

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

Y. BOT

van 16 december 2008¹

1. In het kader van de onderhavige verzoeken om een prejudiciële beslissing wenst het Verwaltungsgericht Saarland (Duitsland) van het Hof te vernemen of de artikelen 43 EG en 48 EG aldus moet worden uitgelegd dat zij in de weg staan aan een nationaal verbod op het bezit en de exploitatie van een apotheek door een niet-apotheker.

2. Volgens de Duitse wettelijke regeling moet degene die een apotheek wenst te exploiteren, beschikken over een vergunning van het bevoegde overheidsorgaan. Een van de voorwaarden voor het verlenen van deze vergunning is dat de aanvrager enerzijds bevoegd is om het beroep van apotheker uit te oefenen en anderzijds de apotheek persoonlijk onder eigen verantwoordelijkheid leidt.

3. De onderhavige twee prejudiciële verwijzingen zijn ingediend in gedingen tussen de Apothekerkammer des Saarlandes²,

Schneider, Holzapfel en Trennheuser³ en de Deutscher Apothekerverband eV⁴ (zaak C-171/07) en Neumann-Seiwert (zaak C-172/07) (tezamen hierna: „verzoeksters in het hoofdgeding”) tegen Saarland, vertegenwoordigd door zijn Ministerium für Justiz, Gesundheit und Soziales (ministerie van Justitie, Volksgezondheid en Sociale Zaken; hierna: „ministerium”). Deze gedingen betreffen verzoeken tot nietigverklaring van het besluit van dit ministerium om een naamloze vennootschap, DocMorris NV (hierna: „DocMorris”), een vergunning te verlenen voor de exploitatie van een apotheekfiliaal in Saarbrücken (Duitsland).

4. In deze conclusie zal ik uiteenzetten waarom ik meen dat de artikelen 43 en 48 EG aldus moeten worden uitgelegd dat zij niet eraan in de weg staan dat een lidstaat ervoor kiest om het bezit en de exploitatie van apotheken uitsluitend aan apothekers voor te behouden.⁵

1 — Oorspronkelijke taal: Frans.

2 — Het gaat om de beroepsorganisatie van apothekers van Saarland.

3 — Alle drie personen zijn apotheker.

4 — Het gaat om de overkoepelende beroepsorganisatie van apothekers in Duitsland.

5 — Deze problematiek is ook aan de orde in de bij het Hof aanhangige zaak Commissie/Italië (C-531/06), waarin ik ook conclusie zal nemen.

I — Toepasselijk recht

A — *Gemeenschapsrecht*

5. Artikel 43, eerste alinea, EG verbiedt beperkingen van de vrijheid van vestiging van onderdanen van een lidstaat op het grondgebied van een andere lidstaat. Volgens artikel 43, tweede alinea, EG omvat de vrijheid van vestiging de toegang tot werkzaamheden anders dan in loondienst en de uitoefening daarvan, alsmede de oprichting en het beheer van ondernemingen.

6. Krachtens artikel 48, eerste alinea, EG, gelden de rechten van artikel 43 EG eveneens voor de vennootschappen die in overeenstemming met de wetgeving van een lidstaat zijn opgericht en hun statutaire zetel, hun hoofdbestuur of hun hoofdvestiging binnen de Gemeenschap hebben.

7. Volgens artikel 46, lid 1, EG, staat artikel 43 EG niet in de weg aan beperkingen die uit hoofde van de volksgezondheid gerechtvaardigd zijn.

8. Krachtens artikel 47, lid 3, EG, is, wat de geneeskundige, paramedische en farmaceutische beroepen betreft, de geleidelijke ophef-

ving van de beperkingen afhankelijk van de coördinatie van de voorwaarden waaronder zij in de verschillende lidstaten worden uitgeoefend. De Raad van de Europese Unie en de Commissie hebben evenwel erkend dat de rechtstreekse werking van de artikelen 43 EG en 49 EG, respectievelijk bevestigd in de arresten Reyners⁶ en Van Binsbergen⁷, vanaf 1 januari 1970, de einddatum van de overgangperiode, eveneens geldt voor de beroepen in de gezondheidszorg⁸.

9. Bovendien zijn met betrekking tot de geneeskundige, paramedische en farmaceutische werkzaamheden coördinatie-richtlijnen vastgesteld. Enerzijds is dit richtlijn 85/432/EEG van de Raad van 16 september 1985 inzake de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende bepaalde werkzaamheden op farmaceutisch gebied⁹, en anderzijds richtlijn 85/433/EEG van de Raad van 16 september 1985 inzake de onderlinge erkenning van de diploma's, certificaten en andere titels op het terrein van de farmacie, tevens houdende maatregelen tot vergemakkelijking van de daadwerkelijke uitoefening van het recht van vestiging voor bepaalde werkzaamheden op farmaceutisch gebied¹⁰.

6 — Arrest van 21 juni 1974 (2/74, Jurispr. blz. 631).

7 — Arrest van 3 december 1974 (33/74, Jurispr. blz. 1299).

8 — Aldus wordt in de eerste overweging van de considerans van richtlijn 75/362/EEG van de Raad van 16 juni 1975 inzake de onderlinge erkenning van de diploma's, certificaten en andere titels van de arts, tevens houdende maatregelen tot vergemakkelijking van de daadwerkelijke uitoefening van het recht van vestiging en vrij verrichten van diensten (PB L 167, blz. 1), gesteld dat krachtens het Verdrag ieder verschil in behandeling op grond van nationaliteit bij de vestiging en het verrichten van diensten sedert het einde van de overgangperiode is verboden.

9 — PB L 253, blz. 34.

10 — PB L 253, blz. 37.

10. Deze twee richtlijnen zijn ingetrokken en vervangen door richtlijn 2005/36/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 september 2005 betreffende de erkenning van beroepskwalificaties.¹¹ Punt 26 van de considerans van richtlijn 2005/36 luidt:

„Deze richtlijn coördineert niet alle voorwaarden voor de toegang tot en de uitoefening van de werkzaamheden op farmaceutisch gebied; met name de geografische spreiding van apotheken en het monopolie van de geneesmiddelenverstrekking blijven een bevoegdheid van de lidstaten. Deze richtlijn laat de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten die ondernemingen verbieden bepaalde werkzaamheden van apothekers uit te oefenen of die aan deze uitoefening bepaalde voorwaarden verbinden, onverlet.”

11. Ten slotte moet artikel 152, lid 5, EG worden aangehaald, dat luidt:

„Bij het optreden van de Gemeenschap op het gebied van de volksgezondheid worden de verantwoordelijkheden van de lidstaten voor de organisatie en verstrekking van gezondheidsdiensten en geneeskundige verzorging volledig geëerbiedigd. [...]”

B — *Nationaal recht*

12. § 1 van de Duitse wet op de apotheken (Apothekengesetz; hierna: „ApoG”)¹², zoals gewijzigd bij verordening van 31 oktober 2006¹³, luidt:

„1) Het is de taak van de apotheken om in het openbaar belang een goede geneesmiddelenvoorziening van de bevolking te waarborgen.

