

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER
föredraget den 7 december 2004¹

1. Europeiska gemenskapernas kommission har i förevarande mål om fördragsbrott yrkat att EG-domstolen med stöd av artikel 226 EG skall fastställa att Republiken Grekland har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artiklarna 43 EG och 48 EG genom att uppställa villkor, för såväl fysiska som juridiska personer, som måste vara uppfyllda för att erhålla tillstånd att inom Republiken Greklands territorium bedriva handel med optiskt material.

2. Återigen föreligger här ett mål som avser "inskränkningar som är tillämpliga utan åtskillnad", eftersom man i den relevanta lagstiftningen inte skiljer mellan inhemska och utländska gemenskapsmedborgare. Skillnaden i behandling kan följa indirekt av andra till synes neutrala villkor, i förevarande fall villkoret att en optikaffär får öppnas bara av en yrkesman som är legitimerad inom fackområdet och som bedriver verksamheten i egen regi eller genom ett bolag som han är delägare i och för vars förpliktelser han är personligt ansvarig.

I — Tillämpliga gemenskapsbestämmelser

3. Avdelning III i EG-fördraget ägnas åt fri rörlighet för personer, tjänster och kapital, med särskilda bestämmelser om etableringsrätt i kapitel 2, som består av artiklarna 43–48. I förevarande fall är den första och den sista av dessa artiklar av intresse.

4. I artikel 43 EG anges det konkreta innehållet i denna rättighet enligt följande:

"Inom ramen för nedanstående bestämmelser skall inskränkningar för medborgare i en medlemsstat att fritt etablera sig på en annan medlemsstats territorium förbjudas. Detta förbud skall även omfatta inskränkningar för medborgare i en medlemsstat som är etablerad i någon medlemsstat att upprätta kontor, filialer eller dotterbolag.

1 — Originalspråk: spanska.

Etableringsfriheten skall innefatta rätt att starta och utöva verksamhet som egenföretagare samt rätt att bilda och driva företag, särskilt bolag som de definieras i artikel 48 andra stycket, på de villkor som etableringslandets lagstiftning föreskriver för egna medborgare, om inte annat följer av bestämmelserna i kapitlet om kapital.”

5. I artikel 48 EG likställs juridiska personer med fysiska personer i fråga om utövandet av denna rättighet:

”Bolag som bildats i överensstämmelse med en medlemsstats lagstiftning och som har sitt säte, sitt huvudkontor eller sin huvudsakliga verksamhet inom gemenskapen skall vid tillämpningen av bestämmelserna i detta kapitel likställas med fysiska personer som är medborgare i medlemsstaterna.

Med bolag förstås bolag enligt civil- eller handelslagstiftning, inbegripet kooperativa sammanslutningar samt andra offentligrättsliga eller privaträttsliga juridiska personer, med undantag av sådana som inte drivs i vinstsyfte.”

II — Tillämplig nationell lagstiftning

6. I Grekland uppställs i lag nr 971/79² vissa krav för att en optikaffär skall få öppnas. I artikel 6.6 uppställs ett krav på att optikaffärer, med förbehåll för vad som tillåts enligt artikel 6.3³ och artikel 8.2⁴, skall drivas personligen av dem som innehar det tillstånd som meddelas för detta ändamål. Detta innebär enligt bestämmelsen att en och samma optiker i egenskap av fysisk person inte får driva mer än en optikaffär.

7. Alla yrkesutövare inom branschen befinner sig emellertid inte i den situationen att de kan öppna en affär. Enligt artikel 7.1 i samma lag skall nämligen dessa affärer öppnas av dem som innehar optikerlegitimation, och affärsinnehavet villkoras av att motsvarande tillstånd meddelas, vilket enligt artikel 8.1 ”... är personligt och inte får överlåtas”.

8. När det gäller *juridiska personer* är det enligt artikel 27.4 i lag nr 2646/98⁵ om

2 — *Republiken Greklands officiella tidning*, serie I, nr 233, 1979. I denna lag regleras inte bara nyetablering och drift av optikaffärer utan också villkoren för utövandet av optikeryrket.

3 — Här behandlas det fall att optikaffärer öppnas i lokaler som används av apotek.

4 — Avser överlåtelse av affären till familjemedlemmar.

