



ОМБУДСМАН НА РЕПУБЛИКА БЪЛГАРИЯ

ДО

КОНСТИТУЦИОННИЯ СЪД НА РЕПУБЛИКА БЪЛГАРИЯ

УВАЖАЕМИ КОНСТИТУЦИОННИ СЪДИИ,

С Определение от 15 май 2008 г., Конституционният съд е допуснал за разглеждане искането на омбудсмана на Република България за установяване на противоконституционност на чл. 222, ал. 1 от Закона за лекарствените продукти в хуманната медицина (ДВ, бр. 31 от 13 април 2007 г.).

В съответствие с предоставената ни възможност, представяме на вниманието на Конституционния съд някои допълнителни писмени аргументи по образуваното конституционно дело № 2/2008 г.:

I. По искането за установяване на противоконституционност на чл. 222, ал. 1 от ЗЛПХМ.

1. Противоречие с чл. 6, ал. 2 от Конституцията.

В много закони се използва изискването за професионален ценз, което не води до тяхна противоконституционност. Същественото при ограничаването на едно право, каквото несъмнено е правото да не се допускат привилегии в зависимост от вида образование относно собствеността върху аптеките, е дали това е необходимо за постигане на *„ефективно, безопасно и контролирано отпускане на лекарства“* (Европейска комисия, Решение IP/06/858). Конституционният съд на България нееднократно е приемал че, правото на свободна стопанска инициатива не е абсолютно и неограничено и не изключва изцяло възможността за държавно регулиране и контрол върху стопанската дейност, *„закрилата на ценности от повисш порядък може винаги да обоснове ограничаване на свободната стопанска инициатива“* (Решение 6 от 25 февруари 1997 г. по к. д. № 32/1996). В така посока за изводите и на Конституционния съд на Република Литва (Решение от 14.05.2002 г. по к. д. № 23/2000, с предмет правото на собственост върху аптеки).

В тази логика омбудсманът счита, че разпоредбата на чл. 222, ал. 1 от Закона за лекарствените продукти в хуманната медицина чрез регламентираното ограничение, не само не създава по-добри условия за ефективно, безопасно и контролирано отпускане на лекарства, т.е. не се постигат ценности от по-висш порядък, но създава опасност за здравето на гражданите и освен това необосновано засяга и застрашава техните права и законни интереси.

1.1. Омбудсманът смята, че оспорваната разпоредба не предотвратява евентуалният натиск за извършване на незаконна дейност, който собственикът на аптеката, в качеството си на работодател, може потенциално да упражнява върху управителя магистър – фармацевт.

Магистър-фармацевтът е страна по трудов договор като управител на аптеката. Той получава възможно в най-голяма степен, в сравнение с други правоотношения, гарантирано трудово възнаграждение срещу престоирания от него труд. Не е така за магистър-фармацевта, който е едноличен търговец или едноличен собственик на дяловете на ЕООД. В този случай магистър-фармацевтът, който лично носи отговорност да осигурява живота и здравето на гражданите, ще е изложен на прякото и мощно въздействие на пазара. Като собственик той може да получи само печалба и то само ако му е успешна търговската дейност. Печалбата ще е единственият му източник на доходи и той и семейството му ще бъдат изложени на риска да останат без средства за съществуване, ако поради някаква причина нямат печалба. Следователно магистър-фармацевтът в тези случаи е изложен много по-интензивно на въздействието на пазарните механизми, поради което много по-големи ще са и изкушенията за него. И именно това може в много по-голяма степен да го накара да извършва незаконна дейност с цел да повиши печалбата си.

1.2. Освен това собственикът на аптека, който не притежава образователно-квалификационната степен магистър-фармацевт, не разполага с необходимата компетентност в областта на лекарствените продукти, което предпоставя много по-малка вероятност за неетично рекламиране и предлагане на лекарства, извършване на злоупотреби, чрез представяне на подвеждащи или неверни твърдения за лекарствените продукти, чрез умишлено прикриване на рискове или странични ефекти. Магистър-фармацевтът, в качеството си на собственик на аптека, и стремежи се към повишаване на печалбата от своята търговска дейност, разполага не само с икономически стимул, но и с професионална компетентност да рекламира печеливши и скъпи лекарства, да представя подвеждаща информация с цел постигане на по-висока печалба и даже да извършва злоупотреби с лекарства, ако би бил склонен към такива злоупотреби.

