CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. PAOLO MENGOZZI presentadas el 15 de junio de 2010 [1]

I. Introducción

1. En el presente asunto se solicita al Tribunal de Justicia que precise el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (en lo sucesivo, «Directiva sobre el comercio electrónico»), [2] que aplique nuevamente su jurisprudencia Keck y Mithouard, [3] y que determine si la prohibición de vender por Internet lentes de contacto es compatible con las disposiciones del Tratado en materia de libre circulación de mercancías.

1 — Lengua original: francés.
2 — DO L 178 p. 1.
3 — Sentencia de 24 de noviembre de 1993 (C-267/91 y C-268/91, Rec. p. I-6097).

II. Marco jurídico

A. *Derecho primario de la Unión*

2. El artículo 28 CE establece que «quedarán prohibidas entre los Estados miembros las restricciones cuantitativas a la importación, así como todas las medidas de efecto equivalente».

3. El artículo 30 CE prevé que «las disposiciones de los artículos 28 y 29 no serán obstáculo para las prohibiciones o restricciones a la importación, exportación o tránsito justificadas por razones de orden público, moralidad y seguridad públicas, protección de la salud y vida de las personas y animales, preservación de los vegetales, protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional o protección de la propiedad industrial y comercial. No obstante, tales prohibiciones o restricciones no deberán constituir un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros».

B. *Derecho derivado de la Unión*

4. El artículo 1, apartado 2, de la Directiva 98/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 1998, por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas, [4] modificada por la Directiva 98/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de julio de 1998 [5] (en lo sucesivo, «Directiva 98/34»), define los servicios de la sociedad de la información, tal y como deben entenderse en el sentido de dichas directivas, del siguiente modo:

«"servicio": todo servicio de la sociedad de la información, es decir, todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios.

A efectos de la presente definición, se entenderá por:

— "a distancia", un servicio prestado sin que las partes estén presentes simultáneamente;

— "por vía electrónica", un servicio enviado desde la fuente y recibido por el destinatario mediante equipos electrónicos de tratamiento (incluida la compresión digital) y de almacenamiento de datos y que se transmite, canaliza y recibe enteramente por hilos, radio, medios ópticos o cualquier otro medio electromagnético;

— "a petición individual de un destinatario de servicios", un servicio prestado mediante transmisión de datos a petición individual.

En el anexo V figura una lista indicativa de los servicios no cubiertos por esta definición.

[…]»

5. El décimo octavo considerando de la Directiva sobre el comercio electrónico precisa en particular que «las actividades que por su propia naturaleza no pueden realizarse a distancia ni por medios electrónicos, tales como el control legal de la contabilidad de las empresas o el asesoramiento médico que requiere el reconocimiento físico de un paciente, no constituyen servicios de la sociedad de la información».

4 — DO L 204, p. 37.
5 — DO L 217, p. 18.

6. El vigésimo primer considerando indica que «el ámbito coordinado se refiere sólo a los requisitos relacionados con las actividades en línea, como la información en línea, la publicidad en línea, las compras en línea o la contratación en línea, y no se refiere a los requisitos legales del Estado miembro relativos a las mercancías, tales como las normas de seguridad, las obligaciones de etiquetado o la responsabilidad de las mercancías, ni a los requisitos del Estado miembro relativos a la entrega o transporte de mercancías, incluida la distribución de medicamentos».

7. El artículo 1, apartado 3, de la Directiva sobre el comercio electrónico establece que «la presente Directiva completará el ordenamiento jurídico comunitario aplicable a los servicios de la sociedad de la información, sin perjuicio del nivel de protección, en particular, de la salud pública y de los intereses del consumidor, fijados tanto en los instrumentos comunitarios como en las legislaciones nacionales que los desarrollan, en la medida en que nos restrinjan la libertad de prestar servicios de la sociedad de la información.»

8. El artículo 2, letra a), de la Directiva sobre el comercio electrónico define los servicios de la sociedad de la información como los «servicios en el sentido del apartado 2 del artículo 1 de la Directiva 98/34/CE, modificada por la Directiva 98/48/CE».

9. El artículo 2, letra h), de la Directiva sobre el comercio electrónico define el ámbito coordinado como «los requisitos exigibles a los prestadores de servicios en los regímenes jurídicos de los Estados miembros aplicables a los prestadores de servicios de la sociedad de la información a los servicios de la sociedad de la información, independientemente de si son de tipo general o destinados específicamente a los mismos.»

10. El inciso i) del mismo artículo 2, letra h), prevé que «el ámbito coordinado se refiere a los requisitos que debe cumplir el prestador de servicios en relación con:

— el inicio de la actividad de un servicio de la sociedad de la información, como los requisitos relativos a cualificaciones, autorizaciones o notificaciones,

— ejercicio de la actividad de un servicio de la sociedad de la información, como los requisitos relativos al comportamiento del prestador de servicios, los requisitos en relación con la calidad o el contenido del servicio, incluidos los aplicables a publicidad y contratos, o los requisitos relativos a la responsabilidad del prestador de servicios.»

11. El artículo 2, letra h), inciso ii), continúa: «el ámbito coordinado no se refiere a los requisitos siguientes:

— requisitos aplicables a las mercancías en sí,

— requisitos aplicables a la entrega de las mercancías,

— requisitos aplicables a los servicios no prestados por medios electrónicos.»

12. El artículo 4 de la Directiva sobre el comercio electrónico establece, en su apartado 1, que «los Estados miembros dispondrán que el acceso a la actividad de prestador de servicios de la sociedad de la información no pueda someterse a autorización previa ni a ningún otro requisito con efectos equivalentes», antes de precisar, en su apartado 2, que «lo dispuesto en el apartado 1 no irá en perjuicio de los regímenes de autorización que no tengan por objeto específico y exclusivo los servicios de la sociedad de la información».

C. *Legislación y reglamentación húngaras*

13. El artículo 1, apartado 1, de la Ley CVIII de 2001 de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (Az elektronikus kereskedelmi szolgáltatások, valamint az információs társadalommal összefüggő szolgáltatásokról szóló 2001. évi CVIII. Törvény; en lo sucesivo, «Ley CVIII de 2001») establece que «el ámbito de aplicación de la presente Ley no se extiende a los servicios de la sociedad de la información prestados y utilizados en procedimientos judiciales o administrativos ni afecta a la aplicación de las disposiciones en materia de protección de datos personales». El apartado 4 sigue diciendo: «el ámbito de aplicación de la presente Ley no se extiende a las comunicaciones efectuadas a través de servicios de la sociedad de la información con fines ajenos al ejercicio de una actividad económica o profesional o de una misión de servicio público, incluidas las manifestaciones de voluntad contractuales realizadas del mismo modo».

