Συλλογή της Νομολογίας

ΠΡΟΤΑΣΕΙΣ ΤΟΥ ΓΕΝΙΚΟΥ ΕΙΣΑΓΓΕΛΕΑ
MACIEJ SZPUNAR
της 2ας Ιουνίου 2016[1]

Υπόθεση C-148/15

Deutsche Parkinson Vereinigung eV
κατά
Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV
[αίτηση του Oberlandesgericht Düsseldorf
(Ανώτερο Περιφερειακό Δικαστήριο του Düsseldorf, Γερμανία)

για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως]

«Ελεύθερη κυκλοφορία των εμπορευμάτων — Άρθρα 34 και 36 ΣΛΕΕ — Καθορισμός από το κράτος των τιμών των φαρμάκων που χορηγούνται μόνο με ιατρική συνταγή — Μέτρο ισοδύναμου αποτελέσματος προς ποσοτικό περιορισμό — Μορφή πωλήσεως — Αιτιολόγηση για λόγους δημόσιας υγείας»

I – **Εισαγωγή**

1. Ζητήματα σχετικά με το άρθρο 36 ΣΛΕΕ[2] είχαν απασχολήσει το Δικαστήριο πριν ακόμη από το ζήτημα του οριζοντίου αποτελέσματος ή της υπεροχής του κοινοτικού δικαίου[3]. Η εξισορρόπηση μεταξύ, αφενός, του ενδιαφέροντος της Ένωσης για ελεύθερη κυκλοφορία των εμπορευμάτων και, αφετέρου, των συμφερόντων των κρατών μελών στο πλαίσιο της επιδιώξεως μη οικονομικών στόχων δημοσίου συμφέροντος, αποτελεί ευαίσθητο ζήτημα, το οποίο δεν έχει αμβλυνθεί με την πάροδο του χρόνου. Τουναντίον, παρεμφερή νομικά ζητήματα επαναλαμβάνονται υπό τη μορφή διαφορετικών πραγματικών περιστατικών. Η υπό κρίση υπόθεση αποδεικνύει ότι οι διατάξεις της Συνθήκης για την εσωτερική αγορά, ιδίως δε αυτές που συνδέονται με την ελεύθερη κυκλοφορία των εμπορευμάτων, παραμένουν στο επίκεντρο του νομικού οικοδομήματος και του οικονομικού ενδιαφέροντος της Ένωσης.

2. Η υπό κρίση αίτηση προδικαστικής αποφάσεως, την οποία υπέβαλε το Oberlandesgericht Düsseldorf (Ανώτερο Περιφερειακό Δικαστήριο του Düsseldorf, στο εξής: OLG Düsseldorf), ζητώντας ερμηνευτικές διευκρινίσεις ως προς το εάν ένα σύστημα ενιαίας τιμής για τα φάρμακα που χορηγούνται μόνο με ιατρική συνταγή συνάδει με τα άρθρα 34 και 36 ΣΛΕΕ, αποτυπώνει με σαφήνεια τη σημασία των διατάξεων περί ελεύθερης κυκλοφορίας των εμπορευμάτων.

1 — Γλώσσα του πρωτοτύπου: η αγγλική.

2 — Πρώην άρθρο 30 ΕΚ (Συνθήκη Άμστερνταμ) και άρθρο 36 ΕΟΚ (Συνθήκη Ρώμης).

3 — Η πρώτη απόφαση σχετικά με το άρθρο 36 ΣΛΕΕ (τότε ΕΟΚ), ήτοι η απόφαση Επιτροπή κατά Ιταλίας (7/61, EU:C:1961:31), εκδόθηκε στις 19 Δεκεμβρίου 1961, ενώ οι αποφάσεις van Gend και Loos (26/62, EU:C:1963:1) και Costa (6/64, EU:C:1964:66) στις 5 Φεβρουαρίου 1963 και στις 15 Ιουλίου 1964, αντιστοίχως.

3. Πέραν αυτού, και κατά πολύ λιγότερο εμφανή τρόπο, η υπό κρίση υπόθεση αποτελεί ένα ακόμη παράδειγμα της αξίας που έχει η διαδικασία εκδόσεως προδικαστικών αποφάσεων. Με αφορμή την απόκλιση που διαπιστώθηκε στη νομολογία δύο εκ των ανωτάτων δικαστηρίων της Γερμανίας, ήτοι του Bundessozialgericht και του Bundesgerichtshof, όσον αφορά τη νομιμότητα των επίμαχων διατάξεων σε σχέση με τα άρθρα 34 και 36 ΣΛΕΕ, το Κοινό Τμήμα των Ανωτάτων Ομοσπονδιακών Δικαστηρίων [4] έκρινε ότι οι εν λόγω διατάξεις δεν αντιβαίνουν στο δίκαιο της Ένωσης [5]. Εάν δεν υπήρχε το OLG Düsseldorf, το οποίο κατά την άποψή μου ορθώς έχει αμφιβολίες ως προς το συμβατό των επίμαχων διατάξεων με το δίκαιο της Ένωσης, η υπό κρίση υπόθεση ουδέποτε θα είχε αχθεί ενώπιον του Δικαστηρίου.

4. Τέλος, θα πρέπει να γίνουν ορισμένες διαπιστώσεις: αυτή είναι η τρίτη φορά που το Δικαστήριο καλείται να εξετάσει υπόθεση σχετικά με το συμβατό ενός γερμανικού μέτρου με τις διατάξεις της Συνθήκης περί ελεύθερης κυκλοφορίας των εμπορευμάτων, στο πλαίσιο της οποίας το ολλανδικό φαρμακείο DocMorris προσπαθεί να αποκτήσει πρόσβαση στη γερμανική αγορά. Με την πρώτη υπόθεση, ήτοι την υπόθεση Deutscher Apothekerverband eV κατά 0800 DocMorris NV και Jacques Waterval [6], το Δικαστήριο είχε κληθεί να εξετάσει εάν η επιβληθείσα από τη Γερμανία απαγόρευση της ταχυδρομικής πωλήσεως φαρμάκων τα οποία στο οικείο κράτος μέλος πωλούνται αποκλειστικά στα φαρμακεία αντιβαίνει στα άρθρα 34 και 36 ΣΛΕΕ. Το Δικαστήριο είχε κρίνει ότι, μολονότι το επίμαχο μέτρο ήταν όντως μέτρο ισοδυνάμου αποτελέσματος κατά την έννοια του άρθρου 34 ΣΛΕΕ, εντούτοις, το άρθρο 36 ΣΛΕΕ τύγχανε εφαρμογής στα φάρμακα που χορηγούνταν μόνο με ιατρική συνταγή στη Γερμανία, αλλά όχι στα μη συνταγογραφούμενα φάρμακα. Η δεύτερη υπόθεση, ήτοι οι συνεκδικασθείσες υποθέσεις Apothekerkammer des Saarlandes κ.λπ. κατά Saarland, Ministerium für Justiz, Gesundheit und Soziales (C-171/07) και Helga Neumann-Seiwert κατά Saarland, Ministerium für Justiz, Gesundheit und Soziales (C-172/07) [7], αφορούσε το εάν οι διατάξεις της Συνθήκης σχετικά με την ελευθερία εγκαταστάσεως [8] απαγόρευαν γερμανικές νομοθετικές ρυθμίσεις μη επιτρέπουσες σε πρόσωπα τα οποία δεν έχουν την ιδιότητα του φαρμακοποιού να διατηρούν και να εκμεταλλεύονται φαρμακεία (η αποκαλούμενη «Fremdbesitzverbot»). Το Δικαστήριο έκρινε ότι η ελευθερία εγκαταστάσεως *δεν* απαγορεύει την «Fremdbesitzverbot».

5. Μετά την έκδοση της πρώτης αποφάσεως επί των υποθέσεων DocMorris, η Γερμανία τροποποίησε τη νομοθεσία της και επέτρεψε την πώληση μέσω ταχυδρομείου, όχι μόνο των φαρμάκων που χορηγούνται χωρίς ιατρική συνταγή, αλλά και αυτών που χορηγούνται μόνο με ιατρική συνταγή. Από τα πληροφοριακά στοιχεία που τέθηκαν υπόψη του Δικαστηρίου, φαίνεται ότι, τουλάχιστον για κάποιο χρονικό διάστημα, δεν υπήρχαν κανόνες περί καθορισμού ενιαίων τιμών ως προς τα φάρμακα που χορηγούνται μόνο με ιατρική συνταγή και εισάγονται από άλλα κράτη μέλη. Αργότερα, θεσπίστηκαν τέτοιες διατάξεις και για αυτά τα προϊόντα. Φτάνουμε έτσι στο ισχύον νομοθετικό πλαίσιο.

4 — Αυτό το Κοινό Τμήμα, το οποίο προβλέπεται από το άρθρο 95, παράγραφος 3, του βασικού γερμανικού νόμου (Συντάγματος) και, κατά τη διάταξη αυτή, αποσκοπεί στο «να διατηρήσει το ενιαίο των αποφάσεων» των ανωτάτων γερμανικών δικαστηρίων, είναι ένα ad-hoc όργανο που συγκαλείται μόνο στην εξαιρετική περίπτωση κατά την οποία διαπιστώνεται απόκλιση μεταξύ της νομολογίας των ανώτατων γερμανικών δικαστηρίων. Επί των υποθέσεων που επιλαμβάνεται εκδίδει δεσμευτικές αποφάσεις. Οι αρμοδιότητές του και η σύνθεσή του καθορίζονται λεπτομερώς με ειδικό νόμο, τον «Gesetz zur Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe des Bundes» της 19ης Ιουνίου 1968, BGBl. I, σ. 661 έως 664.

5 — Βλ. GmS-OGB, διάταξη της 22ας Αυγούστου 2012, διαθέσιμη στην ηλεκτρονική διεύθυνση: https://openjur.de/u/617231.html. Στην πραγματικότητα, η απόφαση αυτή, η οποία είναι και η πλέον πρόσφατη που εξέδωσε το εν λόγω όργανο, αποτελεί μόλις την δέκατη τέταρτη απόφαση που εκδίδεται μετά την ίδρυση του Κοινού Τμήματος, το 1968, βλ. https://openjur.de/gericht_e-235-0-ed-desc.html.

6 — Απόφαση της 11ης Δεκεμβρίου 2003, Deutscher Apothekerverband (C-322/01, EU:C:2003:664).

7 — Απόφαση της 19ης Μαΐου 2009, Apothekerkammer des Saarlandes κ.λπ. (C-171/07 και C-172/07, EU:C:2009:316).

8 — Άρθρα 49 και 54 ΣΛΕΕ.

II – **Νομικό πλαίσιο**

Α - *Γερμανική νομοθεσία σχετικά με τα φάρμακα*

6. Το άρθρο 78, παράγραφος 1, πρώτη περίοδος, του Arzneimittelgesetz (νόμου περί φαρμάκων, στο εξής AMG) ορίζει τα εξής:

«Το Υπουργείο Οικονομίας και Τεχνολογιών εξουσιοδοτείται να καθορίζει

1. κλίμακες τιμών στα φάρμακα, τα οποία διατίθενται στο χονδρικό εμπόριο, στα φαρμακεία ή μεταπωλούνται από τους κτηνιάτρους […]».

7. Το άρθρο 78, παράγραφος 2, του AMG έχει ως ακολούθως:

«Για τη διαμόρφωση των τιμών και των κλιμάκων τιμών πρέπει να λαμβάνονται υπόψη τα έννομα συμφέροντα των καταναλωτών φαρμακευτικών προϊόντων, των κτηνιάτρων, των φαρμακείων και του εμπορίου χονδρικής. Πρέπει να εξασφαλίζεται ενιαία τιμή λιανικής πωλήσεως για φάρμακα, των οποίων απαγορεύεται η διάθεση εκτός φαρμακείων […]».

8. Δεδομένου ότι υπήρξε νομολογιακή σύγκρουση μεταξύ των ανωτάτων γερμανικών δικαστηρίων σχετικά με το κατά πόσον η εν λόγω διάταξη έχει εφαρμογή και σε φάρμακα που χορηγούνται μόνο με ιατρική συνταγή και πωλούνται, μέσω ταχυδρομείου, από φαρμακεία τα οποία είναι εγκατεστημένα σε άλλο κράτος μέλος, ο Γερμανός νομοθέτης προσέθεσε, με τον νόμο της 19ης Οκτωβρίου 2012[9], την ακόλουθη φράση στο άρθρο 78, παράγραφος 1, του AMG: «Η Arzneipreisverordnung (κανονιστική απόφαση περί της τιμής των φαρμάκων) που θεσπίστηκε δυνάμει της πρώτης περιόδου ισχύει και για φάρμακα τα οποία, βάσει του άρθρου 73, παράγραφος 1, σημείο 1a, εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του παρόντος νόμου». Το άρθρο 73, παράγραφος 1, σημείο 1a, του AMG, στο οποίο παραπέμπει η ως άνω διάταξη, αφορά τα φάρμακα που διατίθενται μέσω ταχυδρομείου σε τελικούς καταναλωτές στη Γερμανία από φαρμακεία εγκατεστημένα σε άλλα κράτη μέλη.

9. Εξάλλου, με αφορμή την απόκλιση που διαπιστώθηκε μεταξύ των νομολογιών των ανωτάτων γερμανικών δικαστηρίων, με διάταξη την οποία εξέδωσε στις 22 Αυγούστου 2012, το Κοινό Τμήμα των Ανωτάτων Ομοσπονδιακών Δικαστηρίων έκρινε ότι ο AMG, και υπό την προηγούμενη διατύπωσή του, πρέπει να ερμηνεύεται υπ' αυτό το πρίσμα.

