FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT P. MENGOZZI fremsat den 15. juni 2010 [1]

I — Indledning

1. I den foreliggende sag anmodes Domstolen om at præcisere anvendelsesområdet for Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2000/31/EF af 8. juni 2000 om visse retlige aspekter af informationssamfundstjenester, navnlig elektronisk handel, i det indre marked (herefter »direktivet om elektronisk handel«) [2], og derefter at tage stilling til, om et forbud mod salg af kontaktlinser via internettet er i foreneligt med traktatens bestemmelser om frie varebevægelser, ved endnu engang at anvende den retspraksis, der blev fastlagt i Keck og Mithouard-dommen [3].

1 — Originalsprog: fransk.
2 — EFT L 178, s. 1.
3 — Dom af 24.11.1993, forenede sager C-267/91 og C-268/91, Sml. I, s. 6097.

II — Retsforskrifter

A — *Den primære EU-ret*

2. Artikel 28 EF bestemmer, at »[k]vantitative indførselsrestriktioner såvel som alle foranstaltninger med tilsvarende virkning er forbudt mellem medlemsstaterne«.

3. Det fremgår af artikel 30 EF, at »[b]estemmelserne i artikel 28 [EF] og 29 [EF] er ikke til hinder for sådanne forbud eller restriktioner vedrørende indførsel, udførsel eller transit, som er begrundet i hensynet til den offentlige sædelighed, den offentlige orden, den offentlige sikkerhed, beskyttelse af menneskers og dyrs liv og sundhed, beskyttelse af planter, beskyttelse af nationale skatte af kunstnerisk, historisk eller arkæologisk værdi eller beskyttelse af industriel og kommerciel ejendomsret. Disse forbud eller restriktioner må dog hverken udgøre et middel til vilkårlig forskelsbehandling eller en skjult begrænsning af samhandelen mellem medlemsstaterne«.

B — *Den afledte EU-ret*

4. Artikel 1, stk. 2, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 98/34/EF af 22. juni 1998 om en informationsprocedure med hensyn til tekniske standarder og forskrifter [4], som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 98/48/EF af 20. juli 1998 [5] (herefter »direktiv 98/34«), definerer på følgende måde, hvad der i direktivets forstand skal forstås ved informationssamfundstjenester, nemlig

»»tjeneste«: enhver tjeneste i informationssamfundet, dvs. enhver tjeneste, der normalt ydes mod betaling, og som teleformidles ad elektronisk vej på individuel anmodning fra en tjenestemodtager.

Med henblik på denne definition forstås ved

— »teleformidling«: at en tjeneste ydes, uden at parterne er til stede samtidig

— »ad elektronisk vej«: at en tjeneste fra afsendelsesstedet sendes og på bestemmelsesstedet modtages ved hjælp af elektronisk databehandlingsudstyr (herunder digital komprimering) og datalagringsudstyr, og som udelukkende sendes, rutes og modtages via tråd, radio, optiske midler eller andre elektromagnetiske midler

— »på individuel anmodning fra en tjenestemodtager«: at en tjeneste ydes ved transmission af data på individuel anmodning.

En vejledende liste over tjenester, der ikke er omfattet af denne definition, findes i bilag V.

[…]«

5. I betragtning 18 til direktivet om elektronisk handel er bl.a. anført, at »aktiviteter, der ifølge deres natur ikke kan udføres på afstand og ved hjælp af elektroniske midler, såsom lovpligtig revision af selskabsregnskaber eller lægelige vurderinger, der kræver fysisk undersøgelse af patienten, er ikke informationssamfundstjenester«.

4 — EFT L 204, s. 37.
5 — EFT L 217, s. 18.

6. Det anføres i betragtning 21, at »det koordinerede område omfatter kun krav til onlineaktiviteter som f.eks. onlineinformation, onlinereklame, onlineshopping og onlineindgåelse af kontrakter og vedrører ikke medlemsstaternes lovbestemte krav til varer som f.eks. sikkerhedskrav, mærkningskrav eller produktansvar eller medlemsstaternes krav til levering eller transport af varer, herunder distribution af lægemidler«.

7. Artikel 1, stk. 3, i direktivet om elektronisk handel bestemmer, at »[d]ette direktiv supplerer den fællesskabsret, der finder anvendelse på informationssamfundstjenester, uden at det berører det niveau for beskyttelse af især folkesundheden og forbrugernes interesser, der er fastlagt ved Fællesskabets retsakter og den nationale lovgivning til gennemførelse heraf, forudsat at det ikke begrænser adgangen til at levere informationssamfundstjenester«.

8. Artikel 2, litra a), i direktivet om elektronisk handel definerer informationssamfundstjenester som »tjenester som defineret i artikel 1, nr. 2), i direktiv 98/34/EF, som ændret ved direktiv 98/48/EF«.

9. Artikel 2, litra h), i direktivet om elektronisk handel definerer det koordinerede område som »de krav, der i medlemsstaterne[s] retssystemer er fastsat for leverandører af informationssamfundstjenester […], uanset om de er generelle eller specifikt fastsat for disse«.

10. Direktivets artikel 2, litra h), i), anfører:

»Det koordinerede område vedrører krav, som tjenesteyderen skal opfylde:

— når han påbegynder aktivitet som leverandør af informationssamfundstjenester, f.eks. krav til kvalifikationer, tilladelse og underretningsordninger

— når han udøver aktivitet som leverandør af informationssamfundstjenester, f.eks. krav til tjenesteyderens adfærd, krav til kvaliteten eller indholdet af tjenesten, herunder krav, som gælder i forbindelse med reklamer og kontrakter, eller krav vedrørende tjenesteyderens ansvar.«

11. Af samme direktivs artikel 2, litra h), ii), fremgår endvidere:

»Det koordinerede område omfatter ikke krav som f.eks.:

— krav til varer som sådan

— krav til levering af varer

— krav til tjenester, som ikke ydes elektronisk.«

12. Det fremgår af artikel 4, stk. 1, i direktivet om elektronisk handel, at »[m]edlemsstaterne sikrer, at en tjenesteyder for at påbegynde og udøve aktivitet som leverandør af informationssamfundstjenester ikke skal opfylde noget krav om forudgående godkendelse eller noget andet tilsvarende krav« og af bestemmelsens stk. 2 fremgår, at »[s]tk. 1 berører ikke godkendelsesordninger, som ikke specifikt og udelukkende vedrører informationssamfundstjenester«.

C — *De ungarske love og administrative bestemmelser*

13. Det fremgår af artikel 1, stk. 3, i lov CVIII. af 2001 om elektronisk handel og informationssamfundstjenester (Az elektronikus kereskedelmi szolgáltatások, valamint az információs társadalommal összefüggő szolgáltatásokról szóló 2001. évi CVIII. Törvény, herefter »lov CVIII. af 2001«), at »denne lov omfatter ikke informationssamfundstjenester, som præsteres og anvendes ved procedurer for en domstol eller en administrativ myndighed, og berører ikke anvendelsen af bestemmelser vedrørende beskyttelse af personoplysninger«. Det fremgår endvidere af artikel 1, stk. 4, at »denne lov omfatter ikke en persons kommunikationer, herunder sådanne kommunikationer, som måtte fremgå af en kontrakt, som sker ved hjælp af informationssamfundstjenester, og som ikke sker i et erhvervsmæssigt sigte eller med henblik på varetagelse af personens offentlige pligter«.

