

## JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS

YVES BOT

16 päivänä joulukuuta 2008<sup>1</sup>

1. Verwaltungsgericht des Saarlandes (Saksa) pyytää nyt käsiteltävänä olevien ennakkoratkaisukysymysten yhteydessä yhteisöjen tuomioistuinta toteamaan, onko EY 43 ja EY 48 artiklaa tulkittava siten, että niiden kanssa on ristiriidassa kansallinen lainsäädäntö, jonka mukaan ainoastaan apteekkarit saavat pitää omistuksessaan ja harjoittaa apteekkiliikettä.

2. Saksan lainsäädännön mukaan se, joka haluaa harjoittaa apteekkiliikettä, tarvitsee tähän toimivaltaisen viranomaisen myöntämän luvan. Tällaisen luvan myöntämisen edellytyksiin kuuluvat edellytykset, joiden mukaan hakijalla on yhtäältä oltava pätevyys harjoittaa apteekkarin ammattia ja hänen on toisaalta johdettava apteekkia henkilökohtaisesti omalla vastuulla.

3. Kaksi tarkasteltavana olevaa ennakkoratkaisupyyntöä on esitetty oikeusriitojen yhteydessä, joissa kantajina ovat Apothekerkammer des Saarlandes,<sup>2</sup> Marion Schneider,

Michael Holzapfel ja Fritz Trennheuser<sup>3</sup> ja Deutscher Apothekerverband eV<sup>4</sup> (asia C-171/07) sekä Helga Neumann-Seiwert (asia C-172/07) (jäljempänä kaikki pääasian oikeudenkäynnin kantajat) ja vastaajana Saarland (Saarlandin osavaltio), jota edustaa sen Ministerium für Justiz, Gesundheit und Soziales (oikeus-, terveys- ja sosiaaliministeriö, jäljempänä Ministerium). Näiden oikeusriitojen kohteena on vaatimus sen kyseisen ministeriön tekemän päätöksen kumoamiseksi, jolla osakeyhtiölle, DocMorris NV:lle (jäljempänä DocMorris), on annettu lupa harjoittaa apteekkiliikettä pitämällä sivuapteekkia Saarbrückenissä (Saksa).

4. Esitän tässä ratkaisuehdotuksessa syyt, joiden vuoksi katson, että EY 43 ja EY 48 artiklaa on tulkittava siten, että niiden vastaista ei ole se, että jäsenvaltio päättää säilyttää apteekkiliikkeen omistamisen ja harjoittamisen ainoastaan apteekkareilla.<sup>5</sup>

1 – Alkuperäinen kieli: ranska.

2 – Kyseessä on Saarlandin osavaltion apteekkarien ammattikunta.

3 – Kaikki kolme ovat apteekkareja.

4 – Kyseessä on Saksan apteekkarien ammattiliitto.

5 – Tämä problematiikka on otettu esille myös yhteisöjen tuomioistuimessa vireillä olevan asian C-531/06, komissio v. Italia, yhteydessä, jossa myös esitän ratkaisuehdotuksen.

## I Asiaa koskevat oikeussäännöt

### A Yhteisön oikeus

5. EY 43 artiklan ensimmäisessä kohdassa kielletään rajoitukset, jotka koskevat jäsenvaltion kansalaisen vapautta sijoittautua toisen jäsenvaltion alueelle. EY 43 artiklan toisen kohdan mukaan sijoittautumisvapauden kuuluu oikeus ryhtyä harjoittamaan ja harjoittaa itsenäistä ammattia sekä oikeus perustaa ja johtaa yrityksiä.

6. EY 48 artiklan ensimmäisen kohdan mukaan EY 43 artiklassa vahvistetut oikeudet koskevat myös jäsenvaltion lainsäädännön mukaisesti perustettuja yhtiöitä, joiden sääntömääräinen kotipaikka, keskushallinto tai päätoimipaikka on Euroopan yhteisön alueella.

7. EY 46 artiklan 1 kohdan mukaan EY 43 artikla ei ole esteenä rajoituksille, jotka ovat perusteltuja kansanterveydellisistä syistä.

8. EY 47 artiklan 3 kohdan mukaan lääkärin ammattia, lääketieteeseen liittyviä ammatteja ja apteekkialan ammatteja koskevien sijoit-

tautumisvapauden rajoitusten asteittainen poistaminen riippuu niiden harjoittamisen edellytysten yhteensovittamisesta eri jäsenvaltioissa. Euroopan unionin neuvosto ja Euroopan yhteisöjen komissio ovat kuitenkin myöntäneet, että EY 43 ja EY 49 artiklan välitön oikeusvaikutus, joka on tunnustettu vastaavasti asiassa *Reyners*<sup>6</sup> ja asiassa van *Binsbergen*<sup>7</sup> annetuissa tuomioissa siirtymäkauden päättymisestä 1.1.1970 lukien, koski myös terveydenhoitoalan ammatteja.<sup>8</sup>

9. Lisäksi lääkärin, lääketieteeseen liittyvän ja apteekkialan toiminnan osalta on annettu yhteensovittamisdirektiivit. Apteekkialan osalta kysymyksessä on yhtäältä tiettyä farmasian alan toimintaa koskevien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta 16.9.1985 annettu neuvoston direktiivi 85/432/ETY<sup>9</sup> ja toisaalta farmasian tutkintotodistusten, todistusten ja muiden muodollista kelpoisuutta osoittavien asiakirjojen vastavuoroisesta tunnustamisesta sekä toimenpiteistä sijoittautumisvapauden tehokkaan käyttämisen helpottamiseksi farmasian alalla 16.9.1985 annettu neuvoston direktiivi 85/433/ETY.<sup>10</sup>

6 – Asia 2/74, tuomio 21.6.1974 (Kok. 1974, s. 631, Kok. Ep. II, s. 311).

7 – Asia 33/74, tuomio 3.12.1974 (Kok. 1974, s. 1299, Kok. Ep. II, s. 385).

8 – Näin ollen lääketieteen tutkintotodistusten, todistusten ja muiden muodollista kelpoisuutta osoittavien asiakirjojen vastavuoroisesta tunnustamisesta sekä toimenpiteistä sijoittautumisvapauden ja palvelujen tarjoamisen vapauden tehokkaan käyttämisen helpottamiseksi 16.6.1975 annetun neuvoston direktiivin 75/362/ETY (EYVL L 167, s. 1) johdanto-osan ensimmäisessä perustelukappaleessa todetaan, että ETY:n perustamissopimuksen mukaan kaikenlainen kansalaisuuteen perustuva syrjintä sijoittautumisen ja palvelujen tarjoamisen yhteydessä on kielletty siirtymäkauden päätyttyä.

9 – EYVL L 253, s. 34.

10 – EYVL L 253, s. 37.

10. Nämä kaksi direktiiviä on kumottu ja korvattu ammattipätevyyden tunnustamisesta 7.9.2005 annetulla Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivillä 2005/36/EY.<sup>11</sup> Direktiivin 2005/36 johdanto-osan 26 perustelukappaleen sanamuoto on seuraava:

”Tällä direktiivillä ei yhteensoviteta kaikkia farmasian alan toiminnan aloittamisen ja harjoittamisen edellytyksiä. Etenkin apteekkien maantieteellisestä jakaumasta ja lääkejakelun yksinoikeudesta päättämisen olisi kuuluttava edelleen jäsenvaltioille. Tässä direktiivissä ei puututa niihin jäsenvaltioiden lakeihin, asetuksiin ja hallinnollisiin määräyksiin, joissa kielletään yrityksiltä tiettyjen farmasian alan toimintojen harjoittaminen tai asetetaan tiettyjä edellytyksiä näiden toimintojen harjoittamiseksi.”

11. Lopuksi on mainittava EY 152 artiklan 5 kohta, joka kuuluu seuraavasti:

”Yhteisön toiminnassa kansanterveyden alalla otetaan täysimääräisesti huomioon jäsenvaltioiden terveyspalvelujen ja sairaanhoidon järjestämiseen ja tarjoamiseen liittyvät velvollisuudet. – –”

## B Kansallinen lainsäädäntö

12. Saksan apteekkilaitoksesta annetun lain (Apothekengesetz)<sup>12</sup>, sellaisena kuin se on muutettuna 31.10.2006 annetulla asetuksella<sup>13</sup> (jäljempänä ApoG), 1 §:n sisältö on seuraava:

”1. Apteekkien tehtävänä on varmistaa yleisen edun mukaisesti väestön asianmukainen lääkehuolto.