Β - *Γερμανική κανονιστική απόφαση περί της τιμής των φαρμάκων*

10. Η Arzneimittelpreisverordnung (κανονιστική πράξη περί της τιμής των φαρμάκων) ορίζει, στον βαθμό που είναι κρίσιμο για την υπό κρίση υπόθεση, ότι ο παρασκευαστής ορίζει την τιμή του φαρμάκου που παράγει (άρθρο 1), επί της οποίας προστίθενται τα ποσοστά κέρδους του χονδρεμπόρου (άρθρο 2) και του φαρμακείου (άρθρο 3). Η κανονιστική πράξη δεν έχει εφαρμογή στα φάρμακα των οποίων η χορήγηση δεν απαιτεί ιατρική συνταγή. Επιπλέον, το άρθρο 7, παράγραφος 1, σημείο 2, του Heilmittelgesetz (νόμου περί φαρμάκων) απαγορεύει τις εκπτώσεις στις τιμές των φαρμάκων.

9 — Βλ. άρθρο 1, σημείο 62, του Zweites Gesetz zur Änderung arzneimittelrechtlicher und anderer Vorschriften, 19 Οκτωβρίου 2012, BGBl. I, σ. 2192-2227, στη σ. 2212.

III – **Πραγματικά περιστατικά, διαδικασία και προδικαστικά ερωτήματα**

11. Η Deutsche Parkinson Vereinigung eV (στο εξής: DPV) είναι αναγνωρισμένη οργάνωση αυτοβοήθειας, σκοπός της οποίας είναι η βελτίωση των συνθηκών ζωής ατόμων που πάσχουν από τη νόσο του Parkinson και των οικογενειών τους. Τον Ιούλιο του 2009, με επιστολή της μέσω της οποίας διαφήμιζε την εμπορική της συνεργασία με το ολλανδικό φαρμακείο ταχυδρομικών πωλήσεων DocMorris, η DPV ενημέρωσε τα μέλη της για την ύπαρξη ενός συστήματος πριμοδοτήσεως το οποίο προέβλεπε ορισμένα κίνητρα για όσα μέλη της προμηθεύονταν από το DocMorris συγκεκριμένα φάρμακα για τη θεραπεία της νόσου του Parkinson, τα οποία χορηγούνταν μόνο με ιατρική συνταγή και διατίθεντο αποκλειστικά από τα φαρμακεία..

12. Η Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV (στο εξής: ZBW), η οποία είναι ένωση για την καταπολέμηση του αθέμιτου ανταγωνισμού, θεώρησε την εν λόγω διαφημιστική ενέργεια αθέμιτη βάσει του άρθρου 4, παράγραφος 11, του Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (νόμου περί αθέμιτου ανταγωνισμού, στο εξής: UWG), σε συνδυασμό με το πρώην άρθρο 78 του AMG και τα άρθρα 1 και 3 της Arzneimittelpreisverordnung και πλέον, κατόπιν τροποποιήσεως, το άρθρο 78, παράγραφος 1, τέταρτη περίοδος, του AMG, καθόσον το προωθούμενο σύστημα παροχής κινήτρων αντιβαίνει στον νομοθετικά προβλεπόμενο καθορισμό ενιαίας τιμής λιανικής πωλήσεως των φαρμάκων, τιμής η οποία είναι κατά νόμο δεσμευτική για τα φαρμακεία.

13. Το Landgericht (πρωτοδικείο) δέχθηκε την αγωγή και κάλεσε την DPV, στον βαθμό που λειτουργεί εντός μιας ανταγωνιστικής αγοράς στο πλαίσιο της συνεργασίας της με το φαρμακείο ταχυδρομικών πωλήσεων DocMorris, να μην προτρέπει τα μέλη της να κάνουν χρήση του συστήματος παροχής κινήτρων αυτού του φαρμακείου, ιδίως με την αποστολή επιστολών όπως αυτή που αποτέλεσε την αφορμή της διαφοράς της κύριας δίκης. Το Landgericht έκρινε ότι η ασκηθείσα αγωγή παραλείψεως ήταν βάσιμη, καθόσον, η επίμαχη επιστολή της DPV συνιστούσε παράβαση του άρθρου 8, παράγραφος 3, σημείο 2, των άρθρων 3 και 4, παράγραφος 11, του AMG καθώς και των άρθρων 1 και 3 της Arzneimittelverordnung. Δέχθηκε επίσης ότι η οικεία επιστολή συνιστούσε αθέμιτη εμπορική πρακτική εκ μέρους της DPV, διότι το προωθούμενο σύστημα παροχής κινήτρων απαγορευόταν από τους κανόνες ανταγωνισμού. Επιπλέον, το Landgericht διαπίστωσε ακολούθως ότι, κατά τον κρίσιμο για τη διαφορά της κύριας δίκης χρόνο, οι επίδικες νομοθετικές ρυθμίσεις ίσχυαν και για τις παραδόσεις προϊόντων στις οποίες προέβη το DocMorris, το οποίο δεν έχει την έδρα του στη Γερμανία. Τούτο, πλέον, ισχύει δυνάμει του άρθρου 78, παράγραφος 1, τέταρτη περίοδος, του AMG, κατόπιν της τροποποιήσεως που έλαβε χώρα στις 26 Οκτωβρίου 2012.

14. Η DPV άσκησε έφεση κατά της αποφάσεως αυτής, με την οποία εμμένει στην άποψή της ότι η αγωγή της ZBW πρέπει να απορριφθεί.

15. Στο πλαίσιο αυτής της διαδικασίας, με διάταξη που εξέδωσε στις 24 Μαρτίου 2015, η οποία περιήλθε στη Γραμματεία του Δικαστηρίου στις 30 Μαρτίου 2015, το Oberlandesgericht Düsseldorf (Ανώτερο Περιφερειακό Δικαστήριο του Düsseldorf) ζητεί από το Δικαστήριο την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως επί των ακόλουθων ερωτημάτων:

1) Έχει το άρθρο 34 ΣΛΕΕ την έννοια ότι ο προβλεπόμενος στο εθνικό δίκαιο καθορισμός της τιμής πωλήσεως των φαρμάκων που χορηγούνται μόνο με ιατρική συνταγή αποτελεί μέτρο ισοδύναμου αποτελέσματος κατά την έννοια της διατάξεως αυτής;

2) Σε περίπτωση που η απάντηση του Δικαστηρίου στο πρώτο ερώτημα είναι καταφατική:

Δικαιολογείται ο καθορισμός της τιμής πωλήσεως των φαρμάκων που χορηγούνται μόνο με ιατρική συνταγή από λόγους προστασίας της υγείας και της ζωής των ανθρώπων κατά την έννοια του άρθρου 36 ΣΛΕΕ, εφόσον η ισότιμη και καθολική πρόσβαση του πληθυσμού όλης της γερμανικής επικράτειας στα φάρμακα, ιδίως στις αγροτικές περιοχές, εξασφαλίζεται μόνον κατ' αυτόν τον τρόπο;

3) Σε περίπτωση που η απάντηση του Δικαστηρίου στο δεύτερο ερώτημα είναι επίσης καταφατική:

Σε ποιες εκτιμήσεις πρέπει να προβεί το δικαστήριο ώστε να διαπιστωθεί ότι συντρέχει πράγματι η περίπτωση που περιγράφεται στη δεύτερη ημιπερίοδο του δεύτερου προδικαστικού ερωτήματος;

IV – **Ανάλυση**

Α - *Ερώτημα 1 - Περιορισμός της ελεύθερης κυκλοφορίας των εμπορευμάτων*

16. Έχει το άρθρο 34 ΣΛΕΕ την έννοια ότι ο προβλεπόμενος από την εθνική νομοθεσία καθορισμός ενιαίας τιμής πωλήσεως των φαρμάκων που χορηγούνται μόνο με ιατρική συνταγή αποτελεί μέτρο ισοδυνάμου αποτελέσματος κατά την έννοια της διατάξεως αυτής;

1. Απόφαση Dassonville

17. Ο ορισμός των μέτρων ισοδυνάμου αποτελέσματος προς ποσοτικούς περιορισμούς είναι τόσο γνωστός που δεν χρειάζεται καν να υπενθυμιστεί. Ήδη από την έκδοση της αποφάσεως Dassonville, το Δικαστήριο έχει κρίνει ότι «[κ]άθε εμπορική ρύθμιση των κρατών μελών που είναι ικανή να επηρεάσει άμεσα ή έμμεσα, πραγματικά ή δυνητικά, το ενδο[ενωσιακό] εμπόριο πρέπει να θεωρείται μέτρο ισοδυνάμου αποτελέσματος προς ποσοτικούς περιορισμούς» [10]. Στις μέρες μας, μολονότι πλέον το Δικαστήριο αναφέρεται σε «μέτρα» και όχι σε «εμπορικές ρυθμίσεις των κρατών μελών» [11], εντούτοις, ενίοτε, χρησιμοποιεί την παραδοσιακή διατύπωση της αποφάσεως Dassonville [12]. Το Δικαστήριο έχει προσδιορίσει συνοπτικά τον σκοπό των άρθρων 34 ΣΛΕΕ ως εξής: «Κατά πάγια νομολογία που έχει διαμορφωθεί μετά την έκδοση της αποφάσεως […] Dassonville […], τα άρθρα [34 και 35 ΣΛΕΕ], ερμηνευόμεν[α] εντός του πλαισίου στο οποίο εντάσσονται, έχουν την έννοια ότι σκοπούν στην εξάλειψη κάθε εμποδίου, αμέσου ή εμμέσου, πραγματικού ή εν δυνάμει, στη ροή των συναλλαγών εντός του ενδοκοινοτικού εμπορίου» [13].

18. Οι καθορισμένες τιμές αποτελούν πλήγμα για κάθε οικονομικό φορέα ο οποίος δεν έχει φυσική παρουσία σε μια αγορά, δεδομένου ότι, εξ ορισμού, ο ανταγωνισμός καθορίζεται από τις τιμές. Η αποστέρηση από έναν οικονομικό φορέα της δυνατότητας περικοπής μιας τιμής ισοδυναμεί με αποστέρηση της δυνατότητας να είναι ανταγωνιστικός. Κατά συνέπεια, δυσχεραίνεται η είσοδος στη γερμανική αγορά των εμπορευμάτων που προέρχονται από άλλα κράτη μέλη. Οι επίμαχες διατάξεις ενδέχεται να έχουν ως αποτέλεσμα τη μείωση των εισαγωγών στη Γερμανία.

19. Ως εκ τούτου, βάσει της αποφάσεως Dassonville, μπορεί να γίνει δεκτό ότι οι επίμαχες διατάξεις αποτελούν μέτρο ισοδυνάμου αποτελέσματος. Είναι κάτι παραπάνω από ικανές να παρεμποδίσουν το εμπόριο. Τούτο, εξάλλου, αποδείχθηκε και από τη μείωση που κατέγραψαν στη Γερμανία οι πωλήσεις του DocMorris όσον αφορά τα φάρμακα που χορηγούνται μόνο με ιατρική συνταγή, μετά τη θέση σε ισχύ των εξεταζόμενων διατάξεων.

10 — Απόφαση της 11ης Ιουλίου 1974 στην υπόθεση Dassonville (8/74, EU:C:1974:82, σκέψη 5).

11 — Βλ., επί παραδείγματι, αποφάσεις της 11ης Δεκεμβρίου 2003, Deutscher Apothekerverband (C-322/01, EU:C:2003:664, σκέψη 66) και της 15ης Νοεμβρίου 2007, Επιτροπή κατά Γερμανίας (C-319/05, EU:C:2007:678, σκέψη 80).

12 — Βλ., για παράδειγμα, αποφάσεις της 16ης Ιανουαρίου 2014 στην υπόθεση Juvelta (C-481/12, EU:C:2014:11, σκέψη 16), της 10ης Φεβρουαρίου 2009, Επιτροπή κατά Ιταλίας (C-110/05, EU:C:2009:66, σκέψη 33) και της 30ής Απριλίου 2009, Fachverband der Buch- und Medienwirtschaft (C-531/07, EU:C:2009:276, σκέψη 16).

13 — Βλ. απόφαση της 12ης Ιουνίου 2003, Schmidberger (C-112/00, EU:C:2003:333, σκέψη 56).

2. Απόφαση Keck

20. Ακολούθως, κρίνεται σκόπιμο να εξετασθεί εάν οι επίμαχες γερμανικές διατάξεις απαγορεύουν «ορισμένες μορφές πωλήσεως» κατά την έννοια της νομολογίας Keck και Mithouard. Εάν τούτο πράγματι ισχύει, θα έχει ως συνέπεια οι οικείες διατάξεις να μην εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής των διατάξεων της Συνθήκης σχετικά με την ελεύθερη κυκλοφορία των εμπορευμάτων.