5 — *Republiken Greklands officiella tidning*, serie I, nr 236 av den 20 oktober 1998.

modernisering och organisation av hälso- och sjukvårdssystemet, som utgör en komplettering till lag nr 971/79, endast legitimerade optiker som får bilda handels- eller kommanditbolag för att driva optikaffär och då endast i de fall när den som har erhållit tillståndet skjuter till minst 50 procent av kapitalet. Nämnde optiker kan ha del i högst ett ytterligare bolag men det avsedda tillståndet måste då meddelas i en annan legitimerad optikers namn.

medlemsstat och dess grekiska dotterbolag), vilka fått avslag på sin ansökan om att med stöd av lag 971/79 få öppna en optikaffär, uppmärksammade kommissionen genom skrivelse av den 27 januari 1998 de grekiska myndigheterna på att denna lag var oförenlig med artiklarna 52 och 58 i EG-fördraget (nu artiklarna 43 EG och 48 EG).

9. I sin duplik upplyste den grekiska regeringen om att en lagändring var förestående och att denna var ägnad att inlemma olika typer av bolag bland dem som kunde utverka tillstånd, förutsatt att huvuddelen av bolagskapitalet ägdes av legitimerade optiker.

11. Den grekiska regeringen hävdade den 7 april 1998 att den var i färd med att driva igenom en lagändring. Efter att ha erhållit en begäran om upplysningar därom meddelade regeringen den 13 januari 1999 att lagändringen hade genomförts genom lag nr 2646/98.

Vid förhandlingen bekräftade svarandestatens ombud att lag nr 3204/2003 syntes ha satt stopp för de överträdelser som Grekland tillvitats.

12. Kommissionen fann att inte heller innehållet i sistnämnda lag överensstämde med gemenskapsrätten och skickade därför en kompletterande begäran om upplysningar till regeringen den 3 augusti 1999.

III — Det administrativa förfarandet

10. Till följd av en anmälan från två aktiebolag (ett bolag med hemvist i en annan

13. Oaktat den grekiska regeringens svar av den 17 maj 2000 tillställdes den ett motiverat yttrande av den 24 januari 2001, vilket den besvarade den 2 maj 2001.

IV — Parternas yrkanden och förfarandet vid EG-domstolen

mins. 50 procent av kapitalet i ett handels- eller kommanditbolag, och

14. Kommissionen väckte förevarande talan den 27 mars 2003 och har yrkat att EG-domstolen skall fastställa följande:

- b) att tillståndet skall meddelas för en annan legitimerad optiker när förstnämnde optiker är delaktig i högst ytterligare ett bolag som äger en affär i branschen.

- Republiken Grekland har inskränkt etableringsfriheten och har därmed åsidosatt artikel 43 EG genom att anta och därefter bibehålla lag nr 971/79, enligt vilken legitimerade optiker inte får driva mer än en optikaffär.

Republiken Grekland har därmed åsidosatt etableringsrätten för juridiska personer inom optikbranschen på ett sätt som strider mot artikel 43 EG och mot artikel 48 EG, jämförd med nämnda artikel 43 EG, genom att tillämpa andra bestämmelser för bolag än för fysiska personer.

- Republiken Grekland har vidare antagit och därefter bibehållit lag nr 971/79 och lag nr 2646/98 och därigenom uppställt två villkor för bolag som önskar öppna optikaffärer, nämligen:

15. Svarandestaten har yrkat att talan skall ogillas på grund av att de inskränkningar som gäller för bolagen motiveras av skyddet för folkhälsan.

- a) att tillstånd meddelas i en legitimerad optikers namn, vilken äger

16. Den skriftliga delen av förfarandet avslutades efter att replik och duplik avgivits.

17. Muntlig förhandling hölls den 23 september 2004 på begäran av svaranderegeringen, varvid båda parterna i förfarandet närvarade.

etableringen alltid är knuten till drivande av verksamhet i vinstsyfte.⁷

V — Bedömning

18. Enligt kommissionen står de inskränkningar för optikaffärer som föreskrivs i den grekiska lagstiftningen i strid med etableringsfriheten i två avseenden: dels etableringsfriheten för fysiska personer vilket innebär ett åsidosättande av artikel 43 EG, dels etableringsfriheten för bolag vilket innebär ett åsidosättande av artikel 48 EG i jämförelse med förstnämnda bestämmelse.