2) Eenieder die een apotheek en ten hoogste drie filialen daarvan wil exploiteren, dient te beschikken over een vergunning van het bevoegde overheidsorgaan.

3) De vergunning geldt uitsluitend voor de apotheker aan wie deze is verleend, en voor de in de vergunning genoemde bedrijfsruimten.”

¹¹ — PB L 255, blz. 22.

¹² — BGBl. 1980 I, blz. 1993.

¹³ — BGBl. 2006 I, blz. 2407.

13. § 2 ApoG bepaalt:

7) niet om gezondheidsredenen ongeschikt is een apotheek te leiden;

„1. De vergunning wordt op verzoek verleend, indien de aanvrager:

[...]”

1) Duitser is in de zin van artikel 116 van [de Grondwet (Grundgesetz)], onderdaan is van een van de andere lidstaten van de Europese Unie of van een andere staat die partij is bij het Verdrag inzake de Europese Economische Ruimte [...];

14. § 7, eerste zin, ApoG luidt:

„De vergunning omvat de verplichting om de apotheek persoonlijk onder eigen verantwoordelijkheid te leiden.”

2) volledig handelingsbekwaam is;

3) naar Duits recht bevoegd is tot de uitoefening van het beroep van apotheker;

15. Ten slotte regelt § 8, eerste zin, ApoG de vormen waarin verschillende personen gezamenlijk een apotheek kunnen exploiteren. Deze bepaling sluit een enkele kapitaalsdeelneming uit en verbiedt iedere rechtsvorm waardoor een derde die niet houder van de vergunning is, een apotheek kan exploiteren dan wel in de hiermee behaalde exploitatiewinst kan deelnemen. Deze bepaling luidt als volgt:

4) de voor de exploitatie van een apotheek vereiste betrouwbaarheid heeft;

„Verschillende personen gezamenlijk kunnen een apotheek slechts in de vorm van een maatschap naar burgerlijk recht of een vennootschap onder firma exploiteren; in dat geval dienen alle vennoten over een

[...]

vergunning te beschikken. Deelnemingen in een apotheek in de vorm van een participatievennootschap en overeenkomsten waarbij de tegenprestatie voor de aan de vergunninghouder verstrekte lening of de hem anderszins verstrekte activa afhangt van de omzet of de winst van de apotheek, in het bijzonder huurovereenkomsten waarbij de huur afhangt van de omzet of de behaalde winst, zijn nietig. [...]"

II — De hoofdgedingen en de prejudiciële vragen

16. DocMorris is een in Nederland gevestigde naamloze vennootschap die geneesmiddelen per postorder verkoopt. Bij besluit van 29 juni 2006 heeft het ministerium haar per 1 juli 2006 een vergunning verleend voor de exploitatie van een apotheekfiliaal in Saarbrücken, onder de voorwaarde dat een apotheker de betrokken apotheek persoonlijk onder eigen verantwoordelijkheid leidt. Bij besluit van 28 juni 2006 heeft het ministerium, eveneens per 1 juli 2006, DocMorris voor deze apotheek in Saarbrücken vergunning verleend om per postorder uitsluitend bij een apotheek te betrekken geneesmiddelen te verkopen. Bij een nieuw besluit van 7 augustus 2006 heeft het ministerium de onmiddellijke uitvoering van de op 29 juni 2006 verleende exploitatievergunning voor het apotheekfiliaal bevolen.

17. Op respectievelijk 2 augustus 2006 en 18 augustus 2006 hebben verzoeksters in de hoofdgedingen beroep ingesteld bij het Verwaltungsgericht Saarland tot nietigverklaring van het besluit van 29 juni 2006.

18. Ter ondersteuning van hun beroepen hebben verzoeksters in de hoofdgedingen aangevoerd dat dit besluit in strijd is met het ApoG, aangezien het het beginsel van het zogenoemde „Fremdbesitzverbot” miskent, dat wil zeggen de regel dat uitsluitend apothekers een apotheek kunnen exploiteren, zoals neergelegd in § 2, lid 1, sub 3, § 7 en § 8 ApoG. Zij hebben bovendien betoogd dat het ministerium niet bevoegd is om te beoordelen of het Duitse recht verenigbaar is met het gemeenschapsrecht, aangezien die bevoegdheid aan het Hof is voorbehouden overeenkomstig het bepaalde in artikel 234 EG.

19. Het ministerium en DocMorris hebben van hun kant aangevoerd dat het verbod van de Duitse wettelijke regeling in strijd is met artikel 43 EG, dat de vrije vestiging waarborgt, aangezien een in een andere EU-lidstaat gevestigde apotheek die in de vorm van een kapitaalvennootschap wordt geëxploiteerd, geen toegang heeft tot de Duitse markt van apotheken. Een dergelijke beperking zou niet nodig zijn om de doelstelling van bescherming van de volksgezondheid te verwezenlijken. Overigens hebben, zo stellen zij, op grond van de beginselen van het primaat en het nuttig effect van het gemeenschapsrecht niet alleen de nationale rechters, maar ook de nationale overheidsorganen de plicht om nationaal recht dat in strijd is met het gemeenschapsrecht, buiten toepassing te laten.

20. Gelet op de aldus aangevoerde argumenten heeft het Verwaltungsgericht van Saarland besloten de behandeling van de zaken te schorsen en het Hof de volgende prejudiciële vragen te stellen:

III — Analyse

A — *De eerste prejudiciële vraag*

- „1) Moeten de bepalingen betreffende de vrijheid van vestiging van kapitaalvennootschappen (artikelen 43 [EG] en 48 EG) aldus worden uitgelegd dat zij in de weg staan aan een verbod op de exploitatie van apotheken door niet-apothekers („Fremdbesitzverbot“), zoals neergelegd in § 2, lid 1, sub 1 tot en met 4 en sub 7, § 7, eerste zin, en § 8, eerste zin, [ApoG]?
- 2) Voor het geval dat de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord: Is een nationaal overheidsorgaan dan op grond van het gemeenschapsrecht, met name gelet op artikel 10 EG en op het beginsel van het nuttig effect van het gemeenschapsrecht, bevoegd en verplicht om de door hem als in strijd met het gemeenschapsrecht beschouwde nationale bepalingen niet toe te passen, ook wanneer het niet om een evidente schending van het gemeenschapsrecht gaat en het Hof [...] niet de onverenigbaarheid van de betrokken bepalingen met het gemeenschapsrecht heeft vastgesteld?”
21. Met zijn eerste prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter in wezen van het Hof te vernemen of de artikelen 43 EG en 48 EG aldus moeten worden uitgelegd dat zij in de weg staan aan een nationale wettelijke regeling die het bezit en de exploitatie van een apotheek door niet-apothekers verbiedt.
22. Over het op deze vraag te geven antwoord zijn twee partijen het volstrekt oneens. Enerzijds menen verzoeksters in de hoofdgedingen alsmede de Duitse, de Griekse, de Franse, de Italiaanse, de Oostenrijkse en de Finse regering dat deze nationale wettelijke regeling, voor zover ze de door artikel 43 EG beschermde vrijheid van vestiging kan beperken, gerechtvaardigd wordt door de doelstelling om de volksgezondheid te beschermen. Anderzijds betogen Saarland, DocMorris, de Poolse regering en de Commissie dat de vrijheid van vestiging in de weg staat aan het verbod voor niet-apothekers om een apotheek te bezitten, aangezien dit verbod niet geschikt is voor de verwezenlijking van de bescherming van de volksgezondheid en evenmin noodzakelijk is om deze doelstelling te waarborgen. Aangezien de voornaamste argumenten ter ondersteuning van beide stellingen in wezen identiek zijn aan die welke in de reeds aangehaalde zaak Commissie/Italië zijn aangevoerd en in mijn conclusie in deze zaak zijn weergegeven, acht ik het niet nodig in dit stadium de bij het

