

ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ

Г-Н У. ВОТ

представено на 16 декември 2008 година¹

1. С настоящия иск Комисията на Европейските общности иска от Съда да установи, че като е запазила в сила:

— правни разпоредби, които запазват правото на стопанисване на частни аптеки за търговия на дребно само за физически лица, притежаващи диплома за фармацевт, както и за дружества, всички акционери в които са фармацевти, и

— правни разпоредби, които не дават възможност на предприятия за търговия на едро с фармацевтични продукти да придобиват участие в дружества, които стопанисват общински аптеки,

Италианската република не е изпълнила задълженията си по членове 43 ЕО и 56 ЕО.

2. В самото начало следва да се посочи, че първото твърдение за нарушение на Комисията е тясно свързано първия преюдициален въпрос, отправен от Verwaltungsgericht des Saarlandes (Германия) по висящите пред Съда дела Apothekerkammer des Saarlandes и др. и Neumann-Seiwert (С-171/07 и С-172/07), по които също представям заключение. Това първо твърдение за нарушение по същество се отнася до въпроса дали член 43 ЕО и/или член 56 ЕО допускат национална разпоредба, която предвижда, че само фармацевти могат да притежават и стопанисват аптека.

3. По същите съображения като изложенията в заключението ми по посочените по-горе дела Apothekerkammer des Saarlandes и др. и Neumann-Seiwert, предлагам на Съда да приеме, че първото твърдение за нарушение на Комисията е неоснователно. Всъщност според мен членове 43 ЕО и 48 ЕО допускат национално законодателство, според което само фармацевти могат да притежават и стопанисват аптека, доколкото това законодателство е оправдано от целта да се гарантира адекватно снабдяване на населението с лекарствени продукти.

¹ — Език на оригиналния текст: френски.

4. Предлагам на Съда да обяви и второто твърдение за нарушение за неоснователно.

I — Правна уредба

A — *Общностно право*

5. Член 43, първа алинея ЕО забранява ограниченията върху свободата на установяване на граждани на държава членка на територията на друга държава членка. Съгласно член 43, втора алинея ЕО свободата на установяване включва правото на достъп до и упражняване на дейност като самостоятелно заето лице, както и свободата да се създават и ръководят предприятия.

6. По силата на член 48, първа алинея ЕО от установените в член 43 права се ползват и дружествата, които са създадени в съответствие със законодателството на държава членка и имат седалище, централно управление или основно място на дейност в рамките на Европейската общност.

7. Съгласно член 46, параграф 1 ЕО член 43 ЕО не е пречка за прилагането на ограниченията, обосновани със съображения за обществено здраве.

8. Съгласно член 47, параграф 3 ЕО прогресивното премахване на ограниченията върху свободата на установяване, що

се отнася до медицинските, парамедицинските и фармацевтичните професии, зависи от координацията на условията за тяхното упражняване в различните държави членки. Все пак Съветът на Европейския съюз и Комисията на Европейските общности приемат, че непосредственото действие на членове 43 ЕО и 49 ЕО, признато съответно в Решение по дело *Reyners*² и в Решение по дело *Van Binsbergen*³, считано от 1 януари 1970 г., краят на преходния период, се прилага и за здравните професии⁴.

9. Освен това медицинските, парамедицинските и фармацевтичните дейности са уредени с директиви за съгласуване. В областта на фармацията, от една страна, става въпрос за Директива 85/432/ЕИО на Съвета от 16 септември 1985 година относно координирането на законите, подзаконовите и административните разпоредби, отнасящи се до някои от дейностите в областта на фармацията⁵, а от друга страна, за Директива 85/433/ЕИО на Съвета от 16 септември 1985 година относно взаимното признаване на дипломи, удостоверения и други официални документи за професионална квалификация в областта на фармацията, включваща и мерки за улесняване на действителното упражняване на правото на установяване по отношение на определени дейности в областта на фармацията⁶.

2 — Решение от 21 юни 1974 г. г. (2/74, Recueil, стр. 631).

3 — Решение от 3 декември 1974 г. (33/74, Recueil, стр. 1299).

4 — Така в първо съображение от Директива 75/362/ЕИО на Съвета от 16 юни 1975 година за взаимното признаване на дипломи, удостоверения и други официални документи за професионална квалификация в областта на медицината, включваща и мерки за улесняване на действителното упражняване на правото на установяване и на свободно предоставяне на услуги (ОВ L 167, стр. 1) се посочва, че съгласно Договора за ЕИО след изтичането на преходния период се забранява всяка проява на дискриминация, основана на гражданство, в областта на установяването и предоставянето на услуги.

5 — ОВ L 253, стр. 34; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 1, стр. 128.

6 — ОВ L 253, стр. 37; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 1, стр. 131.

10. Тези две директиви са отменени и заменени с Директива 2005/36/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 7 септември 2005 година относно признаването на професионалните квалификации⁷. Съгласно съображение 26 от Директива 2005/36:

„Настоящата директива не предвижда координация на всички изисквания за достъп до дейностите в областта на фармацията и за тяхното упражняване. По-конкретно, географското разпределение на аптеките и монополът в разпространението на [лекарствени продукти] следва да останат в компетентността на държавите членки. Настоящата директива не засяга законовите, подзаконовите и административните разпоредби на държавите членки, забраняващи на търговски дружества упражняване на някои дейности в областта на фармацията или въвеждащи определени условия за упражняването на такива дейности.“

11. Освен това член 56, параграф 1 ЕО предвижда, че в рамките на глава 4 от Договора за ЕО, посветена на капиталите и плащанията, всички ограничения върху движението на капитали между държавите членки и между държавите членки и трети страни се забраняват.

7 — ОВ L 255, стр. 22; Специално издание на български език, 2007 г., глава 5, том 8, стр. 3 и поправки в ОВ L 271, 2007 г., стр. 18 и ОВ L 33, 2009 г., стр. 49.

12. На последно място, следва да се цитира член 152, параграф 5 ЕО, съгласно който:

„Действията на Общността в областта на общественото здраве зачитат изцяло задълженията на държавите членки да организират и предоставят здравни услуги и медицински грижи. [...]“

Б — Национално право

13. В Италия със Закон № 833 от 23 декември 1978 г. се създава Servizio Sanitario Nazionale (Национална здравна служба). Член 25, параграф 1 от този закон предвижда, че медицинското обслужване включва услуги, предоставяни от общо-практикуващи лекари, лекари специалисти, медицински сестри, болници и аптеки.

14. В Италия съществуват два вида аптеки, а именно частните аптеки, от една страна, и общинските аптеки, от друга⁸.

8 — Според италианското правителство съществуват 1600 общински и 16 000 частни аптеки.

1. Режим на частните аптеки

3. Ръководството на стопанисваната от дружеството аптека се извършва от един от акционерите, който отговоря за нея.

15. По отношение на притежаването на аптеки член 4 от Закон № 362 от 8 ноември 1991 г. за реорганизация на фармацевтичния сектор (наричан по-нататък „Закон № 362/1991“) предвижда конкурсна процедура, която се организира от регионите и от провинциите и до която се допускат само правоспособни граждани на държавите членки, които са вписани в професионалния регистър на фармацевтите.

[...]

16. Съгласно член 7 от Закон № 362/1991:

5. Всяко от посочените в параграф 1 дружества може да стопанисва само една аптека и да получи съответно разрешение, при условие че аптеката се намира в провинцията по седалището на дружеството.

„1. Стопанисването на частна аптека се извършва само от физически лица в съответствие с действащите разпоредби, както и от персонални дружества и от кооперативни дружества с ограничена отговорност.

6. Всеки фармацевт може да притежава дялово участие само в едно от посочените в параграф 1 дружества.

2. Посочените в параграф 1 дружества имат за изключителен предмет на дейност стопанисването на аптека. Акционерите в тях са фармацевти, вписани в [професионалния] регистър на фармацевтите и притежаващи квалификациите, посочени в член 12 от Закон № 475 от 2 април 1968 г., изменен впоследствие.

7. Стопанисването на частните аптеки се извършва само от фармацевти, които са вписани в [професионалния] регистър на фармацевтите в провинцията по седалището на аптеката.“

17. Член 8 от Закон № 362/1991 гласи:

капитал, участниците в което не са само фармацевти.

