Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
G. HOGAN
fremsat den 2. oktober 2019[1]

Sag C-465/18

AV,
BU
mod
Comune di Bernareggio,
procesdeltager:
CT

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Italien))

»Præjudiciel forelæggelse – artikel 49 TEUF – etableringsfrihed – overdragelse af et kommunalt apotek efter en udbudsprocedure – national lovgivning om fortrinsret til ansatte på et kommunalt apotek – endelig tildeling af kontrakten til en ansat, der ikke havde deltaget i udbudsproceduren, efter udøvelse af fortrinsret«

I. Indledning

1. Denne anmodning om præjudiciel afgørelse, der blev indleveret til Domstolens Justitskontor den 16. juli 2018 af Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Italien), vedrører fortolkningen af artikel 45 TEUF, 49 TEUF til 56 TEUF og 106 TEUF samt artikel 15 og 16 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (herefter »chartret«).

2. Anmodningen er blevet indgivet i forbindelse med en tvist mellem på den ene side AV og BU og på den anden side Comune di Bernareggio (Bernareggio kommune, Italien) og CT.

3. I hovedsagen fik indehaverne af et apotek beliggende uden for Bernareggio kommune, AV og BU, foreløbigt tildelt kontrakten om køb af et kommunalt apotek efter en udbudsprocedure.

4. Til trods for, at AV og BU havde afgivet det økonomisk mest fordelagtige bud og midlertidigt havde fået tildelt kontrakten, fik buddet fra CT, der er farmaceut hos Azienda Speciale Farmacie Vimercatesi, der er de kommunale apotekers driftsorgan, alligevel forrang. De begivenheder, der førte til denne situation, vil blive forklaret nærmere nedenfor i dette forslag til afgørelse.

5. Efter den foreløbige tildeling af kontrakten udøvede CT (der var ansat på det pågældende kommunale apotek, men ikke havde deltaget i udbudsproceduren) ved skrivelse sin lovbestemte fortrinsret for ansatte på kommunale apoteker i tilfælde af overdragelse af sådanne apoteker. CT blev i konsekvens heraf den endelige tilslagsmodtager.

1 – Originalsprog: engelsk.

6. AV og BU anfægtede denne endelige tildeling ved de italienske forvaltningsdomstole.

7. Anmodningen om præjudiciel afgørelse giver for første gang Domstolen lejlighed til at udtale sig om lovligheden af en national bestemmelse, der giver ansatte en fortrinsret i tilfælde af overdragelse af ejerskabet til et kommunalt apotek efter en udbudsprocedure.

II. Relevante retsforskrifter

A. Italiensk ret

8. Artikel 9 i Legge 2 aprile 1968, n. 475, Norme concernenti il servizio farmaceutico (lov nr. 475 af 2.4.1968 om bestemmelser om apotekervirksomhed) fastsætter:

»Op til 50% af ejerskabet af apoteker, som bliver ledige, og af nye apoteker som følge af revidering af *pianta organica* (fordelingsplanen) kan overtages af kommunen […].«

9. Lovens artikel 12 bestemmer:

»[…]

Overdragelsen må kun ske til en farmaceut, som allerede er indehaver af et apotek, eller som på baggrund af en tidligere udtagelsesprøve anses for at have de nødvendige kvalifikationer.

[…]«

10. Artikel 4 i Legge 8 novembre 1991, n. 362, Norme di riordino del settore farmaceutico (lov nr. 362 af 8.11.1991 om omstrukturering af apotekersektoren, herefter »lov nr. 362/1991«) foreskriver:

»1. Tildeling af apoteker, som bliver ledige, eller nye apoteker, som er til rådighed for privat drift, finder sted på baggrund af en udtagelsesprøve […]

2. Adgang til udvælgelsesprøven i stk. 1 er forbeholdt statsborgere i en medlemsstat i Det Europæiske Økonomiske Fællesskab […], som er medlemmer af farmaceuternes erhvervsfaglige forening […]

[…]«

11. Lovens artikel 12, stk. 2, bestemmer:

»Ved overdragelse af et kommunalt apotek har de ansatte fortrinsret […].«

12. Artikel 2112 i Codice civile (den borgerlige lovbog) bestemmer:

»Ved overførsel af virksomheder fortsætter arbejdsforholdet med erhververen, og arbejdstageren bibeholder alle de rettigheder, der følger heraf. […]

[…]

[…] Overførsel af en virksomhed giver ikke i sig selv nogen begrundelse for at foretage afskedigelser. Såfremt en arbejdstager er genstand for en væsentlig ændring af arbejdsvilkårene i løbet af de tre måneder efter overførsel af virksomheden, kan han fratræde […]«.

III. Hovedsagen og det præjudicielle spørgsmål

13. Ved udbudsbekendtgørelse af 31. januar 2014 indledte Bernareggio kommune en udbudsprocedure vedrørende overdragelse af et kommunalt apotek [2]. Ifølge udbudsbekendtgørelsen ville kontrakten blive tildelt den tilslagsmodtager, der fremsatte det højeste bud. Minimumsværdien eller mindstebuddet for det pågældende apotek var 580 000 EUR. Det skal dog bemærkes, at overdragelse af apoteket til den foreløbige tilslagsmodtager ifølge udbudsbekendtgørelsen var betinget af, at bl.a. farmaceuter med en tidsubegrænset ansættelseskontrakt hos Azienda Speciale Farmacie Vimercatese, der er de kommunale apotekers driftsorgan, ikke ville udøve fortrinsretten i overensstemmelse med artikel 12, stk. 2, i lov nr. 362/1991.

