



Õiguskantsler

ETTEPANEK nr 20

Tallinn

19. september 2012. a.

Üldapteegi tegevusloa väljaandmise ja muutmise piirang

Analüüsisin põhiseaduse § 139 lg 1 ja õiguskantsleri seaduse § 1 lg 1 ja § 15 alusel põhiseaduslikkuse järelevalve korras ravimiseaduse § 42¹ lõigetes 1-3 sätestatud üldapteegi tegevusloa väljaandmise ja muutmise piirangute küsimusi.

Analüüsi tulemusel olen jõudnud seisukohale, et ravimiseaduse § 42¹ lõigetega 1-3 kehtestatud piirangud üldapteegi tegevusloa väljaandmisel ja muutmisel rikuvad põhiseaduse §-s 31 sätestatud ettevõtlusvabadust koostoimes põhiseaduse § 12 lõikes 1 sätestatud üldise võrdsuspõhiõigusega.

Lühidalt olen sellisel seisukohal järgneval põhjendusel. Ravimiseaduse § 42¹ lõiked 1-3 sätestavad asutamispiirangud uute apteekide rajamisel ja olemasolevate apteekide laienemisel või asukoha muutmisel. Sätete kehtestamise hetkeks oli apteegiteenuse turul kujunenud olukord, kus linnades oli apteekide vahel tihe konkurents, kuid maapiirkondades apteekide arv järjest vähenes ning teenus polnud kõigile inimestele geograafiliselt kättesaadav. Sellises olukorras otsustas seadusandja piirata uute apteekide asutamist, mille otseseks tagajärjeks on valdavalt apteegiteenuse osutamise turgude lukkuminek uutele tulijatele. Nimetatud sätete kehtestamist on põhjendatud sellega, et rahvatervise kaitse vajadusest tulenevalt tagada kõigile isikutele apteegiteenuse võrdsema ning parema kättesaadavuse. Ometi pole selliste geograafiliste ja demograafiliste piirangutega võimalik saavutada apteegiteenuse kättesaadavust piirkonnas, kus kvaliteetse teenuse pakkumiseks puudub piisav nõudlus, mis motiveeriks ettevõtjat teenust osutama. Ka toovad need piirangud kaasa selle, et suure nõudlusega piirkonnas on takistatud ettevõtlusalane tegevus neil isikutel, kes sooviksid apteegiteenuse osutamist alles alustada või tegevust laiendada. Teisisõnu on juurdepääs teenuse osutamisele tagatud erinevalt sõltuvalt sellest, kes tegutses apteegiteenuse turul enne nende piirangute kehtestamist. Kuna ravimite tarbijalemüügi kanalid on seaduse alusel piiratud apteekidega, siis ulatub turulukk väljapoole apteegiteenust, mõjutades konkurentsi ka ravimimüügi hulgimüügitasandil. Ettevõtjate taoliseks erinevaks kohtlemiseks pole aga objektiivset ja mõjuvat põhjust. Vastupidi, kõnealused piirangud on praktikas asunud vastu töötama eesmärgile, miks need piirangud üldse kehtestati, st apteegiteenuse kättesaadavusele. Seetõttu olen seisukohal, et asutamispiirangud pole osutunud proportsionaalseks vahendiks apteegiteenuse võrdsema ning parema kättesaadavuse tagamisel.

Tuginedes põhiseaduse § 142 lõikele 1 ja õiguskantsleri seaduse §-le 17 teen Riigikogule ettepaneku **viia ravimiseaduse § 42¹ lõiked 1-3 põhiseadusega kooskõlla**.

Alljärgnevalt selgitan lähemalt, kuidas ma sellisele järeldusele jõudsin. Esmalt käsitlen menetluse käiku ja asjaolusid (I) ning toon välja vaidlusalused seaduse sätted (II). Seejärel esitan oma seisukoha (III).

I Asjaolud ja menetluse käik

1. Ravimiseaduse (edaspidi RavS) § 42¹ kehtestati 13.04.2005. a. Ravimiseaduse muudatuse eelnõu 567 SE algatajateks olid kaks Riigikogu liiget. Algatajate koostatud seletuskirja¹ kohaselt oli seaduseelnõu eesmärgiks „[...] tagada apteegiteenuse kättesaadavuse ühtlasem jaotumine tervel Eesti territooriumil, et kindlustada isikutele ravimite võrdsem ning parem kättesaadavus. Selle eesmärgi saavutamiseks püütakse vältida apteekide kuhjumist tihedamalt asustatud aladele ja apteegiteenuse vähenemist vähemasustatud piirkondades, järgides ühtlasi regionaalpoliitilisi eesmärke. Seaduseelnõus sätestatud piirangud on vajalikud, et tagada apteegiteenuse ühtlasem jaotumine terves riigis.” Veel selgitasid seaduse muutmise algatajad, et „Tänaseks on üha jätkuv apteekide asümmeetriline koondumine maalt linnadesse võtnud ulatuse, mis teeb vajalikuks kehtestada tingimused apteekide ühtlasemaks jaotumiseks, et tagada ravimite territoriaalne kättesaadavus, seda eriti maapiirkondades. Lisaks on vajalik kehtestada asulates geograafiline piirang, et tagada jätkusuutlike ning majandamisvõimeliste apteekide olemasolu.”

2. Seaduse muutmise algatajad nägid kõnealuse sätte kehtestamise mõjuna ette, et „Uute apteekide asutamise piiramine kohtades, kus neid on juba praegu piisavalt (nt Tallinn), takistab apteekide kontsentreerumist linnakeskustesse. See suurendab senistel maapiirkondade apteekidel huvi jätkata oma tegevust ning seejuures ka huvi avada uusi apteeke või selle struktuuriüksusi.”