„1. Участието в капитала на дружествата по член 7 [...] е несъвместимо:

- а) с всякаква друга дейност, упражнявана в сектора на производството и търговията на едро с лекарствени продукти, както и на разпространението на научна информация относно лекарствените средства.

19. С решение от 24 юли 2003 г. Corte costituzionale (Италия) разширява и спрямо дружества, които стопанисват общински аптеки, обхвата на забраната за едновременно упражняване на дейността по търговия на едро, предвидена в член 8, параграф 1, буква а) от Закон № 362/1991, която до този момент се прилага само за дружествата, стопанисващи частни аптеки.

[...]“

20. Едновременното упражняване на дейност по търговия на едро с лекарствени продукти и по продажба на лекарствени продукти на потребителите в аптеките също е забранено с член 100, параграф 2 от Законодателен декрет № 219 от 24 април 2006 г.

2. Режим на общинските аптеки

18. Член 12 от Закон № 498 от 23 декември 1992 г., заменен с член 116 от Законодателен декрет № 267 от 18 август 2000 г., предвижда възможност за общините да учредяват акционерни дружества за управление на общинските аптеки, чиито акционери не е задължително да са фармацевти. Следователно по отношение на общинските аптеки се допуска разделение между притежаването на аптеката, чийто собственик е местната власт, и стопанисването на същата аптека, поверено на дружество с преобладаващ частен

21. Освен това италианското право налага както на частните, така и на обществените аптеки продажбата на лекарствени продукти да се извършва само от фармацевти. Така член 122 от консолидирания текст на санитарните закони гласи, че:

„Продажбата на потребителите на лекарствени вещества на дози или под формата на лекарствени продукти може да се извършва само от фармацевт и се осъществява в аптеката под контрола на лицето, което я стопанисва.“

3. Декрет-закон № 223 от 4 юли 2006 г.

22. Италианското законодателство е променяно многократно с Декрет-закон № 223 от 4 юли 2006 г. относно неотложните разпоредби за икономическо и социално възстановяване, за ограничаване и рационализация на обществените разходи и относно намесата в областта на приходите от данъци и на борбата срещу данъчните измами (наричан по-нататък „декрет Bersani“).

23. По-конкретно, член 5 от „декрет Bersani“ отменя много от горепосочените разпоредби, а именно член 7, параграфи 5—7 от Закон № 362/1991, както и член 100, параграф 2 от Декрет № 219 от 24 април 2006 г. Той изменя и член 8, параграф 1 от Закон № 362/1991, като премахва изреча „търговията на едро“ от тази разпоредба.

II — Досъдебна процедура

24. Тъй като счита, че горепосоченото законодателство е несъвместимо с членове 43 ЕО и 56 ЕО, на 21 март 2005 г. Комисията изпраща официално уведомително писмо на Италианската република. Тъй като не приема за убедителни представените от тази държава членка обяснения, на 19 декември 2005 г. Комисията ѝ изпраща мотивирано становище, на което италианските власти отговарят на 17 февруари 2006 г. На 6 юли 2006 г. последните изпращат на Комисията текста на „декрет Bersani“, като подчер-

тават, че някои разпоредби на този декрет-закон, и по-специално член 5 от него имат за цел прекратяването на досъдебната процедура.

25. Тъй като преценява, че направените с „декрет Bersani“ изменения на спорното законодателство не могат да променят становището ѝ по отношение на несъответствието на италианското право с общностното право, Комисията решава да сезира Съда с настоящия иск на основание член 226 ЕО.

III — Искът

26. Със своя иск Комисията на Европейските общности иска от Съда:

— да установи, че като запазва в сила:

— правни разпоредби, които запазват правото на стопанисване на частни аптеки за търговия на дребно само за физически лица, притежаващи диплома за фармацевт, както и за дружества, всички акционери в които са фармацевти, и

- правни разпоредби, които не дават възможност на предприятия за търговия на едро с фармацевтични продукти да придобиват участие в дружества, които стопанисват общински аптеки,

28. Република Гърция, Кралство Испания, Френската република, Република Латвия и Република Австрия встъпват в подкрепа на исканията на Италианската република.

IV — Доводи на страните

Италианската република не е изпълнила задълженията си по членове 43 ЕО и 56 ЕО.

A — По допустимостта на иска

- да осъди Италианската република да заплати съдебните разноски.

29. На първо място, Италианската република поддържа, че искът е недопустим. Според нея, тъй като е общоизвестно, че в повечето държави членки е предвидено запазване на възможността да се притежава аптека само за фармацевти или за контролирани от фармацевти дружества, Комисията следва да определи единната си позиция по отношение на тези законодателства, като избягва разграничения между отделните държави и отделните законодателства.

27. Италианската република иска от Съда:

- да обяви иска за недопустим,
- при условията на евентуалност да обяви иска за неоснователен с произтичащите от това последствия.

30. На следващо място, Италианската република посочва, че основното твърдение на Комисията е за нарушение на членове 43 ЕО и 56 ЕО, но тя не взема предвид директивите, с които се въвежда свободата на установяване. Последните съдържат изрични разпоредби, потвърждаващи, че условията за достъп във фармацевтичния сектор все още не са хармонизирани, и посочват, че тази област е от компетентността на държавите членки. При тези

условия задължение на Комисията е да определи по-точно и ясно твърдяното нарушение, тъй като уреждайки ролята на фармацевтите, Италианската република е приложила правилно посочените директиви и съдържащата се в тях резерва за национална компетентност.

31. На последно място, Италианската република изтъква, че независимо от въведеното с „декрет Bersani“ изменение, което премахва забраната за предприятията за търговия на едро да придобиват дялово участие в дружествата, стопанисващи аптеки, Комисията продължава да счита, че такава забрана все още може да се прилага от италианските юрисдикции. Следователно твърдяното неизпълнение не е конкретно и актуално, а произтича от бъдещи и хипотетични решения на тези юрисдикции.

Б — По първото твърдение за нарушение

32. Комисията поддържа, че като забранява на лицата, които не притежават диплома за фармацевт, и на дружествата, в които не участват само фармацевти, да стопанисват аптека, Италианската република нарушава членове 43 ЕО и 56 ЕО. Всъщност подобна забрана не само възпрепятства, но и прави напълно невъзможно упражняването от страна на тези категории лица на две основни свободи, гарантирани от Договора, каквито са свободата на установяване и свободното движение на капитали.

33. Несъмнено целта за защита на общественото здраве представлява императивно съображение от общ интерес, което може да обоснове ограниченията на свободата на установяване и на свободното движение на капитали. Разглежданите в настоящото производство разпоредби на италианското законодателство обаче нито могат да гарантират тази цел, нито са необходими за постигането ѝ.

34. На първо място, забраната за лицата, които не притежават диплома за фармацевт, както и за дружествата, в които не участват само фармацевти, да стопанисват аптека не може да гарантира постигането на целта за защита на общественото здраве. В това отношение следва да са направени разграничения между аспектите, свързани със стопанисването, с ръководството или с управлението на аптеките, и тези, свързани с отношенията с трети лица. Необходимостта да се притежава професионална квалификация за фармацевт е оправдана за последните аспекти, но не и за първите, тъй като изискването за защита на общественото здраве се отнася само до отношенията с трети лица, и по-специално с доставчиците и с пациентите. Освен това Комисията счита, че отделянето на чисто предприемаческата роля на собственика на аптеката от функцията на професионален фармацевт съвсем няма да навреди на целта за защита на общественото здраве, а напротив може на практика да допринесе за постигането ѝ, като позволи на фармацевтите да се съсредоточат върху функциите и дейностите, които са по-пряко свързани с фармацевтичната дейност в непосредствена услуга на ползвателите.

35. Освен това предвидената в италианското законодателство забрана се основава на недоказана презумпция, според която фармацевтът, стопанисващ аптека, упражнява професията си по-компетентно от служителя фармацевт и е по-малко склонен да отдаде предимство на собствения си интерес за сметка на обществения интерес. В това отношение Комисията отбелязва, че доколкото не преследва лични интереси с икономически характер, а носи точно определени професионални отговорности, служителят фармацевт би следвало да е по-склонен от собственика на аптеката (независимо дали последният е квалифициран фармацевт) да изпълнява функциите си при спазване на закона и на правилата на професионалната етика. Комисията посочва също, че при продажбата на медикаменти на пациенти фармацевтът разполага с изключително малка свобода на действие. По-специално той е длъжен да даде предписаните лекарствени продукти без възможност да ги замени, освен в строго определените от закона случаи.