14. Den 11. marts 2014 vedtog Bernareggio kommune foranstaltningen om foreløbig tildeling af kontrakten til AV og BU, der er indehavere af et apotek i nabokommunen, og som havde afgivet det mest fordelagtige bud på 600 000 EUR. Som jeg allerede har anført, fik buddet fra CT, der er farmaceut hos Azienda Speciale Farmacie Vimercatese, forrang for resultatet af udbudsproceduren. CT, som ikke deltog i udbudsproceduren, udøvede ved skrivelse af 27. marts 2014 den lovfæstede fortrinsret i medfør af artikel 12, stk. 2, i lov nr. 362/1991 og blev i konsekvens heraf den endelige tilslagsmodtager ved Bernareggio kommunes afgørelse nr. 31 af 12. maj 2014.

15. AV og BU anfægtede den endelige tildeling af kontrakten til CT ved Tribunale amministrativo regionale, Lombardia-Milano (den regionale forvaltningsdomstol for Lombardiet-Milano, Italien). Ved deres søgsmål nedlagde AV og BU bl.a. påstand om, at den lovbestemte fortrinsret for ansatte på kommunale apoteker er i strid med princippet om fri konkurrence og ligebehandlingsprincippet i EU-retten. De bemærkede, at fortrinsretten medfører en betydelig fordel for disse ansatte. De pågældende ansatte kan træde i stedet for konkurrenterne i en udbudsprocedure, uden overhovedet at deltage i proceduren, ved udøvelse af deres ubetingede lovbestemte ret til at indgå kontrakten. AV og BU gjorde gældende, at den omhandlede lovbestemte fortrinsret ikke er juridisk begrundet.

16. Eftersom Tribunale amministrativo regionale Lombardia-Milano (den regionale forvaltningsdomstol for Lombardiet-Milano) forkastede deres søgsmål, iværksatte AV og BU appel ved den forelæggende ret og fremsatte samme anbringender som i første instans.

17. Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Italien) bemærkede, at fortrinsretten i henhold til artikel 12, stk. 2, i lov nr. 362/1991 er til fordel for ansatte på kommunale apoteker i tilfælde af overdragelse af disse apoteker til private aktører [3]. Den forelæggende ret fastslog under henvisning til sin egen dom nr. 5329 af 5. oktober 2005 [4], at artikel 12, stk. 2, i lov nr. 362/1991 omhandler behovet for bedre forvaltning af farmaceutiske tjenesteydelser og bygger på den forudsætning, at en farmaceut, der allerede har været ansat på det kommunale apotek, som bliver overdraget, vil kunne sikre kontinuitet og drage fordel af den erfaring, der er opnået ved driften af dette apotek. Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) var imidlertid i tvivl om, hvorvidt fortrinsretten rent faktisk er begrundet i virkeligt vigtige og tungtvejende samfundsinteresser.

18. Den forelæggende ret er af den opfattelse, at fortrinsretten er uforholdsmæssig, idet den borgerlige lovbogs artikel 2112, der bl.a. gennemfører Rådets direktiv 2001/23/EF af 12. marts 2001 om tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varetagelse af arbejdstagernes rettigheder i forbindelse med overførsel af virksomheder eller bedrifter eller af dele af virksomheder eller bedrifter [5], navnlig sikrer de ansatte i den overførte virksomhed kontinuitet i ansættelsesforholdet og opretholdelse af samtlige erhvervede rettigheder.

2 – Ud over overdragelsen af selve apoteket var der også betingelser om bl.a. apotekets møbler, faste inventar og effekter samt lagerbeholdning.

3 – Den giver således kollektive rettigheder forrang frem for private rettigheder.

4 – Dom afsagt af Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager), femte afdeling, nr. 5329 af 5.10.2005.

5 – EFT 2001, L 82, s. 16.

19. Hvis denne fortrinsret derimod havde til formål at sikre opretholdelse af den erfaring, som den ansatte havde erhvervet ved tilvejebringelse af apotekstjenesten, kunne dette formål ifølge den forelæggende ret forfølges ved andre midler – eksempelvis ved i udbudsbekendtgørelsen at fastsætte, at erfaring udløser en bestemt pointtildeling – uden at dette indebærer en tilsidesættelse af den frie konkurrence og ligebehandlingen.

20. Den forelæggende ret nærer under alle omstændigheder tvivl om, hvorvidt foranstaltningen er rimelig og forholdsmæssig, henset til de sociale formål, som forfølges med fortrinsretten. Det bemærkes således, at i) i en højt kvalificeret erhvervssammenhæng, hvor et apotek kun kan overdrages til en farmaceut, der er optaget i farmaceuternes erhvervsfaglige forening, og som har de krævede kvalifikationer til at være indehaver af apoteket, eller som har mindst to års erhvervserfaring, er der ingen gyldige begrundelser for at tillægge erfaring erhvervet hos et bestemt apotek en større betydning, ii) den omhandlede fortrinsret tildeler den ansatte en ubetinget forrang uden at tage højde for, om det konkrete apotek faktisk har været veldrevet, og iii) for at udøve fortrinsretten er det tilstrækkeligt at have erhvervet erfaring som »ansat« på apoteket, hvilket ikke nødvendigvis svarer til at være »indehaver« af apoteket med ansvar for dets drift.