Ето защо, омбудсманът застъпва гледището, че гаранциите за живота и здравето на българските граждани следва да се осъществяват чрез контрол върху дейността, а не чрез ограничения върху собствеността. Дейността на аптеките се

ръководи от магистър-фармацевти и именно в това е гаранцията за защита на живота и здравето на гражданите.

2. Противоречие с чл. 19, ал. 1 от Конституцията.

Оспорваният законов текст съдържа изрично и изчерпателно изброяване на субектите, които имат право да извършват търговия на дребно с лекарствени продукти, чрез откриване на аптека, представлява ограничаване на конституционно прокламираната свобода за извършване на стопанска дейност. Правото на свободна стопанска дейност е признатата на всяко физическо и юридическо лице възможност да бъде равноправен участник на пазара заедно с всички останали правни субекти. Дейността, която извършват лицата, открили аптека, е търговия на дребно с лекарствени продукти. Откриването на аптека е вид търговска дейност, насочена към осъществяване на крайния етап от търговията с фармацевтични продукти – продажбата на лекарства на гражданите. Макар и специфична търговска дейност, свързана с конституционно защитени ценности, каквито са животът и здравето на гражданите, тя се подчинява и е зависима от принципите на пазарната икономика. Откриването и стопанисването на аптека е пряко и непосредствено свързано с пораждање на частноправни имуществени отношения между равнопоставени субекти. Сделките, които се сключват и изпълняват в рамките на този обект на частна собственост, безспорно притежават конститутивните характеристики на абсолютни търговски сделки и попадат в първата категория търговска продажба, уредена в чл. 1, ал. 1, т. 1 ТЗ – покупка на стоки с цел препродажба в първоначален, преработен или обработен вид. В своята практика КС утвърждава тази концепция: *„аптеката е съвкупност от права, задължения и фактически отношения по продажба на лекарства на дребно, следователно е търговско предприятие по смисъла на чл. 15, ал. 1 от Търговския закон... аптекната дейност, независимо от спецификата си, е вид стопанска дейност и регулирането ѝ следва да се подчинява на конституционните принципи и гаранции, посочени в чл. 19 от Конституцията“*. (Решение 3 от 27 април 2000 г. по к.д.З/2000)

Аптеката е особен обект на частна собственост – тя има законоустановен статут на **здравно заведение** (чл. 219, ал. 1 ЗЛПХМ), което обуславя допустимостта на **държавен контрол** по смисъла на чл. 52, ал. 5 от Конституцията: *„държавата осъществява контрол върху всички здравни заведения, както и върху производството на лекарствени средства, био-препарати и медицинска техника и върху търговията с тях“*. Но аптеката е не само особен обект на частна собственост, но и особен тип здравно заведение – в него се извършва **търговия на дребно** с лекарствени продукти. Следователно **правото на държавата да регулира тази дейност трябва да се упражнява при минимално засягане и пренебрегване на градивните за един свободен пазар принципи, какъвто е принципът на свободната стопанска инициатива.**

3. Противоречие с чл. 19, ал. 2 от Конституцията.

Разпоредбата на чл. 19, ал. 2 Конституцията установява като основен принцип на българската икономика правната равнопоставеност на всички икономически субекти чрез създаването на „еднакви правни условия за стопанска дейност“. Недопустимо е създаването на особен режим за който и да е субект на стопанска дейност. Същевременно Конституцията не допуска налагането на ограничения по отношение на формата на сдружаване.

В противовес на това конституционно прогласено начало член 222, ал. 1 ЗЛПХМ посредством изричното и изчерпателно изброяване на търговците, които имат право да откриват аптека и изключването на останалите търговци от обсега на това право, поставя стопанските субекти в явно неравностойна правна позиция. С нищо не е обосновано в световната практика, че един едноличен търговец и еднолично дружество с ограничена отговорност ще осъществяват по-добре която и да е стопанска дейност от другите видове търговски дружества, дори тези дружества да имат за съдружници или акционери само магистър-фармацевти. Рестриктивният режим по чл. 222, ал. 1 ЗЛПХМ необосновано и прекомерно накърнява един фундаментален за пазарната икономика принцип. Въведеното с чл. 222, ал. 1 ЗЛПХМ ограничение не би могло да се обоснове със закрилата на обществени интереси и целта да се обезпечи ефективен контрол при отпускането на лекарствени средства, тъй като това може да бъде постигнато и без да се налагат подобни ограничения, свързани със собствеността и формата на сдружаване.