14. El artículo 3, apartado 1, de esta misma Ley señala que «para iniciar o ejercer una actividad de prestación de servicios de la sociedad de la información no se requiere ninguna autorización previa ni ninguna otra decisión administrativa de efectos jurídicos equivalentes».

15. El artículo 1 del Decreto 7/2004 (XI.23) del Ministro de Sanidad, por el que se establecen las exigencias profesionales para la comercialización, la reparación y el préstamo de instrumentos médicos (A gyógyászati segédeszközök forgalmazásának, javításának, kölcsönzésének szakmai követelményeiről szóló 7/2004 (XI. 23.) egészségügyi miniszteri rendelet; en lo sucesivo, «Decreto 7/2004») establece que «el presente Decreto, se aplicará, salvo en lo relativo a los instrumentos médicos enumerados en su anexo 1, al ejercicio de las actividades consistentes en comercializar, reparar y alquilar cualquier instrumento médico, y en entregar tales instrumentos, así como en fabricar instrumentos médicos a medida. […] La comercialización, la reparación y el alquiler de instrumentos médicos incluidos en el ámbito de aplicación del presente Decreto serán considerados servicios de salud».

16. El artículo 2 del mismo Decreto dispone que

«a efectos de la aplicación del presente Decreto, se entenderá por:

a) instrumento médico, un instrumento técnico médico o de cuidados en poder de una persona que, de modo temporal o permanente, sufra un deterioro en su estado de salud, una discapacidad o una invalidez,

[…].»

17. Con arreglo al artículo 3, apartado 1, del Decreto 7/2004, «la comercialización, la reparación y el préstamo de instrumentos médicos […] deben realizarse en establecimientos especializados que cuenten con la licencia comercial requerida por la normativa específica y reúnan los requisitos establecidos en los puntos I.1. y I.2. del anexo 2 del presente Decreto».

18. El artículo 4, apartado 5, del Decreto 7/2004 regula la entrega a domicilio del siguiente modo:

«Podrán entregarse a domicilio:

a) instrumentos médicos de serie y reparados,

b) instrumentos médicos utilizados con fines de prueba y/o de adaptación, o realizados a medida, únicamente con la finalidad de permitir una prueba y una familiarización con fines de consumo final.»

19. El anexo 1 de dicho Decreto precisa de modo expreso que

«quedan excluidos del ámbito de aplicación del presente Decreto los siguientes instrumentos médicos:

[…]

— los artículos ópticos producidos en serie, con excepción de las lentes de contacto;

[…].»

20. Además, el anexo 2 establece dos de las condiciones particulares contempladas en el artículo 3, apartado 1. El punto I.1, letra d), de dicho anexo establece, entre los requisitos materiales que deben cumplirse, que «las lentes de contacto y las gafas graduadas a medida sólo pueden comercializarse en tiendas de una superficie mínima de 18 m2 o en un local separado del taller». En cuanto a su punto I.2, letra c), establece uno de los requisitos personales, al exigir, para la venta de lentes de contacto, el «ejercicio de la profesión de optometrista o de médico oftalmólogo cualificado en materia de lentes de contacto».

III. Litigio principal y cuestiones prejudiciales

21. Ker-Optika Bt. (en lo sucesivo, «Ker-Optika» o «demandante en el litigio principal») es una sociedad comanditaria simple de Derecho húngaro, que, entre otras actividades, comercializa lentes de contacto a través de su sitio de Internet.

22. El 29 de agosto de 2008, la sociedad Ker-Optika fue objeto de una resolución administrativa, adoptada por la ÀNTSZ Pécsi, Sellyei, Siklósi Kistérségi Intézete (delegación local de los ÀNTSZ, Servicios del Estado para la Salud Pública y los Asuntos Sanitarios) por la que se le prohibía la comercialización de lentes de contacto por Internet.

23. Ker-Optika formuló reclamación ante la ÀNTSZ Dél-dunántúli Regionális Intézete (Dirección Regional de los servicios antes mencionados, en lo sucesivo, «demandada en el litigio principal»), la cual, mediante resolución de 14 de noviembre de 2008, desestimó la reclamación y confirmó la resolución adoptada por la delegación local frente a Ker-Optika, basando su resolución en el artículo 3, apartado 1, del Decreto 7/2004. Se argumentaba que el Decreto 7/2004 se opone a la comercialización de lentes de contacto por vía electrónica, al exigir lo contrario: que las lentes de contacto se comercialicen en un establecimiento de óptica especializado, que reúna los requisitos materiales y personales a los que se remite el artículo 3, apartado 1, de dicho Decreto.

24. Al discrepar de esta interpretación, que tiene como consecuencia prohibirle una parte de su actividad, la demandante en el litigio principal interpuso un recurso ante el Baranya Megyei Bíróság (Tribunal del Departamento de Baranya; en lo sucesivo, «órgano jurisdiccional remitente») solicitando que se anule la decisión de la Dirección Regional de los Servicios del Estado para la Salud Pública y los Asuntos Sanitarios.

25. La demandante en el litigio principal alegó ante el órgano jurisdiccional remitente, por una parte, que la comercialización de lentes de contacto constituye un servicio de la sociedad de la información, y que, en este punto, la resolución controvertida sería por lo tanto contraria al artículo 3, apartado 1, de la Ley CVIII de 2001, con arreglo al cual, para iniciar o ejercer una actividad de prestación de servicios de la sociedad de la información no se requiere ninguna autorización previa ni ninguna otra decisión administrativa de efectos jurídicos equivalentes. Por otra parte, dado que el Decreto 7/2004 autoriza la entrega de instrumentos médicos a domicilio, debería permitirse la comercialización de lentes de contacto por Internet.

26. Por su parte, la demandada en el litigio principal invocó la Directiva sobre el comercio electrónico, en particular su décimo octavo considerando. En su opinión, la comercialización de lentes de contacto constituye una actividad que no puede realizarse a distancia al ser asimilable a un asesoramiento médico que requiere un examen físico del paciente, y que escaparía del ámbito de aplicación de la Directiva antes mencionada. Por esta razón, las disposiciones de la Ley CVIII de 2001, que adapta el Derecho húngaro a la Directiva sobre el comercio electrónico, no pueden aplicarse a la actividad de que se trata en el litigio principal.

27. Al encontrarse ante una dificultad en la aplicación del Derecho de la Unión, el Baranya Megyei Bíróság decidió suspender el procedimiento, y, mediante resolución de remisión de 10 de febrero de 2009, dirigir al Tribunal de Justicia, al amparo del artículo 234 CE, las tres cuestiones prejudiciales siguientes:

«1) ¿Constituye la comercialización de lentes de contacto un asesoramiento médico que requiere el reconocimiento físico de un paciente, de tal modo que queda excluida del ámbito de aplicación de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior?

