SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA PAOLA MENGOZZIJA,
predstavljeni 15. junija 2010[1]

I – Uvod

1. Sodišče je v obravnavani zadevi pozvano, naj podrobno opredeli področje uporabe Direktive 2000/31/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 8. junija 2000 o nekaterih pravnih vidikih storitev informacijske družbe, zlasti elektronskega poslovanja na notranjem trgu (v nadaljevanju: Direktiva o elektronskem poslovanju)[2], in znova uporabi sodno prakso iz združenih zadev Keck in Mithouard[3] tako, da odgovori na vprašanje, ali je prepoved prodaje kontaktnih leč prek interneta združljiva z določbami Pogodbe v zvezi s prostim pretokom blaga.

1 – Jezik izvirnika: francoščina.

2 – UL L 178, str. 1.

3 – Sodba z dne 24. novembra 1993 (C-267/91 in C-268/91, Recueil, str. I-6097).

II – Pravni okvir

A – *Primarna zakonodaja Unije*

2. Člen 28 ES določa, da so „[m]ed državami članicami [...] prepovedane količinske omejitve pri uvozu in vsi ukrepi z enakim učinkom“.

3. Člen 30 ES določa, da „[d]oločbe členov 28 [ES] in 29 [ES] ne izključujejo prepovedi ali omejitev pri uvozu, izvozu ali blagu v tranzitu, če so utemeljene z javno moralo, javnim redom ali javno varnostjo, varovanjem zdravja in življenja ljudi, živali ali rastlin, varstvom nacionalnih bogastev z umetniško, zgodovinsko ali arheološko vrednostjo ali z varstvom industrijske in poslovne lastnine. Vendar te prepovedi ali omejitve ne smejo biti sredstvo za samovoljno diskriminacijo ali prikrito omejevanje trgovine med državami članicami“.

B – *Sekundarna zakonodaja Unije*

4. V členu 1 (2) Direktive 98/34/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 22. junija 1998 o določitvi postopka za zbiranje informacij na področju tehničnih standardov in tehničnih predpisov,[4] kakor je bila spremenjena z Direktivo 98/48/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 20. julija 1998[5] (v nadaljevanju: Direktiva 98/34), so storitve informacijske družbe v smislu navedene direktive opredeljene tako:

„‚[S]toritev': katera koli storitev informacijske družbe ali katera koli storitev, ki se običajno opravi odplačno, na daljavo, elektronsko in na zahtevo prejemnika storitev.

Za namene te opredelitve pojmov:

– ‚na daljavo' pomeni, da se storitev opravi, ne da bi bile stranke sočasno navzoče,

– ‚elektronsko' pomeni, da se storitev pošlje na začetnem kraju in sprejme na cilju z elektronsko opremo za predelavo (skupaj z digitalnim zgoščevanjem) in shranjevanje podatkov ter se v celoti prenaša, pošilja in sprejema po žici, radijsko, z optičnimi ali drugimi elektromagnetnimi sredstvi,

– ‚na zahtevo prejemnika storitev' pomeni, da se storitev opravlja s prenosom podatkov na posamezno zahtevo.

Okvirni seznam storitev, ki ne sodijo v to opredelitev, je prikazan v Prilogi V.

[…]"

5. V uvodni izjavi 18 Direktive o elektronskem poslovanju je med drugim navedeno, da „dejavnosti, ki se zaradi svoje narave ne morejo opravljati na daljavo in z uporabo elektronskih sredstev, na primer obvezni revizijski pregled računovodstva družb ali zdravniški nasvet z obveznim zdravniškim pregledom pacienta, niso storitve informacijske družbe".

4 – UL L 204, str. 37.
5 – UL L 217, str. 18.

6. V uvodni izjavi 21 je navedeno, da „koordinirano področje zajema le zahteve v zvezi z dejavnostmi v stalnem dostopu do interneta, na primer obveščanje na spletu, oglaševanje na spletu, nakupovanje na spletu in sklepanje pogodb na spletu, in se ne nanaša na pravne zahteve držav članic glede blaga, na primer na varnostne standarde, obveznosti glede označevanja, neoporečnost blaga ali zahteve držav članic glede dobave ali prevoza blaga, vključno z dobavo zdravil“.

7. Člen 1(3) Direktive o elektronskem poslovanju določa, da „[t]a direktiva dopolnjuje pravo Skupnosti, ki se uporablja za storitve informacijske družbe, in ne posega v stopnjo zaščite, še posebno ne javnega zdravja in varstva interesov potrošnikov, kakor izhaja iz pravnih aktov Skupnosti in nacionalne zakonodaje za njihovo izvajanje, če to ne omejuje svobode zagotavljanja storitev informacijske družbe“.

8. V členu 2(a) Direktive o elektronskem poslovanju so storitve informacijske družbe opredeljene kot „storitve v smislu člena 1(2) Direktive 98/34/ES, spremenjene z Direktivo 98/48/ES“.

9. V členu 2(h) Direktive o elektronskem poslovanju je koordinirano področje opredeljeno kot „zahteve, določene v pravnih sistemih držav članic za ponudnike storitev informacijske družbe, ne glede na to ali so splošne narave ali posebej določene“.

10. Člen 2(h)(i) navedene direktive določa:

„[K]oordinirano področje se nanaša na zahteve, ki jih mora ponudnik izpolniti za:

– začetek opravljanja storitev informacijske družbe, na primer zahteve glede kvalifikacij, dovoljenj in priglasitev,

– izvajanje dejavnosti storitev informacijske družbe, na primer zahteve glede obnašanja ponudnika storitev, zahteve glede kakovosti ali vsebine storitve, vključno z zahtevami za oglaševanje in pogodbe ali zahtevami glede odgovornosti ponudnika storitve.“

11. Člen 2(h)(ii) še določa:

„[K]oordinirano področje ne zajema zahtev, na primer:

– zahtev glede blaga samega,

– zahtev glede dobave blaga,

– zahtev glede storitev, ki se ne zagotavljajo elektronsko.“

12. Člen 4 Direktive o elektronskem poslovanju v odstavku 1 določa, da „[d]ržave članice zagotovijo, da se začetek in izvajanje dejavnosti ponudnika storitev informacijske družbe ne sme pogojevati s predhodnim dovoljenjem ali drugo zahtevo enakega učinka“, v odstavku 2 tega člena pa je pojasnjeno, da „[o]dstavek 1 ne posega v dovoljenja, ki se ne nanašajo posebej in izključno na storitve informacijske družbe“.

C – *Madžarska zakonodaja in predpisi*

13. Člen 1(3) zakona CVIII. iz leta 2001 o storitvah elektronskega poslovanja in storitvah informacijske družbe (Az elektronikus kereskedelmi szolgáltatások, valamint az információs társadalommal összefüggő szolgáltatásokról szóló 2001. évi CVIII. Törvény, v nadaljevanju: zakon CVIII. iz leta 2001) določa, da „[p]odročje uporabe tega zakona ne zajema storitev informacijske družbe, opravljenih in uporabljenih v sodnem postopku ali upravnem postopku, in ne vpliva na uporabo določb o varstvu osebnih podatkov“. Odstavek 4 še določa: „Področje uporabe tega zakona ne zajema komunikacij, ki jih posameznik z uporabo storitev informacijske družbe opravi v namene, ki niso povezani z izvajanjem gospodarske ali poklicne dejavnosti oziroma nalog javne službe, niti tako izražene pogodbene volje“.

