ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ Г-Н M. POIARES MADURO

представено на 30 септември 2009 година [1]

1. Опасението, че фармацевти, нуждаещи се от средства, биха могли да нарушат професионалните си задължения, не е нещо ново. Предмет е на тревоги поне от времето на Шекспировия Ромео, който убеждава аптекаря — „жалък просяк“ — да му продаде отрова с думите:

„по бузите ти глад е издълбан,

в очите ти оскъдица се гърчи, презрение привежда ти плещите —

светът ти е враждебен и законът,

от него писан, ти е също враг.

Богат да си то право не ти дава

ти наруши го с ей това тогава!“ [2]

2. Ще последваме Шекспировите слова с пояснението, че в същината на това дело стои въпросът доколко осигуряването на качеството на фармацевтичните услуги изисква да бъдат облагодетелствани определени фармацевти. Всъщност властите на Астурия и тези на други държави членки с подобни правила обосновават правилата, ограничаващи откриването на нови аптеки, най-вече с нуждата да се запазят подходящите финансови стимули, за да се осигури възможно най-широко и качествено доставяне на фармацевтични услуги. По тяхно мнение това изисква, от една страна, закрила на съществуващите аптеки от „опасностите“ на конкуренцията и от друга страна, привличане на фармацевти към по-малко доходоносни райони, чрез ограничаване на достъпа до най-доходоносните райони. Не се съмнявам, че финансовите условия, при които се доставя една услуга, могат да засегнат доставката на услугата. Легитимно е държавите да основат правната си уредба на такива съображения, когато те са от значение за преследването на обществено значима цел, като защитата на общественото здраве. От друга страна, не е достатъчно държавите просто да изтъкнат тази възможна връзка, за да оправдаят всяка правна уредба. Законодателство, което предоставя конкретни финансови предимства на едни икономически оператори за сметка на други, трябва да се подложи на внимателен анализ. На въпроса, повдигнат в конкретния случай, не може да се даде лесен отговор. От една страна, защитата на човешкото здраве е от първостепенно значение и Съдът трябва да зачита решенията на държавите членки в тази сложна материя. От друга страна,

1 — Език на оригиналния текст: английски.

2 — Уилям Шекспир. Ромео и Жулиета, действие 5, сцена 1 [превод Валери Петров].

задължение на този Съд е да коригира ситуации, в които местните политически процеси са отклонени, за да осигуряват изгодни печалби на вече установени местни субекти за сметка, в частност, на гражданите на други държави членки. Съдът не може да се отклони от това задължение само защото делото се отнася до въпроси, свързани с общественото здраве. Действително нуждата от безпристрастен арбитър е най-голяма, когато разглежданите проблеми засягат не само финансовата печалба, но и човешкото здраве. Поради това, за да отговоря на повдигнатите по делото въпроси, ще се опитам да претегля тези съперничещи си интереси — зачитането на политическите решения на държавите членки и едновременно с това внимателна проверка на схемите за прилагането им за признаци за „*политическо отклонение*“ с оглед на изискванията за съгласуваност и последователност, разработени в практиката на този Съд по отношение на националните законодателства, ограничаващи свободното движение.

I — Фактическа и правна обстановка

3. Двамата жалбоподатели по тези дела са испански граждани, които са квалифицирани фармацевти, но не притежават разрешение за откриване на аптека. Те са практикували професията си в продължение на няколко години във ветеринарни аптеки. Когато решават да открият своя собствена аптека, те се опитват да получат разрешение за откриване на нова аптека в автономна област Астурия в Испания. Разрешението е отказано на жалбоподателите с решение на Министерството на здравеопазването и обществените здравни услуги на Княжество Астурия от 14 юни 2002 г. Това решение е потвърдено от правителството на Астурия на 10 октомври 2002 г. Жалбоподателите оспорват това решение пред Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

4. Решенията на властите на Астурия са основани на Декрет 72/2001 от 19 юли 2001 г. за регулиране на аптеките и фармацевтичните услуги в Княжество Астурия, учредявайки разрешителен режим, включващ определени ограничения за откриването на аптеки в автономната област, както и система, регулираща предоставянето на разрешения при наличие на конкуриращи се кандидати. Жалбоподателите твърдят, че този декрет нарушава правото им на свободно установяване по член 43 ЕО. Предвид съмненията относно законосъобразността на декрета в светлината на общностното право, националният съд отнася следните два въпроса към Съда:

„Следва ли да се счита, че членове 2, 3 и 4 от Декрет 72/2001 от 19 юли 2001 г. на Княжество Астурия за регулиране на аптеките и фармацевтичните услуги, както и раздели 4, 6 и 7 от приложението към него, противоречат на член 43 [ЕО]? (Дело C-570/07)“

и

„В противоречие ли е с член 43 ЕО правната уредба, която се съдържа в законодателството на автономна област Княжество Астурия относно разрешението за създаване на аптеки? (Дело C-571/07)“

5. Както бе отбелязано по-горе, оспореното законодателство предвижда ограничение за откриването на нови аптеки и установява критерии за разграничаване между конкуриращи се кандидати за разрешение за откриване на нова аптека. Най-важните ограничения представляват количествено ограничение на броя на аптеките в определен район в зависимост от населението на този район и географско ограничение, което не позволява създаването на нова аптека на по-малко от 250 метра от друга аптека. Конкретните разпоредби гласят следното:

„Член 2. Единици за население

1. Във всяка аптечна зона броят на аптеките трябва да зачита единица за население от 2 800 жители на аптека. Когато този брой бъде надхвърлен, може да се учреди нова аптека за частта над 2 000 жители.

2. Във всички основни здравни зони и във всички общини може да има най-малко една аптека.

Член 3. Изчисляване на броя на населението

За целите на този декрет изчисляването на броя на населението се извършва въз основа на данните, получени от най-новата версия на общинския регистър.

Член 4. Минимални разстояния

1. Минималното разстояние между аптеките по правило трябва да е 250 метра, независимо от аптечната зона, на която принадлежат.

