Kohtulahendite kogumik

KOHTUJURISTI ETTEPANEK
MACIEJ SZPUNAR
esitatud 2. juunil 2016[1]

Kohtuasi C-148/15

Deutsche Parkinson Vereinigung eV
versus
Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV

(eelotsusetaotlus, mille on esitanud Oberlandesgericht Düsseldorf (Düsseldorfi kõrgeim piirkondlik kohus, Saksamaa))

Kaupade vaba liikumine — ELTL artiklid 34 ja 36 — Retseptiravimite riiklikult fikseeritud hinnad — Koguselise piiranguga samaväärse toimega meede — Müügitingimus — Põhjendatus rahvatervise kaitse kaalutlustel

I. Sissejuhatus

1. Euroopa Kohus käsitles ELTL artiklit 36[2] puudutavaid küsimusi enne vahetu õigusmõju või ülimuslikkuse küsimusi.[3] Vaba liikumisega seotud liidu huvide ja mittemajanduslikke avaliku poliitika eesmärke taotlevate liikmesriikide huvide kaalumine on keeruline ülesanne, mis ei ole aja jooksul lihtsustunud. Vastupidi, samad õigusküsimused kerkivad uuesti esile teistsuguste faktiliste asjaolude kontekstis. Käesolev kohtuasi annab tunnistust sellest, et aluslepingu sätted, mis käsitlevad siseturgu ja eelkõige kaupade vaba liikumist, on endiselt ELi õigusliku ja majandusliku ülesehituse keskmes.

2. Käesolev eelotsusetaotlus, mille esitas Oberlandesgericht Düsseldorf (Düsseldorfi kõrgeim piirkondlik kohus), kes soovib teada, kas ELTL artiklitega 34 ja 36 on kooskõlas süsteem, mille kohaselt võib retseptiravimitele kehtestada ühtse hinna, on hea näide kaupade vaba liikumist käsitlevate sätete tähtsusest.

3. Peale selle näitab see kohtuasi vähem ilmsemal viisil taas kord eelotsusemenetluse olulisust. Seoses kahe Saksamaa kõrgeima kohtu – Bundessozialgericht'i (Saksamaa Liitvabariigi kõrgeim sotsiaalasjade kohus) ja Bundesgerichtshof'i (Saksamaa Liitvabariigi kõrgeim üldkohus) lahkneva kohtupraktikaga, mis puudutab kõnealuste õigusnormide seaduslikkust ELTL artiklite 34 ja 36 alusel, leidis Saksamaa

1 — Algkeel: inglise.

2 — Enne EÜ artikkel 30 (Amsterdami leping) ja EMÜ artikkel 36 (Rooma leping).

3 — Esimene kohtuotsus ELTL (tollal EMÜ) artikli 36 kohta – komisjon *vs.* Itaalia (7/61, EU:C:1961:31) – tehti 19. detsembril 1961, samal ajal kui kohtuotsus van Gend & Loos (26/62, EU:C:1963:1) tehti 5. veebruaril 1963 ja kohtuotsus Costa (6/64, EU:C:1964:66) 15. juulil 1964.

Liitvabariigi kõrgeimate kohtute ühine kolleegium,[4] et need sätted on kooskõlas liidu õigusega.[5] Käesolev asi ei oleks kunagi jõudnud Euroopa Kohtusse, kui ei oleks Oberlandesgericht Düsseldorfi (Düsseldorfi kõrgeim piirkondlik kohus), kes minu arvates õigesti kahtleb nende õigusnormide kooskõlas.

4. Lõpetuseks tuleks asju nimetada õige nimega: see on kolmas kord, mil Euroopa Kohtul palutakse hinnata Saksamaa meetme kooskõla liikumisvabadust käsitlevate aluslepingu sätetega seoses Madalmaade apteegi DocMorris'e püüdlustega pääseda Saksamaa turule. Esimesel korral, kohtuasjas Deutscher Apothekerverband eV *vs*. 0800 DocMorris NV ja Jacques Waterval,[6] paluti Euroopa Kohtul hinnata, kas Saksamaa kehtestatud keeld müüa posti teel ravimeid, mida on lubatud müüa üksnes asjaomase liikmesriigi apteekides, on kooskõlas ELTL artiklitega 34 ja 36. Euroopa Kohus leidis, et kuigi kõnealune meede on samaväärse toimega meede ELTL artikli 34 tähenduses, võib Saksamaal retsepti alusel müüdavate ravimite, kuid mitte käsimüügiravimite puhul tugineda ELTL artiklile 36. Teine kohtuasi, liidetud kohtuasjad Apothekerkammer des Saarlandes jt *vs*. Saarland, Ministerium für Justiz, Gesundheit und Soziales (C-171/07) ja Helga Neumann-Seiwert *vs*. Saarland, Ministerium für Justiz, Gesundheit und Soziales (C-172/07),[7] käsitles küsimust, kas asutamisvabadust puudutavate aluslepingu sätetega[8] on vastuolus sellised Saksa õigusnormid, mis ei luba proviisori kutseta isikutel omada ja hallata apteeke (Fremdbesitzverbot'i nimeline põhimõte). Euroopa Kohus leidis, et asutamisvabadus *ei* keela Fremdbesitzverbot'i põhimõtte kohaldamist.

5. Esimese DocMorrise kohtuasja järel muutis Saksamaa oma õigusnorme ja andis loa müüa posti teel nii käsimüügiravimeid kui ka retseptiravimeid. Euroopa Kohtule esitatud teabest ilmneb, et vähemalt mõnda aega puudusid Saksamaal eeskirjad teistest liikmesriikidest imporditud retseptiravimite ühtsete hindade kohta. Hiljem kohaldati neid eeskirju ka selliste toodete suhtes. Järgmisena käsitlen õiguslikku raamistikku.

II. Õiguslik raamistik

A. *Saksa ravimiseadus*

6. Saksa ravimiseaduse (Arzneimittelgesetz; edaspidi „AMG") § 78 lõike 1 esimene lause näeb ette järgmist:

„Saksamaa Liitvabariigi majandus- ja tehnoloogiaministeeriumil (Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie) on õigus […]

1. määrata kindlaks hulgimüüjate, apteekide ja edasimüügi teel veterinaaride poolt müüdavate ravimite hinnavahemikud […]"

4 — Ühine kolleegium, mis on ette nähtud Saksa põhiseaduse (Grundgesetz) § 95 lõikes 3 ja mille eesmärk on selle sätte kohaselt „tagada [Saksa kõrgeimate kohtute] otsuste ühtsus", on ajutine organ, mis kutsutakse kokku üksnes sellises erakorralises olukorras, mil Saksa kõrgeimate kohtute praktika lahkneb. Ühine kolleegium teeb sel juhul siduva otsuse. Tema konkreetsed ülesanded ja koosseis on sätestatud 19. juuni 1968. aasta seaduses Gesetz zur Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe des Bundes (*Bundesgesetzblatt*, edaspidi „*BGBl.*", I, lk 661–664).

5 — Vt 22. augusti 2012. aasta kohtumäärus GmS-OGB, kättesaadav aadressil: https://openjur.de/u/617231.html. See otsus, mis on viimane ühise kolleegiumi tehtud otsus, on tegelikult selle organi neljateistkümnes otsus alates selle asutamisest 1968. aastal, vt https://openjur.de/gericht_e-235-0-ed-desc.html.

6 — 11. detsembri 2003. aasta kohtuotsus Deutscher Apothekerverband (C-322/01, EU:C:2003:664).

7 — 19. mai 2009. aasta kohtuotsus Apothekerkammer des Saarlandes jt (C-171/07 ja C-172/07, EU:C:2009:316).

8 — ELTL artiklid 49 ja 54.

7. AMG § 78 lõige 2 on sõnastatud järgmiselt:

„Hinnad ja hinnavahemikud peavad arvesse võtma ravimite tarbijate, veterinaaride, apteekide ja hulgimüüjate õigustatud huve. Selliste apteegis müüdavate ravimite puhul, mida ei saa turustada väljaspool apteeke, tuleb tagada ühtne hind. […]“

8. Kuna Saksamaa kõrgeimate kohtute praktika lahknes küsimuses, kas viidatud õigusnorm on kohaldatav ka retseptiravimite suhtes, mida mõnes muus liikmesriigis asutatud apteegid müüvad posti teel, lisas Saksamaa seadusandja 19. oktoobri 2012. aasta seadusega [9] AMG § 78 lõikesse 1 järgmise lause: „Esimese lause põhjal vastu võetud ravimite hinda reguleeriv määrus (Arzneimittelpreisverordnung) on kohaldatav ka ravimitele, mis tuuakse käesoleva seaduse kohaldamisalasse kooskõlas § 73 lõike 1 esimese lause punktiga 1a.“ Viidatud AMG § 73 lõike 1 esimese lause punkt 1a puudutab ravimeid, mida tarnib mõnes muus liikmesriigis asutatud apteek Saksamaal asuvatele lõpptarbijatele postimüügi kaudu.

9. Peale selle, võttes arvesse Saksamaa kõrgeimate kohtute lahknevat kohtupraktikat, otsustas Saksamaa Liitvabariigi kõrgeimate kohtute ühine kolleegium 22. augusti 2012. aasta otsusega, et samamoodi tuleb tõlgendada ka AMG varasemat redaktsiooni.

