FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT POIARES MADURO
föredraget den 30 september 2009 [1]

1. Oron över att apotekare med pengabehov skulle kunna dagtinga med sina yrkesmässiga skyldigheter är inte ny. Oron har funnits åtminstone sedan Shakespeares Romeo övertygade en usel stackare till apotekare att sälja honom gift med orden

"… famine is in thy cheeks,

Need and oppression starveth in thine eyes,

Contempt and beggary hangs upon thy back;

The world is not thy friend nor the world's law;

The world affords no law to make thee rich;

"Then be not poor, but break it, and take this. [2]

2. Med Shakespeares ord skulle vi kunna säga att kärnfrågan i förevarande mål är till vilken grad säkerställandet av kvaliteten på apotekstjänster kräver att vissa apotekare blir rika. De asturianska myndigheterna, och myndigheter i andra medlemsstater med liknande regler, anger som skäl för sina regler, vilka begränsar möjligheten att öppna nya apotek, huvudsakligen behovet att bevara en äkta ekonomisk drivkraft i syfte att skapa ett så brett och bra utbud som möjligt av apotekstjänster. I deras ögon kräver detta dels att befintliga apotek skyddas från "risken" för konkurrens, dels att apotekare lockas till mindre lönsamma områden genom att begränsa tillträdet till de mest lönsamma områdena. Jag är säker på att de ekonomiska villkor under vilka en tjänst tillhandahålls kan påverka tillhandahållandet av denna tjänst. Det är legitimt för stater att grunda sin lagstiftning på sådana intressen när lagstiftningen syftar till att uppnå allmänna mål såsom att skydda folkhälsan. Däremot kan de inte nöja sig med att hänvisa till ett möjligt samband som skäl för en lagstiftning. En lagstiftning enligt vilken vissa ekonomiska fördelar ges till en del näringsidkare framför andra måste granskas på djupet. Frågan i detta mål är inte lätt att besvara. Å ena sidan är intresset av att skydda folkhälsan av största vikt, och domstolen måste överlåta detta komplexa område till medlemsstaternas bedömning. Å andra sidan har domstolen en skyldighet att avhjälpa situationer i vilka lokalpolitiska processer har visat sig ge ekonomiska fördelar till lokalt verksamma på bekostnad av, bland andra, medborgare i andra medlemsstater. Domstolen kan inte avsäga sig denna skyldighet enbart av det skälet att målet rör folkhälsofrågor. Behovet av en opartisk domare är nämligen som störst när

1 — Originalspråk: engelska.
2 — William Shakespeare, Romeo och Julia, Akt 5, Scen 1.

de aktuella frågorna inte bara rör ekonomiska fördelar, utan även folkhälsa. För att besvara den fråga som ställts i förvarande mål ska jag följaktligen försöka väga dessa motstridiga intressen mot varandra, intressen som båda har överlåtits åt medlemsstaterna att reglera genom politiska beslut, och noggrant undersöka hur de har genomförts i syfte att upptäcka tecken på politiska ingripanden som strider mot det krav på enhetlighet och konsekvens som utvecklats i domstolens rättspraxis med avseende på nationell lagstiftning som utgör hinder för den fria rörligheten.

I — Bakgrund och tillämpliga bestämmelser

3. Klagandena i dessa mål är båda spanska medborgare med apotekarexamen men utan tillstånd att öppna apotek. De har varit yrkesverksamma i flera år i ett djurapotek. Eftersom de har för avsikt att driva ett eget apotek önskar de få tillstånd att öppna ett nytt apotek i den autonoma regionen Asturien i Spanien. Genom beslut av den 14 juni 2002 av den autonoma regionen Asturiens ministerium för hälso- och sjukvård nekades klagandena det aktuella tillståndet. Beslutet fastställdes av Asturiens regering den 10 oktober 2002. Klagandena överklagade detta beslut till Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

4. De asturianska myndigheternas beslut grundar sig på dekret 72/2001 av den 19 juli 2001 om reglering av apotek och apoteksliknande inrättningar i den autonoma regionen Asturien. Dekretet innehåller tillståndsbestämmelser som innefattar vissa begränsningar för att öppna apotek i den autonoma regionen samt bestämmelser om tillståndsgivning till konkurrerande sökande. Klagandena menar att dekretet kränker deras etableringsfrihet enligt artikel 43 i EG-fördraget. Mot bakgrund av de tvivel som föreligger angående dekretets förenlighet med gemenskapsrätten har den nationella domstolen ställt följande två tolkningsfrågor till domstolen:

”Strider artiklarna 2, 3 och 4 i regionen Asturiens dekret 72/2001 av den 19 juli 2001 om reglering av apotek och apoteksliknande inrättningar, liksom punkterna 4, 6 och 7 i bilagan till nämnda dekret, mot artikel 43 i EG-fördraget? (Mål C-570/07)”

och

”Strider bestämmelserna i den autonoma regionen Asturiens lagstiftning om tillstånd att öppna apotek mot artikel 43 [EG]? (Mål C-571/07)”

5. Såsom har angetts ovan begränsas möjligheten att öppna nya apotek genom den omtvistade lagstiftningen, vilken innehåller urvalskriterier för att skilja mellan konkurrerande sökande av tillstånd att öppna ett nytt apotek. Den viktigaste begränsningen består i en kvantitativ restriktion genom vilken antalet apotek i ett område begränsas i förhållande till folkmängden i området och en geografisk begränsning enligt vilken ett apotek inte får öppnas inom 250 meter från ett annat apotek. Bestämmelserna har följande lydelse:

”*Artikel 2.d* Lägsta erforderliga befolkningsmäng

1. I varje apoteksområde ska antalet apotek motsvara ett apotek per 2 800 invånare. Tillstånd får ges för ytterligare ett apotek om invånarantalet överstiger denna gräns med mer än 2 000 invånare.

2. I varje vårddistrikt och varje kommun får det finnas åtminstone ett apotek.

Artikel 3. Beräkning av befolkningsmängd

Med avseende på detta dekret ska befolkningsmängden beräknas på grundval av uppgifter från den senaste folkbokföringskontrollen.

Artikel 4. Minsta tillåtna avstånd

1. Det minsta tillåtna avståndet mellan apotek ska i allmänhet vara 250 meter, oberoende av vilket apoteksområde de tillhör.

2. Det minsta tillåtna avståndet ska även iakttas i förhållande till vårdinrättningarna i varje apoteksområde, oberoende av om det är fråga om offentliga eller avtalsanslutna privata inrättningar, om de erbjuder sjukhusvård eller inte, om de använder sig av externa läkare eller erbjuder akutsjukvård, och om de är i drift eller under konstruktion.

