Kohtulahendite kogumik

KOHTUJURISTI ETTEPANEK
GERARD HOGAN
esitatud 2. oktoobril 2019[1]

Kohtuasi C-465/18

AV,
BU
versus
Comune di Bernareggio,
menetlusse astuja:
CT

(eelotsusetaotlus, mille on esitanud Consiglio di Stato (Itaalia kõrgeima halduskohtuna tegutsev riiginõukogu))

Eelotsusetaotlus – ELTL artikkel 49 – Asutamisvabadus – Munitsipaalapteegi üleminek pärast hankemenetlust – Liikmesriigi õigusnormid, mis näevad ette munitsipaalapteegi töötajate ostueesõiguse – Ostueesõiguse alusel hankelepingu sõlmimine töötajaga, kes ei osalenud hankemenetluses

I. Sissejuhatus

1. Käesolev Consiglio di Stato (Itaalia kõrgeima halduskohtuna tegutsev riiginõukogu) eelotsusetaotlus, mis registreeriti Euroopa Kohtu kantseleis 16. juulil 2018, puudutab küsimust, kuidas tõlgendada ELTL artikleid 45, 49–56 ja 106 ning Euroopa Liidu põhiõiguste harta (edaspidi „harta“) artikleid 15 ja 16.

2. Eelotsusetaotlus on esitatud menetluses, mille poolteks on ühelt poolt AV ja BU ning teiselt poolt Comune di Bernareggio (Bernareggio omavalitsusüksus, Itaalia) ja CT.

3. Põhikohtuasjas tunnistati munitsipaalapteegi müügiks korraldatud hankemenetluses ajutiselt edukaks väljaspool Bernareggio omavalitsusüksust asuva apteegi omanikud AV ja BU.

4. Vaatamata asjaolule, et AV ja BU olid esitanud majanduslikult soodsaima pakkumuse ning nad olid ajutiselt tunnistatud edukaks, loeti hanke võitjaks ikkagi CT – apteeker, kes töötab Azienda Speciale Farmacie Vimercatesis – kõnealuse omavalitsusüksuse apteeke käitavas ettevõtjas. Käesolevas ettepanekus on need sündmused, mis niisuguse olukorrani viisid, edaspidi üksikasjalikumalt välja toodud.

5. Pärast ajutist edukaks tunnistamist kasutas CT (kes on kõnealuse munitsipaalapteegi töötaja, kuid kes ei osalenud hankemenetluses) kirja teel oma ostueesõigust, mis on seadusega antud munitsipaalapteekide töötajatele selliste apteekide ülemineku korral. Lõppkokkuvõttes tunnistati seega edukaks pakkujaks CT.

1 Algkeel: inglise.

6. AV ja BU vaidlustasid lõpliku edukaks tunnistamise Itaalia halduskohtutes.

7. Eelotsusetaotlus annab Euroopa Kohtule võimaluse teha esimest korda otsus sellise riigisisese õigusnormi kohta, mis annab hankemenetluse alusel munitsipaalapteegi omandiõiguse ülemineku korral selle apteegi töötajatele ostueesõiguse.

II. Õiguslik kontekst

A. Itaalia õigus

8. 2. aprilli 1968. aasta seaduse nr 475, millega reguleeritakse farmaatsiateenust (Legge 2 aprile 1968, n. 475, Norme concernenti il servizio farmaceutico), artiklis 9 on sätestatud:

„Nende apteekide omandiõigus, mis jäävad vabaks või mis asutatakse planeeringu muutmise (*pianta organica*) tulemusena, võib kuuluda pooles ulatuses omavalitsusüksusele […];“

9. Selle seaduse artiklis 12 on sätestatud:

„[…]

[Apteegi] omandiõigus võib üle minna ainult apteekrile, kes on omandanud kvalifikatsiooni või kes on eelneva konkursi käigus sobivaks tunnistatud.

[…]“.

10. 8. novembri 1991. aasta seaduse nr 362, millega korraldatakse ümber farmaatsiasektor (Legge 8 novembre 1991, n. 362, Norme di riordino del settore farmaceutico; edaspidi „seadus nr 362/1991“), artiklis 4 on sätestatud:

„1. Vabad või uued asutatavad apteegid, mida võivad pidada eraõiguslikud isikud, jaotatakse konkursi korras […].

2. Lõikes 1 nimetatud konkursile lubatakse Euroopa Majandusühenduse liikmesriikide kodanikud […], kes on kantud apteekrite kutseala registrisse […].

[…]“.

11. Selle seaduse artikli 12 lõikes 2 on sätestatud:

„Munitsipaalapteegi omandiõiguse ülemineku korral on töötajatel ostueesõigus […]“.

12. Itaalia tsiviilseadustiku (Codice civile) artiklis 2112 on sätestatud:

„Ettevõtte ülemineku korral jätkub töösuhe omandajaga ning töötajal säilivad kõik sellest tulenevad õigused. […]

[…]

[…] ettevõtte üleminek ei kujuta endast iseenesest töölepingu lõpetamise alust. Töötaja, kelle töötingimusi muudetakse oluliselt ettevõtte üleminekule järgneva kolme kuu jooksul, võib töösuhte lõpetada […].“

III. Põhikohtuasi ja eelotsuse küsimused

13. Comune di Bernareggio (Bernareggio omavalitsusüksus) kuulutas 31. jaanuaril 2014 välja munitsipaalapteegi ülemineku hankemenetluse teel.[2] Hanketeate kohaselt pidi edukaks tunnistatama kõrgeima pakkumuse esitanud pakkuja. Apteegi alghinnaks oli 580 000 eurot. Seejuures tuleb aga arvesse võtta, et hanketeate kohaselt sõltus apteegi üleminek ajutiselt edukaks pakkujaks tunnistatud isikule sellest, kas seaduse nr 362/1991 artikli 12 lõikes 2 ette nähtud ostueesõigus on *inter alia* mõnel apteekril, kelle Azienda Speciale Farmacie Vimercatese – munitsipaalapteeke haldav üksus on võtnud tööle tähtajatu töölepinguga.