36. На второ място, разглежданите разпоредби на италианското законодателство надхвърлят необходимото за постигането на целта за защита на здравето, тъй като тя може да се постигне чрез по-малко ограничителни мерки за свободата на установяване и за свободното движение на капитали. По-конкретно, задължителното присъствие на фармацевт в аптеката е достатъчно, за да се гарантира предоставянето на квалифицирани услуги на клиентите. Освен това по отношение на лицата, стопанисващи аптеки, може да се приложат подходяща система за контрол и ефикасни санкции. Подобна система би позволила да се провери и да се осигури правилното функциониране на тези аптеки

с оглед на защитата на здравето на пациентите. Също така може да се предвиди включването на клаузи за съвместна отговорност в трудовия договор, обвързващ собственика на аптеката с фармацевта, отговарящ за стопанисването ѝ. Такава солидарна отговорност ще гарантира насърчаването и на двамата да изпълнят целите и задълженията за обществена услуга, свързани със стопанисването на аптеката.

37. Комисията изтъква също, че предоставената от италианското право възможност дружествата без преобладаващо публично участие да стопанисват общински аптеки показва, че италианският законодател е счел, че не е задължително лицата, стопанисващи аптеки, да са фармацевти, за да се осигури качеството на фармацевтичните услуги, както и подходяща защита на общественото здраве, доколкото в аптеката присъства фармацевт и той отговаря за дейностите, свързани с лекарствените продукти. Същите съображения важат и за разпоредбите, които предвиждат възможност наследниците на частна аптека да стопанисват последната през определен период от време, без да притежават необходимата квалификация.

38. Комисията впрочем отбелязва, че фармацевтите имат сходни задължения в областта на професионалната етика, независимо дали изпълняват функциите си в качеството на собственик или на служител.

39. На последно място, Комисията счита, че съображенията на Съда, изложени в Решение от 21 април 2005 г. по дело Комисия/Гърция⁹, по повод на магазините за оптика, са приложими и за търговската дейност по продажба на дребно на лекарствени продукти.

40. Италианската република, подпомагана от Република Гърция, Кралство Испания, Френската република, Република Латвия и Република Австрия, изтъква срещу тези доводи, че доколкото запазва правото да се притежава и да се стопанисва частна аптека само за физическите лица с диплома за фармацевт и за дружествата, в които участват само акционери фармацевти, разглежданото законодателство не нарушава членове 43 ЕО и 56 ЕО. Всъщност това законодателство се прилага без дискриминация, основана на гражданството, и произтичащите от него ограничения могат да се обосноват от целта за защита на общественото здраве, предвид това че те са подходящи и съразмерни за защитата на тази цел.

41. Италианската република подчертава, че както първичното, така и вторичното общностно право запазват компетентността на държавите членки за определяне на режима на собственост на аптеките, разглеждан в главното производство. При отсъствието на хармонизация на общностно равнище именно държавите членки трябва да определят степента на закрила на общественото здраве, която трябва да

спазва при търговията с лекарствени продукти в аптеките.

42. Италианската република твърди, че връзката между притежаването/стопанисването на аптека и вписването в професионалния регистър на фармацевтите на лицата, които притежават и които стопанисват аптека, е основен елемент на гаранцията за качеството на фармацевтичните услуги в Италия.

43. Потенциално вредният характер на лекарствените продукти изисква използването им да е контролирано и рационализирано. В аптеките съществува обективен конфликт между частния интерес да се осигури икономическата рентабилност и целите от общ интерес. За да се осигури предимството на редовното и адекватно снабдяване на населението с лекарствени продукти пред икономическите съображения, аптеките следва действително да се притежават от лица, които притежават необходимите професионална компетентност и специализация. Само когато собствениците на аптеки, които упражняват влияние върху управлението на последните, притежават цялостни специализирани знания и опит, това управление ще е систематично съобразено с предимството на защитата на здравето пред икономическите цели. Ако аптеките се стопанисват от нефармацевти, ще съществува риск те да се водят от критерии, които не са релевантни от фармацевтична гледна точка.

9 — C-140/03, Recueil, стр. I-3177.

44. Освен това запазването на стопанисването на аптеките само за фармацевтите позволява да се попречи на производителите на лекарствени продукти или на търговците на едро да притежават аптеки. Тези предприятия могат да проявят склонност да продават предпочитително произведени или разпространявани от тях продукти във вреда на действителните терапевтични нужди или на свободния избор на пациентите. Впрочем търговската логика на големите предприятия е ориентирана към намаляване на разходите за дистрибуция и за съхраняване на склад и следователно към концентрация на пунктовете за продажба в по-гъсто населени райони. Нерегламентираното отваряне на нови аптеки може освен това да доведе до увеличаване на фармацевтичните разходи.

45. Подобни рискове проличават от множество проучвания относно страните или регионите, предприели пълна либерализация на достъпа до фармацевтичния сектор — като Република Естония, Кралство Норвегия или Навара — при които се наблюдава значително намаляване на качеството на фармацевтичните услуги.

46. Ефикасността на функцията на аптеките, която е от общ интерес, не може да се гарантира от по-малко ограничителни мерки. Наистина държавата членка може да предвиди, че служители фармацевти осигуряват приготвянето и продажбата на лекарствени продукти. Такъв служител фармацевт обаче не може да упражнява професията си напълно независимо, тъй като е подчинен на заповедите на своя работодател, който не е фармацевт.

47. Освен това първичният характер на здравето изключва възможността вредите да се компенсират напълно с равностойно обезщетение. Ето защо гаранциите, изразяващи се в застраховка за професионална отговорност или във форми на обезщетение, произтичащи от отговорност за чужди действия, не позволяват да се осигури също толкова ефикасно осъществяването на целта за защита на общественото здраве. Освен това изборът да се съчетаят притежаването на аптека и отговорността за нейното стопанисване само в лицето на един професионален предприемач, който притежава качеството фармацевт, позволява към съвкупността от неговата гражданска и наказателна отговорност да се добави и тази, която произтича от правилата на професионалната етика и се контролира от професионалната организация на фармацевтите.

48. На последно място, що се отнася до разликата в режима на частните и на общинските аптеки, Италианската република обяснява, че по отношение на частните аптеки е необходимо да се включи допълнителен елемент на здравна гаранция, който разграничава модела на управлението им от този на общинските аптеки, тъй като по самото си естество последните са подложени на надзор и на контрол от страна на местните власти. Италианската република посочва в това отношение, че в модела на смесеното дружество, което има за предмет на дейност предоставянето на местни обществени услуги, дори при преобладаващо частно участие, местната власт запазва правомощието за направление, контрол и надзор на дружеството. Също така, когато стопанисването е поверено на трето лице, запазването на собствеността на аптеката за местната власт може да гарантира преследването на общия интерес.

В — По второто твърдение за нарушение

49. С второто твърдение за нарушение Комисията поддържа, че като запазва законодателни разпоредби, които не дават възможност на предприятия за търговия на едро с фармацевтични продукти да придобиват участие в дружества, които стопанисват общински аптеки, Италианската република не е изпълнила задълженията си по членове 43 ЕО и 56 ЕО.

50. Според нея подобно ограничаване на свободното движение на капитали и на свободата на установяване не се обосновава от целта за защита на общественото здраве. Комисията посочва в това отношение, че режимът на пълна несъвместимост на дейностите по търговия на едро с дейностите по търговия на дребно е несъгласуван, тъй като позволява дерогации със значителен обхват.

51. По-конкретно, дадено лице може да стопанисва аптека и едновременно с това да е акционер в дружество за търговия на едро, при условие че не притежава решаващо или контролно участие в последното. Такова лице може да има интерес да даде предимство на продажбата на пазара на продукти, с които търгува на едро дружеството, в което то е акционер. Освен

това съществуват други ситуации, в които фармацевт, който е акционер в дружество за търговия на едро, има възможност да упражнява пряко или непряко ефективна контролна власт върху последното. Режимът на несъвместимост следователно е много гъвкав по отношение на физическите лица и на дружествата, които стопанисват частни аптеки.

