Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
GERARD HOGAN
föredraget den 2 oktober 2019 [1]

Mål C-465/18

AV,
BU
mot
Comune di Bernareggio,
ytterligare deltagare i rättegången:
CT

(begäran om förhandsavgörande från Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen, Italien))

”Begäran om förhandsavgörande – Artikel 49 FEUF – Etableringsfrihet – Överlåtelse av ett kommunalt apotek efter ett anbudsförfarande – Nationell lagstiftning som föreskriver en företrädesrätt för anställda vid kommunala apotek – Kontraktet tilldelades slutligen en anställd som inte hade deltagit i anbudsförfarandet efter utövande av företrädesrätten”

I. Inledning

1. Denna begäran om förhandsavgörande, som ingavs till domstolens kansli den 16 juli 2018 av Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen, Italien), avser tolkningen av artiklarna 45 FEUF, 49–56 FEUF och 106 FEUF samt artiklarna 15 och 16 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (nedan kallad stadgan).

2. Begäran har framställts i ett mål mellan AV och BU, å ena sidan, och Comune di Bernareggio och CT, å andra sidan.

3. I målet vid den nationella domstolen tilldelades AV och BU, som är ägare till ett apotek som är beläget utanför Bernareggio kommun, preliminärt kontraktet för att förvärva ett kommunalt apotek efter det att ett anbudsförfarande hade avslutats.

4. Trots att AV och BU hade lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och preliminärt tilldelades kontraktet, gavs ändå företräde åt CT, som är en farmaceut anställd av Azienda Speciale Farmacie Vimercatesi, det organ som fått i uppdrag att driva kommunens apotek. Vad som ledde till detta kommer att beskrivas närmare nedan.

5. Efter den preliminära tilldelningen av kontraktet, utövade CT (som är anställd vid det kommunala apoteket i fråga, men som inte deltog i anbudsförfarandet) genom en skrivelse den företrädesrätt som enligt lag tillkommer anställda vid kommunala apotek vid överlåtelse av sådana apotek. Den slutgiltiga tilldelningen av det aktuella kontraktet tillföll följaktligen CT.

1 Originalspråk: engelska.

6. AV och BU överklagade den slutgiltiga tilldelningen av kontraktet till italiensk förvaltningsdomstol.

7. Begäran om förhandsavgörande ger EU-domstolen tillfälle att för första gången ta ställning till lagenligheten av en nationell bestämmelse som ger anställda en företrädesrätt vid överlåtelse av ett kommunalt apotek efter ett anbudsförfarande.

II. Tillämpliga bestämmelser

A. Italiensk rätt

8. I artikel 9 i Legge 2 aprile 1968, n. 475, Norme concernenti il servizio farmaceutico (lag nr 475 av den 2 april 1968 om bestämmelser avseende farmaceutiska tjänster) föreskrivs följande:

”Rätten att driva apotek som blir vakanta och nya apotek som inrättats till följd av en revidering av fördelningsplanen kan övertas till hälften av kommunen …”

9. I artikel 12 i lagen föreskrivs följande:

”… Överlåtelsen [av ett apotek] får endast ske till en farmaceut som redan är innehavare av ett apotek eller som ansetts ha tillräckliga kvalifikationer i ett tidigare anbudsförfarande.”

10. I artikel 4 i Legge 8 novembre 1991, n. 362, Norme di riordino del settore farmaceutico (lag nr 362 av den 8 november 1991 om omstrukturering av apotekssektorn) (nedan kallad lag nr 362/1991) föreskrivs följande:

”1. Apotek som blir vakanta eller nya apotek, vilka kan drivas av privata aktörer, tilldelas genom ett anbudsförfarande …

2. Tillträde till anbudsförfarandet enligt punkt 1 är förbehållet medborgare i någon av Europeiska ekonomiska gemenskapens medlemsstater … som är medlemmar i farmaceuternas yrkesorganisation …

…”

11. I artikel 12.2 i lagen föreskrivs följande:

”Vid överlåtelse av ett kommunalt apotek har de anställda företrädesrätt …”

12. I artikel 2112 i Codice civile (den italienska civillagen) föreskrivs följande:

”Vid övergång av verksamhet ska anställningsförhållandet fortsätta med förvärvaren och arbetstagaren behåller samtliga rättigheter som följer av detta. …

…

En övergång av verksamheten ska inte i sig utgöra skäl för uppsägning. Om arbetstagaren blir föremål för en väsentlig förändring av arbetsvillkoren under de tre månaderna efter övergången av verksamheten har vederbörande rätt att säga upp sig …”

III. Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågan

13. Genom ett meddelande som publicerades den 31 januari 2014 utlyste Bernareggio kommun ett anbudsförfarande för överlåtelse av ett kommunalt apotek.[2] Enligt meddelandet om anbudsförfarande skulle kontraktet tilldelas den anbudsgivare som erbjöd det högsta priset. Det lägsta eller ursprungliga kontraktsvärdet för det aktuella apoteket var 580 000 euro. Det ska dock påpekas att det föreskrevs i meddelandet om anbudsförfarande att överlåtelsen av apoteket till den anbudsgivare som preliminärt tilldelades kontraktet var villkorat av att bland annat de farmaceuter med tillsvidareanställning hos Azienda Speciale Farmacie Vimercatese, det organ som fått i uppdrag att driva kommunala apotek,[3] inte skulle utöva sin företrädesrätt enligt artikel 12.2 i lag nr 362/1991.