14. V členu 3(1) istega zakona je navedeno, da „za začetek opravljanja ali izvajanje storitev informacijske družbe ni potrebna predhodna odobritev niti upravna odločba z enakim učinkom“.

15. Člen 1 uredbe št. 7/2004 (XI. 23.) ministra za javno zdravje o poklicnih zahtevah za prodajo, popravilo in izposojo medicinskih pripomočkov (A gyógyászati segédeszközök forgalmazásának, javításának, kölcsönzésének szakmai követelményeiről szóló 7/2004 (XI. 23.) egészségügyi miniszteri rendelet, v nadaljevanju: uredba št. 7/2004) določa, da „se ta uredba, razen kar zadeva medicinske pripomočke, naštete v prilogi I, uporablja za opravljanje dejavnosti prodaje, popravil in izposoje vseh medicinskih pripomočkov ter tudi njihove dobave in izdelave medicinskih pripomočkov po meri. […] Prodaja, popravilo in izposoja medicinskih pripomočkov, ki spadajo na področje uporabe te uredbe, se štejejo za zdravstvene storitve."

16. Člen 2 iste uredbe določa:

„V tej uredbi:

(a) medicinski pripomoček pomeni medicinsko-tehnični pripomoček ali pripomoček za nego, ki ga uporablja oseba z začasno ali s trajno boleznijo, hendikepiranostjo ali z invalidnostjo,

[…]"

17. V skladu s členom 3(1) uredbe št. 7/2004 „se lahko medicinski pripomočki prodajajo, popravljajo in izposojajo […] v specializiranih prodajalnah, ki imajo dovoljenje za obratovanje v skladu s posebno zakonodajo in izpolnjujejo pogoje iz točk I.1 in I.2 priloge 2 k tej uredbi".

18. V členu 4(5) uredbe št. 7/2004 je dobava na dom urejena, kot sledi:

„Na dom je mogoče dobaviti:

(a) popravljen serijsko izdelan medicinski pripomoček,

(b) medicinski pripomoček, namenjen poskusni uporabi in/ali privajanju, ali po meri izdelan pripomoček, namenjen končnim potrošnikom izključno za poskusno uporabo in seznanitev z njim."

19. V prilogi 1 k navedeni uredbi je izrecno določeno:

„Naslednji medicinski pripomočki so izključeni s področja uporabe te uredbe:

[…]

– serijsko izdelani optični pripomočki, razen kontaktnih leč;

[…]“

20. V prilogi 2 k uredbi št. 7/2004 sta navedena še dva posebna pogoja, na katera se nanaša člen 3(1) navedene uredbe. V točki I.1(d) te priloge je med materialnimi pogoji, ki morajo biti izpolnjeni, določeno, da „je prodaja kontaktnih leč in očal po meri dovoljena samo v prodajalnah, ki merijo najmanj 18 m^2 ali imajo na voljo prostor, ločen od delavnice“. V točki I.2(c) navedene priloge je določen eden od kadrovskih pogojev, saj lahko kontaktne leče prodaja samo oseba, ki „opravlja poklic optometrista ali oftalmologa, usposobljenega za kontaktne leče“.

III – Spor o glavni stvari in vprašanja za predhodno odločanje

21. Ker-Optika Bt. (v nadaljevanju: Ker-Optika ali tožeča stranka v postopku v glavni stvari) je komanditna družba madžarskega prava, ki med drugim prek svoje internetne strani prodaja kontaktne leče.

22. ÀNTSZ Pécsi, Sellyei, Siklósi Kistérségi Intézete, krajevna izpostava ÀNTSZ oziroma državnih služb za javno zdravje in sanitarne zadeve, je družbi Ker-Optika 29. avgusta 2008 izdala upravno odločbo, s katero ji je prepovedala prodajo kontaktnih leč prek interneta.

23. Ker-Optika je vložila pritožbo pri ÀNTSZ Dél-dunántúli Regionális Intézete, območni direkciji zgoraj navedenih služb, ki je v odločbi z dne 14. novembra 2008 pritožbo zavrnila in potrdila odločbo o prepovedi, ki jo je zoper družbo Ker-Optika sprejela krajevna izpostava, pri čemer se je oprla na člen 3(1) uredbe št. 7/2004. Z uredbo št. 7/2004 naj bi bila torej prepovedana elektronska prodaja kontaktnih leč, saj naj bi se, nasprotno, zahtevalo, naj se kontaktne leče prodajajo v specializiranih prodajalnah z optičnimi pripomočki, ki morajo izpolnjevati materialne in kadrovske pogoje, na katere se sklicuje člen 3(1) navedene uredbe.

24. Družba Ker-Optika se s tako razlago, ki pomeni, da ji je prepovedano opravljanje dela njene dejavnosti, ni strinjala, zato je pri Baranya Megyei Bíróság (sodišče županije Baranja, Madžarska) vložila tožbo za razglasitev ničnosti odločbe območne direkcije državnih služb za javno zdravje in sanitarne zadeve.

25. Tožeča stranka v postopku v glavni stvari je pred predložitvenim sodiščem navedla, prvič, da je prodaja kontaktnih leč storitev informacijske družbe, zato naj bi bila v zvezi s tem sporna odločba v nasprotju s členom 3(1) zakona CVIII. iz leta 2001, v skladu s katerim za začetek opravljanja ali izvajanje storitev informacijske družbe nista potrebni predhodna odobritev ali upravna odločba z enakim učinkom. Drugič, ker je z uredbo št. 7/2004 dovoljena dobava medicinskih pripomočkov na dom, naj bi morala biti dovoljena prodaja kontaktnih leč prek interneta.

26. Tožena stranka v postopku v glavni stvari se je sklicevala na Direktivo o elektronskem poslovanju, zlasti na uvodno izjavo 18. Po njenem mnenju je prodaja kontaktnih leč dejavnost, ki je ni mogoče izvajati na daljavo, saj naj bi bila primerljiva z zdravniškim nasvetom, za katerega je obvezen zdravniški pregled pacienta, zato naj bi bila izključena s področja uporabe navedene direktive. Določbe zakona CVIII. iz leta 2001, s katerim je bila Direktiva o elektronskem poslovanju prenesena v madžarsko pravo, naj se tako ne bi uporabljale za dejavnost, obravnavano v postopku v glavni stvari.

27. Baranya Megyei Bíróság je zaradi težav pri razlagi prava Unije prekinilo odločanje in s predložitvenim sklepom z dne 10. februarja 2009 Sodišču na podlagi člena 234 ES v predhodno odločanje predložilo ta vprašanja:

„1. Ali pomeni prodaja kontaktnih leč zdravniški nasvet z obveznim zdravniškim pregledom pacienta in tako ne spada na področje uporabe Direktive [o elektronskem poslovanju]?

