

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

fremsat den 7. december 2004¹

1. I dette traktatbrudssøgsmål har Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber i medfør af artikel 226 EF nedlagt påstand om, at det fastslås, at den Helleniske Republik har tilsidesat sine forpligtigelser i henhold til artikel 43 EF og 48 EF gennem de betingelser, den har opstillet for såvel fysiske som juridiske personers tilladelse til at drive optikerforretninger på sit område.

2. Der er på ny tale om en sag, hvis genstand er de såkaldte »restriktioner, der finder anvendelse uden forskel«, idet den omhandlede lovgivning ikke forskelsbehandler indenlandske og udenlandske fællesskabsborgere. Forskelsbehandlingen kan opstå indirekte gennem andre betingelser, der tilsyneladende er neutrale, i det foreliggende tilfælde den omstændighed, at tilladelse til at åbne en optikerforretning kun kan gives til en autoriseret optiker, der enten driver sin egen forretning eller er deltager i et personligt selskab.

I — Fællesskabsretlige bestemmelser

3. EF-traktatens afsnit III omhandler de grundlæggende friheder, nemlig fri bevægelighed for personer, tjenesteydelser og kapital, og i dets kapitel 2 reguleres nærmere bestemt etableringsretten, som omfatter artikel 43 EF til 48 EF, hvoraf den første og sidste artikel er relevante for den foreliggende sag.

4. Artikel 43 EF konkretiserer indholdet af denne ret:

»Inden for rammerne af nedennævnte bestemmelser er der forbud mod restriktioner, som hindrer statsborgere i en medlemsstat i frit at etablere sig på en anden medlemsstats område. Dette forbud omfatter også hindringer for, at statsborgere i en medlemsstat, bosat på en medlemsstats område, opretter agenturer, filialer eller datterselskaber.

¹ — Originalsprog: spansk.

Med forbehold af bestemmelserne i kapitlet vedrørende kapitalen indebærer etableringsfriheden adgang til at optage og udøve selvstændig erhvervsvirksomhed samt til at oprette og lede virksomheder, herunder navnlig selskaber i den i artikel 48 anførte betydning, på de vilkår, som i etableringslandets lovgivning er fastsat for landets egne statsborgere.«

5. I artikel 48 EF ligestilles juridiske personer med fysiske personer med henblik på udøvelsen af den nævnte frihed:

»Selskaber, som er oprettet i overensstemmelse med en medlemsstats lovgivning, og hvis vedtægtsmæssige hjemsted, hovedkontor eller hovedvirksomhed er beliggende inden for Fællesskabet, ligestilles, for så vidt angår anvendelsen af bestemmelserne i dette kapitel, med personer, der er statsborgere i medlemsstaterne.

Ved selskaber forstås privatretlige selskaber, heri indbefattet kooperative selskaber, samt alle andre juridiske personer, der henhører under den offentlige ret eller privatretten, med undtagelse af selskaber, som ikke arbejder med gevinst for øje.«

II — Den relevante nationale lovgivning

6. I Grækenland er oprettelse af optikerforretninger undergivet de krav, der er fastsat i lov nr. 971/79². Lovens artikel 6, stk. 6, bestemmer, at med forbehold af bestemmelserne i samme artikels stk. 3³ og bestemmelserne i artikel 8, stk. 2⁴, drives optikerforretninger personligt af indehaveren af den i forbindelse hermed udstedte tilladelse, hvilket — som anført i bestemmelsen — betyder, at en optiker som *fysisk person* ikke må drive mere end en optikerforretning.

7. Imidlertid er det ikke muligt for alle erhvervsdrivende inden for branchen at oprette en forretning, for ifølge samme lovs artikel 7, stk. 1, må sådanne forretninger kun oprettes af indehavere af autorisation som optiker, og drift af optikerforretninger er betinget af, at der udstedes tilladelse, som i henhold til artikel 8, stk. 1, »[...] er personlig og uoverdragelig«.

8. For så vidt angår juridiske personer, bestemmer artikel 27, stk. 4, i lov nr. 2646/98⁵ om modernisering og organise-

2 — *Den Helleniske Republiks Officielle Tidende*, serie I, nr. 233, af 1979. Denne lov regulerer ikke alene åbning og drift af optikerforretninger, men også betingelserne for udøvelsen af optikerhvervet.

3 — Som omhandler oprettelse af apoteker.