Kravet på minsta tillåtna avstånd till vårdinrättningar är inte tillämpligt på apoteksområden med ett enda apotek, eller på orter där det för närvarande finns endast ett apotek och där det på grund av orternas karaktär inte kan förutsägas att det kommer att öppnas några nya apotek.

Skälet till varför villkoret om minsta tillåtna avstånd till vårdinrättningar inte är tillämpligt ska alltid anges." [3]

6. För att kunna skilja mellan konkurrerande tillståndssökande enligt dessa regler innehåller lagstiftningen olika kriterier. Yrkes- och undervisningserfarenhet ger poäng utifrån olika kriterier. Yrkeserfarenhet i städer med färre än 2 800 invånare ger mer poäng än andra typer av erfarenheter. I lagstiftningen stadgas vidare följande:

"1. Omständigheter och meriter som fastställs i denna bedömningsmall ska styrkas genom officiella intyg som utfärdas av förvaltningen eller av motsvarande ansvarig.

2. Vid värdering av yrkes- och undervisningserfarenhet sker beräkningen på grundval av fullständiga månader även om det är fråga om avbrutna arbetsperioder. Avbrutna perioder kan ackumuleras i grupper om 21 dagar eller 168 timmar, motsvarande en månad, till dess att minimiperioden uppnås.

3 — Dekret 72/2001 av den 19 juli 2001 om reglering av apotek och apoteksliknande inrättningar i den autonoma regionen Asturien.

Vid deltidsanställning ska yrkeserfarenhetsmeriterna beräknas proportionellt utifrån den aktuella deltiden i förhållande till heltidsarbete.

3. Vid beräkning av meriter på grund av yrkeserfarenhet kan högst en anställning per tidsperiod beaktas, såvida det inte är fråga om två deltidstjänster.

4. Yrkeserfarenhet som apoteksinnehavare eller medinnehavare på ett apotek eller andra meriter kan inte beaktas om meriterna redan tidigare har använts som grund för att erhålla ett etableringstillstånd.

5. Om avsikten är att det ska finnas medinnehavare av apoteket och det inte är fråga om fler än två medinnehavare, sker poängberäkningen genom att 50 procent av respektive medinnehavares meritpoäng läggs samman. Om det är fråga om fler än två medinnehavare skall 50 procent av meritpoängen för den innehavare som har högst respektive lägst poäng läggas samman.

6. Meriter som avser yrkesutövning inom regionen Asturien ska vid beräkningen ökas med 20 procent.

7. Vid lika poängställning efter tillämpning av bedömningsmallen ska tillstånd utfärdas i enlighet med följande prioritetsordning:

a) Apotekare som inte har varit apoteksinnehavare.

b) Apotekare som har varit apoteksinnehavare i apoteksområden eller kommuner med färre än 2 800 invånare.

c) Apotekare som har utövat sin yrkesverksamhet i regionen Asturien.

d) Apotekare som har bättre akademiska meriter.” [4]

4 — Bilaga: Bedömningsmall för meriter som beaktas vid tilldelning av apotekstillstånd.

II — Prövning

A — *Upptagande till sakprövning*

7. Vissa parter har anfört att målet inte kan tas upp till sakprövning för att klagandena är spanska medborgare som väckt talan mot spansk lagstiftning. Domstolen har emellertid konsekvent slagit fast att sådana mål kan tas upp till sakprövning. [5] Det ankommer endast på den nationella domstolen att avgöra huruvida den behöver ett förhandsavgörande för att kunna döma i målet. [6] Domstolen lämnar ett förhandsavgörande såvida det inte är uppenbart att begäran om förhandsavgörande inte har något samband med de verkliga omständigheterna. [7] Den nationella domstolen kan behöva den begärda tolkningen av gemenskapsrätten även om de faktiska omständigheterna i målet är rent interna, eftersom ”ett svar skulle … kunna vara till nytta för nämnda domstol såvida nationella tillverkare i förfaranden såsom det förevarande enligt nationell rätt ska ha samma rättigheter som tillverkare från andra medlemsstater enligt gemenskapsrätten skulle ha i samma situation”. [8] Såsom jag redan har förklarat är detta synsätt enligt min åsikt befogat mot bakgrund av samarbetsandan mellan de nationella domstolarna och domstolen samt med beaktande av behovet av att undvika att en medlemsstats egna medborgare behandlas ogynnsamt när nationell rätt och gemenskapsrätten tillämpas samtidigt. [9] Domstolen bör därför efterkomma den begärda tolkningen av artikel 43 EG i förevarande mål.

B — *Huruvida etableringsrätten begränsas*

8. Gemenskapsrätten inkräktar inte på medlemsstaternas behörighet att själva utforma sina system för social trygghet. [10] Även om apotek är rörelsedrivande företag ingår de likaså i hälso- och sjukvårdssystemet. I medlemsstaternas behörighet att organisera sådana system ingår således rätten att införa regler för att organisera och tillhandahålla

5 — Dom av den 5 december 2000 i mål C-448/98, Guimont (REG 2000, s. I-10663), punkt 23, av den 5 mars 2002 i de förenade målen C-515/99, C-519/99–C-524/99 och C-526/99–C-540/99, Reisch m.fl. (REG 2002, s. I-2157), punkt 26, av den 11 september 2003 i mål C-6/01, Anomar m.fl. (REG 2003, s. I-8621), punkt 41, av den 30 mars 2006 i mål C-451/03, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti mot Giuseppe Calafiori (REG 2006, s. I-2941), punkt 29, av den 5 december 2006 i de förenade målen C-94/04 och C-202/04, Cipolla m.fl. (REG 2006, s. I-11421), punkt 30, och av den 31 januari 2008 i mål C-380/05, Centro Europa 7 (REG 2008, s. I-349), punkt 69.

6 — Se, bland annat, domen i det ovan (i fotnot 5) nämnda målet Centro Europa 7, punkt 52.

7 — Domen i det ovan (i fotnot 5) nämnda målet Centro Europa 7, punkt 53.

8 — Domen i det ovan (i fotnot 5) nämnda målet Guimont, punkt 23.

9 — Mitt förslag till avgörande inför domen i det ovan i punkt 5 nämnda målet Centro Europa 7, punkt 30.

