ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ Г-Н P. MENGOZZI
представено на 15 юни 2010 година[1]

I — Въведение

1. В настоящото производство от Съда е поискано да определи приложното поле на Директива 2000/31/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 8 юни 2000 година за някои правни аспекти на услугите на информационното общество, и по-специално на електронната търговия на вътрешния пазар (наричана по-нататък „Директивата за електронната търговия“)[2], и отново да приложи практиката си по дело Keck и Mithouard[3], като се произнесе дали забраната за продажба по интернет на контактни лещи е съвместима с разпоредбите на Договора относно свободното движение на стоки.

1 — Език на оригиналния текст: френски.

2 — ОВ L 178, стр. 1; Специално издание на български език, 2007 г., глава 13, том 29, стр. 257.

3 — Решение от 24 ноември 1993 г. по дело Keck и Mithouard (C-267/91 и C-268/91, Recueil, стр. I-6097).

II — Правна уредба

A — *Първично право на Съюза*

2. Член 28 ЕО гласи, че „[к]оличествените ограничения върху вноса и всички мерки, имащи равностоен ефект, се забраняват между държавите членки“.

3. В член 30 ЕО се предвижда, че „[р]азпоредбите на членове 28 [ЕО] и 29 [ЕО] не изключват забрани или ограничения върху вноса, износа или транзитното преминаване на стоки, основаващи се на съображенията за обществен морал, обществен ред или обществена сигурност; за закрила на живота и здравето на хората, животните или растенията; за закрила на националните богатства с художествена, историческа или архитектурна стойност; за закрила на индустриалната или търговската собственост. Тези забрани или ограничения не могат да представляват средство за произволна дискриминация или прикрито ограничение върху търговията между държавите членки“.

Б — *Вторично право на Съюза*

4. Член 1, параграф 2 от Директива 98/34/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 22 юни 1998 година за определяне на процедура за предоставяне на информация в областта на техническите стандарти и регламенти[4], изменена с Директива 98/48/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 20 юли 1998 г.[5] (наричана по-нататък „Директива 98/34“), определя понятието „услуги на информационното общество“, което трябва да бъде разбирано по смисъла на посочената директива, както следва:

„услуга: каквато и да е услуга на информационното общество, тоест, каквато и да е услуга, нормално предоставяна срещу възнаграждение, от разстояние, чрез електронно средство и по индивидуална молба от получателя на услугите.

За целите на настоящата дефиниция:

— „от разстояние“ означава, че тази услуга се предоставя без страните да присъстват едновременно на едно и също място,

— „чрез електронни средства“ означава, че услугата се изпраща първо и се получава по местоназначение чрез електронно оборудване за обработка (включително цифрово компресиране) и съхранение на данни и се пренася изцяло, предава и получава изцяло чрез кабел, радио, оптични средства или други електромагнитни средства,

— „по индивидуална молба на получателя на услугите“ означава, че услугата се предоставя чрез пренос на данни по индивидуална молба.

Индикативен списък на услугите, [които не са] предмет на настоящата дефиниция, е установен в приложение V.

[…]“

5. В съображение 18 от Директивата за електронната търговия по-специално се уточнява, че „дейности, които, поради техния характер, не могат да се извършват [от] разстояние и по електронен път като законоустановения одит на финансовите отчети на дружеството или медицински съвети за физически преглед на пациент, не са услуги на информационното общество“.

4 — ОВ L 204, стр. 37; Специално издание на български език, 2007 г., глава 13, том 23, стр. 207.

5 — ОВ L 217, стр. 18; Специално издание на български език, 2007 г., глава 13, том 23, стр. 282.

6. В съображение 21 се посочва, че „координираната област обхваща само изисквания във връзка с онлайн дейности, като онлайн информация, онлайн реклама, онлайн пазаруване, онлайн сключване на договори и не засяга правните изисквания на държавите членки за стоките, като норми на безопасност, задължения за етикетиране, или отговорност за стоките, или изисквания на държавите членки за доставката и транспорта на стоки, включително дистрибуцията на лекарствени продукти“.

7. В член 1, параграф 3 от Директивата за електронната търговия се предвижда, че „[н]астоящата директива допълва правото на Общността, което е приложимо към услугите на информационното общество, без да се засяга степента на защита, и по-специално на общественото здраве и интересите на потребителите, както е установено от актовете на Общността и националното законодателство, [с които те се въвеждат,] доколкото това не ограничава свободата за предоставяне на услуги на информационното общество“.

8. Член 2, буква а) от Директивата за електронната търговия определя понятието „услуги на информационното общество“ като „услуги по смисъла на член 1, параграф 2 от Директива 98/34/ЕО, изменена с Директива 98/48/ЕО“.

9. Член 2, буква з) от Директивата за електронната търговия определя понятието „координирана област“ като „изисквания, предвидени в правните системи на държавите членки, приложими към доставчиците на услуги на информационното общество или услуги на информационното общество, независимо дали са от общ характер или специално предназначени за тях“.

10. В член 2, буква з), подточка i) от разглежданата директива се предвижда:

„[К]оординираната област се отнася до изисквания, на които доставчикът на услуги трябва да отговаря по отношение на:

— достъпа до дейност за предоставяне на услуги на информационното общество, като изисквания за квалификации, разрешително или нотификация,

— извършване на дейност за предоставяне на услуги на информационното общество, като изисквания за поведението на доставчика на услуги, качеството или съдържанието на услугата, включително по отношение на рекламата и договорите, или изисквания за отговорността на доставчика на услуги.“

11. Член 2, буква з), подточка ii) от същата директива продължава:

„[К]оординираната област не обхваща изисквания като:

— изисквания, приложими към стоките като такива,

— изисквания, приложими към доставката на стоки,

— изисквания, приложими към услугите, които не са предоставени по електронен път.“

В — *Унгарско законодателство и правна уредба*

13. Член 1, параграф 3 от Закон CVIII. от 2001 г. относно услугите за електронна търговия и услугите, свързани с информационното общество (Az elektronikus kereskedelmi szolgáltatások, valamint az információs társadalommal összefüggő szolgáltatásokról szóló 2001. évi CVIII. Törvény, наричан по-нататък „Закон CVIII. от 2001 г.“) гласи, че „приложното поле на настоящия закон не обхваща услугите на информационното общество, предоставяни и използвани в съдебно производство или всякакво друго административно производство, без да се засяга прилагането на разпоредби, предназначени за защита на личните данни“. Параграф 4 продължава: „приложното поле на настоящия закон не обхваща комуникациите, осъществени от лице чрез услугите на информационното общество за цели, различни от упражняването на икономическа или професионална дейност, или на функции в сферата на обществените услуги, нито договорните волеизявления, направени по този начин“.