14. Samme lovs artikel 3, stk. 1, bestemmer, at »en forudgående tilladelse eller en forvaltningsafgørelse, som har samme retsvirkning, ikke er nødvendig for at kunne påbegynde eller fortsætte levering af informationssamfundstjenester«.

15. Artikel 1 i sundhedsministerens bekendtgørelse nr. 7/2004 (XI. 23.) om de tekniske krav med hensyn til salg, reparation og leje af medicinaludstyr (A gyógyászati segédeszközök forgalmazásának, javításának, kölcsönzésének szakmai követelményeiről szóló 7/2004 (XI. 23.) egészségügyi minisztéri rendelet, herefter »bekendtgørelse nr. 7/2004«) bestemmer, at »med undtagelse af det i bekendtgørelsens bilag 1 omhandlede medicinaludstyr finder bekendtgørelsen anvendelse på udøvelsen af aktiviteter, som består i salg, reparation og leje af enhver form for medicinaludstyr, samt aktiviteter, som består i levering af sådant udstyr eller fremstilling af specialtilpasset medicinaludstyr. […] Salg, reparation og leje af medicinaludstyr, som er omfattet af bekendtgørelsen, anses for sundhedsydelser«.

16. Samme bekendtgørelses artikel 2 bestemmer, at »i denne bekendtgørelse forstås ved:

a) medicinaludstyr en teknisk indretning med medicinsk eller andet behandlingsmæssigt formål, som anvendes af en person, der midlertidigt eller permanent oplever en svækket helbredstilstand, lider af et handicap eller er ramt af invaliditet

[…]«.

17. Det fremgår af artikel 3, stk. 1, i bekendtgørelse nr. 7/2004, at »salg, reparation og leje af medicinaludstyr […] kan ske i en specialforretning, som har tilladelse til at drive virksomhed i henhold til særskilt bestemmelse, og som opfylder betingelserne i punkt I.1 og I.2 i bilag 2 til denne bekendtgørelse«.

18. Artikel 4, stk. 5, i bekendtgørelse nr. 7/2004 foreskriver følgende om levering til kundens adresse:

»Følgende medicinaludstyr kan leveres på kundens adresse:

a) seriefremstillet eller repareret medicinaludstyr

b) medicinaludstyr, der anvendes med henblik på prøve og/eller tilpasning, eller medicinaludstyr, der er individuelt tilpasset, når formålet udelukkende er at gøre det muligt for slutbrugeren at prøve og gøre sig bekendt med produktet.«

19. Bekendtgørelsens bilag 1 indeholder følgende udtrykkelige præcisering:

»De følgende former for medicinaludstyr er udelukket fra bekendtgørelsens anvendelsesområde:

[…]

— masseproducerede optiske produkter, med undtagelse af kontaktlinser

[…]«

20. Bilag 2 til bekendtgørelse nr. 7/2004 opregner endvidere to af de særlige betingelser, der er omhandlet i bekendtgørelseets artikel 3, stk. 1. Blandt de betingelser, som skal være opfyldt, nævnes i bilagets punkt I.1, litra d), at »det er med henblik på salg af kontaktlinser og specialfremstillede briller nødvendigt med en forretning eller forretningslokaler, som er adskilt fra værkstedet, og som mindst dækker et areal på 18 m2«. Bilagets punkt I.2, litra c), indeholder en personel betingelse, da det kræves, at en person, der forhandler kontaktlinser, skal være »optiker eller øjenlæge uddannet inden for kontaktlinser«.

III — Tvisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

21. Ker-Optika Bt. (herefter »Ker-Optika« eller »sagsøgeren i hovedsagen«) er et simpelt kommanditselskab efter ungarsk ret, som bl.a. sælger kontaktlinser via sin hjemmeside.

22. Den 29. august 2008 traf ÁNTSZ Pécsi, Sellyei, Siklósi Kistérségi Intézete, der er det lokale kontor for den nationale myndighed for folkesundhed og sundhedsbistand, en administrativ afgørelse, der forbød Ker-Optika at sælge kontaktlinser via internettet.

23. Ker-Optika indgav en klage til ÀNTSZ Dél dunántúli Regionális Intézete, som er det regionale kontor for den ovenfor nævnte nationale myndighed, der ved afgørelse af 14. november 2008 forkastede klagen og stadfæstede den afgørelse om forbud, som det lokale kontor vedtog i forhold til Ker-Optika med henvisning til artikel 3, stk. 1, i bekendtgørelse nr. 7/2004. Bekendtgørelse nr. 7/2004 fandtes således at være til hinder for salg af kontaktlinser ad elektronisk vej, hvorimod det kræves, at kontaktlinser skal sælges i en specialiseret optikerforretning, der opfylder både de materielle og personelle vilkår, som er omhandlet i bekendtgørelsens artikel 3, stk. 1.

24. Ker-Optika var uenig i denne fortolkning, der indebar et forbud mod en del af virksomhedens aktiviteter, og anlagde derfor sag ved Baranya Megyei Bíróság (den regionale domstol i Baranya) (Ungarn) med påstand om ophævelse af afgørelsen fra det regionale kontor for den nationale myndighed for folkesundhed og sundhedsbistand.

25. Sagsøgeren i hovedsagen anførte for den forelæggende ret for det første, at salg af kontaktlinser udgør en informationssamfundstjeneste, og at den anfægtede afgørelse derfor var i strid med artikel 3, stk. 1, i lov CVIII. af 2001, ifølge hvilken en forudgående tilladelse eller en forvaltningsafgørelse, som har samme retsvirkning, ikke er nødvendig for at kunne påbegynde eller fortsætte levering af informationssamfundstjenester. Sagsøgeren i hovedsagen anførte for det andet, at da det ifølge bekendtgørelse nr. 7/2004 er tilladt at levere medicinaludstyr på kundens adresse, bør også salg af kontaktlinser via internettet være tilladt.

26. Sagsøgte i hovedsagen påberåbte sig direktivet om elektronisk handel, navnlig direktivets betragtning 18. Ifølge sagsøgte i hovedsagen udgør salg af kontaktlinser en aktivitet, der ikke kan udføres på afstand, idet den kan sidestilles med en lægelige vurdering, der kræver en fysisk undersøgelse af patienten, og som dermed falder uden for nævnte direktivs anvendelsesområde. Bestemmelserne i lov CVIII. af 2001, der gennemfører direktivet om elektronisk handel i ungarsk ret, finder således ikke anvendelse på den i hovedsagen omhandlede aktivitet.

27. Da Baranya Megyei Bíróság fandt at stå over for en vanskelighed ved fortolkning af EU-retten, besluttede den at udsætte sagen, og ved forelæggelsesafgørelse af 10. februar 2009 har den forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål i henhold til artikel 234 EF:

»1) Falder salg af kontaktlinser ind under begrebet [lægelige] vurderinger, der kræver fysisk undersøgelse af patienten, og som derfor ikke er omfattet af direktivet [om elektronisk handel]?