2) En el caso de que la comercialización de lentes de contacto no constituya un asesoramiento médico que requiere el reconocimiento físico de un paciente, ¿debe interpretarse el artículo 30 CE en el sentido de que es contraria a sus disposiciones una normativa de un Estado miembro que prevé que las lentes de contacto sólo se pueden comercializar en establecimientos especializados en instrumentos médicos?

3) ¿Es contraria al principio de libre circulación de mercancías establecido en el artículo 28 CE la normativa húngara que permite la comercialización de lentes de contacto exclusivamente en establecimientos especializados en instrumentos médicos?»

28. En esencia, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, antes que nada, si hay que entender que la Directiva sobre el comercio electrónico es aplicable a la actividad de que se trata en el litigio principal y, sólo en caso de respuesta negativa del Tribunal de Justicia, plantea una cuestión de interpretación del

Derecho primario de la Unión. El problema de la aplicación de la jurisprudencia Keck y Mithouard mencionada anteriormente podría plantearse en este último supuesto.

sobre el comercio electrónico, y si, en consecuencia, la compatibilidad del Decreto 7/2004 con el Derecho de la Unión debe apreciarse a la luz de dicha Directiva.

IV. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia

29. Los Gobiernos checo, griego, español, húngaro y neerlandés, así como la Comisión Europea, han presentado observaciones escritas.

30. En la vista, que se celebró el 15 de abril de 2010, los Gobiernos griego, español, húngaro y neerlandés, así como la Comisión Europea formularon observaciones orales.

V. Sobre la primera cuestión prejudicial

31. Al solicitar al Tribunal de Justicia que determine si la comercialización de lentes de contacto constituye un asesoramiento médico que requiere el reconocimiento físico de un paciente, el órgano jurisdiccional remitente quiere saber, antes que nada, si la actividad de que se trata está cubierta por la Directiva

32. El Decreto 7/2004 controvertido en el litigio principal reserva la posibilidad de comercializar las lentes de contacto –consideradas en Derecho húngaro como un instrumento médico– a establecimientos especializados de una superficie mínima de 18 m2 o que dispongan de un local separado del taller y a personas que ejerzan la profesión de optometrista o de médico oftalmólogo. Como consecuencia de ello, la comercialización de este tipo de productos por Internet está prohibida. Sin embargo, el órgano jurisdiccional remitente recuerda que la entrega a domicilio con fines de consumo final de instrumentos médicos cubiertos por el Decreto, entre los que se incluyen las lentes de contacto, está autorizada, sin perjuicio de los requisitos establecidos en el Decreto 7/2004. [6]

33. Antes de examinar si la comercialización de lentes de contacto es asimilable a un asesoramiento médico que requiere el reconocimiento físico de un paciente, considero que

6 — En su respuesta a la pregunta escrita, el Gobierno húngaro aclaró que «no es posible entregar [las lentes de contacto] a domicilio con fines de consumo final sino sólo con el fin de permitir la prueba y familiarización», lo cual permite suponer que la entrega sólo puede efectuarse por personal cualificado (véase el punto 7 de la respuesta a la pregunta formulada al Gobierno húngaro).

el objetivo de la primera cuestión, que debe leerse conjuntamente con las cuestiones 2 y 3, es determinar si la compatibilidad, con el Derecho de la Unión, de una normativa nacional que tiene como consecuencia excluir de la venta por Internet una determinada categoría de mercancías debe apreciarse únicamente a la luz de la Directiva sobre el comercio electrónico.

34. La Directiva sobre el comercio electrónico pretende contribuir al buen funcionamiento del mercado interior, creando, en la materia, un marco jurídico que garantice la libre circulación de servicios de la sociedad de la información entre los Estados miembros. Como indica su título, la Directiva sólo se refiere a «determinados» aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, y, como señala su artículo 1, apartado 2, dicha Directiva sólo pretende aproximar «determinadas disposiciones nacionales aplicables a los servicios de la sociedad de la información relativas al mercado interior, el establecimiento de los prestadores de servicios, las comunicaciones comerciales, los contratos por vía electrónica, la responsabilidad de los intermediarios, los códigos de conducta, los acuerdos extrajudiciales para la solución de litigios, los recursos judiciales y la cooperación entre Estados miembros».

35. De este modo, aunque se piensa comúnmente que el comercio electrónico intracomunitario ha podido desarrollarse gracias a la Directiva, ésta se limita a regular algunas etapas de dicho comercio, a través de las cuales éste se realiza, proporcionando a dichas etapas un marco jurídico, pero sin tratar los requisitos relativos a la circulación de mercancías a que puede dar lugar. En la Directiva el acento se pone, por cierto, en el concepto de «servicio» y no en el de «mercancía».

36. Dicho de otra forma, sería erróneo considerar que la Directiva sobre el comercio electrónico tiene como objeto una liberalización general del comercio electrónico de mercancías. En efecto, no puede deducirse de ninguna de sus disposiciones obligación alguna para los Estados miembros de autorizar de forma general y sistemática, para cualquier tipo de mercancías, la venta por Internet. Creo, por lo demás, que confirma mi impresión el análisis del ámbito coordinado por la Directiva.

37. Efectivamente, si el Tribunal de Justicia decidiera, a pesar de ello, profundizar en el análisis de la Directiva sobre el comercio electrónico, todavía quedarían, en mi opinión, al menos dos razones que pueden justificar el hecho de que la compatibilidad del Decreto 7/2004 con el Derecho de la Unión no pueda ser valorada a la luz de la Directiva sobre el comercio electrónico. Por una parte, esto puede deducirse de la definición dada por

esta Directiva del ámbito coordinado; por otra parte, no considero que la comercialización de lentes de contacto pueda calificarse, en todos sus aspectos, de «servicio de la sociedad de la información» en el sentido de la Directiva sobre el comercio electrónico.

38. En primer lugar, a propósito del ámbito coordinado, el objetivo perseguido por la Directiva, mencionado en el punto 40 de las presentes conclusiones, no permite afirmar que una prohibición de venta por Internet pueda examinarse a la luz de la Directiva sobre el comercio electrónico.

