda grunder kunna argumentera för att ett sådant anspråk har sin grund i gemenskapsrätten. Framförallt om en leverantör har sitt säte i ett annat EU-land och vill sälja en alkoholdryck på den svenska marknaden men nekas marknads-tillträde. Min fortsatta framställning tar primärt sikte på Europakonventionen. Man bör emellertid ha i minnet att det alltså kan finnas en möjlighet att få till stånd en domstolsprövning av ett beslut med stöd av rättsskyddsprincipen.

58 Se Systembolagets allmänna inköpsvillkor, bilaga 4, p. 4.3.

59 Se RÅ 1997 ref. 65, RÅ 2002 ref. 104 och EG-domstolens dom av den 3 december 1992 i mål C-97/91, Oleificio Borelli (REG 1992, s. I-6313; svensk specialutgåva, volym 13)

60 Se Warnling- Nerep, Wiweka, En introduktion till förvaltningsrätten, 9 uppl., Stockholm 2008, s. 100 f.

61 Se EG-domstolens dom av den 15 oktober 1987 i mål C-222/86, Heylens (REG 1987, s. 4097; svensk specialutgåva, volym 9, s. 223), p. 12.

Av intresse är då om Alkohol- och läkemedelssortimentsnämnden kan anses utgöra en domstol. Denna fråga redogörs för i kapitel 4.4.

4.2. ARTIKEL 6 I EUROPAKONVENTIONEN

Som tidigare konstaterats finns det en potentiell möjlighet att få ett avslagsbeslut prövat av domstol med stöd av artikel 6 i Europakonventionen. Artikeln är en processuell bestämmelse som är avsedd att garantera rätten till opartisk prövning av rättsliga anspråk. Artikeln syftar emellertid inte till att tillskapa några nya materiella rättigheter.⁶² Artikel 6 har följande lydelse:

”1. Var och en skall, vid prövningen av hans civila rättigheter och skyldigheter eller av en anklagelse mot honom för brott, vara berättigad till en rättvis och offentlig förhandling inom skälig tid och inför en oavhängig och opartisk domstol, som upprättats enligt lag...”

Förutsatt att leverantörens anspråk att få sälja sina produkter kan anses vara en civil rättighet har en leverantör rätt att få ett beslut rörande detta anspråk prövat i domstol. Detta trots det uppställda överklagandeförbudet i förordningen som reglerar Alkohol- och läkemedelssortimentsnämnden.

4.2.1 CIVILA RÄTTIGHETER ELLER SKYLDIGHETER

En första förutsättning för att en civil rättighet eller skyldighet skall anses falla inom räckvidden för artikel 6 är att det rör sig om en reell och seriös tvist mellan en enskild fysisk eller juridisk person och en annan person eller myndighet samt har en grund i den nationella rätten. Förmåner som beviljas efter rent skönsmässiga överväganden omfattas således inte av bestämmelsen.⁶³ Det måste vidare röra sig om en rättighet av civil karaktär.⁶⁴ Europadomstolen har klargjort att en tvist måste antas vara reell och seriös om det inte finns klara indikationer på att så inte är fallet.⁶⁵ HD har i sin rättspraxis uppställt principen att det inte kan anses föreligga en reell och seriös tvist om det rättsliga anspråket är uppenbart ogrundat. Enligt Danelius krävs, för att denna princip inte skall komma i konflikt med konventionen, att begreppet uppenbart ogrundat ges en försiktig tolkning som svarar mot de låga krav som Europadomstolen uppställer i sin rättspraxis.⁶⁶

62 Se Danelius, Hans, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis – En kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna [cit. Mänskliga rättigheter i europeisk praxis], 3 uppl., Stockholm 2007, s. 138

63 Se RÅ 2004 ref. 122 och Danelius, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, s. 141.

64 Se Danelius, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis – , s. 138 och Warnling- Nerep, Wiweka, Rätten till domstolsprövning & rättsprövning, 3 uppl., Stockholm 2008, s. 72.