10 — Dom av den 19 maj 2009 i de förenade målen C-171/07 och C-172/07, Apothekerkammer des Saarlandes m.fl. (REG 2009, s. I-4171), punkt 18, och av den 11 september 2008 i mål C-141/07, kommissionen mot Tyskland (REG 2008, s. I-6935), punkt 22.

apotek, på samma sätt som för andra hälso- och sjukvårdstjänster. [11]

9. Medlemsstaterna är dock skyldiga att utöva sin behörighet på detta område på ett sätt som är förenligt med de friheter som garanteras genom fördraget, inklusive etableringsfriheten. [12] Det framgår tydligt av domstolens rättspraxis att artikel 43 EG utgör hinder för varje nationell åtgärd som, även om den tillämpas utan diskriminering med avseende på nationalitet, kan göra det svårare eller mindre attraktivt för gemenskapens medborgare att utöva den etableringsfrihet som garanteras genom fördraget. [13]

10. Ingripanden i grundläggande friheter visar sig ofta som ett hinder för tillgången till den nationella marknaden, genom åtgärder som skyddar redan etablerade näringsidkares marknadsandelar på den nationella marknaden. [14] Krav på föregående tillstånd, enligt vilka rätten att bedriva verksamhet är förbehållen vissa näringsidkare som uppfyller förutbestämda krav, utgör en inskränkning. [15] I synnerhet utgör ”en nationell lagstiftning, enligt vilken verksamhet endast kan utövas på villkor som har anknytning till det ekonomiska eller sociala behovet av denna verksamhet, … en inskränkning genom att den tenderar att begränsa antalet tjänsteleverantörer”. [16] På grundval av detta befanns en nationell lagstiftning, enligt vilken tillstånd att öppna en ny tandläkarmottagning i öppenvården endast kunde beviljas om de administrativa myndigheterna bedömde att det förelåg ett behov av ytterligare en mottagning, vara en inskränkning i etableringsfriheten. [17] Sådana begränsningar liknar dem som har befunnits utgöra hinder för den fria rörligheten av varor genom att skydda etablerade näringsidkares ställning och därmed hindra att produkter från andra medlemsstater kommer in på den inhemska marknaden. [18]

11. Om dessa kriterier ska tillämpas på de aktuella bestämmelserna i förevarande mål, enligt vilka nya apotek endast får öppnas om de uppfyller vissa krav på läge och invånarantal, framgår tydligt att bestämmelserna innebär en inskränkning i etableringsfriheten. Dessa villkor innebär att nya apotek endast får öppnas om tillstånd har utfärdats, och tillstånd utfärdas endast om villkoren med avseende

11 — Domen i de ovan (i fotnot 10) nämnda förenade målen Apothekerkammer des Saarlandes m.fl., punkt 18, och domen i det ovan (i fotnot 10) nämnda målet kommissionen mot Tyskland, punkt 22.

12 — Domen i de ovan (i fotnot 10) nämnda förenade målen Apothekerkammer des Saarlandes m.fl., punkt 18, och domen i det ovan (i fotnot 10) nämnda målet kommissionen mot Tyskland, punkterna 22 och 23.

13 — Domen i de ovan (i fotnot 10) nämnda förenade målen Apothekerkammer des Saarlandes m.fl., punkt 22, och dom av den 10 mars 2009 i mål C-169/07, Hartlauer (REG 2009, s. I-1721), punkt 33.

14 — Se mitt förslag till avgörande inför domen i de ovan (i fotnot 5) nämnda förenade målen Cipolla m.fl., punkt 59.

15 — Domen i de ovan (i fotnot 10) nämnda förenade målen Apothekerkammer des Saarlandes m.fl., punkt 34, och dom av den 6 mars 2007 i de förenade målen C-338/04, C-359/04 och C-360/04, Placanica m.fl. (REG 2007, s. I-1891), punkt 42.

16 — Domen i det ovan (i fotnot 13) nämnda målet Hartlauer, punkt 36.

17 — Domen i det ovan (i fotnot 13) nämnda målet Hartlauer, punkt 39.

18 — Se, i det avseendet, mitt förslag till avgörande av den 30 mars 2006, inför domen i de förenade målen C-158/04 och C-159/04, Alfa Vita Vassilopoulos och Carrefour-Marinopoulos (REG 2006, s. I-8135), punkt 47.

på läge och invånarantal är uppfyllda. De är nämligen direkt analoga med de krav som berörs i domen i det ovannämnda målet Hartlauer, nämligen kravet på att kunna visa att det förelåg behov innan en öppenvårdsmottagning kunde öppnas. När invånarantalet inte räcker för att de nationella myndigheterna ska anse att det föreligger behov av ett nytt apotek, går det inte att öppna ett sådant. Genom att frysa tillgången till marknaden har den aktuella åtgärden den verkan att den hindrar dem som önskar öppna ett apotek i Asturien från att göra det, och kommer således att hindra andra medlemsstaters medborgare att öppna apotek i området.

C — Huruvida en sådan inskränkning kan vara motiverad

12. Att slå fast att nationell lagstiftning innebär en inskränkning i etableringsfriheten utgör bara ett första led i prövningen. Sådana nationella bestämmelser kan vara motiverade om de uppfyller fyra villkor. De ska i synnerhet ”tillämpas på ett icke-diskriminerande sätt, … motiveras av tvingande hänsyn till allmänintresset, … vara ägnade att säkerställa att det mål som eftersträvas med dem uppnås, och … inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå detta mål”. [19]

1. Huruvida de tillämpas på ett icke-diskriminerande sätt

13. De viktigaste bestämmelserna i dekretet, kraven på invånarantal och minimiavstånd, är inte diskriminerande. Dessa bestämmelser tillämpas lika på alla apotekare. [20] Detta stämmer även på det kriterium som de asturianska myndigheterna fastställer vid bedömningen av konkurrerande ansökningar om tillstånd att öppna apotek, där apotekare som tidigare arbetat i områden med dålig täckning prioriteras högre. [21] I princip har varje apotekare, oberoende av ursprung, samma möjlighet att dra fördel av denna bestämmelse.

14. Det kriterium som ger fler prioritetspoäng till sökande som har varit verksamma som apotekare i Asturien, [22] utgör däremot en otillåten diskriminering på grund av nationalitet. Så är fallet även om den, i likhet med

19 — Dom av den 30 november 1995 i mål C-55/94, Gebhard (REG 1995, s. I-4165). Se även dom av den 21 april 2005 i mål C-140/03, kommissionen mot Grekland (optiker) (REG 2005, s. I-3177).

20 — Se bland annat domen i det ovan (i fotnot 10) nämnda målet kommissionen mot Tyskland, punkt 33.

21 — Se punkt 7 b i bilagan till dekret 72/2001.

