# JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
# M. POIARES MADURO
# 30 päivänä syyskuuta 2009[1]

1. Huoli siitä, että apteekkareiden rahanhimo saattaa vaarantaa heidän ammatillisten velvoitteidensa täyttämisen, ei ole uusi. Se on aiheuttanut huolta ainakin siitä lähtien, kun Shakespearen Romeo taivutteli ”köyhän konnan” eli apteekkarin myymään itselleen myrkkyä seuraavin sanamuodoin:

– – Poskia syö nälkä,

puute ja ahdinko riuduttavat katseen,

harteita painaa halveksunta, köyhyys.

Tämä maailma ei ole ystäväsi,

sinulle eivät sen lait suo rikkautta.

Riko laki, ota rahat, heitä köyhyys. [2]

2. Shakespearea mukaillen voitaisiin sanoa, että nyt käsiteltävän asian kohteena on se, missä määrin apteekkipalvelujen laadun takaaminen edellyttää sitä, että jotkut apteekkarit rikastuvat. Asturian viranomaiset, samoin kuin sellaisten muiden jäsenvaltioiden viranomaiset, joilla on samanlaisia sääntöjä, perustelevat näet sääntöjään, joilla rajoitetaan uusien apteekkien perustamista, lähinnä tarpeella säilyttää oikeat taloudelliset kannustimet laajimpien ja parhaimpien mahdollisten apteekkipalvelujen tarjoamista varten. Niiden mielestä tämä edellyttää yhtäältä olemassa olevien apteekkien suojelemista kilpailun ”vaaroilta” ja toisaalta apteekkareiden houkuttelemista vähemmän tuottaville alueille rajoittamalla pääsyä kannattavimmille alueille. Ei ole epäilystäkään siitä, että taloudelliset edellytykset, joissa palveluja tarjotaan, voivat vaikuttaa näiden palvelujen tarjoamiseen. On hyväksyttävää, että valtiot perustavat sääntelynsä tällaisiin näkökohtiin, jos ne ovat keino tavoitella kansanterveyden suojelun kaltaista yleisen edun mukaista päämäärää. Toisaalta ei riitä, että valtiot vain vetoavat tähän mahdolliseen yhteyteen perustellakseen mitä tahansa sääntöjään. Lainsäädäntö, jolla tarjotaan erityisiä taloudellisia etuja joillekin taloudellisille toimijoille muihin nähden, on tutkittava tarkasti. Tässä tapauksessa tähän kysymykseen ei ole helppoa vastausta. Yhtäältä ihmisten terveyden suojeleminen on äärimmäisen tärkeää, ja yhteisöjen tuomioistuimen on mukauduttava arviointeihin, joita jäsenvaltiot ovat tehneet tällä monitahoisella alueella. Toisaalta on yhteisöjen tuomioistuimen tehtävänä korjata tilanteet, joissa paikallisia poliittisia prosesseja on käytetty antamaan tuottoisia etuja vakiintuneille paikallisille yrityksille muun muassa muiden

1 – Alkuperäinen kieli: englanti.

2 – William Shakespeare, *Romeo ja Julia*, viides näytös, ensimmäinen kohtaus; WSOY, Juva, 2006, suomennos Marja-Leena Mikkola.

jäsenvaltioiden kansalaisten kustannuksella. Tästä velvollisuudesta ei voida luopua yksinomaan sillä perusteella, että asiaan liittyy kansanterveydellisiä kysymyksiä. Puolueettoman tuomarin tarve on näet suurin silloin, kun panoksena on taloudellisen hyödyn lisäksi myös ihmisten terveys. Vastatessani nyt käsiteltävässä asiassa esitettyihin kysymyksiin pyrin siis tasapainottamaan kilpailevia intressejä, sekä siten, että jätän poliittiset valinnat jäsenvaltioiden tehtäväksi, että siten, että tutkin tarkasti niiden täytäntöönpanojärjestelyt löytääkseni merkkejä poliittisten prosessien hyväksikäytöstä tarkastelemalla johdonmukaisuutta ja järjestelmällisyyttä koskevia vaatimuksia, jotka on kehitetty yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännössä vapaata liikkuvuutta estävän kansallisen lainsäädännön osalta.

## I Asiaa koskevat tosiseikat ja oikeudelliset seikat

3. Molemmat nyt käsiteltävien asioiden kantajat ovat Espanjan kansalaisia, joilla on proviisorin pätevyys mutta jotka eivät ole saaneet apteekkilupaa. He ovat harjoittaneet ammattiaan useita vuosia eläinlääkkeitä myyvissä apteekeissa. Koska he pyrkivät harjoittamaan toimintaansa omassa apteekissaan, he haluaisivat saada luvan perustaa uuden apteekin Espanjan Asturian itsehallintoalueelle. Lupa evättiin kantajilta Asturian itsehallintoalueen terveydenhoitoasioiden ministeriön 14.6.2002 tekemällä päätöksellä. Asturian hallitus vahvisti päätöksen 10.10.2002. Kantajat ovat nostaneet tästä päätöksestä kanteen Tribunal Superior de Justicia de Asturiasissa.

4. Asturian viranomaisten päätökset perustuvat apteekeista ja sivuapteekeista Asturian itsehallintoalueella 19.7.2001 annettuun asetukseen nro 72/2001, jolla otetaan käyttöön lupajärjestelmä, johon sisältyy tiettyjä rajoituksia, jotka koskevat apteekkien perustamista itsehallintoalueelle, sekä järjestelmä, joka koskee lupien myöntämistä kilpaileville hakijoille. Kantajat väittävät, että tämä asetus loukkaa heidän oikeuttaan EY 43 artiklassa tarkoitettuun sijoittautumisvapauteen. Koska asetuksen laillisuuteen liittyy epäilyksiä yhteisön oikeuden kannalta, kansallinen tuomioistuin on esittänyt yhteisöjen tuomioistuimelle seuraavat kaksi kysymystä:

”Ovatko Decreto 72/2001, de 19 de julio del Principado de Asturias, regulador de las Oficinas de Farmacia y Botiquines -nimisen asetuksen (apteekeista ja sivuapteekeista 19.7.2001 annettu asetus nro 72/2001) 2, 3 ja 4 § ja tämän asetuksen liitteessä olevat 4, 6 ja 7 kohta ristiriidassa EY 43 artiklan kanssa?” (asia C-570/07)

”2 § Väestöryhmät

1. Kullakin lääkehuollon alueella on yksi apteekki kutakin 2 800 asukkaan ryhmää kohti. Asukasmäärältään tätä suuremmilla alueilla uusi apteekki voidaan perustaa kutakin 2 000 asukasta kohden.

ja

”Onko apteekkilupia koskeva Asturian itsehallintoalueen lainsäädäntö ristiriidassa EY 43 artiklan kanssa?” (asia C-571/07)

2. Kussakin terveydenhuoltopiirissä ja kunkin kunnan alueella voi olla ainakin yksi apteekki.

5. Kuten edellä todettiin, riidanalaisessa lainsäädännössä rajoitetaan uusien apteekkien perustamista ja vahvistetaan perusteet, joita käytetään uusista apteekkiluvista kilpailevien hakijoiden paremmuusjärjestyksen arvioimiseksi. Tärkeimpiä rajoituksia ovat määrällinen rajoitus, jolla rajoitetaan alueella olevien apteekkien lukumäärää kyseisen alueen väestömäärän perusteella, ja maantieteellinen rajoitus, jonka mukaan apteekkia ei saa perustaa lähemmäksi kuin 250 metrin etäisyydelle toisesta apteekista. Säännökset ovat seuraavat:

3 § Väestön laskenta

Tätä asetusta sovellettaessa väestö lasketaan kunnan viimeisimpiin väestörekisterilukuihin perustuvien tietojen mukaan.

4 § Vähimmäisetäisyydet

1. Apteekkiliikkeiden välinen vähimmäisetäisyys on pääsäännön mukaan 250 metriä siitä riippumatta, mille lääkehuollon alueelle apteekit kuuluvat.

