

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO

YVES'A BOTA

przedstawiona w dniu 16 grudnia 2008 r.¹

1. W swoich pytaniach prejudycjalnych Verwaltungsgericht des Saarlandes (Niemcy) zwraca się do Trybunału o rozstrzygnięcie, czy art. 43 WE i 48 WE należy interpretować w ten sposób, iż sprzeciwiają się one uregulowaniu krajowemu, na mocy którego jedynie farmaceuci mogą posiadać i prowadzić aptekę.

2. Zgodnie z niemieckimi przepisami, by móc prowadzić aptekę należy uzyskać zezwolenie właściwych władz. Warunkiem uzyskanie takiego zezwolenia jest m.in. posiadanie uprawnień farmaceuty oraz prowadzenie apteki osobiście i na własną odpowiedzialność.

3. Dwa wnioski o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym będące przedmiotem niniejszej analizy zostały złożone w ramach

sporów sądowych pomiędzy z jednej strony Apothekerkammer des Saarlandes², M. Schneider, M. Holzapfel, F. Trennheuser³Deutscher Apothekerverband eV⁴ (sprawa C-171/07) oraz H. Neumann-Seiwert (sprawa C-172/07) (zwanymi dalej łącznie „skarżącymi w sprawach przed sądem krajowym”) oraz z drugiej strony Saarland (Krajem Związkowym Saary), reprezentowanym przez swoje Ministerium für Justiz, Gesundheit und Soziales (Ministerstwo Sprawiedliwości, Zdrowia i Spraw Społecznych, zwane dalej „Ministerstwem”). Przedmiotem tych sporów jest skarga o stwierdzenie nieważności decyzji wydanej przez Ministerstwo, udzielającej zezwolenia spółce akcyjnej pod firmą DocMorris NV (zwanej dalej „DocMorris”) na prowadzenie w charakterze filii apteki w Saarbrücken (Niemcy).

4. Niniejsza opinia przedstawia powody, dla których uważam, że art. 43 i 48 WE należy interpretować w ten sposób, iż nie sprzeciwiają się one temu, by państwo członkowskie postanowiło, że jedynie farmaceuci mogą posiadać i prowadzić apteki⁵.

1 — Język oryginału: francuski.

2 — Izba Aptekarska Kraju Związkowego Saary.

3 — Wszyscy troje są farmaceutami.

4 — Niemiecki Związek Farmaceutów.

5 — Zagadnienie to zostało podniesione także w zawisłej przed Trybunałem sprawie C-531/06 Komisja przeciwko Włochom, w której również przedstawiłem opinię.

I — Ramy prawne

A — Prawo wspólnotowe

5. Artykuł 43 akapit pierwszy WE zabrania ograniczeń swobody przedsiębiorczości obywateli jednego państwa członkowskiego na terytorium innego państwa członkowskiego. Zgodnie z art. 43 akapit drugi WE, swoboda przedsiębiorczości obejmuje podejmowanie i wykonywanie działalności prowadzonej na własny rachunek, jak również zakładanie przedsiębiorstw i zarządzanie nimi.

6. Na mocy art. 48 akapit pierwszy WE z praw przewidzianych w art. 43 WE korzystają również spółki założone zgodnie z przepisami prawa państwa członkowskiego i mające swoją statutową siedzibę, zarząd lub główne przedsiębiorstwo wewnątrz Wspólnoty Europejskiej.

7. W myśl art. 46 ust. 1 WE, art. 43 WE nie stanowi przeszkody do zastosowania ograniczeń uzasadnionych względami zdrowia publicznego.

8. W myśl art. 47 ust. 3 WE w odniesieniu do zawodów medycznych i paramedycznych oraz

farmaceutycznych stopniowe znoszenie ograniczeń zależy od koordynacji warunków ich wykonywania w różnych państwach członkowskich. Niemniej jednak Rada Unii Europejskiej i Komisja Wspólnot Europejskich przyznały, że bezpośredni skutek art. 43 WE i 49 WE, uznany odpowiednio w wyrokach w sprawach *Reyners*⁶ i *van Binsbergen*⁷ począwszy od dnia 1 stycznia 1970 r., czyli dnia kończącego okres przejściowy, znajduje zastosowanie również do zawodów służby zdrowia⁸.

9. Ponadto działalność z zakresu medycyny, paramedycyny i farmacji była przedmiotem dyrektyw koordynujących. W dziedzinie farmacji były to, z jednej strony, dyrektywa Rady 85/432/EWG z dnia 16 września 1985 r. dotycząca koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych w zakresie niektórych rodzajów działalności w dziedzinie farmacji⁹ oraz, z drugiej strony, dyrektywa Rady 85/433/EWG z dnia 16 września 1985 r. dotycząca wzajemnego uznawania dyplomów, świadectw i innych dokumentów potwierdzających posiadanie kwalifikacji w zakresie farmacji, zawierająca środki mające na celu ułatwienie skutecznego wykonywania prawa przedsiębiorczości odnoszącego się do niektórych działalności z dziedziny farmacji¹⁰.

6 — Wyrok z dnia 21 czerwca 1974 r. w sprawie 2/74, Rec. s. 631.

7 — Wyrok z dnia 3 grudnia 1974 r. w sprawie 33/74, Rec. s. 1299.

8 — I tak w motywie pierwszym dyrektywy Rady 75/362/EWG z dnia 16 czerwca 1975 r. w sprawie wzajemnego uznawania dyplomów, świadectw i innych dowodów posiadania kwalifikacji w dziedzinie medycyny, łącznie ze środkami ułatwiającymi skuteczne korzystanie z prawa przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług (Dz.U. L 167, s. 1) wskazano, że zgodnie z traktatem EWG, wszelka dyskryminacja ze względu na przynależność państwową w dziedzinie zakładania przedsiębiorstw i świadczenia usług jest zakazana z upływem okresu przejściowego.

9 — Dz.U. L 253, s. 34.

10 — Dz.U. L 253, s. 37.

10. Obie te dyrektywy zostały uchylone i zastąpione dyrektywą 2005/36/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 września 2005 r. w sprawie uznawania kwalifikacji zawodowych¹¹. Motyw 26 dyrektywy 2005/36 stanowi:

„Niniejsza dyrektywa nie zapewnia koordynacji wszystkich wymogów w zakresie podejmowania i wykonywania działalności w dziedzinie farmacji. W szczególności kwestie rozmieszczenia geograficznego aptek i monopolu na wydawanie produktów leczniczych powinny pozostać w kompetencji państw członkowskich. Dyrektywa nie wprowadza żadnych zmian w przepisach ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich wprowadzających zakaz wykonywania przez spółki niektórych czynności w dziedzinie farmacji lub uzależniających wykonywanie tych czynności od spełnienia określonych warunków”.

11. Należy wreszcie przytoczyć art. 152 ust. 5 WE, który stanowi:

„Działanie Wspólnoty w dziedzinie zdrowia publicznego w pełni szanuje odpowiedzialność państw członkowskich za organizację i świadczenie usług zdrowotnych i opieki medycznej [...]”.

B — Prawo krajowe

12. Zgodnie z § 1 Apothekengesetz (niemieckiej ustawy o aptekach)¹², ze zmianami wprowadzonymi przez rozporządzenie z 31 października 2006 r.¹³ (zwanej dalej „ApoG”):

„1. Zgodnie z wymogami interesu publicznego, apteki zaopatrują ludność w produkty lecznicze z poszanowaniem przepisów prawa.