21. Στην, αδιαμφισβήτητα, πλέον αμφιλεγόμενη απόφασή του στον τομέα της ελεύθερης κυκλοφορίας των εμπορευμάτων δυνάμει της Συνθήκης [14], το Δικαστήριο προέβη στην πασίγνωστη διαπίστωση ότι «[…] η επί προϊόντων προελεύσεως άλλων κρατών μελών εφαρμογή εθνικών διατάξεων που περιορίζουν ή απαγορεύουν ορισμένες μορφές πωλήσεως, αντίθετα προς ό,τι έχει κρίνει μέχρι στιγμής το Δικαστήριο, δεν είναι ικανή να επηρεάσει άμεσα ή έμμεσα, πραγματικά ή δυνητικά, το εμπόριο μεταξύ των κρατών μελών, κατά την έννοια της νομολογίας Dassonville […], αρκεί οι διατάξεις αυτές να εφαρμόζονται σε όλους τους επιχειρηματίες που ασκούν τη δραστηριότητά τους στο εθνικό έδαφος και αρκεί να επηρεάζουν κατά τον ίδιο τρόπο, και νομικώς και πραγματικώς, την εμπορία των εγχωρίων προϊόντων και των προϊόντων προελεύσεως άλλων κρατών μελών» [15]. Στην αμέσως επόμενη σκέψη της αποφάσεώς του, το Δικαστήριο σημείωσε ότι «[π]ράγματι, από τη στιγμή που πληρούνται οι προϋποθέσεις αυτές, η εφαρμογή ρυθμίσεων αυτού του είδους στην πώληση προϊόντων προελεύσεως άλλου κράτους μέλους, τα οποία ανταποκρίνονται στις προδιαγραφές που έχει θεσπίσει το κράτος αυτό, δεν είναι ικανή να παρεμποδίσει την πρόσβασή τους στην αγορά ούτε να τη δυσχεράνει όπως δεν δυσχεραίνει την πρόσβαση στην αγορά των εγχωρίων προϊόντων. Επομένως, οι ρυθμίσεις αυτού του είδους δεν εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου [34 ΣΛΕΕ]» [16].

22. Κατά την αντίληψή μου, η απόφαση Keck αποτέλεσε την αναμενόμενη απάντηση του Δικαστηρίου στην εκ μέρους των οικονομικών φορέων διαρκώς αυξανόμενη επίκληση του άρθρου 34 ΣΛΕΕ, προκειμένου να ανατρέπουν ενώπιον των εθνικών δικαστηρίων κάθε εθνικό μέτρο που τους παρεμπόδιζε στην άσκηση των οικονομικών τους δραστηριοτήτων [17]. Θεωρώ δε ότι το πρόβλημα δεν συνίστατο τόσο στον αριθμό των υποθέσεων που εισάγονταν ενώπιον των δικαστηρίων όσο στα ζητήματα που συνεπάγονταν αυτές οι υποθέσεις [18]. Μια πολύ ευρεία ερμηνεία του πεδίου εφαρμογής του άρθρου 34 ΣΛΕΕ θα σήμαινε ότι το Δικαστήριο θα καλούνταν συνεχώς να αποφανθεί επί ζητημάτων τα οποία οριακά μόνο θα αφορούσαν όντως την ελεύθερη κυκλοφορία των εμπορευμάτων, αλλά θα συνδέονταν κυρίως με ευαίσθητες, από κοινωνικής απόψεως, επιλογές όπως είναι οι ώρες λειτουργίας των καταστημάτων τις Κυριακές και ούτω καθεξής.

14 — Βλ., αντί πολλών, Mattera, A., «De l'arrêt "Dassonville" à l'arrêt "Keck": l'obscure clarté d'une jurisprudence riche en principes novateurs et en contradictions», *Revue du marché unique européen*, 1994, αριθ. 1 σ. 117-160· Gormley, L., «Reasoning Renounced? The Remarkable Judgment in Keck & Mithouard», *European Business Law Review*, 1994, σ. 63-67· Steindorff, E., «Unvollkommener Binnenmarkt», *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, 1994, σ. 149-169· Lenz, C. O., «Ein undeutlicher Ton», *Neue juristische Wochenschrift*, 1994, σ. 1633-1634. Υπέρ της νομολογίας Keck, βλ. Joliet, R. [ένας εκ των δικαστών που μετείχαν στη σύνθεση του Δικαστηρίου που εκδίκασε τη συγκεκριμένη υπόθεση] «Der freie Warenverkehr: Das Urteil Keck und Mithouard und die Neuorientierung der Rechtsprechung», *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, internationaler Teil*, 1994, σ. 979-987.

15 — Βλ. απόφαση της 24ης Νοεμβρίου 1993, Keck και Mithouard (C-267/91 και C-268/91, EU:C:1993:905, σκέψη 16).

16 — Βλ. απόφαση της 24ης Νοεμβρίου 1993, Keck και Mithouard (C-267/91 και C-268/91, EU:C:1993:905, σκέψη 17).

17 — Ο γενικός εισαγγελέας G. Tesauro αποτύπωσε πολύ εύστοχα το κλίμα που επικρατούσε ακριβώς πριν από την έκδοση της αποφάσεως Keck, διερωτώμενος, ορθώς και υπό τη μορφή ρητορικού ερωτήματος, στις προτάσεις του επί της υποθέσεως Hünermund κ.λπ. (C-292/92, EU:C:1993:863, σημείο 1): «Αποτελεί [το άρθρο 34 της ΣΛΕΕ] διάταξη ελευθερώσεως του ενδοκοινοτικού εμπορίου ή διάταξη που αποσκοπεί γενικότερα στο να προαγάγει την ελεύθερη άσκηση της εμπορικής δραστηριότητας εντός κάθε κράτους μέλους;»

18 — Βλ. επίσης Weiler, J.H.H., «The constitution of the common market place», στο P. Craig, G. de Búrca, *The evolution of EU law*, Oxford University Press, 1999, σ. 349-376, στη σ. 370.

23. Πάντως, οι περιπτώσεις στις οποίες το Δικαστήριο εφάρμοσε, επί της ουσίας, την εξαίρεση Keck είναι σπάνιες και, εξάλλου, το ίδιο ουδέποτε διευκρίνισε τι ακριβώς εννοούσε με τη φράση «μορφές πωλήσεως» [19]. Στο μέτρο ωστόσο που υπάρχουν τέτοιες περιπτώσεις, η νομολογία που απορρέει από την απόφαση Keck δεν έχει ανατραπεί και επιβάλλεται να εξετασθεί στο πλαίσιο της υπό κρίση υποθέσεως [20].

24. Διατάξεις όπως οι υπό εξέταση, οι οποίες αφορούν τον καθορισμό τιμών συγκεκριμένων προϊόντων, ενδέχεται, εκ πρώτης όψεως, να μην συνιστούν «[…] κανόν[ες] που αφορούν τους όρους στους οποίους πρέπει να ανταποκρίνονται τα εμπορεύματα αυτά (όπως αυτοί που αφορούν την ονομασία, τη μορφή, τις διαστάσεις, το βάρος, τη σύνθεση, την παρουσίαση, τη σήμανση, τη συσκευασία τους)» [21]. Επιπλέον, στο πλαίσιο εξετάσεως εθνικών ρυθμίσεων περί καθορισμού των τιμών των βιβλίων, το Δικαστήριο έχει κρίνει ότι, στο μέτρο που αυτές «[…] δεν αφορούν τα χαρακτηριστικά των εν λόγω προϊόντων, αλλά μόνον τους όρους υπό τους οποίους αυτά μπορούν να πωλούνται», πρέπει «[…] να θεωρηθεί ότι αφορούν τρόπους πώλησης, κατά την έννοια της […] αποφάσεως Keck και Mithouard» [22].

25. Παρά το γεγονός ότι στην ίδια υπόθεση, το Δικαστήριο δέχθηκε ακολούθως ότι οι επίδικες διατάξεις αποτελούσαν μέτρο ισοδυνάμου αποτελέσματος, καθόσον δημιουργούσαν «[…], όσον αφορά τα εισαγόμενα βιβλία, μια χωριστή ρύθμιση η οποία έχει ως αποτέλεσμα τη λιγότερο ευνοϊκή μεταχείριση των προϊόντων που προέρχονται από άλλα κράτη μέλη» [23], δεν θα έφθανα μέχρι του σημείου να δεχθώ την άποψη ότι ένα μέτρο που αφορά τον καθορισμό τιμών συνιστά τρόπο πωλήσεως. Η επιβολή καθορισμένης τιμής για συγκεκριμένο προϊόν ομοιάζει πάρα πολύ με κανόνα σχετικό με την παρουσίαση, τη σήμανση ή τη συσκευασία του. Σε τελική ανάλυση, στην εξωτερική όψη των προϊόντων συχνά αναγράφεται η τιμή τους, η οποία αποτελεί μέρος της συσκευασίας τους. Εξάλλου, οποιοδήποτε μέτρο ρυθμίζει ένα από τα βασικότερα στοιχεία ενός προϊόντος, δηλαδή την τιμή του, φρονώ ότι είναι κάτι πολύ περισσότερο από τρόπος πωλήσεως. Μέτρα τα οποία αφορούν τις τιμές των προϊόντων επηρεάζουν άμεσα το ενδεχόμενο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα ενός οικονομικού φορέα και είναι πολύ πιο επαχθή, από τη σκοπιά των οικονομικών φορέων και των κανόνων περί ελεύθερης κυκλοφορίας των εμπορευμάτων, σε σχέση, για παράδειγμα, με την απαγόρευση πωλήσεων επί ζημία ή διατάξεις σχετικές με το ωράριο λειτουργίας των καταστημάτων. Δεν μπορούν να αντιμετωπίζονται ως «τρόποι πωλήσεως». Ως εκ τούτου, μου είναι εξαιρετικά δύσκολο να δεχθώ ότι ένα μέτρο το οποίο αφορά τον καθορισμό των τιμών συνιστά τρόπο πωλήσεως, οπότε πρέπει ακολούθως να εξετασθεί εάν το οικείο μέτρο εμποδίζει την πρόσβαση στην αγορά και/ή εισάγει διακρίσεις.

26. Αντιθέτως, είμαι της γνώμης ότι θα ήταν αρκετό να ελεγχθεί εάν πληρούνται ή όχι εν προκειμένω οι προϋποθέσεις που καθιερώνει η απόφαση Dassonville. Σε κάθε περίπτωση, λαμβανομένης υπόψη της υφιστάμενης νομολογίας, θα εξετάσω τις επίμαχες διατάξεις ως να επρόκειτο για «τρόπους πωλήσεως».

27. Δεν αμφισβητείται ότι, από νομικής απόψεως, οι ενιαίες τιμές λιανικής πωλήσεως από τα φαρμακεία, όπως αυτές στην υπό κρίση υπόθεση, ισχύουν τόσο για τα γερμανικά όσο και για τα αλλοδαπά φαρμακεία και, κατ' επέκταση, εφαρμόζονται τόσο στα γερμανικά όσο και στα εισαγόμενα προϊόντα.

19 — Βλ., μεταξύ πολλών, Kellerhals, A., «Das Binnenmarktrecht der Warenverkehrsfreiheit», in Müller-Graff, P.-Chr. (επιμ.), *Europäisches Wirtschaftsordnungsrecht (Enzyklopädie Europarecht, Band 4)*, Nomos, Baden-Baden, 2015, σ. 357 έως 396, στη σ. 376.

20 — Πάντως, η νομολογία Keck δεν πρέπει να εφαρμόζεται μηχανικά. Οι μορφές πωλήσεως δεν εξαιρούνται απολύτως από το πεδίο εφαρμογής του άρθρου 34 ΣΛΕΕ, αλλά τεκμαίρεται ότι οι κανόνες αυτοί δεν περιορίζουν το εμπόριο μεταξύ των κρατών μελών κατά την έννοια της αποφάσεως Dassonville. Βλ. Szpunar, M., *Promocja towarów w prawie wspólnotowym*, Kraków, 2002, σ. 185.

21 — Αυτή ακριβώς η ορολογία χρησιμοποιείται στην απόφαση Keck, βλ. απόφαση της 24ης Νοεμβρίου 1993 Keck και Mithouard (C-267/91 και C-268/91, EU:C:1993:905, σκέψη 15).

22 — Βλ. απόφαση της 30ής Απριλίου 2009, Fachverband der Buch- und Medienwirtschaft (C-531/07, EU:C:2009:276, σκέψη 20).

23 — Βλ. απόφαση της 30ης Απριλίου 2009, Fachverband der Buch- und Medienwirtschaft (C-531/07, EU:C:2009:276, σκέψη 22).

28. Η Γερμανία υποστηρίζει ότι το ίδιο ισχύει και στην πράξη. Το Κοινό Τμήμα των Ανωτάτων Ομοσπονδιακών Δικαστηρίων έχει επίσης αποφανθεί ότι το σύστημα καθορισμού τιμών εφαρμόζεται, νομικώς και πρακτικώς, τόσο στα ημεδαπά όσο και στα αλλοδαπά φαρμακεία [24].

29. Αντιθέτως, η Ευρωπαϊκή Επιτροπή εκτιμά ότι οι εξεταζόμενες διατάξεις συνιστούν μέτρα ισοδυνάμου αποτελέσματος. Η Επιτροπή διατείνεται ότι το σύστημα καθορισμού τιμών επιβαρύνει σε μεγαλύτερο βαθμό τα αλλοδαπά φαρμακεία, καθόσον για αυτά ο μοναδικός τρόπος με τον οποίο θα μπορούσαν να αντισταθμίσουν το μειονέκτημά τους ως προς την πρόσβαση στη γερμανική αγορά αποκλειστικά μέσω ταχυδρομικών πωλήσεων συνίσταται στο πλεονέκτημα που θα είχαν εάν τους επιτρεπόταν να πωλήσουν τα προϊόντα τους σύμφωνα με τους κανόνες καθορισμού των τιμών που ισχύουν στο κράτος μέλος όπου έχουν την εγκατάστασή τους. Τουναντίον, για τα γερμανικά φαρμακεία, οι πωλήσεις μέσω ταχυδρομείου αποτελούν απλώς και μόνον έναν πρόσθετο δίαυλο διανομών.