65 Se Danelius, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, s. 140.

66 Se Danelius, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, s. 141.

Vad som exakt anses falla inom räckvidd för artikel 6 är inte fastställt utan är istället föremål för en ständig utveckling med hjälp av Europadomstolens rättspraxis.⁶⁷ Generellt kan sägas att det saknar betydelse hur en rättighet klassificeras i inhemsk rätt. Den avgörande faktorn är istället rättighetens materiella innehåll.⁶⁸ Konventionstexten talar om ”civila” rättigheter och skyldigheter. Begreppet skall ges en autonom tolkning, vilket innebär att det skall tolkas enhetligt i alla konventionsstater. Med hjälp av Europadomstolens omfattande rättspraxis kan dock konstateras att det inte föreligger någon begränsning av tvisten till civil art, utan även tvister som snarare kan karakteriseras som offentligrättsliga eller förvaltningsrättsliga har kommit under Europadomstolens prövning.⁶⁹

Generellt kan sägas att klara fall av tvister som gäller fordringsanspråk eller rätt till egendom kan karakteriseras som civila rättigheter. Enligt Europadomstolens rättspraxis hör även förfaranden om tillstånd att förvärva, behålla eller utnyttja egendom till de civila rättigheter som omfattas av artikel 6.⁷⁰ Även rätten att bedriva viss ekonomisk verksamhet eller att erhålla myndighetstillstånd av betydelse för möjligheterna att bedriva sådan verksamhet hör till denna kategori.⁷¹

I målet *Tre Traktörer Aktiebolag mot Sverige*⁷² ansåg Europadomstolen att en återkallelse av ett tillstånd att på en restaurang servera alkoholdrycker föll inom räckvidden för artikel 6. Målet gällde indragandet av *Tre Traktörer AB:s* (”*Tre Traktörer*”) tillstånd att servera alkoholhaltiga drycker på sin restaurang *Le Cardinal* i Helsingborg. Serveringstillståndet drogs in efter beslut av Länsstyrelsen. Beslutet överklagades till Socialstyrelsen som avslag överklagandet. Socialstyrelsens beslut gick inte att överklaga.⁷³ *Tre Traktörer* väckte talan i Europadomstolen och hävdade bl.a. att artikel 6 hade kränkts då företaget inte hade haft någon möjlighet att överklaga beslutet från Socialstyrelsen. Europadomstolen konstaterade att *Tre Traktörer* genom sitt serveringstillstånd

67 Se Danelius, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis*, s. 139.

68 Se Warnling-Nerep, *Rätten till domstolsprövning & rättsprövning*, s. 94.

69 Se Warnling-Nerep, *Rätten till domstolsprövning & rättsprövning*, s. 95 och Danelius, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis*, s. 143.

70 Se Warnling-Nerep, *Rätten till domstolsprövning & rättsprövning*, s. 97 f och Danelius, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis*, s. 144.

71 Se Danelius, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis*, s. 144 och Warnling-Nerep, *Rätten till domstolsprövning & rättsprövning*, s. 95.

72 Se Europadomstolens dom i *Tre Traktörer Aktiebolag mot Sverige* nr. 4/1988/148/202 av den 7 juli 1989.

73 Se Warnling-Nerep, *Wiweka, Nubben på krogen med eller utan ”ölgås”*; om serveringstillståndets livsvillkor, skriften utgiven i boken *Maträtt*, 2 uppl., Stockholm 1994, s. 101.

hade haft en rättighet att servera alkoholhaltiga drycker på sin restaurang enligt villkoren i serveringstillståndet, samt att denna rättighet förvägrats när serveringstillståndet återkallades.⁷⁴

Vad gäller frågan om denna rättighet var av civil natur konstaterade domstolen att licensen att sälja alkoholdrycker gavs till personer och företag med avsikt att bedriva vinstgivande försäljning av alkoholdrycker samt att denna försäljning bedrevs mellan licensinnehavaren och kunden. Mot bakgrund av detta fann domstolen att, trots det faktum att offentlig rätt reglerar själva licensen och att Systembolaget hade försäljningsmonopol på alkoholdrycker, det fick anses röra sig om en civil rättighet.⁷⁵ Domstolen konstaterade även att varken Länsstyrelsen eller Socialnämnden var att uppfatta som en domstol, varför Europakonventionens artikel 6 var kränkt.⁷⁶ Domen ledde sedermera till en lagändring med innebörden att serveringstillstånd hädanefter kan överklagas till kammarrätten.⁷⁷