3. Eelnõu 567 SE arutelu käigus edastas Vabariigi Valitsus Riigikogu sotsiaalkomisjonile oma arvamuse plaanitava uue sätte kohta. Vabariigi Valitsus ei toetanud oma seisukohas² eelnõud, kuna pidas seda ebaproportsionaalseks. Vabariigi Valitsus leidis muu hulgas, et eelnõus tõstatatud patsiendile ravimite kättesaadavuse probleem ei seisne mitte apteekide arvu rohkuses linnades, sest see on patsiendi jaoks positiivne, vaid nende vähesuses vähemasustatud piirkondades. Vabariigi Valitsus tõi esile, et eelnõu sisaldab küll tegevuse alustamise piiranguid seal, kus apteegid juba asuvad, kuid ei sisalda mehhanisme, mis parandaks ravimite kättesaadavust vähemasustatud piirkondades.

4. Õiguskantsleri poole pöördusid ajavahemikul 2007 kuni 2010 mitmed avaldajad, kes leidsid, et RavS § 42¹ piirab ebaproportsionaalselt ettevõtlusvabadust, kusjuures säte pole täitnud oma eesmärki tagada apteegiteenuse kättesaadavuse ühtlasem jaotumine tervel Eesti territooriumil. Menetluse käigus, mis algatati 2007. a saabunud avalduse alusel, esitas toonane õiguskantsler teabe nõudmise sotsiaalministrile. Sotsiaalminister leidis oma vastuses teabe nõudmisele, et RavS § 42¹ kehtimise ajal on linnast väljas asuvate apteekide arv järjepidevalt vähenenud, millest võib järeldada, et säte ei ole täitnud oma eesmärki. Minister leidis, et majanduslikult tasuvas kohas

¹ Ravimiseaduse §-ga 43¹ täiendamise seaduse eelnõu nr 567 SE, kättesaadav Riigikogu kodulehel <http://www.riigikogu.ee>, otselink eelnõu lehele: <http://www.riigikogu.ee/?page=eelnou2&op=ems2&eid=567&assembly=10&u=20120810133752>.

² Vabariigi Valitsuse seisukoht ravimiseaduse §-ga 43¹ täiendamise seaduse eelnõule nr 567 SE, kättesaadav Riigikogu kodulehel <http://www.riigikogu.ee>, otselink eelnõu lehele: <http://www.riigikogu.ee/?page=eelnou2&op=ems2&eid=567&assembly=10&u=20120810133752>.

apteegi avamise keelamine ei ole ettevõtjaid suunanud avama apteeki seal, kus käive väike ja tulu ebarahuldav. Minister teatas lisaks, et linnades, kus vabu kohti ei ole, oleks ettevõtjatel suur huvi avada uusi apteekte. Selle võimatus takistab konkurentsi: olemasolevate väikeste apteegikettide laienemist kui ka uute hulgimüüjate turuletulekut. Kuna ministri arvates ei olnud piirangud eesmärki saavutanud, kaalus Sotsiaalministeerium piirangute kehtetuks tunnistamist.

5. Tollane õiguskantsler analüüsis RavS § 42¹ põhiseaduspärasust ning jõudis järeldusele, et säte on vastuolus põhiseadusega, kuna kehtestatud piirangud riivavad ebaproportsionaalselt Eesti Vabariigi põhiseaduse (edaspidi PS) §-s 31 sätestatud ettevõtlusvabadust. Arvestades sotsiaalministrilt saadud seisukohta, et RavS § 42¹ pole täitnud oma eesmärki ning et ministeerium kavatses algatada kõnealuste piirangute kehtetuks tunnistamise, ei astunud õiguskantsler toona edasisi samme põhiseadusvastase sätte kehtetukstunnistamise suunas.

6. Lisaks sotsiaalministrile ja õiguskantslerile leidis Konkurentsiamet oma 14.05.2009. a majandus- ja kommunikatsiooniministrile esitatud analüüsis konkurentsiolekorra parandamiseks käsimüügiravimite turustamisel lõpptarbijale,³ et RavS § 42¹ tegevusloa väljaandmise ja muutmise piirangud on otstarbetud ja ei täida oma funktsiooni.

7. Eespool öeldu valguses esitas Sotsiaalministeerium koostöös Ravimiametiga 28.10.2010. a Riigikogule seaduseelnõu 617 SE, mis muu hulgas nägi ette RavS § 42¹ kehtetuks tunnistamise. Eelnõu algataja seletuskirja⁴ kohaselt ei olnud kehtestatud piirangud ennast õigustanud. Maa-apteekide arv on jätkuvalt vähenenud, linnades on aga piirang aidanud fikseerida kehtiva olukorra turul ja takistanud uute apteekide teket, kes võiksid olemasolevate ettevõtetega konkureerida näiteks teenuse kvaliteedi või hinna osas.

8. Riigikogu sotsiaalkomisjon otsustas RavS § 42¹ kehtetuks tunnistamise seaduseelnõust siiski välja jätta, kuna komisjoni hinnangul oli vaja piirangute küsimust täiendavalt analüüsida. Riigikogu Kantselei õigus- ja analüüsiosakond koostas sotsiaalkomisjoni palvel ülevaate apteegi tegevuslubade väljaandmisest ja maa- apteekide säilitamisest Euroopa riikides. Muu hulgas tõdetakse analüüsis, et viimaste aastate suundumused Euroopa riikides on pigem regulatsioonide vähendamisele ja sektori allutamisele konkurentsireeglitele, sealhulgas Euroopa Liidu survele. Vaatamata asjaolule, et analüüs valmis juba 2010. a, pole Riigikogu apteekide asutamiskiirangute küsimuse arutelu siiani jätkanud ega oma seisukohta kujundanud.