52. За сметка на това този режим е много ограничен за мултинационалните компании, които желаят да придобият дялове в общински аптеки. Комисията обаче счита, че в последния случай опасността от конфликт на интереси може да е по-малка или във всички случаи по-незначителна, тъй като общината запазва собствеността на общинската аптека и осъществява пряк и специфичен контрол върху последната въз основа на договор за управление, сключен с частното дружество.

53. Според Италианската република принципните положения, развити в рамките на първото твърдение за нарушение, важат и за общинските аптеки. Впрочем „декрет Bersani“ премахва забраната предприятия за търговия на едро с лекарствени продукти да придобиват участия в общински аптеки.

V — Съображения

A — По допустимостта на иска

54. От постоянната съдебна практика произтича, че в рамките на иска за установяване на неизпълнение на задължения, с който се поставя под въпрос съвместимостта на национално законодателство с общностното право, евентуални изменения на това законодателство са без значение за произнасянето по предмета на иска, при условие че те не са въведени преди изтичането на срока, даден в мотивираното становище¹⁰.

55. Следователно Съдът трябва да се произнесе за евентуалното наличие на твърдяното неизпълнение на задължения с оглед на законодателството, което е в сила към 19 февруари 2006 г. — дата на изтичане на срока от два месеца, определен в мотивираното становище, нотифицирано на Италианската република на 19 декември 2005 г. Следва да се отбележи, че към тази дата „декрет Bersani“ все още не е бил приет.

56. От това следва, че всички аргументи на Комисията и на Италианската република относно значението на този декрет за

настоящото производство не могат да бъдат взети предвид. По-конкретно, не е необходимо в рамките на разглеждането на второто твърдение за нарушение да се проверява дали забраната предприятията за търговия на едро с лекарствени продукти да придобиват участия в дружества за стопанисване на общински аптеки е все още действаща в италианския правен ред, въпреки действието на „декрет Bersani“, било то поради обстоятелството, че определени законодателни разпоредби са останали в сила или поради съдебна практика, запазваща тази забрана.

57. Ето защо Италианската република няма основание да поддържа, че неизпълнението на задължения, в което тя се упреква, не е конкретно и актуално, тъй като произтича от бъдещи и хипотетични решения на националните юрисдикции.

58. Останалите доводи на тази държава членка в подкрепа на недопустимостта на иска също следва да се отхвърлят. От гледна точка на допустимостта на иск за установяване на неизпълнение на задължения всъщност е безразлично дали Комисията е избрала да насочи иска си срещу една държава членка, а не срещу тези, които имат сходно законодателство. Освен това Комисията е посочила ясно общностните разпоредби, с оглед на които тя иска от Съда да установи неизпълнение от страна на Италианската република, а именно членове 43 ЕО и 56 ЕО.

¹⁰ — Вж. по-специално Решение от 21 септември 1999 г. по дело Комисия/Ирландия (С-392/96, Recueil, стр. I-5901, точка 86), Решение от 9 декември 2004 г. по дело Комисия/Франция (С-177/03, Recueil, стр. I-11671, точка 19) и Решение от 21 февруари 2008 г. по дело Комисия/Италия (С-412/04, Сборник, стр. I-619, точка 42).

Б — По първото твърдение за нарушение

според Съда трябва да се вземе предвид целта на въпросното законодателство¹¹.

59. С първото твърдение за нарушение Комисията поставя под въпрос с оглед на членове 43 ЕО и 56 ЕО едно от необходимите условия за притежаването и за стопанисването на частна аптека в Италия, а именно притежаването на диплома за фармацевт. Всъщност Комисията счита, че не може да се изисква диплома за фармацевт единствено в зависимост от режима на собственост на аптеката. За сметка на това тя приема, че това условие е необходимо и трябва да се изпълни за упражняването на функцията на директор, отговарящ за аптеката, и по-общо за изпълнението на всички задачи, свързани с взаимоотношенията с ползвателите на аптеката.

60. Доколкото Комисията упреква Италианската република, че не е изпълнила задълженията си както по член 43 ЕО, така и по член 56 ЕО, следва най-напред да се провери дали разглежданото национално законодателство трябва да се преценява с оглед на свободата на установяване и на свободното движение на капитали, или пък с оглед само на една от тези свободи на движение.

61. В тази перспектива следва да се посочи, че за да се разбере дали определено национално законодателство се отнася до една или до друга свобода на движение,

62. В това отношение следва да се констатира, че основната цел на разпоредбите от италианското законодателство, разглеждани в рамките на първото твърдение за нарушение, е въвеждането на условие за упражняването на независима професионална дейност, в случая фармацевтична дейност като собственик на аптека. Така тези разпоредби запазват правото да се притежава и стопанисва частна аптека само за физически лица с диплома за фармацевт, както и за персонални дружества и за кооперативни дружества с ограничена отговорност, в които участват само фармацевти. Струва ми се, че като урежда по този начин откриването на частни аптеки в Италия, а следователно и условията за установяване на физически и юридически лица в аптечния сектор, италианското законодателство засяга основно свободата на установяване. Ето защо то попада предимно в приложното поле на разпоредбите на Договора относно тази свобода.

63. Поради това, дори да се предположи, че такава национална мярка може да има ограничително действие спрямо свободното движение на капитали, то такава действие следва да се разглежда като неизбежна последица от евентуално възпрепятстване на свободата на установяване и не оправдава разглеждането на тази мярка в светлината на член 56 ЕО¹².

11 — Решение от 17 юли 2008 г. по дело Комисия/Испания (С-207/07, точка 35).

12 — Вж. по-специално Решение от 25 октомври 2007 г. по дело Geurts и Vogten (С-464/05, Сборник стр. I-9325, точка 16 и цитираната съдебна практика).

64. Ето защо ще разгледам първото твърдение за нарушение единствено от гледна точка на свободата на установяване, и поспециално с оглед на членове 43 ЕО и 48 ЕО¹³.

65. Преди да разгледам дали правилото, по силата на което само лицата, имащи право да упражняват професията фармацевт, могат да притежават и стопанисват аптека, е в съответствие с членове 43 ЕО и 48 ЕО, ще формулирам няколко предварителни бележки относно естеството на съответната компетентност на държавите членки и на Общността в областта на общественото здраве.

1. Предварителни бележки относно естеството на съответната компетентност на държавите членки и на Общността в областта на общественото здраве

66. С член 152 ЕО на Общността не се предоставя пълна и цялостна компетентност в областта на общественото здраве. Поради това подобна компетентност остава разпределена между Общността и държавите членки.

13 — Ще отбележа освен това, че в иска за установяване на неизпълнение, по който е постановено посоченото погоре Решение по дело Комисия/Гърция, Комисията обсъжда същите въпроси по повод на откриването на магазини за оптика единствено с оглед на свободата на установяване. Аз считам, че не е необходимо този въпрос да се разширява понастоящем до свободното движение на капитали.

67. Съгласно член 152 ЕО условията за това разпределение на компетентността разкриват наличието на съвместна, но преимуществено национална компетентност¹⁴.

68. Запазването на националната компетентност в областта на общественото здраве е изрично установено в член 152, параграф 5 ЕО, който, напомням, предвижда, че „[д]ействията на Общността в областта на общественото здраве зачитат изцяло задълженията на държавите членки да организират и предоставят здравни услуги и медицински грижи“.

69. Изводът, според който предоставянето на Общността на компетентност в здравната сфера не води до отпадане на компетентността на държавите членки, произтича и от естеството на националната и общностната компетентност съгласно член 152 ЕО. Всъщност става въпрос едновременно за допълваща компетентност, доколкото действията на Общността допълват националните политики в областта на общественото здраве, и за координирана компетентност, тъй като общностните действия са насочени към координиране на националните действия в тази област.

14 — Съгласно изразът, използван от Michel, V., „La compétence de la Communauté en matière de santé publique“, *Revue des affaires européennes*, 2003-2004/2, p. 157.

70. В обобщение разпоредбите на член 152 ЕО са основа на една слабо интегрирана политика относно общественото здраве и успоредно с това очертават сфера на защитена национална компетентност.

71. Според мен този подход на авторите на Договора трябва да бъде взет предвид от Съда в необходимата степен. По-конкретно, считам, че когато разглежда национална мярка за организиране и предоставяне на здравни услуги и медицински грижи, Съдът би трябвало винаги да отчита, че става въпрос за един вид конституционна закрила на националната компетентност в тази област¹⁵.