2. Tämä 250 metriä on vähimmäisetäisyys myös lääkehuollon alueella toimiviin terveyskeskuksiin nähden. Terveyskeskuksilla tarkoitetaan tässä julkisia terveyskeskuksia tai yksityisiä sopimusperusteisesti terveydenhoitopalveluja tarjoavia keskuksia, jotka tarjoavat avo- tai laitoshoitoa, kotikäyntipalveluja tai joissa on ensiapupalvelu, olivatpa ne toiminnassa tai vasta rakennusvaiheessa.

Vaatimusta tietystä etäisyydestä terveyskeskuksiin nähden ei sovelleta sellaisilla lääkehuollon alueilla, joilla on vain yksi apteekki, eikä paikkakunnilla, joilla on yksi apteekki eikä alueen erityispiirteiden vuoksi ole oletettavaa, että sinne perustettaisiin uusia apteekkeja.

Kummassakin edellä mainitussa tapauksessa on esitettävä perusteet sille, minkä vuoksi apteekin ja terveyskeskuksen vähimmäisetäisyyttä koskevaa vaatimusta ei sovelleta.” [3]

6. Lainsäädännössä vahvistetaan erilaisia perusteita, joita käytetään uusista apteekkiluvista kilpailevien hakijoiden arvioimiseksi. Ammatilliselle ja koulutuskokemukselle annetaan pisteitä usein eri perustein. Ammatillisesta kokemuksesta, joka on hankittu paikkakunnilla, joiden asukasmäärä on vähemmän kuin 2 800, annetaan enemmän pisteitä kuin muuntyyppisestä toiminnasta. Asetuksessa säädetään myös seuraavaa:

”1. Tässä asteikossa tarkoitetut seikat ja ansiot katsotaan pätevästi osoitetuiksi kyseessä olevan viranomaisen tai muun vastuuhenkilön myöntämien virallisten todistusten perusteella.

2. Ammattikokemus, joka on saatu ammatin harjoittamisesta ja koulutustehtävistä, otetaan huomioon täysinä kuukausina silloinkin, kun työskentelyjaksoissa on ollut keskeytyksiä. Tällaiset irralliset jaksot voidaan ottaa huomioon kuukauden jaksoon rinnastettavien vähintään 21 päivän tai 168 tunnin mittaisten jaksojen perusteella vähimmäisjakson täyttymiseen asti.

3 – Asetus nro 72/2001.

Silloin kun työsopimus on tehty osa-aikaisena, työkokemukseen perustuvat ansiot lasketaan osa-aikaisen ja kokoaikaisen työskentelyn välisen suhteen mukaisesti.

3. Samalta ajanjaksolta otetaan huomioon vain yksi työsuoritus niitä tapauksia lukuun ottamatta, joissa on kyse kahdesta osa-aikaisesta työstä.

4. Jos ammattikokemusta, joka on saatu apteekkarina tai apteekkiluvan rinnakkaishaltijana apteekissa, tai muita ansioita on käytetty aiemmin apteekkiluvan saamiseksi, niitä ei oteta huomioon.

5. Siinä tapauksessa, että henkilö vetoaa apteekkiluvan rinnakkaishaltijan asemaan eikä rinnakkaishaltijoita ole kahta enempää, lasketaan yhteen 50 prosenttia kummankin ansiopisteistä. Jos apteekkiluvan rinnakkaishaltijoita on useampia kuin kaksi, lasketaan 50 prosenttia eniten ja 50 prosenttia vähiten ansiopisteitä saavan rinnakkaishaltijan ansiopisteistä.

6. Asturian itsehallintoalueella hankitun ammattikokemuksen perusteella saatuja ansiopisteitä korotetaan 20 prosenttia.

7. Jos useat hakijat saavat saman pistemäärän ansioasteikkoa sovellettaessa, myönnetään apteekkiluvat seuraavan ensisijaisuusjärjestyksen mukaisesti:

a) Proviisoreille, joilla ei ole ollut apteekkilupaa.

b) Proviisoreille, joilla on ollut apteekkilupa sellaisella lääkehuollon alueella tai paikkakunnalla, jonka asukasmäärä on vähemmän kuin 2 800.

c) Proviisoreille, jotka ovat harjoittaneet ammattitoimintaansa Asturian itsehallintoalueella.

d) Proviisoreille, joilla on eniten akateemisia ansioita.” [4]

4 – Liite: Apteekkilupia myönnettäessä sovellettava ansioasteikko.

## II Oikeudellinen arviointi

### A *Tutkittavaksi ottaminen*

7. Jotkut asianosaisista väittävät, että nyt käsiteltävää asiaa ei voida tutkia, koska kantajat ovat Espanjan kansalaisia, jotka riitauttavat Espanjan oikeussääntöjä. Yhteisöjen tuomioistuin on kuitenkin vakiintuneesti katsonut, että tällaiset asiat on tutkittava. [5] On yksinomaan kansallisen tuomioistuimen tehtävänä ratkaista, onko ennakkoratkaisu tarpeen asian ratkaisemiseksi. [6] Yhteisöjen tuomioistuimen on annettava ennakkoratkaisu, ellei ole ilmeistä, että ratkaisulla ei ole mitään yhteyttä kansallisessa tuomioistuimessa käsiteltävän asian tosiseikkoihin. [7] Kansallinen tuomioistuin saattaa tarvita pyytämäänsä tulkintaa yhteisön oikeudesta, vaikka riidanalainen tosiseikasto olisi täysin valtionsisäinen, koska ”vastaus voi olla sille hyödyllinen tilanteessa, jossa käsiteltävänä olevan tapauksen kaltaisessa menettelyssä kotimaisella tuottajalla on kansallisen oikeuden nojalla samat oikeudet kuin toisen jäsenvaltion tuottajalla yhteisön oikeuden perusteella samanlaisessa tilanteessa”. [8] Kuten olen edellä todennut, on mielestäni aiheellista soveltaa tätä lähestymistapaa kansallisten tuomioistuinten ja yhteisöjen tuomioistuimen yhteistyöhengen mukaisesti, kun otetaan lisäksi huomioon tarve välttää se, että kansallisen lainsäädännön soveltaminen yhdessä yhteisön oikeuden kanssa johtaa jäsenvaltioiden omien kansalaisten epäedulliseen kohteluun. [9] Tästä syystä yhteisöjen tuomioistuimen pitäisi antaa pyydetty EY 43 artiklan tulkinta nyt käsiteltävässä asiassa.

### B *Sijoittautumisvapauden rajoituksen olemassaolo*

8. Yhteisön lainsäädännössä ei vähennetä jäsenvaltioiden valtuuksia säätää omista terveydenhoito- ja sosiaaliturvajärjestelmistään. [10] Vaikka apteekit ovat liikeyrityksiä, ne ovat myös osa terveydenhoitojärjestelmää. Jäsenvaltioiden valtuuksiin säätää tällaisista järjestelmistä kuuluu siis se, että ne voivat antaa säännöksiä, joilla pyritään säätelemään apteekkipalvelujen järjestämistä, kuten ne

5 – Asia C-448/98, Guimont, tuomio 5.12.2000 (Kok., s. I-10663, 23 kohta); yhdistetyt asiat C-515/99, C-519/99–C-524/99 ja C-526/99–C-540/99, Reisch ym., tuomio 5.3.2002 (Kok., s. I-2157, 26 kohta); asia C-6/01, Anomar ym., tuomio 11.9.2003 (Kok., s. I-8621, 41 kohta); asia C-451/03, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti, tuomio 30.3.2006 (Kok., s. I-2941, 29 kohta); yhdistetyt asiat C-94/04 ja C-202/04, Cipolla ym., tuomio 5.12.2006 (Kok., s. I-11421, 30 kohta) ja asia C-380/05, Centro Europa 7, tuomio 31.1.2008 (Kok., s. I-349, 69 kohta).

