FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
YVES BOT
fremsat den 31. januar 2008 [1]

1. Nærværende præjudicielle sag vedrører de italienske lovbestemmelser om reklame for lægegerning og private etablissementer inden for sundhedssektoren. I henhold til disse bestemmelser er tv-reklamer på nationale tv-kanaler for medicinsk-kirurgiske behandlinger i private klinikker inden for sundhedssektoren forbudt. En sådan reklame er imidlertid tilladt på lokale tv-kanaler og via andre kommunikationsmidler på betingelse af, at der dels foreligger en tilladelse fra vedkommende lokale myndighed, uden at betingelserne for en sådan tilladelse præciseres, dels at de med den nævnte reklame forbundne omkostninger ikke overstiger 5% af den for det foregående år angivne indkomst.

2. Den forelæggende ret ønsker oplyst, om det i denne lovbestemmelse indholdte forbud mod reklame på nationale tv-kanaler for medicinsk-kirurgiske behandlinger i private klinikker inden for sundhedssektoren er foreneligt med fællesskabsretten, når denne reklame, på visse betingelser, er tilladt på lokale tv-kanaler.

3. Af nærværende forslag til afgørelse vil det fremgå, at dette forbud mod reklame på nationale tv-kanaler udgør en hindring for etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser.

4. Det vil ligeledes fremgå, at selv om en medlemsstat ganske vist lovligt kan pålægge hindringer for udøvelsen af disse friheder med henblik på at beskytte en legitim interesse såsom den offentlige sundhed, skal den pågældende foranstaltning være egnet til at sikre virkeliggørelsen af dette mål og må ikke gå videre end, hvad der er nødvendigt for at nå det. Det skal bemærkes, at fra det øjeblik hvor tv-reklamer for medicinsk-kirurgiske behandlinger i private klinikker inden for sundhedssektoren under visse betingelser tillades på lokale tv-kanaler, opfylder forbuddet mod reklame på nationale tv-kanaler ikke proportionalitetsprincippet og er derfor ikke foreneligt med fællesskabsretten.

1 — Originalsprog: fransk.

I — Retforskrifter

A — *Fællesskabsretten*

1. EF-traktaten

5. Artikel 43, stk. 1, EF forbyder restriktioner, som hindrer statsborgere i en medlemsstat i frit at etablere sig på en anden medlemsstats område. Ifølge artikel 43, stk. 2, EF indebærer etableringsfriheden adgang til at optage og udøve selvstændig erhvervsvirksomhed samt til at oprette og lede virksomheder.

6. I artikel 49, stk. 1, EF forbydes restriktioner, der hindrer fri udveksling af tjenesteydelser inden for Fællesskabet for så vidt angår statsborgere i medlemsstaterne, der er bosat i et andet af Fællesskabets lande end modtageren af den pågældende ydelse.

7. I henhold til artikel 48 EF og 55 EF gælder de rettigheder, der er indført ved artikel 43 EF og 49 EF, ligeledes for selskaber, som er oprettet i overensstemmelse med en medlemsstats lovgivning, og hvis vedtægtsmæssige hjemsted, hovedkontor eller hovedvirksomhed er beliggende inden for Fællesskabet.

8. I henhold til artikel 47, stk. 3, EF og i medfør af artikel 55 EF forudsætter en ophævelse af restriktioner i strid med artikel 43 EF og 49 EF for så vidt angår udøvelsen af lægegerning eller lignende virksomhed eller af farmaceutisk virksomhed en samordning af betingelserne for udøvelsen af disse erhverv. Imidlertid har Rådet for Den Europæiske Union og Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber anerkendt, at den umiddelbare anvendelighed af artikel 43 EF og 49 EF, der blev fastslået i henholdsvis Reyners-dommen [2] og i van Binsbergen-dommen [3], at regne fra den 1. januar 1970, dvs. datoen for udløbet af overgangsperioden, ligeledes gælder erhverv i sundhedssektoren [4]. Endvidere har lægegerningen eller lignende virksomhed eller farmaceutisk virksomhed været genstand for harmoniseringsdirektiver [5].

9. Ifølge artikel 46, stk. 1, EF og artikel 55 EF er artikel 43 EF og 49 EF ikke til hinder for restriktioner, som er begrundet i hensynet til den offentlige sundhed.

2 — Dom af 21.6.1974, sag 2/74, Sml. s. 631.

3 — Dom af 3.12.1974, sag 33/74, Sml. s. 1299.

4 — Det anføres i første betragtning til Rådets direktiv 75/362/EØF af 16.6.1975 om gensidig anerkendelse af eksamensbeviser, certifikater og andre kvalifikationsbeviser for læger omfattende foranstaltninger, som skal lette den faktiske udøvelse af retten til etablering og fri udveksling af tjenesteydelser (EFT L 167, s. 1), at i henhold til traktaten er enhver diskriminerende behandling på området for etablering og tjenesteydelser, som skyldes nationalitet, forbudt fra overgangsperiodens udløb.

5 — Hvad angår lægegerningen, jf. Rådets direktiv 75/362 og direktiv 75/363/EØF af 16.6.1975 om samordning af de administrativt eller ved lov fastsatte bestemmelser om virksomhed som læge (EFT L 167, s. 14). Disse direktiver er ophævet og erstattet af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2005/36/EF af 7.9.2005 om anerkendelse af erhvervsmæssige kvalifikationer (EUT L 255, s. 22).

2. Afledt ret

10. Fællesskabslovgiver har ved direktiv 89/552/EØF [6] samordnet de nationale bestemmelser om fjernsynsreklame.

11. Begrebet »fjernsynsreklame« defineres i artikel 1, litra c), i direktiv 89/552 som »enhver meddelelse i en hvilken som helst form, som udsendes enten mod vederlag eller anden modydelse eller med selvpromoverende formål af en offentlig eller privat virksomhed i forbindelse med handel, industri, håndværk eller liberale erhverv for at fremme afsætning mod betaling af varer eller tjenesteydelser, herunder fast ejendom, rettigheder og forpligtelser«.

12. I henhold til det pågældende direktivs artikel 12, litra d), må fjernsynsreklamer ikke tilskynde til adfærd, der kan være til skade for sundheden eller for sikkerheden.

13. I det pågældende direktivs artikel 14, stk. 1, bestemmes, at »fjernsynsreklamer for lægemidler og medicinsk behandling, der er receptpligtige i den medlemsstat, under hvis myndighed tv-radiospredningsorganet hører, forbydes«. I samme artikel, stk. 2 bestemmes, at teleshopping vedrørende medicinsk behandling er forbudt.

14. I samme direktivs artikel 3, stk. 1, bestemmes, at medlemsstaterne for så vidt angår de tv-radiospredningsorganer, som hører under deres myndighed, kan indføre strengere eller mere detaljerede bestemmelser på de områder, der er omfattet af dette direktiv.

B — *Nationale bestemmelser*

15. I Italien reguleres reklame for udøvelse af lægegerningen og private klinikker ved lov nr. 175 af 5. februar 1992 [7], som ændret først ved lov nr. 42 af 26. februar 1999 [8], dernæst ved lov nr. 362 af 14. oktober 1999 [9], og endelig ved lov nr. 112 af 3. maj 2004 [10] (herefter »loven af 1992«).

6 — Rådets direktiv 89/552/EØF af 3.10.1989 om samordning af visse love og administrative bestemmelser i medlemsstaterne vedrørende udøvelse af tv-radiospredningsvirksomhed (EFT L 298, s. 23), som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/36/EF af 30.6.1997 (EFT L 202, s. 60, herefter »direktiv 89/552«).

7 — GURI nr. 50 af 29.2.1992, s. 4.

