



Õiguskantsler

TAOTLUS nr 9

Tallinn

9. jaanuar 2013. a.

### Üldapteegi tegevusloa väljaandmise ja muutmise piirangute kohta

Lähtudes põhiseaduse § 142 lõikest 2, õiguskantsleri seaduse § 18 lõikest 1 ning põhiseaduslikkuse järelevalve kohtumenetluse seaduse § 6 lõike 1 punktist 1, **esitan Riigikohtule taotluse tunnistada**

**ravimiseaduse § 42<sup>1</sup> lõiked 1–3 kehtetuks, kuna neis ettenähtud piirangud üldapteegi tegevusloa väljaandmisel ja muutmisel rikuvad põhiseaduse §-s 31 sätestatud ettevõtlusvabadust koostoimes põhiseaduse § 12 lõikes 1 sätestatud üldise võrdsuspõhiõigusega.**

Ravimiseadusesse 2005. aastal lülitatud § 42<sup>1</sup> põhiseaduspärasuse küsimus on päevakorral olnud algusest peale. Hoolimata seitsme kehtivusaasta jooksul tehtud algatustest ei ole seadusandja astunud otsustavaid samme piirangute kehtetuks tunnistamiseks. Tegin 19.09.2012 Riigikogule ettepaneku<sup>1</sup> viia ravimiseaduse § 42<sup>1</sup> lõiked 1-3 põhiseadusega kooskõlla. Riigikogu otsustas ettepanekut toetada, ega leidnud seega, et vaidlusalused sätted on põhiseadusega kooskõlas. Ometi ei ole seadusandja minu ettepanekut täitnud. Seega on taotlus põhiseaduse § 142 järgi lubatav.

Leian, et ravimiseaduse § 42<sup>1</sup> lõigetes 1-3 sätestatud üldapteegi tegevusloa väljaandmise ja muutmise piirangud (edaspidi ka lühemalt *apteekide asutamise piirangud* või *asutamispiirangud*) ei ole proportsionaalne vahend neile omistatud legitiimsete eesmärkide, nimelt apteegiteenuse kättesaadavuse, kvaliteedi ja järjepideva pakkumise saavutamiseks. Seevastu on asutamispiirangud põhjustanud ettevõtjate ebavõrdse kohtlemise, lukustades ravimite jae- ja hulgimüügi turud uutele tulijatele ning seeläbi kaitstes ravimimüügi alal enne piirangute kehtestamist oma positsioonid kindlustanud ettevõtjaid konkurentsi eest. Seeläbi on kahjustatud tarbija huvi, et ravimid oleksid saadaval taskukohase hinnaga. Kui vaadata kõnealuseid demograafilisi ja geograafilisi piiranguid tervikuna ning küsida, kuivõrd järjepidevalt ja süstemaatiliselt nad on suunatud oma eesmärkide saavutamisele, siis selgub, et vaidlusaluste sätetega moodustatud nn *turulukk* ei ole oma põhimõjult mitte rahvatervise kaitse meede vaid konkurentsipiirang, mis ei lahenda selliseid regionaal- ja tervisepoliitilisi probleeme nagu üleriigilise apteegivõrgu lagunemine ja apteegiteenuse ebaühtlane jaotumine. Kuna meede on üksnes näiliselt toimiv, siis on selle tõttu

<sup>1</sup> Ettepanek nr 20 (sisaldab faktiliste asjaolude ja menetluse käigu kirjeldust) – Üldapteegi tegevusloa väljaandmise ja muutmise piirang. Kättesaadav: [www.oiguskantsler.ee](http://www.oiguskantsler.ee), otselink ettepanekule: <http://goo.gl/uReoz>.

tegelikult jäänud saavutamata algne eesmärk **tagada apteegiteenuse kättesaadavuse kaudu rahva tervise kaitse**. Vaidlusaluste sätete eaproportsionaalsust kinnitab esmalt asjaolu, et neist tulenevate piirangute mõju ei ole valdavalt eesmärgipärane (**ebasobivus**) ning teiseks turuosaliste ja rahvatervise seisukohalt paremate alternatiivide olemasolu (**ebavajalikkus**).

Alljärgnevalt selgitan lähemalt, kuidas ma sellistele järeldustele jõudsin. Esmalt toon välja vaidlusalused seaduse sätted (I) ja neist tulenevad põhiõiguste riived ning selgitan taotluse olulisemaid lähtekohti (II). Seejärel esitan õigusliku hinnangu vaidlusaluste sätete põhiseaduspärasuse küsimuses (III), täiendavad selgitused erandite kohta (IV) ning kokkuvõtte (V).

## I Vaidlusalused sätted

1. Ravimiseaduse § 42<sup>1</sup> lõiked 1 kuni 3 sätestavad:

„§ 42<sup>1</sup>. 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.

[---]”.

## II Põhiõiguste riived ja taotluse lähtekohad

### *Riive kirjeldus*

2. Käesolev taotlus käsitleb **ravimiseaduse** (edaspidi RavS) § 42<sup>1</sup> **lg-te 1-3** üldist põhiseaduspärasust osas, milles Riigikohus varem seisukohta võtnud ei ole. Riigikohtu halduskolleegium leidis 2007. aastal Nurme apteegi asjas<sup>2</sup>, et RavS § 42<sup>1</sup> lg 1 kujutab endast mitte menetlusõiguse, vaid materiaalõiguse normi, mis ei ole ka diskretsiooninorm. Seejuures ei saanud kinnitust Ravimiameti esindaja kahtlused, et RavS § 42<sup>1</sup> on põhiseadusvastane, kuna puudub selle rakendamist täpsustav kord.<sup>3</sup> Ehkki halduskolleegium ei võtnud seisukohta vaidlusaluste sätete põhiseaduspärasuse osas üldiselt, pidas kolleegium otsuse p-des 14 ja 15 ometi vajalikuks lisada

<sup>2</sup> RKKHo 16.04.2007 nr 3-3-1-5-07 OÜ Nurme Apteek kaebuses Ravimiameti otsuse peale, millega on antud Yliopiston Apteekki OÜ-le tegevusluba nr 249 haruapteegi rajamiseks.

<sup>3</sup> Vt viidatud kohtuotsuse p-d 12 ja 13.

mõningad üldised selgitused RavS § 42<sup>1</sup> lg 1 rahvatervise kaitse eesmärgi ja selle legitiimsuse kohta.<sup>4</sup> Siiski ei saa neid üksikjuhtumi lahendamisel antud selgitusi üldkehtivaks pidada, seda enam, et viidatud lahendi asjaoludel, kui ravimimüügi turud olid Eestis kiires kujunemisjärgus, polnud veel täiesti selge, kuidas vaidlusalused sätted tegelikult toimivad.

3. Selgitamaks, kuidas kõnealused piirangud neile omistatud legitiimseid eesmärke täitnud on või üldse täita saavad, tuleb need esmalt asetada Eesti ravimiturgudel väljakujunenud olukorra konteksti. RavS § 42<sup>1</sup> lg-test 1-3 tulenevalt on takistatud apteegiteenuse pakkumine linnades, kus konkurents võiks väidetavalt kujuneda liiga elavaks (demograafiline piirang), ning kaitsmaks uue apteegi avamisega kaasneva konkurentsi eest väljaspool linnu kohtades, kus juba on tegutsev apteek (geograafiline piirang). Tegemist on otseselt konkurentsi piiravate normidega, mis mõjutavad ettevõtjaid erinevalt sõltuvalt sellest, kas nad olid turul enne piirangu kehtestamist või mitte. Lihtsamalt öeldes on uutele tulijatele turg lukus.

4. Nimelt kehtestati asutamispriirangutega ettevõtjate ebavõrdne kohtlemine sõltuvalt sellest, kas nad olid turul enne 2006. aastat, kui vaidlusalused sätted jõustusid. Kuna inimestele mõeldud ravimite müük eeldab tegevusluba, mille väljaandmine ja muutmine on RavS § 42<sup>1</sup> järgi kitsendatud, on asutamispriirangute otseseks tagajärjeks on ravimimüügi turgude lukustamine isikutele, kes tahaksid avada apteeke pärast vaidlusaluste sätete jõustumist. Eriliselt ulatusliku eelise potentsiaalsete konkurentide suhtes annab asutamispriirang ettevõtjatele, kes olid enne turu lukustamist kindlustanud oma positsioonid ravimimüügi alal laiemalt (hulgimüüja+apteegikett). Ühtede ettevõtjate selline eelistamine on kahandanud teiste ettevõtjate võimalusi turgudele siseneda või oma tegevust laiendada. **Olemuselt on põhiseaduse mõttes seega tegemist ettevõtlusvabaduse kaitseala riivega ning võrdsuspõhiõiguse järgimise küsimusega.**

5. Viimast põhjusel, et teatud ettevõtjatele teenimatu eelisseisundi tagamine on vastuolus ausa konkurentsi põhimõttega, millest seadusandja peab Eesti Vabariigi põhiseaduse (edaspidi PS) §-s 31 sätestatud ettevõtlusvabaduse sisustamisel reeglina lähtuma. Nimelt peab riik tagama õigusliku keskkonna vaba turu toimimiseks.<sup>5</sup> Ettevõtlusvabaduse riive intensiivsuse hindamisel on oluline võtta arvesse, et **PS § 31 ei kaitse üksnes ettevõtjaid ning potentsiaalseid konkurente, vaid konkurentsi laiemalt ning seega ühtlasi tarbijaid, kellele vaba konkurents tagab kauba või teenuse kättesaadavuse, parema kvaliteedi ning soodsama hinna.** Nii on ka Riigikohus oma praktikas näinud konkurentsiõiguse olulise eesmärgina tarbijate kaitset konkurentsi kahjustamise eest, millega võib kaasneda tarbijate põhiõiguste kahjustamine.<sup>6</sup>

6. PS § 12 lõikest 1 tuleneb üldine võrdsuspõhiõigus. Selle sätte järgi ei tohi isikuid kohelda meelevaldselt erinevalt, st erinev kohtlemine peab olema põhjendatud. Koostoimes PS §-ga 31 tuleneb sellest sättest ettevõtjate ebavõrdse kohtlemise keeld. Antud juhul ei pea seega olema põhjendatud mitte üksnes konkurentsi piiramine kui üldine meede, vaid ka see, miks piirati konkurentsi nõnda, et kahjustati vaid mõnede isikute huve. Eristamine on põhjendatud vaid juhul, kui isikutel, kelle huve meetmega kahjustati, on mõni meetme eesmärgi seisukohalt oluline tunnus,

<sup>4</sup> „Riigikohtu halduskolleegiumi arvates on RavS § 42<sup>1</sup> lg 1 eesmärk eelkõige avaliku huvi – rahvatervise – kaitse. Oluline on tagada apteegiteenuse kättesaadavuse ühtlasem jaotumine tervel Eesti territooriumil, et kindlustada isikutele ravimite võrdsem ning parem kättesaadavus ja vältida apteekide kuhjumist tihedamini asustatud paikkondades ning vastupidi vähenemist vähem asustatud piirkondades. [...] Seetõttu leiab Riigikohtu halduskolleegium, et RavS § 42<sup>1</sup> lg 1 reguleerib apteegipidaja ettevõtlusvabaduse kasutamist ka sellel teel, et aitab vältida ülemäärast konkurentsi apteekide turul, kus konkurentsis püsimise eesmärgil kasutatakse apteegid vahendeid, mis võiksid seada ohtu adekvaatse tervisekaitse.[...]“

<sup>5</sup> Vt Eesti Vabariigi Põhiseadus. Kommenteeritud väljaanne, 2012. Kommentaarid §-le 31, komm 7. – O. Kask ja U. Lõhmus. Kättesaadav: <http://pohiseadus.ee/ptk-2/pg-31/>.