14. Den 11 mars 2014 tillkännagav kommunen att kontraktet preliminärt skulle tilldelas AV och BU, vilka var ägare till ett apotek i en grannkommun och hade lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet på 600 000 euro. Som jag redan har angett gavs emellertid anbudet från CT, en farmaceut anställd hos Azienda Speciale Farmacie Vimercatese, företräde när anbudsförfarandet avslutades. CT, som inte deltog i anbudsförfarandet, utövade genom skrivelse av den 27 mars 2014 sin lagstadgade företrädesrätt enligt artikel 12.2 i lag nr 362/1991 och tilldelades därför slutgiltigt kontraktet avseende apoteket genom Bernareggio kommuns beslut nr 31 av den 12 maj 2014.

15. AV och BU överklagade den slutgiltiga tilldelningen av kontraktet till CT till Tribunale amministrativo regionale, Lombardia-Milano (Regionala förvaltningsdomstolen, Lombardiet-Milano). AV och BU gjorde i sitt överklagande bland annat gällande att den lagstadgade företrädesrätten för anställda i kommunala apotek strider mot principerna om fri konkurrens och likabehandling som har fastslagits i unionsrätten. De påpekade att företrädesrätten innebär en betydande fördel för dessa anställda. De anställda i fråga kan träda in i konkurrenternas ställe i ett anbudsförfarande, utan att ens delta i förfarandet, genom att utöva sin ovillkorliga rätt enligt lag att ingå kontraktet. AV och BU hävdade att den aktuella lagstadgade företrädesrätten inte är rättsligt motiverad.

16. Eftersom Tribunale amministrativo regionale Lombardia-Milano (Regionala förvaltningsdomstolen för Lombardiet–Milano) ogillade deras överklagande, överklagade AV och BU till den hänskjutande domstolen och anförde samma grunder som i första instans.

17. Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) har påpekat att den företrädesrätt som följer av artikel 12.2 i lag nr 362/1991 gäller till förmån för anställda vid kommunala apotek vid överlåtelse av nämnda apotek till privata aktörer.[4] Den hänskjutande domstolen har med hänvisning till sin egen dom nr 5329 av den 5 oktober 2005[5] uppgett att artikel 12.2 i lag nr 362/1991 tillgodoser behovet av en bättre förvaltning av apotekstjänster och är baserad på övertygelsen om att en farmaceut, som redan har varit anställd i det kommunala apotek som överlåts, kommer att kunna säkerställa kontinuitet och även dra fördel av erfarenheten av att driva det aktuella apoteket. Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) är dock osäker på huruvida företrädesrätten faktiskt kan motiveras av ett verkligt väsentligt tvingande allmänintresse.

18. Den hänskjutande domstolen anser att företrädesrätten är orimlig, eftersom artikel 2112 i civillagen, varigenom bland annat rådets direktiv 2001/23/EG av den 12 mars 2001 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagares rättigheter vid överlåtelse av företag, verksamheter eller delar av företag eller verksamheter[6] har införlivats, särskilt garanterar att anställningsförhållandet fortsätter och skyddar samtliga rättigheter för arbetstagarna i den verksamhet som ska övergå.

2 Utöver försäljningen av själva apoteket fanns det även bestämmelser om bland annat möbler, fast inredning och tillbehör samt apotekets lager.

3 Azienda Speciale Vimercatese.

4 Den ger således företräde åt kollektiva rättigheter framför privata rättigheter.

5 Consiglio di Statos (Högsta förvaltningsdomstolen) (femte avdelningen) dom nr 5329 av den 5 oktober 2005.

6 EUT L 82, 2001, s. 16.

19. Om företrädesrätten vidare syftade till att säkerställa bibehållandet av den erfarenhet som den anställda personen har tillägnat sig under sin tjänst som farmaceut, skulle detta syfte, enligt den hänskjutande domstolen, kunna uppnås med andra medel – exempelvis genom att man i meddelandet om anbudsförfarande fastställer att erfarenhet ger vissa poäng – utan att undergräva konkurrens och likabehandling.

20. Den hänskjutande domstolen ställer sig under alla omständigheter tveksam till huruvida åtgärden är rimlig och proportionerlig mot bakgrund av de allmänna syften som eftersträvas genom företrädesrätten, på grund av följande: 1) I ett högkvalificerat yrkessammanhang där ett apotek enbart kan överlåtas till en farmaceut som är medlem i farmaceuternas yrkesorganisation och som har de kvalifikationer som krävs för att driva ett apotek eller som har minst två års yrkeserfarenhet finns det inga giltiga skäl för att tillerkänna erfarenhet från ett visst apotek en större betydelse. 2) Företrädesrätten ger den anställda en ovillkorlig förtur utan att ta hänsyn till huruvida det aktuella apoteket har varit välskött. 3) För att åtnjuta företrädesrätten är det tillräckligt att personen har skaffat sig erfarenhet som ”anställd” vid apoteket, vilket inte nödvändigtvis är liktydigt med att ha varit ”innehavare” av apoteket och att ha ansvarat för dess drift.