21. Den forelæggende ret finder det derfor tvivlsomt, at fortrinsretten indebærer en rimelig afvejning af behovene på det frie marked, den frie udveksling af tjenesteydelser og beskyttelsen af folkesundheden. Den gjorde opmærksom på, at en bestemmelse som den omhandlede kan opfattes som udtryk for en protektionistisk politik, der på uberettiget vis begunstiger en bestemt kategori af statsborgere i forhold til andre italienske statsborgere, men også i forhold til statsborgere i andre medlemsstater.

22. Den forelæggende ret er af den opfattelse, at den lovbestemte fortrinsret for ansatte på et kommunalt apotek udgør en restriktion for etableringsfriheden. Fortrinsretten bevirker således en forskelsbehandling i forhold til tildelingsprocedurens øvrige deltagere, som er statsborgere i samme medlemsstat eller andre medlemsstater. Der kan endvidere næres tvivl om rimeligheden og proportionaliteten i begrænsningen af princippet om fri konkurrence, princippet om ligebehandling af de økonomiske aktører, friheden til at oprette og drive egen virksomhed samt erhvervsfriheden.

23. Den forelæggende ret er af den opfattelse, at det i denne forbindelse endvidere skal bemærkes, at den omhandlede bestemmelse hindrer potentielle aktørers adgang til et allerede reguleret marked, hvor antallet af apoteker for det første er begrænset ved en planlagt geografisk spredning i landet, og åbning af nye apoteker for det andet er betinget af tildeling gennem offentlig udvælgelsesprøve og efterfølgende meddelelse af en tilladelse til tilslagsmodtagerne af apotekerne.

24. Ifølge den forelæggende ret synes den omhandlede fortrinsret i øvrigt heller ikke at have tilknytning til sundhedsbeskyttelsen, idet den ikke ser ud til at være nødvendig for at opnå formålet om at sikre befolkningen en pålidelig lægemiddelforsyning af god kvalitet.

25. Under disse omstændigheder har Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»Er princippet om etableringsfrihed, princippet om forbud mod forskelsbehandling, ligebehandlingsprincippet, princippet om fri konkurrence og princippet om arbejdskraftens frie bevægelighed, som omhandlet i dels artikel 45 TEUF, 49 [TEUF til] 56 TEUF og 106 TEUF, dels artikel 15 og 16 i [chartret], samt det i disse artikler fastsatte proportionalitetsprincip og rimelighedsprincip, til hinder for nationale bestemmelser såsom artikel 12, stk. 2, i lov nr. 362/1991, hvorefter ansatte på et kommunalt apotek har fortrinsret i tilfælde af overdragelse af ejerskabet af dette apotek?«

IV. Sagens behandling ved Domstolen

26. Der er indgivet skriftlige indlæg af AV og BU, Bernareggio kommune og Europa-Kommissionen.

27. Efter anmodning fra CT, der ikke har indgivet skriftlige indlæg, har Domstolen ved afgørelse af 14. maj 2019 i medfør af artikel 76, stk. 3, i Domstolens procesreglement besluttet at afholde en mundtlig forhandling den 3. juli 2019.

28. AV og BU, Bernareggio kommune, CT og Kommissionen har afgivet mundtlige indlæg i retsmødet den 3. juli 2019.

V. Relevante EU-retlige forskrifter

29. I den foreliggende sag ønsker den forelæggende ret en fortolkning af artikel 45 TEUF, 49 TEUF til 56 TEUF og 106 TEUF samt chartrets artikel 15 og 16.

30. Hovedsagen vedrører en tvist mellem på den ene side AV og BU (som begge er farmaceuter) og på den anden side Bernareggio kommune og CT, en farmaceut, der er ansat af denne kommune på det apotek, som var genstand for det pågældende udbud.

31. Eftersom det pågældende apotek efter købet skal drives af enten AV og BU eller CT på en stabil måde og på ubestemt tid, mener jeg, at artikel 49 TEUF om etableringsfrihed finder anvendelse.

32. På baggrund af oplysningerne i de for Domstolen fremlagte sagsakter finder hverken artikel 45 TEUF vedrørende arbejdskraftens frie bevægelighed eller artikel 56 TEUF vedrørende fri udveksling af tjenesteydelser anvendelse[6]. Da de bydende selv er italienske statsborgere, har de ikke udøvet retten til fri bevægelighed, som ville bringe disse bestemmelser i spil i en i øvrigt intern italiensk situation.

33. I betragtning af, at den i hovedsagen omhandlede fortrinsret blev udøvet af en ansat på et kommunalt apotek, nemlig CT, og at sidstnævnte ansattes bud således havde forrang for farmaceuterne AV og BU's, foreligger der ikke tilstrækkelige oplysninger i de sagsakter, som Domstolen har fået forelagt, der kunne tyde på, at tvisten i hovedsagen fokuserer på eller på nogen måde vedrører driften af offentlige (eller private) virksomheder, som en medlemsstat har indrømmet særlige eller eksklusive rettigheder, eller virksomheder, der har fået overdraget udførelsen af tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, eller som har karakter af fiskale monopoler i overensstemmelse med artikel 106 TEUF.