9. Ka Sotsiaalministeerium ei ole seni RavS § 42¹ kehtetuks tunnistamise küsimust uuesti tõstatanud, kuigi Konkurentsiamet juhtis taas kord tähelepanu RavS § 42¹ ebaproportsionaalsusele 07.11.2011. a sotsiaalministrile saadetud ettepanekus⁵, milles Konkurentsiamet palus uuesti algatada sätte kehtetuks tunnistamise menetluse.

³ Konkurentsiameti 14.05.2009. a majandus- ja kommunikatsiooniministrile saadetud ettepanek konkurentsiolekorra parandamiseks käsimüügiravimite turustamisel lõpptarbijatele. Ettepanek kättesaadav <http://www.konkurentsiamet.ee>, otselink ettepanekule: http://www.konkurentsiamet.ee/public/ettepanek_.pdf.

⁴ Ravimiseaduse ja narkootiliste ja psühhotroopsete ainete ning nende lähteainete seaduse muutmise seaduse nr 617 SE seletuskiri, kättesaadav <http://www.riigikogu.ee>, otselink eelnõule: <http://www.riigikogu.ee/?page=eelnou&op=ems&emshelp=true&eid=805614&u=20111031104135>.

⁵ Konkurentsiameti 07.11.2011. a sotsiaalministrile saadetud ettepanek (ärakiri saadetud majandus- ja kommunikatsiooniministrile, Riigikogu majanduskomisjonile, õiguskantslerile) ravimiseaduse §-s 42¹ ettenähtud üldapteegi tegevusloa väljaandmise ja muutmise piirangute kaotamiseks, kättesaadav <http://www.konkurentsiamet.ee>, otselink ettepanekule: http://www.konkurentsiamet.ee/public/Seisukohad_ja_arvamused/Ettepanek_asutamiskiirangu_kaotamiseks_7_11_2011.pdf.

10. Küsisin 28.08.2012. a Konkurentsiametilt teavet, mitu protsenti Eestis tegutsevatest apteegiteenuse osutajatest on hulgimüüjatest sõltumatud. Konkurentsiamet selgitas mulle 03.09.2012. a, et ravimite turustamine Eestis on hulgimüüjate ja apteegiteenuse osutajate vahel nii tugevamalt kui ka nõrgemalt vertikaalselt integreeritud, mistõttu suur osa apteeke ostavad valdava osa kaupa sisse kindlalt hulgimüüjalt. Nn sõltumatuid ehk apteegiketti mittekuuluvaid ja ravimite hulgimüüjatega struktuursete seosteta apteegiteenuse osutajaid on hinnanguliselt 10 %.

11. Riigikontroll esitas 06.09.2012. a Riigikogule ravimite kättesaadavust puudutava auditoriaruande. Auditoriaruandes nõustus Riigikontroll Konkurentsiameti seisukohtadega, et olukord ravimiturul on põlistanud kahe suurima hulgimüüja võimu, kes omavad enamikku apteeke Eestis ning apteekide asutamise piirang ei võimalda turule tulla uutel apteegikettidel või sõltumatutel apteekidel, keda on *ca* 9,7 %.⁶

II Vaidlusalused sätted

10. RavS § 42¹ lõiked 1 kuni 3 sätestavad:

„§ 42¹. Üldapteegi tegevusloa väljaandmise ja muutmise piirangud

(1) Üldapteegi tegevusloa väljaandmise korral üldapteegile, üldapteegi tegevusloa muutmisel seoses uue struktuuriüksuse loomisega tegutsemiskohaga linnas või üldapteegi või selle struktuuriüksuse tegutsemiskoha muutmisega linnas kehtib piirang, et vastavas linnas tegutsemiseks ei anta välja uusi üldapteegi tegevuslubasid ega saa luua uusi üldapteegi struktuuriüksusi ega muuta üldapteegi, sealhulgas üldapteegi struktuuriüksuse tegutsemiskohta, kui Ravimiameti ja Statistikaameti andmetel on selles linnas ühe üldapteegi kohta, kaasa arvatud üldapteegi struktuuriüksus, vähem kui 3000 elanikku.

(2) Käesoleva paragrahvi lõikes 1 nimetatud piirangut ei kohaldata üldapteegi tegevusloa muutmisel seoses üldapteegi või üldapteegi struktuuriüksuse tegutsemiskoha muutmisega, kui uus tegutsemiskoht ei asu vanast tegutsemiskohast kaugemal kui 500 meetrit.

(3) Asulas, mis ei ole linna staatuses, ei anta üldapteegi tegevusluba apteegi avamiseks ega tohi avada üldapteegi struktuuriüksust juba olemasolevale üldapteegile või selle struktuuriüksusele lähemale kui 1 kilomeeter. Nimetatud piirang kehtib ka üldapteegi või selle struktuuriüksuse tegutsemiskoha muutmisel.

[...]”.