21. Den hänskjutande domstolen anser det därför vara tveksamt om företrädesrätten åstadkommer en rimlig avvägning mellan kraven i fråga om en fri marknad friheten att tillhandahålla tjänster och skyddet för folkhälsan. Den påpekade att en bestämmelse som den ifrågavarande kan uppfattas som ett uttryck för en protektionistisk politik som på ett oberättigat sätt gynnar en viss kategori av medborgare i förhållande till andra italienska medborgare, men även i förhållande till medborgare i andra medlemsstater.

22. Den hänskjutande domstolen anser att den lagstadgade företrädesrätten för anställda på ett kommunalt apotek innebär en inskränkning av etableringsfriheten. Företrädesrätten resulterar således i en diskriminering av övriga deltagare i tilldelningsförfarandet som kommer från samma medlemsstat eller från andra medlemsstater. Det råder även tvivel om huruvida begränsningen av principerna om fri konkurrens och om likabehandling av ekonomiska aktörer, samt inskränkningen av näringsfriheten och friheten att utöva yrkesverksamhet är rimliga och proportionerliga.

23. Den hänskjutande domstolen anser att det även ska beaktas att ifrågavarande bestämmelse hindrar potentiella aktörer från att etablera sig på en redan reglerad marknad, där antalet apotek är begränsat genom en nationell fördelningsplan och där öppnandet av nya apotek är villkorat av tilldelning genom ett offentligt anbudsförfarande samt påföljande beviljande av tillstånd till den som har tilldelats kontraktet.

24. Vidare anser den hänskjutande domstolen att företrädesrätten inte tycks syfta till att skydda folkhälsan, eftersom den inte är nödvändig för att uppnå målet att säkerställa en säker och högkvalitativ läkemedelsförsörjning till befolkningen.

25. Mot denna bakgrund beslutade Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfråga till EU-domstolen:

”Utgör principerna om etableringsfrihet, icke-diskriminering, likabehandling, fri konkurrens och fri rörlighet för arbetstagare enligt dels artiklarna 45 FEUF, 49–56 FEUF och 106 FEUF, dels artiklarna 15 och 16 i [stadgan], samt principerna om proportionalitet och rimlighet, vilka följer av dessa, hinder för nationella bestämmelser såsom artikel 12.2 i lag nr 362/1991, enligt vilken anställda på ett kommunalt apotek har företrädesrätt i händelse av överlåtelse av nämnda apotek?”

IV. Förfarandet vid domstolen

26. Skriftliga yttranden har ingetts av AV och BU, Bernareggio kommun samt Europeiska kommissionen.

27. På begäran av CT, som inte ingav något skriftligt yttrande, beslutade domstolen, genom beslut av den 14 maj 2019, enligt artikel 76.3 i domstolens rättegångsregler att en muntlig förhandling skulle hållas den 3 juli 2019.

28. AV och BU, Bernareggio kommun, CT samt kommissionen yttrade sig muntligen vid förhandlingen den 3 juli 2019.

V. Tillämpliga unionsrättsliga bestämmelser

29. I förevarande mål vill den hänskjutande domstolen få klarhet i hur artiklarna 45 FEUF, 49–56 FEUF och 106 FEUF samt artiklarna 15 och 16 i stadgan ska tolkas.

30. Målet vid den nationella domstolen avser en tvist mellan, å ena sidan, AV och BU (vilka båda är farmaceuter) och, å andra sidan, Bernareggio kommun och CT, som är en farmaceut anställd av denna kommun vid det apotek som det aktuella anbudsförfarandet avsåg.

31. Med hänsyn till att det aktuella apoteket, efter avslutat förvärv, ska drivas antingen av AV och BU eller av CT på ett varaktigt sätt på obestämd tid, anser jag att artikel 49 FEUF om etableringsfrihet är tillämplig.

32. Mot bakgrund av uppgifterna i handlingarna i målet anser jag att varken artikel 45 FEUF om den fria rörligheten för arbetstagare eller artikel 56 FEUF om friheten att tillhandahålla tjänster är tillämpliga.[7] Med hänsyn till att anbudsgivarna själva är italienska medborgare, har de inte utövat någon rätt till fri rörlighet som skulle medföra att dessa bestämmelser blir aktuella i en situation som i övrigt är intern för den italienska staten.

33. Med hänsyn till att den företrädesrätt som är aktuell i det nationella målet utövades av en anställd vid ett kommunalt apotek, nämligen CT, och att dennes anbud således gavs företräde framför anbuden från farmaceuterna AV och BU, finns det inte tillräckliga uppgifter i handlingarna i målet som tyder på att tvisten i det nationella målet kretsar kring eller på något sätt har samband med driften av offentliga (eller privata) företag, företag som en medlemsstat har beviljat särskilda eller exklusiva rättigheter eller företag som anförtrotts att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse eller som har karaktären av fiskala monopol i enlighet med artikel 106 FEUF.