Ett liknande resonemang torde kunna appliceras på en alkoholleverantörs rätt att få sälja alkoholdrycker på en monopoliserad marknad. Systembolaget skickar ut sina offertförfrågningar till alla leverantörer som innehar tillstånd att bedriva partihandel.⁷⁸ Så länge en leverantör innehar tillstånd att bedriva partihandel har leverantören även rätt att sälja sina alkoholprodukter till Systembolaget.⁷⁹ Rätten att bedriva partihandel är således reglerad av lagen (1994:1564) om alkoholskatt (LAS) och alkohollagen, vilket torde innebära att det inte rör sig om ett beslut som beviljas efter rent skönsmässiga grunder.⁸⁰ Slutsatsen stöds även av att Systembolaget inte har någon rätt att göra en diskretionär eller skönsmässig bedömning av offererade produkter vid inköp till sitt sortiment, utan måste följa rättsliga principer såsom likabehandlingsprincipen.⁸¹

I likhet med Tre Traktörer torde således en alkoholleverantör ha rätt att få sälja alkoholdrycker och denna rättighet måste betraktas som en civil rättighet.

74 Se Europadomstolens dom nr. 4/1988/148/202, p. 39.

75 Se Europadomstolens dom nr. 4/1988/148/202, p. 43-44.

76 Se Warnling-Nerep, Nubben på krogen med eller utan "ölgås", s. 101.

77 Se Warnling-Nerep, Rätten till domstolsprövning & rättsprövning, s. 38.

78 Se Systembolagets allmänna inköpsvillkor, bilaga 5, p. 5.1.1.

79 Se alkohollagen (1994:1738) 4 kap. 1 § och Systembolagets allmänna inköpsvillkor, p. 3.1.

80 Jfr. Danelius, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, s. 141 och RÅ 2004 ref. 122.

81 Jfr. NJA 2002 s. 288 där HD uttalar att även i sådana fall då det beslutande organet har givits ett betydande utrymme för skälighets- och lämplighetsbedömningar har emellertid artikeln ansetts vara tillämplig om beslutet innefattar tillämpning av vissa regler eller principer. Att Systembolaget inte skönsmässigt kan välja ut sitt sortiment är en förutsättning för att alkoholmonopolet skall vara tillåtet enligt artikel 31 i EG-fördraget. Jmf EG-domstolens dom C-432/02, p. 42.

Det rör sig således om en civil rättighet som har sin grund i den nationella rätten.⁸² Att själva tillståndet att få sälja alkoholdrycker till Systembolaget regleras av LAS och är ett förfarande av offentligrättslig karaktär, i likhet med tillstånd att servera alkoholdrycker, torde inte inverka på rättighetens civila karaktär.⁸³ När Alkohol- och läkemedelssortimentsnämnden beslutar att avslå ett överklagande torde det röra sig om ett förfarande som direkt påverkar den privata rättigheten.⁸⁴

En möjlig väg att gå för leverantören är då att hävda att hans civila rättighet enligt alkohollagen har kränkts genom Systembolagets avvisnings- eller avlistningsbeslut. Det krävs enligt praxis inte att anspråket är välgrundat, utan det är tillräckligt att någon på rimliga grunder kan hävda att han har en sådan rättighet.⁸⁵ Enligt min mening är det inte osannolikt att en leverantör skulle kunna vinna framgång med en sådan argumentation. Stöd för denna slutsats kan bland annat hämtas från Rolf Gustafsson mot Sverige⁸⁶, där Europadomstolen har uttalat att artikel 6 i konventionen är tillämplig när en tvist har uppstått om en rättighet, som på rimliga grunder kan göras gällande i den materiella rätten. Tvisten, uttalar domstolen vidare, måste vara reell och seriös och den behöver inte endast röra själva rättigheten som sådan utan kan även gälla rättighetens omfattning och utövande. Vidare måste utgången i tvisten vara direkt avgörande för rättigheten i fråga.⁸⁷ I ljuset av detta torde man alltså, på rimliga grunder, kunna hävda att ett avvisnings- eller avlistningsbeslut rör en civil rättighet som kan göras gällande i den materiella rätten. Utgången av den tvist som då uppstår rörande anspråket i fråga är direkt avgörande för rättigheten att få sälja alkohol till Systembolaget.