4. Противоречие с чл. 17, ал. 1 от Конституцията

Конституционно закрепеното изискване за гарантиране и защита на правото на собственост, предпоставки, за което следва да създава законодателят чрез приеманите от него нормативни актове, е нарушено чрез атакуваната с настоящото искане разпоредба на чл. 222, ал. 1 ЗЛПХМ. Чрез ограничителното изброяване на субектите, имащи право да открият аптека, се накърнява конституционно защитеното право на частна собственост, което е основно човешко право, предмет на закрила и от Европейската Конвенция за защита правата на човека (чл. 1 от Допълнителен протокол към Конвенцията). Безспорно е, че тази нормативна разпоредба лишава значителна част от гражданите и юридическите лица от право да притежават аптеки. А аптеката представлява обект на частна собственост и всеки правен субект, физическо или юридическо лице, има конституционно признато право да бъде носител на частна собственост.

При упражняване на правото върху частна собственост всички правни субекти са равни. В противоречие с това начало чл. 222, ал. 1 ЗЛПХМ регламентира ограничение, което поставя субектите на частна и публична собственост в

неравностойна позиция. Държавата като субект на публична държавна собственост и едноличен собственик на лечебни заведения е оправомощена безусловно да бъде носител на правото да открива аптека (чл.222, ал. 3 и 4 ЗЛПХМ). Правото да се открива аптека е предоставено на лечебните заведения, без да са установени никакви рестрикции относно собствеността, докато значителна част от субектите на частното право са напълно лишени от тази възможност, без да има конституционно оправдание за това ограничение, тъй като интересите на потребителя на лекарства и здравето на гражданите като цяло са защитени достатъчно ефективно чрез редица законови и подзаконови разпоредби. В Решение 19 от 1995 г. по к. д. 17/95 Конституционният съд приема, че *„гаранцията и защитата, които конституционните разпоредби осигуряват, се отнасят до всички видове собственост (частната собственост на гражданите или юридическите лица, както и частната и публична собственост на общините и държавата), те осигуряват пълна, безусловна и еднаква защита от различни видове посегателства върху нея“*. В Решение 19 от 1993 г. по к.д. 11/93 изрично се посочва, че *„гражданите и юридическите лица при една действително пазарна икономика, която Конституцията иска да гарантира, са по принцип равнопоставени на държавата и общините.“*

Разпоредбата на чл. 222, ал. 1 ЗЛПХМ накърнява не само правото на собственост, но и правото на наследяване, уредено в същия чл.17, ал. 1 от Конституцията. Този извод се налага веднага, щом бъде разгледана хипотезата на наследяване на търговското предприятие на магистър-фармацевт, регистриран като едноличен търговец или на капитала на учреденото от него ЕООД, от неговите наследници, който няма висше образование по фармация. Чл. 60, ал. 1 от Търговския закон предвижда, че в случай на смърт на едноличния търговец, наследниците му „поемат предприятието“. А това, предвид правната дефиниция на понятието „търговско предприятие“ според българското търговско право означава, че наследникът става титуляр на правата и задълженията на търговеца и е оправомощен да продължи дейността му, като се възползва от всички създадено от ЕТ фактически положения. Разпоредбата на чл. 222, ал. 1 ЗЛПХМ, обаче забранява това и предизвиква непреодолимо противоречие между две правни норми от еднакъв ранг, което в крайна сметка води до накърняване на правата на наследника. Аналогична е ситуацията при наследяване на дела в капитала на ЕООД, собственост на фармацевт. След като делът бъде наследен по силата на чл. 129, ал. 1 от ТЗ за наследника не остава нищо друго освен да го прехвърли, независимо от волята си, защото чл. 222 изречение последно от ЗЛПХМ ограничава предмета на дейност на това търговско дружество само до търговия на дребно с лекарствени продукти, в противовес на принципа за обща правосубектност на търговските дружества, признат от Търговския закон. А принудителното отчуждаване на частна собственост е отдавна надживяна форма на правно регулиране, недопустима по действащата Конституция.

6. Противоречие с чл. 52, ал. 5 от Конституцията.