12. Член 4, параграф 1 от Директивата за електронната търговия постановява, че „[д]ържавите членки следят достъпът и упражняването на дейността на доставчика на услуги на информационното общество да не подлежат на предварително разрешително или някакво друго изискване с еквивалентен ефект“, а параграф 2 от него уточнява, че „[п]араграф 1 не засяга разрешителните режими, които не са специално и изключително насочени към услуги на информационното общество“.

14. В член 3, параграф 1 от същия закон се посочва, че „[н]е е необходимо нито предварително разрешение, нито административно решение с подобно действие, за да се започне или да се упражнява дейност по предоставяне на услуги на информационното общество“.

15. В член 1 от Правилник 7/2004 (XI. 23.) на Министъра на общественото здраве за професионалните изисквания в областта на търговията, ремонта и наема на медицински средства (A gyógyászati segédeszközök forgalmazásának, javításának, kölcsönzésének szakmai követelményeiről szóló 7/2004 (XI. 23.) Egészségügyi Minisztériumi rendelet, наричан по-нататък „Правилник 7/2004“) се предвижда, че „настоящият правилник, с изключение на изброените в приложение 1 от него медицински средства, е приложим за упражняването на дейности, състоящи се в търговия, ремонт и отдаване под наем на всякакви медицински средства, също така доставките на такива средства и производството на медицински средства, съобразени с индивидуалните мерки. […] Търговията, ремонтът и отдаването под наем на медицински средства, попадащи в обхвата на настоящия правилник, се считат за здравни услуги“.

16. Член 2 от същия правилник предвижда следното:

„За целите на прилагането на настоящия правилник:

a) „„медицински средства“ означава медицински технически средства или за предоставяне на грижи, притежавани от лице, което временно или трайно страда от влошено здравословно състояние, има увреждания или е с инвалидност,

[…]“

17. Съгласно член 3, параграф 1 от Правилник 7/2004 „е възможно да се търгуват, ремонтират и отдават под наем медицински средства […] в специализиран магазин, при условие че притежава разрешение за стопанисване съгласно конкретното законодателство и че отговаря на условията, предвидени в точки I.1 и I.2 от приложение 2 към настоящия правилник“.

18. Член 4, параграф 5 от Правилник 7/2004 урежда по следния начин доставките по домовете:

„Възможно е да се правят доставки по домовете на:

a) серийни и ремонтирани медицински средства,

b) медицинско средство, използвано за проба и/или приспособяване, или изработено по индивидуални мерки единствено с оглед предоставяне на възможност за проба и запознаване за целите на крайното потребление.“

19. В приложение 1 към посочения правилник изрично се уточнява:

„В приложното поле на настоящия правилник не попадат следните медицински средства:

[…]

— серийни оптически изделия с изключение на контактните лещи;

[…]“

20. Освен това приложение 2 към Правилник 7/2004 изброява две от специфичните условия, посочени в член 3, параграф 1 от този правилник. В точка I.1, буква d) от това приложение сред материалните условия, които трябва да бъдат изпълнени, се предвижда, че „за търговията с контактни лещи и очила, съобразени с индивидуалните мерки, е необходим магазин с минимална площ от 18 м2 или отделно от работилницата помещение“. В точка I.2, буква c) от това приложение се посочва едно от персоналните условия, тъй като за извършване на търговия с контактни лещи се изисква „упражняване на професията оптик или офталмолог, квалифициран в областта на контактните лещи“.

III — Спорът по главното производство и преюдициалните въпроси

21. Ker-Optika Bt. (наричано по-нататък „Ker-Optika“ или „жалбоподателят по главното производство“) е командитно дружество по унгарското право, което наред с други дейности извършва търговия с контактни лещи чрез своя интернет сайт.

22. На 29 август 2008 г. срещу Ker-Optika е издадено административно решение, прието от ÀNTSZ Pécsi, Sellyei, Siklósi Kistérségi Intézete, местния орган на ÀNTSZ, т.е. на държавните служби по обществено здраве и здравни въпроси, които му забраняват да извършва търговия с контактни лещи по интернет.

23. Ker-Optika подава жалба по административен ред пред ÀNTSZ Dél dunántúli Regionális Intézete, регионалната дирекция на гореспоменатите служби, която с решение от 14 ноември 2008 г. отхвърля жалбата и потвърждава решението за налагане на забрана, прието от местния орган срещу Ker-Optika, като основава решението си на член 3, параграф 1 от Правилник 7/2004. Правилник 7/2004 не допускал търговията с контактни лещи по електронен път, тъй като, напротив, изисквал търговията с контактни лещи да се извършва в специализирани оптични магазини, които трябва да отговарят на материалните и персоналните условия по член 3, параграф 1 от посочения правилник.

24. Като се противопоставя на това тълкуване, което води до забрана на част от дейността му, Ker-Optika подава жалба пред Baranya Megyei Bíróság (областен съд на Baranya) (Унгария) за отмяна на решението на регионалната дирекция на държавните служби по обществено здраве и здравни въпроси.

25. Пред запитващата юрисдикция жалбоподателят по главното производство заявява, че от една страна, търговията с контактни лещи представлява услуга на информационното общество и че в това отношение спорното решение противоречи на член 3, параграф 1 от Закон CVIII. от 2001 г., според който не е необходимо нито предварително разрешение, нито административно решение с подобно действие, за да се започне или да се упражнява дейност по предоставяне на услуги на информационното общество. От друга страна, тъй като Правилник 7/2004 разрешава доставките по домовете на медицински средства, търговията с контактни лещи по интернет би трябвало да бъде позволена.

26. От своя страна, ответникът по главното производство се позовава на Директивата за електронната търговия, и по-специално на съображение 18 от нея. Според него търговията с контактни лещи е дейност, която не може да се извършва от разстояние, защото може да се приравни на медицински съвет, за който се изисква физически преглед на пациента, и следователно не попада в приложното поле на посочената директива. Поради това разпоредбите на Закон CVIII. от 2001 г., който транспонира в унгарското право Директивата за електронната търговия, не могат да се прилагат за разглежданата по главното производство дейност.