<sup>6</sup> Vt RKHK 18.12.2002. a otsus asjas nr 3-3-1-66-02, p 13.

mida ei ole isikutel, kelle huve meetmega ei kahjustatud. Turule sisenemine enne 2006. aastat aga ei ole konkurentsi piiramise eesmärgi seisukohalt asjassepuutuv tunnus. Seega olukorras, kus seadusandja on loonud ja säilitanud turuluku ning seeläbi eelistanud ettevõtjaid, kes olid tegevust alustanud enne vaidlusaluste sätete kehtestamist, ettevõtjatele, kes oleks huvitatud sellele alale sisenemisest või oma ettevõtluse hilisemast laiendamisest, riivab seadusandja lisaks PS §-s 31 sätestatud ettevõtlusvabadusele tugevalt PS § 12 lg 1 esimesest lausest tulenevat võrdsuspõhiõigust.

7. Ettevõtlusvabaduse ja võrdsuspõhiõiguse riive on seda intensiivsem, et kõne all olevad **piirangud lukustavad mitte ainult apteegiteenuse turu, vaid selle kaudu ka ravimite hulгимүүgituru**, kus konkureerimine eeldab vältimatult ligipääsu apteekidele, mis on vaidlusaluste sätete tagajärjel n-õ uutele tulijatele tõkestatud. Apteekide asutamise piirangute mõju avaldub ravimite hulгимүүgitasandil tingimustes, kus ravimite jae- ja hulгимүүk on valdavalt jagatud kahe ettevõtja vahel, kes olid turul enne 2006. aastat, kui asutamispriirangud jõustusid, ning kes varustavad enamikku olemasolevatest apteekidest.<sup>7</sup> Vaidlusaluste sätete toel pärsitud konkurentsi tingimustes naudivad oligopoolselt turgu jagavad ravimimüüjad erakordselt tugevat läbirääkimiste jõudu mitte üksnes apteekide, vaid ka ravimitootjate suhtes, kes otse lõpptarbijani ei pääse.<sup>8</sup> Apteegilettidele jõudvate ravimite hinnakujunduse seisukohalt ei ole väheoluline asjaolu, et nii jae- kui hulgitasandil ravimimüüki kontrollivad ettevõtjad ei ole alati huvitatud parima hinnaga ravimite müügist, mis jae- ja hulgitasandi lahtatuse ning elava konkurentsi tingimustes oleks loomulik.

8. Neil põhjustel leiangi, et kõnesoleval juhul on ettevõtjatel **takistatud ravimimüügi alal tegutsemine, mistõttu apteekide asutamise piirangu näol on tegu väga intensiivse ettevõtlusvabaduse ja võrdsuspõhiõiguse riivega.**

#### *Lähtekohad asutamispriirangute hindamiseks*

9. Riigikohus ei ole teadaolevalt varem hinnanud selliste konkurentsipiirangute põhiseaduspärasust, mis tõkestavad mõnes majandusvaldkonnas ettevõtjate turulepääsu vaidlusaluste sätetega võrreldaval viisil. Seetõttu esitan esmalt mõned võrdlevad lähtekohad (p-d 10-14) ning juhin tähelepanu asjaolule, et võrdluse rakendamisel teistes riikides kehtestatud pealtnäha sarnaste apteekide asutamise piirangutega ei saa jätta arvestamata konkreetsete normide eesmärgipärase toimimise eeldusi, sh ravimiturgudel valitsevat olukorda (p-d 15-16).

<sup>7</sup> Selline kehv konkurentsiolukord on kujunenud mitte üksnes asutamispriirangute tõttu, kuid kindlasti on turgude lukustamine takistuseks konkurentsiolukorra paranemisele. Värsket ülevaadet Eesti ravimituru korraldusest võrdluses teiste Euroopa riikidega vt „Ravimite hüvitamise korraldus.” Riigikontrolli aruanne Riigikogule 6.09.2012, lk 40-44. Otselink:

<http://www.riigikontroll.ee/DesktopModules/DigiDetail/FileDownloader.aspx?AuditId=2259&FileId=12002>. Vt ka Konkurentsiameti majandus- ja kommunikatsiooniministrile 18.09.2009. a saadetud täiendusteppepanekud konkurentsiolukorra parandamiseks ravimiturul. Kättesaadav: <http://www.konkurentsiamet.ee>, otselink ettepanekule: <http://www.konkurentsiamet.ee/public/taiendusettepanek.pdf>. Vt ka Riigikogu Kantselei õigus- ja analüüsi osakonna 2010. a ülevaadet apteegi tegevuslubade väljaandmisest ja maa-apteekide säilitamisest Euroopa riikides. Kättesaadav: <http://www.riigikogu.ee/index.php?id=52520>.

<sup>8</sup> Hulгимүүjate läbirääkimiste jõud on üldiselt suur käsımүүgiravimite ja geneeriliste ravimite osas. Seevastu sellistele tootjatele, kes müüvad patentravimeid, millele pole alternatiivi, ei saa hulгимүүja reeglina tingimusi dikteerida. Hulгимүүjate võimu võiksid kahandada RavS § 45 alusel sõlmitavad riigi ja ravimitootjate hinnakokkulepped, kuid Sotsiaalministeeriumi kinnitusel (05.12.2012) ei kata need käsımүүgiravimeid, soodustuseta retseptiravimeid ega ka osa soodustusega retseptiravimeid. Ravimiameti statistika andmetel moodustavad hinnakokkuleppesega hõlmatud ravimid ligikaudu 40% kõigist apteekides müüdavatest ravimitest.

10. Taoliste piirangutega on kokku puutunud näiteks Saksa Liidu Konstitutsioonikohus ja Euroopa Kohus, kelle praktikast on võimalik välja tuua täiendavad täiendavad kriteeriumid lisaks proportsionaalsuse testile, kus hinnatakse põhiõiguse riive suhet oma legitiimse eesmärgiga kolmel astmel (sobivus, vajalikkus ja mõõdupärasus). Siinkohal nimetan sakslaste „kolme astme teooriat” (*Drei-Stufentheorie*) ning Euroopa Kohtu nõuet, et piirang oleks „järjekindel ja süstemaatiline” (*consistent and systematic*).

11. Esimene neist töötati välja just nimelt apteegi asutamispäirangut käsitlevas *Apothekenurteil* kohtuasjas (1958) ning on Saksa kohtupraktikas kasutusel tänini. Väga lühidalt kokku võttes vajavad esiteks tegevusalale sisenemise piirangud tugevamat õigustust kui vastaval alal tegutsemise reguleerimine (Eesti põhiseaduse § 31 pinnale tuues vajaksid asutamispäirangud seega erinevat järku õigustust kui apteegiteenuse osutamise tingimused ja kord, sh nõuded ruumidele, sissesadele jne). Edasi tuleb vahet teha subjektiivsete (haridus, kvalifikatsioon jm isikule taandatud) ning objektiivsete ehk isikust sõltumatute turule sisenemise piirangute vahel (vaidlusalune asutamispäirang, nagu ka sarnaselt „ülemäärase konkurentsi” vältimiseks ettenähtud tingimus bussiliinivedudel<sup>9</sup>, on selles tähenduses objektiivsed piirangud).

12. Vabaduse piiramine peaks toimuma kaalutletult, aste-astme haaval: kehtestades kõigepealt tegutsemise reeglid (1. aste), kui neist ei piisa, siis ka subjektiivsed sisenemispäirangud (2. aste) ja alles viimasena objektiivsed sisenemispäirangud (3. aste). Seejuures „[---] **objektiivsed päirangud on üksnes lubatud eesmärgiga tõrjuda juba tõendatud või kõrge tõenäosusega tekkivaid ohte, mis võivad kahjustada ülekaalukat üldist hüve**. Niisiis võib seadusandja piirata Saksamaa põhiseaduse artiklis 12 sätestatud elukutsevabadust üksnes selle astmeni, mis riivab vabadust vähim, ent võimaldab siiski edukalt saavutada taotletavat eesmärki. [---]”<sup>10</sup>

13. Kokkuvõttes oleks seega asutamispäirangute kehtestamine lubatud üksnes siis, kui on väljaspool kahtlust, et seda tingib ülekaalukast avalikust huvist lähtuv eesmärk, mida pole võimalik saavutada madalama astme piirangutega. Konstitutsioonikohus märkis viidatud 1958. aasta apteekide asutamispäiranguid käsitlevas lahendis muuseas ka objektiivsete piirangutega kaasnevat **kõrget ohtu lähtuda asjasse mittepuutuvatest eesmärkidest**, ennekõike: „[---] et tegevusalal alustamise päirangud peaksid kaitsma konkurentsi eest neid, kes juba sel alal tegutsevad – s.o eesmärk, mis üldise arvamuse kohaselt ei saa iial õigustada riivet õigusele vabalt valida oma elukutse.”<sup>11</sup>

14. Euroopa Kohtu praktikas on rahvatervise kaitse üks eesmärkidest, millega on õigustatud mittediskrimineerivaid asutamisevabaduse piiranguid.<sup>12</sup> Seadmata kahtluse alla tervisekaitse kaalukust ja liikmesriikide otsustusruumi selles valdkonnas, ei ole kohus temani jõudnud asjade läbivaatamisel ometi rahuldunud paljasõnalise väitega, et üks või teine piirang teenib rahvatervise hüve.<sup>13</sup> Vastupidi, Euroopa Kohtu praktika järgi peavad asutamisevabadust piiravad meetmed

<sup>9</sup> Vt RKHKo 17.04.2002, nr 3-3-1-19-02, p 10, millele viidatakse Nurme apteegi lahendi p-s 15.