III Õiguskantsleri seisukoht

11. Siinkohal tuleb leida vastus küsimusele, kas RavS § 42¹ lõigetes 1 kuni 3 sätestatud üldapteegi tegevusloa väljaandmise ja muutmise geograafilised ja demograafilised piirangud on kooskõlas põhiseadusega. Küsimusele vastamiseks käsitlen kõigepealt PS §-s 31 sätestatud ettevõtlusvabaduse sisu ja piiramise tingimusi (punktid 12-14). Seejärel hindan, kas üldapteegi

⁶ Riigikontroll. Ravimite hüvitamise korraldus. Kas riigi tegevus ravimite kättesaadavuse ja optimaalse kasutuse tagamisel on olnud tulemuslik? Auditoriaruanne Riigikogule. Tallinn, 06.09.2012. a, kättesaadav: <http://www.riigikontroll.ee>, otselink auditile: <http://www.riigikontroll.ee/tabid/206/Audit/2259/Area/21/language/et-EE/Default.aspx>, p-d 137 ja 149.

tegevusloa väljaandmise ja muutmise piirangutega riivatakse ettevõtlusvabadust koostoimes võrdsuspõhiõigusega (punktid 16-19). Viimasena analüüsin üldapteegi tegevusloa väljaandmise ja muutmise piirangute põhiseaduspärasust (punktid 20-34).

Ettevõtlusvabaduse sisu

12. Vastavalt PS §-s 31 sätestatule on Eesti kodanikel õigus tegelda ettevõtlusega ning koonduda tulundusühingutesse ja -liitudesse. Ettevõtlusvabadus laieneb § 9 lõike 2 alusel ka juriidilistele isikutele.⁷

13. Ettevõtluse majanduslikku olemusse kuulub tulu saamise ootus.⁸ Seega saab ettevõtlusvabaduse kaitsehüveks pidada isikute varalisi ootusi.⁹ Ettevõtluse sisustamisel on oluliseks kriteeriumiks ka ettevõtja iseseisvus oma majandustegevuse korraldamisel. Ettevõtjal on õigus otsustada kas, mida ja kellele toota/müüa ning kuidas toota/müüa. Viimased küsimused hõlmavad endas organisatsiooni asutamise, käigushoidmise ja arendamise õigust, koordineerimisvabadust jne.¹⁰

14. Ettevõtlusvabaduse kui vabadusõiguse kaitseala on riivatud, kui avalik võim mõjutab kõnealust vabadust ebasoodsalt.¹¹ Kuna tulenevalt PS § 12 lg 1 esimeses lauses tagatud võrdsuspõhiõigusest kehtivad ettevõtlusvabaduse kasutamise reeglid võrdselt kõigile ettevõtjatele, on ettevõtlusvabadusse sekkunud ka siis, kui ettevõtlusvabaduse kasutamisel koheldakse isikuid erinevalt, luues ühtedele teiste arvel eeliseid, piirates vaba konkurentsi (nt osade ettevõtjate turulepääsu vms). Kõnealune sekkumine peab johtuma avalikust huvist või teiste isikute õiguste ja vabaduste kaitse vajadusest ning olema kaalukas ja õiguspärane.¹² Seejuures mida intensiivsemalt on ettevõtlusvabadusse sekkunud, seda objektiivsemad ja mõjuvamad peavad olema sekkumist õigustavad põhjused.

15. Järgnevalt selgitan, kuidas RavS § 42¹ lõiked 1 kuni 3 riivavad eespool nimetatud põhiõigusi.

Tegevusloa väljaandmise ja muutmise piirangutest tulenev põhiõiguste riive

16. Ravimiseadusest tulenevalt on ravimite müük tarbijale lubatud üksnes apteegiteenuse osutamisel. RavS § 29 lg 1 järgi on apteegiteenus ravimite jaemüük või muul viisil väljastamine koos sellega kaasneva nõustamisega ravimite sihipäraseks ja ratsionaalseks kasutamiseks ning kasutaja teavitamisega ravimi õigest ja ohutust kasutamisest ja säilitamisest ning ravimite ekstemporaalne ja seeriaviisiline valmistamine ja jaendamine. Teenust võib osutada vaid sellekohase tegevusloaga apteegis ja selle struktuuriüksuses ning arvestades eri liiki apteekidele kehtestatud piiranguid (RavS § 29 lg 2).

17. Üldapteegiteenuse osutamise eelduseks oleva tegevusloa väljaandmine on RavS § 42¹ lõigete 1 kuni 3 järgi piiratud alljärgnevate demograafiliste ja geograafiliste piirangutega:

- linnas ei väljastata ega muudeta, sh struktuuriüksuse loomiseks, apteegi või struktuuriüksuse asukoha muutmiseks, tegevusluba, kui ühe üldapteegi kohta, kaasa arvatud üldapteegi

⁷ RKPJK 12.06.2002. a otsus asjas nr 3-4-1-6-02, p 9.

⁸ RKPJK 06.03.2002. a otsus asjas nr 3-4-1-1-02, p 12.

⁹ A. Mitt. Ettevõtlusvabaduse õiguslik olemus. Juridica VI, 2006, lk 383-384.

¹⁰ A. Mitt. Ettevõtlusvabaduse õiguslik olemus. Juridica VI, 2006, lk 387.

¹¹ RKPJK 06.03.2002. a otsus asjas nr 3-4-1-1-02, p 12.