Hof ingediende opmerkingen in detail te vermelden.

artikel 152 EG, duidt op een gezamenlijke bevoegdheid met nationale dominantie.¹⁴

23. Alvorens te onderzoeken of het voorschrift op grond waarvan uitsluitend personen die bevoegd zijn tot de uitoefening van het beroep van apotheker een apotheek kunnen bezitten en exploiteren al dan niet in overeenstemming is met de artikelen 43 EG et 48 EG, zal ik enkele inleidende opmerkingen maken over de aard van de respectieve bevoegdheden van de lidstaten en de Gemeenschap op het gebied van de volksgezondheid.

1. Inleidende opmerkingen over de aard van de respectieve bevoegdheden van de lidstaten en de Gemeenschap op het gebied van de volksgezondheid

24. Artikel 152 EG heeft de Gemeenschap geen volledige bevoegdheid toegekend op het gebied van de volksgezondheid. Deze bevoegdheid blijft derhalve gedeeld tussen de Gemeenschap en de lidstaten.

25. De wijze waarop deze bevoegdheid is verdeeld, zoals blijkt uit de bewoordingen van

26. De handhaving van een nationale bevoegdheid op het gebied van de volksgezondheid is uitdrukkelijk vastgelegd in artikel 152, lid 5, EG, dat, zoals wij weten, bepaalt dat „[b]ij het optreden van de Gemeenschap op het gebied van de volksgezondheid [...] de verantwoordelijkheden van de lidstaten voor de organisatie en verstrekking van gezondheidsdiensten en geneeskundige verzorging volledig [worden] geëerbiedigd”.

27. Dat de toekenning van een bevoegdheid voor de volksgezondheid aan de Gemeenschap niet gepaard met een onttrekking daarvan aan de lidstaten, volgt eveneens uit de aard van de nationale en de communautaire bevoegdheden zoals die in artikel 152 EG is omschreven. Het gaat in feite om zowel aanvullende bevoegdheden, voor zover het optreden van de Gemeenschap het nationale volksgezondheidsbeleid aanvult, als coördinerende bevoegdheden, aangezien het communautaire optreden de nationale activiteiten op dit gebied beoogt te coördineren.

28. Kortom, artikel 152 EG legt de grondslag voor een weinig geïntegreerd volksgezond-

¹⁴ — Aldus de formulering van Michel, V., „La compétence de la Communauté en matière de santé publique”, *Revue des affaires européennes*, 2003-2004/2, blz. 157.

heidsbeleid en schetst gelijktijdig een beschermde nationale bevoegdheidssfeer.

29. Deze door de opstellers van het Verdrag gemaakte keuze dient het Hof naar mijn mening bij zijn beoordeling op juiste waarde te schatten. Met name ingeval een nationale maatregel aan de orde is met betrekking tot de organisatie en verstrekking van gezondheidsdiensten en geneeskundige verzorging, zou het Hof naar mijn mening er steeds rekening mee houden dat het hier gaat om een als het ware grondwettelijk beschermde nationale bevoegdheid op dit gebied.¹⁵

30. Dat betekent uiteraard niet dat de lidstaten van hun communautaire verplichtingen bevrijd zouden zijn bij de uitoefening van de aan hen verbleven bevoegdheid. Wij weten dat de lidstaten bij die uitoefening het gemeenschapsrecht moeten eerbiedigen, in het bijzonder de bepalingen van het Verdrag betreffende het vrije verkeer. Deze bepalingen verbieden de lidstaten, ongerechtvaardigde beperkingen van de uitoefening van deze vrijheden op het gebied van de gezondheidszorg in te voeren of te handhaven.¹⁶

31. Bovendien moet worden bedacht dat, zoals blijkt uit punt 26 van de considerans van richtlijn 2005/36, bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht de voorwaarden voor het verrichten van farmaceutische werkzaamheden op communautair niveau verre van gecoördineerd, en nog minder geharmoniseerd zijn. Ik herinner er wat dat betreft aan dat de communautaire wetgever daarbij als voorbeeld heeft aangegeven dat de geografische spreiding van apotheken en het monopolie van de geneesmiddelenverstrekking een bevoegdheid van de lidstaten blijven. Hij preciseert eveneens dat de richtlijn de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten die ondernemingen verbieden bepaalde werkzaamheden van apothekers uit te oefenen of die aan deze uitoefening bepaalde voorwaarden verbinden, onverlet laat. Op deze niet-geharmoniseerde gebieden blijven de lidstaten bevoegd regulerend op te treden, mits zij de verdragsbepalingen en met name die betreffende de vrijheid van vestiging in acht nemen.¹⁷

32. Een nationaal voorschrift dat het houden en exploiteren van een apotheek aan apothekers voorbehoudt kan derhalve slechts worden gehandhaafd, indien het in overeenstemming is met artikel 43 EG, ook al valt dit voorschrift onder een aan de lidstaten voorbehouden bevoegdheid op het gebied van de volksgezondheid, in het bijzonder op dat betreffende de organisatie en verstrekking van gezondheidsdiensten en geneeskundige verzorging.

¹⁵ — Zie Michel, V., op. cit., blz. 177.

¹⁶ — Zie met name arrest van 11 september 2008, Commissie/Duitsland (C-141/07, Jurispr. blz. I-6935, punt 23 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

¹⁷ — Zie in die zin arrest Commissie/Duitsland, reeds aangehaald (punt 25 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

33. De omstandigheid dat een dergelijk voorschrift een gebied betreft waarvoor de nationale voorbehouden bevoegdheid uitdrukkelijk door artikel 152, lid 5, EG wordt beschermd, is evenwel niet zonder gevolgen. Het Hof zal namelijk met deze in het Verdrag verankerde bescherming van de nationale bevoegdheid rekening moeten houden bij de beoordeling of de bepaling om dwingende redenen van algemeen belang, zoals de bescherming van de volksgezondheid, is gerechtvaardigd. Het kan in dat kader zijn rechtspraak toepassen, dat bij de beoordeling van de eerbiediging van het evenredigheidsbeginsel op het gebied van de volksgezondheid rekening moet worden gehouden met de omstandigheid dat de lidstaat kan beslissen welk niveau van bescherming van de volksgezondheid hij wenst en hoe dit dient te gebeuren.¹⁸

34. Na deze precisering moet eerst worden nagegaan of het Duitse voorschrift dat niet-apothekers verbiedt een apotheek te bezitten en te exploiteren, een beperking van de vrijheid van vestiging is.