<sup>10</sup> Vt Joachim Wieland, „Grundgesetz. Kommentar” (toim. Horst Dreier), kirjastus Mohr Siebek, Tübingen 1996, 1. köide, kommentaar artikkel 12 juurde, äärenumber 102, lk 760. Märkus: Saksamaa põhiseaduses ei ole eraldi ettevõtlusvabadust, mistõttu äriplane tegevusvabadus langeb artikkel 12 kaitsealasse.

<sup>11</sup> 11.06.1958 kohtuotsus 1 BvR 596/56, äärenumber 81, kättesaadav: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv007377.html#>.

<sup>12</sup> ELTL art 52 lg 1 järgi ei pea rahvatervise, avaliku korra ja avaliku julgeoleku huvides kohaldatud meetmed asutamiseõiguse ees taanduma. Kohtupraktika kohta vt „Guide to the Case Law of the European Court of Justice on Articles 49 *et seq.* TFEU (ex Articles 43 *et seq.* EC Treaty). Freedom of Establishment.” European Commission. Lk 67 jj. Kättesaadav: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/services/docs/infringements/art49-establishment\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/services/docs/infringements/art49-establishment_en.pdf).

<sup>13</sup> Vt nt 21.04.2005 otsus asjas C-140/03: Komisjon vs. Kreeka, p-d 31 ja 34.

veenvalt läbima nii mittediskrimineerimise kui proportsionaalsuse testi.<sup>14</sup> Vastupidisel juhul, kui rahvatervise argument peaks iseenesest kõrvaldama ratsionaalse kriitika, oleks Euroopa Kohus juba näiteks *Cassis de Dijoni* asjas võinud tõe pähe võtta Saksamaa valitsuse väidet, et vaidlusalune kaubanduspiirang oli vajalik rahvatervise tagamiseks, kuna lahjade jookide maaletoomine võis soodustada alkoholismi levikut. Ometi lükkas kohus selle väite tol korral tagasi kui ebaseaduslikku.<sup>15</sup> Nii ka oma hilisemas praktikas ei ole Euroopa Kohus leppinud taoliste äraspidistate õigustustega, vaid on pidanud oluliseks igakordselt küsida, kas õigustatav piirang lähtub ikka tegelikult rahvatervise eesmärgist. Selles veendumiseks on kohus eraldi hinnanud, kas õigustatav piirang on **järjekindel ja süstemaatiline**.<sup>16</sup> Viimatinimetatud nõue „[---] võimaldab Euroopa Kohtul eristada selliseid õigusnorme, mis on tõepoolest suunatud õiguspärasele üldistes huvides olevale eesmärgile, sellistest, mis ka võisid algselt olla ette nähtud sellise eesmärgi saavutamiseks, kuid millest kaldutakse teatavate erihuvide tõttu kõrvale. Kõnealust nõuet saab pidada selliseks, mis kaitseb reguleerimise ja seadusandluse ausameelsust ning nõuetekohast poliitilist vastutust. [---] Niisiis tuleb hinnata, mil määral kõnealused õigusnormid tegelikult, järjepidevalt ja süsteemselt edendavad nende eesmärkide saavutamist, millega liikmesriik on neid õigusnorme põhjendanud.”<sup>17</sup>

15. Euroopa Kohus ei ole Eesti apteekide asutamise piiranguid hinnanud ja samuti ei ole neid vaadeldud võrdlevates uuringutes, millele turuosalisi esindavad isikud oma kirjades tavatsevad viidata seoses ravimiturgude liberaliseerimise ohtlike mõjudega. Euroopa kaasustega analoogiat otsides tuleks silmas pidada, et iga riigi õiguslik ja faktiline olukord on erinev ning ka ajas muutuv, mistõttu asutamispriirangute norme vaadates viib üksnes nende sarnasustele keskendumine eksiteele. Heaks näiteks on Euroopa Kohtu Hispaania apteekide otsus (C-570/07 ja C-571/07). Sealsed apteekide asutamise piirangud erinesid Eestis kehtivatest olemuslikult selle poolest, et need mitte pelgalt ei piiranud apteekide asutamist rahvarohketel aladel (ehk nn ülemäärast konkurentsi või apteekide „kuhjumist”), vaid pakkusid vastutasuna hõredalt asustatud piirkondades apteegi asutamise eest võimalust saada edaspidi ainuõigus apteegi pidamiseks tihedalt asustatud piirkonnas (vt kohtujuristi ettepaneku p-d 31-33). Seega polnud Hispaania asjas, millele Euroopa Kohus hinnangu andis, tegemist sugugi mitte palja piiranguga nagu meil, vaid kontrollitud konkurentsi mudeliga, kus seadus võimaldas eelisõiguse omandamist tõepoolest rahvatervise huvides võetud kohustuse täitmise eest. Taolise lahenduse lubatavust kinnitas Euroopa Kohus 2012. aastal Soome ülikooli apteegi lahendis (C-84/11).<sup>18</sup> **Minu taotluse esemeks olevad asutamispriirangud ei sisalda mingeid taolisi stiimuleid rahvatervise edendamiseks.**

<sup>14</sup> Lisaks nimetatud nõuetele on Euroopa Kohus asutamisevabadust puudutavate lubade puhul pidanud oluliseks tagatiseks piirata liikmesriigi võimuasutuste kaalutusõigust. Nii on loaregulatsioone ja muid taolisi kohustusi peetud õigustatuks tingimusel, et need on läbipaistvad ning põhinevad objektiivsetel, mittediskrimineerivatel ja varem teada olevatel kriteeriumidel, nii et siseriiklike võimude kaalutusõigusel oleksid piirid ja seda ei saaks meelevaldselt kasutada. Vt 12.07.2001 otsus kohtuasjas C-157/99 Geraets-Smits ja Peerboms, p 90; 13.05.2003 otsus kohtuasjas C-385/99 Müller-Fauré ja Van Riet, p-d 85 ja 107; aga ka 13.12.2007 otsus kohtuasjas C 250/06 United Pan-Europe Communications, p-d 46-49, mis käsitlevad ringhäälinguprogrammide edastamiskohustuse omistamise menetlust.

<sup>15</sup> Kohtuasjas *Cassis de Dijon* ehk *Rwe-Zentral AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* (120/78) oli vaidluse all Saksamaale imporditavate alkohoolsete jookide kanguse piirang. Nimelt ei lubanud Saksa seadus müüa alla 32% veinipiirituse sisaldusega jooke. Euroopa Kohus ei rahuldanud Saksa valitsuse põhjendust, et lahjade jookide pruukimine võib hõlpsamalt põhjustada alkoholisõltuvuse teket ning märkis, et esiteks on Saksa turul äärmiselt lai valik madala või keskmise alkoholisisaldusega jooke ja teiseks pruugitakse ka kangeid jooke üldiselt lahjendatud kujul. Vt kohtuotsuse p-d 9-11.

<sup>16</sup> Vt 1.06.2010 otsus ühendatud kohtuasjades C-570/07 ja C/571/07 (nn Hispaania apteekide otsus), pp 94-101 ning 10.03.2009 kohtuotsus C-169/07: Hartlauer, pp 55-63; aga ka 19.05.2009 otsus kohtuasjas C-171/07 ja C-172/07: Apothekerkammer des Saarlandes, p 42.

<sup>17</sup> M. Poiars Maduro, kohtujuristi ettepanek ühendatud kohtuasjades C-750/07 ja C-751/07 (Hispaania apteekide otsus), p-d 21 ja 24. Kättesaadav: <http://curia.europa.eu>.

<sup>18</sup> Vt 21.06.2012 otsus asjas C-84/11, pp 39-42.

16. Võrdleva lähenemise korral ei saa tähelepanuta jätta ka ravimiturgudel valitsevat olukorda. Eestis on apteegid valdavas osas hulгимүүjatest sõltuvad ning meil tegelikult puudub taoline sõltumatute apteekide eraldiseisev turg, nagu paljudes teistes Euroopa riikides.<sup>19</sup> Seetõttu ei saa Eesti puhul rääkida eraldiseisvast *apteekide turust*, vaid asjakohane on käsitleda tootja ja tarbija vahele jäävat ravimite turustusahelat tervikuna, mida kontrollivad hulгимүүjad, kes otseselt apteekide omandes või kaudsemalt lepingute alusel on endaga sidunud valdava osa apteekidest.

### III Vaidlusaluste sätete põhiseaduspärasuse küsimus

17. Arvestades vaidlusaluste sätete kehtivuse ajal korduvalt esitatud kahtlusi, pidanuks seadusandja kontrollima nende mõju põhiõigustele, sh hindama piirangute kaotamisega kaasnevat võimalikke ohte, otsima alternatiive jms. Nii on põhjust arvata, et vaidlusaluste sätete proportsionaalsuse tõendamise koormis lasub Riigikogul, kes toetas möödunud aasta 16. oktoobril minu ettepanekut RavS § 42<sup>1</sup> lg 1-3 kehtetuks tunnistamiseks, millega ilmselt möönis vaidlusaluste sätete põhiseadusevastasust, kuid jättis piirangud ometi kehtima.