¹² RKPJK 10.05.2002. a otsus asjas nr 3-4-1-3-02, p 14; vt ka U. Lõhmus. Kommentaarid §-le 31. – Justiitsministeerium. Eesti Vabariigi põhiseadus. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn 2008, § 31, kommentaar nr 9.

struktuuriüksus, on vähem kui 3000 elanikku. Piirang ei kehti, kui muudetakse üldapteegi või üldapteegi struktuuriüksuse tegutsemiskohta ning uus tegutsemiskoht ei asu vanast tegutsemiskohast kaugemal kui 500 meetrit;

- asulas, mis ei ole linna staatuses ei väljastata ega muudeta tegevusluba, k.a struktuuriüksuse avamine olemasolevale apteegile, apteegi või struktuuriüksuse asukoha muutmine, kui uus apteek või struktuuriüksus oleks olemasolevale apteegile või selle struktuuriüksusele lähemal kui 1 kilomeeter.

18. On ilmne, et RavS § 42¹ lõiked 1 kuni 3 võtavad ettevõtjalt vaba juurdepääsu apteegiteenuse osutamisele. Ka juhul, kui ettevõtja tagaks teenusele ettenähtud kvaliteedi ja täidaks ülejäänud tegevusloa andmise tingimused, on ettevõtja jaoks juurdepääs teenuse osutamisele ikkagi piiratud. Piirangud takistavad olemasolevatel ettevõtetel soovikohaselt asukohta muuta ehk vabalt oma majandustegevust kujundada ja juhtida. **Eriti intensiivselt aga piiravad RavS § 42¹ lõiked 1-3 nende isikute ettevõtlusalast tegevust, kes a) sooviksid apteegiteenuse osutamist alles alustada või b) kes sooviksid oma tegevust apteegiteenuse osutamisel või ravimimüügil laiendada. Seda põhjusel, et kõnealuste piirangute tõttu ei pruugi kumbki üldse võimalik olla. Nimetatud juhul on tugevalt riivatud ka PS § 12 lg 1 esimesest lausest tulenev võrdsuspõhiõigus, sest piirangutega eelistatakse olemasolevaid ettevõtjaid turule tulla või tegevust laiendada soovijate arvel. Teisisõnu tekitavad need piirangud n-ö turuluku, kus juurdepääs apteegiteenuse turule on peaausjalikult tagatud vaid neile teenuse osutajatele, kes on turule pääsenud ja oma positsioonid kindlustanud enne turu n-ö lukkuminekut. Neile ettevõtjatele, kes sooviksid apteegiteenust pärast turu n-ö lukustumist ka osutada või laiendada, valdavalt apteegiteenuse turule juurdepääsu pole. Seega on seadusandja ühelt poolt kohelnud omavahel erinevalt turul juba tegutsevaid apteegiteenuse osutajaid võrreldes turule siseneda soovijatega, teiselt poolt aga turul oma positsioonid kindlustanud teenuse osutajaid nende suhtes, kes sooviksid oma tegevust laiendada.**

Kuna ravimite tarbijalemüügi kanalid on piiratud apteekidega ja ravimimüük sõltub ligipääsust apteegiteenusele, siis on selge, et üldapteegi tegevusloa väljaandmise ja muutmise piirangud mõjutavad mitte üksnes ravimite jae-, vaid ka hulgemüügiturgu. **Apteegiteenuse turu lukustamine toob vältimatult kaasa ettevõtjate ebavõrdse kohtlemise ka ravimite hulgemüügi alal, mõjutades seega konkurentsi mitte ainult apteegiteenuse osutamisel, vaid ravimimüügil laiemalt.**

19. Kokkuvõtvalt leian, et RavS § 42¹ lõiked 1 kuni 3 riivavad PS §-s 31 sätestatud ettevõtlusvabadust ning PS § 12 lõikes 1 sätestatud võrdsuspõhiõigust.

Tegevusloa väljaandmise ja muutmise piirangute põhiseaduspärasus

20. Nagu selgitasin, võib ettevõtlusvabadust piirata. Sealjuures peab piirang aga johtuma avalikust huvist või teiste isikute õiguste ja vabaduste kaitse vajadusest ning olema kaalukas ja õiguspärane. See tähendab, et piirangutega põhjustatud ettevõtlusvabaduse riivet saab õigustada vaid juhul, kui piirangutel on legitiimne (põhiseadusega kooskõlas olev) eesmärk.

21. PS § 28 lõikest 1 tulenev rahvatervise kaitse kohustus nõuab riigilt, et riik tagaks ravimite kättesaadavuse. Muu hulgas peavad ravimid olema kättesaadavad kindla kvaliteediga, taskukohase hinnaga ja seda igale kodanikule sõltumata tema elukohast.

22. Kuna RavS § 42¹ lõigetes 1 kuni 3 sätestatud ettevõtlusvabaduse piirangutega on püütud tagada apteegiteenuse kättesaadavust, leian, et nende sätete eesmärk on **rahvatervise kaitse**,

täpsemalt apteegiteenuse võrdsema ning parema kättesaadavuse tagamine riigis ning teenuse kvaliteedi ja järjepideva pakkumise tagamine piirkondades, kus teenuse osutajate vaheline konkurents on tihe.¹³

23. Apteegiteenuse geograafilist kättesaadavust maal lootis seadusandja suurendada apteegiteenuse osutamise piiramise kaudu linnas. Teoreetilisel tasandil on võimalik, et kui ettevõtjale teha takistusi apteegi avamiseks kohas, kus neid on tihedalt ja konkurents suur, suundub ettevõtja siis, kui ta saab oma investeeringult vähemalt minimaalselt nõutavat tulu, teenust osutama kohta, kus apteegi avamine on lubatud ja konkureerivaid teenusepakkujaid pole või on neid vähem. Kuid ka selle tingimuse täitmisel ei pruugi tagajärjeks olla apteegi avamine maapiirkonnas. Ettevõtja otsust osutada teenust näiteks mõnes väheasustatud Kagu-Eesti piirkonnas, mõjutavad peale majanduslike kaalutluste mitmed muudki tegurid, sh teiste üldhuviteenuste olemasolu. Seega ei saa riik RavS § 42¹ lõigetes 1-3 sätestatud geograafiliste ja demograafiliste piirangute kehtestamise järel olla kindel, et nad viivad soovitud tagajärjeni, st et suureneb teenuse kättesaadavus maal.¹⁴

Hoopis kindlamalt viivad soovitud eesmärgini, kuid kahjustavad konkurentsi ja ettevõtlusvabadust vähem, erinevad otseselt maa-apteekide arvu suurendamisele suunatud meetmed, näiteks maa-apteekide subsideerimine, linnas tegutsevate ettevõtete kohustus pidada apteeke ka vähematraktiivses piirkonnas jne.