2. Het bestaan van een beperking van de vrijheid van vestiging

35. De door de artikelen 43 EG en 48 EG ingestelde vrijheid van vestiging verleent de vennootschappen die in overeenstemming met de wetgeving van een lidstaat zijn opgericht, het recht om zelfstandig in een andere

lidstaat werkzaam te zijn en aldaar die werkzaamheid duurzaam uit te oefenen onder dezelfde voorwaarden als de vennootschappen die in die lidstaat gevestigd zijn. Deze fundamentele vrijheid omvat mede de oprichting en het beheer van ondernemingen alsook de oprichting van agentschappen, filialen en dochterondernemingen. Ingevolge artikel 43 EG moeten discriminatoire maatregelen worden opgeheven.

36. Ook volgt uit de vaste rechtspraak dat maatregelen die, zelfs wanneer zij zonder discriminatie van toepassing zijn, de uitoefening van de vrijheid van vestiging door onderdanen van lidstaten verbieden, belemmeren of minder aantrekkelijk maken, met het Verdrag strijdige beperkingen zijn.¹⁹

37. Ingevolge de Duitse wettelijke regeling moet degene die een apotheek wil exploiteren, beschikken over een vergunning van het bevoegde overheidsorgaan. Een van de voorwaarden voor het verlenen van die vergunning is dat de aanvrager enerzijds bevoegd is om het beroep van apotheker uit te oefenen en anderzijds dat hij de apotheek persoonlijk onder eigen verantwoordelijkheid leidt. Overigens kunnen meerdere personen gezamenlijk een apotheek slechts exploiteren in de vorm van een maatschap naar burgerlijk recht of een vennootschap onder firma; in dat geval dienen alle vennoten over een vergunning te beschikken en derhalve apotheker te zijn.

¹⁸ — Zie met name arrest Commissie/Duitsland, reeds aangehaald (punt 51).

¹⁹ — Zie arresten van 5 oktober 2004, CaixaBank France (C-442/02, Jurispr. blz. I-8961, punt 11 en aldaar aangehaalde rechtspraak); 14 oktober 2004, Commissie/Nederland (C-299/02, Jurispr. blz. I-9761, punt 15); 21 april 2005, Commissie/Griekenland (C-140/03, Jurispr. blz. I-3177, punt 27), en 17 juli 2008, Corporación Dermostética (C-500/06, Jurispr. blz. I-5785, punt 32 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

38. Deze voorwaarden hebben tot gevolg dat een kapitaalvennootschap zoals DocMorris geen vergunning kan verkrijgen voor de exploitatie van een apotheek in Duitsland. Wegens hun invloed op de markttoegang van dit soort vennootschappen kunnen zij als een beperking van de vrijheid van vestiging worden aangemerkt. Door nieuwe marktdeelnemers de toegang tot de betrokken markt te belemmeren, vormen zij immers objectief een hinderpaal voor de verkeersvrijheden waarvan vennootschappen als DocMorris in beginsel moeten kunnen profiteren.

39. Nu is vastgesteld dat er sprake is van een inbreuk op de vrijheid van vestiging, moet thans worden nagegaan of het verbod voor niet-apothekers om een apotheek in bezit te hebben en exploiteren, gemeenschapsrechtelijk als gerechtvaardigd kan worden beschouwd.

3. Rechtvaardiging van de vastgestelde beperking van de vrijheid van vestiging

40. Een beperking als voorzien in de Duitse wettelijke regeling kan in overeenstemming met het gemeenschapsrecht worden beschouwd indien ze aan de volgende vier voorwaarden voldoet. Zij moet om te beginnen zonder discriminatie worden toegepast. Verder moet zij gerechtvaardigd worden door een legitieme of dwingende reden van algemeen belang. Ten slotte moet zij geschikt

zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen, en mag niet verder gaan dan nodig is om dat doel te bereiken.²⁰

41. In de eerste plaats kan ik niets discriminerends zien in de betrokken wettelijke regeling; zij geldt immers voor alle entiteiten die een apotheek in Duitsland willen beginnen en exploiteren, zonder onderscheid te maken naar de lidstaat van oorsprong.

42. In de tweede plaats is de bescherming van de volksgezondheid een van de dwingende redenen van algemeen belang die krachtens artikel 46, lid 1, EG beperkingen van de vrijheid van vestiging kunnen rechtvaardigen.²¹ Zoals blijkt uit § 1, lid 1, ApoG, is de Duitse wettelijke regeling die het bezit en de exploitatie van een apotheek door een niet-apotheker verbiedt, ingegeven door redenen van bescherming van de volksgezondheid. Deze regeling kan derhalve, gelet op de doelstelling van bescherming van de volksgezondheid, als gerechtvaardigd worden beschouwd, in het bijzonder wat het doel ervan betreft een adequate geneesmiddelenvoorziening van de bevolking te waarborgen.

20 — Zie met name arrest van 5 juni 2007, Rosengren e.a. (C-170/04, Jurispr. blz. I-4071, punt 43), alsook reeds aangehaald arrest Corporación Dermostética (punt 35 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

21 — Reeds aangehaald arrest Corporación Dermostética (punt 37).

43. Waar het in de derde plaats erom gaat of deze regeling geschikt is om de bescherming van de volksgezondheid te verwezenlijken, moet worden nagegaan of het verbod voor niet-apothekers om een apotheek te bezitten en te exploiteren op passende wijze in het hierboven vermelde doel kan voorzien.

44. De volgende argumenten zijn aangevoerd ter ondersteuning van de stelling dat dit verbod niet geschikt is om de bescherming van de volksgezondheid te verwezenlijken.

45. Zij die deze stelling aanhangen, menen dat er onderscheid moet worden gemaakt tussen de aspecten die op de exploitatie, het beheer of het bestuur van de apotheken betrekking hebben, en die waarbij het om de verhoudingen met derden gaat. De noodzaak van het bezit van de beroepskwalificatie van apotheker zou voor de tweede categorie aspecten gerechtvaardigd zijn, maar niet voor de eerste, want het vereiste van bescherming van de volksgezondheid zou slechts op het externe aspect van de farmaceutische werkzaamheden betrekking hebben, dat wil zeggen de verhoudingen met derden, in het bijzonder de leveranciers en patiënten.

46. Overigens zou aan het geschiktheids criterium slechts worden voldaan indien er concrete aanwijzingen zijn die aantonen dat, wanneer de eigenaar van de apotheek niet bevoegd is tot de uitoefening van het beroep van apotheker en in die apotheek louter een apotheker in loondienst aanwezig is, het toezicht of de invloed die de eigenaar op de apotheker in loondienst uitoefent van dien

aard is dat de onafhankelijkheid en de persoonlijke verantwoordelijkheid van die apotheker daardoor wordt aangetast en de naleving van de beroeps- en ethische regels die op de apothekerswerkzaamheden van toepassing zijn, in gevaar komt. In feite zouden kapitaalvennootschappen in het algemeen structureel niet meer geneigd zijn om onrechtmatige winsten te behalen. Een apotheker die persoonlijk verantwoordelijk is en zich bij de vestiging van zijn apotheek zwaar in de schulden heeft gestoken, zou aan een veel grotere druk bloot kunnen staan om economisch te overleven dan een apotheker in loondienst.

