

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT

YVES BOT

föredraget den 16 december 2008¹

1. Verwaltungsgericht des Saarlandes (Tyskland) har genom de tolkningsfrågor som ställts anmodat domstolen att uttala sig om huruvida artiklarna 43 EG och 48 EG ska tolkas så att de utgör hinder för en nationell bestämmelse enligt vilken endast apotekare får äga och driva apotek.

apfel, Fritz Trennheuser,³ Deutscher Apothekerverband eV⁴ (mål C-171/07) samt Helga Neumann-Seiwert (mål C-172/07) (nedan gemensamt kallade sökandena i målen vid den nationella domstolen) och delstaten Saarland, företrädd av Ministerium für Justiz, Gesundheit und Soziales (justitie-, hälso- och socialministeriet) (nedan kallat ministeriet). Dessa mål rör en begäran om upphävande av ett beslut varigenom ministeriet beviljade aktiebolaget DocMorris NV (nedan kallat DocMorris) tillstånd att driva apoteksfilial i Saarbrücken (Tyskland).

2. Enligt den tyska lagstiftningen måste alla som önskar driva apotek erhålla tillstånd från behörig myndighet. Bland villkoren för beviljande av ett sådant tillstånd ingår att sökanden är behörig att utöva apotekaryrket och att sökanden driver apoteket med personligt ansvar.

3. Begäran om förhandsavgörande i de två fall som är föremål för prövning har framställts i mål mellan Apothekerkammer des Saarlandes², Marion Schneider, Michael Holz-

4. Jag kommer i detta förslag till avgörande att redogöra för skälen till varför jag anser att artiklarna 43 EG och 48 EG ska tolkas så att de inte utgör hinder för en medlemsstat att föreskriva att rätten att äga och driva apotek är förbehållen apotekare.⁵

1 — Originalspråk: franska.

2 — Apotekarnas yrkesorganisation i delstaten Saarland.

3 — Samtliga tre är apotekare.

4 — De tyska apotekarnas branschorganisation.

5 — Denna problematik har uppkommit även i mål C-531/06, kommissionen mot Italien, som är anhängigt vid domstolen och i vilket jag också kommer att föredra ett förslag till avgörande.

I — Tillämpliga bestämmelser

A — *Gemenskapsrätten*

5. Enligt artikel 43 första stycket EG ska inskränkningar för medborgare i en medlemsstat att fritt etablera sig på en annan medlemsstats territorium förbjudas. Enligt artikel 43 andra stycket EG ska etableringsfriheten innefatta rätt att starta och utöva verksamhet som egenföretagare samt rätt att bilda och driva företag.

6. Enligt artikel 48 första stycket EG ska de rättigheter som införts genom artikel 43 EG även gälla bolag som bildats i överensstämmelse med en medlemsstats lagstiftning och som har sitt säte, sitt huvudkontor eller sin huvudsakliga verksamhet inom Europeiska gemenskapen.

7. Enligt artikel 46.1 EG utgör artikel 43 EG inte hinder för inskränkningar som grundas på hänsyn till folkhälsan.

8. I artikel 47.3 EG anges att i fråga om läkaryrket, liknande yrken och farmaceutiska yrken förutsätter den gradvisa avvecklingen

av inskränkningarna i etableringsfriheten en samordning av villkoren för att få utöva dessa yrken i de olika medlemsstaterna. Europeiska unionens råd och Europeiska gemenskapernas kommission har emellertid angett att den direkta effekten av artiklarna 43 EG och 49 EG – vilken har erkänts i domen i målet *Reyners*⁶ respektive i målet *van Binsbergen*⁷, från och med den 1 januari 1970, som var den sista dagen i övergångsperioden – även gäller vårdyrken.⁸

9. Avseende läkarverksamhet, liknande verksamhet och farmaceutisk verksamhet har dessutom samordningsdirektiv antagits. När det gäller farmaceutisk verksamhet rör det sig om dels rådets direktiv 85/432/EEG av den 16 september 1985 om samordning av bestämmelserna i lagar och andra författningar om viss farmaceutisk verksamhet⁹, dels rådets direktiv 85/433/EEG av den 16 september 1985 om ömsesidigt erkännande av utbildnings-, examens- och andra behörighetsbevis i farmaci inklusive åtgärder för att underlätta det faktiska utövandet av etableringsrätten när det gäller viss farmaceutisk verksamhet¹⁰.

6 — Dom av den 21 juni 1974 i mål 2/74, *Reyners* (REG 1974, s. 631; svensk specialutgåva, volym 2, s. 309).

7 — Dom av den 3 december 1974 i mål 33/74, *van Binsbergen* (REG 1974, s. 1299; svensk specialutgåva, volym 2, s. 379).

8 — I första skälet i rådets direktiv 75/362/EEG av den 16 juni 1975 om ömsesidigt erkännande av utbildnings-, examens- och andra behörighetsbevis för läkare inklusive åtgärder för att underlägga det faktiska utövandet av etableringsrätten och friheten att tillhandahålla tjänster (EGT L 167, s. 1) anges att enligt EEG-fördraget är all särbehandling som grundar sig på nationalitet när det gäller etablering och tillhandahållande av tjänster förbjuden från och med övergångsperiodens utgång.

9 — EGT L 253, s. 34; svensk specialutgåva, område 6, volym 2, s. 111.

10 — EGT L 253, s. 37; svensk specialutgåva, område 16, volym 1, s. 82.

10. Dessa två direktiv har upphävts och ersatts av Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/36/EG av den 7 september 2005 om erkännande av yrkeskvalifikationer.¹¹ I skäl 26 i direktiv 2005/36 anges följande:

B — Nationell rätt

12. I 1 § i den tyska lagen om apotek (Apothekengesetz)¹², i dess lydelse enligt förordning av den 31 oktober 2006,¹³ (nedan kallad ApoG), föreskrivs följande:

”Detta direktiv avser inte samordning av samtliga villkor för att få tillträde till och utöva farmaceutisk verksamhet. Särskilt bör den geografiska fördelningen av apotek och frågan om monopol på utlämning av läkemedel förbli medlemsstaternas ensak. Detta direktiv påverkar inte medlemsstaternas lagar och andra författningar som förbjuder eller uppställer vissa villkor för företagens utövande av viss farmaceutisk verksamhet.”

”1. Apoteken är skyldiga att i det allmännas intresse och med iakttagande av gällande lagstiftning säkerställa läkemedelsförsörjningen till befolkningen.