8 — GURI nr. 50 af 2.3.1999, s. 4.

9 — GURI nr. 247 af 20.10.1999, s. 3.

10 — Almindeligt tillæg til GURI nr. 82 af 5.5.2004.

16. De bestemmelser i loven af 1992, der er relevante for den foreliggende sag, er følgende:

»*Artikel 1*

1. Reklame for udøvelse af erhverv og hjælpefunktioner i sundhedssektoren som omhandlet i og reguleret ved gældende lovgivning er kun tilladt i form af navneskilte på den bygning, hvor erhvervsvirksomheden udøves, samt ved optagelse i telefonbøger, på faggruppens almindelige lister og via tidsskrifter, der udelukkende er bestemt for personer, der virker i sundhedssektoren, via dagblade og oplysende tidsskrifter og lokale radio- og tv-stationer.

2. Navneskilte og annoncer som omhandlet i stk. 1 må udelukkende indeholde følgende oplysninger:

a) efternavn, fornavn, adresse, telefonnummer og eventuel erhvervsadresse, besøgs- eller åbningstider

b) kvalifikationer, akademiske titler, speciallægetitel og speciale uden brug af forkortelser, der kan virke vildledende

c) hædersbeviser tildelt eller anerkendt af staten.

3. Anvendelsen af speciallægetitlen er forbeholdt dem, der har opnået det tilsvarende eksamensbevis i henhold til gældende bestemmelser. Der må ikke anvendes betegnelser, herunder speciallægetitler, opnået i udlandet, medmindre de er anerkendt af staten.

4. En læge, der ikke er speciallæge, kan nævne sit særlige specialområde ved at anvende udtryk, der gengiver den officielle betegnelse og således ikke vildleder og giver anledning til at antage, at denne er speciallæge […]

5. Bestemmelserne i denne artikel gælder ligeledes for lægesammenslutninger og betegnelser påstemplet receptblokken hos kirurger, odontologer, tandteknikere og dyrlæger og på visitkort, der anvendes af dem, der udøver øvrige erhverv nævnt under stk. 1.

Artikel 2

1. Reklame i form af skilte og annoncer som nævnt i artikel 1 kræver, at der indhentes tilladelse hos borgmesteren, der giver denne efter godkendelse fra den faglige organisation eller det faglige råd, som ansøgeren er indskrevet under. […]

2. For at opnå en kommunal tilladelse skal den erhvervsdrivende indgive sin ansøgning til den relevante faglige organisation og vedlægge en detaljeret beskrivelse af annoncens type, udseende og indhold. Den faglige organisation videresender ansøgningen til borgmesteren og vedlægger sin godkendelse inden for en frist på 30 dage at regne fra indgivelsen af ansøgningen.

3. For at give sin godkendelse skal den faglige organisation eller det faglige råd undersøge, om bestemmelserne i artikel 1 er overholdt, og at navneskiltets, skiltets eller annoncens æstetiske kendetegn som omhandlet i artikel 4 er i overensstemmelse med betingelserne i en særlig bekendtgørelse fra det italienske sundhedsministerium, efter høring af det øverste sundhedsråd og, i givet fald, faglige organisationer eller råd, der udtaler sig inden for en frist på 90 dage at regne fra indgivelsen af ansøgningen.

3 *a*. De tilladelser, der er omhandlet i stk. 1, skal kun fornyes, såfremt der sker ændringer i reklamens oprindelige ordlyd.

[…]

Artikel 4

1. Reklame for privatklinikker og praksis og poliklinikker, der er specialiseret på et eller flere områder, for hvilke der ifølge loven kræves autorisation, er tilladt ved hjælp af navneskilte eller skiltning på den bygning, hvor erhvervsaktiviteten udøves, samt ved optagelse i telefonbøger og på faggruppens almindelige lister, gennem tidsskrifter, som udelukkende er bestemt for personer, der virker i sundhedssektoren, via dagblade og informative tidsskrifter og lokale radio- og tv-stationer, med mulighed for at anføre de særlige medicinsk-kirurgiske aktiviteter og de diagnostiske og terapeutiske tjenesteydelser, der faktisk ydes, på betingelse af, at også fornavn, efternavn og faglige kvalifikationer for de ansvarlige for hvert specialeområde anføres.

2. I alle tilfælde er det obligatorisk at anføre fornavn, efternavn og titel på den læge, der er ansvarlig for den lægelige ledelse.

[…]

Artikel 5

1. Reklame som omhandlet i artikel 4 tillades af regionen efter høring af de regionale sammenslutninger af faglige organisationer eller råd, såfremt de er oprettet, som skal bekræfte besiddelsen og gyldigheden af de akademiske og videnskabelige kvalifikationer, samt at navneskiltets, skiltets eller annoncens æstetiske kendetegn er i overensstemmelse med betingelserne i artikel 2, stk. 3.

[…]

3. Bestemmelserne i den regionale tilladelse skal anføres i de i denne artikel nævnte reklamer.

4. De ejere og ledere i sundhedssektoren, som er ansvarlige for de i artikel 4 nævnte etablissementer, og som reklamerer i de tilladte former, men uden regional tilladelse, pålægges disciplinære sanktioner i form af irettesættelse eller suspension fra udøvelsen af deres erhverv i sundhedssektoren […]

5. Når reklamen indeholder urigtig information om de aktiviteter eller tjenesteydelser, som etablissementet har tilladelse til at udføre, eller ikke nævner etablissementets lægelige leder, suspenderes den administrative tilladelse til udøvelsen af aktiviteten i sundhedssektoren for en periode fra seks måneder til et år.

[…]

Artikel 9 a

Udøvere af erhverv i sundhedssektoren som omhandlet i artikel 1 samt de etablissementer i sundhedssektoren, der er nævnt i artikel 4, kan reklamere på de i denne lov fastsatte måder og inden for et udgiftsloft på 5% af den indkomst, der er angivet for det foregående år.«

17. Den forelæggende ret har ligeledes nævnt lov nr. 248 af 4. august 2006 om ophøjelse til lov med ændringer af lovdekret nr. 223 af 4. juli 2006 om hasteforanstaltninger til økonomisk og social genopretning, begrænsning og rationalisering af offentlige udgifter samt foranstaltninger vedrørende indtægter og bekæmpelse af skatteunddragelse [11], som blev

11 — Almindeligt tillæg til GURI nr. 183 af 11.8.2006.

vedtaget efter tidspunktet for omstændighederne i tvisten i hovedsagen.

18. Denne lovs artikel 2 har følgende ordlyd:

»1. I overensstemmelse med det fællesskabsretlige princip om fri konkurrence og om fri bevægelighed for personer og tjenesteydelser, og for at sikre brugerne en faktisk valgmulighed ved udøvelsen af deres rettigheder og en mulighed for at sammenligne de tjenesteydelser, der tilbydes på markedet, ophæves fra datoen for dette dekrets ikrafttræden de ved lov og administrativt fastsatte bestemmelser, som med hensyn til de liberale erhverv og intellektuel virksomhed fastsætter:

[…]

b) forbud, også delvis, mod informativ reklame vedrørende faglige kvalificationer og specialer, den tilbudte tjenesteydelses kendetegn samt tjenesteydelsernes pris og samlede omkostninger efter kriterier om gennemsigtighed og reklameringens sandfærdighed, hvis overholdelse kontrolleres af den faglige sammenslutning

[…]

2. Dette gælder med forbehold af bestemmelserne om udøvelse af erhverv inden for den nationale sundhedstjeneste, eller som kontraktmæssigt er forbundet hermed samt eventuelle forud fastsatte maksimumtariffer, som finder generel anvendelse til beskyttelse af forbrugeren […]«

II — Faktiske omstændigheder

19. Anmodningen om præjudiciel afgørelse er fremsat som følge af en tvist mellem Corporación Dermoestética SA [12], en spansk virksomhed, der beskæftiger sig med kosmetiske behandlinger samt medicinske og kirurgiske aktiviteter, og reklamebureauet To Me Group Advertising Media Srl [13].