2. Prowadzenie apteki oraz filii danej apteki w liczbie nieprzekraczającej trzech filii wymaga uzyskania zezwolenia właściwego organu administracji publicznej.

3. Zezwolenie dotyczy wyłącznie farmaceuty, któremu zostało udzielone, oraz pomieszczeń określonych w dokumencie zezwolenia”.

11 — Dz.U. L 255, s. 22.

12 — BGBl. 1980 I, s. 1993.

13 — BGBl. 2006 I, s. 2407.

13. Paragraf 2 ApoG stanowi:

7) jest zdolny, z punktu widzenia stanu zdrowia, do prawidłowego prowadzenia apteki;

„1. Zezwolenia udziela się na wniosek, jeżeli wnioskodawca:

[...]”.

1) jest Niemcem w rozumieniu art. 116 Grundgesetz (niemieckiej ustawy zasadniczej), obywatelem jednego z pozostałych państw członkowskich Unii Europejskiej lub innego państwa sygnatariusza Porozumienia o Europejskim Obszarze Gospodarczym [...];

14. Zgodnie z § 7 ust. 1 ApoG:

„Zezwolenie zobowiązuje do osobistego prowadzenia apteki na własną odpowiedzialność”.

2) ma pełną zdolność do czynności prawnych;

3) posiada uprawnienia do wykonywania zawodu farmaceuty zgodnie z przepisami niemieckimi;

15. Wreszcie § 8 ust. 1 ApoG przewiduje formy, w których dwie lub więcej osób mogą wspólnie prowadzić aptekę. Przepis ten wyklucza istnienie udziałów o charakterze wyłącznie kapitałowym i zabrania posługiwania się formą prawną, która pozwalałaby osobie trzeciej, której nie udzielono zezwolenia, na prowadzenie apteki lub na uzyskiwanie korzyści z jej prowadzenia. Przepis ten został sformułowany następująco:

4) jest dostatecznie godny zaufania, by prowadzić aptekę;

„Kilka osób może wspólnie prowadzić aptekę jedynie w formie spółki cywilnej lub spółki jawnej; w takich przypadkach obowiązek

[....]

uzyskania zezwolenia obejmuje wszystkich współników. Udział w aptece w formie spółki cichej lub porozumienie, na mocy którego wynagrodzenie za pożyczkę udzieloną posiadaczowi zezwolenia albo za składniki majątkowe przekazane mu w inny sposób uzależnione są od obrotów albo zysków apteki, a w szczególności umowa najmu, uzależniająca wysokość czynszu od obrotów albo zysku, są niedopuszczalne [...]”.

II — Postępowanie przed sądem krajowym i pytania prejudycjalne

16. DocMorris jest spółką akcyjną mającą siedzibę w Niemczech, która prowadzi działalność w zakresie sprzedaży wysyłkowej produktów leczniczych. Decyzją z dnia 29 czerwca 2006 r. Ministerium udzieliło DocMorris zezwolenia na prowadzenie w formie filii apteki w Saarbrücken, z mocą od dnia 1 lipca 2006 r., z zastrzeżeniem, iż farmaceuta będzie prowadzić tę aptekę osobiście i na własną odpowiedzialność. Decyzją z dnia 28 czerwca 2006 r., również z mocą od dnia 1 lipca 2006 r., Ministerium przyznało DocMorris zezwolenie dotyczące tej apteki w Saarbrücken na wysyłkową sprzedaż produktów leczniczych sprzedawanych wyłącznie w aptekach. Kolejną decyzją z dnia 7 sierpnia 2006 r. Ministerium zarządziło natychmiastowe wykonanie decyzji z dnia 29 czerwca 2006 r. udzielającej zezwolenia na prowadzenie apteki w formie filii.

17. Odpowiednio w dniu 2 i 18 sierpnia 2006 r. skarżący w sprawie przed sądem krajowym złożyli do Verwaltungsgericht des Saarlandes skargi o stwierdzenie nieważności decyzji z dnia 29 czerwca 2006 r. udzielającej zezwolenia na prowadzenie apteki.

18. Na poparcie swoich skarg skarżący w sprawie przed sądem krajowym podnieśli, iż decyzja ta narusza ApoG w wyniku błędnej wykładni zasady zwanej „Fremdbesitzverbot”, tj. reguły, zgodnie z którą jedynie farmaceuta może prowadzić aptekę, tak jak wynika to z § 2 ust.1 pkt 3 w związku z §§ 7 i 8 ApoG. Skarżący twierdzą ponadto, iż Ministerium nie przysługuje kompetencja, by oceniać, czy prawo niemieckie jest zgodne z prawem wspólnotowym, gdyż kompetencja tego rodzaju przysługuje Trybunałowi zgodnie z przepisem art. 234 WE.

19. Ministerium oraz DocMorris twierdzą natomiast, iż zawarte w przepisach niemieckich uregulowanie wykluczające niefarmaceutów narusza art. 43 WE, który gwarantuje swobodę przedsiębiorczości, ponieważ apteka mająca siedzibę w innym państwie członkowskim, prowadzona w formie spółki kapitałowej nie ma dostępu do niemieckiego rynku aptek. Ograniczenie tego rodzaju nie jest niezbędne dla realizacji celu w postaci ochrony zdrowia publicznego. Twierdzą oni ponadto, iż zasady pierwszeństwa i skuteczności prawa wspólnotowego nakładają obowiązek odstąpienia od zastosowania prawa krajowego w wypadku jego niezgodności z prawem wspólnotowym nie tylko na sądy krajowe, ale także na władze krajowe.

20. Mając na względzie przedstawione mu argumenty stron, Verwaltungsgericht des Saarlandes postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

III — Analiza

A — W przedmiocie pierwszego pytania prejudycjalnego

„1) Czy przepisy dotyczące swobody przedsiębiorczości w odniesieniu do spółek kapitałowych (art. 43 [WE] oraz 48 WE) należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwiają się one zakazowi posiadania aptek przez osoby niebędące farmaceutami („Fremdbesitzverbot”) przewidzianemu w § 2 ust. 1 pkt 1–4 i 7 oraz § 7 zdanie pierwsze i § 8 zdanie pierwsze [ApoG]?”

2) W przypadku udzielenia odpowiedzi twierdzącej na pytanie pierwsze:

Czy krajowy organ administracji na podstawie prawa wspólnotowego, w szczególności art. 10 WE i zasady skuteczności prawa wspólnotowego, jest uprawniony i zobowiązany do niestosowania przepisów krajowych uznanych przez niego za sprzeczne z prawem wspólnotowym także wtedy, gdy naruszenie prawa wspólnotowego nie jest oczywiste, a Trybunał [...] nie stwierdził niezgodności danych przepisów z prawem wspólnotowym?”.

21. W pierwszym z zadanych Trybunałowi pytań prejudycjalnych sąd krajowy zmierza w istocie do ustalenia, czy art. 43 WE i 48 WE należy interpretować w ten sposób, iż sprzeciwiają się one uregulowaniu krajowemu, na mocy którego jedynie farmaceuta może posiadać i prowadzić aptekę.

