FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT M. POIARES MADURO
fremsat den 30. september 2009[1]

1. At apotekere, som fattes penge, kan forledes til at kompromittere deres faglige forpligtelser, er der ikke noget nyt i. Det har været en kendt sag, i det mindste lige siden Shakespeares Romeo overtalte en »ussel stymper« af en apoteker til at sælge ham gift med linjerne:

»[…] Jeg ser jo sulten i dine kinder,

nøden i dit blik,

foragt og tiggeri på nakken af dig;

er verden eller verdens lov din ven?

Der findes ingen lov, som gør dig rig;

tag pengene, bryd loven, bryd din armod« [2].

2. For at blive i Shakespeares ånd kan man sige, at kernen i denne sag drejer sig om, hvorvidt det for at sikre kvaliteten af farmaceutiske tjenesteydelser er nødvendigt, at nogle apotekere bliver rige. Myndighederne i den selvstyrende region Asturien, ligesom myndighederne i andre medlemsstater med lignende regler, begrunder primært deres regler, som fastsætter begrænsninger for åbning af nye apoteker, med behovet for at bevare de rette økonomiske incitamenter for at sikre den bredeste og bedst mulige tilvejebringelse af farmaceutiske tjenesteydelser. Det kræver, efter deres opfattelse, på den ene side, at de eksisterende apoteker beskyttes mod »farerne« ved konkurrence, og, på den anden side, at der tiltrækkes farmaceuter til mindre rentable områder ved at begrænse adgangen til de mest rentable. Der hersker efter min opfattelse ingen tvivl om, at de økonomiske betingelser, som en tjenesteydelse leveres under, kan påvirke måden, hvorpå den leveres. Det er berettiget, at en stat baserer sin lovgivning på sådanne omstændigheder, når den tjener til at forfølge et alment hensyn som f.eks. at beskytte den offentlige sundhed. På den anden side er det ikke tilstrækkeligt, at staterne blot påberåber sig en mulig forbindelse som begrundelse for deres regler. Lovgivning, som giver visse økonomiske aktører særlige økonomiske fordele i forhold til andre, skal undersøges grundigt. Spørgsmålet i den foreliggende sag er ikke let at besvare. På den ene side er beskyttelsen af folkesundheden af afgørende betydning, og Domstolen må acceptere medlemsstaternes afgørelser på dette komplekse område. På den anden side har Domstolen pligt til at afhjælpe situationer, hvor lokale politiske processer anvendes til at sikre lokale erhvervsdrivende lukrative

1 — Originalsprog: engelsk.
2 — William Shakespeare, *Romeo og Julie*, akt 5, scene 1.

fordele på bekostning af bl.a. statsborgere fra andre medlemsstater. Denne pligt kan ikke tilsidesættes, blot fordi en sag rejser spørgsmål om folkesundheden. Behovet for en upartisk dommer er størst i sager, hvor det ikke kun drejer sig om økonomisk vinding, men også om menneskers sundhed. Følgelig vil jeg i min besvarelse af de spørgsmål, som er rejst i den foreliggende sag, forsøge at afveje de to modsatrettede hensyn under hensyn til medlemsstaternes valg af politikker, og omhyggeligt undersøge deres gennemførelsesordning for tegn på ubehørig politisk indflydelse på grundlag af kravene om sammenhæng og konsekvens, således som disse er udviklet i Domstolens praksis for så vidt angår national lovgivning, som hindrer den frie bevægelighed.

I — De faktiske omstændigheder og den retlige ramme

3. Sagsøgerne i den foreliggende sag er begge spanske statsborgere, som er uddannede farmaceuter, men som ikke har apotekerbevilling. De har i flere år praktiseret ved et veterinærapotek. Da de ønsker at åbne deres eget apotek, har de anmodet den selvstyrende region Asturien i Spanien om tilladelse hertil. Sagsøgerne blev meddelt afslag på deres anmodning ved beslutning af 14. juni 2002 truffet af sundhedsministeriet i den selvstyrende region Asturien. Denne beslutning blev bekræftet af regeringen i den selvstyrende region Asturien den 10. oktober 2002. Sagsøgerne har anfægtet denne beslutning ved Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

4. Afgørelsen truffet af myndighederne i Asturien er baseret på dekret nr. 72/2001 af 19. juli 2001 om apoteker og apoteksudsalg i den selvstyrende region Asturien, som fastlægger et bevillingssystem, herunder visse begrænsninger for åbning af apoteker i den selvstyrende region, samt et system for tildeling af bevillinger blandt konkurrerende ansøgere. Sagsøgerne har gjort gældende, at dette dekret tilsidesætter deres frie etableringsret i henhold til artikel 43 EF. Som følge af den tvivl, der hersker om, hvorvidt dekretet er foreneligt med fællesskabsretten, har den forelæggende ret forelagt Domstolen følgende to præjudicielle spørgsmål:

»Er traktatens artikel 43 til hinder for bestemmelserne i artikel 2, 3 og 4 i dekret nr. 72/2001 af 19. juli 2001 om apoteker og apoteksudsalg i Asturien og i afsnit 4, 6 og 7 i bilaget til nævnte dekret? (sag C-570/07?)«

og

»Er artikel 43 [EF] til hinder for de bestemmelser, som er indeholdt i lovgivningen fra den selvstyrende region Asturien vedrørende bevilling til åbning af apoteker? (sag C-571/07?)«

5. Som anført ovenfor indeholder den anfægtede lovgivning begrænsninger for åbning af nye apoteker og fastsætter kriterier for tildeling af bevilling til åbning af et nyt apotek blandt flere konkurrerende ansøgere. De vigtigste begrænsninger består af en kvantitativ bestemmelse, som begrænser antallet af apoteker i et område på grundlag af befolkningstallet i området og en geografisk bestemmelse, som hindrer åbning af et apotek inden for en afstand af 250 meter fra et andet apotek. Bestemmelsernes ordlyd er som følger:

»*Artikel 2.* Befolkningstal

1. I hver apotekerzone skal antallet af apoteker svare til et befolkningstal på 2 800 indbyggere pr. apotek. Overskrides dette tal med 2 000 indbyggere, kan der åbnes et nyt apotek.

2. I alle primære sundhedszoner og i alle kommuner kan der være mindst et apotek.

Artikel 3. Beregning af befolkningstal

Med henblik på anvendelse af dette dekret beregnes befolkningstallet på grundlag af de seneste oplysninger fra folkeregistret.