20. I 2003 påbegyndte Dermoestética virksomhed i Italien, hvor den åbnede 24 kosmetiske centre og 21 medicinske centre i 23 byer.

21. Den 10. oktober 2005 indgik Dermoestética en aftale med Advertising Media, hvorefter sidstnævnte skulle sende fem fjernsynsreklamer i løbet af udsendelsen »Verissimo«,

12 — Herefter »Dermoestética«.
13 — Herefter »Advertising Media«.

på den italienske nationale tv-kanal Canale 5 i den bedste sendetid. Den aftalte pris var 46 000 EUR uden afgift, hvortil kom et gebyr til reklamebureauet på 4 000 EUR.

22. Efter at have modtaget et forskud på 2 000 EUR meddelte Advertising Media Dermoestética, at udsendelsen af reklamerne på de nationale tv-kanaler var umulig på grund af gældende italiensk lovgivning. Den foreslog, at den mod betaling af en højere pris end den aftalte kunne finde sendetid på de lokale kanaler.

23. Dermoestética anmodede om tilbagebetaling af forskuddet på 2 000 EUR. Da Advertising Media afslog dette, anlagde Dermoestética sag mod denne ved Giudice di pace di Genova (Italien) med påstand om, at Advertising Media tilpligtedes at tilbagebetale det nævnte forskud.

24. Cliniche Futura Srl, et af Dermoestéticas datterselskaber i Genova, hvor den omtvistede aftale er indgået, har ved denne ret anmodet om at intervenere i sagen og gør gældende, at den italienske lovgivning om tv-reklame for lægelig virksomhed udgør en hindring for etableringsfriheden fastsat i artikel 43 EF.

III — De præjudicielle spørgsmål

25. Giudice di pace di Genova har besluttet at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Er en national ordning som ordningen i artikel 4, 5 og 9a i [loven af 1992] og decreto ministeriale nr. 657 af 16. september 1994 og/eller administrativ praksis, som forbyder reklame på nationalt tv for medicinsk-kirurgiske behandlinger i dertil behørigt anerkendte private etablissementer inden for sundhedssektoren, også når denne reklame er tilladt på lokale tv-kanaler, og som samtidig fastsætter et udgiftsloft på 5% af den for det foregående år angivne indkomst for udsendelse af denne reklame, forenelig med artikel 49 EF?

2) Er en national ordning som ordningen i artikel 4, 5 og 9a i [loven af 1992] og decreto ministeriale nr. 657 af 16. september 1994 og/eller administrativ praksis, som forbyder reklame på nationalt tv for medicinsk-kirurgiske behandlinger i dertil behørigt anerkendte private etablissementer inden for sundhedssektoren, også når denne reklame er tilladt på lokale tv-kanaler, og som samtidig for sidstnævnte form for udsendelse kræver en forudgående

tilladelse fra hver kommune efter høring af vedkommende faglige sammenslutning i den pågældende provins, og som fastsætter et udgiftsloft på 5% af den for det foregående år angivne indkomst, forenelig med artikel 43 EF?

3) Er artikel 43 EF og/eller artikel 49 EF til hinder for, at der til udsendelse af informativ reklame for medicinsk-kirurgiske kosmetiske behandlinger i dertil behørigt anerkendte private etablissementer inden for sundhedssektoren kræves en yderligere forudgående tilladelse fra de lokale myndigheder og/eller faglige sammenslutninger?

4) Har Federazione nazionale degli ordini dei medici (FNOMCEO) (den nationale føderation af lægesammenslutninger) og de lægesammenslutninger, der er medlemmer deraf, pålagt konkurrencen begrænsninger, som går videre, end hvad der er tilladt efter gældende national lovgivning, og tilsidesat artikel 81, stk. 1, EF ved at vedtage en adfærdskodeks, som begrænser reklame for erhverv inden for sundhedssektoren, samt ved en fortolkning af gældende lovgivning om reklame på det medicinske område, som begrænser lægers ret til at gøre reklame for deres virksomhed meget betydeligt, idet disse foranstaltninger begge er bindende for alle læger?

5) Er FNOMCEO's fortolkningspraksis i strid med artikel 3, stk. 1, litra g), EF, artikel 4 EF, 98 EF, 10 EF, 81 EF, og eventuelt 86 EF, for så vidt som den er tilladt efter national lovgivning, der kræver, at de kompetente faglige sammenslutninger i provinserne skal kontrollere, at lægers reklamer er gennemsigtige og sandfærdige, men som ikke nævner, hvilke kriterier og fremgangsmåder der gælder for udøvelse af denne kompetence?«

IV — Bedømmelse

A — *Om genstanden for og formaliteten med hensyn til de præjudicielle spørgsmål*

26. De af den forelæggende ret stillede spørgsmål kan inddeles i to grupper. Den første gruppe består af første, andet og tredje spørgsmål. Med disse tre spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, hvorvidt loven af 1992 er forenelig med artikel 43 EF og 49 EF, for så vidt som den nationale lovgivning forbyder tv-reklame på nationale tv-kanaler for medicinsk-kirurgiske kosmetiske behandlinger.

27. Den anden gruppe spørgsmål omfatter fjerde og femte spørgsmål. Disse to spørgsmål vedrører en af FNOMCEO vedtaget adfærdskodeks samt den måde, hvorpå foreningen anvender denne kodeks. Med spørgsmålene ønskes en vurdering af, om nævnte kodeks og fortolkningen heraf er i overensstemmelse med flere traktatbestemmelser, navnlig artikel 81 EF, der forbyder aftaler mellem virksomheder, der er uforenelige med fællesmarkedet.

28. Den italienske regering gør gældende, at ingen af de stillede spørgsmål kan antages til realitetsbehandling med den begrundelse, at den forelæggende ret ikke har taget hensyn til, at de ved lov og administrativt fastsatte bestemmelser, der forbyder informativ reklame for liberale og intellektuelle erhverv, blev ophævet ved lovdekret nr. 223 af 4. juli 2006 [14].

29. Regeringen gør ligeledes gældende, at det tredje, fjerde og femte spørgsmål ikke har relevans for afgørelsen af tvisten i hovedsagen, eftersom den manglende opfyldelse af aftalen indgået mellem Dermoestética og Advertising Media skyldes sidstnævntes stillingtagen og ikke tv-selskabet Canale 5's afvisning af at sende reklamen.

30. Kommissionen mener, at den første gruppe af spørgsmål kan antages til realitetsbehandling. Derimod er den i tvivl om, hvorvidt den anden gruppe af spørgsmål kan antages til realitetsbehandling.

31. Jeg deler Kommissionens opfattelse hvad angår spørgsmålet om, hvorvidt de to grupper af spørgsmål kan antages til realitetsbehandling.

32. Indledningsvis bemærkes, at i henhold til fast retspraksis tilkommer det, inden for rammerne af en præjudiciel procedure, udelukkende den nationale ret, som tvisten er indbragt for, og som har ansvaret for den retsafgørelse, der skal træffes, på grundlag af omstændighederne i den konkrete sag at vurdere, såvel om en præjudiciel afgørelse er nødvendig for, at den kan afsige dom, som relevansen af de spørgsmål, den forelægger Domstolen. Når de stillede spørgsmål vedrører fortolkningen af fællesskabsretten, er Domstolen derfor principielt forpligtet til at træffe afgørelse [15].