B. *Saksamaa ravimite hinda reguleeriv määrus*

10. Saksamaa ravimite hinda reguleeriv määrus (Arzneimittelpreisverordnung) näeb käesolevas asjas huvipakkuvas osas ette, et tootja peab kindlaks määrama ravimi hinna (§ 1), millele lisandub hulgimüüja hinnalisand (§ 2) ja apteegi hinnalisand (§ 3). Vabamüügiravimite suhtes kõnealune määrus ei kehti. Ravimiseaduse (Heilmittelgesetz) § 7 lõike 1 punkt 2 keelab lisaks allahindluste tegemise.

III. Faktilised asjaolud, menetlus ja eelotsuse küsimused

11. Deutsche Parkinson Vereinigung eV (Saksa Parkinsoniliit; edaspidi „DPV“) on registreeritud ühinguna asutatud eneseabiorganisatsioon, mille eesmärk on parandada Parkinsoni tõbe põdevate patsientide ja nende perekondade olukorda. DVP teavitas enda ja Madalmaade postimüügiapteegi DocMorrise koostööd reklaamiva kirjaga 2009. aasta juulis oma liikmeid boonussüsteemist, mis pakub DVP liikmetele mitmesuguseid boonuseid, kui nad ostavad teatavaid apteekides müüdavaid Parkinsoni tõve ravimiseks mõeldud retseptiravimeid DocMorriselt.

12. Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV (kõlvatu konkurentsi vastase võitluse keskus; edaspidi „ZBW“), kõlvatu konkurentsi vastase võitluse assotsiatsioon, peab kõnealust reklaami vastavalt kõlvatu konkurentsi vastase seaduse (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb; edaspidi „UWG“) § 4 punktile 11 koostoimes AMG varasema redaktsiooni §-ga 78 ja ravimite hinda reguleeriva määruse §-dega 1 ja 3 ja nüüd AMG uue, muudetud redaktsiooni § 78 lõike 1 neljanda lausega ebaausaks, kuna reklaamitud boonussüsteem rikub apteekidele seadusega kehtestatud ühtse müügihinna fikseerimise nõuet.

13. Landgericht (esimese astme kohus) rahuldas ZBW hagi ja keelas DPV-l konkurentsitingimustes tegutsemise raames reklaamida postimüügiapteegiga DocMorris koostööd tehes viimase boonussüsteemi, nagu DPV oli seda teinud kohtuvaidluse põhjustanud kirjaga. Landgericht põhjendas oma otsust sellega, et tegevusest hoidumise nõue on põhjendatud, kuna DPV rikkus vaidluse esemeks oleva kirjaga UWG § 8 lõike 3 punkti 2, § 3, § 4 punkti 11 koostoimes AMG §-ga 78 ja ravimite hinda

9 — Vt § 1 punkt 62, Zweites Gesetz zur Änderung arzneimittelrechtlicher und anderer Vorschriften, 19. oktoober 2012, *BGBl.* I, lk 2192–2227 (lk 2212).

reguleeriva määruse §-dega 1 ja 3. Ta leidis, et kirja tuleb pidada DPV ebaausaks äritegevuseks, kuna reklaamitud boonussüsteem on konkurentsiõigusnormidega keelatud. Kõnealune sooduskord kehtis juba vaidlustatud tegevuse toimepanemise ajal ka ravimite suhtes, mida tarnis DocMorris, kes ei asu Saksamaa territooriumil. AMG 26. oktoobri 2012. aasta redaktsiooni § 78 lõike 1 neljandast lausest tulenevalt kehtib praegu see kord.

14. DPV esitas selle otsuse peale apellatsioonkaebuse, milles ta jääb oma nõude juurde jätta ZBW hagi rahuldamata.

15. Selle menetluse kontekstis esitas Oberlandesgericht Düsseldorf (Düsseldorfi kõrgeim piirkondlik kohus) 24. märtsi 2015. aasta kohtumäärusega, mille Euroopa Kohus sai kätte 30. märtsil 2015, järgmised eelotsuse küsimused:

1) Kas ELTL artiklit 34 tuleb tõlgendada nii, et liikmesriigi õigusnormidega ette nähtud retseptiravimite hindade fikseerimine on samaväärse toimega meede ELTL artikli 34 tähenduses?

2) Kui Euroopa Kohus vastab esimesele küsimusele jaatavalt:

Kas retseptiravimite hindade fikseerimine on vastavalt ELTL artiklile 36 õigustatud inimeste elu ja tervise kaitsmiseks, kui ainult sellega tagatakse kogu Saksamaa territooriumil, eeskätt maapiirkondades elanike ühtlane varustamine ravimitega?

3) Kui Euroopa Kohus vastab ka teisele küsimusele jaatavalt:

Millised nõuded peavad olema täidetud, et kohus saaks tuvastada, et teise küsimuse teises lausepooles nimetatud väide on tegelikult tõene?

IV. Analüüs

A. *Esimene küsimus: kaupade vaba liikumise piiramine*

16. Kas liikmesriigi õigusnormidega ette nähtud retseptiravimite hindade fikseerimine on samaväärse toimega meede ELTL artikli 34 tähenduses?

1. Kohtuotsus Dassonville

17. Koguselise piiranguga samaväärse toimega meetme mõiste on nii tuntud, et vaevalt vajab meeldetuletamist. Kohtuotsuses Dassonville leidis Euroopa Kohus, et „kõiki liikmesriikide kaubanduseeskirju, mis võivad otse või kaudselt, tegelikult või potentsiaalselt takistada [liidu]sisest kaubandust, tuleb vaadelda koguselise piiranguga samaväärse toimega meetmetena“.[10] Praegu viitab Euroopa Kohus pigem „meetmetele“ kui „liikmesriikide kaubanduseeskirjadele“,[11] kuigi aeg-ajalt pöördub ta tagasi tavapärase, kohtuotsuses Dassonville kasutatud reegli juurde.[12] Euroopa Kohus on

10 — Vt 11. juuli 1974. aasta kohtuotsus Dassonville (8/74, EU:C:1974:82, punkt 5).

11 — Vt näiteks 11. detsembri 2003. aasta kohtuotsus Deutscher Apothekerverband (C-322/01, EU:C:2003:664, punkt 66) ja 15. novembri 2007. aasta kohtuotsus komisjon *vs.* Saksamaa (C-319/05, EU:C:2007:678, punkt 80).

12 — Vt näiteks 16. jaanuari 2014. aasta kohtuotsus Juvelta (C-481/12, EU:C:2014:11, punkt 16), 10. veebruari 2009. aasta kohtuotsus komisjon *vs.* Itaalia (C-110/05, EU:C:2009:66, punkt 33) ja 30. aprilli 2009. aasta kohtuotsus Fachverband der Buch- und Medienwirtschaft (C-531/07, EU:C:2009:276, punkt 16).

ELTL artikli 34 ja sellele järgneva artikli eesmärgi esitanud kokkuvõtlikult järgmiselt: „Kohtupraktikas on alates […] kohtuotsusest Dassonville […] sedastatud, et [ELTL artikleid 34 ja 35] tuleb nende kontekstis mõista nii, et nende eesmärk on kõrvaldada kõik takistused, mis võivad otse või kaudselt, tegelikult või potentsiaalselt takistada [liidu]sisest kaubandust“. [13]

18. Fikseeritud hinnad on pinnuks silmas igale ettevõtjale, kes turul ei tegutse, sest konkurentsi määravaks teguriks on sisuliselt hind. Võttes ettevõtjalt võimaluse teatavast hinnast madalamat hinda pakkuda, jäetakse ta ilma tegurist, mis võimaldab tal olla konkurentsivõimeline. Muudest liikmesriikidest kui Saksamaa pärinevatel kaupadel on seetõttu raske Saksamaa turule siseneda. Kõnealused õigusnormid vähendavad kaupade sissevedu Saksamaale.

19. Kohtuotsuse Dassonville kohaselt kvalifitseeruvad kõnealused õigusnormid seega samaväärse toimega meetmeks. Need on enam kui võimelised takistama kaubandust. Seda tõendab ka DocMorrise retseptiravimite müügi vähenemine Saksamaal pärast vaatlusaluste õigusnormide kehtestamist.

2. Kohtuotsus Keck

20. Järgmisena tuleb uurida, kas kõnealused Saksamaa õigusnormid kujutavad endast „teatud müügitingimusi“ kohtuotsuse Keck ja Mithouard tähenduses. Jaatav vastus tähendaks, et need ei kuulu kaupade vaba liikumist käsitlevate aluslepingu sätete kohaldamisalasse.