Artikel 4. Minimumsafstande

1. Minimumsafstanden mellem apotekerne skal generelt være 250 meter, uafhængig af den apotekerzone, som de tilhører.

2. Denne minimumsafstand på 250 meter skal også overholdes i forhold til sundhedscentre i en hvilken som helst apotekerzone, hvad enten der er tale om offentlige sundhedscentre eller private sundhedscentre, som tilbyder ambulantpleje eller hospitalspleje, med eksterne konsultationer eller med skadestue, og uanset om disse sundhedscentre allerede er i drift eller er ved at blive opført.

Afstandskravet til et sundhedscenter finder ikke anvendelse i apotekerzoner, som kun har et apotek, eller i områder, hvor der på nuværende tidspunkt kun findes et apotek, og hvor det ikke er sandsynligt, at der vil blive åbnet nye apoteker.

I begge tilfælde er det nødvendigt at angive årsagerne til, at afstandskravet til et sundhedscenter ikke finder anvendelse« [3].

6. Lovgivningen fastsætter en række kriterier for udvælgelse af de ansøgere, som skal tildeles bevilling under ordningen. Ansøgerne gives point på grundlag af erhvervserfaring og undervisningserfaring ud fra en række kriterier. Der gives flere point for erhvervserfaring fra kommuner med færre end 2 800 indbyggere end for andre former for erhvervserfaring. Loven bestemmer også som følger:

»1. Forhold og kvalifikationer fastlagt i dette pointsystem skal dokumenteres ved officielle erklæringer fra offentlige myndigheder eller tilsvarende instanser.

2. Ved bedømmelse af erhvervs- og undervisningserfaring sker beregningen på grundlag af hele antal måneder, selv om arbejdsperioderne har været afbrudt. Afbrudte perioder sammenlægges til enheder af 21 dage eller 168 timer, som svarer til en måned, indtil det nævnte minimum nås.

3 — Dekret nr. 72/2001.

I tilfælde af deltidsbeskæftigelse beregnes kvalifikationerne for erhvervserfaring proportionelt ud fra den faktiske deltidsbeskæftigelse i forhold til fuldtidsbeskæftigelse.

3. I beregningen indgår ikke mere end en form for erhvervserfaring for den samme periode, medmindre der er tale om to deltidsbeskæftigelser.

4. I bedømmelsen indgår ikke erhvervserfaring som farmaceut og indehaver eller medindehaver af et apotek eller nogen anden form for kvalifikationer, hvis disse kvalifikationer allerede tidligere er blevet anvendt for at opnå en bevilling til åbning af et apotek.

5. I tilfælde af medejerskab af et apotek, og når der ikke er mere end to medindehavere, godskrives 50% af kvalifikationspointene for hver af medindehaverne. Er der mere end to medindehavere, indgår 50% af kvalifikationspointene for de to medindehavere med flest point og med færrest point.

6. Faglige kvalifikationer opnået i forbindelse med erhvervserfaring i den selvstyrende region Asturien forhøjes med 20%.

7. I tilfælde af flere ansøgere med det samme antal point tildeles bevillingerne i overensstemmelse med følgende prioritetsorden:

a) farmaceuter, som ikke har været indehavere af et apotek

b) farmaceuter, som har været indehavere af et apotek i apotekerzoner eller kommuner med et befolkningstal på under 2 800 indbyggere

c) farmaceuter, som har praktiseret i den selvstyrende region Asturien

d) farmaceuter med flest akademiske kvalifikationer« [4].

4 — Bilag: pointsystem over kvalifikationer for tildeling af apotekerbevillinger.

II — Bedømmelse

A — *Formaliteten*

7. Visse af parterne har anført, at denne sag ikke kan antages til realitetsbehandling, fordi sagsøgerne er spanske statsborgere, som anfægter spansk lovgivning. Det fremgår imidlertid af Domstolens faste praksis, at sager af denne art kan antages til realitetsbehandling [5]. Det tilkommer udelukkende den nationale ret at vurdere, om en præjudiciel afgørelse er nødvendig for, at den kan afsige dom [6]. Domstolen træffer afgørelse vedrørende et præjudicielt spørgsmål, medmindre det klart fremgår, at den af den nationale ret ønskede fortolkning eller vurdering savner enhver forbindelse til hovedsagen [7]. Den nationale ret kan have behov for en fortolkning af den pågældende fællesskabsret, også selv om de faktiske omstændigheder er rent interne, da »[e]n sådan besvarelse kan være anvendelig i tilfælde af, at den nationale lovgivning, i en sag som hovedsagen, kræver, at en indenlandsk producent skal have de samme rettigheder som dem, en producent fra en anden medlemsstat vil kunne støtte på fællesskabsretten i en tilsvarende situation« [8]. Som tidligere nævnt er denne tilgangsvinkel efter min opfattelse begrundet i lyset af den samarbejdsånd, der består mellem de nationale retter og Domstolen, og i behovet for at undgå, at anvendelsen af national ret i forbindelse med anvendelse af fællesskabsretten fører til ringere behandling af en medlemsstats egne statsborgere [9]. Domstolen bør derfor foretage den ønskede fortolkning af artikel 43 EF i den foreliggende sag.

B — *Om der foreligger en begrænsning af etableringsfriheden*

8. Fællesskabsretten begrænser ikke medlemsstaternes kompetence til selv at udforme deres sundheds- og sociale sikringsordninger [10]. Selv om apoteker er en handelsvirksomhed, udgør de også en del af sundhedssystemet. Som led i deres kompetence til at organisere sådanne systemer kan medlemsstaterne derfor træffe bestemmelser med

5 — Jf. dom af 5.12.2000, sag C-448/98, Guimont, Sml. I, s. 10663, præmis 23, af 5.3.2002, forenede sager C-515/99, C-519/99 — C-524/99 og C-526/99 — C-540/99, Reisch m.fl., Sml. I, s. 2157, præmis 26, af 11.9.2003, sag C-6/01, Anomar m.fl., Sml. I, s. 8621, præmis 41, af 30.3.2006, sag C-451/03, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti, Sml. I, s. 2941, præmis 29, af 5.12.2006, forenede sager C-94/04 og C-202/04, Cipolla m.fl., Sml. I, s. 11421, præmis 30, og af 31.1.2008, sag C-380/05, Centro Europa 7, Sml. I, s. 349, præmis 69.

6 — Jf. f.eks. Centro Europa 7-dommen, præmis 52.

7 — Jf. Centro Europa 7-dommen, præmis 53.

8 — Jf. Guimont-dommen, præmis 23.

9 — Jf. mit forslag til afgørelse i Centro Europa 7-sagen, punkt 30.