2. Минималното разстояние от 250 метра трябва да се спазва и по отношение на здравните центрове във всяка от аптечните зони, независимо дали са обществени или частни с договор за предоставяне на извънболнични или болнични грижи, дали предлагат външни консултации или предоставят спешна помощ и независимо дали вече функционират, или са в процес на изграждане.

Това изискване за разстояние от здравните центрове не се прилага за аптечни зони, в които има само една аптека, или в населени места, където към момента има само една аптека и не се предвижда, в светлината на специфичните им особености, откриването на нови аптеки.

И в двата случая трябва да се посочат причините за неприложимостта на изискването за разстояние от център за обществено здравеопазване.“ [3]

6. Законодателството предвижда различни критерии за разграничаване между конкуриращи се кандидати за разрешения в рамките на този режим. Присъждат се точки за професионален и преподавателски опит на базата на различни критерии. За професионален стаж в населени места с по-малко от 2 800 жители се присъждат повече точки, отколкото за друг тип практика. Декретът гласи следното:

„1. Обстоятелствата и квалификациите, предвидени в настоящата скала за оценка, трябва да са удостоверени с официални удостоверения от съответните органи или отговорно лице.

2. За целите на преценката на професионалния и преподавателски опит изчисленията се извършват в пълни месеци дори ако отработените периоди са прекъсвани. Прекъсвани отработени периоди могат да се натрупват в групи от 21 дни или от 168 часа, които са равностойни на един месец, докато се достигне този минимален период.

3 — Декрет 72/2001.

В случаите, когато лицето е работило на непълно работно време, професионалният опит се изчислява по посочения по-горе начин, като се ползват пълни работни дни.

3. Взема се предвид само една професионална дейност за един и същи период, освен когато са упражнявани две дейности на непълно работно време.

4. Професионален опит като магистър-фармацевт или съсобственик на аптека, или друг тип квалификация не се взема предвид, ако една или повече от тези дейности вече са били използвани за получаване на разрешение за създаване [на аптека].

5. В случай на съсобственост върху аптека, в която участват не повече от двама съсобственици, се вземат предвид 50 % от точките за квалификации на всеки един от тях. При повече от двама съсобственици се оценяват 50 % от точките за квалификация, присъдени на съсобственика с най-голям брой точки, и 50 % от тези, присъдени на съсобственика с най-малко точки.

6. Още 20 % се добавят към професионалната квалификация за професионален опит, натрупан в Княжество Астурия.

7. В случай че няколко кандидати имат равен брой точки по скалата, разрешението се дава в следната поредност:

a) Фармацевти, които не са били ръководители на аптека.

b) Фармацевти, които са били ръководители на аптека в аптечни зони или населени места с население по-малко от 2 800 жители.

c) Фармацевти, които са упражнявали професионалната си дейност в Княжество Астурия.

d) Фармацевти с най-високата академична квалификация.“ [4]

4 — Приложение: Скала за оценка на квалификациите, които се изискват за ръководител на аптека.

II — Анализ

А — По *допустимостта*

7. Някои от страните привеждат довода, че делото не е допустимо поради факта, че жалбоподателите са испански граждани, оспорващи испански правни норми. Практиката на Съда обаче показва, че такива дела са допустими [5]. Само националният съд преценява необходимостта от преюдициално заключение, за да може да постанови решението си [6]. Съдът предоставя такова заключение, освен ако е съвсем очевидно, че поисканото заключение няма никаква връзка с главното производство [7]. Националната юрисдикция може да се нуждае от поисканото тълкуване на общностното право дори ако разглежданото фактическо положение е чисто вътрешно, тъй като „отговорът може все пак да е полезен за нея в хипотезата, при която в производство като настоящото националното ѝ право изисква на национален производител да се разреши ползването със същите права, които производител от друга държава членка би получил в същото положение съгласно общностното право“ [8]. Както съм обяснявал и порано, според мен този подход е оправдан предвид духа на сътрудничество между националните юрисдикции и Съда и необходимостта да се избягват положения, при които прилагането на националното право във връзка с общностното право води до неблагоприятно третиране от страна на държава членка на собствените ѝ граждани [9]. Следователно Съдът трябва да предостави поисканото тълкуване на член 43 ЕО в настоящия случай.

Б — *Съществуване на ограничение на правото на свободно установяване*

8. Общностното право не накърнява компетентността на държавите членки да организират своите системи за здравеопазване и социално осигуряване [10]. Въпреки че аптеките са търговски предприятия, те са и част от системата на здравеопазване. По тази причина като част от компетентността им да уреждат такива системи държавите членки могат да приемат разпоредби, предназначени да организират

5 — Решение от 5 декември 2000 г. по дело Guimont (C-448/98, Recueil, стр. I-10663, точка 23), Решение от 5 март 2002 г. по съединени дела Reisch и др. (C-515/99, C-519/99—C-524/99 и C-526/99—C-540/99, Recueil, стр. I-2157, точка 26), Решение от 11 септември 2003 г. по дело Anomar и др. (C-6/01, Recueil, стр. I-8621, точка 41), Решение от 30 март 2006 г. по дело Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti (C-451/03, Recueil, стр. I-2941, точка 29), Решение от 5 декември 2006 г. по съединени дела Cipolla и др. (C-94/04 и C-202/04, Recueil, стр. I-11421, точка 30), Решение от 31 януари 2008 г. по дело Centro Europa 7 (C-380/05, Сборник, стр. I-349, точка 69).

6 — Вж. по-конкретно Решение по дело Centro Europa 7 (посочено по-горе в бележка под линия 5, точка 52).

7 — Пак там, точка 53.

8 — Решение по дело Guimont (посочено по-горе в бележка под линия 5, точка 23).

9 — Точка 30 от моето заключение по дело Centro Europa 7 (посочено по-горе в бележка под линия 5).