72. Безспорно това не означава, че при упражняване на тяхната запазена компетентност държавите членки трябва да се считат за освободени от задълженията си към Общността. Известно е всъщност, че при упражняването на подобна компетентност държавите членки трябва да спазват общностното право, по-конкретно разпоредбите на Договора относно свободите на движение. Тези разпоредби съдържат забрана за държавите членки да въвеждат или да запазват необосновани ограничения за упражняването на тези свободи в областта на здравните грижи¹⁶.

73. Освен това следва да се уточни, че съгласно действащото общностно право далеч не всички изисквания за упражняване на фармацевтични дейности са предмет на мерки за координация, а още по-малко на мерки за хармонизация на общностно равнище, за което свидетелства съображение 26 от Директива 2005/36. В това отношение напомням, че в него общностният законодател е посочил като пример, че географското разпределение на аптеките и монополът в разпространението на лекарствени продукти следва да останат в компетентността на държавите членки. В това съображение е уточнено и че тази директива не засяга законовите, подзаконовите и административните разпоредби на държавите членки, забраняващи на търговски дружества да упражняват някои дейности в областта на фармацията или въвеждащи определени условия за упражняването на такива дейности. В тези области, които не са хармонизирани, определянето на нормите остава в компетентността на държавите членки, при условие че се спазват разпоредбите на Договора, и по-специално тези относно свободата на установяване¹⁷.

74. Следователно, за да бъде запазена национална правна норма, която предвижда, че само фармацевти могат да притежават и стопанисват аптеки, тя трябва да бъде в съответствие с член 43 ЕО, дори когато представлява израз на запазена компетентност на държавите членки в областта на общественото здраве, и по-специално в областта на организирането и предоставянето на здравни услуги и медицински грижи.

15 — Вж. Michel, V., цит. съч., стр. 177.

16 — Вж. по-специално Решение от 11 септември 2008 г. по дело Комисия/Германия (С-141/07, Сборник, стр. I-06935, точка 23 и цитираната съдебна практика).

17 — Вж. в този смисъл Решение по дело Комисия/Германия, посочено по-горе (точка 25 и цитираната съдебна практика).

75. При все това не е без последици обстоятелството, че подобна норма поражда действие в областта на запазена национална компетентност, която е изрично защитена от член 152, параграф 5 ЕО. Всъщност при преценката на обосноваността на посоченото правило с оглед на императивно съображение от обществен интерес, каквото е закрилата на общественото здраве, Съдът трябва да вземе предвид тази посочена в Договора закрила на националната компетентност. В това отношение той би могъл да приложи своята практика, съгласно която при преценката за спазването на принципа на пропорционалността в областта на общественото здраве следва да се държи сметка за обстоятелството, че държавата членка може да реши в каква степен възнамерява да осигури закрилата на общественото здраве и по какъв начин трябва да бъде постигната посочената степен¹⁸.

76. След тези уточнения, на първо място, следва да се провери дали италианското правило, което цели да забрани на фармацевтите да притежават и стопанисват аптека, представлява ограничение на свободата на установяване.

2. По съществуването на ограничение на свободата на установяване

77. Свободата на установяване, уредена в членове 43 ЕО и 48 ЕО, предоставя на учредените в съответствие със законодателството на дадена държава членка

дружества правото на достъп до дейност като самостоятелно заето лице в друга държава членка и правото на постоянно упражняване на тази дейност при същите условия както дружествата със седалище в тази държава. Тази основна свобода обхваща създаването и управлението на предприятия, както и създаването на търговски представителства, клонове и дъщерни дружества. Член 43 ЕО въвежда задължение за премахване на дискриминационните мерки.

78. От постоянната съдебна практика следва също, че мерките, които, макар да се прилагат без разлика към всички, забраняват на, затрудняват или възпрепятстват гражданите на държавите членки да упражняват свободата на установяване, представляват противоречащи на Договора ограничения¹⁹.

79. По силата на италианското законодателство правото да се стопанисва частна аптека е запазено за физическите лица, които имат диплома за фармацевт, както и за персоналните дружества и за кооперативните дружества с ограничена отговорност, които имат за единствен предмет на дейност стопанисването на аптека и в които участват само фармацевти, вписани в професионалния регистър на фармацевтите.

¹⁸ — Пак там (точка 51).

¹⁹ — Вж. Решение от 5 октомври 2004 г. по дело CaixaBank France (C-442/02, Recueil, стр. I-8961, точка 11 и цитираната съдебна практика), Решение от 14 октомври 2004 г. по дело Комисия/Нидерландия (C-299/02, Recueil, стр. I-9761, точка 15), Решение по дело Комисия/Гърция, посочено по-горе, както и Решение от 17 юли 2008 г. по дело Согрогаción Dermoeestética (C-500/06, Сборник, стр. I-05785, точка 32 и цитираната съдебна практика).

80. Тези условия поражда пречка за гражданите на държавите членки, които не са фармацевти, да притежават и да стопанисват частна аптека в Италия. Посочените условия могат да бъдат квалифицирани като ограничения на свободата на установяване поради техните последици върху достъпа до пазара на физическите или юридическите лица, които желаят да открият частна аптека в Италия. Всъщност възпрепятствайки достъпа на нови оператори до съответния пазар, тези условия представляват обективни пречки за свободите на движение, от които по принцип следва да се ползват икономическите оператори.

81. Тъй като се установява наличието на пречка за свободата на установяване, следва да се провери дали забраната нефармацевти да притежават и стопанисват аптека, може да се счита за обоснована от гледна точка на общественото право.

3. По обосноваването на установеното ограничение на свободата на установяване

82. Ограничение като предвиденото в италианското законодателство може да се приеме за съответстващо на общественото право, ако удовлетворява следните четири условия. На първо място, това ограничение трябва да се прилага по недискриминационен начин. На следващо място, то трябва да бъде обосновано с легитимно основание или с императивно съображение от общ интерес. На последно място, това ограничение трябва да бъде в състояние да гарантира осъществяването

на преследваната цел и да не надхвърля необходимото за постигането ѝ²⁰.

83. На първо място, не откривам никакъв дискриминационен елемент в разглежданата правна уредба, доколкото тя се прилага спрямо всички, които искат да създадат и стопанисват аптека в Италия, независимо коя е тяхната държава членка на произход.

84. На второ място, закрилата на общественото здраве фигурира сред императивните съображения от общ интерес, които по силата на член 46, параграф 1 ЕО могат да обосноват ограниченията на свободата на установяване²¹. Следователно италианското законодателство следва да се разгледа с оглед на тази цел, по-конкретно на целта за гарантиране на адекватно снабдяване на населението с лекарствени продукти.

85. На трето място, що се отнася до годността на подобна правна уредба да гарантира осъществяването на целта за закрила на общественото здраве, следва да се провери дали забраната нефармацевти да притежават и стопанисват аптека е подходяща за действителното постигане на споменатата цел.

20 — Вж. по-специално Решение от 5 юни 2007 г. по дело Rosengren и др. (С-170/04, Recueil, стр. I-4071, точка 43), както и Решение по дело Corporación Dermoeástica, посочено по-горе (точка 35 и цитираната съдебна практика).

21 — Решение по дело Corporación Dermoeástica, посочено по-горе (точка 37).

86. Аз считам, че случаят е такъв. По-конкретно, според мен това правило може да осигури снабдяване на населението с лекарствени продукти, за което са налице достатъчни гаранции по отношение на качеството и разнообразието.

87. В това отношение не съм убеден в довода на Комисията, съгласно който следва да се направи разграничение между вътрешните аспекти (собственост, управление и ръководство на аптеката) и външните аспекти (отношенията с третите лица) на фармацевтичната дейност. Всъщност според мен лице, което е едновременно собственик и работодател и притежава аптека, неизбежно влияе върху провежданата в тази аптека политика в областта на разпространението на лекарствени продукти. Поради това направеният от италианския законодател избор да обвърже професионалната компетентност с икономическата собственост на аптеката се явява обоснован с оглед на целта за закрила на общественото здраве.