2. Ali je treba v primeru, da prodaja kontaktnih leč ne pomeni zdravniškega nasveta z obveznim zdravniškim pregledom pacienta, člen 30 ES razlagati tako, da nasprotuje določbam države članice, ki določajo, da je mogoče kontaktne leče prodajati le v specializiranih prodajalnah z medicinskimi pripomočki?

3. Ali je madžarska zakonodaja, ki dovoljuje prodajo kontaktnih leč le v specializiranih prodajalnah z medicinskimi pripomočki, v nasprotju z načelom prostega pretoka blaga, določenim v členu 28 ES?“

28. Predložitveno sodišče v bistvu najprej sprašuje, ali je dejavnost, obravnavana v postopku v glavni stvari, zajeta z Direktivo o elektronskem poslovanju, in samo če bi Sodišče odgovorilo nikalno, zastavlja vprašanje

o razlagi primarne zakonodaje Unije. Prav v zvezi z zadnjim vidikom bi se lahko pojavila težava pri uporabi zgoraj navedene sodne prakse iz zadeve Keck in Mithouard.

o elektronskem poslovanju in ali je zato treba združljivost uredbe št. 7/2004 s pravom Unije presojati z vidika navedene direktive.

IV – Postopek pred Sodiščem

29. Pisna stališča so predložile češka, grška, španska, madžarska in nizozemska vlada ter Evropska komisija.

30. Na obravnavi 15. aprila 2010 so ustna stališča podale grška, španska, madžarska in nizozemska vlada ter Komisija.

32. V skladu z uredbo št. 7/2004, obravnavano v postopku v glavni stvari, je prodaja kontaktnih leč – ki se v madžarskem pravu štejejo za medicinski pripomoček – dovoljena samo v specializiranih prodajalnah, ki merijo najmanj 18 m^2 ali imajo prostor, ločen od delavnice, in osebam, ki opravljajo poklic optometrista ali oftalmologa. Tako je prodaja proizvodov te vrste prek interneta prepovedana. Vendar predložitveno sodišče opozarja, da je dobava medicinskih pripomočkov, zajetih z navedeno uredbo, torej vključno s kontaktnimi lečami, na dom končnim potrošnikom dovoljena ob upoštevanju pogojev iz te uredbe[6].

V – Prvo vprašanje za predhodno odločanje

31. Predložitveno sodišče želi s tem, ko Sodišče sprašuje, ali prodaja kontaktnih leč pomeni zdravniški nasvet ob obvezni fizični navzočnosti pacienta, predvsem izvedeti, ali je zadevna dejavnost zajeta z Direktivo

33. Še preden se dalje vprašamo, ali je prodaja kontaktnih leč primerljiva s posvetovanjem z zdravnikom ob obvezni fizični navzočnosti pacienta, menim, da je namen prvega

6 – Madžarska vlada je v odgovoru na pisno vprašanje pojasnila, da „se lahko [kontaktne leče] končnim potrošnikom dobavijo na dom samo za poskusno uporabo in privajanje“, torej je mogoče domnevati, da jih lahko dobavi samo usposobljeno osebje (glej točko 7 odgovora na vprašanje, postavljeno madžarski vladi).

vprašanja, ki ga je treba razumeti v povezavi z drugim in s tretjim vprašanjem, ugotoviti, ali je treba združljivost nacionalnih predpisov, na podlagi katerih je iz prodaje prek interneta izključena posebna kategorija blaga, s pravom Unije presojati samo z vidika Direktive o elektronskem poslovanju.

34. Namen Direktive o elektronskem poslovanju je prispevati k pravilnemu delovanju notranjega trga, tako da se na tem področju vzpostavi pravni okvir za zagotovitev prostega pretoka storitev informacijske družbe med državami članicami. Kot izhaja iz naslova Direktive, se ta nanaša samo na „nekatere“ pravne vidike storitev informacijske družbe, v členu 1(2) navedene direktive pa je določeno, da je njen namen le uskladiti „nekatere nacionalne določbe o storitvah informacijske družbe glede notranjega trga, sedeža ponudnika storitev, komercialnih sporočil, elektronskih pogodb, odgovornosti posrednikov, kodeksov ravnanja, izvensodnih poravnav sporov, sodnega varstva in sodelovanja med državami članicami“.

35. Čeprav se Direktiva o elektronskem poslovanju na splošno pojmuje kot direktiva, s katero je bil omogočen razvoj elektronskega poslovanja znotraj Skupnosti, so torej z Direktivo urejene samo nekatere faze, v katerih poteka to poslovanje, saj je zagotovljen njihov pravni okvir, niso pa določeni pogoji v zvezi s pretokom blaga, kot bi se morda lahko sklepalo. Poleg tega je v tej direktivi poudarjen pojem „storitev“, ne pa pojem „blago“.

36. Z drugimi besedami, napačno bi bilo sklepati, da je cilj Direktive o elektronskem poslovanju splošna liberalizacija elektronskega trgovanja. Iz nobene od njenih določb namreč ne izhaja kakršna koli obveznost držav članic, da na splošno in sistematično za vsako vrsto blaga odobrijo prodajo prek interneta. Zdi se mi, da moje mnenje potrjuje tudi preučitev področja, usklajenega z navedeno direktivo.

37. Tudi če bi se Sodišče vseeno odločilo za nadaljnjo analizo Direktive o elektronskih storitvah, obstajata po mojem mnenju vsaj še dva upravičena razloga za to, da združljivosti uredbe št. 7/2004 s pravom Unije ni mogoče presojati z vidika Direktive o elektronskem poslovanju. Po eni strani je to mogoče razbrati iz opredelitve koordiniranega področja v tej

direktivi. Po drugi strani menim, da prodaje kontaktnih leč v nobenem pogledu ni mogoče opredeliti kot „storitve informacijske družbe“ v smislu Direktive o elektronskem poslovanju.

38. Prvič, kar zadeva koordinirano področje, glede na namen te direktive, naveden v točki 34 teh sklepnih predlogov, ni mogoče trditi, da bi se lahko prepoved prodaje prek interneta preučila z vidika Direktive o elektronskem poslovanju.

39. Poleg tega se z navedeno uredbo dejansko urejajo podrobna pravila o dobavi kontaktnih leč v širšem smislu, saj so v njej med drugim opredeljeni pogoji za prodajo in distribucijo kontaktnih leč končnim potrošnikom, mimogrede pa je z njo prepovedana tudi prodaja prek interneta, torej dobava na dom, ki je načelno značilna za ta način dajanja na trg, če se ne izvaja v skladu s pogoji iz uredbe št. 7/2004 (torej izključno za poskusno uporabo, privajanje in seznanitev s pripomočkom). Nikakor se mi torej ne zdi, da bi prodaja kontaktnih leč, kot je urejena s to uredbo, spadala na področje, usklajeno z Direktivo o elektronskem poslovanju.