30. Τόσο η DPV όσο και η Ολλανδική Κυβέρνηση καθώς και η Επιτροπή υπογραμμίζουν ορθώς ότι φαρμακεία τα οποία δεν βρίσκονται στη Γερμανία διαθέτουν μόνον έναν τρόπο για να αποκτήσουν πρόσβαση στη γερμανική αγορά, ήτοι το διαδίκτυο. Το γεγονός αυτό οφείλεται κατά κύριο λόγο στη γερμανική «Fremdbesitzverbot», δηλαδή στον περιορισμό του δικαιώματος ιδιοκτησίας και εκμεταλλεύσεως των φαρμακείων αποκλειστικά και μόνο από φαρμακοποιούς [25]. Ως εκ τούτου, στο μέτρο που ένα διαδικτυακό φαρμακείο το οποίο είναι εγκατεστημένο εκτός Γερμανίας και επιθυμεί να διαθέσει τα προϊόντα του στη γερμανική αγορά δεν μπορεί να έχει ανταγωνιστικές τιμές, δυσχεραίνεται στην απόκτηση προσβάσεως στην οικεία αγορά.

31. Ωστόσο, η υπό κρίση υπόθεση βαίνει πέραν αυτού του ζητήματος.

32. Τα μέτρα που εφαρμόζονται από νομικής απόψεως διαφορετικά απ' ό,τι στην πράξη εισάγουν, ως γνωστόν, εμμέσως δυσμενείς διακρίσεις. Η διαπίστωση οποιουδήποτε είδους διακρίσεως αποτελεί πάντοτε λεπτό ζήτημα. Όπως σαφώς προκύπτει από την υπό κρίση υπόθεση, εξαρτάται από το εφαρμοζόμενο μέτρο συγκρίσεως. Εάν ως μέτρο συγκρίσεως τεθούν τα διαδικτυακά φαρμακεία, όπως ακριβώς έκανε το Κοινό Τμήμα, τότε δύσκολα μπορεί να αποδειχθεί οποιαδήποτε έμμεση διάκριση. Τόσο ένα φαρμακείο που έχει την έδρα του στο Αμβούργο (Γερμανία) όσο και ένα που είναι εγκατεστημένο στο Heerlen (Κάτω Χώρες) και αποστέλλουν φάρμακα σε ασθενείς οι οποίοι διαμένουν στο Trier (Γερμανία) αντιμετωπίζονται, εκ των πραγμάτων, κατά τον ίδιο τρόπο.

33. Ωστόσο, στην υπό κρίση υπόθεση, το ζήτημα της (έμμεσης) διακρίσεως δεν πρέπει να εξετασθεί υπ' αυτό το πρίσμα.

34. Προφανώς, αυτά που πρέπει να τεθούν σε σύγκριση μεταξύ τους δεν είναι τα *διαδικτυακά* φαρμακεία αλλά τα φαρμακεία *γενικώς*. Και σε αυτήν την περίπτωση αποκαλύπτεται μια διαφορετική εικόνα, διότι, απλούστατα, όπως ορθώς επισημαίνει η DPV, τα γερμανικά φαρμακεία στηρίζονται στο διαδίκτυο σε διαφορετικό βαθμό σε σχέση με τα αλλοδαπά. Ένα φαρμακείο το οποίο έχει ήδη φυσική παρουσία στη γερμανική αγορά, κατά κανόνα, αν όχι πάντοτε, χρησιμοποιεί το διαδίκτυο σε περιορισμένο μόνο βαθμό, ενώ ένα φαρμακείο το οποίο είναι εγκατεστημένο εκτός Γερμανίας δεν διαθέτει κανέναν άλλο μέσο πλην του διαδικτύου για να εξυπηρετήσει ασθενείς οι οποίοι διαμένουν στη Γερμανία. Με άλλα λόγια, ενώ για τα γερμανικά φαρμακεία η ταχυδρομική αποστολή προϊόντων αποτελεί απλώς και μόνο μια πρόσθετη δυνατότητα διανομών, για τα αλλοδαπά φαρμακεία αυτός είναι ο μοναδικός τρόπος διανομών.

24 — GmS-OGB, διάταξη της 22ας Αυγούστου 2012, σημείο 47, διαθέσιμη στην ηλεκτρονική διεύθυνση: https://openjur.de/u/617231.html.

25 — Και όχι από κεφαλαιουχικές εταιρίες οι οποίες λειτουργούν νομίμως φαρμακεία σε άλλα κράτη μέλη. Το Δικαστήριο έχει κρίνει ότι η «Fremdbesitzverbot» δεν αντιβαίνει στις διατάξεις της Συνθήκης σχετικά με την ελεύθερη εγκατάσταση, βλ. απόφαση της 19ης Μαΐου 2009, Apothekerkammer des Saarlandes κ.λπ. (C-171/07 και C-172/07, EU:C:2009:316, σκέψη 61).

35. Στην υπόθεση Deutscher Apothekerverband, το Δικαστήριο έκρινε ότι η απαγόρευση της παραδόσεως φαρμάκων μέσω ταχυδρομείου δυσχεραίνει «[...] *περισσότερο* τα φαρμακεία που είναι εγκατεστημένα εκτός της Γερμανίας έναντι εκείνων που ευρίσκονται στη γερμανική επικράτεια» [26]. Εν συνεχεία, επισήμανε ότι, λόγω της απαγορεύσεως αυτής, τα φαρμακεία στη Γερμανία στερούνται μεν ένα επιπλέον ή εναλλακτικό μέσο προσβάσεως στη γερμανική αγορά των τελικών καταναλωτών φαρμάκων, πλην όμως διατηρούν τη δυνατότητα πωλήσεως φαρμάκων από τα καταστήματά τους. Αντιθέτως, το διαδίκτυο αποτελεί ένα πολύ σημαντικότερο μέσο για τα φαρμακεία που δεν είναι εγκατεστημένα στη γερμανική επικράτεια, προκειμένου να μπορέσουν να έχουν άμεση πρόσβαση στην αγορά αυτή. Μια απαγόρευση που πλήττει περισσότερο τα εγκατεστημένα εκτός της γερμανικής επικράτειας φαρμακεία μπορεί να δυσχεράνει περισσότερο την πρόσβαση στην αγορά των προϊόντων προελεύσεως άλλων κρατών μελών σε σχέση με τα εγχώρια προϊόντα [27].

36. Με την απόφαση Ker Optika, το Δικαστήριο μετέφερε αυτό το σκεπτικό και στην απαγόρευση πωλήσεως φακών επαφής μέσω ταχυδρομείου. Έκρινε ότι μια τέτοια απαγόρευση στερεί από τις εγκατεστημένες σε άλλα κράτη μέλη επιχειρήσεις έναν ιδιαιτέρως αποτελεσματικό τρόπο εμπορίας των προϊόντων αυτών και δυσχεραίνει σημαντικά την πρόσβασή τους στην αγορά του οικείου κράτους μέλους [28].

37. Όταν αποτέλεσμα ενός μέτρου είναι να αποκλείεται ή, τουλάχιστον, να δυσχεραίνεται η πρόσβαση των, κατά κανόνα αλλοδαπών, διαδικτυακών φαρμακείων στην αγορά, προκειμένου να διατηρούνται βιώσιμα τα φαρμακεία που διαθέτουν φυσικά καταστήματα, θεωρώ αδύνατον να υποστηριχθεί η θέση ότι εν προκειμένω πρόκειται περί τρόπου πωλήσεως ο οποίος εφαρμόζεται αδιακρίτως. Ως εκ τούτου, εκτιμώ ότι το επίμαχο γερμανικό μέτρο, εισάγοντας εμμέσως διακρίσεις έναντι των μη εγκατεστημένων στη Γερμανία φαρμακείων, δεν απαγορεύει «ορισμένες μορφές πωλήσεως» κατά την έννοια της αποφάσεως Keck και Mithouard, αλλά αποτελεί φραγμό στην εμπορία φαρμακευτικών προϊόντων που προέρχονται από άλλα κράτη μέλη.

38. Τούτου λεχθέντος, καταλήγω στην τελική μου παρατήρηση ως προς τον χαρακτηρισμό των γερμανικών διατάξεων: τα συμπεράσματα στα οποία καταλήγω ευθυγραμμίζονται πλήρως όχι μόνο με το γράμμα αλλά και με το πνεύμα της αποφάσεως Keck και Mithouard, το οποίο περιγράφηκε ανωτέρω. Η ρύθμιση λεπτών ζητημάτων μη οικονομικής φύσεως τα οποία οριακώς μόνον άπτονται αυτής καθαυτήν της ελεύθερης κυκλοφορίας των εμπορευμάτων (και δεν εισάγουν διακρίσεις) πρέπει να επαφίεται στα κράτη μέλη. Η ευαισθησία αυτή ουδόλως δικαιολογείται εάν το αποτέλεσμα που έχει το εκάστοτε μέτρο συνίσταται στον περιορισμό, αφενός, του ανταγωνισμού και, αφετέρου, της προσβάσεως που έχουν οι αλλοδαποί οικονομικοί φορείς στην οικεία αγορά. Ένα τέτοιο μέτρο απέχει παρασάγγας από τους κανόνες που διέπουν τις πωλήσεις επί ζημία [29], υποθέσεις σχετικά με το άνοιγμα των καταστημάτων τις Κυριακές [30] ή υποθέσεις σχετικά με περιορισμούς στη διαφήμιση [31].

26 — Βλ. απόφαση της 11ης Δεκεμβρίου 2003, Deutscher Apothekerverband (C-322/01, EU:C:2003:664, σκέψη 74). Η υπογράμμιση δική μου.

27 — Βλ. απόφαση της 11ης Δεκεμβρίου 2003, Deutscher Apothekerverband (C-322/01, EU:C:2003:664). Παρόμοια επιχειρηματολογία χρησιμοποιεί και η νομική βιβλιογραφία όπου σημειώνεται ότι οι καθορισμένες τιμές λιανικής πωλήσεως μπορούν να πλήξουν τις εισαγωγές, λόγω του περιορισμού του ανταγωνιστικού πλεονεκτήματος του εισαγωγέα, βλ. Müller-Graff, P.-Chr., σε von der Groeben, H., Schwarze, J., Hatje, A. (επιμέλεια), *Europäisches Unionsrecht (Kommentar)*, 7η έκδοση, Nomos, Baden-Baden, Artikel 34 AEUV, σημείο 143. Βλ., επίσης, Becker, U., σε Schwarze (επιμέλεια), *EU-Kommentar*, 3η έκδοση, Nomos, Baden-Baden, Artikel 34 AEUV, σημείο 69.

28 — Βλ. απόφαση της 2ας Δεκεμβρίου 2010, Ker-Optika (C-108/09, EU:C:2010:725, σκέψη 54). Στην εν λόγω υπόθεση, το Δικαστήριο εξέτασε από κοινού τα ζητήματα της προσβάσεως στην αγορά και της διακριτικής μεταχειρίσεως, όπως, εξάλλου, συνηθίζει.

29 — Βλ. απόφαση της 24ης Νοεμβρίου 1993, Keck και Mithouard (C-267/91 και C-268/91, EU:C:1993:905).

30 — Βλ. αποφάσεις της 23ης Νοεμβρίου 1989, B και Q (C-145/88, EU:C:1989:593), της 16ης Δεκεμβρίου 1992, B και Q (C-169/91, EU:C:1992:519) (αμφότερες εκδοθείσες πριν την απόφαση Keck) και της 2ας Ιουνίου 1994, Punto Casa και PPV (C-69/93 και C-258/93, EU:C:1994:226) (εκδοθείσα μετά την απόφαση Keck).

31 — Βλ. αποφάσεις της 15ης Δεκεμβρίου 1993, Hünermund κ.λπ. (C-292/92, EU:C:1993:932, σκέψη 21), και της 9ης Φεβρουαρίου 1995, Leclerc-Siplec (C-412/93, EU:C:1995:26, σκέψη 21). Επιπλέον, το Δικαστήριο έχει αποφανθεί ότι ορισμένοι περιορισμοί στη διαφήμιση αποτελούν μέτρο ισοδυνάμου αποτελέσματος, επειδή εμποδίζουν την πρόσβαση στην αγορά, βλ., π.χ., απόφαση της 8ης Μαρτίου 2001, Gourmet International Products (C-405/98, EU:C:2001:135, σκέψη 21).

Ερωτήματα 2 και 3 – Αιτιολόγηση στηριζόμενη σε λόγους δημόσιας υγείας

39. Με το δεύτερο και το τρίτο ερώτημά του, τα οποία επιβάλλεται να εξετασθούν από κοινού, το αιτούν δικαστήριο ζητεί, επί της ουσίας, ερμηνευτικές διευκρινίσεις ως προς το αν οι επίμαχες διατάξεις δικαιολογούνται από λόγους «προστασίας της υγείας και της ζωής των ανθρώπων» σύμφωνα με το άρθρο 36 ΣΛΕΕ[32].

1. Προβαλλόμενος δικαιολογητικός λόγος: δημόσια υγεία

40. Από την απόφαση De Peijper, την πρώτη σχετικά με την εξαίρεση για λόγους δημόσιας υγείας, και έπειτα, το Δικαστήριο έχει επανειλημμένως δεχθεί ότι «[…] μεταξύ των αγαθών ή συμφερόντων που προστατεύει το άρθρο 36 [ΣΛΕΕ], την πρώτη θέση κατέχουν η υγεία και η ζωή των ανθρώπων, εναπόκειται δε στα κράτη μέλη, εντός των ορίων που επιβάλλει η Συνθήκη, να αποφασίζουν για το επίπεδο προστασίας που επιθυμούν να διασφαλίσουν […]»[33].