88. Не трябва да се пренебрегва фактът, че функцията, която изпълнява фармацевтът, не се ограничава до продажбата на лекарствени продукти. Дейността по разпространение на лекарствени продукти изисква също от страна на фармацевта и други престации като например проверка на медицинските рецепти, изготвяне на фармацевтични препарати или още предоставянето на информация и консултации, които осигуряват правилната употреба на лекарствени продукти²². Считам също, че задължението на фармацевта да предоставя консултации е от

голямо значение, когато става въпрос за лекарствени продукти, за които не е необходима медицинска рецепта и чийто брой постоянно нараства в резултат от решения на държавите, взети за да се запази равновесието на бюджета относно социалното осигуряване. В подобна ситуация пациентът може да се довери само на информацията, предоставена от здравен специалист като фармацевта.

89. Тъй като фармацевтичната дейност, както много здравни професии, се характеризира с асиметрично разпределение на информацията, е необходимо пациентът да има пълно доверие в предоставената му от фармацевта консултация. Следователно е важно да се гарантира неутралността на фармацевтичната консултация, т.е. тя да бъде компетентна и обективна.

90. Освен това поради гореизложените съображения фармацевтът е свързан с общата политика в областта на общественото здраве, която в голяма степен е несъвместима с една чисто търговска логика, характерна за капиталовите дружества, които са пряко ориентирани към рентабилността и печалбата. Следователно специфичният характер на поверената на фармацевта задача налага да му бъде призната и гарантирана независимостта, необходима за естеството на неговата функция.

91. Ето защо според мен качеството на дейността по разпространение на лекарствени продукти е тясно свързано с независимостта, която фармацевтът дължи при изпълнение на своята задача.

²² — Вж. член 45, параграф 2 от Директива 2005/36, където са изброени различните дейности на фармацевта.

92. С решението си да запази собствеността и стопанисването на аптеките само за фармацевтите италианският законодател е искал по-специално да гарантира независимостта на фармацевтите, създавайки по отношение на аптеките икономическа структура, която е защитена от външни влияния, като например тези на производителите на лекарствени продукти или на търговците на едро. Този законодател е искал по-конкретно да предотврати рисковете от конфликт на интереси, които съгласно неговия анализ биха могли да бъдат свързани с вертикална интеграция на фармацевтичния сектор, за да противодейства по-специално на явлениято свръхупотреба на лекарствени продукти и да гарантира наличието на достатъчно видове лекарствени продукти в аптеките. Освен това италианският законодател е счел за необходима намесата на специалист, който да действа като филтър между производителя на лекарствени продукти и потребителите, за да контролира по независим начин правилния прием на лекарствените продукти.

93. Фармацевтът, който притежава аптека, е финансово независим и това гарантира свободното упражняване на неговата професия. Тъй като подобен фармацевт има пълен контрол върху своето средство на труд, той може да упражнява професията си с независимостта, характеризираща свободните професии. Той е едновременно ръководител на предприятие, което е в досег с икономическата реалност, свързана с ръководството на неговата аптека, и здравен специалист, който се стреми да съчетае своите икономически изисквания със съображенията, свързани с общественото здраве, поради което се различава от лицето, което е само инвеститор.

94. Поради това считам, че превантивният подход, възприет от италианския законодател, може да осигури закрилата на общественото здраве.

95. На последно място, следва да се провери дали правилото, по силата на което само фармацевт може да притежава и стопанисва аптека, е необходимо за осъществяване на целта за закрила на общественото здраве и дали тази цел не би могла да бъде постигната чрез забрани или ограничения, които имат по-малък обхват или в по-малка степен засягат свободата на установяване.

96. В тази перспектива е важно да се напомни, че според Съда при преценката за спазването на принципа на пропорционалността в областта на общественото здраве следва да се държи сметка за обстоятелството, че държавата членка може да реши в каква степен възнамерява да осигури закрилата на общественото здраве и по какъв начин трябва да бъде постигната посочената степен. Тъй като тази степен може да бъде различна в различните държави членки, на последните следва да се признае свобода на преценка, поради което обстоятелството, че една държава членка налага правила, които не са толкова строги като наложените от друга държава членка, не би могло да означава, че тези правила са несъразмерни²³.

23 — Решение по дело Комисия/Германия, посочено по-горе (точка 51 и цитираната съдебна практика).

97. Установявайки правилото, че само фармацевт може да притежава и стопанисва аптека, италианският законодател е използвал тази свобода на преценка, като е избрал система, която според него позволява да се осигури високо равнище на закрила на общественото здраве, и в частност адекватно снабдяване на населението с лекарствени продукти.

98. Подобно на други държави членки този законодател е можел да приеме и друг модел и да реши да защити общественото здраве с други средства, например като постави откриването на нови аптеки единствено в зависимост от изисквания за географското им разпределение, за наличието на определен брой жители за една аптека или още за минимално разстояние между две аптеки. Сред другите мерки, предназначени да гарантират, че целта за закрила на общественото здраве има превес над икономическите интереси, държава членка можела да реши да запази монопола върху продажбата на лекарствени продукти от фармацевтите и/или да реши да фиксира цените на лекарствените продукти.

99. Накратко, следва да се отчете обстоятелството, че в съответствие с предвиденото в член 152, параграф 5 ЕО и при липсата на хармонизиране на всички условия за упражняване на фармацевтична дейност в рамките на Общността, държавите членки разполагат със свобода на преценка да очертаят модела, който съответства най-добре на техните стремежи за закрила на общественото здраве.

100. При проверката дали национална мярка като разглежданата по настоящия иск е в съответствие с принципа на пропорционалност, в крайна сметка Съдът трябва да се убеди, че държавите членки не са превишили границите на своята свобода на преценка. Съдът проверява и дали други мерки не биха допринесли по също толкова ефективен начин за гарантиране на високо равнище на закрила на общественото здраве.

101. В това отношение считам, че като е предвидила, че само фармацевти могат да притежават и стопанисват аптеки, Италианската република не е превишила границите на своята свобода на преценка в областта на закрилата на общественото здраве и следователно посоченото правило не надхвърля необходимото за осигуряване на високо равнище на закрила на общественото здраве.

102. Поради това не съм убеден, че мерките, които бяха споменати пред Съда и които според Комисията трябва да заместят италианското правило, биха могли да гарантират също толкова високо равнище на закрила на общественото здраве.

103. По принцип, на първо място, трябва да се подчертае, че правилото, което цели да се забрани на нефармацевтите да притежават и стопанисват аптека, представлява

мярка, предназначена да предотврати появата на посочените по-горе злоупотреби, и по-конкретно на рисковете от конфликти на интереси, които биха могли да бъдат свързани с вертикалната интеграция на фармацевтичния сектор и биха могли да повлияят отрицателно върху качеството на дейността по разпространение на лекарствени продукти. Тази превантивна мярка има особено значение, когато залогът е изискването за закрила на общественото здраве. Установяването обаче на режим на отговорност както на нефармацевта, стопанисващ аптеката, така и на служителите фармацевти, и на система от санкции срещу тях не ми изглежда достатъчно за гарантиране на толкова високо равнище на закрила на общественото здраве, тъй като става въпрос основно за мерки, предназначени да отстранят последиците от злоупотребите, когато такива действително са възникнали²⁴.

104. Освен това не считам, че задължението за присъствие на служител фармацевт, който да изпълнява задачи, предполагащи отношения с трети лица, е достатъчно, за да се гарантира адекватно снабдяване на населението с лекарствени продукти с оглед на същия критерий за качество и независимост на дейността по разпространение на лекарствени продукти.

105. Несъмнено е вярно, че служителят фармацевт е длъжен да спазва професио-

налните и етични правила, които се отнасят до него. При все това, доколкото той няма контрол върху търговската политика на аптеката и на практика е длъжен да прилага указанията на своя работодател, не е изключено такъв служител фармацевт в аптека, стопанисвана от нефармацевт, да бъде принуден да предпочете икономическия интерес на аптеката пред изискванията, свързани с упражняване на фармацевтична дейност. Поради това не мога да изключа възможността нефармацевт, който стопанисва аптека и няма достатъчна професионална компетентност, за да прецени какво изисква дейността по разпространение на лекарствени продукти, да бъде изкушен да ограничи консултациите на пациенти или пък да преустанови дейности, носещи малка печалба, като например приготвянето на фармацевтични препарати. Това би довело до спад на качеството на дейността по разпространение на лекарствени продукти, на който служителят фармацевт, който е длъжен да изпълнява нарежданията на своя работодател, трудно би могъл да противодейства.