4 — Som omhandler overdragelse til familiemedlemmer.

5 — *Den Helleniske Republiks Officielle Tidende*, serie I, nr. 236, af 20.10.1998.

ring af sundhedssystemet, som supplerer lov nr. 971/79, at kun autoriserede optikere kan stifte et ansvarligt handelsselskab eller et kommanditselskab med henblik på at drive en optikerforretning, og kun, såfremt indehaveren af tilladelsen deltager med mindst 50% i selskabskapitalen. Den pågældende optiker kan højst deltage i ét andet selskab, såfremt den nævnte tilladelse er udstedt til en anden autoriseret optiker.

sted i en anden medlemsstat og dets græske datterselskab), og som de græske myndigheder havde nægtet tilladelse til at oprette en optikerforretning med henvisning til lov nr. 971/79, henledte Kommissionen ved skrivelse af 27. januar 1998 den græske regerings opmærksomhed på denne lovgivnings uforenelighed med EF-traktatens artikel 52 (efter ændring nu artikel 43 EF) og traktatens artikel 58 (nu artikel 48 EF).

9. Den Hellske Republik har i sin duplik oplyst, at der var en lovændring på vej med det formål at inddrage de forskellige selskabsformer i kredsen af mulige indehavere af en tilladelse, men under forudsætning af, at størstedelen af deres kapital er i hænderne på autoriserede optikere.

11. Den 27. april 1998 svarede den græske regering, at den var i færd med at gennemføre en lovændring. Efter at have modtaget åbningsskrivelsen svarede den græske regering den 13. januar 1999, at ændringen var blevet gennemført ved lov nr. 2646/98.

Under retsmødet har repræsentanten for den sagsøgte medlemsstat bekræftet, at Den Hellske Republik med lov nr. 3204/2003 har bragt de overtrædelser, som den kritiseres for, til ophør.

12. Den 3. august 1999 tilstillede Kommissionen den græske regering en supplerende åbningsskrivelse, da den var af den opfattelse, at heller ikke indholdet af den sidstnævnte lov var forenelig med fællesskabsretten.

III — Den administrative procedure

10. Som følge af en klage, indgivet af to aktieselskaber (moderselskabet med hjem-

13. Den græske regerings argumenter af 17. maj 2000 var ikke til hinder for, at Kommissionen tilstillede den en begrundet udtalelse, som den besvarede den 2. maj 2001.

IV — Parternes påstande og retsforhandlingerne for Domstolen

14. Den 27. marts anlagde Kommissionen denne sag, hvori den har nedlagt påstand om, at det fastslås, at

— Den Helleniske Republik har begrænset etableringsvilkårene for optikere som fysiske personer og herved tilsidesat artikel 43 EF, idet den har udstedt og opretholdt lov nr. 971/79, der ikke tillader en autoriseret optiker som fysisk person at drive mere end én optikerforretning, og

— Den Helleniske Republik har begrænset etableringsvilkårene for juridiske personer i optikersektoren i Grækenland på en måde, der er uforenelig med artikel 43 EF, og har tilsidesat artikel 48 EF, sammenholdt artikel 43 EF, ved at pålægge juridiske personer begrænsninger, der ikke gælder for fysiske personer, idet den har udstedt og opretholdt lov nr. 971/79 og lov nr. 2646/98, hvorefter en juridisk person kun kan oprette en optikerforretning i Grækenland på betingelse af,

a) at tilladelsen til at oprette og drive optikerforretning er udstedt i en autoriseret optikers fysisk persons navn, at den person, der har til-

ladelsen til at drive forretning, deltager med mindst 50% i selskabets kapital og i selskabets fortjeneste og tab, og at selskabet har form af et ansvarligt handelsselskab eller et kommanditselskab, og

b) at den pågældende optiker højst deltager i et andet selskab, der ejer en optikerforretning, forudsat at tilladelsen til at oprette og drive forretningen er udstedt til en anden autoriseret optiker.

15. Den Helleniske Republik har nedlagt påstand om frifindelse, idet den har anført, at de begrænsninger, der er pålagt selskabene, er begrundet i hensynet til folkesundheden.

16. Efter indgivelsen af replik og duplik afsluttedes den skriftlige forhandling.

17. Den 23. september 2004 fandt den mundtlige forhandling sted efter anmodning fra den sagsøgte regering, og begge parter deltog.