33. Det er udelukkende i de tilfælde, hvor det klart fremgår, at den af den nationale ret ønskede fortolkning eller vurdering af en fællesskabsbestemmelses gyldighed savner enhver forbindelse med realiteten i hovedsagen eller dennes genstand, og Domstolen ikke råder over de faktiske og retlige oplysninger, som er nødvendige for, at den kan foretage en saglig korrekt besvarelse af de stillede spørgsmål, at disse ikke kan antages til realitetsbehandling [16].

14 — GURI nr. 153 af 4.7.2006, s. 4, herefter »lovdekret nr. 223/2006«.

15 — Jf. dom af 21.1.2003, sag C-318/00, Bacardi-Martini og Cellier des Dauphins, Sml. I, s. 905, præmis 41 og den deri nævnte retspraksis.

16 — Ibidem, præmis 42 og den deri nævnte retspraksis.

34. Inden for rammerne af den i artikel 234 EF omhandlede samarbejdsprocedure mellem retsinstanser er Domstolens og den forelæggende rets funktioner endvidere klart adskilte, og det tilkommer udelukkende sidstnævnte at fortolke den nationale lovgivning [17].

35. På baggrund af disse betragtninger synes den første gruppe spørgsmål at kunne antages til realitetsbehandling. Det tilkommer den forelæggende ret, og ikke regeringen i den medlemsstat, som denne ret henhører under, at vurdere konsekvenserne af lovdekret nr. 223 af 4. juli 2006 for afgørelsen af tvisten i hovedsagen [18]. Ved at forelægge Domstolen denne anmodning om præjudiciel afgørelse tilkendegiver Giudice di pace di Genova, at den er af den opfattelse, at det pågældende lovdekret, hvorfra den i øvrigt citerer artikel 12, ikke anfægter anvendelsen af loven af 1992 i den tvist, den er forelagt. Det tilkommer ikke Domstolen at anfægte denne vurdering.

36. Den italienske regerings argument, hvorefter det nævnte lovdekret skulle have ophævet bestemmelserne i loven af 1992, der forbød reklame, samt samtlige de ved lov og administrativt fastsatte bestemmelser, der forbyder informativ reklame for liberale og intellektuelle erhverv, kan således ikke fastholdes og bevirke, at den første gruppe spørgsmål er uden genstand.

37. Endvidere er spørgsmålet om, hvorvidt de omtvistede bestemmelser i loven af 1992 er forenelige med artikel 43 EF og 49 EF, ikke åbenlyst uden relevans for afgørelsen af tvisten i hovedsagen.

38. Såfremt disse eller en af disse artikler måtte fortolkes således, at de er til hinder for bestemmelserne om forbud mod tv-reklame, som indført ved lov af 1992, skal den nationale ret se bort fra sådanne bestemmelser, i overensstemmelse med retspraksis om umiddelbart anvendelige fællesskabsbestemmelsers forrang [19].

39. Derimod er jeg enig med Kommissionen i dens tvivl om, hvorvidt den anden gruppe spørgsmål kan antages til realitetsbehandling.

40. Formålet med denne gruppe spørgsmål er at vurdere, om fællesskabsretten er til hinder for en adfærdskodeks, der er vedtaget af en lægesammenslutning, samt den praksis, denne gruppe har fulgt under anvendelse heraf. Den forelæggende ret har imidlertid ikke fremlagt oplysninger om kodeksens indhold eller praksis. Den har heller ikke forklaret, hvorledes Domstolens undersøgelse af adfærdskodeksen og den nævnte praksis skulle være relevant for afgørelsen af tvisten i hovedsagen.

17 — Jf. dom af 17.6.1999, sag C-295/97, Piaggio, Sml. I, s. 3735, præmis 29 og den deri nævnte retspraksis.

18 — Dom af 13.11. 2003, sag C-153/02, Neri, Sml. I, s. 13555, præmis 35.

19 — Dom af 9.3.1978, sag 106/77, Simmenthal, Sml. s. 629, præmis 21.

41. Denne manglende relevans kan synes åbenbar, henset til, at det i henhold til den forelæggende rets oplysninger ikke var muligt for Advertising Media at opfylde sine kontraktmæssige forpligtelser på grund af loven af 1992, idet denne forbød al tv-reklame på nationale tv-kanaler for medicinsk-kirurgiske behandlinger i private klinikker inden for sundhedssektoren, og ikke som følge af anvendelsen af den pågældende kodeks, der var vedtaget af FNOMCEO, samt den heraf følgende praksis.

42. Derfor vil jeg forelå Domstolen at fastholde, at fjerde og femte spørgsmål ikke er relevante for afgørelsen af tvisten i hovedsagen og derfor ikke bør antages til realitetsbehandling.

B — *De tre første præjudicielle spørgsmål*

43. Med det første, andet og tredje præjudicielle spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om loven af 1992, for så vidt som den forbyder tv-reklame på nationale tv-kanaler for medicinsk-kirurgiske kosmetiske behandlinger i private klinikker inden for sundhedssektoren, mens sådan reklame, på visse betingelser, er tilladt på lokale tv-kanaler, er forenelig med artikel 43 EF og 49 EF.

44. I det omfang tv-reklame for medicinske behandlinger er genstand for harmonisering i direktiv 89/552, skal det undersøges, om foreneligheden af de omtvistede bestemmelser i loven af 1992 skal vurderes i lyset af det pågældende direktiv eller i lyset af traktatens bestemmelser om fri bevægelighed.

1. De relevante fællesskabsbestemmelser

45. Artikel 14, stk. 1, i direktiv 89/552 forbyder udtrykkeligt fjernsynsreklamer for lægemidler og medicinsk behandling, der er receptpligtige i den medlemsstat, under hvis myndighed tv-radiospredningsorganet henhører.

46. Det skal derfor vurderes, om loven af 1992, for så vidt som den forbyder reklame på nationale tv-kanaler for medicinsk-kirurgiske kosmetiske behandlinger i private etablissementer, svarer til en gennemførelse af artikel 14, stk. 1, i direktiv 89/552.

47. Det pågældende direktiv definerer ikke nærmere de medicinske behandlinger, der er omfattet at forbuddet mod tv-reklame nævnt i dets artikel 14, stk. 1.

48. Under retsmødet pegede Kommissionen på, at begrebet »medicinske behandlinger« som nævnt i den pågældende artikel, skulle fortolkes analogt med begrebet »lægemidler, der er receptpligtige«. Det pågældende begreb svarer således til de handlinger, der foretages af en læge, når denne udfører en behandling efter anmodning fra en anden læge. Kosmetisk kirurgi omfatter f.eks. operationer, der skal udbedre følgerne af en ulykke eller medfødte misdannelser. Derimod omfatter begrebet ikke operationer, der udføres alene på patientens foranledning.

49. Den nederlandske regering gør gældende, at alle medicinske behandlinger kræver tilstedeværelse af en læge, hvorfor formuleringen »der er receptpligtige« ikke tilføjer noget til begrebet medicinske behandlinger. Denne regering gør ligeledes gældende, at medlemsstaterne kan vedtage strengere foranstaltninger end dem, der er fastsat i artikel 14 i direktiv 89/552.

50. I modsætning til den nederlandske regering mener jeg, at formuleringen »der er receptpligtig« er relevant med henblik på at fastsætte omfanget af forbuddet i artikel 14, stk. 1, i direktiv 89/552. Endvidere mener jeg ikke, at receptkriteriet skal fortolkes således, som Kommissionen foreslår.

