

## ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ

Г-Н У. ВОТ

представено на 16 декември 2008 година<sup>1</sup>

1. С настоящите преюдициални въпроси Verwaltungsgericht des Saarlandes (Германия) моли Съда да се произнесе дали членове 43 ЕО и 48 ЕО трябва да се тълкуват в смисъл, че не допускат национална правна норма, по силата на която само фармацевти могат да притежават и стопанисват аптека.

2. Съгласно германското законодателство всяко лице, което желае да стопанисва аптека, трябва да получи разрешение от компетентния орган. Сред условията за предоставяне на подобно разрешение фигурират тези, според които, от една страна, съответното лице трябва да има право да упражнява професията фармацевт, а от друга страна, да ръководи лично аптеката, като отговаря за дейността ѝ.

3. Двете разглеждани преюдициални запитвания са отправени в рамките на спорове между Apothekerkammer des Saarlandes<sup>2</sup>, г-жа Schneider, г-н Holzapfel,

г-н Trennheuser<sup>3</sup> и Deutscher Apothekerverband eV<sup>4</sup> (дело C-171/07), както и г-жа Neumann-Seiwert (дело C-172/07) (наричани по-нататък общо „жалбоподателите по главните производства“), от една страна, и Saarland (провинция Саар), представлявана от нейното Ministerium für Justiz, Gesundheit und Soziales (министерство на правосъдието, здравеопазването и социалните въпроси, наричано по-нататък „Ministerium“), от друга. Тези спорове имат за предмет искане за отмяна на решението, прието от Ministerium, с което се разрешава на акционерно дружество DocMorris NV (наричано по-нататък „DocMorris“) да стопанисва аптечен клон в Саарбрюкен (Германия).

4. В настоящото заключение ще изложа причините, поради които считам, че членове 43 ЕО и 48 ЕО трябва да се тълкуват в смисъл, че допускат държава членка да реши, че аптеки може да се притежават и стопанисват само от фармацевти<sup>5</sup>.

1 — Език на оригиналния текст: френски.

2 — Става въпрос за професионалната организация на фармацевтите на провинция Саар.

3 — И тримата са фармацевти.

4 — Става въпрос за професионалния съюз на германските фармацевти.

5 — Тази проблематика се разглежда и в рамките на дело Комисия/Италия (C-531/06), висящо пред Съда, по което също представям заключение.

## I — Правна уредба

### A — Общностното 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<sup>6</sup> и в Решение по дело Van Binsbergen<sup>7</sup>, считано от 1 януари 1970 г., края на преходния период, се прилага и за здравните професии<sup>8</sup>.

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 фармацията<sup>9</sup>, 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 фармацията<sup>10</sup>.

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

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

8 — 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.

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

10 — 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 квалификации<sup>11</sup>. 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. 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. [...]“

11 — 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.

Б — *Националното право*

12. Съгласно член 1 от германския Закон за аптеките (Apothekengesetz)<sup>12</sup>, изменен с Наредба от 31 октомври 2006 г.<sup>13</sup> (наричан по-нататък „АроG“):

„1. В съответствие с обществения интерес аптеките осигуряват снабдяването на населението с лекарствени продукти съобразно законовите разпоредби.

2. Всяко лице, което желае да стопанисва аптека и до три аптечни клона, трябва да получи разрешение от компетентния орган.

3. Разрешението важи само за фармацията, на когото е издадено, и само за помещенията, указани в разрешението.“

12 — BGBl. 1980 г. I, стр. 1993.

13 — BGBl. 2006 г. I, стр. 2407.