14. Bernareggio omavalitsusüksus teatas 11. märtsil 2014, et ajutiselt on tunnistatud edukateks pakkujateks AV ja BU, kellele kuulus üks apteek naaberomavalitsusüksuses ja kes olid esitanud majanduslikult soodsaima pakkumuse summas 600 000 eurot. Siiski, nagu ma juba märkisin, loeti hankemenetluse lõpus võitjaks apteeker CT, kes töötab Azienda Speciale Farmacie Vimercatesis. CT, kes ei osalenud hankes, kasutas oma 27. märtsi 2014. aasta kirjaga seaduse nr 362/1991 artikli 12 lõikes 2 sätestatud ostueesõigust ja sellest tulenevalt otsustas Bernareggio omavalitsusüksus oma 12. mai 2014. aasta otsuse nr 31 alusel sõlmida müügilepingu temaga.

15. AV ja BU vaidlustasid CTga lõplikult edukaks tunnistamise otsuse Tribunale amministrativo regionale, Lombardia-Milanos (Lombardia-Milano esimese astme halduskohus, Itaalia). Oma kaebuses väitsid AV ja BU *inter alia*, et munitsipaalapteekide töötajate ostueesõigus on vastuolus liidu õiguses sätestatud konkurentsivabaduse ja võrdse kohtlemise põhimõtetega. Nad märkisid, et ostueesõigus annab neile töötajaile märkimisväärse eelise. Need töötajad võivad astuda hankemenetluses konkurentide asemele isegi ilma hankes osalemata, kasutades oma seaduses sätestatud tingimusteta õigust lepingu sõlmimisele. AV ja BU väitsid, et see seadusjärgne ostueesõigus ei ole õiguslikult põhjendatav.

16. Et Tribunale amministrativo regionale, Lombardia-Milano (Lombardia-Milano esimese astme halduskohus) jättis nende kaebuse rahuldamata, esitasid AV ja BU apellatsioonkaebuse eelotsusetaotluse esitanud kohtusse samadel alustel, mille nad olid esitanud juba esimeses kohtuastmes.

17. Consiglio di Stato (Itaalia kõrgeima halduskohtuna tegutsev riiginõukogu) märgib, et seaduse nr 362/1991 artikli 12 lõikega 2 on munitsipaalapteekide töötajatele antud ostueesõigus nende apteekide ülemineku puhul eraõiguslikele isikutele.[3] Viidates omaenda 5. oktoobri 2005. aasta kohtuotsusele nr 5329,[4] sedastas eelotsusetaotluse esitanud kohus, et seaduse nr 362/1991 artikli 12 lõikes 2 käsitletakse farmaatsiateenuste parema haldamise vajadust, mis põhineb eeldusel, et üle minevas munitsipaalapteegis juba töötanud apteeker on suuteline tagama järjepidevust ning ära kasutama asjaomase apteegi pidamisel kogunenud kogemusi. Consiglio di Stato (Itaalia kõrgeima halduskohtuna tegutsev riiginõukogu) kahtleb aga, kas ostueesõigus on ka tegelikult põhjendatud ülekaalukates avalikes huvides.

18. Eelotsusetaotluse esitanud kohus leiab, et ostueesõigus läheb kaugemale sellest, mis on taotletavate eesmärkide saavutamiseks vajalik, kuivõrd Itaalia tsiviilseadustiku artikkel 2112, millega on muu hulgas üle võetud nõukogu 12. märtsi 2001. aasta direktiivi 2001/23/EÜ ettevõtjate, ettevõtete või nende osade ülemineku töötajate õigusi kaitsvate liikmesriikide õigusaktide ühtlustamise kohta,[5] tagab ettevõtte ülemineku korral muu hulgas töösuhte jätkumise ning kõik töötajate õigused.

2 Lisaks apteegi enda üleminekule sisaldas hanketeade tingimusi, mis puudutasid muu hulgas apteegi mööblit, sisseseadet, seadmeid ning varusid.

3 Eelistades seega kollektiivseid huve individuaalsetele.

4 Consiglio di Stato (Itaalia kõrgeima halduskohtuna tegutsev riiginõukogu) 5. oktoobri 2005. aasta kohtuotsus nr 5329.

5 ELT 2001, L 82, lk 16.

19. Lisaks, kui niisuguse ostueesõiguse eesmärk oleks tagada töötajate poolt farmaatsiateenuse osutamise raames omandatud kogemuse alalhoidmine, saaks seda saavutada muude vahenditega, näiteks nähes hanketeates ette, et asjakohane hulk punkte antakse kogemuse eest, toomata seejuures ohvriks konkurentsi ja võrdset kohtlemist.

20. Igal juhul on eelotsusetaotluse esitanud kohtul ostueesõigusega taotletavaid sotsiaalseid eesmärke arvestades kahtlusi vaidlusaluse meetme mõistlikkuses ja proportsionaalsuses, kuna 1) kutse puhul, mis nõuab kõrget kvalifikatsiooni ning millega seoses võib apteek üle minna ainult apteekrile, kes on kantud apteegi pidamise kvalifikatsiooni omavate apteekrite registrisse või kes on vähemalt kaks aastat kutsealal töötanud, ei ole mingit põhjust väärtustada rohkem kogemust, mis on omandatud ühes teatavas apteegis; 2) vaidlusalune õigus annab töötajale tingimusteta eelisõiguse, ilma et arvesse võetaks seda, kas ta pidas konkreetset apteeki hästi või mitte, ja 3) ostueesõiguse saamiseks piisab apteegi töötaja kogemusest, mis ei tähenda tingimata apteegi töö korraldamise eest vastutava isiku kogemust.

