



Datum van inontvangstneming : 28/08/2018

**Zaak C-465/18**

**Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie**

**Datum van indiening:**

16 juli 2018

**Verwijzende rechter:**

Consiglio di Stato (Italië)

**Datum van de verwijzingsbeslissing:**

31 maart 2018

**Verzoekende partijen:**

AV

BU

**Verwerende partij:**

Comune di Bernareggio

**In tegenwoordigheid van:**

CT

---

**Voorwerp van geschil in het hoofdgeding**

Hoger beroep door de deelnemers aan een selectieprocedure aan wie de koop van een gemeentelijke apotheek voorlopig was gegund, tegen het definitieve gunningsbesluit ten gunste van de apotheker die werknemer is bij deze apotheek, aan wie de wet een onvoorwaardelijk recht van voorkeur toekent.

**Voorwerp en rechtsgrondslag van de prejudiciële verwijzing**

De verenigbaarheid met het Unierecht, en in het bijzonder met de beginselen van vrijheid van vestiging, non-discriminatie, bescherming van de mededinging en gelijke behandeling van marktdeelnemers, alsook met de vrijheid van

ondernemerschap en van beroep – van een wet die, in geval van de verkoop van een gemeentelijke apotheek aan particuliere apothekers via een openbare selectieprocedure, aan apothekers die werknemer zijn van de apotheek een recht van voorkeur toekent. Daarbij gaat het om een onvoorwaardelijk recht om bij de toewijzing van een contract te worden verkozen, boven de deelnemers aan de selectieprocedure, zonder verplichting om deel te nemen aan deze procedure en tegen dezelfde voorwaarden die worden aangeboden door de deelnemer die de beste offerte heeft ingediend, aan wie het contract definitief zou zijn gegund als het recht van voorkeur niet was uitgeoefend.

Artikel 267 VWEU

### **Prejudiciële vraag**

Staan de beginselen van vrijheid van vestiging, non-discriminatie, gelijke behandeling, bescherming van de mededinging en vrij verkeer van werknemers, als bedoeld in de artikelen 45, 49 tot en met 56, en 106 VWEU, alsook in de artikelen 15 en 16 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, en de daarin besloten liggende vereisten van evenredigheid en redelijkheid, in de weg aan een nationale wettelijke regeling, zoals die neergelegd in artikel 12, lid 2, van wet nr. 362/1991, welke in het geval van eigendomsoverdracht van een gemeentelijke apotheek een recht van voorkeur toekent aan de werknemers van deze apotheek?

### **Aangevoerde bepalingen van Unierecht**

Artikelen 45, 49 tot en met 56, 106 en 168, lid 7, VWEU

Artikelen 15 en 16 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie

Richtlijn 2005/36/EG van het Europees Parlement en van de Raad van 7 september 2005 betreffende de erkenning van beroepskwalificaties, zoals gewijzigd bij richtlijn 2013/55/EU

Richtlijn 2001/23/EG van de Raad van 12 maart 2001 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen

### **Aangevoerde bepalingen van nationaal recht**

Legge 2 aprile 1968, n. 475, Norme concernenti il servizio farmaceutico (wet nr. 475 van 2 april 1968 tot regeling van het apothekersbedrijf; hierna: „wet nr. 475/1968”)

– artikel 9: „De eigendomsrechten van de apotheken die zijn vrijgekomen en van de apotheken die zijn opgericht als gevolg van de herziening van het gebiedsverdeling kunnen voor de helft worden overgedragen door de gemeente (...)”;

– artikel 12: „(...) 2. De overdracht mag alleen plaatsvinden aan de apotheker die de eigendom heeft verworven of die geschikt is gebleken in een voorafgaande selectieprocedure”.

Legge 8 novembre 1991, n. 362, Norme di riordino del settore farmaceutico (wet nr. 362 van 8 november 1991 ter herstructurering van de apotheeksector; hierna: „wet nr. 362/1991”)

– artikel 4: „1. De toewijzing van vacante of nieuw te openen apotheken die particulier kunnen worden geëxploiteerd, vindt plaats middels een selectieprocedure (...) 2. Aan de in lid 1 bedoelde selectieprocedure kan worden deelgenomen door burgers van de EU-lidstaten (...) die zijn ingeschreven in het register van de beroepsorganisatie van apothekers (...)”.

– artikel 12, lid 2: „In geval van eigendomsoverdracht van de gemeentelijke apotheek hebben de werknemers het recht van voorkeur (...)”.