22. Strony postępowania zajmują całkowicie przeciwstawne stanowiska co do tego, jakiej odpowiedzi należy na to pytanie udzielić. Z jednej strony, skarżący w sprawie przed sądem krajowym, a także rządy: niemiecki, grecki, francuski, włoski, austriacki i fiński są zdania, iż tego rodzaju przepisy krajowe, w zakresie, w jakim mogłyby stanowić ograniczenie swobody przedsiębiorczości chronionej przez art. 43 WE, są uzasadnione celem w postaci ochrony zdrowia publicznego. Z drugiej natomiast strony Saarland, DocMorris, rząd polski, jak również Komisja są zdania, iż swoboda przedsiębiorczości sprzeciwia się tego rodzaju uregulowaniu, na mocy którego niefarmaceutom nie wolno posiadać apteki, ponieważ nie jest ono odpowiednie z punktu widzenia osiągnięcia celu w postaci ochrony zdrowia publicznego, ani też nie jest w tym celu niezbędne. Ponieważ główne argumenty na poparcie obu powyższych poglądów są w istocie takie same, jak przedstawione w ww. sprawie Komisja przeciwko Włochom, które przytoczyłem w mojej opinii w tamtej sprawie, nie ma powodu, by

obecnie wskazać w sposób szczegółowy argumenty przedstawione Trybunałowi.

art. 152 WE, wskazują, że istnieje w tym przypadku kompetencja wspólna z przewagą krajową¹⁴.

23. Przed zbadaniem, czy zasada stanowiąca, że wyłącznie osoby, które posiadają uprawnienia do wykonywania zawodu farmaceuty, mogą posiadać i prowadzić aptekę, jest zgodna z art. 43 WE i 48 WE, należy poczynić kilka wstępnych spostrzeżeń w przedmiocie charakteru kompetencji, odpowiednio, państw członkowskich i Wspólnoty, w dziedzinie zdrowia publicznego.

1. Uwagi wstępne w przedmiocie charakteru kompetencji, odpowiednio, państw członkowskich i Wspólnoty, w dziedzinie zdrowia publicznego

24. Na mocy art. 152 WE Wspólnota nie otrzymała pełnych i całkowitych kompetencji w dziedzinie zdrowia publicznego. Kompetencje te pozostają więc podzielone między Wspólnotę i państwa członkowskie.

25. Szczegółowe warunki tego podziału kompetencji, jak wynika z brzmienia

26. Utrzymanie kompetencji krajowych w dziedzinie zdrowia publicznego zostało w sposób wyraźny uregulowane w art. 152 ust. 5 WE, który, przypomnijmy, stanowi, że: „[d]ziałanie Wspólnoty w dziedzinie zdrowia publicznego w pełni szanuje odpowiedzialność państw członkowskich za organizację i świadczenie usług zdrowotnych i opieki medycznej [...]”.

27. Wniosek, iż nadanie Wspólnocie kompetencji w dziedzinie zdrowia publicznego nie wiąże się z odebraniem tych kompetencji państwom członkowskim, można również wysnuć z charakteru kompetencji krajowych i wspólnotowych, określonego w art. 152 WE. Chodzi tu bowiem jednocześnie o kompetencje komplementarne, ponieważ działanie Wspólnoty uzupełnia politykę krajów w dziedzinie zdrowia publicznego oraz o kompetencje skoordynowane, ponieważ działanie Wspólnoty dąży do koordynacji krajowych działań w tej dziedzinie.

28. Podsumowując, postanowienia art. 152 WE zawierają podstawy polityki zdrowia publicznego, która jest zintegrowana

¹⁴ — By zacytować wyrażenie użyte przez: V. Michel, La compétence de la Communauté en matière de santé publique, *Revue des affaires européennes*, 2003–2004/2, s. 157.

w niewielkim stopniu i równolegle określają sferę chronionych kompetencji krajowych.

29. Moim zdaniem Trybunał powinien uwzględnić obrane przez autorów traktatu WE rozwiązanie tak, by dokładnie oddać jego sens. W szczególności, gdy przed Trybunałem pojawia się krajowy środek dotyczący organizacji i świadczenia usług zdrowotnych i opieki medycznej, jego ocena powinna, w moim mniemaniu, zawsze uwzględniać to, co można przyrównać do konstytucyjnej ochrony krajowych kompetencji w tej dziedzinie¹⁵.

30. Nie oznacza to jednak oczywiście, że przy wykonywaniu zachowanych przez państwa członkowskie kompetencji należy je traktować tak, jakby były wolne od wiążących je zobowiązań wspólnotowych. Wiadomo bowiem, że przy wykonywaniu tych kompetencji państwa członkowskie powinny przestrzegać prawa wspólnotowego, w szczególności zaś postanowień traktatu dotyczących swobód przepływu. Postanowienia te obejmują zakaz wprowadzania lub utrzymywania przez państwa członkowskie nieuzasadnionych ograniczeń w korzystaniu z tych swobód w dziedzinie opieki zdrowotnej¹⁶.

31. Należy ponadto stwierdzić, że w obecnym stanie rozwoju prawa wspólnotowego daleko jest do sytuacji, w której wszystkie warunki wykonywania działalności w dziedzinie farmacji stałyby się przedmiotem koordynacji, a tym bardziej harmonizacji na szczeblu wspólnotowym, o czym świadczy motyw 26 dyrektywy 2005/36. Przypomnę w tym względzie, że ustawodawca wspólnotowy wskazał tam, że w szczególności kwestie rozmieszczenia geograficznego aptek i monopolu na wydawanie produktów leczniczych powinny pozostać w kompetencji państw członkowskich. Wskazano tam również, że dyrektywa nie wprowadza żadnych zmian w przepisach ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich wprowadzających zakaz wykonywania przez spółki niektórych czynności w dziedzinie farmacji lub uzależniających wykonywanie tych czynności od spełnienia określonych warunków. W tych niezharmonizowanych dziedzinach państwom członkowskim pozostawiona zostaje kompetencja do określenia uregulowań, pod warunkiem poszanowania postanowień traktatu, a w szczególności postanowień dotyczących swobody przedsiębiorczości¹⁷.

32. Aby uregulowanie krajowe, zgodnie z którym apteki mogą posiadać i prowadzić wyłącznie farmaceuci zostało utrzymane, musi ono okazać się zgodne z art. 43 WE, pomimo iż stanowi ono wyraz kompetencji zachowanej przez państwa członkowskie w dziedzinie zdrowia publicznego, a dokładniej w dziedzinie organizacji i świadczenia usług zdrowotnych i opieki medycznej.

15 — Zobacz V. Michel, op. cit, s. 177.

16 — Zobacz w szczególności wyrok z dnia 11 września 2008 r. w sprawie C-141/07 Komisja przeciwko Niemcom, Zb.Orz. s. I-6935, pkt 23 i przytoczone tam orzecznictwo.

17 — Zobacz podobnie ww. wyrok w sprawie Komisja przeciwko Niemcom, pkt 25 i przytoczone tam orzecznictwo.

33. Okoliczność, iż uregulowanie takie występuje w zakresie zachowanych przez państwo kompetencji chronionych wyraźnie przez art. 152 ust. 5 WE wiąże się jednak z pewnymi konsekwencjami. To bowiem w ramach oceny uzasadnienia tego uregulowania pod kątem nadrzędnego względu interesu publicznego, takiego jak ochrona zdrowia publicznego, Trybunał będzie musiał wziąć pod uwagę tę przewidzianą traktatowo ochronę kompetencji krajowych. Będzie on mógł, w ramach tego podejścia, zastosować swoje orzecznictwo, zgodnie z którym, przy dokonywaniu oceny poszanowania zasady proporcjonalności w dziedzinie zdrowia publicznego, należy uwzględnić okoliczność, że państwo członkowskie może decydować o poziomie, na jakim zamierza zapewnić ochronę zdrowia publicznego i o sposobach osiągnięcia tego poziomu¹⁸.