Förutsatt att en reell och seriös tvist har uppstått mellan en enskild juridisk person och en förvaltningsmyndighet har en leverantör, i enlighet med artikel 6, rätt att få denna tvist prövad i domstol. Den följdfråga man då får ställa sig är om Alkohol- och läkemedelssortimentsnämnden kan anses utgöra en domstol i Europakonventionens mening?

82 Jfr Danelius, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, s. 138.

83 Jfr Europadomstolens dom i Tre Traktörer Aktiebolag mot Sverige nr. 4/1988/148/202 av den 7 juli 1989, p. 43- 44.

84 Se Warnling-Nerep, Nubben på krogen med eller utan "ölgås", s. 105. Inte endast ett återkallat tillstånd utan också ett förvägrat tillstånd är att uppfatta som en civil rättighet, se tex. Europadomstolens dom i Allan Jacobsson mot Sverige, nr. 18/1987/141/195 av den 25 oktober 1989.

85 Se Danelius, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, s. 138.

86 Se Europadomstolens dom i Rolf Gustafsson mot Sverige nr. 113/1995/619/709 av den 1 juli 1997.

87 Se Europadomstolens dom nr. 113/1995/619/709, p. 38.

4.3 ÄR ALKOHOL- OCH LÄKEMEDELSSORTIMENTSNÄMNDEN ATT ANSE SOM EN DOMSTOL I EUROPAKONVENTIONENS MENING?

Som tidigare konstaterats har prövningen av om Alkohol- och läkemedels-sortimentsnämnden är en domstol i Europakonventionens mening avgörande betydelse för om artikel 6 kan anses kränkt. Om man konstaterar att nämnden inte är en domstol måste ett annat organ identifieras som kan fylla domstolsfunktionen. Om ett sådant organ inte låter sig finnas kan en kränkning av Europakonventionen föreligga.⁸⁸

Enligt Europadomstolens rättspraxis behöver en domstol i Europakonventionens mening inte vara en traditionell domstol som ingår i den sedvanliga domstolsorganisationen.⁸⁹ En mängd olika prövningsorgan har således ansetts härröra under domstolsbegreppet. För svenskt vidkommande anses exempelvis Brottskadenämnden,⁹⁰ Presstödsnämnden,⁹¹ och Resegarantinämnden⁹² vara domstolar i konventionens mening. Danelius synes dock vara skeptisk till den alltmer öppna praxis som har skapats rörande vilka nämnder som anses utgöra domstolar.⁹³ Warnling-Nerep påpekar även att det är ovisst vilka slutsatser som kan dras av Europadomstolens rättspraxis i detta avseende.⁹⁴ En viss försiktighet torde således vara på sin plats vid utredning av vilka nämnder som kan anses utgöra domstolar.

Enligt konventionen skall en domstol vara oavhängig och opartisk samt upprättad enligt lag. De förstnämnda två termerna innefattar krav på att domstolen skall handla objektivt och inte påverkas av ovidkommande omständigheter.⁹⁵ Faktorer som därvid är av betydelse är bl.a. hur domstolens ledamöter utses, hur lång ämbets tiden är samt om det finns några garantier mot extern påverkan.⁹⁶ Något tvivel får inte heller föreligga om domstolens objektivitet. Praxis ställer även krav på att domstolens utslag måste vara bindande, att prövningen av ett ärende är tillräckligt omfattande samt att ett antal rätts-säkerhetsgarantier är uppfyllda, såsom offentlighet och att rättegången hålls inom skälig tid.⁹⁷

88 Se Warnling-Nerep, Rätten till domstolsprövning & rättsprövning, s. 87.

89 Se Warnling-Nerep, Rätten till domstolsprövning & rättsprövning, s. 87 och Danelius, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, s. 181.