21. Seetõttu tekib eelotsusetaotluse esitanud kohtu arvates kahtlus, kas kirjeldatud ostueesõiguse puhul valitseb mõistlik tasakaal vabaturunõuete, teenuste osutamise vabaduse ja õiguse vahel tervise kaitsele. Ta juhib tähelepanu, et niisugust õigusnormi, nagu põhikohtuasjas arutlusel, võib pidada protektsionismiks, mis soosib põhjendamatult teatavasse kategooriasse kuuluvaid kodanikke võrreldes teiste Itaalia kodanikega ning samuti võrreldes teiste liikmesriikide kodanikega.

22. Eelotsusetaotluse esitanud kohus leiab, et seadusega munitsipaalapteegi töötajatele antud eesõigus kujutab endast asutamisvabaduse piirangut. Seega diskrimineerib kõnealune ostueesõigus samast liikmesriigist või teistest liikmesriikidest pärit isikuid, kes loodavad hankelepingu sõlmida. Lisaks tundub ka kaheldav, kas on mõistlik ja proportsionaalne piirata niimoodi konkurentsi kaitse ja ettevõtjate võrdse kohtlemise põhimõtet ning samuti ettevõtlus- ja kutsevabaduse põhimõtet.

23. Eelotsusetaotluse esitanud kohus leiab, et arvesse tuleb võtta ka seda, et vaidlusalune õigusnorm takistab potentsiaalsetel ettevõtjatel tulla turule, kus on juba niigi kehtestatud kvoodid ja kus apteekide arv on piiratud vastavalt üleriigilisele paiknemiskavale ning kus uue apteegi avamiseks on vaja võita avalik konkurss, mille järel antakse edukaks tunnistatud pakkujale välja tegevusluba.

24. Lisaks näib eelotsusetaotluse esitanud kohtule, et ostueesõiguse eesmärk ei ole ka tervise kaitsmine, kuivõrd see ei ole vajalik, et saavutada eesmärki, mis seisneb elanikkonna kindlas ja kvaliteetses ravimitega varustamises.

25. Neil asjaoludel otsustas Consiglio di Stato (Itaalia kõrgeima halduskohtuna tegutsev riiginõukogu) menetluse peatada ja esitada Euroopa Kohtule järgmise eelotsuse küsimuse:

„Kas asutamisvabaduse, diskrimineerimiskeelu, võrdse kohtlemise, konkurentsi kaitse ja töötajate vaba liikumise põhimõtetega, mis on sätestatud ELTL artiklites 45, 49–56 ja 106 ning [harta] artiklites 15 ja 16, ning nendesse kätketud proportsionaalsuse ja mõistlikkuse kriteeriumidega on vastuolus niisugune riigisisene õigusnorm nagu seaduse nr 362/1991 artikli 12 lõige 2, mille kohaselt on munitsipaalapteegi omandiõiguse ülemineku korral ostueesõigus selle apteegi töötajatel?“

IV. Menetlus Euroopa Kohtus

26. Kirjalikud seisukohad esitasid AV ja BU, Bernareggio omavalitsusüksus ja Euroopa Komisjon.

27. Kirjalikku seisukohta mitte esitanud CT taotlusel otsustas Euroopa Kohus 14. mai 2019. aasta otsusega Euroopa Kohtu kodukorra artikli 76 lõike 3 alusel korraldada kohtuistungi 3. juulil 2019.

28. AV ja BU, Bernareggio omavalitsusüksus, CT ja komisjon esitasid suulised seisukohad kohtuistungil 3. juulil 2019.

V. Kohaldatavad liidu õiguse sätted

29. Eelotsusetaotluse esitanud kohus palub käesolevas menetluses tõlgendada ELTL artikleid 45, 49–56 ja 106 ning harta artikleid 15 ja 16.

30. Põhikohtuasjas on tegemist vaidlusega, mille poolteks on ühelt poolt AV ja BU (kes on mõlemad apteekrid) ja teiselt poolt Bernareggio omavalitsusüksus ja CT, kes on nimetatud omavalitsusüksuse poolt vaidlusaluse hankega hõlmatud apteeki tööle võetud apteeker.

31. Kuivõrd kõnealuse müügitehingu lõpuleviimisel hakkaksid vaidlusalust apteeki püsivalt tähtajatult käitama AV ja BU või CT, siis ma leian, et asutamisvabadust käsitlev ELTL artikkel 49 on kohaldatav.

32. Euroopa Kohtu toimikus oleva materjali kohaselt ei ole minu arvates kohaldatav ei töötajate liikumisvabadust käsitlev ELTL artikkel 45 ega teenuste osutamise vabadust käsitlev ELTL artikkel 56.[6] Seda seetõttu, et pakkujad on ise Itaalia kodanikud ega ole kasutanud liikumisvabaduse õigusi, millest tulenevalt muutuksid kõnealused sätted kohaldatavaks olukorras, mis on muidu Itaalia riigi sisene.

33. Lisaks, kuivõrd põhikohtuasjas vaidluse all olevat ostueesõigust kasutas munitsipaalapteegi töötaja, nimelt CT, ja selle töötaja pakkumus oli seega apteekrite AV ja BU pakkumuse ees edukas, on Euroopa Kohtu toimikus ebapiisav teave, millest võiks järeldada, et vaidlus põhikohtuasjas on keskendunud või mingilgi viisil seotud avalike (või ka eraomandis) ettevõtjatega, kellele liikmesriik on andnud eri- või ainuõiguse, või ettevõtjatega, kellele on antud üldist majandushuvi esindavate teenuste osutamine või kes on fiskaalmonopolid vastavalt ELTL artiklile 106.