34. I artikel 15.2 i stadgan anges bland annat att varje unionsmedborgare har rätt att etablera sig i varje medlemsstat. I förevarande mål ska hänvisningen till friheten att utöva etableringsrätten förstås som att artikel 15.2 i stadgan bland annat syftar på artikel 49 FEUF.[8] Jag anser att om den nationella lagstiftningen är förenlig med artikel 49 FEUF, är den även förenlig med artikel 15.2 i stadgan.[9]

7 Vidare anser jag mot bakgrund av artikel 2 f i Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/123/EG av den 12 december 2006 om tjänster på den inre marknaden (EUT L 376, 2006, s. 36), vilken undantar alla hälso- och sjukvårdstjänster från direktivets tillämpningsområde, att det direktivet inte är relevant i förevarande mål.

8 I artikel 52.2 i stadgan föreskrivs nämligen att de rättigheter som erkänns i stadgan för vilka bestämmelser återfinns i fördragen ska utövas på de villkor och inom de gränser som fastställs i fördragen: se dom av den 7 april 2016, ONEm och M. (C-284/15, EU:C:2016:220, punkt 33).

9 Se, analogt, dom av den 7 april 2016, ONEm och M. (C-284/15, EU:C:2016:220, punkterna 33 och 34).

35. Vidare föreskrivs det i artikel 16 i stadgan att ”[n]äringsfriheten ska erkännas i enlighet med unionsrätten samt nationell lagstiftning och praxis”. Vid fastställandet av räckvidden av näringsfriheten hänvisar således artikel 16 i stadgan uttryckligen till unionsrätten. Denna hänvisning till unionsrätten ska i förevarande mål förstås så, att artikel 16 i stadgan i sin tur hänvisar till artikel 49 FEUF.

36. Mot bakgrund av ovan angivna omständigheter och med hänsyn till att tolkningsfrågan i själva verket endast avser etableringsfriheten, anser jag att den nationella lagstiftning som är aktuell i det nationella målet ska bedömas enbart med avseende på artikel 49 FEUF[10].[11]

VI. Huruvida begäran om förhandsavgörande kan tas upp till prövning

37. Det framgår klart av de handlingar som ingetts till domstolen att samtliga omständigheter i det nationella målet hänför sig till en och samma medlemsstat, nämligen Republiken Italien.

38. Det följer av fast rättspraxis att EUF-fördragets bestämmelser beträffande etableringsfriheten inte kan tillämpas på situationer som i alla avseenden är begränsade till en och samma medlemsstat.[12] För att artikel 49 FEUF ska kunna tillämpas, inom området för offentlig upphandling, på verksamhet där samtliga relevanta aspekter är begränsade till en enda medlemsstat, krävs det dessutom att det kontrakt som är aktuellt i det nationella målet har ett bestämt gränsöverskridande intresse.[13]

39. Enligt min mening har den hänskjutande domstolen inte fastställt några specifika faktiska omständigheter som skulle kunna vara till hjälp för EU-domstolen när den prövar huruvida det i det nationella målet föreligger ett bestämt gränsöverskridande intresse av köpet av kommunala apotek i Italien.[14] Den hänskjutande domstolen påpekade dock att alla vuxna unionsmedborgare som var medlemmar i farmaceuternas yrkesorganisation fick delta i det aktuella anbudsförfarandet, och med stöd av dom av den 13 februari 2014, Sokoll-Seebacher (C-367/12, EU:C:2014:68), och dom av den 1 juni 2010, Blanco Pérez och Chao Gómez (C-570/07 och C-571/07, EU:C:2010:300, punkt 40), uppgav den hänskjutande domstolen att den aktuella nationella lagstiftningen kan ha gränsöverskridande verkningar. Vidare hänvisade Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) även till bland annat unionens regler om erkännande av farmaceuters kvalifikationer.[15]

40. Trots att det i begäran om förhandsavgörande saknas uppgifter om specifika faktiska omständigheter i denna fråga, ska det påpekas att EU-domstolen i flera fall likväl har funnit att en begäran om förhandsavgörande rörande tolkningen av bestämmelser i fördragen angående grundläggande friheter kan upptas till sakprövning, trots att omständigheterna i de nationella målen i övrigt i alla avseenden var begränsade till en och samma medlemsstat. Domstolen har intagit denna ståndpunkt i denna typ av mål med motiveringen att det inte kunde uteslutas att medborgare som är etablerade i andra medlemsstater har varit eller är intresserade av att utnyttja dessa friheter för att

10 Samt undantagen från denna artikel enligt artikel 52 FEUF och domstolens praxis om motiveringar som avser tvingande skäl av allmänintresse.

11 Dom av den 13 februari 2014, Sokoll-Seebacher (C-367/12, EU:C:2014:68, punkterna 22 och 23).

12 Se dom av den 15 november 2016, Ullens de Schooten (C-268/15, EU:C:2016:874, punkt 47 och där angiven rättspraxis). I punkterna 50–53 i den domen hänvisade domstolen till fyra situationer där det likväl kunde vara nödvändigt att tolka bestämmelserna i fördragen angående grundläggande friheter för att avgöra tvisterna i de nationella målen, trots att omständigheterna i de nationella målen i alla avseenden var begränsade till en och samma medlemsstat, vilket ledde EU-domstolen till slutsatsen att en sådan begäran om förhandsavgörande kan upptas till sakprövning.