106. Особено важно е да се напомни, че разграничението между вътрешните и външните аспекти на фармацевтичната дейност има изкуствен характер и изглежда неизбежно стопанисващото аптеката лице да определя нейната търговска политика, доколкото упражнява контрол върху тази аптека. Поради това е трудно да се гарантира, че нефармацевтът, стопанисващ аптеката, няма да се намесва в отношенията, които фармацевтът поддържа с клиентите, дори непряко — когато управлява наличните в аптеката запаси от лекарствени продукти. Ето защо едно лошо управление на подобни запаси непременно би се отразило върху качеството на дейността по разпространение на лекарствени продукти.

24 — Изтъкнатите в това отношение доводи от страна на Комисията в подкрепа на нейната теза ми изглеждат доста теоретични и освен това опровергани от настоящата финансова криза. Всъщност съществуването в банковата система на контролни органи и на правни режими на гражданска, търговска или наказателна отговорност показва по трагичен начин границите на възможностите си и своето безсилие да предотврати или контролира злоупотребите, породени от разбирането, че преди всичко трябва да се осигури възвръщаемостта на инвестириания капитал.

107. Следователно италианското правило се оказва необходимо, тъй като предполага, че фармацевтът, който е собственик на аптека, е лично отговорен пред колегите си за своите решения, що се отнася до качеството на предлаганите в аптеката му професионални услуги, че той лично е субект на всички закони, подзаконови и етични разпоредби, уреждащи упражняването на професията фармацевт, и че не търпи никакво влияние от страна на трети лица нефармацевти по отношение на ръководството на дейността на своята аптека.

108. Така връзката между професионалната компетентност във фармацевтичната област и собствеността на аптеката позволява на стопанисващото я лице да прецени правилно последиците от неговите търговски решения за изпълнението на неговата задача от общ интерес, а именно адекватното снабдяване на населението с лекарствени продукти.

109. На последно място, обвързването на разрешението за стопанисване на аптека с личността на фармацевта е ефективен способ да се осигури адекватният характер на снабдяването на населението с лекарствени продукти, най-вече защото в случай на професионално нарушение на стопанисващата аптека фармацевт може да бъде отнето не само разрешението да упражнява професията фармацевт, но и разрешението да стопанисва аптеката, заедно с произтичащите от това тежки икономически последици. Освен последиците съгласно нормите, уреждащи дисциплинарната отговорност, професионалните нарушения на фармацевта излагат на риск

неговото икономическо съществуване, което е допълнителна подбуда да управлява своята аптека, отдавайки предимство на изискването за обществено здраве. Поради това правилото, което налага съчетаването в едно и също лице на компетентността и професионалната етика с икономическата отговорност относно аптеката, е необходимо, за да се гарантира, че превес ще има общественият интерес.

110. Следователно предвид гореизложеното считам, че италианското правило, по силата на което само фармацевт може да притежава и стопанисва аптека, не надхвърля необходимото, за да се гарантира високо равнище на закрила на общественото здраве, и по-конкретно за да се осигури разнообразно и качествено снабдяване на населението с лекарствени продукти. Поради това ми се струва, че изискването лицето, което има икономическия контрол върху аптеката и което на това основание определя нейната търговска политика, да бъде фармацевт, е в съответствие с член 43 ЕО.

111. Според мен анализът, който направих по отношение на адекватния и пропорционален характер на правилото, по силата на което само фармацевт може да притежава и стопанисва аптека, не може да бъде опроверган, обратно на твърденията на Комисията, с факта, че при определени обстоятелства стопанисването на аптека от лице, което не е фармацевт, е разрешено съгласно италианското право. Съответните хипотези са изложени по-долу.

112. На първо място, става въпрос за възможността за наследниците на собственик на частна аптека да стопанисват последната през период, не по-дълъг от десет години, считано от смъртта на фармацевта, въпреки че не притежават необходимата квалификация. Така италианският законодател се е опитал да съгласува правилото, забраняващо на нефармацевти да притежават и стопанисват аптека, с необходимостта да се защитят интересите на семейството на фармацевта. Според мен това изключение не може да постави под въпрос съгласуваността на италианското законодателство, доколкото, от една страна, то е ограничено във времето, а от друга страна, не засяга главната цел на това законодателство, а именно да предотврати рисковете от конфликт на интереси, които биха могли да бъдат свързани с вертикална интеграция на фармацевтичния сектор.

113. На следващо място, става въпрос за особеното положение на общинските аптеки. Ще припомня, че член 116 от Законодателен декрет № 267 от 18 август 2000 г. предвижда възможност за общините да учредяват акционерни дружества за управление на общинските аптеки, чиито акционери не е задължително да са фармацевти. Следователно по отношение на този вид аптеки се допуска разделение между притежаването на аптеката, чиито собственик е местната власт, и стопанисването на същата аптека, поверено на дружество с преобладаващ частен капитал, участниците в което не са само фармацевти.

114. Това незачитане на принципа на неотделимост на собствеността и управлението на аптека според мен не може да

засегне съгласуваността на италианското законодателство. Всъщност, както доказва Италианската република, местната власт, която поверява управлението на аптека на частно дружество, разполага с определен брой правомощия, които ѝ позволяват да дава насоки и да осъществява надзор върху начина, по който аптеката изпълнява своята функция за снабдяване населението с лекарствени продукти.

115. Общината упражнява своя контрол върху управлението на аптеката най-напред чрез прилагането на предписанията, включени според случая в поканата за представяне на оферти, в статута на дружеството за управление, както и в договора за управление. Тези предписания се отнасят до конкретния ред и условия на управлението на аптеката, и по-специално до въпросите, свързани с надзора на общината и със санкциите за управляващото дружество в случай на управление, което не съответства на целта за закрила на общественото здраве. Впрочем освен обстоятелството, че местната власт остава собственик на аптеката и че може да прекрати договорната връзка с дружеството, натоварено с управлението, следва да се посочи, че местната власт има правомощието да определи един или няколко управители или одитори.

116. Всички тези елементи според мен дават възможност да се гарантира, че стопанисването на общинските аптеки осигурява по-специално предимството на

общия интерес, и по-точно на адекватното снабдяване на населението с лекарствени продукти. Ето защо аз считам, че съгласуваността на италианското законодателство не е нарушена.

117. На последно място, според мен следва да се отхвърли доводът, според който направеният от Съда извод в Решение по дело Комисия/Гърция, посочено по-горе, по отношение на стопанисването на оптични магазини трябва да бъде приложен към аптеките.

118. С иска за установяване на неизпълнение на задължения, който подава срещу Република Гърция, Комисията моли Съда да приеме за установено, че тази държава членка не е изпълнила задълженията си по членове 43 ЕО и 48 ЕО. На първо място, Комисията упреква посочената държава членка, че не позволява на дипломиран оптик — физическо лице, да стопанисва повече от един оптичен магазин. На второ място, Комисията оспорва националната правна уредба, допускаща откриване на оптичен магазин от юридическо лице, при условие че:

- разрешението за откриване и стопанисване на оптичен магазин е издадено на името на правоспособен оптик — физическо лице, лицето, на което е издадено разрешението да стопанисва оптичен магазин, притежава най-малко 50 % от капитала на дружеството и участва поне до този размер в печалбите и загубите на дружеството, дружеството е учредено

под формата на събирателно или командитно дружество, и

- съответният оптик участва най-много в още едно дружество, притежаващо оптичен магазин, при условие че разрешението за откриване и стопанисване на този магазин е издадено на името на друг правоспособен оптик.

119. След като е установил наличието на ограничения на свободата на установяване²⁵, Съдът е разгледал общо въпроса дали различните оспорвани аспекти на гръцкото законодателство са обосновани с целта за закрила на общественото здраве. Съдът е приел, че това не е така, доколкото не е бил спазен принципът на пропорционалност.

120. Така Съдът приема, че „изтъкнатата от Република Гърция цел за закрила на общественото здраве може да бъде постигната посредством мерки, които ограничават в по-малка степен свободата на установяване както на физическите, така и на юридическите лица, като например посредством изискването за наличие на квалифициран оптик като служител или съдружник във всеки оптичен магазин, чрез норми в областта на гражданска отговорност за чужди действия и посредством разпоредби, които предвиждат задължение за сключване на застраховка за професионална отговорност“²⁶.

²⁵ — Решение по дело Комисия/Гърция, посочено по-горе (точки 27—29).

