

ΠΡΟΤΑΣΕΙΣ ΤΗΣ ΓΕΝΙΚΗΣ ΕΙΣΑΓΓΕΛΕΑ
CHRISTINE STIX-HACKL

της 11ης Μαρτίου 2003¹

Περιεχόμενα

I — Εισαγωγή	I - 14893
II — Νομικό πλαίσιο	I - 14894
A — Το κοινοτικό δίκαιο	I - 14894
1. Χορήγηση αδείας κυκλοφορίας φαρμάκων	I - 14894
α) Προϊσχύσαν νομοθετικό καθεστώς: οδηγία 65/65/ΕΟΚ όπως τροποποιήθηκε με την οδηγία 93/39/ΕΟΚ	I - 14894
β) Ισχύον νομοθετικό καθεστώς: οδηγία 2001/83/ΕΚ	I - 14894
2. Η διαφήμιση φαρμάκων	I - 14895
α) Προϊσχύσαν νομοθετικό καθεστώς: οδηγία 92/28/ΕΟΚ	I - 14895
β) Ισχύον νομοθετικό καθεστώς: ο κοινοτικός κώδικας	I - 14897
3. Πωλήσεις εξ αποστάσεως	I - 14898
4. Ηλεκτρονικό εμπόριο	I - 14898
B — Το εθνικό δίκαιο	I - 14900
1. Το εμπόριο φαρμάκων	I - 14900
2. Η διαφήμιση φαρμάκων	I - 14901
III — Τα πραγματικά περιστατικά και η κύρια δίκη	I - 14902
IV — Τα προδικαστικά ερωτήματα	I - 14905
V — Επί του πρώτου προδικαστικού ερωτήματος	I - 14907

1 — Γλώσσα του πρωτοτύπου: η γερμανική.

A — Τα μη εγκεκριμένα φάρμακα: προδικαστικά ερωτήματα 1, 1α και 1β	I - 14908
1. Δυνατότητα κατ' αρχήν εφαρμογής της οδηγίας 97/7 επί της επίμαχης απαγορεύσεως πωλήσεων μέσω ταχυδρομικών αποστολών	I - 14908
α) Επιχειρήματα των μετεχόντων στη διαδικασία	I - 14908
β) Εκτίμηση	I - 14909
2. Η κανονιστική εξουσία των κρατών μελών: τα όρια που θέτει η αρχή της ελεύθερης κυκλοφορίας των εμπορευμάτων	I - 14909
α) Η δυνατότητα εφαρμογής της ελευθερίας της κυκλοφορίας των εμπορευμάτων: η απαγόρευση των πωλήσεων μέσω ταχυδρομικών αποστολών ως μορφή πωλήσεως;	I - 14910
i) Επιχειρήματα των μετεχόντων στη διαδικασία	I - 14910
ii) Εκτίμηση	I - 14910
— Παραδείγματα μορφών πωλήσεως από την μέχρι τούδε νομολογία	I - 14911
— Εφαρμογή επί του συνόλου των επιχειρηματιών οι οποίοι ασκούν τη δραστηριότητά τους στην ημεδαπή	I - 14913
— Επιρροή επί των πωλήσεων των προϊόντων	I - 14913
— Μία αποφασιστικής σημασίας παράμετρος: Η επιρροή επί της προσβάσεως στην αγορά	I - 14914
— Εναλλακτικές λύσεις για την πρόσβαση στην αγορά: ύπαρξη άλλων μορφών πωλήσεως	I - 14916
— Το βάρος αποδείξεως σχετικά με την ύπαρξη περιορισμού	I - 14918
iii) Το μέχρι τούδε συναγόμενο συμπέρασμα όσον αφορά το προδικαστικό ερώτημα 1 και 1α	I - 14919
β) Πιθανή δικαιολογία για την απαγόρευση της εμπορίας φαρμάκων μέσω ταχυδρομικών αποστολών (προδικαστικό ερώτημα 1β)	I - 14919
i) Επιχειρήματα των μετεχόντων στη διαδικασία	I - 14919
ii) Εκτίμηση	I - 14920
— Λόγοι που δικαιολογούν τη λήψη του μέτρου	I - 14921
— Ο αναλογικός χαρακτήρας του μέτρου	I - 14921
— Ο λυσιτελής χαρακτήρας των εθνικών μέτρων	I - 14921
	I - 14891

— Ο αναγκαίος χαρακτήρας των εθνικών μέτρων	I-14922
— Ο εύλογος χαρακτήρας των εθνικών μέτρων	I-14922
iii) Το μέχρι τούδε συναγόμενο συμπέρασμα ως προς το προδικαστικό ερώτημα 1β	I-14923
B — Εγκεκριμένα φάρμακα: Προδικαστικό ερώτημα 1γ	I-14924
1. Επιχειρήματα των μετεχόντων στη διαδικασία	I-14924
2. Εκτίμηση	I-14924
α) Ο κίνδυνος της καταστρατηγήσεως των εθνικών διατάξεων	I-14925
β) Η αναλογικότητα της απαγορεύσεως του εμπορίου μέσω ταχυδρομικών αποστολών	I-14926
i) Εκτίμηση σε σχέση με τους σκοπούς που επιδιώκει η απαγόρευση των πωλήσεων μέσω ταχυδρομικών αποστολών	I-14926
— Έλλειψη ενημερώσεως από τον φαρμακοποιό;	I-14926
— Η ανάγκη διασφάλισης της προστασίας των ασθενών κατά την παράδοση των φαρμάκων	I-14928
— Η ανάγκη της διασφάλισης εκτεταμένης και καλύπτουσας τις ανάγκες περιθάλψεως	I-14929
ii) Το βάρος αποδείξεως που φέρει το οικείο κράτος μέλος	I-14929
iii) Το μέχρι τούδε συναγόμενο συμπέρασμα ως προς το προδικαστικό ερώτημα 1γ	I-14930
VI — Επί του δευτέρου προδικαστικού ερωτήματος	I-14931
A — Τα προδικαστικά ερωτήματα 2 και 2α	I-14931
1. Το προδικαστικό ερώτημα 2: Η απαγόρευση της διαφήμισης της αποστολής φαρμάκων μέσω ταχυδρομικών αποστολών και της διαφήμισης ορισμένων φαρμάκων	I-14931
α) Επιχειρήματα των μετεχόντων στη διαδικασία	I-14931
β) Εκτίμηση	I-14932
i) Η απαγόρευση της διαφήμισης του εμπορίου φαρμάκων μέσω ταχυδρομικών αποστολών	I-14933
ii) Η απαγόρευση της διαφήμισης για μη εγκεκριμένα στη χώρα εισαγωγής φάρμακα	I-14935
iii) Η απαγόρευση της διαφήμισης για φάρμακα τα οποία χορηγούνται με συνταγή ιατρού	I-14936

2. Το προδικαστικό ερώτημα 2α: Η παρουσίαση στο Διαδίκτυο ως διαφήμιση που απευθύνεται στο κοινό;	I-14936
α) Επιχειρήματα των μετεχόντων στη διαδικασία	I-14937
β) Εκτίμηση	I-14938
3. Το μέχρι τούδε συναγόμενο συμπέρασμα	I-14941
B — Το προδικαστικό ερώτημα 2β: στοιχεία της παρουσιάσεως στο Διαδίκτυο ως κατάλογος πωλήσεως και/ή τιμοκατάλογος;	I-14941
1. Επιχειρήματα των μετεχόντων στη διαδικασία	I-14942
2. Εκτίμηση	I-14942
3. Το μέχρι τούδε συναγόμενο συμπέρασμα	I-14944
Γ — Η αρχή της ελεύθερης κυκλοφορίας των υπηρεσιών	I-14944
1. Επιχειρήματα των μετεχόντων στη διαδικασία	I-14944
2. Εκτίμηση	I-14945
VII — Επί του τρίτου προδικαστικού ερωτήματος	I-14947
1. Επιχειρήματα των μετεχόντων στη διαδικασία	I-14947
2. Εκτίμηση	I-14947
VIII — Πρόταση	I-14948

I — Εισαγωγή

1. Το παρόν προδικαστικό ερώτημα αφορά τα γνωστά ως φαρμακεία του Διαδικτύου, και δη το αν τα κράτη μέλη μπορούν να

απαγορεύουν τις παραδόσεις φαρμάκων από εγκατεστημένα σε άλλο κράτος μέλος φαρμακεία κατόπιν ατομικών παραγγελιών μέσω του Διαδικτύου από τους καταναλωτές. Το προδικαστικό ερώτημα αφορά μεταξύ άλλων την ερμηνεία της ελεύθερης κυκλοφορίας των αγαθών και ορισμένες διατάξεις του παράγωγου δικαίου.

II — Νομικό πλαίσιο

A — Το κοινοτικό δίκαιο

1. Χορήγηση αδείας κυκλοφορίας φαρμάκων

α) Προϊούσαν νομοθετικό καθεστώς: οδηγία 65/65/ΕΟΚ όπως τροποποιήθηκε με την οδηγία 93/39/ΕΟΚ

2. Οι σημαντικότερες διατάξεις για τη χορήγηση αδείας κυκλοφορίας φαρμάκων περιέχονται στην οδηγία 65/65/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 26ης Ιανουαρίου 1965, περί της προσεγγίσεως των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων σχετικά με τα φαρμακευτικά ιδιοσκευάσματα², όπως τροποποιήθηκε με την οδηγία 93/39/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 14ης Ιουνίου 1993, για την τροποποίηση των οδηγιών 65/65/ΕΟΚ, 75/318/ΕΟΚ και 75/319/ΕΟΚ σχετικά με τα φαρμακευτικά προϊόντα³ (στο εξής: οδηγία 65/65). Το άρθρο 3 της ανωτέρω οδηγίας προβλέπει:

«Κανένα φαρμακευτικό προϊόν δεν μπορεί να διατεθεί στην αγορά σε κράτος μέλος αν δεν έχει εκδοθεί άδεια κυκλοφορίας από τις αρμόδιες αρχές του κράτους μέλους αυτού σύμφωνα με την παρούσα οδηγία ή εάν δεν έχει χορηγηθεί άδεια κυκλοφορίας σύμφωνα

με τον κανονισμό (ΕΟΚ) αριθ. 2309/93 του Συμβουλίου της 22ας Ιουλίου 1993 για τη θέσπιση κοινοτικών διαδικασιών έγκρισης και εποπτείας των φαρμακευτικών προϊόντων για ανθρώπινη και κτηνιατρική χρήση και για τη σύσταση ευρωπαϊκού οργανισμού για την αξιολόγηση των φαρμακευτικών προϊόντων.

Οι διατάξεις της παρούσας οδηγίας δεν θίγουν τις αρμοδιότητες των αρχών των κρατών μελών ούτε όσον αφορά τον καθορισμό των τιμών των φαρμακευτικών προϊόντων ούτε όσον αφορά την υπαγωγή τους στο πεδίο εφαρμογής των εθνικών συστημάτων ασφάλισης-υγείας, βάσει υγειονομικών, οικονομικών και [κοινωνικοασφαλιστικών] προϋποθέσεων.»

β) Ισχύον νομοθετικό καθεστώς: οδηγία 2001/83/ΕΚ

3. Από τις 18 Δεκεμβρίου 2001 η οδηγία 2001/83/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 6ης Νοεμβρίου 2001, περί κοινοτικού κώδικος για τα φάρμακα που προορίζονται για ανθρώπινη χρήση⁴ (στο εξής: κοινοτικός κώδικας) αντικατέστησε την οδηγία 65/65. Το άρθρο 6, παράγραφος 1, του κοινοτικού κώδικος προβλέπει:

«Κανένα φάρμακο δεν μπορεί να διατεθεί στην αγορά σε κράτος μέλος αν δεν έχει εκδοθεί άδεια κυκλοφορίας από την αρμόδια

2 — ΕΕ ειδ. έκδ. 13/001, σ. 25.

3 — ΕΕ L 214, σ. 22.

4 — ΕΕ L 311, σ. 67.

αρχή του κράτους μέλους αυτού σύμφωνα με την παρούσα οδηγία ή εάν δεν έχει χορηγηθεί άδεια σύμφωνα με τον κανονισμό (ΕΟΚ) αριθ. 2309/93.»

της χορήγησης συνταγών, της προμήθειας, της πώλησης ή της κατανάλωσης φαρμάκων περιλαμβάνει ιδίως:

— τη διαφήμιση των φαρμάκων που απευθύνεται στο κοινό,

2. Η διαφήμιση φαρμάκων

α) Προϊούσαν νομοθετικό καθεστώς: οδηγία 92/28/ΕΟΚ

— τη διαφήμιση των φαρμάκων που απευθύνεται στα άτομα που είναι εξουσιοδοτημένα να χορηγούν τις σχετικές συνταγές ή να προμηθεύουν τα φάρμακα,

4. Κρίσιμη συναφώς είναι η οδηγία 92/28/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 31ης Μαρτίου 1992, για τη διαφήμιση των φαρμάκων που προορίζονται για ανθρώπους⁵.

— την επίσκεψη ιατρικών επισκεπτών σε άτομα που είναι εξουσιοδοτημένα να χορηγούν συνταγές ή να προμηθεύουν φάρμακα,

5. Το άρθρο 1, παράγραφοι 3 και 4, της ανωτέρω οδηγίας προβλέπει:

— την προμήθεια δειγμάτων,

«3. Για τους σκοπούς της παρούσας οδηγίας, ως “διαφήμιση των φαρμάκων” νοείται οποιαδήποτε μορφή παροχής πληροφοριών για προσέλκυση πελατείας, πρόβλεψης ή προτροπής που αποσκοπεί στην προώθηση

— την προτροπή για την προμήθεια φαρμάκων ή τη χορήγηση των σχετικών συνταγών μέσω της παροχής, της προφοράς ή της υπόσχεσης πλεονεκτημάτων, χρηματικών ή εις είδος, εκτός αν η πραγματική αξία τους είναι ελάχιστη,

— το “σπόνσοριγκ” συναντήσεων εμπορικής προώθησης στις οποίες παρίστανται άτομα εξουσιοδοτημένα να παρέχουν φάρμακα ή να χορηγούν τις σχετικές συνταγές,

5 — ΕΕ L 113, σ. 13.

- το “σπόνσορινγκ” επιστημονικών συνεδρίων στα οποία συμμετέχουν πρόσωπα τα οποία είναι εξουσιοδοτημένα να χορηγούν συνταγές ή να προμηθεύουν φάρμακα, ιδίως δε η κάλυψη των εξόδων ταξιδιού και διαμονής των μετεχόντων.
- οι πληροφορίες σχετικά με την ανθρωπινή υγεία ή τις ανθρώπινες ασθένειες, εφόσον δεν γίνεται ούτε καν έμμεση αναφορά σε κάποιο φάρμακο.»

6. Το άρθρο 2, παράγραφος 1, προβλέπει:

4. Δεν καλύπτονται από την παρούσα οδηγία:

- η επισήμανση και η παροχή οδηγιών χρήσεως των φαρμάκων, που υπόκεινται στις διατάξεις της οδηγίας 92/27/ΕΟΚ,

«Τα κράτη μέλη απαγορεύουν κάθε διαφήμιση φαρμάκου για το οποίο δεν έχει χορηγηθεί άδεια κυκλοφορίας σύμφωνα με το κοινοτικό δίκαιο.»

7. Το άρθρο 3 προβλέπει μεταξύ άλλων:

- η αλληλογραφία, συνοδευόμενη, ενδεχομένως, από κάθε άλλο μη διαφημιστικό έγγραφο, που απαιτείται για να απαντηθούν συγκεκριμένες ερωτήσεις σχετικά με κάποιο συγκεκριμένο φάρμακο,

«1. Τα κράτη μέλη απαγορεύουν την απευθυνόμενη στο κοινό διαφήμιση:

- οι συγκεκριμένες πληροφορίες και τα σχετικά έγγραφα που αφορούν, για παράδειγμα, τις αλλαγές συσκευασίας, τις προειδοποιήσεις σχετικά με τις ανεπιθύμητες ενέργειες στο πλαίσιο της φαρμακευτικής επαγρύπνησης, καθώς και τους καταλόγους πώλησης και τους καταλόγους τιμών, εφόσον δεν περιέχουν καμία πληροφορία σχετικά με το φάρμακο,
- φαρμάκων που μπορούν να χορηγηθούν μόνο με ιατρική συνταγή σύμφωνα με την οδηγία 92/26/ΕΟΚ,
- φαρμάκων που περιέχουν ψυχοτρόπες ή ναρκωτικές ουσίες, κατά την έννοια των διεθνών συμβάσεων,

— φαρμάκων που δεν μπορούν να αποτελέσουν αντικείμενο διαφήμισης προς το κοινό σύμφωνα με την παράγραφο 2.

«1. Τα κράτη μέλη απαγορεύουν κάθε διαφήμιση φαρμάκου για το οποίο δεν έχει χορηγηθεί άδεια κυκλοφορίας σύμφωνα με το κοινοτικό δίκαιο.

2. Μπορούν να αποτελέσουν αντικείμενο διαφήμισης που απευθύνεται στο κοινό τα φάρμακα που, λόγω της σύνθεσης και του σκοπού τους, έχουν προβλεφθεί και σχεδιαστεί για να χρησιμοποιηθούν χωρίς την παρέμβαση ιατρού για τη διάγνωση, την αναγραφή σε συνταγή ή την επίβλεψη της θεραπείας, στην ανάγκη με τη βοήθεια του φαρμακοποιού.»

2. Όλα τα στοιχεία της διαφήμισης ενός φαρμάκου πρέπει να ανταποκρίνονται στις πληροφορίες που περιλαμβάνονται στη συνοπτική περιγραφή των χαρακτηριστικών του προϊόντος.

3. Η διαφήμιση ενός φαρμάκου:

β) Ισχύον νομοθετικό καθεστώς: ο κοινοτικός κώδικας

8. Από τις 18 Δεκεμβρίου 2001 ο κοινοτικός κώδικας αντικατέστησε τη οδηγία 92/28.

— πρέπει να προάγει την ορθολογική χρήση του φαρμάκου, παρουσιάζοντάς το με τρόπο αντικειμενικό και χωρίς να υπερβάλλονται οι ιδιότητές του,

9. Η διατύπωση του άρθρου 86 του κοινοτικού κώδικα είναι ουσιαστικά πανομοιότυπη με τη διατύπωση του άρθρου 1, παράγραφοι 3 και 4, της οδηγίας 92/28.

— δεν μπορεί να είναι παραπλανητική.»

10. Το άρθρο 87 του κοινοτικού κώδικα, το οποίο αντικατέστησε το άρθρο 2 της οδηγίας 92/28, προβλέπει:

11. Το άρθρο 88 περιέχει μία διάταξη που είναι παρεμφερής προς το άρθρο 3 της οδηγίας 92/28.

3. Πωλήσεις εξ αποστάσεως

12. Όσον αφορά τις πωλήσεις εξ αποστάσεως κρίσιμη είναι η οδηγία 97/7/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 20ής Μαΐου 1997, για την προστασία των καταναλωτών κατά τις εξ αποστάσεως συμβάσεις⁶.

13. Το άρθρο 14 της οδηγίας 97/7 προβλέπει:

«Τα κράτη μέλη μπορούν να θεσπίσουν ή διατηρήσουν, στον τομέα ο οποίος διέπεται από την παρούσα οδηγία, πλέον αυστηρές διατάξεις συνάδουσες προς τη συνθήκη, προκειμένου να διασφαλίσουν ένα υψηλότερο επίπεδο προστασίας του καταναλωτή. Οι διατάξεις αυτές περιλαμβάνουν, ενδεχομένως, την απαγόρευση, για λόγους γενικού συμφέροντος, της εμπορίας στο έδαφός τους, μέσω συμβάσεων εξ αποστάσεως, ορισμένων αγαθών ή υπηρεσιών, ιδίως φαρμάκων, τηρουμένης δεόντως της συνθήκης.»

4. Ηλεκτρονικό εμπόριο

14. Για το ηλεκτρονικό εμπόριο κρίσιμη είναι η οδηγία 2000/31/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 8ης Ιουνίου 2000, για ορισμένες νομικές πτυχές των

υπηρεσιών της κοινωνίας της πληροφορίας, ιδίως του ηλεκτρονικού εμπορίου, στην εσωτερική αγορά (στο εξής: οδηγία για το ηλεκτρονικό εμπόριο)⁷.

15. Η ενδέκατη αιτιολογική σκέψη της οδηγίας για το ηλεκτρονικό εμπόριο έχει ως εξής:

«Η παρούσα οδηγία δεν θίγει το επίπεδο προστασίας, ιδίως της δημόσιας υγείας και των συμφερόντων του καταναλωτή, όπως θεσπίζεται σε κοινοτικές πράξεις. [...] Το αυτό κοινοτικό κεκτημένο, που εφαρμόζεται εξ ολοκλήρου στις υπηρεσίες της κοινωνίας της πληροφορίας, περιλαμβάνει επίσης [...] και την οδηγία 92/28/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 31ης Μαρτίου 1992, για τη διαφήμιση των φαρμάκων που προορίζονται για ανθρώπους.»

16. Το άρθρο 1 της ανωτέρω οδηγίας προβλέπει μεταξύ άλλων:

«1. Η παρούσα οδηγία έχει ως στόχο την ομαλή λειτουργία της εσωτερικής αγοράς, εξασφαλίζοντας την ελεύθερη κυκλοφορία των υπηρεσιών της κοινωνίας της πληροφορίας μεταξύ των κρατών μελών.»

6 — EEL 144, σ. 19.

7 — EEL 178, σ. 1.

2. Η παρούσα οδηγία εξασφαλίζει την προσέγγιση, εφόσον χρειάζεται για την πραγματοποίηση του στόχου που αναφέρεται στην παράγραφο 1, ορισμένων εθνικών διατάξεων για τις υπηρεσίες της κοινωνίας της πληροφορίας οι οποίες αφορούν την εσωτερική αγορά, την εγκατάσταση των φορέων παροχής υπηρεσιών, τις εμπορικές επικοινωνίες, τη σύνταξη συμβάσεων με ηλεκτρονικά μέσα, την ευθύνη των μεσαζόντων, τους κώδικες δεοντολογίας, τον εξώδικο διακανονισμό των διαφορών, τα μέσα έννομης προστασίας και τη συνεργασία μεταξύ κρατών μελών.

[...]

4. Τα κράτη μέλη μπορούν να λαμβάνουν μέτρα κατά παρέκκλιση από την παράγραφο 2 σε σχέση με συγκεκριμένη υπηρεσία της κοινωνίας της πληροφορίας, εφόσον πληρούνται οι ακόλουθοι όροι:

α) τα μέτρα πρέπει:

i) να είναι αναγκαία για έναν από τους ακόλουθους λόγους:

— [...],

— προστασία της δημόσιας υγείας,

3. Η παρούσα οδηγία συμπληρώνει το ισχύον κοινοτικό δίκαιο περί υπηρεσιών της κοινωνίας της πληροφορίας και δεν θίγει το επίπεδο προστασίας, ιδίως της δημόσιας υγείας και των συμφερόντων του καταναλωτή, όπως θεσπίζεται σε κοινοτικές πράξεις και στις εθνικές νομοθετικές πράξεις που εκδόθηκαν για την εφαρμογή τους, στο μέτρο που δεν περιορίζεται έτσι η ελευθερία παροχής υπηρεσιών της κοινωνίας της πληροφορίας.

[...]

17. Το άρθρο 3 προβλέπει μεταξύ άλλων:

— [...],

«2. Τα κράτη μέλη δεν μπορούν, για λόγους που αφορούν τον συντονισμένο τομέα, να περιορίσουν την ελεύθερη κυκλοφορία των υπηρεσιών της κοινωνίας της πληροφορίας οι οποίες προέρχονται από άλλο κράτος μέλος.

— προστασία του καταναλωτή, περιλαμβανομένου και του επενδυτή

ii) να στρέφονται κατά μας υπηρεσίας της κοινωνίας της πληροφορίας η οποία βλάπτει τους στόχους που αναφέρονται στο σημείο i) ή συνιστά σοβαρό κίνδυνο που απειλεί να βλάψει τους προαναφερόμενους στόχους

iii) να είναι ανάλογα προς τους στόχους αυτούς.»

18. Τα άρθρα 5 και 6 προβλέπουν ότι ο φορέας παροχής ηλεκτρονικών υπηρεσιών πρέπει να παρέχει ορισμένες πληροφορίες. Το άρθρο 10 ρυθμίζει την υποχρέωση να παρέχεται στον καταναλωτή η πρόσβαση σε ορισμένα δεδομένα.

B — Το εθνικό δίκαιο

1. Το εμπόριο φαρμάκων

19. Οι βασικές διατάξεις που διέπουν το εμπόριο φαρμάκων περιλαμβάνονται στον *Arzneimittelgesetz*⁸ (γερμανικό νόμο για τα φάρμακα, στο εξής: AMG).

20. Το άρθρο 43, παράγραφος 1, του AMG απαγορεύει ουσιαστικά το μέσω ταχυδρομικών αποστολών εμπόριο φαρμάκων που πωλούνται αποκλειστικά στα φαρμακεία. Η διάταξη αυτή προβλέπει:

«Φάρμακα, κατά την έννοια του άρθρου 2, παράγραφοι 1 ή 2, σημείο 1, τα οποία δεν διατίθενται προς πώληση εκτός των φαρμακείων σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 44 ή σύμφωνα με την υπουργική απόφαση που εκδίδεται βάσει του άρθρου 45, παράγραφος 1, επιτρέπεται, πλην των περιπτώσεων που προβλέπει το άρθρο 47, να τίθενται σε κυκλοφορία για επαγγελματικούς και εμπορικούς σκοπούς μεταξύ των τελικών καταναλωτών μόνο στα φαρμακεία και όχι μέσω ταχυδρομικών αποστολών. Εκτός των φαρμακείων δεν επιτρέπεται, πλην των περιπτώσεων που προβλέπει η παράγραφος 4 και το άρθρο 47, παράγραφος 1, η εμπορία φαρμάκων τα οποία σύμφωνα με το πρώτο εδάφιο πρέπει να διακινούνται αποκλειστικά μέσω των φαρμακείων.»

21. Ο AMG προβλέπει ορισμένες εξαιρέσεις οι οποίες όμως δεν εφαρμόστηκαν στην κύρια δίκη. Το άρθρο 44 του AMG εξαιρεί ορισμένα φάρμακα από τη διάθεσή τους μέσω φαρμακείων. Το άρθρο 45, παράγραφος 1, του AMG εξουσιοδοτεί τον αρμόδιο ομοσπονδιακό υπουργό να επιτρέψει την ελεύθερη διάθεση φαρμάκων και εκτός των φαρμακείων. Το άρθρο 47 του AMG προβλέπει τη διάθεση φαρμάκων και εκτός φαρμακείων, όπως π.χ. από τα νοσοκομεία και από τους ιατρούς.

⁸ — Ως έχει στον BGBl. 1998 I, σ. 2649.

