

**Riigikohtunike Peeter Jerofejevi ja Tambet Tampuu eriarvamus Riigikohtu üldkogu 22. detsembri 2014. a otsuse kohta kohtuasjas nr 3-4-1-30-14. Eriarvamuse p-dega 4–7 on ühinenud riigikohtunik Jaak Luik**

Leiame erinevalt üldkogu enamusest, et ravimiseaduse (RavS) § 116<sup>5</sup> lg-d 1–6 on kooskõlas põhiseadusega ning et õiguskantsleri taotlus nende sätete põhiseaduse vastaseks ja kehtetuks tunnistamiseks oleks tulnud jätta rahuldamata. Me ei ole nõus üldkogu otsuse resolutsiooni ja põhjendustega alljärgnevatel põhjustel.

**1.** Kuidagi ei saa nõustuda üldkogu enamuse seisukohaga, et RavS §-st 116<sup>5</sup> tulenev apteekide asutamispääs ei ole suure nõudlusega piirkonnas vajalik, tagamaks apteegiteenuse kättesaadavust maapiirkondades (üldkogu otsuse p 88). Üldkogu on asutamispääsu kui meetme vajalikkust hinnanud oma otsuse p-des 71–88. Muu hulgas leidis üldkogu, et maapiirkonnas apteegiteenuse kättesaadavuse tagamiseks saab turule tulla soovijate ettevõtlusvabadust ning võrduspõhiõigust vähem intensiivselt riivata näiteks sellega, et suure nõudlusega piirkonnas kohustatakse apteegiteenuse osutajat osutama apteegiteenust ka vähese nõudlusega piirkonnas, kas siis apteegi pidamise või apteegibussi teenuse osutamise teel (vt üldkogu otsuse p 85). Muude võimalike abinõude sobivuse kohta ei ole üldkogu hinnangut andnud (vt üldkogu otsuse p-d 86 ja 87).

Oleme seisukohal, et Riigikohtul puudub pädevus anda Riigikogule kui seadusandjale ette (kasvõi kaudset) kinnitust, et üks või teine isikute põhiõigusi riivav õiguslik regulatsioon võiks olla lubatav. Sellise kinnituse andmine ei oleks ka mõistlik, sest juhul kui Riigikogu kehtestabki üldkogu soovitatud meetme, toob see ilmselt kaasa uue põhiseaduslikkuse järelevalve kohtumenetluse, mille tulemusena võib Riigikohus (asja põhjaliku käsitlemise järel) asuda seisukohale, et seda meedet ei ole siiski võimalik kehtestada nii, et see oleks kooskõlas põhiseadusega.

Pealegi tekitab üldkogu pakutud meede ka muid küsitavusi. Näiteks ei saa põhjusel, et maa-apteekide arvu ei ole mõistlik üleliia suurendada, ilmselt panna kõigile uut apteeki asutada soovivatele isikutele (nii nendele, kes apteegiteenust linnades juba osutavad, kui ka uutele tulijatele) maa-apteegi asutamise kohustust. Sellest tulenevalt oleks Riigikogule tõsine väljakutse, kuidas leida üldkogu soovitud järgides kiiresti põhiseadusega kooskõlas olev lahendus apteegiteenuse kättesaadavuse tagamiseks vähese nõudlusega piirkonnas (vt üldkogu otsuse p 99), mis kujutaks endast ka võrdsuspõhiõiguse proportsionaalset riivet.

**2.** Vaatamata sellele, et üldkogu arvates ei ole kõnealune apteekide asutamispääs suure nõudlusega piirkonnas vajalik, tagamaks apteegiteenuse kättesaadavust maapiirkondades, on üldkogu oma otsuse p-s 99 leidnud, et põhiseadusega kooskõlas oleks ka see, kui seadus sätestaks haldusorgani diskretsiooniõiguse apteegi avamiseks loa andmisel, määrates ära ka kaalutluskriteeriumid.