20. Denna grundläggande frihet gäller för fysiska och juridiska personer i samtliga medlemsstater och omfattar, med förbehåll för föreskrivna undantag och villkor, tillträde inom gemenskapens övriga territorium till all slags fri yrkesutövning. Hit hör även bildandet och driften av företag samt upprättande av kontor, filialer eller dotterbolag.

21. Enligt rättspraxis är begreppet etablering mycket vittomfattande och det innebär en möjlighet för medborgare i gemenskapen att stadigvarande och kontinuerligt delta i näringslivet i en annan medlemsstat än ursprungsstaten. Begreppet befrämjar således det ekonomiska och sociala utbytet inom gemenskapen på den fria yrkesutövningens område.⁸

A — Etableringsfriheten och dess gränser

19. Etableringsfriheten sammanfaller med det politiska projektet att skapa ett gemensamt Europa, och den uppnås genom upplösande av de hinder som påverkar produktionsmedlens rörlighet. Det är inte utan anledning som "etablering innebär att integreras i en nationell ekonomi,"⁶ eftersom

22. För att avgöra förevarande mål bör särskild vikt fästas vid undersökningen huru-

7 — Fallon, M., *Droit matériel général des Communautés européennes*, Bruylant, Paris, 1997, s. 394.

8 — Dom av den 21 juni 1974 i mål 2/74, Reyners (REG 1974, s. 631; svensk specialutgåva, volym 2, s. 309), punkt 21, av den 30 november 1995 i mål C-55/94, Gebhard (REG 1995, s. I-4165), punkt 25, av den 9 mars 1999 i mål C-212/97, Centros (REG 1999, s. I-1459), punkt 34, och av den 4 juli 2000 i mål C-424/97, Haim (REG 2000, s. I-5123), punkt 57.

6 — Generaladvokaten Darmons förslag till avgörande i mål 81/87, Daily Mail and General Trust PLC, dom meddelad den 27 september 1988 (REG 1988, s. 5483), punkt 3.

vida denna rätt även innebär en rätt att öppna och driva fler än ett driftställe inom Europeiska unionen, dock med iakttagande av relevant yrkeslagstiftning.⁹ Dessa bestämmelser får i sin tur inte överträda de villkor som uppställs i gemenskapslagstiftningen.

23. EG-domstolen har i detta avseende erkänt att såväl tillträdet till vissa verksamheter som bedrivandet av dessa i vissa situationer kan förenas med krav på iakttagande av särskilda bestämmelser i lag, förordning eller föreskrifter, förutsatt att fyra villkor är uppfyllda, nämligen:

— att de är tillämpliga på ett sätt som inte är diskriminerande på grund av nationalitet,

— att de kan rättfärdigas av tvingande hänsyn till allmänintresset,

— att de är ägnade att säkerställa förverkligandet av den målsättning som eftersträvas med dem, samt

9 — Se bland annat dom av den 12 juli 1984 i mål 107/83, Klopp (REG 1984, s. 2971; svensk specialutgåva, volym 7, s. 653), punkt 19, av den 7 juli 1988 i mål 143/87, Stanton (REG 1988, s. 3877; svensk specialutgåva, volym 9, s. 527), punkt 11, och i de förenade målen 154/87 och 155/87, Wolf (REG 1988, s. 3897), punkt 11, samt av den 20 maj 1992 i mål C-106/91, Ramrath (REG 1992, s. I-3351; svensk specialutgåva, volym 7, s. I-101), punkt 20.

— att de inte går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå denna målsättning.¹⁰

24. I förevarande mål skall det prövas huruvida dessa villkor är uppfyllda inte bara med avseende på fysiska personer utan också på juridiska personer, varvid den skillnad i behandling av dessa båda grupper som görs i den grekiska lagstiftningen skall beaktas. Experimentet med att under utvecklandet av gemenskapsrätten utvidga den personkrets som omfattas av principen om fri rörlighet för personer måste under alla omständigheter beaktas.¹¹

B — Inskränkning av fysiska personers etableringsfrihet

25. I artikel 6.6 i lag nr 971/79 förbjuds optiker, oavsett nationalitet, att inneha mer

10 — Dom av den 31 mars 1993 i mål C-19/92, Kraus (REG 1993, s. I-1663; svensk specialutgåva, volym 14, s. I-167), punkt 32, och domen av den 30 november 1995 i det ovan i fotnot 8 nämnda målet Gebhard, punkt 37.