21. Euroopa Kohus leidis selles kohtuotsuses, mis on väidetavalt enim vaidlustatud kohtuotsus aluslepingukohase kaupade vaba liikumise valdkonnas [14], et „[s]eevastu erinevalt senisest kohtupraktikast tuleb tõdeda, et teistest liikmesriikidest pärit toodetele teatud müügitingimusi piiravate või keelavate siseriiklike sätete kohaldamine ei saa otseselt või kaudselt, tegelikult või potentsiaalselt takistada liikmesriikidevahelist kaubandust Dassonville’i kohtuasjas tehtud otsuse mõttes […], tingimusel et neid sätteid kohaldatakse kõikidele asjaomastele ettevõtjatele, kes tegutsevad riigi territooriumil, ning et need mõjutavad õiguslikult ja faktiliselt ühtemoodi kodumaiste ja teistest liikmesriikidest pärit toodete turustamist“. [15] Lisaks leidis Euroopa Kohus, et „[k]ui need tingimused on täidetud, siis sedalaadi õigusnormide kohaldamine nende kaupade müügile, mis on pärit teistest liikmesriikidest ja mis vastavad selle riigi nõuetele, ei takista ega häiri oma olemuselt turule juurdepääsu rohkem kui kodumaiste kaupade puhul. Niisugused õigusnormid jäävad seega [ELTL artikli 34] kohaldamisalast välja“. [16]

13 — Vt 12. juuni 2003. aasta kohtuotsus Schmidberger (C-112/00, EU:C:2003:333, punkt 56).

14 — Vt paljude teiste näidete seas 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, nr 1, lk 117–160; Gormley, L., „Reasoning Renounced? The Remarkable Judgment in Keck & Mithouard“, *European Business Law Review*, 1994, lk 63–67; Steindorff, E., „Unvollkommener Binnenmarkt“, *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, 1994, lk 149–169; Lenz, C. O., „Ein undeutlicher Ton“, *Neue juristische Wochenschrift*, 1994, lk 1633–1634. Kohtuotsuse Keck poolt vt Joliet, R. [üks selle kohtuasja kohtukoosseisu kohtunikest], „Der freie Warenverkehr: Das Urteil Keck und Mithouard und die Neuorientierung der Rechtsprechung“, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, internationaler Teil*, 1994, lk 979–987.

15 — Vt 24. novembri 1993. aasta kohtuotsus Keck ja Mithouard (C-267/91 ja C-268/91, EU:C:1993:905, punkt 16).

16 — Vt 24. novembri 1993. aasta kohtuotsus Keck ja Mithouard (C-267/91 ja C-268/91, EU:C:1993:905, punkt 17).

22. Kohtuotsus Keck on minu arvates Euroopa Kohtu õiguspärane vastus olukorrale, kus ettevõtjad tuginevad üha enam ELTL artiklile 34, et lasta liikmesriigi kohtul tühistada mis tahes meede, mis takistab nende majandustegevust.[17] Probleem ei seisne minu arvates mitte niivõrd algatatud kohtuasjade arvus kui küsimustes, mida need käsitlevad.[18] ELTL artikli 34 väga lai tõlgendus tähendas, et Euroopa Kohus pidi järjest enam käsitlema küsimusi, mis puudutasid tegelikku kaupade vaba liikumist vaid marginaalselt, need puudutasid pigem rohkem selliseid delikaatseid ühiskondlikke valikuid nagu kaupluste pühapäevased lahtiolekuajad ja muud taolised küsimused.

23. Euroopa Kohus on kohtuotsusest Keck tulenevat erandit tegelikult siiski harva kohaldanud ja pealegi ei ole Euroopa Kohus kunagi positiivselt määratlenud mõistet „müügitingimused“.[19] Ometigi kehtib kohtuotsus Keck ka praegu ja seda tuleb käesolevas asjas analüüsida.[20]

24. Kõnealused õigusnormid, mis on seotud teatavate toodete hindade fikseerimisega, ei tundu endast esmapilgul kujutavat „kaupadele nõudeid (näiteks nimetuse, kuju, mõõtmete, kaalu, sisalduse, esitluse, märgistuse, pakendamise osas) kehtestava[id] õigusakt[e]“.[21] Siiski on Euroopa Kohus seoses raamatuhindade kujundamist käsitlevate siseriiklike õigusnormidega sedastanud, et kuivõrd need „ei puuduta kauba omadusi, vaid üksnes tingimusi, mille kohaselt neid on lubatud müüa“, tuleb „selliseid sätteid pidada müügitingimusi reguleerivateks […] kohtuotsuse Keck ja Mithouard mõttes“.[22]

25. Kuigi Euroopa Kohus leidis samas kohtuasjas, et vaidlusalused õigusnormid kujutavasid endast siiski samaväärse toimega meedet, kuivõrd need loovad „imporditud raamatutele eraldi regulatsiooni, mille eesmärk seisneb teistest liikmesriikidest pärit kaupade ebasoodsamas kohtlemises“,[23] ei oleks ma esialgu teinud nii kaugeleulatuvat järeldust, et hinna fikseerimise meede kujutab endast müügitingimusi. Konkreetse toote hinna fikseerimine on äärmiselt sarnane esitlemise, märgistamise või pakendamisega seonduvate nõuete kehtestamisega. Toodetel on ju sageli küljes füüsiline hinnalipik, mis on pakendi osa. Pealegi on iga meede, mis reguleerib üht toote peamist aspekti, st hinda, minu arvates midagi enamat kui müügitingimus. Hinnaga seotud meetmed mõjutavad otseselt ettevõtja konkurentsieelist ning on ettevõtjate ja vaba liikumise eeskirjade seisukohast palju rangemad meetmed kui näiteks kahjumiga müügi keeld või kaupluste lahtiolekuaegu reguleerivad sätted. Neid ei tuleks käsitada müügitingimustena. Seepärast on põhimõtteliselt keeruline liigitada hinna fikseerimise meedet müügitingimuseks, mille tulemusena tuleb seejärel analüüsida, kas meede takistab turulepääsu ja/või on diskrimineeriv.

26. Pigem piisab sellest, kui kontrollida, kas Dassonville'i reegli tingimused on täidetud või mitte. Igal juhul analüüsin väljakujunenud kohtupraktikat arvesse võttes kõnealuseid õigusnorme kui müügitingimusi.

27. Käesolevas asjas kõne all olev ühtne müügihind apteegis kehtib õiguslikult kahtlemata nii Saksamaa kui ka teiste liikmesriikide apteekide suhtes ning seega nii Saksa kui ka imporditud toodete suhtes.

17 — Kohtujurist Tesauro väljendas suurepäraselt kohtuotsusele Keck eelnenud suhtumist, märkides sobivalt ja retooriliselt oma ettepanekus kohtuasjas Hünermund jt (C-292/92, EU:C:1993:863, punkt 1) järgmiselt: „Kas [ELTL artikkel 34] on säte, mille eesmärk on [liidu]sisese kaubanduse liberaliseerimine, või on selle eesmärk üldisemalt soodustada takistusteta äritegevust eri liikmesriikides?“.

18 — Vt ka Weiler, J.H.H., „The constitution of the common market place“, väljaandes P. Craig, G. de Búrca, The evolution of EU law, *Oxford University Press*, 1999, lk 349–376, lk 370.

19 — Vt mh Kellerhals, A., „Das Binnenmarktrecht der Warenverkehrsfreiheit“, kogumikus (toim. Müller-Graff, P.-Chr.) *Europäisches Wirtschaftsordnungsrecht (Enzyklopädie Europarecht, Band 4)*, Nomos, Baden-Baden, 2015, lk 357–396 (lk 376).

20 — Ja siiski ei tohiks Kecki reeglit mehhaaniliselt kohaldada. Müügitingimuste tuvastamise eesmärk ei ole neid täielikult välistada ELTL artikli 34 kohaldamisalast, vaid pigem kehtestada eeldus, et niisugused eeskirjad ei piira liikmesriikidevahelist kaubandust kohtuotsuse Dassonville tähenduses. Vt Szpunar, M., Promocja towarów w prawie wspólnotowym, Kraków, 2002, lk 185.

21 — Kohtuotsuse Keck sõnastus, vt 24. novembri 1993. aasta kohtuotsus Keck ja Mithouard (C-267/91 ja C-268/91, EU:C:1993:905, punkt 15).

22 — Vt 30. aprilli 2009. aasta kohtuotsus Fachverband der Buch- und Medienwirtschaft (C-531/07, EU:C:2009:276, punkt 20).

23 — Vt 30. aprilli 2009. aasta kohtuotsus Fachverband der Buch- und Medienwirtschaft (C-531/07, EU:C:2009:276, punkt 22).

28. Saksamaa väidab, et sama võib öelda faktiliselt. Saksamaa Liitvabariigi kõrgeimate kohtute ühine kolleegium leiab samuti, et hindade fikseerimine puudutab õiguslikult ja faktiliselt ühtemoodi nii Saksamaa kui ka välisriikide apteeke.[24]

29. Euroopa Komisjon leiab seevastu, et tegemist on samaväärse toimega meetmega. Tema arvates mõjutab hindade fikseerimine välisriikide apteeke suuremal määral, kuna halvemat olukorda, mis seisneb selles, et neil on ligipääs Saksamaa turule vaid postimüügi kaudu, saavad nad korvata üksnes eelisega müüa oma kaupa nende asukohaliikmesriigis kehtivate hinnareeglite alusel. Seevastu Saksa apteekidele on postimüük kõigest täiendav turustuskanal.