27. Изправен пред трудности при тълкуването на правото на Съюза, Baranya Megyei Bíróság решава да спре производството и с акт за преюдициално запитване от 10 февруари 2009 г. на основание член 234 ЕО да постави на Съда следните три преюдициални въпроса:

„1) Представлява ли търговията с контактни лещи медицински съвет, изискващ физически преглед на пациент, поради което тя не попада в приложното поле на директивата [за електронната търговия]?

2) Ако търговията с контактни лещи не представлява медицински съвет, изискващ физически преглед на пациент, следва ли член 30 ЕО да се тълкува в смисъл, че му противоречат разпоредбите на държава членка, които предвиждат, че търговия с контактни лещи може да се извършва само в специализиран магазин за медицински средства?

3) Противоречи ли на посочения в член 28 ЕО принцип на свободно движение на стоки унгарското законодателство, което разрешава търговията с контактни лещи само в специализиран магазин за медицински средства?“

28. По същество запитващата юрисдикция иска да се прецени преди всичко дали разглежданата по главното производство дейност, попада в обхвата на Директивата за електронната търговия и само в случай че Съдът даде отрицателен отговор,

повдига въпрос за тълкуване на първичното право на Съюза. Особено в последната хипотеза може да се постави проблемът за прилагането на съдебната практика по гореспоменатото дело Keck и Mithouard.

обхвата на Директивата за електронната търговия и дали от това следва, че съвместимостта на Правилник 7/2004 с правото на Съюза трябва да се преценява с оглед на посочената директива.

IV — Производство пред Съда

29. Правителствата на Чешката република, Гърция, Испания, Унгария и Нидерландия, както и Европейската комисия представят писмени становища.

30. На съдебното заседание, проведено на 15 април 2010 г., устни становища изразяват правителствата на Гърция, Испания, Унгария и Нидерландия, както и Комисията.

32. Разглежданият по главното производство Правилник 7/2004 запазва възможността за търговия с контактни лещи, които съгласно унгарското право се считат за медицински средства, за специализирани магазини с минимална площ от 18 м2 или разполагащи с отделно от работилницата помещение и за лица, които упражняват професията оптик или офталмолог. Следователно търговията с този вид продукти по интернет е забранена. Запитващата юрисдикция припомня обаче, че доставките по домовете за целите на крайното потребление на медицински средства, попадащи в обхвата на посочения правилник, включително и контактните лещи, са разрешени при спазване на установените в този правилник изисквания [6].

V — По първия преюдициален въпрос

31. Като иска от Съда да определи дали търговията с контактни лещи представлява медицински съвет, изискващ физическо присъствие на пациента, запитващата юрисдикция преди всичко иска да установи дали разглежданата дейност попада в

33. Още преди да се постави въпросът дали търговията с контактни лещи може да се приравни на медицински съвет, изискващ физическо присъствие на пациента,

6 — В отговора си на писмения въпрос унгарското правителство уточнява, че „е възможно да се извършват доставки [на контактни лещи] по домовете за целите на крайното потребление само с оглед предоставяне на възможност за проба и запознаване“, от което може да се предположи, че доставката може да бъде извършена само от квалифициран персонал (вж. точка 7 от отговора на поставения на унгарското правителство въпрос).

целта на първия въпрос, който трябва да се разглежда във връзка с втория и третия въпрос, според мен е да се определи дали съвместимостта с правото на Съюза на национална правна уредба, която води до забрана за продажба по интернет на особена категория стоки, трябва да се преценява единствено с оглед на Директивата за електронната търговия.

34. Директивата за електронната търговия цели да допринесе за нормалното функциониране на вътрешния пазар, като създаде в тази област правна рамка за гарантиране на свободното движение на услуги на информационното общество между държавите членки. Както е видно от заглавието ѝ, тази директива се отнася само до „някои“ правни аспекти на услугите на информационното общество, и както се уточнява в член 1, параграф 2 от нея, посочената директива цели само сближаване на „определени национални разпоредби за услугите на информационното общество по отношение на вътрешния пазар, установяване на доставчиците на услуги, търговските съобщения, електронните договори, отговорността на посредниците, кодекси за поведение, извънсъдебно уреждане на спорове, средства за правна защита и сътрудничество между държавите членки“.

35. Така, макар в представите на хората Директивата за електронната търговия да е тази, благодарение на която е могла да се развие електронната търговия в Общността, самата директива урежда само някои етапи от тази търговия, чрез които тя се осъществява, като предоставя правна уредба за тях, но не предвижда условия за движението на стоки, които са евентуално следствие от нея. В тази директива се набляга на понятието за услуга, а не на това за стока.

36. С други думи, би било погрешно да се счита, че предметът на Директивата за електронната търговия е общо либерализиране на електронната търговия със стоки. Всъщност от нито една от разпоредбите ѝ не произтича каквото и да било задължение за държавите членки за общо и системно разрешаване на продажбата по интернет на всякакъв вид стоки. Моето разбиране изглежда се потвърждава от анализа на координираната от посочената директива област.

37. Всъщност, ако Съдът трябваше да задълбочи анализа на Директивата за електронната търговия, според мен щеше да има поне още две причини, които да обосноват факта, че съвместимостта на Правилник 7/2004 с правото на Съюза не може да се преценява с оглед на Директивата за електронната търговия. От една страна, до този извод може да се достигне от дефиницията, дадена на координираната

област от тази директива. От друга страна, търговията с контактни лещи според мен не може да бъде квалифицирана, във всичките ѝ аспекти, като „услуга на информационното общество“ по смисъла на Директивата за електронната търговия.

38. На първо място, относно координираната област, преследваната от тази директива цел, спомената в точка 34 от настоящото заключение, не позволява да се твърди, че забраната за продажба по интернет може да се разглежда с оглед на Директивата за електронната търговия.

39. Освен това, като дефинира по-специално условията, при които контактните лещи могат да се търгуват и да се разпространяват на крайните потребители, и като забранява между впрочем продажбата по интернет, следователно доставките по домовете, характеризиращи по принцип този метод на предлагане на пазара, когато не се извършват съгласно предвидените в Правилник 7/2004 условия (т.е. единствено за да се даде възможност за проба, приспособяване или запознаване), посоченият правилник организира именно реда и условията за техните доставки в широк смисъл. Според мен по начина, по който е организирана от този правилник, търговията с контактни лещи при всяко положение не е част от координираната от Директивата за електронната търговия област.