24. Turule ligipääsu piiramine pole praktikas viinud teenuse kättesaadavuse suurenemisele ka muude teenuste puhul. Toon näitena Tallinna taksoturu regulatsiooni¹⁵, kus analoogselt apteekidega olid teenuse osutajad jaotunud linna territooriumil ebahühtlaselt. Valdavalt kogunesid taksoteenuse osutajad vanalinna ja kesklinna, kus nõudlus oli eeldatavalt suurem. Samas äärelinn oli aga taksojuhtide hulgas vähese nõudluse tõttu ebapopulaarne ja teenuseosutajaid vähe. Tallinna linn piiras ligipääsu vanalinna ja kesklinna atraktiivsetele taksopeatustele põhjendades seda muu hulgas sellega, et piirang suunab taksojuhte teenindama äärelinna, kus taksodest on puudus. Meede kahjuks olukorda ei parandanud ja äärelinna taksosid juurde ei tulnud. Seda seetõttu, et majanduslikult atraktiivsetele taksopeatustele ligipääsu piiramine ei muutnud äärelinna taksopeatuse iseenesest tasuvamaks - nõudlus teenuse järele oli äärelinnas endiselt väike. Niisiis teenuseosutajate ringi piiramine vanalinnas ja kesklinnas ei parandanud teenuse kättesaadavust äärelinnas, kuid kesklinna konkurents oli ikkagi kahjustatud.

25. Eeltoodu tõttu on mõistetav, miks pole, vaatamata pea seitse aastat kehtinud üldapteekide asutamispiirangutele, maa-apteekide lisandunud ja ravimid pole suurele hulgale Eesti elanikkonnast geograafiliselt kättesaadavad. Statistika kohaselt on maa-apteekide arv piirangute kehtestamisest saati jätkuvalt vähenenud.¹⁶ Kuna vähemasustatud piirkondade elanikel on jätkuvalt probleeme

¹³ Vt RKKH 16.04.2007. a otsus asjas nr 3-3-1-5-07, p-d 14 ja 15.

¹⁴ Tõsiasi, et RavS §-s 42¹ lõigetes 1 kuni 3 sätestatud piirangud ei ole vähendanud ettevõtjate soovi avada apteeke tasuvates linnapiirkondades ning et selle võimatus pole suunanud ettevõtjaid avama apteeke maal, näitab ilmekalt ka Raviameti koostatud liisuheitmiste ülevaade. Kättesaadav: <http://www.konkurentsiamet.ee>, otselink dokumendile: http://www.konkurentsiamet.ee/public/Seisukohad_ja_arvamused/Liisuheitmise_ylevaade2011.pdf. Seega eelistab ettevõtja ikkagi teha kõik selleks, et pääseda konkureerima atraktiivsel turul. Statistikast nähtub ka liisuheitmise ilmne kuritarvitamine Tallinnas, kus üks taotleja esitab läbi seotud ettevõtete konkurentide võitmiseks hulgaliselt avaldusi. Vt ka näiteks A. Lõhmus. „Käpikfirmad võidutsevad apteekide avamise õiguste loomisel” – Maaleht, 02.12.2011. a, kättesaadav: <http://www.maaleht.ee>, otselink artiklile: <http://www.maaleht.ee/news/uudised/eestiudised/kapikfirmad-voidutsevad-apteekide-avamise-oiuguste-loomisel.d?id=62512412>.

¹⁵ Vt Konkurentsiameti 19.02.2010. a soovitus Tallinna Linnavalitsusele konkurentsiolekorra parandamiseks. Kättesaadav <http://www.konkurentsiamet.ee>, otselink soovitusel: http://www.konkurentsiamet.ee/public/Otsused/2010/s2010_011.pdf.

¹⁶ Raviameti statistika apteekide arvu kohta linnas ja maal 2007-2012, kättesaadav: <http://www.raviamet.ee>, otselink statistikale: <http://www.sam.ee/%C3%BCldapteekide-arv-linnas-ja-maal-2007-2012>.

ravimite kättesaadavusega, on pakutud välja laiendada teatud ravimite müüki ka väljaspool apteekide.¹⁷ Riik seisab sarnaselt 2005. a silmitsi vajadusega välja töötada meetmed, kuidas tagada ka vähemasustatud piirkondades elavate inimeste ravimitega varustamine.