30. Nagu DPV, Madalmaade valitsus ja komisjon õigesti märgivad, on muus riigis kui Saksamaal asuvatel apteekidel ainult üks viis pääseda Saksa turule – nimelt interneti kaudu. Selle peamine põhjus on Saksamaal kohaldatav Fremdbesitzverbot'i põhimõte, mis tähendab, et ainult proviisoritel on õigus omada ja hallata apteeke.[25] Mujal riigis kui Saksamaal asuva internetiapteegi jaoks, mis kavatseb turustada oma tooteid Saksamaal, on seetõttu ligipääs Saksa turule takistatud, kui ta ei saa osaleda hinnakonkurentsis.

31. Ometigi läheb käesolev asi veelgi kaugemale.

32. Meetmeid, mida kohaldatakse õiguslikult, kuid mitte faktiliselt ühtemoodi, nimetatakse üldiselt kaudselt diskrimineerivateks meetmeteks. Mis tahes diskrimineerimise tuvastamine on alati väga delikaatne teema. See sõltub võrdlusalustest, nagu käesolev asi selgelt näitab. Kui võtta nii nagu ühine kolleegium võrdlusaluseks internetiapteegid, siis on kaudset diskrimineerimist keeruline tuvastada. Kui Hamburgis (Saksamaa) asuv apteek ja Heerlenis (Madalmaad) asuv apteek kavatsevad tarnida tooteid Trieris (Saksamaa) asuvatele patsientidele, koheldakse neid faktiliselt ühtmoodi.

33. See ei ole siiski õige vaatenurk (kaudse) diskrimineerimise uurimiseks kõnealuses asjas.

34. Loomulikult tuleb võrrelda apteeke *üldiselt*, mitte ainult *interneti*apteeke. Nagu DVP õigesti märgib, saame sellisel juhul teistsuguse tulemuse sel lihtsal põhjusel, et Saksamaa ja teiste liikmesriikide apteegid kasutavad internetti eri määral. Apteek, mis juba asub Saksamaal, kasutab internetti üldiselt piiratud ulatuses või ei kasuta üldse, samal ajal kui muus liikmesriigis asuval apteegil ei ole Saksamaal asuvate patsientide teenindamiseks peale interneti muid vahendeid. Teisisõnu, kui Saksa apteegi jaoks on postimüük üksnes täiendav turustuskanal, siis muus liikmesriigis asuva apteegi jaoks on see ainus turustuskanal.

35. Euroopa Kohus leidis kohtuotsuses Deutscher Apothekerverband, et ravimite postimüügi keeld on „võrreldes Saksamaa territooriumil asuvate apteekidega *rohkem* takistuseks väljaspool Saksamaad asuvatele apteekidele".[26] Lisaks märkis ta, et ehkki ei ole kahtlust, et kõnealune keeld võtab Saksamaa territooriumil asuvatelt apteekidelt täiendava või alternatiivse viisi pääsemaks lõpptarbijate ravimiturule Saksamaal, jääb neile ometi võimalus müüa ravimeid oma apteekides. Seevastu oleks Internet neile apteekidele, kes Saksamaa territooriumil ei asu, tähtsaim kanal otsepääsuks nimetatud turule. Keeld, mis puudutab rohkem väljaspool Saksamaa territooriumi asuvaid apteeke, võiks võrreldes kodumaiste toodetega takistada just enam teistest liikmesriikidest pärit toodete turulepääsu.[27]

24 — 22. augusti 2012. aasta kohtumäärus GmS-OGB, punkt 47, kättesaadav aadressil: https://openjur.de/u/617231.html.

25 — Erinevalt teises liikmesriigis seaduslikult apteegina tegutsevast äriühingust. Euroopa Kohus on leidnud, et Fremdbesitzverbot'i põhimõte on asutamisvabadust käsitlevate aluslepingu sätetega kooskõlas, vt 19. mai 2009. aasta kohtuotsus Apothekerkammer des Saarlandes jt (C-171/07 ja C-172/07, EU:C:2009:316, punkt 61).

26 — Vt 11. detsembri 2003. aasta kohtuotsus Deutscher Apothekerverband (C-322/01, EU:C:2003:664, punkt 74). Kohtujuristi kursiiv.

27 — Vt 11. detsembri 2003. aasta kohtuotsus Deutscher Apothekerverband (C-322/01, EU:C:2003:664, punkt 74). Sarnane argument esitatakse õiguskirjanduses, milles märgitakse, et fikseeritud jaemüügihinnal võib olla impordile negatiivne mõju, mis tuleneb importija konkurentsieelise piiramisest, vt Müller-Graff, P.-Chr., kogumikus (toim. Groeben, H., Schwarze, J., Hatje, A.) *Europäisches Unionsrecht (Kommentar)*, 7. trükk, Nomos, Baden-Baden, ELTL artikkel 34, punkt 143. Vt ka Becker, U., kogumikus (toim. Schwarze), *EU-Kommentar*, 3. trükk, Nomos, Baden-Baden, ELTL artikkel 34, punkt 69.

36. Kohtuotsuses Ker Optika kohaldas Euroopa Kohus neid argumente kontaktläätsede postimüügi keelu suhtes. Ta leidis, et selline keeld võtab muudest liikmesriikidest pärit ettevõtjatelt iseäranis tõhusa vahendi oma toodete turustamiseks ja tõkestab seega arvestatavalt nende pääsu asjaomase liikmesriigi turule. [28]

37. Olukorras, kus meetme mõjul on internetiapteekide – mis on tavaliselt välisriikide omad – ligipääs turule tõkestatud või vähemalt piiratud, et säilitada füüsiliste apteekide elujõulist struktuuri, on minu arvates võimatu rääkida müügitingimusest, mida kohaldatakse vahet tegemata kõigile. Seetõttu leian, et kõnealune Saksa meede, mis kaudselt diskrimineerib väljaspool Saksamaad asuvaid apteeke, ei ole „teatud müügitingimus“ kohtuotsuse Keck ja Mithouard tähenduses ja kujutab endast takistust teistest liikmesriikidest pärit ravimitega kauplemisele.

38. See toob mind Saksamaa õigusnormide klassifitseerimise viimase kaalutluse juurde: minu järeldus on täielikult kooskõlas nii kohtuotsuse Keck ja Mithouard sisu kui ka selle eespool kirjeldatud mõttega. Mittemajanduslikku laadi delikaatsed küsimused, mis on üksnes marginaalselt seotud liikumisvabaduse kui sellisega (ja mis ei ole diskrimineerivad), tuleks jätta liikmesriikide otsustada. Minu arvates ei saa selline delikaatsus üldse kõne alla tulla, kui meetme mõjul on välisriikide ettevõtjate konkurentsivõime ja turulepääs piiratud. Selline meede on kaugel eeskirjadest, mida kohaldatakse kahjumiga müügi, [29] kaupluste pühapäevaste lahtiolekuaegade [30] või reklaamipiiranguid puudutavate juhtumite suhtes. [31]

B. *Teine ja kolmas küsimus: õigustatus rahvatervise kaitse kaalutlustel*

39. Teise ja kolmanda eelotsuse küsimusega, mida tuleks analüüsida koos, tahab eelotsusetaotluse esitanud kohus teada, kas kõnealused õigusnormid on õigustatud „inimeste elu ja tervise kaitsmiseks“ ELTL artikli 36 alusel. [32]

1. Õigustav asjaolu: rahvatervis

40. Alates esimesest rahvatervisega seotud erandit käsitlenud kohtuotsusest De Peijper on Euroopa Kohus korduvalt sedastanud, et „inimeste tervise ja elu kaitsmine on [ELTL] artikliga 36 kaitstud õigustest või huvidest tähtsaim ning liikmesriikide ülesanne on otsustada aluslepinguga kehtestatud piirides, millises ulatuses tuleks see kaitse tagada […]“. [33]

41. Sellele õigustusele tuginev Saksamaa rõhutab, et kõnealune meede on vajalik 1) ravimitega ühtlase varustamise tagamiseks kogu Saksamaal, 2) sellise varustamise kvaliteedi tagamiseks ja patsientide kaitsmiseks ning 3) tervishoiusektori kulude kontrolliks.

28 — Vt 2. detsembri 2010. aasta kohtuotsus Ker-Optika (C-108/09, EU:C:2010:725, punkt 54). Euroopa Kohus uuris selle kohtuotsuses turule ligipääsu ja diskrimineerimise küsimust koos, nagu ta näib sageli tegevat.

29 — Vt 24. novembri 1993. aasta kohtuotsus Keck ja Mithouard (C-267/91 ja C-268/91, EU:C:1993:905).

30 — Vt 23. novembri 1989. aasta kohtuotsus B & Q (C-145/88, EU:C:1989:593), 16. detsembri 1992. aasta kohtuotsus B & Q (C-169/91, EU:C:1992:519) (mõlemad tehtud juba enne kohtuotsust Keck) ja 2. juuni 1994. aasta kohtuotsus Punto Casa ja PPV (C-69/93 ja C-258/93, EU:C:1994:226) (tehtud pärast kohtuotsust Keck).

31 — Vt 15. detsembri 1993. aasta kohtuotsus Hünermund jt (C-292/92, EU:C:1993:932, punkt 21), ja 9. veebruari 1995. aasta kohtuotsus Leclerc-Siplec (C-412/93, EU:C:1995:26, punkt 21). Lisaks on Euroopa Kohus tuvastanud, et teatavad reklaamipiirangud kujutavad endast samaväärse toimega meedet, nimelt kui need takistavad turulepääsu, vt nt kohtuotsus, 8.3.2001, Gourmet International Products (C-405/98, EU:C:2001:135, punkt 21).