11. Slutligen ska det hänvisas till artikel 152.5 EG, vari följande föreskrivs:

2. Behörig myndighet kan bevilja tillstånd att driva ett apotek och upp till tre apoteksfilialer.

”När gemenskapen handlar på folkhälsoområdet skall den fullt ut respektera medlemsstaternas ansvar för att organisera och ge hälso- och sjukvård. ...”

3. Tillståndet gäller endast den apotekare som erhållit tillståndet, och för de lokaler som anges i tillståndsbeslutet.”

¹¹ — EUT L 255, s. 22.

¹² — BGBl. 1980 I, s. 1993.

¹³ — BGBl. 2006 I, s. 2407.

13. I 2 § ApoG föreskrivs följande:

7) inte av hälsoskäl är olämplig att driva ett apotek,

”1. Tillstånd ska beviljas om sökanden

...”

1) är tysk medborgare, i den mening som avses i artikel 116 i [grundlagen (Grundgesetz)], medborgare i någon annan medlemsstat i Europeiska unionen eller i en stat som är part i avtalet om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet ...,

14. I 7 § första meningen ApoG föreskrivs följande:

”Tillståndsinnehavaren är skyldig att driva apoteket med personligt ansvar.”

2) har full rättshandlingsförmåga,

3) är behörig att utöva apotekaryrket enligt den tyska lagstiftningen,

15. Slutligen föreskrivs i 8 § första meningen ApoG under vilka former flera personer kan driva ett apotek tillsammans. Enligt denna bestämmelse är det inte möjligt att bara äga kapitalandelar och förbjudet med rättsliga strukturer som tillåter någon annan part än tillståndsinnehavaren att driva apoteket eller att göra anspråk på en andel av vinsten från apoteksverksamheten. Bestämmelsen har följande lydelse:

4) visar den redbarhet som krävs för att driva ett apotek,

”Flera personer kan endast driva ett apotek tillsammans i form av ett civilrättsligt bolag eller ett öppet handelsbolag. I dessa fall måste samtliga bolagsmän ha tillstånd. Allt deltagande i ett apotek, i någon annan bolagsform

...

eller genom ett avtal om riskdeltagande, i vilket ersättningen för det lån som beviljats tillståndsinnehavaren eller de tillgångar som tillståndshavaren erhållit, på vilket sätt det vara må beror av apotekets omsättning eller vinst, är rättsstridiga. Detta gäller i synnerhet hyresavtal där hyran bestäms i förhållande till omsättning eller vinst ...”

II — Tvisten vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

16. DocMorris är ett aktiebolag med säte i Nederländerna som bedriver postorderförsäljning av läkemedel. Ministeriet gav genom beslut av den 29 juni 2006 DocMorris tillstånd att driva en apoteksfilial i Saarbrücken under förutsättning att apoteket leds av en apotekare med personligt ansvar. Tillståndet gällde från och med den 1 juli 2006. Ministeriet gav även, genom beslut av den 28 juni 2006, DocMorris tillstånd, med verkan från och med den 1 juli 2006, att sälja receptbelagda läkemedel via postorder från nämnda apotek i Saarbrücken. I ett nytt avgörande av den 7 augusti 2006 beslutade ministeriet att tillståndet att driva en apoteksfilial av den 29 juni 2006 skulle verkställas omedelbart.

17. Den 2 augusti och den 18 augusti 2006 väckte sökandena i de nationella målen talan vid Verwaltungsgericht des Saarlandes med begäran om att tillståndsbeslutet av den 29 juni 2006 skulle upphävas.

18. Sökandena i de nationella målen har, till stöd för sin talan, anfört att beslutet strider mot ApoG, eftersom det innebär ett åsidosättande av den så kallade principen om ”Fremdbesitzverbot”, det vill säga bestämmelsen om att rätten att driva apotek ska vara förbehållen apotekare, vilken framgår av 2 § första stycket punkt 3, 7 § och 8 § ApoG. De har vidare gjort gällande att ministeriet saknar behörighet att bedöma huruvida den tyska rätten är förenlig med gemenskapsrätten, eftersom denna behörighet tillkommer domstolen i enlighet med vad som föreskrivs i artikel 234 EG.

19. Ministeriet och DocMorris har gjort gällande att bestämmelsen i den tyska lagstiftningen som hindrar personer som inte är apotekare från att äga och driva apotek strider mot artikel 43 EG, varigenom etableringsfriheten fastställs, eftersom ett apotek i en annan medlemsstat som drivs som ett kapitalbolag inte har tillträde till den tyska apoteksmarknaden. Denna inskränkning är inte nödvändig för att förverkliga målet att skydda folkhälsan. De har vidare hävdat att inte bara de nationella domstolarna utan även nationella myndigheter är skyldiga att iakttä principen om gemenskapsrättens företräde och principen om gemenskapsrättens ändamålsenliga verkan och att därmed avhålla sig från att tillämpa nationella bestämmelser som strider mot gemenskapsrätten.

20. Med hänsyn till de argument som anförts i de nationella målen, beslutade Verwaltungsgericht des Saarlandes att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfrågor till domstolen:

III — Bedömning

A — Den första tolkningsfrågan

”1) Ska bestämmelserna om etableringsfrihet för kapitalbolag (artiklarna 43 [EG] och 48 [EG]) tolkas så, att de utgör hinder för bestämmelsen om att endast en apotekare kan äga ett apotek (’Fremdbesitzverbot’), vilken framgår av 2 § andra stycket punkterna 1–4 och 7, 7 § första meningen och 8 § första meningen i [ApoG]?

2) För det fall att den första frågan besvaras jakande:

Har en nationell myndighet enligt gemenskapsrätten, särskilt artikel 10 EG och principen om gemenskapsrättens ändamålsenliga verkan, rätt och skyldighet att avhålla sig från att tillämpa nationella bestämmelser som den anser strida mot gemenskapsrätten, även om det inte är fråga om en uppenbar överträdelse av gemenskapsrätten och ... domstolen inte har fastställt att bestämmelserna strider mot gemenskapsrätten?”

21. Den hänskjutande domstolen har ställt sin första fråga för att domstolen ska fastställa huruvida artiklarna 43 EG och 48 EG ska tolkas så att de utgör hinder för en nationell lagstiftning enligt vilken endast apotekare får äga och driva apotek.