2) Såfremt salg af kontaktlinser ikke falder ind under begrebet [lægelige] vurderinger, der kræver fysisk undersøgelse af patienten, skal artikel 30 EF da fortolkes således, at den er til hinder for en medlemsstats lovgivning, hvorefter kontaktlinser kun må sælges i specialforretninger for medicinaludstyr?

3) Er princippet om frie varebevægelser i artikel 28 EF til hinder for bestemmelserne i ungarsk ret, hvorefter det kun er muligt at sælge kontaktlinser i specialforretninger for medicinaludstyr?«

28. Den forelæggende ret spørger først og fremmest, om den i hovedsagen omhandlede aktivitet falder ind under anvendelsesområdet for direktivet om elektronisk handel, og kun for det tilfælde, at Domstolen besvarer spørgsmålet benægtende, rejser den forelæggende ret et spørgsmål om fortolkning af den

primære EU-ret. Det er i særligt i sidstnævnte situation, at spørgsmålet om anvendelsen af retspraksis efter Keck og Mithouard-dommen er relevant.

omhandlede aktivitet er omfattet af direktivet om elektronisk handel, og om spørgsmålet, om bekendtgørelse nr. 7/2004 er forenelig med EU-retten, i givet fald skal vurderes i lyset af nævnte direktiv.

IV — Retsforhandlingerne ved Domstolen

29. Den tjekkiske, den græske, den spanske, den ungarske og den nederlandske regering samt Kommissionen har fremsat skriftlige bemærkninger.

30. På retsmødet, som fandt sted den 15. april 2010, fremsatte den græske, den spanske, den ungarske og den nederlandske samt Kommissionen mundtligt deres bemærkninger.

32. Ifølge bekendtgørelse nr. 7/2004, der er omhandlet i hovedsagen, kan salg af kontaktlinser, der i henhold til ungarsk ret anses for medicinaludstyr, kun ske i specialforretninger, som dækker et areal på mindst 18 m2, eller hvor forretningslokalet er adskilt fra værkstedet, og på betingelse af, at salget alene forestås af personer, der udfører hvervet som optiker eller øjenlæge. Følgelig er det forbudt at sælge denne type produkter via internettet. Den forelæggende ret har imidlertid anført, at levering på den endelige forbrugers adresse af medicinaludstyr, som er omfattet af bekendtgørelsen, er tilladt, såfremt de i bekendtgørelse nr. 7/2004 nævnte betingelser er opfyldt [6].

V — Det første præjudicielle spørgsmål

31. Den forelæggende ret har anmodet Domstolen om at vurdere, om salg af kontaktlinser udgør en lægelig vurdering, der kræver en fysisk undersøgelse af patienten, og den ønsker først og fremmest oplyst, om den

33. Før der foretages en nærmere undersøgelse af spørgsmålet, om salg af kontaktlinser kan sidestilles med en lægelig vurdering, der kræver en fysisk undersøgelse af patienten,

6 — Den ungarske regering har i sin besvarelse af det skriftlige spørgsmål præciseret, at »det alene er muligt at foretage levering [af kontaktlinser] på den endelige forbrugers adresse, når levering sker på prøve eller for at give modtageren mulighed for at gøre sig bekendt med produktet«, hvorfor det må antages, at levering alene kan foretages af uddannet personale (jf. punkt 7 i besvarelsen af det spørgsmål, der er stillet den ungarske regering).

forekommer det mig, at formålet med det første spørgsmål, som skal sammenholdes med det andet og det tredje spørgsmål, er at vurdere, om foreneligheden mellem EU-retten og nationale bestemmelse, der indebærer, at det er udelukket at sælge en særlig kategori af varer via internettet, alene skal vurderes i lyset af direktivet om elektronisk handel.

34. Direktivet om elektronisk handel har til formål at bidrage til det indre markeds funktion, idet der skabes juridiske rammer for den elektroniske handel med henblik på at sikre den frie bevægelighed for informationssamfundstjenester mellem medlemsstaterne. Som det fremgår af direktivets titel, vedrører direktivet alene »visse« retlige aspekter af informationssamfundstjenester, og som det fremgår af direktivets artikel 1, stk. 2, har direktivet alene til formål, at der foretages en tilnærmelse af »visse nationale bestemmelser om informationssamfundstjenester, som vedrører det indre marked, tjenesteydernes etablering, kommerciel kommunikation, elektroniske kontrakter, formidleransvar, adfærdskodekser, udenretslig bilæggelse af tvister, klageadgang og samarbejde mellem medlemsstaterne«.

35. Selv om det er en udbredt opfattelse, at elektronisk handel mellem medlemsstaterne er blevet mulig som følge af direktivet om elektronisk handel, regulerer direktivet alene visse faser af denne handel, for hvilke direktivet opstiller de retlige rammer, uden dog at fastsætte betingelser for den frie bevægelighed af de varer, som eventuelt er knyttet til handelen. I direktivet anvendes i øvrigt fortrinsvis begrebet »tjenester« og ikke »varer«.

36. Med andre ord er det fejlagtigt at antage, at direktivet om elektronisk handel har til formål at sikre en generel liberalisering af den elektroniske handel med varer. Der kan nemlig ikke af direktivets bestemmelser på nogen måde udledes en forpligtelse for medlemsstaterne til generelt og systematisk at tillade salg af alle former for varer via internettet. Dette synspunkt bekræftes efter min opfattelse i øvrigt af en analyse af det område, som er koordineret ved direktivet.

37. Selv om Domstolen ikke desto mindre måtte ønske at gå mere i dybden ved undersøgelsen af direktivet om elektronisk handel, er der efter min opfattelse i det mindste to argumenter, der kan begrunde, at en vurdering af, om bekendtgørelse nr. 7/2004 er forenelig med EU-retten, ikke kan foretages i lyset af direktivet om elektronisk handel. Dette følger

for det første af den definition af det koordinerede område, som er anvendt i direktivet. For det andet kan salg af kontaktlinser efter min opfattelse ikke i alle henseender anses for »informationssamfundstjenester« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i direktivet om elektronisk handel.

38. Hvad for det første angår det koordinerede område er det ikke muligt på baggrund af det med direktivet forfulgte mål, som er gengivet i punkt 40 i dette forslag til afgørelse, at hævde, at et forbud mod salg via internettet skal undersøges i lyset af direktivet om elektronisk handel.

39. Bekendtgørelse nr. 7/2004 fastsætter i vidt omfang betingelserne for levering af kontaktlinser, idet bekendtgørelsen bl.a. angiver, under hvilke omstændigheder kontaktlinser kan sælges og leveres til den endelige forbruger, og forbyder videre indirekte salg af kontaktlinser via internettet og dermed levering på kundens adresse, som netop kendetegner denne markedsføringsmetode, for så vidt som leveringen ikke sker på de betingelser, der er fastsat i bekendtgørelse nr. 7/2004 (dvs. udelukkende for at prøve, tilpasse eller gøre sig bekendt med produktet). Salg af kontaktlinser i overensstemmelse med, hvad der fremgår af bekendtgørelsen, er således under alle omstændigheder efter min opfattelse ikke omfattet af det område, der er koordineret ved direktivet om elektronisk handel.