2. Se, joka haluaa harjoittaa apteekkiliikettä pitämällä apteekkia ja enintään kolmea sivuapteekkia, tarvitsee tähän toimivaltaisten viranomaisten myöntämän luvan.

3. Lupa pätee ainoastaan sen apteekkarin, jolle se on myönnetty, ja luvassa määriteltujen tilojen osalta.”

11 – EUVL L 255, s. 22.

12 – BGBl. 1980 I, s. 1993.

13 – BGBl. 2006 I, s. 2407.

13. ApoG:n 2 §:ssä säädetään seuraavaa:

7) ei ole terveyden suhteen sopimaton johtamaan apteekkia asianmukaisesti,

”1. Lupa on myönnettävä hakemuksesta, jos hakija

– –.”

1) on [perustuslain (Grundgesetz)] 116 §:ssä tarkoitettu saksalainen, jonkun muun Euroopan unionin jäsenvaltion tai muun Euroopan talousalueesta tehdyn sopimuksen allekirjoittajavaltion – – kansalainen,

14. ApoG:n 7 §:n 1 momentissa säädetään seuraavaa:

”Lupa velvoittaa apteekkaria johtamaan apteekkia henkilökohtaisesti omalla vastuulla.”

2) on oikeustoimikelpoinen,

3) omaa Saksan lainsäädännössä tarkoitettun luvan harjoittaa apteekkarin ammattia,

15. Lopuksi ApoG:n 8 §:n 1 momentissa säädetään, missä muodossa useammat henkilöt voivat harjoittaa yhdessä apteekkiliikettä. Kyseisessä säännöksessä suljetaan pois pelkästään pääomaan osallistuminen ja kielletään kaikki oikeudelliset rakenteet, joiden avulla muu kuin luvan haltija voi harjoittaa apteekkiliikettä tai saada osuuden viimeksi mainitun voitoista. Kyseinen säännös kuuluu seuraavasti:

4) on apteekkiliikkeen harjoittamisen edellyttämällä tavalla luotettava,

”Useammat henkilöt voivat harjoittaa yhdessä apteekkiliikettä ainoastaan siviilioikeudellisen yhtiön tai avoimen yhtiön muodossa; kaikilla yhtiömiehillä on oltava tällöin lupa. Kaikki

--

osakkuus apteekkiliikkeessä yhtiöön hiljaisena yhtiömiehenä tapahtuva osallistuminen tai osakkuussopimuksen muodossa, jossa korvaus luvan haltijalle myönnetystä lainasta tai hänelle millä muulla tavalla tahansa järjestetyistä varoista riippuu liikevaihdosta tai apteekin voitosta, ja erityisesti myös vuokrasopimuksista ja voitosta riippuvaisista vuokrasopimuksista, on laitonta – –.”

## II Pääasian oikeudenkäynti ja ennakkoratkaisukysymykset

16. DocMorris on Alankomaihin sijoittautunut osakeyhtiö, joka harjoittaa lääkkeiden postimyyntiä. Ministerium myönsi sille 29.6.2006 tehdyllä päätöksellä 1.7.2006 alkavin vaikutuksin luvan sivuapteekin pitämiseen Saarbrückenissä sillä edellytyksellä, että apteekkari johtaa henkilökohtaisesti kyseistä apteekkia omalla vastuulla. Ministerium antoi 28.6.2006 tehdyllä päätöksellä DocMorrisille myös 1.7.2006 alkavin vaikutuksin kyseistä Saarbrückenissä sijaitsevaa apteekkia varten luvan myydä postimyyntillä sellaisia lääkkeitä, joita saadaan myydä ainoastaan apteekissa. Ministerium määräsi 7.8.2006 tehdyllä päätöksellä, että 29.6.2006 annettu lupa apteekkiliikkeen harjoittamiseen pitämällä sivuapteekkia on pantava heti täytäntöön.

17. Pääasian oikeudenkäynnin kantajat nostivat 2.8. ja 18.8.2006 kanteet Verwaltungsgericht des Saarlandesissa ja vaativat

29.6.2006 tehdyn apteekkiluvan myöntämistä koskevan päätöksen kumoamista.

18. Pääasian oikeudenkäynnin kantajat väittivät kanteidensa tueksi, että kyseinen päätös on ApoG:n vastainen, sillä se loukkaa niin sanottua ”Fremdbesitzverbot”-periaatetta eli sääntöä, jonka mukaan ainoastaan apteekkari saa omistaa apteekkiliikkeen, sellaisena kuin se ilmenee ApoG:n 2 §:n 1 momentin 3 kohdan, 7 ja 8 §:n säännöksistä luettuna yhdessä. Kantajat korostivat lisäksi, että Ministeriumilla ei ole toimivaltaa arvioida, onko Saksan oikeus sopusoinnussa yhteisön oikeuden kanssa, koska kyseinen toimivalta kuuluu EY 234 artiklan mukaan yhteisöjen tuomioistuimelle.

19. Ministerium ja DocMorris korostivat puolestaan, että Saksan lainsäädäntöön sisältyvä muiden kuin apteekkarien poissulkevista koskeva sääntö on vastoin EY 43 artiklaa, jossa taataan sijoittautumisvapaus, koska toiseen jäsenvaltioon sijoittautuneella apteekilla, jota harjoitetaan pääomayhtiön muodossa, ei ole mahdollisuutta päästä Saksan apteekkimarkkinoille. Tällainen rajoitus ei ole niiden mukaan tarpeen kansanterveyden suojelutavoitteen toteuttamiseksi. Ne väittivät lisäksi, että yhteisön oikeuden ensisijaisuutta ja tehokasta vaikutusta koskevien periaatteiden nojalla velvollisuus olla soveltamatta yhteisön oikeuden vastaista kansallista oikeutta ei koske pelkästään kansallisia tuomioistuimia vaan myös kansallisia viranomaisia.

20. Verwaltungsgericht des Saarlandes päätti sille täten esitettyjen argumenttien perusteella lykätä asian käsittelyä ja esittää yhteisöjen tuomioistuimelle seuraavat ennakkoratkaisukysymykset:

### III Asian tarkastelu

#### A Ensimmäinen ennakkoratkaisukysymys

1) Onko pääomayhtiöiden sijoittautumisvapautta koskevia määräyksiä (EY 43 artikla ja EY 48 artikla) tulkittava siten, että ne ovat esteenä kiellolle, jonka mukaan ainoastaan apteekkari saa omistaa apteekin ('Fremdbesitzverbot'), sellaisena kuin se ilmenee [ApoG:n] 2 §:n 1 momentin 1–4 ja 7 kohdan, 7 §:n ensimmäisen virkkeen ja 8 §:n ensimmäisen virkkeen säännöksistä luettuna yhdessä?

2) Jos ensimmäiseen kysymykseen annetaan myöntävä vastaus:

Onko kansallisella viranomaisella yhteisön oikeuden, erityisesti EY 10 artiklan ja yhteisön oikeuden tehokasta vaikutusta koskevan periaatteen, nojalla oikeus ja velvollisuus olla soveltamatta yhteisön oikeuden vastaisina pitämiään kansallisia säännöksiä myös silloin, kun kysymyksessä ei ole yhteisön oikeuden ilmeinen rikkominen eikä yhteisöjen tuomioistuin ole todennut, että nämä säännökset ovat yhteensoveltumattomia yhteisön oikeuden kanssa?"

21. Kansallinen tuomioistuin pyytää ensimmäisellä kysymyksellään yhteisöjen tuomioistuinta toteamaan, onko EY 43 ja EY 48 artiklaa tulkittava siten, että ne ovat esteenä sellaiselle kansalliselle lainsäädännölle jonka mukaan ainoastaan apteekkarit voivat pitää omistuksessaan ja harjoittaa apteekkiliikettä.