Codice civile (burgerlijk wetboek)

artikel 2112 „Bij overgang van een onderneming wordt de arbeidsverhouding voortgezet met de verkrijger, en de werknemer behoudt alle uit die arbeidsverhouding voortvloeiende rechten. (...) De overgang van onderneming is op zich geen grond voor ontslag. Werknemers, wier arbeidsvoorwaarden binnen drie maanden na de overgang van onderneming wezenlijk worden gewijzigd, kunnen zelf hun ontslag indienen (...)”.

Costituzione della Repubblica italiana (Italiaanse grondwet)

– artikel 41, waarin de vrijheid van ondernemerschap is vastgelegd

– artikel 32, waarin de bescherming van de volksgezondheid is vastgelegd

### **Korte beschrijving van de feiten en de procedure**

- 1 Bij bericht van 31 januari 2014 is Comune di Bernareggio (gemeente Bernareggio, Italië) een selectieprocedure gestart voor de verkoop van een gemeentelijke apotheek, volgens het criterium van de hoogste aangeboden prijs, waarbij een minimumprijs gold van 580 000,00 EUR.
- 2 In de aankondiging van de selectie procedure was bepaald dat de verkoop aan de voorlopig gekozen inschrijver alleen doorging indien apothekers die voor onbepaalde tijd bij de gemeentelijke apotheek in dienst zijn het recht van voorkeur als bedoeld in artikel 12, lid 2, van wet nr. 362/1991 niet uitoefenden.

- 3 Op 11 maart 2014 heeft de gemeente verkoop van de apotheek voorlopig toegewezen aan AV en BU, eigenaren van een apotheek in een andere stad, die de meest voordelige offerte hadden ingediend.
- 4 Aan het einde van de selectieprocedure is echter de voorkeur gegeven aan de offerte van CT, een apotheker die in dienst is van de gemeentelijke apotheek, die zonder deelgenomen te hebben aan de selectieprocedure, middels een brief van 27 maart 2014, het recht van voorkeur heeft uitgeoefend en die daarmee de definitieve gunning heeft verkregen.
- 5 AV en BU hebben de definitieve gunning aan CT aangevochten bij de Tribunale amministrativo regionale (bestuursrechter in eerste aanleg, hierna: „TAR”). Daarbij hebben zij onder andere gesteld dat dit recht van voorkeur in strijd is met het Unierecht
- 6 Aangezien de TAR het beroep in zijn geheel heeft verworpen, hebben zij hoger beroep aangetekend bij de verwijzende rechter (Consiglio di Stato), onder herhaling van de middelen die zij reeds in eerste aanleg hadden aangevoerd.

#### **Voornaamste argumenten van partijen in het hoofdgeding**

- 7 Het betoog van AV en BU gaat uit van de vooronderstelling dat de verkoop van een gemeentelijke apotheek aan particulieren in het nationale recht is onderworpen aan een openbare selectieprocedure en dus ook aan de in het Unierecht neergelegde beginselen van vrije mededinging en gelijke behandeling.
- 8 In dit verband levert het wettelijke recht van voorkeur ten gunste van een werknemer van de gemeentelijke apotheek een aanzienlijk voordeel op voor deze werknemer, aangezien deze de concurrenten in de selectieprocedure de loef kan afsteken zonder daaraan deel te nemen, door zich aan te sluiten bij de best beoordeelde offerte en dus louter door het onvoorwaardelijke recht op het sluiten van de overeenkomst uit te oefenen. Dit zorgt ervoor dat de inschrijvers minder gemotiveerd zijn om de voor het openbaar bestuur meest voordelige offerte voor te bereiden, waardoor de concurrentiestelling geen nuttige werking meer heeft.
- 9 Het recht van voorkeur in kwestie wordt volgens hen niet gerechtvaardigd door een reden van algemeen belang welke voorrang zou kunnen hebben op de beginselen van mededinging en gelijke behandeling.
- 10 Met name zou het recht van voorkeur enerzijds niet gerechtvaardigd zijn in het licht van het recht op arbeid van de werknemers van de gemeentelijke apotheek, aangezien artikel 2112 van het burgerlijk wetboek, dat eveneens voortvloeit uit het Unierecht (in het bijzonder richtlijn 2001/23/EG), de voortzetting van de arbeidsverhouding waarborgt, alsmede het behoud van alle rechten van de werknemers van de overgedragen onderneming. Bovendien kan de overdracht van de onderneming aan derden, eveneens overeenkomstig artikel 2112 van het burgerlijk wetboek, geen gerechtvaardigde reden tot ontslag vormen, terwijl de

werknemer de mogelijkheid wordt gegarandeerd om de overeenkomst vrij te ontbinden.