Sellest seisukohast saab järelda, et üldkogu ei oleks RavS § 116<sup>5</sup> lg-d 1–6 tunnistanud põhiseaduse vastaseks ja kehtetuks juhul, kui selline diskretsiooniõigus oleks mõnes teises sättes ette nähtud. Sellest omakorda järeldub, et üldkogu oleks loogiliselt võttes pidanud tunnistama kõnealused sätted põhiseaduse vastaseks ja kehtetuks üksnes osas, milles need ei võimalda uusi apteeke asutada haldusorgani diskretsiooniotsuse alusel (st mitte tunnistama neid sätteid põhiseaduse vastaseks ja kehtetuks täies ulatuses).

Positiivne on siiski meie meelest see, et üldkogu otsus ei välista apteekide asutamispääsude kui meetmete lubatavust tingimusel, et uusi apteeke saab asutada haldusorgani diskretsiooniõiguse alusel. Leiame, et kui Riigikogu otsustab kõrvaldada RavS § 116<sup>5</sup> lg-te 1–6 põhiseaduse vastasuse selliselt, et ta sätestab seaduses uute apteekide asutamise võimaluse haldusorgani diskretsiooniotsuse alusel, peab haldusorganile olema antud seadusega piisav kaalutlusruum ning kaalutlusõiguse piirangud peavad olema proportsionaalsed.

**3.** Me ei nõustu üldkogu enamuse seisukohaga, et suure nõudlusega piirkondades on apteegi asutamine üldkogu hinnangul veelgi intensiivsemalt piiratud võrreldes regulatsiooniga, mis kehtis enne esimeses ravimiseaduse asjas tehtud kohtuotsust (Riigikohtu üldkogu 9. detsembri 2013. a otsus asjas nr [3-4-1-2-13](#)) ning et RavS § 116<sup>5</sup> lg-s 3 sätestatud erandite kohaldamine on peaaegu välistatud

(üldkogu otsuse p-d 58 ja 63). Meie meelest on üldkogu enamus tõlgendanud RavS § 116<sup>5</sup> lg-t 3 liiga kitsalt. Oleme seisukohal, et RavS § 116<sup>5</sup> lg 3 mõttes on apteegiteenuse kvaliteeti iseloomustav näitaja (muude kvaliteedinäitajate hulgas) ka apteegiteenuse kättesaadavus ühes teeninduspiirkonnas.

Üldkogu otsuse p-s 59 on RavS § 116<sup>5</sup> lg 3 tõlgendamisel kasutatud esimese ravimiseaduse otsuse p-s 122 esitatud üldkogu seisukohta, et apteegiteenuse kvaliteeti ei tagata asutamispiirangutega ja apteegiteenuse kvaliteeti reguleeritakse mitmel moel – ravimiseadus näeb ette ravimiohutuse, apteegiteenuse sisu ja vormi, müügi- ja tegevusloa nõuded, järelevalve. Leiame, et sellele varasemale seisukohale tuginemine on kantslik, sest üldkogu käsitles siis apteegiteenuse kvaliteedi tagamist üksnes RavS § 42<sup>1</sup> lg-test 1–3 tuleneva põhiõiguste riive legitiimse eesmärgi kontekstis, otsides vastust küsimusele, kas apteegiteenuse kvaliteedi tagamine on riive legitiimseks eesmärgiks. Üldkogu ei käsitlenud ega tõlgendanud esimeses ravimiseaduse asjas tehtud kohtuotsuses RavS § 42<sup>1</sup> lg-t 4, millele üldkogu nüüd oma otsuse p-s 59 viitab kui RavS § 116<sup>5</sup> lg-ga 3 sarnasele sättele. Samas ei saa meie arvates sellest, et apteegiteenuse kvaliteedi tagamine ei ole apteekide asutamispiirangu legitiimseks eesmärgiks, järeldada seda, et RavS § 42<sup>1</sup> lg 4 ja RavS § 116<sup>5</sup> lg 3 kui isikuid soodustavate (mitte nende õigusi riivavate) sätete eesmärgiks ei ole (muu hulgas) apteegiteenuse parema kättesaadavuse kui sellise teenuse kvaliteeti iseloomustava tunnuse tagamine.

Eeltoodust tulenevalt leiame, et RavS § 116<sup>5</sup> lg-t 3 tuleks tõlgendada viisil, mis on kooskõlas avalike huvide ja isikute põhiõigustega. See säte võimaldaks meie arvates anda tegevusloa uuele apteegile näiteks juhul, kui mingis suure nõudlusega piirkonnas (nt linnas) asuvad apteegid ühes kohas lähestikku ning sama piirkonna teises osas apteegiteenust ei osutata.