40. Всъщност макар на първо време съображение 18 да гласи, че „[у]слугите на информационното общество обхващат широк кръг от икономически дейности, които се извършват онлайн“, и че „тези дейности може, в частност, да се състоят от продажби на стоки онлайн“, в него веднага се уточнява, че „не се включват дейности като доставката на стоки или на услуги офлайн“. Що се отнася до съображение 21, в него ясно се предвижда, че „[к]оординираната област обхваща само изисквания във връзка с онлайн дейности, като онлайн информация, онлайн реклама, онлайн пазаруване, онлайн сключване на договори и не засяга правните изисквания на държавите членки за стоките, като норми на безопасност, задължения за етикетиране, или отговорност за стоките, или изисквания на държавите членки за доставката и транспорта на стоки, включително дистрибуцията на лекарствени продукти“.

41. Както отбелязват в писмените си становища правителствата на Чешката република и Нидерландия, дефиницията за координирана област, направена в член 2, буква з), подточка ii) от Директивата за електронната търговия, припомня това принципно изключване от приложното поле на Директивата на изискванията, приложими към стоките като такива и към доставката им. По този начин тя също цели да припомни, че ако посочената директива „обхваща само изисквания във връзка с

онлайн дейности, онлайн пазаруване, онлайн сключване на договори“, то е защото тя е предназначена да урежда някои аспекти от търговията, която евентуално се извършва онлайн, но не и да даде отговор на въпроса дали търговията по интернет трябва да бъде отворена за определен вид дейности или сделки. Следователно Директивата не предвижда условията, при които може законосъобразно да бъде забранена продажбата на дадена категория стоки по интернет.

42. На второ място и наред с анализа на разпоредбите за координираната област използването на понятието „услуга на информационното общество“ е още един елемент, който ми позволява да заключа, че позоваването на Директивата за електронната търговия не е релевантно в случая по главното производство.

43. Предназначението на посочената директива е да се прилага не за всички услуги, а само за тази особена категория, която се състои от услугите на информационното общество. Ако съгласно унгарското законодателство търговията с контактни лещи представлява здравна услуга, което във всички случаи е изцяло национална квалификация, изглежда дефиницията за услуга на информационното общество, дадена от законодателството на Съюза, действително не може да бъде транспонирана за тази специфична дейност.

44. Всъщност „услуга на информационното общество“ по смисъла на Директива 98/34 означава „каквато и да е услуга, нормално предоставяна срещу възнаграждение, от разстояние, чрез електронно средство и по индивидуална молба от получателя на услугите“ [7]. Предоставената дефиниция посочва също, че „чрез електронни средства“ означава, че услугата се изпраща първо и се получава по местоназначение чрез електронно оборудване за обработка (включително цифрово компресиране) и съхранение на данни и се пренася изцяло, предава и получава изцяло чрез кабел, радио, оптични средства или други електромагнитни средства“.

45. Обратно на поддържаното от унгарското правителство, мисля, че е напълно възможно търговията с контактни лещи сама по себе си да бъде извършвана от разстояние или по интернет. Очевидно за това е необходимо да се възприеме отделянето на фазата на получаване на медицински съвет, изискван евентуално преди предоставянето на контактните лещи, от самата продажба на тези лещи.

46. Дори обаче медицинският съвет да се отдели от продажбата на контактни лещи, според мен не е възможно да се счита, че търговията с контактни лещи сама по себе си и във всеки от етапите си представлява

7 — Вж. точка 4 от настоящото заключение.

услуга, която „се пренася изцяло, предава и получава изцяло“ според предвидените в Директивата за електронната търговия условия, противно на поддържаното от Комисията. Ако поръчката на лещи, приемането ѝ и изготвянето на свързания с тях договор за покупка онлайн могат евентуално да бъдат пренесени по електронен път, то достигането на контактните лещи до крайния потребител е физическа, а не електронна операция. На този етап на разсъждение разграничението, направено в съображение 18 от посочената директива, между услугите на информационното общество и организираните от тях дейности разкрива пълния си смисъл.

47. Накрая ще припомня, че във връзка със случая, по който е постановено Решение по дело Dynamic Medien [8] относно забраната в Германия за продажба по интернет на видеограми, спрямо които компетентните национални органи не са извършили контрол и класификация за целите на защитата на непълнолетни лица, както се изисква от германската правна уредба, посочих постоянна практика на Съда, според която, когато приетите в дадена област национални правила са предмет на изчерпателно хармонизиране на равнище Европейски съюз, те трябва да се преценяват по отношение на тази мярка за хармонизиране, а не на първичното право [9]. От нея направих заключението, че ако се приеме, че продажбата на видеограми може в някои аспекти да попадне в приложното поле на Директивата за електронната търговия, щеше все пак да възникне въпросът кои съдържащи се в Директивата правила могат да осъществят изчерпателно хармонизиране на националните разпоредби за защита на непълнолетните лица, което би позволило да се изключи проверката за съвместимостта на гореспоменатата забрана с релевантните разпоредби на договора [10]. Впрочем Съдът последва този подход [11].

48. Това, което ми позволи да направя такова заключение, а именно че някои аспекти на въпросната дейност могат да попадат в приложното поле на Директивата за електронната търговия, бе обстоятелството, че първоначално националното законодателство е допуснало принципа за продажба по интернет на видеограми. Положението в настоящото дело е съвсем различно.

8 — Решение от 14 февруари 2008 г. по дело Dynamic Medien (C-244/06, Сборник, стр. I-505).

9 — Вж. точка 21 от заключението ми, представено по случая, по който е постановено Решение по дело Dynamic Medien, посочено по-горе, както и Решение от 23 ноември 1989 г. по дело Parfümerie-Fabrik 4711 (150/88, Recueil, стр. 3891, точка 28), Решение от 12 октомври 1993 г. по дело Vanacker и Lesage (C-37/92, Recueil, стр. I-4947, точка 9), Решение от 13 декември 2001 г. по дело DaimlerChrysler (C-324/99, Recueil, стр. I-9897, точка 32), Решение от 24 октомври 2002 г. по дело Linhart и Biffl (C-99/01, Recueil, стр. I-9375, точка 18) и Решение от 11 декември 2003 г. по дело Deutscher Apothekerverband (C-322/01, Recueil, стр. I-14887, точка 64).