- 11 Anderzijds, als het doel van dit recht van voorkeur is gelegen in het bewaard blijven van de ervaring die de werknemer heeft opgedaan bij het verstrekken van farmaceutische diensten, dan zou dit kunnen worden bereikt met andere middelen (bijvoorbeeld door in de aankondiging van opdracht een onderdeel gericht op die ervaring op te nemen), zonder op een dergelijk grove wijze afbreuk te doen aan de concurrentie en gelijke behandeling.

### **Korte uiteenzetting van de motivering van de prejudiciële verwijzing**

- 12 De verwijzende rechter is het geheel eens met de argumenten van de verzoekende partijen, waarbij de volgende overwegingen eveneens van belang zijn.
- 13 In de eerste plaats is de exploitatie van apotheken een hoeksteen van het recht op gezondheid, dat gegarandeerd dient te worden door de staat; als zodanig is de exploitatie tegelijkertijd de vervulling van een openbare dienst en de uitoefening van de vrijheid van ondernemerschap.
- 14 De kwalificatie als „openbare dienst” brengt mee dat de beschikbaarheid en toegankelijkheid van apotheken voor alle burgers moet worden gewaarborgd, door middel van hun gelijkmatige spreiding over het gehele grondgebied. De kwalificatie als „economische activiteit” betekent dat maatregelen moeten worden genomen om de dienst zo efficiënt en zo goedkoop mogelijk te verlenen en dat de wetgeving van de Europese Unie op dit gebied toepassing vindt (arrest van het Hof van 19 mei 2009, gevoegde zaken C-171/07 en C-172/07).
- 15 In het Italiaanse stelsel kunnen apotheken eigendom zijn van de gemeente of van particuliere apothekers. De bepalingen betreffende de verhouding tussen de Servizio Sanitario Nazionale (nationale gezondheidsdienst, Italië) en (openbare of particuliere) apotheken zijn neergelegd in driejarige akkoorden, in overeenstemming met nationale overeenkomsten.
- 16 De wet bepaalt dat de overdracht van vacante of nieuwe filialen plaatsvindt door middel van selectieprocedures en dat de gemeente de bevoegdheid heeft om een aandeel van 50 % te behouden. Ook de verkoop van een gemeentelijke apotheek, zoals aan de orde in het hoofdgeding, moet plaatsvinden middels een openbare selectieprocedure.
- 17 De regel die concurrentie voorschrijft in een selectieprocedure, die verband houdt met het bedrijfsmatig karakter van de activiteiten van apotheken, kan worden onderworpen aan beperkingen die gerechtvaardigd zijn door hogere vereisten van bescherming van het openbaar belang. In dit verband heeft het Hof geoordeeld dat „dwingende redenen van algemeen belang” grond kunnen opleveren voor bepaalde beperkingen aan het vrij verrichten van diensten, met dien verstande dat maatregelen van de lidstaten waarmee ogenschijnlijk doelstellingen van algemeen

belang worden nagestreefd, maar die in feite erop gericht zijn de economische belangen van een categorie marktdeelnemers te beschermen, in strijd zijn met de Unierechtelijke beginselen (arresten van 29 november 2007, C-393/05; 19 mei 2009, C-531/06; 24 maart 2011, C-400/08, en 16 februari 2012, gevoegde zaken C-72/10 en C-77/10).

