

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO

M. POIARES A MADURA

przedstawiona w dniu 30 września 2009 r.<sup>1</sup>

1. Obawa, że farmaceuci potrzebujący pieniędzy mogą narazić na szwank swoje zobowiązania zawodowe, nie należy do nowości. Jest to sprawa wzbudzająca obawy co najmniej od czasów, gdy szekspirowski Romeo przekonał poniższymi kwestiami „tchórzliwego nędzarza” będącego aptekarzem, aby sprzedał mu truciznę:

„...głód masz wryty na twarzy,

z oczu zagłodzona wyziera nędza;

na plecach żebracze łachmany!

Świat nie jest ci przyjacielem;

ani prawo świata;

Świat nie daje ci prawa, żebyś się stał bogatym,

więc nie bądź przynajmniej biednym,

Weź to –

I pluć na prawo!”<sup>2</sup>.

2. Idąc tropem kwestii Szekspira, można rzec, że sednem niniejszej sprawy jest to, w jakich granicach zagwarantowanie jakości opieki farmaceutycznej wymaga wzbogacenia niektórych farmaceutów. Zresztą władze Asturii, jak również innych państw członkowskich mających podobne przepisy, uzasadniają przepisy ograniczające możliwość otwierania nowych aptek głównie w oparciu o konieczność zachowania właściwych zachęt finansowych na rzecz możliwie najszerzego i najlepszego świadczenia opieki farmaceutycznej. Z ich punktu widzenia wymaga to z jednej strony ochrony istniejących aptek przed „niebezpieczeństwem” konkurencji, a z drugiej strony przyciągnięcia farmaceutów do mniej opłacalnych rejonów poprzez ograniczenie dostępu do bardziej intratnych rejonów. Nie mam żadnych wątpliwości, że warunki finansowe, w jakich dana usługa jest świadczona, mogą wywierać wpływ na świadczenie tejże usługi. Słuszne jest opieranie przez państwa swoich regulacji na takich względach, jeżeli są one pomocne przy zapewnieniu realizacji celu publicznego, np. ochrony zdrowia publicznego. Nie wystarczy natomiast, aby państwa po prostu powołały się na taki ewentualny związek na uzasadnienie jakichkolwiek rozwiązań prawnych. Przepisy, które przyznają szczególną przewagę finansową niektórym podmiotom gospodarczym nad innymi podmiotami, muszą zostać poddane należytej kontroli. Nie ma prostej odpowiedzi na pytanie postawione w niniejszej sprawie. Z jednej strony ochrona zdrowia ludzkiego jest sprawą nadrzędnej wagi, a Trybunał musi uszanować ocenę państw członkowskich w tej złożonej dziedzinie. Z drugiej strony obowiązkiem Trybunału jest zarządzenie sytuacjom, w których lokalne

1 – Język oryginału: angielski.

2 – W. Shakespeare, *Romeo i Julia*, Akt 5, Scena 1, tłum. J.S. Sito, Warszawa, Państwowy Instytut Wydawniczy 1975, s. 182.

mechanizmy polityczne zawłaszcza się w celu przyznania lukratywnych korzyści istniejącym wcześniej miejscowym podmiotom kosztem między innymi obywateli innych państw członkowskich. Nie można uchylić się od tego obowiązku tylko z tej przyczyny, że sprawa porusza zagadnienia zdrowia publicznego. Zapotrzebowanie na bezstronnego arbitra jest bowiem największe, gdy sporne zagadnienia dotyczą nie tylko korzyści finansowych, ale zdrowia ludzkiego. W konsekwencji, ustosunkowując się do zagadnień podniesionych w niniejszej sprawie, będę dążył do wyważenia konkurujących ze sobą interesów, z uszanowaniem woli państw członkowskich w zakresie ich wyboru rozwiązań politycznych, jak również wnikliwie badając systemy wprowadzania ich w życie, pod kątem przejawów „politycznego zawłaszczenia”, w świetle wymogów spójności i konsekwencji wypracowanych w orzecznictwie Trybunału w przedmiocie przepisów krajowych utrudniających swobodny przepływ.

## I — Stan faktyczny oraz ramy prawne

3. Obydwoje skarżących w tych sprawach jest obywatelami hiszpańskimi posiadającymi oficjalny tytuł farmaceuty, lecz niemającymi

uprawnień do prowadzenia apteki. Wykonywali oni przez wiele lat swój zawód w aptekach weterynaryjnych. Jako że ich celem jest prowadzenie własnej apteki, pragną oni uzyskać zezwolenie na otwarcie nowej apteki na terytorium Comunidad Autónoma Asturii. Decyzją z dnia 14 czerwca 2002 r. regionalnego ministerstwa ds. zdrowia i służb sanitarnych Księstwa Asturii odmówiono im wydania stosownego zezwolenia. Decyzja ta została utrzymana w mocy decyzją rady ministrów Asturii z dnia 10 października 2002 r. Skarżący zaskarżyli tę decyzję przed Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

4. Decyzje władz Asturii zostały wydane na podstawie Decreto 72/2001, de 19 de julio, del Principado de Asturias, regulador de las Oficinas de Farmacia y Botiquines [dekretu Księstwa Asturii 72/2001 z dnia 19 lipca 2001 r. w sprawie aptek i punktów aptecznych], który ustanawia system zezwoleń, w tym również pewne ograniczenia dotyczące zakładania aptek na terytorium Comunidad Autónoma, jak również system regulujący rozdzielanie zezwoleń pomiędzy konkurującymi kandydatów. Skarżący twierdzą, że dekret ten narusza ich prawo do swobody przedsiębiorczości wynikające z art. 43 WE. Wobec wątpliwości co do zgodności dekretu z prawem wspólnotowym, sąd krajowy przedłożył następujące dwa pytania Trybunałowi Sprawiedliwości:

„Czy art. 43 WE stoi na przeszkodzie przepisom art. 2, 3 i 4 dekretu Księstwa Asturii 72/2001 z dnia 19 lipca 2001 r. w sprawie aptek i punktów aptecznych oraz pkt 4, 6 i 7 załącznika do tego dekretu? (Sprawa C-570/07)”

„Artykuł 2. Jednostki zaludnienia

oraz

1. W każdym rejonie farmaceutycznym liczba aptek odpowiada liczbie jednostek zaludnienia, które wynoszą 2800 mieszkańców na aptekę. Gdy stosunek ten jest wyższy, można utworzyć nową aptekę dla grupy ludności powyżej 2000 mieszkańców.

„Czy art. 43 WE stoi na przeszkodzie przepisom prawa Comunidad Autónoma del Principado de Asturias dotyczącym zezwoleń na założenie apteki? (Sprawa C-571/07)”

2. W każdym podstawowym rejonie opieki zdrowotnej i w każdej gminie może istnieć przynajmniej jedna apteka.

5. Jak zwrócono uwagę powyżej, zaskarżone przepisy przewidują ograniczenia w zakładaniu nowych aptek oraz ustanawiają kryteria wyboru konkurujących kandydatów ubiegających się o zezwolenie na prowadzenie nowej apteki. Najważniejsze ograniczenia dotyczą ograniczenia ilościowego, polegającego na ograniczeniu liczby aptek w danym rejonie ze względu na zaludnienie w tym rejonie, oraz ograniczenia geograficznego, uniemożliwiającego założenie apteki w odległości mniejszej niż 250 m od innej apteki. Konkretne przepisy stanowią:

Artykuł 3. Obliczanie liczby mieszkańców

Do celów niniejszego dekretu liczbę mieszkańców oblicza się na podstawie danych użytych w ostatnim gminnym spisie ludności.

#### Artykuł 4. Minimalna odległość

1. Minimalna odległość między aptekami wynosi, zgodnie z ogólną zasadą, 250 m, bez względu na ich przynależność do rejonu farmaceutycznego.