51. En fortolkning, hvorefter kosmetisk kirurgiske behandlinger er omfattet af artikel 14, stk. 1, i direktiv 89/552, afhængig af, om sådanne indgreb er foretaget efter henvisning fra en anden læge eller på patientens egen foranledning, gør det ikke muligt i alle tilfælde på forhånd at afgøre, om en given behandling er omfattet af forbuddet i den pågældende artikel eller ej. Et kirurgisk indgreb såsom ændring af næse eller bryster kan ske efter henvisning fra en læge for at udbedre følgerne af en ulykke eller sygdom. Men indgrebet kan også være foretaget udelukkende på patientens anmodning, fordi denne, af rent kosmetiske grunde, ønsker at ændre sit ansigt eller en del af kroppen, og i dette tilfælde består lægens opgave i at undersøge, om dette indgreb er forsvarligt, henset til patientens helbred.

52. Receptkriteriet, således som det er fremført af Kommissionen, gør det ikke muligt at gennemføre forbuddet i artikel 14, stk. 1, i direktiv 89/552 korrekt. Gennemførelsen af dette forbud kræver, at man på forhånd er klar over, hvilke typer af medicinske behandlinger der ikke må reklameres for på tv. Begrebet »medicinske behandlinger« i den i artikel 14, stk. 1, i det pågældende direktiv omhandlede betydning, samt begrebet »lægemidler« i samme artikel, bør efter min opfattelse fortolkes således, at det omfatter behandlinger, der som sådan er udelukket fra enhver form for tv-reklame. En afgrænsning af den pågældende artikels anvendelsesområde kræver således, at receptkriteriet gives en anden fortolkning.

53. Når der i artikel 14, stk. 1, i direktiv 89/552 kun nævnes de lægemidler og medicinske behandlinger, der er tilgængelige ved recept eller efter henvisning fra en læge, har fællesskabslovgiver efter min opfattelse ønsket at begrænse forbuddet mod tv-reklame til lægemidler og medicinske behandlinger, der ifølge lovgivningen i den pågældende medlemsstat kun kan udskrives/henvises til af en læge. Det drejer sig således om lægemidler og medicinske behandlinger, der ikke kan overlades til patientens eller forbrugerens eget skøn.

54. Denne analyse bekræftes af 30. betragtning til direktiv 89/552, hvorefter det, ifølge den franske udgave, ligeledes er nødvendigt at forbyde alle fjernsynsreklamer for lægemidler og medicinsk behandling, der er receptpligtige i de medlemsstater, under hvis myndighed tv-radiospredningsorganet hører.

55. Analysen bekræftes ligeledes ved de bevæggrunde, der ligger til grund for et sådant forbud. Forbuddet mod reklame for lægemidler og medicinske behandlinger indeholdt i artikel 14, stk. 1, i direktiv 89/552 nævnes efter forbuddet mod alle former for reklamer for cigaretter og andre tobaksvarer, fastsat i det pågældende direktivs artikel 13, og nævnes før bestemmelserne om fjernsynsreklamer for alkoholholdige drikkevarer i direktivets artikel 15. Formålet med samtlige disse bestemmelser er at beskytte den offentlige sundhed.

56. Forbuddet mod fjernsynsreklamer for lægemidler og medicinske behandlinger, der er receptpligtige, skyldes, at medicinen kun skal tages og behandlingen kun udføres, såfremt en læge finder det nødvendigt, og udelukkende med henblik på helbredelse og på de af lægen fastsatte vilkår. Fællesskabslovgivers hensigt har således været at forbyde handlinger, der kunne fremme købet af sådanne lægemidler og behandlinger, der, såfremt de ikke er strengt nødvendige og ikke indtages eller udføres i henhold til lægens anvisninger, kan bringe forbrugerens sundhed i fare.

57. Det kan efter min opfattelse udledes heraf, at fællesskabslovgiver har ønsket at begrænse forbuddet mod fjernsynsreklame til medicinsk behandling, der kun kan udføres efter henvisning fra en læge. Det følger heraf, at såfremt en medicinsk behandling udføres udelukkende på en patients anmodning, hvilket inden for kosmetisk kirurgi og ifølge italiensk lovgivning er muligt for så vidt angår næse- eller brystoperationer, mener jeg ikke, at den er omfattet af anvendelsesområdet for artikel 14, stk. 1, i direktiv 89/552.

58. Forbuddet mod fjernsynsreklame i loven af 1992 er således mere omfattende end forbuddet i direktiv 89/552. Loven af 1992 forbyder reklame på nationale tv-kanaler for udøvelse af erhverv og hjælpefunktioner i sundhedssektoren samt for privatklinikker. Ifølge den forelæggende rets første, andet og tredje spørgsmål har loven nærmere bestemt til formål at forbyde enhver reklame på nationale tv-kanaler for medicinsk-kirurgiske kosmetiske behandlinger i dertil behørigt

anerkendte private etablissementer, selv om ikke alle sådanne behandlinger, som nævnt ovenfor, udelukkende kan foretages efter henvisning fra en læge i den i artikel 14, stk. 1, i direktiv 89/552 omhandlede forstand.

59. Den omstændighed, at bestemmelserne i loven af 1992 indfører et mere omfattende forbud mod fjernsynsreklame end forbuddet i direktiv 89/552, bevirker imidlertid ikke, at de nævnte bestemmelser er i strid med fællesskabsretten.

60. Som den nederlandske regering har fremhævet, giver det pågældende direktivs artikel 3, stk. 1, medlemsstaterne mulighed for at indføre strengere eller mere detaljerede bestemmelser på de områder, der er omfattet af dette direktiv. Denne bestemmelse er blevet fortolket således, at den finder anvendelse på samtlige bestemmelser i direktivets kapitel IV [20], hvori artikel 14, stk. 1, indgår. Medlemsstaterne har derfor ret til at indføre strengere foranstaltninger end dem, der er fastsat i den pågældende artikel, for så vidt angår fjernsynsreklame for lægemidler og medicinske behandlinger.

61. Det skal imidlertid påpeges, at medlemsstaterne under udøvelsen af beføjelsen til at indføre mere detaljerede eller strengere foranstaltninger på de områder, som er omfattet af denne residualbeføjelse, ikke må hindre den frie bevægelighed. Det fremgår af fast retspraksis, at når der ikke er foretaget en harmonisering af en erhvervsmæssig virksomhed, har medlemsstaterne i princippet fortsat kompetence til at fastsætte betingelserne for adgangen til eller udøvelsen af denne virksomhed, men er forpligtede til at udøve deres kompetence på dette område under iagttagelse af de grundlæggende friheder, som er sikret ved traktaten [21].

62. Det er derfor i lyset af den frie bevægelighed, indført ved traktaten, at det skal undersøges, om de omtvistede bestemmelser i loven af 1992 er forenelige med fællesskabsretten.

63. Den foreliggende ret finder, at i lyset af omstændighederne i tvisten i hovedsagen skal denne vurdering foretages både med hensyn til etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser. Jeg deler dette synspunkt.

64. Tvisten i hovedsagen skyldes manglende opfyldelse af den aftale, som Dermoestética, et spansk selskab, havde indgået med Advertising Media med henblik på udsendelse af fjernsynsreklamer på en italiensk tv-kanal.

20 — Dom af 9.2.1995, sag C-412/93, Leclerc-Siplec, Sml. I, s. 179, præmis 37-44.

21 — Dom af 11.7.2002, sag C-294/00, Gräbner, Sml. I, s. 6515, præmis 26 og den deri nævnte retspraksis.

65. Eftersom formålet med indgåelsen af reklameaftalen med Advertising Media var at fremme Dermoestéticas aktiviteter i Italien via dets datterselskaber, synes Dermoestética i retlig henseende at være omfattet af artikel 43 EF, sammenholdt med artikel 48 EF [22].