22 — Se punkt 6 och punkt 7 c i bilagan till dekret 72/2001.

den bestämmelse som gynnar apotekare från områden med dålig täckning, inte innebär att nationellt ursprung beaktas och en apotekare från en annan medlemsstat som arbetar i Asturien kan dra fördel av denna bestämmelse. Detta beror på att erfarenhet som uppnåtts i Asturien värderas högre än likvärdig erfarenhet som uppnåtts i en annan medlemsstat. [23] Ett sådant kriterium kan inte motiveras med stöd av domstolens rättspraxis, eftersom en likvärdig värdering av meriter som uppnåtts i en annan medlemsstat är en förutsättning för den fria rörligheten.

15. Denna slutsats påverkas inte av det förhållandet att spanska apotekare utanför Asturien också missgynnas av denna hållning. Domstolen har klart uttalat att det, för att fastställa att diskriminering föreligger, ”inte [är] nödvändigt att alla företag i en medlemsstat gynnas i förhållande till utländska företag. Det räcker att den införda preferensordningen är till fördel för en av dem i det landet som tillhandahåller tjänster”. [24] Det faktum att asturianska myndigheter prioriterar dem som har utövat sitt yrke i Asturien, missgynnar definitivt apotekare utanför det autonoma området, och då inbegripet såväl apotekare från andra medlemsstater som asturianska apotekare som har valt att utöva sin etableringsfrihet i andra medlemsstater. [25] En sådan hållning innebär en diskriminerande inskränkning i etableringsfriheten och är förbjuden enligt fördraget.

16. Bedömningen av de övriga kriterier som måste vara uppfyllda för att lagstiftningen ska anses vara motiverad kommer således att begränsas till en prövning av de delar av lagstiftningen som inte är diskriminerande.

2. Mål av allmänt intresse

17. Det allmännyttiga mål som samhället eftersträvar och som eftersträvas med de geografiska begränsningarna är att skydda folkhälsan genom tillhandahållande av kvalificerade apotekstjänster i hela Asturien. Folkhälsoskyddet är onekligen ett mål motiverat

23 — Se domen i det ovan (i fotnot 19) nämnda målet Gebhard, punkt 38. Det ska även påpekas att den fördel som apotekare med erfarenhet från arbete i Asturien ges saknar samband med målet att aktivt stödja etableringar i befolkningsmässigt mindre områden, eftersom den ges till alla apotekare i Asturien oberoende av om de har medverkat till att uppnå det målet genom att tidigare ha etablerat sig i befolkningsmässigt mindre områden i Asturien.

24 — Domen i det ovan (i fotnot 10) nämnda målet kommissionen mot Tyskland, punkt 38, och dom av den 25 juli 1991 i mål C-353/89, kommissionen mot Nederländerna (Mediawet) (REG 1991, s. I-4069; svensk specialutgåva, volym 10, s. I-353), punkt 25.

25 — Se dom av den 6 december 2007 i mål C-456/05, kommissionen mot Tyskland (REG 2007, s. I-10517), punkt 58. Se även dom av den 7 maj 1991 i mål C-340/89, Vlassopoulou (REG 1991, s. I-2357; svensk specialutgåva, volym 11, s. I-189), och av den 14 september 2000 i mål C-238/98, Hocsman (REG 2000, s. I-6623).

av tvingande skäl av allmänt intresse. [26] Flera av parternas argument förefaller fokusera på frågan om vilket system som är bäst lämpat att skydda folkhälsan och, i synnerhet i detta mål, uppnå bredast möjliga utbud av kvalificerade apotekstjänster i området. Antingen ett system som gör det lättare att öppna apotek och som samtidigt främjar konkurrensen apoteken emellan, eller ett system som begränsar möjligheten att öppna apotek i områden med högre invånarantal för att kunna begränsa konkurrensen och ge incitament till att öppna apotek i befolkningsmässigt mindre områden i landet. Parterna hänvisar till motstridig bevisning, inklusive erfarenhet från olika medlemsstater, till stöd för att det system som de förespråkar är det som är bäst lämpat när det gäller skyddet för folkhälsan.

18. På den punkten räcker det att påpeka att varje medlemsstat har behörighet att utforma sitt eget system för folkhälsoskydd, och domstolen är skyldig att ge dem ett stort utrymme för skönsmässig bedömning. [27] Detta gäller särskilt när avsaknaden av politisk konsensus förstärks av att det föreligger stora principiella skillnader mellan medlemsstaterna. Det förhållandet att en medlemsstat tillämpar bestämmelser som är mindre stränga än dem som tillämpas av en annan medlemsstat innebär inte i sig att de senare bestämmelserna är för långtgående och därmed oförenliga med gemenskapsrätten. [28] Domstolen har dessutom uttryckligen slagit fast att planeringen av vårdtjänster, inklusive en i landet jämn fördelning av dessa tjänster, ingår i denna behörighet. [29] Domstolen har beträffande apoteksprodukter och apotekstjänster slagit fast att fastställande av försäljningspriser [30] och konkurrensbegränsning [31] kan användas för att uppnå dessa folkhälsomål.

19. Även om målsättningar av rent ekonomisk natur inte kan motivera en inskränkning i de grundläggande rättigheterna, [32] kan de vara motiverade om de är nödvändiga för att hälsovårdssystemet ska fungera i ekonomiskt hänseende. [33] I synnerhet kan ”ekonomiska intressen som syftar till att bibehålla en väl avvägd läkar- och sjukhusvård som är tillgänglig för alla” utgöra ett befogat allmänintresse. Detta innebär att antalet sjukhusanläggningar och ”deras geografiska fördelning, hur de är inrättade och vilken utrustning de

26 — Domen i de ovan (i fotnot 10) nämnda förenade målen Apothekerkammer des Saarlandes m.fl., punkt 27, domen i det ovan (i fotnot 13) nämnda målet Hartlauer, punkt 46, och domen i det ovan (i fotnot 10) nämnda målet kommissionen mot Tyskland, punkterna 46 och 47.

27 — Domen i de ovan (i fotnot 10) nämnda förenade målen Apothekerkammer des Saarlandes m.fl., punkt 19.

28 — Dom av den 11 juli 2002 I mål C-294/00, Gräbner (REG 2002, s. I-6515), punkt 46.

29 — Domen i det ovan (i fotnot 10) nämnda målet kommissionen mot Tyskland, punkt 61.

30 — Dom av den 11 december 2003 i mål C-322/01, Deutscher Apothekerverband (REG 2003, s. I-14887), punkt 122.

31 — Domen i det ovan (i fotnot 10) nämnda målet kommissionen mot Tyskland, punkt 59.

32 — Se ovan (fotnot 29).

33 — Dom av den 13 maj 2003 i mål C-385/99, Müller-Fauré och van Riet (REG 2003, s. I-4509), punkt 73.