2. Minimalną odległość 250 m należy również zachować w stosunku do zakładów opieki zdrowotnej należących do jakiegokolwiek rejonu farmaceutycznego, zarówno publicznych, jak i prywatnych, które zawarły umowę na świadczenie opieki pozaszpitalnej lub szpitalnej, prowadzących przychodnię lub ostry dyżur, działających lub będących w budowie.

Wymóg minimalnej odległości od zakładów opieki zdrowotnej nie ma zastosowania w rejonach farmaceutycznych, w których znajduje się pojedyncza apteka, ani w miejscowościach, w których znajduje się obecnie jedna apteka i w których ze względu na ich charakter nie przewiduje się otwarcia nowych aptek.

W obu powyższych przypadkach należy podać uzasadnienie niestosowania wymogu minimalnej odległości od zakładu opieki zdrowotnej”<sup>3</sup>.

6. W celu dokonania wyboru spośród konkurujących kandydatów ubiegających się o zezwolenie na podstawie tych regulacji, przepisy ustanawiają różne kryteria. Punkty przyznawane są z tytułu posiadanego doświadczenia zawodowego i akademickiego doświadczenia dydaktycznego w oparciu o szereg kryteriów. Większa ilość punktów przyznawana jest z tytułu doświadczenia zawodowego uzyskanego w miejscowościach mających mniej niż 2 800 mieszkańców, niż z tytułu innego rodzaju praktyki zawodowej. Akt ten również stanowi:

„1) Określone w niniejszej skali okoliczności i kwalifikacje muszą być poparte oficjalnymi zaświadczeniami organów administracji lub osób odpowiedzialnych.

2) Długość doświadczenia zawodowego i akademickiego liczy się w pełnych miesiącach, nawet jeżeli przepracowane okresy nie następują bezpośrednio po sobie. Nie następujące bezpośrednio po sobie okresy można sumować w jednostki wynoszące 21 dni lub 168 godzin, odpowiadające jednemu miesiącowi, do uzyskania tego minimalnego okresu.

3 — Dekret 72/2001.

W razie zatrudnienia w niepełnym wymiarze godzin, kwalifikacje liczone według długości doświadczenia zawodowego oblicza się zgodnie ze stosunkiem tego niepełnego wymiaru godzin do pełnego wymiaru godzin.

6) Kwalifikacje zawodowe w zakresie wykonywania zawodu uzyskane na obszarze Księstwa Asturii powiększa się o 20%.

3) W odniesieniu do jednego okresu uwzględnia się tylko jedno miejsce zatrudnienia, z wyjątkiem przypadków zatrudnienia w dwóch miejscach w niepełnym wymiarze godzin.

7) W razie równej liczby punktów uzyskanej w wyniku zastosowania skali oceny, zezwoleń udziela się w następującej kolejności:

4) Nie uwzględnia się doświadczenia zawodowego nabytego w charakterze farmaceuty prowadzącego aptekę lub farmaceuty prowadzącego aptekę wspólnie z innym farmaceutą, ani żadnych innych kwalifikacji, jeżeli posłużyły one w przeszłości do uzyskania zezwolenia na założenie apteki.

a) farmaceutom, którzy nie prowadzili dotąd apteki;

b) farmaceutom, którzy prowadzili aptekę w rejonach farmaceutycznych lub miejscowościach mających poniżej 2800 mieszkańców;

c) farmaceutom, którzy wykonywali zawód na obszarze Księstwa Asturii;

5) W razie ubiegania się o uzyskanie uprawnień do prowadzenia apteki wspólnie z innym farmaceutą i gdy dotyczy to nie więcej niż dwóch współników, dodaje się po 50% punktacji z tytułu kwalifikacji każdego z nich. Gdy dotyczy to więcej niż dwóch współników, uwzględnia się po 50% punktacji z tytułu kwalifikacji tych dwóch współników, którzy uzyskali najwyższą i najniższą punktację.

d) farmaceutom mającym najwyższe kwalifikacje akademickie<sup>4</sup>.

4 — Załącznik: Skala oceny kwalifikacji do uzyskania uprawnień do prowadzenia apteki.

## II — Analiza

### A — Dopuszczalność

7. Niektórzy uczestnicy postępowania podnoszą, że niniejsza sprawa jest niedopuszczalna, ponieważ skarżący są obywatelami hiszpańskimi, którzy zaskarżyli przepisy hiszpańskie. Z utrwalonego orzecznictwa Trybunału wynika jednak, że sprawy takie są dopuszczalne<sup>5</sup>. Wyłącznie do sądu krajowego należy ocena konieczności wydania orzeczenia w trybie prejudycjalnym dla potrzeb wydania przez niego wyroku<sup>6</sup>. Trybunał wyda takie orzeczenie, chyba że jest oczywiste, że orzeczenie to nie ma żadnego związku z przedmiotem sporu w postępowaniu przed sądem krajowym<sup>7</sup>. Sądowi krajowemu może być potrzebna wykładnia prawa wspólnotowego, o która wnosił, nawet wówczas gdy stan faktyczny ma charakter czysto wewnętrzny, ponieważ „taka odpowiedź może być pomocna dla sądu krajowego, w sytuacji gdy prawo krajowe nakazuje, aby w postępowaniu takim, jak w niniejszej sprawie, producent krajowy mógł korzystać z takich samych praw jak prawa, które przysługują producentowi

5 — Wyroki Trybunału: z dnia 5 grudnia 2000 r. w sprawie C-448/98 Guimont, Rec. s. I-10663, pkt 23; z dnia 5 marca 2002 r. w sprawach połączonych C-515/99, od C-519/99 do C-524/99 oraz od C-526/99 do C-540/99 Reisch i in., Rec. s. I-2157, pkt 26; z dnia 11 września 2003 r. w sprawie C-6/01 Anomar i in., Rec. s. I-8621, pkt 41; z dnia 30 marca 2006 r. w sprawie C-451/03 Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti, Zb.Orz. s. I-2941, pkt 29; z dnia 5 grudnia 2006 r. w sprawach połączonych C-94/04 i C-202/04 Cipolla i in., Zb.Orz. s. I-11421, pkt 30; z dnia 31 stycznia 2008 r. w sprawie C-380/05 Centro Europa 7, Zb.Orz. s. I-349, pkt 69.

6 — Zobacz w szczególności ww. w przypisie 5 wyrok w sprawie Centro Europa 7, pkt 52.

7 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Centro Europa 7, pkt 53.

z innego państwa członkowskiego znajdującemu się w identycznej sytuacji na podstawie prawa wspólnotowego”<sup>8</sup>. Jak już uprzednio wyjaśniałem, uważam iż podejście takie osadzone jest w duchu współpracy pomiędzy sądami krajowymi a Trybunałem Sprawiedliwości oraz wychodzi naprzeciw potrzebie unikania takiego stosowania prawa krajowego w połączeniu z prawem wspólnotowym, które powoduje mniej korzystne traktowanie własnych obywateli przez państwo członkowskie<sup>9</sup>. Trybunał powinien zatem w niniejszej sprawie dokonać wykładni art. 43 WE.

### B — Istnienie ograniczenia swobody przedsiębiorczości

8. Prawo wspólnotowe nie narusza kompetencji państw członkowskich w zakresie organizacji ich systemów opieki zdrowotnej i zabezpieczenia społecznego<sup>10</sup>. Pomimo że apteki są przedsiębiorstwami komercyjnymi, to stanowią one część składową systemu opieki zdrowotnej. Wobec powyższego, państwa członkowskie mogą stanowić przepisy regulujące organizację aptek, podobnie jak innych

8 — Wyżej wymieniony w przypisie 5 wyrok w sprawie Guimont, pkt 23.

9 — Moja opinia do ww. w przypisie 5 wyroku w sprawie Centro Europa 7, pkt 30.

10 — Wyroki Trybunału: z dnia 19 maja 2009 r. w sprawach połączonych C-171/07 i C-172/07 Apothekerkammer des Saarlandes i in., Zb.Orz. s. I-4171, pkt 18; z dnia 11 września 2008 r. w sprawie C-141/07 Komisja przeciwko Niemcom, Zb.Orz. s. I-6935, pkt 22.

usług zdrowotnych w ramach swoich kompetencji organizowania takich systemów<sup>11</sup>.