V — Stillingtagen

18. Kommissionen er af den opfattelse, at de begrænsninger, som den græske lovgivning indebærer for optikere, er i strid med etableringsfriheden på to punkter nemlig, dels for fysiske personer, hvor de indebærer en tilsidesættelse af artikel 43 EF, dels for selskaber, hvor de indebærer en overtrædelse af artikel 48 EF, sammenholdt med artikel 43 EF.

A — Etableringsfriheden og dens begrænsninger

19. Etableringsfriheden, som er snævert forbundet med det politiske projekt at skabe et samlet Europa, sikres gennem afskaffelsen af de barrierer som indvirker på produktionsmidlerne. Det er ikke uden grund, at det hedder »at etablere sig vil sige at indgå i en national erhvervsmæssig sammenhæng«⁶,

hvilket altid er forbundet med udøvelsen af et erhverv med økonomisk vinding for øje⁷.

20. Denne grundlæggende frihed, der gælder for fysiske og juridiske personer i en hvilken som helst medlemsstat, omfatter — med forbehold af de fastsatte undtagelser og betingelser — adgang til enhver form for selvstændig erhvervsvirksomhed og udøvelsen heraf inden for resten af Fællesskabets område. Den omfatter ligeledes oprettelse og drift af virksomheder samt åbning af agenturer, filialer og datterselskaber.

21. I henhold til retspraksis er der tale om et meget vidt begreb, som for en fællesskabsstatsborger indebærer, at han på stabil og vedvarende måde kan deltage i det økonomiske liv i en anden medlemsstat end sin egen og få fordel heraf, hvorved der sker en begunstiggelse af det økonomiske og sociale samarbejde i Fællesskabet inden for området selvstændig erhvervsvirksomhed⁸.

22. Med henblik på afgørelsen af den foreliggende tvist er det navnlig af betydning at

7 — M. Fallon: *Droit matériel général des Communautés européennes*, Ed. Bruylant, Paris, 1997, s. 394.

8 — Jf. dom af 21.6.1974, sag 2/74, Reyners, Sml. s. 631, præmis 21, af 30.11.1995, sag C-55/94, Gebhard, Sml. I, s. 4165, præmis 25, af 9.3.1999, sag C-212/97, Centros, Sml. I, s. 1459, præmis 34, og af 4.7.2000, sag C-424/97, Haim, Sml. I, s. 5123, præmis 57.

6 — Jf. forslag til afgørelse fremsat af generaladvokat Darmon i den sag, hvori der blev afsagt dom den 27.9.1988, sag 81/87, Daily Mail and General Trust PLC, Sml. s. 5483, punkt 3.

fastslå, at etableringsfriheden også omfatter retten til under iagttagelse af de faglige regler at oprette og opretholde mere end ét centrum for erhvervsudøvelse på Fællesskabets område⁹. Disse regler må igen ikke gå videre end de betingelser, der er fastsat i Fællesskabets retsorden.

23. Domstolen har i denne henseende fastslået, at såvel adgangen til bestemte hverv som udøvelsen heraf i givet fald kan betinges af, at visse love eller administrative bestemmelser iagttages, forudsat at de opfylder fire betingelser:

— at de finder anvendelse uden forskelsbehandling på grundlag af nationalitet

— at de er begrundet i tvingende almene hensyn

— at de er egnet til at sikre, at det med reglen tilstræbte formål nås, og

9 — Jf. bl.a. dom af 12.7.1984, sag 107/83, Klopp, Sml. s. 2971, præmis 19, af 7.7.1988, sag 143/87, Stanton, Sml. s. 3877, præmis 11, af 7.7.1988, forenede sager 154/87 og 155/87, Wolf m.fl., Sml. s. 3897, præmis 11, og af 20.5.1992, sag C-106/91, Ramrath, Sml. I, s. 3351, præmis 20.

— at de ikke går ud over, hvad der er nødvendigt med henblik på at nå dette mål¹⁰.

24. Spørgsmålet om, hvorvidt disse betingelser er opfyldt, udgør genstanden for denne sag, ikke kun i relation til fysiske personer, men også i forhold til juridiske personer, i hvilken forbindelse den forskellige behandling, som den græske lovgivning undergiver de to grupper, også behandles. I alle tilfælde skal der tages hensyn til udvidelsen af det personelle anvendelsesområde for princippet om personers frie bevægelighed¹¹, der har fundet sted i forbindelse med udviklingen af fællesskabsretten.