39. Además, al definir concretamente los requisitos de acuerdo con los cuales las lentes de contacto pueden ser comercializadas y distribuidas a los consumidores finales, y al prohibir de modo incidental su venta por Internet, y por lo tanto, la entrega a domicilio que caracteriza, en principio, a este método de puesta en el mercado, cuando no se produce con los requisitos establecidos por el Decreto (es decir, únicamente para permitir una prueba, una adaptación o una familiarización), el Decreto 7/2004 organiza efectivamente las distintas formas de entrega, en sentido amplio. Considero que la comercialización de lentes de contacto tal y como está organizada por dicho Decreto no forma parte, en ningún caso, del ámbito coordinado por la Directiva sobre el comercio electrónico.

40. Efectivamente, aunque el décimo octavo considerando disponga primero que «los servicios de la sociedad de la información cubren una amplia variedad de actividades económicas que se desarrollan en línea; dichas actividades en particular consisten en la venta de mercancías en línea», es para aclarar inmediatamente que «las actividades como la entrega de mercancías en sí misma o la prestación de servicios fuera de la línea no están cubiertas». En cuanto al vigésimo primer considerando, dispone claramente que «el ámbito coordinado se refiere sólo a los requisitos relacionados con las actividades en línea, como la información en línea, la publicidad en línea, las compras en línea o la contratación en línea, y no se refiere a los requisitos legales del Estado miembro relativos a las mercancías, tales como las normas de seguridad, las obligaciones de etiquetado o la responsabilidad de las mercancías, ni a los requisitos del Estado miembro relativos a la entrega o transporte de mercancías, incluida la distribución de medicamentos».

41. Como han señalado los Gobiernos checo y neerlandés en sus observaciones escritas, la definición del ámbito coordinado, a la que procede el artículo 2, letra h), inciso ii), de la Directiva sobre el comercio electrónico recuerda esta exclusión del ámbito de aplicación de la Directiva de los requisitos aplicables a las mercancías en sí y a su entrega. Pero también tiende a recordar que si la Directiva «se refiere sólo a los requisitos relacionados con las actividades en línea, las compras en

línea o la contratación en línea», su vocación es regular determinados aspectos del comercio que pueda producirse, en su caso, en línea, y no pronunciarse acerca de si ese tipo de actividades o de transacciones ha de abrirse al comercio por Internet. La Directiva no establece pues los requisitos para que pueda prohibirse la venta de una categoría de mercancías por Internet.

42. En segundo lugar, y más allá del análisis de las disposiciones relativas al ámbito coordinado, el recurso al concepto de «servicio de la sociedad de la información» es otro elemento que permite concluir que no es pertinente invocar la Directiva sobre el comercio electrónico en el asunto principal.

43. La vocación de dicha Directiva no es aplicarse a todos los servicios, sino únicamente a la categoría particular constituida por los servicios de la sociedad de la información. Si bien, según la legislación húngara, la comercialización de lentes de contacto constituye un servicio de salud –lo cual, en todos los casos, constituye únicamente una calificación meramente nacional–, no parece que la definición dada por la legislación de la Unión al servicio de la sociedad de la información pueda transponerse efectivamente a esa actividad concreta.

44. En efecto, debe entenderse por «servicio de la sociedad de la información», en el sentido de la Directiva 98/34, «todo servicio de la sociedad de la información, es decir, todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios».[7] La definición proporcionada muestra que debe entenderse «por vía electrónica, un servicio enviado desde la fuente y recibido por el destinatario mediante equipos electrónicos de tratamiento (incluida la compresión digital) y de almacenamiento de datos y que se transmite, canaliza y recibe enteramente por hilos, radio, medios ópticos o cualquier otro medio electromagnético».

45. Contrariamente a lo que sostiene el Gobierno húngaro, pienso que la comercialización de lentes de contacto, en sí misma, puede desde luego realizarse a distancia o por Internet. Esta aseveración requiere, como es evidente, aceptar la disociación entre la fase de asesoramiento médico, que pueden exigirse, en su caso, antes de la entrega de las lentes de contacto, y la venta en sí de estas lentillas.

46. Pero ni siquiera disociando el asesoramiento médico de la venta de lentes de contacto, creo que sea posible considerar que la comercialización de lentes de contacto constituya, en sí misma y en cada una de sus

7 — Véase el punto 4 de las presentes conclusiones.

etapas, un servicio «que se transmite, canaliza y recibe enteramente» con los requisitos exigidos en la Directiva, contrariamente a lo que sostiene la Comisión. Aunque el pedido de lentillas, la aceptación de éste y la contratación electrónica que resulta pueden, en su caso, transmitirse por vía electrónica, la llegada de las lentes de contacto al consumidor final no consiste en una operación electrónica sino más bien física. Es en este punto del razonamiento donde la distinción realizada por el décimo octavo considerando entre los servicios de la sociedad de la información y las actividades que éstos organizan cobra todo su sentido.

47. Recordaré, por último, que con ocasión del asunto Dynamic Medien [8] sobre la prohibición, en Alemania, de vender por Internet soportes gráficos (DVD y vídeos) que no habían sido objeto, como exigía la normativa alemana, de un control y de una calificación por parte de la autoridad nacional competente en materia de protección a los menores, invoqué una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia de acuerdo con la cual, cuando las normas nacionales adoptadas en un ámbito son objeto de una armonización exhaustiva a nivel de la Unión, deben ser apreciadas a la luz de esta medida de armonización y no a la del Derecho primario. [9] De ello deduje que, aunque se admitiera que la venta de soportes gráficos podía, en alguno de sus aspectos, estar incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva sobre el comercio electrónico, cabía preguntarse de todas formas, qué normativa contenida en la Directiva se suponía que había llevado a cabo una armonización exhaustiva de las disposiciones nacionales de protección a los menores, tal que permitiera excluir la comprobación de la compatibilidad con las disposiciones pertinentes del Tratado de la prohibición antes mencionada. [10] El Tribunal de Justicia siguió, por cierto, este planteamiento. [11]

48. Lo que me permitió llegar a tal conclusión, más concretamente a la conclusión de que determinados aspectos de la actividad en cuestión podían estar incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva sobre el comercio electrónico, es que, en origen, la legislación nacional admitía en principio la venta de soportes gráficos por Internet. La situación en el asunto que nos ocupa es completamente distinta.

8 — Sentencia de 14 febrero 2008 (C-244/06, Rec. p. I-505).

9 — Véase el punto 21 de mis conclusiones presentadas en el asunto que dio origen a la sentencia Dynamic Medien, antes citada, así como las sentencias de 23 de noviembre de 1989, Parfümerie-Fabrik 4711 (150/88, Rec. p. 3891), apartado 28; de 12 de octubre de 1993, Vanacker y Lesage (C-37/92, Rec. p. I-4947), apartado 9; de 13 de diciembre de 2001, DaimlerChrysler (C-324/99, Rec. p. I-9897), apartado 32; de 24 de octubre de 2002, Linhart y Biffl (C-99/01, Rec. p. I-9375), apartado 18, y de 11 de diciembre de 2003, Deutscher Apothekerverband (C-322/01, Rec. p. I-14887), apartado 64.