26. Kokkuvõtvalt leian, et RavS § 42¹ lõigetes 1 kuni 3 sätestatud üldapteegi **tegevusloa väljaandmise ja muutmise geograafilised ja demograafilised piirangud ei ole vajalikud, et tagada maal (piirkonnas, kus nõudlus teenuse järele pole piisavalt suur, et ettevõtja oleks motiveeritud kvaliteetset apteegiteenust pakkuma) apteegiteenuse kättesaadavust.**

27. **Ka ei ole need piirangud, mis valdavalt takistavad pärast turu n-ö lukkuminekut uute pakkujate turuletulekut või ravimimüügi alal tegevuse laiendamist, minu hinnangul vajalikud, et tagada apteegiteenuse kättesaadavuse teisi aspekte: teenuse kvaliteeti ja teenuse osutamise järjepidevuse tagamist piirkondades, kus teenuse osutajate vaheline konkurents on tihe.** Selgitan oma seisukohta järgnevalt.

28. Apteegiteenuse kvaliteeti on Eestis üsnagi ulatuslikult reguleeritud (nt võib apteegiteenust osutada ainult Terviseametis registreeritud proviisor ja farmatseut, apteeki võib ravimeid hankida ainult ravimite tootmise või ravimite hulгимüügi tegevusloa omajale kuuluvast ettevõttest või teisest apteegist, apteegiteenuse osutamise tingimused ja kord, sh nõuded ruumidele, sisseseadele, tehnilisele varustusele, personalile, arvestusele ja aruandlusele ning töökorraldusele). Seejuures võib nende nõuete eiramine a) olla käsitatav väärteona ja b) lõppkokkuvõttes kaasa tuua apteegiteenuse osutajale antud tegevusloa kehtetuks tunnistamise. Seega on apteegiteenuse kvaliteedi tagamiseks juba kehtestatud piisavalt tõhusad nõuded, mis tagavad apteegiteenuse kvaliteedi tarbija jaoks oluliselt paremini, kui üldapteegi tegevusloa väljaandmise ja muutmise piirangud võiksid seda iseenesest teha.¹⁸

29. Viimane ei tähenda nagu puuduks kõnealustel piirangutel üldse mõju apteegiteenuse kvaliteedile: need piirangud mõjutavad teenuse kvaliteeti osas, milles teenuse osutajale on antud nn vaba mänguruum (ravimiseadus sätestab teenuse osutamisele miinimumnõuded või ei reguleeri üldse). Nn vaba mänguruum on apteegiteenuse osutajal näiteks teenuse taseme ja ravimite valiku osas. See on aga **ala, kus apteegiteenuse osutamine kui majandustegevus allub üldistele turureeglitele**, ning kus vaba konkurents sunnib turul nõudmise ja pakkumise optimaalse tasakaalu kaudu ettevõtjat kvaliteeti panustama, et tarbija valiks tema teenuse. Kui sel alal on konkurents piiratud, pole ettevõtja piisavalt motiveeritud tõstma teenuse üldist kvaliteeti, sh suurendama ravimite valikut. Seetõttu võib olulises osas jääda saavutamata eesmärk, millele vaidlusalused piirangud suunatud on.

30. Mis puutub nn turulukku moodustavate piirangute eesmärki tagada järjepidevalt apteegiteenuse pakkujate olemasolu, siis **üldjuhul on parim vahend sellise eesmärgi tagamiseks vaba konkurentsi võimaldamine.**¹⁹ See tähendab, et kui nõudlus toote või teenuse järele on olemas ja see on suur, on turul siis, kui turule sisenemine ei ole tõkestatud, alati keegi toodet või teenust pakkumas ja tarbija saab selle kätte. Seejuures on tarbijale tagatud paremad tingimused võrreldes olukorraga, mil turule sisenemine või turul laienemine on takistatud. Nii on see toidukaupade

¹⁷ Vt näiteks R. Sikk. „Ravimid postkontoritesse ja poodidesse: võimatu missioon” - Eesti Päevaleht, 12.11.2011. a, <http://www.epl.ee>, otselink artiklile: <http://www.epl.ee/news/eesti/ravimid-postkontoritesse-ja-poodidesse-voimatu-missioon.d?id=61473456>.

¹⁸ Kõnealuste apteegiteenusele ravimiseadusega seatud kvaliteedinõuete proportsionaalsust ma vaidlusaluses asjas ei hinda.

¹⁹ Vaba konkurentsi ning konkurentsiõiguse üldtunnustatud eesmärk ja ülesanne on tagada turul nõudmise ja pakkumise optimaalse tasakaalu kaudu kaupade kvaliteet, õiglased hinnad ja mõistlik pakutav kaubakogus. Vt RKHK 18.12.2002. a otsus asjas nr 3-3-1-66-02, p 13.

puhul, kus toodete järele on pidev nõudlus.²⁰ Pakkujate paljususe korral võib muidugi juhtuda, et konkurentsivõitluses allajäänud lahkuvad turult, sagenevad pankrotid, ent kuna ettevõtja isik ei oma tarbija jaoks põhimõttelist tähtsust, on pideva nõudluse tõttu teenus ettenähtud kvaliteediga jätkuvalt olemas. Üsna hästi joonistub selline olukord välja ka näiteks restoranide jm toitlustusettevõtete puhul: konkurents teenuse turul on tihe, teenusepakkujad vahelduvad tihti, kuid pideva nõudluse tõttu on teenus jätkuvalt olemas. Kui sellise kindla nõudluse juures kasutada taolist turulukku, tooks see ilmselgelt kaasa, et neid kaupu või teenuseid saaksid pakkuda ja kasumit teenida vaid ettevõtjad, kes olid turul enne turu n-ö lukustamist. Ka apteegiteenuse järele on nõudlus suur. See tähendab, et **olukorras, kus RavS § 42¹ lõigetes 1 ja 2 sätestatud piirangud ei kehtiks ja apteegiteenuse osutamine alluks vabale konkurentsile, võiks see kaasa tuua küll teenust pakkuvate ettevõtjate vahetumise, ent olukorda, kus kõik tasuvates piirkondades tegutsevad teenusepakkujad lõpetaksid tegevuse ja teenus poleks seetõttu kättesaadav, suure tõenäosusega ei tekiks.**