22. Två helt motstridiga ståndpunkter har lagts fram avseende hur denna fråga ska besvaras. Å ena sidan anser sökandena i målen vid den nationella domstolen liksom den tyska, den grekiska, den franska, den italienska, den österrikiska och den finländska regeringen att en sådan nationell lagstiftning, i den mån den kan ge upphov till en inskränkning i etableringsfriheten, vilken skyddas genom artikel 43 EG, motiveras av målet att skydda folkhälsan. Å andra sidan har delstaten Saarland, DocMorris, den polska regeringen och kommissionen gjort gällande att etableringsfriheten utgör hinder för bestämmelsen om förbud för personer som inte är apotekare att äga ett apotek. De anser nämligen att sådana bestämmelser inte är ägnade eller nödvändiga för att säkerställa att målet att skydda folkhälsan uppnås. Eftersom huvudargumenten för dessa två ståndpunkter är i stort sett identiska med de argument som anförts inom ramen för det ovannämnda målet kommissionen mot Italien, och som jag redogör för i mitt förslag till avgörande

i det målet, anser jag att det på detta stadium inte är nödvändigt att i detalj redogöra för de yttranden som inkommit till domstolen.

en delad behörighet som till övervägande del är nationell.¹⁴

23. Innan jag prövar huruvida bestämmelsen om att endast de personer som är behöriga att utöva apotekaryrket får äga och driva apotek är förenlig med artiklarna 43 EG och 48 EG, vill jag göra vissa inledande anmärkningar om arten av medlemsstaternas respektive gemenskapens behörighet i fråga om folkhälsa.

1. Inledande anmärkningar om arten av medlemsstaternas respektive gemenskapens behörighet i fråga om folkhälsa

24. Enligt artikel 152 EG har gemenskapen inte getts full och oinskränkt behörighet på folkhälsoområdet. Följaktligen delar gemenskapen och medlemsstaterna en sådan behörighet.

25. Villkoren för uppdelningen av denna behörighet, såsom dessa framgår av ordalydelsen i artikel 152 EG, visar att det föreligger

26. Bibehållandet av en nationell behörighet på folkhälsoområdet stadgas uttryckligen i artikel 152.5 EG, vari det föreskrivs att "[n]är gemenskapen handlar på folkhälsoområdet skall den fullt ut respektera medlemsstaternas ansvar för att organisera och ge hälso- och sjukvård".

27. Konstaterandet att gemenskapens behörighet på hälsoskyddsområdet inte medför att medlemsstaterna fråntas sin behörighet framgår även av arten av den nationella behörigheten och gemenskapens behörighet, såsom den framgår av artikel 152 EG. Det rör sig nämligen både om kompletterande behörighet, eftersom gemenskapens insatser ska komplettera den nationella politiken på folkhälsoområdet, och samordnad behörighet, eftersom gemenskapens insatser syftar till att samordna de nationella insatserna på detta område.

28. Kort sagt innehåller bestämmelserna i artikel 152 EG grunderna för en föga integrerad folkhälsopolitik och bildar paral-

14 — Enligt det uttryck som används av Michel, V., "La compétence de la Communauté en matière de santé publique", *Revue des affaires européennes*, 2003–2004/2, s. 157.

lellt ett skyddat nationellt behörighetsområde.

29. Det val som upphovsmännen till EG-fördraget således har gjort ska enligt min mening beaktas av domstolen i lämplig utsträckning. När domstolen ska ta ställning till en nationell bestämmelse som rör organisationen och tillhandahållandet av hälso- och sjukvård anser jag i synnerhet att domstolen vid sin bedömning alltid ska beakta vad som kan likna ett grundlagsskydd för den nationella behörigheten på detta område.¹⁵

30. Detta innebär naturligtvis inte att medlemsstaterna ska anses befriade från sina gemenskapsrättsliga åligganden vid utövandet av sin behörighet. Vid utövandet av en sådan behörighet är medlemsstaterna nämligen, som bekant, skyldiga att iaktta gemenskapsrätten, särskilt fördragets bestämmelser om fria rörligheter. I dessa bestämmelser föreskrivs att medlemsstaterna inte får införa eller bibehålla obefogade inskränkningar i utövandet av dessa friheter inom området för hälso- och sjukvård.¹⁶

31. Vidare ska det påpekas att på gemenskapsrättens nuvarande stadium har långtifrån alla villkor för att utöva farmaceutisk verksamhet blivit föremål för samordningsåtgärder, och än mindre några harmoniseringsåtgärder, på gemenskapsnivå, vilket framgår av skäl 26 i direktiv 2005/36. Det ska i det avseendet erinras om att gemenskapslagstiftaren i nämnda skäl har angett att exempelvis den geografiska fördelningen av apotek och frågan om monopol på utlämning av läkemedel bör förbli medlemsstaternas ensak. Där anges även att direktivet inte påverkar medlemsstaternas lagar och andra författningar som förbjuder eller uppställer vissa villkor för företagens utövande av viss farmaceutisk verksamhet. Fastställandet av regler på dessa områden, vilka inte har harmoniserats, omfattas av medlemsstaternas behörighet, under förutsättning att fördragets bestämmelser, bland annat bestämmelserna om etableringsfrihet, iakttas.¹⁷

32. För att kunna behålla en nationell bestämmelse om att apotek endast får ägas och drivas av apotekare krävs således att bestämmelsen är förenlig med artikel 43 EG, även om den är ett uttryck för medlemsstaternas behörighet på folkhälsoområdet, särskilt vad gäller organisationen och tillhandahållandet av hälso- och sjukvård.

¹⁵ — Se Michel, V., a.a., s. 177.

¹⁶ — Se bland annat dom av den 11 september 2008 i mål C-141/07, kommissionen mot Tyskland (REG 2008, s. I-6935), punkt 23 och där angiven rättspraxis.

¹⁷ — Se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Tyskland, punkt 25 och där angiven rättspraxis.

33. Den omständigheten att en sådan bestämmelse har antagits på ett nationellt behörighetsområde som uttryckligen skyddas i artikel 152.5 EG har dock betydelse. Det är nämligen vid bedömningen av huruvida bestämmelsen är motiverad av ett tvingande skäl av allmänintresse, såsom skyddet för folkhälsan, som domstolen ska beakta det skydd för den nationella behörigheten som föreskrivs i fördraget. I det avseendet skulle domstolen kunna tillämpa sin rättspraxis enligt vilken det, vid bedömningen av iakttagandet av proportionalitetsprincipen på folkhälsoområdet, ska tas hänsyn till den omständigheten att en medlemsstat kan fastställa på vilken nivå den vill säkerställa skyddet för folkhälsan och på vilket sätt denna nivå ska uppnås.¹⁸

34. Efter att ha gjort dessa preciseringar ska det först undersökas huruvida den tyska bestämmelse som syftar till att förbjuda personer som inte är apotekare att äga och driva apotek utgör en inskränkning av etableringsfriheten.