34. Mis puudutab harta artikli 15 lõiget 2, siis on selles sättes muu hulgas sätestatud, et igal kodanikul on õigus teostada asutamisõigust kõikides liikmesriikides. Käesolevas menetluses tuleb viidet vabadusele teostada asutamisõigust mõista nii, et harta artikli 15 lõikes 2 viidatakse muu hulgas ELTL artiklile 49.[7] Minu arvates on nii, et kui liikmesriigi õigus on kooskõlas ELTL artikliga 49, siis on ta ühtlasi kooskõlas ka harta artikli 15 lõikega 2.[8]

35. Lisaks on harta artiklis 16 sätestatud, et „ettevõtlusvabadust tunnustatakse liidu õiguse ning siseriiklike õigusaktide ja tavade kohaselt“. Seega viitab harta artikkel 16 ettevõtlusvabaduse kohaldamisala määratledes konkreetselt liidu õigusele. Seda viidet Euroopa Liidu õigusele tuleb käesolevas asjas mõista nii, et harta artikkel 16 viitab omakorda ELTL artiklile 49.

36. Kuivõrd esitatud küsimus puudutab tegelikult ainult asutamisvabadust, siis ma leian kõiki eeltoodud kaalutlusi arvestades, et põhikohtuasjas vaidluse all olevaid õigusnorme tuleb hinnata ainult ELTL artikli 49[9] alusel.[10]

VI. Eelotsusetaotluse vastuvõetavus

37. Euroopa Kohtule esitatud dokumentidest on selge, et kõik põhikohtuasja faktilised asjaolud piirduvad üheainsa liikmesriigiga – Itaalia Vabariigiga.

6 Lisaks ma leian, et kuivõrd Euroopa Parlamendi ja nõukogu 12. detsembri 2006. aasta direktiivi 2006/123/EÜ teenuste kohta siseturul (ELT 2006, L 376, lk 36) artikli 2 punkt f välistab kõik tervishoiuteenused selle kohaldamisalast, siis ei ole see direktiiv käesolevas menetluses asjakohane.

7 Sisuliselt on harta artikli 52 lõikes 2 sätestatud, et hartaga tunnustatud õigusi, mis rajanevad aluslepingute sätetel, teostatakse aluslepingutes määratletud tingimustel ja piires: vt 7. aprilli 2016. aasta kohtuotsus ONEm ja M. (C-284/15, EU:C:2016:220, punkt 33).

8 Vt analoogia alusel 7. aprilli 2016. aasta kohtuotsus ONEm ja M. (C-284/15, EU:C:2016:220, punktid 33 ja 34).

9 Ning lähtudes selle eranditest vastavalt ELTL artiklile 52 ja Euroopa Kohtu praktikale, mis käsitleb üldise huviga seotud ülekaalukaid põhjendusi.

10 Vt 13. veebruari 2014. aasta kohtuotsus Sokoll-Seebacher (C-367/12, EU:C:2014:68, punktid 22 ja 23).

38. Sellega seoses tuleb meeles pidada, et ELTL sätted, mis reguleerivad asutamisvabadust, ei ole kohaldatavad olukorras, mille kõik asjaolud on üheainsa liikmesriigi sisesed.[11] Lisaks, selleks et ELTL artikkel 49 oleks riigihangete valdkonnas kohaldatav tegevuse suhtes, mille kõik olulised asjaolud piirduvad üheainsa liikmesriigiga, peab põhikohtuasjas vaidluse all olev leping pakkuma selget piiriülest huvi.[12]

39. Minu arvates ei ole eelotsusetaotluse esitanud kohus tuvastanud konkreetseid faktilisi asjaolusid, mis abistaksid Euroopa Kohut selle kindlaksmääramisel, kas põhikohtuasjaga seoses eksisteerib teatav piiriülene huvi Itaalia munitsipaalapteekide ostmise vastu.[13] Eelotsusetaotluse esitanud kohus täheldas siiski, et kõnealune hankemenetlus oli liikmesriigi õiguse kohaselt avatud kõikidele apteekritena registreeritud liidu täiskasvanuile, ning tuginedes 13. veebruari 2014. aasta kohtuotsusele Sokoll-Seebacher (C-367/12, EU:C:2014:68) ja 1. juuni 2010. aasta kohtuotsusele Blanco Pérez ja Chao Gómez (C-570/07 ja C-571/07, EU:C:2010:300, punkt 40) märkis, et kõnealustel liikmesriigi normidel on tõenäoliselt piiriülene mõju. Lisaks viitab Consiglio di Stato (Itaalia kõrgeima halduskohtuna tegutsev riiginõukogu) muu hulgas liidu eeskirjadele apteekrite kvalifikatsioonide tunnustamise kohta.[14]

40. Vaatamata selles küsimuses konkreetsete faktide puudumisele eelotsusetaotluses tuleb märkida, et Euroopa Kohus on ikkagi lugenud vastuvõetavaks eelotsusetaotlusi, mis puudutavad põhivabadusi käsitlevate aluslepingute sätete tõlgendamist, isegi kui kõik põhikohtuasjade asjaolud on olnud üheainsa liikmesriigi sisesed. Euroopa Kohus on asunud taolist tüüpi asjades sellele seisukohale, kuna ei saa välistada, et teistes liikmesriikides asuvad kodanikud on olnud või oleksid huvitatud nende vabaduste kasutamisest, et tegutseda vaidlusalused riigisisesed õigusnormid kehtestanud liikmesriigi territooriumil, ning et järelikult võivad need õigusnormid, mida kohaldatakse vahet tegemata oma ja teiste liikmesriikide kodanike suhtes, kaasa tuua tagajärgi, mis ei ole selle liikmesriigi sisesed.[15]