40. »Selv om det ganske vist indledningsvis i betragtning 18 fremgår, at [i]nformationssamfundstjenester omfatter en lang række økonomiske aktiviteter, som finder sted online«, og at »[d]isse aktiviteter […] navnlig [kan] bestå i onlinesalg af varer«, anføres det umiddelbart derefter, at »[a]ktiviteter som levering af varer som sådan eller af tjenesteydelser offline er ikke omfattet«. Det fremgår endvidere klart af betragtning 21, at »det koordinerede område [kun] omfatter […] krav til onlineaktiviteter, som f.eks. onlineinformation, onlinereklame, onlineshopping og onlineindgåelse af kontrakter, og vedrører ikke medlemsstaternes lovbestemte krav til varer som f.eks. sikkerhedskrav, mærkningskrav eller produktansvar eller medlemsstaternes krav til levering eller transport af varer, herunder distribution af lægemidler«.

41. Som den tjekkiske og den nederlandske regering har anført i deres skriftlige bemærkninger, fremgår det af definitionen af det koordinerede område i artikel 2, litra h), ii), i direktivet om elektronisk handel, at krav til varer som sådan og krav til levering af varer i princippet er udelukket fra direktivets anvendelsesområde. Det fremgår dermed også, at direktivet »kun [omfatter] krav til

onlineaktiviteter som […] onlineshopping og onlineindgåelse af kontrakter«. Direktivet har således til formål at regulere visse aspekter af den handel, der eventuelt sker online, men ikke at tage stilling til, om en bestemt type af aktiviteter eller transaktioner skal kunne foretages via internettet. Direktivet fastsætter derfor ikke, på hvilke betingelser det lovligt kan forbydes at sælge en bestemt type varer via internettet.

42. Ud over analysen af bestemmelserne om det koordinerede område indebærer anvendelsen af begrebet »informationssamfundstjenester« for det andet en yderligere omstændighed, der taler for, at det i hovedsagen er irrelevant at påberåbe sig direktivet om elektronisk handel.

43. Direktivet finder ikke anvendelse på alle tjenester, men kun den særlige kategori af tjenester, der udgør informationssamfundstjenester. Selv om salg af kontaktlinser i henhold til ungarsk lovgivning udgør en levering af en sundhedsydelse, hvilket under alle omstændigheder alene er en rent national definition, synes den definition af en informationssamfundstjeneste, der følger af EU-retten, faktisk ikke at kunne anvendes på denne særlige aktivitet.

44. Ved »informationssamfundstjenester« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i direktiv 98/34, skal nemlig forstås »enhver tjeneste, der normalt ydes mod betaling, og som teleformidles ad elektronisk vej på individuel anmodning fra en tjenestemodtager« [7]. Det fremgår endvidere af definitionen, at der ved »ad elektronisk vej« skal forstås, »at en tjeneste fra afsendelsesstedet sendes og på bestemmelsesstedet modtages ved hjælp af elektronisk databehandlingsudstyr (herunder digital komprimering) og datalagringsudstyr, og som udelukkende sendes, rutes og modtages via tråd, radio, optiske midler eller andre elektromagnetiske midler«.

45. I modsætning til, hvad den ungarske regering har anført, mener jeg, at salg af kontaktlinser i sig selv meget vel kan udføres på afstand eller via internettet. Denne konstatering kræver nødvendigvis anerkendelse af, at den fase, der omfatter udfærdigelse af den lægelige vurdering, som eventuelt kræves, inden kontaktlinserne udleveres, skal holdes adskilt fra den fase, der vedrører selve salget af kontaktlinserne.

46. Selv om den lægelige vurdering holdes adskilt fra salget af kontaktlinser, forekommer det mig imidlertid ikke i modsætning til, hvad Kommissionen har anført, muligt at antage, at salg af kontaktlinser i sig selv og

7 — Jf. punkt 4 i dette forslag til afgørelse.

for hver af salgets faser udgør en tjeneste, der »udelukkende sendes, rutes og modtages« på de betingelser, der er fastsat i direktivet om elektronisk handel. Selv om bestilling af kontaktlinser, accept af bestillingen og udfærdigelsen af en onlinekøbsaftale i tilknytning hertil eventuelt kan sendes ad elektronisk vej, vil transporten af kontaktlisterne til slutforbrugeren fortsat udgøre en fysisk og ikke en elektronisk transaktion. Det er på dette trin i argumentationen, at det klart fremgår, hvad der er meningen med sondringen i direktivets betragtning 18 mellem informationssamfundstjenester og de aktiviteter, som disse tjenester fører med sig.

47. Endelig vil jeg fremhæve, at jeg i mit forslag til afgørelse i den sag, der gav anledning til Dynamic Medien-dommen [8], og som omhandlede et forbud i Tyskland mod at sælge videogrammer via internettet, der ikke som krævet i henhold til tysk ret var blevet vurderet eller klassificeret af en kompetent national myndighed med henblik på beskyttelse af mindreårige, redegjorde for Domstolens faste praksis, ifølge hvilken nationale bestemmelser på et område, hvor der er foretaget udtømmende harmonisering på EU-niveau, skal bedømmes på grundlag af de pågældende harmoniseringsforanstaltninger og ikke på grundlag af den primære EU-ret [9]. Jeg udledte heraf, at selv om det kunne antages, at salg af videogrammer i visse henseender faldt ind under anvendelsesområdet for direktivet om elektronisk handel, var det ikke klart, hvilke bestemmelser i direktivet der havde til formål at medføre en udtømmende harmonisering af de nationale bestemmelser vedrørende beskyttelse af mindreårige, som ville udelukke behovet for en vurdering af, hvorvidt det omhandlede forbud var foreneligt med de relevante bestemmelser i traktaten [10]. Domstolen fulgte i øvrigt denne argumentation [11].

48. Jeg nåede til dette resultat, nemlig at visse aspekter af den omhandlede aktivitet kunne falde ind under anvendelsesområdet for direktivet om elektronisk handel, fordi det i henhold til den nationale lovgivning i princippet var tilladt at sælge videogrammer via internettet. Omstændighederne i den foreliggende sag er dog nogle helt andre.

8 — Dom af 14.2.2008, sag C-244/06, Dynamic Medien, Sml. I, s. 505.

9 — Jf. punkt 21 i mit forslag til afgørelse fremsat i den sag, der gav anledning til Dynamic Medien-dommen, samt dom af 23.11.1989, sag 150/88, Eau de Cologne & Parfümerie-Fabrik 4711, Sml. s. 3891, præmis 28, af 12.10.1993, sag C-37/92, Vanacker og Lesage, Sml. I, s. 4947, præmis 9, af 13.12.2001, sag C-324/99, DaimlerChrysler, Sml. I, s. 9897, præmis 32, af 24.10.2002, sag C-99/01, Linhart og Biffl, Sml. I, s. 9375, præmis 18, og af 11.12.2003, sag C- 322/01, Deutscher Apothekerverband, Sml. I, s. 14887, præmis 64.