är försedda med, liksom karaktären på de vårdtjänster som de erbjuder, måste kunna bli föremål för en planering. Med denna planering eftersträvas vanligen målet att inom den berörda statens territorium säkerställa att det finns tillräckligt omfattande och ständig tillgång till ett väl avvägt utbud av sjukhusvård av god kvalitet. Den är också vanligen ett uttryck för en vilja att säkerställa en kontroll över kostnaderna och i möjligaste mån undvika allt slöseri med ekonomiska, tekniska och mänskliga resurser." [34] Min slutsats är följaktligen att det av tvingande skäl av allmänt intresse är motiverat att säkerställa en fördelning av apotek i hela regionen, och att medlemsstater inte är skyldiga att använda sig av konkurrensmedel för att tillhandahålla högkvalitativa apotekstjänster.

3. Huruvida dekretet är ägnat att uppnå ovannämnda mål och inte går utöver vad som är nödvändigt i det syftet

20. Samtidigt som avgöranden från nationella lagstiftningsorgan och tillsynsmyndigheter, som, med hänsyn till deras närhet till lokala förhållanden och specialkunskaper, är bäst skickade att avgöra vilka medel som effektivast kan uppnå mål av allmänt intresse såsom att skydda folkhälsan, naturligtvis ska beaktas, är en delegering till sådana organ dock inte riskfri. [35] Denna närhet kan göra dessa organ till föremål för "regulatory capture" (obalans i maktförhållandena mellan myndigheter och näringsidkare) med avseende på de specialintressen som dominerar i det området och som sker på bekostnad av konsumenters och potentiella utländska och inhemska konkurrenters intressen. Det finns anledning till särskild försiktighet i mål liknande detta, där en regional regerings politiska val innebär finansiella fördelar för etablerade näringsidkare på bekostnad av nya marknadsaktörer.

21. Detta kan vara en förklaring till varför kraven på enhetlighet och konsekvens har fått större betydelse i domstolens rättspraxis vid bedömningen av huruvida nationell lagstiftning är ägnad att uppnå de eftersträvade målen. Enligt kraven på enhetlighet och konsekvens är "en nationell lagstiftning endast … ägnad att säkerställa förverkligandet av det åberopade målet om den verkligen svarar mot önskan att uppnå detta på ett sammanhängande och systematiskt sätt". [36] Detta krav möjliggör för domstolen att göra åtskillnad mellan lagstiftning som verkligen är ägnad att eftersträva ett legitimt mål av allmänt intresse och lagstiftning vars ursprungliga syfte kan ha varit att uppnå ett sådant mål men som har kommit att påverkas av vissa specialintressen. Det handlar om ett krav som kan sägas

34 — Domen i det ovan (i fotnot 10) nämnda målet kommissionen mot Tyskland, punkterna 60 och 61.

35 — Domen i de ovan (i fotnot 10) nämnda förenade målen Apothekerkammer des Saarlandes m.fl., punkt 19.

36 — Domen i de ovan (i fotnot 10) nämnda förenade målen Apothekerkammer des Saarlandes m.fl., punkt 42.

garantera integriteten i tillsyns- och lagstiftningsförfarandet och politiskt ansvarstagande. Ett sådant krav spelar enligt min mening en central roll vid prövningen av förevarande mål.

22. I domen i målet Hartlauer godtog domstolen statens argument att det kunde finnas ett behov av att begränsa antalet läkarmottagningar för att säkerställa vårdsystemets goda funktion. Domstolen fann dock att lagstiftningen inte var ägnad att uppnå detta mål eftersom privata öppenvårdsmottagningar och gruppmottagningar kan ha samma verkan och att lagstiftningen bara omfattade de förra. Domstolen ifrågasatte inte heller att en begränsad rätt att sända TV-reklam för medicinska och kirurgiska behandlingar kunde anses vara motiverad av hänsyn till målet att skydda människors hälsa, men slog ändå fast att den aktuella lagstiftningen i målet Coporación Dermoestética inte var motiverad, då den var tillämplig på nationella men inte lokala TV-stationer. [37] Däremot fäste domstolen stor vikt vid bestämmelsernas påstådda enhetlighet och konsekvens, när den fann att tysk lagstiftning, enligt vilken det krävdes att apotek skulle ägas av apotekare och att lokala apotek skulle tillgodose läkemedelsförsörjningen till sjukhus, var berättigad. [38]

23. Domstolen har tillämpat samma metod på andra känsliga områden. På området för hasardspel till exempel har domstolen funnit att en medlemsstats begränsning av antalet spelkoncessioner inte var motiverad annat än om den på ett enhetligt och konsekvent sätt kunde säkerställa att målet att förhindra att verksamheten användes i bedrägliga eller brottsliga syften uppnåddes, genom att locka spelarna att använda sig av den tillåtna verksamheten. [39] Enligt domstolens resonemang kan lagstiftningen inte anses uppfylla det kravet om antalet tillstånd är så få att den tillåtna spelverksamheten inte kan erbjuda ett attraktivt alternativ till den otillåtna spelverksamheten. [40]

24. Det måste därför göras en bedömning av i vilken utsträckning en lagstiftning på ett enhetligt och konsekvent sätt fastiskt främjar de mål som medlemsstaten har angett som skäl för den. Två huvudskäl anges som motiv till begränsningarna. För det första görs det gällande att en begränsning av tillträdet till marknaden säkerställer ett utbud av apotekstjänster av god kvalitet. För det andra hävdas

37 — Dom av den 17 juli 2008 i mål C-500/06, Corporación Dermoestética (REG 2008, s. I-5785), punkterna 37–39.

38 — Domen i det ovan (i fotnot 10) nämnda målet kommissionen mot Tyskland, punkterna 51–57, och domen i de ovan (i fotnot 10) nämnda förenade målen Apothekerkammer des Saarlandes m.fl., punkterna 41–50.

39 — Domen i det ovan (i fotnot 15) nämnda målet Placanica, punkt 55.

40 — Domen i det ovan (i fotnot 15) nämnda målet Placanica, punkt 55.

att begränsningarna med avseende på invånarantal garanterar ett allmänt utbrett utbud av apotek genom att de tvingas sprida ut sig i hela regionen. Jag kommer att pröva dessa argument i tur och ordning.

a) Kvaliteten på apotekstjänster

25. Det första argumentet, som var ett av huvudargumenten i den debatt som fördes i de nyligen meddelade domarna i de förenade målen Apothekerkammer des Saarlandes m.fl. och i målet kommissionen mot Italien, [41] som rör det tyska och det italienska kravet på att apotek måste drivas av apotekare, betonas inte lika starkt i förevarande mål. Vissa parter har emellertid nämnt att det finns ett samband mellan risken för att en ökad konkurrens bland apotek kan driva apotekare till att, för att använda ett vardagligt uttryck, ”ta vissa genvägar”.