32 — Kuna on tuvastatud, et asjaomane meede on kaudselt diskrimineeriv, saab Saksamaa tugineda ainult kirjapandud õigustavatele asjaoludele, mis on loetletud ELTL artiklis 36, mitte kohustuslikele nõuetele, mille Euroopa Kohus töötas välja kohtuotsusest Rewe-Zentral (nn Cassis de Dijon) tuleneva kohtupraktika alusel (20. veebruari 1979. aasta kohtuotsus, 120/78, EU:C:1979:42).

33 — Vt 20. mai 1976. aasta kohtuotsus de Peijper (104/75, EU:C:1976:67, punkt 15). Vt ka 7. märtsi 1989. aasta kohtuotsus Schumacher (215/87, EU:C:1989:111, punkt 17), 16. aprilli 1991. aasta kohtuotsus (C-347/89, EU:C:1991:148, punkt 26), 10. novembri 1994. aasta kohtuotsus Ortscheit (C-320/93, EU:C:1994:379, punkt 16) ja 11. detsembri 2003. aasta kohtuotsus Deutscher Apothekerverband (C-322/01, EU:C:2003:664, punkt 103).

42. Selle õigustuse viimasele aspektile ei saa tugineda. Kuna ELTL artikkel 36 on „suunatud mittemajanduslikele nähtustele“,[34] ei pruugi sotsiaalkindlustusskeemide kulude vähendamiseks ette nähtud meetmed olla vastavalt ELTL artiklile 36 tervise seisukohast õigustatud.[35] Ainult sotsiaalkindlustussüsteemi rahalise tasakaalu raske kahjustamise oht võib endast kujutada üldisest huvist tulenevat ülekaalukat põhjust,[36] kuid selle õigustuse erandlikku laadi arvesse võttes ei ole see aga käesoleval juhul ilmselgelt nii.[37] Vastupidi, kui hinnad ei oleks fikseeritud ja konkurents suureneks, võib see hindu tegelikult alandada, mis võib olla sotsiaalkindlustussüsteemide seisukohast kasulik.

43. Selle õigustuse kahe teise aspekti kohta on Euroopa Kohus leidnud, et tervisega seotud õigustus hõlmab põhimõtteliselt meetmeid, mis puudutavad vajadust nõustada klienti personaalselt ja tagada kliendi kaitse tema varustamisel ravimitega ning vajadust kontrollida retseptide autentsust ja tagada laiaulatuslik ja vajadustele vastav ravimitega varustamine.[38]

2. Proportsionaalsus

44. Eelnevale tuginedes tahan käsitleda Saksa meetme proportsionaalsust seoses vajadusega tagada ühtlane varustamine ravimitega kogu Saksamaal ning sellise varustamise kvaliteet ja patsientide kaitse. Seda tehes hindan vaidlustatud õigusnormide sobivust ja vajalikkust.

45. Üldiselt tuleb märkida, et Saksamaa[39] ei esita seda juhtumit tüüpilise juhtumina, mille puhul oleksid vaba liikumise eeskirjade kohaldamisel kahjulikud tagajärjed Saksamaale.[40] Küsimus ei näi olevat vastastikuses tunnustamises või vastastikuses usalduses.[41] Saksamaa seisukohad on põhimõttelisemad: liiga suurel väidetaval konkurentsil, sealhulgas patsientide jaoks madalamatel hindadel ning ravimite suuremal liikumisvabadusel teiste liikmesriikide ja Saksamaa vahel oleksid negatiivsed tagajärjed rahvatervise kaitsele Saksamaal. Paratamatu turutõrge põhjustaks apteekide koondumise teatavatesse piirkondadesse, mille tulemusel pööratks selg kaugel asuvatele, liikumisvõimetutele, haavatavatele või eakatele patsientidele.

46. Saksamaa kardab, et Saksa tavapärased jaemüügiapteegid, mis annavad oma klientidele äärmiselt professionaalset nõu, peavad konkurentsi suurenedes nende teenuste kvaliteeti vähendama, et konkurentsis püsida.

34 — Vt esimene ELTL (tollal EMÜ) artiklit 36 puudutav kohtuotsus: 19. detsembri 1961. aasta kohtuotsus komisjon *vs*. Itaalia (7/61, EU:C:1961:31, punkt 329).

35 — Vt 28. aprilli 1998. aasta kohtuotsus Decker (C-120/95, EU:C:1998:167, punktid 39 ja 40).

36 — Vt 28. aprilli 1998. aasta kohtuotsus Decker (C-120/95, EU:C:1998:167, punkt 39). Euroopa Kohus kohaldab sama lähenemisviisi seoses teenuste osutamise vabadusega, vt 28. aprilli 1998. aasta kohtuotsus Kohll (C-158/96, EU:C:1998:171, punkt 41).

37 — Rangelt võttes ja kooskõlas Euroopa Kohtu otsusega kohtuasjas Cassis de Dijon peaks kõnealune meede selleks, et olla üldisest huvist tuleneval ülekaalukal põhjusel (või varasemas kohtupraktikas: kohustusliku nõude alusel) õigustatud, olema vahet tegemata kohaldatav nii oma riigi kui ka välisriikide toodetele, mis aga käesolevas asjas, nagu eespool esitatust järeldub, ei ole nii. Seejuures ei ole ma kindel, kas Euroopa Kohus järgib endiselt nii ranget põhimõtet, eriti kui on tegemist meetmetega, mis on diskrimineerivad faktiliselt, kuid mitte õiguslikult. Vt nt 30. aprilli 2009. aasta kohtuotsus Fachverband der Buch- und Medienwirtschaft (C-531/07, EU:C:2009:276, punktid 22 ja 34), kuigi Euroopa Kohus leidis sellel juhul (punktid 35 ja 36), et kõnealune meede on ebaproportsionaalne, arvestades ülekaalukat „raamatu kui kultuuriväärtuse kaitse“ eesmärki.

38 — Vt seoses kaupade vaba liikumisega 11. detsembri 2003. aasta kohtuotsus Deutscher Apothekerverband (C-322/01, EU:C:2003:664, punkt 106) ja 11. septembri 2008. aasta kohtuotsus komisjon *vs*. Saksamaa (C-141/07, EU:C:2008:492, punkt 47). Euroopa Kohus laiendas hiljem seda mõttekäiku asutamisvabadusele, vt näiteks 19. mai 2009. aasta kohtuotsus Apothekerkammer des Saarlandes jt (C-171/07 ja C-172/07, EU:C:2009:316, punkt 28), 1. juuni 2010. aasta kohtuotsus Blanco Pérez ja Chao Gómez (C-570/07 ja C-571/07, EU:C:2010:300, punkt 64), 5. detsembri 2013. aasta kohtuotsus Venturini jt (C-159/12–C-161/12, EU:C:2013:791, punkt 42) ja 13. veebruari 2014. aasta kohtuotsus Sokoll-Seebacher (C-367/12, EU:C:2014:68, punkt 25).

39 — Vt seevastu Saksamaa väide ravimite postimüügi keelu kohta kohtuotsuses Deutscher Apothekerverband (C-322/01, EU:C:2003:664, punkt 80).

40 — V.a kahjulik hinnakonkurents, vt selle kohta allpool.

41 — Mida oleks minu arvates olnud igal juhul väga raske selgitada ajal, kui on levinud kutsekvalifikatsioonide, eriti arstide ja proviisorite kutsekvalifikatsioonide vastastikune tunnustamine vastavalt Euroopa Parlamendi ja nõukogu 7. septembri 2005. aasta direktiivile 2005/36/EÜ kutsekvalifikatsioonide tunnustamise kohta (ELT L 255, lk 22).

47. Minu jaoks on raske ette kujutada, kuidas proviisorid vähendaksid suurema konkurentsi tingimustes oma teenuste kvaliteeti. Eeldaksin hoopis vastupidist. Seoses sellega viitaksin kohtujurist Poiares Madurole, kes esitab oma ettepanekus kohtuasjas Blanco Pérez tabavalt ja elegantselt sarnase väite.[42]

a) Sobivus

48. Meede peab proportsionaalsuse nõudele vastamiseks olema eeskätt taotletava eesmärgi saavutamiseks sobiv (või asjakohane või piisav).[43] Selline sobivus seatud eesmärgi saavutamiseks on vastuvõetav ainult juhul, kui kõnealune meede vastab tõepoolest soovile saavutada see eesmärk järjepidevalt ja süstemaatiliselt.[44] Euroopa Kohus annab üldiselt liikmesriikidele selles etapis suure kaalutlusruumi.[45] Juhul kui liikmesriigi meede ei avalda mõju õigustavale asjaolule, ei ole kõnealune meede sobiv. Sama kehtib meetme kohta, mille vastuvõtmisel tehti ilmne hindamisviga.[46]

i) Ühtlane varustamine

49. ZBW ja Saksamaa valitsus on seisukohal, et kõnealused õigusnormid on sobivad ravimitega ühtlase ja ulatusliku varustamise tagamiseks kogu Saksamaa territooriumil.