90 Se Europadomstolens dom, nr. 113/1995/619/709.

91 Se NJA 2002 s. 288.

92 Se Rå 2002 ref. 104.

93 Se Danelius, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, s. 181.

94 Se Warnling-Nerep, Rätten till domstolsprövning & rättsprövning, s. 61.

95 Se Danelius, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, s. 182.

96 Se Warnling-Nerep, Rätten till domstolsprövning & rättsprövning, s. 61.

97 Se Warnling-Nerep, Rätten till domstolsprövning & rättsprövning, s. 79 och 87.

Hur utreder man då om Alkohol- och läkemedelssortimentsnämnden kan anses uppfylla dessa viktiga rättsäkerhetskrav. Enligt min mening är en lämplig metod att jämföra denna nämnd med liknande nämnder som har bedömts som domstolar av Europadomstolen eller av svenska domstolar. I NJA 2002 s. 288 kom HD fram till att Presstödsnämnden var en domstol i konventionens mening. HD anförde i domen följande:

”Utgångspunkten för Europadomstolens bedömning av om rätten till domstolsprövning kränkts har varit om den nationella prövning som förekommit gjorts av ett oavhängigt och opartiskt organ samt om processuella rättsäkerhetskrav, såsom rätten att ta del av allt processmaterial, möjlighet att lägga fram sin sak muntligen samt offentlighet, varit uppfyllda mot bakgrund av vad sakens beskaffenhet krävt i det enskilda fallet. /.../ Kravet på opartiskhet anses innebära bl.a. att det för en objektiv iakttagare inte får föreligga några legitima farhågor för att domstolen skulle kunna agera partiskt.”

Vidare anförde HD att Presstödsnämnden är en myndighet som särskilt tillskapats för prövning av presstödsfrågor. I Presstödsnämnden ingår intresseledamöter och ledamöter med särskilda sakkunskaper. För nämndens handläggning av presstödsärenden gäller, förutom reglerna i presstödsförordningen och nämndens instruktion, bestämmelserna i förvaltningslagen, vilka garanterar bl.a. rätten att ta del av processmaterial, att lägga fram sin sak muntligen och att yttra sig över vad som av annan tillförts ärendet. Hos nämnden gäller offentlighetsprincipen och sekretesslagen och det får antas att lagstiftarens avsikt varit att nämnden, vars beslut inte får överklagas, skall äga att allsidigt och slutgiltigt pröva presstödsfrågor. Mot bakgrund av detta slöt sig HD till att Presstödsnämnden är en domstol i Europakonventionens mening. Även Regeringsrätten ansåg i RÅ 2004 ref. 122 rörande avtrappat driftstöd för en nyhetstidning, att Presstödsnämnden föll under Europakonventionens domstolsbegrepp.

Resegarantinämnden har i RÅ 2002 ref. 104 ansetts vara en domstol. I domen anförde kammarrätten följande, vilket sedermera fastställdes av Regeringsrätten:

”Enligt kammarrättens mening får vid en sammantagen bedömning den svenska lagregleringen av Resegarantinämndens sammansättning och verksamhet anses vara utformad på sådant sätt att det finns tillräckligt fog för uppfattningen att Resegarantinämnden skulle kunna

anses jämställd med domstol såvitt nu är i fråga. Även om det finns omständigheter som i viss mån talar för en motsatt bedömning kan en sådan bedömning i vart fall inte anses så säker att domstol på grund härav äger rätt att åsidosätta det i resegarantilagen intagna fullföljdsförbudet.”

I förordning (2007:1039) med instruktion för Resegarantinämnden och förordning (2007:1191) med instruktion för Presstödsnämnden regleras nämndens sammansättning och hur handläggning av ärenden skall gå tillväga.

För Resegarantinämnden gäller enligt resegarantilagen (1972:204) att nämndens ordförande, och ersättare till denne, skall vara eller ha varit ordinarie domare. Nämnden skall bestå av en ordförande och fyra andra ledamöter varav två av dessa ledamöter skall tillgodose konsumentintressen och två skall tillgodose företagartressen. Nämnden är beslutför när ordföranden och två andra ledamöter är närvarande. Ordföranden får ensam, på nämndens vägnar, vidta förberedande åtgärder och avgöra ärenden av mindre vikt. Ordföranden får även överlåta sådana uppgifter till handläggare vid Kammarkollegiet. Presstödsnämndens är uppbyggd på liknande sätt. I den förordning som reglerar Presstödsnämndens verksamhet stadgas att nämnden skall bestå av högst tio ledamöter. En av ledamöterna skall vara ordförande och denna ledamot ska vara eller ha varit ordinarie domare. Regeringen utser vice ordförande och suppleanter i nämnden.