22. Επιπλέον, ο AMG απαγορεύει την εισαγωγή ορισμένων φαρμάκων. Η απαγόρευση αυτή ρυθμίζεται στο κεφάλαιο «Εισαγωγή και εξαγωγή» και δη στο άρθρο 73. Η παράγραφος 1 του άρθρου αυτού ορίζει μεταξύ άλλων:

«(1) Δεν επιτρέπεται η εισαγωγή υποκειμένων σε έγκριση ή καταχώριση φαρμάκων εντός του εδάφους στο οποίο ισχύει ο παρών νόμος, εξαιρουμένων των ελεύθερων ζωνών πλην της νήσου Ελιγολάνδης, παρά μόνον εφόσον έχουν εγκριθεί ή καταχωριστεί προκειμένου να διατεθούν προς πώληση εντός του εδάφους στο οποίο ισχύει ο παρών νόμος ή εφόσον έχουν εξαιρεθεί από την υποχρέωση προηγούμενης έγκρισης ή καταχώρισης και

1. εφόσον ο λήπτης των φαρμάκων αυτών, στην περίπτωση που πρόκειται για εισαγωγή από κράτος μέλος των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων ή από άλλο κράτος μέλος που έχει συμβληθεί στη Συμφωνία για τον Ευρωπαϊκό Οικονομικό Χώρο, είναι φαρμακευτική επιχείρηση, χονδρέμπορος, κτηνίατρος ή έχει την εκμετάλλευση φαρμακείου ή

2. [...]»

23. Το άρθρο 73, παράγραφος 2, σημείο 6α, του AMG εξαιρεί από την ανωτέρω απαγόρευση τα φάρμακα τα οποία «επιτρέπεται να τίθενται σε κυκλοφορία στη χώρα προελεύσεως και να πωλούνται, χωρίς να μεσο-

λαβεί έμπορος ή άλλος επαγγελματίας μεσάζων, σε ποσότητες που καλύπτουν τις συνήθεις προσωπικές ανάγκες από κράτος μέλος των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων ή από άλλο κράτος μέλος που έχει συμβληθεί στη Συμφωνία ΕΟΧ».

24. Το αιτούν δικαστήριο ερμηνεύει τις εθνικές διατάξεις υπό την έννοια ότι εν προκειμένω η εξαίρεση που προβλέπει το άρθρο 73, παράγραφος 2, σημείο 6α, του AMG δεν βελτιώνει τη θέση των εναγομένων. Τόσο η συστηματική ερμηνεία της εν λόγω εξαίρεσης όσο και η βούληση του νομοθέτη, όπως προκύπτει από τις νομοπαρασκευαστικές εργασίες, συνηγορούν υπέρ της συσταλτικής ερμηνείας της διατάξεως αυτής η οποία, ακριβώς, δεν πρέπει να θεωρηθεί ότι καλύπτει το διασυνοριακό χονδρεμπόριο φαρμάκων για ανθρώπους που διενεργείται για επαγγελματικούς σκοπούς μέσω παραγγελιών από το Διαδίκτυο.

25. Η Γερμανική Κυβέρνηση φρονεί ότι σκοπός της προσθήκης της φράσεως «χωρίς τη μεσολάβηση εμπόρου ή άλλου επαγγελματία μεσάζοντος» είναι να αποτραπεί ο πολλαπλασιασμός των μεμονωμένων εισαγωγών μη εγκεκριμένων φαρμάκων σε τέτοιο βαθμό ώστε να καταστρατηγείται η υποχρέωση έγκρισης του φαρμάκου.

2. Η διαφήμιση φαρμάκων

26. Το άρθρο 3α του Gesetz über die Werbung auf dem Gebiete des Heilwesens (γερμανικού νόμου για τις διαφημίσεις στον τομέα της υγείας, στο εξής: HWG)⁹ απαγο-

⁹ – BGBl. 1994 I, α. 3068.

ρεύει τη «διαφήμιση φαρμάκων τα οποία υπόκεινται σε έγκριση και τα οποία δεν έχουν εγκριθεί ούτε θεωρούνται εγκεκριμένα σύμφωνα με τις διατάξεις του νόμου για τα φαρμακευτικά προϊόντα».

Το άρθρο 10 του HWG προβλέπει:

27. Το άρθρο 8 του HWG προβλέπει:

«(1) Επιτρέπεται η διαφήμιση φαρμάκων που χορηγούνται κατόπιν ιατρικής συνταγής μόνον εφόσον απευθύνεται σε ιατρούς, οδοντιάτρους, κτηνιάτρους, φαρμακοποιούς ή άτομα τα οποία νομίμως εμπορεύονται τα εν λόγω φάρμακα.

«(1) Απαγορεύεται η διαφήμιση μέσω της οποίας επιχειρείται η διά ταχυδρομικής αποστολής αγορά φαρμάκων τα οποία διατίθενται αποκλειστικά σε φαρμακεία. Η απαγόρευση αυτή δεν ισχύει για τις διαφημίσεις οι οποίες αφορούν τη διάθεση φαρμάκων στις περιπτώσεις που προβλέπει το άρθρο 47 του [AMG].

(2) Δεν επιτρέπεται εκτός του κύκλου των ειδικών επαγγελματιών η διαφήμιση φαρμάκων για ανθρώπινη χρήση που προορίζονται για την αντιμετώπιση της άπνειας ή ψυχικών διαταραχών ή για τη βελτίωση της ψυχικής διαθέσεως».

(2) Απαγορεύεται επίσης η διαφήμιση για την πώληση ορισμένων φαρμάκων μέσω τηλεοπτικής εκπομπής ή με μεμονωμένη εισαγωγή σύμφωνα με το άρθρο 73, παράγραφος 2, σημείο 6α, ή σύμφωνα με το άρθρο 73, παράγραφος 3, του [AMG].»

III — Τα πραγματικά περιστατικά και η κύρια δίκη

28. Η Γερμανική Κυβέρνηση φρονεί ότι σκοπός της απαγορεύσεως αυτής είναι να μην πολλαπλασιαστούν μέσω της διαφήμισης αυτού του είδους οι εισαγωγές μη εγκεκριμένων φαρμάκων ώστε να καταστρατηγούνται οι διατάξεις για την έγκριση φαρμάκων.

29. Μεταξύ των προβλεπομένων από το καταστατικό καθιόντων της Deutscher Apothekerverband eV (γερμανική ένωση φαρμακοποιών, στο εξής: Apothekerverband) είναι η διαφύλαξη και η προώθηση των οικονομικών και κοινωνικών συμφερόντων των φαρμακοποιών. Μέλη της Apothekerverband είναι οι ενώσεις και οι σύλλογοι φαρμακοποιών των ομόσπονδών κρατών που εκπροσωπούν άνω των 19 000 διευθυντών φαρμακείων.

30. Η 0800 DocMorris NV (στο εξής: DocMorris) είναι ολλανδικό φαρμακείο με έδρα το Kerkrade (Κάτω Χώρες). Ο Jacques Waterval είναι φαρμακοποιός και ένας από τους νόμιμους εκπροσώπους της DocMorris. Επί πλέον είναι ένας από τους εμπνευστές των γνωστών ως «φαρμακείων του Διαδικτύου», ένας από τους διευθυντές συντάξεως καθώς και ο διευθύνων τη γνωμοδοτική επιτροπή εμπειρογνομόνων του «φαρμακείου του Διαδικτύου».

«forum για την υγεία», «ποιοι είμαστε», «επαφή» και «βοήθεια». Ο τελικός καταναλωτής μπορεί να συνδιαλέγεται στο καλούμενο «forum για τους ασθενείς» με άλλους καταναλωτές μέσω του Διαδικτύου. Ως γλώσσα μπορεί να επιλεγεί η γερμανική, η αγγλική ή η ολλανδική. Ο καταναλωτής έχει ακόμη τη δυνατότητα να ζητήσει υγειονομική συμβουλή από τη γνωμοδοτική επιτροπή εμπειρογνομόνων. Γενικώς, ο καταναλωτής μπορεί εκτός της επικοινωνίας μέσω του Διαδικτύου να έχει επαφή με τους εναγομένους και μέσω δωρεάν τηλεφωνικής γραμμής ή ταχυδρομικώς.

31. Από τις 8 Ιουνίου 2000, μέσω του δικτυακού τόπου «www.0800DocMorris.com», οι εναγόμενοι προσφέρουν και στη γερμανική γλώσσα, για τον τελικό καταναλωτή στη Γερμανία, φάρμακα προοριζόμενα για ανθρώπους, χρήζοντα και μη χρήζοντα ιατρικής συνταγής. Πρόκειται εν μέρει για εγκεκριμένα στη Γερμανία φάρμακα, κατά το μεγαλύτερο δε μέρος για φάρμακα εγκεκριμένα σε άλλο κράτος μέλος. Η πύλη των εναγομένων στο Διαδίκτυο παραπέμπει κατ' αρχάς σε μια απόφαση του Landgericht Frankfurt im Main (Γερμανία) της 9ης Νοεμβρίου 2000, με την οποία αυτό απαγόρευσε προσωρινά το διά ταχυδρομικών αποστολών εμπόριο φαρμάκων που διατίθενται από φαρμακεία στον τελικό καταναλωτή στην Ομοσπονδιακή Δημοκρατία της Γερμανίας, καθώς και τη σχετική διαφήμιση. Η απόφαση αυτή κατ' ουσίαν επιβεβαιώθηκε με την εκδοθείσα επί της εφέσεως των εναγομένων απόφαση του Oberlandesgericht Frankfurt am Main, της 31ης Μαΐου 2001.

Τα επί μέρους φάρμακα κατανέμονται σε ομάδες προϊόντων. Έτσι, για παράδειγμα, υπάρχουν τα κεφάλαια «παυσίπονα», «φάρμακα κατά της υπερτάσεως», «φάρμακα για τον καρκίνο», «φάρμακα για την ενίσχυση του ανοσοποιητικού», «φάρμακα για τη χοληστερίνη», «φάρμακα για τον προστάτη», «μέσα απεξαρτήσεως» καθώς και άλλα κεφάλαια. Κάθε κεφάλαιο περιλαμβάνει αρχικά μια εισαγωγή που αποτελείται από λίγες προτάσεις. Στη συνέχεια αναφέρονται αλφαριθμητικώς τα φάρμακα με το όνομα του προϊόντος, περιγράφεται το περιεχόμενο της συσκευασίας και αναφέρεται η τιμή σε ευρώ. Δίπλα στην ένδειξη για τον ενδεχομένως υποχρεωτικό χαρακτήρα της συνταγής υπάρχει ένα τετραγωνίδιο. Κάνοντας «κλικ» με το ποντίκι πάνω στο τετραγωνίδιο αυτό, παραγγέλλεται το αντίστοιχο φάρμακο. Για περισσότερες πληροφορίες σχετικά με το ίδιο το προϊόν μπορεί κανείς να κάνει «κλικ» με το ποντίκι πάνω στο όνομα του προϊόντος. Για τον καταναλωτή υπάρχει ακόμη η δυνατότητα, κάνοντας «κλικ» σε συγκεκριμένο σημείο, να διερευνήσει τη συλλογή των εναγομένων όσον αφορά συγκεκριμένο προϊόν. Επιπλέον, οι εναγόμε-

Στη συνέχεια, η ιστοσελίδα των εναγομένων χωρίζεται στα κεφάλαια «φαρμακεία»,

νοι προσφέρουν υπηρεσίες μέσω του Διαδικτύου (αναζήτηση ιατρών, ιδεώδης καιρός για την ατομική υγεία, πληροφορίες για βιβλία κ.λπ.). Στη συνέχεια, το αντίστοιχο φάρμακο χαρακτηρίζεται από τους εναγομένους ως φάρμακο που απαιτεί συνταγή γιατρού, εφόσον αυτό, είτε στην Ολλανδία είτε στο κράτος μέλος στο οποίο ο καταναλωτής έχει την κατοικία του, κατατάσσεται ως φάρμακο που χρήζει ιατρικής συνταγής. Η παράδοση τέτοιων φαρμάκων πραγματοποιείται μετά την υποβολή του πρωτοτύπου της ιατρικής συνταγής.

32. Η ίδια η παράδοση μπορεί να πραγματοποιηθεί με διαφορετικούς τρόπους. Έτσι, ο καταναλωτής μπορεί να πάρει αυτοπροσάπως το παραγγελθέν προϊόν από τους εναγομένους. Ακόμη, μπορεί να δώσει εντολή σε υπηρεσία ταχυμεταφορών που του συνέστησαν οι εναγόμενοι να παραλάβει το παραγγελθέν προϊόν και να το μεταφέρει στην δηλωθείσα διεύθυνση παραδόσεως χωρίς πρόσθετα έξοδα. Τέλος, μπορεί να αναθέσει την εντολή, ιδίως εξόδοις, σε άλλη υπηρεσία ταχυμεταφορών.

33. Η Apothekerverband αμφισβητεί ενώπιον του Oberlandesgericht Frankfurt am Main τη νομιμότητα της προσφοράς φαρμάκων με τον προαναφερθέντα τρόπο και την παράδοση των φαρμάκων αυτών μέσω διασυνοριακών ταχυδρομικών αποστολών. Φρονεί ότι οι διατάξεις του AMG καθώς και του HWG δεν επιτρέπουν μία τέτοιου είδους δραστηριότητα. Η ανωτέρω απαγόρευση δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι αντιβαίνει στα άρθρα 28 ΕΚ και 30 ΕΚ.

34. Η DocMorris και ο J. Waterval φρονούν ότι ακόμη και σύμφωνα με το εθνικό δίκαιο είναι νόμιμος ο τρόπος που ενήργησαν, σε κάθε περίπτωση όμως η προβλεπόμενη από το εθνικό δίκαιο απαγόρευση αντιβαίνει στις διατάξεις του κοινοτικού δικαίου.

35. Το Landgericht διερωτήθηκε αν οι αρχές της αποφάσεως Ortscheit¹⁰ εξακολουθούν να ισχύουν εν προκειμένω ενόψει του διαδραμόντος εν τω μεταξύ χρονικού διαστήματος και των μεταβολών ως προς τις προϋποθέσεις για την έγκριση των φαρμάκων για ανθρώπους στα κράτη μέλη.

36. Σε σχέση με τον HWG, το Landgericht έκρινε ότι η παρουσίαση στο Διαδίκτυο της DocMorris με ταυτόχρονη αναφορά των επιμέρους φαρμάκων με το όνομα του προϊόντος, την τυχόν απαιτούμενη συνταγή ιατρού, το μέγεθος της συσκευασίας και της τιμής καθώς και της άμεσης δυνατότητας παραγγελίας πρέπει να χαρακτηριστεί ως διαφήμιση κατά την έννοια των διατάξεων του HWG. Κατά το Landgericht, αυτού του είδους η απαγόρευση διαφήμισεως έχει ως συνέπεια να δυσχεραίνεται σημαντικά η παρουσίαση του φαρμακείου του Διαδικτύου με την ταυτόχρονη δυνατότητα της παραγγελίας επιμέρους φαρμάκων, διότι στην περίπτωση αυτή τα αναγκαία για μία παραγγελία ελάχιστα στοιχεία δεν θα μπο-

10 — Απόφαση της 10ης Νοεμβρίου 1994, C-320/93 (Συλλογή 1994, σ. I-5243).

ρούν πλέον να δίδονται επί εντύπων παραγγελίας on line. Επομένως, τίθεται το ερώτημα αν αυτού του είδους η εθνική απαγόρευση της διαφήμισης συμβιβάζεται με τις αρχές της ελεύθερης κυκλοφορίας των εμπορευμάτων και την ελεύθερη κυκλοφορία των υπηρεσιών της κοινωνίας της πληροφορίας σύμφωνα με την οδηγία για το ηλεκτρονικό εμπόριο.

37. Το Landgericht έκρινε ότι δεν δεσμεύεται από την απόφαση Ortscheit, διότι η απόφαση αυτή, αφενός, αφορούσε μόνον την, εν προκειμένω μη ασκούσα επιρροή, απαγόρευση του άρθρου 8, παράγραφος 2, του HWG, αφετέρου, η έννοια της διαφήμισης στην περίπτωση παρουσιάσεως στο Διαδίκτυο ενός φαρμακείου, λαμβανομένων υπόψη των πιο πάνω σκέψεων, χρίζει ενδεχομένως ειδικής εκτιμήσεως. Επιπλέον, για το τμήμα τίθεται και το ερώτημα αν η εν τω μεταξύ εκτεταμένη εναρμόνιση των διαδικασιών για την έγκριση φαρμάκων που προορίζονται για ανθρώπους καθώς και το γεγονός ότι στο πλαίσιο του κοινοτικού δικαίου μελετάται να επιτραπεί η διαφήμιση φαρμάκων που δεν χρήζουν ιατρικής συνταγής απαιτούν από απόψεως κοινοτικού δικαίου άλλο, στενότερο ορισμό της εννοίας της διαφήμισης. Η αρχή της ελεύθερης διασυνοριακής κυκλοφορίας των εμπορευμάτων μπορεί ενδεχομένως να μην υλοποιείται αποτελεσματικώς αν, λόγω του ότι οι εναγόμενοι προέβαιναν σε απαγορευμένη διαφήμιση των φαρμάκων που προορίζονται για ανθρώπους, η παρουσίαση στο Διαδίκτυο των εναγομένων καθίσταται στο σύνολό της ή σε μεγάλο μέρος αδύνατη.

IV — Τα προδικαστικά ερωτήματα

38.-Κατόπιν των ανωτέρω το Landgericht Frankfurt am Main υπέβαλε ενώπιον του Δικαστηρίου με διάταξη της 10ης Αυγούστου 2001, που περιήλθε στη Γραμματεία του Δικαστηρίου στις 21 Αυγούστου 2001, τα ακόλουθα ερωτήματα για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως:

«1) Παραβιάζει την αρχή της ελεύθερης κυκλοφορίας των εμπορευμάτων, σύμφωνα με τα άρθρα 28 επ. Συνθήκης ΕΚ, εθνική ρύθμιση, κατά την οποία απαγορεύεται η για εμπορικούς σκοπούς διασυνοριακή εισαγωγή φαρμάκων που προορίζονται για ανθρώπους, διά της οδού του δι' αποστολών εμπορίου, από εγκεκριμένα φαρμακεία άλλων κρατών μελών της ΕΕ βάσει ατομικών παραγγελιών των τελικών καταναλωτών μέσω Internet;

α) Αποτελεί αυτή η εθνική απαγόρευση μέτρο ισοδύναμου αποτελέσματος σύμφωνα με το άρθρο 28 ΕΚ;

β) Σε περίπτωση που αυτή η εθνική απαγόρευση αποτελεί μέτρο ισοδύναμου αποτελέσματος σύμφωνα με το άρθρο 28 ΕΚ: πρέπει το άρθρο 30 ΕΚ να ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι εθνική απαγόρευση που αποσκοπεί στην προστασία της υγείας και της ζωής των ανθρώπων δικαιολογείται αν, πριν από την παράδοση φαρμάκου που χορηγείται μόνο κατόπιν ιατρικής συνταγής, πρέπει να έχει περιέλθει στο απο-

στέλλον φαρμακείο το πρωτότυπο της ιατρικής συνταγής; Ποιες απαιτήσεις πρέπει ενδεχομένως να καθοριστούν για ένα τέτοιο φαρμακείο σχετικά με τον έλεγχο της παραγγελίας, τον έλεγχο του πακέτου και τον έλεγχο της παραλαβής;

χρωατικό χαρακτήρα της συνταγής, το μέγεθος της συσκευασίας και την τιμή και ταυτόχρονα παρέχει τη δυνατότητα, με ένα on line έντυπο παραγγελίας, να παραγγέλλονται τα εν λόγω φάρμακα, να χαρακτηρίζεται ως απαγορευμένη διαφήμιση, με αποτέλεσμα οι διασυνοριακές υποστηριζόμενες από το Internet παραγγελίες φαρμάκων, περιλαμβανομένης της διασυνοριακής παραδόσεως, να δυσχεραίνονται πάντως σημαντικά;

- γ) Πρέπει στα ερωτήματα 1, 1α και 1β να δοθεί διαφορετική απάντηση υπό το φως των άρθρων 28 και 30 ΕΚ αν πρόκειται για την εισαγωγή φαρμάκων εγκεκριμένων στο κράτος εισαγωγής, τα οποία προμηθεύθηκε ένα φαρμακείο κράτους μέλους της ΕΕ προηγουμένως από χονδρεμπόρους του κράτους εισαγωγής;
- α) Επιβάλλουν τα άρθρα 28 και 30 της Συνθήκης ΕΚ να εξαιρείται η περιγραφή παρουσίαση στο Internet ενός φαρμακείου κράτους μέλους της ΕΕ ή να εξαιρούνται τμήματα της παρουσιάσεως αυτής λαμβανομένου υπόψη του άρθρου 1, παράγραφος 3, της οδηγίας 2000/31/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 8ης Ιουνίου 2000 (οδηγία για το ηλεκτρονικό εμπόριο), από την έννοια της διαφήμισεως που απευθύνεται στο κοινό, υπό την έννοια του άρθρου 1, παράγραφος 3, και του άρθρου 3, παράγραφος 1, της οδηγίας 92/28/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 31ης Μαρτίου 1992 (οδηγία για τη διαφήμιση φαρμάκων που προορίζονται για ανθρώπους), για να διασφαλίζεται και στην πράξη η προσφορά συγκεκριμένων υπηρεσιών της κοινωνίας της πληροφορίας;
- 2) Συμβιβάζεται με τα άρθρα 28 και 30 της Συνθήκης ΕΚ η περίπτωση κατά την οποία εθνική απαγόρευση της διαφήμισεως των αποστολών φαρμάκων καθώς και των προοριζομένων για ανθρώπους φαρμάκων που χηρίζουν ιατρικής συνταγής και δεν είναι εγκεκριμένα στο κράτος εισαγωγής, αλλά είναι στο κράτος προελεύσεως, χορηγούνται δε μόνον από φαρμακείο, ερμηνεύεται τόσο ευρέως ώστε η εμφάνιση ενός φαρμακείου κράτους μέλους της ΕΕ στο Internet, το οποίο εκτός της παρουσιάσεως της επιχειρησεώς του αναφέρει τα επί μέρους φάρμακα με το όνομα του προϊόντος, τον ενδεχομένως υπο-
- β) Μπορεί ένας ενδεχομένως σύμφωνα με τα άρθρα 28 και 30 της Συνθήκης ΕΚ επιβαλλόμενος περιορισμός της εννοίας της διαφήμισεως να στηρι-

χθεί στο γεγονός ότι τα on line έντυπα παραγγελίας, τα οποία περιλαμβάνουν μόνο τα ελάχιστα απαιτούμενα για μια παραγγελία στοιχεία και/ή άλλα τμήματα της παρουσιάσεως στο Internet ενός φαρμακείου ενός κράτους μέλους της ΕΕ, μπορούν να εξομοιωθούν με καταλόγους πωλήσεως και/ή καταλόγους τιμών υπό την έννοια του άρθρου 1, παράγραφος 4, της οδηγίας 92/28/ΕΟΚ;

διασυνοριακής εισαγωγής μέσω ταχυδρομικών αποστολών»¹¹ (στο εξής: απαγόρευση πωλήσεως μέσω ταχυδρομικών αποστολών) αντιβαίνει στην ελεύθερη κυκλοφορία των εμπορευμάτων. Ως προς το σημείο αυτό, πρέπει να τονιστεί ότι το Δικαστήριο, στο πλαίσιο της προβλεπόμενης από το άρθρο 234 ΕΚ διαδικασίας για την έκδοση προδικαστικών αποφάσεων, δεν είναι αρμόδιο να αποφαινεται ως προς το αν ένα εθνικό μέτρο είναι σύμφωνο προς το κοινοτικό δίκαιο. Πάντως, μπορεί να παρέχει στο εθνικό δικαστήριο όλα τα ερμηνευτικά στοιχεία που άπτονται του κοινοτικού δικαίου και που του δίδουν τη δυνατότητα να αποφανθεί επί του ζητήματος του συμβατού κατά την εκδίκαση των υποθέσεων που επιλαμβάνεται¹².

- 3) Στην περίπτωση που η παρουσίαση στο Internet ενός φαρμακείου κράτους μέλους της ΕΕ προσκρούει, από μερικές απόψεις, σε νόμιμες προδιαγραφές όσον αφορά τη διαφήμιση φαρμάκων, έπεται από τα άρθρα 28 και 30 της Συνθήκης ΕΚ ότι το διασυνοριακό εμπόριο φαρμάκων, που λαμβάνει χώρα με τη βοήθεια αυτής της παρουσιάσεως, πρέπει —παρά την απαγορευμένη διαφήμιση— να επιτρέπεται νομίμως, προκειμένου η αρχή της ελεύθερης διασυνοριακής κυκλοφορίας των εμπορευμάτων να υλοποιείται αποτελεσματικότερα;»

40. Όπως προκύπτει από το προδικαστικό ερώτημα 1γ, τα προδικαστικά ερωτήματα 1, 1α και 1β αφορούν τα μη εγκεκριμένα στη Γερμανία φάρμακα. Αντιθέτως, το προδικαστικό ερώτημα 1γ αφορά τα εγκεκριμένα στη Γερμανία φάρμακα. Η ανάλυση που ακολουθεί στηρίζεται στην ανωτέρω διάκριση.

V — Επί του πρώτου προδικαστικού ερωτήματος

39. Με το πρώτο ερώτημα του το αιτούν δικαστήριο θέτει ρητώς το ερώτημα αν η εθνική απαγόρευση της «κατ' επάγγελμα

11 — Σύμφωνα με τη διατύπωση που χρησιμοποιεί το αιτούν δικαστήριο το οποίο δεν αναφέρεται επομένως ρητώς ούτε στο άρθρο 43 ούτε στο άρθρο 73 του ΛΜΓ.

12 — Αποφάσεις της 12ης Ιουλίου 2001, C-399/98, Ordine degli Architekti κ.λπ. (Συλλογή 2001, σ. I-5409, σκέψη 48), και της 30ής Απριλίου 1998, C-379/96 και C-38/96, Sodiprem κ.λπ. (Συλλογή 1998, σ. I-2039, σκέψη 22).

Α — Τα μη εγκεκριμένα φάρμακα: προδικαστικά ερωτήματα 1, 1α και 1β

1. Δυνατότητα κατ' αρχήν εφαρμογής της οδηγίας 97/7 επί της επίμαχης απαγορεύσεως πωλήσεων μέσω ταχυδρομικών αποστολών

α) Επιχειρήματα των μετεχόντων στη διαδικασία

41. Η DocMorris φρονεί ότι το άρθρο 14 της οδηγίας 97/7 δεν μπορεί να δικαιολογήσει τη γενική απαγόρευση πωλήσεως φαρμάκων μέσω ταχυδρομικών αποστολών, διότι η διάταξη αυτή προβλέπει ρητώς ότι πρέπει να τηρούνται οι διατάξεις του υπεριχύντος πρωτογενούς δικαίου.