6 – Ks. esim. em. asia Centro Europa 7, tuomion 52 kohta.

7 – Em. asia Centro Europa 7, tuomion 53 kohta.

8 – Em. asia Guimont, tuomion 23 kohta.

9 – Asiassa Centro Europa 7 antamani ratkaisuehdotus, 30 kohta.

10 – Yhdistetyt asiat C-171/07 ja C-172/07, Apothekerkammer des Saarlandes ym., tuomio 19.5.2009 (Kok., s. I-4171, 18 kohta) ja asia C-141/07, komissio v. Saksa, tuomio 11.9.2008 (Kok., s. I-6935, 22 kohta).

tekevät muidenkin terveydenhuollon palvelujen osalta. [11]

9. Jäsenvaltioiden on tätä toimivaltaansa käyttäessään kuitenkin noudatettava perustamissopimuksessa taattuja vapauksia, muun muassa sijoittautumisvapautta. [12] Yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännössä on todettu selvästi, että EY 43 artikla on esteenä sellaisille kansallisille toimenpiteille, jotka ovat omiaan tekemään yhteisön kansalaisille vaikeammaksi tai vähemmän houkuttelevaksi käyttää perustamissopimuksessa taattua sijoittautumisvapautta, vaikka kyseisiä toimenpiteitä sovellettaisiinkin ilman kansalaisuuteen perustuvaa syrjintää. [13]

10. Puuttuminen perusvapauksiin ilmenee usein kansallisille markkinoille pääsyn esteenä, joka johtuu toimenpiteistä, joilla suojataan kansallisilla markkinoilla jo vakiintuneiden toimijoiden markkinaosuuksia. [14]

Ennakkolupaa koskeva edellytys, jonka mukaan tiettyä toimintaa voivat harjoittaa vain tietyt taloudelliset toimijat, jotka täyttävät ennalta määrätyt vaatimukset, on rajoitus. [15] Erityisesti ”kansallinen lainsäädäntö, jolla toiminnan harjoittamista koskevan luvan myöntämisen edellytykseksi asetetaan tämän toiminnan taloudellinen tai sosiaalinen tarve, on rajoitus, koska sillä pyritään rajoittamaan palvelujen tarjoajien määrää”. [16] Tällä perusteella kansallinen lainsäädäntö, jonka perusteella uusien hammaspoliklinikkojen perustaminen oli sallittua vain, jos paikalliset viranomaiset katsoivat, että tällaista uutta klinikkaa tarvittiin, todettiin sijoittautumisvapauden rajoitukseksi. [17] Tällaiset rajoitukset vastaavat niitä, joiden on katsottu estävän tavaroiden vapaata liikkuvuutta suojaamalla vakiintuneiden taloudellisten toimijoiden asemia ja estämällä samalla muista jäsenvaltioista peräisin olevien tavaroiden pääsyä kansallisille markkinoille. [18]

11. Kun näitä perusteita sovelletaan nyt käsiteltävän asian kohteena oleviin oikeussääntöihin, joissa sallitaan uusien apteekkien perustaminen ainoastaan sijaintia ja väestömäärää koskevien vaatimusten täyttyessä, on selvää, että nämä säännöt merkitsevät sijoittautumisvapauden rajoittamista. Näiden

11 – Em. yhdistetyt asiat Apothekerkammer des Saarlandes ym., tuomion 18 kohta ja em. asia komissio v. Saksa, tuomio 11.9.2008, 22 kohta.

12 – Em. yhdistetyt asiat Apothekerkammer des Saarlandes ym., tuomion 18 kohta ja em. asia komissio v. Saksa, tuomio 11.9.2008, 22 ja 23 kohta.

13 – Em. yhdistetyt asiat Apothekerkammer des Saarlandes ym., tuomion 22 kohta ja asia C-169/07, Hartlauer, tuomio 10.3.2009 (Kok., s. I-1721, 33 kohta).

14 – Ks. em. yhdistetyissä asioissa Cipolla ym. antamani ratkaisuehdotus, 59 kohta.

15 – Em. yhdistetyt asiat Apothekerkammer des Saarlandes ym., tuomion 23 kohta; em. asia Hartlauer, tuomion 34 kohta ja yhdistetyt asiat C-338/04, C-359/04 ja C-360/04, Placanica ym., tuomio 6.3.2007 (Kok., s. I-1891, 42 kohta).

16 – Em. asia Hartlauer, tuomion 36 kohta.

17 – Em. asia Hartlauer, tuomion 39 kohta.

18 – Ks. tästä yhdistetyissä asioissa C-158/04 ja C-159/04, Alfa Vita Vassilopoulos ja Carrefour-Marinopoulos (tuomio 14.9.2006, Kok., s. I-8135) antamani ratkaisuehdotuksen 47 kohta.

vaatimusten mukaan uusien apteekkien perustaminen on sallittua vain ennakkoluvan perusteella, ja ennakkolupa myönnetään vain, jos sijaintiin ja väestömäärään liittyvät edellytykset täyttyvät. Ne vastaavat itse asiassa suoraan asiassa Hartlauer käsiteltyä edellytystä, jonka mukaan poliklinikka voitiin perustaa vain, jos sille voitiin osoittaa olevan tarvetta. Jos väestömäärä ei ole riittävä, jotta kansalliset viranomaiset voisivat todeta uuden apteekin tarpeen, sellaista ei voida perustaa. Koska kyseisillä toimenpiteillä jäädytetään pääsy markkinoille, niillä estetään niitä, jotka haluaisivat perustaa apteekin Asturian alueelle, toimimasta näin ja estetään siten apteekkien perustaminen jäsenvaltion ulkopuolelta.

*C Onko tällainen rajoitus perusteltavissa*

12. Sen toteaminen, että kansallisella lainsäädännöllä rajoitetaan sijoittautumisvapautta, on vasta ensimmäinen askel tutkimuksessamme. Tällaiset kansalliset toimenpiteet voivat olla perusteltuja, jos ne täyttävät neljä edellytystä. Erityisesti ”niitä on sovellettava ilman syrjintää, niitä on voitava perustella yleiseen etuun liittyvillä pakottavilla syillä, niiden on oltava omiaan takaamaan niillä tavoiteltavan päämäärän toteuttaminen, eivätkä ne saa puuttua perusvapauteen enempää kuin mikä on tarpeen tämän päämäärän saavuttamiseksi”. [19]

1. Soveltaminen ilman syrjintää

13. Asetuksen keskeiset säännökset, jotka koskevat vaadittua väestömäärää ja vähimmäisetäisyyttä, eivät ole syrjiviä. Niitä sovelletaan erotuksetta kaikkiin proviisoreihin. [20] Tämä pätee myös perusteisiin, joita Asturian viranomaiset ovat ottaneet käyttöön apteekkilupaa koskevien kilpailevien hakemusten arvioimiseksi ja joissa annetaan etusija proviisoreille, jotka ovat työskennelleet aiemmin alueilla, joilla on palvelujen alitarjontaa. [21] Lähtökohtaisesti kaikilla proviisoreilla on alkuperästään riippumatta sama mahdollisuus hyötyä tästä säännöksestä.

14. Perusteet, joiden mukaan lisäpisteitä annetaan niille hakijoille, jotka ovat toimineet proviisoreina Asturian alueella, [22] merkitsevät kuitenkin kiellettyä kansalaisuuteen perustuvaa syrjintää. Näin on, vaikka näyttäisi siltä, että kuten palvelujen alitarjonnan alueilla toi-

19 – Asia C-55/94, Gebhard, tuomio 30.11.1995 (Kok., s. I-4165). Ks. myös asia C-140/03, komissio v. Kreikka (optikot), tuomio 21.4.2005 (Kok., s. I-3177).

20 – Ks. esim. em. asia komissio v. Saksa, tuomio 11.9.2008, 33 kohta.

21 – Asetuksen nro 72/2001 liitteen 7 b kohta.