13. Член 2 от АроG гласи:

7) не е непригодно от здравословна гледна точка да ръководи аптека;

„1. Разрешението се издава по искане на съответното лице, ако то:

[...]“

1) е германски гражданин по смисъла на член 116 от [Основния закон (Grundgesetz)], гражданин на една от другите държави — членки на Европейския съюз, или на друга държава — страна по Споразумението за Европейското икономическо пространство [...];

14. Съгласно член 7, параграф 1 от АроG:

„Разрешението задължава фармацевта лично да ръководи аптеката, като отговаря за дейността ѝ.“

2) има пълна дееспособност;

3) има право да упражнява професията фармацевт по смисъла на германското законодателство;

15. На последно място, член 8, параграф 1 от АроG предвижда формите, под които няколко лица могат заедно да стопанисват аптека. Тази разпоредба изключва възможността за участие единствено в капитала и забранява всяка правна форма, която позволява на трето лице, различно от притежателя на разрешението, да стопанисва аптеката или да участва в печалбата от стопанисването ѝ. Посочената разпоредба има следния текст:

4) отговаря на свързаните със стопанисването на аптека изисквания за надеждност;

„Няколко лица могат да стопанисват аптека заедно само под формата на гражданско дружество или на събирателно дружество, като в този случай всички съдружници трябва да получат разре-

[...]

шение. Незаконосъобразно е всяко участие в аптека под формата на дружество със скрито съучастие или споразумение, в което лихвата за отпуснатия на притежателя на разрешението заем или цената за предоставените му на друго основание активи зависи от оборота или печалбата на аптеката, и по-специално договорите за наем, чийто размер зависи от оборота или печалбата. [...]“

## II — Спорът по главното производство и преюдициалните въпроси

16. DocMorris е акционерно дружество, установено в Нидерландия, което по-конкретно упражнява дейност по продажба на лекарствени продукти по пощата. С Решение от 29 юни 2006 г. Ministerium му издава, считано от 1 юли 2006 г., разрешение да стопанисва аптечен клон в Саарбрюкен, при условие че фармацевт ръководи лично въпросната аптека и отговаря за дейността ѝ. С Решение от 28 юни 2006 г., с действие също от 1 юли 2006 г., Ministerium издава на DocMorris разрешение за тази аптека в Саарбрюкен да продава по пощата лекарствени продукти, които се продават само в аптеките. С ново Решение от 7 август 2006 г. Ministerium разпорежда незабавното изпълнение на издаденото на 29 юни 2006 г. разрешение за стопанисване на аптечен клон.

17. На 2 и 18 август 2006 г. жалбоподателите по главните производства подават жалби пред Verwaltungsgericht des Saarlandes за отмяна на Решение от 29 юни 2006 г., с което се издава разрешение за стопанисване.

18. В подкрепа на жалбите си жалбоподателите по главните производства поддържат, че това решение противоречи на АроG, тъй като нарушава принципа, известен като „Fremdbesitzverbot“, т.е. правилото, според което само фармацевти имат право да стопанисват аптеки, както произтича от разпоредбите на член 2, параграф 1, точка 3, във връзка с членове 7 и 8 от АроG. Освен това жалбоподателите по главните производства посочват, че Ministerium няма компетентност да прецени дали германското право е съвместимо с общностното право, тъй като съгласно член 234 ЕО подобна компетентност притежава Съдът.

19. От своя страна Ministerium и DocMorris посочват, че съдържащото се в германското законодателство правило за изключване на нефармацевтите противоречи на член 43 ЕО, който гарантира свободата на установяване, доколкото аптека, установена в друга държава членка и стопанисвана под формата на капиталово дружество, няма достъп до германския аптечен пазар. Подобно ограничение не било необходимо за осъществяването на целта за закрила на общественото здраве. Освен това те поддържат, че принципите за предимството и за полезното действие на общностното право задължават не само националните юрисдикции, но и националните органи да не прилагат националното право, когато то противоречи на общностното право.

20. Предвид така изложените пред него доводи *Verwaltungsgericht des Saarlandes* решава да спре производството и да постави на Съда следните преюдициални въпроси:

### III — Анализ

#### A — По първия преюдициален въпрос

„1) Трябва ли разпоредбите относно свободата на установяване на капиталовите дружества (членове 43 [ЕО], 48 ЕО) да се тълкуват в смисъл, че не допускат правилото, според което само фармацевт може да притежава аптека („*Fremdbesitzverbot*“) и което произтича от разпоредбите на член 2, параграф 1, точки 1—4 и 7, във връзка с член 7, първо изречение и член 8, първо изречение от [АpoG]?