50. Lisaks on ühine kolleegium, arvestades seadusandjale antud kaalutlusruumi, pidanud kõnealust süsteemi õigustatuks selle alusel, et pole teada teist konkreetset süsteemi, mis elanike kindlat ja kvaliteetset varustamist ravimitega silmas pidades hoiab samamoodi nagu hindade fikseerimine ära ohu, et apteekide vahel tekib kahjulik hinnakonkurents, kindlustab kogu Saksamaa territooriumil elanike ühtlase varustamise retseptiravimitega ja vähendab ravimite väär- või ülemäära suures koguses kasutamise ohtu.[47]

51. Saksamaa meetme ja taotletud eesmärgi ehk ravimitega ühtlase varustamise vaheline seos tundub mulle liiga nõrk, mistõttu leian, et kõnealune meede ei ole taotletud eesmärgi saavutamiseks sobiv järgmistel põhjustel.

52. Esiteks, nagu komisjon õigesti märgib, ei viita apteekide arv automaatselt sellele, et kogu Saksamaa territoorium on ühtlaselt ja ulatuslikult ravimitega varustatud. Kes ütleb, et just apteekide suurem arv tagab äärepoolseimate piirkondade ja/või rohkem eakate inimestega asustatud piirkondade parema varustamise? Hinnakonkurents apteekide vahel võib ühtlast varustamist ravimitega hoopis soodustada. Eeldaksin, et kui internetiapteekidel lubatakse konkurentsis osaleda, teenindatakse äärepoolseimad

42 — Vt kohtujurist Poiares Maduro ettepanek, kohtuasi Blanco Pérez ja Chao Gómez (C-570/07 ja C-571/07, EU:C:2009:587, punkt 26): „senistes materjalides [ei ole] alust, mis tõendaks, et kasvanud konkurentsi tagajärjel kahandavad apteekrid oma teenuste kvaliteeti. Selles suhtes ei saa ma märkamata jätta teatavat ebajärjepidevust suures osas mõningate poolte ja liikmesriikide põhjendustest. Kohati kujutatakse proviisoreid nii, et neid ajendab peamiselt rahaline kasu – sellisel määral, et nad kõik püüavad tegutseda ainult väga rahvarohketes piirkondades ning on konkurentsi korral valmis seadma kasumihuvi kõrgemale enda kutsealastest kohustustest. Kohati jällegi eeldatakse, et proviisorid – kui neil on rahvarohkes piirkonnas „monopoolne seisund“ – tegutsevad ennekõike kutsealastest kohustustest lähtudes ja pühenduvad eelkõige kvaliteetsete apteegiteenuste osutamisele. Mitme poole argumentide põhjal näib, nagu muudaks konkurents pühakud patusteks.“.

43 — Minu arusaamist mööda kasutatakse inglise keeles neid mõisteid vaheldumisi. Isiklikult eelistan mõistet „sobiv“, mis leiab pealegi kasutust ELi seadusandja poolt teenuste direktiivis; vt Euroopa Parlamendi ja nõukogu 12. detsembri 2006. aasta direktiivi 2006/123/EÜ teenuste kohta siseturul artikli 15 lõike 3 punkt c (ELT 2006 L 376, lk 36). Vt ka Barnard, C., *The substantive law of the EU. The four freedoms*, Oxford University Press, 4. trükk, 2013, lk 177, milles kasutatakse ELTL artikliga 36 seoses kõiki kolme terminit.

44 — Vt seoses kaupade vaba liikumisega 21. detsembri 2011. aasta kohtuotsus komisjon *vs.* Austria (C-28/09, EU:C:2011:854, punkt 126) ja 3. märtsi 2011. aasta kohtuotsus Kakavetsos-Fragkopoulos (C-161/09, EU:C:2011:110, punkt 42). Vt ka seoses asutamisvabadusega 19. mai 2009. aasta kohtuotsus Apothekerkammer des Saarlandes jt (C-171/07 ja C-172/07, EU:C:2009:316, punkt 42) ja 13. veebruari 2014. aasta kohtuotsus Sokoll-Seebacher (C-367/12, EU:C:2014:68, punkt 39) ning seoses teenuste osutamise vabadusega 16. detsembri 2010. aasta kohtuotsus Josemans (C-137/09, EU:C:2010:774, punkt 70).

45 — Vt 15. septembri 1994. aasta kohtuotsus Houtwipper (C-293/93, EU:C:1994:330, punkt 22).

46 — Vt 15. septembri 1994. aasta kohtuotsus Houtwipper (C-293/93, EU:C:1994:330, punkt 22).

47 — Vt 22. augusti 2012. aasta kohtumäärus GmS-OGB, punkt 50, kättesaadav aadressil: https://openjur.de/u/617231.html.

piirkondi paremini. Vähenenud liikumisvõimega inimesed saaksid suurt kasu, kui saaksid tellida ravimid interneti kaudu ja lasta need otse koju tuua. Isegi kui nad ei ole harjunud väidetavalt keerulise interneti kaudu tellimise protsessiga, on nende kõrval sageli teised isikud (hooldaja, laps, lapselaps, naaber jne), kes on sellega harjunud.

53. Teiseks ei peaks retseptiravimite puhul keskenduma mitte apteekidele, vaid arstide arvule. Probleem tuleneb kindlasti pigem arstide nappusest (*Ländlicher Ärztemangel*), eriti äärepoolseimates piirkondades, kui apteekide arvust. Tavaliselt ei ole kohas, kus puudub retseptiravimeid väljakirjutav arst, ka apteeki.

54. Kolmandaks ei tohiks seoses sellise delikaatsema teemaga nagu ravimitega varustamine hädaolukordades unustada, et Saksamaa on käsitlenud seda küsimust apteekide esmaabiteenuse kindlustust käsitlevas seaduses (Apothekennotdienstsicherstellungsgesetz). [48] See seadus, mille eesmärk on tagada kogu Saksamaa ja eelkõige maapiirkondade ulatuslik ja ühtlane varustamine ravimitega väljaspool apteekide tavalist tööaega, näeb ette sellist varustamist tagavatele apteekidele rahalise abi andmise Saksamaa Apteekrite Liidu (Deutscher Apothekerverband) hallatava fondi kaudu. Müüdavatele ravimitele on kehtestatud lisamaks. Kättesaadavast teabest selgub muide, et seda maksu võetakse ka Saksamaale imporditud ravimitelt, mis tähendab, et Saksa turul oma tooteid müüvad välisriikide apteegid toetavad rahaliselt seda fondi. [49]

55. Minu arvates ei saa vaatlusalustel õigusnormidel olla lisamõju ravimitega ühtlase varustamise tagamisele.

ii) Varustamise kvaliteet

56. Mis puudutab varustamise kvaliteeti, siis tuleb jätkuvalt rõhutada, et meil on tegemist retseptiravimitega. Seoses sellega tuletaksin meelde Euroopa Kohtu otsust kohtuasjas Venturini, milles ta sedastas, et „[on] vähe tähtsust nende asutuste arvul, mis müüvad retseptiravimeid, sh neid, mida ei hüvita riiklik tervishoiuteenistus ja mille kulud kannab täies ulatuses ostja. Arvestades, et nende ravimite väljakirjutamise õigus on üksnes arstidel, ei ole apteekide ja [para-apteekide] omanikel ühelgi juhul otsest mõju nende ravimite müügimahtudele ja seega ei saa nad ka kaasa aidata väidetavale ületarbimisele“. [50] Ravimi hind ei mõjuta seega patsiendile tarnitava retseptiravimi kogust. Proviisorite käed on seotud.

iii) Inimeste tervist ähvardava ohu olemasolu või ulatusega seotud ebakindlus

57. Lisaks tuleks meeles pidada, et õigustatuse ja proportsionaalsuse tõendamise kohustus lasub Saksamaal. Selle liikmesriigi ülesanne on tõendada kõnealuse meetme sobivust. Saksamaa ei ole esitanud oma õigusnormide toetuseks ühtegi tõendit. Selle asemel viitab ta Euroopa Kohtu väljakujunenud praktikale, mille kohaselt, juhul „kui on kahtlusi inimeste tervist ähvardava ohu olemasolus või ulatuses, peaks liikmesriigil olema võimalik võtta kaitsemeetmeid, ilma et ta peaks ootama, et selle ohu tegelikkus oleks täielikult avaldunud.“ Ta viitab sellega seoses ka ettevaatuspõhimõttele.

58. Seda väidet tuleks lähemalt uurida.

48 — Vt 15. juuli 2013. aasta seadus Gesetz zur Förderung der Sicherstellung des Notdienstes von Apotheken (Apothekennotdienstsicherstellungsgesetz, ANSG), *BGBl.* I, lk 2420, kättesaadav aadressil: http://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl&jumpTo=bgbl113s2420.pdf.

49 — Vt nimetatud fond kodukorra punkt 5.8, kättesaadav aadressil http://www.dav-notdienstfonds.de/wp-content/uploads/2016/02/VERFAHRENSORDNUNG-V-2-0-16_02_03.pdf.

50 — Vt 5. detsembri 2013. aasta kohtuotsus Venturini jt (C-159/12–C-161/12, EU:C:2013:791, punkt 57).