22. Tämä kysymys tuo esiin kaksi leiriä, jotka ovat kysymykseen annettavasta vastauksesta keskenään täysin eri mieltä. Yhtäältä pääasian oikeudenkäynnin kantajat sekä Saksan, Kreikan, Ranskan, Italian, Itävallan ja Suomen hallitukset katsovat, että tällaista kansallista lainsäädäntöä voidaan perustella kansanterveyden suojelutavoitteella, sikäli kuin se voi muodostaa EY 43 artiklalla suojatun sijoittautumisoikeuden rajoituksen. Toisaalta Saarland, DocMorris, Puolan hallitus sekä komissio korostavat, että sijoittautumisvapaus on esteenä säännölle, jolla kielletään muita kuin apteekkejä omistamasta apteekista, koska tällainen sääntö ei ole sovelias kansanterveyden suojelua koskevan tavoitteen saavuttamiseksi eikä tarpeen kyseisen tavoitteen toteutumisen takaamiseksi. Siltä osin kuin näiden kahden väitteen tueksi esitetyt pääasialliset argumentit ovat olennaisilta osin samoja kuin edellä mainituksa asiassa komissio vastaan Italia esitetyt argumentit, jotka on otettu tässä asiassa

antamaani ratkaisuehdotukseen, mielestäni ei ole tarpeen esitykseni tässä vaiheessa toistaa yksityiskohtaisesti yhteisöjen tuomioistumelle esitettyjä huomautuksia.

23. Ennen kuin tarkastelen, onko sääntö, jonka nojalla ainoastaan henkilöt, joilla on pätevyys harjoittaa apteekkarin toimintaa, saavat pitää omistuksessaan ja harjoittaa apteekkiliikettä, EY 43 ja EY 48 artiklan mukainen vai ei, esitän joitakin alustavia huomioita jäsenvaltioiden ja yhteisön toimivallan luonteesta kansanterveyden alalla.

1. Alustavia huomioita jäsenvaltioiden ja yhteisön toimivallan luonteesta kansanterveyden alalla

24. Yhteisölle ei anneta EY 152 artiklan nojalla täyttä toimivaltaa kansanterveyden alalla. Tällainen toimivalta on näin ollen edelleen jaettu yhteisön ja jäsenvaltioiden kesken.

25. Tätä toimivallan jakoa koskevista yksityiskohtaisista säännöistä, sellaisina kuin ne ilmenevät EY 152 artiklan sanamuodosta, käy

ilmi, että kyseessä on yhdistetty toimivalta siten, että jäsenvaltioilla on hallitseva asema.<sup>14</sup>

26. Kansallisen toimivallan säilyttäminen kansanterveyden alalla on nimenomaisesti vahvistettu EY 152 artiklan 5 kohdassa, jossa määrätään, että ”yhteisön toiminnassa kansanterveyden alalla otetaan täysimääräisesti huomioon jäsenvaltioiden terveystalujen ja sairaanhoidon järjestämiseen ja tarjoamiseen liittyvät velvollisuudet”.

27. Toteamus, jonka mukaan terveydenhoitoalan toimivallan myöntäminen yhteisölle ei käsitä sen ottamista pois jäsenvaltioilta, seuraa myös kansallisen ja yhteisön toimivallan luonteesta, sellaisena kuin se ilmenee EY 152 artiklasta. Kysymys on nimittäin samalla kertaa täydentävistä toimivalloista siltä osin kuin yhteisön toimi täydentää kansallisia politiikkoja kansanterveyden alalla ja yhteen sovitetuista toimivalloista, koska yhteisön toimella pyritään sovittamaan yhteen kansalliset toimet tällä alalla.

28. Lyhyesti sanottuna EY 152 artiklan määräykset sisältävät sellaisen kansanterveyspolitiikan perusteet, jota ei ole juuri lainkaan

14 – Ilmaisin mukaan, jota V. Michel on käyttänyt artikkelissa ”La compétence de la Communauté en matière de santé publique”, *Revue des affaires européennes*, 2003-2004/2, s. 157.

yhdennetty, ja niissä hahmotellaan samanlaisesti suojatun kansallisen toimivallan piiri.

29. Yhteisöjen tuomioistuimen on mielestäni otettava riittävässä määrin huomioon valinta, jonka EY:n perustamissopimuksen laatijat ovat näin tehneet. Erityisesti silloin kun yhteisöjen tuomioistuimen käsiteltävänä on kansallinen toimenpide, joka liittyy terveyspalveluiden ja sairaanhoidon järjestämiseen ja tarjoamiseen, sen suorittamassa arvioinnissa olisi mielestäni aina otettava huomioon se, mikä voi muistuttaa kansallisen toimivallan perustuslaillista suojelua tällä alalla.<sup>15</sup>

30. Tämä ei tietenkään tarkoita sitä, että jäsenvaltioiden olisi katsottava olevan vapaita yhteisön oikeudessa asetetuista velvollisuuksista niiden käyttäessä niillä olevaa toimivaltaa. Tiedämme nimittäin, että jäsenvaltioiden on kyseistä toimivaltaa käyttäessään noudatettava yhteisön oikeutta ja erityisesti vapaata liikkuvuutta koskevia perustamissopimuksen määräyksiä. Kyseisissä määräyksissä kielletään jäsenvaltioita ottamasta käyttöön tai pitämästä voimassa tämän vapauden harjoittamiseen kohdistuvia perusteettomia rajoituksia terveydenhuollon alalla.<sup>16</sup>

15 – Ks. Michel, V., mt., s. 177.

16 – Ks. erityisesti asia C-141/07, komissio v. Saksa, tuomio 11.9.2008 (Kok. 2008, s. I-6935, 23 kohta oikeuskäytäntöviitaukseen).

31. Lisäksi on täsmennettävä, että yhteisön oikeuden nykytilassa läheskään kaikkia apteekkitoiminnan harjoittamisen edellytyksiä ei ole sovitettu yhteen ja vielä vähemmän yhdenmukaistettu yhteisön tasolla, minkä osoittaa direktiivin 2005/36 johdanto-osan 26 perustelukappale. Muistutan tältä osin, että yhteisön lainsäätäjä on todennut siinä, että esimerkiksi apteekkien maantieteellisestä jakaumasta ja lääkkeiden jakelun yksinoikeudesta päättämisen olisi edelleen kuuluttava jäsenvaltioille. Siinä on myös täsmennetty, että kyseisessä direktiivissä ei puututa jäsenvaltioiden lakeihin, asetuksiin ja hallinnollisiin määräyksiin, joissa kielletään yrityksiltä tiettyjen farmasian alan toimintojen harjoittaminen tai asetetaan tiettyjä edellytyksiä näiden toimintojen harjoittamiseksi. Näillä aloilla, joita ei ole yhdenmukaistettu, sääntöjen määrittäminen säilyy jäsenvaltioiden toimivallassa, ellei perustamissopimuksen määräyksistä ja erityisesti sijoittautumisvapautta koskevien määräysten noudattamisesta muuta johdu.<sup>17</sup>

32. Jotta kansallinen sääntö, jonka mukaan ainoastaan apteekkarit voivat pitää omistuksessaan ja harjoittaa apteekkilikettä, voidaan pitää voimassa, sen on siis osoittauduttava EY 43 artiklan mukaiseksi, vaikka tämä kansallinen sääntö onkin ilmaus toimivallasta, joka jäsenvaltioilla on kansanterveyden alalla ja aivan erityisesti terveyspalveluiden ja sairaanhoidon järjestämisessä ja tarjoamisessa.

17 – Ks. vastaavasti em. asia komissio v. Saksa (tuomion 25 kohta oikeuskäytäntöviitaukseen).



33. Se seikka, että tällainen sääntö esiintyy alalla, joka kuuluu EY 152 artiklan 5 kohdassa nimenomaan suojeltuun kansalliseen toimivaltaan, ei ole kuitenkaan vähämerkityksinen. Yhteisöjen tuomioistuimen on nimittäin otettava huomioon kyseinen perustamissopimukseen kirjattu kansallisen toimivallan suojele arvioidessaan kyseisen säännön oikeutusta suhteessa kansanterveyden suojelun kaltaiseen yleisen edun mukaiseen vaatimukseen. Se voi tästä näkökulmasta katsoen soveltaa oikeuskäytäntöään, jonka mukaan arviottaessa suhteellisuusperiaatteen noudattamista kansanterveyden alalla on otettava huomioon se, että jäsenvaltio voi päättää siitä tasosta, jolla se aikoo suojella kansanterveyttä, ja siitä tavasta, jolla kyseinen taso on saavutettava.<sup>18</sup>

34. Kun nämä täsmennykset on tehty, on ensiksi tutkittava, muodostaako Saksan lainsäädäntö, jolla pyritään kieltämään muilta kuin apteekkareilta apteekkiliikkeen omistaminen ja harjoittaminen, sijoittautumisvapauden rajoituksen.