10 — Решение от 11 септември 2008 г. по дело Комисия/Германия (C-141/07, Сборник, стр. I-6935, точка 22) и Решение от 19 май 2009 г. по дело Apothekerkammer des Saarlandes и др. (C-171/07 и C-172/07, Сборник, стр. I-4171, точка 18).

аптеките точно както организират други здравни услуги [11].

9. Въпреки това от държавите членки се изисква да упражняват компетентността си в тази област в съответствие със свободите, гарантирани от Договора, включително свободата на установяване [12]. Постоянната съдебна практика посочва ясно, че всяка национална мярка, която може да възпрепятства или да направи по-непривлекателно упражняването от страна на общностните граждани на гарантираната от Договора свобода на установяване, ще се счита за накърняване на правата, гарантирани от член 43 ЕО, дори въпросната национална мярка да се прилага без дискриминация, основана на гражданство [13].

10. Ограничаването на основните свободи често се проявява под формата на препятствие пред достъпа до националния пазар, произтичащо от мерки, защитаващи пазарния дял на вече установени на националния пазар оператори [14]. Ограничение представляват изискванията за предварително разрешение, които позволяват упражняването на дейност само от някои икономически оператори, които отговарят на предварително определени изисквания [15]. По-специално, „когато национална правна уредба подчинява упражняването на дейност на условие, свързано с икономическите или социалните нужди от тази дейност, тя представлява ограничение, доколкото ограничава броя на доставчиците на услуги“ [16]. Въз основа на това е прието, че национално законодателство, което позволява създаването на нови дентални поликлиники само където местните власти считат, че съществува нужда от допълнителни такива, ограничава свободата на установяване [17]. Такива ограничения са аналогични на мерки, за които е постановено, че представляват пречка пред свободното движение на стоки, предоставяйки защита на позициите на установени икономически оператори, с което възпрепятстват достъпа до националния пазар на продукти, произхождащи от други държави членки [18].

11. Като приложим тези стандарти към разглежданите в настоящото производство правила, които позволяват откриването на нови аптеки само въз основа на изисквания за местоположение и население, е ясно, че тези правила представляват ограничение на свободата на установяване. Тези изисквания позволяват създаването

11 — Решение по дело Apothekerkammer des Saarlandes и др. (точка 18) и Решение по дело Комисия/Германия, C-141/07 (точка 22).

12 — Решение по дело Apothekerkammer des Saarlandes и др. (точка 18) и Решение по дело Комисия/Германия, C-141/07 (точки 22 и 23).

13 — Решение по дело Apothekerkammer des Saarlandes и др. (посочено по-горе в бележка под линия 10, точка 22) и Решение от 10 март 2009 г. по дело Hartlauer (C-169/07, Сборник, стр. I-1721, точка 33).

14 — Вж. точка 59 от моето заключение по дело Cipolla и др. (Решение, посочено по-горе в бележка под линия 5).

15 — Решение по дело Apothekerkammer des Saarlandes и др. (посочено по-горе в бележка под линия 10, точка 23), Решение по дело Hartlauer (посочено по-горе в бележка под линия 13, точка 34) и Решение от 6 март 2007 г. по дело Placanica и др. (C-338/04, C-359/04 и C-360/04, Сборник, стр. I-1891, точка 42).

16 — Решение по дело Hartlauer (посочено по-горе в бележка под линия 13, точка 36).

17 — Hartlauer, точка 39.

18 — По този въпрос вж. точка 47 от моето заключение по дело Alfa Vita Vassilopoulos и Carrefour-Marinopoulos (Решение от 14 септември 2006 г., C-158/04 и C-159/04, Recueil, стр. I-8135).

на нови аптеки само когато съществува предварително разрешение, а разрешението се дава само ако са изпълнени условията за местоположение и население. Те са на практика пряко аналогични на разглежданото по дело Hartlauer изискване, което налага да се покаже необходимост, преди да се отвори нова дентална поликлиника. Където според националните власти броят на населението не е достатъчен, за да се установи необходимост от нова аптека, такава не може да бъде открита. Като замразяват достъпа до пазара, въпросните мерки имат за последица да възпрепятстват желаещите да открият аптека на територията на Астурия да сторят това и следователно ще възпрепятстват откриването на аптеки от граждани на други държави членки.

B — *Дали такова ограничение може да е обосновано*

12. Установяването на факта, че националното законодателство ограничава свободата на установяване, е само първата стъпка от проучването ни. Такива национални мерки биха могли да са обосновани, ако отговарят на четири условия. По-специално, те трябва „да се прилагат по недискриминационен начин, да бъдат обосновани от императивни съображения от общ интерес, да могат да осигурят постигането на целта, която преследват, и да не надхвърлят необходимото за постигането ѝ“ [19].

1. Прилагане по недискриминационен начин

13. Основните разпоредби на декрета — изискванията за население и минимално разстояние — са недискриминационни. Те се прилагат по един и същи начин за всички фармацевти [20]. Това важи и за установените от властите на Астурия критерии по отношение на оценката на конкурентни заявления за разрешения за откриване на аптеки, които дават приоритет на фармацевти, работили преди това в райони със слабо развити услуги [21]. По принцип всеки фармацевт, независимо от произхода си, разполага със същата възможност да се възползва от тази разпоредба.

14. Критериите обаче, които дават допълнителен приоритет на кандидати, практикували като фармацевти на територията на Астурия [22], представляват недопустима дискриминация, основана на гражданство. Това е така въпреки че, както

19 — Решение от 30 ноември 1995 г. по дело Gebhard (C-55/94, Recueil, стр. I-4165). Вж. и Решение от 21 април 2005 г. по дело Комисия/Гърция (C-140/03, Recueil, стр. I-3177).

20 — Вж. например Решение по дело Комисия/Германия, посочено по-горе в бележка под линия 10, точка 33.

21 — Вж. точка 7, буква b) от приложението към Декрет 72/2001.

22 — Вж. точка 6 и точка 7, буква c) от приложението към Декрет 72/2001.