40. Čeprav je v uvodni izjavi 18 najprej navedeno, da „[s]toritve informacijske družbe zajemajo široko področje gospodarskih dejavnosti, ki potekajo po internetu,“ in da „gre predvsem za internetno prodajo blaga“, je namreč takoj pojasnjeno, da „dejavnosti, na primer lokalno dobavljanje blaga ali opravljanje storitev izven spleta, niso zajete“. V uvodni izjavi 21 je jasno navedeno, da „koordinirano področje zajema le zahteve v zvezi z dejavnostmi v stalnem dostopu do interneta, na primer obveščanje na spletu, oglaševanje na spletu, nakupovanje na spletu in sklepanje pogodb na spletu, in se ne nanaša na pravne zahteve držav članic glede blaga, na primer na varnostne standarde, obveznosti glede označevanja, neoporečnost blaga ali zahteve držav članic glede dobave ali prevoza blaga, vključno z dobavo zdravil“.

41. Kot sta v pisnih stališčih opozorili češka in nizozemska vlada, je v opredelitvi koordiniranega področja iz člena 2(h)(ii) Direktive o elektronskem poslovanju navedeno, da so s področja uporabe Direktive načelno izključene zahteve glede blaga samega in njegove dobave. Opozorjeno je tudi, da če navedena direktiva „zajema le zahteve

v zvezi z dejavnostmi v stalnem dostopu do interneta, nakupovanje na spletu in sklepanje pogodb na spletu“, se z njo torej dejansko urejajo nekateri vidiki morebitnega trgovanja prek spleta, ni pa opredeljeno, ali je za to vrsto dejavnosti ali transakcij treba omogočiti trgovanje prek interneta. Direktiva torej ne določa pogojev, pod katerimi se lahko za določeno kategorijo blaga prepove prodaja prek interneta.

42. Drugič, poleg preučitve določb o koordiniranem področju je uporaba pojma „storitev informacijske družbe“ še en element, na podlagi katerega lahko sklepam, da sklicevanje na Direktivo o elektronskih storitvah v postopku v glavni stvari ni upoštevno.

43. Navedena direktiva se ne uporablja za vse storitve, ampak samo za posebno kategorijo, ki jo sestavljajo storitve informacijske družbe. Čeprav je prodaja kontaktnih leč v skladu z madžarsko zakonodajo zdravstvena storitev – kar je vsekakor izključno nacionalna opredelitev –, pa menim, da opredelitve storitve informacijske družbe iz zakonodaje Unije dejansko ni mogoče uporabiti za to dejavnost.

44. „Storitev informacijske družbe“ je namreč treba v smislu Direktive 98/34 razumeti, kot „katero koli storitev, ki se običajno opravi odplačno, na daljavo, elektronsko in na zahtevo prejemnika storitev“[7]. V tej opredelitvi je tudi izraženo, da „‚elektronsko‘ pomeni, da se storitev pošlje na začetnem kraju in sprejme na cilju z elektronsko opremo za predelavo (skupaj z digitalnim zgoščevanjem) in shranjevanje podatkov ter se v celoti prenaša, pošilja in sprejema po žici, radijsko, z optičnimi ali drugimi elektromagnetnimi sredstvi“.

45. V nasprotju s trditvami madžarske vlade menim, da je kontaktne leče popolnoma mogoče prodajati na daljavo ali prek interneta. Ta ugotovitev seveda pomeni, da je treba posvetovanje z zdravnikom, ki je morda potrebno pred izdajo kontaktnih leč, ločiti od prodaje teh leč.

46. Vendar tudi ob ločitvi posvetovanja z zdravnikom od prodaje kontaktnih leč po mojem mnenju ni mogoče sklepati, da prodaja kontaktnih leč in vsaka od njenih faz pomenijo storitev, ki se v nasprotju s trditvami Komisije „v celoti prenaša, pošilja in sprejema“ pod pogoji iz Direktive o elektronskem

7 – Glej točko 4 teh sklepnih predlogov.

poslovanju. Čeprav je mogoče naročilo kontaktnih leč, njegovo sprejetje in sklenitev pogodbe o nakupu prek spleta, ki iz tega izhaja, izvesti tudi elektronsko, pa drži, da pošiljanje kontaktnih leč končnemu potrošniku ni elektronski postopek, temveč je popolnoma fizični postopek. Razlikovanje iz uvodne izjave 18 navedene direktive med storitvami informacijske družbe in dejavnostmi, ki jih urejajo, postane smiselno prav v tej fazi argumentacije.

47. Nazadnje naj opozorim, da sem se v zadevi, v kateri je bila izrečena sodba Dynamic Medien[8], ki se je nanašala na prepoved – veljavno v Nemčiji – prodaje prek interneta nosilcev slike, ki jih pristojni nacionalni organ v nasprotju z nemško zakonodajo ni preizkusil in razvrstil zaradi varstva mladoletnikov, skliceval na ustaljeno sodno prakso Sodišča, v skladu s katero je treba nacionalna pravila, sprejeta na področju, ki je bilo predmet izčrpnega usklajevanja na ravni Evropske unije, preučiti glede na usklajevalni ukrep in ne glede na primarno pravo[9]. Na podlagi tega sem sklepal, da tudi če bi se strinjali, da prodaja nosilcev slike v določenih vidikih spada na področje uporabe Direktive o elektronskem poslovanju, bi se prav tako lahko vprašali, s katerimi predpisi iz Direktive naj bi bile izčrpno usklajene nacionalne določbe o varstvu mladoletnikov, tako da bi bilo mogoče izključiti preverjanje skladnosti navedene prepovedi z upoštevnimi določbami Pogodbe.[10] Enak pristop je uporabilo Sodišče.[11]

48. Da nekateri vidiki zadevne dejavnosti lahko spadajo na področje uporabe Direktive o elektronskem poslovanju, sem sklepal na podlagi dejstva, da je bilo pred tem z nacionalno zakonodajo sprejeto načelo prodaje nosilcev slike prek interneta.Okoliščine obravnavane zadeve so popolnoma drugačne.

8 – Sodba z dne 14. februarja 2008 (C-244/06, ZOdl., str. I-505).

9 – Glej točko 21 sklepnih predlogov, ki sem jih predstavil v zadevi, v kateri je bila izrečena zgoraj navedena sodba Dynamic Medien, ter sodbe z dne 23. novembra 1989 v zadevi Parfümerie-Fabrik 4711 (150/88, Recueil, str. 3891, točka 28); z dne 12. oktobra 1993 v zadevi Vanacker in Lesage (C-37/92, Recueil, str. I-4947, točka 9); z dne 13. decembra 2001 v zadevi DaimlerChrysler (C-324/99, Recueil, str. I-9897, točka 32); z dne 24. oktobra 2002 v zadevi Linhart in Biffl (C-99/01, Recueil, str. I-9375, točka 18) in z dne 11. decembra 2003 v zadevi Deutscher Apothekerverband (C-322/01, Recueil, str. I-14887, točka 64).