11 — Lirola Delgado, I., *Libre circulación de personas y Unión Europea*, Civitas, Madrid, 1994, s. 61, hävdar att principen om fri rörlighet för personer, genom sin egen dynamik och genom utvecklingen av den politiska dimensionen, under fortskridandet av den europeiska integrationen har utvidgats till sitt innehåll genom införandet av nya situationer i gemenskapsrättens subjektiva tillämpningsområde. Denna tillämpning har uppnåtts under en långsam process som varit fylld av svårigheter och ibland även av motsägelser, där begynnelsepunkten återfinns i en extensiv tolkning av det möjliga innehåll som skall inkluderas bland de ekonomiska friheterna.

än en affär i branschen. Bestämmelsen tillämpas alltså utan någon diskriminering eftersom grekiska medborgare behandlas på samma sätt som medborgare i andra medlemsstater.

26. Svaranderegeringen har vidgått att denna inskränkning medför en inskränkning av gemenskapsfriheten men att den motive-ras av folkhälsoskäl.

27. Som ett sådant folkhälsoskäl åberopade den grekiska regeringen under det administrativa förfarandet behovet av att säkerställa en jämn geografisk fördelning av optikaffärer. Som kommissionen betonade i sin ansökan är bestämmelsen om "en yrkesutövare per affär"¹² emellertid i sig inte ägnad att uppnå det uppgivna ändamålet, då det inte finns något som hindrar att den som innehar legitimation avstår från att etablera sig på de orter eller i de regioner som ligger mycket avlägset eller som inte ger någon lönsamhet.

Svarandestaten har i vilket fall som helst inte upprepat denna argumentation i domstolen varför det får anses att den inte längre görs gällande.

28. För övrigt är det visserligen säkert att folkhälsan generellt sett utgör ett tvingande skäl av allmänintresse som kan rättfärdiga nationella åtgärder som begränsar etableringsfriheten eller gör denna mindre attraktiv. Domistolen har erinrat om detta allmänintresse, som nämns i artikel 3 o i EG-fördraget (nu artikel 3.1 p EG i ändrad lydelse), när den angivit att gemenskapens verksamhet, på de villkor och i den takt som anges i fördraget, skall bidra till att uppnå en hög hälsoskyddsnivå.¹³

29. Enligt svaranderegeringen syftar den omtvistade bestämmelsen till att upprätthålla ett personligt förtroendeförhållande i handeln med optikvaror samt att säkerställa ett absolut ansvar för den legitimerade yrkesutövaren, tillika affärsinnehavaren.

Nämnda regering har också hävdat att det "eftersträfvade resultatet bara kan säkerställas med yrkesutövare som är specialister och som deltar direkt i affärsverksamheten, utan att ödsla fysisk och mental kraft på skötseln av olika filialer".

12 — Som påminner om aförismen "apotekare i sitt apotek", som är känd från tysk rätt och som för apoteksbranschen hade samma inverkan som den grekiska lagstiftning som är föremål för förevarande talan, innan domen i målet Gebhard meddelades (se, för ett liknande resonemang, Friauf, K.H., *Das apothekenrechtliche Verbot des Fremd- und Mehrbesitzes*, C.F. Müller, Heidelberg, 1992, s. 7).

13 — Dom av den 1 februari 2001 i mål C-108/96, Mac Quen m.fl. (REG 2001, s. I-837), punkterna 28 och 29. Huvudansvaret vilar emellertid på medlemsstaterna, vilket generaladvokaten Mischo påpekade i sitt förslag till avgörande.

30. Det måste accepteras att en medlemsstat anser att behovet av att varor och tjänster i en optikaffär tillhandahålls av en person som är legitimerad i branschen, utgör ett tvingande skäl av allmänintresse. Domstolen har godtagit liknande resonemang i fråga om andra yrkesutövare inom hälso- och sjukvårdsområdet.¹⁴

31. För att undvika att inskränkningen strider mot gemenskapsrätten måste den dock vara ägnad att uppnå detta ändamål och stå i proportion till den rättsföljd som eftersträvas.