2. Huruvida det föreligger en inskränkning av etableringsfriheten

35. Den etableringsfrihet som införts genom artiklarna 43 EG och 48 EG ger bolag som bildats i överensstämmelse med en medlemsstats lagstiftning rätt att starta egen verk-

samhet i en annan medlemsstat och där varaktigt utöva denna verksamhet på samma villkor som bolag som har sitt säte i den staten. Denna grundläggande frihet omfattar rätten att bilda och driva företag samt upprätta kontor, filialer eller dotterbolag. I artikel 43 EG föreskrivs att diskriminerande åtgärder ska avskaffas.

36. Det framgår även av fast rättspraxis att varje åtgärd som, även om den tillämpas utan åtskillnad, innebär att utövandet av etableringsfriheten för medlemsstaternas medborgare förbjuds, hindras eller blir mindre attraktivt utgör en inskränkning som strider mot fördraget.¹⁹

37. Enligt den tyska lagstiftningen måste varje person som önskar driva ett apotek erhålla tillstånd från behörig myndighet. Bland villkoren för beviljande av ett sådant tillstånd ingår att sökanden är behörig att utöva apotekaryrket och att sökanden driver apoteket med personligt ansvar. Vidare kan flera personer driva ett apotek tillsammans endast i form av ett civilrättsligt bolag eller ett öppet handelsbolag. I dessa fall måste samtliga bolagsmän ha tillstånd, och således vara apotekare.

¹⁸ — Se bland annat domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Tyskland, punkt 51.

¹⁹ — Se dom av den 5 oktober 2004 i mål C-442/02, CaixaBank France (REG 2004, s. I-8961), punkt 11 och där angiven rättspraxis, av den 14 oktober 2004 i mål C-299/02, kommissionen mot Nederländerna (REG 2004, s. I-9761), punkt 15, av den 21 april 2005 i mål C-140/03, kommissionen mot Grekland (REG 2005, s. I-3177), punkt 27, och av den 17 juli 2008 i mål C-500/06, Corporación Dermoeástica (REG 2008, s. I-5785), punkt 32 och där angiven rättspraxis.

38. Dessa villkor utgör hinder för ett kapitalbolag som DocMorris att erhålla tillstånd att driva ett apotek i Tyskland. Villkoren kan betecknas som inskränkningar av etableringsfriheten på grund av deras inverkan på marknadsstillträdet för denna typ av bolag. Genom att hindra nya aktörers tillträde till den aktuella marknaden utgör de objektivt sett hinder för de fria rörligheter, som sådana bolag som DocMorris i princip ska åtnjuta.

39. Sedan det konstaterats att det föreligger ett hinder för etableringsfriheten ska det nu undersökas huruvida förbudet för personer som inte är apotekare att äga och driva apotek kan anses vara motiverat med hänsyn till gemenskapsrätten.

3. Huruvida den konstaterade inskränkningen av etableringsfriheten är motiverad

40. En sådan inskränkning som den som föreskrivs i den tyska lagstiftningen kan anses vara förenlig med gemenskapsrätten om den uppfyller följande fyra villkor. Den ska, för det första, tillämpas på ett icke-diskriminerande sätt. Den ska vidare vara motiverad av ett legitimt skäl eller av ett tvingande skäl av allmänintresse. Slutligen ska

den vara ägnad att säkerställa förverkligandet av det mål som eftersträvas och inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå detta mål.²⁰

41. För det första har jag inte hittat något diskriminerande inslag i den aktuella lagstiftningen, eftersom den är tillämplig på alla som vill starta och driva ett apotek i Tyskland, utan åtskillnad beroende på deras ursprungsmedlemsstat.

42. För det andra ingår skyddet för folkhälsan bland de tvingande skäl av allmänintresse som, enligt artikel 46.1 EG, kan motivera inskränkningar av etableringsfriheten.²¹ Såsom framgår av 1 § första stycket ApoG syftar den tyska lagstiftningen om förbud för personer som inte är apotekare att äga och driva apotek till att skydda folkhälsan. Lagstiftningen kan således vara motiverad med hänsyn till målet att skydda folkhälsan, särskilt i den del den syftar till att säkerställa en rationell läkemedelsförsörjning till befolkningen.

20 — Se bland annat dom av den 5 juni 2007 i mål C-170/04, Rosengren m.fl. (REG 2007, s. I-4071), punkt 43, samt domen i det ovannämnda målet Corporación Dermoeestética, punkt 35 och där angiven rättspraxis.

21 — Domen i det ovannämnda målet Corporación Dermoeestética, punkt 37.

43. För det tredje, vad avser frågan huruvida en sådan lagstiftning är ägnad att säkerställa förverkligandet av målet att skydda folkhälsan, ska det undersökas huruvida förbudet för personer som inte är apotekare att äga och driva apotek är ägnat att säkerställa det ovannämnda målet.

44. Följande argument har anförts till stöd för ståndpunkten att förbudet inte är ägnat att säkerställa förverkligandet av målet att skydda folkhälsan.

45. Enligt denna ståndpunkt ska det göras åtskillnad mellan de aspekter som avser driften, förvaltningen eller administrationen av apoteken och de aspekter som avser förhållandet till tredje man. Kravet på att ha de yrkesmässiga kvalifikationerna för att utöva apotekaryrket är motiverat såvitt avser de sistnämnda aspekterna, men inte såvitt avser de förstnämnda, eftersom kravet på skydd för folkhälsan endast avser den externa aspekten av den farmaceutiska verksamheten, det vill säga den som rör förhållandet till tredje man och närmare bestämt till leverantörerna och patienterna.

46. Kriteriet att en inskränkning ska vara ägnad att säkerställa att det eftersträfvade målet uppnås är dessutom endast uppfyllt om det finns konkreta indicier som visar att, när apoteksinnehavaren inte är behörig att utöva apotekaryrket och det endast finns en anställd apotekare i apoteket, apoteksinnehavarens kontroll och inflytande över den

anställda apotekaren kan äventyra apotekarens oberoende ställning och personliga ansvar och medföra en risk för att de yrkesregler och etiska regler som gäller för utövandet av apotekaryrket åsidosätts. Allmänt sett har kapitalbolag i praktiken inte rent strukturellt en större benägenhet att uppnå otillbörlig vinning. En apotekare med personligt ansvar som har stora initiala skulder på grund av kostnaderna för att starta apoteket kan vara utsatt för mycket högre press när det gäller ekonomisk överlevnad än en anställd apotekare.