10 — Véase el punto 24 de mis conclusiones presentadas en el asunto que dio lugar a la sentencia Dynamic Medien, antes citadas.

11 — Véase los apartados 22 y 23 de la sentencia Dynamic Medien, antes citada.

49. Así, para admitir que determinados aspectos de la comercialización de lentes de contacto están cubiertos por la Directiva sobre el comercio electrónico, haría falta, al menos, que la venta por Internet de lentes de contacto estuviera previamente autorizada. Pues bien, como he intentado demostrar, cuesta mucho identificar, dentro de dicha Directiva, las normas que aproximan las disposiciones nacionales que permitirían basar únicamente en dichas disposiciones el control por el Tribunal de Justicia de la compatibilidad con el Derecho de la Unión de la normativa nacional de que se trata en el litigio principal, que, recuerdo, tiene como consecuencia prohibir la venta por Internet de lentes de contacto.

50. Por lo demás, lo mismo debe decirse en relación con la Directiva 93/42/CE del Consejo, de 4 de junio de 1993, relativa a los productos sanitarios, [12] de los que forman parte las lentes de contacto, dado que no fija ninguna condición en relación su forma de puesta en el mercado, su comercialización o su entrega.

51. En consecuencia, propongo al Tribunal de Justicia, que responda a la primera cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente, tal y como ha sido reinterpretada en el punto 39 de las presentes conclusiones, que la compatibilidad, con el Derecho de la Unión, de una normativa nacional que tiene como consecuencia prohibir la venta por Internet de lentes de contacto no puede apreciarse en relación con las disposiciones de la Directiva sobre el comercio electrónico. La cuestión de si la comercialización de lentes de contacto es un asesoramiento médico que requiere el reconocimiento físico de un paciente, en el sentido del décimo octavo considerando de dicha Directiva, carece, por lo tanto, de pertinencia.

52. Así, a falta de medidas de armonización pertinentes para la resolución del litigio principal, resulta necesario examinar el Decreto 7/2004 a la luz del Derecho primario de la Unión, [13] lo cual constituye, precisamente, el objeto de las dos cuestiones prejudiciales siguientes.

VI. Sobre las cuestiones prejudiciales segunda y tercera

A. *Introducción*

53. Con carácter preliminar, teniendo en cuenta el orden lógico de las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional remitente, debe determinarse antes que nada si la

12 — DO L 169, p. 1.

13 — Sentencia Dynamic Medien, antes citada, apartado 23.

compatibilidad con el Derecho de la Unión de la normativa nacional debe valorarse a la luz del artículo 28 CE, y después, dilucidar si dicha normativa nacional puede estar justificada, en su caso, al amparo del artículo 30 CE.

B. *Análisis jurídico*

1. Observaciones preliminares

54. Cuando una medida nacional guarda relación al mismo tiempo con la libre circulación de mercancías y con la libre prestación de servicios, el Tribunal de Justicia la examina, en principio, sólo en relación con una de estas dos libertades fundamentales, si una de ellas entra en juego de una forma completamente secundaria en relación con la otra y puede incluirse en la misma. [14]

55. El Gobierno húngaro sostiene que la comercialización de lentes de contacto, como señaló el Tribunal de Justicia en la sentencia LPO, [15] no es una actividad comercial como las demás, y no puede considerarse con independencia de los servicios de salud que se prestan en el momento en que se produce. Deduce, además, de la sentencia Dollond y Aitchison [16] que el Tribunal de Justicia ya ha admitido la indisociabilidad de los servicios relativos a las lentes de contacto de su comercialización.

56. Sigo convencido de que las dos actuaciones, la venta de las lentes de contacto, por una parte, y las consultas que, en su caso, pueden seguir a la misma, por otra, son totalmente disociables.

57. La invocación de la sentencia Dollond y Aitchison no me parece en absoluto pertinente en razón de la profunda diferencia de la cuestión que el Tribunal de Justicia tuvo que considerar en ese asunto en relación con la que hoy nos ocupa. En efecto, en dicha sentencia el Tribunal de Justicia debía pronunciarse sobre las modalidades de cálculo del IVA en relación con una prestación ofrecida por una empresa comunitaria que consistía en la dispensación des lentes de contacto y en servicios consistentes, en particular, en exámenes de la vista. No se solicitaba al Tribunal de Justicia que se pronunciara sobre la necesidad de considerar conjuntamente, de forma

14 — Sentencias de 24 de marzo de 1994, Schindler (C-275/92, Rec. p. I-1039), apartado 22; de 25 de marzo de 2004, Karner (C-71/02, Rec. p. I-3025), apartado 46, y de 26 de mayo de 2005, Burmanjer y otros (C-20/03, Rec. p. I-4133), apartado 35.

15 — Sentencia de 25 de mayo de 1993 (C-271/92, Rec. p. I-2899), apartado 11.

16 — Sentencia de 23 febrero 2006 (C-491/04, Rec. p. I-2129), apartado 35.

sistemática, las dos actividades. Por lo tanto, y en contra de lo que sostiene el Gobierno húngaro, en dicha sentencia el Tribunal de Justicia no se vinculó para el futuro en cuanto a la indisociabilidad de dichas actividades.

58. Además, en la vista se invitó al Gobierno húngaro a que precisara los requisitos con arreglo a los cuales se presta, en principio, el servicio de salud que, para dicho Gobierno, representa la comercialización de lentes de contacto. Pues bien, aunque consta que debe conseguirse una prescripción médica antes de la venta, las demás prestaciones de salud no necesariamente son simultáneas con la venta, y el protocolo médico que, en su caso, puede acompañar a ésta, varía considerablemente de una a otra de las etapas previstas de la venta.

59. Una vez admitida la disociación de dichas operaciones, resulta bastante claro que la compatibilidad del Decreto 7/2004 con el Derecho de la Unión debe examinarse a la luz de las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de mercancías. Por otra parte, el Gobierno húngaro no parece negar la existencia de restricciones a la venta de lentes de contacto a los pacientes. [17] Además, debe ponerse de relieve que el Tribunal de Justicia, cuando ha tenido que apreciar la compatibilidad de una medida que prohibía la venta por correspondencia de soportes gráficos, [18] o, en un caso más cercano al presente asunto, la venta por Internet de medicamentos, [19] se ha basado en la libre circulación de mercancías.