47. Gesteld al dat apotheken die in de vorm van kapitaalvennootschappen worden geleid werkelijk hun winst op buitensporige wijze willen vergroten, dan nog zou die omstandigheid verder geen gezondheidsrisico's bij het verstrekken van geneesmiddelen betekenen. Voor de aflevering van de meeste geneesmiddelen geldt immers het vereiste van een medisch recept, en alleen bij overlegging van een recept mag dus worden afgeleverd. Ook al zou een apotheek meer geneesmiddelen aan een patiënt willen verkopen, dan kan zij dat niet doen wanneer er geen recept door een arts is uitgeschreven. Bovendien zou de Duitse regelgeving de mogelijkheid voor een apotheker om de praktijk van het substitueren toe te passen, dat wil zeggen het vervangen van het ene geneesmiddel door een ander met hetzelfde werkzame bestanddeel, steeds meer aan banden hebben gelegd.

48. Ik meen echter dat de regel dat alleen een apotheker een apotheek kan bezitten en exploiteren, geschikt is om de doelstelling van bescherming van de volksgezondheid te waarborgen. Deze regel kan volgens mij juist

een geneesmiddelenvoorziening van de bevolking verzekeren die voldoende waarborgen biedt wat kwaliteit en diversiteit betreft.

de sociale uitgaven in evenwicht te houden. In die omstandigheden kan de patiënt slechts vertrouwen op de voorlichting die de gezondheidsdeskundige, de apotheker, verstrekt.

49. Ik ben in dit verband niet overtuigd door het argument dat er een onderscheid moet worden gemaakt tussen de interne aspecten (eigendom, bestuur en beheer van de apotheek) en de externe aspecten (verhoudingen met derden) van de farmaceutische werkzaamheid. Degene die als eigenaar en werkgever een apotheek bezit, zal naar mijn mening immers onvermijdelijk invloed uitoefenen op het in die apotheek gevoerde beleid op het gebied van de verstrekking van geneesmiddelen. De aldus door de Duitse wetgever gemaakte keuze om de beroepsbekwaamheid en de economische eigendom van de apotheek aan elkaar te koppelen, lijkt derhalve uit een oogpunt van bescherming van de volksgezondheid gerechtvaardigd.

50. Er mag niet uit het oog te worden verloren dat de taak van de apotheker zich niet beperkt tot de verkoop van geneesmiddelen. De verstrekking van geneesmiddelen maakt ook andere verrichtingen van de zijde van de apotheker noodzakelijk, zoals het verifiëren van de medische recepten, de bereiding van farmaceutische preparaten of het geven van voorlichting en advies ten behoeve van het juiste gebruik van de geneesmiddelen.²² Voorts meen ik dat de adviseringsplicht van de apotheker van groot belang is bij geneesmiddelen waarvoor geen medisch recept nodig is, die voortdurend in aantal toenemen als gevolg van beslissingen van de lidstaten om

51. Aangezien de farmaceutische werkzaamheid, zoals vele beroepen in de gezondheidszorg, wordt gekenmerkt door een asymmetrische spreiding van informatie, moet de patiënt volledig kunnen vertrouwen op het advies van de apotheker. Het is derhalve van belang om de neutraliteit van het farmaceutisch advies, dat wil zeggen een deskundig en objectief advies, te waarborgen.

52. Bovendien is de apotheker om bovenstaande redenen een belangrijke schakel in een algemeen volksgezondheidsbeleid dat in hoge mate onverenigbaar is met de zuiver commerciële logica van kapitaalvenootschappen, die rechtstreeks zijn gericht op rentabiliteit en winst. Het specifieke karakter van de aan de apotheker toevertrouwde taak vereist derhalve dat de deskundige de voor de aard van zijn functie noodzakelijke onafhankelijkheid bezit en dat deze wordt gewaarborgd.

53. Aldus staat mijns inziens de kwaliteit van de verstrekking van geneesmiddelen in nauw verband met de onafhankelijkheid waarvan een apotheker bij de uitoefening van zijn taak blijk moet geven.

²² — Zie voor een opsomming van de verschillende werkzaamheden van de apotheker, artikel 45, lid 2, van richtlijn 2005/36.

54. Met het besluit de eigendom en de exploitatie van apotheken aan apothekers voor te behouden, heeft de Duitse wetgever juist de onafhankelijkheid van de apothekers willen waarborgen door de bedrijfseconomische organisatie van apotheken af te schermen tegen invloeden van buitenaf, bijvoorbeeld van fabrikanten van geneesmiddelen of groot-handelaren. In het bijzonder heeft hij het risico willen voorkomen van belangenconflicten die volgens hem konden zijn verbonden aan een verticale concentratie in de farmaceutische sector, teneinde onder meer het fenomeen van overconsumptie van geneesmiddelen te bestrijden en de aanwezigheid van een voldoende variëteit van geneesmiddelen in de apotheken te waarborgen. De Duitse wetgever heeft bovendien het optreden van een deskundige noodzakelijk geacht om, als filter tussen de producent van geneesmiddelen en het publiek, op onafhankelijke wijze een juist gebruik van geneesmiddelen te controleren.

55. De apotheker die eigenaar is van zijn apotheek is financieel onafhankelijk, hetgeen de vrije uitoefening van zijn beroep garandeert. Een dergelijke apotheker heeft de volledige zeggenschap over zijn werkinstrumenten en oefent zijn beroep uit met de onafhankelijkheid die de vrije beroepen karakteriseert. Hij staat aan het hoofd van een onderneming en als zodanig dicht bij de economische werkelijkheid van het beheer van zijn apotheek, en is tegelijk gezondheidsdeskundige, die ernaar streeft zijn economische verplichtingen in evenwicht te brengen met overwegingen van volksgezondheid, hetgeen hem onderscheidt van een pure investeerder.

56. Daarom denk ik dat de door de Duitse wetgever gevolgde preventieve benadering

geschikt is om de bescherming van de volksgezondheid te waarborgen.

57. Ten slotte moet ik nagaan of de regel dat alleen een apotheker een apotheek in bezit kan hebben en exploiteren, noodzakelijk is om de bescherming van de volksgezondheid te verwezenlijken en of dit doel niet zou kunnen worden bereikt door verbodsbepalingen of beperkingen die minder ver gaan of die de vrijheid van vestiging minder beperken.

58. Er zijn verschillende argumenten aangevoerd ter onderbouwing van de stelling dat deze regel in verhouding tot de doelstelling van bescherming van de volksgezondheid onevenredig is.

59. Zo zou het voldoende zijn dat de leiding van de apotheek, het afleveren van geneesmiddelen en het verstrekken van advies aan de patiënten aan een apotheker in loondienst zijn voorbehouden. Deze apotheker zou net als een onafhankelijke apotheker in staat zijn om zijn beroep uit te oefenen overeenkomstig de op hem rustende verplichtingen. Voor hem zouden ongeacht de rechtsvorm van zijn werkgever dezelfde beroeps- en ethische regels gelden als voor de onafhankelijke apotheker. De apotheker in loondienst zou natuurlijk de instructies van de exploitant moeten opvolgen, maar hieraan geen gevolg behoren te geven indien zij onverenigbaar zijn met de voor apothekers geldende beroeps- en ethische regels.