13 Dom av den 11 december 2014, Azienda sanitaria locale n. 5 ”Spezzino” m.fl. (C-113/13, EU:C:2014:2440, punkt 46).

14 Såsom framgår av artikel 94 i domstolens rättegångsregler, i den lydelse som trädde i kraft den 1 november 2012, ska en begäran om förhandsavgörande innehålla en redogörelse för de faktauppgifter som ligger till grund för frågorna och kopplingen mellan dessa uppgifter och frågorna. Följaktligen ska de uppgifter som är nödvändiga för att pröva om det finns ett bestämt gränsöverskridande intresse fastställas innan begäran framställs till EU-domstolen. Detsamma gäller, mer allmänt, alla fastställanden som ankommer på de nationella domstolarna och som tillämpningen av en sekundärrättsakt eller primärrättsakt är beroende av. Dom av den 11 december 2014, Azienda sanitaria locale n. 5 ”Spezzino” m.fl. (C-113/13, EU:C:2014:2440, punkt 46).

15 Se, exempelvis, Europaparlamentets och rådets direktiv 2013/55/EU av den 20 november 2013 om ändring av direktiv 2005/36/EG om erkännande av yrkeskvalifikationer och förordning (EU) nr 1024/2012 om administrativt samarbete genom informationssystemet för den inre marknaden (IMI-förordningen) (EUT L 354, 2013, s. 132).

bedriva verksamhet i den medlemsstat som har antagit den aktuella nationella lagstiftningen, och att denna lagstiftning, som är tillämplig utan åtskillnad på inhemska medborgare och medborgare i andra medlemsstater, följaktligen kan medföra verkningar som inte är begränsade till den aktuella medlemsstaten. [16]

41. Med hänsyn till att en sådan nationell lagstiftning som artikel 12.2 i lag nr 362/1991 enligt sin lydelse ska tillämpas utan åtskillnad på italienska medborgare och på medborgare i andra medlemsstater, anser jag att det rimligen är möjligt att farmaceuter i andra medlemsstater än Republiken Italien har varit eller är intresserade av att köpa och driva ett kommunalt apotek i Italien. Av detta följer att artikel 12.2 i lag nr 362/1991 således kan påverka handeln inom unionen. [17]

42. Vidare ska det påpekas att en tvist, även om den uppstått mellan medborgare i en och samma medlemsstat, ska anses ha ett samband med artikel 49 FEUF som gör att en tolkning av denna bestämmelse är nödvändig för att avgöra tvisten, när den hänskjutande domstolen, enligt nationell rätt, är skyldig att tillerkänna nationella medborgare samma rättigheter som dem som medborgare i andra medlemsstater, som befinner sig i samma situation, har enligt unionsrätten. [18]

43. I det avseendet uppgav kommissionen i sitt skriftliga yttrande och vid förhandlingen, utan att motsägas av de andra parterna, att italiensk rätt förbjuder omvänd diskriminering av italienska medborgare.

44. Det förefaller därför som om italiensk rätt kräver att den hänskjutande domstolen ska tillerkänna en italiensk medborgare samma rättigheter som dem som enligt unionsrätten tillkommer en medborgare i en annan medlemsstat som befinner sig i samma situation. [19]

45. Härav följer att tolkningsfrågan kan tas upp till prövning i den mån den avser artikel 49 FEUF om etableringsfrihet.

VII. Bedömning av tolkningsfrågan i sak

46. Det framgår av fast rättspraxis att artikel 49 FEUF utgör hinder för varje nationell åtgärd som, även om den är tillämplig utan åtskillnad med avseende på nationalitet, kan göra det svårare eller mindre attraktivt för unionsmedborgarna att utöva den etableringsfrihet som garanteras genom fördraget. [20]

47. Jag anser att en sådan företrädesrätt som den som är i fråga i det nationella målet utan tvivel skulle avskräcka farmaceuter från andra medlemsstater från att delta i anbudsförfarandet, med hänsyn till att deltagande i ett anbudsförfarande kräver tid, ansträngning och pengar. Även om en farmaceut från en annan medlemsstat har lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, har vederbörande inte någon som helst garanti för att erhålla kontraktet på grund av att en anställd vid det kommunala

16 Se dom av den 15 november 2016, Ullens de Schooten (C-268/15, EU:C:2016:874, punkt 50 och där angiven rättspraxis). Jag vill framhålla att den hänskjutande domstolen uttryckligen stödde sig på denna linje i rättspraxis för att motivera att dess fråga var av gränsöverskridande betydelse.

17 I dom av den 1 juni 2010, Blanco Pérez och Chao Gómez (C-570/07 och C-571/07, EU:C:2010:300, punkt 40), slog EU-domstolen fast att det inte på något sätt kan uteslutas att medborgare som är etablerade i andra medlemsstater än Konungariket Spanien har varit eller är intresserade av att öppna apotek i den autonoma regionen Asturien. Se även, analogt, dom av den 11 mars 2010, Attanasio Group (C-384/08, EU:C:2010:133, punkterna 22–24), med avseende på försäljning av bränsle.