10 — Jf. punkt 24 i mit forslag til afgørelse fremsat i den sag, der gav anledning til Dynamic Medien-dommen.

11 — Jf. Dynamic Medien-dommen, præmis 22 og 23.

49. For at kunne anerkende, at visse aspekter af salget af kontaktlinser er omfattet af direktivet om elektronisk handel, kræves det desuden, at salg af kontaktlinser via internettet er blevet tilladt forinden. Som jeg har søgt at vise, er det vanskeligt at identificere, hvilke bestemmelser i direktivet der indebærer en harmonisering af de nationale bestemmelser, og som gør det muligt for Domstolen udelukkende på grundlag af disse bestemmelser at efterprøve, om den omhandlede nationale lovgivning, der som tidligere anført medfører et forbud mod salg af kontaktlinser via internettet, er forenelig med EU-retten.

50. Det samme gør sig i øvrigt gældende for så vidt angår Rådets direktiv 93/42/EØF af 14. juni 1993 om medicinske anordninger [12], som kontaktlinser er omfattet af, da direktivet ikke fastsætter nogen betingelser vedrørende den måde, hvorpå varerne markedsføres, sælges eller leveres.

51. Jeg foreslår derfor, at Domstolen besvarer den forelæggende rets første spørgsmål i overensstemmelse med fortolkningen i punkt 33 i dette forslag til afgørelse på følgende måde: Spørgsmålet, om nationale bestemmelser, der indebærer et forbud mod salg af kontaktlinser via internettet, er forenelige med EU-retten, skal ikke vurderes i lyset af bestemmelserne i direktivet om elektronisk handel. Spørgsmålet, om salg af kontaktlinser udgør en lægelig vurdering, der kræver fysisk undersøgelse af patienten i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i direktivets betragtning 18, er således irrelevant.

52. Da der ikke findes harmoniseringsforanstaltninger, som er relevante for løsningen af tvisten i hovedsagen, skal bekendtgørelse nr. 7/2004 vurderes i lyset af den primære EU-ret [13], hvilket netop er formålet med de følgende to præjudicielle spørgsmål.

VI — Det andet og det tredje præjudicielle spørgsmål

A — *Indledende bemærkninger*

53. Hvis den forelæggende rets spørgsmål skal besvares hensigtsmæssigt, skal det først fastslås, om den nationale lovgivnings forenelighed med EU-retten skal vurderes i lyset af

12 — EFT L 169, s. 1.

13 — Dynamic Medien-dommen, præmis 23.

artikel 28 EF, og dernæst skal det undersøges, om den nationale lovgivning eventuel kan begrundes under henvisning til artikel 30 EF.

B — *Retlig vurdering*

1. Indledende bemærkninger

54. Når en national foranstaltning vedrører både de frie varebevægelser og den frie udveksling af tjenesteydelser, tager Domstolen i princippet alene stilling til foranstaltningen i forhold til den ene af disse to grundlæggende friheder, såfremt det viser sig, at en af disse optræder helt sekundær i forhold til den anden og kan anses for at være knyttet til denne [14].

55. Den ungarske regering har gjort gældende, at salg af kontaktlinser — som Domstolen fastslog i LPO-dommen [15] — ikke er en kommerciel aktivitet som enhver anden og ikke kan betragtes isoleret fra de sundhedsydelser, der leveres i forbindelse med salget. Den ungarske regering har endvidere af Dollond & Aitchison-dommen [16] udledt, at Domstolen allerede har fastslået, at tjenester, der ydes i forbindelse med kontaktlinser, ikke kan holdes adskilt fra selve salget af kontaktlinserne.

56. Jeg er imidlertid overbevist om, at de to ydelser, salget af kontaktlinserne på den ene side og de eventuelle lægelige vurderinger, der er forbundet med salget, på den anden side, kan holdes fuldstændig adskilt.

57. Det er efter min opfattelse ikke relevant at henvise til Dollond & Aitchison-dommen, da det spørgsmål, som Domstolen tog stilling til i den sag, adskiller sig væsentligt fra spørgsmålet i den foreliggende sag. I den nævnte dom tog Domstolen nemlig stilling til, hvorledes momsen på en ydelse, der blev udbudt af en fællesskabsvirksomhed, og som bestod i tilvejebringelsen af kontaktlinser og tjenester, der bl.a. bestod i synsprøver, skulle beregnes. Domstolen blev ikke anmodet om at tage stilling til, om det er nødvendigt

14 — Dom af 24.3.1994, sag C-275/92, Schindler, Sml. I, s. 1039, præmis 22, af 25.3.2004, sag C-71/02, Karner, Sml. I, s. 3025, præmis 46, og af 26.5.2005, sag C-20/03, Burmanjer m.fl., Sml. I, s. 4133, præmis 35.

15 — Dom af 25.5.1993, sag C-271/92, Sml. I, s. 2899, præmis 11.

16 — Dom af 23.2.2006, sag C-491/04, Sml. I, s. 2129, præmis 35.

konsekvent at betragte de to ydelser samlet. I modsætning til det af den ungarske regering anførte har Domstolen derfor ikke ved denne dom forpligtet sig til fremover at anse de nævnte ydelser for uadskillelige.

58. Den ungarske regering blev under retsmødet anmodet om at præcisere, på hvilke betingelser en sundhedstjeneste, som salget af kontaktlinser ifølge den ungarske regering udgør, i princippet skal anses for at være præsteret. Selv om det er ubestridt, at der skal være indhentet en recept inden salget af kontaktlinser, præsteres de andre sundhedstjenester ikke nødvendigvis på samme tidspunkt som salget, og den lægejournal, der eventuel vedlægges recepten, varierer betydeligt, afhængigt af de forskellige salgstrin.

59. Hvis det anerkendes, at disse ydelser kan holdes adskilt, fremgår det ganske klart, at spørgsmålet, om bekendtgørelse nr. 7/2004 er forenelig med EU-retten, skal vurderes i lyset af traktatens bestemmelser om de frie varebevægelser. Den ungarske regering synes i øvrigt heller ikke at bestride, at der foreligger begrænsninger for salget af kontaktlinser til patienter [17]. Det bemærkes endvidere, at Domstolen, da den skulle tage stilling til foreneligheden af en foranstaltning, der indebærer et forbud mod postordresalg af videogrammer [18], eller som forbyder salg af lægemidler via internettet, hvilket er endnu tættere på den foreliggende situation [19], baserede sig på den frie bevægelighed for varer.

2. Hvorvidt der foreligger en foranstaltning med tilsvarende virkning som en kvantitativ indførselsrestriktion

60. Det spørgsmål, der dernæst opstår, er, om det forbud mod at sælge kontaktlinser, som er fastsat ved den omhandlede lovgivning i hovedsagen, er i strid med artikel 28 EF.

61. Bekendtgørelse nr. 7/2004 indeholder ikke bestemmelse om, hvilke betingelser kontaktlinserne skal opfylde [20], men det fremgår alene, at salget skal ske i en specialforretning, der opfylder kravene om et minimumsareal og uddannet personale, eller eventuelt ved levering på kundens adresse med henblik på prøve eller tilpasning, men under ingen omstændigheder via internettet. I bekendtgørelsen fastsættes således de særlige salgsformer for denne type varer.