10 — Вж. точка 24 от заключението ми, представено по случая, по който е постановено Решение по дело Dynamic Medien, посочено по-горе.

11 — Вж. Решение по дело Dynamic Medien, посочено по-горе (точки 22 и 23).

49. Продажбата по интернет на контактни лещи трябва предварително да бъде разрешена, за да се приеме, че някои аспекти на търговията с контактни лещи са в обхвата на Директивата за електронната търговия. Както се опитах да покажа, в рамките на посочената директива трудно могат да се идентифицират правилата, сближаващи националните разпоредби, които биха позволили да се основе единствено на нейните разпоредби контролът, упражняван от Съда за съвместимостта с правото на Съюза на разглежданата по главното производство национална правна уредба, която, напомням, води до забрана на продажбата по интернет на контактни лещи.

50. Впрочем същата констатация се налага съгласно Директива 93/42/ЕИО на Съвета от 14 юни 1993 година относно медицинските изделия [12], към които спадат контактните лещи, тъй като тази директива не определя никакви условия за начините на предлагането им на пазара, на търговията или доставката им.

51. Поради това предлагам на Съда да отговори на първия въпрос, поставен от запитващата юрисдикция, както вече е тълкуван в точка 33 от настоящото заключение, че съвместимостта с правото на Съюза на национална правна уредба, която води до забрана за продажба по интернет на контактни лещи, не може да се преценява по отношение на разпоредбите на Директивата за електронната търговия. Поради това въпросът дали търговията с контактни лещи е медицински съвет, изискващ физическо присъствие на пациента по смисъла на съображение 18 от посочената директива, е ирелевантен.

52. Така при липсата на каквато и да било мярка за хармонизиране, релевантна за разрешаване на спора по главното производство, се оказва необходимо да се направи преценка на Правилник 7/2004 с оглед на първичното право на Съюза [13], което е предмет на следващите два преюдициални въпроса.

VI — По втория и третия преюдициален въпрос

A — *Уводна бележка*

53. В началото, с оглед на логическата последователност на поставените от запитващата юрисдикция въпроси, трябва преди всичко да се определи дали съвместимостта с правото на Съюза на

12 — ОВ L 169, стр. 1; Специално издание на български език, 2007 г., глава 13, том 11, стр. 244.

13 — Решение по дело Dynamic Medien, посочено по-горе (точка 23).

националната правна уредба трябва да се прецени с оглед на член 28 ЕО и след това да се провери дали посочената национална правна уредба може евентуално да се обоснове на основание член 30 ЕО.

Б — *Правен анализ*

1. Предварителни бележки

54. Когато национална мярка се свързва както със свободното движение на стоки, така и със свободното предоставяне на услуги, Съдът по принцип я разглежда само по отношение на една от двете основни свободи, ако се окаже, че едната от тях е напълно второстепенна спрямо другата и може да бъде свързана с нея [14].

55. Унгарското правителство поддържа, че търговията с контактни лещи, както отбелязва Съдът по повод Решение по дело LPO [15], не е обикновена търговска дейност и не може да се разглежда независимо от здравните услуги, предлагани към момента на извършването ѝ. Впрочем от Решение по дело Dollond & Aitchison [16] то прави извода, че Съдът вече е признал неделимостта на услугите относно контактните лещи и търговията с тях.

56. Все пак съм убеден, че двете действия, а именно продажбата на контактни лещи, от една страна, и съветите, които евентуално произтичат от това, от друга страна, са напълно отделими.

57. Позоваването на Решение по дело Dollond & Aitchison, посочено по-горе, според мен в никакъв случай не е релевантно поради дълбоката разлика в естеството на въпроса, разглеждан от Съда по това дело, в сравнение с настоящото дело. Всъщност в посоченото решение Съдът трябваше да се произнесе по реда и условията за изчисляване на данъка върху добавената стойност за услуга, предлагана от дружество от Общността и състояща се в доставка на контактни лещи и извършване на услуги, представляващи по-специално очни прегледи. От Съда не е поискано да се произнесе по необходимостта от едновременно и систематично разглеждане на

14 — Вж. Решение от 24 март 1994 г. по дело Schindler (C-275/92, Recueil, стр. I-1039, точка 22), Решение от 25 март 2004 г. по дело Karner (C-71/02, Recueil, стр. I-3025, точка 46), както и Решение от 26 май 2005 г. по дело Burmanjer и др. (C-20/03, Recueil, стр. I-4133, точка 35).

15 — Решение от 25 май 1993 г. по дело LPO (C-271/92, Recueil, стр. I-2899, точка 11).

16 — Решение от 23 февруари 2006 г. по дело Dollond & Aitchison (C-491/04, Recueil, стр. I-2129, точка 35).

двете дейности. Следователно, противно на твърденията на унгарското правителство, той не се е обвързал за в бъдеще със становище за неделимостта на посочените дейности по повод на това решение.

58. Освен това на съдебното заседание унгарското правителство е приканено да уточни условията, при които по принцип се предоставят здравните услуги, в които се изразява търговията с контактни лещи според посоченото правителство. Макар да е безспорно обаче, че продажбата трябва да се предшества от лекарско предписание, другите здравни услуги не съвпадат непременно с продажбата и медицинският протокол, който евентуално я придружава, е доста различен в зависимост от разглеждания етап на продажбата.

59. След като се възприеме разделянето на тези операции, става съвсем ясно, че съвместимостта на Правилник 7/2004 с правото на Съюза трябва да се разглежда по отношение на разпоредбите на Договора относно свободното движение на стоки. Унгарското правителство изглежда не оспорва съществуването на ограничения за продажба на контактни лещи на пациентите [17]. Освен това трябва да се отбележи, че когато Съдът трябва да преценява съвместимостта на мярка, забраняваща продажбата по пощата на видеограми [18], или, още по-сходно с настоящото дело, продажбата по интернет на лекарствени продукти [19], той се основава на свободното движение на стоки.

2. Относно съществуването на мярка с равностоен на количествено ограничение на вноса ефект

60. Възниква въпросът дали забраната за продажба на контактни лещи, произтичаща от разглежданата по главното производство правна уредба, противоречи на член 28 ЕО.