60. Bovendien zou de nationale wetgever bepalingen kunnen vaststellen om de rechtsverhoudingen tussen de exploitant en de apotheker in loondienst te regelen, om te voorkomen dat het toezicht of de invloed die op de apotheker in loondienst wordt uitgeoefend zijn onafhankelijkheid en persoonlijke verantwoordelijkheid niet in gevaar brengt en de naleving van de voor apothekers geldende beroeps- en ethische regels op het spel zet. Eveneens zou kunnen worden overwogen de apotheker in loondienst en de exploitant te verplichten om een beroepsaansprakelijkheidsverzekering af te sluiten.

61. Een dergelijke zienswijze zou steun vinden in het reeds aangehaalde arrest Commissie/Griekenland. De Griekse wettelijke regeling zou namelijk met de onderhavige vergelijkbaar zijn, en de verkoop van optische artikelen zou niet fundamenteel verschillen van die van het verstrekken van geneesmiddelen. In beide gevallen kunnen producten die verkeerd worden geleverd, of slechte adviezen risico's voor de volksgezondheid meebrengen. De redenering van het Hof in dat arrest zou derhalve in deze zaak moeten worden overgenomen.

62. Ik deel dit standpunt niet.

63. Bij de beoordeling van de eerbiediging van het evenredigheidsbeginsel op het gebied van de volksgezondheid moet namelijk volgens het Hof rekening ermee worden gehouden dat de lidstaat kan beslissen welk

niveau van bescherming van de volksgezondheid hij wenst, en hoe dit dient te gebeuren. Aangezien dit niveau per lidstaat kan verschillen, beschikken de lidstaten over een beoordelingsmarge en betekent het feit dat in een bepaalde lidstaat minder strikte voorschriften gelden dan in een andere, dus niet dat deze laatste onevenredig zijn.²³

64. Door te bepalen dat alleen een apotheker een apotheek in bezit kan hebben en exploiteren, heeft de Duitse wetgever gebruikgemaakt van deze beoordelingsmarge en voor het systeem gekozen dat volgens hem een hoog niveau van bescherming van de volksgezondheid en in het bijzonder een adequate geneesmiddelenvoorziening van de bevolking kan waarborgen.

65. Zoals andere lidstaten had hij ook voor een ander model kunnen kiezen en, rekening houdend met zijn interne grondwettelijke verplichtingen, andere maatregelen kunnen treffen ter bescherming van de volksgezondheid: bijvoorbeeld had hij de opening van nieuwe apotheken afhankelijk kunnen stellen van voorwaarden met betrekking tot de geografische spreiding van apotheken, een bepaald aantal inwoners per apotheek, of van regels die een minimale afstand tussen twee apotheken vereisen. Wat de andere maatregelen betreft die kunnen waarborgen dat de bescherming van de volksgezondheid prevaleert boven economische belangen, zou een

23 — Arrest Commissie/Duitsland, reeds aangehaald (punt 51 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

lidstaat ervoor kunnen kiezen om het monopolie van apotheken op de verkoop van geneesmiddelen te handhaven en/of kunnen beslissen de prijs van geneesmiddelen te reglementeren.

bescherming van de volksgezondheid niet heeft overschreden en dat dit voorschrift derhalve niet verder gaat dan noodzakelijk is om een hoog niveau van bescherming van de volksgezondheid te waarborgen.

66. Er moet kortom rekening worden gehouden met het feit dat de lidstaten overeenkomstig het bepaalde in artikel 152, lid 5, EG en bij het ontbreken van een harmonisatie binnen de Gemeenschap van alle voorwaarden voor de uitoefening van de werkzaamheid van apotheker beschikken over een beoordelingsmarge om het model te ontwerpen dat het beste aansluit bij hun wensen wat de bescherming van de volksgezondheid betreft.

69. Met andere woorden, ik ben er niet van overtuigd dat de maatregelen die voor het Hof zijn aangevoerd en die volgens de tegenstanders van het Duitse verbod hiervoor in de plaats zouden moeten komen, een even hoog niveau van bescherming van de volksgezondheid kunnen waarborgen.

67. Bij de toetsing of een nationale maatregel als de onderhavige het evenredigheidsbeginsel eerbiedigt, moet het Hof zich er ten slotte van vergewissen dat de lidstaten de grenzen van hun beoordelingsmarge niet hebben overschreden. Het beoordeelt eveneens of andere maatregelen niet even doeltreffend zouden kunnen bijdragen aan het waarborgen van een hoog niveau van bescherming van de volksgezondheid.

70. Om te beginnen wil ik in algemene zin benadrukken dat een verbod voor niet-apothekers om een apotheek in bezit te hebben en te exploiteren, een maatregel is om uitwassen als de bovengenoemde te voorkomen, met name de risico's van belangenconflicten die zouden kunnen zijn verbonden aan een verticale integratie van de farmaceutische sector en die een negatieve invloed zouden kunnen hebben op de kwaliteit van de verstrekking van geneesmiddelen. Dit preventieve aspect is van bijzonder belang wanneer het gaat om het vereiste van bescherming van de volksgezondheid. Invoering van een stelsel waarin zowel de exploitant-niet-apotheker als apothekers-werknemers aansprakelijk zijn, met sancties voor beiden, lijkt mij niet toereikend om een voldoende hoog niveau van bescherming van de volksgezondheid te waarborgen, omdat het voornamelijk maatregelen betreft die uitwassen

68. Op dit punt ben ik van mening dat de Bondsrepubliek Duitsland, door te bepalen dat alleen een apotheker een apotheek kan bezitten en exploiteren, de grenzen van haar beoordelingsmarge op het gebied van de

achteraf bestrijden, nadat zij zich reeds hebben voorgedaan.²⁴

71. Ik denk overigens niet dat de verplichting dat een apotheker-werknemer aanwezig is om taken te vervullen die contacten met derden met zich brengen, als zodanig een adequate geneesmiddelenvoorziening van de bevolking kan waarborgen die aan dezelfde hoge eisen voldoet wat de kwaliteit en de neutraliteit van de verstrekking van geneesmiddelen betreft.