2. Sijoittautumisvapauden rajoituksen olemassaolo

35. EY 43 ja EY 48 artiklalla vahvistettu sijoittautumisvapaus antaa jäsenvaltion lainsäädännön mukaisesti perustetuille yhtiöille oikeuden ryhtyä harjoittamaan itsenäistä toimintaa toisessa jäsenvaltiossa ja harjoittaa siellä kyseistä toimintaa pysyvästi samoilla edellytyksillä kuin yhtiöt, joiden kotipaikka on

kyseisessä valtiossa. Tämä perusvapaus ulottuu yritysten perustamiseen ja johtamiseen sekä kauppaedustajan liikkeiden, sivuliikkeiden ja tytäryhtiöiden perustamiseen. EY 43 artiklassa veloitetaan poistamaan syrjivät toimenpiteet.

36. Vakiintuneesta oikeuskäytännöstä ilmenee lisäksi, että toimenpiteet, joilla kielletään jäsenvaltioiden kansalaisia käyttämästä sijoittautumisvapautta, haitataan sitä tai tehdään se vähemmän houkuttelevaksi, pidetään perustamissopimuksen vastaisina rajoituksina, vaikka kyseisiä toimenpiteitä sovellettaisiin erotuksetta.<sup>19</sup>

37. Saksan lainsäädännön mukaan henkilön, joka haluaa harjoittaa apteekkiliikettä, tarvitsee tähän toimivaltaisen viranomaisen myöntämän luvan. Kyseisen luvan myöntämisen edellytyksiin kuuluvat edellytykset, joiden mukaan hakijalla on yhtäältä oltava lupa harjoittaa apteekkarin toimintaa ja toisaalta hakijan on johdettava apteekkia henkilökohtaisesti omalla vastuulla. Lisäksi useimmat henkilöt voivat harjoittaa yhdessä apteekkiliikettä ainoastaan siviilioikeudellisen yhtiön tai avoimen yhtiön muodossa, missä tapauksessa kaikilla yhtiömiehillä on oltava lupa ja heidän on siis oltava apteekkareja.

19 – Ks. asia C-442/02, CaixaBank France, tuomio 5.10.2004 (Kok. 2004, s. I-8961, 11 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen); asia C-299/02, komissio v. Alankomaat, tuomio 14.10.2004 (Kok. 2004, s. I-9761, 15 kohta); asia C-140/03, komissio v. Kreikka, tuomio 21.4.2005 (Kok. 2005, s. I-3177, 27 kohta) ja asia C-500/06, Corporación Dermoeástica, tuomio 17.7.2008 (Kok. 2008, s. I-5785, 32 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

18 – Ks. erityisesti em. asia komissio v. Saksa (tuomion 51 kohta).

38. Nämä edellytykset estävät DocMorrisin kaltaista pääomayhtiötä saamasta lupaa apteekkiliikkeen harjoittamiseen Saksassa. Kyseiset edellytykset voidaan määrittellä sijoittautumisvapauden rajoituksiksi niiden tämännäyttyypisten yhtiöiden markkinoille pääsyyn kohdistuvien vaikutusten vuoksi. Estäessään uusien toimijoiden pääsyn asianomaisille markkinoille ne nimittäin muodostavat asiallisesti esteitä vapaalle liikkuvuudelle, jonka on lähtökohtaisesti koskettava DocMorrisin kaltaisia yhtiöitä.

39. Koska sijoittautumisvapauden esteen olemassaolo on todettu, on tutkittava, voidaanko muihin kuin apteekkareihin kohdistuvaa kieltoa pitää omistuksessaan ja harjoittaa apteekkiliikettä pitää perusteltuna yhteisön oikeuden kannalta.

3. Todetun sijoittautumisvapauden rajoituksen oikeuttaminen

40. Saksan lainsäädännössä asetetun rajoituksen kaltaista rajoitusta voidaan pitää yhteisön oikeuden mukaisena, jos se täyttää seuraavat neljä edellytystä. Sitä on ensinnäkin sovellettava ilman syrjintää. Se on lisäksi voitava perustella yleiseen etuun liittyvillä pakottavilla syillä. Lopuksi sen on oltava

omiaan takaamaan sillä tavoitellun päämäärän toteutuminen eikä se saa ylittää sitä, mikä on tarpeen tämän päämäärän saavuttamiseksi.<sup>20</sup>

41. Ensinnäkään en havaitse mitään syrjivää seikkaa kyseisessä lainsäädännössä, koska sitä sovelletaan kaikkiin yksikköihin, jotka haluavat perustaa apteekkiliikkeen ja harjoittaa sitä Saksassa, erottelematta niitä niiden alkuperäjäsenvaltion mukaan.

42. Toiseksi kansanterveyden suojeleminen kuuluu niihin yleisen edun mukaisiin pakottaviin syihin, joilla voidaan EY 46 artiklan 1 kohdan nojalla perustella sijoittautumisvapauden rajoituksia.<sup>21</sup> Kuten ApoG:n 1 §:n 1 momentti osoittaa, Saksan lainsäädäntö, jossa kielletään muilta kuin apteekkareilta apteekkiliikkeen omistaminen ja harjoittaminen, palvelee kansanterveyden suojeleminen. Tätä lainsäädäntöä saatetaan siis pitää perusteltuna kansanterveyden suojeleminen koskevan tavoitteen takia, erityisesti siksi, että sillä pyritään turvaamaan väestön asianmukainen lääkehoito.

20 – Ks. erityisesti asia C-170/04, Rosengren ym., tuomio 5.6.2007 (Kok. 2007, s. I-4071, 43 kohta) ja em. asia Corporación Dermoesztética (tuomion 35 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

21 – Em. asia Corporación Dermoesztética (tuomion 37 kohta).

43. Mitä kolmanneksi tulee siihen, voidaanko tällaisella lainsäädännöllä taata kansanterveyden suojelutavoitteen toteutuminen, on tutkittava, onko muita kuin apteekkareja koskeva apteekkiliikkeen omistamista ja harjoittamista koskeva kielto sovelias käytettäväksi hyödyllisesti edellä mainittua tavoitetta.

44. Seuraavat argumentit on esitetty sen väitteen tueksi, jonka mukaan kyseinen kielto ei soveltuisi kansanterveyden suojelua koskevan tavoitteen saavuttamiseen.

45. Tämän väitteen puolustajien mukaan olisi tehtävä ero apteekkiliikkeiden harjoittamiseen, johtamiseen tai hallintoon liittyvien näkökohtien ja niiden näkökohtien välillä, joissa on kysymys suhteista kolmansiin. Apteekkarin ammattipätevyyttä koskeva vaatimus olisi perusteltu jälkimmäisten mutta ei ensiksi mainittujen näkökohtien osalta, sillä kansanterveyden suojelua koskeva vaatimus koskee ainoastaan apteekkitoiminnan ulkoista näkökohtaa, tarkemmin sanottuna näkökohtaa, jossa on kysymys suhteista kolmansiin ja tarkemmin sanoen tavarantoimittajiin ja potilaisiin.

46. Sitä paitsi soveltuvuutta koskeva kriteeri voisi täytyä ainoastaan sellaisten konkreettisten seikkojen vallitessa, jotka osoittavat, että silloin kun apteekin omistajalla ei ole apteekkarin pätevyyttä ja kun apteekissa on vain palvelukseen otettu apteekkari, omistajan tähän palvelukseen otettuun apteek-

kariin kohdistuva valvonta tai vaikutusvalta olisivat omiaan vaarantamaan kyseisen apteekkarin riippumattomuuden ja henkilökohtaisen vastuun sekä apteekkarin toimintaan sovellettavien ammatillisten ja eettisten sääntöjen noudattamisen. Itse asiassa pääomayhtiöt eivät ole yleisesti ottaen rakenteellisesti taipuvaisempia tuottamaan perusteettomia voittoja. Henkilökohtaisesti vastuunalainen ja apteekkinsa perustamiskustannusten vuoksi alussa raskaasti velkaantunut apteekkari voi olla heidän mielestään vielä suuremman taloudelliseen selviytymiseensä liittyvän paineen alainen kuin palvelukseen otettu apteekkari.