61. Правилник 7/2004 не налага условия, на които трябва да отговарят контактните лещи [20], а само посочва, че продажбата трябва да се извършва в специализиран магазин, спазващ изискванията за минимална площ и квалифициран персонал, или евентуално чрез доставки по домовете за проба или приспособяване, но в никакъв случай посредством интернет. Той установява специалните начини за продажба на този вид стоки.

17 — Вж. точка 34 от писменото становище, представено от унгарското правителство.

18 — Вж. Решение по дело Dynamic Medien, посочено по-горе (точки 26 и сл.).

19 — Решение по дело Deutscher Apothekerverband, посочено по-горе (точки 64 и сл.).

20 — По смисъла на съдебната практика по дело Cassis de Dijon, по-специално (вж. Решение от 20 февруари 1979 г. по дело Rewe-Zentral, известно като „Cassis de Dijon“, 120/78, Recueil, стр. 649, както и Решение по дело Keck и Mithouard, посочено по-горе, точка 15).

62. Съгласно съдържащата се в Решение по дело Keck и Mithouard [21] формулировка „прилагането по отношение на стоки с произход от други държави членки на национални разпоредби, които ограничават или забраняват някои условия за продажба, не може пряко или непряко, действително или потенциално да възпрепятства търговията между държавите членки […], доколкото те се прилагат към всички заинтересовани оператори, които упражняват своята дейност на националната територия, и доколкото засягат по един и същи начин от правна и фактическа гледна точка търгуването на националните продукти и на продуктите с произход от други държави членки“. Само при тези условия националната мярка може да избегне забраната по член 28 ЕО.

63. Що се отнася до първото условие, безспорно е, че въпросната национална мярка се прилага действително и без разлика за всички заинтересовани оператори, упражняващи дейността си на унгарска територия, тъй като всеки оператор, който желае да работи на унгарския пазар за контактни лещи, трябва да се съобрази с изискванията на Правилник 7/2004.

64. За сметка на това според мен условията, изисквани от унгарското право за търговията с контактни лещи, засягат по-сериозно търговията с продукти с произход от други държави членки.

65. Разбира се, няма пречки за операторите със седалище в друга държава членка да отворят специализиран магазин, който отговаря на условията, поставени от Правилник 7/2004 за търговията с контактни лещи. Все пак е очевидно, че подобна търговия е изправена пред по-големи ограничения и струва по-скъпо. Ползата от продажбата онлайн е точно тази, че интернет предоставя на операторите витрина с видимост, която надхвърля границите, без операторът да понася разходите и ограниченията, свързани с притежаване на „реален“ магазин. Продажбата онлайн е начин за продажба, алтернативен на традиционното разбиране за търговия, и представлява допълнително средство за националните оператори да достигнат до клиентела, която от географска гледна точка не се ограничава до тази част от населението, която се намира около физически съществуващия магазин.

66. По същия начин, по отношение на германската забрана за продажба на лекарствени продукти по интернет Съдът вече е приел, че „забрана като разглежданата по главното производство затруднява в по-голяма степен аптеките, разположени извън Германия, отколкото намиращите се на германска територия. Ако за последните е безспорно, че тази забрана ги лишава от допълнителен или алтернативен начин за достъп до германския пазар на крайни потребители на лекарствени продукти, то те така или иначе запазват възможността да продават лекарствените продукти в своите аптечни обекти. За сметка на това, интернет би бил по-подходящ начин за пряк достъп до германския пазар за аптеките, които не са установени на германска територия. Забрана, засягаща в по-голяма степен аптеките, установени извън [националната] територия, може да затрудни достъпа до пазара на стоки с произход от

21 — Решение по дело Keck и Mithouard, посочено по-горе (точка 16).

други държави членки в по-голяма степен, отколкото за националните стоки“ [22]. По този начин изглежда Съдът ясно признава, че забраната за продажба по интернет на дадена категория стоки санкционира в по-голяма степен икономическите оператори, които не се намират на националната територия. Струва ми се напълно възможно прилагането на това разсъждение в настоящото дело, доколкото унгарската правна уредба изисква не само продажбата на контактни лещи да се извършва изключително във физически съществуващ магазин, но и също така той да отговаря на критерии за площ и квалификация на персонала.

67. Освен това унгарското правителство признава на съдебното заседание, че унгарските продукти, с които може да се извършва търговия в специализираните магазини за медицински средства, и по-специално контактните лещи, представляват съвсем незначително количество, без да бъде в състояние да предостави данни за цифровото им изражение. Следователно е очевидно, че забраната засяга основно продукти с произход от други държави — членки на Съюза.

68. Накрая, що се отнася до второто кумулативно условие, поставено от Правилник 7/2004, а именно персоналното условие, Съдът вече е направил извода, че законодателство, което запазва продажбата на контактни лещи за специализиран персонал, може да окаже въздействие върху търговския обмен в Общността [23].

69. При това положение национална забрана за продажба по интернет на контактни лещи като предвидената в Правилник 7/2004 действително представлява мярка с равностоен на количествено ограничение ефект по смисъла на член 28 ЕО.

3. Относно възможността за обосноваване на мярка с равностоен на количествено ограничение ефект на основание член 30 ЕО

70. Наложената от член 28 ЕО забрана за мерки с равностоен на количествено ограничение ефект обаче не е абсолютна, защото такива мерки могат да бъдат обосновани поради необходимостта да отговорят на изброените в член 30 ЕО съображения от общ интерес или на императивни изисквания. Унгарското правителство привежда доводи, че Правилник 7/2004 преследва цел от общ интерес, която е защитата на общественото здраве.

71. Действително според постоянната съдебна практика дадена мярка с равностоен

22 — Решение по дело Deutscher Apothekerverband, посочено по-горе (точка 74).

23 — Решение по дело LPO, посочено по-горе (точка 8).

на количествено ограничение ефект може да бъде обоснована въз основа на защитата на здравето и живота на хората. Съдът неднократно е припомнял, че „животът и здравето на хората се нареждат на първо място сред ценностите и интересите, защитавани от Договора“ [24].