42. Η Apothekerverband υποστηρίζει ότι οι τρόποι πώλησεως και παραδόσεως φαρμάκων δεν έχουν ακόμη εναρμονιστεί όσον αφορά την υποβολή ιατρικής συνταγής και το εμπόριο διά ταχυδρομικών αποστολών κατόπιν παραγγελίας μέσω του Διαδικτύου.

43. Στις παρατηρήσεις της επί του παράγωγου δικαίου, η Γερμανική Κυβέρνηση αναφέρεται στην οδηγία 65/65 ήτοι στον κοινοτικό κώδικα και στην προβλεπόμενη από τα ανωτέρω νομοθετήματα απαγόρευση της διαθέσεως μη εγκεκριμένων φαρμάκων. Σκοπός της απαγορεύσεως των πωλήσεων διά ταχυδρομικών αποστολών είναι να αποτραπεί η καταστρατήγηση της ανωτέρω απαγορεύσεως.

44. Η Ελληνική Κυβέρνηση, στηριζόμενη στην οδηγία 89/552/ΕΟΚ¹³, τάσσεται υπέρ του νόμιμου χαρακτήρα της απαγορεύσεως των πωλήσεων μέσω ταχυδρομικών αποστολών.

45. Η Γαλλική Κυβέρνηση υποστηρίζει ότι η πώληση φαρμάκων δεν έχει αποτελέσει αντικείμενο εναρμονίσεως.

46. Η Αυστριακή Κυβέρνηση υπενθυμίζει ότι, βάσει του άρθρου 14 της οδηγίας 97/7, τα κράτη μέλη έχουν τη δυνατότητα να απαγορεύουν τη διάθεση στο εμπόριο. Δεδομένου ότι η διάθεση στο εμπόριο φαρμάκων δεν έχει ακόμη πλήρως εναρμονιστεί, τα κράτη μέλη εξακολουθούν να είναι αρμόδια να ρυθμίζουν τα σχετικά ζητήματα με διατάξεις της εθνικής νομοθεσίας τους.

47. Η Επιτροπή υποστηρίζει ότι η απαγόρευση πωλήσεως φαρμάκων διά ταχυδρομικών αποστολών καλύπτεται από το άρθρο 3 της οδηγίας 65/65 ήτοι από το άρθρο 6 του κοινοτικού κώδικα.

13 — Οδηγία του Συμβουλίου, της 3ης Οκτωβρίου 1989, για τον συντονισμό ορισμένων νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων των κρατών μελών σχετικά με την άσκηση τηλεοπτικών δραστηριοτήτων (ΕΕ L 298, σ. 23).

β) Εκτίμηση

48. Κατ' αρχάς, πρέπει να υπομνηστεί η γενική αρχή ότι οι διατάξεις του παράγωγου δικαίου μπορούν να υπερισχύουν των διατάξεων του πρωτογενούς δικαίου. Τούτο συνεπάγεται ότι εθνικά μέτρα σ' έναν τομέα, ο οποίος έχει αποτελέσει σε κοινοτικό επίπεδο αντικείμενο πλήρους εναρμόνισως, πρέπει να εκτιμώνται βάσει της ρυθμίσεως περί εναρμόνισως και όχι βάσει των άρθρων 28 ΕΚ και 30 ΕΚ¹⁴.

49. Επομένως, αν υποτεθεί ότι εν προκειμένω με την οδηγία 97/7 επέρχεται πλήρης εναρμόνιση, τότε εφαρμόζονται αυτές οι διατάξεις του παράγωγου δικαίου και όχι το πρωτογενές δίκαιο, ήτοι εν προκειμένω η αρχή της ελεύθερης κυκλοφορίας των αγαθών. Εν τούτοις, και στην περίπτωση αυτή το πρωτογενές δίκαιο εξακολουθεί να έχει σημασία παρά το γεγονός ότι υπερισχύει το παράγωγο δίκαιο: πρώτον, οι διατάξεις του παράγωγου δικαίου ερμηνεύονται βάσει του πρωτογενούς δικαίου και, δεύτερον, οι ίδιες οι διατάξεις του παράγωγου δικαίου μπορούν να παραπέμπουν στο πρωτογενές δίκαιο.

50. Αυτό ακριβώς συμβαίνει με το άρθρο 14 της οδηγίας 97/7 στο οποίο ρητώς αναφέρθηκαν ορισμένοι από τους μετέχοντες στη διαδικασία. Πράγματι, η διάταξη αυτή ορίζει μεν ρητώς ότι τα κράτη μέλη μπορούν να προβλέπουν την απαγόρευση «της εμπορίας

στο έδαφός τους, μέσω συμβάσεων εξ αποστάσεως, ορισμένων αγαθών ή υπηρεσιών, ιδίως φαρμάκων [...]», ωστόσο το άρθρο 14 θέτει ταυτοχρόνως ορισμένους περιορισμούς σ' αυτήν την εξουσία των κρατών μελών: χρήση της εξουσίας αυτής μπορεί να γίνεται μόνον «τηρουμένης δεόντως της Συνθήκης».

51. Μεταξύ των διατάξεων της «Συνθήκης» στην οποία ρητώς αναφέρεται η οδηγία 97/7 περιλαμβάνονται και οι θεμελιώδεις ελευθερίες και, μεταξύ άλλων, η κρίσιμη εν προκειμένω ελευθερία της κυκλοφορίας των εμπορευμάτων. Επομένως, η ελευθερία αυτή εξακολουθεί να εφαρμόζεται και στο πλαίσιο της εφαρμογής της οδηγίας 97/7.

52. Ως προς την οδηγία για το ηλεκτρονικό εμπόριο, επιβάλλεται η παρατήρηση ότι η οδηγία αυτή έπρεπε να μεταφερθεί στο εσωτερικό δίκαιο των κρατών μελών μέχρι τις 17 Ιανουαρίου 2002 και ότι, κατά συνέπεια, δεν εφαρμόζεται στα πραγματικά περιστατικά της κύριας δίκης.

2. Η κανονιστική εξουσία των κρατών μελών: τα όρια που θέτει η αρχή της ελεύθερης κυκλοφορίας των εμπορευμάτων

14 — Βλ., στο ίδιο πνεύμα, τις αποφάσεις της 23ης Νοεμβρίου 1989, 150/88, Parfümerie-Fabrik (Συλλογή 1989, σ. 3891, σκέψη 28), της 12ης Οκτωβρίου 1993, C-37/92, Vanacker και Lesage (Συλλογή 1993, σ. I-4947, σκέψη 9), της 13ης Δεκεμβρίου 2001, C-324/99, Daimler Chrysler (Συλλογή 2001, σ. I-9897, σκέψη 32), και της 24ης Οκτωβρίου 2002, C-99/01, Linhart και Biffi (Συλλογή 2002, σ. I-9375, σκέψη 18).

53. Δεδομένου ότι το παράγωγο δίκαιο περιέχει μεν διατάξεις σχετικά με το εμπόριο φαρμάκων, εξακολουθεί όμως να διατηρεί το πεδίο εφαρμογής της η αρχή της ελεύθερης

κυκλοφορίας των εμπορευμάτων, θα εξετάσω στη συνέχεια την αρχή της ελευθερίας της κυκλοφορίας των εμπορευμάτων. Συναφώς, τίθεται κατ' αρχάς το ερώτημα αν οι επίμαχες γερμανικές διατάξεις εμπίπτουν πράγματι στο πεδίο εφαρμογής της ελευθερίας αυτής. Ακολούθως, θα εξετάσω αν υπάρχει περιορισμός και, αν αυτό συμβαίνει, αν ο περιορισμός αυτός είναι δικαιολογημένος.

α) Η δυνατότητα εφαρμογής της ελευθερίας της κυκλοφορίας των εμπορευμάτων: η απαγόρευση των πωλήσεων μέσω ταχυδρομικών αποστολών ως μορφή πωλήσεως;

54. Στο πλαίσιο αυτό, πρέπει να εξεταστεί αν η απαγόρευση των πωλήσεων μέσω ταχυδρομικών αποστολών πληροί τις προϋποθέσεις της νομολογίας Keck¹⁵, ήτοι αν μπορεί να χαρακτηριστεί ως μορφή πωλήσεως, και αν, ως εκ τούτου, ουδόλως εφαρμόζεται το άρθρο 28 ΕΚ.

i) Επιχειρήματα των μετεχόντων στη διαδικασία

55. Η DocMorris φρονεί ότι η απαγόρευση των πωλήσεων μέσω ταχυδρομικών αποστολών δεν μπορεί να θεωρηθεί ως μορφή πωλήσεως, διότι δεν πληρούνται οι προϋποθέσεις της νομολογίας Keck. Πράγματι, η απαγόρευση δεν θίγει με τον ίδιο ακριβώς

τρόπο την πώληση των φαρμάκων της ημεδαπής και των φαρμάκων της αλλοδαπής. Λόγω των αυστηρών διατάξεων του γερμανικού φαρμακευτικού δικαίου, η απευθείας πώληση έχει ιδιαίτερη σημασία, η δε απαγόρευση της πωλήσεως φαρμάκων μέσω ταχυδρομικών αποστολών αποτελεί μέτρο ισόδυναμου αποτελέσματος.

56. Η Apothekerverband, η Γαλλική και η Αυστριακή Κυβέρνηση καθώς και η Επιτροπή χαρακτηρίζουν την απαγόρευση των πωλήσεων μέσω ταχυδρομικών αποστολών ως απλή μορφή πωλήσεως.

57. Η Γερμανική Κυβέρνηση υποστηρίζει ότι η απαγόρευση των πωλήσεων μέσω ταχυδρομικών αποστολών αποτελεί μορφή πωλήσεως και ότι η απαίτηση προηγούμενης εγκρίσεως που θέτει το παράγωγο δίκαιο δεν αντιβαίνει στην ελεύθερη κυκλοφορία των εμπορευμάτων.

ii) Εκτίμηση

58. Προκειμένου να διαπιστωθεί αν η απαγόρευση των πωλήσεων μέσω ταχυδρομικών αποστολών πρέπει να θεωρηθεί ως μορφή πωλήσεως, θα πρέπει να εξεταστεί στη συνέχεια εκάστη των προϋποθέσεων της

15 — Απόφαση της 24ης Νοεμβρίου 1993 στις συνεκδικασθείσες υποθέσεις C-267/91 και C-268/91, Keck και Mithouard (Συλλογή 1993, σ. I-6097, σκέψεις 16 και 17).

νομολογίας Keck τις οποίες έχει διατυπώσει η νομολογία του Δικαστηρίου.

— Παραδείγματα μορφών πωλήσεως από την μέχρι τούδε νομολογία

59. Προκειμένου ένα εθνικό μέτρο να επιπτε στην εξαίρεση της νομολογίας Keck, πρέπει το μέτρο αυτό να πληροί τις ακόλουθες προϋποθέσεις: πρώτον, πρέπει να εφαρμόζεται σε όλους τους επιχειρηματίες του οικείου τομέα που ασκούν τη δραστηριότητά τους στην εθνική επικράτεια (καθολικότητα)¹⁶, δεύτερον, πρέπει να επηρεάζει κατά τον ίδιο τρόπο, τόσο από πραγματική όσο και από νομική άποψη, την εμπορία των εγχώριων προϊόντων και των προϊόντων προελεύσεως άλλων κρατών μελών (ουδετερότητα)¹⁷.

60. Από τα ανωτέρω κριτήρια προκύπτει μεν ότι μόνον ορισμένες μορφές πωλήσεως πληρούν τα κριτήρια που έχει θεσπίσει η νομολογία Keck, ωστόσο η νομολογία αυτή δεν θα πρέπει να παρερμηνευθεί υπό την έννοια ότι υπάρχει κατά λογική ακολουθία και μία υποτιθέμενη τρίτη κατηγορία¹⁸. Υπάρχουν μόνο δύο κατηγορίες περιπτώσεων: αφενός, οι περιπτώσεις που εμπίπτουν στη νομολογία Keck και, αφετέρου, οι περιπτώσεις που δεν εμπίπτουν στη νομολογία αυτή.

61. Το Δικαστήριο έκρινε ότι η νομολογία Keck καλύπτει τα ακόλουθα εθνικά μέτρα: τους χρονικούς περιορισμούς όπως είναι η απαγόρευση πωλήσεων την Κυριακή¹⁹, περιορισμούς σχετικά με το ποιος επιτρέπεται να πωλεί εμπορεύματα ή από ποιον πρέπει να αγοράζονται τα εμπορεύματα, όπως είναι η απαγόρευση της διαθέσεως επεξεργασμένου γάλακτος για βρέφη εκτός των φαρμακείων²⁰, η απαγόρευση πωλήσεως προϊόντων καπνού από άλλους εκτός των ειδικώς αδειοδοτημένων λιανοπωλητών²¹ καθώς και η απαγόρευση αγοράς ποτών από μη κατόχους αδείας για την παραγωγή ή για το χονδρεμπόριο ποτών²². Επιπλέον, το Δικαστήριο έκρινε ότι η επιβληθείσα στους φαρμακοποιούς απαγόρευση να διαφημίζουν εκτός των φαρμακείων προϊόντα, τα οποία κατά κανόνα πωλούνται στα φαρμακεία²³, καθώς και η απαγόρευση των τηλεοπτικών διαφημίσεων στον τομέα της διανομής αποτελούν μορφές πωλήσεως κατά την έννοια της νομολογίας Keck²⁴. Στα ανωτέρω προστίθενται και οι

16 — Σύμφωνα με την ορολογία που χρησιμοποιεί ο González Vaqué, «La sentencia "Laura"», *Gaceta Jurídica de la C.E. y de la Competencia* — *Boletín* 1998, σημείο 135, σ. 15 (συγκεκριμένα σ. 19).

17 — Ενίοτε η προϋπόθεση αυτή χαρακτηρίζεται εσφαλμένως ως διμεγής διάκριση. Βλ. π.χ. Picod, «La nouvelle approche de la Cour de justice en matière d'enlèves aux échanges», *Revue trimestrielle de droit européen*, 1998, σ. 169 (συγκεκριμένα σ. 178).

18 — Ως προς το σημείο αυτό βλ. επίσης Hélin, «Libre circulation, conditionnement des médicaments et marques», σε: *Droit communautaire et médicament*, 1996, σ. 65 (συγκεκριμένα σ. 87).

19 — Αποφάσεις της 20ής Ιουνίου 1996, C-418/93 έως C-421/93, C-460/93 έως C-462/93, C-464/93, C-9/94 έως C-11/94, C-14/94, C-15/94, C-23/94, C-24/94 και C-332/94, *Semetero Casa Uno κ.λπ.* (Σύλλογη 1996, σ. I-2975), και της 2ας Ιουνίου 1994, C-401/92 και C-402/92, *Tankstation 't Heukske και Boermans* (Σύλλογη 1994, σ. I-2199).

20 — Απόφαση της 29ης Ιουνίου 1995, C-391/92, Επιτροπή κατά Ελλάδος (Σύλλογη 1995, σ. I-1621).

21 — Απόφαση της 14ης Δεκεμβρίου 1995, C-387/93, *Banchero* (Σύλλογη 1995, σ. I-4663).

22 — Απόφαση της 23ης Οκτωβρίου 1997, C-189/95, *Franzén* (Σύλλογη 1997, σ. I-5909).

23 — Απόφαση της 15ης Δεκεμβρίου 1993, C-292/92 *Hünemund κ.λπ.* (Σύλλογη 1993, σ. I-6787).

24 — Απόφαση της 9ης Φεβρουαρίου 1995, C-412/93, *Leclerc-Siplec* (Σύλλογη 1995, σ. I-179).

διατάξεις για τις διαφημίσεις που δεν έχουν υλικό δεσμό με το προϊόν²⁵ καθώς και οι διατάξεις για τις πωλήσεις με μικρό περιθώριο κέρδους²⁶.

62. Το Δικαστήριο έχει κρίνει ότι δεν εμπόδισαν κατ' αρχάς στη νομολογία Keck τα εθνικά μέτρα των οποίων σκοπός είναι η ρύθμιση της κυκλοφορίας των εμπορευμάτων μεταξύ των κρατών μελών²⁷.

63. Δεύτερον, το Δικαστήριο δεν υπήγαγε —ρητώς ή σιωπηρώς— στη νομολογία Keck τα εθνικά μέτρα τα οποία επιβαρύνουν τα εισαγόμενα εμπορεύματα με πρόσθετα έξοδα²⁸. Η νομολογία αυτή αφορά πρωτίστως μέτρα τα οποία απαιτούν την προσαρμογή των εγγενών χαρακτηριστικών των εισαγόμενων προϊόντων, όπως είναι η σύνθεσή τους, ή των εξωτερικών χαρακτηριστικών τους, όπως είναι η ονομασία ή η συσκευασία²⁹.

25 — Τούτο προκύπτει a contrario από τις αποφάσεις της 9ης Ιουλίου 1995, C-470/93, Mars (Συλλογή 1995, σ. I-1923) και της 26ης Ιουνίου 1997, C-368/95, Familiapress (Συλλογή 1997, σ. I-3689).

26 — Απόφαση της 11ης Αυγούστου 1995, C-63/94, Belgarom (Συλλογή 1995, σ. I-2467).

27 — Αποφάσεις C-267/91 και C-268/91 (προπατατεθείσες στην υποσημείωση 15), σκέψη 12 και C-412/93 (προπατατεθείσα στην υποσημείωση 24), σκέψη 19.

28 — Αποφάσεις της 3ης Οκτωβρίου 1994, C-323/93, Crespelle (Συλλογή 1994, σ. I-5077, σκέψη 29), Franzén (προπατατεθείσα στην υποσημείωση 22), σκέψη 71, και Familiapress (προπατατεθείσα στην υποσημείωση 25), σκέψη 12.

29 — Βλ. τις προτάσεις του γενικού εισαγγελέα Van Gerven επί των συνδικασθεσίων υποθέσεων C-401/92 και C-402/92 (η απόφαση παρατίθεται στην υποσημείωση 19), Hélin (άρθρο που παρατίθεται στην υποσημείωση 18), σ. 71 επ., βλ. επίσης Gormley, «Two years after Keck», *Fordham International Law Journal*, 1996, σ. 866 (συγκεκριμένα σ. 880), Greaves, «Advertising restrictions and the free movement of goods and services», *European Law Review*, 1998, σ. 305 (συγκεκριμένα σ. 310 και 318), Heermann, «Artikel 30 EGV im Lichte der "Keck"-Rechtsprechung», *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht: Internationaler Teil*, 1999, σ. 579 (συγκεκριμένα σ. 585). Βλ., αντιθέτως, Mattera, «De Part "Dassonville" Parèti "Keck": l'obscurité clarté d'une jurisprudence riche en principes novateurs et en contradictions», *Revue du marché unique européen*, 1994, σ. 117 (συγκεκριμένα σ. 149), ο οποίος συνηγορεί κατά της απόψεως ότι κάθε είδους προσαρμογή στις ρυθμίσεις του κράτους εισαγωγής αποτελεί ήδη εμπόδιο. Κριτικός έναντι των εξόδων ως γενικό κριτήριο είναι ο R. Sack, «Staatliche Werbebeschränkungen und die Art. 30 και 59 EG-Vertrag», *Weitbewerb in Recht und Praxis*, 1998, σ. 103 (συγκεκριμένα σ. 107).

Επομένως, το ζήτημα των εξόδων χρησιμοποιείται ως κριτήριο προκειμένου να εκτιμηθούν οι επιπτώσεις στο εμπόριο³⁰, όπως ορθώς τονίζει η DocMorris.

64. Αυτό καθίσταται ιδιαίτερος σαφές στην υπόθεση TK-Heimdienst αντικείμενο της οποίας ήταν μία ρύθμιση η οποία υποχρέωνε ορισμένους επιχειρηματίες «που έχουν ήδη σταθερό κατάστημα εντός άλλου κράτους μέλους, οι οποίοι επιθυμούν να εμπορευούνται τα εμπορεύματά τους πωλώντας τα πλανοδίως εντός συγκεκριμένης διοικητικής περιοχής [...] να ανοίξουν ή να αποκτήσουν άλλο σταθερό κατάστημα εντός της διοικητικής αυτής περιοχής ή εντός συνορευόντος δήμου, ενώ οι εντόπιοι επιχειρηματίες πληρούν ήδη το κριτήριο του σταθερού καταστήματος. Συνεπώς, για να μπορούν τα προερχόμενα από άλλα κράτη μέλη προϊόντα να έχουν την ίδια πρόσβαση στην αγορά του κράτους μέλους εισαγωγής με τα εγχώρια προϊόντα πρέπει αυτοί να φέρουν πρόσθετα έξοδα»³¹.

65. Επομένως, στη συνέχεια θα εξεταστεί αν συντρέχουν οι προϋποθέσεις που θέτει η νομολογία Keck.

30 — Βλ. Picod (παρατίθεται στην υποσημείωση 17), σ. 188 επ.

31 — Απόφαση της 13ης Ιανουαρίου 2000, C-254/98, TK-Heimdienst (Συλλογή 2000, σ. I-151, σκέψη 26).

— Εφαρμογή επί του συνόλου των επιχειρηματιών οι οποίοι ασκούν τη δραστηριότητά τους στην ημεδαπή

66. Ήδη από τη διατύπωση της κρίσιμης εν προκειμένω εθνικής νομοθεσίας, ήτοι του γερμανικού νόμου για τα φάρμακα, προκύπτει ότι το μέτρο της απαγορεύσεως των πωλήσεων μέσω ταχυδρομικών αποστολών εφαρμόζεται τόσο επί των ημεδαπών όσο και επί των αλλοδαπών φαρμακοποιών. Επομένως, η απαγόρευση που αποτελεί αντικείμενο της παρούσας υποθέσεως πληροί την πρώτη προϋπόθεση της νομολογίας Keck σύμφωνα με την οποία το μέτρο πρέπει να εφαρμόζεται εφ' όλων των επιχειρηματιών του οικείου τομέα οι οποίοι ασκούν τη δραστηριότητά τους στην ημεδαπή³².

— Επιρροή επί των πωλήσεων των προϊόντων

67. Η νομολογία Keck καλύπτει μόνον τα μέτρα τα οποία θίγουν εξίσου, τόσο από νομικής όσο και από πραγματικής απόψεως, τα ημεδαπά και αλλοδαπά προϊόντα³³.

68. Στο πλαίσιο αυτό, θα πρέπει να εξεταστεί κατ' αρχάς το αν οι επιπτώσεις ενός μέτρου επί του όγκου των πωλήσεων αποτελεί αποφασιστικό κριτήριο για την εκτίμηση της

επιρροής του επί των πωλήσεων. Μολονότι η απόφαση Ortscheit αφήνει να εννοηθεί αυτό το πράγμα, ωστόσο η διαπίστωση στην οποία προέβη το Δικαστήριο στην ανωτέρω υπόθεση δεν πρέπει να υπερεκτιμάται. Πράγματι, αφενός, και στην υπόθεση Ortscheit έχει ιδιαίτερη σημασία η πιθανή παρεμπόδιση της κυκλοφορίας των εμπορευμάτων³⁴ και, αφετέρου, το Δικαστήριο έχει ήδη στο παρελθόν σχετικοποιήσει τη σημασία του κριτηρίου αυτού με την ίδια την απόφαση Keck και Mithouard³⁵ και με την απόφαση Hünernmund κ.λπ.³⁶ καθώς και —στη συνέχεια— με την απόφαση Leclerc-Siplex^{37 38}.

69. Όσον αφορά την προϋπόθεση ότι το μέτρο πρέπει να θίγει εξίσου, τόσο από νομικής όσο και από πραγματικής απόψεως, τα ημεδαπά και τα αλλοδαπά προϊόντα, επιβάλλεται η διαπίστωση, όσον αφορά τη ρύθμιση που αποτελεί αντικείμενο της παρούσας υποθέσεως, ότι η ρύθμιση αυτή ισχύει εξίσου τόσο για τα ημεδαπά όσο και για τα αλλοδαπά φάρμακα, ήτοι δεν εισάγει διακρίσεις ανάλογα με την προέλευση των εμπορευμάτων.

70. Αν εφαρμοστεί η επικληθείσα από ορισμένους μετέχοντες στη διαδικασία νομολογία TK-Heimdienst επί της υπό κρίση ρυθμίσεως, τότε οι ημεδαποί, ήτοι οι Γερμανοί

32 — Απόφασις Hünernmund κ.λπ. (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 23, σημείο 23), Tankstation 't Heukske και Boemans (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 19, σκέψη 14) και Leclerc-Siplex (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 24, σημείο 23).

33 — Αυτόθι.

34 — Απόφαση Ortscheit (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 10, σκέψη 10).

35 — Προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 15, σκέψη 13.

36 — Προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 23, σκέψη 20.

37 — Προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 24, σκέψη 20.

38 — Ο γενικός εισαγγελέας Lenz απέρριψε επίσης το κριτήριο αυτό με τις προτάσεις του επί της υποθέσεως Επιτροπή κατά Ελλάδος (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 20), σκέψη 20.

φαρμακοποιοί θα έχουν ένα πλεονέκτημα στην περίπτωση που η λειτουργία φαρμακείου στη Γερμανία, ήτοι η εγκατάσταση στην ημεδαπή, αποτελεί τη μόνη δυνατότητα για την πώληση φαρμάκων, διότι οι Γερμανοί φαρμακοποιοί έχουν ήδη την εγκατάσταση αυτή³⁹.

71. Τέλος, υπέρ της απόψεως ότι πληρούνται εν προκειμένω οι προϋποθέσεις που θέτει η νομολογία Keck συνηγορεί και το γεγονός ότι η υπό κρίση υπόθεση διαφέρει από τα πραγματικά περιστατικά της υποθέσεως TK-Heimdienst κατά το ότι η απαγόρευση των πωλήσεων μέσω ταχυδρομικών αποστολών ισχύει για όλους τους φαρμακοποιούς και δεν εξαιρεί ούτε τους εγκατεστημένους στην ημεδαπή φαρμακοποιούς. Πράγματι, η γερμανική νομοθεσία απαγορεύει γενικώς την πώληση φαρμάκων μέσω του Διαδικτύου.

72. Επομένως, αν ληφθεί υπόψη μόνον το ότι η γερμανική νομοθεσία δεν εισάγει τυπικές διακρίσεις ανάλογα με την προέλευση του εμπορεύματος, θα μπορούσα να περατώσω στο σημείο αυτό τον έλεγχο βάσει της νομολογίας Keck και να καταλήξω στη διαπίστωση ότι η απαγόρευση των πωλήσεων μέσω ταχυδρομικών αποστολών πληροί τις προϋποθέσεις της νομολογίας Keck και επομένως αποτελεί μορφή πωλήσεως.

73. Όπως όμως θα δείξω στη συνέχεια, δεν θα πρέπει η ερμηνεία μιας τόσο σημαντικής κοινοτικής διατάξεως όπως είναι η διάταξη που αφορά την ελεύθερη κυκλοφορία των εμπορευμάτων, και δη η ερμηνεία του άρθρου 28 ΕΚ, να περιοριστεί στη μηχανική εφαρμογή των δύο παραδοσιακών προϋποθέσεων της νομολογίας Keck.

