

Arrêt *Ker-Optika* : De l'ophtalmologue à l'opticien : la réglementation de la vente en ligne des lentilles de contact au regard de la libre circulation des marchandises

NICOLAS DE SADELEER ¹

Introduction

En sus d'offrir davantage de visibilité, l'offre en ligne et la conclusion subséquente d'un contrat électronique délivrent les opérateurs économiques commercialisant des produits et des services des charges afférentes à la possession d'un magasin ou d'une officine. D'un point de vue géographique, en effet, leur clientèle ne se limite plus désormais au cercle restreint de personnes vivant à proximité de leurs points de vente.

Vu les avantages qu'internet procure à l'essor du commerce transfrontière, la réglementation de la vente en ligne, notamment en vue de garantir la sécurité des patients, aura pour effet de gêner davantage les commerces situés en dehors de l'État membre désireux de vendre en ligne que ceux situés sur son territoire. En effet, les commerces étrangers vont pâtir de ne plus pouvoir accéder aisément – en ligne – aux marchés étrangers alors que leurs concurrents, disposant de points de vente sur le territoire national, conservent la possibilité de commercialiser leurs produits auprès de la clientèle nationale. À ce titre, la Cour de justice a déjà admis que l'interdiction de vente par internet d'une catégorie de marchandises pénalise davantage les opérateurs économiques qui ne se trouvent pas sur le territoire national ².

¹ Professeur aux FUSL, professeur invité à l'UCL, Chaire Jean Monnet. L'auteur peut être contacté à l'adresse desadeleer.nicolas@gmail.com.

² C.J.C.E., 11 décembre 2003, *Deutscher Apothekerverband*, aff. C-322/01, *Rec.*, p. I-14887, pt. 74. Pour les arrêts antérieurs au 1^{er} décembre 2009, il est maintenu l'abréviation C.J.C.E.; ceci vaut pour l'ensemble des références de ce commentaire.

La commercialisation de médicaments et de dispositifs médicaux par internet soulève assurément davantage de difficultés du point de vue de la politique de santé publique que les autres catégories de produits. En raison des risques encourus par les patients, la commercialisation de ces marchandises est généralement réservée à des professionnels qualifiés et leur achat est conditionné par la production d'une prescription médicale.

Faut-il ouvrir ces marchés au détriment de la sécurité des patients ou, au contraire, convient-il de maintenir un commerce de proximité en raison de l'obligation faite aux patients de se rendre dans une officine agréée ?

Confrontée à ce dilemme dans l'affaire *Deutscher Apothekerverband*, à propos de la commercialisation de médicaments en Allemagne par une pharmacie virtuelle néerlandaise, la Cour de justice de l'Union européenne avait rendu un jugement de Salomon : alors que l'article 36 TFUE³ peut être invoqué pour justifier une interdiction nationale de vente par correspondance des médicaments dont la vente est réservée exclusivement aux pharmacies dans l'État membre concerné, pour autant qu'elle vise les médicaments soumis à prescription médicale, en revanche, cette disposition «ne peut être invoquée pour justifier une interdiction absolue de vente par correspondance des médicaments qui ne sont pas soumis à prescription médicale dans l'État membre concerné»⁴.

Dans l'arrêt rendu le 2 décembre 2010, dans l'affaire *Ker-Optika*⁵, la Cour de justice fut appelée à apprécier la validité d'un régime d'interdiction de vente par internet non pas de médicaments, mais cette fois de lentilles de contact. Saisie d'un litige qui opposait la société de droit hongrois Ker-Optika commercialisant des lentilles de contact via son site Internet à un organisme public de santé publique lui interdisant cette commercialisation, une juridiction hongroise a interrogé à titre préjudiciel la Cour de justice de l'Union européenne sur la compatibilité de la réglementation hongroise avec le droit de l'Union européenne.

Dans la mesure où les lentilles sont considérées comme des dispositifs médicaux et non pas des médicaments⁶, les enseignements de l'arrêt *Deutscher Apothekerverband* ne pouvaient être transposés comme tels dans cette nouvelle affaire.

³ Du fait que la demande de question préjudicielle étant parvenue à la Cour le 23 mars 2009, l'ancienne numérotation du TCE s'impose. Pour des raisons de facilité, nous faisons ici référence aux articles 34 et 36 TFUE en lieu et place des articles 28 et 30 TCE.

⁴ *Ibidem*, pt. 124.