18 Dom av den 14 november 2018, Memoria och Dall'Antonia (C-342/17, EU:C:2018:906, punkt 23).

19 Se dom av den 15 november 2016, Ullens de Schooten (C-268/15, EU:C:2016:874, punkt 52), och dom av den 10 maj 2012, Duomo Gpa m.fl. (C-357/10–C-359/10, EU:C:2012:283, punkt 28).

20 Dom av den 11 mars 2010, Attanasio Group (C-384/08, EU:C:2010:133, punkt 43 och där angiven rättspraxis). Se även dom av den 19 maj 2009, Apothekerkammer des Saarlandes m.fl. (C-171/07 och C-172/07, EU:C:2009:316, punkt 22).

apoteket, genom att utöva sin företrädesrätt och matcha detta anbud, faktiskt kan ”övertrumfa” detta anbud.[21] Det är följaktligen uppenbart att den aktuella nationella företrädesrätten ger en klar fördel för alla anställda vid det kommunala apoteket som kanske vill utöva denna rätt, även om det sker på bekostnad av den anbudsgivare som lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

48. Enligt min mening får företrädesrätten som föreskrivs i artikel 12.2 i lag nr 362/1991 till följd att det blir svårare och mindre attraktivt för farmaceuter från andra medlemsstater att utöva sin rätt att delta i ett anbudsförfarande för att förvärva ett kommunalt apotek i Republiken Italien. En sådan företrädesrätt gör det därigenom svårare och mindre attraktivt för farmaceuter från andra medlemsstater att bedriva verksamhet inom ramen för den fria rörligheten i Italien genom ett fast driftsställe.

49. En sådan nationell bestämmelse som artikel 12.2 i lag nr 362/1991, vilken är aktuell i målet vid den hänskjutande domstolen, utgör följaktligen enligt min mening en inskränkning av etableringsfriheten i den mening som avses i artikel 49 FEUF. Det är därför nödvändigt att undersöka i vilken utsträckning den nationella bestämmelse som är i fråga i det nationella målet kan motiveras av ett av de skäl som anges i artikel 52.1 FEUF eller, i enlighet med domstolens praxis, av tvingande skäl av allmänintresse. Jag ska nu övergå till att diskutera denna fråga.

A. Huruvida inskränkningen av etableringsfriheten är motiverad

50. Det framgår av artikel 52.1 FEUF att skyddet för allmän ordning, säkerhet eller hälsa kan motivera inskränkningar av etableringsfriheten.

51. Vidare följer det av fast rättspraxis att inskränkningar av etableringsfriheten, som tillämpas utan åtskillnad med avseende på nationalitet, kan motiveras av tvingande skäl av allmänintresse, förutsatt att åtgärden är ägnad att säkerställa förverkligandet av det mål som eftersträvas med den och att den inte går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå detta mål.[22]

52. Det framgår av handlingarna i målet att artikel 12.2 i lag nr 362/1991 tillämpas utan åtskillnad med avseende på nationalitet.

53. Eftersom det ankommer på den hänskjutande domstolen, i ett mål som har anhängiggjorts vid EU-domstolen enligt artikel 267 FEUF, att identifiera de mål som eftersträvas med den aktuella lagstiftningen och som kan motivera inskränkningar av etableringsfriheten,[23] har den hänskjutande domstolen[24] kort uppgett att artikel 12.2 i lag nr 362/1991 tillgodoser behovet av en bättre förvaltning av apotekstjänster och är baserad på övertygelsen om att en farmaceut, som redan har varit anställd i det kommunala apotek som överlåts, kommer att kunna säkerställa kontinuitet och även dra fördel av erfarenheten av att driva det aktuella apoteket.[25]

21 Det ska erinras om att i det nationella målet föreskrevs det i meddelandet om anbudsförfarande hur företrädesrätten fungerade.

22 Se, dom av den 19 maj 2009, Apothekerkammer des Saarlandes m.fl. (C-171/07 och C-172/07, EU:C:2009:316, punkt 25 och där angiven rättspraxis).

23 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 5 december 2013, Venturini m.fl. (C-159/12–C-161/12, EU:C:2013:791, punkt 39 och där angiven rättspraxis).

24 Såsom har angetts i punkt 17 i detta förslag till avgörande.

25 Bernareggio kommun hänvisade i sitt skriftliga yttrande till dom nr 5329 av den 5 oktober 2005, av Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) (femte avdelningen), i vilken nämnda domstol angav att syftet med anbudsförfarandet enligt artikel 12.2 i lag nr 362/1991 är bland annat att maximera den vinst som kan erhållas genom den aktuella privatiseringen. I artikel 12.2 i lag nr 362/1991 fastställs villkoren för utövandet av företrädesrätten. Denna rätt, vilken ger en anställd vid det kommunala apoteket företräde, syftar till att skydda anställda farmaceuter och till en optimal förvaltning av apoteket.