47. Lisäksi väitteen puolustajat katsovat, että vaikka oletettaisiin, että pääomayhtiön muodossa johdettujen apteekkien tarkoituksena on todella kasvattaa voittojaan kohtuuttomasti, tämä seikka ei voi aiheuttaa lääkkeiden luovuttamiseen liittyviä terveysriskejä. Useimpien lääkkeiden luovuttaminen edellyttää nimittäin lääkemääräystä ja on siis sallittua ainoastaan määräyksen esittämisen perusteella. Näin ollen, vaikka apteekki haluaisi myydä potilaalle enemmän lääkkeitä, se ei voisi tehdä sitä lääkärin vahvistaman määräyksen puuttuessa. Lisäksi Saksan lainsäädäntö rajoittaa heidän mukaansa yhä enemmän apteekkarin mahdollisuutta vaihtaa lääkkeitä eli korvata lääke toisella saman vaikuttavan aineen sisältävällä lääkkeellä.

48. Olen päinvastoin sitä mieltä, että sääntö, jonka nojalla ainoastaan apteekkari voi pitää omistuksessaan ja harjoittaa apteekkiliikettä

on omiaan takaamaan kansanterveyden suojelua koskevan tavoitteen toteutumisen. Tarkemmin sanoen tämä sääntö on mielestäni omiaan varmistamaan väestön lääkehuollon, jossa taataan riittävä laatu ja valikoima.

49. En ole tältä osin vakuuttunut argumentista, jonka mukaan olisi erotettava toisistaan apteekkitoiminnan sisäiset näkökohdat (apteekin omistusoikeus, hallinto ja johtaminen) ja ulkoiset näkökohdat (suhteet kolmansiin). Apteekkiliikettä pitävä henkilö, joka on samalla kertaa omistaja ja työnantaja, vaikuttaa nimittäin mielestäni väistämättä niihin menettelytapoihin, joita apteekissa noudatetaan lääkkeiden jakelussa. Näin ollen Saksan lainsäätäjän tekemä päätös liittyy yhteen ammatillinen pätevyys ja apteekkia koskevat taloudelliset oikeudet näyttää perustellulta kansanterveyden suojelutavoitteeseen nähden.

50. Ei pidä unohtaa sitä, että tehtävä, jota apteekkari hoitaa, ei rajoitu lääkkeiden myyntiin. Lääkkeiden jakelutyö edellyttää apteekkarilta myös muita suorituksia, kuten lääkemääräysten tutkimista, farmaseuttisten valmisteiden valmistamista tai edelleen sellaisten tietojen ja neuvojen antamista, jotka takaavat lääkkeiden asianmukaisen käytön.<sup>22</sup> Katson myös, että apteekkarin neuvontavollisuudella on suuri merkitys sellaisten lääkkeiden osalta, jotka eivät edellytä lääkemääräystä ja joiden määrä kasvaa jatkuvasti valtioiden tekemien sellaisten päätösten vaikutuksesta, joilla pyritään säilyttämään

sosiaalialan budjetin tasapaino. Tässä tilanteessa potilas voi luottaa ainoastaan terveysalan ammattilaisen, joka apteekkari on, antamiin tietoihin.

51. Koska apteekkitoiminnalle useiden terveydenhoitoalan ammattien tapaan on luonteenomaista tiedon epäsuhtainen jakautuminen, on välttämätöntä, että potilas voi luottaa täysin apteekkarin antamaan neuvon. Näin ollen on tärkeää taata kyseisen neuvon puolueettomuus eli se, että neuvo on pätevä ja objektiivinen.

52. Sitä paitsi apteekkari on sidoksissa edellä esitetyistä syistä yleiseen kansanterveyspolitiikkaan, mikä ei yleensä sovellu yhteen pääomayhtiöille ominaisena puhtaasti kaupallisen ajatustavan kanssa, joka suuntautuu välittömästi kohti kannattavuutta ja voittoa. Apteekkarille uskotun tehtävän erityisluonne pakottaa näin ollen siihen, että ammattilaiselle tunnustetaan ja taataan tarpeellinen itsenäisyys hänen tehtävänsä luonteen mukaisesti.

53. Näin ollen lääkkeiden jakelutyön laatu on mielestäni läheisesti sidoksissa itsenäisyyteen, jota apteekkarin on osoitettava tehtävänsä harjoittamisessa.

<sup>22</sup> – Apteekkarin eri toimintoja koskevan luettelon osalta, ks. direktiivin 2005/36 45 artiklan 2 kohta.

54. Päättyessään, että ainoastaan apteekkarit saavat omistaa ja harjoittaa apteekkiliikkeitä, Saksan lainsäätäjät on nimenomaan halunnut taata apteekkarien itsenäisyyden tekemällä apteekkien taloudellisen rakenteen kestäväksi esimerkiksi lääkkeiden valmistajilta tai tukku-kauppailta tulevia ulkoisia vaikutteita vastaan. Se on erityisesti pyrkinyt ehkäisemään ennakolta eturistiriitojen riskit, jotka sen analyysin mukaan voisivat liittyä apteek-kialan vertikaaliseen integraatioon, erityisesti lääkkeiden liikakäyttöilmion torjumiseksi ja riittävän lääkevalikoiman takaamiseksi aptee-keissa. Saksan lainsäätäjät on lisäksi katsonut välttämättömäksi sellaisen ammattilaisen asiaan puuttumisen, joka toimii suodattimena lääkkeiden valmistajan ja yleisön välillä, jotta lääkkeiden asianmukaista käyttöä voidaan valvoa riippumattomasti.

55. Apteekkari, joka omistaa apteekkinsa, on taloudellisesti riippumaton, mikä takaa hänen ammattinsa vapaan harjoittamisen. Tällainen apteekkari joka hallitsee täydellisesti työin-strumenttinsa saa täten harjoittaa ammat-tiaan itsenäisesti, mikä on luonteenomaista vapaille ammattilaisille. Hän on samalla kertaa yritysjohtaja, joka on lähellä apteekkinsa johtamiseen liittyviä taloudellisia realiteetteja, ja terveydenhoitoalan ammattilainen, joka huolehtii taloudellisten vaatimusten ja kansanterveyttä koskevien seikkojen saatta-misesta tasapainoon, mikä erottaa hänet pelkästä sijoittajasta.

56. Tämän vuoksi katson, että Saksan lain-säätäjän noudattama ennakolta ehkäisevä menettelytapa on omiaan varmistamaan kansanterveyden suojelun.

57. Lopuksi on tutkittava, onko sääntö, jonka mukaan ainoastaan apteekkari saa pitää omis-tuksessaan ja harjoittaa apteekkiliikettä, tarpeen kansanterveyden suojelua koskevan tavoitteen toteuttamiseksi ja eikö tätä tavoit-tetta voitaisi saavuttaa kielloilla tai rajoituk-silla, jotka eivät ole yhtä laajoja tai joilla rajoitetaan vähemmän sijoittautumisva-pautta.

58. Erilaisia argumentteja on esitetty sen tueksi, että kyseinen sääntö ei ole oikeassa suhteessa kansanterveyden suojelua koske-vaan tavoitteeseen nähden.

59. Näiden argumenttien mukaan olisi riit-tävää, että apteekin johtaminen, lääkkeiden luovuttaminen ja neuvojen antaminen asiak-kaille olisi varattu palvelukseen otetulle apteekkarille. Tämä voisi harjoittaa ammat-tiaan velvoitteidensa mukaisesti aivan yhtä lailla kuin itsenäinen apteekkari. Hän olisi työnantajansa oikeudellisesta muodosta riip-pumatta samojen ammatillisten ja eettisten sääntöjen alainen kuin itsenäinen apteekkari. Palvelukseen otettu apteekkari olisi tosin omistajan ohjeiden alainen, mutta hänellä olisi velvollisuus olla noudattamatta apteek-kareihin sovellettavan ammatillisen tai eettisen säännösten kanssa yhteensoveltu-mattomia ohjeita.