47. Även om det antas att ett apotek som bedrivs i form av ett kapitalbolag faktiskt eftersträvar att öka sin vinst på ett orimligt sätt är det inte säkert att denna omständighet medför hälsorisker i samband med utlämning av läkemedel. De flesta läkemedel är nämligen receptbelagda och lämnas bara ut mot uppvisande av ett recept. Även om ett apotek skulle vilja sälja fler läkemedel till en patient är detta inte möjligt i avsaknad av ett recept från en läkare. Möjligheten för substitution av läkemedel, det vill säga apotekarens möjlighet att byta ut ett läkemedel mot ett annat läkemedel som har samma aktiva substans, har dessutom inskränkts allt mer i tysk lagstiftning.

48. Jag anser att bestämmelsen om att apotek endast får ägas och drivas av apotekare är ägnad att säkerställa att målet att skydda

folkhälsan uppnås. Närmare bestämt anser jag att denna bestämmelse kan säkerställa en läkemedelsförsörjning till befolkningen som ger tillräckliga garantier vad gäller kvalitet och utbud.

endast förlita sig på den information som lämnas av apotekaren i egenskap av fackman inom hälso- och sjukvård.

49. I detta avseende övertygas jag inte av argumentet om att det ska göras åtskillnad mellan de interna aspekterna (äggande, administration och drift av apoteket) och de externa aspekterna (förhållandet till tredje man) av farmaceutisk verksamhet. En person som, i egenskap av både ägare och arbetsgivare, innehar ett apotek har enligt min mening oundvikligen ett inflytande över apotekets policy när det gäller utlämning av läkemedel. Den tyska lagstiftarens val att sammankoppla den yrkesmässiga kompetensen med det ekonomiska ägarskapet av apoteket förefaller följaktligen vara motiverat med hänsyn till målet att skydda folkhälsan.

50. Det ska hållas i minnet att apotekarens uppgifter inte är begränsade till försäljning av läkemedel. Utlämning av läkemedel kräver även andra insatser av apotekaren, såsom att kontrollera läkarrecept, bereda farmaceutiska preparat eller lämna information och råd som säkerställer att läkemedel används korrekt.²² Jag anser även att apotekarens rådgivningsskyldighet är av stor betydelse i fråga om läkemedel som inte är receptbelagda, vilka ständigt ökar i antal till följd av de beslut som fattas av staterna i syfte att upprätthålla jämvikt i finanserna inom socialförsäkringssektorn. I denna situation kan patienten

51. Eftersom farmaceutisk verksamhet, i likhet med många andra yrken inom hälso- och sjukvård, kännetecknas av en asymmetrisk informationsspridning är det nödvändigt att patienten kan ha fullt förtroende för de råd som apotekaren ger. Det är därför viktigt att säkerställa att läkemedelsrådgivningen är neutral, det vill säga en kompetent och objektiv rådgivning.

52. Av de skäl som angetts ovan är apotekaren dessutom delaktig i en allmän folkhälsopolitik, som i stor utsträckning inte går att förena med en rent affärsmässig logik, vilken är utmärkande för kapitalbolag som är direkt inriktade på lönsamhet och vinst. Den specifika karaktären på det uppdrag som apotekaren har anförtrots gör det således nödvändigt att tillerkänna och säkerställa fackmannen det oberoende som krävs med hänsyn till arbetsuppgifternas art.

53. Kvaliteten vid utlämning av läkemedel har således enligt min mening nära samband med det oberoende som en apotekare ska visa prov på vid fullgörandet av sitt uppdrag.

22 — För en uppräknig av apotekarens olika arbetsuppgifter, se artikel 45.2 i direktiv 2005/36.

54. Genom att föreskriva att rätten att äga och driva apotek ska vara förbehållen apotekare har den tyska lagstiftaren just velat säkerställa apotekarnas oberoende, genom att göra apotekens ekonomiska struktur okänslig för yttre påverkan från exempelvis läkemedelstillverkare eller grossister. Den tyska lagstiftaren har i synnerhet strävat efter att förebygga den risk för intressekonflikter som den anser att en vertikal integration av läkemedelssektorn skulle kunna medföra, för att bland annat bekämpa överkonsumtion av läkemedel och säkerställa ett tillräckligt utbud av läkemedel i apoteken. Den tyska lagstiftaren har vidare ansett det nödvändigt att låta en fackman agera som filter mellan läkemedelstillverkaren och allmänheten för att på ett oberoende sätt kontrollera att läkemedlen används på ett korrekt sätt.

55. En apotekare som äger sitt apotek är ekonomiskt oberoende, vilket säkerställer att han kan fritt utöva sitt yrke. En sådan apotekare, som har full kontroll över sina arbetsredskap, kan således utöva sitt yrke med det oberoende som kännetecknar de fria yrkena. Han är både en företagsledare med god kännedom om de ekonomiska förhållanden som hänger samman med driften av apoteket och en fackman inom hälso- och sjukvården, som är mån om att hitta en jämvikt mellan sina ekonomiska behov och folkhälsohänsyn, vilket särskiljer honom från en renodlad investerare.

56. Det är av det skälet som jag anser att den förebyggande metod som den tyska lagstif-

taren har valt är ägnad att säkerställa skyddet för folkhälsan.

57. Slutligen ska det undersökas huruvida bestämmelsen enligt vilken endast apotekare får äga och driva apotek är nödvändig för att uppnå målet att skydda folkhälsan och huruvida detta mål skulle kunna uppnås genom förbud eller begränsningar som är mindre omfattande eller som påverkar etableringsfriheten i mindre utsträckning.

58. Olika argument har anförts till stöd för att denna bestämmelse är oproportionerlig med hänsyn till målet att skydda folkhälsan.

59. Det skulle sålunda vara tillräckligt att ledningen av apoteket, utlämningen av läkemedel och kundrådgivningen förbehölls en anställd apotekare. En anställd apotekare kan, på samma sätt som en apotekare som bedriver självständig verksamhet, utöva sitt yrke med iakttagande av de skyldigheter som åligger honom. Oavsett arbetsgivarens rättsliga form ska en anställd apotekare följa samma yrkesregler och etiska regler som en apotekare som bedriver självständig verksamhet. En anställd apotekare ska förvisso följa de instruktioner han får från verksamhetsutövaren men han är skyldig att vägra följa sådana instruktioner som strider mot de yrkesregler och etiska regler som gäller för apotekare.