41. Mina olen seisukohal, et kuivõrd seaduse nr 362/1991 artikli 12 lõige 2 on oma sõnastuse kohaselt ühtemoodi kohaldatav Itaalia kodanikele ja teiste liikmesriikide kodanikele, siis on üsna võimalik, et apteekrid, kelle asukoht on muudes liikmesriikides kui Itaalia Vabariik, on olnud või oleksid huvitatud ostma ja käitama munitsipaalapteeke Itaalia Vabariigis. Sellest järeldub, et seega võib seaduse nr 362/1991 artikli 12 lõige 2 mõjutada liidusisest kaubandust.[16]

42. Lisaks tuleb meelde tuletada, et kohtuvaidlust – isegi kui selle poolteks on ühe ja sama liikmesriigi kodanikud – tuleb pidada seotuks ELTL artikliga 49 selliselt, et nimetatud sätte tõlgendamine on kohtuvaidluse lahendamiseks vajalik, kui riigisisesed õigusnormid kohustavad eelotsusetaotluse esitanud kohut tagama nendele kodanikele samad õigused kui need, mis on liidu õiguse alusel samasuguses olukorras olevatel teiste liikmesriikide kodanikel.[17]

11 Vt 15. novembri 2016. aasta kohtuotsus Ullens de Schooten (C-268/15, EU:C:2016:874, punkt 47 ja seal viidatud kohtupraktika). Selle kohtuotsuse punktides 50–53 viitas Euroopa Kohus neljale olukorrale, milles on ikkagi vajalik põhikohtuasja vaidluse lahendamiseks tõlgendada aluslepingute põhivabaduste sätteid, isegi kui põhikohtuasja vaidluse kõik asjaolud on liikmesriigi sisesed, ning mille puhul Euroopa Kohus leiab, et taolised eelotsusetaotlused on vastuvõetavad.

12 Vt 11. detsembri 2014. aasta kohtuotsus Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino“ jt (C-113/13, EU:C:2014:2440, punkt 46).

13 Euroopa Liidu Kohtu kodukorra alates 1. novembrist 2012 kehtiva redaktsiooni artiklist 94 on selge, et Euroopa Kohtule tuleb eelotsusetaotluses esitada küsimuste aluseks olevate faktiliste asjaolude kokkuvõte ning muu hulgas selgitus nende faktide ja küsimuste seose kohta. Seetõttu tuleb enne Euroopa Kohtule eelotsuse küsimuste esitamist tuvastada teatava piiriülese huvi aluseks olevad asjaolud ning üldisemalt kõik liikmesriigi kohtute poolt tuvastatavad asjaolud, millest sõltub Euroopa Liidu teisese või esmase õiguse akti kohaldatavus. 11. detsembri 2014. aasta kohtuotsus Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino“ jt (C-113/13, EU:C:2014:2440, punkt 46).

14 Vt nt Euroopa Parlamendi ja nõukogu 20. novembri 2013. aasta direktiiv 2013/55/EL, millega muudetakse direktiivi 2005/36/EÜ kutsekvalifikatsioonide tunnustamise kohta ning määrust (EL) nr 1024/2012 siseturu infosüsteemi kaudu tehtava halduskoostöö kohta (IMI määrus) (ELT 2013, L 354, lk 132).

15 Vt 15. novembri 2016. aasta kohtuotsus Ullens de Schooten (C-268/15, EU:C:2016:874, punkt 50 ja seal viidatud kohtupraktika). Rõhutaksin, et eelotsusetaotluse esitanud kohus tugines konkreetselt sellele kohtupraktika liinile, et põhjendada tema küsimuse piiriülest asjakohasust.

16 Euroopa Kohus leidis 1. juuni 2010. aasta kohtuotsuses Blanco Pérez ja Chao Gómez (C-570/07 ja C-571/07, EU:C:2010:300, punkt 40), et ei saa üldse välistada, et isikud, kelle asukoht on muudes liikmesriikides kui Hispaania Kuningriik, on olnud või oleksid huvitatud apteegi pidamisest Astuuria autonoomses piirkonnas. Vt ka analoogia alusel 11. märtsi 2010. aasta kohtuotsus Attanasio Group (C-384/08, EU:C:2010:133, punktid 22–24) seoses mootorikütuse müügiga.

17 Vt 14. novembri 2018. aasta kohtuotsus Memoria ja Dall'Antonia (C-342/17, EU:C:2018:906, punkt 23).

43. Selles suhtes märkis komisjon oma kirjalikes seisukohtades ja kohtuistungil, ilma et teised menetlusosalised oleksid talle vastu vaielnud, et Itaalia seadus keelab Itaalia kodanike vastupidise diskrimineerimise.

44. Seetõttu näib, et Itaalia seaduse kohaselt peab eelotsusetaotluse esitanud kohus andma Itaalia kodanikele samad õigused, mis samas olukorras olevatel teiste liikmesriikide kodanikel tuleneksid liidu õigusest.[18]

45. Sellest tuleneb, et eelotsuse küsimus on vastuvõetav niivõrd, kuivõrd selles viidatakse asutamisvabadust käsitlevale ELTL artiklile 49.

VII. Esitatud küsimuste sisu analüüs

46. Väljakujunenud kohtupraktika kohaselt keelab ELTL artikkel 49 kõik riigisisesed meetmed, mis – isegi siis, kui neid kohaldatakse ilma kodakondsusest lähtuva diskrimineerimiseta – võivad liidu kodanikel takistada asutamislepinguga tagatud asutamisvabaduse teostamist või muuta neile selle vähem atraktiivseks.[19]

47. Ma leian, et kuivõrd hankemenetluses osalemine nõuab aega, tööpanust ja raha, siis heidutab selline ostueesõigus, nagu on vaidluse all põhikohtuasjas, kahtlemata teiste liikmesriikide apteekreid selles menetluses osalemast. Isegi kui teise liikmesriigi apteeker on esitanud majanduslikult kõige soodsama pakkumuse, ei ole tal absoluutselt mingit garantiid, et leping sõlmitakse temaga, kuna munitsipaalapteegi töötajad saavad oma ostueesõigust kasutades ning samaväärse pakkumuse esitades tema pakkumuse sisuliselt n-ö üle trumbata.[20] Samamoodi on selge see, et taoline riigi kehtestatud ostueesõigus annab kaudse eelise igale seda õigust kasutada soovivale munitsipaalapteegi töötajale ning seda isegi majanduslikult kõige soodsama pakkumuse esitanud pakkuja arvelt.