и разпоредбата в полза на фармацевти от райони със слабо развити услуги, тази разпоредба не отчита националния произход, и фармацевт от друга държава членка, работещ в Астурия, би могъл да се възползва от нея. Дискриминацията следва от факта, че стажът, натрупан в Астурия, се третира като по-стойностен от еквивалентен стаж, натрупан в друга държава членка [23]. Такъв критерий не може да се обоснове съгласно практиката на този Съд, тъй като придаването на еднаква стойност на квалификация, получена в други държави членки, е от ключово значение за свободното движение.

15. Фактът, че тази политика поставя в неблагоприятно положение и испанските фармацевти извън Астурия, не обезсилва горния извод. Съдът ясно е постановил, че за да се установи случай на дискриминация, „не е необходимо всички предприятия в държава членка да са поставени в по-благоприятно положение в сравнение с чуждестранни предприятия. Достатъчно е учредената преференциална система да благоприятства национален доставчик на услуги“ [24]. Фактът, че властите на Астурия отдават предимство на лица, които са практикували професията си в Астурия, очевидно поставя в по-неблагоприятно положение фармацевти извън княжеството, включително тези от други държави членки, както и фармацевтите от Астурия, които са избрали да упражнят правото си на свободно установяване в други държави членки [25]. Такава политика представлява забранено от Договора дискриминационно ограничение на свободата на установяване.

16. Следователно в оценката на другите елементи, които трябва да са налице, за да бъде обосновано това законодателство, ще ограничи анализа си до недискриминационните елементи от законодателството.

2. Съображения от обществен интерес

17. Съображението от обществен интерес, преследвано с демографските и географски ограничения, е защитата на общественото здраве чрез предоставяне на качествени фармацевтични услуги във всички райони на територията на Астурия. Защитата на общественото здраве е несъмнено императивно съображение от

23 — Вж. Решение по дело Gebhard (посочено по-горе в бележка под линия 19, точка 38). Трябва да се отбележи също така, че предимството, предоставено на фармацевти с предишен опит в Астурия, не е свързано с целта за насърчаване на установяването в по-слабо населени райони, тъй като то се предоставя на всички фармацевти, установени в Астурия, независимо дали те са допринесли за постигането на тази цел чрез предходното си установяване в по-слабо населени райони на Астурия.

24 — Решение по дело Комисия/Германия (посочено по-горе в бележка под линия 10, точка 38) и Решение от 25 юли 1991 г. по дело Комисия/Нидерландия (C-353/89, Recueil, стр. I-4069, точка 25).

25 — Вж. Решение от 6 декември 2007 г. по дело Комисия/Германия (C-456/05, Сборник, стр. I-10517, точка 58). Вж. също Решение от 7 май 1991 г. по дело Vlassopoulou (C-340/89, Recueil, стр. I-2357) и Решение от 14 септември 2000 г. по дело Hocsman (C-238/98, Recueil, стр. I-6623).

общ интерес [26]. Много от аргументите на страните изглежда се фокусират върху въпроса кой е най-подходящият подход за защита на общественото здраве, и по-специално в този случай — за осигуряването на най-широка териториална основа на качествени фармацевтични услуги: подход, който улеснява откриването на аптеки и същевременно насърчава конкуренцията между тях, или такъв, който ограничава откриването на аптеки в по-гъсто населените райони с цел да ограничи конкуренцията и да благоприятства откриването им в по-слабо населени райони на страната. Страните посочват противоречиви доказателства, включително опита на различни държави членки, за да установят, че предпочитаният от тях подход е най-подходящият за защита на общественото здраве.

18. По този въпрос считам за достатъчно да отбележа, че всяка държава членка има право на преценка при организирането на собствената си система за обществено здравеопазване и от Съда се изисква да зачита в значителна степен решенията на държавите членки [27]. Това е особено вярно, когато отсъствието на политически консенсус е подкрепено от наличието на съществени политически различия между държавите членки. Фактът, че една държава членка налага по-малко строги правила от друга или дава приоритет на едно съображение пред друго, не означава, че едното или другото от тези законодателства е несъвместимо с общностното право [28]. Освен това Съдът е признал изрично, че планирането на медицински услуги, включително равномерното им разпределение на цялата територия на държавата, влиза в обхвата на това право на преценка [29]. По отношение на фармацевтичните продукти и услуги Съдът е установил, че определянето на цените [30] и ограничаването на конкуренцията [31] са възможни мерки за постигането на целите, свързани с общественото здраве.

19. Макар целите от чисто икономическо естество да не могат да обосноват ограничаването на основните свободи [32], това ограничаване би могло да бъде обосновано, когато е необходимо за доброто функциониране на здравната система от финансова гледна точка [33]. По-специално „интереси от икономически характер, чиято цел е да се поддържа балансирано и достъпно за всички медицинско и болнично обслужване“, могат да представляват подходящ обществен интерес. Що се отнася до тези услуги, „тяхното географско разпределение, организиране и апаратурата,

26 — Решение по дело Apothekerkammer des Saarlandes и др. (посочено по-горе в бележка под линия 10, точка 27), Решение по дело Hartlauer (посочено по-горе в бележка под линия 13, точка 46) и Решение по дело Комисия/Германия (посочено по-горе в бележка под линия 10, точки 46 и 47).

27 — Вж. Решение по дело Apothekerkammer des Saarlandes и др. (посочено по-горе в бележка под линия 10,,точка 19).

28 — Решение от 11 юли 2002 г. по дело Gräbner (C-294/00, Recueil, стр. I-6515, точка 46).

29 — Решение от 11 септември 2008 г. по дело Комисия/Германия (посочено по-горе в бележка под линия 10, точка 61).

30 — Решение от 11 декември 2003 г. по дело Deutscher Apothekerverband (C-322/01, Recueil, стр. I-14887, точка 122).

31 — Решение от 11 септември 2008 г. по дело Комисия/Германия (посочено по-горе в бележка под линия 10, точка 59).

32 — Вж. бележка под линия 29 по-горе.

33 — Решение от 13 май 2003 г. по дело Müller-Fauré и Van Riet (C-385/99, Recueil, стр. I-4509, точка 73).