— Μία αποφασιστικής σημασίας παράμετρος: Η επιρροή επί της προσβάσεως στην αγορά

74. Οι δύο —παραδοσιακές— προϋποθέσεις που θέτει η νομολογία Keck αποτελούν ακριβώς ειπείν εκφάνσεις και μόνον της γενικής προϋποθέσεως σύμφωνα με την οποία κρίσιμο είναι το γεγονός ότι το μέτρο δεν μπορεί «να παρεμποδίσει την πρόσβαση [των προϊόντων προελεύσεως άλλου κράτους μέλους] στην αγορά ούτε να τη δυσχεράνει όπως δεν δυσχεραίνει την πρόσβαση στην αγορά των εγχώριων προϊόντων»⁴⁰. Τούτο επομένως δεν αποτελεί ούτε τη συνέπεια ούτε την τρίτη προϋπόθεση, αλλά τρόπον τινά το —υπέρτατο— γενικό κριτήριο⁴¹.

75. Το ότι η στενή οπτική της νομολογίας Keck η οποία θέτει μόνο δύο προϋποθέσεις και ο εντεύθεν περιορισμός του ελέγχου δεν αποτελεί ικανοποιητική λύση φαίνεται από το γεγονός ότι η ρύθμιση του γερμανικού νόμου για τα φάρμακα, ήτοι η απαγόρευση των πωλήσεων μέσω ταχυδρομικών απο-

39 — Βλ. Clarke, «E-commerce and pharmacy law», *The Bar review* 2001, σ. 357 (συγκριζόμενα σ. 362), και Thurnher/Hohensinner, «Fragen Sie Ihren Internetapotheker», *Ecoler* 2001, σ. 493 (συγκριζόμενα σ. 496).

40 — Απόφαση Keck και Mithouard (προσπαρεθείσα στην υποσημείωση 15, σκέψη 17).

41 — Αντίθετος ο R. Sack (βλ. υποσημείωση 29), σ. 105.

στολών, τυπικώς μεν επιφυλάσσει την ίδια μεταχείριση στα ημεδαπά και τα αλλοδαπά προϊόντα και φαρμακεία, ωστόσο τα αλλοδαπά φαρμακεία τίθενται σε δυσμενέστερη θέση από το γεγονός ότι εν αντιθέσει προς τα γερμανικά φαρμακεία εξαρτώνται σε μεγαλύτερο βαθμό από την απαγορευμένη μορφή πωλήσεων. Αυτό προκύπτει π.χ. και από το γεγονός ότι είναι δυσχερέστερο για τους Γερμανούς πελάτες να μεταβούν οι ίδιοι στα φαρμακεία της αλλοδαπής απ' ό,τι στα φαρμακεία της χώρας τους.

76. Η υπό κρίση υπόθεση καθιστά σαφές ότι οι δύο—εν στενή έννοια—προϋποθέσεις της νομολογίας Keck, ιδίως το κριτήριο ότι το εθνικό μέτρο θα πρέπει να θίγει στον ίδιο βαθμό τα ημεδαπά και αλλοδαπά εμπορεύματα, είναι αλυσιτελή στην περίπτωση αυστηρότερων, ήτοι περισσότερο περιοριστικών εθνικών μέτρων, έστω και αν αυτά τα εθνικά μέτρα αποτελούν μορφές πωλήσεως⁴². Ως εκ τούτου, ενδέχεται ορισμένες ρυθμίσεις που αφορούν τους τρόπους διαθέσεως των εμπορευμάτων να παρεμποδίζουν την πρόσβαση στην αγορά ακριβώς όπως και ρυθμίσεις που αφορούν τα ίδια τα προϊόντα⁴³.

42 — Το πρόβλημα επεσήμανε μεταξύ άλλων ο Gormley (βλ. υποσημείωση 29, σ. 884 επ.) και ο Oliver, «Some further reflections on the scope of articles 28-30 (ex 30-36) EC», *Common market law review*, 1999, σ. 783 (συγκεκριμένα σ. 795).

43 — Schwintowski, «Freier Warenverkehr im europäischen Binnenmarkt: eine Fundamentalkritik des EuGH zu Art. 28 EGV», σε: *Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des europäischen Privatrechts*, 2000, σ. 457 (συγκεκριμένα σ. 468).

77. Επιβάλλεται η διαπίστωση ότι κατ' αρχήν η νομολογία Keck εφαρμόζεται μόνο στις περιπτώσεις που αφορούν προϋποθέσεις οι οποίες πρέπει να τηρούνται μετά την—ήδη πραγματοποιηθείσα— πρόσβαση στην αγορά, όχι όμως στις περιπτώσεις στις οποίες τίθενται περιορισμοί στην ίδια την πρόσβαση στην αγορά⁴⁴.

78. Επομένως, το κρίσιμο κριτήριο είναι αν ένα εθνικό μέτρο δυσχεραίνει ή όχι σε σημαντικό βαθμό την πρόσβαση στην αγορά. Υπέρ της απόψεως αυτής έχουν ταχθεί όχι μόνον εξέχοντες εκπρόσωποι της θεωρίας⁴⁵, αλλά και—τουλάχιστον αφετηριακά— και το ίδιο το Δικαστήριο.

79. Πράγματι, όσον αφορά την ελεύθερη κυκλοφορία των εμπορευμάτων το Δικαστήριο έκρινε «ότι [...] απαγόρευση της διαφήμισης [...] θα καθιστούσε την εμπορία και, κατά συνέπεια, την πρόσβαση στην αγορά αυτών των προϊόντων αισθητά πιο δυσχερή»⁴⁶. Όσον αφορά την ελεύθερη κυκλοφορία των υπηρεσιών το Δικαστήριο έκρινε ότι οι απαγορεύσεις, που επηρεάζουν άμεσα την πρόσβαση στην αγορά των υπη-

44 — Βλ. τις προτάσεις του γενικού εισαγγελέα Elmer επί της υποθέσεως Franzen (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 22).

45 — Βλ., π.χ., τις προτάσεις του γενικού εισαγγελέα Jacobs στην υπόθεση Leclerc-Siplec (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 24). Βλ. επίσης Daus, «Die Rechtsprechung des EuGH zum Verbraucherschutz und zur Werbefreiheit im Binnenmarkt», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1995, σ. 425 (συγκεκριμένα σ. 428). R. Sack (βλ. υποσημείωση 29, σ. 109), τις μελέτες που περιλαμβάνονται στον τόμο του Schwarze (εξδότης), *Werbung und Werbeverbote im Lichte des europäischen Gemeinschaftsrechts*, 1999, Weatherill, «After Keck: some thoughts on how to clarify the clarification», *Common market law review*, 1996, σ. 885 (συγκεκριμένα σ. 897).

46 — Απόφαση της 4ης Νοεμβρίου 1997, C-337/95, Parfums Christian Dior (Συλλογή 1997, σ. I-6013, σζέψη 51).

ρειαίων, ενδέχεται να παρεμποδίζουν την κυκλοφορία των υπηρεσιών εντός της Κοινοότητας⁴⁷. Στο σημείο αυτό ας λεχθεί συμπληρωματικώς και μόνον ότι ένα εθνικό μέτρο το οποίο περιορίζει —αδιακριτίως— την άσκηση μιας οικονομικής δραστηριότητας, εμπίπτει στον τομέα της ελεύθερης κυκλοφορίας των υπηρεσιών⁴⁸.

80. Επιπλέον, η επίμαχη εν προκειμένω ρύθμιση δεν αφορά την περαιτέρω διάθεση, αλλά ήδη τη διέλευση των εμπορευμάτων μέσω των συνόρων σε μία συγκεκριμένη μορφή και, ως εκ τούτου, εμποδίζει την πρόσβαση στην αγορά του οικείου κράτους μέλους. Στην περίπτωση που μία απαγόρευση έχει ως αποτέλεσμα να εξαφανιστεί στην πράξη ένα προϊόν από την αγορά, η ρύθμιση αυτή θα μπορούσε να χαρακτηριστεί και ως διάταξη η οποία αφορά ένα συγκεκριμένο προϊόν⁴⁹.

81. Επομένως, η λύση που υποδεικνύεται εν προκειμένω, ήτοι το να λαμβάνονται υπόψη οι επιπτώσεις επί της προσβάσεως στην αγορά, δεν πρέπει ωστόσο να ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι κρίσιμο είναι το αν το εθνικό μέτρο έχει αισθητές επιπτώσεις⁵⁰. Εν αντιθέσει προς τον κανόνα de minimis, όπως ισχύει π.χ. στο δίκαιο του ανταγωνισμού, δεν απαιτείται κατά τα λοιπά ως προς το σημείο

αυτό ούτε η εκτίμηση οικονομικών δεδομένων⁵¹.

82. Ένα ουσιαστικό κριτήριο σχετικά με το αν η πρόσβαση στην αγορά δυσχεραίνεται σε σημαντικό βαθμό αποτελεί ωστόσο και το αν υπάρχουν άλλες νόμιμες και πολλά υποσχόμενες μορφές πωλήσεως⁵².

— Εναλλακτικές λύσεις για την πρόσβαση στην αγορά: ύπαρξη άλλων μορφών πωλήσεως

83. Ακριαία περίπτωση ρυθμίσεων για τη διάθεση των προϊόντων αποτελούν τα εθνικά μέτρα τα οποία διοχετεύουν τα προϊόντα σε συγκεκριμένα σημεία πωλήσεως, ήτοι επιφυλάσσουν π.χ. τη διάθεση των φαρμάκων —όπως εν προκειμένω— κατ' αρχήν στα φαρμακεία. Στο σημείο αυτό, δεν θα εξετάσω αν τα μέτρα σκοπούν να επηρεάσουν τους διαύλους ροής των εμπορευμάτων⁵³ ή αν απλώς ενδέχεται να έχουν αυτό το αποτέλεσμα⁵⁴.

47 — Απόφαση της 10ης Μαΐου 1995, C-384/93, Alpine Investments (Συλλογή 1995, σ. I-1141, σκέψεις 35 και 38).

48 — Απόφαση της 25ης Ιουλίου 1991, C-76/90, Säger (Συλλογή 1991, σ. I-4221, σκέψη 12).

49 — Krück, *Der Einfluss der europäischen Grundfreiheiten am Beispiel der Ärzte und Arzneimittel*, 1998, σ. 200.

50 — Για μία τέτοιου είδους εναλλακτική λύση, βλ. R. Sack «Staatliche Regelung so genannter "Verkaufsmodalitäten" und Art. 30 EG-Vertrag», *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht*, 1994, σ. 37 (συγκεκριμένα σ. 45).

51 — Για τη διαφορά που υπάρχει βλ. αναλυτικότερα Oliver (βλ. υποσημείωση 42, σ. 799).

52 — Βλ. τις προτάσεις του γενικού εισαγγελέα Jacobs επί των συνεκδικασθεισών υποθέσεων C-34/95, C-35/95 και C-36/95, De Agostini και TV-Shop (απόφαση της 9ης Ιουλίου 1997, Συλλογή 1997, σ. I-3843).

53 — Όσον αφορά μία τέτοιου είδους ρύθμιση βλ. τις προτάσεις του γενικού εισαγγελέα Van Gerven στην υπόθεση Tankstation 't Heukske και Boemmans (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 19), σημείο 22, βλ. επίσης Thumher/Hohensinner (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 39), σ. 496.

54 — Απόφαση Banchemo (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 21, σκέψη 43), βλ. επίσης τις προτάσεις του γενικού εισαγγελέα Lenz στην υπόθεση Επιτροπή κατά Ελλάδος (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 20), σημείο 19.

84. Ωστόσο, όπως προκύπτει από την απόφαση του Δικαστηρίου επί της υποθέσεως των ελληνικών φαρμακείων⁵⁵, ούτε οι ρυθμίσεις αυτές που αφορούν τη διάθεση μέσω συγκεκριμένων επιχειρηματιών εμπίπτουν στο άρθρο 28 ΕΚ.

προκύπτει ότι πρέπει να υπάρχει τόσο μεταξύ χονδρεμπόρων και λιανοπωλητών όσο και μεταξύ λιανοπωλητών και καταναλωτών επαρκής ελευθερία επιλογής των πηγών προμήθειας και, ως εκ τούτου, οι αντίστοιχες εναλλακτικές δυνατότητες.

85. Ωστόσο, στην υπό κρίση υπόθεση όχι μόνον η διάθεση επιφυλάσσεται αποκλειστικά υπέρ μιας συγκεκριμένης κατηγορίας επιχειρηματιών, αλλά ταυτόχρονα απαγορεύεται εξ ολοκλήρου μία μορφή πωλήσεως. Επομένως, η επίμαχη γερμανική ρύθμιση βαίνει πέραν των διατάξεων που αποτελούσαν αντικείμενο της υποθέσεως σχετικά με τα ελληνικά φαρμακεία.

88. Η υπό κρίση απαγόρευση αφορά μόνον μία μορφή πωλήσεως⁵⁷, ωστόσο δεν πρέπει να αποκλεισθεί το ενδεχόμενο ένα τέτοιου είδους μέτρο να αποτελεί κατ' αρχήν περιορισμό κατά την έννοια του άρθρου 28 ΕΚ. Ως προς το σημείο αυτό, κρίσιμο είναι το αν η μορφή πωλήσεως την οποία πλήττει η απαγόρευση είναι σημαντική για τη διείσδυση σε μία αγορά⁵⁸. Το γεγονός ότι περιορίζεται ως προς το σημείο αυτό και η πρόσβαση των γερμανικών «παραδοσιακών» φαρμακείων στην αγορά των Γερμανών τελικών καταναλωτών καθ' ο μόνον οι πωλήσεις των φαρμακείων αυτών πραγματοποιούνται σε μία περιορισμένη ζώνη, ουδεμία επιρροή ασκεί στο πλαίσιο αυτό.

86. Σύμφωνα με την απόφαση Hünernund κ.λπ.⁵⁶, αποφασιστική σημασία έχει το αν επιτρέπεται ή όχι να διατίθενται τα προϊόντα και από άλλους επιχειρηματίες πλην των φαρμακοποιών. Εν προκειμένω, πέραν της απαγορεύσεως μιας συγκεκριμένης μορφής πωλήσεως προστίθεται επομένως και ο περιορισμός ότι τα φάρμακα δεν επιτρέπεται κατ' αρχήν να διατίθενται ούτε από άλλους επιχειρηματίες πλην των φαρμακοποιών.

89. Σύμφωνα με την απόφαση Leclerc-Siplec, κρίσιμο είναι το αν το εθνικό μέτρο «δεν θίγει τη δυνατότητα των διανομικών να χρησιμοποιούν άλλες μορφές ρυθμίσεως»⁵⁹.

87. Ωστόσο, από τη νομολογία του Δικαστηρίου σχετικά με τη διοχέτευση εμπορευμάτων σε συγκεκριμένα σημεία πωλήσεως

57 — Ως προς το σημείο αυτό βλ. τις γενικότερες ανατιθέσεις του Ernst, «Arzneimittelverkauf im Internet», *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 2001, σ. 893 (συγκεκριμένα σ. 896 με περαιτέρω παραπομπές).

58 — Πηβλ. Clarke (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 39), σ. 362.

59 — Απόφαση προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 24, σκέψη 19.

55 — Απόφαση Επιτροπή κατά Ελλάδος (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 20).

56 — Προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 23, σκέψη 19.

90. Επομένως, αποφασιστική σημασία έχει το αν υπάρχουν και άλλες —αποτελεσματικές— μορφές πωλήσεως και προώθησεως των πωλήσεων⁶⁰ ή αν το εθνικό μέτρο καθιστά πρακτικά αδύνατη την πρόσβαση στην αγορά.

— Το βάρος αποδείξεως σχετικά με την ύπαρξη περιορισμού

92. Σύμφωνα με την απόφαση De Agostini και TV-Shop⁶³ εναπόκειται κατ' αρχήν στο αιτούν δικαστήριο να εκτιμήσει την αποτελεσματικότητα των διαφόρων τρόπων προώθησεως των πωλήσεων. Επομένως, θα πρέπει ιδίως ενώπιον του δικαστηρίου αυτού να αποδειχθεί ότι η «απαγόρευση δεν θίγει κατά τον ίδιο τρόπο, νομικά και πραγματικά, την εμπορία των εθνικών προϊόντων και των προϊόντων προελεύσεως άλλων κρατών μελών»⁶⁴.

91. Αν θεωρηθεί ότι το υπό κρίση εθνικό μέτρο καθιστά πρακτικά αδύνατη την πρόσβαση στην αγορά, όπως προβάλει η DocMorris και χωρίς να αντικρούεται κατ' ουσίαν από τους λοιπούς μετέχοντες στη διαδικασία, τούτο θα αποτελούσε περιορισμό της κυκλοφορίας των εμπορευμάτων κατά την έννοια του άρθρου 28 ΕΚ. Η διαπίστωση αυτή θα ίσχυε και στην περίπτωση που εθεωρείτο, όπως έκρινε το Δικαστήριο με την απόφαση De Agostini και TV-Shop, ότι «η απαγόρευση αυτή δεν θίγει κατά τον ίδιο τρόπο, νομικά και πραγματικά, την εμπορία των εθνικών προϊόντων και των προϊόντων προελεύσεως άλλων κρατών μελών»⁶¹. Πράγματι, η υπό κρίση ρύθμιση, απαγορεύοντας έναν σημαντικό —αν όχι τον μόνο αποτελεσματικό— τρόπο διαθέσεως, μπορεί να επηρεάσει αρνητικά τις εισαγωγές φαρμάκων από άλλα κράτη⁶².

93. Αν θεωρηθεί ότι η υπό κρίση γερμανική ρύθμιση αποτελεί μορφή πωλήσεως, ισχύει το διατυπωθέν με την απόφαση De Agostini και TV-Shop τεκμήριο ότι η ρύθμιση δεν εμπίπτει στο άρθρο 28 ΕΚ. Εν τούτοις, το τεκμήριο αυτό μπορεί να ανατραπεί ενώπιον του εθνικού δικαστηρίου.

94. Ωστόσο, αν θεωρηθεί, όπως προτείνω εν προκειμένω, ότι και η παρεμβολή σημαντικών δυσχερειών στην πρόσβαση στην αγορά έχει επίσης ως αποτέλεσμα τη μη εφαρμογή της εξαιρέσεως που αναγνωρίζει η νομολογία Keck, ήτοι ότι δεν υπάρχει μορφή πωλή-

60 — Βλ., στο ίδιο πνεύμα, όσον αφορά μία απαγόρευση διαφήμισης, τις προτάσεις του γενικού εισαγγελέα Jacobs επί της υποθέσεως De Agostini και TV-Shop (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 52), σημεία 97 και 99.

61 — Απόφαση προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 52, σκέψη 44.

62 — Σχετικά με το μονοπώλιο των φαρμακείων βλ. τις προτάσεις του γενικού εισαγγελέα Lenz επί της υποθέσεως Επιτροπή κατά Ελλάδος (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 20), σκέψη 19.

63 — Προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 52, σκέψη 43.

64 — Αυτόθι, σκέψη 44.

σεως, αντικείμενο αποδείξεως θα αποτελούσε η ύπαρξη σημαντικών δυσχερειών⁶⁵.

iii) Το μέχρι τούδε συναγόμενο συμπέρασμα όσον αφορά το προδικαστικό ερώτημα 1 και 1α

95. Η υπό κρίση ρύθμιση παρουσιάζει σε σχέση με την κατάσταση επί της οικείας αγοράς ορισμένες ιδιαιτερότητες οι οποίες έχουν ιδιαίτερη σημασία για την εκτίμηση της ρυθμίσεως. Μία από τις ιδιαιτερότητες αυτές είναι, αφενός, το γεγονός ότι ήδη εγκατεστημένα εθνικά φαρμακεία δεν εξαρτώνται από την απαγορευμένη μορφή πωλήσεως και, ως εκ τούτου, ευνοούνται. Αφετέρου, πρέπει να ληφθεί υπόψη ότι το εθνικό μέτρο δεν ρυθμίζει τη διανομή των εμπορευμάτων μετά την είσοδο τους από τα σύνορα, αλλά εμποδίζει αυτή την ίδια την είσοδο από τα σύνορα με έναν ορισμένο τρόπο.

96. Επομένως, εν όψει των ιδιαιτεροτήτων αυτών το μέχρι τούδε συναγόμενο συμπέρασμα δεν μπορεί να είναι άλλο από το ότι η υπό κρίση απαγόρευση της εμπορίας φαρμάκων μέσω ταχυδρομικών αποστολών δεν εμπίπτει στην εξαίρεση που δέχεται η νομολογία Keck και πρέπει να χαρακτηριστεί ως μέτρο ισοδυνάμου αποτελέσματος κατά την έννοια του άρθρου 28 ΕΚ.

β) Πιθανή δικαιολογία για την απαγόρευση της εμπορίας φαρμάκων μέσω ταχυδρομικών αποστολών (προδικαστικό ερώτημα 1β)

i) Επιχειρήματα των μετεχόντων στη διαδικασία

97. Η DocMorris, η μόνη από τους μετέχοντες στη διαδικασία, τάχθηκε κατά τη γραπτή διαδικασία κατά της απόψεως ότι η απαγόρευση της εμπορίας φαρμάκων μέσω ταχυδρομικών αποστολών μπορεί να είναι δικαιολογημένη. Έτσι, η απαγόρευση των άρθρων 43 και 73 AMG δεν είναι, αφενός, αναγκαία προκειμένου να διασφαλιστεί η αποτελεσματική προστασία της υγείας και, αφετέρου, η παροχή αδείας βάσει ορισμένων ρυθμίσεων για την αποστολή εμπορευμάτων μέσω ταχυδρομείου θα παρείχε τη δυνατότητα να βελτιωθεί η προστασία της υγείας.

98. Προκειμένου να παράσχουν ένα υψηλό επίπεδο προστασίας της υγείας, τα φαρμακεία υποχρεούνται να παρέχουν εγγυήσεις ως προς τον αποτελεσματικό έλεγχο των παραγγελιών, της συσκευασίας και της παραλαβής των φαρμάκων, ιδίως να προβαίνουν σε πολλαπλό έλεγχο των ιατρικών συνταγών μέσω των φαρμακοποιών που έχουν λάβει άδεια ασκήσεως επαγγέλματος σε κράτος μέλος, να παρέχουν επίσης εγγυήσεις ως προς τον έλεγχο της συσκευασίας των φαρμάκων σε ειδικές προς τούτο συσκευασίες καθώς και ως προς τον έλεγχο της παραλαβής των φαρμάκων.

99. Η DocMorris φρονεί ότι το άρθρο 30 ΕΚ πρέπει να ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι επιτρέπει σ' ένα κράτος μέλος — ως κράτος

65 — Βλ., συναφώς, τις μελέτες σε Schwarze (βλ. υποσημείωση 45).

εισαγωγής— να απαγορεύει τη διασυνοριακή αποστολή φαρμάκων μέσω ταχυδρομείου για εμπορικούς σκοπούς μόνον εφόσον αυτό το κράτος μέλος βάσιμα υποστηρίζει και αποδεικνύει ότι η ταχυδρομική αποστολή από φαρμακεία τα οποία λειτουργούν κατόπιν σχετικής αδείας και ελέγχονται στο κράτος μέλος προελεύσεως εκθέτει σε πραγματικούς κινδύνους τη δημόσια υγεία λόγω των πλημμελών μέτρων ασφαλείας.

100. Η Apothekerverband καθώς και η Γερμανική, η Γαλλική, η Ελληνική, η Ιρλανδική και η Αυστριακή Κυβέρνηση φρονούν ότι η γερμανική ρύθμιση δικαιολογείται από λόγους προστασίας της υγείας και της ανθρώπινης ζωής.

101. Η Apothekerverband τονίζει κατ' αρχάς ότι επιτρέπεται σε μεμονωμένες περιπτώσεις η αποστολή φαρμάκων από αλλοδαπά φαρμακεία. Κατά την άποψή της, η απαγόρευση της εμπορίας φαρμάκων μέσω ταχυδρομικών αποστολών συμβάλλει στη βελτίωση της ασφάλειας των φαρμάκων διασφαλίζοντας το ότι θα προηγηθεί ενημερωτική συζήτηση με τον φαρμακοποιό. Κατά τα λοιπά, η Apothekerverband επικαλείται την εθνική νομολογία όσο αφορά το σύστημα παροχής φαρμάκων το οποίο περιλαμβάνει και το υποχρεωτικό ύψος της τιμής των φαρμάκων. Πέραν αυτού, η Apothekerverband φρονεί ότι απειλείται η ύπαρξη των παραδοσιακών φαρμακείων. Κατά την Apothekerverband, η απαγόρευση της εμπορίας φαρμάκων μέσω ταχυδρομικών αποστολών είναι σύμφωνη και με την αρχή της αναλογικότητας.

102. Η Γερμανική Κυβέρνηση, η οποία υποστηρίζει ότι δεν υπάρχει περιορισμός της ελεύθερης κυκλοφορίας των εμπορευμάτων, προβάλλει επικουρικώς και μόνον ότι η ρύθμιση δικαιολογείται από λόγους προστασίας της υγείας, ότι είναι σύμφωνη με την αρχή της αναλογικότητας και ότι, ως εκ τούτου, δεν αντιβαίνει στο άρθρο 28 ΕΚ. Και στην περίπτωση ακόμη που αυτό συνέβαινε, η απαγόρευση αυτή θα μπορούσε να δικαιολογηθεί βάσει του άρθρου 30 ΕΚ.

ii) Εκτίμηση

103. Όσον αφορά τους λόγους που πιθανώς δικαιολογούν την απαγόρευση της εμπορίας φαρμάκων μέσω ταχυδρομικών αποστολών επιβάλλεται κατ' αρχάς η παρατήρηση ότι οι ακόλουθες αναπτύξεις παρατίθενται για την περίπτωση που το Δικαστήριο κρίνει ότι η απαγόρευση της εμπορίας φαρμάκων μέσω ταχυδρομικών αποστολών εμπίπτει στο άρθρο 28 ΕΚ και ότι αποτελεί περιορισμό της ελεύθερης κυκλοφορίας των εμπορευμάτων.

104. Ενόψει των ασαφώς ενίοτε ισχυρισμών των μετεχόντων στη διαδικασία θα πρέπει να τονίσω στο σημείο αυτό ότι πριν από τον έλεγχο των λόγων που τυχόν δικαιολογούν βάσει του άρθρου 30 ΕΚ την ανωτέρω απαγόρευση πρέπει να ερευνηθεί αν το κρατικό μέτρο εφαρμόζεται αδιακρίτως. Και τούτο διότι στην περίπτωση αυτή οι λόγοι που δικαιολογούν την απαγόρευση θα πρέπει να

αναζητηθούν στο άρθρο 28 ΕΚ, ήτοι στην επί του άρθρου αυτού εκδοθείσα νομολογία Cassis de Dijon. Πράγματι, στην περίπτωση αυτή δεν τίθεται ζήτημα εφαρμογής του άρθρου 30 ΕΚ παρά την αντίθετη άποψη που διατυπώνεται ενίοτε στη γερμανική θεωρία⁶⁶.