2. En cuanto a la existencia de una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa a la importación

60. Se plantea entonces la cuestión de si la prohibición de venta de lentes de contacto que se desprende de la normativa de que se trata en el litigio principal es contraria al artículo 28 CE.

61. El Decreto 7/2004 no impone los requisitos que deben reunir las lentes de contacto, [20] sino que únicamente indica que su venta ha de realizarse en establecimientos especializados, respetando les requisitos relativos a la superficie mínima y al personal cualificado, o en su caso, mediante entrega a domicilio con fines de prueba o de adaptación, pero en ningún caso a través de Internet. Por lo tanto, sí establece las modalidades de venta particulares para este tipo de mercancía.

17 — Véase el punto 34 de las observaciones escritas presentadas por la República de Hungría.

18 — Véase la sentencia Dynamic Medien, antes citada, apartados 26 y siguientes.

19 — Sentencia Deutscher Apothekerverband, antes citada, apartados 64 y siguientes.

20 — En el sentido de la jurisprudencia Cassis de Dijon, en particular (véanse las sentencias de 20 febrero 1979, Rewe-Zentral, «Cassis de Dijon» (120/78, Rec. p. 649), y Keck y Mithouard, antes citada, apartado 15.

62. Pues bien, según la fórmula consagrada en la sentencia Keck y Mithouard, [21] «la aplicación a productos procedentes de otros Estados miembros de disposiciones nacionales que limiten o prohíban ciertas modalidades de venta no puede obstaculizar directa o indirectamente, real o potencialmente el comercio entre los Estados miembros […] siempre que dichas disposiciones se apliquen a todos los operadores afectados que ejerzan su actividad en el territorio nacional y siempre que afecten del mismo modo, de hecho y de Derecho, a la comercialización de los productos nacionales y a la de los procedentes de otros Estados miembros». Sólo cumpliendo esos requisitos puede una medida nacional escapar a la prohibición del artículo 28 CE.

63. En lo que se refiere al primer requisito, es incuestionable que la medida nacional de que se trata se aplica efectiva e indistintamente a todos los operadores afectados que ejercen su actividad en el territorio húngaro, dado que cada uno de los operadores que desean actuar en el mercado húngaro de las lentes de contacto debe atenerse a los requisitos del Decreto 7/2004.

64. En cambio, considero que los requisitos exigidos por el Derecho húngaro para la comercialización de las lentes de contacto resultan más gravosos cuando se trata de la comercialización de productos procedentes de otros Estados miembros.

65. Ciertamente, nada prohíbe a los operadores instalados en el territorio de otro Estado miembro abrir un establecimiento especializado que cumpla los requisitos establecidos en el Decreto 7/2004 para la comercialización de lentes de contacto. Sin embargo es evidente que un comercio de esta índole conlleva mayores cargas y obligaciones. El interés de la venta en línea radica precisamente en que Internet ofrece a los operadores un escaparate dotado de visibilidad transfronteriza, sin que el operador tenga que soportar los costes y obligaciones vinculados a la posesión de un establecimiento «real». La venta en línea es una modalidad de venta alternativa al comercio tal y como se entiende tradicionalmente, y constituye un medio adicional para los operadores nacionales de acceder a una clientela que no se limite, geográficamente, a la población que rodea un establecimiento físico.

66. Así, en relación con la prohibición alemana de vender medicamentos por Internet, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que «una prohibición como la controvertida en el asunto principal perjudica más a las farmacias situadas fuera de Alemania que a las establecidas en territorio alemán. Aunque no cabe negar que a estas últimas dicha prohibición les priva de un modo suplementario o alternativo de acceder al mercado alemán de los consumidores finales de medicamentos, también es cierto que conservan la posibilidad de vender los medicamentos en sus oficinas. Por el contrario, Internet es un medio más importante para las farmacias que no están establecidas en el territorio alemán de acceder directamente a este mercado. Una prohibición que grava más a las farmacias establecidas fuera del territorio [nacional] podría obstaculizar más el acceso al mercado de los productos procedentes de otros Estados miembros que

21 — Sentencia Keck y Mithouard, antes citada, apartado 16.

el de los productos nacionales». [22] Parece pues que el Tribunal de Justicia ha admitido claramente que la prohibición de venta por Internet de una categoría de mercancías penaliza más a los operadores económicos que no se encuentran en el territorio nacional. Este razonamiento puede trasladarse completamente, en mi opinión, al asunto que nos ocupa, dado que la normativa húngara no sólo exige que la venta de lentes de contacto se desarrolle exclusivamente en un establecimiento físico, sino que, además, este último debe responder a criterios de superficie y de cualificación del personal.

67. Además, el Gobierno húngaro ha reconocido en la audiencia que los productos húngaros susceptibles de ser comercializados en establecimientos especializados en instrumentos médicos, y más concretamente, en lentes de contacto, representan una cantidad insignificante, sin poder, no obstante, aportar cifras al respecto. Es, por tanto, manifiesto que la prohibición alcanza fundamentalmente a los productos procedentes de otros Estados miembros de la Unión.

68. Por último, y por lo que respecta al segundo requisito acumulativo exigido por el Decreto 7/2004, a saber la condición personal, el Tribunal de Justicia ya ha llegado a la conclusión de que una legislación que reserva la venta de las lentes de contacto a un personal especializado puede afectar a los intercambios intracomunitarios. [23]

69. Consecuentemente, una prohibición nacional de venta por Internet de lentes de contacto, como la establecida por el Decreto 7/2004, sí constituye una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa en el sentido del artículo 28 CE.

3. Sobre la posibilidad de justificar la medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa al amparo del artículo 30 CE

70. La prohibición de las medidas de efecto equivalente a una restricción cuantitativa impuesta por el artículo 28 CE no es sin embargo absoluta, dado que tales medidas pueden estar justificadas por la necesidad de satisfacer las razones de interés general enumeradas en el artículo 30 CE, o exigencias imperativas. el Gobierno húngaro aduce que el Decreto 7/2004 persigue un objetivo de interés general, que es la protección de la salud pública.

71. Efectivamente, según jurisprudencia reiterada, una medida de efecto equivalente a

22 — Sentencia Deutscher Apothekerverband, antes citada, apartado 74.