10 — Jf. dom af 19.5.2009, forenede sager C-171/07 og C-172/07, Apothekerkammer des Saarlandes m.fl., Sml. I, s. 4171, præmis 18, og af 11.9.2008, sag C-141/07, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 6935, præmis 22.

henblik på organisering af apoteker, ligesom de gør for andre sundhedstjenesteydelser [11].

9. Ved udøvelsen af denne kompetence skal medlemsstaterne imidlertid overholde de friheder, der er sikret ved traktaten, herunder etableringsfriheden [12]. Ifølge fast retspraksis er artikel 43 EF til hinder for enhver form for nationale regler, som ganske vist finder anvendelse uden forskelsbehandling på grundlag af nationalitet, men som kan gøre det vanskeligere eller mindre attraktivt for fællesskabsborgerne at udøve den i traktaten sikrede etableringsfrihed [13].

10. Indgreb i de grundlæggende frihedsrettigheder kommer ofte til udtryk som en hindring af adgangen til det nationale marked som følge af foranstaltninger, der beskytter markedsandele, som allerede etablerede erhvervsdrivende har opnået på det nationale marked [14]. Krav om forudgående tilladelse, der kun gør det muligt for visse erhvervsdrivende, der opfylder visse forudbestemte krav, at udøve en aktivitet, udgør en hindring [15]. Domstolen har fastslået, at »når en national lovgivning underlægger udøvelsen af et hverv en betingelse, der er knyttet til økonomiske og sociale behov for dette hverv, udgør det en hindring, for så vidt som hensigten er at begrænse antallet af tjenesteydere« [16]. På den baggrund har Domstolen fastslået, at en national lovgivning, hvorefter nye selvstændige ambulatorier for tandpleje kun kunne etableres, hvis de lokale myndigheder var af den opfattelse, at der var behov for yderligere klinikker, var en restriktion for etableringsfriheden [17]. Hindringer af denne art svarer til hindringer, som Domstolen tidligere har fastslået udgjorde en hindring for varernes frie bevægelighed ved at beskytte stillingen for de erhvervsdrivende, der er etableret på det nationale marked, hvorved produkter med oprindelse i andre medlemsstater hindres adgang til det nationale marked [18].

11. Anvendes disse standarder på lovgivningen i den foreliggende sag, hvorefter nye apoteker kun kan åbnes på betingelse af, at visse krav til beliggenhed og befolkningstal er opfyldt, er det åbenbart, at disse bestemmelser udgør en restriktion for etableringsfriheden. Ifølge disse krav er det kun muligt at åbne nye

11 — Jf. dommen i sagen Apothekerkammer des Saarlandes m.fl., præmis 18, og i sagen Kommissionen mod Tyskland, præmis 22.

12 — Jf. dommen i sagen Apothekerkammer des Saarlandes m.fl., præmis 18, og i sagen Kommissionen mod Tyskland, præmis 22 og 23.

13 — Jf. dommen i sagen Apothekerkammer des Saarlandes m.fl., præmis 22, og dom af 10.3.2009, sag C-169/07, Hartlauer, Sml. I, s. 1721, præmis 33.

14 — Jf. mit forslag til afgørelse i sagen Cipolla m.fl., punkt 59.

15 — Jf. dommen i sagen Apothekerkammer des Saarlandes m.fl., præmis 23, Hartlauer-dommen, præmis 34, og dom af 6.3.2007, forenede sager C-338/04, C-359/04 og C-360/04, Placanica m.fl., Sml. I, s. 1891, præmis 42.

16 — Jf. Hartlauer-dommen, præmis 36.

17 — Jf. Hartlauer-dommen, præmis 39.

18 — Jf. hertil mit forslag til afgørelse i de forenede sager C-158/04 og C-159/04, Alfa Vita Vassilopoulos og Carrefour-Marinopoulos, dom af 14.9.2006, Sml. I, s. 8135, punkt 47.

apoteker efter forudgående bevilling, og denne bevilling tildeles kun, hvis betingelserne med hensyn til beliggenhed og befolkningstal er opfyldt. De er direkte sammenlignelige med kravet i Hartlauer-dommen om, at der skulle foreligge et behov, før en ambulant klinik kunne åbnes. Er befolkningstallet ikke tilstrækkeligt stort til, at de nationale myndigheder mener, at der findes et behov for et nyt apotek, kan det ikke åbnes. Ved at fastfryse adgangen til markedet hindrer den pågældende foranstaltning dem, der ønsker at åbne et apotek i den selvstyrende region Asturien, fra at åbne et sådant og hindrer således statsborgere fra andre medlemsstater i at åbne et apotek.

C — Om en sådan restriktion kan være begrundet

12. At fastslå, at den nationale lovgivning begrænser etableringsfriheden, er kun det første skridt i undersøgelsen. Nationale foranstaltninger af den art kan være begrundede, hvis de opfylder fire betingelser. De skal »anvendes uden forskelsbehandling, de skal være begrundet i tvingende samfundsmæssige hensyn, de skal være egnede til at sikre virkeliggørelsen af det formål, de forfølger, og de må ikke gå ud over, hvad der er nødvendigt for at opnå formålet« [19].

1. Anvendelse, der ikke indebærer forskelsbehandling

13. Dekretets principielle bestemmelser om befolkningstal og minimumsafstande indebærer ikke forskelsbehandling. De gælder på samme måde for alle farmaceuter [20]. Det gælder også for det kriterium, som myndighederne i Asturien har fastsat med hensyn til vurdering af konkurrerende ansøgninger om bevilling til åbning af et apotek, som tilgodeser farmaceuter, der tidligere har arbejdet i underbetjente områder [21]. I princippet har alle farmaceuter, uanset deres oprindelse, den samme mulighed for at nyde godt af denne bestemmelse.

14. Kriteriet, hvorefter ansøgere, der har praktiseret i den selvstyrende region Asturien, tilgodeses [22], udgør imidlertid ulovlig forskelsbehandling på grundlag af nationalitet. Dette er tilfældet, selv om det, ligesom

19 — Jf. dom af 30.11.1995, sag C-55/94, Gebhard, Sml. I, s. 4165. Jf. også dom af 21.4.2005, sag C-140/03, Kommissionen mod Grækenland (Optikere), Sml. I, s. 3177.

20 — Jf. f.eks. dommen i sagen Kommissionen mod Tyskland, præmis 33.

21 — Jf. punkt 7(b) i bilaget til dekret 72/2001.