För Alkohol- och läkemedelsnämnden gäller en i stort sett liknande reglering. Nämnden skall vara sammansatt av en ordförande och fem andra ledamöter. Ordföranden skall vara eller ha varit ordinarie domare. Av de övriga ledamöter bör minst en vara kunnig inom konkurrensrätt, minst en inom livsmedelsfrågor och minst en inom läkemedelsfrågor. Till ledamot i nämnden får inte utses någon som på grund av sin ställning eller sin verksamhet kan antas företräda något partsintresse. För beredning av ärenden skall det finnas en lagfaren sekreterare. Jävsregleringen och kravet på lagfaren sekreterare finns inte med i förordningarna som reglerar Presstöds- och Resegarantinämndens verksamheter. Innebörden torde bli att högre rättssäkerhetskrav är ställda på Alkohol- och läkemedelssortimentsnämnden.

Mot bakgrund av bedömningarna i framförallt NJA 2002 s. 288 och RÅ 2002 ref. 104 ligger det nära till hands att anse att även Alkohol- och läkemedelssortimentsnämnden uppfyller kraven i artikel 6. Ett faktum som skulle kunna motverka denna slutsats är emellertid nämndens sammansättning.

I Langborger mot Sverige⁹⁸ ansågs inte Bostadsdomstolen uppfylla kraven i artikel 6 därför att domstolens ledamöter hade ett nära samband med Hyresgästföreningen och därmed var jäviga.⁹⁹ Europadomstolen framhöll emellertid att den inte hade några invändningar mot ett system med intresseledamöter som sådant. Alkohol- och läkemedelssortimentsnämndens ledamöter får med andra ord inte ha en sådan sammansättning att det för en objektiv iakttagare föreligger några legitima farhågor för att nämnden skulle kunna agera partiskt.¹⁰⁰

Som påpekats i kapitel 3.1 måste nämnden vid sin handläggning följa reglerna i nämndens instruktion och bestämmelserna i förvaltningslagen. Hos nämnden gäller offentlighetsprincipen och sekretesslagen och det får antas att lagstiftarens avsikt varit att Alkohol- och läkemedelssortimentsnämnden skall äga att allsidigt och slutgiltigt pröva alkohol- och läkemedelssortimentsfrågor. Mot bakgrund härav torde man kunna konstatera att Alkohol- och läkemedelssortimentsnämnden sannolikt uppfyller kraven i artikel 6 och därmed får anses vara en domstol i Europakonventionens mening.

Om nämnden inte skulle anses vara en domstols i konventionens mening, t.ex. därför att någon av intresseledamöterna är jävig, måste ett annat organ för domstolsprövning identifieras. Då måste utrönas vilken domstol som har erforderlig kompetens att pröva saken. Eftersom Alkohol- och läkemedelssortimentsnämnden lyder under förvaltningslagen blir stadgandet i förvaltningslagen 22 a § tillämpligt. Detta lagrum innebär att allmän förvaltningsdomstol är behörig då nämnden är en förvaltningsmyndighet.¹⁰¹ Det kan tilläggas att det förhållandet att förvaltningslagen normalt är subsidiär (3 §), och att ett överklagandeförbud i en specialförfattning såldes tar över, inte utgör något problem vid tillämpning av 22 a §. Detta har 2006 klargjorts genom en uttrycklig anvisning i 3 § st. 2, att bestämmelserna ”om överklagande i denna lag” alltid tillämpas om det behövs för att uppfylla kraven på domstolsprövning enligt artikel 6.

5. AVSLUTANDE KOMMENTARER

Ovan har redovisats de möjligheter som står till buds för en leverantör som vill få till stånd en rättslig prövning av ett beslut fattat av Systembolaget. Störst chans till framgång med en överprövning torde en leverantör ha om

98 Se Europadomstolens dom i Langborger mot Sverige nr. 20/1987/143/197 av den 22 juni 1989.

99 Se Warnling-Nerep, Rätten till domstolsprövning & rättsprövning, s. 81.

100 Se NJA 2002, s. 288.

101 Se Warnling-Nerep, Rätten till domstolsprövning & rättsprövning, s. 251 f.

denne vänder sig till en allmän förvaltningsdomstol och begär att ett produktinköp skall överprövas med stöd av LOU. Det följer av att Systembolaget sannolikt får anses vara en upphandlande myndighet enligt 2 kap. 12 § och 19 § LOU, eftersom Systembolaget enligt min mening är en juridisk person som tillgodoser behov i det allmännas intresse, som inte är av industriell eller kommersiell karaktär.¹⁰²