**4.** Üldkogu otsuse p-s 99 on toodud selgitus, et seadusandja saab kiiresti kehtestada põhiseaduspärase regulatsiooni. Üldkogu märkis samas, et apteekide tegevusloa väljastamine võtab praktikas aega ning et tulenevalt haldusmenetluse seaduse (HMS) §-st 54 peab haldusorgan tegevusloa väljastamisel lähtuma loa andmise otsustamise ajal kehtivast õigusest ning et HMS § 5 lg 5 ei takista seadusandjal kehtestada materiaalõiguslikke piiranguid, mida tuleks rakendada tegevusloa taotluse läbivaatamisel. Eeltoodu sisaldab meie arvates varjatud soovitus Ravimiametile, et see hakkaks pärast üldkogu otsust venitama uute apteekide asutamiseks lubade andmisega seniks, kuni Riigikogu kehtestab uued, põhiseaduspärase asutamispiirangud. Vaatamata HMS § 5 lg-s 5 ja §-s 54 sätestatule ja üldkogu otsuse eelnimetatud selgitustele, jääb pärast üldkogu otsuse tegemist apteegi asutamist taotlenud isikule õigus vaidlustada tema avalduse lahendamise venitamist ja avalduse rahuldamata jätmist juhul, kui avalduse menetlemisega venitamise ajal kehtestatakse uued asutamispiirangud, mis välistavad (asutamispiirangute puudumise ajal esitatud) avalduse rahuldamise. Kuna üldkogu pakutud lahendus riivab õiguskindluse põhimõtet, siis võib selle lahenduse järgmine tuua kaasa uute, tagasiulatuva mõjuga sätete põhiseaduse vastaseks ja kehtetuks tunnistamise Riigikohtus ning riigi vastu esitatud kahju hüvitamise nõuete rahuldamise.

**5.** Kahetsusväärset ei pidanud üldkogu vajalikuks pöörata tähelepanu proviisoriapteekide jätkusuutlikkusele. Pole kahtlust, et RavS § 116<sup>5</sup> lg-te 1–6 põhiseaduse vastaseks ja kehtetuks tunnistamine ohustab muu hulgas proviisoriapteekide eksistentsi.

Pärast üldkogu otsust on oodata uute apteekide asutamist linnades. Proviisoriapteekide pidajad, kes ei suuda konkurentsi taluda, on sunnitud oma apteekide tegevuse lõpetama. Juhul kui linnades proviisoriapteekide pidajatele kuulub ka maa-apteeke, siis võib uus olukord tuua kaasa ka maa-apteekide arvu vähenemise. Üldkogu otsuse p-s 85 soovitatud meetme rakendamise korral (vt käesoleva eriarvamuse p 1), mida võrduspõhiõiguse järgi (põhiseaduse § 12) tuleb kohaldada ühtmoodi nii juba apteegiteenuse turul tegutsevatele kui ka apteegiteenuse turule sisenevatele apteegipidajatele, halveneb veelgi linnade apteegiturul tegutsevate proviisoriapteekide pidajate majanduslik olukord.

Tihe konkurents tekib ka apteekides kasutatava tööjõu pärast, millega kaasnevale ohule maa-apteekide jaoks viitas üldkogu esimeses ravimiseaduse asjas tehtud kohtuotsuse p-s 153. Kahtluseta suudavad linnade apteegiturul juba tegutsevad ning seal oma tegevust laiendavad nn ketiapteekide pidajad paremini konkureerida tööjõu pärast võrreldes maa- ja proviisoriapteekidega.

Karta on ka seda, et eesolev turusõda halvendab apteegiteenuse kvaliteeti ja võib lõppkokkuvõttes muuta apteegiteenuse tarbijate ja kõigi maksumaksjate jaoks vähem kvaliteetseks ja kallimaks, sest konkurentsipüsimeks peavad apteegipidajad hakkama oma kulusid maksimaalselt kokku hoidma ning võivad hakata survestama riiki, et viimane kehtestaks hinnaregulatsiooni, mis tagaks apteegipidajatele suurema kasumi.