17 — Jf. punkt 34 i den ungarske regerings skriftlige bemærkninger.

18 — Jf. Dynamic Medien-dommen, præmis 26 ff.

19 — Deutscher Apothekerverband-dommen, præmis 64 ff.

20 — I den forstand, som følger af retspraksis fra bl.a. Cassis de Dijon-dommen (jf. dom af 20.2.1979, sag 120/78, Rewe-Zentral, »Cassis de Dijon«, Sml. s. 649 samt Keck og Mithouard-dommen, præmis 15).

62. I henhold til udtalelsen i Keck og Mithouard-dommen [21] »kan det forhold, at nationale bestemmelser, som begrænser eller forbyder bestemte former for salg, bringes i anvendelse på varer fra andre medlemsstater, derimod ikke antages direkte eller indirekte, aktuelt eller potentielt at hindre samhandelen mellem medlemsstaterne, forudsat at sådanne nationale bestemmelser finder anvendelse på alle de berørte erhvervsdrivende, der udøver virksomhed i indlandet, og forudsat at bestemmelserne, såvel retligt som faktisk, påvirker afsætningen af indenlandsk fremstillede varer og varer fra andre medlemsstater på samme måde«. Det er alene på disse betingelser, at en national foranstaltning kan undtages fra forbuddet i artikel 28 EF.

63. Det er for så vidt angår den første betingelse ubestridt, at den omhandlede nationale foranstaltning faktisk finder anvendelse på alle de erhvervsdrivende, der udøver virksomhed i Ungarn, idet alle erhvervsdrivende, der ønsker at være til stede på det ungarske marked for kontaktlinser, skal opfylde kravene i bekendtgørelse nr. 7/2004.

64. De betingelser, der er fastsat i den ungarske lovgivning for salget af kontaktlinser, synes derimod i højere grad at påvirke salget af varer fra andre medlemsstater.

21 — Keck og Mithouard-dommen, præmis 16.

65. Ganske vist forbyder intet en erhvervsdrivende i en anden medlemsstat at åbne en specialforretning, der opfylder betingelserne i bekendtgørelse nr. 7/2004, med henblik på at sælge kontaktlinser. Det er imidlertid åbenbart, at det er langt mere byrdefuldt og bekosteligt at drive en sådan forretning. Fordelen ved onlinesalg er netop, at de erhvervsdrivende via internettet får adgang til et udstillingsvindue, der er synligt på tværs af grænserne, uden at det er nødvendigt for den erhvervsdrivende at afholde de udgifter og være underlagt de begrænsninger, som er forbundet med at drive en »faktisk« forretning. Onlinesalg er en salgsform, der udgør et alternativ til den såkaldte traditionelle handel, og som udgør en yderligere mulighed for de nationale erhvervsdrivende til at nå en kundekreds, der i geografisk henseende ikke kun omfatter de kunder, som fysisk befinder sig i nærheden af forretningen.

66. Domstolen har nemlig allerede for så vidt angår det tyske forbud mod salg af lægemidler via internettet fastslået, at »et forbud som det i hovedsagen omhandlede medfører større ulemper for apoteker uden for Tyskland end for apoteker, der befinder sig på det tyske område. Selv om det vanskeligt kan bestrides, at forbuddet fratager de tyske apoteker et supplerende eller alternativt middel til at nå de endelige forbrugere af lægemidler på det tyske marked, må det dog konstateres, at de bevarer muligheden for at sælge lægemidlerne i deres apoteker. Internettet er derimod et mere betydningsfuldt middel for apoteker, der ikke er etableret på det tyske område, med henblik på at nå direkte ud på det tyske marked. Et forbud, der rammer apoteker, som er etableret uden for det [nationale] område, hårdere, kan for så vidt angår adgangen til markedet medføre større ulemper for varer

fra andre medlemsstater end for indenlandske varer« [22]. Domstolen synes således klart at have anerkendt, at et forbud mod salg via internettet af en kategori af varer rammer erhvervsdrivende uden for det nationale område hårdere. Jeg mener, at denne argumentation direkte kan overføres på den foreliggende sag, da det ifølge den ungarske lovgivning ikke blot kræves, at salg af kontaktlinser foretages i en fysisk forretning, men også, at forretningen opfylder krav til størrelse og til personalets uddannelsesniveau.

67. Den ungarske regering har endvidere under retsmødet anerkendt, uden dog at have fremlagt dokumentation i form af taloplysninger, at mængden af de ungarske varer, der sælges i specialforretninger for medicinaludstyr, herunder bl.a. kontaktlinser, er ganske ubetydelig. Det er derfor åbenbart, at forbuddet hovedsageligt rammer varer fra andre EU-medlemsstater.

68. Hvad endelig angår den anden kumulative betingelse i bekendtgørelse nr. 7/2004, nemlig den personelle betingelse, har Domstolen allerede fastslået, at en lovgivning, hvorefter kun specialiseret personale må sælge kontaktlinser, kan påvirke samhandelen inden for Fællesskabet [23].

69. Et nationalt forbud mod salg af kontaktlinser via internettet, som fastsat ved bekendtgørelse nr. 7/2004, udgør således en foranstaltning med tilsvarende virkning som en kvantitativ restriktion i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 28 EF.

3. Muligheden for at begrunde en foranstaltning med tilsvarende virkning som en kvantitativ restriktion i henhold til artikel 30 EF

70. Forbuddet i artikel 28 EF mod foranstaltninger med tilsvarende virkning som kvantitative restriktioner er imidlertid ikke absolut, da sådanne foranstaltninger nemlig kan begrundes, hvis de er nødvendige for at beskytte de almene hensyn, der er anført i artikel 30 EF, eller for at tilgodese tvingende hensyn. Den ungarske regering har anført, at bekendtgørelse nr. 7/2004 forfølger et formål af almen interesse, som er at beskytte folkesundheden.

71. Det er fast retspraksis, at en foranstaltning med tilsvarende virkning som en

22 — Deutscher Apothekerverband-dommen, præmis 74.

23 — LPO-dommen, præmis 8.

kvantitativ restriktion kan begrundes med henvisning til beskyttelsen af menneskers liv og sundhed. Domstolen har gentagne gange fremhævet, »at menneskers liv og sundhed står øverst blandt de goder og interesser, som er beskyttet ved traktaten« [24].

72. Selv om det er korrekt, at Unionen ikke ved traktaterne er blevet tillagt fuld og hel kompetence på området, og at kompetencen fortsat i høj grad er delt mellem Union og medlemsstater, jf. artikel 152 EF, tilkommer det medlemsstaterne at træffe bestemmelse om det niveau for beskyttelsen af folkesundheden, som de ønsker at sikre, og hvorledes dette niveau skal nås [25]. Der er intet til hinder for, at disse niveauer kan variere fra den ene medlemsstat til den anden, hvilket forudsætter, at medlemsstaterne tilkendes en vis skønsbeføjelse. Bekendtgørelse nr. 7/2004 kan følgelig ikke anses for ubegrundet i forhold til artikel 30 EF, fordi bekendtgørelsen er uforholdsmæssig, alene af den grund, at der i forbindelse med salg af kontaktlinser i andre medlemsstater ikke stilles krav om recept, specialforretninger eller uddannet personale [26]. Medlemsstaternes kompetence skal imidlertid udøves under hensyntagen til traktatens bestemmelser [27].