26. Det ska till att börja med påpekas att det ankommer på staten att visa att åtgärden är lämplig och nödvändig för att kunna erbjuda högkvalitativa tjänster. [42] Bortsett från Shakespeare finns det ingen grund för påståendet att en ökad konkurrens leder till att apotekare sänker kvaliteten på sina tjänster. Jag kan inte annat än notera att logiken bakom stora delar av de resonemang som vissa parter och medlemsstater har fört innehåller vissa inkonsekvenser. Ibland framställs apotekare som i första hand drivna av ett sådant ekonomiskt vinstintresse att de endast är intresserade av att utöva sin verksamhet i tätbefolkade områden och – för det fall de utsätts för konkurrens – beredda att låta vinstintresset överskugga deras yrkesmässiga skyldigheter, samtidigt som de, när de innehar ”monopolställning” i ett tätbefolkat område, påstås prioritera sina yrkesmässiga skyldigheter när de utövar sin affärsverksamhet och främst se till att tillhandahålla kvalitativa apotekstjänster. Enligt flera parters resonemang förefaller konkurrens förvandla helgon till syndare.

27. Det ska vidare påpekas att karaktären på apotekstjänster har ändrats väsentligt. Tidigare ”tillredde” apotekaren själv medicinerna. I dag endast tillhandahåller apotekare mediciner som dels har ”tillretts” någon annanstans, dels är underkastade stränga legalitetskrav

41 — Dom (från stora avdelningen) av den 19 maj 2009 i mål C-531/06, kommissionen mot Italien (REG 2009, s. I-4103).

42 — Domen i det ovan (i fotnot 30) nämnda målet Deutscher Apothekerverband, punkt 123.

såsom dem som ska vara uppfyllda för att ett läkemedel ska kunna tillhandahållas receptfritt. Domstolen har själv medgett detta genom att godta försäljning av receptfria läkemedel på Internet. [43] Följaktligen anser jag inte att medlemsstaten har visat att en begränsning av konkurrensen är nödvändig eller proportionerlig i förhållande till målet att tillhandahålla högkvalitativa apotekstjänster.

28. Domstolen fann visserligen, i de nyligen meddelade domarna i målen Apothekerkammer des Saarlandes m.fl. och kommissionen mot Italien, vilka rörde nationella bestämmelser enligt vilka apotek endast kunde ägas av farmaceuter, att restriktioner med avseende på möjligheten att äga apotek kunde motiveras av behovet av att säkerställa en säker och högkvalitativ läkemedelsförsörjning till befolkningen. [44] Dessa mål rör dock apotekarnas yrkesutbildning och yrkeserfarenhet samt ansvar, vilket domstolen ansåg kunde leda till att apotekares vinstintresse kunde dämpas av andra yrkesmässiga intressen. [45] Vidare godtog domstolen den restriktionen på grundval av antagandet att apotekare verkligen är yrkesmässigt oberoende. [46] Ett sådant oberoende följer av deras yrkesmässiga skyldigheter och av det faktum att de inte deltar i vare sig produktions- eller distributionsledet för de varor som säljs i deras apotek, [47] vilket ger dem bättre förutsättningar än icke-farmaceuter att stå emot påtryckningar i syfte att främja överkonsumtion av läkemedelsprodukter och säkerställa att restriktionen i fråga verkligen tjänar det aktuella folkhälsomålet.

29. Detta resonemang stödjer nämligen argumentet att den österrikiska lagstiftningen är oförenlig med gemenskapsrätten. Eftersom det krävs att apotekare i Asturien håller en viss servicenivå, inte bara enligt lag utan även genom deras yrkesmässiga skyldigheter, finns det knappast någon anledning att oroa sig över att konkurrens kan föranleda dem att minska sin service genom att underlåta att fullgöra sina lagstadgade och yrkesmässiga skyldigheter. Om apotekare behövde ytterligare skydd för att fullgöra sina yrkesmässiga

43 — Domen i det ovan (i fotnot 30) nämnda målet Deutscher Apothekerverband.

44 — Domen i det ovan (i fotnot 10) nämnda målet Apothekerkammer des Saarlandes m.fl., punkterna 28 och 39, och dom av den 19 maj 2009 i mål C-531/06, kommissionen mot Italien (REG 2009, s. I-4103), punkt 52.

45 — Domen i det ovan (i fotnot 10) nämnda målet Apothekerkammer des Saarlandes m.fl., punkterna 37–39.

46 — *Ibidem*, punkterna 33–37.

47 — Det faktum att de inte deltar i tillverkningen och distributionen av läkemedelsprodukter utgör enligt min mening och mot bakgrund av domstolens tidigare rättspraxis det grundläggande skälet till att domstolen accepterade de bestämmelser enligt vilka endast farmaceuter kunde äga apotek. Se punkt 40, i vilken domstolen påpekade att farmaceuter som är anställda av läkemedelstillverkare och läkemedelsgrossister kan sakna det oberoende som krävs. Således är det bara när farmaceuters oberoende från läkemedelstillverkare och läkemedelsgrossister kan garanteras som sådana bestämmelser kan anses uppfylla kravet på enhetlighet och konsekvens enligt gemenskapsrätten.

skyldigheter, skulle domstolen i domarna i målen Apothekerkammer des Saarlandes och kommissionen mot Italien inte ha kunnat komma fram till att kravet på att apotek ska ägas av farmaceuter var lämpligt för att uppnå målet att tillhandahålla högkvalitativ vård.

b) Säkerställande av en bred och väl avvägd geografisk spridning av apotek

30. Det starkare argumentet som parterna åberopat till stöd för dekretet rör behovet av att säkerställa en bred och väl avvägd geografisk spridning av apotek. Med andra ord, en strävan efter att så långt det är möjlig säkerställa befolkningen ett allmänt utbrett utbud av apotekstjänster. Det måste göras åtskillnad mellan de två kriterier som används i syfte att uppnå detta mål, nämligen befolkningskravet och kravet på ett minsta avstånd mellan apotek. Båda dessa krav måste bedömas med avseende på dels huruvida de är lämpliga för att uppnå målet med en geografisk spridning, dels huruvida de går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå detta mål.