22 – Ks. asetuksen nro 72/2001 liitteen 6 ja 7 c kohta.

mivia proviisoreita suosivassa säännöksessä, siinäkään ei oteta huomioon kansallista alkuperää ja että Asturiassa työskentelevä toisen jäsenvaltion proviisori voisi hyötyä kyseisestä säännöksestä. Tämä johtuu siitä, että siinä annetaan Asturiasta saadulle kokemukselle jostain syystä suurempi arvo kuin vastaavalle toisissa jäsenvaltioissa hankitulle kokemukselle. [23] Tällaista perustetta ei voida yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan pitää perusteltuna, koska muissa jäsenvaltioissa hankitun pätevyyden tunnistaminen samanarvoiseksi on vapaan liikkuvuuden kannalta erittäin tärkeää.

15. Tätä päätelmää ei kyseenalaista se, että tällainen politiikka asettaa myös muualta kuin Asturiasta kotoisin olevat espanjalaiset proviisorit heikompaan asemaan. Yhteisöjen tuomioistuin on todennut selkeästi, että jotta kyseessä olisi syrjintä, ei ”ole välttämätöntä, että kaikki jäsenvaltion yritykset olisivat etuoikeutetussa asemassa ulkomaisiin yrityksiin nähden. On riittävää, että luotu etuusjärjestelmä hyödyttää kotimaista palvelujen tarjoajaa”. [24] Sillä, että Asturian viranomaiset asettavat etusijalle ne, jotka ovat harjoittaneet ammattiaan Asturiassa, asetetaan selvästi heikompaan asemaan itsehallintoalueen ulkopuolelta tulevat proviisorit ja myös toisista jäsenvaltioista tulevat proviisorit sekä asturialaiset proviisorit, jotka ovat päättäneet käyttää oikeuttaan sijoittautua vapaasti muihin jäsenvaltioihin. [25] Tällainen politiikka merkitsee syrjivää sijoittautumisvapauden rajoitusta, joka kielletään perustamissopimuksessa.

16. Näin ollen arvioidessani muita seikkoja, joiden on täytyttävä, jotta laki olisi perusteltu, tarkastelen tutkimuksessani vain lain ei-syrjiviä osatekijöitä.

2. Yleistä etua koskeva päämäärä

17. Väestömäärää koskevilla ja maantieteellisillä rajoituksilla tavoiteltu yleistä etua koskeva päämäärä on kansanterveyden suojeleminen tarjoamalla hyviä apteekkipalveluja kaikilla Asturian itsehallintoalueen osa-alueilla. Kansanterveyden suojelu on epäilyksettä

23 – Ks. em. asia Gebhard, tuomion 38 kohta. Huomautettakoon lisäksi, että edun antaminen niille proviisoreille, joilla on aikaisempaa kokemusta Asturiasta, ei liity tavoitteeseen edistää sijoittautumista harvemmin asutuille alueille, koska se annetaan kaikille Asturiaan sijoittautuneille proviisoreille riippumatta siitä, ovatko he edistäneet tämän tavoitteen saavuttamista siten, että he olisivat aiemmin sijoittautuneet Asturian harvemmin asutuille alueille.

24 – Em. asia komissio v. Saksa, tuomio 11.9.2008, 38 kohta ja asia C-353/89, komissio v. Alankomaat (Mediawet), tuomio 25.7.1991 (Kok., s. I-4069, Kok. Ep. XI, s. I-367, 25 kohta).

25 – Ks. asia C-456/05, komissio v. Saksa, tuomio 6.12.2007 (Kok., s. I-10517, 58 kohta). Ks. myös asia C-340/89, Vlassopoulou, tuomio 7.5.1991 (Kok., s. I-2357, Kok. Ep. XI, s. I-201) ja asia C-238/98, Hocsman, tuomio 14.9.2000 (Kok., s. I-6623).

pakottava yleistä etua koskeva vaatimus. [26] Asianosaisten monet väitteet näyttävät keskittyvän kysymykseen siitä, mikä lähestymistapa on paras kansanterveyden suojelun kannalta ja, erityisesti tässä tapauksessa, miten saavutettaisiin hyvien apteekkipalvelujen mahdollisimman laaja alueellinen tarjonta: keino, joka helpottaa apteekkien perustamista ja samaan aikaan edistää niiden välistä kilpailua, vai keino, jolla rajoitetaan apteekkien perustamista tiheästi asutuilla alueilla kilpailun rajoittamiseksi ja edistetään niiden perustamista maan harvempaan asutuilla alueilla. Asianosaiset esittävät keskenään ristiriitaisia todisteita ja eri jäsenvaltioissa saatuja kokemuksia osoittaakseen sen, että heidän edustamansa näkökulma on kansanterveyden suojelun kannalta paras.

18. Tämän kysymyksen osalta on mielestäni riittävää todeta, että jokaisen jäsenvaltion asiana on suunnitella oma kansanterveyden suojelua koskeva järjestelmänsä ja että yhteisöjen tuomioistuimen on myönnettävä jäsenvaltioille huomattavaa harkintavaltaa. [27] Näin on erityisesti silloin, kun poliittisen yksimielisyyden puuttumista tukee se, että jäsenvaltioiden välillä on merkittäviä poliittisia eroavaisuuksia. Se, että jonkin jäsenvaltion säännökset eivät ole niin ankaria kuin jonkin toisen jäsenvaltion säännökset tai sen etusijajärjestys on erilainen, ei sellaisenaan merkitse sitä, että kummatkaan säännökset olisivat suhteettomia ja tämän vuoksi ristiriidassa yhteisön oikeuden kanssa. [28] Lisäksi yhteisöjen tuomioistuin on nimenomaisesti tunnustanut, että sairaanhoitopalvelujen suunnittelu ja niiden tasainen maantieteellinen jakautuminen koko valtion alueelle kuuluu tähän harkintavaltaan. [29] Yhteisöjen tuomioistuin on todennut lääkevalmisteiden ja apteekkipalvelujen osalta, että hintojen vahvistaminen [30] ja kilpailun rajoittaminen [31] ovat mahdollisia tekniikoita näiden kansanterveyden mukaisten päämäärien saavuttamiseksi.

19. Vaikka täysin taloudelliset päämäärät eivät voi olla perusvapauksien rajoittamisen perusteena, [32] ne voidaan perustella tarvittaessa, jotta terveydenhuoltojärjestelmä toimisi taloudellisella tavalla. [33] Erityisesti intresseihin, ”joiden tavoitteena on pitää yllä tasapainoiset ja kaikkien saatavilla olevat sairaanhoito- ja sairaalapalvelut”, saattaa liittyä asianmukainen yleinen etu. Tällaisten palvelujen ”maantieteellinen jakautuminen, näiden laitosten sisäinen järjestely ja varustelu tai

26 – Em. yhdistetyt asiat Apothekerkammer des Saarlandes ym., tuomion 27 kohta ja Hartlauer, tuomion 46 kohta ja em. asia komissio v. Saksa, tuomio 11.9.2008, 46 ja 47 kohta.

27 – Ks. em. yhdistetyt asiat Apothekerkammer des Saarlandes ym., tuomion 19 kohta.

28 – Asia C-294/00, Gräbner, tuomio 11.7.2002 (Kok., s. I-6515, 46 kohta).

29 – Em. asia komissio v. Saksa, tuomio 11.9.2008, 61 kohta.

30 – Asia C-322/01, Deutscher Apothekerverband, tuomio 11.12.2003 (Kok., s. I-14887, 122 kohta).

31 – Em. asia komissio v. Saksa, tuomio 11.9.2008, 59 kohta.

32 – Edellä alaviitteessä 29 mainittu asia.