#### *Meetme legitiimne eesmärk*

18. Eesti Vabariigi põhiseaduse § 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. Kuna RavS § 42<sup>1</sup> lõikes 1 kuni 3 sätestatud konkurentsipiirangutega on püütud tagada apteegiteenuse osutamist, siis möönan, et vaidlusaluste sätete põhieesmärgina võiks käsitada **rahvatervise kaitset ning alameesmärkidena apteegiteenuse a) võrdsema ning parema kättesaadavuse tagamist riigis, sh maal, ning b) kvaliteedi ja järjepideva pakkumise tagamist piirkondades, kus teenuse osutajate vaheline konkurents on tihe.**<sup>20</sup> RavS § 42<sup>1</sup> lõiked 1-3 kuuluvad süstemaatiliselt kokku, kuna peaksid koostoimes tagama soovitud tulemused nii linnas kui maal. Kui lõikes 3 sätestatud geograafilist piirangut ei oleks, ei oleks maa-apteegid kaitstud selle vastu, et konkurendid asutavad apteegi nende kõrvale, kui aga lg 3 jääks kehtima ilma lg-s 1 ettenähtud demograafilise piiranguta, siis ohustaks maa-apteeke väidetavalt konkurentsi elavnemine linnas. Teisisõnu ei ole nii, et lg 1 aitaks kaitsta rahvatervist linnas ja lg 3 maal. **Sisuliselt on tegemist ühe meetme kahe aspektiga ja seetõttu saab ka lg-te 1-3 legitiimseid eesmärke näha ühtselt, mitte iga lõike osas eraldi.** See ei välista siiski võimalust eristada mõningaid geograafiliste ja demograafiliste piirangute õigustamiseks esitatud eesmärke, kuivõrd see on abiks eesmärgipärasuse küsimuse täpsemal käsitlemisel proportsionaalsuse testis.

19. Tulles tagasi selle juurde, kuidas Riigikohtu halduskolleegium Nurme apteegi otsuses sisustas RavS § 42<sup>1</sup> mõtet ja eesmärki, siis märgin esmalt, et ma jagan täielikult kohtu hinnangut, et rahvatervis on kaalukas avalik huvi. Siinkohal pean ma aga oluliseks mitte jääda üldsõnaliseks, vaid võimalikult täpselt hinnata, millises suhtes kõnealused meetmed oma eesmärkidega on. Selleks põhjendan esmalt, miks konkurentsi piiramist ei saa lugeda eraldi legitiimseks eesmärgiks

<sup>19</sup> Loe juba viidatud Riigikontrolli 6.09.2012 kontrolliaruanne, lk 41 jj, eriti p-d 137 ja 149. Apteekide sõltumatuse kohta Euroopa Kohtu asutamisevabaduse lahendite kontekstis vt juba viidatud kohtujuristi ettepanek ühendatud kohtuasjades C-750/07 ja C-751/07, p-d 28 ja 29, allmärkused 44-47. Ravimiturgude kohta võrdlevalt vt nt „Regulating pharmaceuticals in Europe: striving for efficiency, equity and quality”. European Observatory on Health Systems and Policies Series, 2004, lk 196 jj.

<sup>20</sup> Vt RKHK 16.04.2007. a otsus asjas nr 3-3-1-5-07, p-d 14 ja 15. Sellisest eesmärgi sõnastusest ei saa siiski teha järeldust, et vaidlusalused sätted ka toimivad eesmärgipäraselt.

(p-d 20-22) ning seejärel kontrollin vaidlusaluste sätete eesmärgipärasust, hinnates meetme proportsionaalsust tema kahe aspekti ja alameesmärkide lõikes (23-36).

### *Meetme proportsionaalsus*

20. Vastavalt neile omistatud eesmärkidele peaksid apteekide asutamise piirangud tagama ravimite kättesaadavuse ning apteegiteenuse jätkusuutlikkuse. Riigikohtu halduskolleegium selgitas Nurme apteegi otsuse p-s 15, et „RavS § 42<sup>1</sup> lg 1 reguleerib apteegipidaja ettevõtlusvabaduse kasutamist ka sellel teel, et **aitab vältida ülemäärast konkurentsi apteekide turul**, kus konkurentsis püsimise eesmärgil kasutaks apteegid vahendeid, mis võiksid seada ohtu adekvaatse tervisekaitse.” Siinkohal pean oluliseks märkida, et „ülemäärase konkurentsi” ehk apteekide „kuhjumise” vältimine ei saa olla eesmärk omaette, vaid see võib tulla kõne alla üksnes abivahendina konkreetsete rahvatervise eesmärkide saavutamiseks: eelkõige üksikjuhtumi lahendamisele suunatud meetmena seal, kus vaba turg neid muidu saavutada ei võimaldaks. Kuid üldiselt on konkurentsis nähtud avalikku huvi, mis pakkumise ja nõudluse optimaalse tasakaalu kaudu tagab üldjuhul teenuse parima kvaliteedi ja kättesaadavuse.<sup>21</sup> Seevastu hinnanguline väljend „ülemäärane konkurents” tugineb eeldusel, et elav konkurents on ebasoovitav, samas kui tegelikult on hoopis põhjust eeldada vastupidist. **Seega ei saa leppida väitega, et konkurentsi piiramine apteegiteenuse osutamisel on riigile odav ja käepärane vahend rahvatervise eesmärkide saavutamiseks**, olemata eelnevalt täiesti veendunud, et kõnealuse sisenemiskiirangu näol on tegemist eesmärgipäraselt toimiva, järjekindla ja süstemaatilise meetmega, mis ei too kasu asemel hoopis kahju.

21. Kuulates asutamiskiirangute pooldajaid, on mulle jäänud arusaamatuks, kuidas saab piirangute kaotamisega seostada apteegiteenuse kontrollimatut vohamist olukorras, kus apteegi avamine eeldab kvalifitseeritud kaadri olemasolu, millest praegugi on puudus.<sup>22</sup> Ühelt poolt soovitakse juurdehindluse piirmäärade tõstmist<sup>23</sup> ja väidetakse, et apteegipidamine ei tasuvat ära<sup>24</sup>, aga teiselt poolt eeldatakse piirangute kaotamise korral justkui uute apteekide asutamise lainet, mille tagajärjeks on maa-apteekide sulgemine.<sup>25</sup> Seejuures on lausa leitud, et ühe uue apteegi avamine linnas sulgeb kaks-kolm apteeki maal.<sup>26</sup> Paraku on sellistes väidetes põhjust kahelda. Ülemäärast

<sup>21</sup> RavS § 42<sup>1</sup> rakendamisel kohtupraktikas on seda viimati ka nii nähtud. Vt Tartu Ringkonnakohtu 2.07.2012 määruse p 11 asjas 3-12-1154/19, kus kohus asus seisukohale, et asjaolu, et kaebaja majanduslik olukord kolmanda isiku poolt apteegi avamisega võib muutuda, ei ole kindlasti selline asjaolu, mis tingiks esialgse õiguskaitsse kohaldamise. „Ringkonnakohtu arvates oli apteegi lisandumine ka avalikes huvides, kuna uue teenuse osutaja lisandumisega tekib konkurents, mis võib kaasa tuua ravimite hinna odavnemise ja nende isikutele kättesaadavamaks muutmise”.

Kättesaadav: [https://www.riigiteataja.ee/kohtuteave/maa\\_ringkonna\\_kohtulahendid/main.html](https://www.riigiteataja.ee/kohtuteave/maa_ringkonna_kohtulahendid/main.html).

<sup>22</sup> Seda kinnitavad nt uuringufirma Faktum & Ariko 2012 Eesti Apteekide Ühenduse, Eesti Apteekrite Liidu ja Eesti Haiglaapteekide Seltsi tellimisel turuosaliste seas korraldatud küsitluse tulemused. Sarnased tulemused andis ka varasem, 2005. aastal korraldatud internetiküsitlus apteekide tööjõuvajaduse kohta, kus vastanute valim oli 2012. aastal tehtud küsitluse omast küll mõnevõrra erinev. Samuti ei ole võrdlusandmete järeldest arvestatud asjaolu, et 2004. aastal tulid turule kaks apteegiketti – Yliopiston Apteekki ja Euroapteek, kelle laienemisplaanid kajastusid ilmselt ka 2005. aastal prognoositud tööjõuvajaduses. Ajutisi kõikumisi ja uuringu metoodilisi küsitavusi kõrvale jättes nähtub sellest siiski, et nõudlus apteekrite tööjõuturul ületas pakkumist nii aastal 2012 kui ka aastal 2005. Sellest omakorda selgub, et maa-apteekritel, kes on soovinud linnaapteekidesse tööle siirduda, on selleks olnud võimalus sõltumata asutamiskiirangute kehtivusest.

<sup>23</sup> Vt nt A. Nõmper. „Õppejõud: vaba konkurents maale apteekide ei loo“, postimees.ee 27.09.2012, otselink artiklile: <http://goo.gl/fjtSx>.

<sup>24</sup> Vt K. Paas-Mohando. „Apteegiturul konkurentsi säilitamisest“, Eesti Päevaleht, 14.12.2012, lk 4.

<sup>25</sup> Vt nt A. Nõmper. „Advokaat: asutamiskiirang toetab maa-apteekide“, aripaev.ee 26.10.2012, otselink artiklile: <http://goo.gl/m3zgp>.

<sup>26</sup> Vt S. Niitra. „Uuring: apteekrid tuleviku pärast mures“, 21.12.2011, kättesaadav: <http://www.tarbija24.ee/676586/uuring-apteekrid-tuleviku-parast-mures/>. Artiklile ja selles viidatud Pricewaterhouse



konkurentsi, kuivõrd sellist asja ravimiturgudel pikemas plaanis üldse olla saab, aitavad muu hulgas vältida juba kehtivad juurdehindluse piirmäärad. Kuna iga apteegi asutamine eeldab investeringut ja apteegi pidamine ei saa lubatud juurdehindlusi järgides kujuneda ülemäära tasuvaks, ei ole liigne investeerimine apteekidesse majanduslikult mõttekas, kui just sellega ei soovita hõivata paremat positsiooni ravimiturul laiemalt.

22. Seejuures võib kindlalt väita, et **konkurentsi üldiseks piiramiseks ravimimüügi alal puudub igasugune avalikust huvist lähtuv vajadus**. Nii on Riigikontroll ja Konkurentsiamet oma analüüsidest jõudnud järeldusele, et konkurentsi elavnemine eriti hulгимүүgi tasandil on väljakujunenud olukorras hädavajalik ning pakuks lahendusi mitmetele probleemidele, sh müügiolevate ravimite kõrgetele hindadele.<sup>27</sup> Ehkki otseseid tõendeid tootjate ja hulгимүүjate vaheliste erikokkulepete kohta pole, on ometi tõsiasi, et Eestis tootjad soodsamate pakkumistega lettidele ei jõua. Nii nähtub juba viidatud Riigikontrolli aruandest, et võrreldes haiglate ravimihangetega, kus edukaks osutumiseks tuleb pakkuda võimalikult madalat hinda, on hulгимүүjad müünud apteekidele ravimeid enam kui 10% kallimalt.<sup>28</sup> **Teisisõnu ei saa inimesed ravimeid apteegist osta parima võimaliku hinnaga. Sellist järeldust kinnitab ka võrdlus sarnaste Euroopa riikidega, et Eestis kättesaadav ravimivalik on väiksem ja hinnad suhteliselt kõrgemad.**<sup>29</sup> Seega konkurentsi piiramist ei saa iseenesest lugeda vaidlusaluste sätete legitiimseks eesmärgiks, kuna see ei ole eesmärgipärasest seoses rahva tervise kaitsega. Sama kehtib üksikute apteekide ning ka laiemalt ravimimüügi tegelevate ettevõtjate majandusliku jätkusuutlikkuse tagamise kohta, kui sellega kaasneb ettevõtjate põhjendamatult ebavõrdne kohtlemine.