9. Jednakże przy wykonywaniu kompetencji w tej dziedzinie państwa członkowskie powinny to czynić w sposób zgodny ze swobodami zagwarantowanymi w traktacie, w tym również swobodą przedsiębiorczości<sup>12</sup>. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem jakikolwiek środek krajowy, który – nawet jeżeli jest stosowany bez dyskryminacji ze względu na przynależność państwową – może zakłócić lub uczynić mniej atrakcyjnym wykonywanie przez obywateli wspólnotowych zagwarantowanej przez traktat swobody przedsiębiorczości, jest niezgodny z art. 43 WE<sup>13</sup>.

10. Niezgodność z podstawowymi swobodami często przejawia się w postaci przeszkody w dostępie do rynku krajowego wskutek środków ochraniających udziały w rynku istniejących już podmiotów gospodarczych na rynku krajowym<sup>14</sup>. Ograniczeniem jest

wymóg uprzedniego zezwolenia, który zastrzega wykonywanie działalności gospodarczej dla określonych przedsiębiorców, spełniających wcześniej ustalone wymogi<sup>15</sup>. Konkretnie, „gdy regulacja krajowa uzależnia wykonywanie działalności od warunku związanego z zapotrzebowaniem gospodarczym lub społecznym na tę działalność, to stanowi ona ograniczenie, o ile ma na celu nałożenie limitu na liczbę podmiotów świadczących usługi”<sup>16</sup>. W konsekwencji, przepisy krajowe, umożliwiające utworzenie nowego ambulatorium dentystycznego, tylko gdy istnieje zapotrzebowanie uzasadniające utworzenie nowej kliniki, zostały uznane za ograniczenie swobody przedsiębiorczości<sup>17</sup>. Ograniczenia takie są analogiczne do ograniczeń uznanych za przeszkodę w swobodnym przepływie towarów polegającą na ochronie pozycji istniejących już podmiotów gospodarczych, zakłócając tym sposobem dostęp do rynku krajowego dla produktów pochodzących z innych państw członkowskich<sup>18</sup>.

11. Stosując powyższe standardy do przepisów będących przedmiotem sporu w niniejszej sprawie, które umożliwiają zakładanie nowych aptek tylko pod warunkiem spełnienia wymogów lokalizacji i załudnienia, staje się oczywiste, że przepisy te istotnie stanowią ograniczenie swobody przedsiębiorczości. Wymogi te pozwalają na założenie nowych aptek tylko wówczas, gdy zostało uprzednio

11 — Wyżej wymienione w przypisie 10 wyroki: w sprawie Apothekerkammer des Saarlandes i in., pkt 18; w sprawie Komisja przeciwko Niemcom, pkt 22.

12 — Wyżej wymienione w przypisie 10 wyroki: w sprawie Apothekerkammer des Saarlandes i in., pkt 18; w sprawie Komisja przeciwko Niemcom, pkt 22, 23.

13 — Wyżej wymieniony w przypisie 10 wyrok w sprawie Apothekerkammer des Saarlandes i in., pkt 18; wyrok Trybunału z dnia 10 marca 2009 r. w sprawie C-169/07 Hartlauer, Zb.Orz. s. I-1721, pkt 33.

14 — Zobacz moja opinia do ww. w przypisie 5 wyroku w sprawie Cipolla i in., pkt 59.

15 — Wyżej wymieniony w przypisie 10 wyrok w sprawie Apothekerkammer des Saarlandes i in., pkt 23; ww. w przypisie 13 wyrok w sprawie Hartlauer, pkt 34; wyrok z dnia 6 marca 2007 r. w sprawach połączonych C-338/04, C-359/04 i C-360/04 Placanica i in., Zb.Orz. s. I-1891, pkt 42.

16 — Wyżej wymieniony w przypisie 13 wyrok w sprawie Hartlauer, pkt 36.

17 — Ibidem, pkt 39.

18 — W tym względzie zob. moja opinia z dnia 30 marca 2006 r. w sprawach połączonych C-158/04 i C-159/04 Alfa Vita Vassilopoulos i Carrefour-Marinopoulos, pkt 47 (wyrok Trybunału z dnia 14 września 2006 r.), Zb.Orz. s. I-8135.

wydane zezwolenie, a zezwolenie to jest wydawane tylko wtedy, gdy zostaną spełnione przesłanki związane z lokalizacją i zaludnieniem. Stanowią one faktycznie bezpośrednią analogię do wymogu będącego przedmiotem sporu w sprawie Hartlauer, że należy wykazać zapotrzebowanie, zanim można będzie założyć nowe ambulatorium. Jeżeli wielkość zaludnienia nie będzie wystarczająca, by władze krajowe stwierdziły istnienie zapotrzebowania na nową aptekę, to nie będzie można jej założyć. Zamrażając dostęp do rynku, przedmiotowe środki stanowią przeszkodę dla osób, które pragną założyć aptekę na terytorium Asturii, a w konsekwencji stanowią przeszkodę w zakładaniu aptek spoza państwa członkowskiego.

C — *Kwestia, czy ograniczenie takie może być uzasadnione*

12. Ustalenie, że przepisy krajowe ograniczają swobodę przedsiębiorczości, jest dopiero pierwszym etapem naszego badania. Takie środki krajowe mogą być uzasadnione, jeżeli spełniają cztery przesłanki. Konkretnie, „muszą być stosowane bez dyskryminacji; muszą być uzasadnione nadrzędnymi względami interesu ogólnego; muszą być odpowiednie do zapewnienia realizacji zamierzonego w nich

celu; oraz nie mogą wykraczać poza to, co jest niezbędne do jego osiągnięcia”<sup>19</sup>.

1. W przedmiocie stosowania bez dyskryminacji

13. Kluczowe przepisy dekretu, to znaczy wymogi zaludnienia i minimalnej odległości, nie mają charakteru dyskryminacyjnego. Mają one zastosowanie jednakowo względem wszystkich farmaceutów<sup>20</sup>. Odnosi się to również do kryteriów ustanowionych przez władze Asturii w odniesieniu do oceny konkurujących wniosków o zezwolenie na otwarcie apteki, które przyznają przewagę farmaceutom, którzy wcześniej pracowali w rejonach o słabej infrastrukturze aptecznej<sup>21</sup>. Co do zasady, każdy farmaceuta, bez względu na pochodzenie, posiada taką samą możliwość skorzystania z tego przepisu.

14. Jednakże kryterium przyznające dodatkową przewagę wnioskodawcom, którzy wykonywali zawód farmaceuty na terytorium Asturii<sup>22</sup>, stanowi niedozwoloną dyskryminację ze względu na przynależność państwową. Jest tak pomimo tego, że – podobnie jak

19 — Wyrok z dnia 30 listopada 1995 r. w sprawie C-55/94 Gebhard, Rec. s. I-4165. Zobacz również wyrok z dnia 21 kwietnia 2005 r. w sprawie C-140/03 Komisja przeciwko Grecji, Zb.Orz. s. I-3177.

20 — Zobacz np. ww. w przypisie 10 wyrok w sprawie Komisja przeciwko Niemcom, pkt 33.

21 — Zobacz pkt 7 lit. b) załącznika do dekretu 72/2001.

22 — Zobacz pkt 6, pkt 7 lit. c) załącznika do dekretu 72/2001.



przepis stawiający w korzystnej sytuacji farmaceutów z rejonów gorzej zaopatrzonych – kryterium to nie przywiązuje żadnej wagi do pochodzenia państwowego, a farmaceuta z innego państwa członkowskiego pracujący w Asturii może skorzystać z tego przepisu. Dzieje się tak dlatego, że kryterium to traktuje doświadczenie uzyskane w Asturii jako przedstawiające niejako większą wartość niż równorzędne doświadczenie uzyskane w pozostałych państwach członkowskich<sup>23</sup>. Nie można uzasadnić takiego kryterium w świetle orzecznictwa Trybunału, ponieważ przyznawanie równej wagi kwalifikacjom uzyskanym w innych państwach członkowskich jest kluczowe dla swobody przepływu.