— Λόγοι που δικαιολογούν τη λήψη του μέτρου

105. Ουδείς αμφισβητεί ότι η νομολογία του Δικαστηρίου έχει αναγνωρίσει την προστασία της υγείας ως επιτακτική απαίτηση όχι μόνο στο πλαίσιο του άρθρου 30 ΕΚ, αλλά και στο πλαίσιο του άρθρου 28 ΕΚ⁶⁷.

106. Δεν μπορεί να παροραθεί ότι η υπό κρίση ρύθμιση του AMG σκοπεί στην προστασία της υγείας.

66 — Βλ., π.χ., Heermann, «Artikel 30 EGV im Lichte der "Keck"-Rechtsprechung: Anerkennung sonstiger Verkaufsmodalitäten und Einführung eines einheitlichen Rechtfertigungsstatbestands?», *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 1999, σ. 579 (συγκριμένα σ. 594), ο οποίος θεωρεί ότι δεν εφαρμόζεται το άρθρο 28 ΕΚ στην περίπτωση που συντρέξουν οι προϋποθέσεις τους άρθρου 30 ΕΚ. Εν τούτοις, θα πρέπει να αναταραχίσω ότι το άρθρο 30 ΕΚ μπορεί να εφαρμοστεί μόνον στην περίπτωση που εφαρμόζεται το άρθρο 28 ΕΚ και εφόσον παραβιάζεται η απαγόρευση που θέτει το άρθρο αυτό. Αντιθέτως, το συμπέρασμα που συνάγεται από την εφαρμογή της νομολογίας Cassis de Dijon είναι ότι δεν υπάγεται καν παράβαση του άρθρου 28 ΕΚ.

67 — Απόφαση της 20ής Φεβρουαρίου 1979, 120/78, Rewe-Zentral (Συλλογή τόμος 1979/Ι, σ. 321), και της 1ης Ιουνίου 1994, C-317/92, Επιτροπή κατά Γερμανίας (Συλλογή 1994, σ. I-2039).

— Ο αναλογικός χαρακτήρας του μέτρου

107. Ωστόσο, προκειμένου ένα εθνικό μέτρο να είναι σύμφωνο με το άρθρο 28 ΕΚ, θα πρέπει όχι μόνο να επιδιώκει έναν αναγνωρισμένο από το κοινοτικό δίκαιο σκοπό, αλλά πέραν αυτού να πληροί επίσης τις απαιτήσεις της αρχής της αναλογικότητας.

108. Ο έλεγχος του αναλογικού χαρακτήρα του μέτρου δεν στηρίζεται σε συγκεκριμένες επιμέρους περιπτώσεις, αλλά σε μία γενική θεώρηση. Πράγματι, παραβίαση της αρχής της αναλογικότητας υπάρχει ήδη και στην περίπτωση που η παράβαση εμφανίζεται κατά τρόπο χαρακτηριστικό και μόνο. Συναφώς, πρέπει να εξεταστεί ο λυσιτελής, ο αναγκαίος και ο εύλογος χαρακτήρας των εθνικών μέτρων:

— Ο λυσιτελής χαρακτήρας των εθνικών μέτρων

109. Κατ' αρχάς, πρέπει να εξεταστεί αν η ρύθμιση του AMG μπορεί πράγματι να συμβάλει στην προστασία της υγείας.

110. Όπως ορθώς υποστηρίζει η Γερμανική Κυβέρνηση, τα μέτρα που προβλέπει η ρύθμιση αυτή μπορούν κατ' αρχήν να επιτύχουν

τον σκοπό αυτό. Τούτο ουδόλως αναιρείται από το γεγονός ότι και μία άλλη ρύθμιση η οποία θα επέτρεπε τη χρήση του Διαδικτύου θα μπορούσε να εξυπηρετήσει τον σκοπό της προστασίας της υγείας.

— Ο αναγκαίος χαρακτήρας των εθνικών μέτρων

111. Δεύτερον, θα πρέπει να εξεταστεί επίσης στο πλαίσιο της προστασίας της υγείας και ο αναγκαίος χαρακτήρας των εθνικών μέτρων⁶⁸.

112. Συναφώς, θα πρέπει κατ' αρχάς να θεωρηθεί ότι τα κράτη μέλη δεν υποχρεούνται να επιλέξουν το χαμηλότερο επίπεδο προστασίας⁶⁹.

113. Ωστόσο, επιχείρημα σχετικά με το ότι η επίμαχη ρύθμιση δεν είναι αναγκαία αποτελεί το γεγονός ότι δεν θεωρούν όλα τα κράτη μέλη αναγκαία την επιβολή μιας τέτοιου είδους απαγορεύσεως ούτε προβλέπεται τέτοιου είδους απαγόρευση σε όλα τα κράτη μέλη.

68 — Αποφάσεις της 16ης Απριλίου 1990, C-347/89, Eurim-Pharm (Συλλογή 1991, σ. I-1747, σκέψη 27), της 8ης Απριλίου 1992, C-62/90, Επιτροπή κατά Γερμανίας (Συλλογή 1992, σ. I-2575, σκέψη 12), της 14ης Δεκεμβρίου 2000, C-35/99, Επιτροπή κατά Γαλλίας (Συλλογή 2000, σ. I-11399, σκέψη 42), και της 19ης Σεπτεμβρίου 2002, C-172/00, Ferring (Συλλογή 2002, σ. I-6891, σκέψη 34).

69 — Βλ. απόφαση της 25ης Ιουλίου 1991, C-1/90 και C-176/90, Aragonesa de Publicidad Exterior et Publicia (Συλλογή 1991, σ. I-4151, σκέψη 16).

— Ο εύλογος χαρακτήρας των εθνικών μέτρων

114. Όσον αφορά το αν η επίμαχη ρύθμιση του AMG είναι σύμφωνη με το κοινοτικό δίκαιο θα πρέπει, τρίτον, να εξεταστεί η ρύθμιση αυτή βάσει της αρχής της εν στενή έννοια αναλογικότητας ή της αρχής του εύλογου χαρακτήρα του μέτρου. Συναφώς, σημασία έχει το αν η υγεία και η ζωή των ανθρώπων μπορούν να προστατευθούν εξίσου αποτελεσματικά με μέτρα τα οποία περιορίζουν σε μικρότερο βαθμό το ενδοκοινοτικό εμπόριο.

115. Στο πλαίσιο του προδικαστικού ερωτήματος 1β, θεωρώ ότι είναι σκόπιμο να περιοριστώ στον επικληθέντα από πολλούς μετέχοντες στη διαδικασία δικαιολογητικό λόγο «αποτροπή της καταστρατηγήσεως των εθνικών κανόνων εγκρίσεως».

116. Υπάρχουν στην πράξη λειτουργικά, ήτοι αποτελεσματικά, λιγότερο όμως περιοριστικά της ελεύθερης κυκλοφορίας των εμπορευμάτων μέτρα, έστω και αν αυτό —τουλάχιστον σύμφωνα με μία τάση της νομολογίας⁷⁰— δεν αποτελεί καθαυτό επιχείρημα ως προς τον δυσανάλογο χαρακτήρα μιας εθνικής ρυθμίσεως.

70 — Απόφαση της 21ης Σεπτεμβρίου 1999, C-124/97, Läära κ.λπ. (Συλλογή 1999, σ. I-6067, σκέψη 36).

117. Όσον αφορά τον κίνδυνο να καταστεί δυνατή μέσω των φαρμακείων του Διαδικτύου η καταστρατήγηση των εθνικών κανόνων εγκρίσεως καθώς ενδέχεται μέσω του Διαδικτύου να παραγγέλλονται στο κράτος μέλος εισαγωγής μη εγκεκριμένα φάρμακα και στη συνέχεια να εισάγονται τα φάρμακα αυτά στο εν λόγω κράτος μέλος, πολλοί εκ των μετεχόντων στη διαδικασία εξέτασαν το στάδιο εναρμονίσεως των κανόνων που διέπουν την έγκριση των φαρμάκων καθώς και τη σημασία της αποφάσεως Ortscheit σχετικά με το ζήτημα της εγκρίσεως.

118. Ωστόσο, δεν είναι αναγκαίο να εξεταστεί εν προκειμένω η σημασία των διαφορών δυνατοτήτων εγκρίσεως ούτε η δυνατότητα αναγνώρισεως της εγκρίσεως, διότι η απάντηση στο προδικαστικό ερώτημα 1β δεν εξαρτάται από τις διαφορές μεταξύ των δυνατοτήτων που ανέφεραν οι μετέχοντες στη διαδικασία.

119. Αντιθέτως, η απάντηση πρέπει να αναζητηθεί στη σχετική διάταξη του άρθρου 3 της οδηγίας 65/65. Σύμφωνα με την ανωτέρω διάταξη «κανένα φαρμακευτικό προϊόν δεν μπορεί να διατεθεί στην αγορά σε κράτος μέλος αν δεν έχει εκδοθεί άδεια κυκλοφορίας από τις αρμόδιες αρχές του κράτους μέλους αυτού σύμφωνα με την παρούσα οδηγία ή εάν δεν έχει χορηγηθεί άδεια κυκλοφορίας σύμφωνα με τον κανονισμό (ΕΟΚ) 2309/93 [...]».

120. Επομένως, εφόσον πρόκειται για φάρμακα τα οποία δεν έχουν άδεια κυκλοφορίας στο κράτος μέλος εισαγωγής ούτε έχει ανα-

γνωρισθεί η άδεια τους κυκλοφορίας, μπορεί αυτό το κράτος μέλος να απαγορεύσει τη διάθεσή τους στην αγορά. Αυτό συνεπάγεται επίσης ότι η απαγόρευση της εμπορίας φαρμάκων μέσω ταχυδρομικών αποστολών, προκειμένου να παρεμποδισθεί η διάθεση στην αγορά των φαρμάκων αυτών, είναι σύμφωνη με την αρχή της αναλογικότητας.

121. Οι λοιποί λόγοι που προβλήθηκαν προς δικαιολόγηση της εν λόγω απαγορεύσεως θα πρέπει να εξεταστούν στο πλαίσιο της εξετάσεως του προδικαστικού ερωτήματος 1γ, ήτοι σε σχέση με τα εγκεκριμένα φάρμακα.

iii) Το μέχρι τούδε συναγόμενο συμπέρασμα ως προς το προδικαστικό ερώτημα 1β

122. Τα άρθρα 28 ΕΚ και 30 ΕΚ πρέπει να ερμηνευθούν υπό την έννοια ότι δικαιολογείται για λόγους προστασίας της υγείας και της ανθρώπινης ζωής εθνική ρύθμιση η οποία απαγορεύει την για εμπορικούς σκοπούς εισαγωγή φαρμάκων για ανθρώπους τα οποία πωλούνται αποκλειστικά σε φαρμακεία μέσω ταχυδρομικών αποστολών από εγκεκριμένα φαρμακεία άλλων κρατών μελών κατόπιν ατομικών παραγγελιών μέσω του Διαδικτύου από τελικούς καταναλωτές, εφόσον πρόκειται για φάρμακα τα οποία πρέπει προηγουμένως να εγκριθούν στο κράτος στο οποίο τίθενται σε κυκλοφορία, για τα οποία όμως δεν υπάρχει ούτε εθνική έγκριση ή αναγνώριση ούτε κοινοτική έγκριση εκδοθείσα κατόπιν διαδικασίας που ισχύει για όλα τα κράτη μέλη.

B — Εγκριμένα φάρμακα: Προδικαστικό ερώτημα 1γ

1. Επιχειρήματα των μετεχόντων στη διαδικασία

123. Η DocMorris εφιστά την προσοχή στο γεγονός ότι η επανεισαγωγή εγκριμένων φαρμάκων, την οποία έχει δεχθεί το Δικαστήριο, συμβάλλει στην πραγματοποίηση της εσωτερικής αγοράς και δεν είναι καταχρηστική στην παρούσα συνάφεια.

124. Η Apothekerverband φρονεί ότι η απαγόρευση της πωλήσεως φαρμάκων διά ταχυδρομικών αποστολών δικαιολογείται και για φάρμακα τα οποία είναι εγκριμένα στο κράτος μέλος εισαγωγής.

125. Και η Ελληνική και η Αυστριακή Κυβέρνηση φρονούν ότι δικαιολογείται σαφώς η απαγόρευση της εμπορίας μέσω ταχυδρομικών αποστολών ακόμη και εγκριμένων φαρμάκων.

126. Η Γερμανική Κυβέρνηση φρονεί επίσης όσον αφορά τα εγκριμένα φάρμακα ότι η απαγόρευση της εμπορίας τους μέσω ταχυδρομικών αποστολών αποτελεί απλώς μορφή πωλήσεως.

127. Η Επιτροπή προβάλλει επίσης ως προς τα εγκριμένα φάρμακα ότι το παράγωγο κοινοτικό δίκαιο επιτρέπει την απαγόρευση των εξ αποστάσεως πωλήσεων. Επικαλείται συναφώς το άρθρο 14 της οδηγίας 97/7 και το άρθρο 1, παράγραφος 3, καθώς και το άρθρο 3, παράγραφος 4, της οδηγίας για το ηλεκτρονικό εμπόριο.

128. Επί πλέον, η Επιτροπή φρονεί ότι η απαγόρευση της εμπορίας φαρμάκων μέσω ταχυδρομικών αποστολών πληροί τις προϋποθέσεις που τάσσει η νομολογία Keck και ως προς τα εγκριμένα φάρμακα.

2. Εκτίμηση

129. Το προδικαστικό ερώτημα 1γ αφορά τη διάθεση στο εμπόριο ή την εισαγωγή φαρμάκων, τα οποία είναι εγκριμένα στο κράτος μέλος εισαγωγής, ήτοι την επανεισαγωγή. Ωστόσο, αντικείμενο της παρούσας διαδικασίας δεν είναι οι συνήθεις διαπιστώσεις σχετικά με την προστασία της βιομηχανικής ιδιοκτησίας ή τις διαπιστώσεις σχετικά με την απαίτηση να χορηγηθεί νέα έγκριση. Εν προκειμένω, τίθεται το βασικό ερώτημα αν εφαρμόζεται η ελεύθερη κυκλοφορία των εμπορευμάτων καθώς και το ζήτημα της προστασίας της υγείας ως δικαιολογητικού λόγου.

α) Ο κίνδυνος της καταστρατηγίσεως των εθνικών διατάξεων

130. Εν προκειμένω, προβλήθηκε κατά της δυνατότητας εφαρμογής της ελευθερίας κυκλοφορίας των εμπορευμάτων η ένσταση ότι η παρούσα συνάφεια, ήτοι η επανεισαγωγή μέσω φαρμακείων του Διαδικτύου, αποτελεί μία τεχνητή εμπορική πράξη η οποία, ως εκ τούτου, δεν καλύπτεται από την ανωτέρω θεμελιώδη ελευθερία. Ως προς το σημείο αυτό, πρέπει να τονιστεί ότι η υφιστάμενη δομή του ηλεκτρονικού εμπορίου φαρμάκων χαρακτηρίζεται από το ότι δεν εισάγει το ίδιο το φαρμακείο του Διαδικτύου τα φάρμακα από τη Γερμανία προκειμένου να τα επανεξαγάγει σε αυτό το κράτος⁷¹.

131. Αντιθέτως, πρέπει να γίνει διάκριση ανάμεσα σε δύο ανεξάρτητες, από νομικής και οικονομικής απόψεως, πράξεις: την αγορά του φαρμάκου από το φαρμακείο του Διαδικτύου από ένα χονδρέμπορο, η δε εξαγωγή αυτή από τη Γερμανία μπορεί να πραγματοποιηθεί από τον χονδρέμπορο, και την πώληση του φαρμάκου από το φαρμακείο του Διαδικτύου στον καταναλωτή, π.χ. στη Γερμανία.

132. Επομένως, υπάρχουν, πρώτον, δύο πράξεις που αφορούν διαφορετικά στάδια της εμπορίας (μεταξύ του χονδρέμπορου και του φαρμακείου του Διαδικτύου καθώς και μεταξύ του φαρμακείου του Διαδικτύου και

του καταναλωτή) και, δεύτερον, υπάρχει διασυνοριακό εμπόριο σε κάθε ένα από τα δύο αυτά στάδια. Όπως ορθώς τονίζει η DocMorris, η ελευθερία κυκλοφορίας των εμπορευμάτων προστατεύει αυτοτελώς κάθε στάδιο της εμπορίας.

133. Επομένως, η επανεισαγωγή πραγματοποιείται σε άλλο επίπεδο από αυτό της εξαγωγής, ήτοι στη σχέση μεταξύ λιανεμπόρου (DocMorris) και καταναλωτή, έκαστος δε εξ αυτών βρίσκεται σε άλλο κράτος μέλος.

134. Το γεγονός ότι τα φαρμακεία του Διαδικτύου επιθυμούν την ανάπτυξη επιχειρηματικών δραστηριοτήτων και στα κράτη μέλη από τα οποία αγοράζουν φάρμακα συνηγορεί υπέρ της απόψεως ότι και το νυν ισχύον σύστημα της διαθέσεως των φαρμάκων δεν καταστρατηγεί την ελεύθερη κυκλοφορία των εμπορευμάτων. Η ανάπτυξη δραστηριοτήτων σε άλλα κράτη μέλη, ιδίως το διασυνοριακό εμπόριο, αποτελεί ωστόσο την ίδια την ουσία της εσωτερικής αγοράς και, κυρίως, των θεμελιωδών ελευθεριών⁷².

135. Η διαπίστωση αυτή ενισχύεται και από τη νομολογία του Δικαστηρίου ότι και η εισαγωγή εμπορευμάτων, η διάθεση των

⁷¹ — Βλ., σχετικά με την περίπτωση αυτή, την απόφαση της 10ης Ιανουαρίου 1985, 229/83, *Leclerc κ.λπ.* (Συλλογή 1985, σ. 1).

⁷² — Βλ., όσον αφορά την ελευθερία εγκαταστάσεως, την απόφαση της 9ης Μαρτίου 1999, C-212/97, *Centros* (Συλλογή 1999, σ. I-1459, σκέψεις 26 κ.τ.).

οποίων επιτρέπεται στο κράτος μέλος εισαγωγής έστω και αν πρόκειται για φάρμακα⁷³, ήτοι η επανεισαγωγή, εμπίπτει στην ελεύθερη κυκλοφορία των εμπορευμάτων.

138. Επί πλέον, επιβάλλεται η παρατήρηση ότι τα φαρμακεία του Διαδικτύου διέπονται από τις διατάξεις του κράτους στο οποίο είναι εγκατεστημένα, το οποίο επίσης υποχρεούται να ασκεί τον αντίστοιχο έλεγχο.

β) Η αναλογικότητα της απαγορεύσεως του εμπορίου μέσω ταχυδρομικών αποστολών

i) Εκτίμηση σε σχέση με τους σκοπούς που επιδιώκει η απαγόρευση των πωλήσεων μέσω ταχυδρομικών αποστολών

136. Ακολούθως, θα εξετάσω τα στοιχεία τα οποία επικαλέστηκαν οι μετέχοντες στη διαδικασία ως λόγους που δικαιολογούν την απαγόρευση του εμπορίου μέσω ταχυδρομικών αποστολών και τα οποία ασκούν επιρροή επί του ζητήματος του αναγκαίου και του εύλογου χαρακτήρα της υπό κρίση ρυθμίσεως.

— Έλλειψη ενημερώσεως από τον φαρμακοποιό;

137. Συναφώς, θα πρέπει να τεθεί ως βάση αρχή ότι το «γεγονός ότι ο ιατρός που εξέδωσε τη συνταγή ή ο φαρμακοποιός που πώλησε το φάρμακο είναι εγκατεστημένοι σε κράτος μέλος διαφορετικό εκείνου στο οποίο το φάρμακο χρησιμοποιείται δεν αποτελεί εμπόδιο [...] για την εκ μέρους των εν λόγω επαγγελματιών διενέργεια ελέγχου ως προς τη χρήση του εισαγομένου φαρμάκου, ενδεχομένως με τη συνδρομή συναδέλφου εγκατεστημένου στο κράτος μέλος εισαγωγής»⁷⁴.

139. Οι μετέχοντες στη διαδικασία επικαλέστηκαν τα πλεονεκτήματα που παρουσιάζει, κατά την άποψή τους, η παροχή συμβουλών στα παραδοσιακά φαρμακεία, πλεονεκτήματα τα οποία δεν υφίστανται στην περίπτωση των φαρμακείων του Διαδικτύου. Έτσι, στα τελευταία αυτά φαρμακεία δεν υπάρχει η δυνατότητα να λάβει από μόνος του ο φαρμακοποιός την πρωτοβουλία να δώσει ορισμένες συμβουλές. Ως προς το σημείο αυτό, επιβάλλεται η παρατήρηση ότι η δυνατότητα αυτή υφίσταται κατ' αρχήν και στην περίπτωση των φαρμακείων του Διαδικτύου. Επί πλέον, όσον αφορά τα παραδοσιακά φαρμακεία, δεν αποδείχθηκε με ποια συχνότητα και σε ποιες περιπτώσεις πράγματι οι φαρμακοποιοί παρέχουν συμβουλές είτε με πρωτοβουλία του ασθενούς είτε με πρωτοβουλία του φαρμακοποιού.

73 — Βλ. αποφάσεις της 12ης Νοεμβρίου 1996, C-201/94, Smith & Nephew και Primecrown (Συλλογή 1996, σ. I-5819), που αφορά την οδηγία 65/65 και της 12ης Οκτωβρίου 1999, C-379/97, Urjohn (Συλλογή 1999, σ. I-6927), που αφορά τα δικαιώματα επί σημάτων στον τομέα των φαρμάκων.

74 — Απόφαση της 8ης Απριλίου 1992, Επιτροπή κατά Γερμανίας (προ-παρατεθείσα στην υποσημείωση 68, σκέψη 19).

140. Επί πλέον, η Apothekerverband τόνισε ότι στην περίπτωση που δεν παρέχονται συμβουλές στους ασθενείς σχετικά με τα φάρμακα υπάρχει ο κίνδυνος της εισαγωγής απομιμήσεων ή επικίνδυνων, αναποτελεσματικών ή μη δοκιμασμένων φαρμάκων. Ως προς το σημείο αυτό, δεν κατατέθηκαν συγκεκριμένα αριθμητικά στοιχεία σχετικά με τη Γερμανία.

141. Περαιτέρω, τονίστηκε ότι στην περίπτωση αγοράς φαρμάκων από φαρμακείο του Διαδικτύου η υπηρεσία ταχυμεταφορών που πραγματοποιεί την παράδοση δεν παραδίδει το φάρμακο στον ίδιο προσωπικά τον ασθενή. Επ' αυτού, αρκεί να λεχθεί ότι και στην περίπτωση των παραδοσιακών φαρμακείων είναι τελείως σύνηθες να μην αγοράζει πάντοτε ο ίδιος ο ασθενής τα φάρμακά του.

142. Όσον αφορά την παροχή συμβουλών με πρωτοβουλία του φαρμακοποιού και την παράδοση του φαρμάκου στον ίδιο προσωπικά τον ασθενή, πρέπει να παρατηρηθεί ότι ο ομοσπονδιακός νομοθέτης δεν προβλέπει ως προς το σημείο αυτό κανέναν ειδικό έλεγχο. Ωστόσο, σύμφωνα με τη νομολογία του Δικαστηρίου⁷⁵, η μη διενέργεια ελέγχων αποτελεί ουσιώδες κριτήριο για την εκτίμηση της αναγκαιότητας των εθνικών μέτρων.

75 — Απόφαση της 7ης Μαρτίου 1989, 215/87, Schumacher (Συλλογή 1989, σ. 617, σκέψη 21) που αφορά την μη διενέργεια ελέγχων στα εμπορεύματα που εισάγονται με ορισμένους συγκεκριμένους τρόπους.

143. Επί πλέον, θα πρέπει να υπομνησθεί η νομολογία του Δικαστηρίου σύμφωνα με την οποία η παροχή συμβουλών από φαρμακείο άλλου κράτους μέλους πρέπει να θεωρείται ως ισοδύναμη⁷⁶.

144. Τέλος, θα πρέπει να αναφερθούν οι διαφορές, οι οποίες προβλήθηκαν από πολλούς μετέχοντες στη διαδικασία, μεταξύ των συμβουλών που δίδονται στον ίδιο τον ασθενή και των εξ αποστάσεως συμβουλών, ήτοι η προσωπική αντίληψη του φαρμακοποιού, οι γνώσεις του φαρμακοποιού σχετικά με την περιοχή και η δυνατότητα που έχει να συνεργάζεται με τους ασκούντες ιατρικά ή παραϊατρικά επαγγέλματα. Τα παραδοσιακά φαρμακεία μπορούν αναμφισβήτητα να διατηρήσουν τις ιδιαιτερότητες αυτές οι οποίες δεν θα μεταβληθούν — από νομικής απόψεως — από την έγκριση της λειτουργίας των φαρμακείων του Διαδικτύου.

145. Ωστόσο, προκειμένου να διασφαλιστεί το απαιτούμενο επίπεδο πληροφόρησης των ασθενών σχετικά με τα φάρμακα, πρέπει και τα φαρμακεία του Διαδικτύου να πληρούν ορισμένες προϋποθέσεις όσον αφορά την παροχή πληροφοριών και τις παραγγελίες.

146. Έτσι, τα φαρμακεία του Διαδικτύου πρέπει να ελέγχουν τις παραγγελίες, ιδίως να απαντούν σε τυχόν ερωτήσεις και να τηρούν

76 — Απόφαση Schumacher (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 75, σκέψη 20).

πρωτόκολλο συστάσεων. Σε ορισμένες περιπτώσεις, πρέπει να παρέχουν με δική τους πρωτοβουλία πληροφορίες, ιδίως όταν υπάρχουν επιφυλάξεις σχετικά με το περιεχόμενο του φαρμάκου. Προς αποτροπή τυχόν καταχρήσεων, θα μπορούσε να επιβληθεί όπως στην ιατρική συνταγή αναγράφεται και η μέγιστη ποσότητα του παραδοτέου φαρμάκου. Η επισήμανση και οι οδηγίες πρέπει να είναι στη γλώσσα του ασθενούς. Τέλος, η επαφή με τα φαρμακεία του Διαδικτύου θα πρέπει να είναι ανά πάσα στιγμή εφικτή.

147. Στην περίπτωση φαρμάκων για τα οποία απαιτείται συνταγή ιατρού, τα φαρμακεία του Διαδικτύου πρέπει να λαμβάνουν ορισμένα συμπληρωματικά μέτρα. Έτσι, τα φαρμακεία του Διαδικτύου υπόκεινται σε κάθε περίπτωση στους κανόνες συνταγογράφησης του κράτους εισαγωγής. Περαιτέρω, η αποστολή των φαρμάκων επιτρέπεται μόνον αφού προηγουμένως ληφθεί το πρωτότυπο της συνταγής το οποίο πρέπει ενδεχομένως να αρχειοθετείται.