– Lähtekoht: ettevaatuspõhimõtet käsitlev kohtupraktika

59. Euroopa Kohus tugineb tõepoolest regulaarselt viidatud lõigule. Selle aluseks on ettevaatuspõhimõtet käsitlev kohtupraktika. Minu andmetel kasutas Euroopa Kohus seda esimest korda ELi institutsioonidega seoses 1998. aastal kahes kohtuotsuses veiste spongioosse entsefalopaatia kriisi kontekstis.[51] Hiljem on seda kasutatud vaba liikumise eeskirju eiravate ELi institutsioonide meetmete ja liikmesriikide meetmete puhul. Kõik juhtumid olid sellised, kus inimeste tervist ähvardava ohu olemasolu või ulatus ei olnud tõepoolest teaduslikult tõestatud. Sellised juhtumid esinesid üldiselt valdkondades, mis olid seotud vitamiinidega või toiduainetega, millele on lisatud toitaineid,[52] uuendtoiduga[53], GMOsid sisaldavate või GMOdest valmistatud toidu ja selle koostisosade suhtes kohaldatavate märgistamisnõuetega[54] ning jällegi veiste spongioosne entsefalopaatiaga.[55]

60. On olnud juhtumeid, kui ettevaatuspõhimõttele on viidanud kohtujurist, kuid mitte Euroopa Kohus.

61. Kohtujurist Tizzano tegi näiteks segasööta käsitlevas kohtuasjas Euroopa Kohtule ettepaneku vaidlustada ettevaatuspõhimõtte kohaldamine ning märkis, et kõnealune ELi direktiiv (direktiiv 2002/2/EÜ[56]) „ei ole […] ajutist laadi spetsiifiline riskijuhtimismeede, mis keelab teatud tooted või tegevused, mille ohtlikkus ei ole teaduslikult tõestatud. Tegemist on hoopis üldise ulatusega õigusaktiga, mis rahvatervise kaitse taseme parandamiseks (vt neljas ja viies põhjendus) ühtlustab sööda märgistamise nõuded varasemast piiravamal moel.“[57] Euroopa Kohus järgis ettevaatuspõhimõtet nimetamata kohtujuristi argumentatsiooni ja leidis, et kõnealune direktiiv ei ole ebaproportsionaalne.[58]

– Laiendamine apteekidele

62. 2009. aastal Euroopa Kohtu praktika teataval määral muutus. Ta hakkas viitama „inimeste tervist ähvardava ohu olemasolu või ulatuse suhtes valitsevale ebakindlusele“ eespool kirjeldatud juhtumitest erinevas kontekstis.

63. Kohtuotsus komisjon *vs*. Itaalia puudutas õigusakte, mille kohaselt võivad eraõiguslikke jaemüügiapteeke hallata vaid füüsilised isikud, kellel on proviisori diplom, ja haldavad äriühingud, mille kõik osanikud/liikmed on proviisorid, ja millest tulenevalt ei ole farmaatsiatoodete müügiga tegelevatel ettevõtjatel („müügiettevõtjad”) võimalik omandada osalust kohalike omavalitsusüksuste apteeke haldavates äriühingutes.[59] Kohtuotsus Apothekerkammer des Saarlandes jt puudutas siseriiklikke eeskirju, mille kohaselt võivad apteeke omada ainult proviisorid.[60]

51 — Vt 5. mai 1998. aasta kohtuotsus National Farmers' Union jt (C-157/96, EU:C:1998:191, punkt 63) ja 5. mai 1998. aasta kohtuotsus Ühendkuningriik *vs*. komisjon (C-180/96, EU:C:1998:192, punkt 99): „kui näib olevat kahtlusi inimeste tervisele kujutatavate ohtude olemasolu või ulatuse osas, võivad *institutsioonid* võtta kaitsemeetmeid, ilma et nad ootaksid ära, et täielikult oleks avaldunud nende ohtude tegelikkus ja tõsidus.“ Kohtujuristi kursiiv.

52 — 23. septembri 2003. aasta kohtuotsus komisjon *vs*. Taani (C-192/01, EU:C:2003:492, punkt 49). Vt ka kohtujurist Mischo ettepanek, kohtuasi komisjon *vs*. Taani (C-192/01, EU:C:2002:760, punkt 102): „Seetõttu tundub mulle, et *võimalikust* ohust rahvatervisele piisab selleks, et liikmesriik võib ettevaatuspõhimõttele tuginedes võtta meetmeid [ELTL artikli 36] alusel. Pealegi, mida suurem on teaduslik ebakindlus, seda suuremat kaalutlusruumi omavad liikmesriigid, kes vastutavad rahvatervise kaitsmise eest.“.

53 — Vt 9. septembri 2003. aasta kohtuotsus Monsanto Agricoltura Italia jt (C-236/01, EU:C:2003:431, punkt 111).

54 — 26. mai 2005. aasta kohtuotsus Codacons ja Federconsumatori (C-132/03, EU:C:2005:310, punkt 61).

55 — 12. jaanuari 2006. aasta kohtuotsus Agrarproduktion Staebelow (C-504/04, EU:C:2006:30, punkt 39).

56 — Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2002/2/EÜ, 28. jaanuar 2002, millega muudetakse nõukogu direktiivi 79/373/EMÜ segasööda ringlusse laskmise kohta ning tunnistatakse kehtetuks komisjoni direktiiv 91/357/EMÜ (EÜT 2002 L 63, lk 23; ELT eriväljaanne 3/35, lk 245).

57 — Kohtujurist Tizzano ettepanek ABNA jt (C-453/03, EU:C:2005:202, punkt 129).

58 — Vt 6. detsembri 2005. aasta kohtuotsus ABNA jt (C-453/03, C-11/04, C-12/04 ja C-194/04, EU:C:2005:741, punkt 57 jj).

59 — Vt 19. mai 2009. aasta kohtuotsus komisjon *vs*. Itaalia (C-531/06, EU:C:2009:315).

60 — Vt 19. mai 2009. aasta kohtuotsus Apothekerkammer des Saarlandes jt (C-171/07 ja C-172/07, EU:C:2009:316).

64. Euroopa Kohus kasutas mõlemas asjas nimetatud reeglit, viidates ettevaatuspõhimõtet käsitlevale kohtupraktikale. Ometigi ei maininud ta enam seda põhimõtet.

65. Euroopa Kohus täpsustas seda siiski oluliselt järgmiselt: 1) liikmesriik võib võtta meetmed, mis vähendavad võimalikult oluliselt ohtu rahvatervisele, sh täpsemalt ohtu elanikkonna kindlale ja kvaliteetsele ravimitega varustamisele;[61] 2) rõhutada tuleb ravimite väga erilist laadi, kuivõrd nende teraapiline mõju eristab neid oluliselt teistest kaupadest;[62] 3) sellise teraapilise mõju tagajärg on see, et kui ravimeid tarvitatakse vajaduseta või vääralt, võivad nad tervist oluliselt kahjustada, ilma et patsient oleks võimeline sellest nende manustamise hetkel aru saama;[63] 4) ravimite ületarbimine või väär tarvitamine toob lisaks kaasa finantsvahendite raiskamise, mis on seda enam kahjustav, et farmaatsiasektor põhjustab olulisi kulusid ning peab vastama üha kasvavale vajadusele, samas kui tervishoius kasutatavad finantsvahendid ei saa rahastamisviisist olenemata olla piiramatud.[64]

66. Euroopa Kohus leidis neis kohtuasjades, et liikmesriigid võivad seetõttu kehtestada ravimite jaemüügiga tegelevatele isikutele rangeid nõudeid, seda eeskätt ravimite turustamise ning kasumi taotlemise osas.[65]

67. Kohtuasjas Blanco Pérez ja Chao Gómez kohaldas Euroopa Kohus eespool nimetatud täpsustustest ainult üht. Vastates küsimusele, millises ulatuses võib liikmesriik reguleerida, et takistada apteekide koondumist teatavatesse piirkondadesse, kordas Euroopa Kohus nimetatud reeglit[66] ja märkis seejärel, et kui liikmesriik leiab, et mõnel osal tema territooriumist eksisteerib oht, et apteeke napib, võib ta võtta vastu normid, mille kohaselt võib kindla arvu elanike kohta avada vaid ühe apteegi.[67]

68. Sedasama korrati kohtuotsuses Venturini.[68]

– Käesoleval juhul: inimeste tervist ähvardava ohu olemasolus või ulatuses ei ole kahtlust

69. Nimetatud reegli laiendamine apteekidele alates 2009. aastast on ebaõnnestunud, kuna ähmastab selle lähtepunkti ja ettevaatuspõhimõtte tegelikku eesmärki: riskijuhtimine teadusliku ebakindluse tingimustes. See kehtib nii juhul, kui ohu ulatus on *ebakindel*, kui ka juhul, kui esineb *kahtlusi* selle *olemasolus*. See ei kehti siiski olukorras, kus varem tuvastatud ohu kõrvaldamiseks ette nähtud poliitikavaliku tõhususe suhtes valitseb ebakindlus.[69] Ettevaatust ei tohi segamini ajada ennetamisega. Ennetamise puhul ohu olemasolus või ulatuses ei kahelda. Ennetamise korral on oht tuvastatud.[70]

61 — Vt 19. mai 2009. aasta kohtuotsus komisjon *vs.* Itaalia (C-531/06, EU:C:2009:315, punkt 54) ja 19. mai 2009. aasta kohtuotsus Apothekerkammer des Saarlandes jt (C-171/07 ja C-172/07, EU:C:2009:316, punkt 30).