- 18 Tegen die achtergrond onderzoekt de verwijzende rechter het kwestieuze recht van voorkeur, waarin de wet voorziet ten gunste van werknemers van gemeentelijke apotheken in geval van verkoop van een dergelijke apotheek aan particulieren. Met voorkeur wordt het recht bedoeld dat is verworven krachtens de wet (een zogenaamd „wettelijk recht van voorkeur”, zoals in casu) of krachtens een privaatrechtelijke handeling, om verkozen te worden boven anderen, op dezelfde voorwaarden als door hen zijn aangeboden, bij het sluiten van een bepaalde overeenkomst. Het wettelijk voorkeurrecht verleent een bepaalde groep rechtssubjecten een preferentieel recht om de overeenkomst te sluiten, maar zulks altijd met het doel om, zij het indirect, belangen van meer algemene aard na te streven.
- 19 Het Hof heeft geoordeeld dat het binnen de discretionaire bevoegdheid van een lidstaat valt om het beheer van apotheken toe te wijzen aan personen met aantoonbare kwalificaties, en dat nationale bepalingen die beperkingen opleggen aan het beheer van apotheken op grond van de specifieke kenmerken van de aldaar verkochte producten, niet in strijd zijn met de vrijheid van vestiging en het vrije verkeer van diensten. In deze gevallen ging het echter om beperkingen die waren gerechtvaardigd door vereisten met betrekking tot de professionele deskundigheid en het waarborgen van een goede uitvoering van de dienst (arresten van 10 maart 2009, C-169/07, en 19 mei 2009, gevoegde zaken C-171/07 en C-172/07).
- 20 In het geval van de verkoop van de gemeentelijke apotheek leidt het aan de werknemer toegekende recht van voorkeur volgens de nationale jurisprudentie tot een betere bedrijfsvoering van de apotheek, omdat daarmee de ervaring die al binnen dezelfde apotheek is opgedaan, wordt benut. (Consiglio di Stato, Vijfde kamer, 5 oktober 2005, nr. 5329).
- 21 De verwijzende rechter heeft evenwel twijfels over de vraag of dat recht wordt gerechtvaardigd door het bestaan van een werkelijk aanmerkelijk hoger openbaar belang.
- 22 Wat betreft de situatie van de werknemers van de apotheek en de beoogde continuïteit van hun baan, enerzijds, en het benutten van hun beroepservaring, anderzijds, verwijst de verwijzende rechter naar het betoog van de verzoekende partijen (zie de punten 10 en 11 hierboven). Aldus lijkt het recht van voorkeur in dit geval niet in verhouding te staan tot de nagestreefde doelstellingen.
- 23 De verwijzende rechter heeft in elk geval twijfels of, gelet op de nagestreefde openbare doelstellingen, een recht van voorkeur dat uitsluitend is gebaseerd de

hoedanigheid van werknemer van de te koop staande gemeentelijke apotheek, redelijk en evenredig is. Immers:

- a) in een beroepsomgeving die wordt gekenmerkt door hoog kwalificatieniveau, waarbij de overdracht van de apotheek alleen kan plaatsvinden aan een geregistreerd apotheker, die reeds over de benodigde kwalificaties beschikt om eigenaar van een apotheek te zijn, of die ten minste twee jaar beroepservaring heeft, bestaan er geen goede gronden om meer waarde toe te kennen aan de ervaring binnen een bepaalde apotheek;
  - b) het recht van voorkeur in casu voorziet in een onvoorwaardelijke voorkeur voor de werknemer, zonder dat rekening wordt gehouden met de omstandigheid, of de apotheek in kwestie goed werd beheerd;
  - c) om in aanmerking te komen voor het recht van voorkeur is het voldoende om te beschikken over ervaring als „werknemer” van de apotheek, hetgeen niet noodzakelijkerwijs overeenkomt met ervaring als „eigenaar” van de apotheek, die verantwoordelijk is voor het beheer ervan.
- 24 Het is dan ook twijfelachtig, volgens de verwijzende rechter, of dit recht van voorkeur een redelijk evenwicht tot stand brengt tussen de vereisten van de vrije markt, het vrij verkeer van diensten en de bescherming van het recht op gezondheid. Een bepaling als de onderhavige zou kunnen worden beschouwd als protectionistisch beleid dat een bepaalde categorie burgers op ongerechtvaardigde wijze bevoordeelt, niet alleen ten opzichte van andere Italiaanse burgers maar ook ten opzichte van burgers van andere lidstaten.
- 25 Tegelijkertijd vormt het bij wet aan de werknemer van de gemeentelijke apotheek verleende recht van voorkeur een beperking van de vrijheid van vestiging, die discriminerend werkt ten opzichte van andere deelnemers aan de selectieprocedure die inwoner zijn van dezelfde lidstaat of van andere lidstaten. Het Hof heeft erkend dat een verschillende en onredelijke beoordeling van door burgers van de Europese Unie verworven werkervaring in het kader van de deelname aan selectieprocedures een inbreuk vormt op het Unierecht, met name op artikel 45 VWEU (arrest van 12 mei 2005, C-278/03).
- 26 Bovendien kan worden getwijfeld aan de redelijkheid en evenredigheid van een dergelijke beperking van de volledige uitvoering van de beginselen van bescherming van de mededinging en gelijke behandeling van marktdeelnemers, en van de vrijheid van ondernemerschap en van beroep, zeker in aanmerking nemende het feit dat de wet in de farmaceutische sector mededinging erkent als criterium voor toegang tot eigendom van apotheken en, meer algemeen, als een factor welke kan leiden tot een hogere kwaliteit van de dienstverlening aan de gebruikers.
- 27 In dit verband moet ook in aanmerking worden genomen dat de litigieuze wetgeving een beletsel vormt voor de toetreding van potentiële marktdeelnemers tot een markt waarvoor reeds een quotum geldt waarbij, enerzijds, het aantal



apotheken wordt beperkt door een planmatige verdeling over het grondgebied en, anderzijds, de opening van een nieuwe apotheek is onderworpen aan gunning middels een selectieprocedure, waarna de vergunning wordt afgegeven aan de succesvolle deelnemer aan de selectieprocedure.