2) При утвърдителен отговор на първия въпрос:

Имат ли националните органи правото и задължението на основание на общностното право, и по-конкретно с оглед на член 10 ЕО и на принципа за полезното действие на общностното право, да не прилагат националните разпоредби, които считат за противоречащи на общностното право, дори когато не е налице явно нарушение на общностното право и Съдът [...] не е установил несъвместимостта на разглежданите разпоредби с общностното право?“

21. С първия си преюдициален въпрос запитващата юрисдикция иска по същество Съдът да се произнесе дали членове 43 ЕО и 48 ЕО трябва да се тълкуват в смисъл, че не допускат национална правна уредба, по силата на която само фармацевти могат да притежават и стопанисват аптека.

22. Този въпрос разделя страните на два лагера, които имат коренно противоположни становища по отношение на отговора, който следва да се даде на него. От една страна, жалбоподателите по главните производства, както и германското, гръцкото, френското, италианското, австрийското и финландското правителство считат, че подобна национална правна уредба, доколкото би могла да представлява ограничение на защитената с член 43 ЕО свобода на установяване, е обоснована от целта за закрила на общественото здраве. От друга страна, Saarland, DocMorris, полското правителство и Комисията посочват, че свободата на установяване е пречка за прилагането на правило, забраняващо на нефармацевти да притежават аптека, тъй като подобно правило не е нито подходящо за постигане на целта за закрила на общественото здраве, нито необходимо с оглед на постигането на подобна цел. Доколкото основните доводи в подкрепа на тези две тези по същество са еднакви с изложените по дело Комисия/Италия, посочено по-горе, които

от своя страна се съдържат в представеното по това дело мое заключение, на този етап от изложението си не считам за нужно да посочвам подробно представените пред Съда съображения.

23. Преди да се разгледа 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

24. 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.

25. Съгласно член 152 ЕО условията за това разпределение на компетентността разкриват наличието на съвместна, но

преимуществено национална компетентност<sup>14</sup>.

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

27. 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.

28. В обобщение разпоредбите на член 152 ЕО са основа на една слабо интегрирана политика относно общественото здраве

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

и успоредно с това очертават сфера на защитена национална компетентност.

29. Според мен този подход на авторите на Договора за ЕО 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 област<sup>15</sup>.

30. 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 грижи<sup>16</sup>.

31. 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 установяване<sup>17</sup>.

32. 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).



33. 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 степен<sup>18</sup>.

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

2. По съществуването на ограничение на свободата на установяване

35. 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.

36. 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 ограничения<sup>19</sup>.

37. По силата на германското законодателство всяко лице, което желае да стопанисва аптека, трябва да получи разрешение от компетентния орган. Сред условията за издаване на подобно разрешение фигурират тези, съгласно които подалото молба лице трябва, от една страна, да има право да упражнява професията фармацевт, а от друга страна, да ръководи лично аптеката, като отговаря за дейността ѝ. Освен това няколко лица могат да ръководят заедно аптека само под формата на гражданско или на събирателно дружество, в който случай всички съдружници трябва да получат разрешение и следователно да бъдат фармацевти.

18 — Вж. по-специално Решение по дело Комисия/Германия, посочено по-горе (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 от 21 април 2005 г. по дело Комисия/Гърция (C-140/03, Recueil, стр. I-3177, точка 27), както и Решение от 17 юли 2008 г. по дело Socograci3n Dermoeztetica (C-500/06, Сборник, стр. I-05785, точка 32 и цитираната съдебна практика).

38. Тези условия са пречка капиталово дружество като DocMorris да получи разрешение да стопанисва аптека в Германия. Посочените условия могат да бъдат квалифицирани като ограничения на свободата на установяване поради техните последици върху достъпа на този вид дружество до пазара. Всъщност възпрепятстват достъпа на нови оператори до съответния пазар, тези условия представляват обективни пречки за свободите на движение, от които по принцип следва да се ползват дружества като DocMorris.

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

3. По обосноваването на установеното ограничение на свободата на установяване

40. Ограничение като предвиденото в германското законодателство може да се приеме за съответстващо на общностното 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 обществен интерес. На последно място това ограничение трябва да бъде в състояние да гарантира осъществяването на преследваната цел и да не надхвърля необходимото за постигането ѝ<sup>20</sup>.