22 — Jf. punkt 6 og punkt 7(c) i bilaget til dekret 72/2001.

bestemmelsen, hvorefter farmaceuter fra underbetjente områder tilgodeses, ikke sondrer mellem national oprindelse, og en farmaceut fra en anden medlemsstat, som arbejder i Asturien, kan nye godt af den. Kriteriet indebærer forskelsbehandling, fordi erhvervserfaring opnået i Asturien tillægges en højere værdi end erhvervserfaring opnået i en anden medlemsstat [23]. Et sådant kriterium kan ikke begrundes i henhold til Domstolens praksis, da princippet om ligestilling af kvalifikationer opnået i en anden medlemsstat er afgørende for den frie bevægelighed.

15. Denne konklusion bliver ikke mindre korrekt af, at en sådan politik også stiller spanske farmaceuter fra andre områder end den selvstyrende region Asturien mindre fordelagtigt. Domstolen har klart fastslået, at det, for at der foreligger forskelsbehandling, »ikke [er] nødvendigt, at alle virksomheder i en medlemsstat stilles gunstigere end udenlandske virksomheder. Det er tilstrækkeligt, at den pågældende præferenceordning er til fordel for en indenlandsk tjenesteyder« [24]. Den omstændighed, at myndighederne i den selvstyrende region Asturien tilgodeser ansøgere, der har udøvet deres erhvervsvirksomhed i Asturien, stiller klart farmaceuter fra andre områder end den selvstyrende region Asturien, herunder fra andre medlemsstater samt farmaceuter fra Asturien, som har valgt at udøve deres frie etableringsret i andre medlemsstater, ringere [25]. En politik af denne art udgør en diskriminerende begrænsning af etableringsfriheden, der er i strid med traktaten.

16. Følgelig vil jeg i min vurdering af de øvrige elementer, der skal opfyldes, for at loven finder anvendelse, begrænse min analyse til de ikke-forskelsbehandlende elementer af loven.

2. Den almene interesse

17. Den almene interesse, som søges tilgodeset ved restriktionerne i form af krav om befolkningstal og geografisk beliggenhed, er beskyttelsen af folkesundheden ved at sikre levering af gode farmaceutiske tjenesteydelser i alle områder i den selvstyrende region Asturien. Beskyttelsen af den offentlige sundhed er uden tvivl et tvingende alment

23 — Jf. Gebhard-dommen, præmis 38. Det skal endvidere bemærkes, at den fordel, som farmaceuter med tidligere erfaring fra Asturien opnår, ikke står i forbindelse med målet om at fremme åbning af apoteker i mindre tætbefolkede områder, da den indrømmes alle farmaceuter, som er indehavere af et apotek i Asturien, uanset om de har bidraget til dette mål ved tidligere at have været indehaver af et apotek i et mindre tætbefolket område i Asturien.

24 — Jf. dommen i sagen Kommissionen mod Tyskland, præmis 38, og dom af 25.7.1991, sag C-353/89, Kommissionen mod Nederlandene (Mediawet), Sml. I, s. 4069, præmis 25.

25 — Jf. dom af 6.12.2007, sag C-456/05, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I. s. 10517, præmis 58. Jf. også dom af 7.5.1991, sag C-340/89, Vlassopoulou, Sml. I, s. 2357, og af 14.9.2000, sag C-238/98, Hocsman, Sml. I, s. 6623.

hensyn [26]. Mange af parternes argumenter er centreret om, hvilken ordning der beskytter den offentlige sundhed bedst, og, navnlig i den foreliggende sag, hvilken ordning der sikrer en størst mulig del af regionen gode farmaceutiske tjenesteydelser: en, der fremmer åbningen af apoteker og samtidig fremmer konkurrencen mellem dem, eller en, der begrænser åbningen af apoteker i tættere befolkede områder for at begrænse konkurrencen og fremme åbning af apoteker i mindre tætbefolkede egne af landet. Parterne henviser til modstridende oplysninger, herunder erfaringer fra forskellige medlemsstater, som begrundelse for, at deres ordning er bedst egnet til at sikre folkesundheden.

18. I den forbindelse mener jeg, at det er tilstrækkeligt at bemærke, at den enkelte medlemsstat har en skønsbeføjelse til at udarbejde sit eget system til beskyttelse af den offentlige sundhed, og at Domstolen har pligt til at tage rimeligt hensyn til medlemsstaten [27]. Dette er navnlig tilfældet, hvor manglen på politisk enighed understøttes af vigtige politiske forskelle fra medlemsstat til medlemsstat. Det faktum, at der i en medlemsstat gælder mindre strenge regler end dem, som anvendes i en anden medlemsstat, eller at en medlemsstat vægter et forhold højere end en anden medlemsstat, indebærer ikke i sig selv, at reglerne i denne medlemsstat er uforenelige med fællesskabsretten [28]. Domstolen har endvidere udtrykkeligt fastslået, at planlægningen af lægelige ydelser, herunder en jævn fordeling i medlemsstaten, er omfattet af denne skønsbeføjelse [29]. Endvidere har Domstolen fastslået, for så vidt angår lægemidler og lægelige ydelser, at fastsættelse af priser [30] og konkurrencebegrænsning [31] er teknikker, hvormed det folkesundhedsmæssige mål kan nås.

19. Formål af rent økonomisk art kan ikke begrunde begrænsninger af de grundlæggende frihedsrettigheder [32], men de kan være begrundet, hvis de er nødvendige for at sikre et økonomisk velfungerende sundhedssystem [33]. Navnlig kan »de økonomiske interesser, som ligger bagved formålet om at opretholde en stabil læge- og hospitalstjeneste, som alle har adgang til«, udgøre en passende almen interesse. Det kan bl.a. omfatte »[planlægning af]

26 — Jf. dommen i sagen Apothekerkammer des Saarlandes m.fl., præmis 27, Hartlauer-dommen, præmis 46, og dommen af 11.9.2008 i sagen Kommissionen mod Tyskland, præmis 46 og 47.

27 — Jf. dommen i sagen Apothekerkammer des Saarlandes m.fl., præmis 19.

28 — Jf. dom af 11.7.2002, sag C-294/00, Gräbner, Sml. I, s. 6515, præmis 46.

29 — Jf. dommen af 11.9.2008 i sagen Kommissionen mod Tyskland, præmis 61.

30 — Jf. dom af 11.12.2003, sag C-322/01, Deutscher Apothekerverband, Sml. I, s. 14887, præmis 122.

31 — Jf. dommen af 11.9.2008 i sagen Kommissionen mod Tyskland, præmis 59.