10 – Glej točko 24 sklepnih predlogov, ki sem jih predstavil v zadevi, v kateri je bila izrečena zgoraj navedena sodba Dynamic Medien.

11 – Glej zgoraj navedeno sodbo Dynamic Medien, točki 22 in 23.

49. Da so nekateri vidiki prodaje kontaktnih leč zajeti z Direktivo o elektronskem poslovanju, je torej mogoče priznati samo, če je bila predhodno dovoljena prodaja kontaktnih leč prek interneta. Kot sem poskušal dokazati, pa bi v navedeni direktivi le težko našli pravila, s katerimi so usklajene nacionalne določbe in ki bi omogočala, da bi izključno na teh določbah temeljil nadzor Sodišča nad združljivostjo nacionalnih predpisov, ki so sporni v postopku v glavni stvari, s pravom Unije, to je predpisov, na podlagi katerih, naj opozorim, je prodaja kontaktnih leč prek interneta prepovedana.

50. Enako je treba ugotoviti tudi za Direktivo Sveta 93/42/EGS z dne 14. junija 1993 o medicinskih pripomočkih[12], med katere spadajo kontaktne leče, saj ne določa nobenih pogojev v zvezi z načinom njihovega dajanja na trg, prodaje ali dobave.

51. Sodišču torej predlagam, naj na prvo vprašanje predložitvenega sodišča, kot je bilo razloženo v točki 33 teh sklepnih predlogov, odgovori, da združljivosti nacionalnih predpisov, katerih posledica je prepoved prodaje kontaktnih leč prek interneta, s pravom Unije ni mogoče presojati z vidika določb Direktive o elektronskem poslovanju. Vprašanje, ali je prodaja kontaktnih leč zdravniški nasvet ob obvezni fizični navzočnosti pacienta v smislu uvodne izjave 18 navedene direktive, zato ni pomembno.

52. Ker ni nobenega usklajevalnega ukrepa, ki bi bil upošteven za rešitev spora o glavni stvari, je torej treba uredbo št. 7/2004 preučiti z vidika primarnega prava Unije,[13] kar je predmet naslednjih dveh vprašanj za predhodno odločanje.

VI – Drugo in tretje vprašanje za predhodno odločanje

A – *Uvodna pripomba*

53. Najprej, če pomislimo na logični vrstni red vprašanj, ki jih je postavilo predložitveno sodišče, je treba najprej ugotoviti, ali je treba združljivost nacionalnih predpisov s pravom

12 – UL L 169, str. 1.

13 – Zgoraj navedena sodba Dynamic Medien, točka 23.

Unije presojati z vidika člena 28 ES, nato pa preučiti, ali bi bili morda lahko navedeni nacionalni predpisi upravičeni na podlagi člena 30 ES.

B – *Pravna analiza*

1. Uvodne pripombe

54. Če nacionalni ukrep velja za prosti pretok blaga in hkrati za svobodo opravljanja storitev, ga Sodišče načeloma preizkusi le glede na eno od teh dveh temeljnih svoboščin, če se izkaže, da je ena od njiju drugotnega pomena v razmerju do druge in se ji lahko pridruži.[14]

55. Madžarska vlada trdi, da prodaja kontaktnih leč, kot je Sodišče navedlo v sodbi LPO[15], ni običajna poslovna dejavnost, zato je ni mogoče obravnavati neodvisno od sočasno opravljenih zdravstvenih storitev. Poleg tega na podlagi sodbe Dollond & Aitchison[16] sklepa, da je Sodišče že priznalo, da so storitve v zvezi s kontaktnimi lečami neločljivo povezane z njihovo prodajo.

56. Kljub temu sem še vedno prepričan, da sta obe dejavnosti, in sicer prodaja kontaktnih leč in morebitni s tem povezani nasveti, popolnoma razdružljivi.

57. Sklicevanje na zgoraj navedeno sodbo Dollond & Aitchison se mi nikakor ne zdi upoštevno, saj je bilo vprašanje, ki ga je Sodišče moralo preučiti v navedeni zadevi, popolnoma drugačno od vprašanja iz obravnavanega primera. Sodišče je bilo namreč v navedeni sodbi zaprošeno, naj se izreče o podrobnih pravilih za izračun davka na dodano vrednost za storitev, ki jo je ponujalo podjetje iz Skupnosti ter je obsegala dobavo kontaktnih leč in opravljanje storitev, med katerimi so bili pregledi vida. Sodišče ni bilo zaprošeno, naj

14 – Sodbe z dne 24. marca 1994 v zadevi Schindler (C-275/92, Recueil, str. I-1039, točka 22); z dne 25. marca 2004 v zadevi Karner (C-71/02, Recueil, str. I-3025, točka 46) in z dne 26. maja 2005 v zadevi Burmanjer in drugi (C-20/03, ZOdl., str. I-4133, točka 35).

15 – Sodba z dne 25. maja 1993 (C-271/92, Recueil, str. I-2899, točka 11).

16 – Sodba z dne 23. februarja 2006 (C-491/04, ZOdl., str. I-2129, točka 35).

odloči, ali je treba obe dejavnosti sistematično obravnavati skupaj. Zato se v nasprotju s trditvami madžarske vlade v tej sodbi ni zavezalo k nerazdružljivosti teh dejavnosti v prihodnje.

2. Obstoj ukrepa z enakim učinkom, kot ga ima količinska omejitev uvoza

58. Poleg tega je bila madžarska vlada na obravnavi pozvana, naj podrobno navede pogoje, pod katerimi se načeloma opravlja zdravstvena storitev – kar naj bi po mnenju te vlade prodaja kontaktnih leč bila. Čeprav ni sporno, da je treba pred prodajo dobiti zdravniški recept, pa s prodajo niso nujno povezane druge zdravstvene storitve, morebiten spremljajoč zdravniški protokol pa se močno razlikuje glede na predvidene faze prodaje.

60. Vprašanje, ki se torej postavlja, je, ali je prepoved prodaje kontaktnih leč, ki je razvidna iz predpisov, obravnavanih v postopku v glavni stvari, v nasprotju s členom 28 ES.

59. Če ta postopka štejemo za ločena, postane dokaj očitno, da je treba združljivost uredbe št. 7/2004 s pravom Unije presojati glede na določbe Pogodbe, ki se nanašajo na prosti pretok blaga. Sicer pa se zdi, da madžarska vlada ne izpodbija obstoja omejitev prodaje kontaktnih leč pacientom.[17] Treba je še navesti, da se je Sodišče pri presoji združljivosti ukrepa prepovedi prodaje nosilcev slike po pošti,[18] ali kar je še bolj povezano z obravnavano zadevo[19], prodaje zdravil prek interneta oprlo na prosti pretok blaga.