60. Den nationella lagstiftaren skulle vidare kunna anta bestämmelser som reglerar det rättsliga förhållandet mellan verksamhetsutövaren och en anställd apotekare i syfte att undvika att kontrollen av eller inflytandet över en anställd äventyrar dennes oberoende ställning och personliga ansvar genom att iakttagandet av de yrkesregler och etiska regler som gäller för apotekare sätts på spel. Det skulle även vara möjligt att föreskriva att den anställda apotekaren och verksamhetsutövaren ska teckna yrkesansvarsförsäkring.

omständigheten att en medlemsstat kan fastställa på vilken nivå den vill säkerställa skyddet för folkhälsan och på vilket sätt denna nivå ska uppnås. Eftersom nivån i fråga kan variera mellan medlemsstaterna, ska medlemsstaterna medges ett utrymme för skönsmässig bedömning. Följaktligen innebär inte det förhållandet att bestämmelserna i en medlemsstat är mindre ingripande än dem som gäller i en annan medlemsstat att de sistnämnda är oproportionerliga.²³

61. Denna analys stöds av domen i det ovan nämnda målet kommissionen mot Grekland. Den grekiska lagstiftning som var i fråga i det målet är nämligen jämförbar med de bestämmelser som är i fråga i målet vid den nationella domstolen och det föreligger inte någon väsentlig skillnad mellan försäljning av optikartiklar och utlämning av läkemedel. Inom båda dessa verksamheter kan utlämning av varor på ett olämpligt sätt eller felaktig rådgivning innebära en risk för folkhälsan. Domstolens resonemang i ovan nämnda dom bör således överföras på detta mål.

64. Genom att föreskriva att endast apotekare får äga och driva apotek har den tyska lagstiftaren använt detta utrymme för skönsmässig bedömning genom att välja ett system som den anser säkerställer en hög nivå på skyddet för folkhälsan och i synnerhet en rationell läkemedelsförsörjning till befolkningen.

62. Jag delar inte denna ståndpunkt.

63. Det ska nämligen erinras om att domstolen har slagit fast att vid bedömningen av iakttagandet av proportionalitetsprincipen på folkhälsoområdet ska hänsyn tas till den

65. I likhet med andra medlemsstater skulle den tyska lagstiftaren även ha kunnat införa en annan modell och välja att, med förbehåll för interna konstitutionella krav, skydda folkhälsan på andra sätt, exempelvis genom att kräva att endast öppnandet av nya apotek ska ske i enlighet med villkor som avser den geografiska fördelningen av apotek, förekomsten av ett visst antal invånare per apotek, eller regler om ett minsta avstånd mellan två apotek. Bland andra åtgärder som syftar till att säkerställa att målet att skydda

23 — Domen i det ovan nämnda målet kommissionen mot Tyskland, punkt 51 och där angiven rättspraxis.

folkhälsan ges företräde framför ekonomiska intressen skulle en medlemsstat kunna välja att bibehålla apotekarnas monopol på försäljning av läkemedel och/eller besluta att reglera läkemedelspriserna.

äga och driva apotek, och denna bestämmelse går följaktligen inte utöver vad som är nödvändigt för att säkerställa en hög nivå på skyddet för folkhälsan.

66. Kort sagt ska det beaktas att medlemsstaterna, i enlighet med vad som föreskrivs i artikel 152.5 EG och i avsaknad av en harmonisering av samtliga villkor för att utöva farmaceutisk verksamhet inom gemenskapen, har ett utrymme för skönsmässig bedömning att utforma den modell som bäst motsvarar deras önskemål vad gäller skyddet för folkhälsan.

69. Jag är således inte övertygad om att de åtgärder som har åberopats vid domstolen och som enligt motståndarna till den tyska bestämmelsen borde ersätta denna skulle kunna säkerställa en lika hög nivå på skyddet för folkhälsan.

67. Vid bedömningen av huruvida en nationell bestämmelse, såsom den som är i fråga i förevarande mål, är förenlig med proportionalitetsprincipen ska domstolen slutgiltigt förvissa sig om att medlemsstaterna inte har överskridit gränserna för deras utrymme för skönsmässig bedömning. Domstolen ska även undersöka huruvida andra åtgärder, på ett lika effektivt sätt, skulle bidra till att säkerställa en hög nivå på skyddet för folkhälsan.

68. Jag anser i det avseendet att Förbundsrepubliken Tyskland inte har överskridit gränserna för sitt utrymme för skönsmässig bedömning i fråga om skyddet för folkhälsan, genom att föreskriva att endast apotekare får

70. Det ska först allmänt framhållas att den bestämmelse som syftar till att förbjuda personer som inte är apotekare att äga och driva apotek utgör en åtgärd som är avsedd att förhindra sådant missbruk som tidigare påpekats, särskilt den risk för intressekonflikter som en vertikal integration av läkemedelssektorn skulle kunna medföra och som skulle kunna inverka menligt på kvaliteten vid utlämning av läkemedel. Denna förebyggande aspekt har särskild betydelse när kravet på att skydda folkhälsan är i fråga. Inrättandet av ett system med ansvar både för den verksamhetsutövare som inte är apotekare och för de anställda apotekarna och ett system med sanktioner mot dessa räcker enligt min mening inte för att säkerställa en så hög nivå på skyddet för folkhälsan, eftersom det huvudsakligen är fråga om åtgärder som

syftar till att i efterhand korrigera missbruk när sådant missbruk faktiskt har skett.²⁴

71. Vidare anser jag inte att enbart kravet på att det ska finnas en anställd apotekare för att fullgöra de uppgifter som rör kontakterna med tredje man är sådant att det kan säkerställa en rationell läkemedelsförsörjning till befolkningen, med samma krav vad gäller kvalitet och neutralitet vid utlämning av läkemedel.

72. Det är visserligen riktigt att en anställd apotekare är skyldig att iaktta de yrkesmässiga och etiska regler som han omfattas av. Eftersom en anställd apotekare inte har kontroll över apotekets affärspolicy och han i praktiken är skyldig att följa arbetsgivarens anvisningar, kan det emellertid inte uteslutas att en anställd apotekare vid ett apotek som drivs av en person som inte är apotekare förmås att ge apotekets ekonomiska intresse företräde framför de krav som ställs vid utövandet av farmaceutisk verksamhet. Det kan således inte uteslutas att en verksamhetsutövare som inte är apotekare, och som inte har tillräcklig yrkesmässig kompetens för att bedöma vad utlämning av läkemedel kräver, är lockad att antingen skära ned på den verksamhet som avser rådgivning till patienter eller upphöra med verksamhet som är föga

lönsam, såsom beredning av farmaceutiska preparat. Det skulle medföra en kvalitetssänkning vid utlämning av läkemedel som svårigen kan motverkas av den anställde apotekaren, vilken är skyldig att följa arbetsgivarens instruktioner.