41. 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 Германия, независимо коя е тяхната държава членка на произход.

42. На второ място, закрилата на общественото здраве фигурира сред императивните съображения от обществен интерес, които по силата на член 46, параграф 1 ЕО могат да обосноват ограниченията на свободата на установяване<sup>21</sup>. Видно от член 1, параграф 1 от АроG германското законодателство, което забранява на нефармацевт да притежава и стопанисва аптека, е израз на загрижеността за общественото здраве. Следователно посоченото законодателство може да бъде обосновано от гледна точка на целта за закрила на общественото здраве, и по-конкретно на целта за гарантиране на адекватно снабдяване на населението с лекарствени продукти.

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).

43. 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 за нефармацевти да притежават и стопанисват аптека е подходяща за действителното постигане на споменатата цел.

44. Изложените по-долу доводи са изтъкнати в подкрепа на тезата, съгласно която с тази забрана не можело да се постигне целта за закрила на общественото здраве.

45. Според поддръжниците на тази теза следвало да се направи разграничение между аспектите, свързани със стопанисването, ръководството или управлението на аптеките, и аспектите, свързани с отношенията с третите лица. Необходимостта да е налице професионална квалификация фармацевт била обоснована не поради първите, а поради вторите аспекти, тъй като изискването за закрила на общественото здраве се отнасяло само до външния аспект на фармацевтичната дейност, т.е. свързания с отношенията с третите лица, и по-конкретно с доставчиците и с пациентите.

46. Освен това критерият за годността на правната уредба можел да бъде изпълнен само при наличие на конкретни данни, сочещи, че когато собственикът на аптеката няма право да упражнява професията фармацевт и когато в нея работи само един служител фармацевт, контролът или влиянието, което собственикът упражнява върху този служител фармацевт, би могло да подкопае независимостта и личната

отговорност на посочения фармацевт и да застраши спазването на професионалните и етични норми, приложими към дейността на фармацевта. В действителност капиталовите дружества по принцип не били, поради своята структура, посклонни да реализират незаконни печалби. Фармацевт, който е лично отговорен и със сериозни задължения още в началото на дейността си поради разходите за създаване на своята аптека, можел да бъде подложен на доста по-силен натиск, свързан с неговото икономическо оцеляване, в сравнение с един служител фармацевт.

47. Освен това дори да се предположи, че аптеките, управлявани под формата на капиталово дружество, действително са имали намерението да увеличат прекомерно печалбите си, това обстоятелство не би могло да създаде рискове за здравето, свързани с предоставянето на лекарствени продукти. Всъщност по-голямата част от лекарствените продукти се предоставяли по лекарско предписание и поради това само след представяне на рецепта. Следователно дори да иска да продаде повече лекарствени продукти на пациента, аптеката не можела да направи това при липса на рецепта, изготвена от лекар. Освен това германското законодателство все повече и повече ограничавало възможността за фармацевтите да осъществяват замяна на лекарствени продукти, т.е. да заменят един лекарствен продукт с друг, който има същата активна съставка.

48. Обратно на това, считам, че правилото, по силата на което само фармацевт може да притежава и стопанисва аптека, е подохо-

дящо да гарантира осъществяването на целта за закрила на общественото здраве. 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.

49. В това отношение не съм убеден в довода, съгласно който следва да 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 германския законодател избор да обвърже професионалната компетентност с икономическата собственост на аптеката се явява обоснован с оглед на целта за закрила на общественото здраве.

50. 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 лекарствените продукти<sup>22</sup>. Считаю 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.

51. 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.

52. 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, необходимата за естеството на неговата функция.

53. 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.

54. С решението си да запази собствеността и стопанисването на аптеките само за фармацевтите, германският 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 свързупотреба на лекарствени продукти и да гарантира наличието на достатъчно видове лекарствени продукти в аптеките. Освен това германският 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.

55. 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.

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

57. 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.

58. Бяха изложени различни доводи в подкрепа на становището, че подобно правило има непропорционален характер с оглед на целта за закрила на общественото здраве.