41. Η Γερμανία, η οποία επικαλείται τον σχετικό δικαιολογητικό λόγο, τονίζει ότι η λήψη του επίμαχου μέτρου ήταν αναγκαία προκειμένου (1) να διασφαλισθεί ο απρόσκοπτος εφοδιασμός όλης της επικράτειας της Γερμανίας με φάρμακα, (2) να διασφαλισθεί η ποιότητα αυτού του εφοδιασμού και η προστασία των ασθενών και (3) να ελεγχθούν οι ενδεχόμενες αυξήσεις του κόστους στον τομέα της υγείας.

42. Ο τελευταίος επιμέρους δικαιολογητικός λόγος δεν μπορεί να γίνει δεκτός. Δεδομένου ότι το άρθρο 36 ΣΛΕΕ «αφορά περιπτώσεις μη οικονομικής φύσεως»[34], μέτρα τα οποία λαμβάνονται με γνώμονα τη μείωση των δαπανών των συστημάτων κοινωνικής ασφαλίσεως δεν μπορούν να δικαιολογηθούν υπό την πρόφαση της προστασίας της υγείας σύμφωνα με το 36 ΣΛΕΕ[35]. Μόνον ο κίνδυνος σοβαρού πλήγματος στη χρηματοοικονομική ισορροπία του συστήματος κοινωνικής ασφαλίσεως μπορεί να συνιστά επιτακτικό λόγο γενικού συμφέροντος[36], γεγονός το οποίο, δεδομένου του ειδικού χαρακτήρα του οικείου δικαιολογητικού λόγου, δεν ισχύει εν προκειμένω[37]. Ανεξάρτητα από αυτό, εάν οι τιμές δεν ήταν καθορισμένες και αυξανόταν ο ανταγωνισμός, τούτο, στην πράξη, θα κατέληγε στη μείωση των τιμών, από την οποία θα μπορούσαν να επωφεληθούν τα συστήματα κοινωνικής ασφαλίσεως.

32 — Δεδομένου ότι διαπιστώθηκε ότι το επίμαχο μέτρο εισάγει εμμέσως διακρίσεις, η Γερμανία μπορεί να επικαλεστεί μόνον τους λόγους αιτιολογήσεως που απαριθμούνται στο άρθρο 36 ΣΛΕΕ και όχι τις υποχρεωτικές απαιτήσεις τις οποίες έχει αναπτύξει το Δικαστήριο σύμφωνα με τη νομολογία Rewe-Zentral «Cassis de Dijon» (απόφαση της 20ής Φεβρουαρίου 1979, 120/78, EU:C:1979:42).

33 — Βλ. απόφαση της 20ής Μαΐου 1976, de Peijper (104/75, EU:C:1976:67, σκέψη 15). Βλ., επίσης, αποφάσεις της 7ης Μαρτίου 1989, Schumacher (215/87, EU:C:1989:111, σκέψη 17), της 16ης Απριλίου 1991, Eurim-Pharm (C-347/89, EU:C:1991:148, σκέψη 26), της 10ης Νοεμβρίου 1994, Ortscheit (C-320/93, EU:C:1994:379, σκέψη 16) και της 11ης Δεκεμβρίου 2003, Deutscher Apothekerverband (C-322/01, EU:C:2003:664, σκέψη 103).

34 — Βλ., ήδη, την πρώτη απόφαση σχετικά με το άρθρο 36 ΣΛΕΕ (τότε ΕΟΚ): απόφαση της 19ης Δεκεμβρίου 1961, Επιτροπή κατά Ιταλίας (7/61, EU:C:1961:31, σ. 329).

35 — Βλ. απόφαση της 28ης Απριλίου 1998, Decker (C-120/95, EU:C:1998:167, σκέψεις 39 και 40).

36 — Βλ. απόφαση της 28ης Απριλίου 1998, Decker (C-120/95, EU:C:1998:167, σκέψη 39). Το Δικαστήριο υιοθέτησε την ίδια προσέγγιση και όσον αφορά την ελεύθερη παροχή υπηρεσιών, βλ. απόφαση της 28ης Απριλίου 1998, Kohll (C-158/96, EU:C:1998:171, σκέψη 41).

37 — Με τη στενή του όρου έννοια και σε συμμόρφωση προς τη νομολογία της αποφάσεως Cassis de Dijon, για να δικαιολογήσει το Δικαστήριο το εκάστοτε επίμαχο μέτρο για επιτακτικούς λόγους γενικού συμφέροντος (ή, κατά την παλαιότερη νομολογία: δεσμευτικές προϋποθέσεις), αυτό θα πρέπει να τυγχάνει εφαρμογής αδιακρίτως τόσο στα εγχώρια όσο και στα αλλοδαπά προϊόντα, πράγμα που, όπως είδαμε ανωτέρω, δεν ισχύει εν προκειμένω. Πάντως, δεν είμαι σίγουρος αν το Δικαστήριο συνεχίζει να επιδεικνύει την ίδια αυστηρή στάση, ιδίως όταν πρόκειται περί μέτρων τα οποία εισάγουν διακρίσεις πρακτικώς, αλλά όχι νομικώς. Βλ., για παράδειγμα, απόφαση της 30ής Απριλίου 2009, Fachverband der Buch- und Medienwirtschaft (C-531/07, EU:C:2009:276, σκέψεις 22 και 34), καίτοι στην περίπτωση εκείνη το Δικαστήριο δέχθηκε ότι το επίμαχο μέτρο ήταν δυσανάλογο βάσει του επιτακτικού λόγου που συνίσταται στην «προστασία του βιβλίου ως πολιτιστικού αγαθού».

43. Όσον αφορά τους δύο άλλους επιμέρους δικαιολογητικούς λόγους, το Δικαστήριο έχει αναγνωρίσει ότι, κατ' αρχήν, η αιτιολόγηση η οποία στηρίζεται στην «υγεία» αφορά μέτρα τα οποία συνδέονται με την ανάγκη παροχής προσωπικών συμβουλών στον πελάτη και την εξασφάλιση της προστασίας του κατά τη χορήγηση των φαρμάκων, καθώς και με την ανάγκη ελέγχου της εγκυρότητας των ιατρικών συνταγών και εξασφαλίσεως ευρέος και προσαρμοσμένου στις ειδικότερες ανάγκες εφοδιασμού του πληθυσμού σε φάρμακα [38].

2. Αναλογικότητα

44. Με αυτά τα δεδομένα κατά νου, θα ήθελα να εξετάσω την αναλογικότητα του γερμανικού μέτρου σε σχέση με την ανάγκη να διασφαλισθεί ο απρόσκοπτος εφοδιασμός όλης της γερμανικής επικράτειας με φάρμακα, η ποιότητα αυτού του εφοδιασμού και η προστασία των ασθενών. Προς τούτο, θα εξετάσω την καταλληλότητα και την αναγκαιότητα των προσβαλλομένων διατάξεων.

45. Σε γενικές γραμμές, η Γερμανία [39] δεν παρουσιάζει την υπό κρίση υπόθεση ως μια κλασική υπόθεση στην οποία η εφαρμογή των κανόνων περί ελεύθερης κυκλοφορίας των εμπορευμάτων θα είχε καταστροφικές επιπτώσεις για το κράτος μέλος [40]. Το ζήτημα δεν επικεντρώνεται τόσο έντονα στην αμοιβαία αναγνώριση ή την αμοιβαία εμπιστοσύνη [41]. Η επιχειρηματολογία της Γερμανίας είναι πολύ πιο θεμελιώδης: ο ενδεχόμενος υπερβολικός ανταγωνισμός, όσον αφορά τις μειωμένες τιμές φαρμάκων για τους ασθενείς και τον αυξημένο βαθμό ελεύθερης κυκλοφορίας φαρμακευτικών προϊόντων μεταξύ της Γερμανίας και των λοιπών κρατών μελών θα πλήξει την προστασία της δημόσιας υγείας στη Γερμανία. Η αναπόφευκτη ύφεση στην αγορά θα σημάνει τη συγκέντρωση των φαρμακείων σε συγκεκριμένες περιοχές, αφήνοντας έκθετους όσους ζουν απομονωμένοι, όσους αδυνατούν να κινηθούν, τους ευάλωτους και τους ηλικιωμένους.

46. Η Γερμανία εκφράζει τον φόβο ότι, με την αύξηση του ανταγωνισμού, τα παραδοσιακά γερμανικά φαρμακεία λιανικής πωλήσεως, τα οποία διακατέχονται από υψηλό αίσθημα επαγγελματισμού ως προς την παροχή συμβουλών στους καταναλωτές, θα υποχρεωθούν να υποβαθμίσουν την ποιότητα των υπηρεσιών αυτών, προκειμένου να ανταπεξέλθουν στις απαιτήσεις του ανταγωνισμού.

38 — Βλ. αποφάσεις της 11ης Δεκεμβρίου 2003, Deutscher Apothekerverband (C-322/01, EU:C:2003:664, σκέψη 106) και της 11ης Σεπτεμβρίου 2008, Επιτροπή κατά Γερμανίας (C-141/07, EU:C:2008:492, σκέψη 47), όσον αφορά την ελεύθερη κυκλοφορία των εμπορευμάτων. Συνακόλουθα, το Δικαστήριο επέκτεινε αυτό το σκεπτικό και στην ελευθερία εγκαταστάσεως, βλ., για παράδειγμα, αποφάσεις της 19ης Μαΐου 2009, Apothekerkammer des Saarlandes κ.λπ. (C-171/07 και C-172/07, EU:C:2009:316, σκέψη 28), της 1ης Ιουνίου 2010, Blanco Pérez και Chao Gómez (C-570/07 και C-571/07, EU:C:2010:300, σκέψη 64), της 5ης Δεκεμβρίου 2013, Venturini κ.λπ. (C-159/12 έως C-161/12, EU:C:2013:791, σκέψη 42) και της 13ης Φεβρουαρίου 2014, Sokoll-Seebacher (C-367/12, EU:C:2014:68, σκέψη 25).

39 — Βλ., κατ' αντιδιαστολή, τον ισχυρισμό της Γερμανίας ως προς την απαγόρευση πωλήσεων φαρμακευτικών προϊόντων μέσω ταχυδρομείου στην υπόθεση Deutscher Apothekerverband (C-322/01, EU:C:2003:664, σκέψη 80).

40 — Πέραν του ανελέητου ανταγωνισμού ως προς τις τιμές, βλ. ακριβώς κατωτέρω.

41 — Το οποίο, σε κάθε περίπτωση, θα ήταν, κατά την άποψή μου, πολύ δύσκολο να υποστηριχθεί σε μια εποχή στην οποία η αμοιβαία αναγνώριση επαγγελματικών προσόντων, ιδίως αυτών των γιατρών και των φαρμακοποιών, αναγνωρίζεται από την οδηγία 2005/36/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 7ης Σεπτεμβρίου 2005, σχετικά με την αναγνώριση των επαγγελματικών προσόντων (ΕΕ 2005, L 255, σ. 22).

47. Δυσκολεύομαι να αντιληφθώ για ποιον λόγο οι φαρμακοποιοί θα υποβαθμίσουν την ποιότητα των υπηρεσιών που παρέχουν, λόγω της αυξήσεως του ανταγωνισμού. Θα ανέμενα να συμβεί το αντίθετο. Συναφώς, παραπέμπω στον γενικό εισαγγελέα M. Poiares Maduro, ο οποίος με τρόπο διεισδυτικό και κομψό, διατύπωσε ένα παρόμοιο επιχείρημα στο πλαίσιο των συνεκδικασθεισών υποθέσεων Blanco Perez [42].

α) Καταλληλότητα

48. Για να πληρούται η προϋπόθεση της αναλογικότητας, το μέτρο θα πρέπει να είναι, πρωτίστως, κατάλληλο (ή επαρκές ή αρμόζον) [43] για να εξασφαλίσει την υλοποίηση του επιδιωκόμενου σκοπού. Η επίκληση αυτής της καταλληλότητας για την υλοποίηση του επιδιωκόμενου σκοπού εάν το επίμαχο μέτρο πραγματικά ικανοποιεί την ανάγκη να επιτύχει τον σκοπό αυτόν με συνεπή και συστηματικό τρόπο [44]. Γενικότερα, το Δικαστήριο αναγνωρίζει στα κράτη μέλη ευρεία εξουσία εκτιμήσεως ως προς το συγκεκριμένο ζήτημα [45]. Εάν το εθνικό μέτρο ουδόλως επηρεάζει τον δικαιολογητικό λόγο, τούτο σημαίνει ότι το εν λόγω μέτρο δεν είναι κατάλληλο. Το ίδιο ισχύει και για μέτρα τα οποία λαμβάνονται λόγω πρόδηλης πλάνης εκτιμήσεως [46].

i) Απρόσκοπτος εφοδιασμός

49. Η ZBW και η Γερμανική Κυβέρνηση υποστηρίζουν ότι οι επίμαχες διατάξεις είναι κατάλληλες να εξασφαλίσουν τον απρόσκοπτο εφοδιασμό όλης της γερμανικής επικράτειας με φάρμακα.

50. Επιπλέον, το Κοινό Τμήμα, έχοντας κατά νου την εξουσία εκτιμήσεως του εθνικού νομοθέτη, δέχθηκε ότι το σύστημα είναι δικαιολογημένο, καθόσον έκρινε ότι κανένα άλλο εναλλακτικό σύστημα δεν μπορεί εξίσου με το σύστημα καθορισμού των τιμών να αποτρέψει, προς όφελος του αξιόπιστου και ποιοτικού εφοδιασμού του πληθυσμού με φάρμακα, τον κίνδυνο της μειώσεως των τιμών λόγω του ανταγωνισμού, να διασφαλίσει τον απρόσκοπτο εφοδιασμό του συνόλου του πληθυσμού με φάρμακα που χορηγούνται μόνο με ιατρική συνταγή και να μειώσει τον κίνδυνο της εσφαλμένης ή της υπερβολικής χρήσεως των φαρμάκων [47].