#### *Kättesaadavus*

23. **Apteegiteenuse geograafilist kättesaadavust maal lootis seadusandja suurendada või säilitada 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 investeringult vähemalt minimaalselt nõutavat tulu**, teenust osutama kohta, kus apteegi avamine on lubatud ja konkureerivaid teenusepakkujaid pole või on neid vähem. **Kuid isegi juhul, kui minimaalset tulu oleks oodata, ei vii see veel iseenesest apteegi avamise ega pidamiseni maapiirkonnas.**<sup>30</sup> Ettevõtja otsust osutada teenust

---

Coopers ning Faktum&Ariko uuringutele viidatakse muuseas ka uuringute tellijaid esindanud PR-firma taotluses „Kuldmuna“ auhinnale: META suhtekorralduskampaania „Küsi apteekrilt nõu“, kättesaadav: <http://www.kuldmuna.ee/alpha/index.php?page=entry&id=521>. Otselink taotlusele: <http://goo.gl/xMwCW>.

<sup>27</sup> Vt juba viidatud Riigikontrolli 6.09.2012 kontrolliaruanne, lk 44, p 150: „Riigikontrolli hinnangul on aastal 2012 Eesti ravimiturul konkurentsi olukord pigem halb. Ravimite hulgi- ja jaemüügituru põimumine ja koondumine kahe suure tegija kätte ei taga normaalset konkurentsi. Tõenäoliselt oleksid üldapteekides ravimite (sh käsimüügiravimite) hinnad madalamad kui konkurentsituatsioon oleks parem. [...]”. Samas (lk 44, p 148-149) nõustub Riigikontroll Konkurentsiameti hinnanguga, et apteekide asutamise piirang ei ole parandanud ravimite kättesaadavust ega taganud maa-apteekide säilimist.

<sup>28</sup> Samas, lk 40. Vt ka järeldus lk-1 43: „Kui arvestada, et üldapteegid kuuluvad valdavalt apteegikettidesse ja Eestis on neli suuremat apteegiketti, siis peaks suure apteegiketi positsioon sisseostu hinnaläbirääkimistel olema üksikust haiglaapteegist tugevam. Eestis üldapteekidel ja apteegikettidel selline mehhanism aga ei toimi, kuna enamik apteeke on hulгимүүja omanduses või mõjusfääris ning hulгимүүja kasutab võimaluse korral alati maksimaalset lubatud juurdehindlust.”

<sup>29</sup> Samas, lk 2.

<sup>30</sup> Tõsiasi, et RavS §-s 42<sup>1</sup> 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 Ravimiameti koostatud liisuheitmiste ülevaade (Vt taotluse Lisa 1). Loe ka nt A. Lõhmus. „Käpikfirmad võidutsevad apteekide avamise õiguste loosimisel” – Maaleht, 02.12.2011. a, kättesaadav: <http://www.maaleht.ee>, otselink artiklile: <http://www.maaleht.ee/news/uudised/eesti-uudised/kapikfirmad-voidutsevad-apteekide-avamise-oiguste-loosimisel.d?id=62512412>.

näiteks mõnes väheasustatud Kagu-Eesti piirkonnas mõjutavad peale majanduslike kaalutluste mitmed muudki tegurid, sh teiste eluks vajalike teenuste kättesaadavus. Seega ei saa riik RavS § 42<sup>1</sup> lõigetes 1-3 sätestatud geograafiliste ja demograafiliste piirangute puhul olla kindel, et need viivad soovitud tagajärjeni, st et apteegiteenuse kättesaadavus maal paraneb või vähemalt ei halvene. 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 ettevõtjate kohustus pidada apteekke vähematraktiivses piirkonnas jne. Väikeapteekide toimetulekule suunatud meetmete vajalikkust näitab ilmekalt ka kohalike omavalitsuste tegevus.<sup>31</sup>

24. Turule ligipääsu piiramine pole praktikas viinud teenuse kättesaadavuse suurenemisele muudegi teenuste puhul. Näiteks võib nimetada Tallinna taksoturu regulatsiooni, kus analoogselt apteekidega olid teenuse osutajad jaotunud linna territooriumil ebaühtlaselt. Tallinn piiras ligipääsu vanalinna ja kesklinna atraktiivsetele taksopeatustele, põhjendades seda muu hulgas sellega, et piirang suunab taksojuhte teenindama äärelinna, kus taksodest on puudus. Konkurentsiamet selgitas, et taksopeatuste rendileandmine ei muuda taksoteenuse osutamist äärelinnas iseenesest tasuvamaks (st nõudlus seetõttu ei suurene), mistõttu puudub fundamentaalne põhjus eeldada, et taksoteenuse osutamine seal pikemas perspektiivis paraneb. Teatud ettevõtjate kesklinnast lahkuma sundimine võib lühikeses perspektiivis äärelinnas konkurentsi intensiivistada, sest seal võib tekkida ülepakkumine. Turu tasakaalustudes võib aga vastavalt turumajanduse reeglitele eeldada, et pakkumine äärelinnas hakkab vähenema, sest seal ei ole kõikidele taksode järgi nõudlust. Seega pikemas perspektiivis ei paranda taksopeatuste rendileandmine kesklinnas taksoteenuse pakkumist äärelinnas, küll aga kahjustab see konkurentsiolukorda kesklinnas.<sup>32</sup>

25. Ravimiameti hinnangul<sup>33</sup> on piirang maal taganud olemasolevatele apteekidele stabiilsuse konkurentsi mõttes, kuid ei aita mitte kuidagi nende toimetulekule kaasa ega taga apteegiteenuse säilimist kindlas piirkonnas. Seejuures märkin, et **maa-apteekide majandusliku toimetuleku halvenemise vältimiseks on riigil ravimiseaduse alusel ka teisi võimalusi**, mis on jäetud kasutamata. Näiteks arvestades asjaolu, et arvestatava osa tegutsevate maa-apteekide käibest moodustab kohaliku hoolekandeametuse ravimitega varustamine, siis potentsiaalselt on apteekide ohustav iga sotsiaalministri otsus täiendada asutuste nimekirja, kellel on õigus osta ravimeid otse hulgimüüjalt.<sup>34</sup> Apteegiteenuse jätkusuutlikkusele võib halvasti mõjuda ka ravimite e-kaubanduse lubamine.<sup>35</sup> Seejuures võib arvata, et olemasolevate apteekide toimetuleku kindlustamist iga hinna

<sup>31</sup> Ravimiamet (13.11.2012 kirja lk 3 p 5) on viidanud positiivsele suundumusele, et kohalikud omavalitsused on viimastel aastatel renoveerinud või ehitanud uusi arstikeskusi, kuhu on ka leitud ruumid apteegi tarbeks. Ravimiameti teatel puuduvad tal täpsed andmed, millistes omavalitsustes ja millisel määral toetusmeetmeid rakendatakse, kuid teadaolevalt on näiteks Puhja vald andnud apteegile (Puhjas ja haruapteegile Ulilas) ruumid kasutada tasuta. Tõenäoliselt tehakse soodustusi ka teistes valdades eelkõige üüri suuruse osas (samas, lk 2 p 4). – Vt Lisa 1.

<sup>32</sup> Paralleel ei ole asjakohatu, kuna seline majanduslik loogika kohaldub erinevatel kaubaturgudel, sõltumata osutatava teenuse iseloomust. Vt Konkurentsiameti 19.02.2010. a soovitus Tallinna Linnavalitsusele konkurentsivolukorra parandamiseks, lk 7. Kättesaadav <http://www.konkurentsiamet.ee>, otselink soovitusele: [http://www.konkurentsiamet.ee/public/Otsused/2010/s2010\\_011.pdf](http://www.konkurentsiamet.ee/public/Otsused/2010/s2010_011.pdf).

<sup>33</sup> Vt taotluse Lisa 1, Ravimiameti 13.11.2012 kiri vastuseks teabe nõudmisele, lk 2 p 5.

<sup>34</sup> Sotsiaalministri määrusega RavS § 28 lg 1 alusel kehtestatud ravimite hulgiostu õigust omavate isikute nimekirja on aastate lõikes pidevalt täiendatud.

<sup>35</sup> 04.12.2012 jõudsid Riigikogu menetlusse ravimiseaduse muudatused (332 SE), mis kooskõlas Euroopa Liidu õigusega peaksid seadustama Eestis ravimite kaugmüügi. Tegemist on meetmega, mis aitab parandada ravimite kättesaadavust, kuid pikemas vaates hakkab mõjutama ka apteekide jätkusuutlikkust. Samuti on sellega seoses nähtud ohte rahva tervisele. Vt K. Raudsepp. „Ravimimüük veebis – ohud ja võimalused“ – Arvamus. Postimees, 5.11.2012, otselink artiklile: <http://arvamus.postimees.ee/1030142/kristin-raudsepp-ravimimuuk-veebis-ohud-ja-voimalused/>. Ravimiseaduse, karistusseadustiku ja riigilõivuseaduse muutmise seaduse eelnõu, eelnõude infosüsteemis alates 29.10.2012, kättesaadav: <http://eelvoud.valitsus.ee/main#fGabOMxR>.

eest ei saagi pidada igal juhul kaitsmist vajavaks hüveks ning rahvatervise seisukohalt on pigem oluline tagada, et ravimid oleksid kättesaadavad ka sellistes paikkondades elavatele inimestele, kus apteegiteenuse pakkumiseks puudub piisav nõudlus. Seejuures on riik teadvustanud probleemi, et puuduvad mehhanismid apteegiteenuse ühtlase kättesaadavuse jätkuvaks tagamiseks maapiirkondades.<sup>36</sup> Kuid ehkki apteekide asutamispriirangud seda probleemi ei lahenda, pole ometi ellu viidud muid arvestatavaid lahendusi, mis võiksid tõepoolest eesmärgipäraselt toimida (vt ka p-d 23 ja 34). **Taoline sihikindlusetus riigi tegevuses kinnitab kahtlust, et asutamispriirangud ei ole järjekindlalt ja süstemaatiliselt suunatud oma rahvatervise eesmärkide saavutamisele, mis oleks ometi legitiimne, avalikust huvist lähtuv põhjus nende piirangute olemasoluks.**

26. Eeltoodu tõttu on mõistetav, miks pole, vaatamata pea seitse aastat kehtinud apteekide asutamise piirangutele, maa-apteeke lisandunud ega nende hulk samaks jäänud ja ravimid pole osale Eesti elanikkonnast geograafiliselt kättesaadavad. **Statistika kohaselt on maa-apteekide arv piirangute kehtestamisest saati jätkuvalt vähenenud.**<sup>37</sup> Riik seisab sarnaselt 2005. a silmitsi vajadusega välja töötada meetmed, kuidas tagada ka vähemasustatud piirkondades elavate inimeste ravimitega varustamine.