34. Poczyniwszy powyższe spostrzeżenia należy po pierwsze zbadać, czy niemieckie uregulowanie zakazujące niefarmaceutom posiadania i prowadzenia apteki stanowi ograniczenie swobody przedsiębiorczości.

2. W przedmiocie istnienia ograniczenia swobody przedsiębiorczości

35. Swoboda przedsiębiorczości, ustanowiona na mocy art. 43 WE i 48 WE, przynajmniej spółkom utworzonym zgodnie z przepisami

prawa któregoś z państw członkowskich prawo do podjęcia niezależnej działalności w innym państwie członkowskim i do stałego wykonywania tam tej działalności na tych samych warunkach, co spółki posiadające siedzibę w tym państwie. Ta podstawowa swoboda obejmuje zakładanie przedsiębiorstw i zarządzanie nimi, a także tworzenie agencji, oddziałów i spółek zależnych. W ten sposób art. 43 WE nakłada obowiązek zniesienia wszelkich środków dyskryminacyjnych.

36. Z utrwalonego orzecznictwa wynika również, że środki, jakkolwiek miałyby one jednakowe zastosowanie do wszystkich, lecz które zakazują, ograniczają lub czynią mniej atrakcyjnym korzystanie przez obywateli państw członkowskich ze swobody przedsiębiorczości, stanowią niezgodne z traktatem ograniczenia¹⁹.

37. Zgodnie z niemieckimi przepisami każdy, kto zamierza prowadzić aptekę, musi uzyskać zezwolenie właściwych władz. Aby uzyskać tego rodzaju zezwolenie, należy posiadać uprawnienia do wykonywania zawodu farmaceuty, a także prowadzić aptekę osobiście i na własną odpowiedzialność. Ponadto kilka osób może wspólnie prowadzić aptekę jedynie w formie spółki cywilnej lub spółki jawnej; w takich przypadkach obowiązek uzyskania zezwolenia obejmuje wszystkich wspólników, tym samym muszą więc być oni farmaceutami.

¹⁸ — Zobacz w szczególności ww. wyrok Komisja przeciwko Niemcom, pkt 51.

¹⁹ — Zobacz wyroki z dnia 5 października 2004 r. w sprawie C-442/02 CaixaBank France, Zb.Orz. s. I-8961, pkt 11 i przytoczone tam orzecznictwo; z dnia 14 października 2004 r. w sprawie C-299/02 Komisja przeciwko Niderlandom, Zb.Orz. s. I-9761, pkt 15; ww. wyrok w sprawie Komisja przeciwko Grecji, pkt 27 oraz wyrok z dnia 17 lipca 2008 r. w sprawie C-500/06 Corporación Dermoeestética, Zb.Orz. s. I-5785, pkt 32 i przytoczone tam orzecznictwo.

38. Te warunki prowadzą do uniemożliwienia spółce kapitałowej, takiej jak DocMorris, uzyskania zezwolenia na prowadzenie apteki w Niemczech. Warunki te można zakwalifikować jako ograniczenia swobody przedsiębiorczości z racji skutków, jakie wywierają na dostęp osób fizycznych i prawnych pragnących otworzyć prywatną aptekę w Niemczech, do rynku. Środki te, utrudniając dostęp do danego rynku nowym przedsiębiorcom, obiektywnie wprowadzają przeszkody w swobodach przepływu, z których co do zasady powinny korzystać spółki takie jak DocMorris.

39. Stwierdziwszy istnienie przeszkody w swobodzie przedsiębiorczości, należy teraz zbadać, czy obowiązujący niefarmaceutów zakaz posiadania i prowadzenia apteki można uznać za uzasadniony w świetle prawa wspólnotowego.

3. W przedmiocie uzasadnienia stwierdzonego ograniczenia swobody przedsiębiorczości

40. Takie ograniczenie, jak to zawarte w przepisach niemieckich, można uznać za zgodne z prawem wspólnotowym, jeżeli spełnia ono cztery przesłanki. Po pierwsze, musi być stosowane w sposób niedyskryminacyjny. Po

drugie, musi być uzasadnione zgodnym z prawem powodem lub nadrzędnym względem interesu ogólnego. Wreszcie musi być odpowiednie dla zagwarantowania osiągnięcia zamierzonego celu i nie wykraczać poza to, co niezbędne dla jego osiągnięcia²⁰.

41. Po pierwsze, nie dostrzegłem się jakiegokolwiek elementu dyskryminacji w spornych przepisach, gdyż mają one zastosowanie do wszystkich podmiotów pragnących założyć i prowadzić aptekę w Niemczech, bez rozróżnienia opartego na państwie członkowskim ich pochodzenia.

42. Po drugie, ochrona zdrowia publicznego należy do nadrzędnych względów interesu ogólnego, które mogą, na mocy art. 46 ust. 1 WE, uzasadniać ograniczenia swobody przedsiębiorczości²¹. Jak świadczy o tym § 1 ust. 1 ApoG, przepisy niemieckie zabraniające niefarmaceutom posiadania i prowadzenia apteki odpowiadają zadaniom ochrony zdrowia publicznego. Przepisy te mogą być uzasadnione ze względu na cel w postaci ochrony zdrowia publicznego, w szczególności tam, gdzie zmierzają one do zagwarantowania odpowiedniego zaopatrzenia ludności w produkty lecznicze.

20 — Zobacz w szczególności wyroki z dnia 5 czerwca 2007 r. w sprawie C-170/04 Rosengren i in., Zb.Orz. s. I-4071, pkt 43 i ww. wyrok w sprawie Corporación Dermoes-tética, pkt 35 i przytoczone tam orzecznictwo.

21 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Corporación Dermoes-tética, pkt 37.

43. Po trzecie, jeśli chodzi o zdolność takich przepisów do zagwarantowania realizacji celu ochrony zdrowia publicznego, należy sprawdzić, czy obowiązujący niefarmaceutów zakaz posiadania i prowadzenia apteki jest odpowiedni dla skutecznego osiągnięcia wspomnianego celu.

44. Na poparcie tezy, iż zakaz ten nie jest odpowiedni dla osiągnięcia celu w postaci ochrony zdrowia publicznego, zostały podniesione następujące argumenty.

45. Zdaniem zwolenników tej tezy, należałoby dokonać w tym względzie rozróżnienia między aspektami dotyczącymi prowadzenia aptek, zarządzania i administrowania nimi, a aspektami związanymi z relacjami z osobami trzecimi. Konieczność posiadania kwalifikacji zawodowych farmaceuty jest uzasadniona w przypadku tego drugiego aspektu, ale nie w przypadku pierwszego, ponieważ wymogi ochrony zdrowia publicznego dotyczą wyłącznie tego aspektu działalności aptekarskiej, który polega na relacjach z osobami trzecimi, a dokładniej z dostawcami i pacjentami.

46. Ponadto kryterium adekwatności może być spełnione jedynie wówczas, gdy istnieją konkretne dowody na to, że gdy właściciel apteki nie posiada uprawnień do wykonywania zawodu farmaceuty, a jedynie zatrudniony farmaceuta obecny jest w aptece, kontrola sprawowana przez właściciela nad zatrudnionym farmaceutą lub też wpływ na

niego wywierany są tego rodzaju, by podważyć niezależność i osobistą odpowiedzialność tego farmaceuty oraz zagrozić przestrzeganiu przepisów dotyczących wykonywania zawodu farmaceuty oraz zasad deontologii farmaceutycznej. Tymczasem w rzeczywistości spółki kapitałowe nie są, co do zasady, bardziej podatne na uzyskiwanie bezprawnych zysków ze względu na swoją formę prawną. Farmaceuta, który podlega odpowiedzialności osobistej i jest poważnie zadłużony z uwagi na koszt założenia swojej apteki może być pod znacznie większą presją związaną z przetrwaniem ekonomicznym niż farmaceuta zatrudniony.