23 — Sentencia LPO, antes citada, apartado 8.

una restricción cuantitativa puede estar justificada por la protección de la salud y de la vida de las personas. El Tribunal de Justicia no ha dejado de recordar que «de entre los bienes o intereses protegidos por el [...] [Tratado], la salud y la vida de las personas ocupan el primer puesto entre los bienes e intereses protegidos por el Tratado». [24]

72. Dado que los Tratados no han atribuido a la Unión una competencia plena y completa en la materia, y ésta sigue siendo compartida en gran medida entre la Unión y sus Estados miembros, como demuestra el artículo 152 CE, corresponde a los Estados miembros decidir qué nivel de protección de la salud pública pretenden ofrecer y qué medios van a utilizar para alcanzarlo. [25] Se admite sin reservas que los niveles puedan variar de un Estado a otro, lo que supone reconocer a los Estados miembros un cierto margen de apreciación. De este modo, el Decreto 7/2004 no puede considerarse injustificado a la luz del artículo 30 CE, por desproporcionado, por el mero hecho de que, en otros Estados miembros de la Unión, la comercialización de lentes de contacto no requiera prescripción facultativa, ni establecimiento especializado, ni personal cualificado. [26] No obstante, esta competencia que se ha dejado a los Estados miembros debe ejercerse respetando las disposiciones del Tratado. [27]

73. Por lo tanto, ha de analizarse la proporcionalidad *per se* de la regulación establecida en relación con el objetivo de protección de la salud pública que se persigue.

74. Según el Gobierno húngaro, el Decreto 7/2004 persigue un objetivo legítimo de protección de la salud pública, que consiste en preservar los intereses de los pacientes. Teniendo en cuenta que las lentes de contacto son instrumentos médicos particularmente invasivos, en contacto directo con la membrana del ojo, es obligado evitar la banalización del acto de vender lentes de contacto para mejor prevenir alteraciones en la vista y enfermedades oftalmológicas causadas por una mala utilización de las lentes de contacto y que puedan causar perjuicios irreparables para la vista. Por esta razón se regulan estrictamente los requisitos de venta de las lentes de contacto, requiriéndose la presencia del paciente en cada una de las fases de dicha venta. El paciente debe estar en contacto con un profesional que pueda aconsejarle y hacerle un seguimiento a lo largo del proceso de utilización de las lentes de contacto, es decir, en el momento de su prescripción, luego en la compra, y también en las pruebas y ajuste. El seguimiento realizado con ocasión de cada una de las visitas del paciente requiere la existencia de un establecimiento

24 — Sentencias de 7 de marzo de 1989, Schumacher, (215/87, Rec. p. 617), apartado 17; de 16 de abril de 1991, Eurim-Pharm (C-347/89, Rec. p. I-1747), apartado 26; de 8 de abril de 1992, Comisión/Alemania (C-62/90, Rec. p. I-2575), apartado 10; de 10 de noviembre de 1994, Ortscheit (C-320/93, Rec. p. I-5243), apartado 16; Deutscher Apothekerverband, antes citada, apartado 103; de 11 de septiembre de 2008, Comisión/Alemania (C-141/07, Rec. p. I-6935), apartado 46, y de 19 de mayo de 2009, Apothekerkammer des Saarlandes y otros (C-171/07 y C-72/07, Rec. p. I-4171), apartado 19.

25 — Sentencia Apothekerkammer des Saarlandes y otros, antes citada, apartados 18 y 19.

26 — Sentencia Comisión/Alemania, antes citada, apartado 51.

27 — Sentencia de 1 de febrero 2001, Mac Quen y otros (C-108/96, Rec. p. I-837), apartado 24, y sentencia Comisión/Alemania, antes citada, apartado 23.

especializado de una superficie mínima de 18 m2 o un local separado del taller, y el requisito de una superficie mínima garantiza, siempre según el Gobierno húngaro, que el establecimiento disponga del material y del espacio necesarios para proceder a los exámenes, y también del espacio suficiente para la presentación de los productos y de las instrucciones de uso. Cada vez que el profesional tiene contacto con el paciente debe ser una ocasión para comprobar, si es necesario, el estado de su vista mediante la práctica de exámenes, y para proporcionarle asesoramiento e información. De este modo, y dado que no sería posible prescindir de la presencia del paciente, el Gobierno húngaro excluye, en sus observaciones escritas, que los exámenes o las pruebas puedan tener lugar a distancia. [28] Por último, el Gobierno húngaro considera el Decreto 7/2004 necesario y proporcionado. El objetivo de conservación de la salud de los ojos fijado por Hungría sólo podría alcanzarse garantizando la presencia del paciente en cada fase de la dispensación medicalizada de las lentes de contacto, y su contacto sistemático con personal cualificado. Los requisitos del Decreto antes mencionado tendrían la extensión necesaria para alcanzar ese objetivo de conformidad con las disposiciones del Derecho de la Unión.

75. Siendo muy loable la preocupación del Gobierno húngaro por la salud de los ojos, no puedo evitar pensar que una cierta incoherencia, si no contradicción, se ha deslizado en la normativa nacional en la materia.

76. En lo que respecta a la condición personal, el Tribunal de Justicia ya ha considerado compatible con el Derecho de la Unión una normativa nacional que reservaba el derecho de venta de medicamentos a un personal cualificado, justificándolo, en particular, por el hecho de que este tipo de personal puede proceder a comprobar la autenticidad de las recetas de mejor forma. [29] Puede establecerse un cierto paralelismo con este asunto, dado que el Estado húngaro condiciona la entrega de las lentes de contacto a disponer de una receta médica. A pesar de ello, no puede dejar de señalarse la diferente naturaleza de las dos categorías de mercancías implicadas, en el sentido que las lentes de contacto no se consideran medicamentos sujetos a prescripción sino instrumentos médicos. En cualquier caso, el Tribunal de Justicia ya ha admitido, al menos indirectamente, la compatibilidad, con el Derecho de la Unión, de una legislación nacional que exige la presencia de ópticos diplomados asalariados o socios en cada establecimiento. [30]

77. No puede ponerse en duda la facultad de la República de Hungría, de mantener una

28 — Véase el punto 46 de las observaciones escritas presentadas por el Gobierno húngaro.

29 — Sentencia Deutscher Apothekerverband, antes citada, apartado 119.

30 — Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de abril de 2005, Comisión/Grecia (C-140/03, Rec. p. I-3177), apartado 35.

normativa que exige una receta médica para la entrega de lentes de contacto. Sin embargo, el hecho de que, en este asunto, se trate de instrumentos médicos, y no de medicamentos, tiene como consecuencia que se atenúe la intensidad de la obligación de información y de asesoramiento profesional, habida cuenta de la diferencia existente en términos de riesgo. En efecto, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que «a diferencia de los productos de óptica, los medicamentos prescritos o utilizados por motivos terapéuticos pueden, no obstante, resultar gravemente perjudiciales para la salud si se consumen innecesaria o incorrectamente, sin que el consumidor pueda advertirlo durante su administración». [31] A la vista de ello, aquí termina el paralelismo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre los medicamentos.