27. Eelnevat kokku võttes leian, et RavS § 42<sup>1</sup> lõigetes 1 kuni 3 sätestatud üldapteegi tegevusloa väljaandmise ja muutmise geograafilised ja demograafilised piirangud ei ole **vajalikud ega osaliselt isegi sobivad, et tagada apteegiteenuse kättesaadavust piirkonnas, kus nõudlus teenuse järele pole piisavalt suur, et ettevõtja oleks motiveeritud kvaliteetset apteegiteenust pakkuma.**

#### *Järjepidevus ja kvaliteet*

28. Ka ei ole need piirangud, mis valdavalt takistavad pärast turu n-ö lakkuminekut uute pakkujate turuletulekut või ravimimüügi alal tegevuse laiendamist, minu hinnangul **vajalikud ega isegi sobivad, et tagada apteegiteenuse kvaliteeti ja teenuse osutamise järjepidevust piirkondades, kus apteegiteenuse turul on tihe konkurents.** Seda seisukohta selgitan järgnevalt.

29. Apteegiteenuse, sh ravimite jaemüügiga kaasaskäiva nõustamise, kvaliteet ja ravimiohutus **on Eestis üsnagi ulatuslikult reguleeritud** ja tagatud teiste vahenditega nagu ravimite sisseveo ja turustamise nõuded, apteegiteenuse osutamise tingimused ja kord, sh nõuded ruumidele, sisseseadele, tehnilisele varustusele, personalile, arvestusele ja aruandlusele ning töökorraldusele (nt võib apteegiteenust osutada ainult Terviseametis registreeritud proviisor ja farmatseut, apteeki võib ravimeid hankida ainult ravimite tootmise või ravimite hulgemüügi tegevusloa omajale kuuluvast ettevõttest või teisest apteegist).<sup>38</sup> Kehtestatud nõuete järgimist ravimimüügil tagavad

<sup>36</sup> Sotsiaalministri 5.02.2009 käskkirjaga kinnitatud esmatasandi tervishoiu arengukava aastateks 2009 – 2015, lk 5.

Kättesaadav: <http://www.sm.ee>. Otselink arengukavale: <http://goo.gl/zXjGk>

<sup>37</sup> Ravimiameti statistika apteekide arvu kohta linnas ja maal 2007-2012, kättesaadav: <http://www.ravimiamet.ee>, otselink statistikale: <http://www.sam.ee/%C3%BCldapteekide-arv-linnas-ja-maal-2007-2012>. Ravimiameti selgituse järgi (Vt taotluse Lisa 1, 13.11.2012 kirja lk 2 p 5) on põhjused apteegi sulgemiseks erinevad: „[---] nt elanike arvu vähenemine, infrastruktuuri ja kohalike olude muutused, arsti vastuvõtu lõppemine, arstikeskuse ümberkolimine teise piirkonda, apteekri pensionile jäämine, mõnel üksikul juhul ka apteegiruumide mittevastavus, mõnel juhul on ka apteeker läinud tööle teise piirkonda ja maapiirkonnas ei ole keegi avaldanud soovi apteegi pidamist jätkata. 2005-2007 vähenes maa-apteekide arv 11 võrra (ca 5 apteeki aastas). 2007-2012 on maa-apteekide arv vähenenud 20 võrra (ca 4 apteeki aastas). [---]”

<sup>38</sup> Ravimiohutuse regulatsioon lähtub valdavalt Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiivist 2001/83/EÜ inimtervishoiu kasutatavaid ravimeid käsitlevate ühenduse eeskirjade kohta (võttes arvesse hilisemaid muudatusi, sh seoses vajadusega vältida võltsitud ravimite sattumist seaduslikku tarneahelasse – 2011/62EL). Sellega seotud kohustuste täitmiseks ravimiohutuse järelevalve alal Eestis on 13.06.2012 vastu võetud ulatuslikud ravimiseaduse muudatused. Vt seletuskiri „Ravimiseaduse muutmise seaduse” 224 SE juurde. Kättesaadav: [www.riigikogu.ee](http://www.riigikogu.ee).

müügiloo ja tegevusloa nõuded ning nende järelevalve. **Seejuures võib apteegiteenuse osutamisega seotud nõuete eiramine a) olla käsitatav väärteona (karistusõiguslik meede) ja b) lõppkokkuvõttes kaasa tuua apteegiteenuse osutajale antud tegevusloa kehtetuks tunnistamise (haldusmeede).**

30. Seega, ehkki apteegist saadavate ravimite ja nõustamise kvaliteet avaldab kahtlemata mõju rahva tervisele, ei eelda apteegiteenuse kvaliteedi tagamine konkurentsi pärssimist apteekide asutamise piirangutega. Mitte vähem kriitilise tähtsusega on teenuse ohutus ja usaldusväarsus näiteks lennunduse alal, kus samuti ei ole mindud seda teed, et hakata ohutusjärelevalve asemel või selle tõhustamiseks piirama ettevõtjate vahelist konkurentsi. Samuti pole apteekide puhul põhjendatud hirm, nagu kahandaks konkurents teenuse kvaliteeti.<sup>39</sup> Ravimiseaduse alusel on juba kehtestatud piisavalt tõhusad nõuded, mis tagavad ohutu ning usaldusväärse apteegiteenuse tarbija jaoks oluliselt paremini, kui üldapteegi tegevusloa väljaandmise ja muutmise piirangud võiksid seda iseenesest teha.<sup>40</sup>

31. Viimane ei tähenda nagu puuduks kõnealustel piirangutel üldse mõju apteegiteenuse kvaliteedile: need piirangud mõjutavad pakkumist osas, milles teenuse osutajale on antud nn vaba mänguruum (ravimiseadus sätestab teenuse osutamisele miinimumnõuded või ei reguleeri üldse). Nn vaba mänguruum on ravimimüügi alal olemas näiteks apteegiteenuse taseme ja ravimite valiku osas. Samuti on Konkurentsiamet märkinud konkurentsi elavnemisega suurenevat tõenäosust, et apteegi lahtiolekuaegu pikendatakse ning tekib juurde ööpäevaringselt lahtiolevaid apteeke jne.<sup>41</sup> **See on ala, kus ravimite jae- ja hulgimüük kui majandustegevus allub üldistele turureeglitele ning kus vaba konkurents sunnib turul nõudmise ja pakkumise optimaalse tasakaalu kaudu ettevõtjat pingutama selle nimel, et tarbija teeks valiku tema kasuks. Kui sel alal on konkurents piiratud, pole ettevõtja piisavalt motiveeritud tõstma apteegiteenuse kvaliteeti, aga ka näiteks suurendama soodsamate ravimite kättesaadavust. Seetõttu võib olulises osas jääda saavutamata eesmärk (rahvatervise kaitse), millele vaidlusalused piirangud suunatud on.**

32. Mis puutub nn turulukku moodustavate piirangute eesmärki tagada järjepidevalt apteegiteenuse pakkujate olemasolu, siis **üldjuhul on parim vahend sellise eesmärgi tagamiseks vaba konkurentsi võimaldamine.**<sup>42</sup> 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 tegevuse laiendamine on takistatud. Nii on see toidukaupade puhul, kus toodete järele on pidev nõudlus.<sup>43</sup> 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, toob see ilmselgelt kaasa, et neid kaupu või teenuseid saavad pakkuda ja kasumit teenida vaid ettevõtjad, kes olid turul enne turu lukustamist.

<sup>39</sup> Vt ka eespool viidatud kohtujuristi ettepanek ühendatud kohtuasjades C-750/07 ja C-751/07, p-d 26, 27 ja 29.

<sup>40</sup> Kõnealuste apteegiteenusele ravimiseadusega seotud kvaliteedinõuete proportsionaalsust ma vaidlusaluses asjas ei hinda.

<sup>41</sup> Konkurentsiameti 07.11.2011 ettepanek ravimiseaduse §-s 42<sup>1</sup> ettenähtud üldapteegi tegevusloa väljaandmise ja muutmise piirangute kaotamiseks, lk 6. Kättesaadav: [www.konkurentsiamet.ee](http://www.konkurentsiamet.ee). Otselink: <http://goo.gl/pVxhu>.

<sup>42</sup> Vaba konkurentsi ning konkurentsiõiguse üldtunnustatud eesmärk ja ülesanne on tagada turul nõudmise ja pakkumise optimaalse tasakaalu kaudu kaupade kvaliteet, õiglasel hinnal ja mõistlik pakutav kaubakogus. Vt RKHK 18.12.2002. a otsus asjas nr 3-3-1-66-02, p 13.

<sup>43</sup> R. Whish. Competition Law. Oxford University Press, 6th edition, lk 4-5.