15. Wniosku tego nie podważa okoliczność, że polityka taka jest również krzywdząca dla farmaceutów hiszpańskich spoza Asturii. Trybunał jasno wyraził się, że w celu stwierdzenia dyskryminacji „nie jest konieczne, aby wszystkie przedsiębiorstwa w danym państwie członkowskim były uprzywilejowane względem zagranicznych przedsiębiorstw. Wystarczy stwierdzić, że ustanowiony system preferencyjny uprzywilejowuje krajowego dostawcę usług”<sup>24</sup>. Przyznanie przewagi przez władze Asturii osobom, które wykonywały swój zawód w Asturii, w oczywisty sposób jest krzywdzące dla farmaceutów spoza księstwa, w tym także z pozostałych

państw członkowskich, jak również dla farmaceutów asturyjskich, którzy zdecydowali się skorzystać ze swobody przedsiębiorczości w pozostałych państwach członkowskich<sup>25</sup>. Taka polityka stanowi ograniczenie swobody przedsiębiorczości o charakterze dyskryminacyjnym, zakazane przez traktat.

16. W konsekwencji, przy dokonywaniu oceny pozostałych elementów, które są niezbędne, aby przepisy mogły być uzasadnione, ograniczę swoją analizę do elementów prawnych o charakterze niedyskryminacyjnym.

## 2. Cel leżący w interesie publicznym

17. Cel leżący w interesie publicznym, realizowany poprzez ograniczenia w oparciu o kryteria zaludnienia i kryteria geograficzne, polega na ochronie zdrowia publicznego poprzez świadczenie opieki farmaceutycznej dobrej jakości we wszystkich rejonach terytorium Asturii. Ochrona zdrowia publicznego niewątpliwie należy do nadrzędnych

23 — Zobacz ww. w przypisie 19 wyrok w sprawie Gebhard, pkt 38. Należy ponadto zauważyć, że uprzywilejowana pozycja przyznana farmaceutom z wcześniejszym doświadczeniem w Asturii nie ma żadnego związku z celem wspierania zakładania aptek w rejonach o mniejszym zaludnieniu, skoro zostaje ona przyznana wszystkim farmaceutom prowadzącym działalność w Asturii, bez względu na to, czy przyczynili się do realizacji tego celu poprzez prowadzenie działalności w rejonach Asturii o mniejszym zaludnieniu.

24 — Wyżej wymieniony w przypisie 10 wyrok w sprawie Komisja przeciwko Niemcom, pkt 38; wyrok z dnia 25 lipca 1991 r. w sprawie C-353/89 Komisja przeciwko Niderlandom, Rec. s. I-4069, pkt 25.

25 — Zobacz wyrok Trybunału z dnia 6 grudnia 2007 r. w sprawie C-456/05 Komisja przeciwko Niemcom, Zb.Orz. s. I-10517, pkt 58. Zobacz również wyroki: z dnia 7 maja 1991 r. w sprawie C-340/89 Vlassopoulou, Rec. s. I-2357; z dnia 14 września 2000 r. w sprawie C-238/98 Hocsman, Rec. s. I-6623.

względów interesu ogólnego<sup>26</sup>. Wydaje się, iż wiele argumentów stron skupia się na zagadnieniu, które rozwiązanie jest najbardziej odpowiednie dla ochrony zdrowia publicznego, a w tej sprawie w szczególności dla realizacji możliwie najszerszego zapewnienia opieki farmaceutycznej dobrej jakości: czy rozwiązanie, które ułatwia zakładanie aptek, a jednocześnie wspiera konkurencję pomiędzy nimi, czy też takie, które ogranicza zakładanie aptek w rejonach o większym zaludnieniu w celu ograniczenia konkurencji, jednocześnie faworyzując zakładanie ich w rejonach kraju o mniejszym zaludnieniu. Strony powołują się na sprzeczne dowody, w tym na doświadczenia różnych innych państw członkowskich, w celu wykazania, że preferowane przez nie rozwiązanie jest najlepsze dla ochrony zdrowia publicznego.

18. W przedmiocie tego zagadnienia uważam, iż wystarczy zauważyć, że organizacja własnego systemu ochrony zdrowia publicznego należy do zakresu uznania każdego z państw członkowskich, a Trybunał zobowiązany jest w znacznym stopniu uszanować wolę państwa członkowskiego<sup>27</sup>. Tak jest w szczególności, jeżeli brak konsensusu w zakresie przyjętych rozwiązań znajduje potwierdzenie w postaci istotnych różnic w zakresie polityki prowadzonej przez różne państwa członkowskie. Okoliczność, że jedno państwo członkowskie przyjmuje mniej surowe prze-

pisy niż inne państwo członkowskie albo daje pierwszeństwo danemu względowi nad innym względem, nie oznacza, że którekolwiek rozwiązanie prawne jest niezgodne z prawem wspólnotowym<sup>28</sup>. Co więcej, Trybunał wyraźnie uznał, że planowanie dotyczące usług medycznych, w tym ich rozmieszczenie na terytorium państwa, mieści się w zakresie tegoż swobodnego uznania<sup>29</sup>. Rozpoznając sprawy w przedmiocie produktów i usług farmaceutycznych, Trybunał orzekł, że ustalanie cen<sup>30</sup> oraz ograniczanie konkurencji<sup>31</sup> stanowią możliwe sposoby realizacji tych względów zdrowia publicznego.

19. O ile cele o charakterze czysto gospodarczym nie mogą uzasadnić ograniczania podstawowych swobód<sup>32</sup>, o tyle cele takie mogą być uzasadnione, jeżeli są one niezbędne do tego, by system opieki zdrowotnej funkcjonował prawidłowo z ekonomicznego punktu widzenia<sup>33</sup>. W szczególności, „interesy gospodarcze mające na celu utrzymanie zrównoważonej i dostępnej dla wszystkich służby medycznej i szpitalnej” mogą stanowić odpowiedni interes publiczny. Może to obejmować planowanie w zakresie tego rodzaju usług, określające „ich rozkład geograficzny,

26 — Wyżej wymieniony w przypisie 10 wyrok w sprawie Apothekerkammer des Saarlandes i in., pkt 27; ww. w przypisie 13 wyrok w sprawie Hartlauer, pkt 46; ww. w przypisie 10 wyrok w sprawie Komisja przeciwko Niemcom, pkt 46, 47.

27 — Zobacz ww. w przypisie 10 wyrok w sprawie Apothekerkammer des Saarlandes i in., pkt 19.

28 — Wyrok z dnia 11 lipca 2002 r. w sprawie C-294/00 Gräbner, Rec. s. I-6515, pkt 46.

29 — Wyżej wymieniony w przypisie 10 wyrok w sprawie Komisja przeciwko Niemcom, pkt 61.

30 — Wyrok z dnia 11 grudnia 2003 r. w sprawie C-322/01 Deutscher Apothekerverband, Rec. s. I-14887, pkt 122.

31 — Wyżej wymieniony w przypisie 10 wyrok w sprawie Komisja przeciwko Niemcom, pkt 59.

32 — Zobacz przypis 29 powyżej.

33 — Wyrok z dnia 13 maja 2003 r. w sprawie C-385/99 Müller-Fauré i van Riet, Rec. s. I-4509, pkt 73.

organizację i sprzęt, jakim dysponują, a nawet rodzaj oferowanych przez nie usług medycznych [...], [które] z jednej strony ma na celu zapewnienie na terytorium danego państwa członkowskiego wystarczającego i stałego dostępu do zrównoważonej gamy usług szpitalnych dobrej jakości, a z drugiej strony zmierza do zapewnienia kontroli nad kosztami i uniknięcia, w największym możliwym zakresie, jakiegokolwiek marnotrawstwa zasobów finansowych, technicznych i ludzkich”<sup>34</sup>. W konsekwencji dochodzę do wniosku, że zapewnienie rozmieszczenia aptek na całym terytorium należy uznać za nadrzędny wymóg interesu ogólnego, a państwo członkowskie nie jest zobowiązane posługiwać się instrumentem wolnej konkurencji w celu zapewnienia usług farmaceutycznych wysokiej jakości.