48. Minu arvates takistab seaduse nr 362/1991 artikli 12 lõikes 2 ette nähtud ostueesõigus teistest liikmesriikidest pärit apteekritel kasutamast oma õigust osaleda hankemenetluses munitsipaalapteegi ostmiseks Itaalia Vabariigis, muutes selle nende jaoks vähem atraktiivseks. Selline ostueesõigus takistab seega teistest liikmesriikidest pärit apteekritel kasutamast oma liikumisvabadust kindla tegevuskoha kaudu Itaalia territooriumil ja muudab selle nende jaoks vähem atraktiivseks.

49. Järelikult kujutab selline liikmesriigi õigusnorm nagu seaduse nr 362/1991 artikli 12 lõige 2, mis on vaidluse all eelotsusetaotluse esitanud kohtu menetluses, endast minu arvates asutamisvabaduse piirangut ELTL artikli 49 tähenduses. Seega on vaja analüüsida ulatust, milles see põhikohtuasjas vaidluse all olev norm võib olla põhjendatud ühega ELTL artikli 52 lõikes 1 sätestatud põhjustest või ülekaaluka üldise huviga vastavalt Euroopa Kohtu praktikale. Asun nüüd käsitlema seda teemat.

A. Asutamisvabaduse piirangu põhjendatus

50. ELTL 52 lõikest 1 on ilmne, et avaliku korra, avaliku julgeoleku või rahvatervise huvides võib asutamisvabadust piirata.

18 Vt 15. novembri 2016. aasta kohtuotsus Ullens de Schooten (C-268/15, EU:C:2016:874, punkt 52) ja 10. mai 2012. aasta kohtuotsus Duomo Gpa jt (C-357/10 – C-359/10, EU:C:2012:283, punkt 28).

19 Vt 11. märtsi 2010. aasta kohtuotsus Attanasio Group (C-384/08, EU:C:2010:133, punkt 43 ja seal viidatud kohtupraktika). Vt ka 19. mai 2009. aasta kohtuotsus Apothekerkammer des Saarlandes jt (C-171/07 ja C-172/07, EU:C:2009:316, punkt 22).

20 Tuleb meeles pidada, et põhikohtuasjas oli ostueesõiguse kasutamise kord ära näidatud hanketeates.

51. Lisaks on kohtupraktikast selge, et asutamisvabaduse piirangud, mis on kohaldatavad kodakondsusel põhineva diskrimineerimiseta, võivad olla põhjendatud ülekaaluka üldise huvi tõttu, kui need on taotletava eesmärgi saavutamiseks sobivad ega lähe kaugemale, kui on selle eesmärgi saavutamiseks vajalik.[21]

52. Euroopa Kohtu toimikust nähtub, et seaduse nr 362/1991 artikli 12 lõiget 2 kohaldatakse kodakondsusel põhineva diskrimineerimiseta.

53. Kuivõrd ELTL artikli 267 kohaselt kuulub Euroopa Kohtule lahendada antud kohtuasja puhul eelotsusetaotluse esitanud kohtu pädevusse nende eesmärkide kindlakstegemine, millega saaks põhjendada asutamisvabaduse piiranguid,[22] on eelotsusetaotluse esitanud kohus lühidalt märkinud,[23] et seaduse nr 362/1991 artikli 12 lõike 2 eesmärk on tagada, et apteeki hallatakse võimalikult hästi, ja see põhineb eeldusel, et üle minevas munitsipaalapteegis juba töötanud apteeker on suuteline tagama järjepidevuse ning ära kasutama asjaomase apteegi pidamisel kogunenud kogemusi.[24]

54. Seda selgitust silmas pidades näib selline õigusnorm, nagu on vaidluse all põhikohtuasjas, teenivat rahvatervise kaitse eesmärki, mis võib ELTL artikli 52 lõike 1 kohaselt põhimõtteliselt põhjendada asutamisvabaduse piiramist.[25] Konkreetsemalt on Euroopa Kohus 19. mai 2009. aasta kohtuotsuse Apothekerkammer des Saarlandes jt (C-171/07 ja C-172/07, EU:C:2009:316) punktis 28 märkinud, et asutamisvabaduse piiramist saab õigustada eesmärgiga tagada elanikkonna kindel ja kvaliteetne ravimitega varustamine.

55. Samas on siiski vaja kindlaks määrata, kas selline õigusnorm nagu seaduse nr 362/1991 artikli 12 lõige 2 on sobiv selle eesmärgi saavutamiseks, ning kui see on nii, siis uurida, kas asutamisvabaduse piirang läheb kaugemale, kui on vaja osutatud eesmärgi saavutamiseks, st kas selle saavutamiseks eksisteerib vähem koormavaid meetmeid.[26]

56. Mis puudutab eelotsusetaotluse esitanud kohtu mainitud vajadust tagada järjepidevus, siis ei ole täiesti selge, kas peetakse silmas vajadust tagada munitsipaalapteekide apteekrite töösuhete jätkuvus selleks, et kindlustada nende õigused sellise apteegi võõrandamise korral,[27] või (nagu ma arvan) peetakse silmas vajadust tagada munitsipaalapteekide apteekrite töösuhete jätkuvus selleks, et kindlustada sellise apteegi poolt üldsusele pakutavate teenuste osutamise või nende kvaliteedi jätkuvus.