32 — Jf. fodnote 29 ovenfor.

33 — Jf. dom af 13.5.2003, sag C-385/99, Müller-Fauré og van Riet, Sml. I, s. 4509, præmis 73.

antallet af hospitaler, deres geografiske spredning, deres indretning og det udstyr, som de er forsynet med, eller endog karakteren af de lægelige ydelser, som de kan tilbyde, hvilken planlægning dels normalt forfølger formålet om at sikre, at der på den pågældende medlemsstats område er tilstrækkelig og vedvarende adgang til et afbalanceret udbud af hospitalsydelser af god kvalitet, dels at sikre en styring af omkostningerne og i videst mulig omfang undgå ethvert spild af økonomiske, tekniske og menneskelige ressourcer« [34]. På den baggrund konkluderer jeg, at sikringen af fordelingen af apoteker i hele regionen er et tvingende alment hensyn, og at medlemsstaten ikke har pligt til at bruge den frie konkurrence som et middel til at sikre farmaceutiske tjenesteydelser af høj kvalitet.

3. Om dekretet er egnet til at opnå de nævnte mål og ikke går ud over, hvad der er nødvendigt for at opnå disse mål

20. Der skal tages behørigt hensyn til den vurdering, som foretages af den nationale lovgivningsproces og tilsynsmyndighederne, hvis nærhed til de lokale forhold og specialiserede viden gør dem bedst egnet til at fastslå, på hvilken måde politikker til sikring af den almene interesse som f.eks. beskyttelsen af den offentlige sundhed opfyldes bedst, men hensyntagen til disse organer er ikke uden risici [35]. Nærheden kan også medføre, at særinteresser i området får en altafgørende indflydelse på disse enheders udformning af reglerne på bekostning af forbrugernes samt eventuelle udenlandske og indenlandske konkurrenters interesser. Der er navnlig grund til bekymring i tilfælde som den foreliggende sag, hvor den politik, som den lokale regering har valgt, giver etablerede erhvervsdrivende lukrative fordele på bekostning af nye markedsaktører.

21. I en sag som den foreliggende forstår man den stigende betydning, som kravet om konsekvens og sammenhæng har fået i Domstolens praksis ved undersøgelsen af, hvordan den nationale lovgivning forfølger sine mål. Kravet om sammenhæng og konsekvens indebærer, at »en national lovgivning kun kan sikre gennemførelsen af det påberåbte mål, hvis den faktisk forfølger formålet hermed på en konsekvent og systematisk måde« [36]. Dette krav gør det muligt for Domstolen at sondre mellem lovgivning, der faktisk forfølger et berettiget offentligt formål, og lovgivning, der måske oprindeligt havde til formål at forfølge et sådant mål, men som nu afspejler visse særinteresser. Det er et krav, som kan siges at

34 — Jf. dommen af 11.9.2008 i sagen Kommissionen mod Tyskland, præmis 60 og 61.

35 — Jf. dommen i sagen Apothekerkammer des Saarlandes m.fl., præmis 19.

36 — Jf. dommen i sagen Apothekerkammer des Saarlandes m.fl., præmis 42.

beskytte integriteten af forvaltningen, lovgivningsprocessen og behørigt politisk ansvar. Dette krav spiller efter min opfattelse en vigtig rolle for den vurdering, der skal foretages i den foreliggende sag.

22. I Hartlauer-dommen godkendte Domstolen således statens argument om, at det kunne være nødvendigt at begrænse antallet af lægepraksiser med det formål at opnå et velfungerende sundhedssystem. Den fastslog dog også, at lovgivningen ikke reelt afspejlede ønsket om at nå målet, fordi selvstændige ambulatorier og fællespraksiser kan udøve den samme påvirkning, og lovgivningen kun omfattede førstnævnte. Tilsvarende satte Domstolen i Corporación Dermoestética-dommen ikke spørgsmålstegn ved, om begrænsninger af tv-reklamer for medicinske og kirurgiske produkter var berettiget af hensyn til den offentlige sundhed, men fastslog, at den pågældende lovgivning ikke var begrundet, fordi den kun fandt anvendelse på nationale og ikke lokale tv-stationer [37]. I modsætning hertil lagde Domstolen stor vægt på bestemmelsernes formodede sammenhæng og konsekvens, da den fastslog, at tyske bestemmelser, hvorefter apoteker skal være ejet af apotekere, og hospitaler udelukkende måtte erhverve lægemidler fra lokale apoteker, var begrundede [38].

23. Domstolen har anvendt samme fremgangsmåde på andre følsomme områder. Hvad angår f.eks. spil har Domstolen fastslået, at visse strenge begrænsninger for antallet af spillelicenser, som en stat kan udstede, kun var begrundet, hvis de var sammenhængende og konsekvente i lyset af målet om at mindske kriminelle og bedrageriske aktiviteter ved at tilskynde spillere til at gå over til autoriserede lokaliteter [39]. Domstolen fandt, at hvis antallet af licenser var sat så lavt, at de autoriserede spiludbydere ikke var et attraktivt alternativ til de uautoriserede udbydere, ville lovgivningen ikke opfylde dette krav [40].

24. Følgelig skal det vurderes, i hvilket omfang lovgivningen reelt på en konsekvent og sammenhængende måde fremmer de mål, som ifølge medlemsstaten begrunder den. Medlemsstaten har anført to hovedbegrundelser for begrænsningerne. For det første har den gjort gældende, at en begrænsning af adgangen til markedet sikrer adgang til farmaceutiske tjenesteydelser af høj kvalitet. For det andet har den gjort gældende, at

37 — Jf. dom af 17.7.2008, sag C-500/06, Corporación Dermoestética, Sml. I, s. 5785, præmis 37-39.

38 — Jf. dommen af 11.9.2008 i sagen Kommissionen mod Tyskland, præmis 51-57, og i sagen Apothekerkammer des Saarlandes m.fl., præmis 41-50.

39 — Jf. Placanica-dommen, præmis 55.

40 — Jf. Placanica-dommen, præmis 55.

begrænsningerne på grundlag af befolkningstal og beliggenhed sikrer universel adgang til apoteker ved at tvinge dem til at sprede sig i hele området. Jeg vil behandle disse argumenter hver for sig.

a) Kvaliteten af farmaceutiske tjenesteydelser

25. Det første argument, som spillede en central rolle under drøftelserne i de nylige sager Apothekerkammer des Saarlandes m.fl. og Kommissionen mod Italien [41], der vedrørte tyske og italienske krav om, at apoteker skal drives af farmaceuter, spiller en mindre afgørende rolle i den foreliggende sag. Nogle af parterne har dog fremsat argumentet, som synes at være forbundet med risikoen for, at øget konkurrence mellem apoteker med et populært udtryk kan forlede farmaceuter til at »skære hjørner«.