B — Begrænsninger i etableringsfriheden for fysiske personer

25. Artikel 6, stk. 6, i lov nr. 971/79 forbyder optikere, uanset deres nationalitet, at eje

10 — Jf. dom af 31.3.1993, sag C-19/92, Kraus, Sml. I, s. 1663, præmis 32, og Gebhard-dommen, nævnt i fodnote 8, præmis 37.

11 — Lirola Delgado, I: *Libre circulación de personas y Unión Europea*, Ed. Civitas, Madrid 1994, s. 61, forsvare den opfattelse, at med fremskridtet i den europæiske integrationsproces, der skyldes såvel processens egen dynamik som udviklingen af den politiske dimension, er indholdet af princippet om personers frie bevægelighed blevet udvidet gennem inddragelsen af nye områder i det personelle anvendelsesområde for fællesskabsretten. Denne udvidelse har fundet sted gennem en langsom proces, fuld af vanskeligheder og — af og til — af modsætninger, hvor udgangspunktet er en vid fortolkning af det potentielle indhold af begrebet økonomisk frihed.

mere end én forretning inden for branchen. Bestemmelsen finder således anvendelse uden forskel, idet den behandler græske statsborgere og borgere fra andre medlemsstater på samme måde.

26. Den sagsøgte regering har medgivet, at denne begrænsning medfører en begrænsning af den fællesskabsretlige frihed, men har begrundet begrænsningen med hensynet til beskyttelsen af folkesundheden.

27. Under den administrative procedure anførte den græske regering bl.a., at det er nødvendigt at sikre en afbalanceret geografisk fordeling af optikerforretningerne. Som Kommissionen har anført i stævningen, er reglen om »én autoriseret optiker per forretning«¹², imidlertid i sig selv uegnet til at opnå det forfulgte formål, idet intet er til hinder for, at indehaverne afslår at etablere sig i de fjerneste og mindst rentable egne eller regioner.

Under alle omstændigheder har den sagsøgte stat ikke opretholdt denne argumentation for Domstolen, hvorfor det må antages, at den har afstået fra at gøre den gældende.

12 — Der minder om ordsproget »Apotheker i sit apotek« (»Apotheker in seiner Apotheke«), som kendes fra tysk ret, og som for så vidt angår apoteker har medført virkninger, der svarer til dem, de omhandlede græske bestemmelser fremkaldte i perioden inden fastlæggelsen af retspraksis som følge af Gebhard-dommen (jf. om dette punkt: Friauf, K.H.: *Das apothekenrechtliche Verbot des Fremd- und Mehrbesitzes*, Ed. C.F. Müller, Heidelberg, 1992, s. 7).

28. Det er i øvrigt sikkert, at folkesundheden som helhed betragtet er et tvingende alment hensyn, der kan begrunde nationale foranstaltninger, der er til hinder for retten til fri etablering, eller som gør denne ret mindre attraktiv. Domstolen har henvist til den omstændighed, der er fremhævet i EF-traktatens artikel 3, litra o) [efter ændring nu artikel 3, stk. 1, litra p), EF], hvori det bestemmes, at Fællesskabets virke under de betingelser og i det tempo, som er foreskrevet i traktaten, skal bidrage til opnåelse af et højt sundhedsbeskyttelsesniveau¹³.

29. Den sagsøgte regering har gjort gældende, at de omtvistede bestemmelser har til formål at bevare det personlige fortrolighedsforhold på området for handel med optiske artikler og at sikre et absolut ansvar for den autoriserede optiker, der er indehaver af forretningen.

Regeringen har endvidere anført, at »kun optikeren, der er specialist, og som personligt deltager i driften af sin forretning og ikke spreder sine fysiske og psykiske kræfter ved at drive flere forretninger, kan sikre det ønskede resultat.«

13 — Dom af 1.2.2001, sag C-108/96, Mac Quen m.fl., Sml. I, s. 837, præmis 28 og 29. Som generaladvokat Mischo anførte i det forslag til afgørelse, som han fremsatte i den sag, påhviler hovedansvaret medlemsstaterne.

30. Det må medgives, at en medlemsstat kan anse nødvendigheden af, at de i en optikerforretning udbudte varer og tjenesteydelser forestås af en person, der er autoriseret inden for området, for at være et tvingende alment hensyn. Domstolen har anerkendt lignende opfattelser for andre erhverv inden for sundhedsområdet¹⁴.