42 — Βλ. προτάσεις του γενικού εισαγγελέα M. Poiares Maduro στις συνεκδικασθείσες υποθέσεις Blanco Pérez και Chao Gómez (C-570/07 και C-571/07, EU:C:2009:587, σημείο 26): «[…] δεν υπάρχει, προφανώς, κανένα στοιχείο που να στηρίζει την υπόθεση ότι αυξημένος ανταγωνισμός θα οδηγήσει τους φαρμακοποιούς σε υποβάθμιση της ποιότητας των υπηρεσιών τους. Είμαι δε υποχρεωμένος να επισημάνω, σχετικώς, το αντιφατικό στοιχείο της συλλογιστικής επί της οποίας στηρίζεται σημαντικό μέρος της επιχειρηματολογίας ορισμένων εξ όσων κατέθεσαν παρατηρήσεις και των κρατών μελών. Σε ορισμένες περιπτώσεις, οι φαρμακοποιοί παρουσιάζονται ως έχοντες ως βασικό κίνητρο το οικονομικό κέρδος αφού όλοι επιδιώκουν να ασκήσουν το επάγγελμά τους μόνο σε πυκνοκατοικημένες περιοχές και, εφόσον αντιμετωπίσουν ανταγωνισμό, ως διατεθειμένοι να παραβούν το επαγγελματικό τους καθήκον χάριν του κέρδους. Άλλοτε πάλι, εφόσον κατέχουν «μονοπωλιακή» θέση σε πυκνοκατοικημένη περιοχή, θεωρείται ότι οι φαρμακοποιοί ασκούν την επιχειρηματική τους δραστηριότητα υπακούοντας στο επαγγελματικό τους καθήκον και αφοσιωμένοι πρωτίστως στην παροχή φαρμακευτικών υπηρεσιών υψηλής ποιότητας. Κατά τα υποστηριζόμενα από ορισμένους από τους μετέχοντες στη διαδικασία, ο ανταγωνισμός φαίνεται να μεταμορφώνει ενάρετους επαγγελματίες σε αμαρτωλούς παραβάτες».

43 — Κατά την αντίληψή μου, η αγγλική ορολογία επί του συγκεκριμένου ζητήματος κάνει, αδιακρίτως, χρήση και των τριών όρων. Προσωπικώς, προτιμώ τον όρο «κατάλληλες», ο οποίος εξάλλου είναι ο όρος που χρησιμοποιεί και ο νομοθέτης της Ένωσης στην οδηγία για τις υπηρεσίες, βλ. άρθρο 15, παράγραφος 3, στοιχείο γ', της οδηγίας 2006/123 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 12ης Δεκεμβρίου 2006, σχετικά με τις υπηρεσίες στην εσωτερική αγορά (ΕΕ 2006, L 376, σ. 36). Βλ., επίσης, Barnard, C., «*The substantive law of the EU. The four freedoms*», Oxford University Press, 4η έκδοση, 2013, σ. 177, ο οποίος, στο πλαίσιο του άρθρου 36 ΣΛΕΕ, δέχεται και τους τρεις όρους.

44 — Βλ. αποφάσεις της 21ης Δεκεμβρίου 2011, Επιτροπή κατά Αυστρίας (C-28/09, EU:C:2011:854, σκέψη 126) και της 3ης Μαρτίου 2011, Κακαβέτσος-Φραγκόπουλος (C-161/09, EU:C:2011:110, σκέψη 42), όσον αφορά την ελεύθερη κυκλοφορία των εμπορευμάτων. Βλ., επίσης, αποφάσεις της 19ης Μαΐου 2009, Apothekerkammer des Saarlandes κ.λπ. (C-171/07 και C-172/07, EU:C:2009:316, σκέψη 42) και της 13ης Φεβρουαρίου 2014, Sokoll-Seebacher (C-367/12, EU:C:2014:68, σκέψη 39), όσον αφορά την ελευθερία εγκαταστάσεως και της 16ης Δεκεμβρίου 2010, Josemans (C-137/09, EU:C:2010:774, σκέψη 70), όσον αφορά την ελευθερία παροχής υπηρεσιών.

45 — Βλ. απόφαση της 15ης Σεπτεμβρίου 1994, Houtwipper (C-293/93, EU:C:1994:330, σκέψη 22).

46 — Βλ. απόφαση της 15ης Σεπτεμβρίου 1994, Houtwipper (C-293/93, EU:C:1994:330, σκέψη 22).

47 — Βλ. GmS-OGB, διάταξη της 22ας Αυγούστου 2012, σημείο 50, διαθέσιμη στην ηλεκτρονική διεύθυνση: https://openjur.de/u/617231.html.

51. Κατά την άποψή μου, ο σύνδεσμος μεταξύ του γερμανικού μέτρου και του επιδιωκόμενου σκοπού, ήτοι του απρόσκοπτου εφοδιασμού με φάρμακα, είναι πολύ χαλαρός, η διαπίστωσή μου δε αυτή με οδηγεί στο συμπέρασμα ότι το επίμαχο μέτρο δεν είναι κατάλληλο να εξασφαλίσει την υλοποίηση των επιδιωκόμενων σκοπών, για τους ακόλουθους λόγους.

52. Πρώτον, όπως ορθώς επισημαίνει η Επιτροπή, ο αριθμός των φαρμακείων δεν σημαίνει αυτοδικαίως ότι θα εξασφαλισθεί ισότιμη και καθολική πρόσβαση στα φάρμακα σε όλη τη γερμανική επικράτεια. Ποιος μπορεί να υποστηρίξει με βεβαιότητα ότι, στην περίπτωση που αυξηθεί ο αριθμός των φαρμακείων, οι περιοχές οι οποίες θα εξυπηρετηθούν καλύτερα είναι οι απομονωμένες και/ή αυτές στις οποίες ζουν πολλοί ηλικιωμένοι; Αντιθέτως, ο ανελέητος ανταγωνισμός μεταξύ των φαρμακείων σε επίπεδο τιμών θα μπορούσε να ευνοήσει την καθολική πρόσβαση στα φάρμακα. Υποθέτω ότι, εάν επιτραπεί στα διαδικτυακά φαρμακεία να είναι ανταγωνιστικά, οι απομονωμένες περιοχές θα εξυπηρετηθούν καλύτερα. Άτομα μειωμένης κινητικότητας μπορούν να επωφεληθούν σε μεγάλο βαθμό από τη δυνατότητα να παραγγέλνουν μέσω διαδικτύου και να παραλαμβάνουν τα προϊόντα απευθείας στο σπίτι τους. Ακόμη και αν τα άτομα αυτά δεν είναι εξοικειωμένα με τις υποτιθέμενες ιδιαιτερότητες των παραγγελιών μέσω διαδικτύου, έχουν συνήθως κάποιον που διαθέτει τέτοια εξοικείωση να τους βοηθήσει (νοσηλευτή, τέκνο ή εγγονό, γείτονα κ.λπ.).

53. Δεύτερον, όσον αφορά τα φάρμακα που χορηγούνται μόνο με ιατρική συνταγή, οι ανησυχίες δεν θα πρέπει να επικεντρώνονται τόσο στα φαρμακεία όσο στους ιατρούς. Στη βάση του προβλήματος βρίσκεται η αποκαλούμενη Ländlicher Ärztemangel, ήτοι η έλλειψη ιατρικού προσωπικού, ιδίως σε απομονωμένες περιοχές, και, σίγουρα, όχι ο αριθμός των φαρμακείων. Συνήθως, όπου δεν υπάρχει γιατρός για να συνταγογραφήσει φάρμακα, δεν υπάρχουν και φαρμακεία.

54. Τρίτον, όσον αφορά το πιο λεπτό και ευαίσθητο ζήτημα της χορηγήσεως φαρμάκων σε περιπτώσεις εκτάκτου ανάγκης, υπενθυμίζεται ότι η Γερμανία έχει αντιμετωπίσει το συγκεκριμένο ζήτημα με την έκδοση ενός ειδικού νόμου, ήτοι του Apothekennotdienstsicherstellungsgesetz [48]. Ο νόμος αυτός, ο σκοπός του οποίου έγκειται στη διασφάλιση της καθολικής και απρόσκοπτης προμήθειας φαρμάκων σε όλη την επικράτεια της Γερμανίας, και ιδίως στις αγροτικές περιοχές, σε ωράριο πέραν του κανονικού ωραρίου λειτουργίας, προβλέπει ότι στα φαρμακεία που παρέχουν αυτού του είδους την προμήθεια εκτάκτου ανάγκης θα χορηγείται οικονομική βοήθεια μέσω ενός ταμείου που διαχειρίζεται η Deutscher Apothekerverband. Προς τούτο, επιβάλλεται ειδικό τέλος σε όλα τα φάρμακα που διατίθενται στην αγορά. Εξάλλου, από τα πληροφοριακά στοιχεία που τέθηκαν υπόψη του Δικαστηρίου, συνάγεται ότι και τα φαρμακευτικά προϊόντα που εισάγονται στη Γερμανία υπόκεινται στο εν λόγω τέλος, το οποίο σημαίνει ότι και τα αλλοδαπά φαρμακεία που διαθέτουν τα προϊόντα τους στη γερμανική αγορά εισφέρουν οικονομικά στο σχετικό ταμείο [49].

55. Δυσκολεύομαι να κατανοήσω με ποιον τρόπο μπορούν οι υπό κρίση διατάξεις να προσθέσουν οποιοδήποτε επιπλέον στοιχείο όσον αφορά τη διασφάλιση της απρόσκοπτης προσβάσεως σε φάρμακα.

ii) Ποιότητα του εφοδιασμού

56. Όσον αφορά την ποιότητα του εφοδιασμού, τονίζεται για μια ακόμη φορά ότι μας ενδιαφέρουν μόνον τα φάρμακα που χορηγούνται μόνο με ιατρική συνταγή. Συναφώς, υπενθυμίζω την απόφαση Venturini, όπου το Δικαστήριο έκρινε ότι «[…] ελάχιστη επιρροή ασκεί συναφώς ο αριθμός των καταστημάτων που διαθέτουν προς πώληση τα φάρμακα που χορηγούνται με ιατρική συνταγή, περιλαμβανομένων εκείνων των οποίων το κόστος δεν καλύπτεται από το εθνικό σύστημα υγείας και

48 — Βλ. Gesetz zur Förderung der Sicherstellung des Notdienstes von Apotheken (Apothekennotdienstsicherstellungsgesetz – ANSG) της 15ης Ιουλίου 2013, BGBl. I, σ. 2420, διαθέσιμος στην ηλεκτρονική διεύθυνση: http://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl&jumpTo=bgbl113s2420.pdf.

49 — Βλ. σημείο 5.8 των διαδικαστικών κανόνων του συγκεκριμένου ταμείου, στην ηλεκτρονική διεύθυνση http://www.dav-notdienstfonds.de/wp-content/uploads/2016/02/VERFAHRENSORDNUNG-V-2-0-16_02_03.pdf..

βαρύνει εξ ολοκλήρου τον αγοραστή. Δεδομένου ότι μόνον οι ιατροί μπορούν να συνταγογραφούν τα φάρμακα αυτά, ούτε οι ιδιοκτήτες φαρμακείου ούτε οι ιδιοκτήτες καταστήματος [παραφαρμακευτικών προϊόντων] ασκούν, εν πάση περιπτώσει, άμεση επιρροή επί της ποσότητας των πωλούμενων φαρμάκων και, επομένως, δεν μπορούν να συμβάλουν σε ενδεχόμενη υπερκατανάλωσή τους» [50]. Κατά συνέπεια, η τιμή ενός φαρμάκου δεν ασκεί επιρροή στην ποσότητα των χορηγουμένων μόνο με ιατρική συνταγή φαρμάκων που λαμβάνει ένας ασθενής. Οι φαρμακοποιοί έχουν τα χέρια τους δεμένα.

iii) «Αβεβαιότητα ως προς την ύπαρξη ή την έκταση των κινδύνων για την υγεία του ανθρώπου»

57. Επιπλέον, κρίνεται σκόπιμο να υπενθυμιστεί ότι, εν προκειμένω, η Γερμανία φέρει το βάρος αποδείξεως ως προς την αιτιολόγηση και την αναλογικότητα των επίμαχων μέτρων. Στο κράτος μέλος εναπόκειται να αποδείξει την καταλληλότητα του εκάστοτε επίμαχου μέτρου. Η Γερμανία δεν προσκόμισε κανένα αποδεικτικό στοιχείο προς στήριξη των εθνικών της διατάξεων. Αντίθετα, παραπέμπει στην πάγια νομολογία του Δικαστηρίου, κατά την οποία, «όταν υπάρχει αβεβαιότητα ως προς την ύπαρξη ή την έκταση κινδύνων για την υγεία του ανθρώπου, τα κράτη μέλη μπορούν να λαμβάνουν μέτρα προστασίας χωρίς να οφείλουν να αναμένουν να αποδειχθεί πλήρως το υπαρκτό των εν λόγω κινδύνων». Συναφώς, παραπέμπει επίσης στην αρχή της προφυλάξεως.

58. Η επιχειρηματολογία αυτή χρήζει αναλυτικότερης εξετάσεως.