31. Ett krav på högsta tillåtna folkmängd är i princip ett lämpligt krav för att uppnå målet med ett brett utbud av apotek. Genom att begränsa möjligheten för apotekare att öppna apotek i lönsammare stadsdelar tvingas de söka efter andra möjligheter. Detta sker dock inte automatiskt. Om det vore lönsamt att öppna apotek i mindre tätbefolkade områden skulle detta sannolikt ske oberoende av geografiska begränsningar. En ökning av sådana etableringar skulle nämligen ske i förhållande till hur lätt det är att öppna apotek och hur hård konkurrensen om marknadsandelarna är i mer tätbefolkade områden. Om i stället, såsom vissa parter har hävdat, problemet består i det faktum att vinstchanserna är små i mindre tätbefolkade områden, föreligger en risk för att ingen vill öppna ett apotek i sådana områden i vilket fall som helst. Frågan är varför någon skulle vilja ägna sig åt förlustdrivande verksamhet bara för att han eller hon saknar möjlighet att bedriva vinstdrivande verksamhet. Att enbart begränsa möjligheten att öppna apotek i mer tätbefolkade områden skulle inte uppfylla det krav på enhetlighet och konsekvens vid eftersträvandet av det aktuella målet av allmänt intresse. Det är bara när en begränsning av möjligheten att öppna apotek samtidigt innebär att de som tidigare har öppnat apotek i mindre tätbefolkade områden gynnas, som systemet som helhet blir begripligt. Genom att ge förtur åt apotekare som tidigare har etablerat sig i områden med

färre än 2 800 invånare, skapar dekretet incitament åt apotekare att etablera sig i underbefolkade områden som annars kanske blir utan ett apotek, i utbyte mot ökade chanser att i ett senare skede få tillstånd att driva ett apotek i ett mer tätbefolkat område (som blivit mer lönsamma genom begränsningarna). Utsikten att få tillstånd att driva ett apotek i ett tätbefolkat område samtidigt som andra kommer att förhindras att öppna konkurrerande apotek kan sannolikt uppmuntra apotekare att under en tid tillhandahålla tjänster i ett underbefolkat område. Såsom vissa av parterna som stödjer det aktuella systemet angav vid den muntliga förhandlingen är det utsikten till en framtida monopolställning i ett tätbefolkat område som föranleder apotekare att initialt etablera sig i mindre tätbefolkade områden. Detta sker dock endast om service i sådana underbefolkade områden verkligen ger förtur åt dem som ger denna service, vid utfärdande av tillstånd i tätbefolkade områden.

32. Det har redan angetts ovan att det krävs en närmare granskning av huruvida dekretet är enhetligt och konsekvent, så att det verkligen främjar detta mål och inte följer av ett obehörigt inflytande från redan etablerade apotekare. [48] Två aspekter av dekretet ger upphov till frågor. Systemet ska för det första gynna dem som öppnar apotek i underbetjänade områden framför dem som helt enkelt väntar på ett tillfälle att öppna i ett lönsamt område. Enligt punkt 7 i bilagan ges dock högre prioritet åt apotekare som saknar tillstånd än åt dem som har tillstånd att bedriva verksamhet i områden med färre än 2 800 invånare. Vidare anges i punkt 4 i bilagan att apotekare som öppnar apotek i ett underbetjänat område inte kan åberopa sin tidigare yrkeserfarenhet när de ansöker om tillstånd att öppna ett annat apotek. Bestämmelsernas verkan mjukas upp något av bestämmelsen i punkt 1 a i bilagan, enligt vilken fler poäng ges för verksamhet i underbetjänade områden. Bestämmelserna ger dock upphov till frågor när det gäller enhetlighet och konsekvens.

33. För att lagstiftningen verkligen ska anses eftersträva målet med en allmän utbredning, är det även nödvändigt att tillstånd för att bedriva verksamhet i tätbefolkade områden är tillgängliga för dem som har verkat i

48 — Dom av den 7 december 2000 i mål C-324/98, Telaustria och Telefonadress (REG 2000, s. I-10745), av den 21 juli 2005 i mål C-231/03, Coname (REG 2005, s. I-7287), av den 13 oktober 2005 i mål C-458/03, Parking Brixen (REG 2005, s. I-8585), av den 6 april 2006 i mål C-410/04, ANAV (REG 2006, s. I-3303), av den 13 september 2007 i mål C-260/04, kommissionen mot Italien (REG 2007, s. I-7083), och av den 17 juli 2008 i mål C-347/06, ASM Brescia (REG 2008, s. I-5641).

underbefolkade områden, när innehavare av mer lönsamma tillstånd i tätbefolkade områden avser att upphöra med sin apoteksverksamhet. Ett system som ger innehavare av tillstånd att bedriva apotek i tätbefolkade områden äganderätt till sådana tillstånd, och som tillåter dem att sälja eller överlåta dessa tillstånd till den person som de själva väljer, innebär en begränsning av antalet tillgängliga tillstånd till dem som har ”tjänat sin tid” i underbefolkade områden. Det skulle krävas att de som önskar flytta från ett apotek i ett mindre tätbefolkat område till ett apotek i ett tätbefolkat område betalar ett pris för det aktuella tillståndet, ett pris som kommer att ha stigit för att beakta den extra lönsamhet som begränsningen av etableringen av konkurrerande apotek innebär för sådana apotek. [49] Ett sådant system underminerar den stimulansstruktur som åberopats som stöd för bestämmelser som begränsar möjligheten att öppna apotek i syfte att gynna etablering av apotek i underbefolkade områden. Systemet skulle även innebära att enskilda apotekare berikades till följd av begräsningen av konkurrensen i apotekssektorn, vilket utgör just en sådan form av obehörigt inflytande som friheterna i fördraget har till syfte att motverka. Restriktioner i etableringsrätten måste motiveras av tvingande skäl av allmänt intresse och inte vara ett medel för att uppnå personlig vinning.