с които са снабдени, и дори естеството на медицинските услуги, които са в състояние да предложат, те трябва да могат да са предмет на планиране, което по общо правило отговаря на целта да се гарантира достатъчен и постоянен достъп до балансиран пакет от качествени болнични грижи на територията на съответната държава членка и същевременно да е част от волята да се осигури контрол на разходите и доколкото е възможно, да се избягва разхищаването на финансови, технически и човешки ресурси“ [34]. От това правя извода, че осигуряването на разпределение на аптеки на цялата територия следва да се разглежда като императивно съображение от общ интерес и че от държавата членка не се изисква да използва подхода на свободната конкуренция в стремежа си да осигури висококачествени фармацевтични услуги.

3. Дали декретът може да осигури постигането на заявените цели и дали не надхвърля необходимото за тази цел

20. Макар че трябва да се разглеждат с необходимото внимание, решенията на националните законодателни и регулаторни органи, чиято най-голяма близост до местните условия и специализирани познания ги поставя в най-добро положение да определят най-подходящия начин за постигане на целите на обществени политики като защитата на общественото здраве, придържането към решенията на такива органи не е лишено от рискове [35]. Същата близост би могла да изложи тези образувания на риска от „нормативно отклонение“ поради господстващите в района специални интереси, в ущърб на интересите на потребителите и потенциалните чуждестранни и местни конкуренти. В дело като настоящото има особени причини за тревога, защото политическият избор на местното правителство предоставя изгодни печалби на установените оператори за сметка на новите пазарни участници.

21. В този контекст можем да разберем защо практиката на Съда придава все по-голяма важност на изискването за съгласуваност и последователност, когато разглежда начина, по който националното законодателство преследва заявените цели. Изискването за съгласуваност и последователност гласи, че „дадено национално законодателство е в състояние да гарантира осъществяването на заявената цел единствено ако действително отговаря на загрижеността за нейното съгласувано и систематично постигане“ [36]. Това изискване позволява на Съда да направи разграничение между законодателство, което действително преследва легитимна обществена цел, и законодателство, което дори първоначално да е било насочено към преследването на такава цел, е отклонено към определени специални интереси. Това изискване може да се определи като защитаващо почтеността на регулаторния и законодателния процес, както и

34 — Решение от 11 септември 2008 г. по дело Комисия/Германия (посочено по-горе в бележка под линия 10, точки 60 и 61).

35 — Вж. Решение по дело Apothekerkammer des Saarlandes и др. (посочено по-горе в бележка под линия 10, точка 19.

36 — Пак там, точка 42.

действителната политическа отговорност. По мое мнение това изискване изпълнява основополагаща роля при преценката по настоящите производства.

22. Така в Решение по дело Hartlauer Съдът приема довода на държавата, че може да се наложи да бъде ограничен броят на медицинските практики с цел да се поддържа добре функционираща медицинска система. Той установява обаче, че правната уредба в действителност не отразява стремеж за постигането на тази цел, защото независимите поликлиники и груповите практики могат да имат идентично въздействие, а законодателството включва само първите. Също така, макар че Съдът не поставя под въпрос факта, че ограниченията, наложени върху телевизионната реклама на медицински и хирургически продукти, биха могли да се обосноват със съображения, свързани с общественото здраве, той постановява, че разглежданото по дело Coporación Dermoestética законодателство не е обосновано, защото се прилага за националните, но не и за местните телевизионни канали [37]. Обратно, когато обявява за обосновано германското законодателство, което изисква аптеките да са собственост на фармацевти и болниците да се снабдяват с фармацевтични продукти само от местни аптеки, Съдът основава решението си на най-вече на предположението за съгласуваност и последователност на разпоредбите [38].

23. Съдът прилага същия подход към други чувствителни области. В контекста на хазартните игри например Съдът установява, че определени строги ограничения за броя на разрешенията за хазартна дейност, издавани от една държава, са обосновани само ако са съгласувани и последователни в светлината на заявената цел за намаляване на престъпността и измамите чрез стимулиране на любителите на хазарта да използват само заведения, притежаващи разрешение [39]. Съображението на Съда е, че ако броят на разрешенията е толкова нисък, че лицензираните оператори не предлагат привлекателна алтернатива спрямо нелицензираните такива, законодателството не би удовлетворило това изискване [40].

24. Следователно трябва да се прецени доколко законодателството действително насърчава съгласувано и последователно целите, които държавата членка е заявила като обосновка. Представят се две основни съображения в подкрепа на ограниченията. Първото гласи, че ограничаването на достъпа до пазара осигурява наличието на качествени фармацевтични услуги. Второто гласи, че ограниченията, свързани с

37 — Решение от 17 юли 2008 г. по дело Coporación Dermoestética, (C-500/06, Сборник, стр. I-5785, точки 37—39.

38 — Решение от 11 септември 2008 г. по дело Комисия/Германия (посочено по-горе в бележка под линия 10, точки 51—57) и Решение от 11 септември 2008 г. по дело Apothekerkammer des Saarlandesand и др. (посочено по-горе в бележка под линия 10, точки 41—50).

39 — Решение по дело Placanica и др. (посочено по-горе в бележка под линия 15, точка 55).

40 — Пак там.

населението и местоположението, ще гарантират всеобщ достъп до аптеки, като ги заставят да се разпределят на цялата територия. Ще анализирам последователно тези съображения.

а) Качество на фармацевтичните услуги

25. Първият аргумент, със силно присъствие в дебата около неотдавнашните дела Apothekerkammer des Saarlandes и др. и Комисия/Италия [41], свързани с германските и италиански изисквания аптеките да се ръководят от фармацевти, има помалко значение за настоящите дела. Той обаче се споменава от някои от страните и изглежда се свързва с риска повишената конкуренция между аптеките да изкуши някои фармацевти „да минават по-леко“, разговорно казано.