3. Kwestia, czy dekret jest właściwy do zapewnienia realizacji zamierzonych celów oraz czy nie wykracza poza to, co jest niezbędne dla ich osiągnięcia

20. O ile trzeba mieć należyty wzgląd na ocenę dokonywaną w trakcie krajowych procedur legislacyjnych i przez krajowe organy regulacyjne, które ze względu na swoją bliską znajomość uwarunkowań lokalnych oraz specjalistyczną wiedzę są najwłaściwsze do tego, by znaleźć najlepszy sposób realizacji celów porządku publicznego, takich jak

ochrona zdrowia publicznego, o tyle poddanie się woli tych organów nie jest pozbawione ryzyka<sup>35</sup>. Właśnie ta bliskość może uczynić z tych podmiotów przedmiot „zawłaszczenia regulacyjnego” przez szczególne interesy dominujące w tym obszarze, kosztem interesów konsumentów oraz potencjalnych konkurentów zagranicznych i krajowych. Istnieją szczególne powody do obaw w takich sprawach jak niniejsza, jeżeli rozwiązania przyjęte przez władze lokalne zapewniają lukratywne korzyści dla istniejących już podmiotów gospodarczych, kosztem nowych uczestników pojawiających się na rynku.

21. Właśnie w związku z tą kwestią można zrozumieć coraz większą wagę nadawaną wymogowi spójności i konsekwencji w orzecznictwie Trybunału przy kontroli sposobów realizacji zamierzonych celów przez ustawodawstwo krajowe. Wymóg spójności i konsekwencji stanowi, że „ustawodawstwo krajowe jest właściwe dla zagwarantowania realizacji przywołanego celu, wyłącznie gdy rzeczywistość odpowiada trosce o jego realizację w sposób spójny i systematyczny”<sup>36</sup>. Wymóg ten umożliwia Trybunałowi dokonanie rozróżnienia pomiędzy ustawodawstwem, które rzeczywistość zmierza do realizacji zasadnego względu publicznego, a ustawodawstwem, którego pierwotnym celem była być może realizacja takiego celu, lecz które zostało zawłaszczone przez określone szczególne interesy. Jest to wymóg, o którym można rzec, że chroni on uczciwość mechanizmu

34 — Wyżej wymieniony w przypisie 10 wyrok w sprawie Komisja przeciwko Niemcom, pkt 60, 61.

35 — Zobacz ww. w przypisie 10 wyrok w sprawie Apothekerkammer des Saarlandes i in., pkt 19.

36 — Wyżej wymieniony w przypisie 10 wyrok w sprawie Apothekerkammer des Saarlandes i in., pkt 42.

regulacyjnego i legislacyjnego oraz zapewnia rzeczywistą odpowiedzialność polityczną. Moim zdaniem, taki wymóg odgrywa podstawową rolę przy dokonywaniu oceny w niniejszych sprawach.

22. Tak więc w wyroku w sprawie Hartlauer Trybunał przyjął argumentację państwa, że może zachodzić konieczność ograniczenia liczby gabinetów lekarskich ze względu na utrzymanie sprawnie funkcjonującego systemu opieki medycznej. Trybunał jednakże orzekł, że przepisy nie odzwierciedlają w rzeczywisty sposób troski w zakresie realizacji tego celu, ponieważ niezależne ambulatoria i gabinety, w których lekarze prowadzą praktykę grupową, mogą powodować identyczne skutki, a ustawodawstwo obejmowało wyłącznie pierwszą grupę. Podobnie, o ile Trybunał nie kwestionował, że ograniczenia reklamy w telewizji wyrobów medycznych i chirurgicznych mogą być uzasadnione względami zdrowia publicznego, o tyle orzekł, że konkretne sporne przepisy w sprawie Corporación Dermoestética nie były uzasadnione, ponieważ miały zastosowanie wobec ogólnokrajowych stacji telewizyjnych, natomiast nie miały zastosowania wobec stacji lokalnych<sup>37</sup>. Przeciwnie, gdy Trybunał uznał za uzasadnione przepisy niemieckie wymagające, by właścicielami aptek byli farmaceuci, a szpitale zaopatrywały się

tylko w miejscowych aptekach, uczynił tak, opierając się w dużym stopniu na spójności i konsekwencji przepisów<sup>38</sup>.

23. Trybunał zastosował tę samą metodę wobec innych wrażliwych dziedzin. Przykładowo w kontekście gier losowych Trybunał orzekł, że niektóre surowe ograniczenia liczby udzielanych przez państwo koncesji na prowadzenie gier losowych są uzasadnione, tylko jeżeli będą one spójne i konsekwentne w świetle deklarowanego celu ograniczenia działalności przestępczej lub mającej na celu dokonywanie oszustw, poprzez zachęcanie graczy do korzystania z punktów posiadających koncesję<sup>39</sup>. Trybunał rozumował w ten sposób, że jeżeli ustali się tak niewielką ilość koncesji, że podmioty prowadzące dozwoloną działalność nie będą stanowić atrakcyjnej alternatywy w stosunku do działalności zabronionej, to przedmiotowe przepisy nie spełnią tego wymogu<sup>40</sup>.

24. W konsekwencji, należy dokonać oceny stopnia, w jakim przepisy rzeczywiście wspierają w spójny i konsekwentny sposób cele, które państwo członkowskie podnosi na ich uzasadnienie. Istnieją dwa zasadnicze względy uzasadniające ograniczenia. Po pierwsze, podnoszono, że ograniczenie dostępu do rynku zapewnia dostępność usług farmaceutycznych wysokiej jakości. Po

37 — Wyrok Trybunału z dnia 17 lipca 2008 r. w sprawie C-500/06 Corporación Dermoestética, Zb.Orz. s. I-5785, pkt 37–39.

38 — Wyżej wymienione w przypisie 10 wyroki w sprawach: Komisja przeciwko Niemcom, pkt 51–57; Apothekerkammer des Saarlandes i in., pkt 41–50.

39 — Wyżej wymieniony w przypisie 15 wyrok w sprawie Placencia, pkt 55.

40 — Ibidem, pkt 55.

drugie, podnoszono, że ograniczenia dotyczące zaludnienia i rozmieszczenia zapewnią powszechny dostęp do aptek, zmuszając je do rozprzestrzeniania się na całym terytorium. Po kolei ustosunkuję się do tych argumentów.

a) Jakość usług farmaceutycznych

25. Pierwszy argument, który przewijał się jako dominujący w dyskusjach wokół ostatnich spraw: Apothekerkammer des Saarlandes i in. oraz Komisja przeciwko Włochom<sup>41</sup>, dotyczących niemieckich i włoskich wymogów, by apteki były prowadzone przez farmaceutów, odgrywa mniej znaczącą rolę w niniejszej sprawie, choć jest on wymieniany przez niektóre strony i wydaje się powiązany z ryzykiem, że wzmożona konkurencja pomiędzy aptekami może, posługując się popolitym wyrażeniem, skłonić farmaceutów do wybrania „oszczędności kosztem jakości”.