60. Lisäksi kansallinen lainsäätäjä voisi esitettyjen argumenttien mukaan antaa säännöksiä, joissa säännellään omistajan ja palvelukseen otetun apteekkarin välisiä oikeussuhteita, sen estämiseksi, ettei palvelukseen otettuun apteekkariin kohdistuva valvonta tai vaikutusvalta vaaranna tämän riippumattomuutta ja henkilökohtaista vastuuta siten, että apteek-kareihin sovellettavien ammatillisten ja eettisten sääntöjen noudattaminen vaaranne-taan. Olisi myös mahdollista säätää palkatulle apteekkarille ja omistajalle velvollisuus ottaa ammatillinen vastuuvakuutus.

61. Argumentin esittäjien mukaan tällainen analyysi vahvistetaan yhteisöjen tuomiois-tuimen edellä mainitussa asiassa komissio vastaan Kreikka antamalla tuomiolla. Ne katsovat nimittäin, että tässä tuomiossa kyseessä oleva Kreikan lainsäädäntö on rinnastettavissa pääasiassa kyseessä olevaan toimenpiteeseen ja ettei optisten tuotteiden myynnin ja lääkkeiden luovuttamisen välillä ole perustavanlaatuisia eroa. Näissä kummas-sakin toiminnassa epätarkoituksenmukaisella tavalla luovutetut tuotteet tai huonot neuvot voivat sisältää riskejä ihmisten terveydelle. Yhteisöjen tuomioistuimen kyseisessä tuomiossa omaksumat perustelut on argu-mentin esittäjien mukaan siis siirrettävä koskemaan nyt käsiteltävänä olevaa asiaa.

62. En ole asiasta samaa mieltä.

63. On nimittäin tärkeää palauttaa mieleen, että yhteisöjen tuomioistuimen mukaan

arvioitaessa suhteellisuusperiaatteen noudat-tamista kansanterveyden alalla on otettava huomioon se, että jäsenvaltio päättää itse siitä tasosta, jolla se aikoo suojella kansanterveyttä, ja siitä tavasta, jolla kyseinen taso on saavu-tettava. Koska kyseinen taso voi vaihdella jäsenvaltiosta toiseen, jäsenvaltioille on myönnettävä harkintavaltaa ja näin ollen se, että jäsenvaltio antaa sääntöjä, jotka eivät ole yhtä ankaria kuin toisen jäsenvaltion antamat säännöt, ei merkitse sitä, että näillä toisen jäsenvaltion säännöillä loukattaisiin suhteelli-suusperiaatetta.<sup>23</sup>

64. Säättäessään säännön, jonka mukaan ainoastaan apteekkari voi pitää omistukses-saan ja harjoittaa apteekkiliikettä, Saksan lainsäätäjä on käyttänyt tätä harkintavaltaa valitsemalla järjestelmän, jonka avulla sen mielestä on mahdollista varmistaa kansanter-veyden suojelun korkea taso ja erityisesti väestön asianmukainen lääkehuolto.

65. Tämä sama lainsäätäjä olisi voinut muiden jäsenvaltioiden tapaan omaksua toisen mallin ja valita, jollei sen sisäisistä perustuslaillisista vaatimuksista muuta johdu, kansanterveyden suojelua varten muita keinoja, esimerkiksi asettamalla uusien apteekkien avaamisen edellytykseksi niiden maantieteelliseen jakaumaan liittyvien ehtojen noudattamisen, asukkaiden tietyn lukumäärän apteekkia kohden tai edelleen kahden apteekin välisen vähimmäisetäisyyden noudattamista koskevat säännöt. Muiden toimenpiteiden joukosta, joiden tarkoituk-

23 – Em. asia komissio v. Saksa (tuomion 51 kohta oikeuskäytän-töviittauksineen).

senä on taata, että kansanterveyden suojelua koskeva tavoite menee taloudellisten intressien edelle, jäsenvaltio voisi valita lääkkeiden myynnin yksinoikeuden säilyttämisen apteek-kareilla ja/tai päättää säännellä lääkkeiden hintaa.

kiliikettä, ja että näin ollen kyseisellä säännöllä ei ylitetä sitä mikä on tarpeen kansanterveyden suojelun korkean tason varmistamiseksi.

66. Lyhyesti sanottuna on otettava huomioon se, että jäsenvaltioilla on EY 152 artiklan 5 kohdassa määrätyn mukaisesti ja koska kaikkia apteekkitoiminnan harjoittamisen edellytyksiä ei ole yhdenmukaistettu yhteisön sisällä, valta harkintavaltansa perusteella suunnitella malli, joka parhaiten vastaa niiden pyrkimyksiä kansanterveyden suojelun osalta.

69. En ole näin ollen vakuuttunut siitä, että toimenpiteillä, joihin on vedottu yhteisöjen tuomioistuimessa ja joilla se olisi Saksan lainsäädännön vastustajien mukaan korvattava, voitaisiin taata kansanterveyden suojelun yhtä korkea taso.

67. Tutkiessaan sitä, onko nyt käsiteltävänä olevassa asiassa kyseessä olevan kaltainen kansallinen toimenpide suhteellisuusperiaatteen mukainen, yhteisöjen tuomioistuimen on loppujen lopuksi varmistuttava, että jäsenvaltiot eivät ole ylittäneet niiden harkintavallalle asetettuja rajoja. Se tutkii myös, eikö muilla toimenpiteillä edistettäisi yhtä tehokkaasti kansanterveyden suojelun korkean tason takaamista.

70. Yleensä ottaen on ensinnäkin korostettava, että sääntö, jolla pyritään kieltämään apteekkiliikkeen omistaminen ja harjoittaminen muilta kuin apteekkkareilta, on toimenpide, jonka tarkoituksena on ehkäistä ennakolta sellaisten väärinkäytösten ilmeneminen, joihin olen edellä viitannut, erityisesti eturistiriitojen riskit, jotka voisivat liittyä apteek-kialan vertikaaliseen integraatioon ja joilla voisi olla negatiivinen vaikutus lääkkeiden jakelutoiminnan laatuun. Tällä ehkäisevällä ulottuvuudella on erityistä merkitystä silloin, kun kyseessä on kansanterveyden suojelua koskeva vaatimus. Sekä omistajaa, joka ei ole apteekkari, että palvelukseen otettua apteekkaria koskevan vastuujärjestelmän ja näihin kohdistuvan sanktiojärjestelmän perustaminen ei vaikuta mielestäni riittävältä kansan-

68. Katson tältä osin, että Saksan liittotasavalta ei ole ylittänyt sen harkintavallalle asetettuja rajoja kansanterveyden suojelun alalla säätäessään, että ainoastaan apteekkari voi pitää omistuksessaan ja harjoittaa apteek-

terveyden suojelun yhtä korkean tason takaamiseksi, koska kyse on pääasiallisesti toimenpiteistä, jotka on tarkoitettu korjaamaan jälkikäteen väärinkäytökset, kun nämä ovat todella tapahtuneet.<sup>24</sup>

71. Sitä paitsi en ole sitä mieltä, että pelkkä palvelukseen otetun apteekkarin läsnäolovelvollisuus sellaisten tehtävien suorittamista varten, joissa on kysymys suhteesta kolmansiin, on omiaan takaamaan samoin lääkkeiden jakelutoiminnan laatua ja puolueettomuutta koskevin vaatimuksin väestön asianmukaisen lääkehuollon.