34. For så vidt angår chartrets artikel 15, stk. 2, fastsætter denne bestemmelse bl.a., at enhver borger har frihed til at etablere sig i alle medlemsstaterne. I den foreliggende sag skal henvisningen til etableringsfriheden forstås således, at chartrets artikel 15, stk. 2, bl.a. henviser til artikel 49 TEUF[7]. Når en national lovgivning er i overensstemmelse med artikel 49 TEUF, er den efter min opfattelse også i overensstemmelse med chartrets artikel 15, stk. 2[8].

6 – I lyset af artikel 2, litra f), i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/123/EF af 12.12.2006 om tjenesteydelser i det indre marked (EUT 2006, L 376, s. 36), som udelukker alle sundhedsydelser fra direktivets anvendelsesområde, er det i øvrigt min opfattelse, at dette direktiv ikke er relevant i den foreliggende sag.

7 – I henhold til chartrets artikel 52, stk. 2, skal de rettigheder, der anerkendes i chartret, og for hvilke der er fastlagt bestemmelser i traktaterne, udøves på de betingelser og med de begrænsninger, der er fastlagt i traktaterne; jf. dom af 7.4.2016, ONEm og M. (C-284/15, EU:C:2016:220, præmis 33).

8 – Jf. analogt dom af 7.4.2016, ONEm og M. (C-284/15, EU:C:2016:220, præmis 33 og 34).

35. Det fastsættes endvidere i chartrets artikel 16, at »[f]riheden til at oprette og drive egen virksomhed anerkendes i overensstemmelse med EU-retten og national lovgivning og praksis«. Når chartrets artikel 16 således fastslår omfanget af friheden til at oprette og drive egen virksomhed, henvises der specifikt til EU-retten. Denne henvisning til EU-retten skal i den foreliggende sag forstås således, at chartrets artikel 16 derfor henviser til artikel 49 TEUF.

36. På baggrund af samtlige ovenstående omstændigheder og henset til, at det forelagte spørgsmål i realiteten kun vedrører etableringsfriheden, er det min opfattelse, at den i hovedsagen omhandlede nationale lovgivning skal vurderes i forhold til artikel 49 TEUF [9] alene [10].

VI. Formaliteten vedrørende anmodningen om præjudiciel afgørelse

37. Det fremgår klart af de sagsakter, der er forelagt for Domstolen, at alle de faktiske omstændigheder i hovedsagen er begrænset til en enkelt medlemsstat, nemlig Den Italienske Republik.

38. I denne forbindelse skal det bemærkes, at det er fast retspraksis, at bestemmelserne i EUF-traktaten vedrørende etableringsfriheden ikke finder anvendelse på en situation, hvor samtlige elementer er begrænset til en enkelt medlemsstat [11]. For at artikel 49 TEUF kan finde anvendelse på området for offentlige kontrakter på virksomhed, hvis elementer alle hører hjemme i en enkelt medlemsstat, kræves endvidere, at den i hovedsagen omhandlede kontrakt har en klar grænseoverskridende interesse [12].

39. Efter min opfattelse har den forelæggende ret ikke fastlagt de relevante faktiske omstændigheder, hvilket kunne gøre det lettere for Domstolen at efterprøve, om der i hovedsagen er en klar grænseoverskridende interesse i købet af kommunale apoteker i Italien [13]. Den forelæggende ret har dog bemærket, at den omhandlede udbudsprocedure i henhold til national ret var åben for alle voksne EU-borgere, der var registreret som farmaceuter, og har under henvisning til dom af 13. februar 2014, Sokoll-Seebacher (C-367/12, EU:C:2014:68), og af 1. juni 2010, Blanco Pérez og Chao Gómez (C-570/07 og C-571/07, EU:C:2010:300, præmis 40), fastslået, at den omhandlede nationale lovgivning sandsynligvis kan have grænseoverskridende virkninger. Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) har endvidere bl.a. henvist til EU's regler om anerkendelse af farmaceuters kvalifikationer [14].

40. Selv om der ikke foreligger en specifik redegørelse for de faktiske omstændigheder i anmodningen om præjudiciel afgørelse i denne sag, skal det bemærkes, at Domstolen ikke desto mindre har antaget anmodninger om præjudicielle afgørelser vedrørende fortolkningen af traktaternes bestemmelser om de grundlæggende friheder til realitetsbehandling, selv om samtlige elementer i tvisten i hovedsagen i øvrigt var begrænset til en enkelt medlemsstat. Domstolen har givet udtryk for det synspunkt i denne type sag med den begrundelse, at det ikke kunne udelukkes, at statsborgere etableret i andre

9 – Og undtagelserne hertil i henhold til artikel 52 TEUF og Domstolens praksis vedrørende begrundelser for tvingende almene hensyn.

10 – Dom af 13.2.2014, Sokoll-Seebacher (C-367/12, EU:C:2014:68, præmis 22 og 23).

11 – Jf. dom af 15.11.2016, Ullens de Schooten (C-268/15, EU:C:2016:874, præmis 47 og den deri nævnte retspraksis). I denne doms præmis 50-53 henviste Domstolen til de fire situationer, hvor det ikke desto mindre kunne være nødvendigt for løsningen af tvisten i hovedsagen at fortolke traktatbestemmelserne om grundlæggende friheder, selv om samtlige elementer i tvisten i hovedsagen var begrænset til en enkelt medlemsstat, hvilket førte Domstolen til at fastslå, at de pågældende anmodninger om præjudiciel afgørelse kunne antages til realitetsbehandling.