31. For at undgå, at begrænsningen er uforenelig med fællesskabsretten, skal den imidlertid være egnet til at sikre, at formålet nås, og være proportional i forhold til den retlige interesse, der søges beskyttet.

32. Den anfægtede foranstaltnings forholds-mæssighed er ikke indlysende. Den sagsøgte regering nøjes med at citere artikel 6 i lov nr. 971/79 samt den retspraksis, hvori loven fortolkes, og hvorefter salg af briller og andre f.eks. glas, der korrigerer bygningsfejl, skal ske i forretninger, der *ledes eller drives*¹⁵ af autoriseret personale, uden at der stilles nogen form for krav om, at dette personale skal være til stede eller udvise opmærksomhed over for kunden.

33. I denne sag er betingelsen om forholds-mæssighed imidlertid ikke opfyldt, idet der findes mindre restriktive foranstaltninger, som er mere forenelige med fællesskabsretten end dem, der er indført i Grækenland.

34. I forretningerne er der to retlige forhold, et internt og et eksternt. Det interne består af ejendomsretten, som f.eks. omfatter lokalet eller bygningen, hvor virksomheden udøves, kundekartoteket, varerne og firmanavnet, det arbejdsretlige forhold til de ansatte og — hvilket er af særlig interesse for problemet i den foreliggende sag — stillingen som indehaver, der ikke falder sammen med ejendomsretten, men som den er forbundet med gennem en række retlige forhold — samt administrationen og driften.

Det eksterne retlige forhold omfatter forholdet til tredjemand, navnlig til leverandørerne og, hvad der er af særlig interesse her, til køberne, kunderne eller — om man vil — patienterne.

35. Den græske lovgivning blander disse to forhold sammen. Med hensyn til de interne forhold forbyder lovgivningen oprettelsen af mere end én optikerforretning pr. autoriseret optiker, og denne ordning begrundes med

14 — Jf. vedrørende læger og tandlæger, dom af 16.6.1992, sag C-351/90, Kommissionen mod Luxembourg, Sml. I, s. 3945.

15 — Omskrivning af præmis 13 i dom af 25.5.1993, sag C-271/92, Laboratoire de prothèses oculaires (LPO), Sml. I, s. 2899.

betragtninger, der er hentet fra området for eksterne forhold, nemlig hovedsageligt det personlige fortrolighedsforhold til kunden og optikerens ubegrænsede ansvar.

subsidiære ansvar for de skader, der måtte være forårsaget af de ansatte, eller forpligtelsen til at tegne en forsikring.

36. Hvis man havde sondret mellem de to forhold, ville det have haft mindre alvorlige konsekvenser for den fællesskabsretlige frihed, eftersom oprettelsen af flere forretninger ikke ville være i strid med kravet om, at det skal være en autoriseret optiker, der forestår forretningen og varetager betjeningen af kunderne.

39. Det skal bemærkes, at den foreliggende sag ikke vedrører anerkendelsen af eksamensbeviser eller optikeres virksomhed¹⁷, hvorfor man ikke kan påberåbe sig LPO-dommen¹⁸, således som Den Helleniske Republik har gjort.

37. I øvrigt kræver Domstolen med hensyn til forholdet til kunderne ikke, at den branchekyndige konstant befinder sig i patientens eller klientens nærhed¹⁶, idet den udtrykkeligt har anvendt denne retspraksis på almenpraktiserende læger, tandlæger, dyrlæger og endog speciallæger, hvorfor det er berettiget at udvide denne retspraksis til også at omfatte optikere.

I den sag, der opstod som følge af en tvist mellem en forhandler af kontaktlinser, intra-oculære linser og dertil knyttede varer, og en række erhvervsorganisationer for optikere, drejede det sig nemlig om, hvorvidt en national ordning, hvorefter det var forbeholdt erhvervsdrivende med et fagligt diplom at sælge optiske produkter, var i strid med de frie varebevægelser.