En leverantör har enligt 16 kap. 1 § LOU talerätt om den förlorat en upphandling där den upphandlande myndigheten valt att inte tillämpa LOU. Genom att den upphandlande myndigheten inte alls tillämpat LOU, skulle leverantören kunna anses ha lidit skada eftersom denne helt utesluts från möjligheterna att delta i upphandlingen.¹⁰³

En leverantör kan även vända sig till Alkohol- och läkemedelssortimentsnämnden med en begäran om överprövning av ett inköpsbeslut. Denna rätt har leverantörer till följd av avtalet mellan Systembolaget och staten som reglerar Systembolagets verksamhet.¹⁰⁴ Beslut som fattas av Alkohol- och läkemedelssortimentsnämnden kan enligt lag inte överklagas till annan förvaltningsmyndighet eller domstol. Genom EG-rättens företrädare framför svensk rätt ges emellertid två potentiella vägar för en leverantör att även överklaga beslut från nämnden, även om ett överklagandeförbud finns uppställt.

En leverantör kan stödja sig på den s.k. rättsskyddsprincipen för att få till stånd en domstolsprövning av nämndens beslut. Principen kräver emellertid att det anspråk som en leverantör vill göra gällande skall grunda sig på gemenskapsrätten.¹⁰⁵

Vidare torde en leverantör kunna stödja sig på artikel 6 i Europakonventionen för att få till stånd en överprövning av Alkohol- och läkemedelssortimentsnämndens beslut. Artikel 6 är en processuell bestämmelse vars syfte är att garantera rätten till opartisk prövning av rättsliga anspråk. Om en leverantör skall kunna utnyttja artikel 6 krävs att en leverantörs anspråk att få sälja sina produkter anses vara en civil rättighet eller skyldighet. Enligt min mening talar mycket för att en leverantörs anspråk att få sälja alkoholprodukter når upp till de låga krav som är uppställda i rättspraxis för att ett anspråk skall anses vara en civil rättighet eller skyldighet enligt artikel 6.¹⁰⁶

102 Se kapitel 2. i denna artikel.

103 Se kapitel 2.4 i denna artikel.

104 Se kapitel 3 i denna artikel.

105 Se kapitel 4.1 i denna artikel.

106 Se kapitel 4.2 i denna artikel.

Vad som sannolikt kan sätta käppar i hjulen för en leverantör som vill överklaga ett beslut av Alkohol- och läkemedelssortimentsnämnden är dock att denna nämnd torde ses som en domstol i Europakonventionens mening. Flera andra nämnder med liknande sammansättning och struktur har av HD och Regeringsrätten bedömts vara domstolar i Europakonventionens mening. Om Alkohol- och läkemedelssortimentsnämnden anses uppfylla artikel 6 är vägen stängd för en överprövning, eftersom en leverantör då har fått sin sak prövad i domstol. En bedömning måste dock göras från fall till fall. Om Alkohol- och läkemedelssortimentsnämnden till exempel har en jävig intresseledamot i ett visst prövningsärende anses nämnden inte uppfylla Europakonventionens krav. Då öppnas möjligheten för att få ett beslut från Systembolaget överprövat av allmän förvaltningsdomstol med stöd av artikel 6 i Europakonventionen och 22 a § förvaltningslagen.¹⁰⁷

Sammanfattningsvis kan konstateras att en leverantör av drycker till Systembolaget har få klara möjligheter att få sina anspråk prövade av en rättslig instans. Alkohol- och läkemedelsnämndens prövningsförfarande står öppet för de beslut som enligt gällande regler kan överklagas till nämnden. I annat fall måste leverantören försöka att få sin sak prövad i allmän förvaltningsdomstol enligt bestämmelserna i LOU. Det vore önskvärt ur ett rättssäkerhetsperspektiv om en framtida rättsprocess klargör om Systembolaget omfattas av LOU. Systembolaget skulle då behöva följa bland annat principerna om transparens och förutsebarhet samt övriga krav i LOU vid sina inköp. Vidare skulle leverantörerna ges tillträde till allmän förvaltningsdomstol för att där kunna få sina anspråk prövade av en oberoende rättsinstans. 🙏

107 Se kapitel 4.3 i denna artikel.