32. Den omtvistade åtgärdens lämplighet är inte uppenbar. Svaranderegeringen har nöjt sig med att återge artikel 6 i lag nr 971/79 samt den rättspraxis där denna artikel varit föremål för tolkning. Enligt denna skall försäljning av glasögon och andra linser för korrigering av brytningsfel ske i affärer som *leds eller sköts*¹⁵ av legitimerad personal, utan att denna är skyldig att på något sätt närvara eller ta hand om kunden.

33. I förevarande fall är emellertid proportionalitetskravet inte uppfyllt eftersom det finns åtgärder som är mindre restriktiva än dem som tillämpas i Grekland och som i större mån fogar sig efter gemenskapsrätten.

34. Med avseende på optikaffärerna kan två olika sfärer av rättsförhållanden urskiljas, en intern och en extern. Den första sfären omfattar äganderätten — till exempel avseende den lokal eller byggnad där affären är inrymd, kundförteckningen, varorna och firman —, anställningsförhållandena till de anställda och, av särskild betydelse för problemet i förevarande fall, legitimationen — vilken inte innehas med äganderätt men som likväl anknyter till denna via en mängd rättsfigurer —, liksom även administration och förvaltning.

Den andra sfären avser förhållandet till tredje man och då i synnerhet leverantörer och, försåvitt här är av intresse, köparna, kunderna eller, om man så vill, patienterna.

35. I den grekiska lagstiftningen blandas dessa två sfärer samman. Inom sfären avseende de interna förhållandena förbjuds inrättandet av mer än en optikaffär per legitimerad optiker, med en motivering som

14 — Se i fråga om läkare och tandläkare dom av den 16 juni 1992 i mål C-351/90, kommissionen mot Luxemburg (REG 1992, s. I-3945).

15 — En omskrivning av punkt 13 i dom av den 25 maj 1993 i mål C-271/92, Laboratoire de prothèses oculaires (LPO) (REG 1993, s. I-2899).

hämtas från den externa sfären; i huvudsak avses härmed det särskilda personliga förtroendeförhållandet med kunden och optikers obegränsade ansvar.

ansvar för skador som förorsakats av butiks-personalen eller genom en skyldighet att teckna en försäkring.

36. Om sfärerna vore åtskilda bleve följerna mindre allvarliga för gemenskapsfriheten. Öppnandet av flera affärer skulle då nämligen inte vara oförenligt med kravet att det måste vara en legitimerad optiker som driver affären och tar hand om kunderna.

39. Det skall tilläggas att det i detta förfarande inte är fråga om erkännande av legitimationerna för optiker.¹⁷ Därmed saknas anledning att såsom den grekiska regeringen åberopa domen i det ovannämnda målet LPO.¹⁸

37. När det för övrigt gäller behandlingen av enskilda personer kräver inte domstolen att yrkesutövaren kontinuerligt skall befinna sig nära kunden eller patienten,¹⁶ och den har i det sammanhanget uttryckligen nämnt allmänläkare, tandläkare, veterinärer och specialister. Det synes alltså inte föreligga några problem att utvidga detta synsätt till att även gälla optiker.

Det målet hade sin upprinnelse i en tvist mellan en leverantör av kontaktlinser; intra-okulära implantat med därtill hörande varor och olika yrkesorganisationer för optiker. Målet rörde frågan huruvida en nationell lagstiftning, som innebar att endast aktörer som innehade bevis om yrkesutbildning fick sälja optikvaror, var förenlig med den fria rörligheten för varor.

38. Möjligheten att kunna erhålla ersättning för skada, som den grekiska regeringen har åberopat till stöd för inskränkningens lagenlighet, skulle kunna uppnås genom vissa rättsliga medel som är ägnade att ge ersättning för skadan med 100 procent, exempelvis genom ägarens direkta eller subsidiära

Domstolen fann att denna lagstiftning byggde på ett legitimt ändamål att skydda folkhälsan och att dess tillämpning inte var oproportionerlig i förhållande till det eftersträfvade ändamålet. Domstolen fann alltså att en nationell lagstiftning enligt vilken försäljning av kontaktlinser och andra varor

16 — Domen av den 16 juni 1992 i det ovan i fotnot 14 nämnda målet kommissionen mot Luxemburg, punkt 22, i vilken det hänvisas till dom av den 30 april 1986 i mål 96/85, kommissionen mot Frankrike (REG 1986, s. 1475), punkt 13.