73. Mer principiellt ska det erinras om att jag anser att åtskillnaden mellan de interna aspekterna och de externa aspekterna av farmaceutisk verksamhet är konstlad och att det enligt min mening förefaller oundvikligt att verksamhetsutövaren bestämmer apotekets affärspolicy, eftersom denne har kontrollen över apoteket. Det är således svårt att förvissa sig om att den verksamhetsutövare som inte är apotekare inte blandar sig i apotekarens relation till kunderna, även indirekt när denne handhar lagret av läkemedel som finns i apoteket. En dålig hantering av ett sådant lager skulle således med nödvändighet påverka kvaliteten vid utlämning av läkemedel.

74. Den tyska bestämmelsen visar sig följaktligen vara nödvändig, eftersom den innebär att en apotekare som äger ett apotek är personligen ansvarig inför sina kolleger för beslut beträffande kvaliteten på de yrkesmässiga tjänster som erbjuds i dennes apotek, att denne personligen omfattas av samtliga lagbestämmelser, föreskrifter och etiska regler som gäller för utövandet av apotekaryrket och att denne inte utsätts för någon påverkan från utomstående som inte är apotekare när det gäller hur apotekets verksamhet ska bedrivas.

24 — Jag anser att de argument som motståndarna till den tyska bestämmelsen har anfört till stöd för sin ståndpunkt i stor utsträckning är teoretiska och för övrigt motsägs av den aktuella finansiella krisen. Förekomsten inom banksystemet av tillsynsmyndigheter och lagregler om civilrättsligt, handelsrättsligt eller straffrättsligt ansvar har nämligen sorgligt nog visat sig ha begränsningar och inte kunna förhindra eller kontrollera det missbruk som uppstår till följd av resonemanget att avkastning på investerat kapital prioriteras.

75. Sambandet mellan den yrkesmässiga kompetensen på det farmaceutiska området och ägarskapet av apoteket möjliggör således för verksamhetsutövaren att göra en korrekt bedömning av konsekvenserna av sina affärs-mässiga beslut på fullgörandet av det uppdrag av allmänintresse som åligger denne, nämligen en rationell läkemedelsförsörjning till befolkningen.

76. Det förhållandet att tillståndet att driva apotek är kopplat till apotekaren som person är slutligen, såsom den tyska regeringen har påpekat, ett effektivt sätt att säkerställa att läkemedelsförsörjningen till befolkningen är rationell, särskilt på grund av att den apotekare som driver ett apotek, vid fel eller försummelse i yrkesutövningen, löper risk att inte bara behörigheten att utöva yrket återkallas, utan även tillståndet att driva apotek, med de allvarliga ekonomiska konsekvenser som det medför. Förutom de disciplinära konsekvenserna äventyrar apotekarens fel eller försummelse i yrkesutövningen dennes ekonomiska fortlevnad, vilket utgör ett ytterligare incitament för denne att ge kravet att skydda folkhälsan företräde vid driften av apoteket. Bestämmelsen enligt vilken en och samma person ska ha både behörigheten och yrkesetiken samt det ekonomiska ansvaret för apoteket är följaktligen nödvändig för att säkerställa att allmänintresset prioriteras.

77. Med hänsyn till dessa omständigheter anser jag således att den tyska bestämmelsen, enligt vilken endast apotekare får äga och driva apotek, inte går utöver vad som är nödvändigt för att säkerställa en hög nivå på skyddet för folkhälsan och särskilt för att

säkerställa en läkemedelsförsörjning till befolkningen som präglas av ett varierat utbud och hög kvalitet. Kravet att den som har ekonomisk kontroll över apoteket och som av det skälet bestämmer apotekets affärspolicy ska vara en apotekare förefaller följaktligen vara förenligt med artikel 43 EG.

78. I motsats till vad kommissionen och DocMorris har hävdad anser jag att den bedömning som gjorts ovan, beträffande huruvida bestämmelsen om att endast apotekare får äga och driva apotek är lämplig och proportionerlig, inte kan sättas i fråga på grund av att det under vissa omständigheter är tillåtet enligt tysk rätt att en person som inte är apotekare driver apotek. De fall som avses är följande.

79. Först rör det sig om fall då den som innehar tillstånd att driva ett apotek blir arbetsoförmögen eller avlider. Tillståndsinnehavaren eller dennes arvingar har då möjlighet att fortsätta att driva apoteket under en viss tid inom ramen för ett hyres- eller driftavtal. Såsom Apothekerkammer des Saarlandes har angett har den tyska lagstiftaren föreskrivit en sådan möjlighet i ett försök att förena bestämmelsen om förbud för personer som inte är apotekare att äga och driva apotek med behovet av att skydda apotekarens familjs intressen, genom att ge familjen tid att fatta beslut avseende apotekets framtid. Detta undantag förefaller inte vara sådant att det äventyrar enhetligheten i den tyska lagstiftningen, dels eftersom undantaget är tids-

begränsat, dels eftersom apoteket anförtros till en föreståndare som ska vara utexaminerad apotekare. Det framgår dessutom av 9 § andra stycket ApoG att hyrestagaren måste ha det tillstånd som föreskrivs i 1 § i denna lag och att hyresavtalet eller driftavtalet varken får begränsa hyresgivarens yrkesansvar eller dennes frihet att fatta beslut.

med den vertikala integrationen av läkemedelsverksamheten och som gör sig gällande för apotek som är tillgängliga för allmänheten gör sig inte gällande inom ramen för systemet för intern läkemedelsförsörjning, såsom detta system har reglerats av den tyska lagstiftaren. Detta är skälet till att jag inte anser att detta system kan äventyra enhetligheten i den tyska lagstiftningen, enligt vilken endast apotekare kan äga och driva apotek som är tillgängliga för allmänheten.

80. Vidare rör det sig om systemet för den interna läkemedelsförsörjningen på sjukhus. Enligt 14 § första till sjätte styckena ApoG får sjukhusen välja att överlåta ansvaret för läkemedelsförsörjningen till ett internt apotek, det vill säga ett apotek som drivs i det aktuella sjukhusets lokaler och som inte är tillgängligt för allmänheten. I sådana fall ska sjukhusledningen ha tillstånd att driva ett sjukhusapotek. Beviljandet av ett sådant tillstånd förutsätter bland annat att en apotekare rekryteras som uppfyller kraven i 2 § första stycket, punkterna 1–4, 7 och 8, och i tredje stycket jämfört med andra stycket eller stycke 2a ApoG.