26. Først vil jeg bemærke, at staten bærer bevisbyrden for at godtgøre, at foranstaltningen er hensigtsmæssig og nødvendig for levering af tjenesteydelser af højere kvalitet [42]. Når bortses fra Shakespeare synes der ikke at være noget dokumenteret grundlag for at sige, at øget konkurrence vil forlede farmaceuter til at sænke kvaliteten af deres tjenesteydelser. Jeg kan i denne forbindelse ikke lade være med at bemærke, at der er en grad af inkonsekvens i den logiske begrundelse, der ligger til grund for store dele af visse af parternes og medlemsstaternes argumentation. På den ene side fremstilles farmaceuter som erhvervsdrivende, der hovedsageligt er motiveret af økonomiske interesser og derfor kun ønsker at praktisere i tætbefolkede områder, og at de, hvis de udsættes for konkurrence, er rede til at lade disse økonomiske interesser gå forud for deres professionelle forpligtelser. På den anden side antages farmaceuter, hvis de befinder sig i en »monopolstilling« i et tætbefolket område, at udøve deres virksomhed under iagttagelse af deres professionelle forpligtelser og med det hovedsagelige formål at tilvejebringe farmaceutiske tjenesteydelser af høj kvalitet. I flere af parternes argumenter synes begrebet konkurrence at forvandle helgener til syndere.

27. Endvidere skal det erindres, at farmaceutiske tjenesteydelser har ændret sig væsentligt. Tidligere »blandede« farmaceuten selv medicinen. I dag udleverer farmaceuten kun medicin, der er »blandet« et andet sted og er underlagt strenge retlige krav, herunder f.eks. om, hvorvidt et lægemiddel kan udleveres

41 — Jf. dom af 19.5.2009, sag C-531/06, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 4103.

42 — Jf. Deutscher Apothekerverband-dommen, præmis 123.

uden recept. Domstolen har anerkendt dette ved at godkende salg af ikke-receptpligtige lægemidler via internettet [43]. Følgelig mener jeg ikke, at medlemsstaten har godtgjort, at konkurrencebegrænsning er nødvendig eller forholdsmæssig i forhold til målet om at tilvejebringe farmaceutiske tjenesteydelser af høj kvalitet.

28. Det må anerkendes, at Domstolen i sin nyere praksis i dommen i sagen Apothekerkammer des Saarlandes m.fl. og i sagen Kommissionen mod Italien, som omhandler nationale bestemmelser, hvorefter kun farmaceuter må eje apoteker, har fastslået, at behovet for at sikre pålidelig og kvalitetsmæssig lægemiddelforsyning til befolkningen kan begrunde begrænsninger i adgangen til at eje apoteker [44]. Disse sager vedrørte dog farmaceuternes erhvervsmæssige uddannelse, erfaring og ansvar, som Domstolen fandt kunne medføre, at farmaceuternes profitsøgning blev modereret af andre erhvervsmæssige interesser [45]. Endvidere har Domstolen godkendt denne begrænsning på grundlag af den antagelse, at lægemidler forhandles af reelt fagligt uafhængige farmaceuter [46]. Denne uafhængighed er en følge af deres faglige forpligtelser og den omstændighed, at de er adskilt fra produktion og distribution af de varer, som de sælger i deres apotek [47], hvilket gør det muligt for dem at modstå pres om at tilskynde til overforbrug af lægemidler i større omfang end personer, der ikke er farmaceuter, og sikrer, at den pågældende begrænsning reelt tjener et relevant mål om at beskytte den offentlige sundhed.

29. Denne tankegang støtter faktisk argumentet om, at lovgivningen i Asturien ikke er forenelig med fællesskabsretten. Da farmaceuter i Asturien skal levere en ydelse på et vist niveau, ikke kun ifølge loven, men også som følge af deres faglige forpligtelser, er der meget lidt grund til at frygte, at konkurrence vil få dem til at sænke niveauet for deres ydelser og derved tilsidesætte deres retlige og etiske pligt. Hvis yderligere beskyttelse var nødvendig for, at farmaceuter skulle opfylde deres faglige forpligtelser, ville Domstolen i dommen i sagen Apothekerkammer des

43 — Jf. Deutscher Apothekerverband-dommen.

44 — Jf. dommen i sagen Apothekerkammer des Saarlandes m.fl., præmis 28 og 39, og i sagen Kommissionen mod Italien, præmis 52.

45 — Jf. dommen i sagen Apothekerkammer des Saarlandes m.fl., præmis 37-39.

46 — Ibidem, præmis 33-37.

47 — Denne adskillelse fra fabrikanter og grossister af lægemidler er efter min opfattelse og i lyset af Domstolens tidligere praksis den væsentligste begrundelse for, at Domstolen godkendte reglerne, hvorefter kun farmaceuter må drive apoteker. Jf. præmis 40, hvor Domstolen anfører, at en farmaceut, som er ansat af en fabrikant eller grossist af lægemidler, kan mangle den fornødne uafhængighed. Som følge heraf kan sådanne regler kun opfylde kravene om konsekvens og sammenhæng, som foreskrives af fællesskabsretten, hvis farmaceuternes uafhængighed fra fabrikanter og grossister af lægemidler er garanteret.

Saarlandes og i sagen Kommissionen mod Italien ikke have kunnet konkludere, at kravet om, at kun farmaceuter må eje apoteker, er hensigtsmæssigt for at opnå målet om at yde en behandling af høj kvalitet.

b) Sikring af en bred og geografisk jævn fordeling af apoteker

30. Et vægtigere argument, som parterne, der er fortalere for dekretet, har fremført, vedrører behovet for at sikre en bred og geografisk jævn fordeling af apoteker, med andre ord i videst muligt omfang at sikre, at hele befolkningen har adgang til farmaceutiske tjenesteydelser. Det er nødvendigt at sondre mellem de to kriterier, der lægges til grund for at nå dette mål: kravet om befolkningstal og kravet om en minimumsafstand mellem apotekerne. Det skal vurderes, om hvert enkelt af disse kriterier er egnet til at nå målet om geografisk fordeling, og om de går ud over, hvad der er nødvendigt for at nå dette mål.