12 – Jf. dom af 11.12.2014, Azienda sanitaria locale n. 5 »Spezzino« m.fl. (C-113/13, EU:C:2014:2440, præmis 46).

13 – Som det klart fremgår af artikel 94 i Domstolens procesreglement i den affattelse, der trådte i kraft den 1.11.2012, skal Domstolen i en anmodning om præjudiciel afgørelse kunne finde en kortfattet fremstilling af de oplysninger, der ligger til grund for spørgsmålene, samt af sammenhængen bl.a. mellem oplysningerne og spørgsmålene. Følgelig skal konstateringen af de fornødne forhold, der gør det muligt at efterprøve, om der foreligger en klar grænseoverskridende interesse, samt mere generelt samtlige de konstateringer, som de nationale retter skal foretage, og som anvendeligheden af en afledt retsakt eller den primære EU-ret afhænger af, foretages inden forelæggelsen til Domstolen. Dom af 11.12.2014, Azienda sanitaria locale n. 5 »Spezzino« m.fl. (C-113/13, EU:C:2014:2440, præmis 46).

14 – Jf. bl.a. Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2013/55/EU af 20.11.2013 om ændring af direktiv 2005/36/EF om anerkendelse af erhvervsmæssige kvalifikationer og forordning (EU) nr. 1024/2012 om administrativt samarbejde via informationssystemet for det indre marked (»IMI-forordningen«) (EUT 2013, L 354, s. 132).

medlemsstater havde været eller kunne have været interesseret i at gøre brug af disse friheder med henblik på at udøve virksomhed i den medlemsstat, som havde vedtaget den omhandlede nationale lovgivning, og at denne lovgivning, som fandt anvendelse uden forskel på nationale statsborgere og statsborgere i andre medlemsstater, dermed kunne få virkninger, der ikke var afgrænset til denne medlemsstat [15].

41. Da en national lovgivning som artikel 12, stk. 2, i lov nr. 362/1991 efter sin ordlyd finder anvendelse på italienske statsborgere og statsborgere i andre medlemsstater, er det efter min opfattelse muligt, at farmaceuter i andre medlemsstater end Den Italienske Republik har været eller er interesseret i at købe og drive et kommunalt apotek i Den Italienske Republik. Det følger heraf, at artikel 12, stk. 2, i lov nr. 362/1991 således kan påvirke samhandelen inden for Unionen [16].

42. Det bemærkes endvidere, at en tvist skal anses for at frembyde en tilknytning til artikel 49 TEUF, som gør fortolkningen af denne bestemmelse nødvendig for løsningen af denne tvist, selv om tvistens parter er statsborgere i den samme medlemsstat, såfremt den nationale lovgivning pålægger den forelæggende ret at fastslå, at disse statsborgere skal have de samme rettigheder som dem, en statsborger fra en anden medlemsstat vil kunne støtte på EU-retten i en tilsvarende situation [17].

43. I denne henseende har Kommissionen i sine skriftlige indlæg og i retsmødet – uden at blive modsagt af de øvrige procesdeltagere – anført, at italiensk ret forbyder omvendt forskelsbehandling af italienske statsborgere.

44. Det ser derfor ud til, at italiensk ret pålægger den forelæggende ret at fastslå, at en italiensk statsborger skal have de samme rettigheder som dem, en statsborger fra en anden medlemsstat vil kunne støtte på EU-retten i en tilsvarende situation [18].

45. Heraf følger, at det forelagte spørgsmål kan antages til realitetsbehandling, for så vidt som det vedrører artikel 49 TEUF om etableringsfrihed.

VII. Bedømmelse af det præjudicielle spørgsmåls realitet

46. Ifølge fast retspraksis er artikel 49 TEUF til hinder for enhver form for nationale regler, som ganske vist måtte finde anvendelse uden forskelsbehandling på grundlag af nationalitet, men som kan gøre det vanskeligere eller mindre attraktivt for unionsborgerne at udøve den i traktaten sikrede etableringsfrihed [19].

47. I betragtning af, at deltagelse i en udbudsprocedure koster tid, kræfter og penge, er det min opfattelse, at en fortrinsret som den i hovedsagen omhandlede uden tvivl vil afskrække farmaceuter fra andre medlemsstater fra at deltage i den pågældende udbudsprocedure. Selv om en farmaceut fra en anden medlemsstat i denne forbindelse har afgivet det mest fordelagtige bud, har vedkommende

15 – Jf. dom af 15.11.2016, Ullens de Schooten (C-268/15, EU:C:2016:874, præmis 50 og den deri nævnte retspraksis). Jeg skal understrege, at den forelæggende ret specifikt har henvist til denne retspraksis for at begrunde den grænseoverskridende relevans af sit spørgsmål.

16 – I sin dom af 1.6.2010, Blanco Pérez og Chao Gómez (C-570/07 og C-571/07, EU:C:2010:300, præmis 40), fastslog Domstolen, at det på ingen måde kan udelukkes, at statsborgere med bopæl i andre medlemsstater end Kongeriget Spanien har været eller er interesseret i at drive apoteker i den selvstyrende region Asturien. Jf. ligeledes analogt dom af 11.3.2010, Attanasio Group (C-384/08, EU:C:2010:133, præmis 22-24), vedrørende salg af brændstof.

17 – Jf. dom af 14.11.2018, Memoria og Dall'Antonia (C-342/17, EU:C:2018:906, præmis 23).