⁵ C.J.U.E., 2 décembre 2010, *Ker-Optika bt c. ÁNTSZ Dél-dunántúli Regionális Intézet*, aff. C-108/09.

⁶ Quant à la réglementation applicable aux dispositifs médicaux, *cf.* F. ROY, « Les organismes notifiés et les dispositifs médicaux », *R.E.D.C.*, 2009/2-3, p. 595.

Comme la Cour l'a relevé à l'occasion de l'arrêt *LPO*, la commercialisation des lentilles de contact n'est pas une activité commerciale comme les autres et ne peut être envisagée indépendamment des services de santé qui sont prestés au moment de sa survenance⁷. Dans plusieurs États membres, le premier achat de lentilles de contact est conditionné par la production d'une prescription médicale d'un ophtalmologue. Cette intervention médicale est généralement suivie d'autres prestations, notamment celles d'un opticien. Le fait de pouvoir être conseillé par un opticien lors de la mise des verres de contact présente l'avantage d'ajuster ceux-ci en fonction de différents essais. Cette succession d'interventions est notamment destinée à réduire le risque d'inflammation de l'œil, voire de déficiences visuelles durables⁸. C'est la raison pour laquelle les conditions de vente de lentilles de contact sont strictement encadrées, notamment en Hongrie.

Faut-il pour autant interdire de manière aussi absolue la commercialisation de lentilles de contact par internet alors que cette interdiction empêchera des entreprises étrangères disposant d'un personnel qualifié de pouvoir accéder aisément au marché réglementé?

I. – Commercialisation de lentilles de contact par internet et service de la société de l'information

Dans un premier temps, la Cour de justice dut apprécier si l'interdiction litigieuse entrait dans le champ d'application de la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil, du 8 juin 2000, relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (ci-après la «directive sur le commerce électronique»).

Devant la juridiction de renvoi, la société Ker-Optika avait avancé que la commercialisation de lentilles de contact constituait un service de la société de l'information au sens de la «directive sur le commerce électronique»). La société Ker-Optika arguait en outre que l'interdiction qui lui était faite de commercialiser les lentilles par internet était contraire à ladite directive dans la mesure où cette dernière prévoit à son article 4 qu'aucune autorisation préalable ni aucune décision administrative ayant un effet analogue n'est nécessaire pour entreprendre ou exercer une activité de prestation de services de la société de l'information.

L'organe public considérait, en revanche, que la commercialisation des lentilles de contact constituait une activité ne pouvant être réalisée à distance au motif qu'elle était

⁷ C.J.C.E., 25 mai 1993, *LPO*, aff. C-271/92, *Rec.*, p. I-2899, pt. 11.

⁸ Arrêt *Ker-Optika*, pt. 40; conclusions de l'avocat général Mengozzi du 15 juin 2010, pt. 77.

assimilable à une consultation médicale qui requiert un examen physique du patient. Cette activité échapperait au champ d'application de ladite directive.

Pour rappel, la directive sur le commerce électronique ne fait que rapprocher les réglementations nationales, sans pour autant les harmoniser. Dans la mesure où la directive n'a pas pour objet une libéralisation générale du commerce électronique de marchandises, les États membres ne sont pas tenus d'autoriser de manière générale et systématique, pour tout type de marchandises, la vente par internet⁹. Qui plus est, dans la mesure où elle met l'accent sur la notion de «services» et non de «marchandises»¹⁰, la directive sur le commerce électronique ne concerne que «certains» aspects juridiques des services de la société de l'information¹¹.

Le champ d'application de la directive sur le commerce électronique se fait par référence¹² à la directive 98/34¹³, qui définit le «service de la société de l'information» comme «tout service presté normalement contre rémunération, à distance par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services»¹⁴.

À première vue, il n'était guère aisé de qualifier la commercialisation de ce type de marchandises de «service de la société de l'information»¹⁵ au sens de la directive sur le commerce électronique.

La Cour de justice va toutefois opérer la distinction suivante. Tout d'abord, la réglementation des modalités de livraison des lentilles, dans la mesure où elle a trait davantage à une opération physique qu'à une opération électronique¹⁶, est exclue du champ d'application de la directive¹⁷. En revanche, dans la mesure où il est possible de dissocier l'acte de vente des prestations médicales, la Cour de justice a conclu que la réglementation de la vente pas internet relevait en principe du champ d'application de la directive¹⁸.

⁹ Conclusions de l'avocat général Mengozzi du 15 juin 2010, pt. 36.

¹⁰ *Ibidem*, pt. 35.

¹¹ *Ibidem*, pt. 34.