33 – Asia C-385/99, Müller-Fauré ja van Riet, tuomio 13.5.2003 (Kok., s. I-4509, 73 kohta).

niiden sairaanhoitopalvelujen luonne, joita ne pystyvät tarjoamaan, vaativat nimittäin suunnittelua, jolla pyritään ensinnäkin yleisesti takaamaan, että kyseisen jäsenvaltion alueella on saatavilla riittävästi ja pysyvästi monipuolisia laadukkaita sairaalahoitopalveluja, ja jolla toisaalta halutaan hallita kustannuksia ja välttää niin pitkälle kuin mahdollista rahavarojen, teknisten resurssien ja henkilöstöresurssien tuhlaaminen”.[34] Katson siis, että sitä, että varmistetaan apteekkien jakautuminen koko alueelle, on pidettävä yleistä etua koskevana pakottavana vaatimuksena ja että jäsenvaltion ei voida edellyttää käyttävän vapaata kilpailua pyrkiessään tarjoamaan korkealaatuisia apteekkipalveluja.

3. Onko asetus asianmukainen keino saavuttaa edellä mainitut päämäärät ja mennäänkö siinä pidemmälle kuin on tätä varten tarpeen?

20. Vaikka kansallisten lainsäädäntö- ja sääntelyelinten esittämille arvioinneille on annettava asianmukainen huomio, koska ne ovat lähempänä paikallisia olosuhteita ja niillä on erityistuntemusta, jonka vuoksi ne ovat parhaassa asemassa löytääkseen parhaan keinon saavuttaa sellaisia yleisiä poliittisia tavoitteita kuten kansanterveyden suojelu, toimivallan siirtäminen tällaisille elimille ei ole riskitöntä.[35] Sama läheisyys saattaa merkitä sitä, että nämä yksiköt jäävät sääntelytoiminnassa kyseisellä alalla vallitsevien erityisintressien vangiksi kuluttajien sekä mahdollisten ulkomaisten ja kotimaisten kilpailijoiden intressien kustannuksella. Nyt käsiteltävän kaltaisessa asiassa on erityistä syytä huoleen, sillä paikallisviranomaisten tekemän poliittisen valinnan vuoksi olemassa oleville toimijoille annetaan taloudellista hyötyä uusien markkinoille tulijoiden vahingoksi.

21. Tässä mielessä voidaan ymmärtää se, että johdonmukaisuuden ja järjestelmällisyyden vaatimus on saanut yhä suuremman merkityksen yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännössä, kun arvioidaan sitä, miten kansallisessa lainsäädännössä tavoitellaan siinä vahvistettuja päämääriä. Johdonmukaisuuden ja järjestelmällisyyden vaatimus edellyttää sitä, että ”kansallinen lainsäädäntö on omiaan takaamaan tavoitteen toteutumisen vain, jos se tosiasiallisesti vastaa tavoitteeseen johdonmukaisella ja järjestelmällisellä tavalla”.[36] Tämä vaatimus antaa yhteisöjen tuomioistuimelle mahdollisuuden erotella toisistaan lainsäädäntö, jolla aidosti tavoitellaan sallittua yleisen edun mukaista päämäärää, ja lainsäädäntö, jolla on jopa saatettu alun perin tavoitella tällaista päämäärää mutta jonka edelle tietyt erityisintressit ovat menneet. Se on vaatimus, jonka voidaan sanoa

34 – Em. asia komissio v. Saksa, tuomio 11.9.2008, 60 ja 61 kohta.

35 – Ks. em. yhdistetyt asiat Apothekerkammer des Saarlandes ym., tuomion 19 kohta.

36 – Em. yhdistetyt asiat Apothekerkammer des Saarlandes ym., tuomion 41 kohta.

suojelevan sääntely- ja lainsäädäntömenettelyn koskemattomuutta ja asianomaista poliittista vastuunalaisuutta. Tällä vaatimuksella on mielestäni perustavanlaatuinen asema nyt käsiteltävissä asioissa tehtävän arvioinnin kannalta.

22. Yhteisöjen tuomioistuin hyväksyi esimerkiksi asiassa Hartlauer antamassaan tuomiossa valtion väitteen, jonka mukaan se saattaisi joutua rajoittamaan lääkärinvastaanottojen lukumäärää toimivan terveydenhuoltojärjestelmän ylläpitämiseksi. Se totesi kuitenkin, että sääntely ei aidosti kuvastanut huolta tämän tavoitteen saavuttamisesta, koska riippumattomilla poliklinikoilla ja ryhmävastaanotoilla saattaa olla samanlaisia vaikutuksia ja lainsäädäntö koski vain ensin mainittuja. Yhteisöjen tuomioistuin ei kyseenalaistanut myöskään sitä, että lääketieteellisiä ja kirurgisia tuotteita koskevan televisiomainonnan rajoitukset voitiin perustella kansanterveyteen liittyvin perustein, mutta totesi, että asian Corporación Dermoestética kohteena ollut lainsäädäntö ei ollut perusteltu, koska sitä sovellettiin kansallisiin televisioasemiin mutta ei paikallisiin televisioasemiin. [37] Sitä vastoin silloin, kun yhteisöjen tuomioistuin totesi perustelluksi Saksan lait, joiden mukaan apteekkien on oltava proviisoreiden omistamia ja sairaaloiden on hankittava lääkkeet vain paikallisista apteekeista, se nojautui vahvasti säännösten oletettuun johdonmukaisuuteen ja järjestelmällisyyteen. [38]

23. Yhteisöjen tuomioistuin on soveltanut samaa tekniikkaa muillakin arkaluontoisilla alueilla. Yhteisöjen tuomioistuin totesi esimerkiksi rahapelien osalta, että tietyt ankarat rajoitukset niiden valtion hyväksymien rahapelilupien määrälle olivat perusteltuja vain, jos ne olivat johdonmukaisia ja järjestelmällisiä siihen tavoitteeseen nähden, joka koskee luvattomia eli kiellettyjä pelejä pelaavien ja vetoja lyövien pelaajien houkuttelemista luvallisen toiminnan piiriin. [39] Yhteisöjen tuomioistuin totesi, että jos lupien lukumäärä vahvistettaisiin niin pieneksi, että se ei olisi houkutteleva vaihtoehto niille toimijoille, joilla ei ole lupaa, lainsäädäntö ei täyttäisi tätä vaatimusta. [40]

24. Näin ollen on arvioitava, missä määrin lainsäädäntö todellisuudessa edistää johdonmukaisesti ja järjestelmällisesti päämääriä, jotka jäsenvaltio on esittänyt sen perustelemiseksi. Rajoituksia tuetaan kahdella pääasiallisella perusteella. Ensinnäkin väitetään, että markkinoille pääsyn rajoittamisella varmistetaan se, että laadukkaita apteekkipalveluita on

37 – Asia C-500/06, Corporación Dermoestética, tuomio 17.7.2008 (Kok., s. I-5785, 37–39 kohta).

38 – Em. asia komissio v. Saksa, tuomio 11.9.2008, 51–57 kohta ja em. yhdistetyt asiat Apothekerkammer des Saarlandes ym., tuomion 41–50 kohta.

39 – Em. yhdistetyt asiat Placanica ym., tuomion 55 kohta.

40 – Em. yhdistetyt asiat Placanica ym., tuomion 55 kohta.

saatavilla. Toiseksi väitetään, että väestömäärää ja sijaintia koskevilla rajoituksilla varmistetaan yleinen apteekkipalvelujen saatavuus pakottamalla apteekit levittäytymään koko alueelle. Käsittelen nämä väitteet peräjälkeen.

a) Apteekkipalvelujen laatu

25. Ensimmäinen väite, joka esiintyi lähinnä keskustelussa, joka liittyi äskettäisiin yhdistettyihin asioihin Apothekerkammer des Saarlandes ym. ja asiaan komissio vastaan Italia, [41] jotka koskivat Saksan ja Italian vaatimuksia siitä, että apteekkien täytyy olla proviisoreiden hoidossa, ei ole yhtä keskeisessä asemassa nyt käsiteltävissä asioissa. Jotkut asianosaiset ovat kuitenkin maininneet sen, ja se näyttää liittyvän riskiin siitä, että apteekkien keskinäisen kilpailun lisääntyminen saattaa puhekielellä ilmaistuna johtaa siihen, että proviisorit ”suoristavat mutkat”.