73. Det skal således undersøges, om den ordning, der er indført, i sig selv står i rimeligt forhold til det forfulgte formål med hensyn til beskyttelse af folkesundheden.

74. Ifølge den ungarske regering forfølger bekendtgørelse nr. 7/2004 et lovligt formål, som er at beskytte folkesundheden gennem varetagelse af patienternes interesser. Når henses til, at kontaktlinser udgør medicinaludstyr, der har en særlig invasiv karakter, og som er i direkte kontakt med hornhinden, er det absolut nødvendigt at undgå, at salg af kontaktlinser bliver almindeligt udbredt, for således at gøre det lettere at forebygge synsforandringer og øjensygdomme, der kan opstå ved forkert anvendelse af kontaktlinser, og som kan forårsage uoprettelig skade på synet. Det er baggrunden for, at betingelserne for at kunne sælge kontaktlinser er nøje reguleret, og at der stilles krav om, at patienten skal være fysisk til stede under alle salgets faser. Patienten skal have kontakt til en fagmand, der kan rådgive og følge ham under hele den periode, hvor han anvender kontaktlinserne, dvs. fra det tidspunkt, hvor recepten udstedes, og derefter under salgsfasen, men også i forbindelse med afprøvningen og tilpasningen af kontaktlinserne. Den kontrol, som foretages i forbindelse med patientens besøg,

24 — Dom af 7.3.1989, sag 215/87, Schumacher, Sml. s. 617, præmis 17, af 16.4.1991, sag C-347/89, Eurim-Pharm, Sml. I, s. 1747, præmis 26, af 8.4.1992, sag C-62/90, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 2575, præmis 10, af 10.11.1994, sag C-320/93, Ortscheit, Sml. I, s. 5243, præmis 16, Deutscher Apothekerverband-dommen, præmis 103, dom af 11.9.2008, sag C-141/07, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 6935, præmis 46, og af 19.5.2009, forenede sager C-171/07 og C-172/07, Apothekerkammer des Saarlandes m.fl., Sml. I, s. 4171, præmis 19.

25 — Dommen i sagen Apothekerkammer des Saarlandes m.fl., præmis 18 og 19.

26 — Dom af 11.9.2008, Kommissionen mod Tyskland, præmis 51.

27 — Dom af 1.2.2001, sag C-108/96, Mac Quen m.fl., Sml. I, s. 837, præmis 24, og dommen af 11.9.2008 i sagen Kommissionen mod Tyskland, præmis 23.

skal udføres i en specialforretning, der dækker et areal på mindst 18 m2, eller i et forretningslokale, som er adskilt fra værkstedet. Ifølge den ungarske regering sikrer kravet om et minimumsareal, at forretningen råder over tilstrækkeligt udstyr og tilstrækkelig plads til at kunne foretage undersøgelser, men også tilstrækkelig plads til at kunne præsentere varer og brugsanvisninger. Fagmanden skal, når patienten henvender sig, benytte lejligheden til at kontrollere patientens syn ved synsundersøgelser, hvis der er behov for det, og samtidig yde denne rådgivning og information. Da det således er nødvendigt, at patienten er fysisk til stede, har den ungarske regering i sine skriftlige bemærkninger udelukket, at undersøgelser og afprøvning kan udføres på afstand [28]. Den ungarske regering finder derfor, at bekendtgørelse nr. 7/2004 er nødvendigt og forholdsmæssigt. Det formål om at sikre øjensundheden, som Republikken Ungarn har fastsat, kan kun nås, hvis patienten er til stede under hver af de faser, der er forbundet med den lægelige ordinering af kontaktlinser, og hvis det sikres, at patienten konsekvent sættes i kontakt med uddannet personale. De i bekendtgørelseet anførte krav er nødvendige for at nå dette mål ifølge bestemmelserne i EU-retten.

75. Selv om den ungarske regerings ønske om at sikre øjensundheden er prisværdigt, vil jeg ikke undgå at bemærke, at den nationale lovgivning på dette punkt forekommer inkonsekvent, hvis ikke direkte selvmodsigende.

76. Hvad angår den personelle betingelse har Domstolen allerede fastslået, at en national lovgivning, ifølge hvilken lægemidler kun må sælges af uddannet personale, er forenelig med EU-retten, med bl.a. den begrundelse, at sådant personale kan kontrollere, om en recept er ægte, på en mere tilfredsstillende vis [29]. Der kan til en vis grad drages en parallel til den foreliggende sag, idet den ungarske stat kræver, at der skal være indhentet recept, før kontaktlinserne kan udleveres. På trods af denne omstændighed kan der ikke ses bort fra, at de to kategorier af varer er af forskellig art, idet kontaktlinser ikke anses for et receptpligtigt lægemiddel, men derimod for medicinaludstyr. Under alle omstændigheder har Domstolen i hvert fald indirekte anerkendt en national lovgivning, med krav om, at der i alle forretninger skal være uddannede optikere til stede, der enten driver eller ejer forretningen, som forenelig med EU-retten [30].

77. Det er ubestridt, at Republikken Ungarn har ret til at opretholde en lovgivning med et

28 — Jf. punkt 46 i den ungarske regerings skriftlige bemærkninger.

29 — Deutscher Apothekerverband-dommen, præmis 119.

30 — Domstolens dom af 21.4.2005, sag C-140/03, Kommissionen mod Grækenland, Sml. I, s. 3177, præmis 35.

krav om, at udlevering af kontaktlinser er betinget af, at der forevises en recept. Den omstændighed, at der i den foreliggende sag er tale om medicinaludstyr og ikke lægemidler, medfører imidlertid, at fagmanden som følge af risikoforskellen har en mindre vidtrækkende pligt til at informere og yde rådgivning. Domstolen har nemlig allerede fastslået, at »[i] modsætning til optiske artikler kan lægemidler, der er ordinerede eller anvendes i terapeutisk øjemed, trods alt vise sig at være meget skadelige for sundheden, hvis de indtages unødvendigt eller på urigtig måde, uden at forbrugeren kan opdage dette under indtagningen heraf« [31]. Parallellen til Domstolens praksis vedrørende lægemidler går således ikke videre end hertil.

78. Det behov for at beskytte og sikre folkesundheden, som den ungarske regering har påberåbt sig, er fuldt ud lovligt. Den ungarske regering har påpeget alvorlige konsekvenser ved en forkert brug af kontaktlinser, men denne argumentation svækkes dog af den materielle betingelse i bekendtgørelse nr. 7/2004.

79. At foranstaltningen er uforholdsmæssig, følger efter min opfattelse navnlig af denne materielle betingelse, som indebærer, at uddannet personale, der driver virksomhed i andre medlemsstater, ikke kan få adgang til det ungarske marked og afsætte sine varer på dette marked.