¹² Article 2 (a) de la directive sur le commerce électronique.

¹³ Directive 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil, du 22 juin 1998, prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information (*J.O.*, L 204, p. 37), telle que modifiée par la directive 98/48/CE du Parlement européen et du Conseil, du 20 juillet 1998 (*J.O.*, L 217, p. 18).

¹⁴ Article 1^{er}, point 2, de la directive 98/34.

¹⁵ Quant à la portée de ce concept, voy. l'article 1^{er}, point 2 et le considérant 18 du préambule de la directive.

¹⁶ Conclusions de l'avocat général Mengozzi, précitées, pt. 46.

¹⁷ Arrêt *Ker-Optika*, pts. 29 à 31.

¹⁸ Arrêt *Ker-Optika*, pts. 40 à 42.

II. – Commercialisation de lentilles de contact par internet et libre circulation des marchandises

A. – CHAMP D'APPLICATION DE L'ARTICLE 34 TFUE

1. – Modalités de vente

Dans la mesure où la directive sur le commerce électronique n'était que partiellement applicable à la réglementation hongroise, encore fallait-il s'assurer que la réglementation litigieuse soit conforme aux obligations de droit primaire sur la libre circulation. Le raisonnement de la Cour s'articule en trois temps.

Confrontée à l'application concurrente des dispositions du traité relatives à la libre circulation des services et des marchandises, la Cour dut dans un premier temps trancher la question des règles applicables au litige¹⁹.

Conformément à la jurisprudence *Deutscher Apothekerverband*, la Cour de justice prit le parti d'examiner l'interdiction sous le seul angle de la libre circulation des marchandises²⁰. Aussi, le fait que l'interdiction hongroise, en tant qu'elle concerne l'acte de vente des lentilles par internet, pouvait être assimilée à un «service de la société de l'information»²¹ n'a-t-il pas pour effet d'empêcher la Cour d'aborder l'ensemble de la réglementation litigieuse sous l'angle de la libre circulation des marchandises?

Comme la mesure litigieuse ne prescrivait pas de mesures relatives aux caractéristiques techniques des lentilles, cette dernière constituait une modalité de vente. La Cour de justice dut alors vérifier si les deux conditions découlant de la jurisprudence *Keck et Mithouard*²² étaient en l'espèce remplies. Alors que la première condition était satisfaite étant donné que la réglementation hongroise s'appliquait à tous les opérateurs économiques, la Cour estima par la suite que la mesure litigieuse n'affectait pas de la même manière la commercialisation des lentilles nationales de celles des lentilles étrangères. En effet, la mesure «prive les opérateurs provenant d'autres États membres d'une modalité particulièrement efficace de commercialisation de ces pro-

¹⁹ Lorsqu'une mesure nationale se rattache tant à la libre circulation des marchandises qu'à une autre liberté fondamentale, il est de jurisprudence constante que cette mesure ne soit examinée qu'au regard de l'une de ces deux libertés fondamentales s'il s'avère que l'une de celles-ci est tout à fait secondaire par rapport à l'autre et peut lui être rattachée. Voy., en ce sens, arrêts du 24 mars 1994, *Schindler*, C-275/92, *Rec.*, p. I-1039, pt. 22, ainsi que du 26 mai 2005, *Burmanjer e.a.*, C-20/03, *Rec.*, p. I-4133, pt. 35.

²⁰ Arrêt *Ker-Optika*, pt. 44.

²¹ Arrêt *Ker-Optika*, pt. 40.

²² C.J.C.E., 24 novembre 1993, *Keck et Mithouard*, aff. C-267/91 et C-268/91, *Rec.*, p. I-6097, pts. 16 et 17. Voy. aussi 10 février 2009, *Commission c. Italie*, aff. C-110/05, *Rec.*, p. I-519, pt. 36.

duits et gêne ainsi considérablement l'accès de ces derniers au marché de l'État membre concerné»²³. Aussi la seconde condition ne pouvait-elle être satisfaite. Ceci ne surprendra guère les observateurs avisés car depuis l'arrêt *De Agostini*, la Cour n'a admis que de manière parcimonieuse que les modalités de vente ne discriminent pas indirectement les produits étrangers²⁴.

2. – *Maintien de la jurisprudence Keck*

Aussi voit-on que la Cour n'est pas sur le point d'abandonner la jurisprudence *Keck* comme d'aucuns avaient pu l'imaginer suite à l'arrêt *Commission c. Italie*²⁵. Ceci appelle un mot d'explication.