66. Dermoestética synes ligeledes at være modtager af de tjenesteydelser, der er bestilt hos Advertising Media, og selskabet kan i egenskab heraf påberåbe sig bestemmelserne i artikel 49 EF [23].

67. Jeg er tilbøjelig til at mene, at det centrale spørgsmål i den foreliggende sag vedrører etableringsfriheden, henset til det af Dermoestética forfulgte mål med aftalen indgået med Advertising Media og virkningerne af loven af 1992 på konkurrencen. Eftersom den forelæggende ret ligeledes stiller spørgsmål om anvendelsesområdet for bestemmelserne om fri udveksling af tjenesteydelser, og eftersom Domstolen i Gourmet International Products-sagen [24] har undersøgt en lovgivning om reklame for alkoholholdige drikkevarer ikke blot ud fra traktatbestemmelserne om de frie varebevægelser, men ligeledes henset til artikel 49 EF, vil jeg kort analysere fortolkningen af denne artikel.

22 — Jf. i denne retning dom af 17.10.2002, sag C-79/01, Payroll m.fl., Sml. I, s. 8923, præmis 25.

23 — Dom af 31.1.1984, forenede sager 286/82 og 26/83, Luisi og Carbone, Sml. s. 377, præmis 10.

24 — Dom af 8.3.2001, sag C-405/98, Sml. I, s. 1795.

68. Med det første, andet og tredje spørgsmål ønsker den forelæggende ret således nærmere bestemt oplyst, om artikel 43 EF og 49 EF, sammenholdt med artikel 48 EF og 55 EF, skal fortolkes således, at de er til hinder for en medlemsstats lovgivning, som forbyder reklame på nationale tv-kanaler for medicinsk-kirurgiske kosmetiske behandlinger i dertil behørigt anerkendte private etablissementer inden for sundhedssektoren, mens en sådan reklame under visse betingelser er tilladt på lokale tv-kanaler.

69. Dette spørgsmål bør efter min opfattelse besvares bekræftende. For det første fordi et sådant forbud mod reklame hindrer etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser i den i artikel 43 EF og 49 EF omhandlede forstand. For det andet fordi dette forbud ikke synes begrundet, da reklamen under visse omstændigheder er tilladt på lokale tv-kanaler. Jeg vil derfor undersøge begge disse punkter.

2. Forekomsten af en hindring

70. Etableringsfriheden indført ved artikel 43 EF og 48 EF giver selskaber, som er oprettet i overensstemmelse med en medlemsstats lovgivning, adgang til at optage selvstændig erhvervsvirksomhed i en anden medlemsstat og udøve denne virksomhed permanent på de samme vilkår som de selskaber, der har deres hjemsted i denne medlemsstat. Artikel

43 EF foreskriver således, at diskriminerende foranstaltninger skal ophæves.

71. I henhold til Domstolens praksis skal alle foranstaltninger, som forbyder, medfører ulemper for eller gør udøvelsen af denne frihed mindre interessant, betragtes som begrænsninger af etableringsfriheden i den i den pågældende artikel omhandlede forstand [25]. Blandt disse foranstaltninger optræder dem, som, selv om de anvendes uden forskel, påvirker udøvelsen af det pågældende erhverv, og som har til virkning, at en erhvervsdrivende fratages en effektiv konkurrencemulighed for at trænge ind på et marked [26].

72. Domstolen har fastslået, at dette f.eks. var tilfældet med et forbud mod, at kreditinstitutter forrenter indlån på anfordringskonti [27]. Domstolen anlagde samme holdning i forbindelse med den frie udveksling af tjenesteydelser vedrørende en ordning, hvorefter advokater ikke måtte fravige mindstesalærer fastsat i en tarif [28]. Disse foranstaltninger blev fundet ugunstige for udenlandske erhvervsdrivende, eftersom de fratog dem et middel til at konkurrere mere effektivt med de advokater, som allerede var etableret i værtsmedlemsstaten [29].

73. Det er således virkningerne for adgangen til markedet, der gør det muligt at klassificere disse foranstaltninger som hindringer i artikel 43 EF og 49 EF's forstand. Foranstaltningerne udgør hindringer for den frie bevægelighed, idet de ved at hindre nye erhvervsdrivendes adgang til det pågældende marked, objektivt set udgør hindringer for den frie bevægelighed. Foranstaltninger, hvorefter nye erhvervsdrivendes adgang til marked forbydes eller vanskeliggøres, skaber en stivhed på det pågældende marked og modvirker således den frie bevægelighed og frie konkurrence, hvorpå fællesmarkedet er baseret.

74. Kreditinstitutters forrentning af indlån på anfordringskonti samt fri fastsættelse af tariffer er således blevet anset for at være legitime konkurrencemidler, der er nødvendige for at få adgang til markedet i værtsmed-

25 — Dom af 5.10.2004, sag C-442/02, CaixaBank France, Sml. I, s. 8961, præmis 11 og den deri nævnte retspraksis.

26 — Ibidem, præmis 12.

27 — Ibidem.

28 — Dom af 5.12. 2006, forenede sager C-94/04 og C-202/04, Cipolla m.fl., Sml. I, s. 11421, præmis 58 og 59.

29 — CaixaBank France-dommen (præmis 13) og Cipolla-dommen (præmis 59). Således fastslog Domstolen i CaixaBank France-dommen, at når et kreditinstitut, der er datterselskab af et udenlandsk selskab, forsøger at komme ind på markedet i en medlemsstat, er en af de mest effektive metoder således at konkurrere på rentesatsen for indlån på anfordringskonti. Forbuddet vanskeliggør derfor sådanne kreditinstitutters markedsadgang (præmis 14). Tilsvarende fastslog Domstolen i Cipolla-dommen, at forbuddet fratager de advokater, der har hjemsted i en anden medlemsstat end Den Italienske Republik, muligheden for ved fastsættelse af lavere salærer end dem, der er fastsat i tariffen, at konkurrere mere effektivt med de advokater, som er fast etableret i den pågældende medlemsstat og derfor råder over bedre faciliteter end udenlandske advokater med henblik på at tiltrække et klientel (præmis 59).

lemsstaten. Denne analyse bør overføres til retten til at gøre reklame.

75. Reklamens betydning for at få adgang til et marked er allerede blevet understreget af Domstolen i forbindelse med de frie varebevægelser.

76. På dette område analyseres de nationale bestemmelser om reklame som former for salg i henhold til den retspraksis, der udledes af Keck og Mithouard-dommen [30], således at de ikke udgør hindringer i artikel 28 EF's forstand, forudsat at de finder anvendelse på alle de berørte erhvervsdrivende, der udøver virksomhed i indlandet, og forudsat at bestemmelserne såvel retligt som faktisk påvirker afsætningen af indenlandsk fremstillede varer og varer hidrørende fra andre medlemsstater på samme måde [31].

77. I De Agostini og TV-Shop-dommen [32] udtalte Domstolen, at det ikke kunne udelukkes, at et fuldstændigt forbud, som gælder i en medlemsstat mod en form for salgsfremmende foranstaltning for en vare, som lovligt sælges i medlemsstaten, i højere grad har indvirkning på varer hidrørende fra andre medlemsstater.

78. I Gourmet International Products-dommen udtalte Domstolen sig om en lovgivning med forbud mod enhver udsendelse af reklamemeddelelser for alkoholholdige drikkevarer over for forbrugerne, bortset fra mindre betydningsfulde undtagelser. Domstolen udtalte, at et sådant reklameforbud må anses for i højere grad at påvirke afsætningen af varer med oprindelse i andre medlemsstater end indenlandske varer og dermed for at udgøre en hindring for samhandelen mellem medlemsstaterne, omfattet af anvendelsesområdet for artikel 28 EF [33].