148. Τέλος, δεν πρέπει να παροράται ούτε το γεγονός ότι οι παραγγελίες μέσω του Διαδικτύου μπορούν να προσφέρουν καλύτερες τεχνικές δυνατότητες όσον αφορά την παροχή πληροφοριών. Έτσι, π.χ. μπορούν τα φαρμακεία του Διαδικτύου, τα οποία διαθέτουν σε αυτοματοποιημένη μορφή το ιστορικό της φαρμακευτικής αγωγής, να έρχονται ευχερέστερα σε επαφή με τον ασθενή με δική τους πρωτοβουλία.

— Η ανάγκη διασφάλισης της προστασίας των ασθενών κατά την παράδοση των φαρμάκων

149. Οι μετέχοντες στη διαδικασία αναφέρθηκαν στην ανάγκη να διασφαλίζεται η προστασία των ασθενών κατά την παράδοση των φαρμάκων. Η προστασία των ασθενών κατά την παράδοση των φαρμάκων μπορεί να διασφαλιστεί μέσω των αντίστοιχων μέτρων ελέγχου της συσκευασίας και της παραλαβής. Έτσι, θα έπρεπε να ελέγχεται το αν τα αποσταλέντα φάρμακα αντιστοιχούν από άποψη περιεχομένου και ποσότητας στα παραγγελθέντα φάρμακα. Επί πλέον, θα πρέπει να λαμβάνεται μέριμνα για την ασφαλή μεταφορά των φαρμάκων, ιδίως των φαρμάκων που είναι ευαίσθητα στη θερμοκρασία και στο φως. Προς τούτο, απαιτείται ουσιαστικά η τεκμηρίωση της πορείας παραδόσεως του φαρμάκου, ενδεχομένως μέσω υπηρεσιών ταχυμεταφοράς, καθώς και, ενδεχομένως, η παράδοση του φαρμάκου μόνο στον δικαιούχο, η οποία σε κάθε περίπτωση πρέπει να βεβαιώνεται ενυπογράφως.

150. Όσον αφορά την αποτροπή της εμφάνισης αναξιόπιστων προμηθευτών, η DocMorris ορθώς αναφέρθηκε στις διάφορες υποχρεώσεις πληροφόρησης τις οποίες ρυθμίζει η οδηγία για το ηλεκτρονικό εμπόριο ιδίως με τα άρθρα της 5, 6 και 10.

— Η ανάγκη της διασφάλισης εκτεταμένης και καλύπτουσας τις ανάγκες περιθάλψεως

151. Ορισμένοι από τους μετέχοντες στη διαδικασία προέβλεψαν ότι η έγκριση της λειτουργίας φαρμακείων του Διαδικτύου θα έχει αρνητικές οικονομικές επιπτώσεις στα παραδοσιακά φαρμακεία, απειλώντας ακόμη και την ίδια την υπόστασή τους. Στο πλαίσιο αυτό, ορισμένοι από τους μετέχοντες στη διαδικασία τόνισαν ότι η ασφάλεια της περιθάλψεως εκτίθεται σε κίνδυνο λόγω της καταστάσεως αυτής.

152. Συναφώς, πρέπει να παρατηρηθεί ότι η νομολογία του Δικαστηρίου έχει αναγνωρίσει την ασφάλεια της περιθάλψεως ως λόγο που μπορεί να δικαιολογήσει ορισμένα εθνικά μέτρα. Ωστόσο, τούτο προϋποθέτει και στην περίπτωση αυτή ότι το μέτρο είναι αναγκαίο για τη διατήρηση ενός ορισμένου επιπέδου περιθάλψεως⁷⁷.

153. Από την άποψη αυτή, έχει επομένως σημασία και το αν το οικείο κράτος μέλος αποδεικνύει ότι μόνο μέσω του ληφθέντος μέτρου μπορεί να διασφαλιστεί η αντίστοιχη περίθαλψη. Ωστόσο, η Γερμανική Κυβέρνηση—αν δεν ληφθούν υπόψη οι προβλέψεις και οι επιφυλάξεις— δεν προσκόμισε αποδεικτικά στοιχεία σχετικά με το ότι η επίμαχη ρύθμιση είναι αναγκαία για την ασφάλεια της περιθάλψεως.

154. Επί πλέον, αν επιτραπεί το εμπόριο διά ταχυδρομικών αποστολών, δεν σημαίνει ότι αυτομάτως θα εκλείψουν τα παραδοσιακά φαρμακεία. Η συνύπαρξη διαφόρων μορφών πωλήσεως είναι, από νομικής απόψεως, απολύτως δυνατή. Επομένως, δεν αποκλείεται τα παραδοσιακά φαρμακεία να μπορέσουν να εκμεταλλευθούν περαιτέρω, και από οικονομικής απόψεως, τα πλεονεκτήματά τους, όπως είναι π.χ. η ταχύτερη προμήθεια λόγω του ότι δεν μεσολαβεί χρόνος παραδόσεως και η προμήθεια φαρμάκων σε περίπτωση ανάγκης τόσο τη νύχτα όσο και κατά τα Σαββατοκύριακα.

ii) Το βάρος αποδείξεως που φέρει το οικείο κράτος μέλος

155. Εν κατακλείδι, θα πρέπει να υπομνησθεί ότι, όπως έχει δεχθεί η νομολογία του Δικαστηρίου και στις περιπτώσεις των διαδικασιών για την έκδοση προδικαστικών αποφάσεων, το κράτος μέλος που θεωρεί ότι ένα περιοριστικό της κυκλοφορίας των εμπορευμάτων μέτρο είναι δικαιολογημένο και σύμφωνο με την αρχή της αναλογικότητας, πρέπει και να το αποδεικνύει⁷⁸. Έτσι, το κράτος μέλος πρέπει να αποδείξει ότι «το επίδικο μέτρο ήταν το καταλληλότερο [...] όντας ωστόσο το λιγότερο περιοριστικό για το ενδοκοινοτικό εμπόριο»⁷⁹.

77 — Βλ. τις αποφάσεις της 28ης Απριλίου 1998, C-158/96, Kohll (Συλλογή 1998, σ. I-1931, σκέψεις 48 επ.), και της 12ης Ιουλίου 2001, C-368/98, Vanbrackel κ.λπ. (Συλλογή 2001, σ. I-5363, σκέψη 48), καθώς και την απόφαση επί της υποθέσεως C-157/99, Smits και Peeterbooms (Συλλογή 2001, σ. I-5473, σκέψη 73).

78 — Απόφαση της 12ης Μαρτίου 1987, 178/84, Επιτροπή κατά Γερμανίας (Συλλογή 1987, σ. 1227, σκέψη 46), και απόφαση Kohll (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 77, σκέψη 52).

79 — Απόφαση της 1ης Ιουνίου 1994, Επιτροπή κατά Γερμανίας (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 67, σκέψη 20).

156. Εν προκειμένω, το βάρος αποδείξεως αφορά κυρίως το αν διασφαλίζεται στο κράτος μέλος καταγωγής η αξιοπιστία του φαρμακείου του Διαδικτύου⁸⁰, εν προκειμένω επομένως στο κράτος με βάση το οποίο δραστηριοποιείται το φαρμακείο του Διαδικτύου. Επί πλέον, το Δικαστήριο απαιτήσε ρητώς όπως προσκομίζονται αποδεικτικά στοιχεία σχετικά με το «ότι η επίμαχη στην κύρια δίκη ρύθμιση ήταν αναγκαία για τη διασφάλιση ισορροπίας και προσιτής σε όλους παροχής ιατρικών και νοσοκομειακών υπηρεσιών»⁸¹.

157. Η Ομοσπονδιακή Κυβέρνηση της Γερμανίας δεν απέδειξε ότι η απαγόρευση του διά ταχυδρομικών αποστολών εμπορίου είναι αναγκαία και εύλογη, ήτοι ότι οι επιδιωκόμενοι με την απαγόρευση αυτή σκοποί δεν μπορούν να επιτευχθούν εξίσου αποτελεσματικά με μία λιγότερο επαχθή ρύθμιση η οποία θα προέβλεπε ορισμένες υποχρεώσεις προκειμένου να επιτραπεί η λειτουργία των φαρμακείων του Διαδικτύου.

158. Οι σκοποί της εξειδικευμένης πληροφόρησης, της προστασίας του ασθενούς και της διασφάλισης της περιθάλψεως θα μπορούσαν να επιτευχθούν εξίσου αποτελεσματικά και με λιγότερο επαχθή μέτρα από αυτά που προβλέπει η επίμαχη ρύθμιση η οποία επιβάλλει μία απλή απαγόρευση.

159. Στα μέτρα που είναι κατάλληλα συγκαταλέγονται, κατ' αρχάς, οι συνδεδεμένες με τους σκοπούς αυτούς απαιτήσεις όσον αφορά τον έλεγχο των παραγγελιών, της αποστολής και της μεταφοράς των πακέτων καθώς και της παραλαβής τους.

160. Το αν η DocMorris πληροί τις απαιτήσεις αυτές αποτελεί αντικείμενο της συγκεκριμένης διαφοράς. Ωστόσο, εναπόκειται στο εθνικό δικαστήριο να επιλύσει τη διαφορά αυτή.

iii) Το μέχρι τούδε συναγόμενο συμπέρασμα ως προς το προδικαστικό ερώτημα 1γ

161. Επομένως, στο προδικαστικό ερώτημα 1γ πρέπει να δοθεί η απάντηση ότι τα άρθρα 28 ΕΚ και 30 ΕΚ πρέπει να ερμηνευθούν υπό την έννοια ότι η απαγόρευση βάσει της εθνικής νομοθεσίας της εισαγωγής εγκεκριμένων στο κράτος εισαγωγής φαρμάκων, τα οποία είχε προηγουμένως αγοράσει φαρμακείο κράτους μέλους της Ευρωπαϊκής Ενώσεως από χονδρεμπόρους από το κράτος εισαγωγής, δεν δικαιολογείται από λόγους προστασίας της υγείας και της ανθρώπινης ζωής, εφόσον το μέτρο αυτό παραβιάζει την αρχή της αναλογικότητας.

80 — Απόφαση της 1ης Ιουνίου 1994, Επιτροπή κατά Γερμανίας (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 67, σκέψη 18).

81 — Απόφαση Kohll (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 77, σκέψη 52).

VI — Επί του δευτέρου προδικαστικού ερωτήματος

162. Και το δεύτερο προδικαστικό ερώτημα πρέπει να αναδιατυπωθεί υπό την έννοια ότι δεν αφορά ρητώς τη συμβατότητα ενός συγκεκριμένου εθνικού μέτρου:

Πρέπει τα άρθρα 28 και 30 της Συνθήκης ΕΚ να ερμηνευθούν υπό την έννοια ότι δεν συμβιβάζεται με αυτά η βάσει της εθνικής νομοθεσίας απαγόρευση της διαφημίσεως της αποστολής φαρμάκων καθώς και φαρμάκων που προορίζονται για ανθρώπους τα οποία χρήζουν ιατρικής συνταγής και πρέπει να χορηγούνται μόνον από φαρμακεία και τα οποία δεν είναι εγκεκριμένα στο κράτος εισαγωγής, αλλά στο κράτος προελεύσεως, σύμφωνα δε με την απαγόρευση αυτή η παρουσίαση στο Διαδίκτυο ενός φαρμακείου κράτους μέλους της Ευρωπαϊκής Ενώσεως, το οποίο εκτός της παρουσιάσεως της επιχειρήσεώς του αναφέρει τα επί μέρους φάρμακα με το όνομα του προϊόντος, τον ενδεχομένως υποχρεωτικό χαρακτήρα της ιατρικής συνταγής, το μέγεθος της συσκευασίας και την τιμή και ταυτόχρονα παρέχει τη δυνατότητα, με ένα on line έντυπο παραγγελίας, να παραγγέλλονται τα εν λόγω φάρμακα, χαρακτηρίζεται ως απαγορευμένη διαφήμιση με συνέπεια οι διασυνοριακές μέσω του Διαδικτύου παραγγελίες φαρμάκων, περιλαμβανομένης της διασυνοριακής παραδόσεως, να δυσχεραίνονται πάντως σημαντικά;

A — Τα προδικαστικά ερωτήματα 2 και 2α

1. Το προδικαστικό ερώτημα 2: Η απαγόρευση της διαφημίσεως της αποστολής φαρμάκων μέσω ταχυδρομικών αποστολών και της διαφημίσεως ορισμένων φαρμάκων

α) Επιχειρήματα των μετεχόντων στη διαδικασία

163. Κατά την DocMorris, η δυνατότητα παραγγελιών μέσω του Διαδικτύου είναι αναγκαία για τη διασυνοριακή πώληση φαρμάκων μέσω ταχυδρομείου στο επίπεδο των τελικών καταναλωτών. Η διασταλτική ερμηνεία της έννοιας της διαφημίσεως θα κατέλιγε στο να περιορίσουν οι εθνικές απαγορεύσεις που στηρίζονται στην απαγόρευση της οδηγίας 92/28 την ελεύθερη κυκλοφορία των εμπορευμάτων. Τα μέτρα αυτά δεν δικαιολογούνται ούτε προκειμένου να αποτραπεί η αγορά φαρμάκων χωρίς ειδική συνταγή ούτε προκειμένου να προστατευθούν τα εθνικά συστήματα εγκρίσεως φαρμάκων.

164. Αντιθέτως, η Apothekerverband φρονεί ότι και οι απαγορεύσεις της διαφημίσεως, περιλαμβανομένης της διαφημίσεως εγκεκριμένων φαρμάκων, δεν αντιβαίνουν στα άρθρα 28 ΕΚ και 30 ΕΚ. Αυτό απορρέει από το γεγονός ότι η απαγόρευση της πωλήσεως φαρμάκων μέσω ταχυδρομικών αποστολών είναι σύμφωνη με το κοινοτικό δίκαιο.

165. Επίκεντρο των παρατηρήσεων της Γερμανικής Κυβέρνησεως είναι η απαγόρευση του άρθρου 8, παράγραφος 2, του HWG την οποία χαρακτηρίζει ως μορφή πωλήσεως. Η Γερμανική Κυβέρνηση υποστηρίζει ότι στην περίπτωση που το Δικαστήριο δεν δεχτεί την ερμηνεία αυτή, η απαγόρευση είναι δικαιολογημένη τουλάχιστον βάσει του άρθρου 30 ΕΚ.

166. Η Γαλλική Κυβέρνηση, στηριζόμενη στο γεγονός ότι είναι δυνατή η απαγόρευση του εμπορίου μέσω ταχυδρομικών αποστολών, καταλήγει στο συμπέρασμα ότι και η απαγόρευση της διαφημίσεως είναι επιτρεπτή. Κατά την άποψή της, η απαγόρευση που επιβάλλεται στα φαρμακεία που διαφημίζονται επίσης δεν αντιβαίνει στο άρθρο 28 ΕΚ.

167. Η Ελληνική και η Ιρλανδική Κυβέρνηση φρονούν ότι είναι σύμφωνη με τα άρθρα 28 ΕΚ και 30 ΕΚ η απαγόρευση της διαφήμισης της πωλήσεως φαρμάκων διά ταχυδρομικών αποστολών καθώς και της πωλήσεως φαρμάκων τα οποία χρήζουν ιατρικής συνταγής, τα οποία όμως δεν έχουν εγκριθεί στο κράτος εισαγωγής. Η Αυστριακή Κυβέρνηση, η οποία επικαλείται τον κοινοτικό κώδικα, υποστηρίζει ότι είναι δικαιολογημένη η απαγόρευση της διαφήμισης και στην περίπτωση των φαρμάκων τα οποία δεν χρήζουν ιατρικής συνταγής, αλλά τα οποία πωλούνται αποκλειστικά σε φαρμακεία.

168. Η Επιτροπή υποστηρίζει και ως προς την απαγόρευση της διαφήμισης φαρμάκων τα οποία χρήζουν ιατρικής συνταγής και τα οποία δεν έχουν εγκριθεί ότι πρόκειται

κατ' αρχήν για μορφές πωλήσεως κατά την έννοια της νομολογίας Keck. Αντίθετως, η κατά το άρθρο 8, παράγραφος 2 του HWG απαγόρευση πρέπει να χαρακτηριστεί ως μέτρο ισοδύναμου αποτελέσματος κατά την έννοια του άρθρου 28 ΕΚ.

β) Εκτίμηση

169. Κατ' αρχάς, πρέπει να τονιστεί ότι η γερμανική νομοθεσία που διέπει τη διαφήμιση φαρμακευτικών σκευασμάτων διακρίνει βασικά μεταξύ τεσσάρων απαγορεύσεων της διαφήμισης: όσον αφορά τα μη εγκεκριμένα φάρμακα (άρθρο 3α του HWG), όσον αφορά τα φάρμακα που χρήζουν ιατρικής συνταγής (άρθρο 10 του HWG) και δύο απαγορεύσεων που αφορούν το εμπόριο φαρμάκων μέσω ταχυδρομικών αποστολών. Οι τελευταίες αυτές απαγορεύσεις απορρέουν από το άρθρο 8, παράγραφος 1, πρώτο εδάφιο, του HWG το οποίο απαγορεύει γενικώς τη διαφήμιση για την αγορά φαρμάκων τα οποία πωλούνται αποκλειστικά από τα φαρμακεία, καθώς και από το άρθρο 8, παράγραφος 2, το οποίο απαγορεύει τη διαφήμιση των μεμονωμένων εισαγωγών φαρμάκων.

170. Στο δεύτερο προδικαστικό ερώτημα, το αιτούν δικαστήριο δεν μνημονεύει ρητώς καμία από τις ανωτέρω διατάξεις του γερμανικού δικαίου, αλλά παραθέτει τρία είδη απαγορεύσεων των διαφημίσεων: την απαγόρευση του «εμπορίου φαρμάκων μέσω ταχυδρομικών αποστολών», «των φαρμά-

ων που χρήζουν ιατρικής συνταγής» και «των μη εγκεκριμένων στο κράτος εισαγωγής» φαρμάκων. Στη συνέχεια θα εξετάσω μία προς μία τις τρεις αυτές απαγορεύσεις:

ι) Η απαγόρευση της διαφήμισης του εμπορίου φαρμάκων μέσω ταχυδρομικών αποστολών

171. Το δεύτερο προδικαστικό ερώτημα αναφέρεται κατ' αρχάς στην απαγόρευση της διαφήμισης της πώλησης φαρμάκων μέσω ταχυδρομικών αποστολών. Από τα έγγραφα που διαβίβασε το αιτούν δικαστήριο στο Δικαστήριο προκύπτει ότι το αιτούν δικαστήριο θεώρησε ότι όσον αφορά την πώληση φαρμάκων μέσω ταχυδρομικών αποστολών εφαρμόζεται μόνον η απαγόρευση του άρθρου 8, παράγραφος 1, του HWG, όχι όμως και η απαγόρευση του άρθρου 8, παράγραφος 2, του HWG. Ως εκ τούτου, η τελευταία αυτή διάταξη δεν αποτελεί μέρος του νομικού και πραγματικού πλαισίου της κύριας δίκης.

172. Η απαγόρευση του άρθρου 8, παράγραφος 1, πρώτο εδάφιο του HWG ως προς τη διαφήμιση της πώλησης φαρμάκων μέσω ταχυδρομικών αποστολών αφορά μόνον τα φάρμακα που πωλούνται αποκλειστικά σε φαρμακεία, ανεξαρτήτως όμως του αν τα φάρμακα αυτά πρέπει να έχουν εγκριθεί ή αν πρέπει να λαμβάνονται μόνο με συνταγή ιατρού.

173. Για την εκτίμηση της ανωτέρω διατάξεως βάσει του κοινοτικού δικαίου πρέπει κατ' αρχάς να εξεταστεί αν ο κρίσιμος εν προκειμένω τομέας της διαφήμισης για φάρμακα έχει πλήρως εναρμονιστεί. Εάν αυτό συμβαίνει, υπερισχύουν οι αντίστοιχες διατάξεις του παράγωγου δικαίου. Ειδάλως, εφαρμόζονται οι διατάξεις του πρωτογενούς δικαίου, ήτοι εν προκειμένω η αρχή της ελεύθερης κυκλοφορίας των εμπορευμάτων.

174. Από τις διατάξεις του παράγωγου δικαίου πρέπει να ληφθεί υπόψη πρωτίστως η οδηγία 92/28. Πράγματι, το άρθρο 2, παράγραφος 1, της οδηγίας αυτής προβλέπει ορισμένες περιπτώσεις στις οποίες απαγορεύεται η διαφήμιση. Δεδομένου ότι η απαγόρευση αυτή στηρίζεται στο είδος του φαρμάκου και όχι στη μορφή πωλήσεως, το πεδίο ισχύος της δεν συμπίπτει με τη γερμανική απαγόρευση των διαφημίσεων. Ενώ η απαγόρευση της οδηγίας ισχύει μόνο για φάρμακα για την κυκλοφορία των οποίων δεν χορηγήθηκε έγκριση σύμφωνα με το κοινοτικό δίκαιο, το άρθρο 8, παράγραφος 1, πρώτο εδάφιο, του HWG απαγορεύει τη διαφήμιση όσον αφορά την αγορά μέσω ταχυδρομικών αποστολών φαρμάκων τα οποία πωλούνται αποκλειστικά στα φαρμακεία.

175. Επομένως, το κριτήριο του κοινοτικού δικαίου βάσει του οποίου κρίνονται οι απαγορεύσεις των διαφημίσεων όπως είναι η απαγόρευση του άρθρου 8, παράγραφος 1 του HWG, εξακολουθεί να είναι η αρχή της ελεύθερης κυκλοφορίας των εμπορευμάτων. Επομένως, ως προς το σημείο αυτό, έχει ιδιαίτερη σημασία το γεγονός ότι το άρθρο 8, παράγραφος 1, δεν διακρίνει, πρώτον, ανάλογα με την προέλευση των προϊόντων και,

δεύτερον, εφαρμόζεται σε όλους επιχειρηματίες, ήτοι πληροί εκ πρώτης όψεως τα δύο παραδοσιακά κριτήρια της νομολογίας Keck. Επομένως, βάσει της νομολογίας Keck η απαγόρευση των διαφημίσεων που προβλέπει το άρθρο 8, παράγραφος 1, του HWG πρέπει να χαρακτηριστεί κατ' αρχάς ως μορφή πωλήσεως.

176. Ωστόσο, όπως ήδη προελέχθη σε σχέση με την απαγόρευση των πωλήσεων διά ταχυδρομικών αποστολών, κρίσιμο δεν είναι μόνον το αν η πώληση αλλοδαπών προϊόντων πλήττεται στον ίδιο βαθμό, αλλά το αν η απαγόρευση της διαφήμισης περιορίζει την πρόσβαση στην αγορά κατά τρόπο που δεν μπορεί να θεωρηθεί πλέον ως απλή μορφή πωλήσεως. Πράγματι, στην περίπτωση αυτή πρόκειται για ένα μέτρο ισοδύναμου αποτελέσματος κατά την έννοια του άρθρου 28 ΕΚ⁸².

177. Η DocMorris εφιστά την προσοχή στο γεγονός ότι οι απαγορεύσεις των διαφημίσεων καθιστούν αδύνατη την παραγγελία φαρμάκων μέσω του Διαδικτύου. Ορθώς η DocMorris παρατηρεί ότι τα φαρμακεία του Διαδικτύου εν αντιθέσει προς τα παραδοσιακά φαρμακεία διαθέτουν μόνον αυτό το μέσο ενημερώσεως.

178. Επομένως, η απαγόρευση της διαφήμισης κατά την έννοια του άρθρου 8, παράγραφος 1, του HWG, περιορίζει την πρόσβαση στους τελικούς καταναλωτές των φαρμακείων του Διαδικτύου τα οποία εξαρτώνται από αυτόν τον τρόπο διαφήμισης, και, ως εκ τούτου, η απαγόρευση αυτή δεν μπορεί να χαρακτηριστεί ως μορφή πωλήσεως. Πράγματι, ο χαρακτηρισμός αυτός αληθεύει ακριβώς στην περίπτωση τέτοιου είδους εθνικών μέτρων τα οποία απαγορεύουν κάθε μορφή διαφήμισης.

179. Ωστόσο, η απαγόρευση της διαφήμισης δεν αντιβαίνει στο άρθρο 28 ΕΚ εφόσον εξυπηρετεί μία επιτακτική απαίτηση και εφόσον είναι σύμφωνη με την αρχή της αναλογικότητας.

180. Στο πλαίσιο αυτό, πρέπει να αναφερθεί μία απόφαση του Δικαστηρίου η οποία αφορά μία περίπτωση απαγορεύσεως της διαφήμισης που προβλέπει ο HWG. Πρόκειται για την υπόθεση Ortscheit στην οποία το Δικαστήριο εξέτασε το ζήτημα της απαγορεύσεως των διαφημίσεων του άρθρου 8, παράγραφος 2, του HWG. Μολονότι επρόκειτο στην ανωτέρω υπόθεση για φάρμακα τα οποία έχρηζαν εγγραφείας, τα οποία όμως δεν είχαν εγγραφεί στη Γερμανία, ωστόσο η συλλογιστική του Δικαστηρίου διατυπώνεται με τόσο γενικούς όρους ώστε μπορεί να μεταφερθεί στην επίμαχη απαγόρευση της διαφήμισης. Με την ανωτέρω απόφασή του το Δικαστήριο έκρινε ότι η απαγόρευση του άρθρου 8, παράγραφος 2, του HWG είναι αναγκαία προκειμένου να αποτραπεί η καταστρατήγηση των εθνικών κανόνων εγγραφείας⁸³. Η αρχή αυτή πρέπει να ισχύσει και για άλλες απαγορεύσεις διαφημίσεων που αφορούν φάρμακα.

82 — Βλ. επίσης, όσον αφορά την περίπτωση μιας απαγορεύσεως διαφήμισης, την απόφαση της 8ης Μαΐου 2001, C-405/98, Gourmet International Products (Συλλογή 2001, σ. I-1795, σκέψη 19).

83 — Απόφαση Ortscheit, προπαγαγεθείσα στην υποσημείωση 10, σκέψεις 19 ετ.

181. Επομένως, ενώ τα κράτη μέλη μπορούν να απαγορεύσουν διαφήμιση για φάρμακα τα οποία χρήζουν εγκρίσεως, τα οποία όμως δεν έχουν εγκριθεί ή δεν θεωρούνται εγκεκριμένα, η εθνική απαγόρευση που αφορά τα μη χρήζοντα ή τα εγκεκριμένα φάρμακα αντιβαίνει στην αρχή της αναλογικότητας, όπως ακριβώς και στην περίπτωση της απαγορεύσεως της πωλήσεως μέσω ταχυδρομικών αποστολών.