Jusqu'à l'arrêt *Commission c. Italie*²⁶, la Cour opposait les mesures portant sur les caractéristiques mêmes des produits à celles concernant leurs modalités de vente. Devant statuer sur une catégorie plutôt inédite, les modalités d'utilisation des produits, la Cour avait quelque peu bouleversé cette approche dichotomique en y insérant une troisième catégorie de nature résiduaire. Dans cet arrêt, la Cour distinguait en effet :

- a) «les mesures prises par un État membre qui ont pour objet ou pour effet de traiter moins favorablement des produits en provenance d'autres États membres»;
- b) «des règles relatives aux conditions auxquelles doivent répondre ces marchandises, même si ces règles sont indistinctement applicables à tous les produits»;
- c) «toute autre mesure qui entrave l'accès au marché des États membres des produits originaires d'autres États membres»²⁷.

La seconde catégorie de cette trilogie visait à titre dérogatoire les «modalités de vente» au sens de la jurisprudence *Keck*²⁸, ce qui avait conduit d'aucuns à conclure à l'enterrement de cette jurisprudence²⁹.

²³ Arrêt, pt. 54.

²⁴ Quant au respect de la seconde condition, voy. notamment C.J.C.E., 9 juillet 1997, *De Agostini*, C-34/95, *Rec.*, p. I-3843; 8 mars 2001, *Gourmet International*, C-405/98, *Rec.*, p. I-1795; *Deutscher Apothekerverband*, précité, pt. 75. Sur ces arrêts, voy. P. OLIVER, *Free Movement of Goods in the EU*, 6^e éd., Oxford, Hart, 2010, p. 120.

²⁵ C.J.C.E., 10 février 2009, *Commission c. Italie*, aff. C-110/05, *Rec.*, p. I-519.

²⁶ Voy. notre contribution «L'examen, au regard de l'article 28 CE, des règles nationales régissant les modalités d'utilisation de certains produits», *J.D.E.*, 2009, pp. 247-250.

²⁷ Pts. 35 et 37 de l'arrêt *Commission c. Italie*.

²⁸ Pt. 36 de l'arrêt *Commission c. Italie*.

²⁹ C. BARNARD, «Trailing a new approach to free movement of goods?», *Cambridge Law Journal*, 2009, 290; E. SPAVENTA, «Leaving Keck behind? The free movement of goods after the ruling in *Commission v. Italy and Michelsson and Roos*», *E.L.Rev.*, 2009, n° 34, p. 914.

L'arrêt *Ker-Optika* ne modifie assurément pas cet ordonnancement. Les points 49 et 50 de l'arrêt se réfèrent aux trois catégories de mesures précitées. En ce qui concerne les modalités de vente, la Cour semble estimer qu'elles interviennent à titre dérogatoire de la jurisprudence *Dassonville*, moyennant le respect des deux conditions découlant de la jurisprudence *Keck*³⁰. Aussi l'arrêt commenté confirme-t-il que certaines modalités de vente échappent au champ d'application de l'article 34 TFUE³¹. Cela dit, force est de constater que si les modalités de vente ne disparaissent pas comme telles, elles se trouvent englobées dans une catégorie résiduaire beaucoup plus vaste.

Aussi continuera-t-on à ergoter sur la cohérence de l'approche retenue par la Cour. D'une part, une réglementation sur la vente par internet tombe dans le champ d'application de l'article 34 TFUE à condition de s'avérer discriminatoire et cela quand bien même elle affecte sensiblement l'accès au marché national; d'autre part, une réglementation qui n'a aucun impact sur le marché échappe au test de discrimination au motif qu'elle porte sur les caractéristiques du produit.

3. — Caractère national du litige

Enfin, on mettra ici en exergue que le litige se rattache à une situation qui *a priori* ne comportait aucun élément d'extranéité susceptible de le rattacher au droit de l'Union³². On sait que cette position de principe a été fortement nuancée étant donné que l'article 34 TFUE ne peut pas être écarté par le juge pour la seule raison que tous les éléments de litige sont cantonnés à l'intérieur d'un seul État membre. Dans l'hypothèse où l'application d'une telle mesure nationale favoriserait la commercialisation des marchandises d'origine nationale au détriment des marchandises importées, elle doit être passée au crible de l'article 34 TFUE³³. Aussi, conformément à cette jurisprudence, la Cour de justice a vérifié si l'interdiction hongroise violait l'article 34

³⁰ Pt. 51 de l'arrêt *Ker-Optika*.