26. Jako zagadnienie wstępne, zwracam uwagę, że to na państwie spoczywa ciężar wykazania, że dany środek jest właściwy i niezbędny

dla zapewnienia usług wyższej jakości<sup>42</sup>. Pomijając Szekspira, nie wydaje się, by istniały materiały dowodowe wskazujące, że wzmożona konkurencja doprowadzi farmaceutów do obniżenia poziomu jakości swoich usług. Nie mogę nie zauważyć, że występuje w tym względzie pewna niekonsekwencja w logice, na której opierają się obszerne fragmenty rozumowania niektórych stron i państw członkowskich. Czasami ukazuje się farmaceutów jako osoby kierujące się głównie korzyściami finansowymi do tego stopnia, że wszyscy oni dążą do wykonywania zawodu tylko w gęsto zaludnionych rejonach, a jeżeli zostaną poddani konkurencji, to gotowi są przedkładać zysk nad zobowiązania zawodowe. Innymi razy, gdy farmaceuci posiadają pozycję „monopolisty” w gęsto zaludnionych rejonach, to przyjmuje się, że prowadzą swoją działalność, kierując się zobowiązaniami zawodowymi oraz dążeniem przede wszystkim do świadczenia usług farmaceutycznych wysokiej jakości. Z argumentacji wielu uczestników postępowania wynikałoby, że konkurencja przekształca świętych w grzeszników.

27. Ponadto należy przypomnieć, że charakter usług farmaceutycznych uległ zasadniczym zmianom: dawniej to sam farmaceuta „sporządzał” leki. Obecnie farmaceuta jedynie wydaje środki lecznicze „sporządzone”

41 — Wyrok z dnia 19 maja 2009 r. w sprawie C-531/06 Komisja przeciwko Włochom, Zb.Orz. s. I-4103.

42 — Wyżej wymieniony w przypisie 30 wyrok w sprawie Deutscher Apothekerverband, pkt 123.

gdzie indziej, podlegając przy tym surowym wymogom prawnym, w tym np. wymogom dotyczącym tego, czy lekarstwo może zostać wydane bez recepty. Trybunał sam uznał powyższe, akceptując sprzedaż leków niewymagających recepty przez Internet<sup>43</sup>. W konsekwencji, nie uważam, że państwo członkowskie wykazało, iż ograniczenie konkurencji jest niezbędne lub proporcjonalne w celu zapewnienia realizacji celu świadczenia usług farmaceutycznych wysokiej jakości.

niezależności zawodowej<sup>46</sup>. Taka niezależność wynika z ich zobowiązań zawodowych oraz z okoliczności, że są oddzieleni od produkcji i dystrybucji towarów sprzedawanych w swoich aptekach<sup>47</sup>, co powoduje, że jest im łatwiej niż osobom niebędącym farmaceutami oprzeć się naciskom, by zachęcać do nadmiernej konsumpcji środków leczniczych, oraz gwarantuje, że przedmiotowe ograniczenie rzeczywiście służy realizacji stosownego względu zdrowia publicznego.

28. Należy zauważyć, że w ostatnich sprawach: Apothekerkammer des Saarlandes i in. oraz Komisja przeciwko Włochom, których przedmiotem były przepisy krajowe zastrzegające własność aptek dla farmaceutów, Trybunał orzekł, że ograniczenia dostępu do własności aptek mogą być uzasadnione potrzebą polegającą na zapewnieniu pewnego zaopatrzenia ludności w produkty lecznicze należącej jakości<sup>44</sup>. W sprawach tych położono jednak nacisk na wykształcenie zawodowe, doświadczenie i odpowiedzialność farmaceutów, w odniesieniu do których Trybunał uznał, że mogą one ograniczyć chęć zysku u farmaceutów na rzecz innych dążeń zawodowych<sup>45</sup>. Ponadto Trybunał przyjął to ograniczenie na podstawie szczególnego założenia, że farmaceuci korzystają z rzeczywistej

29. Rozumowanie to w rzeczywistości działa na korzyść argumentacji przeciwko zgodności przepisów Asturii z prawem wspólnotowym. Skoro farmaceuci w Asturii zobowiązani są do zapewnienia określonego poziomu usług nie tylko przepisami prawa, ale także zobowiązaniami zawodowymi, to nie ma powodów do obaw, że konkurencja spowoduje obniżenie poziomu ich usług, a tym samym doprowadzi do naruszenia ich zobowiązań prawnych i etycznych. Jeżeli byłyby wymagane dodatkowe środki ochronne dla farmaceutów, aby mogli wywiązać się ze swoich zobowiązań zawodowych, to wówczas Trybunał

43 — Wyżej wymieniony w przypisie 30 wyrok w sprawie Deutscher Apothekerverband.

44 — Wyżej wymieniony w przypisie 10 wyrok w sprawie Apothekerkammer des Saarlandes i in., pkt 28, 39; ww. w przypisie 41 wyrok w sprawie Komisja przeciwko Włochom, pkt 52.

45 — Wyżej wymieniony w przypisie 10 wyrok w sprawie Apothekerkammer des Saarlandes i in., pkt 37–39.

46 — Ibidem, pkt 33–37.

47 — Takie oddzielenie od produkcji i sprzedaży hurtowej produktów farmaceutycznych stanowi, moim zdaniem i w świetle wcześniejszego orzecznictwa Trybunału, zasadniczą przyczynę, dla czego Trybunał zaakceptował przepisy ograniczające prowadzenie aptek wyłącznie przez farmaceutów. Zobacz pkt 40, w którym Trybunał zwrócił uwagę, że farmaceuci zatrudnieni przez producentów i hurtowników produktów farmaceutycznych mogą być postrzegani jako nieposiadający wymaganej niezależności. W konsekwencji, jedynie wówczas, gdy zagwarantowana zostanie taka niezależność farmaceutów od produkcji i sprzedaży hurtowej produktów farmaceutycznych, można uznać, że przepisy takie spełniają narzucone prawem wspólnotowym wymogi spójności i konsekwencji.

nie mógłby dojść do wniosku w sprawach Apothekerkammer des Saarlandes oraz Komisja przeciwko Włochom, że wymóg prowadzenia apteki przez farmaceutę jest właściwy dla realizacji celu wysokiej jakości opieki.

celu rozkładu geograficznego oraz czy wykraczają poza to, co jest niezbędne dla osiągnięcia tego celu.

b) Zapewnienie szerokiego i zrównoważonego rozkładu geograficznego aptek

30. Mocniejszy argument przywoływany przez strony popierające dekret dotyczy konieczności zapewnienia szerokiego i zrównoważonego rozkładu geograficznego aptek. Innymi słowy, w celu zapewnienia możliwie powszechnej dostępności usług farmaceutycznych dla ludności. Należy dokonać rozróżnienia między dwoma kryteriami wykorzystywanymi dla zapewnienia realizacji tego celu: wymogiem zaludnienia oraz wymogiem minimalnej odległości pomiędzy aptekami. Oba kryteria należy poddać ocenie pod kątem tego, czy są odpowiednie do realizacji

31. Wymogi maksymalnego zaludnienia mogą, co do zasady, być właściwe dla zapewnienia realizacji celu szerokiego rozkładu geograficznego aptek. Ograniczając farmaceutom możliwości zakładania aptek w bardziej intratnych rejonach miejskich, przepis ten skłania ich do poszukiwania innych możliwości. Nie wywołuje to jednak automatycznego efektu. Jeżeli bowiem zakładanie aptek w rejonach o mniejszym zaludnieniu byłoby samo w sobie opłacalne, to najprawdopodobniej tak by się działo niezależnie od wszelkich ograniczeń geograficznych. Zjawisko to nawet nasiliłoby się, w bezpośredniej zależności od łatwości, z jaką mogłaby zostać założona apteka i ilości konkurentów o udział w rynku w rejonach o większym zaludnieniu. Tymczasem jeżeli – jak podnoszą niektóre strony postępowania – problem polega na tym, że prawdopodobieństwo uzyskania zysków w obszarach o niewielkim zaludnieniu jest niewielkie, to zachodzi ryzyko, że i tak nikt nie będzie zainteresowany założeniem apteki w takich rejonach. Ostatecznie, dlaczego ktoś miałby poświęcać się działalności przynoszącej straty tylko z tej przyczyny, że prowadzenie dochodowej działalności pozostaje dla niego niedostępne? Proste ograniczanie zakładania aptek w rejonach o większym zaludnieniu nie spełni wymogu spójności i konsekwencji w dążeniu do zapewnienia realizacji deklarowanego celu publicznego. System jako całość miałby sens jedynie wówczas, gdyby polityka ograniczania zakładania aptek w rejonach o większym zaludnieniu została powiązana z polityką faworyzującą osoby, które