26. В самото начало отбелязвам, че държавата е тази, която трябва да докаже, че мярката е подходяща и необходима за доставянето на услуги с високо качество [42]. Като оставим Шекспир настрана, от делото не е видно, че повишената конкуренция ще доведе до спад в качеството на услугите, предоставяни от фармацевтите. В това отношение мога само да отбележа, че има известна непоследователност в обосновката на голяма част от доводите на страните и на държавите членки. На моменти фармацевтите са обрисувани, сякаш са мотивирани основно от финансовата изгода до такава степен, че всички се стремят да практикуват само в гъсто населени райони и ако бъдат изложени на конкуренция — готови да позволят печалбата да надделее над професионалните им задължения. На други места, когато се намират в „монополно“ положение в населен район, професионалните задължения явно стават водещо начало в дейността на фармацевтите и те се отдават основно на предоставянето на качествени фармацевтични услуги. Съгласно доводите на няколко от страните конкуренцията явно превръща светците в грешници.

27. В допълнение трябва да се припомни, че естеството на фармацевтичните услуги е съществено променено: в миналото самият фармацевт е приготвял лекарствата. Днес фармацевтът просто доставя лекарства, които се произвеждат другаде

41 — Решение от 19 май 2009 г. по дело Комисия/Италия (C-531/06, Сборник, стр. I-4103).

42 — Решение по дело Deutscher Apothekerverband (посочено по-горе в бележка под линия 30, точка 123).

при спазване на строги законови изисквания, включително например дали едно лекарство може да се доставя без рецепта. Самият Съд признава този факт, като разрешава продажбата чрез Интернет на лекарства, неизискващи лекарско предписание [43]. В резултат на това не считам, че държавата членка е доказала, че ограничаването на конкуренцията е необходимо или съразмерно на целта за предоставяне на висококачествени фармацевтични услуги.

28. Трябва да се признае, че в неотдавнашните решения по дело Apothekerkammer des Saarlandes и др. и по дело Комисия/Италия във връзка с национални правила, ограничаващи собствеността върху аптеките, Съдът установява, че нуждата да се гарантира сигурното снабдяване на населението с качествени лекарствени продукти може да обоснове ограничения на достъпа до собственост върху аптеките [44]. Тези дела обаче са свързани с образованието, професионалния опит и отговорност на фармацевтите, които според Съда могат да имат за последица това, стремежът към извличане на печалба да бъде смекчен от други професионални интереси [45]. По-нататък, Съдът приема това ограничение въз основа на конкретното условие фармацевтите да притежават истинска професионална независимост [46]. Тази независимост е резултат от техните професионални задължения и от факта, че те не са обвързани с производството и разпространението на стоките, продавани в аптеките им [47], което им позволява да устояват в по-голяма степен, отколкото не-фармацевтите на натиска да насърчават свръхпотребление на лекарствени продукти и гарантира, че въпросното ограничение действително служи на съответната цел, свързана с общественото здраве.

29. Тези съображения на практика подкрепят довода за несъвместимостта на законодателството на Астурия с общностното право. Тъй като фармацевтите в Астурия ще са задължени да предоставят определено равнище на услугата не само по силата на законодателството, но и на професионалните си задължения, не би следвало да има съществена причина за безпокойство, че конкуренцията ще ги принуди да намалят качеството на услугата в разрез с правните им и етични задължения. Ако беше необходима допълнителна защита, която да осигури спазването от страна на фармацевтите на професионалните им задължения, Съдът не би могъл да стигне,

43 — Пак там.

44 — Решение по дело Apothekerkammer des Saarlandes и др. (посочено по-горе в бележка под линия 10, точки 28 и 39) и Решение по дело Комисия/Италия (посочено по-горе в бележка под линия 41, точка 52).

45 — Решение по дело Apothekerkammer des Saarlandes и др. (посочено по-горе в бележка под линия 10, точки 37—39).

46 — Пак там, точки 33—37.

47 — Тази липса на обвързаност с производството и продажбата на едро на фармацевтични продукти представлява, по мое мнение и в светлината на горепосочената практика на Съда, основната причина, поради която Съдът приема правилата, ограничаващи достъпа до собственост върху аптеките. Вж. точка 40, където Съдът отбелязва, че фармацевтите, работещи за производители или търговци на едно на фармацевтични продукти, биха могли да се разглеждат като непритежаващи изискваната независимост. Вследствие на това такива правила могат да се разглеждат като отговарящи на изискванията за съгласуваност и последователност, наложени от общностното право, само когато е гарантирана независимостта на фармацевтите от производителите или търговците на едро на фармацевтични продукти.

в Решение по дело Apothekerkammer des Saarlandes и в Решение по дело Комисия/Италия, до извода, че изискването собственик на аптеката да е фармацевт, е съобразно с целта да се осигурят висококачествени грижи.

б) Осигуряване на широко и балансирано географско разпределение на аптеките

30. Най-силният довод, посочен от подкрепящите декрета страни, се отнася до нуждата да се осигури широко и балансирано географско разпределение на аптеките. С други думи, да се осигури във възможно най-голяма степен всеобщият достъп на населението до фармацевтични услуги. Трябва да се направи разграничение между двата критерия, използвани за постигане на тази цел: изискването за население и изискването за минимално разстояние между аптеките. За всеки от двата критерия трябва да се прецени дали да са подходящи за постигането на целта за географско разпределение и дали не надхвърлят необходимото за нейното постигане.