26. Huomautettakoon aluksi, että valtiolla on todistustaakka siitä, että toimenpide on asianmukainen ja tarpeellinen keino parempilaatuisen palvelun tarjoamiseksi. [42] Kun unohdetaan Shakespeare, asiakirja-aineistossa ei näytä olevan mitään perustaa sille, että lisääntynyt kilpailu johtaisi siihen, että proviisorit alentaisivat palvelujensa laatua. En voi olla huomauttamatta tässä yhteydessä, että joidenkin asianosaisten ja jäsenvaltioiden perustelut näyttävät olevan suureksi osaksi epäjohdonmukaisia. Yhtäältä proviisoreiden motiivina kuvataan olevan lähinnä taloudellinen hyöty siinä määrin, että he kaikki pyrkivät harjoittamaan toimintaansa ainoastaan tiheästi asutuilla alueilla ja että he ovat, mikäli kilpailua ilmenee, valmiita sallimaan voitontavoittelun menevän ammatillisten velvoitteidensa edelle. Toisaalta, kun proviisoreilla on ”monopoliasema” tiheästi asutulla alueella, heidän oletetaan hoitavan liiketoimintaansa ammatillisten velvoitteidensa mukaisesti ja omistautuvan ensisijaisesti laadukkaiden apteekkipalvelujen tarjoamiseen. Monien asianosaisten väitteiden perusteella kilpailu näyttää muuttavan pyhimykset synnintekijöiksi.

27. Lisäksi on muistettava, että apteekkipalvelujen luonne on muuttunut merkittävästi: ennen proviisori ”sekoitti” lääkkeet itse. Nykyään proviisori ainoastaan jakaa lääkkeet, jotka on ”sekoitettu” jossain muualla ja joita koskevat ankarat lakisääteiset vaatimukset, myös esimerkiksi vaatimukset siitä,

41 – Asia C-531/06, komissio v. Italia, tuomio 19.5.2009 (Kok., s. I-4103).

42 – Em. asia Deutscher Apothekerverband, tuomion 123 kohta.

voidaanko lääke antaa ilman reseptiä. Yhteisöjen tuomioistuin on itse tunnustanut tämän hyväksymällä muiden kuin reseptilääkkeiden myynnin Internetissä. [43] Näin ollen jäsenvaltio ei ole mielestäni osoittanut, että kilpailun rajoitus on tarpeen tai oikeassa suhteessa korkealaatuisten apteekkipalvelujen tarjoamisen päämäärään.

28. On myönnettävä, että viimeaikaisissa yhdistetyissä asioissa Apothekerkammer des Saarlandes ym. ja asiassa komissio vastaan Italia, jotka koskivat kansallisia säännöksiä, joiden mukaan apteekkien omistajina voivat olla vain proviisorit, yhteisöjen tuomioistuin totesi, että tarve varmistaa hyvälaatuinen lääkehuolto väestölle saattaa olla hyväksyttävä perustelu sille, että rajoitetaan pääsyä apteekkien omistajaksi. [44] Nämä tapaukset koskivat kuitenkin proviisoreiden ammatillista koulutusta, kokemusta ja vastuuta, joiden yhteisöjen tuomioistuin katsoi voivan johtaa siihen, että proviisoreiden voitontavoittelua lieventävät muut ammatilliset intressit. [45] Lisäksi yhteisöjen tuomioistuin hyväksyi tämän rajoituksen sen erityisen olettaman perusteella, että proviisoreilla oli todellinen ammatillinen riippumattomuus. [46] Tämä riippumattomuus perustui heidän ammatillisiin velvoitteisiinsa ja siihen, että he olivat erillään apteekeissaan myytyjen tavaroiden valmistuksesta ja jakelusta, [47] joten he kykenivät vastustamaan paineita, joiden mukaan heidän pitäisi kannustaa asiakkaitaan lääkevalmisteiden liikakulutukseen, paremmin kuin henkilöt, jotka eivät olleet proviisoreita, mikä varmisti sen, että kyseinen rajoitus todellisuudessa palveli asianomaista kansanterveyden päämäärää.

29. Nämä päätelmät itse asiassa tukevat väitettä, jonka mukaan Asturian lainsäädäntö olisi ristiriidassa yhteisön oikeuden kanssa. Koska Asturiassa toimivien proviisoreiden edellytetään tarjoavan tietyn palvelutason sekä lain että myös ammatillisten velvoitteidensa perusteella, ei pitäisi olla syytä kantaa huolta siitä, että kilpailu saisi heidät vähentämään palvelutasoaan lakisääteisten ja eettisten velvoitteidensa vastaisesti. Jos vaadittaisiin lisävarmistusta sille, että proviisorit täyttävät ammatilliset velvoitteensa, yhteisöjen tuomioistuin ei olisi kyennyt toteamaan

43 – Em. asia Deutscher Apothekerverband.

44 – Em. yhdistetyt asiat Apothekerkammer des Saarlandes ym., tuomion 28 ja 39 kohta ja em. asia komissio v. Italia, tuomion 52 kohta.

45 – Em. yhdistetyt asiat Apothekerkammer des Saarlandes ym., tuomion 37–39 kohta.

46 – Ibid., tuomion 33–37 kohta.

47 – Tämä erillisyys lääkevalmisteiden valmistuksesta ja tukkumyynnistä on mielestäni ja yhteisöjen tuomioistuimen aikaisemman oikeuskäytännön perusteella perussyy siihen, miksi yhteisöjen tuomioistuin hyväksyi säännöt, joiden mukaan vain proviisorit voivat olla omistajina. Ks. 40 kohta, jossa yhteisöjen tuomioistuin totesi, että lääkevalmisteiden valmistajien ja tukkumyyjien palveluksessa olevilta proviisoreilta voitaisiin katsoa puuttuvan tarvittava riippumattomuus. Tämän seurauksena ainoastaan silloin, jos tällainen proviisoreiden riippumattomuus lääkevalmisteiden valmistamisesta tai tukkumyynnistä taataan, tällaisten sääntöjen voidaan katsoa täyttävän yhteisön oikeudessa vahvistetut johdonmukaisuuden ja järjestelmällisyyden vaatimukset.

yhdistetyissä asioissa Apothekerkammer des Saarlandes ym. ja asiassa komissio vastaan Italia antamissaan tuomioissa, että vaatimus, jonka mukaan omistajan piti olla proviisori, oli korkealaatuisen hoidon tarjoamista koskevan päämäärän mukainen.

b) Laajan ja tasapainoisen apteekkien maantieteellisen jakautumisen varmistaminen

30. Asetusta tukevien osapuolten esittämä vahvempi väite koskee tarvetta varmistaa laaja ja tasapainoinen apteekkien maantieteellinen jakautuminen. Toisin sanoen tarkoituksena on varmistaa mahdollisimman hyvin apteekkipalvelujen yleinen saatavuus väestölle. On erotettava toisistaan kaksi edellytystä, joita käytetään tämän päämäärän saavuttamiseksi: väestömäärää koskeva vaatimus ja apteekkien vähimmäisetäisyyttä koskeva vaatimus. Molempia näitä perusteita on arvioitava sen osalta, ovatko ne asianmukaisia perusteita maantieteellisen jakautuman päämäärän saavuttamiseksi ja mennäänkö niillä pidemmälle kuin on tarpeen tämän päämäärän saavuttamiseksi.