21 Vt 19. mai 2009. aasta kohtuotsus Apothekerkammer des Saarlandes jt (C-171/07 ja C-172/07, EU:C:2009:316, punkt 25 ja seal viidatud kohtupraktika).

22 Vt selle kohta 5. detsembri 2013. aasta kohtuotsus Venturini jt (C-159/12 – C-161/12, EU:C:2013:791, punkt 39 ja seal viidatud kohtupraktika).

23 Nagu on märgitud käesoleva ettepaneku punktis 17.

24 Bernareggio omavalitsusüksus viitas oma kirjalikes seisukohtades Consiglio di Stato (Itaalia kõrgeima halduskohtuna tegutsev riiginõukogu) viienda koja 5. oktoobri 2005. aasta kohtuotsusele nr 5329, milles nimetatud kohus märkis, et seaduse nr 362/1991 artikli 12 lõike 2 alusel läbi viidava hankemenetluse eesmärk on muu hulgas maksimeerida taolisest erastamisest saadav kasum. Seaduse nr 362/1991 artikli 12 lõikes 2 on sätestatud tingimused, mille kohaselt tuleb ostueesõigust kasutada. Selle õiguse, mis annab eesõiguse munitsipaalapteegi töötajale, eesmärk on kaitsta palgalisi apteekreid ning apteegi optimaalset haldamist.

25 Rahvatervise kaitsega seotud eesmärgi tähtsust rõhutab ELTL artikli 168 lõige 1 ning harta artikkel 35, mille kohaselt tuleb kõigi liidu poliitika ja meetmete määratlemisel ja rakendamisel tagada inimeste tervise kõrgetasemeline kaitse. Vt selle kohta 5. detsembri 2013. aasta kohtuotsus Venturini jt (C-159/12 – C-161/12, EU:C:2013:791, punktid 40 ja 41 ning seal viidatud kohtupraktika). Väljakujunenud kohtupraktika kohaselt võib selliste kvaliteetsete meditsiiniteenuste nagu farmaatsiateenuste säilitamise eesmärk kuuluda ELTL artikli 52 lõikes 1 sätestatud erandite hulka, kui selline eesmärk aitab kaasa tervisekaitse kõrge taseme saavutamisele. 16. detsembri 2010. aasta kohtuotsus komisjon *vs*. Prantsusmaa (C-89/09, EU:C:2010:772, punkt 53 ja seal viidatud kohtupraktika).

26 Vastavalt Euroopa Kohtu väljakujunenud kohtupraktikale tuleb rahvatervise valdkonnas proportsionaalsuse põhimõttele vastavuse hindamisel arvestada asjaolu, et liikmesriik võib otsustada, millisel tasemel ta kavatseb rahvatervise kaitse tagada ja kuidas selline tase saavutatakse. Kuna see tase võib liikmesriigiti varieeruda, tuleb tunnustada liikmesriikide kaalutlusruumi olemasolu. 5. detsembri 2013. aasta kohtuotsus Venturini jt (C-159/12 – C-161/12, EU:C:2013:791, punkt 59 ja seal viidatud kohtupraktika).

27 Võib väita, et see ei ole kõnealuse liikmesriigi õigusnormi eesmärk, kuivõrd Consiglio di Stato (Itaalia kõrgeima halduskohtuna tegutsev riiginõukogu) viitas selles kontekstis selle tagamisele, et „apteeki hallatakse võimalikult hästi“. Käsitlen seda siiski täielikkuse huvides.

57. Eesmärk tagada munitsipaalapteekide apteekrite töösuhete jätkuvus, et kindlustada nende õigused sellise apteegi võõrandamise korral, põhineb minu arvates tööhõive ja sotsiaalpoliitikaga seotud kaalutlustel ning mitte rahvatervisega seotud kaalutlustel. See eesmärk ei ole seega põhikohtuasja asjaolusid arvesse võttes kohane, et põhjendada põhikohtuasjas vaidluse all oleva õigusnormiga kehtestatud asutamisvabaduse piiranguid ELTL artikli 52 lõike 1 alusel rahvatervisega seotud kaalutlustest lähtuvalt.

58. Lisaks, isegi kui selline eesmärk oleks põhjendatav ülekaaluka üldise huviga seotud põhjustega, nimelt töötajate õiguste tagamisega koondamiste vastu munitsipaalapteegi võõrandamise korral, viitas eelotsusetaotluse esitanud kohus sellega seoses, et see eesmärk on juba tagatud Itaalia tsiviilseadustiku artikliga 2112, millega on muu hulgas üle võetud nõukogu direktiiv 2001/23, milles on selline kaitse ette nähtud. Sellistel asjaoludel, isegi kui see oleks tõepoolest olnud eesmärk, läheb taoline liikmesriigi õigusnorm nagu seaduse nr 362/1991 artikli 12 lõige 2 palju kaugemale sellise eesmärgi saavutamiseks vajalikust ning seda ei saa nimetatud eesmärgi abil põhjendada.

59. Mis puudutab eesmärki tagada munitsipaalapteekide apteekrite töösuhete jätkuvus, et kindlustada sellise apteegi poolt üldsusele pakutavate teenuste osutamise või nende teenuste kvaliteedi jätkuvus ja seega lõppkokkuvõttes farmaatsiateenuste parem korraldamine, siis selle suhtes tuleb rõhutada, et Euroopa Kohtu toimiku kohaselt on AV, BU ja CT kõik kvalifitseeritud apteekrid.[28]

60. Lisaks olid AV ja BU Itaalia õiguse kohaselt igas suhtes pädevad põhikohtuasjas kõne all olevat apteeki ostma ja käitama, mida tõendab asjaolu, et nad tunnistati apteegi müügi hankes ajutiselt edukaks.