47. Następnie, nawet gdyby przyjąć, iż apteki prowadzone w formie spółek kapitałowych rzeczywiście mają na celu nadmierne zwiększanie swoich zysków, okoliczność ta nie może powodować zagrożeń zdrowotnych związanych z wydawaniem produktów leczniczych. Dla większości produktów leczniczych wymagana jest przecież recepta lekarska i wydawane są one tylko za okazaniem recepty. Dlatego też, nawet jeśli apteka chciałaby sprzedać nadmierną ilość produktów leczniczych pacjentowi, nie mogłaby tego uczynić bez recepty lekarza. Co więcej, przepisy niemieckie w coraz większym stopniu ograniczają możliwość zastępowania produktów leczniczych przez farmaceutę, tj. zastępowania jednego produktu leczniczego przez inny zawierający tę samą substancję czynną.

48. Przeciwnie, jestem zdania, iż uregulowanie, zgodnie z którym jedynie farmaceuta może posiadać i prowadzić aptekę jest odpo-

wiednie dla zagwarantowania realizacji celu w postaci ochrony zdrowia publicznego. Dokładniej rzecz biorąc, moim zdaniem regulacja ta może zagwarantować zaopatrzenie ludności w produkty lecznicze w sposób urozmaicony i wysokiej jakości.

produktów leczniczych niewymagających recepty, których liczba wciąż wzrasta na skutek podejmowanych przez państwa decyzji mających na celu zachowanie równowagi wydatków na cele społeczne. W tej sytuacji pacjent może polegać jedynie na informacjach udzielanych mu przez pracownika służby zdrowia, jakim jest farmaceuta.

49. Nie przekonuje mnie w tym względzie argument, że należałoby rozróżnić aspekty wewnętrzne (własność apteki, administrowanie i zarządzanie nią) i aspekty zewnętrzne (relacje z osobami trzecimi) działalności farmaceutycznej. Jedna osoba, będąca jednocześnie właścicielem i pracodawcą, posiadająca aptekę, nieuchronnie wywiera moim zdaniem wpływ na stosowaną w tej aptece politykę w zakresie wydawania produktów leczniczych. Zatem obrane przez niemieckiego ustawodawcę rozwiązanie polegające na związaniu kompetencji zawodowych i gospodarczej własności apteki wydaje się uzasadnione z punktu widzenia celu ochrony zdrowia publicznego.

50. Nie należy pomijać okoliczności, że zadanie farmaceuty nie sprowadza się do sprzedaży produktów leczniczych. Czynność polegająca na wydaniu produktów leczniczych wymaga również ze strony farmaceuty innych usług, takich jak sprawdzanie recept lekarskich, sporządzanie leków recepturowych czy też udzielanie informacji i porad zapewniających prawidłowe stosowanie produktów leczniczych²². Uważam również, że ciężący na farmaceutce obowiązek udzielania porad ma wielkie znaczenie w przypadku

51. Ze względu na to, że działalność farmaceutyczna nacechowana jest, podobnie jak liczne zawody służby zdrowia, asymetrycznym rozdziałem informacji, niezbędne jest, by pacjent mógł mieć pełne zaufanie do udzielonej przez farmaceutę porady. Ważne jest zatem, by zagwarantować neutralność porad farmaceutycznych, czyli by były one kompetentne i obiektywne.

52. Ponadto farmaceuta związany jest z powyższych względów z powszechną polityką zdrowia publicznego, w znacznym stopniu niedająca się pogodzić z podejściem czysto handlowym, właściwym spółkom kapitałowym, nakierowanym bezpośrednio na rentowność i zysk. Szczególny charakter powierzonego farmaceutce zadania wymaga więc uznania i zagwarantowania przedstawicielom tego zawodu niezależności niezbędnej dla jego wykonywania.

53. Zatem jakość czynności polegającej na wydawaniu produktów leczniczych jest moim zdaniem ściśle związana z niezależnością, która powinna cechować farmaceutę przy wykonywaniu jego zadań.

22 — Poszczególne rodzaje czynności farmaceuty wymienione zostały w art. 45 ust. 2 dyrektywy 2005/36.

54. Decydując się na to, by zastrzec własność i prowadzenie aptek prywatnych wyłącznie dla farmaceutów, niemiecki ustawodawca pragnął właśnie zagwarantować niezależność farmaceutów, sprawiając, że do ekonomicznej struktury aptek nie będą przenikać zewnętrzne wpływy, pochodzące na przykład od wytwórców produktów leczniczych lub hurtowników. W szczególności pragnął on zapobiec ryzyku konfliktu interesów, który, według jego analiz, mógłby być związany z pionową integracją sektora farmaceutycznego, w szczególności w celu przeciwdziałania zjawisku nadmiernego spożycia produktów leczniczych i zagwarantowania obecności wystarczającej różnorodności produktów leczniczych w aptekach. Niemiecki ustawodawca uznał ponadto za niezbędny udział osoby fachowej, działającej jako filtr między producentem produktów leczniczych a ludnością, w celu kontrolowania w niezależny sposób prawidłowego podawania produktów leczniczych.

55. Farmaceuta będący właścicielem swojej apteki jest niezależny finansowo, co gwarantuje mu swobodne wykonywanie jego zawodu. Taki farmaceuta, posiadający pełną władzę nad swoimi narzędziami pracy, może więc wykonywać swój zawód z niezależnością cechującą wolne zawody. Jest jednocześnie kierownikiem przedsiębiorstwa mającym kontakt z gospodarczą rzeczywistością, związaną z zarządzaniem apteką, i pracownikiem służby zdrowia, który stara się zrównoważyć swoje pobudki ekonomiczne ze względami dotyczącymi zdrowia publicznego, co odróżnia go od zwykłego inwestora.

56. Stąd też uważam, że prewencyjne środki podjęte przez niemieckiego ustawodawcę są

odpowiednie dla zapewnienia ochrony zdrowia publicznego.

57. Należy wreszcie sprawdzić, czy uregulowanie, zgodnie z którym jedynie farmaceuta może posiadać i prowadzić aptekę jest niezbędne do osiągnięcia celu w postaci ochrony zdrowia publicznego i czy cel ten nie może być osiągnięty za pomocą zakazów i ograniczeń o mniejszym zakresie lub wywierających mniejszy wpływ na swobodę przedsiębiorczości.

58. Na poparcie tezy, iż uregulowanie to jest nieproporcjonalne z punktu widzenia celu w postaci ochrony zdrowia publicznego podniesione zostały argumenty różnego rodzaju.

59. Wystarczałyby więc, by wydawanie produktów leczniczych jak również udzielanie porad klientom było zastrzeżone dla zatrudnionego farmaceuty. Byłby on w stanie, tak samo, jak niezależny farmaceuta, wykonywać swój zawód w zgodzie z ciążącymi na nim obowiązkami. Byłby on, niezależnie od formy prawnej swojego pracodawcy, poddany tym samym przepisom dotyczącym wykonywania zawodu oraz tym samym zasadom deontologii, co farmaceuta niezależny. Co oczywiste, zatrudniony farmaceuta byłby poddany poleceniom prowadzącego aptekę, jednak miałby on obowiązek odmówić wykonania takiego polecenia, jeśli byłoby ono nie do pogodzenia z przepisami dotyczącymi wykonywania zawodu farmaceuty oraz zasadami deontologii farmaceutycznej.