72. Макар да е вярно, че Договорите не предоставят на Съюза пълна и цялостна компетентност в тази област и че тя все още се споделя в широк обхват от Съюза и неговите държави членки, както е видно от член 152 ЕО, последните следва да определят степента на защита на общественото здраве, която искат да осигурят, и средствата, които да използват за постигането ѝ [25]. Напълно допустимо е степените да са различни в различните държави членки, което предполага да се признае на държавите членки известна свобода на преценка. Така Правилник 7/2004 не може да се счита за необоснован поради непропорционалност по отношение на член 30 ЕО само защото в други държави членки търговията с контактни лещи не изисква нито лекарско предписание, нито специализиран търговски обект, нито квалифициран персонал [26]. При все това тази запазена за държавите членки компетентност трябва да се упражнява в съответствие с разпоредбите на Договора [27].

73. Така пропорционалността per se на въведения режим по отношение на преследваната цел за защита на общественото здраве трябва да бъде анализирана.

74. Според унгарското правителство Правилник 7/2004 преследва легитимна цел за защита на общественото здраве, състояща се в закрила на интересите на пациентите. Като се има предвид, че контактните лещи са особено инвазивни медицински средства, в пряк контакт с мембраната на окото, е наложително да се избегне банализирането на продажбата на контактни лещи, за да се предотвратят в по-голяма степен влошаването на зрението и очните заболявания, които могат да бъдат причинени от неправилно използване на контактни лещи и които могат да доведат до непоправими увреждания на зрението. По тази причина условията за продажба на контактните лещи са строго определени и присъствието на пациента е необходимо на всеки етап от тази продажба. Пациентът трябва да поддържа контакт със специалист, който може да го посъветва и да го наблюдава при използването на контактните лещи, т.е. в момента на предписанието, след това на закупуването, но също и по време на пробата и регулирането. Наблюдението, извършвано при всяко от посещенията на пациента, изисква наличие

24 — Решение от 7 март 1989 г. по дело Schumacher (215/87, Recueil, стр. 617, точка 17), Решение от 16 април 1991 г. по дело Eurim-Pharm (C-347/89, Recueil, стр. I-1747, точка 26), Решение от 8 април 1992 г. по дело Комисия/Германия (C-62/90, Recueil, стр. I-2575, точка 10), Решение от 10 ноември 1994 г. по дело Ortscheit (C-320/93, Recueil, стр. I-5243, точка 16), Решение по дело Deutscher Apothekerverband, посочено по-горе (точка 103), Решение от 11 септември 2008 г. по дело Комисия/Германия (C-141/07, Сборник, стр. I-6935, точка 46), както и Решение от 19 май 2009 г. по дело Apothekerkammer des Saarlandes и др. (C-171/07 и C-172/07, Сборник, стр. I-4171, точка 19).

25 — Решение по дело Apothekerkammer des Saarlandes и др., посочено по-горе (точки 18 и 19).

26 — Решение от 11 септември 2008 г. по дело Комисия/Германия, посочено по-горе (точка 51).

27 — Решение от 1 февруари 2001 г. по дело Mac Quen и др. (C-108/96, Recueil, стр. I-837, точка 24), както и Решение от 11 септември 2008 г. по дело Комисия/Германия, посочено по-горе (точка 23).

на специализиран търговски обект с минимална площ от 18 м2 или на отделно от работилницата помещение, като условието за минимална площ гарантира, също според унгарското правителство, че магазинът разполага с необходимите оборудване и пространство за извършване на прегледите, но също така и с достатъчно пространство за представяне на продуктите и инструкциите за употреба. Всеки контакт на специалиста с пациента трябва да бъде повод, ако е необходимо, за проверка на състоянието на зрението на последния чрез извършване на прегледи и за предоставяне на съвети и информация. Ето защо, тъй като това не е възможно без присъствието на пациента, в писменото си становище унгарското правителство изключва възможността да се извършват прегледи или проби от разстояние [28]. Накрая, унгарското правителство определя Правилник 7/2004 като необходим и пропорционален. Поставената от Република Унгария цел за запазване очното здраве можела да бъде постигната само като се гарантира присъствие на пациента на всеки етап от медицинското обслужване по доставката на контактни лещи и системно поддържане на контакт с квалифициран персонал. Изискванията на посочения правилник били с необходим за постигане на тази цел обхват в съответствие с предписанията на правото на Съюза.

75. Макар загрижеността на унгарското правителство за очното здраве да е похвална, не мога да не отбележа, че в националната правна уредба по въпроса се прокрадва известна несъгласуваност, ако не и противоречие.

76. По отношение на персоналното условие Съдът вече е приел за съвместима с правото на Съюза национална правна уредба, която запазва правото за продажба на лекарствени продукти за квалифициран персонал, като е обосновал това по-специално с обстоятелството, че такъв персонал може да извърши по-добър контрол на достоверността на предписанията [29]. Може да се направи паралел с разглежданото дело, доколкото унгарската държава обвързва предоставянето на контактни лещи с притежаване на лекарско предписание Независимо от този факт, не може да не се отбележи разликата в естеството на двете разглеждани категории стоки, тъй като контактните лещи се считат не за лекарствени продукти, за които се изисква предписание, а за медицински средства. При всички случаи Съдът вече е приел, най-малкото косвено, съвместимостта с правото на Съюза на национално законодателство, което изисква наличието на квалифициран оптик като служител или съдружник във всеки оптичен магазин [30].

77. Правото на Република Унгария да запази правна уредба, която изисква лекарско

28 — Вж. точка 46 от писменото становище, представено от унгарското правителство.

29 — Решение по дело Deutscher Apothekerverband, посочено по-горе (точка 119).

30 — Решение на Съда от 21 април 2005 г. по дело Комисия/Гърция (C-140/03, Recueil, стр. I-3177, точка 35).

предписание за предоставяне на контактни лещи, не може да се оспорва. Въпреки това обстоятелството, че в настоящото дело става дума за медицински средства, а не за лекарствени продукти, води до смекчаване строгостта на задължението за информиране и съвет от специалист предвид разликата по отношение на риска. Всъщност Съдът вече е приел, че „за разлика от оптичните продукти предписаните или използвани по терапевтични причини лекарствени продукти въпреки всичко могат да увредят сериозно здравето, ако се употребяват без необходимост или неправилно, без потребителят да е в състояние да осъзнае това при приемането им“ [31]. Следователно с това се изчерпва паралелът с практиката на Съда за лекарствените продукти.

78. Загрижеността за защитата и опазването на общественото здраве, проявявана от унгарското правителство, е напълно легитимна. Тя произтича от сериозните последици, до които би могло да доведе неправилното използване на контактни лещи. Безспорно е обаче, че поставеното от Правилник 7/2004 материално условие прави доказателствата на унгарското правителство не толкова убедителни.