72. Het is zeker waar dat een apotheker-werknemer de voor hem geldende beroeps- en deontologische regels moet naleven. Aangezien hij evenwel geen zeggenschap heeft over het commerciële beleid van de apotheek en hij in feite de opdrachten van zijn werkgever moet uitvoeren, is het niet uitgesloten dat een apotheker-werknemer die in een door een niet-apotheker geëxploiteerde apotheek werkt, het economisch belang van de apotheek boven de eisen zal stellen die zijn verbonden aan de uitoefening van de farmaceutische werkzaamheid. Ik kan aldus niet uitsluiten dat een exploitant-niet-apotheker, die niet over voldoende vakbekwaamheid beschikt om in te schatten wat de verstrekking van geneesmiddelen vereist, in de verleiding komt de patiëntenvoorlichting te verminderen dan wel de minder rendabele werkzaamheden te beëindigen, zoals de bereiding van geneesmiddelen in hun farmaceutische

24 — De argumenten die de tegenstanders van het Duitse verbod op dit punt ter onderbouwing van hun stelling aanvoeren, lijken mij zeer theoretisch en afgezien daarvan weerlegd door de realiteit van de huidige financiële crisis. Het binnen het bancaire systeem bestaan van toezichthouders en van stelsels van privaat-, handels- of strafrechtelijke aansprakelijkheid heeft op tragische wijze zijn grenzen en zijn onmacht aangetoond om uitwassen, voortgekomen uit een mentaliteit waarin de beloning van het geïnvesteerde kapitaal het primaat heeft, te voorkomen of te controleren.

vorm. Dit zou ten koste gaan van de kwaliteit van de verstrekking van geneesmiddelen waartegen een apotheker-werknemer, die de door zijn werkgever gegeven aanwijzingen moet uitvoeren, weinig zou kunnen doen.

73. Meer fundamenteel vind ik het onderscheid tussen interne en externe aspecten van de werkzaamheid van de apotheker kunstmatig en lijkt het mij onvermijdelijk dat, aangezien de apotheek onder zijn leiding staat, de exploitant het commerciële beleid daarvan bepaalt. Zo kan ik mij moeilijk voorstellen dat de exploitant-niet-apotheker niet ingrijpt in de relatie tussen apotheker en cliënten, zij het ook indirect omdat hij de voorraad geneesmiddelen van de apotheek beheert. Een slecht voorraadbeheer zou aldus noodzakelijkerwijs gevolgen hebben voor de kwaliteit van de verstrekking van geneesmiddelen.

74. Het Duitse voorschrift blijkt derhalve noodzakelijk, want het brengt mee dat de apotheker-eigenaar persoonlijk verantwoordelijk is jegens zijn gelijken wat betreft de kwaliteit van de in zijn apotheek geboden professionele dienstverlening, dat hij persoonlijk is onderworpen aan alle wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen en beroepsregels die het kader van de uitoefening van het apothekersberoep vormen, en dat hij, wat de leiding van zijn apotheek betreft, niet onder invloed staat van derden die geen apotheker zijn.

75. Door de combinatie van de beroepsbekwaamheid op farmaceutisch gebied en de eigendom van de apotheek is de exploitant aldus in staat op juiste wijze te beoordelen wat de gevolgen van zijn commerciële beslissingen voor de vervulling van de op hem rustende taak van algemeen belang, te weten een adequate geneesmiddelenvoorziening van de bevolking.

76. Ten slotte is, zoals de Duitse regering aangeeft, het feit dat de exploitatievergunning voor een apotheek aan de persoon van apotheker is gekoppeld, een doeltreffende manier ervoor te zorgen dat de geneesmiddelenvoorziening van de bevolking op een adequaat peil blijft, in het bijzonder omdat de exploiterende apotheker bij een beroepsfout riskeert dat niet alleen zijn toelating als apotheker wordt ingetrokken, maar ook zijn exploitatievergunning, met alle ernstige economische gevolgen van dien. Los van de tuchtrechtelijke gevolgen zetten beroepsfouten van de apotheker zijn economisch bestaan op het spel, hetgeen een extra prikkel is om zijn apotheek zodanig te beheren dat het volksgezondheidsvereiste voorrang krijgt. De regel dat de beroepsbekwaamheid en de -ethiek en de economische verantwoordelijkheid voor de apotheek in één en dezelfde persoon moeten zijn verenigd, is derhalve noodzakelijk om de voorrang van het algemeen belang te waarborgen.

77. Gelet op deze factoren ben ik derhalve van mening dat het Duitse verbod op het bezitten en exploiteren van een apotheek door een niet-apotheker niet verder gaat dan noodzakelijk is om een hoog niveau van bescherming van de volksgezondheid te waar-

borgen en in het bijzonder een geneesmiddelenvoorziening van de bevolking die gevarieerd en van goede kwaliteit is. Het vereiste dat degene die de economische zeggenschap over de apotheek heeft en op grond daarvan het commerciële beleid hierin bepaalt, apotheker is, lijkt mij derhalve in overeenstemming met artikel 43 EG.

78. Anders dan DocMorris en de Commissie aanvoeren kan aan het hierboven ingenomen standpunt ten aanzien van de geschiktheid en evenredigheid van het verbod op het bezit en de exploitatie van een apotheek door een niet-apotheker niet worden afgedaan door het feit dat de exploitatie van een apotheek door een niet-apotheker in bepaalde omstandigheden geoorloofd is naar Duits recht. De gevallen waarom het gaat zijn de volgende.

79. Om te beginnen de mogelijkheid voor de houder van de exploitatievergunning of zijn erfgenamen om in geval van onbekwaamheid of overlijden van die houder de exploitatie van de apotheek in het kader van een huur- of beheerovereenkomst gedurende een bepaalde tijd voort te zetten. Zoals de Apothekerkammer des Saarlandes aangeeft, heeft de Duitse wetgever met deze regeling getracht het verbod voor niet-apothekers om een apotheek te bezitten en te exploiteren, te verenigen met de noodzaak om de belangen van de familie van de apotheker te beschermen, door deze de tijd te laten om een beslissing over de toekomst van de apotheek te nemen. Volgens mij wordt door deze uitzondering de samenhang van de Duitse wettelijke regeling niet aangetast, aangezien deze uitzondering enerzijds in de

tijd is beperkt en anderzijds de apotheek aan een beheerder wordt toevertrouwd die gediplomeerd apotheker moet zijn. Bovendien volgt uit § 9, lid 2, ApoG dat de huurder in het bezit moet zijn van de vergunning van § 1 van die wet en dat de huur/beheerovereenkomst niet in de weg staat aan de beroepsaansprakelijkheid van de huurder noch aan zijn beslissingsvrijheid.

80. Verder gaat het om de interne geneesmiddelenvoorziening van ziekenhuizen. Krachtens § 14, leden 1 tot en met 6, ApoG kunnen de ziekenhuizen ervoor kiezen om hun geneesmiddelen bij een interne apotheek te betrekken, dat wil zeggen een apotheek die in het betreffende ziekenhuis wordt geëxploiteerd en die niet voor het publiek toegankelijk is. In dat geval moet de directie van de ziekenhuisinstelling over een vergunning tot exploitatie van een ziekenhuisapotheek beschikken. Voor de afgifte van deze vergunning geldt met name het vereiste dat een apotheker wordt aangetrokken die aan de in § 2, leden 1, sub 1 tot en met 4, sub 7 en sub 8, en 3, juncto 2, of 2a, ApoG gestelde voorwaarden voldoet.