Чл. 52, ал. 5 КРБ предвижда, че „държавата осъществява контрол върху всички здравни заведения, както и върху производството на лекарствени средства, био-препарати и медицинска техника и върху търговията с тях“. Омбудсманът счита, че контролът върху търговията на дребно с лекарствени продукти, който е в правомощието на държавата, е ефективно гарантиран законодателно чрез редица разпоредби, предоставящи контролни правомощия на министъра на здравеопазването, главния държавен здравен инспектор, изпълнителния директор на Изпълнителната агенция по лекарства, директорите на регионалните инспекции за опазване и контрол на общественото здраве. Допускането на възможността за всеки стопански субект да бъде носител на правото на собственост върху аптека под каквато и да е правно организационна форма не е в състояние по никакъв начин да попречи на държавата да упражнява своите права и задължения, формиращи съдържанието на понятието контрол по смисъла на чл. 52, ал. 5 КРБ.

7. Противоречие с чл. 19, ал. 3 от Конституцията

Според чл. 19, ал. 3 инвестициите и стопанската дейност на българските и чуждестранни юридически лица се закрилят от закона.

Закрилата на инвестициите означава преди всичко да се гарантира запазването на собствеността, придобита с тези инвестиции и на второ място да има стабилитет при осъществяването на започнатата стопанска дейност, за да се обезпечи възвръщаемостта на направените инвестиции.

Ограничителният характер на разпоредбата на чл. 222, ал. 1 ЗЛПХМ е в пряко противоречие с конституционното изискване за закрила на инвестициите. Налага се и прехвърляне на собствеността и преустановяване на дейността на инвестиралите в аптечната дейност.

Освен това за в бъдеще се осуетява възможността за реализиране на инвестиции на пазара на фармацевтични продукти. Инвестиция е по правило влагане в стопанската сфера на Република България на капитали както от местни, така и от чуждестранни физически или юридически лица в определени от закона форми. Специалният режим, установен в Закона за насърчване на инвестициите, цели именно привличане на чуждестранен капитал и неговата ефективна закрила с оглед интензивното развитие и „повишаване конкурентоспособността на българската икономика“ (чл. 1, ал. 2 ЗНИ).

II. Несъответствие на чл. 222, ал. 1 ЗЛПХМ с правото на Европейския съюз – чл. 43 и чл. 56 от Договора за създаване на европейска общност.

Омбудсманът смята, че при обсъждането на противоконституционността на оспорената разпоредба, би било добре да се вземат предвид и някои принципи от правото на Европейския съюз, свързани със свободите на гражданите в съюза: свобода на движение и установяване, пълна равнопоставеност между гражданите (в рамките на дадена държава и/или между гражданите на различни държави), равнопоставеност в признатите и гарантирани възможности на гражданите и юридическите лица. При преценката на съответствието на чл. 222, ал. 1 ЗЛПХМ с нормите на общностното право следва да се имат пред вид следните текстове от Договора за създаване на Европейска общност:

Чл. 43 „В рамките на следващите разпоредби ограниченията върху свободата на установяване на гражданите на държава-членка на територията на друга държава-членка са забранени...

Свободата на установяване включва правото да се предприема самостоятелна стопанска дейност, както и да се създават и ръководят предприятия, в частност, дружества и фирми по смисъла на чл. 48, ал. 2 при условията, предвидени за граждани на държавата, където става установяването, при спазване на разпоредбите на главата, отнасяща се до капитала.”

Чл. 56 „В рамките на разпоредбите, посочени в тази глава, всички ограничения върху движението на капитал между държави-членки и между държави-членки и трети страни са забранени.”

Тълкувайки и прилагайки цитираните текстове от Договора, Европейската комисия и Съдът на Европейската общност са имали възможност да се произнесат по случаи, разкриващи сходства с разпоредбата на чл. 222, ал. 1 ЗЛПХМ.

Така например, с решение IP/06/858 ЕК Комисията е разгледала случаи, свързани с ограничаването на стопанската инициатива и свобода при откриването и управлението на аптеки в Италия, Австрия и Испания. Съгласно своите правомощия ЕК е взела решение да отнесе случая с Италия пред Съда на Европейската общност на основание ограничаване на предвидените в чл. 43 и чл. 56 от Договора права, а спрямо Австрия и Испания – да им отправи обосновано предложение за промяна на текстове от вътрешното им право, противоречащи на общностните принципи. Ако двете държави не се съобразят с тези препоръки, Европейската комисия е заявила, че може да предприеме същия подход като приложения спрямо Италия, т.е. да сезира съда.