18 – Jf. dom af 15.11.2016, Ullens de Schooten (C-268/15, EU:C:2016:874, præmis 52), og af 10.5.2012, Duomo Gpa m.fl. (C-357/10 – C-359/10, EU:C:2012:283, præmis 28).

19 – Jf. dom af 11.3.2010, Attanasio Group (C-384/08, EU:C:2010:133, præmis 43 og den deri nævnte retspraksis). Jf. også dom af 19.5.2009, Apothekerkammer des Saarlandes m.fl. (C-171/07 og C-172/07, EU:C:2009:316, præmis 22).

absolut ingen garanti for at vinde kontrakten, fordi en ansat på det kommunale apotek ved at udøve sin fortrinsret og matche det pågældende bud faktisk kan »trumfe« buddet [20]. Det er derfor tydeligt, at den omhandlede nationale fortrinsret giver enhver ansat på det kommunale apotek en klar fordel, hvis vedkommende ønsker at udøve denne ret, selv på bekostning af det økonomisk mest fordelagtige bud.

48. Efter min opfattelse er virkningen af fortrinsretten i artikel 12, stk. 2, i lov nr. 362/1991 at gøre det vanskeligere og mindre attraktivt for farmaceuter fra andre medlemsstater at udøve deres ret til at deltage i en udbudsprocedure med henblik på at erhverve et kommunalt apotek i Den Italienske Republik. En sådan fortrinsret gør det vanskeligere og mindre attraktivt for farmaceuter fra andre medlemsstater at udøve deres frie bevægelighed med henblik på etablering på italiensk område gennem et fast forretningssted.

49. Som følge heraf udgør en bestemmelse i en national lovgivning som artikel 12, stk. 2, i lov nr. 362/1991, der er omhandlet i sagen ved den forelæggende ret, efter min opfattelse en restriktion for etableringsfriheden som omhandlet i artikel 49 TEUF. Det er derfor nødvendigt at undersøge, i hvilket omfang den i hovedsagen omhandlede nationale bestemmelse kan begrundes i et af de i artikel 52, stk. 1, TEUF nævnte hensyn eller i overensstemmelse med Domstolens praksis om tvingende almene hensyn. Det er dette spørgsmål, som jeg nu vil behandle.

A. Begrundelse for restriktionen for etableringsfriheden

50. Det fremgår af artikel 52, stk. 1, TEUF, at beskyttelsen af den offentlige orden, den offentlige sikkerhed eller den offentlige sundhed kan begrunde restriktioner for etableringsfriheden.

51. Det følger endvidere af fast retspraksis, at restriktioner for etableringsfriheden, som finder anvendelse uden forskelsbehandling på grundlag af nationalitet, kan være begrundet i tvingende almene hensyn, såfremt de er egnede til at sikre, at det tilstræbte formål nås, og såfremt de ikke går ud over, hvad der er nødvendigt med henblik på at nå dette mål [21].

52. Det fremgår af sagsakterne for Domstolen, at artikel 12, stk. 2, i lov nr. 362/1991 finder anvendelse uden forskelsbehandling på grundlag af nationalitet.

53. For så vidt som det påhviler den forelæggende ret inden for rammerne af en sag, der er indbragt for Domstolen i henhold til artikel 267 TEUF, at fastlægge de mål, som den nationale lovgivning faktisk forfølger, og som kan begrunde restriktioner for etableringsfriheden [22], har den forelæggende ret kort anført [23], at artikel 12, stk. 2, i lov nr. 362/1991 omhandler behovet for bedre forvaltning af farmaceutiske tjenesteydelser og bygger på den forudsætning, at en farmaceut, der allerede har været ansat på det kommunale apotek, som bliver overdraget, vil kunne sikre kontinuiteten og drage fordel af den erfaring, der er opnået ved driften af dette apotek [24].

20 – Det skal bemærkes, at det i udbudsbekendtgørelsen i hovedsagen var fastsat, hvorledes fortrinsretten fungerede.

21 – Jf. dom af 19.5.2009, Apothekerkammer des Saarlandes m.fl. (C-171/07 og C-172/07, EU:C:2009:316, præmis 25 og den deri nævnte retspraksis).

22 – Jf. i denne retning dom af 5.12.2013, Venturini m.fl. (C-159/12 – C-161/12, EU:C:2013:791, præmis 39 og den deri nævnte retspraksis).

23 – Som anført i punkt 17 i nærværende forslag til afgørelse.

24 – I sine skriftlige indlæg har Bernareggio kommune henvist til dommen afsagt af Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager), femte afdeling, nr. 5329, af 5.10.2005, hvori den nævnte ret anførte, at udbudsproceduren i henhold til artikel 12, stk. 2, i lov nr. 362/1991 bl.a. har til formål at maksimere den fortjeneste, der kan opnås ved den pågældende privatisering. Artikel 12, stk. 2, i lov nr. 362/1991 fastsætter de betingelser, hvorunder fortrinsretten skal udøves. Denne ret, som giver en fortrinsstilling til den ansatte på det kommunale apotek, har til formål at beskytte de ansatte farmaceuter og sikre en optimal forvaltning af apoteket.