72. Tosin on totta, että palvelukseen otettu apteekkari on velvollinen noudattamaan hänelle asetettuja ammatillisia ja eettisiä sääntöjä. Koska apteekin kaupalliset toimintaperiaatteet eivät ole kuitenkaan hänen hallinnassaan ja koska hän velvollinen soveltamaan työnantajansa ohjeita, ei ole suljettu pois, että muun kuin apteekkarin harjoittaman apteekkiliikkeen palvelukseen otettu apteekkari ohjataan antamaan etusija apteekin taloudelliselle intressille apteekkitoiminnan harjoittamiseen liittyviin vaatimuksiin nähden. Ei siis voida sulkea pois sitä, että omistaja, joka ei ole apteekkari ja jolla ei ole riittävää ammatillista pätevyyttä arvioida, mitä lääkkeiden jakelutoiminta edellyttää,

24 – Argumentit, jotka Saksan lainsäädännön vastustajat ovat tältä osin esittäneet väitteensä tueksi, ovat mielestäni suurelta osin teoreettisia ja muutoin nykyisen taloudellisen kriisin todellisuuden vääriksi osoittamia. Nimittäin pankkijärjestelmän valvontaviranomaiset ja siviili-, kauppa- ja rikosoikeudellista vastuuta koskevat järjestelmät ovat traagisesti osoittaneet rajoituksensa ja voimattomuutensa sellaisten väärinkäytösten ehkäisemisessä ja valvonnassa, jotka ovat saaneet alkunsa sijoitetulle pääomalle maksettavan korvauksen ensisijaisuutta koskevasta ajatustavasta.

tuntee houkutusta vähentää potilaiden neuvontatoimintaa tai poistaa vähätuottoiset toiminnat, kuten farmaseuttisten valmisteiden valmistamisen. Tästä seuraisi lääkkeiden jakelutoiminnan laadun heikkeneminen, mitä vastaan palvelukseen otetun apteekkarin, joka on velvollinen noudattamaan työnantajansa antamia määräyksiä, olisi vaikea taistella.

73. Tarkemmin ottaen on todettava, että mielestäni apteekkitoiminnan sisäisten ja ulkoisten näkökohtien erottaminen on luonteeltaan keinotekoisista ja että minusta vaikuttaa väistämättömältä, että koska omistaja valvoo apteekkia, hän päättää sen kaupallisista toimintaperiaatteista. Näin ollen on vaikeaa varmistua siitä, että omistaja, joka ei ole apteekkari, ei sekaannu apteekkarin ja asiakkaiden väliseen suhteeseen myöskään epäsuorasti, koska hän hoitaa apteekissa olevien lääkkeiden varastoa. Kyseisen varaston huonolla hoidolla olisi siten välttämättä seurannaisvaikutuksia lääkkeiden jakelutoiminnan laatuun.

74. Saksan lainsäädäntö osoittautuu näin ollen tarpeelliseksi, sillä se merkitsee sitä, että apteekkari, joka on apteekin omistaja, on henkilökohtaisesti vastuussa ammattikuntansa sisällä päätöksistään niiden ammatillisten palvelujen laadun osalta, joita hänen apteekissaan tarjotaan, että hän on henkilökohtaisesti kaikkien niiden lakien, asetusten ja eettisten sääntöjen alainen, jotka koskevat apteekkarin ammatin harjoittamista, ja että hän ei joudu apteekkiaan koskevien liikeasioiden johtamisen osalta sellaisten kolmansien vaikutuksen alaiseksi, jotka eivät ole apteekkkareja.



75. Näin ollen apteekkiliikkeen harjoittaja voi apteekki-alan ammatillisen pätevyyden ja apteekin omistamisen välisen yhteyden avulla arvioida oikein, mitä seurauksia hänen kaupallisilla päätöksillään on hänellä olevan yleisen edun mukaisen tehtävän suorittamiseen eli väestön asianmukaiseen lääkehuoltoon.

76. Lopuksi, kuten Saksan hallitus toteaa, apteekkiliikkeen harjoittamisluvan sitominen apteekkarin henkilöön on tehokas keino väestön lääkehuollon asianmukaisuuden varmistamiseksi erityisesti, koska apteekkari-omistaja altistuu siinä tapauksessa, että hän tekee ammatillisen virheen, sekä ammatin harjoittamista koskevan oikeutensa että myös apteekkilupansa peruuttamiselle ja siitä johtuville raskaille taloudellisille seurauksille. Kurinpito-oikeudellisten seuraamusten lisäksi apteekkarin ammatilliset virheet vaarantavat hänen taloudellisen olemassaolonsa, mikä kannustaa häntä edelleen johtamaan apteekki-alan antamalla etusija kansanterveyttä koskevalle vaatimukselle. Sääntö, jonka mukaan ammatillinen pätevyys ja etiikka sekä taloudellinen vastuu apteekista on yhdistettävä yhteen ja samaan henkilöön, on näin ollen tarpeellinen yleisen edun ensisijaisuuden takaamiseksi.

77. Näiden seikkojen perusteella katson näin ollen, että Saksan lainsäädäntö, jonka mukaan ainoastaan apteekkari saa pitää omistuksensa ja harjoittaa apteekkiliikettä, ei ylitä sitä, mikä on tarpeen kansanterveyden suojelun korkean tason takaamiseksi ja erityisesti väestön sellaisen asianmukaisen lääkehuollon varmistamiseksi, joka on monipuolinen ja laadukas. Vaatimus siitä, että se, jonka talou-

dellisessa hallinnassa apteekki on ja joka tästä syystä päättää apteekin kaupallisista toimintaperiaatteista, on apteekkari, on näin ollen mielestäni EY 43 artiklan mukainen.

78. Säännön, jonka mukaan ainoastaan apteekkari saa pitää omistuksensa ja harjoittaa apteekkiliikettä, tarkoituksenmukaisuutta ja oikeasuhtaisuutta koskevaa juuri suorittamaani analyysiä ei voi mielestäni saattaa kyseenalaiseksi, toisin kuin DocMorris ja komissio väittävät, se seikka, että tietyissä olosuhteissa apteekkiliikkeen harjoittaminen muun kuin apteekkarin toimesta on sallittua Saksan oikeudessa. Tilanteet, joita tarkoitetaan, ovat seuraavat.

79. Kysymys on ensinnäkin apteekkiliikkeen harjoittamisluvan haltijan kyvyttömyys- tai kuolemantapauksessa viimeksi mainitun tai hänen perillistensä mahdollisuudesta jatkaa tietyn ajan apteekkiliikkeen harjoittamista vuokrasopimuksen tai liikkeenhoitoa koskevan sopimuksen puitteissa. Kuten Apothekerkammer des Saarlandes toteaa, Saksan lainsäätäjät on kyseisestä mahdollisuudesta säätelessään pyrkinyt sovittamaan yhteen säännön, jossa kielletään muita kuin apteekkareja omistamasta ja harjoittamasta apteekkiliikettä, ja tarpeen suojella apteekkarin perheen intressejä jättämällä tälle aikaa tehdä päätös apteekin tulevaisuudesta. Tämä poikkeus ei mielestäni saata kyseenalaiseksi Saksan lainsäädännön johdonmukaisuutta, koska se on yhtäältä kestoaltaan rajoitettu ja

toisaalta koska apteekki uskotaan liikkeen hoitajalle, jolla on oltava apteekkarin tutkinto. Lisäksi ApoG:n 9 §:n 2 momentista ilmenee, että vuokraajalla on oltava tämän lain 1 §:ssä säädetty lupa ja että vuokralle antamisesta ja liikkeenhoidosta tehty sopimus ei saa vaikuttaa vuokranantajan ammatilliseen vastuuseen eikä tämän päätöksentekovapautteen.

vertikaaliseen integraatioon liittyvät eturistiiriitojen riskit, joita saattaa ilmetä apteekkien kohdalla, eivät tule esiin sairaaloiden sisäisen lääkehuoltojärjestelmän yhteydessä, sellaisena kuin Saksan lainsäätäjät on siitä säätänyt. Tämän vuoksi katson, että tämä järjestelmä ei ole omiaan saattamaan kyseenalaiseksi sen säännön johdonmukaisuutta, jonka mukaan ainoastaan apteekari saa pitää omistukseensa ja harjoittaa yleisölle avointa apteekkia.

80. Kysymys on lisäksi sairaaloiden sisäisestä lääkehuoltojärjestelmästä. ApoG:n 14 §:n 1–6 momentin nojalla sairaalat voivat päättää uskoa lääkehuoltonsa sisäiselle apteekille eli apteekkiliikkeelle, jota harjoitetaan asianomaisen sairaalan tiloissa ja jonne yleisöllä ei ole pääsyä. Tässä tapauksessa sairaalalaitoksen johdon on saatava lupa harjoittaa sairaala-apteekkia. Kyseisen luvan myöntäminen edellyttää nimenomaan sellaisen apteekkarin palkkaamista, joka täyttää edellytykset, jotka on vahvistettu ApoG:n 2 §:n 1 momentin 1–4, 7 ja 8 kohdassa sekä 3 momentissa luettuna yhdessä 2 momentin tai 2 a momentin kanssa.