38. De mulige erstatningskrav, som den sagsøgte regering har påberåbt sig med henblik på at godtgøre begrænsningens lovlighed, kunne sikres ved at indføre bestemte retlige instrumenter til opnåelse af fuld erstatning, som f.eks. ejerens direkte eller

Domstolen fandt, at denne lovgivning byggede på hensynet til beskyttelsen af folkesundheden, og at dens anvendelse ikke var uforholdsmæssig henset til det mål, der tilstræbtes. Domstolen vurderede således, at en national lovgivning, der forbeholder salg af kontaktlinser og dertil knyttede produkter

16 — Jf. dommen i sagen Kommissionen mod Luxembourg, jf. fodnote 14, præmis 22, der henviser til dom af 30.4.1986, sag 96/85, Kommissionen mod Frankrig, Sml. s. 1475, præmis 13.

17 — På trods af det af generaladvokat Mischo anførte i punkt 35 i forslaget til afgørelse til dommen i sagen Mac Quen m.fl. (jf. fodnote 13) er optikervirksomhed ikke genstand for fællesskabsretlig regulering.

18 — Jf. fodnote 15.

for forretninger, der ledes eller drives af personer, der opfylder de nødvendige betingelser for at drive virksomhed som optiker, er begrundet i hensynet til beskyttelsen af den offentlige sundhed.

40. I den dom udtalte Domstolen sig imidlertid ikke om nødvendigheden af, at den fagligt autoriserede også er den økonomiske indehaver af virksomheden, ligesom den ikke udtalte sig om det antal forretninger, som den pågældende må bestyre. Under disse omstændigheder kan denne præcedensdannende dom ikke kaste lys over foreliggende tvist, udover at den bekræfter optikerforretningers særegenhed¹⁹.

41. Under alle omstændigheder synes den i LPO-dommens præmis 13 anvendte formulering ikke at være helt vellykket: Det, der er afgørende på området for beskyttelse af folkesundheden, er ikke så meget, at forretningen ledes og drives af optikere — opgaver, der hovedsageligt har en ren handelsmæssig, administrativ eller regnskabsmæssig karakter — men at kunden, når denne ønsker at købe optiske artikler, modtager vejledning fra kvalificeret personale. Denne unøjagtighed påvirker på ingen måde denne sag.

¹⁹ — Domstolen fandt, at salg af kontaktlinser, selv om det henhører under øjenlægens kompetence at udstede recept på dem, ikke anses for en kommerciel aktivitet som enhver anden, eftersom sælgeren bør være i stand til at yde brugerne oplysninger med henblik på brugen af linserne og deres vedligeholdelse (præmis 11).

42. Endelig kan Mac Quen m.fl.-dommen²⁰, der også er anført i svarskriftet, og som behandlede spørgsmålet om kvalifikationer til at udføre visse objektive synsundersøgelser, heller ikke komme i betragtning. Det blev belyst, hvorvidt en lovgivning, som forbeholdt øjenlæger retten til at udføre de pågældende undersøgelser, og derved udelukkede optikere, var i strid med de i traktaten sikrede friheder.

Domstolen henviste til, at ordningen, på trods af den manglende fællesskabsretlige harmonisering på det pågældende område og den deraf følgende kompetence for medlemsstaterne, kun kunne anvendes under iagttagelse af de grundlæggende friheder, som er sikret ved traktaten²¹.

I det konkrete tilfælde fandt Domstolen, at de særlige kvalifikationskrav, der var opstillet i national ret, var begrundet i det påberåbte hensyn til den offentlige sundhed.

Man forsøgte således at bedømme betingelserne for pleje af patienten, der er omfattet af det eksterne forhold, som jeg tidligere har

²⁰ — Jf. fodnote 13 i dette forslag til afgørelse.

²¹ — Dommen henviste til dom af 29.10.1998, forenede sager C-193/97 og C-194/97, De Castro Freitas og Escallier, Sml. I, s. 6747, præmis 23, og af 3.10.2000, sag C-58/98, Corsten, Sml. I, s. 7919, præmis 31.

omtalt, mens det i den foreliggende sag drejer sig om tilladelsen til at oprette en optikerforretning som et virksomhedsprojekt.

43. Af det ovenfor anførte udleder jeg, at den begrænsning af etableringsfriheden, som er gennemført ved den græske lovgivning, og som består i, at en optiker kun må bestyre én forretning, er i strid med artikel 43 EF.