54. I lyset af denne forklaring ser det ud til, at lovgivning som den i hovedsagen omhandlede forfølger målet om at beskytte den offentlige sundhed, hvilket i overensstemmelse med artikel 52, stk. 1, TEUF principielt kan begrunde restriktioner for etableringsfriheden [25]. Nærmere bestemt fastslog Domstolen i præmis 28 i dom af 19. maj 2009, Apothekerkammer des Saarlandes m.fl. (C-171/07 og C-172/07, EU:C:2009:316), at hindringer for etableringsfriheden kan begrundes i formålet om at sikre, at lægemiddelforsyningen af befolkningen er sikker og af god kvalitet.

55. Det skal imidlertid afgøres, om en lovgivning som artikel 12, stk. 2, i lov nr. 362/1991 er egnet til at opfylde dette mål, og i bekræftende fald, om restriktionen for etableringsfriheden går videre end nødvendigt med henblik på virkeliggørelse af det nævnte mål, dvs. om der ikke findes mindre indgribende foranstaltninger med henblik på realisering heraf [26].

56. For så vidt angår behovet for at sikre den kontinuitet, som den forelæggende ret har påpeget, er det ikke helt klart, om det drejer sig om et behov for at sikre kontinuitet i ansættelsen af farmaceuter på kommunale apoteker for at sikre deres rettigheder i tilfælde af overdragelse af et sådant apotek [27] på den ene side eller (som jeg snarere mener) kontinuitet i ansættelsen af farmaceuter på kommunale apoteker med henblik på at sikre kontinuitet i driften eller det serviceniveau, som et sådant apotek yder offentligheden, på den anden side.

57. Jeg er af den opfattelse, at formålet om at sikre kontinuiteten i ansættelsen af farmaceuter på kommunale apoteker for at sikre deres rettigheder i tilfælde af overdragelse af et sådant apotek er baseret på beskæftigelsesmæssige og sociale hensyn snarere end på hensynet til den offentlige sundhed. Henset til de omstændigheder, der foreligger i hovedsagen, er dette formål derfor ikke egnet til af hensyn til den offentlige sundhed i henhold til artikel 52, stk. 1, TEUF at begrunde de restriktioner for etableringsfriheden, som er indført ved den i hovedsagen omhandlede nationale lovgivning.

58. Selv om dette formål kunne begrundes i tvingende almene hensyn, nemlig sikring af arbejdstagernes rettigheder mod afskedigelse i tilfælde af overdragelse af et kommunalt apotek, har den forelæggende ret desuden anført, at dette formål allerede er sikret ved artikel 2112 i den italienske codice civile, som bl.a. gennemfører Rådets direktiv 2001/23, der indeholder en sådan beskyttelse. Under sådanne omstændigheder går en national lovgivning som artikel 12, stk. 2, i lov nr. 362/1991 således langt ud over, hvad der er nødvendigt for at nå et sådant mål, hvis dette virkelig var formålet, og kan ikke begrundes i dette formål.

25 – Betydningen af formålet om beskyttelse af folkesundheden bekræftes af artikel 168, stk. 1, TEUF og chartrets artikel 35, i henhold til hvilken der bl.a. skal sikres et højt sundhedsbeskyttelsesniveau ved fastlæggelsen og gennemførelsen af alle Unionens politikker og aktiviteter. Jf. i denne retning dom af 5.12.2013, Venturini m.fl. (C-159/12 – C-161/12, EU:C:2013:791, præmis 40 og 41 og den deri nævnte retspraksis). Det følger af fast retspraksis, at formålet med at opretholde kvaliteten af medicinske ydelser såsom farmaceutiske tjenesteydelser kan være omfattet af en af de undtagelser, der er fastsat i artikel 52, stk. 1, TEUF, i det omfang det bidrager til at opnå et højt niveau for beskyttelse af sundheden. Dom af 16.12.2010, Kommissionen mod Frankrig (C-89/09, EU:C:2010:772, præmis 53 og den deri nævnte retspraksis).

26 – Ifølge Domstolens faste praksis skal der ved bedømmelsen af overholdelsen af proportionalitetsprincippet i sundhedssektoren tages hensyn til, at medlemsstaterne kan bestemme det niveau for beskyttelse af den offentlige sundhed, som den ønsker at sikre, og hvorledes dette niveau skal nås. Da dette niveau kan veksle fra den ene medlemsstat til den anden, må der anerkendes en skønsbeføjelse for medlemsstaterne. Dom af 5.12.2013, Venturini m.fl. (C-159/12 – C-161/12, EU:C:2013:791, præmis 59 og den deri nævnte retspraksis).

27 – Det kan hævdes, at dette ikke er formålet med den pågældende nationale lovgivning, da Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) i denne forbindelse har henvist til »en bedre forvaltning af farmaceutiske tjenesteydelser«. Jeg vil dog behandle dette for fuldstændighedens skyld.

59. For så vidt angår formålet om at sikre kontinuitet i ansættelsen af farmaceuter, der er ansat på kommunale apoteker, med henblik på at sikre kontinuitet i driften eller det serviceniveau, et sådant apotek yder offentligheden, og dermed i sidste ende en bedre forvaltning af farmaceutiske tjenesteydelser, skal det fremhæves, at AV, BU og CT i overensstemmelse med de sagsakter, der er fremlagt for Domstolen, alle er kvalificerede farmaceuter [28].

60. Desuden var AV og BU i henhold til italiensk ret i alle henseender kvalificerede til at købe og drive det i hovedsagen omhandlede apotek, således som det dokumenteres af, at de foreløbigt fik tildelt kontrakten.