31. Sellest hoolimata on seadusandja siiski otsustanud apteegiteenuse turu lukustada. Seda tehes on ta eelistanud neid ettevõtjaid, kes tegutsesid turul/olid oma positsioonid kindlustanud enne turu nn lukustamist, **ettevõtjatele, kel võiks apteegiteenuse osutamise vastu huvi olla tekkinud hiljem või kes soovivad oma tegevust ravimimüügi alal laiendada.** Kuna nii on ettevõtjatel takistatud ravimimüügi alal tegutsemine, on kõnealuse piirangu näol tegu äärmiselt intensiivse ettevõtlusvabaduse riivega.

32. Vaadates Konkurentsiameti ja Riigikontrolli analüüse, selgub, et olukorras, kus apteegiteenuse järele on nii ehk nii kindel nõudlus,²¹ **puuduvad n-ö turuluku kasutamiseks objektiivsed ja mõjuvad põhjused.** Vastupidi, esinevad hoopiski objektiivsed põhjused, miks tuleks turg uuesti avada: turu sellisel moel „lukustamine” kahjustab Konkurentsiameti ja Riigikontrolli hinnangutel kehva konkurentsiolukorra tõttu apteegiteenuse kättesaadavust. Lisaks arvestades, et Konkurentsiameti ja Riigikontrolli andmetel on umbkaudu 10 % Eestis tegutsevatest apteegiteenuse osutajatest kahest suuremast hulгимüüjast suhteliselt sõltumatud ning enamus apteekidest kasutab põhitarnijana oma hulгимüüjat (kes omab otseselt või kaudselt neid apteeke) või ühte kahest suuremast hulгимüüjast, puuduvad olukorras, kus uute apteekide asutamine on takistatud, vajalikud eeldused (konkurentsi elavnemine ravimite hulгимüügil) apteegiteenuse tarbijale kättesaadavamaks (nt suureneks ravimivalik, alaneksid hinnad) muutumisel. **Teisisõnu on tekkinud olukord, kus apteegiteenuse järjepidevaks pakkumiseks kehtestatud piirang on hakanud vastu töötama üldisele eesmärgile tagada apteegiteenuse kättesaadavus.**

33. Neil põhjendustel olen seisukohal, et sama eesmärki tuleks püüda saavutada ettevõtlusvabadust vähem riivaval moel. Seejuures leian, et sellistes piirkondades, kus pakkumist oleks piirangu puudumisel piisavalt, tagab vaba konkurents teenuse kättesaadavuse ilma ettevõtlusvabadust ja võrdsuspõhiõigust piiramata. **Apteegiteenuse turuluku kaotamine avardaks ravimimüügi tegelevate ettevõtjate võimalusi turgu haarata ja laiendada, mis aitaks muuta kujunenud olukorda, kus ravimimüügi jae- ja hulгимüügiturge kontrollivad suures osas kaks suurt ettevõtjat.**²²

²⁰ R. Whish. Competition Law. Oxford University Press, 6th edition, lk 4-5.

²¹ Eelmisel aastal kompenseeris Eesti Haigekassa 6,9 miljonit retsepti, kusjuures retseptide arv kasvab igal aastal. Kuna retsepti ei saa mujal lunastada kui apteegiteenuse osutaja juures, siis see näitab, et nõudlus on olemas ja see on suur. Vt Eesti Haigekassa. Majandusaasta aruanne 2011, lk 61, kättesaadav <http://www.haigekassa.ee>, otselink aruandele: http://www.haigekassa.ee/uploads/userfiles/EHK_Aastaaruanne2011_EST.pdf.

²² Konkurentsiameti majandus- ja kommunikatsiooniministrile 18.09.2009. a saadetud täiendustepanekud konkurentsivolukorra parandamiseks ravimiturul, lk 1: „Seoses koondumistehingutega ravimimüügi valdkonnas, analüüsis Konkurentsiamet 2007–2008. aastatel olukorda ravimiturul. Uuringute tulemusel selgus, et suurimate turuosaliste vertikaalse integreerituse tõttu, st üks ja sama kontsern tegutseb erinevatel ravimite turustamise tasanditel

34. Eeltoodud põhjendustel leian kokkuvõtlikult, et RavS § 42¹ lõigetes 1-3 sätestatud vaba konkurentsi piiravad meetmed ei taga apteegiteenuse kättesaadavust. Seetõttu ei õigusta RavS § 42¹ lõigetes 1-3 sätestatud piirangud kaasnevat ettevõtlusvabaduse ja võrdsuspõhiõiguse riivet.

Austusega

/allkirjastatud digitaalselt/

Indrek Teder

ning tulenevalt apteegikettide seotusest ravimite hulgimüüjatega, kuulub kahele ettevõtjale ligikaudu 80 % - 90 % kogu ravimite turustamisest Eestis. Ravimite turustamise all on siinjuures peetud silmas äritegevust alates ravimite riiki sisseostmisest kuni apteekidest lõpptarbijateni väljastamiseni. Mainitud suure turuosaga ettevõtjateks on AS Magnum ja Tamro Eesti OÜ.“ Kättesaadav: <http://www.konkurentsiamet.ee>, otselink ettepanekule: <http://www.konkurentsiamet.ee/public/taendusetpanek.pdf>.