78. La preocupación por proteger y preservar la salud pública de la que hace muestra el Gobierno húngaro es del todo legítima. Éste identifica las graves consecuencias que pueden resultar de una mala utilización de las lentes de contacto. Pero, indudablemente, el requisito material establecido por el Decreto 7/2004 debilita la argumentación del Gobierno húngaro.

79. El carácter desproporcionado de la medida debe, en mi opinión, buscarse, sobre todo, en este requisito material que tiene como consecuencia impedir al personal cualificado ejercer su profesión en el territorio de otro Estado miembro, acceder al mercado húngaro y hacer llegar a él sus mercancías.

80. En efecto, la prohibición absoluta de la comercialización de lentes de contacto por Internet no contempla la hipótesis de que dicha comercialización se realice por personal cualificado, establecido, en su caso, en el territorio de otro Estado miembro. [32]

81. Si la relación entre la superficie mínima fijada en 18 m2 y la calidad de la información o del seguimiento no parece evidente, como han señalado con razón los Gobiernos checo y neerlandés así como la Comisión en sus observaciones escritas, debe reconocerse que, aún lo es menos si se tiene en cuenta que la entrega de lentes de contacto a domicilio está autorizada. Efectivamente, en el Decreto 7/2004, subyace una contradicción intrínseca: al mismo tiempo que exige un establecimiento con una superficie mínima suficiente para disponer del material necesario y proceder a los exámenes, autoriza la entrega a domicilio con fines de prueba y de adaptación de las lentes de contacto. Creo que esto demuestra

31 — Sentencia Apothekerkammer des Saarlandes y otros, antes citada, apartado 60.

32 — Ese fue, precisamente, el supuesto que se planteó al Tribunal de Justicia en el asunto Deutscher Apothekerverband, antes citado, y en aquello que afectaba entonces a los farmacéuticos.

que las distintas operaciones, cuyo carácter indisociable el Gobierno húngaro se esfuerza en demostrar, pueden abordarse de forma totalmente independiente.

82. En cuanto a la entrega a domicilio, el Gobierno húngaro parece partir de la premisa de que la comercialización por Internet daría lugar a una entrega de lentes de contacto que sólo se haría por un mensajero o cartero, y no por un profesional. Ahora bien, dado que el Gobierno húngaro parece indicar, en su respuesta a la cuestión escrita formulada por el Juez Ponente, que personal cualificado en Hungría procede a la entrega a domicilio de las lentes de contacto con fines de prueba o de adaptación, nada impide imaginar un sistema de ventas por Internet en el que, también la entrega, se realice por personal cualificado.

83. A mayor abundamiento, y como consecuencia de lo que ya se ha señalado en el punto 83 de las presentes conclusiones, puede reprocharse legítimamente a la normativa húngara que no establezca ningún matiz en cuanto a la obligación de que el paciente y el profesional estén presentes a la vez en el establecimiento especializado. Puede admitirse que la información y el asesoramiento sean de gran importancia en el momento de la primera prescripción y en los primeros tiempos de la utilización des lentes de contacto, pero las necesidades no son las mismas en el caso de los compradores que utilizan estos instrumentos médicos desde hace cierto tiempo. En este sentido puede imaginarse que, en el momento de la reposición, por ejemplo, la obligación de información y de asesoramiento sea de menor intensidad. No resulta evidente que el operador por Internet no pueda controlar la autenticidad de las recetas, si es necesario, ni facilitar la información y el consejo suficientes por medios apropiados (aviso en el sitio en Internet recordando, en su caso, la necesidad de consultar en caso de problemas, inserción de notas explicativas en los paquetes que se envían, etc.).

84. También confirma la falta de matices el hecho de que el Gobierno húngaro no parece hacer ninguna distinción entre las lentes de contacto rígidas y las lentes de contacto blandas, ni entre las lentes de contacto que corrigen deficiencias visuales y aquellas cuyo único objeto es colorear el iris. La intervención del profesional para adaptar las lentes de contacto rígidas a los ojos del paciente puede considerarse una operación delicada, dado que el profesional actúa, según afirmó el Gobierno húngaro en la vista, sobre el producto. La entrega de lentes de contacto rígidas requiere un seguimiento particular, que consiste en el proceso de adaptación y de comprobación. En cambio, este proceso es mucho menos riguroso cuando se prescriben lentes de contacto blandas. Además, ciertas lentillas pueden tener una utilidad meramente cosmética,

y aunque deban proporcionarse instrucciones de mantenimiento, el seguimiento en su utilización resultará mucho menos complicado que el que requieren las lentes de contacto de indicación terapéutica.

85. En virtud de lo anterior, creo que, por muy legítima que sea la finalidad perseguida por el Decreto 7/2004, el objetivo de protección de la salud pública puede alcanzarse con medidas menos restrictivas de la libre circulación de mercancías.

86. Por lo tanto, recomiendo al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones prejudiciales 2 y 3 reformuladas que: «el artículo 28 CE debe interpretarse en el sentido de que una normativa nacional que exige, para la comercialización de lentes de contacto, estar en posesión de un establecimiento especializado en instrumentos médicos de una superficie mínima de 18 m2 o de un local separado del taller, así como la presencia de personal cualificado, y que tiene como consecuencia prohibir la venta por Internet, constituye una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa a la importación. Los artículos 28 CE y 30 CE deben interpretarse en el sentido de que tal normativa no está justificada por razones de protección de la salud y de la vida de las personas, dado que puede alcanzarse el mismo objetivo con medidas menos rigurosas».

VII. Conclusión

87. En virtud de cuanto antecede, propongo que se conteste a las cuestiones planteadas por el Baranya Megyei Bíróság de la siguiente forma:

«1) La compatibilidad con el Derecho de la Unión de una normativa nacional que tiene como consecuencia prohibir la venta por Internet de lentes de contacto

no puede apreciarse en relación con las disposiciones de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior. La cuestión de si la comercialización de lentes de contacto es un asesoramiento médico que requiere el reconocimiento físico de un paciente, en el sentido del décimo octavo considerando de dicha Directiva, carece, por lo tanto, por lo tanto de pertinencia.

2) El artículo 28 CE debe interpretarse en el sentido de que una normativa nacional que exige, para la comercialización de lentes de contacto, estar en posesión de un establecimiento especializado en instrumentos médicos de una superficie mínima de 18 m2 o de un local separado del taller, así como la presencia de personal cualificado, y que tiene como consecuencia prohibir la venta por Internet, constituye una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa a la importación.

3) Los artículos 28 CE y 30 CE deben interpretarse en el sentido de que tal normativa no está justificada por razones de protección de la salud y de la vida de las personas, dado que puede alcanzarse el mismo objetivo con medidas menos rigurosas».