- 28 Overigens lijkt het onderhavige recht van voorkeur ook niet te zijn ingesteld met het oog op de bescherming van de volksgezondheid, aangezien het niet noodzakelijk is voor de verwezenlijking van de doelstelling een betrouwbare en kwalitatief goede geneesmiddelenvoorziening van de bevolking te waarborgen (zie, over de vraag of een maatregel nodig is voor het nastreven van doelstellingen van algemeen belang, arresten van het Hof van 10 maart 2009, C-169/07, punt 44, en 19 mei 2009, C-171/07 en C-172/07, punt 25).
- 29 Aangezien elke lidstaat kan beslissen op welk niveau hij de bescherming van de volksgezondheid wenst te verzekeren en hoe dit dient te gebeuren, en nu dit niveau per lidstaat kan verschillen, beschikken de lidstaten over een zekere beoordelingsmarge (arrest van het Hof van 11 september 2008, C-141/07, punt 51). Deze marge kan echter niet zover gaan, dat de nuttige werking van de bepalingen van het Unierecht, in het bijzonder die met betrekking tot de fundamentele vrijheden, geregeld in de artikelen 49 tot en met 56 VWEU en de artikelen 15 en 16 van het Handvest van de grondrechten, verloren gaat. Bovendien dienen binnen deze beoordelingsmarge objectieve en niet-discriminerende criteria te gelden.
- 30 Wat ten slotte de relevantie betreft van de prejudiciële vraag welke aan het Hof wordt voorgelegd, overweegt de verwijzende rechter enerzijds dat deze van cruciaal belang is voor de beslissing in het hoofdgeding. Immers, indien de nationale wetgeving welke aan werknemers van gemeentelijke apotheken een recht van voorkeur toekent in geval van verkoop niet in overeenstemming zou zijn met het Unierecht, moet de rechter het desbetreffende middel in het hoger beroep gegrond verklaren en, diensgevolge, de selectieprocedure en het gunningsbesluit aan CT nietig verklaren. Voorts dient de rechter dan het recht van de verzoekende partijen AV en BU op de gunning van de koop van de apotheek te erkennen. Indien het recht van voorkeur in overeenstemming is met het Unierecht, dient deze rechter de handelingen van de selectieprocedure te bevestigen, alsmede de toewijzing van de apotheek aan CT.
- 31 Anderzijds wijst de verwijzende rechter op de grensoverschrijdende relevantie van de prejudiciële vraag, zowel omdat deze betrekking heeft op de fundamentele rechten die toegekend zijn aan iedere burger van de Unie, als omdat het een gemeenschappelijk beroepsomgeving betreft waarin alle EU-burgers kunnen deelnemen als zij beschikken over de benodigde vereisten en beroepskwalificaties.
- 32 Alle EU-burgers die zijn ingeschreven in het register van de beroepsorganisatie van apothekers zijn namelijk toegelaten tot selectieprocedures met betrekking tot apotheken als bedoeld in wet nr. 362/1991, zoals de verkoop in kwestie. In dit verband wordt erop gewezen dat richtlijn 2005/36/EG (in Italië omgezet bij

wetsbesluit nr.206/2007) heeft bepaald dat – na de harmonisatie van de opleidingstrajecten tussen de lidstaten – het beroep van apotheker behoort tot de beroepen met een zogenoemde „automatische erkenning”, en dat de erkenningsprocedure, na de wijzigingen ervan bij richtlijn 2013/55/EU, verder is vereenvoudigd door de invoering van een Europese beroepskaart.

- 33 Derhalve moet, overeenkomstig de rechtspraak van het Hof, een nationale wettelijke regeling als de onderhavige, die zonder onderscheid van toepassing is op Italiaanse burgers en op burgers van andere lidstaten, voldoen aan de bepalingen inzake de door het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheden wanneer deze regeling van toepassing is op situaties die verband houden met handel tussen lidstaten en dus gevolgen kan hebben die niet beperkt zijn tot die lidstaat (het is niet uitgesloten dat onderdanen van andere lidstaten geïnteresseerd zijn in het openen of overnemen van een Italiaanse apotheek) (arresten van 13 februari 2014, C-367/12; 1 juni 2010, gevoegde zaken C-570 en C-571/07, punt 40 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en 5 december 2013, gevoegde zaken C-159/12–C-161/12, punten 25-26).