³¹ Il nous paraît difficile de souscrire à une «interprétation révolutionnaire» qui condamnerait la présomption de légalité des modalités de vente. Sur ce point, voy. N. RENUY et E. VAN NIEUWENHUYZE, «Arrêt *Ker-Optika* : nouvelle étape dans la jurisprudence sur la libre circulation des marchandises», *J.D.E.*, 2011, p. 36.

³² C.J.U.E., 10 juillet 1980, *Commission c. France*, aff. C-152/78, *Rec.*, p. 2299; 14 décembre 1982, *Waterkeyn*, C-314 à 316/81 et 83/82, *Rec.*, p. 4337; C.J., 18 juillet 1987, *Mathot*, aff. C-98/86, *Rec.*, p. 809; 25 juillet 1987, *Rousseau*, aff. C-168/86, *Rec.*, p. 1000.

³³ C.J.U.E., 25 juillet 1991, *Aragonesa de Publicitat Exterior*, C-1/90 et C-176/90, *Rec.*, p. I-4179; 9 juin 1992, *Delhaize*, C-47/90, *Rec.*, p. I-3669; 7 mai 1997, *Pistre*, C-321 à 324/94, *Rec.*, p. I-2343, pts. 44 et 45. Dans le même sens, la Cour de justice a également étendu la notion de taxe d'effet équivalent à un droit de douane à des taxes appliquant à l'intérieur d'un même État, entre une région de celui-ci et les autres parties de son territoire (C.J.U.E., 14 septembre 1995, *Simitzi*, C-485/93, *Rec.*, p. I-2555).

TFUE dès lors qu'elle estimait que cette dernière est susceptible d'affecter l'importation de lentilles étrangères.

B. – JUSTIFICATION DE LA MESURE LITIGIEUSE
AU TITRE DE L'ARTICLE 36 TFUE

La modalité de vente litigieuse ne pouvant échapper à l'emprise de l'article 34 TFUE, la Cour devait encore vérifier, dans un troisième temps, si l'interdiction hongroise pouvait être justifiée au titre de l'article 36 TFUE. L'importance que la Cour de justice accorde aux mesures prises en vue de protéger la santé publique, sujet qui occupe « le premier rang parmi les intérêts et les biens protégés » par le droit primaire³⁴ avait conduit la Cour dans l'arrêt *Deutscher Apothekerverband* à se montrer clément à l'égard de la réglementation allemande tant que cette dernière se limitait aux médicaments soumis à une prescription médicale³⁵. Pouvait-il en être de même en l'espèce ?

Pour la Cour, la réglementation en cause est apte à atteindre l'objectif de haut niveau de protection de la santé³⁶.

Dans un raisonnement quelque peu alambiqué, la Cour va toutefois contester la nécessité de l'interdiction de commercialiser les lentilles par internet en opérant une dissociation entre, d'une part, la phase préalable de consultation médicale requérant un examen ophtalmologique préventif et, d'autre part, les phases subséquentes liées à la commercialisation des lentilles³⁷. Alors que la première phase de nature médicale paraît indispensable à la réalisation de l'objectif préventif poursuivi, il n'en va pas de même de l'intervention obligatoire d'un opticien dont l'intervention n'est pas indissociablement liée à l'intervention préalable de l'ophtalmologue.

Il en résulte que la commercialisation des lentilles par une entreprise spécialisée n'est pas assimilable à une consultation médicale requérant l'examen physique du patient. En d'autres mots, l'activité liée à la remise des lentilles est susceptible d'être réalisée à distance, le cas échéant, moyennant la production d'une prescription médicale.

La Cour a notamment pris soin de souligner que les clients peuvent être conseillés à distance, avant que le produit ne leur soit livré, d'une « manière équivalente » par les

³⁴ Arrêt *Ker-Optika*, pt. 58. Voy. aussi C.J.U.E., 7 mars 1989, *Schumacher*, aff. 215/87, *Rec.*, p. 617, pt. 17; 16 avril 1991, *Eurim-Pharm*, aff. C-347/89, *Rec.*, p. I-1747, pt. 26; 8 avril 1992, *Commission c. Allemagne*, aff. C-62/90, *Rec.*, p. I-2575, pt. 10; 10 novembre 1994, *Ortscheit*, aff. C-320/93, *Rec.*, p. I-5243, pt. 16; *Deutscher Apothekerverband*, précité, pt. 103; 11 septembre 2008, *Commission c. Allemagne*, aff. C-141/07, *Rec.*, p. I-6935, pt. 46, ainsi que du 19 mai 2009, *Apothekerkammer des Saarlandes e.a.*, aff. C-171/07 et C-172/07, non encore publié au *Rec.*, pt. 19.