61. Det kunne således se ud til, at det eneste særlige kendetegn med hensyn til faglige kvalifikationer eller erfaring, der adskiller de omhandlede farmaceuter, og som har været tillagt relevans i forbindelse med den endelige tildeling af kontrakten, var den omstændighed, at CT på det pågældende tidspunkt var ansat på det omhandlede kommunale apotek og udøvede fortrinsretten.

62. Desuden fremgår det på ingen måde af de sagsakter, Domstolen har fået forelagt, hvorfor en anden lige så kvalificeret og erfaren farmaceut som CT ikke skulle være i stand til at sikre kontinuiteten, eller hvorfor en farmaceut, der tidligere havde været ansat af kommunen, ikke kunne fortsætte i denne egenskab under det nye ejerskab [29].

63. Såvel Bernareggio kommune som CT har fremhævet, at sidstnævnte netop ikke blot var ansat på det pågældende kommunale apotek, men at den pågældende faktisk havde ledet det pågældende kommunale apotek og dets lager i mange år.

64. Selv om dette udmærket kan være tilfældet, kunne det – med forbehold af den forelæggende rets efterprøvelse – se ud til, at artikel 12, stk. 2, i lov nr. 362/1991, ud over kravet om, at en farmaceut er registreret eller har bevist de nødvendige kvalifikationer i en tidligere udvælgelsesprøve, ikke tager hensyn til det antal år, som farmaceuten faktisk har været ansat på det kommunale apotek, kvaliteten af den tjenesteydelse, den pågældende farmaceut har leveret, eller om farmaceuten blot har fungeret som ansat eller har haft en ledende stilling. Forudsat at betingelserne i artikel 12, stk. 2, i lov nr. 362/1991 er opfyldt, fungerer fortrinsretten automatisk.

65. Det fremgår således af de sagsakter, der er forelagt Domstolen, og som er underlagt den forelæggende rets efterprøvelse, at den pågældende nationale lovgivning ikke kræver, at de pågældende farmaceuters kvalifikationer og erfaring på nogen måde sammenlignes og vægtes under udbudsproceduren. CT deltog end ikke i udbudsproceduren på anden vis end ved at udøve fortrinsretten i henhold til artikel 12, stk. 2, i lov nr. 362/1991.

66. Hvis lovgivningen i øvrigt havde til formål at fremme kontinuiteten i de farmaceutiske tjenesteydelser, er det ikke let at se, hvorfor den kun finder anvendelse på overdragelse af kommunale apoteker og ikke på andre typer af apoteker, der ejes af private [30].

28 – Domstolen har henledt opmærksomheden på lægemidlers meget specielle karakter, idet disses terapeutiske virkninger i væsentligt omfang adskiller dem fra andre varer, jf. dom af 19.5.2009, Apothekerkammer des Saarlandes m.fl. (C-171/07 og C-172/07, EU:C:2009:316, præmis 31). Den har navnlig anerkendt, at medlemsstaterne kan stille strenge krav til de personer, der forestår detailhandelen med lægemidler, bl.a. hvad angår den måde, lægemidlerne bliver forhandlet på, og profitsøgningen. Medlemsstaterne kan særligt i princippet forbeholde farmaceuter detailsalget af lægemidler på grund af de garantier, der kræves af disse, og de oplysninger, som de skal være i stand til at give forbrugeren. Jf. i denne retning bl.a. dom af 19.5.2009, Kommissionen mod Italien (C-531/06, EU:C:2009:315, præmis 58).

29 – Jf. i denne forbindelse artikel 2112 i den italienske codice civile, som ifølge den forelæggende ret bl.a. gennemfører Rådets direktiv 2001/23.

30 – Hermed ønsker jeg ikke at antyde, at denne form for lovgivning, der uden forskel finder anvendelse på overdragelse af alle apoteker, ville være i overensstemmelse med kravene i artikel 52 TEUF.

67. Jeg finder derfor ikke, at der i de sagsakter, som Domstolen er i besiddelse af, er nogen dokumentation for, at det formål, der forfølges med den pågældende lovgivning, som den forelæggende ret har gjort gældende med henblik på i medfør af artikel 52, stk. 1, TEUF at begrunde restriktioner for etableringsfriheden i hensyn til den offentlige sundhed, i denne forbindelse er passende, og at det under alle omstændigheder, selv hvis det var, går ud over, hvad der er nødvendigt for at nå det pågældende mål. Af alle de grunde, der er anført andetsteds i nærværende forslag til afgørelse, er det min opfattelse, at lovgivningen ikke opfylder nogen klare målsætninger for den offentlige sundhed, og at de midler, der anvendes, under alle omstændigheder er åbenbart uforholdsmæssige i forhold til et sådant formål.

68. Det følger af det ovenstående, at det forelagte spørgsmål skal besvares således, at artikel 49 TEUF skal fortolkes således, at den er til hinder for en national lovgivning som den i hovedsagen omhandlede, der ved overdragelse af ejerskabet til et kommunalt apotek giver de ansatte på det pågældende apotek en fortrinsret.

VIII. Forslag til afgørelse

69. På baggrund af alle de ovenfor anførte betragtninger mener jeg, at Domstolen bør besvare spørgsmålet fra Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Italien) på følgende måde:

»Artikel 49 TEUF skal fortolkes således, at den er til hinder for en national lovgivning som den i hovedsagen omhandlede, der ved overdragelse af ejerskabet til et kommunalt apotek giver de ansatte på det pågældende apotek en fortrinsret.«