В горепосочените случаи като несъответни на общностните принципи разпоредби са посочени следните: забрана за корпоративна свързаност между търговци на едро и дребно с лекарства /Италия/; забрана други лица, освен дипломирани магистър-фармацевти, да притежават аптеки /Италия и Испания/;

забрана за един фармацевт да притежава повече от една аптека /Испания/; забрана едно лице да притежава повече от една аптека /Австрия/; ограничаване на правно организационната форма, под която може да се извършва търговия на дребно с лекарства /Австрия/.

Някои конкретни аргументи на Европейската комисия, развити в Решение IP/06/858 и послужили като основание за сезиране на Съда на Европейската общност, са в следния смисъл:

1) ЕК приема за незаконосъобразно въвеждането на забрана за създаване, респ. притежаване на аптеки от лица, които не са дипломирани магистър-фармацевти. Подобни ограничения не могат да се третират като съответстващи на Договора освен, ако приемането им е обосновано с необходимостта от защита на обществен интерес и са необходими и адекватни за постигането на значими цели. Въвеждането на такива мерки обикновено се мотивира със защитата на общественото здраве и осигуряването на контрол при отпускането на лекарствени продукти.

В този смисъл становището на ЕК е, че подобни ограничения върху собствеността представляват мерки, които **надхвърлят границата на необходимото за постигането на целта за „ефективно, безопасно и контролирано отпускане на лекарства“**.

2) Забраната за притежаване на право на собственост върху аптека от лица, нямащи образователна степен магистър-фармацевт, не може да бъде оправдана със защитата на общественото здраве и нуждата от засилен контрол при продажбата на лекарствените продукти. Би било достатъчно да се изисква присъствието на магистър-фармацевт, който да отпуска лекарствата, както и осигуряването на качествен контрол върху продаваните продукти. Изводът на Комисията е, че ограниченията на собствеността и броят на притежаваните аптеки не са наложителни за обезпечаване на ефикасното и безопасно отпускане на лекарства, тъй като те могат да бъдат гарантирани чрез изискването лекарствените продукти да се продават от специалисти.

Горните аргументи ЕК е развила и обосновала по повод на ограничителния режим на уредба на аптечната дейност в Италия. Това обстоятелство прави неоснователен довода на шест от конституционните съдии по к.д. № 9/1998, гласували против обявяване противоконституционността на чл. 68, ал. 1 ЗЛСАХМ (отм.), че в основната представителка на континенталната правна система - Италия режимът е също толкова рестриктивен.

Съдът на Европейската общност също е имал повод да обоснове подобни аргументи по изключително сходен казус /дело С-140/03/, при който Република Гърция е била привлечена пред съда от Европейската комисия за въведените в нейното законодателство ограничения, изразяващи се в

следното: право да откриват оптики имат само оптици - физически лица с определена образователно-квалификационна степен; всеки оптик има право да открие само една оптика под формата на събирателно дружество или дружество с ограничена отговорност и то само ако поне 50% от дяловете са притежание на оптик. Оптиката, подобно на аптеката, е обект на частна собственост със статут на здравно заведение.

По това дело съдът е приел, че чл. 43 от Договора, прогласяващ свободата на установяване на гражданите в рамките на съюза, е приложим. Аргументът е, че текстът се отнася до всички случаи, в които се затруднява или ограничава свободата на установяване на граждани на съюза, независимо че не е налице дискриминация, основана на националност. В практиката си Съдът на ЕО приема, че „Чл. 43 ЕО изключва всякакви национални мерки, които въпреки че не създават дискриминация на основа националност, предизвикват възпрепятстване на или представят като по-малко привлекателно упражняването на свободата за установяване от населението на Общността, гарантирана от Договора за създаване на Европейската общност,“ Според него общественото здраве може да бъде защитено посредством мерки, които ограничават в по-малка степен свободата на установяване на физическите и на юридическите лица, като например посредством изискването за наличието на квалифициран оптик / фармацевт като служител или съдружник във всеки оптичен магазин или аптека, чрез норми в областта на гражданската отговорност за чужди действия и посредством разпоредби , които предвиждат задължение за застраховка за професионална отговорност. Ограничаването на основните свободи, гарантирани от Договора за създаване на Европейската общност, от националните законодателства могат да бъдат оправдани единствено по причини с първостепенно значение от всеобщ интерес, при условие че мерките са уместни за осигуряване постигането на преследваната цел и не стигат по-далеч от необходимото за тази цел. Същото виждане се застъпва от Съда и в друго негово решение – дело C-514/03.

5 юни 2008 г.

ОМБУДСМАН НА
РЕПУБЛИКА БЪЛГАРИЯ

ГИНЬО ГАНЕВ