82. Jag anser inte heller att den omständigheten att en apotekare, enligt 1 § andra stycket ApoG, kan driva upp till tre apoteksfilialer kan äventyra enhetligheten av denna lagstiftning. Innehavaren av tillståndet att driva huvudapoteket förblir nämligen, enligt 7 § ApoG, skyldig att driva apoteket och filialerna med personligt ansvar. Tillståndsinnehavaren behåller således full kontroll över samtliga driftsställen, vilka för övrigt tillåts endast i begränsat antal.

81. I sådana fall drivs apoteket visserligen inte av en apotekare. Till skillnad från ett apotek som är tillgängligt för allmänheten har ett sjukhusapotek emellertid inte till uppgift att förse allmänheten med läkemedel, utan endast att utlämna läkemedel till de sjukhusavdelningar som apoteket tillhör. Eftersom ett sjukhusapotek ska täcka sjukhusets läkemedelsbehov förefaller det lämpligt att det drivs av ledningen för det sjukhus som sjukhusapoteket är en integrerad del av. Den risk för intressekonflikter som är förknippad

83. Slutligen anser jag att det saknas anledning att godta argumentet att domstolens resonemang i domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Grekland avseende driften av optikaffärer ska överföras på apotek.

84. I den talan om fördragsbrott som kommissionen hade väckt mot Republiken Grekland yrkade den att domstolen skulle fastställa att denna medlemsstat hade underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artiklarna 43 EG och 48 EG. Kommissionen gjorde för det första gällande att denna medlemsstat hindrade en fysisk person som är utexaminerad optiker från att driva fler än en optikaffär. För det andra ifrågasatte kommissionen den nationella lagstiftning enligt vilken möjligheten för en juridisk person att öppna en optikaffär är förenad med följande krav:

- Tillstånd att öppna och driva optikaffären ska meddelas i en legitimerad optikers, tillika fysisk persons, namn. Den person som innehar tillstånd att driva affären ska äga minst 50 procent av kapitalet i bolaget och äga rätt till respektive svara för 50 procent av bolagets vinst och förlust. Bolaget ska utgöra ett handels- eller kommanditbolag.

- Den ifrågavarande optikern får vara delägare i högst ytterligare ett bolag som äger en optikaffär, under förutsättning att tillståndet att öppna och driva affären har meddelats i en annan legitimerad optikers namn.

85. Efter att ha konstaterat att det förelåg begränsningar av etableringsfriheten,²⁵ gjorde domstolen en helhetsbedömning av frågan huruvida de olika ifrågasatta aspekterna i den grekiska lagstiftningen var motiverade av målet att skydda folkhälsan. Domstolen fann att så inte var fallet, eftersom proportionalitetsprincipen inte hade iakttagits.

86. Domstolen slog således fast att "det ändamål att skydda folkhälsan som åberopats av Republiken Grekland kan uppnås genom åtgärder som är mindre restriktiva när det gäller etableringsfriheten, såväl för fysiska som juridiska personer, exempelvis genom ett krav på närvaro i alla affärer av utexaminerade optiker som är anställda eller delägare, bestämmelser som är tillämpliga i fråga om civilrättsligt ansvar för annans handlande och bestämmelser om krav på yrkesansvarsförsäkring".²⁶

87. Jag anser att domstolen bör välja en annan riktning när det gäller verksamhet som avser utlämning av läkemedel, vilken skiljer sig från försäljning av optikartiklar på grund av omfattningen av dess inverkan på folkhälsan.

25 — Domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Grekland, punkterna 27–29.

26 — *Ibidem*, punkt 35.

88. Domstolen har visserligen medgett att försäljning av optikartiklar, såsom kontaktlinser, inte kan anses utgöra vilken affärsverksamhet som helst. Försäljaren måste nämligen kunna ge råd till användarna av sådana produkter i fråga om hur de ska användas och skötas.²⁷ Det är av det skälet som domstolen har slagit fast att en nationell lagstiftning, enligt vilken försäljning av kontaktlinser och andra varor med anknytning här till ska ske i affärslokaler som leds eller drivs av personer som uppfyller de nödvändiga kraven för att få utöva yrket som optiker, är motiverad av folkhälsoskäl.²⁸

proportionalitetsprincipen och av de skäl som angetts ovan, kan föreskriva att rätten att äga och driva apotek ska vara förbehållen apotekare.

B — Den andra tolkningsfrågan

89. Eftersom läkemedel är produkter som kan få allvarigare konsekvenser för hälsan än optikerprodukter och till och med kan leda till döden vid felaktig användning, anser jag att utlämningen av läkemedel bör omgärdas av särskilda garantier. Det framstår därför som legitimt att en medlemsstat vill uppnå en hög nivå på skyddet för folkhälsan genom att försöka upprätthålla kvaliteten och neutraliteten vid utlämning av läkemedel.

91. Den hänskjutande domstolen vill med denna fråga, för det fall att den första frågan besvaras jakande, få klarhet i huruvida en nationell myndighet enligt gemenskapsrätten, särskilt artikel 10 EG och principen om gemenskapsrättens ändamålsenliga verkan, har rätt och skyldighet att avstå från att tillämpa nationella bestämmelser som den anser strida mot gemenskapsrätten, även om det inte är fråga om en uppenbar överträdelse av gemenskapsrätten och domstolen inte har fastställt att bestämmelserna strider mot gemenskapsrätten.

90. Utlämnning av läkemedel kan inte, från folkhälsoskyddssynpunkt, jämföras med försäljning av optikartiklar och jag anser därför att en medlemsstat, utan att åsidosätta

92. Eftersom jag föreslår att domstolen ska besvara den första frågan nekande saknas anledning att besvara den andra frågan.

²⁷ — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 25 maj 1993 i mål C-271/92, LPO (REG 1993, s. I-2899), punkt 11.

²⁸ — *Ibidem*, punkt 13.

IV — Förslag till avgörande

93. Mot bakgrund av dessa överväganden föreslår jag att domstolen ska fastställa följande:

Artiklarna 43 EG och 48 EG ska tolkas så att de inte utgör hinder för en nationell lagstiftning enligt vilken endast apotekare får äga och driva apotek, eftersom en sådan lagstiftning är motiverad av målet att säkerställa en rationell läkemedelsförsörjning till befolkningen.