183. Και στην περίπτωση της απαγορεύσεως της διαφήμισεως για μη εγκεκριμένα φάρμακα τίθεται το ζήτημα της ερμηνείας των άρθρων 28 ΕΚ και 30 ΕΚ. Ωστόσο, οι διατάξεις αυτές αποτελούν το νομικό πλαίσιο του κοινοτικού δικαίου που είναι κρίσιμο για την επίλυση της διαφοράς που αποτελεί αντικείμενο της κύριας δίκης μόνο εφόσον δεν υπάρχουν διατάξεις του παράγωγου δικαίου που υπερισχύουν.

ii) Η απαγόρευση της διαφήμισεως για μη εγκεκριμένα στη χώρα εισαγωγής φάρμακα

184. Όσον αφορά τα μη εγκεκριμένα φάρμακα, το άρθρο 2, παράγραφος 1, της οδηγίας 92/28 απαγορεύει ρητώς τη διαφήμισή τους.

182. Το δεύτερο προδικαστικό ερώτημα αναφέρεται ακολούθως στην απαγόρευση της διαφήμισεως για φάρμακα τα οποία χρήζουν εγκρίσεως στη χώρα εισαγωγής, ήτοι στη Γερμανία, ωστόσο δεν έχουν εγκριθεί. Οι κρίσιμες διατάξεις της γερμανικής νομοθεσίας είναι το άρθρο 3α του HWG. Μολονότι υπερισχύει της διατάξεως αυτής κατ' αρχήν η διάταξη του άρθρου 8, παράγραφος 2, του HWG⁸⁴, ωστόσο η τελευταία αυτή διάταξη, όπως προκύπτει από τη διάταξη περί παραπομπής, ουδεμία επιρροή ασκεί στην κύρια δίκη.

185. Η απαγόρευση διαφήμισεως του άρθρου 3α του HWG αφορά φάρμακα τα οποία δεν έχουν εγκριθεί ή δεν θεωρούνται εγκεκριμένα ούτε βάσει της κοινοτικής διαδικασίας ούτε βάσει της γερμανικής νομοθεσίας. Επομένως, η διάταξη αυτή του γερμανικού δικαίου αποτελεί απλώς τη διάταξη του εθνικού δικαίου για τη μεταφορά στο εσωτερικό δίκαιο της απαγορεύσεως που προβλέπει το άρθρο 2, παράγραφος 1, της οδηγίας 92/28.

186. Επομένως, δεδομένου ότι υπερισχύει η οδηγία 92/28, δεν τίθεται εν προκειμένω ζήτημα εκτιμήσεως του άρθρου 3α του HWG υπό το φως του πρωτογενούς δικαίου. Συνεπώς, παρέλκει και η εξέταση του εθνικού μέτρου ως μορφή πωλήσεως κατά την έννοια της νομολογίας Keck.

84 — Βλ., π.χ., Ernst (βλ. υποσημείωση 57), σ. 897, et Koening/Müller, «Der weibliche Auftritt von Online-Apotheken im Europäischen Binnenmarkt», *Weibewerb in Recht und Praxis*, 2000, σ. 1366 (συγκεκριμένα σ. 1367 επ.), σύμφωνα με τους οποίους το άρθρο 3α εφαρμόζεται στην περίπτωση που η προσφορά μέσω του Διαδικτύου στη Γερμανία περιλαμβάνει μη εγκεκριμένα φάρμακα και περιλαμβάνει στοιχεία τα οποία πρέπει να χαρακτηριστούν ως διαφήμιση για μη εγκεκριμένα φάρμακα (σ. 1372).

iii) Η απαγόρευση της διαφήμισης για φάρμακα τα οποία χορηγούνται με συνταγή ιατρού

187. Ένα τρίτο ζήτημα το οποίο τίθεται το αιτούν δικαστήριο με το δεύτερο προδικαστικό ερώτημα είναι επίσης το αν είναι σύμφωνη με το κοινοτικό δίκαιο εθνική ρύθμιση η οποία απαγορεύει τη διαφήμιση των φαρμάκων που χορηγούνται μόνο με συνταγή ιατρού. Αυτό το σκέλος του προδικαστικού ερωτήματος αφορά επομένως την απαγόρευση της διαφήμισης που προβλέπει το άρθρο 10 του ΗWG.

188. Και ως προς τη διάταξη αυτή του εθνικού δικαίου πρέπει κατ' αρχάς να εξεταστεί αν το σημείο αυτό έχει αποτελέσει αντικείμενο πλήρους εναρμονίσεως από τις διατάξεις του παράγωγου δικαίου.

189. Όπως ορθώς προβάλλει η Επιτροπή, η οδηγία 92/28 ρυθμίζει και το ζήτημα της διαφήμισης των φαρμάκων που χορηγούνται μόνον κατόπιν συνταγής ιατρού. Έτσι, το άρθρο 3, παράγραφος 1, πρώτη περίπτωση της οδηγίας 92/28 υποχρεώνει ρητώς τα κράτη μέλη να απαγορεύουν τη διαφήμιση που απευθύνεται στο κοινό και αφορά φάρμακα τα οποία χορηγούνται μόνον κατόπιν συνταγής ιατρού.

190. Επομένως, το άρθρο 10 του ΗWG μπορεί να θεωρηθεί ως διάταξη η οποία μεταφέρει στο εθνικό δίκαιο την ανωτέρω απαγόρευση. Ωστόσο, δεδομένου ότι το άρθρο 3, παράγραφος 1, της οδηγίας 92/28 αφορά μόνον τη διαφήμιση που απευθύνεται στο κοινό, τίθεται στη συνέχεια το ερώτημα αν η εθνική διάταξη του άρθρου 10 του ΗWG που απαγορεύει τη διαφήμιση κινείται εντός των ορίων της οδηγίας ή αν βγαίνει πέραν των όσων επιτάσσει η οδηγία 92/28. Επί της εθνικής ρυθμίσεως, καθ' ο μέρος αυτή βγαίνει ενδεχομένως πέραν της οδηγίας 92/28 εφαρμόζεται, ελλείψει εναρμονίσεως βάσει διατάξεων του παράγωγου δικαίου, το πρωτογενές δίκαιο ήτοι οι διατάξεις των άρθρων 28 ΕΚ και 30 ΕΚ. Ωστόσο, αυτό το νομικό πρόβλημα το οποίο αφορά το κατά πόσον συνάδει με το πρωτογενές δίκαιο η γερμανική απαγόρευση της διαφήμισης δεν αποτελεί αντικείμενο της παρούσας διαδικασίας.

2. Το προδικαστικό ερώτημα 2α: Η παρουσία στο Διαδίκτυο ως διαφήμιση που απευθύνεται στο κοινό;

191. Αντικείμενο του προδικαστικού ερωτήματος 2α είναι η σημασία που έχει η αρχή της ελεύθερης κυκλοφορίας των εμπορευμάτων για την έννοια του όρου διαφήμιση που απευθύνεται στο κοινό του άρθρου 1, παράγραφος 3, και του άρθρου 3, παράγραφος 1, της οδηγίας 92/28.

α) Επιχειρήματα των μετεχόντων στη διαδικασία

192. Η DocMorris φρονεί ότι η έννοια της διαφήμισης που απευθύνεται στο κοινό του άρθρου 1, παράγραφος 3, της οδηγίας 92/28 δεν πρέπει να ερμηνευθεί διασταλτικά, διότι με τον τρόπο αυτό θα περιοριζόταν σημαντικά η πρόσβαση στην αγορά των τελικών καταναλωτών. Αντιθέτως, η έννοια αυτή πρέπει να ερμηνευθεί κατά τρόπο σύμφωνο με το πρωτογενές δίκαιο ούτως ώστε να μην καλύπτει η έννοια της διαφήμισης που απευθύνεται στο κοινό τα on line έντυπα παραγγελίας τα οποία περιέχουν ορισμένα αναγκαία στοιχεία για το εμπόριο φαρμάκων μέσω των φαρμακείων του Διαδικτύου.

193. Επομένως, η DocMorris φρονεί ότι οι απαγορεύσεις της διαφήμισης που προβλέπουν τα άρθρα 3α, 8, παράγραφοι 1 και 2, και το άρθρο 10 αντιβαίνουν στο άρθρο 28 ΕΚ.

194. Από το άρθρο 1, παράγραφος 3, της οδηγίας για το ηλεκτρονικό εμπόριο προκύπτει, σύμφωνα με την DocMorris, ότι δεν επιτρέπεται οι υπηρεσίες της κοινωνίας της πληροφορίας να περιορίζονται κατά τρόπο αντίθετο προς την αρχή της αναλογικότητας από απαγορεύσεις της διαφήμισης που προβλέπει το κοινοτικό δίκαιο, και ως εκ τούτου, τα ελάχιστα στοιχεία των ψηφιακών εντύπων παραγγελίας που είναι αναγκαία για τις παραγγελίες φαρμάκων μέσω του Διαδικτύου δεν μπορούν να χαρακτηριστούν ως απαγορευμένη διαφήμιση.

195. Κατά την Apothekerverband, πρέπει να δοθεί αρνητική απάντηση στο προδικαστικό ερώτημα 2α, διότι ειδήλλως θα ανατρεπόταν το σύστημα και η συνοχή των κανόνων του κοινοτικού δικαίου. Η οδηγία για το ηλεκτρονικό εμπόριο δεν εναρμονίζει πλήρως τις υπηρεσίες της κοινωνίας της πληροφορίας και, κυρίως, δεν ρυθμίζει τις προϋποθέσεις παραδόσεως των εμπορευμάτων. Η οδηγία αυτή ουδόλως εφαρμόζεται στο εμπόριο φαρμάκων που πωλούνται αποκλειστικά στα φαρμακεία το οποίο διενεργείται μέσω ταχυδρομικών αποστολών.

196. Η Γερμανική Κυβέρνηση θεωρεί ότι η διαφήμιση φαρμάκων δεν εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας για το ηλεκτρονικό εμπόριο. Επίσης, πριν από την παρέλευση της προθεσμίας για τη μεταφορά της οδηγίας αποκλείεται η ερμηνεία του εθνικού δικαίου κατά τρόπο σύμφωνο με την οδηγία.

197. Το άρθρο 1, παράγραφος 3, και η 11η αιτιολογική σκέψη της οδηγίας για το ηλεκτρονικό εμπόριο δεν επιφέρουν μεταβολές στο επίπεδο προστασίας της δημόσιας υγείας.

198. Η Γερμανική Κυβέρνηση φρονεί ότι η απαγόρευση της διαφήμισης που προβλέπει το άρθρο 8, παράγραφος 2, του ΗWG καλύπτεται από την οδηγία 92/28 και εφαρμόζεται ανεξάρτητα από την οδηγία για το ηλεκτρονικό εμπόριο. Τέλος, η Γερμανική Κυβέρνηση παρατηρεί ότι σύμφωνα με το

άρθρο 3, παράγραφος 4, της οδηγίας για το ηλεκτρονικό εμπόριο τα πολιτικά δικαστήρια μπορούν να απαγορεύουν συγκεκριμένα διαφημιστικά μέτρα τα οποία περιορίζουν την προστασία της δημόσιας υγείας.

199. Η Ελληνική Κυβέρνηση φρονεί ότι η οδηγία για το ηλεκτρονικό εμπόριο δεν θίγει τις διατάξεις της οδηγίας 92/28.

200. Η Ιρλανδική Κυβέρνηση ερμηνεύει τα άρθρα 28 ΕΚ και 30 ΕΚ υπό την έννοια ότι τα άρθρα αυτά δεν εξαιρούν την ελίμαχη παρουσίαση στο Διαδίκτυο από την έννοια της διαφήμισης που απευθύνεται στο κοινό.

201. Η Αυστριακή Κυβέρνηση στηρίζει τα επιχειρήματά της στον κοινοτικό κώδικα. Σύμφωνα με το άρθρο 86 του κοινοτικού κώδικα οι κατάλογοι παραγγελίας φαρμάκων πρέπει να χαρακτηρίζονται ως διαφήμιση. Από το άρθρο 88, παράγραφος 1, του κοινοτικού κώδικα προκύπτει ότι τα κράτη μέλη υποχρεούνται να απαγορεύουν τη διαφήμιση φαρμάκων τα οποία χρήζουν συνταγής ιατρού. Το άρθρο 8, παράγραφος 2, εισάγει εξαίρεση για ορισμένα φάρμακα. Η απαγόρευση της διαφήμισης δεν αντιβαίνει ούτε και στην οδηγία για το ηλεκτρονικό εμπόριο. Ως εκ τούτου, τα κράτη μέλη μπορούν να απαγορεύουν όχι μόνον το εμπόριο φαρμάκων μέσω ταχυδρομικών αποστολών, αλλά και τη σχετική προς τούτο διαφήμιση.

202. Η Επιτροπή υποστηρίζει επίσης ότι επιβάλλεται η διασταλτική ερμηνεία της έννοιας της διαφήμισης η οποία περιλαμβάνει και τη διαφήμιση που απευθύνεται στο κοινό. Ωστόσο, η έννοια της διαφήμισης δεν αφορά τις επιχειρήσεις, ήτοι τα φαρμακεία, αλλά τα εμπορεύματα. Κατά την Επιτροπή, ούτε τα άρθρα 28 ΕΚ και 30 ΕΚ ούτε η οδηγία για το ηλεκτρονικό εμπόριο επιβάλλουν μία διαφορετική ερμηνεία της έννοιας της διαφήμισης. Επομένως, πρέπει να δοθεί αρνητική απάντηση στο προδικαστικό ερώτημα 2α.

β) Εκτίμηση

203. Εν αντιθέσει προς το δεύτερο προδικαστικό ερώτημα, το προδικαστικό ερώτημα 2α αφορά την απαγόρευση της διαφήμισης ορισμένων φαρμάκων η οποία απευθύνεται στο κοινό κατά την έννοια του άρθρου 3, παράγραφος 1, της οδηγίας 92/28. Η απαγόρευση αυτή στηρίζεται στην έννοια της διαφήμισης που απευθύνεται στο κοινό, η οποία σύμφωνα με το άρθρο 1, παράγραφος 3, της οδηγίας 92/28 εμπίπτει στην έννοια της διαφήμισης.

204. Το άρθρο 1, παράγραφος 3, της οδηγίας 92/28 ορίζει την έννοια «διαφήμιση των φαρμάκων» «ως οποιαδήποτε μορφή παροχής πληροφοριών για προώθηση πελατείας, πρόβλεψης ή προτροπής που αποσκοπεί στην προώθηση της χορήγησης συνταγών, της προμήθειας, της πώλησης ή της κατανάλωσης φαρμάκων».

205. Αντιθέτως, η οδηγία 92/28 δεν δίδει τον νομοθετικό ορισμό της έννοιας «διαφήμιση των φαρμάκων που απευθύνεται στο κοινό». Επομένως, αφετηρία για την ερμηνεία της έννοιας αυτής εξακολουθεί να είναι η έννοια της διαφήμισης ως έννοιας γένους, η οποία περιλαμβάνει, σύμφωνα με το άρθρο 1, παράγραφος 3, πρώτη περίπτωση, και τη «διαφήμιση των φαρμάκων που απευθύνεται στο κοινό».

206. Τίθεται το ερώτημα αν εμπύπτει ή όχι στην έννοια της διαφήμισης που απευθύνεται στο κοινό η παρουσίαση στο Διαδίκτυο ενός φαρμακείου κράτους μέλους η οποία πέραν της απλής παρουσιάσεως της επιχειρήσεως αναφέρει τα επί μέρους φάρμακα με το όνομα του προϊόντος, το αν τυχόν απαιτείται συνταγή ιατρού, το μέγεθος της συσκευασίας και την τιμή προσφέροντας ταυτόχρονα τη δυνατότητα παραγγελίας των φαρμάκων αυτών μέσω on line εντύπου παραγγελίας.

207. Αν ληφθεί υπόψη η διασταλτική ερμηνεία της έννοιας της διαφήμισης⁸⁵ που σκοπίμως χρησιμοποιήθηκε στην οδηγία 92/28, θα πρέπει και η έννοια της διαφήμισης που απευθύνεται στο κοινό να ερμηνευθεί διασταλτικά. Υπέρ της απόψεως αυτής συνηγορεί το γεγονός ότι στα κράτη μέλη, στον τομέα της διαφήμισης των φαρμάκων, γίνεται κατ' αρχήν διάκριση στην

πράξη μεταξύ της διαφήμισης που απευθύνεται στο κοινό και της διαφήμισης που γίνεται στους ειδικούς. Ωστόσο αυτή και μόνη η διάκριση ως προς τους αποδέκτες δεν δικαιολογεί τον περιορισμό της έννοιας. Πράγματι, δεδομένου ότι το κοινό, ήτοι οι μη ειδικοί, χρήζουν ακόμη μεγαλύτερης προστασίας, η απαγόρευση της διαφήμισης έχει ιδιαίτερη σημασία.

208. Υπέρ της διασταλτικής ερμηνείας της έννοιας της διαφήμισης που απευθύνεται στο κοινό συνηγορούν επίσης η τέταρτη και η έκτη αιτιολογική σκέψη της οδηγίας 92/28 στις οποίες διατυπώνεται η σχέση μεταξύ κανόνα και εξαιρέσεως: η διαφήμιση απαγορεύεται κατ' αρχήν, μπορεί να επιτραπεί όμως κατ' εξαίρεση.

209. Ωστόσο, η ευρεία έννοια «διαφήμιση που απευθύνεται στο κοινό» πρέπει να περιοριστεί καθ' ο μέτρο δεν περιλαμβάνει τις γενικού χαρακτήρα πληροφορίες σχετικά με φαρμακείο του Διαδικτύου, ήτοι τη διαφήμιση της δημόσιας εικόνας ή της επιχειρήσεως. Ο πυρήνας της διαφήμισης που απευθύνεται στο κοινό έγκειται στη διαφήμιση του προϊόντος.

210. Τα κατά την άποψη της DocMorris αναγκαία στοιχεία, όπως είναι το όνομα του προϊόντος, η σύνθεσή του, το αν τυχόν απαιτείται συνταγή ιατρού, το μέγεθος της συσκευασίας καθώς και η τιμή δείχνουν ότι εν προκειμένω πρόκειται για διαφήμιση που αφορά προϊόν.

⁸⁵ — Ως προς τη διασταλτική ερμηνεία της έννοιας της διαφήμισης βλ. την απόφαση της 25ης Οκτωβρίου 2001, C-112/99, Toshiba Europe (Συλλογή 2001, σ. I-7945, σκέψη 28) η οποία αφορά την παραπλανητική διαφήμιση.

211. Η εκτίμηση ως προς το σημείο αυτό πρέπει να στηρίζεται κυρίως στην αντικειμενική εντύπωση που προκαλεί στον καταναλωτή η συνολική εικόνα της αρχικής σελίδας⁸⁶. Ένα αποφασιστικής σημασίας κριτήριο ως προς το σημείο αυτό είναι το γεγονός ότι η DocMorris κατανέμει τα προϊόντα της σε διάφορες κατηγορίες, εκάστη των οποίων περιλαμβάνει τα επί μέρους φάρμακα. Τα φάρμακα αυτά μπορούν να παραγγελθούν κάνοντας «κλικ» στο αντίστοιχο τετραγωνίδιο. Επομένως, το σύνολο των προϊόντων μπορεί να συγκεκριμενοποιηθεί με ορισμένες ενέργειες του χρήστη του Διαδικτύου. Σύμφωνα με μία άλλη άποψη αρκεί ήδη η μνεία των φαρμάκων προκειμένου να θεωρηθεί ότι η παρουσίαση στο Διαδίκτυο λειτουργεί ως διαφήμιση⁸⁷.

212. Επομένως, ενώ η απλή παρουσίαση της επιχειρήσεως DocMorris δεν μπορεί να χαρακτηριστεί ως διαφήμιση κατά την έννοια της οδηγίας 92/28, ωστόσο μπορεί άνετα να χαρακτηριστεί διαφήμιση η περιγραφή του φαρμάκου με το όνομα του προϊόντος, το αν τυχόν απαιτείται συνταγή ιατρού, το μέγεθος της συσκευασίας και η τιμή σε συνδυασμό με τη δυνατότητα παραγγελίας του φαρμάκου αυτού μέσω on line εντύπου παραγγελίας.

213. Επομένως, ως προς το σημείο αυτό αντικείμενο της κύριας δίκης είναι η προώθηση των πωλήσεων ενός προϊόντος η οποία εμπίπτει στην έννοια της «διαφήμισης που απευθύνεται στο κοινό» της οδηγίας 92/28.

214. Συναφώς, η ερμηνεία βάσει των διατάξεων του υπερτέρας ισχύος πρωτογενούς δικαίου δεν άγει σε διαφορετικό συμπέρασμα. Η αρχή της ελεύθερης κυκλοφορίας των εμπορευμάτων είναι από άποψη περιεχομένου τόσο ελάχιστα συγκεκριμένη ώστε δεν είναι δυνατόν να συναχθεί εξ αυτής κάποιος περιορισμός της ευρείας εννοίας της «διαφήμισης που απευθύνεται στο κοινό».

215. Το γεγονός ότι η ύπαρξη on line εντύπων παραγγελίας στο Διαδίκτυο είναι αναγκαία για την ταχυδρομική αποστολή φαρμάκων από τα φαρμακεία του Διαδικτύου αληθεύει μεν από οικονομικής απόψεως, ωστόσο ουδόλως μεταβάλλει το αποτέλεσμα. Όπως ορθώς προβάλλει η Επιτροπή, η εισαγωγή και η διαφήμιση ενός προϊόντος πρέπει πράγματι να κρίνονται χωριστά.

216. Ως προς τη ρητώς μνημονευθείσα στο προδικαστικό ερώτημα 2α οδηγία για το ηλεκτρονικό εμπόριο και τις επιπτώσεις της επί της εννοίας της διαφήμισης που απευθύνεται στο κοινό πρέπει να τονιστεί ότι η οδηγία αυτή έπρεπε να μεταφερθεί μέχρι τις 17 Ιανουαρίου 2002. Ωστόσο, κατά πάγια νομολογία του Δικαστηρίου⁸⁸, δεν εφαρμόζονται οι οδηγίες εφόσον κατά τον χρόνο που σημειώθηκαν τα πραγματικά περιστατικά της υποθέσεως δεν είχε ακόμη παρέλθει η προθεσμία για τη μεταφορά τους στο εσωτερικό δίκαιο.

86 — Koenig/Müller (βλ. υποσημείωση 84), σ. 1368.

87 — Ernst (βλ. υποσημείωση 57), σ. 897.

88 — Βλ. συναφώς, όσον αφορά τη νομοθεσία περί φαρμάκων, την απόφαση Orsicheit, προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 10, σκέψη 15.

217. Επομένως, δεν συντρέχει λόγος να εξεταστεί στο σημείο αυτό το βασικό ζήτημα της σχέσεως μεταξύ της οδηγίας για το ηλεκτρονικό εμπόριο και της οδηγίας 92/28. Δεδομένου ότι δεν εφαρμόζεται εν προκειμένω η οδηγία για το ηλεκτρονικό εμπόριο, δεν χρειάζεται να εξεταστούν εν προκειμένω η σημασία της ρυθμιζόμενης στην οδηγία αυτή αρχής του κράτους προελεύσεως, η προβλεπόμενη στο άρθρο 3, παράγραφος 4, της οδηγίας για το ηλεκτρονικό εμπόριο δυνατότητα αποκλίσεως από την ανωτέρω αρχή για λόγους προστασίας της δημόσιας υγείας και η έκταση της εξαιρέσεως προκειμένου να προστατευθεί η δημόσια υγεία σύμφωνα με το άρθρο 1, παράγραφος 3, της ίδιας οδηγίας.

3. Το μέχρι τούδε συναγόμενο συμπέρασμα

218. Τα άρθρα 28 ΕΚ και 30 ΕΚ πρέπει να ερμηνευθούν υπό την έννοια ότι αντιβαίνει στα άρθρα αυτά εθνική ρύθμιση η οποία απαγορεύει τη διαφήμιση της πωλήσεως φαρμάκων μέσω ταχυδρομικών αποστολών —μη λαμβανομένης υπόψη της διαφήμισεως φαρμάκων— εκτός εάν η απαγόρευση σκοπεί στην προστασία εθνικών διατάξεων εγκρίσεως και είναι σύμφωνη με την αρχή της αναλογικότητας.

219. Το άρθρο 3, παράγραφος 1, της οδηγίας 92/28 πρέπει να ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι δεν αντιβαίνει σε αυτό εθνική ρύθμιση η οποία απαγορεύει τη διαφήμιση φαρμάκων για ανθρώπους τα οποία χορηγούνται μόνο με συνταγή ιατρού.

220. Το άρθρο 2, παράγραφος 1, της οδηγίας 92/28 πρέπει να ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι δεν αντιβαίνει σε αυτό εθνική ρύθμιση η οποία απαγορεύει τη διαφήμιση φαρμάκων για ανθρώπους τα οποία πωλούνται αποκλειστικά στα φαρμακεία και τα οποία έχουν εγκριθεί στη χώρα προελεύσεως όχι όμως και στη χώρα εισαγωγής.

221. Η έννοια «διαφήμιση που απευθύνεται στο κοινό» του άρθρου 1, παράγραφος 3, της οδηγίας 92/28 πρέπει να ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι περιλαμβάνει και την παρουσίαση στο Διαδίκτυο ενός φαρμακείου κράτους μέλους το οποίο αναφέρει τα επί μέρους φάρμακα με το όνομα του προϊόντος, το αν τυχόν απαιτείται συνταγή ιατρού, το μέγεθος της συσκευασίας και την τιμή προσφέροντας ταυτόχρονα τη δυνατότητα παραγγελίας των φαρμάκων αυτών μέσω on line εντύπου παραγγελίας.

B — Το προδικαστικό ερώτημα 2β: στοιχεία της παρουσιάσεως στο Διαδίκτυο ως κατάλογος πωλήσεως και/ή τιμοκατάλογος;

222. Το προδικαστικό ερώτημα 2β αφορά τον πιθανό χαρακτηρισμό των on line εντύπων παραγγελίας, τα οποία περιέχουν μόνον τα ελάχιστα στοιχεία που είναι αναγκαία για την παραγγελία, και/ή άλλων μερών της παρουσιάσεως στο Διαδίκτυο ως καταλόγων πωλήσεως και/ή τιμοκαταλόγων κατά την έννοια του άρθρου 1, παράγραφος 4, της

οδηγίας 92/28. Πράγματι, η ανωτέρω διάταξη εξαιρεί τους καταλόγους πωλήσεων και τους τιμοκαταλόγους από το πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 92/28 και, ως εκ τούτου, από την απαγόρευση της διαφήμισης.

1. Επιχειρήματα των μετεχόντων στη διαδικασία

223. Η DocMorris ερμηνεύει το άρθρο 1, παράγραφος 4, της οδηγίας 92/28 τελολογικά και καταλήγει στο συμπέρασμα ότι και τα ψηφιακά έντυπα παραγγελίας, τα οποία λόγω του πληροφοριακού περιεχομένου τους και του γεγονότος ότι λειτούργούν ως δέλεαρ για την αγορά φαρμάκων αποτελούν μία ενδιάμεση κατηγορία μεταξύ των καταλόγων πωλήσεως και των τιμοκαταλόγων, εξαιρούνται από την απαγόρευση της διαφήμισης. Πληροφορίες οι οποίες είναι αναγκαίες για το εμπόριο των φαρμάκων δεν πρέπει να χαρακτηρίζονται ως διαφήμιση.