82. Sitä paitsi se, että apteekari voi ApoG:n 1 §:n 2 momentin nojalla harjoittaa apteekkiliikettä pitämällä korkeintaan kolmea apteekkinsa sivuapteekkia, ei ole myöskään mielestäni omiaan saattamaan kyseenalaiseksi kyseisen säännön johdonmukaisuutta. Pääapteekkiliikkeen harjoittamisluvan haltijaa koskee nimittäin edelleen ApoG:n 7 §:n mukaisesti velvollisuus johtaa apteekkia sekä sen sivuapteekkeja henkilökohtaisesti ja omalla vastuulla. Hän säilyttää siten täyden valvonnan kaikkien liikkeittensä, joiden sallittu lukumäärä on sitä paitsi rajoitettu, osalta.

81. Tosin tässä tapauksessa apteekkiliikettä ei harjoita apteekari. Apteekeista poiketen sairaala-apteekkien tehtävänä ei kuitenkaan ole väestön lääkehuolto vaan ainoastaan lääkkeiden luovuttaminen niiden sairaaloiden yksiköille, joihin ne kuuluvat. Koska sairaala-apteekkien on katettava näiden sairaaloiden lääketarpeet, minusta vaikuttaa asianmukaiselta, että niitä harjoittaa niiden sairaaloiden johto, joihin kyseiset sairaala-apteekit on integroitu. Sitä paitsi apteekkitoiminnan

83. Lopuksi on mielestäni hylättävä argumentti, jonka mukaan yhteisöjen tuomioistuimen edellä mainitussa asiassa komissio vastaan Kreikka antamassaan tuomiossa optikkoliikkeen harjoittamisen osalta käytämät perustelut olisi siirrettävä koskemaan apteekkareja.

84. Komissio vaati jäsenyysvelvoitteiden noudattamista jättämistä koskevassa Helleenien tasavaltaa vastaan nostamassaan kanteessa yhteisöjen tuomioistuinta toteamaan, että kyseinen jäsenvaltio ei ollut noudattanut EY 43 ja EY 48 artiklan mukaisia velvoitteitaan. Se moitti kyseistä jäsenvaltiota ensinnäkin siitä, että se estää tutkinnon suorittanutta optikkoa, joka on luonnollinen henkilö, harjoittamasta useampaa kuin yhtä optikkoliikettä. Toiseksi se riitautti kansallisen lainsäädännön, jonka mukaan oikeushenkilö voi avata optikkoliikkeen ainoastaan,

- jos optikkoliikkeen perustamista ja harjoittamista koskeva lupa myönnetään sellaisen luvan saaneen optikon nimissä, joka on luonnollinen henkilö, jos optikkoliikkeen harjoittamista koskevan luvan saaneen henkilön osuus yhtiöpääomasta sekä yhtiön voitoista ja tappioista on vähintään 50 prosenttia, jos yhtiö on muodoltaan avoin yhtiö tai kommandiittiyhtiö, ja

- jos kyseessä oleva optikko on mukana korkeintaan yhdessä muussa optikkoliikkeen omistavassa yhtiössä, sillä edellytyksellä, että optikkoliikkeen perustamista ja harjoittamista koskeva lupa myönnetään toisen luvan saaneen optikon nimissä.

85. Todettuaan sijoittautumisvapauden rajoitusten olemassaolon<sup>25</sup> yhteisöjen tuomioistuin tarkasteli yleisesti kysymystä siitä, voitiinko riitautettuja Kreikan lainsäädännön eri näkökohtia perustella kansanterveyden suojelutavoitteella vai ei. Se katsoi, että näin ei ollut asianlaita, koska suhteellisuusperiaatetta ei noudatettu.

86. Näin ollen se katsoi, että ”kansanterveyden suojelutavoite, johon Kreikka vetoaa, voidaan saavuttaa niin luonnollisten henkilöiden kuin oikeushenkilöidenkin sijoittautumisvapautta vähemmän rajoittavilla toimilla, esimerkiksi vaatimalla tutkinnon suorittaneiden palkattujen tai osakkaina olevien optikkojen läsnäoloa kussakin optikkoliikkeessä, säännöillä, jotka koskevat kolmansien teoista johtuvaa siviilioikeudellista vastuuta, sekä säännöillä, jotka koskevat ammatillisen vastuuvakuutuksen ottamisvelvollisuutta.”<sup>26</sup>

87. Mielestäni yhteisöjen tuomioistuimen olisi otettava erilainen kanta lääkkeiden jakelutoiminnan osalta, joka eroaa kansanterveyteen kohdistuvan suuren vaikutuksensa vuoksi optisten tuotteiden myyntitoiminnasta.

<sup>25</sup> – Em. asia komissio v. Kreikka (tuomion 27–29 kohta).

<sup>26</sup> – Ibidem (tuomion 35 kohta).

88. Yhteisöjen tuomioistuin on tosin myöntänyt, että optisten tuotteiden, kuten piilolinssien myyntiä ei voida pitää samanlaisena kuin muuta kaupallista toimintaa, koska myyjän on kyettävä antamaan käyttäjille kyseisten tuotteiden käyttöä ja kunnossapitoa koskevia tietoja.<sup>27</sup> Tämän vuoksi se on katsonut, että kansallinen lainsäädäntö, jossa kielletään piilolinssien ja samankaltaisten tuotteiden myynti kauppaliikkeissä, joita eivät johda tai hoida henkilöt, jotka täyttävät silmäoptikon ammatin harjoittamiseen vaadittavat edellytykset, on perusteltu kansanterveyden suojelua koskevista syistä.<sup>28</sup>

89. Koska lääkkeet ovat kuitenkin tuotteita, joilla voi olla vakavampi vaikutus terveyteen kuin optisilla tuotteilla ja jotka voivat jopa väärinkäyttötapauksessa johtaa niiden käyttäjien kuolemaan, katson, että niiden jakelulle on asetettava erityiset takeet. Näin ollen mielestäni on legitimiä, että jäsenvaltio haluaa saavuttaa kansanterveyden suojelun korkean tason pyrkimällä säilyttämään lääkkeiden jakelun laadun ja puolueettomuuden.

90. Koska lääkkeiden jakelua ei voi kansanterveyden suojelun näkökulmasta rinnastaa optisten tuotteiden myyntiin, olen sitä mieltä, että jäsenvaltio voi esittämistäni syistä päättää

suhteellisuusperiaatetta loukkaamatta säilyttää apteekkiliikkeiden omistamisen ja harjoittamisen ainoastaan apteekkareilla.

## B Toinen ennakkoratkaisukysymys

91. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin pyytää tällä kysymyksellä yhteisöjen tuomioistuinta ratkaisemaan siinä tapauksessa, että ensimmäiseen kysymykseen annetaan myöntävä vastaus, onko kansallisella viranomaisella yhteisön oikeuden, erityisesti EY 10 artiklan ja yhteisön oikeuden tehokkuutta koskevan periaatteen, nojalla oikeus ja velvollisuus olla soveltamatta yhteisön oikeuden vastaisina pitämiään kansallisia säännöksiä myös silloin, kun kysymyksessä ei ole yhteisön oikeuden ilmeinen rikkominen eikä Euroopan yhteisöjen tuomioistuin ole todennut, että nämä säännökset ovat yhteensoveltumattomia yhteisön oikeuden kanssa.

92. Koska ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuin vastaa ensimmäiseen kysymykseen kieltävästi, katson, että toiseen kysymykseen ei ole tarpeen vastata.

27 – Ks. vastaavasti asia C-271/92, LPO, tuomio 25.5.1993 (Kok. 1993, s. I-2899, 11 kohta).

28 – Ibidem (tuomion 13 kohta).

#### **IV Ratkaisuehdotus**

93. Kaikkien näiden seikkojen perusteella ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuin toteaa seuraavaa:

EY 43 ja EY 48 artiklaa on tulkittava siten, että ne eivät ole esteenä sellaiselle lainsäädännölle, jonka mukaan ainoastaan apteekkarit saavat pitää omistuksessaan ja harjoittaa apteekkiliikettä koska tällainen lainsäädäntö on perusteltu väestön asianmukaisen lääkehuollon takaamista koskevan tavoitteen vuoksi.