17 — Trots att en optikers verksamhet inte har reglerats i gemenskapslagstiftningen, något som generaladvokaten Mischo påpekade i punkt 35 i sitt förslag till avgörande i det ovan i fotnot 13 nämnda målet Mac Quen.

18 — Nämnt ovan i fotnot 15.

med anknytning härtill skulle ske i affärslokaler som leddes eller sköttes av personer som uppfyllde kraven för att få utöva yrket som optiker var rättfärdigad av folkhälsoskäl.

40. I domen behandlades emellertid inte den omständigheten att den legitimerade yrkesutövaren även måste vara ägare av företaget i ekonomisk bemärkelse och inte heller antalet affärer som denne skulle kunna driva. Av dessa anledningar kan denna dom inte ge någon ledning i tvisten i förevarande mål, förutom att den bekräftar vad som är specifikt för optikaffärer.¹⁹

41. Formuleringen i punkt 13 i domen i det ovannämnda målet LPO synes i vilket fall som helst inte vara lyckad. Vad som med avseende på skyddet för folkhälsan skall tillmätas betydelse är inte så mycket att affärsverksamheten skall ledas eller skötas av optiker, ett arbete som i huvudsak kännetecknas av handel, administration och bokföring och är av handelskaraktär, som att kunden i den stund han eller hon avser att köpa optikvaror får hjälp av kvalificerad personal. Denna olyckliga formulering påverkar emellertid inte på något sätt det förevarande målet.

42. Utan betydelse är slutligen också den i svaromålet åberopade domen i det ovannämnda målet Mac Quen m.fl.²⁰, som rörde behörighet att genomföra vissa objektiva synundersökningar. Där klargjordes huruvida det stred mot de i fördraget garanterade friheterna att till förfång för legitimerade optiker i en lag förbehålla ögonläkare rätten att genomföra nämnda undersökningar.

Domstolen erinrade om att lagstiftningen, trots avsaknaden av gemenskapsharmonisering på det omtvistade området och den därav följande behörigheten för medlemsstaterna, endast kunde tillämpas med iakttagande av de grundläggande friheterna i fördraget.²¹

I det konkreta fallet befanns de särskilda kraven i nationell rätt rörande kvalifikationerna i fråga kunna rättfärdigas av de åberopade folkhälsoskälerna.

Avsikten var alltså att bedöma krav grundade på omsorgen om patienterna vilka hör till den externa sfär som jag nämnt ovan, medan

19 — Domstolen medgav att försäljning av kontaktlinser inte kan anses utgöra vilken affärsverksamhet som helst, även om de får säljas endast efter att ha ordinerats av ögonläkare. Försäljaren måste nämligen kunna ge råd till användare av kontaktlinser i fråga om hur de skall bäras och skötas (punkt 11).

20 — Nämnd ovan i fotnot 13.

21 — Med hänvisning till dom av den 29 oktober 1998 i de förenade målen C-193/97 och C-194/97, De Castro Freitas och Escallier (REG 1998, s. I-6747), punkt 23, och av den 3 oktober 2000 i mål C-58/98, Corsten (REG 2000, s. I-7919), punkt 31.

den tvist som nu är i fråga avser tillståndet att öppna en optikaffär i bemärkelsen företagsprojekt.

45. Dessa villkor skiljer sig från dem som gäller för fysiska personer och kommissionen har av denna anledning yrkat fastställande av att den skyldighet till likställande som föreskrivs i artikel 48 EG har åsidosatts.

43. Av vad jag anført ovan drar jag slutsatsen att den grekiska lagstiftningens inskränkning av etableringsfriheten, som består i att en optiker endast får driva en affär, utgör ett åsidosättande av artikel 43 EG.

46. Yrkandet synes vara alltför enkelt, varför tre iakttagelser skall göras.

47. För det första har fysiska och juridiska personer till sin natur helt olika status, varför varje likställelse, som generellt sett alltid blir ofullständig, måste beakta denna väsentliga skillnad. Artikel 48 EG måste således ges en teleologisk tolkning: enligt fördraget skall juridiska personer ha samma fria etableringsrätt som fysiska personer.