61. V uredbi št. 7/2004 niso določeni pogoji, ki jim morajo ustrezati kontaktne leče,[20] ampak je navedeno samo, da se morajo te prodajati v specializiranih prodajalnah, ki izpolnjujejo zahteve v zvezi z minimalno površino in usposobljenim osebjem, za poskusno uporabo ali privajanje pa se lahko tudi dobavijo na dom, vendar nikakor ne z naročilom prek interneta. Dejansko so torej določena podrobna pravila za prodajo te vrste blaga.

17 – Glej točko 34 pisnih stališč, ki jih je predložila madžarska vlada.

18 – Glej zgoraj navedeno sodbo Dynamic Medien, točka 26 in naslednje.

19 – Zgoraj navedena sodba Deutscher Apothekerverband, točka 64 in naslednje.

20 – Zlasti v smislu sodne prakse v zadevi Cassis de Dijon (glej sodbo z dne 20. februarja 1979 v zadevi Rewe-Zentral, imenovana Cassis de Dijon, 120/78, Recueil, str. 649, ter zgoraj navedeno sodbo Keck in Mithouard, točka 15).

62. V sodbi Keck in Mithouard[21] je navedeno, da „uporabe nacionalnih določb, s katerimi se omejujejo ali prepovedujejo določeni načini prodaje proizvodov iz drugih držav članic, ni mogoče šteti za neposredno ali posredno, dejansko ali potencialno oviro za trgovino med državami članicami […], če veljajo te določbe za vse zadevne gospodarske subjekte, ki opravljajo dejavnost na nacionalnem ozemlju, ter če pravno in dejansko enako prizadenejo trženje domačih proizvodov in trženje proizvodov iz drugih držav članic“. Samo pod temi pogoji za nacionalni ukrep ne velja prepoved iz člena 28 ES.

63. V zvezi s prvim pogojem ni sporno, da se zadevni nacionalni ukrep dejansko brez razlik nanaša na vse zadevne subjekte, ki opravljajo dejavnost na madžarskem ozemlju, saj mora vsak subjekt, ki želi delovati na madžarskem trgu kontaktnih leč, upoštevati zahteve iz uredbe št. 7/2004.

64. Po drugi strani se mi zdi, da pogoji, ki jih madžarsko pravo določa za prodajo kontaktnih leč, bolj prizadenejo prodajo proizvodov iz drugih držav članic.

65. Seveda subjektom s sedežem na ozemlju druge države članice nič ne preprečuje, da za prodajo kontaktnih leč odprejo specializirano prodajalno, ki izpolnjuje pogoje iz uredbe št. 7/2004. Vendar je očitno, da je tako poslovanje težje in dražje. Prodaja prek spleta je zanimiva prav zato, ker internet izvajalcem dejavnosti ponuja izložbeno okno, ki je vidno onkraj meja, ne da bi jim povzročal stroške in omejitve, povezane z lastništvom „resnične“ prodajalne. Prodaja prek spleta je način prodaje, ki je alternativa prodaji v tradicionalnem smislu, za domače izvajalce dejavnosti pa pomeni dodatno sredstvo za dosego kupcev, med katerimi z geografskega vidika niso samo ljudje, ki živijo v okolici fizične prodajalne.

66. Sodišče je tako v zvezi z nemško prepovedjo prodaje zdravil prek interneta že razsodilo, da „ukrep, podoben tistemu, ki je predmet spora o glavni stvari, bolj škodi lekarnam s sedežem zunaj Nemčije kot tistim, ki imajo sedež na nemškem ozemlju. Čeprav bi težko oporekali ugotovitvi, da tudi tem ta ukrep preprečuje uporabiti dodatno ali alternativno sredstvo za dostop do nemškega trga končnih potrošnikov zdravil, imajo te kljub temu še naprej možnost, da zdravila prodajajo v svojih lekarnah. Za lekarne, ki nimajo sedeža na nemškem ozemlju, pa bi bila internetna prodaja pomembnejše sredstvo za neposredno doseganje tega trga. Prepoved, ki bi bolj prizadela lekarne s sedežem zunaj [nacionalnega] ozemlja, bi lahko proizvodom iz drugih držav članic bolj ovirala dostop do

21 – Zgoraj navedena sodba, točka 16.

trga kot domačim proizvodom."[22] Zdi se, da se je Sodišče torej jasno strinjalo, da je prepoved prodaje določene kategorije blaga prek interneta usodnejša za gospodarske subjekte, ki nimajo sedeža na nacionalnem ozemlju. Menim, da je tako sklepanje popolnoma mogoče uporabiti tudi v obravnavani zadevi, saj madžarski predpisi ne zahtevajo le, da se morajo kontaktne leče prodajati izključno v fizični prodajalni, ampak tudi da mora ta izpolnjevati merila v zvezi s površino in z usposobljenostjo osebja.

67. Poleg tega je madžarska vlada na obravnavi priznala, da je količina madžarskih izdelkov, ki bi se lahko prodajali v specializiranih prodajalnah z medicinskimi pripomočki, natančneje kontaktnih leč, popolnoma zanemarljiva, ni pa mogla navesti številčnih podatkov. Jasno je torej, da se prepoved nanaša v glavnem na proizvode iz drugih držav članic Unije.

68. Nazadnje, Sodišče je v zvezi z drugim kumulativnim pogojem iz uredbe št. 7/2004, to je kadrovskim pogojem, že razsodilo, da lahko zakonodaja, na podlagi katere je prodaja kontaktnih leč dovoljena samo specializiranemu osebju, vpliva na trgovino v Skupnosti.[23]

69. Nacionalna prepoved prodaje kontaktnih leč prek interneta, kot je določena v uredbi št. 7/2004, je zato dejansko ukrep z enakim učinkom, kot ga ima količinska omejitev v smislu člena 28 ES.

3. Možnost, da se ukrep z enakim učinkom, kot ga ima količinska omejitev, upraviči na podlagi člena 30 ES

70. Prepoved ukrepov z enakim učinkom, kot ga ima količinska prepoved, iz člena 28 ES vendarle ni absolutna, saj je take ukrepe mogoče upravičiti zaradi njihove nujnosti za izpolnitev razlogov v splošnem interesu iz člena 30 ES ali nujnih zahtev. Madžarska vlada navaja, da uredba št. 7/2004 sledi cilju splošnega interesa, in sicer cilju varovanja javnega zdravja.

71. V skladu z ustaljeno sodno prakso dejansko velja, da se lahko ukrep z enakim

22 – Zgoraj navedena sodba Deutscher Apothekerverband, točka 74.

23 – Zgoraj navedena sodba LPO, točka 8.

učinkom, kot ga ima količinska omejitev, upraviči na podlagi varovanja zdravja in življenja ljudi. Sodišče je nenehno poudarjalo, da „sta zdravje in življenje ljudi najpomembnejša med dobrinami in interesi, varovanimi s Pogodbo“[24].