79. Domstolen baserede denne vurdering på den betragtning, at når der er tale om varer som alkoholholdige drikkevarer, hvis indtagelse er knyttet til samfundsmæssige traditioner samt til skik og brug og lokale sædvaner, kan et forbud mod enhver reklame over for forbrugerne gennem annoncer i pressen og i radio og tv, ved uopfordret direkte tilsendelse af reklamemateriale eller ved udendørs reklame, medføre større ulemper for adgangen til markedet for varer med oprindelse i andre medlemsstater end for indenlandske varer, som forbrugerne umiddelbart kender bedre [34].

80. I Douwe Egberts-dommen [35] nåede Domstolen til samme konklusion som i ovennævnte dom i Gourmet International

30 — Dom af 24.11.1993, forenede sager C-267/91 og C-268/91, Sml. I, s. 6097.

31 — Leclerc-Siplec-dommen, præmis 21-23.

32 — Dom af 9.7.1997, forenede sager C-34/95 — C-36/95, Sml. I, s. 3843, præmis 42.

33 — Gourmet International Products-dommen, præmis 25.

34 — Ibidem, præmis 21.

35 — Dom af 15.7. 2004, sag C-239/02, Sml. I, s. 7007, præmis 53.

Products-sagen vedrørende et absolut forbud mod reklame for en vares egenskaber, indeholdt i en national lov, der forbød, at der i reklame for levnedsmidler anvendtes angivelserne slankning og lægelige anbefalinger, attester, erklæringer eller råd eller godkendelser.

81. En national lovgivning, der i væsentlig grad begrænser brugen af reklame for en vare, kan således forhindre, at varen får adgang til markedet. Denne analyse synes at kunne overføres til tjenesteydelser.

82. Reklamen synes at være de erhvervsdrivendes vigtigste instrument til at informere forbrugerne om deres eksistens og deres aktiviteter. Reklamen spiller derfor en afgørende rolle for en virksomheds mulighed for at etablere sig i en ny medlemsstat og udvikle sin virksomhed dér. Reklamen er også det middel, som de erhvervsdrivende anvender til at overbevise forbrugerne om at købe netop deres tjenester og ikke konkurrenternes. Reklamen kan således få forbrugerne til at bryde deres vaner, hvorfor reklamen fremmer konkurrencen.

83. Reklamens vigtighed hvad angår de liberale erhverv er ligeledes fremhævet af Kommissionen i dennes rapport om konkurrencen inden for de liberale erhverv [36]. Ifølge denne rapport kan reklame, og især sammenlignende reklame, være et væsentligt konkurrenceinstrument for nye virksomheder, der trænger ind på markedet [37].

84. Som generaladvokat Jacobs påpegede i sit forslag til afgørelse i Leclerc-Siplec-dommen, vil foranstaltninger, som forbyder eller alvorligt begrænser muligheden for at gøre reklame, således normalt uundgåeligt beskytte indenlandske producenter, der allerede er på markedet, og vanskeliggøre markedsadgangen for udenlandske virksomheder. Den frie adgang til at benytte reklame synes derfor at være en logisk følge af den frie bevægelighed fastsat i traktaten [38].

85. Formålet med denne analyse er ikke at dokumentere, at ethvert forbud mod eller en større begrænsning af at gøre reklame nødvendigvis er i strid med fællesskabsretten. Den frie bevægelighed kan være genstand for begrænsninger fra medlemsstaternes side. Sådanne begrænsninger skal imidlertid begrundes i et legitimt behov, såsom beskyttelsen af den offentlige orden, den offentlige sikkerhed eller den offentlige sundhed, eller ud fra tvingende almene hensyn.

86. Formålet er blot at fremhæve, at henset til reklamens betydning for gennemførelsen

36 — KOM(2004) 83 endelig.

37 — Punkt 43.

38 — Punkt 21 og 22.

af fællesmarkedet udgør et forbud mod eller en betydelig begrænsning af at gøre reklame i princippet en begrænsning af den frie bevægelighed, som er sikret ved traktaten, hvilket kun er foreneligt med fællesskabsretten, såfremt forbuddet eller begrænsningen er begrundet.

87. Selskabet Dermoestética, der er part i sagen ved den nationale ret, driver virksomhed inden for kosmetisk pleje. Selskabet har åbnet skønhedsklinikker i flere italienske byer og skal derfor skabe sig en kundekreds og med dette for øje gøres kendt for offentligheden.

88. Fjernsynet er et informationsmiddel, der når ud til et bredt publikum. Via fjernsynet kan en virksomhed på meget effektiv vis gøre sine produkter og tjenester kendt i en hel medlemsstat. Interessen hos erhvervsdrivende for dette kommunikationsmiddel har i øvrigt fået fællesskabslovgiver til i direktiv 89/552 at fastsætte nogle minimumsregler og -normer, der skal overholdes i forbindelse med fjernsynsreklame for at beskytte forbrugerne mod overdreven brug heraf, ud over de forpligtelser, der er nævnt i andre tekster i afledt ret om reklame i almindelighed [39] eller reklame for bestemte varegrupper, såsom tobak eller lægemidler.

89. Forbuddet mod at reklamere på nationale tv-kanaler, som fastsat i loven af 1992, hindrer således en virksomhed som Dermoestética i at anvende et særligt effektivt informationsmiddel til at gøre den italienske offentlighed bekendt med de medicinsk-kirurgiske kosmetiske behandlinger, som virksomhedens mange forretningssteder i Italien tilbyder. Dette forbud udgør derfor efter min opfattelse en begrænsning af etableringsfriheden.

90. Denne vurdering synes bekræftet af, at virkningerne af dette forbud for en virksomhed, der har sit hjemsted i en anden medlemsstat, hverken kompenseres eller mindskes ved muligheden af i Italien, jævnfør loven af 1992, at gøre reklame på lokale tv-kanaler eller via andre kommunikationsmidler.

39 — Rådets direktiv 84/450/EØF af 10.9.1984 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes love og administrative bestemmelser om vildledende reklame (EFT L 250, s. 17). Dette blev ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/55/EF af 6.10.1997 (EFT L 290, s. 18) for at medtage sammenlignende reklame og ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2005/29/EF af 11.5.2005 om virksomheders urimelige handelspraksis over for forbrugerne på det indre marked og om ændring af Rådets direktiv 84/450/EØF og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/7/EF, 98/27/EF og 2002/65/EF og Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 2006/2004 (direktivet om urimelig handelspraksis) (EUT L 149, s. 22). Direktiv 84/450, som ændret, blev ophævet og erstattet med Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/114/EF af 12.12.2006 om vildledende og sammenlignende reklame (EUT L 376, s. 21).

91. Denne mulighed er underkastet to betingelser, der for en udenlandsk virksomhed, der ønsker at etablere sig i Italien, ubestrideligt begrænser mulighederne herfor. Den første betingelse er, at der fra de kompetente lokale administrative myndigheder skal opnås en tilladelse.

92. For at sende en reklame i hele Den Italienske Republik via de lokale tv-kanaler skal et selskab som Dermoestética indgive lige så mange ansøgninger, som der er lokale myndigheder, hvilket forekommer åbenbart mere kompliceret og bekosteligt. Desuden fremgår det af de oplysninger, den forelæggende ret har givet, at den italienske lovgivning ikke fastlægger betingelserne for at opnå denne tilladelse, hvorfor disse betingelser kan variere fra region til region, og at det ikke er let for en erhvervsdrivende som Dermoestética at få kendskab til betingelserne på forhånd.