224. Η Apothekerverband, στηριζόμενη στα επιχειρήματα που προέβαλε στο πλαίσιο του προδικαστικού ερωτήματος 2α, προτείνει να δοθεί αρνητική απάντηση στο προδικαστικό ερώτημα 2β. Κατά την άποψή της, η οδηγία για το ηλεκτρονικό εμπόριο δεν έχει ούτε προς το σημείο αυτό βαρύνουσα σημασία για την ερμηνεία της οδηγίας 92/28.

225. Η Γερμανική Κυβέρνηση τάσσεται κατά του ενδεχόμενου περιορισμού της εννοίας της διαφήμισης και τονίζει ότι σύμφωνα με το άρθρο 1, παράγραφος 4, της οδηγίας 92/28 εξαιρούνται μόνον οι κατάλογοι πωλήσεων και οι τιμοκαταλόγοι οποίοι δεν περιέχουν πληροφοριακά στοιχεία για τα φάρμακα.

226. Η Ελληνική, η Ιρλανδική και η Αυστριακή Κυβέρνηση χαρακτηρίζουν τα παρατιθέμενα στη διάταξη περί παραπομπής πληροφοριακά στοιχεία σχετικά με τα φαρμακεία του Διαδικτύου επίσης ως διαφήμιση κατά την έννοια της οδηγίας 92/28.

Ορισμένες κυβερνήσεις προβάλλουν επίσης ότι οι κατάλογοι πωλήσεων και οι τιμοκαταλόγοι, οι οποίοι περιέχουν πληροφοριακά στοιχεία σχετικά με τα φάρμακα, ρητώς δεν εμπίπτουν στην εξαίρεση.

227. Η Επιτροπή ερμηνεύει το άρθρο 1, παράγραφος 4, της οδηγίας 92/28 υπό την έννοια ότι τα on line έντυπα παραγγελίας και/ή ορισμένα άλλα τμήματα της παρουσίας ενός φαρμακείου στο Διαδίκτυο δεν εμπίπτουν στις έννοιες «κατάλογοι πωλήσεων» και/ή «τιμοκαταλόγοι».

2. Εκτίμηση

228. Κατ' αρχάς, πρέπει να ληφθεί υπόψη ότι η διάταξη του άρθρου 1, παράγραφος 4, της οδηγίας 92/28 εισάγει εξαίρεση ως προς το

πεδίο εφαρμογής της οδηγίας, και ως εκ τούτου, στην απαγόρευση της διαφήμισης και ήδη για τον λόγο αυτόν πρέπει να ερμηνεύεται συσταλτικά.

231. Επίσης, πρέπει να τονιστεί, όπως ορθώς παρατηρεί η Επιτροπή, ότι σκοπός της παρουσιάσεως ενός φαρμακείου στο Διαδίκτυο είναι η δημιουργία εμπορικών σχέσεων.

229. Επί πλέον, επιβάλλεται η παρατήρηση ότι η απαρίθμηση της υπό εξέταση εν προκειμένω εξαιρέσεως της τρίτης περιπτώσεως του άρθρου 1, παράγραφος 4, της οδηγίας 92/28 δεν είναι ενδεικτική, αλλά αναφέρει μόνον τους καταλόγους πωλήσεων και τους τιμοκαταλόγους. Ωστόσο, στη διάταξη αυτή δεν γίνεται λόγος για οποιουδήποτε είδους έντυπα παραγγελιών ούτε, πολύ λιγότερο, για on line έντυπα.

232. Στο επιχείρημα που προβάλλει η DocMorris ότι τα on line έντυπα παραγγελίας είναι αναγκαία για το εμπόριο φαρμάκων μέσω ταχυδρομικών αποστολών πρέπει να αντιταχθεί ότι το άρθρο 1, παράγραφος 4, της οδηγίας 92/28 ουδόλως αναφέρει το στοιχείο της αναγκαιότητας.

233. Ωστόσο, δεν χρειάζεται στο σημείο αυτό να γίνει ο οριστικός χαρακτηρισμός των on line εντύπων παραγγελίας ως καταλόγων πωλήσεων ή ως τιμοκαταλόγων και για έναν άλλο λόγο. Έστω και αν τα on line έντυπα παραγγελίας έπρεπε να χαρακτηριστούν ως κατάλογοι πωλήσεων ή ως τιμοκατάλογοι, αυτό και μόνο δεν συνεπάγεται ότι δεν μπορεί να εφαρμοσθεί η οδηγία.

230. Ως προς το σημείο αυτό, είναι ορθός ο χαρακτηρισμός που δίδει η DocMorris στα on line έντυπα παραγγελίας δεδομένου ότι τα έντυπα αυτά περιέχουν πράγματι περισσότερα πληροφοριακά στοιχεία από τους τιμοκαταλόγους. Αντιθέτως, δεν είναι κατ' ανάγκην ορθό ότι τα on line έντυπα παραγγελίας περιέχουν εν γένει λιγότερα πληροφοριακά στοιχεία από τους καταλόγους πωλήσεων. Ωστόσο, και αν αυτό ακόμη συνέβαινε, κρίσιμο είναι το γεγονός ότι τα on line έντυπα παραγγελίας περιέχουν σε κάθε περίπτωση περισσότερα πληροφοριακά στοιχεία από τους απλούς καταλόγους πωλήσεων αφού οι κατάλογοι αυτοί δεν περιλαμβάνουν κατ' ανάγκη έντυπα παραγγελίας.

234. Πράγματι, το άρθρο 1, παράγραφος 4, τρίτη περίπτωση της οδηγίας 92/28 εξαιρεί μόνον τους καταλόγους πωλήσεων και τους τιμοκαταλόγους οι οποίοι πληρούν μία ακόμη προϋπόθεση, ήτοι «εφόσον δεν περιέχουν καμία πληροφορία σχετικά με το φάρμακο».

235. Βεβαίως, μπορεί να αποτελέσει μεν σημείο τριβής η ερμηνεία της εννοίας «πληροφορία», ωστόσο η παρουσίαση της DocMorris στο Διαδίκτυο περιέχει σε κάθε περίπτωση τέτοιου είδους πληροφορίες οι

οποίες, βάσει των σκοπών της οδηγίας 92/28, δεν θα έπρεπε να παρατίθενται στους καταλόγους πώλησεως ή στους τιμοκαταλόγους. Πράγματι, η DocMorris τονίζει με τις γραπτές παρατηρήσεις της, και μάλιστα ρητώς, ότι τα έντυπα παραγγελίας περιέχουν επίσης πληροφορίες σχετικά με τις «δραστικές ουσίες και τα έκδοχα του φαρμάκου». Αντιθέτως, το προδικαστικό ερώτημα 2β αναφέρει απλώς ορισμένες άλλες πληροφορίες.

236. Ωστόσο, εναπόκειται στο εθνικό δικαστήριο και όχι στο Δικαστήριο να διαπιστώσει ποιες πληροφορίες πράγματι περιλαμβάνει η παρουσίαση της DocMorris στο Διαδίκτυο και, ιδίως, αν επομένως περιέχει και πληροφορίες σχετικά με τα φάρμακα.

3. Το μέχρι τούδε συναγόμενο συμπέρασμα

237. Επομένως, στο προδικαστικό ερώτημα 2β πρέπει να δοθεί η απάντηση ότι τα on line έντυπα παραγγελίας, τα οποία περιέχουν πληροφορίες σχετικά με τα φάρμακα, δεν πρέπει να θεωρούνται ως κατάλογοι πώλησεως και/ή τιμοκατάλογοι κατά την έννοια του άρθρου 1, παράγραφος 4, της οδηγίας 92/28.

Γ — Η αρχή της ελεύθερης κυκλοφορίας των υπηρεσιών

238. Όσον αφορά τις ισχύουσες στη Γερμανία απαγορεύσεις της διαφημίσεως θα μπορούσε να τεθεί επίσης το ερώτημα αν οι απαγορεύσεις αυτές είναι σύμφωνες με την αρχή της ελεύθερης κυκλοφορίας των υπηρεσιών ή —όπως επιβάλλεται στο πλαίσιο διαδικασίας για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως— αν η αρχή της ελεύθερης κυκλοφορίας των υπηρεσιών πρέπει να ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι δεν επιτρέπει τις επίμαχες απαγορεύσεις της διαφημίσεως.

1. Επιχειρήματα των μετεχόντων στη διαδικασία

239. Ως προς την αρχή της ελεύθερης κυκλοφορίας των υπηρεσιών η Apothekenverband και η Γερμανική Κυβέρνηση προέβαλαν κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση ότι η θεμελιώδης αυτή ελευθερία δεν εφραμόζεται στην παρούσα υπόθεση.

240. Η Ελληνική Κυβέρνηση εξομοιώνει την πώληση φαρμάκων μέσω του Διαδικτύου με τις τηλεπωλήσεις οι οποίες απαγορεύονται σύμφωνα με το άρθρο 14 της οδηγίας για την άσκηση τηλεοπτικών δραστηριοτήτων⁸⁹.

89 — Οδηγία 89/552 (προσαρτεθείσα στην υποσημείωση 13).

241. Η Επιτροπή υποστήριξε ήδη με τις γραπτές παρατηρήσεις της ότι, με την παρουσίαση στο Διαδίκτυο, η DocMorris σκοπούσε επίσης να προσεγγίσει πελάτες από τα γερμανόφωνα κράτη μέλη. Κατά την άποψή της, οι γερμανικές απαγορεύσεις της διαφημίσεως πρέπει να χαρακτηριστούν ως περιορισμοί της ελεύθερης κυκλοφορίας των υπηρεσιών. Ωστόσο, οι περιορισμοί αυτοί θα μπορούσαν να δικαιολογηθούν από λόγους προστασίας της δημόσιας υγείας.

2. Εκτίμηση

242. Προϋπόθεση για την εξέταση του νομικού ζητήματος του ενδεχόμενου περιορισμού της ελεύθερης κυκλοφορίας των υπηρεσιών είναι να ερευνηθεί κατ' αρχάς το αν εφαρμόζεται πράγματι η αρχή της ελεύθερης κυκλοφορίας των υπηρεσιών και όχι η αρχή της ελεύθερης κυκλοφορίας των εμπορευμάτων.

243. Κατ' αρχάς, θα έπρεπε να τεθεί το ερώτημα αν πρόκειται για τη διαφήμιση καθ' εαυτήν, ήτοι για την παροχή της υπηρεσίας της διαφημίσεως, ή αν πρόκειται για τη διαφήμιση για κάτι άλλο. Στην πρώτη κατηγορία, ήτοι στην περίπτωση της διαφημίσεως ως υπηρεσίας, θα πρέπει πάλι να γίνει διάκριση μεταξύ της δραστηριότητας των διαφημιστικών επιχειρήσεων και της δραστηριότητας των επιχειρήσεων που εκμεταλλεύονται μέσα μαζικής ενημέρωσης, όπως είναι π.χ. οι τηλεοπτικές επιχειρήσεις. Εντός της δεύτερης κατηγορίας μπορούν να γίνουν ορισμένες διακρίσεις ανάλογα με το αν η διαφήμιση αφορά προϊόν π.χ. ένα φάρμακο ή μία υπηρεσία.

244. Συναφώς, ο HWG διακρίνει μεταξύ των επίμαχων απαγορεύσεων της διαφημίσεως, δεδομένου ότι το άρθρο 8 αφορά την πώληση φαρμάκων μέσω ταχυδρομικών αποστολών ενώ οι απαγορεύσεις της διαφημίσεως των άρθρων 3α και 10 ισχύουν για ορισμένα είδη φαρμάκων.

245. Η οικονομική διάρθρωση της πωλήσεως φαρμάκων μέσω ταχυδρομικών αποστολών που αποτελεί αντικείμενο της κύριας δίκης χαρακτηρίζεται από το γεγονός ότι δεν αποτελεί οικονομική δραστηριότητα μιας διαφημιστικής επιχειρήσεως ή μιας επιχειρήσεως που εκμεταλλεύεται μέσα μαζικής ενημέρωσης, αλλά από το γεγονός ότι ένας έμπορος, ήτοι ένα φαρμακείο του Διαδικτύου, διαφημίζει ο ίδιος ορισμένα προϊόντα και έναν ορισμένο τρόπο αγοράς τους.

246. Η περίπτωση αυτή θα πρέπει να διακριθεί από την περίπτωση που ένα φαρμακείο αναθέτει σε ορισμένα έντυπα ή σε μία τηλεοπτική επιχείρηση να διαφημίσει την οικονομική δραστηριότητά του, ήτοι την πώληση φαρμάκων μέσω ταχυδρομικών αποστολών. Ως εκ τούτου, είναι ορθή μέχρι ενός ορισμένου σημείου η σύγκριση στην οποία προβαίνει η Επιτροπή μεταξύ της παρουσιάσεως της DocMorris στο Διαδίκτυο και μιας τηλεοπτικής διαφημίσεως για τους τηλεθεατές σε άλλα κράτη μέλη.

247. Άλλως πάλι θα είχαν τα πράγματα στην περίπτωση που ένας παραγωγός φαρμάκων

αναλαμβάνει ο ίδιος —εντός των ορίων του κοινοτικού δικαίου— τη διαφήμιση των προϊόντων του.

248. Η πώληση φαρμάκων μέσω ταχυδρομικών αποστολών δεν μπορεί εν προκειμένω να εξεταστεί ως μία οικονομική δραστηριότητα η οποία θα έπρεπε να εκτιμηθεί χωριστά. Αντιθέτως, πρόκειται απλώς για μία συγκεκριμένη μορφή αγοράς, ήτοι για την παράδοση των εμπορευμάτων. Επομένως, τούτο δεν συνιστά αυτοτελή υπηρεσία. Επομένως, ενώ η αγορά της διαφήμισης διακρίνεται από οικονομικής και νομικής απόψεως από την αγορά των προϊόντων, η χωριστή εκτίμηση των οικονομικών ενεργειών που αποτελούν αντικείμενο της κύριας δίκης θα ήταν άκρως τεχνητή⁹⁰.

249. Επομένως, η υπόθεση της κύριας δίκης διαφέρει σημαντικά από τις υποθέσεις στις οποίες το Δικαστήριο έπρεπε να αποφανθεί σχετικά με τις τηλεοπτικές διαφημίσεις και τις διαφημίσεις που προβάλλονταν μέσω καλωδιακής τηλεοράσεως⁹¹. Ειδικώς η απόφαση De Agostini και TV-Shop, στην οποία αναφέρθηκε η Επιτροπή, είναι άσχετη με τους περιορισμούς επί της οικονομικής δραστηρι-

ότητας του εμπόρου του διαφημιζομένου προϊόντος⁹², όπως π.χ. ενός φαρμακοποιού. Πράγματι, στην υπόθεση De Agostini και TV-Shop, το Δικαστήριο επικέντρωσε την προσοχή του, ως προς την αρχή της ελεύθερης κυκλοφορίας των υπηρεσιών, στις υπηρεσίες της επιχειρήσεως η οποία επιθυμούσε να παράσχει τις διαφημιστικές υπηρεσίες της και στον αντίστοιχο περιορισμό που επιβλήθηκε από την εθνική νομοθεσία και όχι στην επιχείρηση της οποίας τα προϊόντα ή οι υπηρεσίες έπρεπε να αποτελέσουν αντικείμενο διαφημίσεως.

250. Δεδομένου ότι το αιτούν δικαστήριο δεν αναφέρθηκε με κανένα από τα προδικαστικά ερωτήματά του στην αρχή της ελεύθερης κυκλοφορίας των υπηρεσιών, δεν πρέπει να εκπλήττει το γεγονός ότι δεν διαβίβασε στο Δικαστήριο κανένα σχετικό στοιχείο. Ωστόσο, ούτε και από τα λοιπά έγγραφα προκύπτουν επαρκείς ενδείξεις προκειμένου να καταστεί δυνατή η εκτίμηση των επίμαχων απαγορεύσεων της διαφήμισης βάσει της αρχής της ελεύθερης κυκλοφορίας των υπηρεσιών.

251. Επομένως, το Δικαστήριο δεν δύναται εν προκειμένω να λάβει θέση επί της ερμηνείας της αρχής της ελεύθερης κυκλοφορίας των υπηρεσιών.

252. Επομένως, εναπόκειται στο αιτούν Δικαστήριο, στην περίπτωση που εφαρμόσει στη διαφορά που εκκρεμεί ενώπιόν του και την αρχή της ελεύθερης κυκλοφορίας των υπηρεσιών, να προβεί στον αντίστοιχο

90 — Σχετικά με τις δυσχέρειες που προκαλεί η διάκριση βλ. π.χ. Todino/Lüder, «La jurisprudence "Keck" en matière de publicité: vers un marché unique», *Revue du marché unique européen*, 1995, σ. 181 επ.

91 — Αποφάσεις της 26ης Απριλίου 1988, 352/85, Bond van Adverteerders κ.λπ. (Συλλογή 1988, σ. 2085), De Agostini και TV-Shop (προσπαράθεση στην υποσημείωση 52), και της 28ης Οκτωβρίου 1999, C-6/98, ARD (Συλλογή 1999, σ. I-7599).

92 — Στο ίδιο πνεύμα Stuyck, *Common market law review*, 1997, σ. 1445 (συγκεκριμένα σ. 1467).

έλεγχο βάσει των συγκεκριμένων πραγματικών περιστατικών. Συναφώς, θα έπρεπε να εξεταστεί αν οι απαγορεύσεις της διαφημίσεως εξυπηρετούν σκοπούς γενικού συμφέροντος, όπως π.χ. την προστασία της δημόσιας υγείας. Επί πλέον, θα έπρεπε να εξεταστεί αν οι απαγορεύσεις της διαφημίσεως είναι επίσης σύμφωνες με την αρχή της αναλογικότητας, ήτοι αν οι απαγορεύσεις αυτές είναι πρόσφορες, αναγκαίες και εύλογες για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού.

255. Και η Γερμανική Κυβέρνηση υποστηρίζει ότι πρέπει να δοθεί αρνητική απάντηση στο τρίτο ερώτημα. Αντιθέτως, η αποτελεσματική επιβολή της απαγορεύσεως απαιτεί να μη διατίθενται στο εμπόριο μη εγκεκριμένα φάρμακα, καθώς επίσης και τον περιορισμό κάθε μορφής διαφημίσεως που αποσκοπεί στην καταστράτηγηση της απαγορεύσεως αυτής.

256. Για τη Γαλλική, Ελληνική και Ιρλανδική Κυβέρνηση καθώς και για την Επιτροπή δεν είναι αναγκαία η απάντηση στο τρίτο προδικαστικό ερώτημα.

VII — Επί του τρίτου προδικαστικού ερωτήματος

1. Επιχειρήματα των μετεχόντων στη διαδικασία

2. Εκτίμηση

253. Η DocMorris φρονεί ότι πρέπει να διασφαλιστεί το διασυνοριακό εμπόριο φαρμάκων μέσω ταχυδρομικών αποστολών. Κατά την άποψή της, αυτό πρέπει να ισχύσει και στην περίπτωση που ορισμένα σημεία της παρουσιάσεως στο Διαδίκτυο αντιβαίνουν στη νομοθεσία περί διαφημίσεως φαρμάκων.

257. Το τρίτο προδικαστικό ερώτημα αφορά επίσης την ερμηνεία των άρθρων 28 ΕΚ και 30 ΕΚ, και δη —όπως και το πρώτο προδικαστικό ερώτημα— σε σχέση με το εμπόριο φαρμάκων. Κατ' ουσίαν το αιτούν δικαστήριο ερωτά αν οι απαγορεύσεις της διαφημίσεως επηρεάζουν την εκτίμηση όσον αφορά το αν επιτρέπεται το εμπόριο φαρμάκων.

254. Κατά την Apothekerverband, δεν πρέπει να επιβληθεί «με κάθε τίμημα» το διασυνοριακό εμπόριο εμπορευμάτων, ήτοι η πώληση φαρμάκων μέσω ταχυδρομικών αποστολών. Ενδεχόμενη τροποποίηση θα έπρεπε σε κάθε περίπτωση να ελέγξει με μία νέα ρύθμιση σε επίπεδο κοινοτικού δικαίου.

258. Στο πλαίσιο αυτό, πρέπει να τονιστεί ότι από οικονομικής απόψεως το εμπόριο και η διαφήμιση συνδέονται, εν τούτοις, από νομικής απόψεως πρέπει να εξετάζονται χωριστά.

259. Στο πλαίσιο της παρούσας διαδικασίας τούτο προκύπτει ήδη από τα προδικαστικά ερωτήματα, εκ των οποίων το πρώτο αναφέρεται στο εμπόριο φαρμάκων, το δε δεύτερο στη διαφήμιση των πωλήσεων φαρμάκων μέσω ταχυδρομικών αποστολών, ήτοι στο εμπόριο, και στη διαφήμιση για ορισμένα φάρμακα.

260. Επομένως, όσον αφορά την ερμηνεία των άρθρων 28 ΕΚ και 30 ΕΚ σε σχέση με το εμπόριο φαρμάκων περιορίζομαι στο σημείο αυτό να παραπέμψω στην απάντηση που δόθηκε στο πρώτο προδικαστικό ερώτημα.

VIII — Πρόταση

261. Βάσει των ανωτέρω προτείνω στο Δικαστήριο να απαντήσει στα προδικαστικά ερωτήματα ως εξής:

«1) Το άρθρο 28 ΕΚ πρέπει να ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι αποτελεί μέτρο ισοδύναμου αποτελέσματος εθνική ρύθμιση η οποία απαγορεύει την για εμπορικούς σκοπούς διασυνοριακή εισαγωγή φαρμάκων που προορίζονται για ανθρώπους και πωλούνται αποκλειστικά σε φαρμακεία, μέσω ταχυδρομικών αποστολών, από εγκεκριμένα φαρμακεία άλλων κρατών μελών κατόπιν ατομικών παραγγελιών των τελικών καταναλωτών μέσω του Διαδικτύου.

Τα άρθρα 28 ΕΚ και 30 ΕΚ πρέπει να ερμηνευθούν υπό την έννοια ότι δικαιολογείται για λόγους προστασίας της υγείας και της ανθρώπινης ζωής εθνική ρύθμιση η οποία απαγορεύει την για εμπορικούς σκοπούς διασυνοριακή εισαγωγή φαρμάκων για ανθρώπους τα οποία πωλούνται αποκλειστικά σε φαρμακεία, μέσω ταχυδρομικών αποστολών, από εγκεκριμένα φαρμακεία άλλων κρατών μελών κατόπιν ατομικών παραγγελιών των τελικών καταναλωτών μέσω

του Διαδικτύου, ακόμη και στην περίπτωση που πριν από την παράδοση του χορηγουμένου μόνον κατόπιν ιατρικής συνταγής φαρμάκου έχει περιέλθει στο αποστέλλον φαρμακείο το πρωτότυπο της ιατρικής συνταγής, εφόσον πρόκειται για φάρμακα τα οποία χρήζουν προηγούμενης εγκρίσεως στο κράτος στο οποίο εισάγονται, για τα οποία όμως δεν υπάρχει εθνική έγκριση ή αναγνώριση ούτε κοινοτική έγκριση χορηγηθείσα κατόπιν διαδικασίας ισχύουσας για όλα τα κράτη μέλη.

Τα άρθρα 28 ΕΚ και 30 ΕΚ πρέπει να ερμηνευθούν υπό την έννοια ότι δεν δικαιολογείται για λόγους προστασίας της υγείας και της ανθρώπινης ζωής εθνική ρύθμιση που απαγορεύει την εισαγωγή εγκεκριμένων στη χώρα εισαγωγής φαρμάκων τα οποία είχε ήδη αγοράσει εγκεκριμένο φαρμακείο κράτους μέλους της Ευρωπαϊκής Ένωσης από χονδρεμπόρους του κράτους εισαγωγής, εφόσον η επίτευξη των επιδιωκόμενων από το κράτος εισαγωγής σκοπών μπορεί να επιτευχθεί με άλλους τρόπους.

- 2) Τα άρθρα 28 ΕΚ και 30 ΕΚ πρέπει να ερμηνευθούν υπό την έννοια ότι αντιβαίνει προς αυτά εθνική ρύθμιση η οποία απαγορεύει τη διαφήμιση της πωλήσεως φαρμάκων μέσω ταχυδρομικών αποστολών —μη λαμβανομένης υπόψη της διαφήμισεως φαρμάκων που προορίζονται για ανθρώπους—, εκτός εάν η εν λόγω απαγόρευση εξυπηρετεί την τήρηση των εθνικών διατάξεων εγκρίσεως και είναι σύμφωνη με την αρχή της αναλογικότητας.

Το άρθρο 3, παράγραφος 1, της οδηγίας 92/28/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 31ης Μαρτίου 1992, για τη διαφήμιση φαρμάκων που προορίζονται για ανθρώπους πρέπει να ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι δεν αντιβαίνει σε αυτό εθνική ρύθμιση που απαγορεύει τη διαφήμιση φαρμάκων που προορίζονται για ανθρώπους τα οποία χορηγούνται μόνον κατόπιν ιατρικής συνταγής.

Το άρθρο 2, παράγραφος 1, της οδηγίας 92/28 πρέπει να ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι δεν αντιβαίνει σε αυτό εθνική ρύθμιση που απαγορεύει τη διαφήμιση φαρμάκων που προορίζονται για ανθρώπους και τα οποία πωλούνται αποκλειστικά σε φαρμακεία τα οποία έχουν εγκριθεί στο κράτος προελεύσεως, όχι όμως και στο κράτος εισαγωγής.

Η έννοια “διαφήμιση που απευθύνεται στο κοινό” του άρθρου 1, παράγραφος 3, της οδηγίας 92/28 πρέπει να ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι περιλαμβάνει και την παρουσίαση φαρμακείων κρατών μελών στο Διαδίκτυο, στο πλαίσιο της οποίας περιγράφονται τα επί μέρους φάρμακα με το όνομα του προϊόντος, το αν τυχόν απαιτείται συνταγή ιατρού, το μέγεθος της συσκευασίας και η τιμή, προσφέροντας ταυτόχρονα τη δυνατότητα παραγγελίας των φαρμάκων αυτών μέσω online εντύπου παραγγελίας.

Τα online έντυπα παραγγελίας που περιέχουν στοιχεία περί των φαρμάκων δεν μπορούν να θεωρηθούν ως κατάλογος πωλήσεως ή ως κατάλογοι τιμών κατά την έννοια του άρθρου 1, παράγραφος 4, της οδηγίας 92/28.

- 3) Τα άρθρα 28 ΕΚ και 30 ΕΚ πρέπει να ερμηνευθούν υπό την έννοια ότι το διασυνοριακό εμπόριο φαρμάκων που πραγματοποιείται χάρη στην παρουσίαση ενός φαρμακείου στο Διαδίκτυο πρέπει να εκτιμάται ανεξάρτητα από το αν είναι νόμιμη τυχόν απαγόρευση της διαφήμισεως.»