33. Apteegiteenuse järele on kindel nõudlus<sup>44</sup>, kusjuures apteekide käibed on viimasel ajal üldiselt mitte vähenenud, vaid suurenenud.<sup>45</sup> See tähendab, et **olukorras, kus RavS §-s 42<sup>1</sup> sätestatud piirangud ei kehtiks ja apteegiteenuse osutamine alluks vabale konkurentsile, võiks see kaasa tuua küll teenust pakkuvate ettevõtjate vahetumise, ent pole mingit alust arvata, et tekib olukord, kus tasuvas piirkonnas lõpetaksid kõik apteegid tegevuse ja teenus poleks seetõttu enam kättesaadav.** Samas on küll tõenäoline, et vaidlusaluste sätete kehtetuks tunnistamine toob kaasa selliste apteekide sulgemise, mida seni on hoitud lahti üksnes turulukust lähtuva moonutuse tõttu. See aga ei kahjusta üldiselt ravimite kättesaadavust, vaid pikemas vaates hoopis parandab seda paikades, kus liigub piisavalt inimesi. Nimelt ei ole asutamispiirangu tõttu saadud apteegiteenust pakkuda mitmetes linnaäärsetes kohtades, kus nõudlus selleks on tekkinud või suurenenud pärast asutamispiirangu kehtestamist. Kui lähikonnas on juba apteek, kus rahvas küll eriti ei käi, on viimase lahtihoidmine võimaldanud vältida konkureeriva ravimimüüja laienemist lähikonda rajatud kaubanduskeskusesse või elurajooni.<sup>46</sup> Taolistel juhtudel on nõudlus tegelikult olemas ja piirangu mahavõtmine avaks lihtsalt võimaluse apteegiteenuse pakkujatel sellele vastata.<sup>47</sup> Seni on aga RavS § 42<sup>1</sup> takistanud apteegi asutamist kohtades, kus inimesed tegelikult liiguvad ja kus see oleks ka rahva tervise seisukohalt vajalik.<sup>48</sup>

34. Isegi kui peaks paika oletus, et vabaturu tingimustes teenuse pakkumine teatud juhtudel kujuneks liiga elavaks, nii et see kulutaks liialt apteegiteenuse osutamiseks vajalikku piiratud ressursi (kvalifitseeritud apteekrid), siis leidub selle reguleerimiseks vaidlusalustest sätetest hoopis paremaid viise. Nii toodi minu ettepaneku arutamisel Riigikogus näiteks Tallinna sadama ümbrust, kus elava kaubaturismi tingimustes võib nõudlus teatud ravimite (aspiriin nt) järele olla keskmisest suurem ning kus pakkumine võiks keskenduda liialt läbisõitvate turistide, mitte kohalike teenindamisele. Tegemist on ajas ja ruumis piiritletava erijuhtumiga, kus apteegiteenuse pakkumise normeerimine ei eelda kogu Eesti jae- ja hulгимүүgituru lukustamist.<sup>49</sup> Täiesti piisav oleks sätestada sellistel juhtudel üldapteegiteenuse tegevuslubade väljaandmisel ja muutmisel eritingimused, mida Ravimiametil oleks õigus rakendada – juhul, kui teatud piirkonnas on olemas objektiivsed eeldused (nt turistide suur läbivool), et apteegiteenuse pakkumine kujuneks oluliselt suuremaks kui elanike vajadused ning et vältida kvalifitseeritud tööjõu liigset koondumist sellistesse kohtadesse, siis Ravimiamet võiks siduda sellised eeldatavalt kasumlikud, kuid rahvatervise seisukohalt väheväärtuslikud tegevusload tingimusega hoida käigus haruapteeki teatud kohas maal, kus see oleks vajalik, kuid mitte piisavalt tasuv. **Erinevalt kehtivatest**

<sup>44</sup> 2011. aastal kompenseeris Eesti Haigekassa 6,9 miljonit retsepti, kusjuures retseptide arv kasvab igal aastal. Kuna retsepti ei saa lunastada mujal, kui apteegiteenuse osutaja juures, siis näitab väljastatud retseptide arv, et nõudlus apteegiteenuse vastu 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](http://www.haigekassa.ee/uploads/userfiles/EHK_Aastaaruanne2011_EST_.pdf).

<sup>45</sup> Vt nt „Apteekide III kvartali käive suurem kui mullu” - Meditsiiniuudised, 05.12.2012, kättesaadav: <http://www.mu.ee/article/2012/12/5/apteekide-iii-kvartali-kaive-suurem-kui-mullu>.

<sup>46</sup> Ravimiameti andmetel (13.11.2012 lk 1 p 1) lähtuvadki RavS 42<sup>1</sup> lg 4 alusel erandi saamiseks esitatud ettepanekud eranditult huvist asutada täiendav apteek uude kaubanduskeskusesse.

<sup>47</sup> Piirangutest möödasaamiseks linnas on kasutatud nn „apteekide konnahüppeid”, mida RavS § 42<sup>1</sup> lg 2 võimaldab, nihutades üldapteegi struktuuriüksuse tegutsemiskohta 500 meetri kaupa edasi kuni soovitud kohta jõudmiseni. Sellega kaasnevad suured kulud, kuna vahepeal üksnes vormi täiteks avatud apteek peab vastama kõigile nõuetele, aga suletakse kohe pärast „konnahüppe” toimumist. Nii asutamispiirangust möödasaamiseks tehtud kulutused jäävad lõppastmes ravimitarbija kanda. Vt S. Piirak „Apteegi konnahüpped pole mingi haruldus” - Sakala 27.11.2012, kättesaadav: <http://www.sakala.ajaleht.ee/1055596/apteegi-konnahupped-pole-mingi-haruldus/>.

<sup>48</sup> Vt L. Tankler. „Põhiseadusvastane apteegiralli: põõrased pingutused õiguse nimel apteeki mitte avada” - Eesti Päevaleht 16.11.2012, kättesaadav: <http://www.epl.ee/news/eesti/pohiseadusvastane-apteegiralli-poorased-pingutused-oguse-nimel-apteeki-mitte-avada.d?id=65271862>.

<sup>49</sup> Vaidlusaluste sätete puhul tuleb seejuures tähele panna, et need ei aita mitte kuidagi saavutada kogu Eestit katva apteegivõrgu rajamist ega ka apteekide ühtlasemat jaotumist linnas.

**piirangutest saaks taoline meede tõesti järjekindlalt ja süstemaatiliselt täita neid eesmärke, mida apteegiteenuse pakkumise reguleerimisel tuleks oluliseks pidada – nimelt tagada piiratud ressursside ühtlasem jaotumine vastavalt rahvatervise vajadustele.** Selline norm, erinevalt vaidlusalustest sätetest, ei looks kellelegi põhjendamatuid konkurentsieeliseid ning tagaks turuosaliste võrdse kohtlemise (seaduse rakendamisel tuleks ka olemasolevad tegevusload uute nõuetega kooskõlla viia).

35. Kokkuvõttes ei taga vaidlusalused sätted apteegiteenuse kättesaadavust maal, vaid kindlustavad peamiselt Eesti ravimimüügi turge valitseva kahe ettevõtja majanduslikku jätkusuutlikkust, samas kui teiste võimalused neile konkurentsi pakkuda on piirangute tagajärjel ahenenud. Vaadates nii Konkurentsiameti kui Riigikontrolli analüüse, selgub, et ravimiturgude sellisel moel lukustamine kindlustab kehva konkurentsiolekorra jätkumise koos sellest tulenevate tagajärgedega. Arvestades, et Konkurentsiameti ja Riigikontrolli andmetel on üksnes väike osa Eestis tegutsevatest apteegiteenuse osutajatest n-õ sõltumatud ning enamus apteekidest kasutab põhitarnijana ühte kahest suuremast hulgimüüjast, puuduvad olukorras, kus uute apteekide asutamine on takistatud, vajalikud eeldused (konkurentsi elavnemine ravimite hulgimüügil) apteegiteenuse tarbijale kättesaadavamaks (nt suureneks ravimivalik, alaneksid hinnad) muutumisel. Apteekide asutamise piirangud, mis on põlistanud kahe hulgimüüja ülemvõimu, ei mõju üldiselt hästi ravimite kättesaadavusele, iseäranis taskukohase hinnaga saadaolevate ravimite valikule.<sup>50</sup> **Teisisõnu on tekkinud olukord, kus apteegiteenuse järjepidevaks pakkumiseks kehtestatud meede on hakanud vastu töötama üldisele eesmärgile tagada apteegiteenuse kättesaadavus.**<sup>51</sup>

36. Seega seisneb vaidlusalustest sätete mõju valdavalt ravimimüügi turgude konkurentsile lukustamises, milleks puuduvad aga objektiivsed ja mõjuvad põhjused. **Seeläbi ei ole saavutatud neid rahvatervise eesmärke, mida vaidlusalused sätted justkui peaksid edendama.**

#### **IV Erandite asjassepuutumatus**

37. Täiendavalt jääb üle esitada põhjus, miks ma leian, et RavS § 42<sup>1</sup> lg-test 1–3 tuleneva põhiõiguste riive leevendamiseks ei piisa sama paragrahvi lõikes 4 ettenähtud kaalutusõigusest. Vaidlusaluste sätete näol on tegemist tõepoolest turuluku, mitte mingi leebe või paindliku instrumendiga. Riigikohtu halduskolleegium on selgitanud, et RavS § 42<sup>1</sup> lg 1 ei ole diskretsiooninorm ja seega juhul, kui Ravimiameti ja Statistikaameti andmetel on linnas, kus soovitakse tegevust alustada, ühe üldapteegi kohta, kaasa arvatud üldapteegi struktuuriüksus, vähem kui 3000 elanikku, ei anta välja uusi üldapteegi tegevuslubasid.<sup>52</sup> Siiski juhul, kui kohalik omavalitsus on Ravimiametile edastanud kirjaliku põhjendatud ettepaneku, et üldapteegi või selle struktuuriüksuse avamine on **rahvastiku ümberpaiknemise, apteegiteenuse halva kvaliteedi või apteegi puudumise tõttu kindlas piirkonnas vajalik**, siis on Ravimiametil RavS § 42<sup>1</sup> lg 4 järgi õigus sama paragrahvi lõigetes 1 või 3 sätestatud piirangutest mööda minna ning taotlejate

<sup>50</sup> Apteegilettidele jõudev ravimivalik sõltub esiteks sellest, millistelt tootjatelt ja millistel tingimustel hulgimüüjad ravimeid ostavad. Asutamispriirangute tõttu pärsitud konkurents mõjutab seda valikut. Samas kergitavad apteegiteenuse osutamise kulusid ka ettevõtjate väljaminekud, mis on seotud otseselt asutamispriirangutest möödahiilimisega, sh RavS § 42<sup>1</sup> lg 2 alusel kantud „apteekide konnahüpete” kulud ning RavS § 42<sup>1</sup> lg 6 järgi liisuheitmiste järeltulekul ostetud asutamiseõiguste hind.