C — Begrænsninger af etableringsfriheden for selskaber

44. Med hensyn til de juridiske personer har jeg allerede påpeget, at lov nr. 2646/98 begrænser retten til frit at oprette forretninger, idet den udelukkende gør det muligt for optikere at stifte selskaber i form af ansvarlige handelsselskaber eller kommanditselskaber med henblik på at drive en forretning, og det kræves, at den autoriserede optiker deltager med mindst 50% i selskabskapital, og den pågældende optiker kan højst deltage i ét andet selskab, såfremt tilladelsen er udstedt til en anden autoriseret optiker.

45. Disse betingelser adskiller sig fra dem, der er opstillet for fysiske personer, hvorfor Kommissionen har nedlagt påstand om, at det fastslås, at forpligtelsen til ligestilling, som er fastsat i artikel 48 EF, er blevet tilsidesat.

46. Denne påstand er præget af en vis forenkling, hvorfor jeg skal fremsætte tre bemærkninger.

47. For det første har fysiske og juridiske personer, som følge af deres natur, en vidt forskellig retlig form, således at enhver form for ligestilling, der almindeligvis altid vil være ufuldstændig, må afspejle denne væsentlige forskel. Artikel 48 EF kræver derfor en teleologisk fortolkning: Ifølge traktaten skal juridiske personer nyde etableringsfrihed i samme omfang som fysiske personer.

48. Min anden bemærkning hænger sammen med den potentielle karakter — hvilket jeg netop har fremhævet — af udgangspunktet for en ligestilling. Forpligtelsen til ligebehandling er ikke kategorisk, idet den risikerer systematisk at blive tilsidesat, men tager sigte på at indrømme selskaber muligheden for at opnå en ret, der i det mindste har samme rækkevidde som retten til ligebehandling. Heraf kan det udledes, at en medlemsstat ikke tilsidesætter artikel 48 EF, hvis den tillader fri etablering for juridiske personer, men forbyder eller ubegrundet

begrænser etableringsfriheden for fysiske personer. Af samme grund kan udgangspunktet for en ligestilling ikke være en lovgivning, der i sig selv udgør en tilsidesættelse af fællesskabsretten.

49. For det tredje er der alvorlige vanskeligheder forbundet med at acceptere Kommissionens stillingtagen til, hvorledes den ordning, som den sagsøgte stat har udformet for selskaber, skal kvalificeres. Den adskiller sig ganske vist fra den ordning, der gælder for fysiske personer, med hensyn til de nærmere regler, men begge ordninger omfatter et funktionelt princip om »én autoriseret optiker for hver forretning« — i det ene tilfælde gennem et direkte krav, i det andet tilfælde via en ordning, der indfører et krav om mere end 50% deltagelse.

50. Når man holder sig for øje, at ordningen for fysiske personer, hvis tilsidesættelse af fællesskabsretten jeg tidligere har redegjort for, kan ligestilles med ordningen for juridiske personer, synes heller ikke sidstnævnte ordning at opfylde fællesskabsrettens krav.

51. Logikken i den græske lovgivning om åbning af denne form for forretning, der bygger på det særlige forhold mellem den erhvervsdrivende og kunden samt det ansvar, som den erhvervsdrivende bærer, viser, at kun personlige selskaber er tilladt, og at den

lovændring, som den sagsøgte stat har meddelt, udvider tilladelserne til at omfatte aktieselskaber, såfremt den autoriserede optiker besidder mere end 50% af selskabskapitalen.

52. Selv om de omtvistede foranstaltninger ikke er udtryk for en forskelsbehandling, og de skal beskytte folkesundheden, forekommer de ikke at være tilpasset det formål, de forfølger. Der er andre foranstaltninger, som i højere grad tager hensyn til etableringsfriheden. Som jeg har påpeget²², kan man gennem en adskillelse af ejendomsretten, stillingen som indehaver og den interne administration af forretningen på den ene side og kundekontakten på den anden side, nå til en løsning, der i højere grad harmonerer med fællesskabsretten. Herved tages der nemlig hensyn til kontakten mellem den handlende og kunden samt til erstatningsansvaret.

53. Det er sådan, dommen af 16. juni 1992, Kommissionen mod Luxembourg skal fortolkes²³. Den luxembourgske regering havde forsvaret reglen om, at kun én enkelt praksis er tilladt, hvilket endelig førte til den græske lovgivning om deltagelsesstrukturen i optikerforretningerne i sidste instans også fører til, idet den gjorde gældende, at en aftale om lægebehandling er en »intuitu personae«-kontrakt, som forudsætter lægens stadige tilstedeværelse i sin praksis eller på sit ansættelsessted med henblik på at sikre en løbende patientbehandling.