79. Според мен непропорционалността на мярката трябва да се търси най-вече в това материално условие, което води до създаване на пречки пред достъпа до унгарския пазар на квалифицирания персонал, упражняващ професионалната си дейност на територията на друга държава членка, и пред възможността му да продава своите стоки на този пазар.

80. Всъщност абсолютната забрана за търговия с контактни лещи по интернет не отчита факта, че тази търговия може да бъде извършвана от квалифициран персонал, евентуално установен на територията на друга държава членка [32].

81. Ако връзката между минималната площ от 18 м2 и качеството на информацията или наблюдението не изглежда очевидна, както правилно подчертават в писмените си становища правителствата на Чешката република и на Нидерландия, както и Комисията, то трябва да се признае, че това важи в още по-голяма степен предвид факта, че доставката по домовете на контактни лещи е разрешена. Всъщност в основата на Правилник 7/2004 се съдържа вътрешно противоречие. Като налага изискването за магазин с достатъчна минимална площ за разполагане на необходимото оборудване и извършване на прегледи, този правилник същевременно разрешава доставката по домовете на контактни лещи за проба и приспособяване.

31 — Решение по дело Apothekerkammer des Saarlandes и др., посочено по-горе (точка 60).

32 — Тази хипотеза бе представена на вниманието на Съда по случая, по който е постановено Решение по дело Deutscher Apothekerverband, посочено по-горе, по отношение на фармацевтите.

Според мен това е доказателство, че различни операции, които унгарското правителство се стреми да представи като неделими, могат да бъдат разглеждани независимо едни от други.

82. Що се отнася до доставките по домовете, унгарското правителство изглежда изхожда от постулата, според който търговията по интернет би довела до доставяне на контактни лещи само от куриери или пощенски служители, а не от специалисти. Доколкото обаче унгарското правителство изглежда изтъква в отговора на поставения от съдията докладчик писмен въпрос, че в Унгария доставките на контактни лещи по домовете се извършват от квалифициран персонал за проба или приспособяване, нищо не пречи да си представим схема за продажба по интернет, в която доставките също се осъществяват от квалифициран персонал.

83. Нещо повече, вследствие на това, което вече бе отбелязано в точка 77 от настоящото заключение, като недостатък на унгарската правна уредба с основание може да се посочи, че в нея не се съдържа какъвто и да било нюанс по отношение на задължението за едновременно присъствие на пациента и на специалиста в специализирания магазин. Ако е възможно да се допусне, че информацията и съветът са от голямо значение в момента на първото предписание и в началото на използването на контактните лещи, потребностите не са същите за купувачи, които използват от известно време тези медицински средства. В този смисъл може да се приеме, че задължението за информиране и съвет не е толкова строго, например към момента на подновяването. В този случай не е вярно, че работещият по интернет оператор е неспособен да контролира достоверността на предписанията, ако това се окаже необходимо, или да предоставя достатъчна информация и съвети по подходящ начин като например предупреждение на интернет сайта, напомнящо евентуално необходимостта от консултации в случай на проблем, или чрез поставяне на листовки в колета.

84. Липсата на нюанс се потвърждава и от факта, че унгарското правителство изглежда не прави разграничение нито между т.нар. „твърди“ контактни лещи и „меките“ контактни лещи, нито между контактните лещи за коригиране на нарушения в зрението и тези, чието единствено предназначение е да променят цвета на ириса. Според изявленията на унгарското правителство на съдебното заседание намесата на специалист за приспособяване на твърдите контактни лещи може да се счита за деликатна операция, поради факта че специалистът работи директно върху продукта. Предоставянето на твърди контактни лещи заслужава специално наблюдение, каквото представлява процесът на приспособяване и проверка. За сметка на това, този процес е много по-малко застъпен, при условие че са предписани меки контактни лещи. Още повече, някои лещи могат да имат само козметична цел и

макар да е необходимо да се предоставят инструкции за поддръжка, наблюдението на използването им се оказва не толкова строго, колкото за контактните лещи с терапевтична цел.

85. Предвид гореизложеното, според мен, макар да е легитимна преследваната от Правилник 7/2004 цел за защита на общественото здраве, тя може да бъде постигната посредством мерки, които ограничават в по-малка степен свободното движение на стоки.

86. Поради това предлагам на Съда да отговори на втория и третия въпрос, които бяха разгледани заедно, че член 28 ЕО трябва да се тълкува в смисъл, че национална правна уредба, която изисква за търговията с контактни лещи притежаване на специализиран магазин за медицински средства с минимална площ от 18 м2 или на отделно от работилницата помещение, както и присъствие на квалифициран персонал, и която води до забрана на продажбата по интернет, представлява мярка с равностоен на количествено ограничение на вноса ефект. Членове 28 и 30 ЕО трябва да се тълкуват в смисъл, че подобна правна уредба не е обоснована от съображения за защита на здравето и живота на хората, доколкото същата цел може да бъде постигната чрез по-малко ограничителни мерки.

VII — Заключение

87. Предвид всички изложени по-горе съображения предлагам на поставените от Baranya Megyei Bíróság въпроси да се отговори по следния начин:

„1) Съвместимостта с правото на Съюза на национална правна уредба, която води до забрана на продажбата по интернет на контактни лещи, не може да

се преценява по отношение на разпоредбите на Директива 2000/31/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 8 юни 2000 година за някои правни аспекти на услугите на информационното общество, и по-специално на електронната търговия на вътрешния пазар. Поради това въпросът дали търговията с контактни лещи е медицински съвет, изискващ физическо присъствие на пациента по смисъла на съображение 18 от посочената директива, е ирелевантен.

2) Член 28 ЕО трябва да се тълкува в смисъл, че национална правна уредба, която изисква за търговията с контактни лещи притежаване на специализиран магазин за медицински средства с минимална площ от 18 м2 или на отделно от работилницата помещение, както и присъствие на квалифициран персонал, и която води до забрана на продажбата по интернет, представлява мярка с равностоен на количествено ограничение на вноса ефект.

3) Членове 28 и 30 ЕО трябва да се тълкуват в смисъл, че подобна правна уредба не е обоснована от съображения за защита на здравето и живота на хората, доколкото същата цел може да бъде постигната чрез по-малко ограничителни мерки."