81. In dat geval wordt de apotheek weliswaar niet door een apotheker geëxploiteerd. Anders dan apotheken hebben ziekenhuisapotheken echter niet de taak het publiek van geneesmiddelen te voorzien, maar alleen om geneesmiddelen te verstrekken aan de afdelingen van de ziekenhuizen waartoe zij behoren. Aangezien de ziekenhuisapotheken in de geneesmiddelenbehoeften van deze ziekenhuizen moeten voldoen, lijkt het mij

passend dat zij door de directies van de ziekenhuisinstellingen waarvan zij deel uitmaken, worden geëxploiteerd. Overigens doen de risico's van belangenconflicten die in verband met een verticale concentratie van farmaceutische werkzaamheden bestaan bij apotheken, zich niet voor bij de interne geneesmiddelenvoorziening van ziekenhuizen zoals die door de Duitse wetgever is geregeld. Daarom meen ik dat deze regeling de samenhang van de regeling die het bezit en de exploitatie van een voor het publiek opengestelde apotheek door een niet-apotheker verbiedt niet kan aantasten.

82. Bovendien kan de omstandigheid dat een apotheker krachtens § 1, lid 2, ApoG ten hoogste drie filialen van zijn apotheek mag exploiteren, mijns inziens evenmin de samenhang van deze regeling in twijfel trekken. De houder van de exploitatievergunning van de hoofdapotheek blijft immers overeenkomstig § 7 ApoG verplicht om deze apotheek en ook haar filialen persoonlijk onder eigen verantwoordelijkheid te leiden. Zo blijft hij de controle houden over alle vestigingen, die overigens voor een beperkt aantal zijn toegestaan.

83. Ten slotte deel ik niet de opvatting dat de door het Hof in zijn arrest Commissie/Griekenland, reeds aangehaald, ontwikkelde argumentatie met betrekking tot de exploitatie van optiekzaken op overeenkomstige wijze moet worden toegepast op apotheken.

84. In het niet-nakomingsberoep tegen de Helleense Republiek had de Commissie het Hof verzocht vast te stellen dat deze lidstaat de krachtens de artikelen 43 EG en 48 EG op hem rustende verplichtingen niet nakwam. Zij verweet genoemde lidstaat in de eerste plaats dat hij een gediplomeerd opticien/natuurlijk persoon niet toestond meer dan één optiekzaak te exploiteren. In de tweede plaats bestreed zij de nationale wetgeving die de opening van een optiekzaak door een rechtspersoon afhankelijk stelde van de volgende voorwaarden:

- de vergunning om de optiekzaak op te richten en te exploiteren is afgegeven op naam van een natuurlijk persoon die een erkende opticien is, de persoon die de exploitatievergunning voor de optiekzaak bezit, neemt voor ten minste 50 % deel in het maatschappelijk kapitaal en in de winst en het verlies van de vennootschap, de vennootschap heeft de vorm van een vennootschap onder firma of een commanditaire vennootschap, en

- de betrokken opticien neemt ten hoogste deel in nog één andere vennootschap die een optiekzaak bezit, op voorwaarde dat de vergunning om de optiekzaak op te richten en te exploiteren is afgegeven op naam van een andere erkende opticien.

85. Na het bestaan van beperkingen van de vrijheid van vestiging te hebben vastgesteld²⁵, heeft het Hof in algemene zin de vraag onderzocht of de verschillende bestreden aspecten van de Griekse wetgeving al dan niet door de doelstelling van bescherming van de volksgezondheid werden gerechtvaardigd. Naar zijn oordeel was dat niet het geval, aangezien het evenredigheidsbeginsel niet was geëerbiedigd.

86. Het besliste dat „de door de Helleense Republiek aangehaalde doelstelling van bescherming van de volksgezondheid kan worden bereikt met maatregelen die de vrijheid van vestiging van zowel natuurlijke als rechtspersonen minder beperken, bijvoorbeeld met het vereiste dat in elke optiekzaak een gediplomeerde opticien als werknemer of vennoot aanwezig moet zijn, de regeling voor de burgerlijke aansprakelijkheid voor derden, en een regeling die een beroepsaansprakelijkheidsverzekering voorschrijft”.²⁶

87. Volgens mij zou het Hof een andere weg moeten volgen waar het de verstrekking van geneesmiddelen betreft, die zich wegens de vergaande gevolgen ervan voor de volksgezondheid onderscheidt van de verkoop van optische artikelen.

25 — Arrest Commissie/Griekenland, reeds aangehaald (punten 27-29).

26 — Ibidem (punt 35).

88. Het is juist dat het Hof heeft erkend dat de verkoop van optische artikelen zoals contactlenzen niet kan worden beschouwd als een handelsactiviteit als elke andere, omdat de verkoper in staat moet zijn de gebruiker voor te lichten over het gebruik en het onderhoud van dergelijke producten.²⁷ Daarom heeft het geoordeeld dat een nationale wettelijke regeling die de verkoop van contactlenzen en aanverwante producten verbiedt in commerciële inrichtingen die niet worden bestuurd of beheerd door personen die aan de voorwaarden voor de uitoefening van het beroep van opticiens voldoen, gerechtvaardigd is om redenen van bescherming van de volksgezondheid.²⁸

89. Toch meen ik dat het verstrekken van geneesmiddelen met bijzondere waarborgen moet worden omgeven, omdat het producten zijn die ernstigere gevolgen kunnen hebben voor de gezondheid dan optische artikelen en bij foutief gebruik zelfs tot de dood van de gebruikers ervan kunnen leiden. Het lijkt mij dan ook legitiem dat een lidstaat een hoog niveau van bescherming van de volksgezondheid wenst te bereiken door te trachten de kwaliteit en de neutraliteit van de verstrekking van geneesmiddelen veilig te stellen.

90. Aangezien de verstrekking van geneesmiddelen uit het gezichtspunt van de bescherming van de volksgezondheid niet kan worden gelijkgesteld met de verkoop van

producten van een opticien, ben ik van mening dat een lidstaat zonder het evenredigheidsbeginsel te schenden en om de redenen die ik reeds heb uiteengezet, kan beslissen om het bezit en de exploitatie van apotheken enkel aan apothekers voor te behouden.

B — Tweede prejudiciële vraag

91. Met deze vraag wenst de verwijzende rechter van het Hof te vernemen of, voor het geval de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord, een nationaal overheidsorgaan dan op grond van het gemeenschapsrecht, met name gelet op artikel 10 EG en op het beginsel van het nuttig effect van het gemeenschapsrecht, bevoegd en verplicht is om de door hem als in strijd met het gemeenschapsrecht beschouwde nationale bepalingen niet toe te passen, ook wanneer het niet om een evidente schending van het gemeenschapsrecht gaat en het Hof niet de onverenigbaarheid van de betrokken bepalingen met het gemeenschapsrecht heeft vastgesteld.

92. Aangezien ik het Hof in overweging geef de eerste vraag ontkennend te beantwoorden, meen ik dat de tweede vraag niet behoeft te worden beantwoord.

27 — Zie in die zin arrest van 25 mei 1993, LPO (C-271/92, Jurispr. blz. I-2899, punt 11).

28 — Ibidem (punt 13).

IV — Conclusie

93. Gelet op het voorafgaande geef ik het Hof in overweging voor recht te verklaren:

„De artikelen 43 EG en 48 EG moeten aldus worden uitgelegd dat zij niet in de weg staan aan een nationale regeling volgens welke alleen apothekers een apotheek kunnen bezitten en exploiteren, aangezien een dergelijke regeling gerechtvaardigd wordt door de doelstelling een adequate geneesmiddelenvoorziening van de bevolking te waarborgen.”