22 — Jf. punkt 34-38 i dette forslag til afgørelse.

23 — Jf. fodnote 14 i dette forslag til afgørelse.

Domstolen fandt, at denne kontinuitet i patientbehandlingen kunne sikres ved mindre restriktive midler, som f.eks. et krav om tilstedeværelse i en vis mindstetid eller arrangementer, der sikrer tilstedeværelse af vikarer. Den nationale regel var således af en for absolut og generel karakter til, at den kunne begrundes i nødvendigheden af at beskytte folkesundheden²⁴.

54. Endelig fremgår det af fast retspraksis, at selv om Den Helleniske Republik under retsmødet har gjort gældende, at den to gange har ændret lovgivningen for at gøre den forenelig med fællesskabsretten, skal spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger traktatbrud, vurderes på baggrund af forholdene i medlemsstaten, som de var ved udløbet af fristen i den begrundede udtalelse. Ændringer af forholdene i tiden derefter kan ikke tages i betragtning af Domstolen²⁵, eftersom der er knyttet en interesse til at fastholde situationen på dette tidspunkt, f.eks. med det formål at fastslå grundlaget for et eventuelt ansvar, som en medlemsstat kan pådrage sig over for dem, der kan støtte ret på traktatbruddet²⁶.

55. Endelig skal det udelukkende for fuldstændighedens skyld tilføjes, at den nyligt ændrede ordning²⁷ ser ud til at gentage fortidens fejltagelser, da det for at selskaber

kan opnå tilladelse til at åbne en optikerforretning kræves, at de for mere end 50% ejes af personer, der er autoriserede inden for dette fagområde. På ny sammenblandes de områder, som jeg har behandlet, nemlig for det første ejerskab i forhold til virksomheden, og for det andet arten af de tjenesteydelser, der tilbydes tredjemand, på bekostning af en grundlæggende frihed i henhold til traktaten.

56. Heraf følger, at ved at lade oprettelsen af en optikerforretning betinge af, at en autoriseret optiker, der ejer mindst 50% af selskabskapitalen i et handelsselskab eller et kommanditselskab, opnår en tilladelse samt yderligere af, at den pågældende optiker højst deltager i ét andet selskab, forudsat at tilladelsen til at oprette denne forretning udstedes til en anden autoriseret optiker, har Den Helleniske Republik overtrådt artikel 48 EF.

VI — Sagens omkostninger

57. I henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da der må gives Kommissionen medhold i søgsmålet, og den har nedlagt påstand om, at Den Helleniske Republik tilpligtes at betale sagens omkostninger, bør det pålægges den at betale sagens omkostninger.

24 — Dommens præmis 22 og 23.

25 — Jf. bl.a. dom af 30.1.2002, sag C-103/00, Kommissionen mod Grækenland, Sml. I, s. 1147, præmis 23, af 29.1.2004, sag C-209/02, Kommissionen mod Østrig, Sml. I, s. 1211, præmis 16, og af 14.9.2004, sag C-168/03, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 8227, præmis 24.

26 — Jf. bl.a. dom af 17.6.1987, sag 154/85, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 2717, præmis 6, og af 20.6.2002, sag C-299/01, Kommissionen mod Luxembourg, Sml. I, s. 5899, præmis 11.

27 — Jf. punkt 9 i dette forslag til afgørelse.

VII — Forslag til afgørelse

58. På grundlag af ovenstående bemærkninger foreslår jeg Domstolen at træffe følgende afgørelse:

1) Den Hellske Republik

- har begrænset etableringsvilkårene og herved tilsidesat artikel 43 EF, idet den har opretholdt lov nr. 971/79, der ikke tillader en autoriseret optiker at drive mere end én optikerforretning, og
- har tilsidesat artikel 48 EF, idet den har udstedt og opretholdt lov nr. 971/79 og lov nr. 2646/98, der lader oprettelsen af en optikerforretning betinge af, at en autoriseret optiker, der ejer mindst 50% af selskabskapitalen i et handelsselskab eller et kommanditselskab, opnår en tilladelse samt yderligere af, at den pågældende optiker højst deltager i ét andet selskab, der ejer en optikerforretning, forudsat at tilladelsen til at oprette denne forretning udstedes til en anden autoriseret optiker.

2) Den Hellske Republik betaler sagens omkostninger.