31. Изискванията за максимален брой на населението по принцип биха могли да осигурят постигането на целта за широко разпределение на аптеките. Като ограничава възможността на фармацевтите за откриване на аптеки в по-доходоносните градски райони, правилото ги принуждава да търсят други алтернативи. Ефектът обаче не е автоматичен. Действително, ако откриването на аптеки в по-слабо населените райони само по себе си беше доходоносна дейност, по всяка вероятност тя би се реализирала независимо от географските ограничения. Всъщност тя би нараснала в пряка зависимост от лекотата на процедурата за откриване на аптеки и интензивността на конкуренцията за пазарен дял в по-гъсто населените райони. Вместо това, както твърдят някои от страните, проблемът се корени във факта, че има малка вероятност за печалба в по-слабо населените райони, което води след себе си и риска, че никой не би се заинтересувал от откриване на аптека там. В крайна сметка, кой би развивал губеща дейност само поради факта, че няма достъп до печеливша? Да се ограничи създаването на аптеки в по-гъсто населените райони само по себе си не отговаря на изискването за съгласуваност и последователност в преследването на заявената обществена цел. Системата придобива смисъл само когато политиката да се ограничава създаването на аптеки в по-гъсто населените райони бъде свързана с политиката на приоритет за фармацевтите, които преди това са имали аптека в по-слабо населен район. Като дава приоритет на фармацевти, които вече са се установявали в райони с по-малко от 2 800 жители,

декретът насърчава фармацевтите да се установяват в слабо населени райони, които в противен случай биха останали без аптека, в замяна на увеличаването на шансовете им на по-късен етап да придобият разрешение да ръководят аптека в по-гъсто населен район (който е станал по-доходоносен поради наложените ограничения). Вероятно перспективата за придобиване на право да ръководят аптека в гъсто населен район, докато на други оператори е забранено да открият конкурентна аптека, действително стимулира фармацевтите да предоставят услуги за определен период от време в слабо населени райони. Както поддържат в хода на съдебното заседание някои от страните, подкрепящи настоящия режим, именно възможността за наемане на аптека като монополист в гъсто населен район мотивира фармацевтите да се установят първоначално в по-слабо населени райони. Това обаче ще е възможно само ако предоставянето на услуги в такъв слабо населен район действително дава на доставчиците на тези услуги приоритет при разпределението на разрешенията за гъсто населените райони.

32. Както бе обяснено по-горе, необходим е по-внимателен анализ на съгласуваността и последователността на декрета, за да се гарантира, че той действително допринася за постигането на тази цел, а не е попаднал в зависимост от интересите на вече установените фармацевти[48]. Два елемента от декрета представляват проблем. На първо място, такава система би следвало да облагодетелства лица, които откриват аптеки в райони със слабо развити услуги, вместо такива, които просто изчакват да се отвори място в доходоносен район. Същевременно, точка 7 от приложението дава приоритет на фармацевти, които не притежават разрешение, пред тези, които притежават разрешение да упражняват дейност в райони с население под 2800 жители. Освен това според точка 4 от приложението, когато един фармацевт открие аптека в район със слабо развити услуги, той губи възможността да се ползва от предходния си професионален опит, когато се опита да открие друга аптека. Въздействието на тези разпоредби до известна степен се смекчава от разпоредбата на член 1, буква а) от приложението, която предоставя повече точки за практика в район със слабо развити услуги. Въпреки това те повдигат съмнения относно съгласуваността и последователността на разпоредбата.

33. На второ място, за да могат тези разпоредби да се разглеждат като действително преследващи целта за всеобщ достъп, трябва тези, които са практикували в слабо населени райони, да могат да получат разрешения за гъсто населени райони, когато притежателите на по-доходоносни разрешения, свързани с гъсто населени райони, възнамеряват да прекратят дейността си. Система, която дава на притежателите на разрешения за аптеки право на собственост върху тях и им позволява

48 — Решение от 6 декември 2000 г. по дело Telaustria и Telefonadress (C-324/98, Recueil, стр. I-10745), Решение от 21 юли 2005 г. по дело Coname (C-231/03, Recueil, стр. I-7287), Решение от 13 октомври 2005 г. по дело Parking Brixen (C-458/03, Recueil, стр. I-8585), Решение от 6 април 2006 г. по дело ANAV (C-410/04, Recueil, стр. I-3303), Решение от 13 септември 2007 г. по дело Комисия/Италия (C-260/04, Сборник, стр. I-7083) и Решение от 17 юли 2008 г. по дело ASM Brescia (C-347/06, Сборник, стр. I-5641).

да продават или прехвърлят разрешенията на лице по техен избор, има за последица ограничаването на броя на разрешенията, които могат да се предоставят на тези, които са „прослужили времето си“ в слабо населени райони. Тя би наложила на лицата, които се опитват да се преместят от аптека в слабо населен район в аптека в гъсто населен район, да заплащат за съответното разрешение цена, която ще е по-висока, отчитайки допълнителната печалба, която може да се генерира от такава аптека поради ограниченията за установяване на конкурентни аптеки [49]. Такава система би отслабила мерките за насърчаване, за които се твърди, че отразяват подхода, който ограничава установяването на аптеки с цел да подкрепи създаването на аптеки в слабо развити райони. По-нататък, подобна система би допринесла и за забогатяването на отделни фармацевти поради ограничаването на конкуренцията във фармацевтичния сектор; това е точно видът зависимост на правните норми от специални интереси, срещу който са насочени гарантираните от Договора свободи. Ограниченията на свободата на установяване трябва да са оправдани от изискванията за общото благо, а не да са средство за лична облага.

34. По въпроса дали изискването за население не би надхвърлило необходимото за тази цел, ако беше по-добре структурирано с оглед да предостави на операторите от селските райони достъп до доходоносните градски монополи, отбелязвам, че страните не са предложили никакви схеми, които да са видимо за предпочитане. Комисията счита, че вместо да определя максималния брой на аптеките, Астурия следва да уреди минимален брой аптеки на глава от населението и да задържи откриването на всички нови аптеки, докато бъде достигнат този минимум. Тази система обаче създава проблем, свързан с колективно действие. Нито един фармацевт индивидуално няма да е мотивиран да открие помалко доходоносна аптека в селски район. Сама по себе си системата не изглежда година да доведе до значително увеличение на броя на аптеките в слабо населените райони. Комисията споменава Навара, където такъв план е бил приложен временно. Като се има предвид обаче, че планът в Навара е бил изменен, за да регулира максималния брой аптеки, и че в рамките на плана някои от най-малките общности в Навара всъщност са изгубили аптеките си, не мога да направя извода, че като не е възприела