34. Beträffande frågan huruvida befolkningskravet, om det hade varit bättre utformat, skulle gå utöver vad som är nödvändigt för att göra lönsamma verksamheter med monopolställning i tätbefolkade områden tillgängliga för dem som är verksamma på landsbygden, kan det noteras att parterna inte har föreslagit något alternativt system som är uppenbart bättre. Kommissionen har gjort gällande att Asturien, i stället för att fastställa ett högsta antal apotek, borde föreskriva ett minsta antal apotek per invånare och hindra all nyetablering av apotek fram till dess att denna minsta nivå har uppnåtts. Ett sådant system skapar dock ett problem i fråga om kollektivt agerande. Ingen enskild apotekare skulle ges incitament att öppna ett mindre lönsamt landsbygdsapotek. Som sådant förefaller systemet inte vara ägnat att främja en kraftig ökning av antalet apotek i underbefolkade områden. Kommissionen har hänvisat till Navarre, där en sådan plan tillfälligt hade införts. Men med hänsyn till att Navarre-planen ändrades i syfte att fastställa ett maximalt antal apotek och att flera av de mindre samhällena i Navarre förlorade sina apotek under planens genomförandetid, kan jag inte dra den slutsatsen att Asturien överskred sitt utrymme

49 — Det påpekades under den muntliga förhandlingen att vissa personer har betalat ett oerhört högt pris för att erhålla tillstånd att driva apotek i mycket tätbefolkade områden. Det faktum att sådana tillstånd kan bli så dyra är en indikation på att ett system som inledningsvis var ägnat att säkerställa ett geografiskt välbalanserat system för apotekstjänster har blivit en rent ekonomisk marknad som i viss mån har tappat sin tidigare målsättning. Det är uppenbart att en liberalisering av ett sådant system kan få negativa verkningar för dem som har betalat en ansenlig summa för tillstånd vars värde har ökat på grund av de begränsande åtgärder som de asturianska myndigheterna har infört. När gemenskapsrätten undanröjer restriktioner för grundläggande rättigheter har detta emellertid alltid inneburit att en sådan liberalisering kan få negativa konsekvenser för dem som tidigare drog fördelar av sådana begränsningar. I domen i målet Centro Europa 7 till exempel fann domstolen att gemenskapsrätten innebar att kanaler skulle ha rätt att sända på de frekvenser som de hade tilldelats enligt den nationella tillståndslagstiftningen oberoende av hur detta påverkade de faktiska innehavarna av dessa frekvenser (se punkterna 40 och 108–116 i domen). Huruvida det i den här typen av mål finns något framkomligt argument mot staten för dem som har investerat i denna marknad på grundval av vissa förväntningar med avseende på hur marknaden var reglerad är en klassisk nationell rättsfråga som det emellertid inte ankommer på denna domstol att avgöra.

för skönsmässig bedömning genom att välja bort en sådan modell.

35. Det har också anförts att en fullständigt liberaliserad modell har fungerat väl i andra medlemsstater. [50] Detta argument var dock föremål för en häftig diskussion mellan parterna och det förekom, såsom redan har anförts, motstridig bevisning i det hänseendet. Jag anser därför att ett system som begränsar möjligheten att öppna nya apotek i mer tätbefolkade områden i syfte att främja etableringar i mindre tätbefolkade områden hade kunnat vara motiverat om det hade utformats på ett enhetligt och konsekvent sätt. Men av de skäl som har anförts ovan är detta inte fallet med det system som gäller i Asturien.

36. Beträffande det geografiska kravet att inget apotek får öppnas inom 250 meter från ett annat, eller inom 250 meter från en allmän sjukvårdsinrättning, måste jag först bedöma huruvida kravet främjar målet att uppnå en spridning av apotek över hela territoriet. Det är för det första uppenbart att kravet främjar en sådan spridning, genom att motverka att apotek samlas i små centralt liggande affärsområden eller i närheten av sjukvårdsinrättningar samtidigt som andra områden blir utan apotek. Åtgärden är inte helt konsekvent eftersom det inte finns något krav på minsta avstånd i apotekszoner med bara ett apotek. [51] Men detta undantag påverkar dock inte bestämmelsens lämplighet, eftersom problemet med anhopningar inte aktualiseras i områden med bara ett apotek. Dessutom kan man rimligen hålla med om att affärsområden i så små zoner kan vara för små för att apotek ska kunna sprida sig.

37. Det andra motivet är att nämnda krav ökar vinstmöjligheten för ett apotek i ett tätbefolkat område och därmed incitamentet för apotekare att etablera sin affärsverksamhet i underbetjänade områden för att så småningom få tillstånd att verka i ett tätbefolkat område. Beträffande det målet förefaller kravet ha tillämpats på ett enhetligt och konsekvent sätt. Parterna har inte förebringat någon bevisning för att det på senare tid förekommit några undantag som skulle kunna

50 — Se yttranden ingivna av Blanco Pérez, Chao Gómez och Plataforma para la libre apertura de farmacias, s. 38 (spansk version), se även kommissionens skriftliga yttrande, sidorna 27 och 28 (spansk version).

51 — Artikel 4.2.

underminera det påstådda syftet med denna regel.

38. Huruvida siffran 250 meter går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå detta mål är en svårare fråga. Vissa parter har anfört att denna siffra är föråldrad och icke anpassad till den högre folktäthet som råder i många områden i dag. Vidare gynnar kravet eventuellt några få välpositionerade apotek till nackdel för andra centralt belägna apotek, och ökar därmed de framtida vinstmöjligheterna för de flesta individer som beslutar att lägga ned en viss tid som apotekare i underbefolkade områden. Bedömningen av detta krav beror på flera faktorer såsom folktäthet och hur befolkningsspridningen ser ut i ett visst samhälle, och domstolen förfogar inte över tillräcklig bevisning för att kunna avgöra den frågan. Det ankommer på den nationella domstolen att med sina djupare kunskaper om förhållandena i Asturien pröva den frågan med hänsyn till hur etableringsrätten påverkas, vilken typ av allmänintresse som åberopas och i vilken mån ett allmänt utbrett utbud, med hänsyn till antal och spridning av apotek samt befolkningsspridning i Asturien, kan uppnås genom mindre ingripande åtgärder.

III — Förslag till avgörande

39. På grund av ovanstående överväganden föreslår jag att de tolkningsfrågor som har ställts besvaras på följande sätt:

— ”Artikel 43 EG utgör hinder för att en sådan nationell lagstiftning som avses i det nationella målet, vari föreskrivs krav på tillstånd för att öppna ett nytt apotek och enligt vilken förtur ges till dem som har verkat i en viss del av medlemsstatens territorium.

— Artikel 43 EG utgör hinder för en sådan nationell lagstiftning som avses i det nationella målet, enligt vilken tillstånd för att öppna ett nytt apotek underkastas ett befolkningskrav i syfte att främja etablering av apotek i mindre tätbefolkade områden när detta mål inte eftersträvas på ett enhetligt och konsekvent sätt, i synnerhet när enligt samma lagstiftning äganderätt till apotekslicenser ges på ett sätt som underminerar denna stimulansstruktur.

— Beträffande kravet på ett lägsta avstånd mellan apotek ankommer det på den nationella domstolen att avgöra huruvida ett visst avstånd är motiverat med hänsyn till hur etableringsrätten påverkas, vilken typ av allmänintresse som åberopas och i vilken mån ett allmänt utbrett utbud, med hänsyn till antal och spridning av apotek samt befolkningsspridning i området, kan uppnås genom mindre ingripande åtgärder.”