59. Така, достатъчно било функциите по управление на аптеката, предоставяне на лекарствени продукти и консултации на клиентите да бъдат запазени за служителя фармацевт. Той можел, също както самостоятелно заетия фармацевт, да упражнява своята професия в съответствие със задълженията си. Независимо от правноорганизационната форма на своя работодател, този служител фармацевт бил подчинен на същите професионални и етични правила както самостоятелно зетия фармацевт. Несъмнено служителят фармацевт бил обвързан от указанията на лицето, стопанисващо аптеката, но имал и задължение да не изпълнява тези от тях, които са несъвместими с приложимите за фармацевтите професионални и етични норми.

60. Освен това националният законодател можел да приеме разпоредби, които уреждат правоотношенията между стопанисващото аптеката лице и служителя фармацевт, за да се препятства възможността упражненият контрол или влияние върху служителя фармацевт да подкопае независимостта и личната отговорност на последния, като застраши спазването на приложимите за фармацевтите професионални и етични норми. Освен това било възможно да се предвиди задължение за служителя фармацевт и за стопанисващото аптеката лице да сключат застраховка за професионална отговорност.

61. Подобен анализ се потвърждавал от Решение по дело Комисия/Гърция, посочено по-горе. Всъщност разглежданото в това решение гръцко законодателство било сходно с мярката по главното производство и не била налице съществена разлика между продажбата на оптични продукти и предоставянето на лекарствени продукти. При всяка от тези дейности предоставените по неподходящ начин стоки или лошите консултации можели да създадат риск за човешкото здраве. Следователно направеният от Съда извод в посоченото решение трябвало да бъде приложен по настоящото дело.

62. Не споделям тази гледна точка.

63. Всъщност 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 несъразмерни<sup>23</sup>.

64. Установявайки правилото, че само фармацевт може да притежава и стопанисва аптека, германският законодател е използвал тази свобода на преценката, 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.

65. Подобно на други държави членки, този законодател е можел да приеме и друг модел и при спазване на вътрешните си конституционни задължения да реши да защити общественото здраве с други средства, например като постави откриването на нови аптеки 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

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

интереси, държава членка може да реши да запази монопола върху продажбата на лекарствени продукти от фармацевтите и/или да реши да фиксира цените на лекарствените продукти.

преценката в областта на закрилата на общественото здраве и следователно посоченото правило не надхвърля необходимото за осигуряване на високо равнище на закрила на общественото здраве.

66. 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.

69. Поради това не съм убеден, че мерките, които бяха споменати пред Съда и които според противниците на германското правило трябвало да го заместят, биха могли да гарантират също толкова високо равнище на закрила на общественото здраве.

67. При проверката дали национална мярка като разглежданата по настоящото дело 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.

70. 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 злоупотре-

68. В това отношение считам, че като е предвидила, че само фармацевти могат да притежават и стопанисват аптеки, Федерална република Германия не е превишила границите на своята свобода на

бите, когато такива действително са възникнали<sup>24</sup>.

71. 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.

72. Несъмнено е вярно, че служителът фармацевт е длъжен да спазва професионалните 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 малко печалба, като например приготвянето на фармацевтични препарати. Това би довело до спад на качеството на дейността по разпространение на лекарствени продукти, на който служителът фармацевт, който е длъжен да изпълнява нарежданията на своя работодател, трудно би могъл да противодейства.

73. 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.

74. Следователно германското 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 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.

24 — Изтъкнатите в това отношение доводи от страна на противниците на германското правило в подкрепа на тяхната 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 инвестирания капитал.



75. 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 обществен интерес, а именно адекватното снабдяване на населението с лекарствени продукти.

76. На последно място, както посочва германското правителство, 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 стопанисващия аптеката 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.

77. Следователно предвид гореизложеното считам, че германското 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.