31. Väestön enimmäismäärää koskevat vaatimukset saattavat lähtökohtaisesti olla asianmukainen keino saavuttaa apteekkien laajaa jakautumista koskeva päämäärä. Koska tällä säännöllä rajoitetaan proviisoreiden mahdollisuuksia perustaa apteekkeja kannattavimmille kaupunkialueille, se saa heidät etsimään muita mahdollisuuksia. Vaikutus ei ole kuitenkaan automaattinen. Jos näet apteekin perustaminen harvaan asutuille alueille olisi sinänsä kannattavaa, se tapahtuisi kaiken todennäköisyyden mukaan mistään maantieteellisistä rajoituksista riippumatta. Todennäköisyys itse asiassa kasvaisi suoraan suhteessa siihen, miten helppoa apteekin perustaminen olisi ja millainen olisi markkinaosuuksia koskevan kilpailun määrä tiheämmin asutuilla alueilla. Sen sijaan silloin, jos ongelmana on se, että harvempaan asutuilla alueilla on pienempi todennäköisyys voiton tekemiseen, kuten jotkin asianosaiset ovat väittäneet, riskinä on se, että kukaan ei olisi missään tapauksessa kiinnostunut perustamaan apteekkia tällaisille alueille. Miksi joku haluaisi omistautua tappiota tuottavaan toimintaan vain sen vuoksi, että hän ei voi ryhtyä voittoa tuottavaan toimintaan? Pelkästään sillä, että rajoitetaan apteekin perustamista tiheämmin asutuille alueille, ei täytettäisi johdonmukaisuuden ja järjestelmällisyyden vaatimusta todetun yleisen edun mukaisen päämäärän tavoittelemisessa. Ainoastaan silloin jos politiikka, jonka mukaan apteekkien perustamista tiheämmin asutuille alueille rajoitetaan, liittyy politiikkaan, jolla suositaan niitä, jotka ovat aiemmin perustaneet apteekin harvemmin asutuille alueille, järjestelmä on kokonaisuutena mielekäs. Jos etusija annetaan

proviisoreille, jotka ovat aikaisemmin perustaneet apteekkeja alueille, joilla on vähemmän kuin 2 800 asukasta, asetuksella luodaan proviisoreille kannustin sijoittautua harvaan asutuille alueille, joilla ei ehkä muutoin olisi apteekkia, vastikkeeksi sille, että heidän mahdollisuutensa saada lupa apteekkitoiminnan harjoittamiseen tiheämmin asutuilla alueilla (minkä rajoitukset tekevät kannattavammaksi) paranevat myöhemmin. On uskottavaa, että tämä mahdollisuus saada oikeus apteekkitoiminnan harjoittamiseen tiheään asutulla alueella silloin, kun muut eivät saa perustaa kilpailevaa apteekkia, saattaa todellakin kannustaa proviisoreita tarjoamaan palveluja jonkin aikaa harvaan asutuilla alueilla. Kuten jotkut nykyistä järjestelyä puoltavat asianosaiset myönsivät istunnossa, mahdollisuus saada tulevan monopoliaseman perusteella tuottoa tiheään asutulta alueelta kannustaa proviisoreita sijoittautumaan harvemmin asutuille alueille. Tilanne on kuitenkin tällainen vain silloin, jos palvelun tarjoaminen tällaisilla harvaan asutuilla alueilla todellisuudessa antaa tällaista palvelua tarjoaville etusijan silloin, kun myönnetään lupia tiheään asutuille alueille.

32. Kuten edellä on selitetty, on tutkittava tarkemmin asetuksen johdonmukaisuutta ja järjestelmällisyyttä, jotta kyettäisiin varmistamaan, että se todellisuudessa edistää tämän päämäärän saavuttamista eikä perustu jo sijoittautuneiden proviisoreiden saalistamiseen.[48] Kaksi asetuksen osatekijää herättää huolta. Ensinnäkin tällaisen järjestelmän pitäisi hyödyttää niitä, jotka perustavat apteekkeja alueille, joilla on palvelujen alitarjontaa, eikä niitä, jotka vain odottavat apteekin perustamista kannattavalle alueelle. Liitteessä olevassa 7 kohdassa annetaan kuitenkin parempi etusija niille proviisoreille, joilla ei ole apteekkilupaa, kuin niille, joilla on apteekkilupa alueilla, joilla on vähemmän kuin 2 800 asukasta. Lisäksi liitteessä olevan 4 kohdan nojalla silloin kun proviisori perustaa apteekin alueelle, jolla on palvelujen alitarjontaa, hän menettää aiemmasta ammatillisesta kokemuksestaan saamansa hyödyn, kun hän yrittää perustaa toisen apteekin. Näiden määräysten vaikutuksia lieventää hieman liitteessä olevan 1 a kohdan määräys, jolla annetaan enemmän pisteitä toiminnan harjoittamisesta alueella, jolla on palvelujen alitarjontaa. Ne herättävät kuitenkin huolen määräyksen johdonmukaisuudesta ja järjestelmällisyydestä.

33. Toiseksi, jotta asetuksilla voitaisiin katsoa aidosti tavoiteltavan yleisen kattavuuden päämäärää, on välttämätöntä, että tiheään asuttujen alueiden luvat ovat niiden saatavilla, jotka ovat harjoittaneet toimintaa harvaan

48 – Asia C-324/98, Telaustria ja Telefonadress, tuomio 7.12.2000 (Kok., s. I-10745); asia C-231/03, Coname, tuomio 21.7.2005 (Kok., s. I-7287); asia C-458/03, Parking Brixen, tuomio 13.10.2005 (Kok., s. I-8585); asia C-410/04, ANAV, tuomio 6.4.2006 (Kok., s. I-3303); asia C-260/04, komissio v. Italia, tuomio 13.9.2007 (Kok., s. I-7083) ja asia C-347/06, ASM Brescia, tuomio 17.7.2008 (Kok., s. I-5641).

asutuilla alueilla, jos tiheään asuttuja alueita koskevien tuottoisempien lupien haltijat haluavat lopettaa apteekkitoiminnan. Järjestelmällä, jossa tiheään asutuilla alueilla sijaitsevien apteekkien apteekkilupien haltijat omistavat tällaiset luvat ja heille annetaan mahdollisuus myydä tai siirtää näitä lupia valitsemalleen henkilölle, rajoitetaan niiden lupien lukumäärää, jotka ovat harvaan asutuilla alueilla ”täyden palveluksen suorittaneiden” saatavilla. Ne, jotka haluavat siirtyä harvaan asutulla alueella sijaitsevasta apteekista tiheään asutulla alueella sijaitsevaan apteekkiin, joutuvat maksamaan luvasta hinnan, jota on paisutettu, jotta siinä näkyisi ylimääräinen voitto, johon kilpailevien apteekkien perustamista koskevat rajoitukset antavat tällaiselle apteekille mahdollisuuden. [49] Tällainen järjestelmä vaarantaisi kannustinrakenteen, jonka sanotaan olevan sen näkemyksen perustana, jolla rajoitetaan apteekkien perustamista, jotta rohkaistaisiin apteekkien perustamista harvaan asutuille alueille. Lisäksi tällainen järjestelmä merkitsisi myös yksittäisten proviisoreiden rikastumista kilpailun rajoituksen perusteella apteekkisektorilla; juuri tällaista sääntelyn hyväksikäyttämistä perustamissopimuksessa taatuilla vapauksilla pyritään estämään. Sijoittautumisoikeuden rajoitukset on perusteltava yleisen edun vaatimuksilla eivätkä ne saa olla yksityisen rikastumisen keino.