**6.** Märkimata ei saa jätta, et üldkogu on RavS § 116<sup>5</sup> lg-te 1–6 põhiseaduspärasuse hindamisel lähtunud sellest, et need sätted sisuliselt välistavad apteegiturule uute tulijate sisenemise (vt üldkogu otsuse p-d 63, 72, 88). Pole kahtlust, et selline aksioom muudab kogu õiguskantsleri algatatud põhiseaduslikkuse järelevalve kohtuvaidluse sisu nii väärtuseliselt kui ka emotsionaalselt väga põhimõtteliseks ja oluliseks.

Samas ei nähtu käesoleva kohtuasja materjalidest, et Eesti apteegiturule sooviks siseneda uusi tulijaid. Probleem tundub olevat pigem selles, et Eesti apteegiturul tegutsevatest ettevõtjatest soovivad mitmed oma turuosa suurendada uute apteekide avamisega suure nõudlusega piirkondades. Kuna apteegiteenuse puhul ei saa uute apteekide avamine loogiliselt võttes kaasa tuua apteegiteenuse mahu suurenemist (apteekide arvu suurenemine ei suurenda apteegiteenuse nõudluse mahtu), siis saab apteegiteenuse turu avamine linnades kaasa tuua vaid apteegiteenuse turuosade ümberjagamise juba tegutsevate apteegiteenuse pakkujate vahel. Nagu käesoleva eriarvamuse p-s 5 öeldud, on kindlateks kaotajateks proviisoriapteekide pidajad.

Nõustume üldkogu otsuse p-s 63 öelduga, et RavS § 116<sup>5</sup> lg-te 1–6 mõju ettevõtlusvabadusele erineb sõltuvalt sellest, kas see laieneb neile isikutele, kes juba apteeki peavad, või isikutele, kes alles kavandavad apteegiturule sisenemist. Kuna üldkogu rõhutas oma otsuse põhjendustes üksnes apteegiturule siseneda soovivate isikute ettevõtlusvabaduse ja võrdsuspõhiõiguse riivet, siis oleks selle probleemi lahendamiseks olnud iseenesest piisav, kui üldkogu oleks tunnistanud need sätted põhiseadusega vastuolus olevaks ja kehtetuks vaid osas, milles need välistavad apteegiturule uute tulijate sisenemise.

**7.** Üldkogu enamuse hinnang, et seadusandjal oli piisavalt aega põhiseaduspärase regulatsiooni väljatöötamiseks (üldkogu otsuse p 96), on subjektiivne. Üldkogu on oma otsuse p-s 62 leidnud, et vaatamata vaidlustatud regulatsiooni tähtaegsusele, pole õiguskantsleri taotluses osutatud sätteid olemuslikult alust käsitada üleminekuregulatsioonina. Selle seisukohaga on üldkogu meie arvates põhjendamatult seadnud kahtluse alla Riigikogu tahte leida jätkusuutlik lahendus Eesti ravimituru probleemidele, mis puudutavad ravimite kättesaadavust vähese nõudlusega piirkondades (vt XII Riigikogu koosseisu 615 SE, seletuskiri eelnõu esitamisel, lk 1).

Olukorras, kus käimas on sisuline ja asjalik poliitiline debatt apteegitur reformimise üle ning kaalutakse väga põhimõttelisi seadusemuudatusi, ei ole meie arvates mõistlik ja kooskõlas võimude lahususe põhimõttega, et kohtuvõim sekkub sellesse poliitilisse protsessi nii jõuliselt, nagu seda teeb üldkogu oma otsusega. Põhiseadus ei näe ette, et apteegiteenus peaks põhinema vabal konkurentsil. Seetõttu on üldkogu praeguses asjas üle tähtsustanud ettevõtlusvabaduse riivet.

Eeltoodut arvesse võttes oleks üldkogul olnud mõistlik põhiseaduslikkuse järelevalve kohtumenetluse seaduse § 58 lg 3 alusel oma otsuse jõustumine edasi lükata.

Peeter Jerofejev, Tambet Tampuu, Jaak Luik