31. Et krav om det højest tilladte befolkningstal ville i princippet være egnet til at opfylde målet om en bred fordeling af apoteker. Ved at begrænse farmaceuters mulighed for at åbne apoteker i mere rentable byområder får bestemmelsen dem til at søge andre muligheder. Det er dog ikke en automatisk følgevirkning. Hvis det var rentabelt for farmaceuter at åbne et apotek i mindre tætbefolkede områder, ville de med al sandsynlighed gøre det uafhængigt af geografiske restriktioner. Antallet af nyåbnede apoteker ville afhænge direkte af, hvor let det var at åbne et apotek, og af, hvor stor konkurrencen om markedsandele i tættere befolkede områder var. Hvis problemet derimod, som visse af parterne har anført, ligger i, at sandsynligheden for at skabe overskud i mindre tætbefolkede områder er lav, er der en risiko for, at slet ingen ville være interesserede i at åbne et apotek i et sådant område. Hvorfor skulle nogen være interesserede i at drive en tabsgivende virksomhed, bare fordi han eller hun ikke har adgang til at udøve en overskudsgivende virksomhed? At begrænse åbningen af apoteker i tættere befolkede områder vil ikke opfylde kravet om sammenhæng og konsekvens i forfølgelsen af det offentlige mål. Kun hvis begrænsningen af åbningen af apoteker i tættere befolkede områder hænger sammen med begunstigelsen af dem, som tidligere har haft et apotek i mindre tætbefolkede områder, giver systemet som helhed mening. Ved at tilgodese farmaceuter, som tidligere har drevet et apotek i et område med færre end 2 800 indbyggere, skaber dekretet et incitament for

farmaceuter til at drive et apotek i underbefolkede områder, som måske ellers ikke ville have haft et apotek, idet deres chancer for at blive tildelt en apotekerbevilling i tættere befolkede områder (som begrænsningerne gør mere rentable) på et senere tidspunkt derved stiger. Det er sandsynligt, at udsigterne til at blive tildelt apotekerbevilling i et tætbefolket område under omstændigheder, hvor andre vil være forhindret i at åbne et konkurrerende apotek, vil kunne tilskynde farmaceuter til, i en periode, at drive apotek i underbefolkede områder. Som visse af parterne, der er fortalere for den nuværende ordning, anerkendte på retsmødet, er det udsigten til en monopolagtig stilling i et tætbefolket område, der får farmaceuter til at acceptere at starte med at drive et apotek i mindre tætbefolkede områder. Det vil dog kun være tilfældet, hvis åbningen af et apotek i et underbefolket område rent faktisk kommer dem, som driver disse apoteker, til gode ved tildelingen af bevillinger i tætbefolkede områder.

32. Som nævnt ovenfor er det nødvendigt at se nærmere på dekretets sammenhæng og konsekvens for at sikre, at det reelt fremmer dette mål og ikke er et resultat af allerede etablerede farmaceuters ubehørige indflydelse på udformningen af reglerne [48]. To aspekter af dekretet vækker bekymring. For det første skal et system af denne art begunstige dem, som åbner et apotek i underbetjente områder, i forhold til dem, som blot afventer muligheden for at kunne åbne et apotek i et lukrativt område. Bilagets punkt 7 tilgodeser dog dem, som ikke har apotekerbevilling frem for dem, som har bevilling til at drive apotek i områder med et befolkningstal på under 2 800 indbyggere. Endvidere fremgår det af bilagets punkt 4, at en farmaceut, som åbner apotek i et underbetjent område, ikke kan lægge sin tidligere faglige erfaring til grund ved ansøgning om åbning af et andet apotek. Virkningen af disse bestemmelser opvejes en smule af bestemmelsen i bilagets punkt 1, litra a), hvorefter der gives flere point for at have erhvervserfaring fra et underbetjent område. Disse aspekter rejser imidlertid spørgsmål om bestemmelsens sammenhæng og konsekvens.

33. For det andet er det, for at bestemmelserne reelt forfølger målet om universel dækning, nødvendigt, at bevillingerne i tætbefolkede områder tildeles til dem, der har udøvet

48 — Jf. dom af 7.12.2000, sag C-324/98, Telaustria og Telefonadress, Sml. I, s. 10745, af 21.7.2005, sag C-231/03, Coname, Sml. I, s. 7287, af 13.10.2005, sag C-458/03, Parking Brixen, Sml. I, s. 8585, af 6.4.2006, sag C-410/04, ANAV, Sml. I, s. 3303, af 13.9.2007, sag C-260/04, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 7083, og af 17.7.2008, sag C-347/06, ASM Brescia, Sml. I, s. 5641.

deres virksomhed i mindre tætbefolkede områder, når indehaverne af de mere lukrative bevillinger i tætbefolkede områder ønsker at ophøre med at drive deres apotek. Et system, der giver indehavere af apotekerbevillinger i tætbefolkede områder en ejendomsret til disse bevillinger og tillader dem at sælge eller overføre disse bevillinger til personer efter deres eget valg, begrænser antallet af bevillinger, som kan opnås af de farmaceuter, der har »aftjent deres værnepligt« i underbefolkede områder. Det indebærer, at de, der ønsker at flytte fra et apotek i et mindre tætbefolket område til et apotek i et tætbefolket område er nødt til at betale en pris for den pågældende bevilling — en pris, som vil være pustet op for at tage højde for den ekstra fortjeneste, som den omstændighed, at åbningen af konkurrerende apoteker er begrænset, gør det muligt for et sådant apotek at oppebære [49]. Et sådant system underminerer den incitamentsstruktur, som ligger til grund for begrænsningen af åbningen af apoteker for at fremme åbningen af apoteker i underbefolkede områder. Endvidere beriger et sådant system individuelle farmaceuter som følge af konkurrencebegrænsningen i apotekssektoren, hvilket netop er et eksempel på den ubehørige indflydelse på udformningen af reglerne, som de ved EF-traktaten sikrede grundlæggende rettigheder har til formål at bekæmpe. Begrænsninger i den frie etableringsret skal være begrundet i kravene om almenhedens interesse og må ikke være et instrument til privat berigelse.