60. Co więcej, ustawodawca krajowy mógłby przyjąć przepisy regulujące stosunek prawny pomiędzy prowadzącym aptekę a zatrudnionym w niej farmaceutą w celu zapobieżenia sytuacji, w której sprawowana nad zatrudnionym farmaceutą kontrola lub wywierany na niego wpływ mogłyby podważyć jego niezależność i osobistą odpowiedzialność, zagrażając tym samym poszanowaniu przepisów dotyczących wykonywania zawodu farmaceuty oraz zasad deontologii farmaceutycznej. Podobnie można by przewidzieć, że zarówno zatrudniony farmaceuta, jak i osoba prowadząca aptekę mają obowiązek zawarcia ubezpieczenia od odpowiedzialności zawodowej.

61. Tego rodzaju analizę miałyby potwierdzać ww. wyrok w sprawie Komisja przeciwko Grecji. Przepisy greckie, które były przedmiotem tamtego wyroku, miałyby w istocie być porównywalne do środka, którego dotyczy obecna sprawa przed sądem krajowym i nie miałyby istnieć podstawowa różnica pomiędzy sprzedażą produktów optycznych a wydawaniem produktów leczniczych. W każdej z tych działalności dostarczenie produktów w sposób niewłaściwy albo udzielenie złych rad miałyby prowadzić do zagrożeń zdrowia ludzkiego. Z tego względu miałyby być możliwe przeniesienie rozumowania przyjętego przez Trybunał w tamtym wyroku na grunt niniejszej sprawy.

62. Nie podzielam tego punktu widzenia.

63. Należy w istocie przypomnieć, że według Trybunału, przy dokonywaniu oceny posza-

nowania zasady proporcjonalności w dziedzinie zdrowia publicznego należy mieć na uwadze okoliczność, że państwo członkowskie może decydować o poziomie, na jakim zamierza zapewnić ochronę zdrowia publicznego, i o sposobach osiągnięcia tego poziomu. W związku z tym, że poziom ten może być odmienny w różnych państwach członkowskich, należy uznać, iż państwu członkowskiemu przysługuje pewien zakres swobodnego uznania. W związku z tym okoliczność, iż jedno państwo członkowskie stosuje mniej surowe przepisy niż inne państwo członkowskie, nie oznacza, że przepisy stosowane przez to drugie są nieproporcjonalne do celu²³.

64. Przyjmując uregulowanie, zgodnie z którym wyłącznie farmaceuta może posiadać i prowadzić aptekę, niemiecki ustawodawca skorzystał z tego zakresu swobodnego uznania, decydując się na system pozwalający, jego zdaniem, na zapewnienie wysokiego poziomu ochrony zdrowia publicznego, a w szczególności odpowiedniego zaopatrzenia ludności w produkty lecznicze.

65. Podobnie jak inne państwa członkowskie, ustawodawca ten mógł również przyjąć inny model i obrać rozwiązanie służące ochronie zdrowia publicznego innymi środkami, na przykład poddając jedynie zakładanie nowych aptek warunkom związanym z rozmieszczeniem geograficznym, istnieniem określonej liczby mieszkańców przypadającej na aptekę czy też zasadom dotyczącym

23 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Komisja przeciwko Niemcom, pkt 51 i przytoczone tam orzecznictwo.

zachowania minimalnych odległości między aptekami. Wśród tych innych środków służących zagwarantowaniu, by cel ochrony zdrowia publicznego przeważał nad interesem gospodarczym, państwo członkowskie mogłoby obrać rozwiązanie polegające na utrzymaniu monopolu sprzedaży produktów leczniczych przez farmaceutów lub postanowić reglamentować ceny produktów leczniczych.

66. Podsumowując, należy mieć na uwadze fakt, że zgodnie z art. 152 ust. 5 WE i wobec braku harmonizacji wszystkich warunków wykonywania działalności farmaceutycznej we Wspólnocie, państwa członkowskie korzystają ze swobodnego uznania przy określaniu modelu, najlepiej odpowiadającemu ich dążeniom w dziedzinie ochrony zdrowia publicznego.

67. Przy sprawdzaniu, czy krajowy środek, taki jak będący przedmiotem niniejszego postępowania, nie narusza zasady proporcjonalności, Trybunał powinien ostatecznie upewnić się, że państwa członkowskie nie przekroczyły granic swobodnego uznania. Bada również, czy inne środki nie przyczyniłyby się w równie skuteczny sposób do zagwarantowania wysokiego poziomu ochrony zdrowia publicznego.

68. Uważam w tym względzie, iż stanowiąc, że wyłącznie farmaceuta może posiadać i prowadzić aptekę, Republika Federalna

Niemiec nie przekroczyła granic swobodnego uznania w dziedzinie ochrony zdrowia publicznego i że w związku z tym zasada ta nie wykracza poza to, co niezbędne, aby zapewnić wysoki poziom ochrony zdrowia publicznego.

69. Nie jestem przekonany, że środki, które zostały przedłożone Trybunałowi, które, zdaniem przeciwników niemieckiego uregulowania, powinny je zastąpić, mogłyby zagwarantować tak wysoki poziom ochrony zdrowia publicznego.

70. Ogólnie rzecz biorąc, należy po pierwsze zwrócić uwagę na to, że uregulowanie zakazujące niefarmaceutom posiadania i prowadzenia aptek stanowi środek służący zapobieganiu nadużyciom, które wcześniej wskazałem, w szczególności ryzyka konfliktu interesów, który mógłby być związany z pionową integracją sektora farmaceutycznego i mieć negatywny wpływ na jakość czynności wydawania produktów leczniczych. Ten wymiar prewencyjny nabiera szczególnego znaczenia, gdy chodzi o wymóg ochrony zdrowia publicznego. Tymczasem ustanowienie systemu odpowiedzialności tak prowadzącego aptekę, niebędącego farmaceutą, jak i zatrudnionych farmaceutów oraz systemu sankcji dla nich nie wydaje mi się wystarczające do tego, by zagwarantować tak wysoki poziom ochrony zdrowia publicznego, ponieważ chodzi głównie o środki służące

naprawieniu a posteriori nadużyć, gdy faktycznie już one wystąpiły²⁴.

71. Ponadto nie sędzę, by sam wymóg obecności zatrudnionego farmaceuty w celu wykonywania zadań związanych z relacjami z osobami trzecimi mógł zagwarantować, z zachowaniem podobnych wymagań dotyczących jakości i neutralności czynności wydawania produktów leczniczych, odpowiednie zaopatrzenie ludności w produkty lecznicze.

72. Wprawdzie zatrudniony farmaceuta rzeczywiście ma obowiązek przestrzegania obowiązujących przepisów dotyczących wykonywania zawodu oraz zasad deontologii, jednak ze względu na to, że nie decyduje on w sprawach polityki handlowej apteki i że w praktyce musi się stosować do wytycznych pracodawcy, nie jest wykluczone, że farmaceuta zatrudniony w aptece prowadzonej przez niefarmaceutę zostanie skłoniony do przedkładania interesu gospodarczego apteki nad wymogi związane z wykonywaniem działalności farmaceutycznej. Nie mogę zatem wykluczyć, że prowadzącego aptekę niefarmaceutę, nieposiadającego kwalifikacji zawodowych wystarczających do tego, by ocenić, czego wymaga czynność wydawania produktów leczniczych, opanuje chęć ograni-

czenia działalności polegającej na udzielaniu porad pacjentom lub zlikwidowaniu mało dochodowych rodzajów działalności, takich jak sporządzanie leków recepturowych. Skutkowałoby to obniżeniem jakości czynności wydawania produktów leczniczych, któremu trudno byłoby się przeciwstawić zatrudnionemu farmaceucie, zobowiązanemu do stosowania się do zaleceń pracodawcy.