<sup>51</sup> Põhjendatu on taandada ravimite ja laiema apteegiteenuse kättesaadavust üksnes teenuse geograafilisele kättesaadavusele või veel enam – kättesaadavusele linnades. Vrd A. Nõmper. Tervise kaitse põhiõigusest apteekide asutamispriirangute näitel. Juridica X, 2012 lk 733.

<sup>52</sup> Eelpool viidatud Riigikohtu halduskolleegiumi 16.04.2007 otsuse p 13.

paljususe puhul korraldada asutamisõiguse andmiseks liisuheitmine.<sup>53</sup> Täpsemalt, kui Ravimiamet otsustab erandit kohaldada, siis avalikustab ta oma veebilehel vastava teabe, pärast mida on isikutel, kes soovivad osutada apteegiteenust, 14 päeva aega esitada taotlus üldapteegi või selle struktuuriüksuse avamise õiguse saamiseks. Kui nõuetekohaseid taotlusi laekub rohkem kui üks, heidetakse liisku nende esitajate vahel (lg 5 ja 6).

38. Nende sätete seitsmeaastase kehtivuse ajal ei ole Ravimiamet rahuldanud mitte ühtegi kohaliku omavalitsuse kirjalikku põhjendatud ettepanekut erandi kohaldamiseks. Nimelt sellistes kohtades, kus erandite kohaldamise eeldused esinevad, puudub ettevõtjatel apteegi asutamiseks piisav huvi, ja vastupidi, kus ettevõtjatel huvi on, seal ei pea Ravimiamet erandeid kohaldatavaks. RavS § 42<sup>1</sup> lg-s 4 loetletud **kolm alust erandi kohaldamiseks ei ole üldjuhul rakendatavad linnas ega muudes kohtades, kus apteegiteenuse järele on piisav nõudlus ehk teisisõnu, kus apteegi pidamine võiks üldse majanduslikult ära tasuda**. Kui apteeki on võimalik asutada üksnes kohtades, kus selleks piisav nõudlus puudub, siis ei saa nimetatud eranditel olla sisuliselt mingit mõju konkurentsile ravimimüügi jae- ega ammugi mitte hulgitasandil, mida taotluse esemeks olevad normid kitsendavad.

39. Isegi kui Ravimiamet toetaks mõne kohaliku omavalitsuse ettepanekut erandi kohaldamiseks nt seoses rahvastiku ümberpaiknemisega kindlas piirkonnas, siis ei tagaks see asutamisõiguse väljaandmist isikule, kellel on apteegi avamiseks vajalikud eeldused ja tahe. Ravimiameti ülevaatest selgub, et ligi pooltel juhtudel, kui apteegi asutamiseks on liisuheitmine välja kuulutatud piirangu aluse äralangemise tõttu, ei ole see tegelikkuses viinud apteegi asutamiseni. Samas on liisuheitmistel osalejaid arvukalt ning kohati on huvi asutamisõiguste vastu lausa nii suur, et osalejate arv ulatub tuhandetesse.<sup>54</sup> Asutamisõiguse saamisega ei kaasne kohustust apteeki avada, mistõttu osaletakse liisuheitmistel ka selleks, et õigus võita ja see koos äriühinguga edasi müüa. Valdav enamik osalejatest on turuosaliste võidušansside suurendamiseks moodustatud riulifirmad, kusjuures asutamisõiguse omandaja ei ole alati sugugi huvitatud apteegi asutamisest antud kohas, vaid üksnes konkurendi eemalhoidmisest. Kui nüüd sellises olukorras näiteks mõni apteeker tahab saada õigust oma apteegi avamiseks, siis liisuheitmise teel ei osutu see tal tõenäoliselt võimalikuks – sõltumata sellest, kuidas erandi kohaldamine aitaks antud paikkonnas objektiivselt rahvatervist edendada või kui head eeldused taotlejal apteegiteenuse osutamiseks subjektiivselt on.

40. Kui aga Ravimiamet asuks rahuldama omavalitsuste taotlusi apteegi asutamisõiguse andmiseks ning ettenähtud erandid osutuksid teatud juhtudel kohaldatavaks, ei tooks see siiski lahendust minu taotluses esiletoodud vastuolule ettevõtlusvabaduse ja võrdsuspõhiõiguse pinnal: RavS § 42<sup>1</sup> lg 4 ei kõrvalda vaidlusaluste piirangutega tekitatud turulukku ega taga ravimimüügiga juba tegelevate ja neile konkurentsi pakkuda soovivate ettevõtjate võrdset kohtlemist. RavS § 42<sup>1</sup> lg-te 1–3 kooskõla põhiseadusega oleks põhimõtteliselt saavutatav seeläbi, et seadusandja laiendaks RavS § 42<sup>1</sup> lg-s 4 ettenähtud erandi üldreeglis. Seejuures on aga selge, et olukorras, kus kohalikud omavalitsused nende poole pöördunud ettevõtja huvi arvestades peaksid kaalumise tulemusel taotlema alati erandite tegemist ja Ravimiametil poleks üldjuhul võimalik neid taotlusi rahuldamata jätta<sup>55</sup> või ta peaks, arvestades ettevõtjate suurt huvi apteekide asutamise

<sup>53</sup> Ravimiameti tõlgenduse järgi, mis on järjekindlalt väljendatud vastustes kohalike omavalitsuste kirjalikele põhjendatud ettepanekutele, ei otsusta erandi rakendamist mitte kohalik omavalitsus, vaid Ravimiamet, kes ettepanekut läbi vaadates otsustab iseseisvalt erandi kohaldamise eelduste olemasolu või puudumise igal konkreetsel üksikjuhul.

<sup>54</sup> Ravimiameti koostatud ülevaade liisuheitmistest 2007–2012 – Vt taotluse Lisa 1. Näiteks 28.06.2012 ja 8.10.2012 looisimistel apteegi asutamisõiguse saamiseks esitati vastavalt juba 2493 ja 2438 taotlust vastavalt 1301 ja 1328 osaleja poolt.

<sup>55</sup> Lähtudes olulisuse põhimõttest, peaks erandi üldreeglis muutmisel seadusandja täpsemalt reguleerima ettevõtlusvabaduse menetlus- ja materiaalõiguslikku realiseerumist, st mitte eeskätt kohaliku omavalitsuse ja riigi

vastu, oma keelduvaid otsuseid pidevalt kohtus kaitsma, muutuksid käesoleva taotluse esemeks olevad normid mõttetuks. **Seevastu vaidlusaluste sätete kehtetuks tunnistamise korral muutuksid** RavS § 42<sup>1</sup> lg-d 4–7 tarbetuteks ja surnud säteteks, kuna piirangutest lahus puudub neil iseseisev regulatiivsus.

## V Kokkuvõte

41. Olles hinnanud üldapteegi tegevusloa väljaandmise ja muutmise piirangute proportsionaalsust nende eesmärgi erinevate aspektide suhtes (apteegiteenuse kättesaadavus n-ö mittetasuvates paikkondades ning teenuse kvaliteet ja pakkumise järjepidevus n-ö tasuvates paikkondades), olen seisukohal, et **RavS § 42<sup>1</sup> lõigetes 1–3 sätestatud vaba konkurentsi piiravad meetmed ei taga rahvatervise edendamist parimal võimalikul viisil.** Seetõttu ei ole ka RavS § 42<sup>1</sup> lõigetest 1–3 tulenev ettevõtlusvabaduse ja võrdsuspõhiõiguse riive õigustatud. Vaidlusalused sätted on ebaproportsionaalsed esmalt seetõttu, et nad on hakanud oma eesmärkidele vastu töötama, mis kinnitab neis sätestatud piirangute vähemalt osalist ebasobivust. Samas ei saa välistada, et mingil määral või vähemalt teoreetiliselt aitavad vaidlusalused sätted oma eesmärgi saavutamisele kaasa eeskätt seeläbi, et tagavad olemasolevate apteekide majanduslikku jätkusuutlikkust. Selles osas ei ole aga piirangud proportsionaalsed ebavajalikkuse tõttu, kuna nende eesmärkide saavutamiseks on olemas tõhusamad ning kokkuvõttes põhiõigusi vähem piiravad vahendid.

42. Kehtivad asutamispirangud kaitsevad osasid ravimimüüjaid konkurentsi eest, koheldes neid turule siseneda või tegevust laiendada soovivate ettevõtjate suhtes ebavõrdselt soodsalt. Ühe alternatiivina võiks selliselt eelistatud ettevõtjaid koormata kohustustega, mis aitaks tõepoolest eesmärgipäraselt tagada apteegiteenuse kättesaadavust maapiirkondades. Proportsionaalsest koormisest tulenev põhiõiguste riive oleks kokkuvõttes väiksem kui vaidlusaluse turuluku puhul. Nimelt kaasneks vastavate kohustuste panemisega ettevõtlusvabaduse riive üksnes neile ravimimüüjatele, kes turulukust kasu saavad, samas kui asutamispirangutest tulenevate eeliste sidumine proportsionaalsete kohustustega tooks kaasa konkurentsitingimuste ühtlustumise.

43. Sarnaselt halvendaks asutamispirangute tagajärjel privilegeeritud ravimimüüjate olukorda ka vaidlusaluste sätete kehtetuks tunnistamine ilma alternatiivseid meetmeid rakendamata, kuna sellega kaotaksid nad seadusliku kaitse konkurentsi vastu. Kuid eelpool toodud põhjustel leian, et **seda riivet õigustab kolmandate isikute ettevõtlusvabadus ja võrdne kohtlemine ning aus konkurents kui avalik huvi, millel omakorda on soodne mõju ravimite kättesaadavusele lõpptarbija jaoks ning mis kokkuvõttes aitab rahva tervist paremini edendada kui vaidlusalused sätted.**

Austusega

*/allkirjastatud digitaalselt/*

Indrek Teder

Lisad: õiguskantsleri 24.10.2012 järelepärimine Ravimiametile ja Ravimiameti 13.11.2012 vastus sellele ning lisatud liisuheitmiste ülevaade 2007-2012.

---

(Ravimiameti) suhteid ja (menetluslikke) samme, vaid kelle poole ja millistel tingimustel ettevõtja peaks ettevõtlusvabaduse realiseerimiseks pöörduma ning mis on ettevõtja taotluse rahuldamata jätmise tingimused.