54. Mot bakgrund av denna förklaring, tycks en sådan lagstiftning som den som är i fråga i det nationella målet eftersträva målet att skydda folkhälsan, vilket, i enlighet med artikel 52.1 FEUF, i princip kan motivera inskränkningar av etableringsfriheten.[26] Närmare bestämt slog EU-domstolen, i punkt 28 i dom av den 19 maj 2009, Apothekerkammer des Saarlandes m.fl. (C-171/07 och C-172/07, EU:C:2009:316), fast att inskränkningar av etableringsfriheten kan motiveras med hänsyn till målet att säkerställa en säker och högkvalitativ läkemedelsförsörjning till befolkningen.

55. Det är dock nödvändigt att avgöra huruvida en sådan lagstiftning som artikel 12.2 i lag nr 362/1991 är ägnad att förverkliga detta mål och, i så fall, huruvida inskränkningen av etableringsfriheten går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå det eftersträvade målet, det vill säga huruvida det finns mindre begränsande åtgärder för att uppnå detta mål.[27]

56. Vad gäller behovet av att säkerställa kontinuitet som den hänskjutande domstolen har identifierat, står det inte helt klart huruvida det är fråga om behovet av att säkerställa kontinuiteten i anställningen för farmaceuter vid kommunala apotek för att skydda deras rättigheter vid överlåtelse av ett sådant apotek[28] eller (vilket jag tror) kontinuiteten i anställningen för farmaceuter vid kommunala apotek för att säkerställa kontinuitet i servicen eller den servicenivå som ett sådant apotek tillhandahåller allmänheten.

57. Jag anser att målet att säkerställa kontinuiteten i anställningen för farmaceuter vid kommunala apotek för att skydda deras rättigheter vid överlåtelse av ett sådant apotek grundar sig på sysselsättningsmässiga och sociala hänsyn snarare än på folkhälsoskäl. Detta mål är därför, mot bakgrund av de omständigheter som är i fråga i det nationella målet, inte ägnat att av hänsyn till folkhälsan enligt artikel 52.1 FEUF motivera inskränkningar av etableringsfriheten som införts genom den nationella lagstiftning som är aktuell i det nationella målet.

58. Även om detta mål skulle kunna motiveras av tvingande skäl av allmänintresse, nämligen att skydda arbetstagarnas rättigheter mot uppsägning vid överlåtelse av ett kommunalt apotek, uppgav den hänskjutande domstolen att detta mål redan har säkrats genom artikel 2112 i den italienska civillagen, varigenom bland annat direktiv 2001/23, som innehåller ett sådant skydd, har införlivats. Om detta, under sådana omständigheter, faktiskt var målet, så skulle en sådan nationell lagstiftning som artikel 12.2 i lag nr 362/1991 gå långt utöver vad som är nödvändigt för att uppnå ett sådant mål och kan inte motiveras mot bakgrund av det målet.

26 Betydelsen av målet att skydda folkhälsan bekräftas av artikel 168.1 FEUF och artikel 35 i stadgan, i vilka det bland annat föreskrivs att en hög hälsoskyddsnivå för människor ska säkerställas vid utformningen och genomförandet av Europeiska unionens politik och åtgärder. Se, för ett liknande resonemang, dom av den 5 december 2013, Venturini m.fl. (C-159/12–C-161/12, EU:C:2013:791, punkterna 40 och 41 samt där angiven rättspraxis). Det följer av fast rättspraxis att målet att upprätthålla kvaliteten på hälso- och sjukvården, såsom apotekstjänster, kan omfattas av ett av de undantag som föreskrivs i artikel 52.1 FEUF, i den mån målet bidrar till att säkerställa en hög hälsoskyddsnivå. Dom av den 16 december 2010, kommissionen/Frankrike (C-89/09, EU:C:2010:772, punkt 53 och där angiven rättspraxis).

27 Enligt EU-domstolens fasta praxis ska det, vid bedömningen av iakttagandet av proportionalitetsprincipen på folkhälsoområdet, tas hänsyn till att en medlemsstat kan fastställa på vilken nivå den vill säkerställa skyddet för folkhälsan och på vilket sätt denna nivå ska uppnås. Eftersom nivån i fråga kan variera mellan medlemsstaterna, ska medlemsstaterna medges ett utrymme för skönsmässig bedömning. Dom av den 5 december 2013, Venturini m.fl. (C-159/12–C-161/12, EU:C:2013:791, punkt 59 och där angiven rättspraxis).

28 Man skulle kunna hävda att detta inte är det mål som eftersträvas med den aktuella nationella lagstiftningen eftersom Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) i detta sammanhang hänvisade till en ”bättre förvaltning av apotekstjänster”. För fullständighetens skull kommer jag dock att behandla frågan.

59. Vad beträffar målet att säkerställa kontinuiteten i anställningen för farmaceuter som är anställda av kommunala apotek för att säkerställa kontinuitet i servicen eller den servicenivå som ett sådant apotek tillhandahåller allmänheten och således ytterst en bättre förvaltning av apotekstjänster, ska det framhållas att enligt handlingarna i målet är AV, BU och CT alla utbildade farmaceuter. [29]

60. Vidare var AV och BU enligt italiensk rätt behöriga i alla avseenden att förvärva och driva det apotek som är i fråga i det nationella målet, vilket bekräftas av det faktum att de preliminärt tilldelades kontraktet för detta förvärv.