– Προέλευση: νομολογία σχετικά με την αρχή της προφυλάξεως

59. Πράγματι, το Δικαστήριο καταφεύγει τακτικά στο ως άνω χωρίο. Τούτο δε έχει την προέλευσή του στη σχετική με την αρχή της προφυλάξεως νομολογία. Εξ όσων δύναμαι να γνωρίζω, χρησιμοποιήθηκε για πρώτη φορά από το Δικαστήριο σε σχέση με τα θεσμικά όργανα της Ένωσης το 1998 σε δύο αποφάσεις οι οποίες εκδόθηκαν στο πλαίσιο της κρίσεως της ΣΕΒ [σπογγώδους εγκεφαλοπάθειας βοοειδών] [51]. Έκτοτε, έχει χρησιμοποιηθεί τόσο για τα μέτρα που λαμβάνονται από τα θεσμικά όργανα της Ένωσης όσο και για μέτρα που λαμβάνουν τα κράτη μέλη, κατά παρέκκλιση των κανόνων σχετικά με την ελεύθερη κυκλοφορία. Όλες οι σχετικές υποθέσεις αφορούσαν περιπτώσεις στις οποίες πράγματι εξέλιπε η επιστημονική βεβαιότητα ως προς την ύπαρξη ή την έκταση κινδύνων για την υγεία του ανθρώπου. Κατά κανόνα, οι υποθέσεις αυτές αφορούσαν ζητήματα τα οποία ανέκυπταν στους τομείς των βιταμινών ή άλλως εμπλουτισμένων τροφίμων [52], των νέων τροφίμων [53], των απαιτήσεων επισημάνσεως που εφαρμόζονται σε τρόφιμα ή συστατικά τροφίμων που αποτελούνται ή προέρχονται από ΓΤΟ [γενετικά τροποποιημένους οργανισμούς] [54], και, της ΣΕΒ [55].

60. Υπήρξαν μάλιστα περιπτώσεις στις οποίες ο γενικός εισαγγελέας που είχε επιληφθεί της υποθέσεως επικαλέστηκε στην αρχή της προφυλάξεως, αλλά το Δικαστήριο όχι.

50 — Βλ. απόφαση της 5ης Δεκεμβρίου 2013, Venturini κ.λπ. (C-159/12 έως C-161/12, EU:C:2013:791, σκέψη 57).

51 — Βλ. αποφάσεις της 5ης Μαΐου 1998, National Farmers' Union κ.λπ. (C-157/96, EU:C:1998:191, σκέψη 63), και Ηνωμένο Βασίλειο κατά Επιτροπής (C-180/96, EU:C:1998:192, σκέψη 99): «[π]ρέπει να γίνει δεκτό ότι, οσάκις υφίστανται αμφιβολίες ως προς τη συνδρομή ή τη σημασία κινδύνων για την υγεία των ατόμων, *τα κοινοτικά όργανα* μπορούν να λαμβάνουν μέτρα προστασίας, χωρίς να οφείλουν να αναμένουν να αποδειχθεί πλήρως το υπαρκτό και η σοβαρότητα των εν λόγω κινδύνων». Η υπογράμμιση δική μου.

52 — Απόφαση της 23ης Σεπτεμβρίου 2003, Επιτροπή κατά Δανίας (C-192/01, EU:C:2003:492, σκέψη 49). Βλ., επίσης, προτάσεις του γενικού εισαγγελέα J. Mischo, Επιτροπή κατά Δανίας (C-192/01, EU:C:2002:760, σημείο 102): «[φ]ρονώ, επομένως, ότι ένας *πιθανός* κίνδυνος για τη δημόσια υγεία αρκεί, προκειμένου ένα κράτος μέλος να λάβει μέτρα βάσει του άρθρου [36 ΣΛΕΕ], δυνάμει της αρχής της προλήψεως. Εξάλλου, όσο μεγαλύτερη είναι η επιστημονική αβεβαιότητα τόσο ευρύτερο είναι το περιθώριο διακριτικής ευχέρειας των κρατών μελών, στα οποία επαφίεται η προστασία της δημόσιας υγείας».

53 — Βλ. απόφαση της 9ης Σεπτεμβρίου 2003, Monsanto Agricoltura Italia κ.λπ. (C-236/01, EU:C:2003:431, σκέψη 111).

54 — Απόφαση της 26ης Μαΐου 2005, Codacons και Federconsumatori (C-132/03, EU:C:2005:310, σκέψη 61).

55 — Απόφαση της 12ης Ιανουαρίου 2006, Agrarproduktion Staebelow (C-504/04, EU:C:2006:30, σκέψη 39).

61. Για παράδειγμα, σε υπόθεση με αντικείμενο τις σύνθετες ζωοτροφές, ο γενικός εισαγγελέας A. Tizzano πρότεινε στο Δικαστήριο να μην εφαρμόσει την αρχή της προφυλάξεως και διευκρίνισε ότι η επίμαχη σε εκείνη την υπόθεση οδηγία της Ένωσης, ήτοι η οδηγία 2002/2/ΕΚ[56], «[δ]εν αποτελεί προσωρινό ιδιαίτερο μέτρο διαχείρισης του κινδύνου που απαγορεύει ορισμένα προϊόντα ή ορισμένες πρακτικές σχετικά με το επικίνδυνο των οποίων υπάρχουν επιστημονικές αμφιβολίες. Πρόκειται αντιθέτως για κανονιστική πράξη γενικής εφαρμογής η οποία με σκοπό να βελτιώσει το επίπεδο προστασίας της δημόσιας υγείας (βλ. αιτιολογικές σκέψεις 4 και 5) [εναρμονίζει] τους κανόνες επισήμανσης των ζωοτροφών κατά τρόπο αυστηρότερο από ό,τι στο παρελθόν»[57]. Το Δικαστήριο δέχθηκε το σκεπτικό του γενικού εισαγγελέα και έκρινε ότι η επίμαχη οδηγία δεν ήταν δυσανάλογη, χωρίς καν να μνημονεύσει την αρχή της προφυλάξεως[58].

– Επέκταση στα φαρμακεία

62. Το 2009 η νομολογία του Δικαστηρίου μεταστράφηκε. Αρχικώς, το Δικαστήριο έκανε λόγο για «αβεβαιότητα ως προς την ύπαρξη ή την έκταση του κινδύνου για την ανθρώπινη υγεία» και σε περιπτώσεις διαφορετικές από αυτές που παρατέθηκαν ανωτέρω.

63. Η υπόθεση Επιτροπή κατά Ιταλίας αφορούσε, αφενός, νομοθετικές ρυθμίσεις οι οποίες περιόριζαν το δικαίωμα λειτουργίας ιδιωτικών φαρμακείων λιανικής πωλήσεως σε φυσικά πρόσωπα τα οποία ήταν πτυχιούχοι φαρμακευτικών σχολών και σε διαχειριστικές εταιρίες τα μέλη των οποίων ήταν αποκλειστικά φαρμακοποιοί και, αφετέρου, νομοθετικές διατάξεις βάσει των οποίων απαγορευόταν στις επιχειρήσεις που δραστηριοποιούνταν στη διανομή φαρμάκων (επιχειρήσεις διανομών) να μετάσχουν στη μετοχική σύνθεση εταιριών οι οποίες εκμεταλλεύονται δημοτικά φαρμακεία[59]. Οι συνεκδικασθείσες υποθέσεις Apothekerkammer des Saarlandes κ.λπ. αφορούσαν εθνικές νομοθετικές ρυθμίσεις οι οποίες περιόριζαν το δικαίωμα ιδιοκτησίας φαρμακείων αποκλειστικά και μόνο σε φαρμακοποιούς[60].

64. Και στις δύο αυτές υποθέσεις, το Δικαστήριο, παραπέμποντας στη νομολογία σχετικά με την αρχή της προφυλάξεως, χρησιμοποίησε την προαναφερθείσα διατύπωση. Πάντως, δεν έκανε καμία περαιτέρω μνεία σε αυτή καθαυτήν την αρχή της προφυλάξεως.

65. Ωστόσο, το Δικαστήριο προέβη σε μια σημαντική διευκρίνιση, επισημαίνοντας επιπλέον τα εξής: (1) τα κράτη μέλη μπορούν να λαμβάνουν μέτρα τα οποία περιορίζουν, στο μέτρο του δυνατού, κινδύνους για τη δημόσια υγεία, στους οποίους περιλαμβάνεται, ειδικότερα, ενδεχόμενος κίνδυνος για τον ασφαλή και με ποιοτικά εχέγγυα εφοδιασμό του πληθυσμού με φάρμακα[61]· (2) πρέπει να υπογραμμισθεί ο όλως ιδιάζων χαρακτήρας των φαρμάκων, δεδομένου ότι οι θεραπευτικές ιδιότητες αυτών τα διαφοροποιούν ουσιαστικά από τα λοιπά προϊόντα[62]· (3) οι θεραπευτικές αυτές ιδιότητες έχουν ως αποτέλεσμα ότι, σε περίπτωση που τα φάρμακα λαμβάνονται χωρίς λόγο ή κατά τρόπο μη σύμφωνο με τις οδηγίες, ενδέχεται να προκαλέσουν σοβαρή βλάβη της υγείας, χωρίς ο ασθενής να είναι σε θέση να το αντιληφθεί κατά τη χορήγηση των φαρμάκων[63]· (4) η υπερβολική λήψη φαρμάκων ή η λήψη φαρμάκων κατά τρόπο μη σύμφωνο με τις οδηγίες συνεπάγεται σπατάλη

56 — Οδηγία 2002/2/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 28ης Ιανουαρίου 2002, για την τροποποίηση της οδηγίας 79/373/ΕΟΚ του Συμβουλίου περί κυκλοφορίας των σύνθετων ζωοτροφών και για την κατάργηση της οδηγίας 91/357/ΕΟΚ της Επιτροπής (ΕΕ 2002, L 63, σ. 23).

57 — Προτάσεις του γενικού εισαγγελέα A. Tizzano στην υπόθεση ABNA κ.λπ. (C-453/03, EU:C:2005:202, σημείο 129).

58 — Βλ. απόφαση της 6ης Δεκεμβρίου 2005, ABNA κ.λπ. (C-453/03, C-11/04, C-12/04 και C-194/04, EU:C:2005:741, σκέψεις 57 επ.).

59 — Βλ. απόφαση της 19ης Μαΐου 2009, Επιτροπή κατά Ιταλίας (C-531/06, EU:C:2009:315).

60 — Βλ. απόφαση της 19ης Μαΐου 2009, Apothekerkammer des Saarlandes κ.λπ. (C-171/07 και C-172/07, EU:C:2009:316).

61 — Βλ. αποφάσεις της 19ης Μαΐου 2009, Επιτροπή κατά Ιταλίας (C-531/06, EU:C:2009:315, σκέψη 54), και Apothekerkammer des Saarlandes κ.λπ. (C-171/07 και C-172/07, EU:C:2009:316, σκέψη 30).

62 — Βλ. αποφάσεις της 19ης Μαΐου 2009, Επιτροπή κατά Ιταλίας (C-531/06, EU:C:2009:315, σκέψη 55), και Apothekerkammer des Saarlandes κ.λπ. (C-171/07 και C-172/07, EU:C:2009:316, σκέψη 31).

63 — Βλ. αποφάσεις της 19ης Μαΐου 2009, Επιτροπή κατά Ιταλίας (C-531/06, EU:C:2009:315, σκέψη 56) και Apothekerkammer des Saarlandes κ.λπ. (C-171/07 και C-172/07, EU:C:2009:316, σκέψη 32).

οικονομικών πόρων, η οποία είναι ακόμη πιο επιζήμια αν ληφθεί υπόψη το γεγονός ότι ο φαρμακευτικός τομέας συνεπάγεται σημαντικά έξοδα και πρέπει να ανταποκρίνεται σε αυξανόμενες ανάγκες, ενώ οι διαθέσιμοι για την υγειονομική περίθαλψη οικονομικοί πόροι είναι πεπερασμένοι, ασχέτως του τρόπου χρηματοδοτήσεως [64].

66. Στο πλαίσιο των ανωτέρω υποθέσεων, το Δικαστήριο δέχθηκε ότι, λόγω των προηγουμένων διαπιστώσεων, τα κράτη μέλη μπορούν να επιβάλλουν στα πρόσωπα στα οποία ανατίθεται η λιανική διανομή των φαρμάκων αυστηρές προϋποθέσεις όσον αφορά τον τρόπο διαθέσεώς τους στο εμπόριο και την επίτευξη κερδών [65].

67. Στην απόφαση Blanco Pérez και Chao Gómez, το Δικαστήριο δεν επανέλαβε καν τις διαπιστώσεις που παρατέθηκαν στο προηγούμενο σημείο των προτάσεών μου, πλην μιας. Απαντώντας στο ερώτημα που του υποβλήθηκε ως προς τα όρια της ρυθμιστικής παρεμβάσεως των κρατών μελών, προκειμένου να αποτρέπουν τη συγκέντρωση φαρμακείων σε συγκεκριμένες περιοχές της επικράτειάς τους, το Δικαστήριο επανέλαβε τα ανωτέρω [66] και στη συνέχεια προσέθεσε ότι, ενόψει του κινδύνου ορισμένες περιοχές τους να μη διαθέτουν επαρκή αριθμό φαρμακείων, τα κράτη μέλη μπορούν να θεσπίζουν ρυθμίσεις που να προβλέπουν την ίδρυση φαρμακείου ανά ορισμένο αριθμό κατοίκων [67].

68. Στην απόφαση Venturini, το Δικαστήριο επανέλαβε αυτή του τη διαπίστωση [68].