34. Huomautettakoon seuraavaksi siitä, mennäänkö väestömäärää koskevalla vaatimuksella pidemmälle kuin olisi tarpeen, jos se olisi ollut suunniteltu paremmin siihen tarkoitukseen, että kannattavat kaupungin monopolit olisivat maaseudun toimijoiden saatavilla, että asianosaiset eivät ole ehdottaneet mitään muita, selvästi suositeltavampia järjestelyjä. Komissio väittää, että sen sijaan, että Asturia määrää apteekeille enimmäismäärän, sen pitäisi määrätä apteekkien vähimmäismäärä henkilömäärää kohti ja pysäyttää kaikkien uusien apteekkien perustaminen kunnes tämä vähimmäismäärä on saavutettu. Tällaisella järjestelmällä luodaan kuitenkin yleiseen toimintaan liittyvä ongelma. Kenelläkään yksittäisellä proviisorilla ei olisi kannustinta perustaa vähemmän kannattavaa maaseutuapteekkia. Se ei näytä sellaisenaan olevan hyvä keino luomaan suurta kasvua apteekkien määrään harvaan asutuilla alueilla. Komissio viittaa Navarraan, jossa tällainen suunnitelma pantiin väliaikaisesti täytäntöön. Kun kuitenkin todetaan, että Navarran suunnitelmaa muutettiin, jotta voitaisiin säätää apteekkien enimmäislukumäärästä, ja että useat Navarran pienimmistä kunnista menettivät suunnitelman myötä apteekkinsa, Asturia ei ole

49 – Istunnossa huomautettiin, että jotkut olivat maksaneet erittäin korkeita hintoja apteekkiluvista tiheään asutuilla alueilla. Se, että tällaiset luvat saattavat edellyttää tällaisia korkeita hintoja, viittaa siihen, että järjestelmä, joka on saattanut aluksi olla keino tarjota maantieteellisesti tasapainoinen apteekkipalvelujen järjestelmä, on muuttunut täysin talousmarkkinoiksi, jotka ovat hieman kadottaneet alkuperäiset tarkoitusperänsä. On selvää, että tällaisen järjestelmän vapauttaminen saattaa vaikuttaa kielteisesti niihin, jotka ovat maksaneet huomattavia summia luvista, joiden arvoa Asturian viranomaisten toteuttamat rajoittavat toimenpiteet ovat paisuttaneet. Tilanne on kuitenkin aina ollut se, että yhteisön lainsäädännöllä on poistettu perusvapauksien rajoituksia, sillä tällaisella vapauttamisella saattaa olla kielteinen vaikutus niihin, jotka ovat aiemmin saaneet hyötyä rajoituksista. Yhteisöjen tuomioistuin totesi esim. asiassa, Centro Europa 7 antamassaan tuomiossa, että yhteisön lainsäädännössä edellytettiin, että televisiolähetystoiminnan harjoittajalle on sallittava ohjelmien lähettäminen sille kansallisen lupalainsäädännön perusteella annetuilla taajuuksilla riippumatta siitä vaikutuksesta, joka tällä oli samojen radiotaajuuksien ”tosiasiallisten” haltijoiden intresseihin (ks. tuomion 40 kohta ja 108–116 kohta). Se, onko tällaisissa tapauksissa olemassa niiden käytettävissä, jotka sijoittivat kyseisille markkinoille tiettyjen markkinoiden sääntelytapaa koskevien odotusten perusteella, mitään menestyksellistä laillista oikeussuojatietä valtiota vastaan, on klassinen kansallista lainsäädäntöä koskeva kysymys, jonka ratkaiseminen ei ole kuitenkaan yhteisöjen tuomioistuimen tehtävänä.

mielestäni ylittänyt harkintavaltaansa, kun se ei ole ottanut tällaista mallia käyttöön.

35. On myös väitetty, että täysin vapautettu malli on toiminut hyvin muissa jäsenvaltioissa.[50] Tästä väiteltiin kuitenkin voimakkaasti asianosaisten kesken, ja siitä esitettiin ristiriitaista näyttöä, kuten edellä todettiin. Tällaisessa asiayhteydessä olisin väittänyt, että järjestelmä, jolla rajoitetaan uusien apteekkien perustamista tiheämmin asutuille alueille, jotta edistettäisiin apteekkien perustamista harvemmin asutuille alueille, olisi perusteltu, jos järjestelmä perustettaisiin johdonmukaisella ja järjestelmällisellä tavalla. Edellä esitetyistä syistä tämä ei kuitenkaan päde Asturiaan perustetun kaltaisessa järjestelmässä.

36. Sen maantieteellisen vaatimuksen osalta, jonka mukaan apteekkia ei saa perustaa lähemmäksi kuin 250 metrin etäisyydelle toisesta apteekista eikä lähemmäksi kuin 250 metrin etäisyydelle terveyskeskuksesta, on ensin tutkittava, onko tämä vaatimus asianmukainen keino saavuttaa päämäärä eli apteekkien jakautuminen koko alueelle. Ensinnäkin voidaan ymmärtää, että tällainen politiikka rohkaisee tällaista jakautumista varmistamalla sen, että apteekit eivät keskity pienille keskeisille liikealueille tai lähelle terveyskeskuksia, jolloin muut alueet jäävät ilman apteekkia. Toimenpide ei ole täysin johdonmukainen, koska ei ole olemassa vähimmäisetäisyyttä koskevia vaatimuksia niiden lääkehuollon alueiden osalta, joilla on vain yksi apteekki.[51] Tämä poikkeus ei kuitenkaan heikennä säännöksen asianmukaisuutta, koska keskittyminen ei olisi ongelma, jos apteekkeja on vain yksi. Voitaneen myös kohtuudella myöntää, että tällaisilla pienillä alueilla liikealue saattaa olla liian pieni, jotta apteekit voisivat levitä muulla tavoin.

37. Toinen perustelu on se, että tällä vaatimuksella lisätään voittoa, jonka kaupunkialueella toimiva apteekki saa, ja lisätään siten proviisoreiden kannustimia sijoittaa liiketoimintansa alueille, joilla on palvelujen alitarjontaa, jotta he saisivat lopulta luvan toimia tiheästi asutulla alueella. Tämän päämäärän osalta vaikuttaa siltä, että tätä vaatimusta on sovellettu johdonmukaisesti ja järjestelmällisesti. Asianosaiset eivät ole esittäneet näyttöä viime aikoina myönnetyistä

50 – Ks. Blanco Pérezin, Chao Gómezin ja Plataforma para la libre apertura de farmaciasin huomautukset, s. 38 (espanjankielinen versio) ja ks. myös komission kirjalliset huomautukset, s. 27 ja 28 (espanjankielinen versio).

51 – 4 §:n 2 momentti.

poikkeuksista, jotka tekisivät säännön ilmoitetun päämäärän tyhjäksi.

38. Se, onko 250 metrin etäisyys enemmän kuin on tarpeen tämän tavoitteen saavuttamiseksi, on vaikeampi kysymys. Jotkut asianosaisista väittävät, että tämä luku on vanhentunut ja että se ei sovi suuriin väestötiheyksiin, joita on monilla alueilla nykyään. Saattaa olla myös niin, että tämä vaatimus hyödyttää vain muutamia vakiintuneita ja hyvässä asemassa olevia apteekkeja muiden kaupungeissa olevien apteekkien kustannuksella ja vähentää siten mahdollista tulevaa voittoa useimmilta henkilöiltä, jotka päättävät viettää jonkin aikaa proviisoreina harvaan asutuilla alueilla. Tämän vaatimuksen arviointi riippuu monista seikoista, kuten väestötiheydestä ja väestön jakautumisesta kunnan alueella, eikä yhteisöjen tuomioistuimella ole käytettävissään riittävästi näyttöä, jonka perusteella se kykenisi ratkaisemaan tämän kysymyksen. Kansallisen tuomioistuimen on arvioitava tätä kysymystä, koska sillä on enemmän tietoa Asturian olosuhteista, ja sen on pidettävä siinä yhteydessä mielessä sijoittautumisoikeuteen puuttumisen aste, esitetyn yleisen edun luonne ja se, missä määrin yleinen kattavuus voitaisiin saavuttaa vähemmän rajoittavilla keinoilla, kun otetaan huomioon apteekkien lukumäärä ja jakauma Asturiassa sekä väestön jakauma.

## III Ratkaisuehdotus

39. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuin vastaa ennakkoratkaisukysymyksiin seuraavasti:

”– Pääasian kohteena olevan kaltainen kansallinen lainsäädäntö, jonka nojalla uuden apteekin perustaminen edellyttää lupaa ja etusija annetaan niille, jotka ovat harjoittaneet toimintaansa kyseisen jäsenvaltion alueen jossain osassa, on ristiriidassa EY 43 artiklan kanssa.