72. Čeprav je res, da s pogodbami Uniji ni bila dodeljena polna in neomejena pristojnost na tem področju in da si to pristojnost še vedno delijo Unija in njene države članice, kot to potrjuje člen 152 ES, pa države članice določijo raven, na kateri želijo zagotoviti varovanje javnega zdravja, in kako naj se ta raven doseže.[25] Popolnoma dopustno je, da se ravni razlikujejo od države članice do države članice, kar pomeni, da imajo te nekaj diskrecijske pravice. Uredbe št. 7/2004 torej ni mogoče šteti za neupravičeno z vidika člena 30 ES, češ da ni sorazmerna, samo zato, ker se v drugih državah članicah za prodajo kontaktnih leč ne zahtevajo niti zdravniški recept, niti specializirana prodajalna, niti usposobljeno osebje.[26] Vendar morajo države članice to pristojnost izvajati ob upoštevanju določb Pogodbe.[27]

73. Treba je torej preučiti sorazmernost uvedene ureditve glede na zastavljeni cilj varovanja javnega zdravja.

74. Madžarska vlada navaja, da se z uredbo št. 7/2004 uresničuje legitimni cilj varovanja javnega zdravja, ki vključuje varstvo interesov pacientov. Ker naj bi bile kontaktne leče še posebej agresivni medicinski pripomočki, ki se neposredno dotikajo očesne membrane, naj bi se bilo treba izogniti banalizaciji prodaje kontaktnih leč, da bi lahko učinkoviteje preprečevali spremembe vida in očesne bolezni, ki bi bile posledica nepravilne uporabe kontaktnih leč in bi lahko povzročile nepopravljive poškodbe vida. Prav zato naj bi bili pogoji za prodajo kontaktnih leč strogo določeni, navzočnost pacienta pa nujna v vseh fazah prodaje. Pacient naj bi moral biti v stiku s strokovnjakom, ki bi mu lahko svetoval in ga spremljal ves čas uporabe kontaktnih leč, to je ob predpisovanju in nakupu, ter tudi ob preizkušanju in privajanju. Spremljanje ob vsakem obisku pacienta naj bi bilo mogoče samo v specializirani prodajalni,

24 – Sodbe z dne 7. marca 1989 v zadevi Schumacher (215/87, Recueil, str. 617, točka 17); z dne 16. aprila 1991 v zadevi Eurim-Pharm (C-347/89, Recueil, str. I-1747, točka 26); z dne 8. aprila 1992 v zadevi Komisija proti Nemčiji (C-62/90, Recueil, str. I-2575, točka 10) in z dne 10. novembra 1994 v zadevi Ortscheit (C-320/93, Recueil, str. I-5243, točka 16); zgoraj navedena sodba Deutscher Apothekerverband, točka 103, ter sodbi z dne 11. septembra 2008 v zadevi Komisija proti Nemčiji (C-141/07, ZOdl., str. I-6935, točka 46) in z dne 19. maja 2009 v združenih zadevah Apothekerkammer des Saarlandes in drugi (C-171/07 in C-172/07, ZOdl., str. I-4171, točka 19).

25 – Zgoraj navedena sodba Apothekerkammer des Saarlandes in drugi, točki 18 in 19.

26 – Zgoraj navedena sodba Komisija proti Nemčiji z dne 11. septembra 2008, točka 51.

27 – Sodba z dne 1. februarja 2001 v zadevi Mac Quen in drugi (C-108/96, Recueil, str. I-837, točka 24) in zgoraj navedena sodba Komisija proti Nemčiji z dne 11. septembra 2008, točka 23.

veliki najmanj 18 m^2, ali prostoru, ločenem od delavnice, saj naj bi zahteva po minimalni površini po mnenju madžarske vlade zagotavljala, da ima prodajalna potrebno opremo in prostor za preglede ter tudi dovolj prostora za predstavitev izdelkov in navodil za uporabo. Vsak stik strokovnjaka s pacientom naj bi moral biti priložnost, da se po potrebi s pregledom preveri njegov vid ter se mu dajo nasveti in informacije. Ker naj se torej ne bi bilo mogoče odreči navzočnosti pacienta, madžarska vlada v pisnih stališčih izključuje možnost pregledov in poskušanja na daljavo.[28] Nazadnje, madžarska vlada meni, da je uredba št. 7/2004 nujna in sorazmerna. Cilj varovanja zdravja oči, ki ga je določila Republika Madžarska, naj bi bil dosegljiv samo, če se zagotovita navzočnost pacienta na vseh stopnjah medicinske oskrbe s kontaktnimi lečami in njegov sistematični stik z usposobljenim osebjem. Zahteve iz navedene uredbe naj bi bile nujne za izpolnitev tega cilja v skladu s predpisi prava Unije.

75. Čeprav je skrb madžarske vlade za zdravje oči vsekakor hvalevredna, si ne morem kaj, da ne bi pomislil, da se je v nacionalne predpise v zvezi s tem vprašanjem prikradla nedoslednost, če ne celo protislovje.

76. Sodišče je v zvezi s kadrovskim pogojem že razsodilo, da so nacionalni predpisi, na podlagi katerih lahko zdravila prodaja samo usposobljeno osebje, združljivi s pravom Unije, kar je obrazložilo predvsem s tem, da tako osebje lahko najustrezneje preveri verodostojnost receptov.[29] To je deloma mogoče primerjati z obravnavano zadevo, saj se na Madžarskem kontaktne leče izdajajo le na zdravniški recept. Kljub temu ni mogoče prezreti razlik med tema kategorijama blaga, saj se kontaktne leče ne štejejo za zdravila, ki se izdajo na recept, ampak za medicinske pripomočke. Vsekakor je Sodišče vsaj posredno že priznalo združljivost nacionalnih predpisov – na podlagi katerih morajo biti v vsaki prodajalni prisotni diplomirani optiki, ki so tam zaposleni ali so sami družbeniki – s pravom Unije.[30]

77. Pravice Republike Madžarske, da ohrani predpise, na podlagi katerih se kontaktne leče

28 – Glej točko 46 pisnih stališč, ki jih je predložila madžarska vlada.

29 – Zgoraj navedena sodba Deutscher Apothekerverband, točka 119.

30 – Sodba Sodišča z dne 21. aprila 2005 v zadevi Komisija proti Grčiji (C-140/03, ZOdl., str. I-3177, točka 35).

izdajo samo na zdravniški recept, ni mogoče izpodbijati. Ker pa gre v obravnavani zadevi za medicinske pripomočke – in ne za zdravila –, sta obveščanje in nasvet strokovnjaka manj nujna glede na različno tveganje. Sodišče je namreč že razsodilo, da „[v] nasprotju z optičnimi pripomočki lahko zdravila, ki so predpisana ali uporabljena iz terapevtskih razlogov, kljub temu resno škodujejo zdravju, če se uživajo brez potrebe ali nepravilno, ne da bi se potrošnik tega lahko zavedal, ko jih jemlje“[31]. Podobnost s sodno prakso Sodišča v zvezi z zdravili se torej s tem konča.

78. Skrb za varovanje in ohranjanje javnega zdravja, ki jo izraža madžarska vlada, je popolnoma upravičena. Ta vlada navaja resne posledice, ki naj bi bile povezane z neustrezno uporabo kontaktnih leč. Vendar materialni pogoj iz uredbe št. 7/2004 nesporno zmanjšuje pomen navedb madžarske vlade.