C — Inskränkningen av etableringsfriheten för bolag

44. Vad gäller juridiska personer har jag redan påpekat att lag nr 2646/98 inskränker rätten att öppna affärer i och med att endast optiker får bilda bolag, i form av handels- eller kommanditibolag, för att driva affärerna och att optikern i fråga måste inneha mins. 50 procent av kapitalet samt att, om denne deltar i ytterligare ett bolag, vilket utgör högsta tillåtna antal, tillståndet skall meddelas för en annan legitimerad optiker.

48. Min andra iakttagelse rör den av mig nyss betonade potentiella karaktär som utgångspunkten för likställelsen har. Skyldigheten till likabehandling gäller inte strikt och varje avvikelse härifrån utgör inte ett fördragsbrott. Det handlar i stället om att ge bolag en rättighet av åtminstone liknande omfattning. Härav drar jag slutsatsen att en medlemsstat som tillerkänner juridiska personer fri etableringsrätt och samtidigt otillbörligen förvägrar fysiska personer denna

rättighet eller inskränker densamma, inte åsidosätter artikel 48 EG. Av samma anledning kan inte utgångspunkten för likställandet utgöras av en lagstiftning som i sig åsidosätter gemenskapsrätten.

svarandestaten har tillkännagivit utvidgar kretsen av tillståndsberättigade till att även gälla aktiebolag, under förutsättning att en legitimerad optiker innehar den absoluta aktiemajoriteten.

49. För det tredje föreligger allvarliga svårigheter att godta kommissionens inställning rörande sättet att kvalificera den ordning som svarandestaten föreskriver för bolagen. Även om denna ordning skiljer sig från den ordning som tillämpas för fysiska personer i fråga om utformningen av de villkor som föreskrivs, gäller enligt båda ordningarna den funktionella principen om "en yrkesverksam optiker för varje affär"; i det ena fallet genom ett direkt krav härpå, i det andra genom ett krav avseende majoritetsägande.

52. De ifrågasatta åtgärderna är alltså inte avpassade för det ändamål de är ägnade att uppnå, även om de inte är diskriminerande och trots att syftet med dem är att skydda folkhälsan. Det finns andra metoder som bättre överensstämmer med etableringsfriheten. Som jag har påpekat²² uppnås en lösning som är bättre anpassad till gemenskapsrätten, om frågor som rör äganderätt, legitimation och intern administration skiljs från frågor som rör kundkontakter. Härigenom beaktas nämligen kontakten mellan kunden och den som betjänar denne och skadeståndsansvaret.

50. Med beaktande av att lagstiftningen för fysiska personer inte är förenlig med gemenskapsrätten, något som jag ovan påpekat, och att denna liknar lagstiftningen för juridiska personer, förefaller inte heller sistnämnda lagstiftning uppfylla de gemenskapsrättsliga kraven.

51. Logiken i den grekiska lagstiftningen om öppnande av denna typ av affärer bygger på att yrkesutövaren har ett särskilt förhållande till kunderna och att denna bör ha ett särskilt ansvar på grund härav, och den innebär följande: de enda bolagstyper som tillåts är de i vilka delägaren är personligt ansvarig för bolagets förpliktelser. Den lagändring som

53. Det är på detta sätt man skall förstå domen av den 16 juni 1992 i det ovan nämnda målet kommissionen mot Luxemburg.²³ Svaranderegeringen försvarade där en bestämmelse om att varje läkare endast fick ha en enda läkarmottagning, något som den grekiska lagstiftningen definitivt leder till när det gäller delägarstrukturen i optikaffärerna, och hävdade att ett avtal med en läkare är *intuitu personae* och fordrar att yrkesutövaren finns närvarande på mottagningen eller arbetsplatsen i syfte att säkerställa kontinuiteten i läkarvården.

22 — Se punkterna 34–38 i förevarande förslag till avgörande.

23 — Nämnd ovan i fotnot 14 i detta förslag till avgörande.