wcześniej założyły apteki w rejonach o mniejszym zaludnieniu. Dając przewagę farmaceutom, którzy wcześniej założyli apteki w rejonach mających poniżej 2800 mieszkańców, dekret stwarza zachętę dla farmaceutów, aby zakładali swoje przedsiębiorstwa w rejonach o słabym zaludnieniu, które to rejony w innym przypadku mogłyby pozostać bez apteki – w zamian za zwiększenie ich szans na uzyskanie zezwolenia na prowadzenie apteki w rejonie o większym zaludnieniu (które staje się bardziej intratne wskutek ograniczeń) na późniejszym etapie. Można sobie wyobrazić, że perspektywa uzyskania uprawnień na prowadzenie apteki w rejonie o dużym zaludnieniu w sytuacji, gdy inne osoby nie będą miały możliwości założenia konkurencyjnej apteki, może rzeczywiście zachęcać farmaceutów do świadczenia usług przez jakiś czas w rejonach o słabym zaludnieniu. Zgodnie z tym, co niektóre strony postępowania popierające obecny system potwierdziły w trakcie rozprawy, to właśnie perspektywa przyszłej monopolistycznej renty w gęsto zaludnionym rejonie skłania farmaceutów do zakładania działalności początkowo w rejonach o mniejszym zaludnieniu. Tak jednak stanie się jedynie wówczas, gdy świadczenie usług w takich rejonach o słabym zaludnieniu faktycznie da przewagę osobom świadczącym takie usługi przy rozdziale zezwoleń na obszarach o dużym zaludnieniu.

32. Jak wyjaśniono powyżej, należy bliżej przyjrzeć się spójności i konsekwencji dekretu, w celu upewnienia się, że rzeczywiście promuje on ten cel oraz że nie jest on efektem zawłaszczenia regulacji przez już mających

tam swoją siedzibę farmaceutów<sup>48</sup>. Dwa elementy dekretu dają powody do niepokoju. Po pierwsze, taki system powinien preferować osoby, które założyły apteki w rejonach o słabej infrastrukturze aptecznej w stosunku do osób, które po prostu czekają na założenie apteki w intratnym rejonie. Jednakże pkt 7 załącznika przynajmniej pierwszeństwo farmaceutom, którzy nie prowadzili apteki przed farmaceutami, którzy prowadzili aptekę w rejonach farmaceutycznych mających poniżej 2800 mieszkańców. Ponadto, zgodnie z pkt 4 załącznika, jeżeli farmaceuta założy aptekę w rejonie o słabej infrastrukturze aptecznej, to traci on korzyści wynikające z wcześniejszego doświadczenia zawodowego przy ubieganiu się o założenie innej apteki. Skutki tych przepisów są nieco zlagodzone przepisem pkt 1 lit. a) załącznika, który przynajmniej więcej punktów z tytułu wykonywania zawodu w rejonach o słabej infrastrukturze aptecznej. Powstają jednak obawy co do spójności i konsekwencji tego przepisu.

33. Po drugie, aby można było uznać, że przepisy rzeczywiście służą realizacji celu powszechnego zasięgu, zachodzi konieczność, aby zezwolenia w rejonach o dużym zaludnieniu były dostępne dla osób, które wykonywały swój zawód w rejonach o słabej infrastrukturze aptecznej, z chwilą gdy posiadacze bardziej lukratywnych zezwoleń zechcą zaprzestać prowadzenia swoich

48 — Wyroki Trybunału: z dnia 7 grudnia 2000 r. w sprawie C-324/98 Telaustria i Telefonadress, Rec. s. I-10745; z dnia 21 lipca 2005 r. w sprawie C-231/03 Coname, Zb.Orz. s. I-7287; z dnia 13 października 2005 r. w sprawie C-458/03 Parking Brixen, Zb.Orz. s. I-8585; z dnia 6 kwietnia 2006 r. w sprawie C-410/04 ANAV, Zb.Orz. s. I-3303; z dnia 13 września 2007 r. w sprawie C-260/04 Komisja przeciwko Włochom, Zb.Orz. s. I-7083; z dnia 17 lipca 2008 r. w sprawie C-347/06 ASM Brescia, Zb.Orz. s. I-5641.



aptek. System, który przyznaje posiadaczom zezwoleń na prowadzenie aptek w rejonach o dużym zaludnieniu właścicielskie prawo do tych zezwoleń i umożliwia im sprzedaż lub cesję tych zezwoleń wybranej przez siebie osobie, skutkuje ograniczeniem liczby zezwoleń dostępnych dla osób, które „odsłużyły swoje” w rejonach o niewielkim zaludnieniu. Osoby, które zamierzają przenieść się z apteki w rejonie o małym zaludnieniu do apteki w rejonie o dużym zaludnieniu, musiałyby zapłacić za stosowne zezwolenie, a jego cena byłaby zawyżona, gdyż uwzględniałaby dodatkowy zysk, który jest możliwy do wygenerowania przez taką aptekę dzięki ograniczeniom w zakładaniu konkurencyjnych aptek<sup>49</sup>. Taki system podważałby konstrukcję zachęt, która wedle deklaracji leży u podstaw rozwiązania ograniczającego zakładanie aptek w celu zachęcania do zakładania aptek w rejonach o słabym zaludnieniu. Ponadto taki system oznaczałby wzbogacenie pojedynczych farmaceutów za pomocą ograniczenia konkurencji w sektorze farmaceutycznym; czyli byłby dokładnie takim zawłaszczeniem regulacji, któremu mają przeciwdziałać swobody zagwarantowane traktatem WE. Ograniczenia prawa do przedsiębiorczości muszą

być uzasadnione wymogami dobra wspólnego, natomiast nie mogą być narzędziem dla wzbogacania się przez prywatne osoby.

49 — W trakcie rozprawy zwrócono uwagę, że niektóre osoby zapłaciły bardzo wysokie ceny za zezwolenia na prowadzenie aptek w rejonach o gęstym zaludnieniu. Okoliczność, że takie zezwolenia mogą osiągać tak wysokie ceny, wskazuje, że system, który został być może wprowadzony jako środek zapewniający geograficznie zrównoważony system usług farmaceutycznych, został przekształcony w czysto ekonomiczny rynek, niejako oderwany od swoich pierwotnych celów. Jest oczywiste, że liberalizacja takiego systemu może wyrzucić ujemne skutki wobec osób, które zapłaciły znaczące kwoty za zezwolenia, których wartość została zawyżona ograniczającymi środkami narzuconymi przez władzę Asturii. Jednak zawsze jest tak, że gdy prawo wspólnotowe działa z takim skutkiem, że usuwa ograniczenia dla podstawowych swobód, wówczas taka liberalizacja może być niekorzystna dla wcześniejszych beneficjentów takich ograniczeń. Przykładowo w ww. w przypisie 5 wyroku w sprawie Centro Europa 7 Trybunał orzekł, że należy umożliwić nadawcy nadawanie audycji na przydzielonych mu częstotliwościach na podstawie krajowych przepisów o koncesjach bez względu na efekt, jaki to wywiera na interesy „podmiotów faktycznie zajmujących” te same częstotliwości (zob. pkt 40, 108–116 wyroku). Kwestia, czy w tego rodzaju sprawie istnieje jakiegokolwiek realne roszczenie prawne wobec państwa ze strony osób, które poczyniły inwestycje na rynku na podstawie określonych oczekiwań co do sposobu regulowania rynku, stanowi klasyczne zagadnienie prawa krajowego, jednakże nie jest zadaniem Trybunału ustosunkowywać się do niego.