80. Med et absolut forbud mod salg af kontaktlinser via internettet tages der nemlig ikke hensyn til den situation, hvor salget udføres af uddannet personale, der eventuelt er etableret i en anden medlemsstat [32].

81. Som den tjekkiske og den nederlandske regering samt Kommissionen med rette har anført i deres skriftlige bemærkninger, er der ikke nogen åbenbar sammenhæng mellem et minimumsareal på 18 m2 og kvaliteten af den information, der gives, eller af de undersøgelser, som foretages. Denne sammenhæng bliver endnu mindre åbenbar, når det tages i betragtning, at det er tilladt at levere kontaktlinser til kundens adresse. Bekendtgørelse nr. 7/2004 indeholder nemlig en selvmodsigelse. Bekendtgørelsen fastsætter et krav om, at forretningen skal have et minimumsareal for at kunne råde over tilstrækkeligt udstyr og foretage undersøgelser, men samtidig er det ifølge bekendtgørelsen tilladt at levere varen til kundens adresse med henblik på afprøvning og tilpasning af kontaktlinserne. Dette er efter min opfattelse beviset for, at de

31 — Dommen i sagen Apothekerkammer des Saarlandes m.fl., præmis 60.

32 — Det var i øvrigt en sådan situation, Domstolen blev anmodet om at tage stilling til i den sag, som gav anledning til Deutscher Apothekerverband-dommen, der omhandlede apotekere.

forskellige handlinger, som ifølge den ungarske regering ikke kan adskilles, kan udføres fuldstændig uafhængigt af hinanden.

82. Hvad angår levering til kundens adresse synes den ungarske regerings udgangspunkt at være, at salg via internettet vil indebære, at kontaktlinser alene vil blive leveret med bud eller med posten, og ikke af en fagmand. Eftersom den ungarske regering i sin besvarelse af de af den refererende dommer stillede spørgsmål har anført, at uddannet personale forestår levering af kontaktlinser til kundernes adresse i Ungarn med henblik på afprøvning eller tilpasning, kan man da uden videre forestille sig en ordning, hvor salget foretages via internettet, og leveringen derefter udføres af uddannet personale.

83. Som følge af, hvad der allerede er anført i punkt 77 i dette forslag til afgørelse, kan den ungarske lovgivning endvidere med rette kritiseres for, at den ikke på nogen måde indeholder præciseringer af kravet om, at patienten og fagmanden skal være til stede samtidig i specialforretningen. Selv om det kan anerkendes, at information og rådgivning spiller en stor rolle i forbindelse med den første ordinering og den første gang, kontaktlinserne anvendes, har en køber, der i en længere periode har anvendt sådant medicinaludstyr, dog ikke samme behov. Det er i denne henseende muligt at forestille sig, at pligten til at informere og yde rådgivning er mindre omfattende f.eks. i forbindelse med fornyelse af kontaktlinserne. Det er således ikke åbenbart, at en erhvervsdrivende, der tilbyder ydelser via internettet, ikke har mulighed for at kontrollere, om en recept er ægte, hvis dette måtte være nødvendigt, eller at give tilstrækkelig information og at yde rådgivning, f.eks. i form af en meddelelse på den erhvervsdrivendes hjemmeside, der eventuelt fremhæver nødvendigheden af at henvende sig til en læge, hvis der opstår problemer, eller i form af en brugsanvisning, som vedlægges forsendelserne.

84. De manglende præciseringer bekræftes endvidere af den omstændighed, at den ungarske regering ikke synes at sondre mellem de såkaldte »hårde« og »bløde« kontaktlinser og heller ikke mellem kontaktlinser, der kan korrigere synsfeltet, og kontaktlinser, som kun har til formål at farve iris. Det indgreb, fagmanden udfører for at tilpasse hårde kontaktlinser til en patients øjne, er en vanskelig opgave, idet fagmanden ifølge den ungarske regerings indlæg under retsmødet indebærer en ændring af selve varen. Salg af hårde kontaktlinser medfører et behov for særlig opfølgning i form af tilpasning og kontrol. Fremgangsmåden er dog langt mindre krævende, når der ordineres bløde kontaktlinser. Der findes endvidere linser, som alene har et

kosmetisk formål, og hvor opfølgning i forhold til brugen af linserne, hvis der er behov for anvisninger om vedligeholdelse, er langt mindre krævende, end når der er tale om kontaktlinser til terapeutisk brug.

85. På baggrund af det ovenstående finder jeg, uanset hvor berettiget det formål, der forfølges med bekendtgørelse nr. 7/2004 end måtte være, at formålet om at beskytte folkesundheden kan nås ved foranstaltninger, som er mindre restriktive i forhold til de frie varebevægelser.

86. Jeg foreslår derfor Domstolen at besvare spørgsmål 2 og 3 i omvendt rækkefølge og med, at artikel 28 EF skal fortolkes således, at nationale bestemmelser, ifølge hvilke der som betingelse for at kunne sælge kontaktlinser kræves en forretning, der er specialiseret i medicinaludstyr, med et minimumsareal på 18 m2, eller et forretningslokale adskilt fra værkstedet, samt tilstedeværelsen af uddannet personale, og som indebærer et forbud mod salg via internettet, udgør en foranstaltning med tilsvarende virkning som en kvantitativ indførselsrestriktion. Artikel 28 EF og 30 EF skal fortolkes således, at sådanne bestemmelser ikke kan begrundes i hensynet til beskyttelsen af menneskers liv og sundhed, for så vidt som dette mål kan nås ved mindre indgribende foranstaltninger.

VII — Forslag til afgørelse

87. På baggrund af det ovenfor anførte foreslår jeg Domstolen at besvare spørgsmålene fra Baranya Megyei Bíróság således:

»1) Spørgsmålet, om nationale bestemmelser, der indebærer et forbud mod salg af kontaktlinser via internettet, er forenelige med EU-retten, skal ikke vurderes i

lyset af bestemmelserne i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2000/31/EF af 8. juni 2000 om visse retlige aspekter af informationssamfundstjenester, navnlig elektronisk handel, i det indre marked. Spørgsmålet, hvorvidt salg af kontaktlinser udgør en lægelig vurdering, der kræver fysisk undersøgelse af patienten i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i direktivets betragtning 18, er således irrelevant.

2) Artikel 28 EF skal fortolkes således, at nationale bestemmelser, ifølge hvilke der som betingelse for at kunne sælge kontaktlinser kræves en forretning, der er specialiseret i medicinaludstyr, med et minimumsareal på 18 m2, eller et forretningslokale, adskilt fra værkstedet, samt tilstedeværelsen af uddannet personale, og som indebærer et forbud mod salg via internettet, udgør en foranstaltning med tilsvarende virkning som en kvantitativ indførselsrestriktion.

3) Artikel 28 EF og 30 EF skal fortolkes således, at sådanne bestemmelser ikke kan begrundes i hensynet til beskyttelsen af menneskers liv og sundhed, for så vidt som dette mål kan nås ved mindre indgribende foranstaltninger.«