73. W kwestii bardziej zasadniczej, należy przypomnieć, że moim zdaniem rozdział aspektów wewnętrznych i zewnętrznych działalności farmaceutycznej jest sztuczny i wydaje mi się nieuniknione, że, skoro prowadzący kontroluje aptekę, to on będzie określał jej politykę handlową. Trudno jest więc zapewnić, by niefarmapeuta prowadzący aptekę nie wpływał na relacje farmaceuty z klientami, choćby pośrednio, przy zarządzaniu zapasami produktów leczniczych znajdującymi się w aptece. Zatem złe zarządzanie takimi zapasami musi mieć konsekwencje dla jakości czynności wydawania produktów leczniczych.

74. Niemieckie uregulowanie jest więc niezbędne, ponieważ powoduje ono, że farmaceuta będący właścicielem apteki jest osobiście odpowiedzialny przed innymi farmaceutami za swoje decyzje, gdy chodzi o jakość fachowych usług oferowanych w jego aptece, oraz że podlega on osobiście wszystkim przepisom ustawowym, wykonawczym i deontologicznym stanowiącym ramy dla wykonywania zawodu farmaceuty i że nie jest poddany jakimkolwiek wpływom ze strony osób trzecich niebędących farmaceutami przy prowadzeniu spraw swojej apteki.

24 — Argumenty podniesione w tym względzie przez przeciwników uregulowania niemieckiego wydają mi się w znacznym stopniu teoretyczne, a ich nietrafność stała się jasna w okolicznościach obecnego kryzysu finansowego. Okazało się bowiem, że występowanie w systemie bankowym organów nadzoru oraz prawnych systemów odpowiedzialności cywilnej, handlowej lub karnej jest dramatycznie ograniczone i są one bezsilne w kwestii zapobiegania lub kontroli nadużyć spowodowanych przyznawaniem pierwszeństwa wynagrodzaniu zainwestowanego kapitału.

75. Tak więc połączenie kompetencji zawodowych w dziedzinie farmacji z własnością apteki pozwala prowadzącemu aptekę właściwie oceniać skutki jego decyzji handlowych dla wypełniania spoczywającego na nim zadania leżącego w interesie publicznym, to jest odpowiedniego zaopatrzenia ludności w produkty lecznicze.

76. Wreszcie jak wskazuje rząd niemiecki, fakt związania zezwolenia na prowadzenie apteki z osobą farmaceuty jest skutecznym środkiem do tego, by zapewnić odpowiednie zaopatrzenie ludności w produkty lecznicze, w szczególności dlatego, że prowadzący aptekę farmaceuta narażony jest, w przypadku błędu w sztuce, nie tylko na odebranie mu uprawnień zawodowych, lecz również na cofnięcie zezwolenia na prowadzenie apteki, wraz z wynikającymi z tego poważnymi konsekwencjami ekonomicznymi. Poza konsekwencjami właściwymi odpowiedzialności dyscyplinarnej, błędy w sztuce farmaceuty zagrażają także jego bytowi ekonomicznemu, co stanowi dodatkowy bodziec, by tak prowadzić aptekę, żeby na pierwszym miejscu stawiać wymogi zdrowia publicznego. Uregulowanie wymagające by jedna i ta sama osoba posiadała kompetencje zawodowe, równocześnie podlegając deontologii zawodowej i odpowiedzialności ekonomicznej za aptekę jest zatem niezbędna do tego, by zagwarantować przewagę interesu ogólnego.

77. Z uwagi na te czynniki uważam więc, że niemieckie uregulowanie, na mocy którego wyłącznie farmaceuta może posiadać i prowadzić aptekę, nie wykracza poza to, co jest niezbędne do zagwarantowania wysokiego poziomu ochrony zdrowia publicznego,

a w szczególności do zapewnienia zaopatrzenia ludności w produkty lecznicze w sposób urozmaicony i wysokiej jakości. Fakt, że wymaga się, by ten, kto decyduje w sprawach ekonomicznych apteki, z tego tytułu określał też jej politykę handlową, wydaje mi się w konsekwencji zgodny z art. 43 WE.

78. Przeprowadzonej przeze mnie analizy w zakresie adekwatnego i proporcjonalnego charakteru uregulowania, zgodnie z którym wyłącznie farmaceuta może posiadać i prowadzić aptekę, nie może w moim mniemaniu podważyć, wbrew temu, co utrzymują DocMorris i Komisja, fakt, że w niektórych okolicznościach prowadzenie apteki przez niefarmaceutę jest w prawie niemieckim dopuszczalne. Dotyczy to następujących sytuacji.

79. Chodzi przede wszystkim o sytuację, gdy osoba, której przyznano zezwolenie na prowadzenie apteki, stanie się niezdolna do pracy albo umrze; wówczas ta osoba albo jej spadkobiercy mogą przez pewien czas w dalszym ciągu prowadzić aptekę wynajmując albo oddając ją w zarząd. Jak wskazuje Apothekerkammer des Saarlandes, ustawodawca niemiecki, przewidując tego rodzaju możliwość, miał na względzie pogodzenie uregulowania zabraniającego niefarmaceutom posiadania i prowadzenia apteki z koniecznością ochrony interesów rodziny farmaceuty, dając jej czas na podjęcie decyzji co do przyszłości apteki. Nie wydaje mi się jednak, by ten wyjątek mógł podważyć spójność przepisów niemieckich, ponieważ z jednej strony wyjątek ten dotyczy ograni-

czonego okresu a z drugiej strony aptekę przejmie najemca albo zarządca, który musi posiadać uprawnienia farmaceuty. Ponadto jak wynika to z § 9 ust. 2 ApoG, najemca apteki musi posiadać zezwolenie, o którym mowa w § 1 tej ustawy, a umowa najmu nie może ograniczać odpowiedzialności zawodowej najemcy ani jego swobody decyzyjnej.

których część stanowią. Co więcej, ryzyko konfliktu interesów związanego z integracją pionową działalności farmaceutycznej, które można wskazać w odniesieniu do aptek ogólnodostępnych, nie występuje w ramach wewnętrznego zaopatrzenia szpitali w produkty lecznicze, tak jak został on ujęty przez ustawodawcę niemieckiego. Dlatego uważam, że system ten nie może podważać spójności uregulowania, zgodnie z którym jedynie farmaceuta może posiadać i prowadzić aptekę ogólnodostępną.

80. Ponadto chodzi o system wewnętrznego zaopatrzenia szpitali w produkty lecznicze. Na mocy § 14 ust. 1–6 ApoG, szpitale mogą zdecydować o zaopatrywaniu się w leki w aptecce wewnętrznej, tj. aptecce prowadzonej w lokalu szpitala i niedostępnej dla ludności. W tym wypadku obowiązek uzyskania zezwolenia na prowadzenie apteki szpitalnej ciąży na dyrekcji szpitala. Należy zauważyć, że udzielenie tego zezwolenia obwarowane jest warunkiem zatrudnienia farmaceuty, który spełnia warunki określone w § 2 ust. 1 pkt 1–4, 8 oraz ust. 3 w związku z ust. 2 lub 2a ApoG.