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

79. На първо място, става въпрос за възможността в случай на нетрудоспособност или на смърт на притежателя на разрешение за стопанисване на аптеката той или неговите наследници да продължат за определен период да стопанисват аптеката по силата на договор за наем или на договор за управление. Както посочва Apothekerkammer des Saarlandes, чрез тази възможност германският 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, предоставяйки му време да вземе решение относно съдбата на аптеката. Според мен това изключение не може да

постави под въпрос съгласуваността на германското законодателство, доколкото, от една страна, посоченото изключение се прилага за ограничен период, а от друга страна, аптеката е поверена на управителя, който трябва да бъде дипломиран фармацевт. Освен това от член 9, параграф 2 от АроG следва, че наемателят трябва да притежава предвиденото в член 1 от този закон разрешение и договорът за наем и управление не трябва да засяга нито професионалната отговорност на наемодателя, нито неговата свобода да взема решения.

80. На следващо място, става въпрос за системата на вътрешно снабдяване на болниците с лекарствени продукти. По силата на § 14, алинеи 1—6 от АроG болниците могат да решат да поверят снабдяването си с лекарствени продукти на вътрешна аптека, т.е. аптека, която се стопанисва в помещенията на съответната болница и която не е общодостъпна. В този случай ръководството на болничното заведение трябва да получи разрешение за стопанисване на болничната аптека. Издаването на това разрешение е поставено в зависимост от наемането на фармацевт, който отговаря на условията, установени в член 2, параграф 1, точки 1—4, 7 и 8, както и в параграф 3, във връзка с параграф 2 или 2а от АроG.

81. Несъмнено в този случай аптеката не се стопанисва от фармацевт. При все това, за разлика от външните аптеки, болничните аптеки имат за задача не да снабдяват обществеността с лекарствени продукти, а само да предоставят лекарствени продукти на болничните служби, към които принадлежат. Доколкото болничните аптеки трябва да покриват нуждите на

тези болници от лекарствени продукти, считам, че е удачно те да се стопанисват от ръководствата на болничните заведения, в които са включени. Освен това рисковете от конфликти на интереси, които са свързани с вертикална интеграция на фармацевтичната дейност и са налице при външните аптеки, липсват при вътрешната система на снабдяване на болниците с лекарствени продукти, така както е установена от германския законодател. Поради това считам, че тази система не може да постави под въпрос съгласуваността на правилото, по силата на което само фармацевт може да притежава и стопанисва аптека, до която има обществен достъп.

82. Освен това според мен обстоятелството, че по силата на член 1, параграф 2 от АроG даден фармацевт може да стопанисва до три аптечни клона на своята аптека, също не може да постави под въпрос съгласуваността на това правило. Всъщност в съответствие с член 7 от АроG притежателят на разрешение за стопанисване на основната аптека остава задължен да ръководи лично и на своя отговорност тази аптека, както и своите аптечни клонове. Ето защо той запазва пълен контрол върху всичките си обекти, чийто разрешен брой освен това е ограничен.

83. 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 трябвало да бъде приложен към аптеките.

84. 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.

85. След като е установил наличието на ограничения на свободата на установяване<sup>25</sup>, Съдът е разгледал общо въпросът 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.

86. 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“<sup>26</sup>.

87. 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.

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

26 — Пак там (точка 35).

88. 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 стоки<sup>27</sup>. 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 здраве<sup>28</sup>.

89. 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.

90. Тъй като от гледна точка на закрилата на общественото здраве разпростране-

нието 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.

Б — По втория преюдициален въпрос

91. С този въпрос запитващата юрисдикция моли, в случай на утвърдителен отговор на първия въпрос, Съдът да се произнесе дали съгласно общностното право, и по-конкретно член 10 ЕО и принципа за полезното действие на общностното право, националните органи имат правото и задължението да не приложат национални разпоредби, които считат за противоречащи на общностното право, дори когато не става въпрос за явно нарушение на общностното право и Съдът не е установил несъвместимостта на разглежданите разпоредби с общностното право.

92. Доколкото предлагам на Съда да отговори отрицателно на първия въпрос, считам, че не следва да се отговаря на втория въпрос.

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).

#### **IV — Заключение**

93. Предвид всички тези съображения предлагам на Съда да се произнесе по следния начин:

„Членове 43 ЕО и 48 ЕО трябва да се тълкуват в смисъл, че допускат национална правна уредба, по силата на която само фармацевти могат да притежават и стопанисват аптека, доколкото подобно законодателство е обосновано от целта за гарантиране на адекватно снабдяване на населението с лекарствени продукти.“