49 — В хода на съдебното заседание е отбелязано, че някои лица са платили изключително високи цени за разрешенията за ръководене на аптека в гъсто населени райони. Фактът, че за подобни разрешения се водят преговори за толкова високи цени, показва, че система, която в началото може би е била средство за осигуряване на балансирана географска система за предоставяне на фармацевтични услуги, е превърната в чисто икономически пазар, отдалечен от първоначалните си цели. Очевидно е, че либерализацията на подобна система може да има отрицателни последици за онези, които са платили значителни суми за разрешения, чиято стойност е нараснала поради ограничителните мерки, приложени от властите на Астурия. Същевременно, когато общностното право има за последица отстраняването на ограниченията на основните свободи, такава либерализация винаги може да има отрицателно въздействие върху предишните ползватели от тези ограничения. В Решение по дело Centro Europa 7 (посочено по-горе в бележка под линия 5) например Съдът постановява, че общностното право изисква радиоразпространител да има възможност да излъчва на честоти, които са му били предоставени по силата на националното законодателство относно концесиите, каквито и да бъдат последиците от това за интересите на „де факто ползвателите“ на тези честоти (вж. точки 40 и 108—116 от решението). Въпросът дали в този тип дела инвеститорите на този пазар, като се основават на някои очаквания относно начина, по който е регулиран пазарът, имат легитимен интерес да изтъкнат срещу държавата, е класически въпрос на националното право, на който Съдът не следва да отговаря.

такъв модел, Астурия е превишила правото си на преценка.

35. Изложено е и становището, че изцяло либерализиран модел функционира добре в други държави членки [50]. Това обаче се оспорва остро между страните и както бе споменато по-горе, представените доказателства са противоречиви. В такъв контекст бих изложил аргумента, че система, ограничаваща откриването на нови аптеки в по-гъсто населените райони с цел да се насърчава откриването им в по-слабо населени райони, би била обоснована, ако е установена съгласувано и последователно. При системата в Астурия случаят обаче не е такъв поради причините, посочени по-горе.

36. Относно географското изискване да не се създава аптека в рамките на 250 метра от друга аптека или на по-малко от 250 метра от обществена поликлиника, трябва първо да се разгледа дали това изискване може да осигури постигането на целта за разпределение на аптеките на цялата територия. На първо място, е ясно, че такава политика ще насърчава разпределението, като гарантира, че аптеките няма да се скупчват на малка площ в централните търговски зони или в близост до здравни центрове, докато други райони остават без аптека. Мярката не е изцяло съгласувана, тъй като не определя изискване за минимално разстояние по отношение на аптечни зони само с една аптека [51]. Това изключение обаче не променя адекватността на разпоредбата, тъй като въпросът за скупчването не се поставя там, където има само една аптека. Освен това изглежда разумно да се признае, че в толкова малки зони самата търговска площ може да е твърде малка, за да позволи разпространение на аптеките.

37. Второто съображение е, че това изискване повишава печалбата, която може да бъде реализирана от аптека, установена в градски район, и следователно насърчава допълнително фармацевтите да се установят в райони със слабо развити услуги с цел в крайна сметка да получат разрешение за дейност в гъсто населен район. По отношение на тази цел изглежда, че изискването е приложено съгласувано и последователно. Страните не посочват доказателства за наскоро въведени изключения,

50 — Вж. становищата, представени от Blanco Pérez, Chao Gómez и Plataforma para la libre apertura de farmacias, стр. 38 (на испански език), вж. и писмено становище на Комисията, стр. 27 и 28 (на испански език).

51 — Член 4, параграф 2.

които биха могли да навредят на постигането на заявената цел на правилото.

38. По-труден е въпросът дали конкретната цифра от 250 метра не надхвърля необходимото за тази цел. Някои от страните поддържат, че цифрата е остаряла и не е подходяща за днешната по-голяма гъстота на населението в много райони. Възможно е също така изискването да облагодетелства няколко отдавна установени аптеки в добро положение за сметка на други градски аптеки, което намалява потенциалната бъдеща печалба на повечето лица, които изберат да прекарат известно време в слабо населен район. Оценката на това изискване зависи от много фактори, като гъстотата на населението и разпределението му в рамките на дадена общност и Съдът не разполага с достатъчно доказателства, за да може да се произнесе по него. Националната юрисдикция трябва да се произнесе по този въпрос предвид факта, че познава по-добре съществуващите в Астурия обстоятелства, като вземе предвид степента на ограниченията на правото на свободно установяване, естеството на заявения обществен интерес и това, доколко може да се постигне универсално покритие, с оглед на броя и разпределението на аптеките в Астурия и разпределението на населението, чрез по-малко ограничителни мерки.

III — Заключение

39. В светлината на гореизложеното предлагам Съдът да отговори на поставените въпроси, както следва:

„— Член 43 ЕО не допуска национално законодателство като разглежданото в главното производство, по силата на което се изисква разрешение за създаване на нова аптека и се дава приоритет на лица, които са практикували в конкретна част от територията на тази държава членка.

— Член 43 ЕО не допуска законодателство като разглежданото в главното производство, по силата на което разрешението за създаване на нова аптека е подчинено на демографско изискване, целящо да насърчи създаването на аптеки в по-слабо населени райони, ако тази цел не се преследва съгласувано и последователно, особено ако същото законодателство не облагодетелства ясно тези, които откриват аптеки в слабо развити райони, спрямо онези, които изчакват да се отвори място в доходоносен район, и ако дава право на собственост върху фармацевтичното разрешение по начин, който нарушава ефективността на схемата за насърчаване.

— Относно изискването за минимално разстояние между аптеките, националният съд трябва да определи дали наложеното конкретно разстояние е обосновано, като вземе предвид степента на ограниченията на правото на свободно установяване, естеството на заявения обществен интерес и това, доколко може да се постигне всеобщ достъп, с оглед на броя и разпределението на аптеките в Астурия и разпределението на населението, чрез помалко ограничителни мерки."