62 — Vt 19. mai 2009. aasta kohtuotsus komisjon *vs.* Itaalia (C-531/06, EU:C:2009:315, punkt 55) ja 19. mai 2009. aasta kohtuotsus Apothekerkammer des Saarlandes jt (C-171/07 ja C-172/07, EU:C:2009:316, punkt 31).

63 — Vt 19. mai 2009. aasta kohtuotsus komisjon *vs.* Itaalia (C-531/06, EU:C:2009:315, punkt 56) ja 19. mai 2009. aasta kohtuotsus Apothekerkammer des Saarlandes jt (C-171/07 ja C-172/07, EU:C:2009:316, punkt 32).

64 — Vt 19. mai 2009. aasta kohtuotsus komisjon *vs.* Itaalia (C-531/06, EU:C:2009:315, punkt 57) ja 19. mai 2009. aasta kohtuotsus Apothekerkammer des Saarlandes jt (C-171/07 ja C-172/07, EU:C:2009:316, punkt 33).

65 — Vt 19. mai 2009. aasta kohtuotsus komisjon *vs.* Itaalia (C-531/06, EU:C:2009:315, punkt 58) ja 19. mai 2009. aasta kohtuotsus Apothekerkammer des Saarlandes jt (C-171/07 ja C-172/07, EU:C:2009:316, punkt 34).

66 — Vt 1. juuni 2010. aasta kohtuotsus Blanco Pérez ja Chao Gómez (C-570/07 ja C-571/07, EU:C:2010:300, punkt 74).

67 — Vt 1. juuni 2010. aasta kohtuotsus Blanco Pérez ja Chao Gómez (C-570/07 ja C-571/07, EU:C:2010:300, punktid 75 ja 76). Kohtujurist Poiares Maduro ettepanek nendes liidetud kohtuasjades ei sisalda seevastu selliseid märkusi (C-570/07 ja C-571/07, EU:C:2009:587).

68 — Vt 5. detsembri 2013. aasta kohtuotsus Venturini jt (C-159/12 kuni C-161/12, EU:C:2013:791, punkt 60).

69 — Vt Alemanno, A., The Precautionary principle, kogumikus (toim. Baudenbacher, C.) *The Handbook of EEA Law*, Springer, 2016, lk 839–851 (lk 848).

70 — Vt Alemanno, A., Le principe de précaution en droit communautaire: stratégie de gestion des risques ou risqué d'atteinte au Marché intérieur?, kogumikus *Revue du droit de l'Union européenne*, 2001, lk 917–953 (lk 929).

70. Alates 2009. aastast lahendatud apteeke puudutavates asjades, millele viidati eespool, puudub siiski igasugune teaduslik ebakindlus ravimite väärast tarvitamisest või ületarbimisest tuleneva tervist ähvardava ohu suhtes. Pealegi on sellised tooted pärast ranget turustusprotsessi juba seaduslikult turule viidud. Ebakindlus valitseb ainult kavandatud meetme elujõulisuse või tõhususe suhtes.

71. Ettevaatuspõhimõte ei oma seega käesolevas asjas otsuse tegemisel mingit tähtsust. Seetõttu pean otstarbekaks teha Euroopa Kohtule ettepanek loobuda väite toetuseks reegli „inimeste tervist ähvardava ohu olemasolu või ulatuse suhtes valitsev ebakindlus“ kasutamisest.

iv) Tõendamiskohustus

72. Nagu juba öeldud, on liikmesriik kohustatud tõendama, et meede on ELTL artikli 36 alusel õigustatud. Selline on Euroopa Kohtu väljakujunenud praktika.[71] Nagu õiguskirjanduses on selle kohta ilmekalt märgitud: „ei ole Euroopa Kohus hoidunud selle nõude kohaldamisest juhtudel, kui ohus on inimelu.“[72] Oluline on see, et seda kohaldatakse nii eelotsusemenetluse kui ka rikkumismenetluse käigus. Euroopa Kohus on aja jooksul seda põhimõtet täpsustanud, nii et sellega kehtestatakse liikmesriikidele konkreetsed kohustused. Ta on leidnud, et ohtu „ei tule hinnata mitte üldiste kaalutluste alusel, vaid asjakohaste teadusuuringute alusel.“[73]

73. Euroopa Kohus kasutab nüüd regulaarselt järgmist reeglit: „Liikmesriigi poolt esitamisele tulla võivate õigustustega peavad seega kaasnema selle liikmesriigi poolt vastu võetud piirava meetme sobivuse ja proportsionaalsuse analüüs ning täpsed tõendid tema argumentide põhjendamiseks“.[74]

74. Sellist tõendit ei ole esitatud.

75. Asjaomased Saksa õigusnormid ei ole seetõttu rahvatervise eesmärgi saavutamiseks sobivad.

b) Vajalikkus

76. Kuna leian, et asjaomased Saksa õigusnormid ei ole taotletud eesmärgi saavutamiseks sobivad, käsitlen seda aspekti lühemalt.

77. Nagu DPV märgib, oli Saksamaa valitsus enne kõnealuste õigusnormide vastuvõtmist mõnda aega toetanud süsteemi, mis näeb ette *maksimaalsed*, mitte *fikseeritud* hinnad. Postimüügiapteekide ja ravimite liiduülese vaba liikumise seisukohast on see vähem piirav meede, kuna võimaldab postimüügiapteekidel hinnakonkurentsis püsida.

78. Euroopa Kohtu ülesanne ei ole aga ilmselgelt sekkuda liikmesriigi poliitilistesse ja demokraatlikesse protsessidesse ega mõjutada teatavaid poliitilisi valikuid. Piisab, kui tõdeda, et on olemas meetmeid – nagu nägime – mis on mõeldavad ja mida võiks võtta hindade fikseerimise asemel.

71 — Vt juba kohtuotsus Denkavit Futtermittel (251/78, EU:C:1979:252, punkt 24). Vt ka 23. detsembri 2015. aasta kohtuotsus Scotch Whisky Association jt (C-333/14, EU:C:2015:845, punkt 53).

72 — Vt Enchelmaier, S., kogumikus (toim. Oliver, P.) „Oliver on free movement of goods in the European Union“, 5. trükk, Hart Publishing, Oxford, 2010, punkt 8.13.

73 — Vt 14. juuli 1994. aasta kohtuotsus van der Veldt (C-17/93, EU:C:1994:299, punkt 17).

74 — Vt näiteks seoses tervise kaitsega ELTL artikli 36 kontekstis: 26. aprilli 2012. aasta kohtuotsus ANETT (C-456/10, EU:C:2012:241, punkt 50) ja 7. juuni 2007. aasta kohtuotsus komisjon *vs*. Belgia (C-254/05, EU:C:2007:319, punkt 36). Vt ka 15. novembri 2007. aasta kohtuotsus komisjon *vs*. Saksamaa (C-319/05, EU:C:2007:678, punkt 88).

c) Täiendavad kaalutlused proportsionaalsuse kohta

79. Proportsionaalsuse puhul vaatlen oma eespool esitatud argumentatsiooni esimeses DocMorrise kohtuotsuses sisalduva lõigu kontekstis. Nagu teada, sedastas Euroopa Kohus kõnealuse kohtuotsuse punktis 119, et „postimüügi keeldu [võib] õigustada vajadus võimaluse järele tõhusalt ja vastutustundlikult kontrollida arstide välja kirjutatud ravimiretseptide ehtsust ja tagada, et ravim antakse üle kas kliendile endale või isikule, kellele klient selle ülesande usaldas“.[75] Selle lõigu põhjal võib tekkida küsimus, kas kõnealuse keelu kehtestamist saab lubada, pidades samal ajal ebasobivaks meedet, mis on internetituru seisukohast „kahest halvast parim“.

80. Sellele tuleb vastata jaatavalt.

81. Kui liikmesriik on omal algatusel otsustanud lubada retseptiravimite postimüüki, tuleb seda meedet analüüsida selle sobivuse, ühtsuse ja järjepidevuse alusel. Vastasel juhul oleks liikmesriigil lihtsalt sellise müügi lubamise tõttu tegutsemisvabadus, ilma et kohus saaks seda kontrollida, ja välisriikide ettevõtjad ei saaks kasutada oma põhivabadustega tagatud subjektiivseid õigusi, mis tulenevad eelkõige (ja käesoleval juhul) ELTL artiklist 34.

V. Ettepanek

82. Eeltoodud kaalutlustest lähtudes teen Euroopa Kohtule ettepaneku vastata Oberlandesgericht Düsseldorfi (Düsseldorfi kõrgeim piirkondlik kohus) esitatud eelotsuse küsimustele järgmiselt:

Selline siseriiklike õigusnormidega ette nähtud retseptiravimite hindade fikseerimine nagu on sätestatud Saksa ravimiseaduse (Arzneimittelgesetz) §-s 78 koostoimes Saksamaa ravimite hinda reguleeriva määrusega (Arzneimittelpreisverordnung) on vastuolus ELTL artiklitega 34 ja 36.

75 — 11. detsembri 2003. aasta kohtuotsus Deutscher Apothekerverband (C-322/01, EU:C:2003:664, punkt 119).