82. Ponadto okoliczność, iż farmaceuta może, na mocy § 1 ust. 2 ApoG, prowadzić do trzech filii swojej apteki, nie wpływa, moim zdaniem, na spójność tego uregulowania. W istocie, osoba, która uzyskała zezwolenie na prowadzenie apteki głównej pozostaje zobowiązana, zgodnie z § 7 ApoG, do zarządzania zarówno apteką główną, jak i jej filiami, osobiście i na własną odpowiedzialność. Zachowuje ona także pełną kontrolę nad ogółem lokali, których dozwolona liczba pozostaje ograniczona.

81. Faktem jest, że w takim wypadku apteki nie prowadzi farmaceuta. Niemniej jednak, w odróżnieniu od aptek ogólnodostępnych, zadaniem aptek szpitalnych nie jest zaopatrywanie ludności w produkty lecznicze, lecz jedynie dostarczanie produktów leczniczych szpitalom, do których apteki te przynależą. Ponieważ zadaniem aptek szpitalnych jest pokrywanie zapotrzebowania szpitali w produkty lecznicze, wydaje mi się właściwe, iż są one prowadzone przez dyrekcje szpitali,

83. Należy wreszcie moim zdaniem odrzucić argument, zgodnie z którym rozumowanie Trybunału w ww. wyroku w sprawie Komisja przeciwko Grecji, dotyczącym prowadzenia salonów optycznych, można było zastosować do aptek.

84. W skardze o stwierdzenie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego, z którą Komisja wystąpiła przeciwko Republice Greckiej, wniosła ona do Trybunału o stwierdzenie, że to państwo członkowskie uchybiło zobowiązaniom ciążącym na nim na mocy art. 43 WE i 48 WE. Zarzucała ona, po pierwsze, temu państwu członkowskiemu, że nie zezwala ono osobie fizycznej, dyplomowanemu optykowi, na prowadzenie więcej niż jednego salonu optycznego. Po drugie, kwestionowała uregulowania krajowe uzależniające możliwość otwarcia salonu optycznego przez osobę prawną od następujących warunków, przewidujących że:

- zezwolenie na założenie i prowadzenie salonu optycznego wydawane jest na rzecz licencjonowanego optyka będącego osobą fizyczną; osoba, na rzecz której wydano zezwolenie na prowadzenie salonu, musi posiadać co najmniej 50-procentowy udział w kapitale zakładowym spółki, a także w jej zyskach i stratach; spółka musi mieć formę prawną spółki jawnej albo komandytowej oraz

- optyk ten ponadto może być udziałowcem co najwyżej jeszcze jednej spółki będącej właścicielem salonu optycznego, o ile zezwolenie na założenie i prowadzenie salonu zostało wydane na rzecz innego licencjonowanego optyka.

85. Stwierdziwszy istnienie ograniczeń swobody przedsiębiorczości²⁵, Trybunał zbadał w sposób ogólny, czy poszczególne zakwestionowane aspekty greckich uregulowań były uzasadnione celem ochrony zdrowia publicznego. Uznał, że nie było tak, ponieważ nie były one zgodne z zasadą proporcjonalności.

86. Trybunał uznał również, że „powołany przez Republikę Grecką cel, jakim jest ochrona zdrowia publicznego, może być osiągnięty za pomocą środków w mniejszym stopniu ograniczających swobodę przedsiębiorczości w odniesieniu do osób fizycznych i prawnych, na przykład poprzez wprowadzenie wymogu, zgodnie z którym w każdym salonie optycznym pracować muszą dyplomowani optycy będący pracownikami najemnymi lub wspólnikami, a także poprzez ustanowienie zasad dotyczących odpowiedzialności cywilnej za cudze czyny oraz wymogu posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności zawodowej”²⁶.

87. Moim zdaniem Trybunał powinien pójść w innym kierunku, jeśli chodzi o wydawanie produktów leczniczych, które jest odmienne od działalności polegającej na sprzedaży produktów optycznych z racji zakresu jego wpływu na zdrowie publiczne.

25 — Wyżej wymieniony wyrok Komisja przeciwko Grecji, pkt 27–29.

26 — Ibidem (pkt 35).

88. Niewątpliwie Trybunał przyznał, że sprzedaż produktów optycznych, takich jak soczewki kontaktowe, nie może być traktowana jak każda inna działalność handlowa, gdyż sprzedawca powinien być w stanie udzielić użytkownikom informacji na temat sposobu użycia i konserwacji takich produktów²⁷. Stąd też uznał on, że krajowe uregulowania zakazujące sprzedaży soczewek kontaktowych i związanych z nimi produktów w placówkach handlowych, w których kierownictwa lub zarządu nie sprawują osoby spełniające warunki do wykonywania zawodu optyka są uzasadnione ze względów ochrony zdrowia publicznego²⁸.

89. Niemniej jednak, ze względu na to, że produkty lecznicze są produktami, które mogą mieć poważniejsze skutki dla zdrowia, niż produkty optyczne oraz że mogą nawet doprowadzić, w przypadku niewłaściwego użycia, do śmierci stosujących je osób, uważam, że ich wydawanie powinno być obwarowane szczególnymi środkami ostrożności. Tak więc wydaje mi się słuszne, że państwo członkowskie pragnie osiągnąć wysoki poziom ochrony zdrowia publicznego starając się zachować jakość i neutralność czynności wydawania produktów leczniczych.

90. Z uwagi na to, że wydawania produktów leczniczych nie można, z punktu widzenia ochrony zdrowia publicznego, traktować na

równi ze sprzedażą produktów optycznych, uważam, że państwo członkowskie może zdecydować z przedstawionych powyżej względów, nie naruszając przy tym zasady proporcjonalności, o zastrzeżeniu posiadania i prowadzenia aptek wyłącznie dla farmaceutów.

B — W przedmiocie drugiego pytania prejudycjalnego

91. W tym pytaniu sąd krajowy żąda, by Trybunał, w razie pozytywnej odpowiedzi na pytanie pierwsze, orzekł, czy władze krajowe, działając na podstawie prawa wspólnotowego, w szczególności art. 10 WE i zasady praktycznej skuteczności prawa wspólnotowego, są uprawnione i zobowiązane do niestosowania przepisów krajowych uznanych przez nie za sprzeczne z prawem wspólnotowym także wtedy, gdy naruszenie prawa wspólnotowego nie jest oczywiste, a Trybunał Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich nie stwierdził niezgodności danych przepisów z prawem wspólnotowym.

92. Ponieważ proponuję, by Trybunał udzielił odpowiedzi negatywnej na pierwsze pytanie udzielanie odpowiedzi na pytanie drugie uznaję za zbędne.

27 — Zobacz podobnie wyrok z dnia 25 maja 1993 r. w sprawie C-271/92 LPO, Rec. s. I-2899, pkt 11.

28 — Ibidem, pkt 13.

IV — Wnioski

93. W świetle całości powyższych stwierdzeń proponuję, by Trybunał orzekł, że:

Artykuły 43 WE i 48 WE należy interpretować w ten sposób, że nie sprzeciwiają się one uregulowaniom krajowym, na mocy których jedynie farmaceuci mogą posiadać i prowadzić aptekę, ponieważ tego rodzaju przepisy uzasadnione są celem w postaci zagwarantowania odpowiedniego zaopatrzenia ludności w produkty lecznicze.