61. Det framgår således att den enda särskiljande aspekten vad gäller yrkeskvalifikationer eller erfarenhet mellan de aktuella farmaceuterna som tillmättes någon betydelse vid den faktiska slutgiltiga tilldelningen av kontraktet var den omständigheten att CT vid den relevanta tidpunkten var anställd vid det aktuella kommunala apoteket och utövade företrädesrätten.

62. Vidare finns det inte några som helst uppgifter i handlingarna i målet om varför en annan lika meriterad och erfaren farmaceut som CT inte skulle kunna säkerställa kontinuiteten eller varför en farmaceut som tidigare har varit anställd av kommunen inte skulle kunna fortsätta i denna egenskap i den nya ägarstrukturen. [30]

63. Både Bernareggio kommun och CT framhöll det faktum att CT faktiskt inte bara var anställd vid det aktuella kommunala apoteket utan att vederbörande faktiskt hade skött det aktuella kommunala apoteket och dess lager under många år.

64. Även om detta mycket väl kan vara fallet, tycks – med förbehåll för den hänskjutande domstolens prövning – artikel 12.2 i lag nr 362/1991, utöver kravet på att en farmaceut redan är innehavare av ett apotek eller har tillräckliga kvalifikationer i ett tidigare anbudsförfarande, inte ta hänsyn till det faktiska antalet år som farmaceuten har varit anställd vid det kommunala apoteket, kvaliteten på den tjänst som farmaceuten har tillhandahållit eller huruvida farmaceuten har agerat enbart som anställd eller i en ledande ställning. Förutsatt att villkoren i artikel 12.2 i lag nr 362/1991 är uppfyllda, gäller företrädesrätten i själva verket automatiskt.

65. I enlighet med handlingarna i målet och med förbehåll för den hänskjutande domstolens prövning, kräver således inte den aktuella nationella lagstiftningen att de aktuella farmaceuternas kvalifikationer och erfarenhet jämförs och viktas på något sätt under anbudsförfarandet. CT deltog faktiskt inte ens i anbudsförfarandet annat än genom att utöva företrädesrätten enligt artikel 12.2 i lag nr 362/1991.

66. Om syftet med lagstiftningen vore att främja kontinuiteten i apotekstjänster, är det vidare inte lätt att förstå varför den endast är tillämplig på överlåtelse av kommunala apotek och inte på andra typer av apotek som är i privat ägo. [31]

67. Jag anser därför att det inte finns något i handlingarna i målet som tyder på att målet med den aktuella lagstiftningen, som den hänskjutande domstolen har anfört för att i enlighet med artikel 52.1 FEUF motivera inskränkningar av etableringsfriheten av hänsyn till folkhälsan, är lämpligt i det avseendet och att även om det vore lämpligt, så skulle det under alla omständigheter gå utöver

29 EU-domstolen har understrukit att läkemedel, till följd av de terapeutiska effekter som utmärker dem, har en särskild karaktär som påtagligt skiljer dem från andra varor, se dom av den 19 maj 2009, Apothekerkammer des Saarlandes m.fl. (C-171/07 och C-172/07, EU:C:2009:316, punkt 31). Den har särskilt godtagit att medlemsstaterna kan underkasta de personer som ansvarar för detaljhandeln med läkemedel stränga krav, som bland annat avser formerna för saluföring och vinstsyfte. I synnerhet kan medlemsstaterna förbehålla rätten att bedriva detaljhandel med läkemedel åt, i princip, endast farmaceuter, på grund av att dessa ska kunna lämna garantier och vara i stånd att ge upplysningar till konsumenterna. Se, för ett liknande resonemang, bland annat dom av den 19 maj 2009, kommissionen/Italien (C-531/06, EU:C:2009:315, punkt 58).

30 Se, i det avseendet, artikel 2112 i den italienska civillagen, som enligt den hänskjutande domstolen har införlivat bland annat rådets direktiv 2001/23.

31 Med detta sagt vill jag inte göra gällande att en sådan lagstiftning som utan åtskillnad var tillämplig på överlåtelsen av alla apotek skulle uppfylla kraven i artikel 52 FEUF.

vad som är nödvändigt för att uppnå det aktuella målet. Av alla de skäl som angetts i detta förslag till avgörande, anser jag att lagstiftningen inte uppfyller något tydligt folkhälsomål och att det under alla omständigheter är uppenbart att de åtgärder som vidtagits inte står i proportion till något sådant syfte.

68. Av det ovan anförda följer att tolkningsfrågan ska besvaras så, att artikel 49 FEUF ska tolkas som att den utgör hinder för en nationell lagstiftning, såsom den som är i fråga i det nationella målet, enligt vilken anställda på ett kommunalt apotek har företrädesrätt i händelse av överlåtelse av nämnda apotek.

VIII. Förslag till avgörande

69. Mot bakgrund av det ovan anförda anser jag att domstolen ska besvara den fråga som ställts av Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen, Italien) på följande sätt:

Artikel 49 FEUF ska tolkas som att den utgör hinder för en nationell lagstiftning, såsom den som är i fråga i det nationella målet, enligt vilken anställda på ett kommunalt apotek har företrädesrätt i händelse av överlåtelse av nämnda apotek.