Domstolen fann att denna kontinuitet kunde tillgodoses genom mindre restriktiva medel, exempelvis i form av ett krav på att yrkesutövaren skall befinna sig på plats för att ge vård under en viss minimitid, eller att det finns möjlighet att ersätta denne. Den nationella bestämmelsen var alltså alltför tvingande och allmängiltig för att den skulle kunna anses vara rättfärdigad av folkhälso-skäl.²⁴

54. Även om slutligen Republiken Grekland vid den muntliga förhandlingen har uppgett att dess lagstiftning har ändrats två gånger för att den skulle anpassas till gemenskaps-rätten, gäller enligt rättspraxis att förekom-sten av ett fördragsbrott bedöms mot bak-grund av den situation som rådde i med-lemsstaten vid utgången av den frist som har angivits i det motiverade yttrandet, och att domstolen inte skall beakta senare föränd-ringar.²⁵ Det finns nämligen ett intresse av att bedöma hur situationen var vid denna tidpunkt, exempelvis i syfte att fastställa grunderna för ett eventuellt skadestånds-ansvar för en medlemsstat gentemot perso-ner vars rättigheter har kränkts genom fördragsbrottet.²⁶

55. Det skall för övrigt tilläggas i rent illustrativt syfte att de tidigare felen tycks upprepas i den nyligen ändrade ordningen,²⁷ eftersom det tillstånd som krävs för att

öppna en optikaffär förutsätter att majorite-ten av affären ägs av personer som har yrkesexamen inom detta specialistområde. Återigen sammanblandas de två sfärer som jag redogjort för ovan — innehavet av företaget å ena sidan och karaktären på tjänster som tillhandahålls tredje man å andra sidan — till men för en av fördragets grundläggande rättigheter.

56. Republiken Grekland har följaktligen åsidosatt artikel 48 EG genom att villkora öppnandet av en optikaffär av att tillstånd meddelas, vilket endast beviljas en legitime-rad yrkesutövare som äger mins. 50 procent av kapitalet i ett handels- eller kommandit-bolag, samt genom att, för det fall en optiker deltar i ytterligare ett bolag, vilket utgör högsta tillåtna antal, föreskriva att tillståndet för sistnämnda bolag skall meddelas i en annan legitimerad optikers namn.

VI — Rättegångskostnader

57. Enligt artikel 69.2 i rättegångsreglerna skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångsreglerna, om detta har yrkats. Eftersom jag föreslår att kommissionens talan skall bifallas och kommissionen har yrkat att Republiken Grekland skall förplik-tas att ersätta rättegångskostnaderna, skall denna part förpliktas att ersätta rättegångs-kostnaderna.

24 — *Ibidem*, punkterna 22 och 23.

25 — Dom av den 30 januari 2002 i mål C-103/00, kommissionen mot Grekland (REG 2002, s. I-1147), punkt 23, av den 29 januari 2004 i mål C-209/02, kommissionen mot Öster-rike (REG 2004, s. I-1211), punkt 16, och av den 14 september 2004 i mål C-168/03, kommissionen mot Spanien (REG 2004, s. I-8227), punkt 24.

26 — Dom av den 17 juni 1987 i mål 154/85, kommissionen mot Italien (REG 1987, s. 2717), punkt 6, och av den 20 juni 2002 i mål C-299/01, kommissionen mot Luxemburg (REG 2002, s. I-5899), punkt 11.

27 — Se punkt 9 i förevarande förslag till avgörande.

VII — Förslag till avgörande

58. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen fastställer följande:

1) Republiken Grekland

- har inskränkt etableringsfriheten och åsidosatt artikel 43 EG genom att bibehålla lag nr 971/79 med förbud för optiker att driva mer än en optikaffär, och
- har åsidosatt artikel 48 EG genom att anta och bibehålla lag nr 971/79 och lag nr 2646/98, enligt vilka öppnandet av en optikaffär villkoras av att tillstånd meddelas, vilket endast beviljas till en legitimerad yrkesutövare som äger minst 50 procent av kapitalet i ett handels- eller kommanditbolag, samt genom att, för det fall en optiker deltar i ytterligare ett bolag, vilket utgör högsta tillåtna antal, föreskriva att tillståndet för sistnämnda bolag skall meddelas i en annan legitimerad optikers namn.

2) Republiken Grekland skall ersätta rättegångskostnaderna.