– Εν προκειμένω: ουδεμία αβεβαιότητα ως προς την ύπαρξη ή την έκταση κινδύνων για την υγεία του ανθρώπου

69. Η μεταφορά της εν λόγω νομολογίας και σε αποφάσεις που αφορούσαν τα φαρμακεία από το έτος 2009 και έπειτα είναι ατυχής, διότι προκαλεί σύγχυση όσον αφορά την προέλευση της εν λόγω νομολογίας και το ακριβές περιεχόμενο της αρχής της προφυλάξεως: διαχείριση του κινδύνου στο πλαίσιο της επιστημονικής αβεβαιότητας. Η αρχή της προφυλάξεως έχει εφαρμογή τόσο στην περίπτωση που η έκταση ενός κινδύνου *είναι αβέβαιη* όσο και στην περίπτωση που *αμφισβητείται* αυτή καθαυτήν η *ύπαρξη του κινδύνου*. Όμως, δεν έχει εφαρμογή όταν η αβεβαιότητα αφορά την αποτελεσματικότητα μιας πολιτικής επιλογής η οποία αποσκοπεί στην πρόληψη ήδη διαπιστωμένου κινδύνου [69]. Η προφύλαξη επ' ουδενί δεν πρέπει να συγχέεται με την πρόληψη. Η δεύτερη αυτή έννοια δεν περιλαμβάνει το στοιχείο της αβεβαιότητας ως προς την ύπαρξη ή την έκταση κινδύνου. Στην πρόληψη, ο κίνδυνος έχει ήδη διαπιστωθεί [70].

70. Πάντως, οι προαναφερθείσες υποθέσεις του 2009 και εντεύθεν αφορούσαν τα φαρμακεία και δεν συνεπάγονται καμία επιστημονική αβεβαιότητα ως προς τον κίνδυνο που ενδέχεται να προκύψει για την υγεία λόγω της εσφαλμένης ή της υπερβολικής χρήσεως φαρμάκων. Εξάλλου, τέτοιου είδους προϊόντα διατίθενται ήδη στην αγορά, έχοντας πρώτα υποστεί αυστηρές διαδικασίες εμπορικής κυκλοφορίας. Η αβεβαιότητα περιορίζεται στην αποτελεσματικότητα του εκάστοτε ληφθέντος μέτρου.

64 — Βλ. αποφάσεις της 19ης Μαΐου 2009 Επιτροπή κατά Ιταλίας (C-531/06, EU:C:2009:315, σκέψη 57) και Apothekerkammer des Saarlandes κ.λπ. (C-171/07 και C-172/07, EU:C:2009:316, σκέψη 33).

65 — Βλ. αποφάσεις της 19ης Μαΐου 2009 Επιτροπή κατά Ιταλίας (C-531/06, EU:C:2009:315, σκέψη 58) και Apothekerkammer des Saarlandes κ.λπ. (C-171/07 και C-172/07, EU:C:2009:316, σκέψη 34).

66 — Βλ. απόφαση της 1ης Ιουνίου 2010, Blanco Pérez και Chao Gómez (C-570/07 και C-571/07, EU:C:2010:300, σκέψη 74).

67 — Βλ. απόφαση της 1ης Ιουνίου 2010, Blanco Pérez και Chao Gómez (C-570/07 και C-571/07, EU:C:2010:300, σκέψεις 75 και 76). Αντιθέτως, οι δηλώσεις αυτές δεν υπάρχουν στις προτάσεις του γενικού εισαγγελέα M. Poiares Maduro επ' αυτών των συνεκδικασθεισών υποθέσεων (C-570/07 και C-571/07, EU:C:2009:587).

68 — Βλ. απόφαση της 5ης Δεκεμβρίου 2013, Venturini κ.λπ. (C-159/12 έως C-161/12, EU:C:2013:791, σκέψη 60).

69 — Βλ. Alemanno, A., «The Precautionary principle», σε Baudenbacher, C. (επιμ.), *The Handbook of EEA Law*, Springer, 2016, σ. 839 έως 851, σ. 848.

70 — Βλ. Alemanno, A., «Le principe de précaution en droit communautaire: stratégie de gestion des risques ou risqué d'atteinte au Marché intérieur?», σε *Revue du droit de l'Union européenne*, 2001, σ. 917 έως 953, σ. 929.

71. Ως εκ τούτου, η αρχή της προφυλάξεως ουδόλως ασκεί επιρροή στην έκβαση της υπό κρίση υποθέσεως. Κατά συνέπεια, είμαι της γνώμης ότι παρέλκει για το Δικαστήριο η εξέταση της επιχειρηματολογίας που στηρίζεται στη φράση «αβεβαιότητα ως προς την ύπαρξη ή την έκταση των κινδύνων για την υγεία του ανθρώπου».

iv) Βάρος αποδείξεως

72. Όπως προαναφέρθηκε, τα κράτη μέλη είναι αυτά που φέρουν το βάρος αποδείξεως του κατά πόσον τα μέτρα που στηρίζονται στο άρθρο 36 ΣΛΕΕ είναι δικαιολογημένα. Τούτο αποτελεί πάγια νομολογία του Δικαστηρίου[71]. Όπως πολύ εύγλωττα σημειώνει ενδεικτικά η έγκυρη σχετική νομική βιβλιογραφία επί του συγκεκριμένου ζητήματος, «το Δικαστήριο […] δεν απείχε από την εφαρμογή αυτού του κανόνα ακόμη και σε περιπτώσεις στις οποίες διακυβεύονταν η ανθρώπινη ζωή»[72]. Επιπλέον, ο εν λόγω κανόνας έχει εφαρμογή τόσο στο πλαίσιο των αιτήσεων προδικαστικών αποφάσεων όσο και στις διαδικασίες με αντικείμενο παράβαση κράτους μέλους. Με την πάροδο των ετών, το Δικαστήριο έχει καταστήσει σαφές ότι η εν λόγω αρχή επιβάλλει ειδικές υποχρεώσεις στα κράτη μέλη. Έχει δε αποφανθεί ότι ο κίνδυνος «[…] πρέπει να αξιολογείται όχι βάσει σκέψεων γενικού χαρακτήρα, αλλά βάσει καταλλήλων επιστημονικών ερευνών»[73].

73. Στις μέρες μας, το Δικαστήριο χρησιμοποιεί συχνά την εξής διατύπωση: «[ο]ι δικαιολογητικοί λόγοι που μπορούν να προβληθούν από κράτος μέλος πρέπει να συνοδεύονται από ανάλυση της καταλληλότητας και της αναλογικότητας του μέτρου που λαμβάνεται από το κράτος μέλος αυτό, καθώς και από τα συγκεκριμένα στοιχεία που μπορούν να στηρίξουν την επιχειρηματολογία του»[74].

74. Τέτοιου είδους αποδεικτικά στοιχεία δεν τέθηκαν υπόψη του Δικαστηρίου.

75. Ως εκ τούτου, οι υπό κρίση γερμανικές διατάξεις δεν μπορεί να γίνει δεκτό ότι είναι κατάλληλες για την υλοποίηση του σκοπού της προστασίας της δημόσιας υγείας.

β) Αναγκαιότητα

76. Κατόπιν του συμπεράσματός μου ότι οι γερμανικές διατάξεις δεν είναι κατάλληλες για την υλοποίηση του επιδιωκόμενου σκοπού, θα είμαι πολύ πιο συνοπτικός όσον αφορά το ζήτημα της αναγκαιότητας.

77. Όπως επισημαίνει η DPV, πριν τη θέσπιση των επίμαχων νομοθετικών διατάξεων, η Γερμανική Κυβέρνηση είχε, για κάποιο χρονικό διάστημα, καθιερώσει ένα σύστημα το οποίο προέβλεπε *ανώτατες* αντί για *καθορισμένες* τιμές. Από τη σκοπιά των φαρμακείων που αποστέλλουν τα προϊόντα τους μέσω ταχυδρομείου και της ελεύθερης κυκλοφορίας των φαρμάκων σε όλη την επικράτεια της Ένωσης, ένα τέτοιο μέτρο είναι σαφώς λιγότερο περιοριστικό, καθόσον επιτρέπει στα διαδικτυακά φαρμακεία να καταστούν ανταγωνιστικά ως προς τις τιμές τους.

78. Προφανώς, στόχος του Δικαστηρίου δεν είναι να επεμβαίνει στις εθνικές πολιτικές και δημοκρατικές διαδικασίες ούτε να προεξοφλεί συγκεκριμένες πολιτικές επιλογές. Ωστόσο, αρκεί απλώς να σημειωθεί ότι, κατά τα φαινόμενα, υπάρχουν άλλα μέτρα τα οποία θα μπορούσαν να είχαν ληφθεί αντί του καθορισμού των τιμών.

71 — Βλ., ήδη από την απόφαση Denkavit Futtermittel (251/78, EU:C:1979:252, σκέψη 24). Βλ., επίσης, απόφαση της 23ης Δεκεμβρίου 2015, Scotch Whisky Association κ.λπ. (C-333/14, EU:C:2015:845, σκέψη 53).

72 — Βλ. Enchelmaier, S., σε Oliver, P. (επιμ.), «Oliver on free movement of goods in the European Union», 5η έκδοση, εκδόσεις Hart, Οξφόρδη, 2010, σημείο 8.13.

73 — Βλ. απόφαση της 14ης Ιουλίου 1994, van der Veldt (C-17/93, EU:C:1994:299, σκέψη 17).

74 — Βλ., επί παραδείγματι, όσον αφορά την προστασία της υγείας στο πλαίσιο του άρθρου 36 ΣΛΕΕ: αποφάσεις της 26ης Απριλίου 2012, ANETT (C-456/10, EU:C:2012:241, σκέψη 50), και της 7ης Ιουνίου 2007, Επιτροπή κατά Βελγίου (C-254/05, EU:C:2007:319, σκέψη 36). Βλ., επίσης, απόφαση της 15ης Νοεμβρίου 2007, Επιτροπή κατά Γερμανίας (C-319/05, EU:C:2007:678, σκέψη 88).

γ) Πρόσθετες παρατηρήσεις ως προς την αναλογικότητα

79. Τέλος, όσον αφορά την αναλογικότητα, κρίνεται σκόπιμο το σκεπτικό που αναπτύχθηκε στις παρούσες προτάσεις να τεθεί στο πλαίσιο μιας περιόδου/αποσπάσματος της πρώτης αποφάσεως του Δικαστηρίου που εξέδωσε το Δικαστήριο σχετικά με την DocMorris. Όπως είναι γνωστό, στη σκέψη 119 εκείνης της αποφάσεως, το Δικαστήριο είχε διαπιστώσει ότι «[…] η ανάγκη να είναι δυνατή η αποτελεσματική και υπεύθυνη εξακρίβωση της εγκυρότητας των συνταγών που παρέχουν οι ιατροί και η ανάγκη εξασφαλίσεως με τον τρόπο αυτό της χορηγήσεως του φαρμάκου είτε στον ίδιο τον πελάτη είτε σε άτομο στο οποίο ο τελευταίος έχει αναθέσει την αγορά του φαρμάκου μπορεί να δικαιολογεί μιαν απαγόρευση πωλήσεως δι' αλληλογραφίας»[75]. Επί τη βάσει αυτού του αποσπάσματος τίθεται το εξής εύλογο ερώτημα: είναι δυνατόν να δικαιολογείται μια τέτοιου είδους απαγόρευση ενώ παράλληλα υποστηρίζεται η ακαταλληλότητα ενός μέτρου το οποίο συνιστά το «μικρότερο κακό» από τη σκοπιά της εσωτερικής αγοράς;

80. Η απάντηση σε αυτό το ερώτημα είναι καταφατική.

81. Αφ' ης στιγμής ένα κράτος μέλος έχει αποφασίσει, οικειοθελώς, να επιτρέπει την ταχυδρομική πώληση φαρμάκων τα οποία χορηγούνται μόνο με ιατρική συνταγή, το συγκεκριμένο μέτρο πρέπει να εξετασθεί, αυτοτελώς ως προς την καταλληλότητα, τη συνοχή και τη συνέπειά του. Εάν τούτο δεν συμβεί, τότε κάθε κράτος μέλος, απλώς και μόνο λόγω του γεγονότος ότι έχει επιτρέψει αυτού του είδους τις πωλήσεις, έχει τη δυνατότητα να λειτουργεί *εν λευκώ*, χωρίς οποιαδήποτε δυνατότητα δικαστικού ελέγχου, ενώ οι αλλοδαποί οικονομικοί φορείς ουδόλως επωφελούνται των ουσιαστικών δικαιωμάτων που αποτυπώνονται στις θεμελιώδεις ελευθερίες, και ειδικότερα (εν προκειμένω) στο άρθρο 34 ΣΛΕΕ.

V – **Πρόταση**

82. Υπό το πρίσμα των ανωτέρω παρατηρήσεων, προτείνω στο Δικαστήριο να απαντήσει στα προδικαστικά ερωτήματα που υπέβαλε το Oberlandesgericht Düsseldorf (Ανώτερο Περιφερειακό Δικαστήριο του Düsseldorf) ως εξής:

Τα άρθρα 34 και 36 ΣΛΕΕ δεν επιτρέπουν την προβλεπόμενη από την εθνική νομοθεσία θέσπιση συστήματος καθορισμού ενιαίων τιμών για φάρμακα τα οποία χορηγούνται μόνο με ιατρική συνταγή, όπως αυτό που προβλέπεται από το άρθρο 78 του γερμανικού Arzneimittelgesetz σε συνδυασμό με τη γερμανική Arzneimittelpreisverordnung.

75 — Απόφαση της 11ης Δεκεμβρίου 2003, Deutscher Apothekerverband (C-322/01, EU:C:2003:664, σκέψη 119).