34. Hvad angår spørgsmålet, om kravet om befolkningstallet, hvis det havde været bedre udformet med henblik på at gøre lukrative monopoler i tætbefolkede områder tilgængelige for apotekere i landområder, ville gå ud over, hvad der er nødvendigt, bemærker jeg, at parterne ikke har foreslået nogen andre ordninger, som klart bør foretrækkes. Kommissionen har anført, at frem for at fastsætte en grænse for det højeste antal apoteker, bør Asturien give hver farmaceut mandat til et mindsteantal apoteker og indstille åbningen af nye apoteker, indtil denne minimumsbetingelse er opfyldt. Et sådant system skaber dog et fælles incitamentsproblem. Ingen vil have incitament til at åbne et mindre lukrativt apotek i et landområde. Forslaget synes derfor ikke at være egnet til at skabe en stor stigning i antallet af apoteker i underbefolkede områder. Kommissionen har henvist til Navarra, hvor en sådan plan blev midlertidigt indført. Navarra-planen blev ændret, således at der blev fastsat et maksimalt antal apoteker, hvilket bl.a. indebar, at flere af de mindste lokalsamfund i Navarra mistede deres apoteker under denne plan, og jeg kan derfor ikke fastslå, at myndighederne i Asturien gik ud

49 — Det blev anført under retsmødet, at visse personer har betalt meget høje beløb for en apotekerbevilling i tætbefolkede områder. Den omstændighed, at en bevilling kan indbringe så høje pengesummer, indebærer, at et system, der i udgangspunktet blev indført som et middel til at opnå et geografisk afbalanceret system af apoteker, er blevet til et rent økonomisk marked, som til en vis grad ikke længere har noget med det oprindelige mål at gøre. Det er åbenbart, at en liberalisering af et sådant system vil kunne påvirke dem negativt, som har betalt betydelige summer for en bevilling, hvis værdi er blevet oppustet af de restriktive foranstaltninger, som myndighederne i Asturien har indført. Det har imidlertid altid været således, at hvis fællesskabsretten har den virkning at begrænse restriktioner af de grundlæggende friheder, kan en sådan liberalisering påvirke dem negativt, der tidligere var begunstiget af de pågældende restriktioner. I Centro Europa 7-dommen fastslog Domstolen f.eks., at indehavere af radiofrekvenser efter fællesskabsretten skulle indrømmes ret til at sende på de frekvenser, de havde fået tildelt i henhold til den nationale licenslovgivning, uanset hvilken indflydelse dette ville have på de »faktiske indehavere« af de samme frekvenser (jf. dommens præmis 40 og 108-116). Hvorvidt de, der har investeret på markedet ud fra visse forventninger om, hvordan markedet var reguleret, i denne type af sager kan gøre et retligt krav gældende mod staten, er et klassisk spørgsmål vedrørende national ret, som det ikke tilkommer Domstolen at besvare.

over deres skønsbeføjelser ved ikke at vedtage denne model.

35. Det er også blevet fremført, at en fuldt liberaliseret model har fungeret godt i andre medlemsstater [50]. Dette spørgsmål er dog meget omtvistet mellem parterne, og som anført ovenfor var beviserne herfor modstridende. Under disse omstændigheder er jeg af den opfattelse, at et system, som begrænser åbningen af nye apoteker i tættere befolkede områder med det formål at fremme åbningen af apoteker i mindre tætbefolkede områder, ville være begrundet, hvis det var udformet på en sammenhængende og konsekvent måde. Af ovennævnte grunde er dette dog ikke tilfældet for det system, som Asturien har indført.

36. Hvad angår det geografiske krav om, at et apotek ikke må åbnes inden for en afstand af 250 m til et andet eller inden for en afstand af 250 m til et offentligt sundhedscenter, vil jeg først undersøge, om dette krav er egnet til at opnå målet om fordeling af apotekerne i hele området. For det første er det åbenbart, at en sådan politik fremmer denne fordeling ved at sikre, at apotekerne ikke grupperer sig i små centrale forretningsområder eller tæt på sundhedscentre, mens andre områder må undvære et apotek. Afstandskravet er ikke fuldt ud konsekvent, da det ikke finder anvendelse i apotekerzoner, som kun har et apotek [51]. Denne undtagelse underminerer dog ikke bestemmelsens tilstrækkelighed, da klyngedannelse ikke er aktuelt i områder med kun et apotek. Endvidere må det anerkendes, at forretningsområdet i så små zoner kan være så lille, at det ellers ikke er muligt for apotekerne at sprede sig.

37. Den anden begrundelse er, at dette krav øger indtjeningsmuligheden for apoteker i landområder, hvorved incitamentet øges for farmaceuter til at drive apotek i et underbetjent område for på et senere tidspunkt at opnå bevilling til at drive apotek i et tætbefolket område. Hvad angår dette mål er kravet blevet anvendt konsekvent og sammenhængende. Parterne har ikke fremlagt bevis for, at der for nylig skulle være indrømmet

50 — Jf. indlæg afgivet på vegne af Blanco Pérez, Chao Gómez og Plataforma para la libre apertura de farmacias, side 38 (spansk version); jf. også Kommissionens skriftlige indlæg, s. 27 og 28 (spansk version).

51 — Artikel 4, stk. 2.

undtagelser, som underminerer formålet med bestemmelsen.

38. Om afstandskravet på 250 meter går ud over, hvad der er nødvendigt for at nå dette mål, er vanskeligere at tage stilling til. Visse af parterne har anført, at denne afstand er forældet og uhensigtsmæssig med den højere befolkningstæthed, som findes i mange områder i dag. Dette krav kan også være til fordel for visse apoteker, som har eksisteret igennem lang tid, og som har opnået en god markedsstilling, på bekostning af andre apoteker i byområder, hvorved den potentielle indtjening for de fleste af de farmaceuter, som vælger at drive apotek i et vist tidsrum i et underbefolket område, falder. Vurderingen af dette krav afhænger af mange faktorer, f.eks. befolkningstætheden og befolkningsfordelingen i et lokalsamfund, og Domstolen råder ikke over tilstrækkelige oplysninger til at kunne tage stilling til dette spørgsmål. Det tilkommer den nationale ret i lyset af sin større viden om de omstændigheder, der gør sig gældende i Asturien, at tage stilling til dette spørgsmål under hensyntagen til graden af indgreb i etableringsretten, arten af de almene hensyn, som påberåbes, og i hvor høj grad universel dækning i lyset af antallet og fordelingen af apoteker og befolkningsfordelingen i Asturien vil kunne opnås gennem mindre restriktive foranstaltninger.

III — Forslag til afgørelse

39. I lyset af det ovenstående foreslår jeg Domstolen at besvare de forelagte spørgsmål som følger:

— »Artikel 43 EF er til hinder for en national lovgivning som den i hovedsagen omhandlede, hvorefter det er nødvendigt at opnå bevilling for at kunne åbne et nyt apotek, og som tilgodeser dem, som har praktiseret i en del af medlemsstatens område.