34. Przechodząc do zagadnienia, czy wymóg zaludnienia wykraczałby poza to, co jest niezbędne, gdyby został lepiej skonstruowany, tak by udostępnić lukratywne monopole miejskie wiejskim podmiotom gospodarczym, zwracam uwagę, że strony nie zaproponowały żadnych innych oczywiście bardziej pożądanym systemów. Komisja podnosi, że zamiast ustalania maksymalnej liczby aptek, Asturia powinna zezwolić na minimalną liczbę aptek na osobę oraz wstrzymać zakładanie wszystkich nowych aptek aż do czasu spełnienia tego minimum. Jednakże taki system stwarza problem zbiorowego działania. Żaden indywidualny farmaceuta nie będzie miał bodźca do założenia apteki w mniej lukratywnym rejonie wiejskim. Nie wydaje się, aby system ten jako taki był dobrze zaprojektowany pod kątem spowodowania dużego wzrostu liczby aptek w rejonach o słabym zaludnieniu. Komisja wskazuje na Nawarrę, w której taki plan był czasowo wdrażany. Jednakże z uwagi na to, że plan Nawarry został zmieniony w ten sposób, że przewiduje on maksymalną liczbę aptek oraz że szereg najmniejszych społeczności w Nawarze utraciło swoje apteki wskutek tego planu, nie mogę przyjąć konkluzji,

że Asturia przekroczyła granice swobodnego uznania, nie przyjmując takiego modelu.

35. Podnoszono również, że w pełni zliberalizowany model dobrze funkcjonuje w innych państwach członkowskich<sup>50</sup>. Było to jednak przedmiotem ostrych sporów pomiędzy stronami, a także – jak wcześniej wspomniano – w tym względzie istnieją sprzeczne dowody. W takich ramach mógłbym twierdzić, że system, który ogranicza zakładanie nowych aptek w rejonach o większym zaludnieniu w celu promowania zakładania aptek w rejonach o mniejszym zaludnieniu, byłby uzasadniony, jeżeli byłby on ustanowiony w sposób spójny i konsekwentny. Jednakże z przyczyn, o których była mowa powyżej, tak nie jest w przypadku systemu ustanowionego w Asturii.

36. Co się tyczy wymogu geograficznego, zgodnie z którym apteka nie może być założona w mniejszej odległości niż 250 metrów od innej apteki, albo w odległości 250 metrów

od zakładu opieki zdrowotnej, najpierw rozważę, czy wymóg ten jest właściwy dla zapewnienia realizacji celu rozkładu geograficznego aptek na obszarze terytorium. Po pierwsze, łatwo zauważyć, że taka polityka zachęci do takiego rozkładu, zapewniając, że apteki nie skupią się w niewielkich centralnie położonych strefach handlowych bądź w pobliżu ośrodków zdrowia, pozostawiając inne rejony bez aptek. Środek ten nie jest całkiem spójny, ponieważ nie ustanawia wymogów zachowania minimalnych odległości odnośnie do rejonów farmaceutycznych, w których znajduje się pojedyncza apteka<sup>51</sup>. Jednakże wyjątek ten nie podważa odpowiedniego charakteru tego przepisu, ponieważ tworzenie skupisk nie może stać się problemem w miejscu, w którym znajduje się tylko jedna apteka. Ponadto wydaje się rozsądnym przyjąć, że w tak niewielkich rejonach strefa handlowa może być zbyt mała, by umożliwić rozprzestrzenianie się aptek.

37. Drugie uzasadnienie polega na tym, że wymóg ten przyczynia się do zwiększenia zysku, jaki może być uzyskany przez aptekę prowadzoną w rejonie miejskim, zwiększając tym sposobem zachętę dla farmaceutów do zakładania działalności gospodarczej w rejonach o słabej infrastrukturze aptecznej z myślą o uzyskaniu docelowo zezwolenia na prowadzenie apteki w rejonie o dużym zaludnieniu. Co się tyczy tego celu, to wydaje się, że wymóg ten jest stosowany w sposób spójny i konsekwentny. Strony nie przedstawiły

50 — Zobacz uwagi przedłożone w imieniu Blanca Péreza, Chao Gómez oraz Plataforma para la libre apertura de farmacias, s. 38 (wersja hiszpańska); zobacz również uwagi Komisji na piśmie, s. 27, 28 (wersja hiszpańska).

51 — Artykuł 4 ust. 2.

dowodów na stosowanie w ostatnim czasie wyjątków, które podważałyby deklarowany cel tej zasady.

38. To, czy liczba 250 metrów wykracza poza to, co jest niezbędne dla zapewnienia realizacji tego celu, stanowi o wiele trudniejsze zagadnienie. Niektóre strony podnoszą, że ta liczba jest przestarzała i nie jest odpowiednia dla wyższej gęstości zaludnienia w wielu rejonach na dzień dzisiejszy. Być może wymóg ten również przynosi korzyści kilku istniejącym od dawna i dobrze usytuowanym aptekom kosztem pozostałych aptek miejskich, zmniejszając tym sposobem potencjalne przyszłe zyski dla większości osób, które zdecydują się na wykonywanie

zawodu farmaceuty przez jakiś czas w rejonach o słabym zaludnieniu. Ocena tego wymogu jest uzależniona od wielu zagadnień, takich jak gęstość zaludnienia i rozkład zaludnienia w danej społeczności, natomiast Trybunałowi nie przedłożono wystarczających materiałów dowodowych umożliwiających orzeczenie w tym przedmiocie. Do sądu krajowego należy więc ocena tego zagadnienia, w świetle posiadanej przez niego większej wiedzy na temat okoliczności istniejących w Asturii, z uwzględnieniem stopnia, w jakim koliduje to z prawem przedsiębiorczości, rodzaju interesu publicznego, na który się powołuje przy tym uzasadnieniu, oraz tego, w jakim zakresie, w świetle liczby i rozmieszczenia aptek w całym regionie oraz rozmieszczenia i gęstości zaludnienia, zapewnienie powszechnego zasięgu można by osiągnąć przy pomocy mniej restrykcyjnych środków.

### III — Wnioski

39. Na podstawie powyższych rozważań proponuję, by Trybunał udzielił następujących odpowiedzi na pytania prejudycjalne:

Artykuł 43 WE stoi na przeszkodzie przepisom krajowym takim jak przepisy będące przedmiotem sporu w postępowaniu przed sądem krajowym, zgodnie z którymi do założenia nowej apteki niezbędne jest uzyskanie zezwolenia, a pierwszeństwo przyznawane jest farmaceutom, którzy wykonywali zawód na określonej części terytorium państwa członkowskiego.

Artykuł 43 WE stoi na przeszkodzie przepisom krajowym takim jak przepisy będące przedmiotem sporu w postępowaniu przed sądem krajowym, zgodnie z którymi wydanie zezwolenia na założenie nowej apteki uzależnione jest od wymogu zaludnienia, mającego na celu wspieranie zakładania aptek w rejonach o słabszym zaludnieniu, jeżeli cel ten nie jest realizowany w sposób spójny i konsekwentny, a w szczególności, jeżeli przepisy te nie dają oczywistej przewagi osobom, które zakładają apteki w rejonach o gorszej infrastrukturze aptecznej nad osobami, które po prostu czekają na założenie apteki w intratnym rejonie, oraz przyznają prawo właścicielskie do zezwolenia na prowadzenie apteki, w sposób, który podważa skuteczność systemu zachęt.

Co się tyczy wymogu zachowania minimalnej odległości pomiędzy aptekami, do sądu krajowego należy ustalenie, czy konkretna wymagana odległość jest uzasadniona, z uwzględnieniem stopnia, w jakim koliduje to z prawem przedsiębiorczości, rodzaju interesu publicznego, na który się powołuje przy tym uzasadnieniu, oraz tego, w jakim zakresie, w świetle liczby i rozmieszczenia aptek w całym regionie oraz rozmieszczenia i gęstości zaludnienia, zapewnienie powszechnego zasięgu można by osiągnąć przy pomocy mniej restrykcyjnych środków.