²⁶ — Пак там (точка 35).

121. Според мен Съдът би трябвало да следва различен подход относно дейността по разпространение на лекарствени продукти, която се различава от дейността по продажба на оптични продукти поради значимостта на последиците си за общественото здраве.

122. Несъмнено Съдът е признал, че продажбата на оптични продукти като например контактни лещи не може да се счита за търговска дейност като всяка друга, тъй като продавачът трябва да може да предостави на потребителите информация относно използването и поддръжката на подобни стоки²⁷. Поради това Съдът е приел, че национална правна уредба, която забранява продажбата на контактни лещи и на свързани с тях стоки в търговски обекти, които не се ръководят или управляват от лица, отговарящи на условията, необходими за упражняването на професията оптик, е обоснована със съображения, свързани със закрилата на общественото здраве²⁸.

123. Доколкото обаче лекарствените продукти са стоки, които могат да имат по-сериозни последици за здравето в сравнение с оптичните продукти и които дори могат да причинят смъртта на потребителите в случай на неправилна употреба, считам, че тяхното предоставяне трябва да бъде придружено с особени гаранции. Поради това според мен е оправдано държавата членка да иска да постигне

високо равнище на закрила на общественото здраве, като се опитва да запази качеството и независимостта на дейността по разпространение на лекарствени продукти.

124. Тъй като от гледна точка на закрилата на общественото здраве разпространението на лекарствени продукти не може да се постави на една и съща плоскост с продажбата на оптически продукти, считам, че държава членка може, без да нарушава принципа на пропорционалност и поради причините, които вече изложих, да реши, че само фармацевти могат да притежават и стопанисват аптеки.

125. Поради всички тези съображения предлагам на Съда да обяви първото твърдение за нарушение, предявено от Комисията, за неоснователно.

В — По второто твърдение за нарушение

126. С второто твърдение за нарушение Комисията иска от Съда да установи, че като запазва в сила правни разпоредби,

27 — Вж. в този смисъл Решение от 25 май 1993 г. по дело LPO (С-271/92, Recueil, стр. I-2899, точка 11).

28 — Пак там (точка 13).

които не дават възможност на предприятия за търговия на едро с фармацевтични продукти да придобиват участие в дружества, които стопанисват общински аптеки, Италианската република не е изпълнила задълженията си по членове 43 ЕО и 56 ЕО.

членове 43 ЕО и 56 ЕО допускат забрана за участие на предприятие за търговия на едро с лекарствени продукти в капитала на дружество, което стопанисва общинска аптека.

127. Най-напред ще припомня, че към момента на изтичането на срока, определен в мотивираното становище, нотифицирано на тази държава членка, премахващият тази забрана „декрет Versani“ все още не е бил приет. Ето защо той не може да бъде взет предвид от Съда при произнасянето относно евентуалното съществуване на твърдяното неизпълнение на задължения в рамките на настоящото твърдение за нарушение.

128. Що се отнася, на следващо място, до обхвата на това твърдение за нарушение, следва да се отбележи, че обратно на това, което се подразбира от някои части на писменото становище на Комисията²⁹, то не би могло да обхване частните аптеки, доколкото формулирането му в досъдебната фаза се отнася само до случая на общинските аптеки.

129. Ето защо според мен Съдът следва да ограничи преценката си до въпроса дали

130. Обратно на случая при първото твърдение за нарушение, тук не става въпрос за преценка на съвместимостта с общностното право на условие за упражняване на фармацевтична дейност като собственик на аптека. Ще припомня, че всъщност в системата за стопанисване на общински аптеки общините остават собственик на аптеката и че те прехвърлят само управлението на дружество, чийто капитал може да е преобладаващо частен. Следователно въпросът, който се поставя тук, е дали общностното право допуска или не забрана за предприятия за продажба на едро на лекарствени продукти да участват в управлението на общинска аптека посредством придобиване на дялове в капитала на частното дружество за управление.

131. Тъй като тази забрана не се прилага само за участие, което позволява да се упражнява безспорно влияние върху решенията на дружеството за управление на общинската аптека и да се определя неговата дейност, според мен тя може да

²⁹ — Вж. по-специално точка 5 от писмената реплика на Комисията.

попадне както в обхвата на член 43 ЕО, така и в този на член 56 ЕО³⁰.

1. По съществуването на ограничение на свободите на движение

132. Според Съда като „ограничения“ по смисъла на член 56, параграф 1 ЕО следва да се квалифицират националните мерки, които могат да възпрепятстват или ограничат придобиването на дялове от въпросните дружества или да възпрат инвеститорите от останалите държави членки да инвестират в техния капитал³¹.

133. Доколкото италианското законодателство може да има за последица да възпрепятства лица, които са установени в други държави членки и осъществяват дейност в сектора на търговията на едро с лекарствени продукти, да придобиват дялово участие в дружества, които имат за предмет на дейност управлението на общинска аптека в Италия, то съставлява ограничение на свободното движение на капитали.

134. По отношение на свободата на установяване от постоянната съдебна прак-

тика следва, че националните разпоредби, приложими спрямо участието на гражданин на съответната държава членка в капитала на дружество, установено в друга държава членка, което му позволява да упражнява безспорно влияние върху решенията на дружеството за управление и да се определя неговата дейност, попадат в материалното приложно поле на разпоредбите на Договора относно свободата на установяване³².

135. Тъй като разглежданите тук национални разпоредби имат поне отчасти за последица да възпрепятстват предприятията за продажба на едро на лекарствени продукти да придобиват дялово участие в капитала на дружествата за управление на общински аптеки, което им предоставя безспорно влияние върху решенията на тези дружества и им позволява да определят тяхната дейност, също следва да се приеме, че те съдържат ограничения на свободата на установяване.

2. По обосновката на установените ограничения

136. Подобно на свободата на установяване свободното движение на капитали може да бъде ограничено от национални мерки, обосновани с упоменатите

30 — Вж. по аналогия Решение по дело Комисия/Испания, посочено по-горе (точки 36 и 37).

31 — Пак там (точка 34 и цитираната съдебна практика).

32 — Пак там (точка 60 и цитираната съдебна практика).

в член 58 ЕО съображения или с императивни съображения от общ интерес, доколкото не съществува общностна мярка за хармонизиране, която предвижда необходимите мерки за осигуряване на защитата на тези интереси³³.

137. В това отношение считам, че невъзможността предприятия за търговия на едро с лекарствени продукти да придобиват участие в дружества за управление на общински аптеки е обоснована с оглед на целта да се гарантира високо равнище на закрила на общественото здраве.

138. Ще припомня, че по силата на италианското законодателство общините имат възможност за учредят акционерно дружество за управление на общинските аптеки, чиито акционери не са задължително фармацевти.

139. Вече поясних, че това незачитане на принципа на неотделимост на собствеността и управлението на аптека според мен не може да засегне съгласуваността на италианското законодателство поради наличието на определени гаранции, които позволяват стопанисването на общинските аптеки да осигурява по-специално предимството на общия интерес, и по-точно на адекватното снабдяване на населението с лекарствени продукти. По-

конкретно, правомощията за даване на насоки и за надзор, с които разполага общината по отношение на дружеството, управляващо общинската аптека, допринасят за предотвратяването на рисковете от конфликт на интереси, свързани с участието на нефармацевти в управлението на този вид аптеки.

140. Според мен невъзможността предприятия за търговия на едро с фармацевтични продукти да придобиват участие в дружества за управление на общински аптеки дава допълнителна гаранция, позволяваща да се избегнат в още по-голяма степен рисковете от конфликти на интереси, които могат да възникнат вследствие от участието на тази категория икономически оператори в управлението на общинските аптеки.

141. Ето защо аз считам, че Италианската република е можела да запази в сила забраната предприятия за търговия на едро с фармацевтични продукти да придобиват участие в дружества за управление на общински аптеки, без да нарушава принципа на пропорционалност.

142. Следователно според мен второто твърдение за нарушение трябва да се обяви за неоснователно.

33 — Пак там (точка 41).

VI — Заключение

143. С оглед на гореизложените съображения, предлагам на Съда:

- да отхвърли иска за установяване на неизпълнение на задължения като неоснователен; и

- да осъди Комисията на Европейските общности да заплати съдебните разноски, като встъпилите страни понесат направените от тях съдебни разноски.