79. Po mojem mnenju je treba nesorazmernost ukrepa pripisati predvsem materialnemu pogoju, zaradi katerega sta usposobljenemu osebju, ki dejavnost izvaja na ozemlju druge države članice, preprečena dostop do madžarskega trga in prodaja blaga na tem trgu.

80. Pri popolni prepovedi prodaje kontaktnih leč prek interneta namreč ni upoštevana možnost, da tako prodajo izvaja usposobljeno osebje, ki ima morda sedež na ozemlju druge države članice.[32]

81. Čeprav se povezava med minimalno površino 18 m^2 ter kakovostjo obveščanja in spremljanja ne zdi očitna, kot so v pisnih stališčih upravičeno navedle češka in nizozemska vlada ter Komisija, je treba priznati, da je še toliko manj očitna ob upoštevanju dejstva, da je dovoljena dobava kontaktnih leč na dom. Uredba št. 7/2004 namreč temelji na notranjem protislovju. Hkrati z zahtevo, da ima prodajalna minimalno površino, ki zadošča za razpolaganje s potrebno opremo in izvajanje pregledov, je s to uredbo dovoljena dobava na dom za poskusno uporabo kontaktnih leč in privajanje nanje. Po mojem

31 – Zgoraj navedena sodba Apothekerkammer des Saarlandes in drugi, točka 60.

32 – Sicer pa je bil ta primer predložen Sodišču v zadevi, v kateri je bila sprejeta zgoraj navedena sodba Deutscher Apothekerverband in ki se je nanašala na farmacevte.

mnenju to dokazuje, da si je različne postopke, katerih nerazdružljivost poskuša dokazati madžarska vlada, popolnoma mogoče predstavljati ločeno.

82. Kar zadeva dobavo na dom, madžarska vlada očitno izhaja iz domneve, da pri prodaji prek interneta kontaktne leče dobavi samo kurir ali pismonoša, ne pa strokovnjak. Ker se zdi, da madžarska vlada v odgovoru na pisno vprašanje sodnika poročevalca trdi, da na Madžarskem kontaktne leče za poskusno uporabo ali privajanje na dom dobavlja usposobljeno osebje, si je popolnoma mogoče zamisliti ureditev prodaje prek interneta, v okviru katere bi dobavo prav tako opravljalo usposobljeno osebje.

83. Še več, na podlagi ugotovitev iz točke 77 teh sklepnih predlogov je mogoče madžarskim predpisom upravičeno očitati, da ne vsebujejo nikakršnih podrobnosti v zvezi z obvezno sočasno prisotnostjo pacienta in strokovnjaka v specializirani prodajalni. Čeprav se je mogoče strinjati, da sta obveščanje in svetovanje zelo pomembna ob prvem predpisovanju in prvi uporabi kontaktnih leč, pa kupci, ki te medicinske pripomočke uporabljajo že dlje, nimajo enakih potreb. V tem smislu si je mogoče predstavljati, da sta na primer ob ponovnem nakupu leč obveščanje in svetovanje manj nujna. Tako ni očitno, da izvajalec dejavnosti prek interneta po potrebi ne bi mogel preveriti verodostojnosti receptov ali zagotoviti zadostnega obveščanja in svetovanja z ustreznimi sredstvi, na primer tako, da bi na internetnem mestu objavil opozorilo o morebitnem nujnem posvetovanju pri težavah ali da bi pošiljki priložil navodila.

84. Neobstoj podrobnosti potrjuje tudi, da madžarska vlada očitno ne razlikuje niti med tako imenovanimi „trdimi“ in „mehkimi“ kontaktnimi lečami niti med korekcijskimi kontaktnimi lečami in kontaktnimi lečami, katerih izključni namen je obarvanje šarenice. Pomoč strokovnjaka pri namestitvi trdih kontaktnih leč v oči pacienta se lahko šteje za občutljiv postopek, saj po navedbah madžarske vlade na obravnavi strokovnjak poseže v izdelek. Pri izdaji trdih kontaktnih leč je treba še posebej spremljati privajanje in preverjanje. Po drugi strani je ta postopek veliko preprostejši, če se predpišejo mehke kontaktne leče. Poleg tega se lahko nekatere vrste leč uporabljajo le v kozmetične namene,

in čeprav je treba zagotoviti navodila glede vzdrževanja, je spremljanje njihove uporabe manj nujno kot pri kontaktnih lečah za terapevtske namene.

85. Naj je cilj uredbe št. 7/2004 še tako legitimen, se mi ob upoštevanju zgoraj navedenega zdi, da je cilj varovanja javnega zdravja mogoče doseči z ukrepi, ki manj omejujejo prosti pretok blaga.

86. Sodišču torej predlagam, naj na drugo in tretje vprašanje, kot sta bili prerazporejeni, odgovori, da je treba člen 28 ES razlagati tako, da so nacionalni predpisi, na podlagi katerih je prodaja kontaktnih leč dovoljena samo v specializiranih prodajalnah z medicinskimi pripomočki, ki merijo najmanj 18 m^2 ali imajo prostor, ločen od delavnice, ter ob navzočnosti usposobljenega osebja, in katerih posledica je prepoved prodaje prek interneta, ukrep z enakim učinkom, kot ga ima količinska omejitev uvoza. Člena 28 ES in 30 ES je treba razlagati tako, da taki predpisi niso utemeljeni iz razloga varovanja zdravja in življenja ljudi, saj je mogoče isti cilj doseči z manj omejevalnimi ukrepi.

VII – Predlog

87. Ob upoštevanju vseh zgornjih ugotovitev Sodišču predlagam, naj na vprašanja, ki jih je postavilo Baranya Megyei Bíróság, odgovori:

1. Združljivosti nacionalnih predpisov, katerih posledica je prepoved prodaje kontaktnih leč prek interneta, s pravom Unije ni mogoče presojati z vidika določb

Direktive 2000/31/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 8. junija 2000 o nekaterih pravnih vidikih storitev informacijske družbe, zlasti elektronskega poslovanja na notranjem trgu. Vprašanje, ali je prodaja kontaktnih leč zdravniški nasvet ob obvezni fizični navzočnosti pacienta v smislu uvodne izjave 18 navedene direktive, zato ni pomembno.

2. Člen 28 ES je treba razlagati tako, da so nacionalni predpisi, na podlagi katerih je prodaja kontaktnih leč dovoljena samo v specializiranih prodajalnah z medicinskimi pripomočki, ki merijo najmanj 18 m^2 ali imajo prostor, ločen od delavnice, ter ob navzočnosti usposobljenega osebja, in katerih posledica je prepoved prodaje prek interneta, ukrep z enakim učinkom, kot ga ima količinska omejitev uvoza.

3. Člena 28 ES in 30 ES je treba razlagati tako, da taki predpisi niso utemeljeni iz razloga varovanja zdravja in življenja ljudi, saj je mogoče isti cilj doseči z manj omejevalnimi ukrepi.