61. Seetõttu näib, et ainus eristav joon kõnealuste apteekrite kutsealases pädevuses või kogemuses, millele hankes lõplikult edukaks tunnistamisel tähtsus omistati, oli asjaolu, et CT oli asjaomasel ajal kõnealuse munitsipaalapteegi töötaja ning kasutas oma ostueesõigust.

62. Lisaks puuduvad Euroopa Kohtu toimikus igasugused tõendid selle kohta, miks mõni teine CTga võrreldes niisama pädev ja kogenud apteeker ei peaks olema võimeline tagama järjepidevust või miks eelnevalt omavalitsusüksusega töösuhtes olnud apteekrid ei võiks jätkata selles positsioonis uue omaniku alluvuses.[29]

63. Nii Bernareggio omavalitsusüksus kui ka CT rõhutasid asjaolu, et viimatinimetatu ei olnud tegelikult pelk kõnealuse munitsipaalapteegi apteeker, vaid see isik oli tegelikkuses hallanud seda munitsipaalapteeki ja selle varusid palju aastaid.

64. See võib küll nii olla – mida peab kontrollima eelotsusetaotluse esitanud kohus –, kuid seaduse nr 362/1991 artikli 12 lõige 2 ei võta peale nõude, et apteeker peab olema kantud registrisse või eelneva konkursi käigus sobivaks tunnistatud, arvesse apteekri tegelikke tööaastaid asjaomases munitsipaalapteegis, selle apteekri poolt osutatavate teenuste kvaliteeti ega ka seda, kas apteeker töötas pelga palgatöötajana või tegeles ka juhtimisega. Kui seaduse nr 362/1991 artikli 12 lõike 2 tingimused on täidetud, siis kohaldub ostueesõigus automaatselt.

28 Euroopa Kohus on juhtinud tähelepanu ravimite väga eriomasele laadile, mis iseloomustab neid teistest kaupadest oluliselt eristava ravitoime tõttu. 19. mai 2009. aasta kohtuotsus Apothekerkammer des Saarlandes jt (C-171/07 ja C-172/07, EU:C:2009:316, punkt 31). Sealhulgas on ta nõustunud, et liikmesriigid võivad kehtestada ravimite jaemüügiga tegelevatele isikutele rangeid nõudeid, seda eeskätt ravimite turustamise ning kasumi taotlemise osas. Eelkõige võivad nad ravimite jaemüügi reserveerida põhimõtteliselt ainuüksi apteekritele ja seda tagatiste tõttu, mida apteekrid peavad pakkuma, ning teabe tõttu, mida nad peavad olema võimelised tarbijale andma. Vt selle kohta mh 19. mai 2009. aasta kohtuotsus komisjon *vs.* Itaalia (C-531/06, EU:C:2009:315, punkt 58).

29 Vt sellega seoses Itaalia tsiviilseadustiku artikkel 2112, millega on eelotsusetaotluse esitanud kohtu sõnul muu hulgas üle võetud nõukogu direktiiv 2001/23.

65. Eelotsusetaotluse esitanud kohus peab seda veel kontrollima, aga Euroopa Kohtu toimiku kohaselt ei nõua kõnealune liikmesriigi norm hankemenetluses asjaomaste apteekrite kutsekvalifikatsiooni ja kogemuste ühelgi moel võrdlemist ega kaalumist. CT isegi ei osalenud hankemenetluses, vaid pelgalt kasutas oma ostueesõigust seaduse nr 362/1991 artikli 12 lõike 2 alusel.

66. Ning lisaks, kui kõnealuse normi eesmärk on edendada farmaatsiateenuste järjepidevust, siis on raske mõista, miks seda kohaldatakse pelgalt munitsipaalapteekide ning mitte eraomandis olevate muud liiki apteekide ülemineku korral.[30]

67. Seetõttu ma leian, et Euroopa Kohtu toimikus puuduvad tõendid selle kohta, et kõnealuse õigusnormi eesmärk, mis eelotsusetaotluse esitanud kohtu sõnul peaks ELTL artikli 52 lõike 1 kohaselt põhjendama asutamisvabaduse piiranguid rahvatervisega seotud põhjusega, on selles suhtes asjakohane, ning isegi kui see ongi nii, siis läheb see kaugemale nimetatud eesmärgi saavutamiseks vajalikust. Olen kõigil käesolevas ettepanekus esitatud põhjustel seisukohal, et see õigusnorm ei vasta selgetele rahvatervisega seotud eesmärkidele ning igal juhul on võetud meetmed sel eesmärgil ilmselgelt ebaproportsionaalsed.

68. Eeltoodust lähtuvalt pakun vastuseks eelotsuse küsimusele, et ELTL artiklit 49 tuleb tõlgendada nii, et sellega on vastuolus niisugune õigusnorm nagu põhikohtuasjas arutlusel, mille kohaselt on munitsipaalapteegi omandiõiguse ülemineku korral ostueesõigus selle apteegi töötajatel.

VIII. Ettepanek

69. Kõiki eeltoodud kaalutlusi arvestades leian, et Euroopa Kohus peaks vastama Consiglio di Stato (Itaalia kõrgeima halduskohtuna tegutsev riiginõukogu) esitatud küsimusele järgmiselt:

ELTL artiklit 49 tuleb tõlgendada nii, et sellega on vastuolus põhikohtuasjas vaidluse all olev õigusnorm, mille kohaselt on munitsipaalapteegi omandiõiguse ülemineku korral ostueesõigus selle apteegi töötajatel.

30 Seda öeldes ei soovi ma väita, et sellised õigusnormid, mida kohaldatakse vahet tegemata mis tahes apteekide ülemineku korral, vastaksid ELTL artikli 52 nõuetele.