³⁵ Arrêt *Deutscher Apothekerverband*, précité, pt. 124.

³⁶ Arrêt *Ker-Optika*, pt. 64.

³⁷ Conclusions de l'avocat général Mengozzi, précitées, pts. 56 et 58.

sociétés commercialisant les lentilles au moyen d'internet³⁸. En effet, il serait possible de substituer aux conseils de l'opticien des «éléments interactifs figurant sur le site Internet du fournisseur»³⁹. Cela dit, la Cour admet que l'État membre peut exiger que «lors de la première livraison des lentilles de contact», l'intervention d'un opticien soit rendue obligatoire en vue notamment «de vérifier le positionnement des lentilles sur les yeux du client» et de prodiguer à ce dernier les conseils pertinents⁴⁰.

Aussi faut-il conclure qu'il est encore possible pour l'État membre de justifier au titre de l'article 36 TFUE une intervention obligatoire d'un opticien au moment de la première livraison, étant entendu que la commercialisation des lentilles de remplacement soit libéralisée. Aussi la détermination d'un niveau de protection sanitaire par l'État membre est-il garanti à un stade post-médical. Au-delà de la première livraison, le contact physique avec le client ne pourra être rendu obligatoire. Encore faudra-t-il que les verres de remplacement soient conformes aux modèles ayant fait leur preuve. Ceci posera inévitablement le problème du contrôle du respect par les sociétés étrangères des prescriptions initiales de l'ophtalmologue, voire des conseils prodigués par l'opticien étant intervenu lors de la première livraison. Qui va assurer ce contrôle? Comment les contrôles seront-ils assurés? À cet égard, la Cour estime qu'il suffit que le client signale au vendeur par internet les instructions qui lui furent données par l'ophtalmologue et l'opticien⁴¹. À cela, la Cour de justice ajoute que rien n'empêche l'État membre d'«imposer aux opérateurs économiques intéressés une obligation de mettre à la disposition du client un opticien qualifié qui fournit à celui-ci, à distance, des informations et des conseils individualisés en matière d'utilisation et d'entretien des lentilles de contact»⁴².

<i>Nature de la prestation</i>	<i>Marge de manœuvre de l'État membre</i>
Examen préventif d'ordre ophtalmologique par un médecin.	Peut être imposé par l'État membre (pt. 66).
Première livraison des lentilles de contact, y compris détermination des verres les plus appropriés, vérification de leur positionnement et premiers conseils quant à leur utilisation.	Peut être soumise à certaines restrictions. L'État membre peut imposer le recours obligatoire à un opticien (pts. 70 et 71).

³⁸ Arrêt, pt. 69.

³⁹ Arrêt *Ker-Optika*, pt. 72.

⁴⁰ Arrêt *Ker-Optika*, pts. 70 et 71. On observera que la Cour avait préalablement insisté sur le fait que les contrôles postérieurs du placement des lentilles relevait en principe d'un contrôle ophtalmologique de type médical. Voy. pt. 39 de l'arrêt.

⁴¹ Arrêt *Ker-Optika*, pt. 71.

⁴² Arrêt *Ker-Optika*, pt. 73.

<i>Nature de la prestation</i>	<i>Marge de manœuvre de l'État membre</i>
Conseils en matière d'utilisation et d'entretien des lentilles.	L'État membre peut imposer des conseils individualisés à distance (pt. 74).
Conseils entourant l'utilisation prolongée des lentilles.	Peuvent être prodigués par un site Internet actif (pt. 72).
Renouvellement des lentilles.	L'État membre ne peut imposer un recours obligatoire à un opticien (pt. 68).

Conclusions

Manifestement, la Cour a essayé de ménager l'équilibre entre l'ouverture des marchés dans le domaine des lentilles de contact et le souci d'encadrer la livraison dans un premier temps de ce type de produits par un personnel qualifié, ce qui requiert un contact physique avec le client. On est en droit de se demander si l'adoption d'une directive harmonisant ce type de commerce en précisant les droits des États membres ne ferait pas mieux l'affaire que le raisonnement contorsionné de la juridiction suprême de l'Union. En effet, le droit dérivé est mieux à même de limiter le risque de cacophonie résultant de la liberté de choisir son niveau de protection sanitaire.