93. Den anden betingelse er, at udgifterne for denne reklame ikke må overstige 5% af den for det foregående år angivne indkomst.

94. Som Kommissionen har påpeget, udgør denne betingelse ligeledes en hindring for, at virksomheder med hjemsted i en anden medlemsstat kan etablere sig i Italien, da den begrænser deres mulighed for at bruge så mange penge, som de finder nødvendigt med henblik på at udbrede kendskabet til deres tjenester. Ved at fastsætte et procentuelt udgiftsloft, der er baseret på resultaterne fra det foregående år, skaber den pågældende lovgivning desuden en »flerledseffekt«, idet en begrænsning af reklamen fører til et dårligere resultat for virksomheden, og dette dårligere resultat udgør grundlaget for det beløb, der må anvendes til reklame. Den uklare betydning af begrebet angivne indkomst udgør endvidere en yderligere vanskelighed for en udenlandsk virksomhed.

95. Endelig fremgår det af tvisten i hovedsagen, at Dermoestética ikke anser den mulighed i loven af 1992 for, under forudsætning af at de to betingelser i artikel 5 og 9a er opfyldt, at reklamere på de lokale tv-kanaler og via andre kommunikationsmidler, som en tilfredsstillende løsning, der opvejer det forhold, at det ikke er muligt at reklamere på nationale tv-kanaler.

96. Eftersom loven af 1992 forbyder enhver reklame på nationale tv-kanaler for medicinsk-kirurgiske kosmetiske behandlinger i dertil behørigt anerkendte private etablissementer, udgør den en hindring for etableringsfriheden.

97. De pågældende bestemmelser kan ligeledes opfattes som en restriktion for den frie udveksling af grænseoverskridende tjenesteydelser i artikel 49 EF's forstand.

98. Da det i henhold til loven af 1992 er forbudt for Advertising Media samt

de nationale tv-kanaler at reklamere for Dermoestéticas italienske datterselskaber, hindres Dermoestética i at drage fordel af disses tjenester. Et sådant forbud mod reklame påvirker således grænseoverskridende tjenester vedrørende fjernsynsreklamer [40], selv om det finder anvendelse uden forskel på private etablissementer inden for sundhedssektoren, der drives af italienske selskaber, og dem, der drives af selskaber, der har hjemsted i andre medlemsstater.

3. Manglende begrundelse

99. Den italienske regering påberåber sig ingen grund, der kan retfærdiggøre begrænsningerne i de undersøgte bestemmelser i loven af 1992. Derimod har den stiltiende erkendt, at disse begrænsninger er uforenelige med fællesskabsretten, eftersom den gør gældende, at de pågældende bestemmelser er blevet ophævet ved lovdekret nr. 223/2006, der i henhold til dekretets artikel 2 blev vedtaget i overensstemmelse med principperne om fri konkurrence for at sikre brugerne en reel valgmulighed takket være adgangen til at sammenligne de tjenesteydelser, der tilbydes på markedet.

100. Advertising Media gør gældende, at de omtvistede begrænsninger er begrundet i tvingende almene hensyn såsom beskyttelse af den offentlige sundhed.

101. Beskyttelsen af den offentlighed sundhed er ganske vist en af de grunde, der efter artikel 46 EF og 55 EF kan begrunde en begrænsning af etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser. Domstolen har i denne forbindelse fastslået, at menneskers liv og helbred indtager den vigtigste plads blandt de hensyn, der er beskyttet i henhold til traktatbestemmelserne om mulige undtagelser til forbuddet mod begrænsninger af den frie bevægelighed [41]. Beskyttelsen af den offentlige sundhed figurerer endvidere blandt de tvingende almene hensyn, der kan begrunde restriktioner mod udøvelsen af den traktatsikrede frie bevægelighed.

102. I det omfang reklame for medicinsk-kirurgiske kosmetiske behandlinger ikke er omfattet af fælles eller harmoniserede regler på fællesskabsplan, tilkommer det medlemsstaterne at afgøre, på hvilket niveau de vil sikre beskyttelsen af den offentlige sundhed, og hvorledes de vil nå deres mål [42].

103. I mit forslag til afgørelse fremsat den 22. november 2007 i Doulamis-sagen (sag C-446/05), der verserer for Domstolen, anførte jeg, at beskyttelsen af den offentlige sundhed kunne udgøre en gyldig begrundelse for at forbyde personer inden for sundhedsplejen såsom dem, der yder tandpleje, at gøre andet end ren informativ reklame. Jeg baserede mit synspunkt på den omstændighed, at behandlingsydelser ikke kan sammenlignes

40 — Jf. i denne retning Gourmet International Products-dommen, præmis 39, samt dom af 13.7.2004, sag C-262/02, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 6569, præmis 26.

41 — Dom af 10.11.1994, sag C-320/93, Ortscheit, Sml. I, s. 5243, præmis 16.

42 — Ibidem.

med de øvrige tjenesteydelser, for så vidt som de har virkning for modtagerens fysiske integritet og psykiske ligevægt. Jeg henviste ligeledes til den omstændighed, at sundhedsområdet udgør et af de områder, hvor forskellen i niveauet for tjenesteudbyderens og modtageren af tjenesteydelsernes kundskab er størst, således at sidstnævnte ikke er i stand til reelt at vurdere kvaliteten af den tjenesteydelse, han køber.

104. Disse overvejelser kan udstrækkes til også at gælde for området for kosmetiske behandlinger, når disse ikke begrænser sig til tjenesteydelser inden for velvære såsom afslappende massage eller hårfjerning, men har karakter af egentlige kirurgiske indgreb, såsom ændringer af dele af ansigtet eller kroppen.

105. Selv om sådanne kirurgiske indgreb kan udføres på patientens anmodning, uden at der foreligger et terapeutisk behov, mener jeg, at en medlemsstat, henset til de risici, der er forbundet med en sådan operation og de eventuelle psykiske følger heraf, lovligt kan foreskrive begrænsninger hvad angår den reklame, der rettes til offentligheden. Det er derfor fuldt berettiget, at en medlemsstat forbyder eller regulerer reklamevirksomhed, hvis formål er at opfordre folk til at få foretaget ændringer af deres ansigt eller anatomi.

106. Det må imidlertid fordres, at de foranstaltninger der vedtages herom, er egnede til at sikre virkeliggørelsen af det formål, de forfølger, og ikke går ud over, hvad der er nødvendigt for at opnå dette [43].

107. Formålet med et forbud mod reklame på nationale tv-kanaler for medicinsk-kirurgisk kosmetiske behandlinger er at begrænse reklamen for sådanne behandlinger i forhold til offentligheden og således beskytte den offentlige sundhed. Når reklamen på visse vilkår tillades på lokale tv-kanaler, kan et forbud mod al reklame på nationale tv-kanaler imidlertid ikke anses for at være forholdsmæssigt.

108. Hvis den italienske lovgiver mener, at bestemmelserne vedrørende en sådan reklame på lokale tv-kanaler er egnede til at beskytte den offentlige sundhed, er det vanskeligt at forstå, hvorfor sådanne bestemmelser ikke også kan anvendes på reklamer på nationale tv-kanaler. Der er intet, der giver anledning til at antage, at beskyttelsen af tv-seerne skal være mindre, når de ser lokalt tv.

43 — Jf. i denne retning dom af 25.7.1991, forenede sager C-1/90 og C-176/90, Aragonesa de Publicidad Exterior og Publivía, Sml. I, s. 4151, præmis 16.

109. Som Kommissionen fremhæver, er loven af 1992 inkonsekvent, da den italienske lovgiver, hvis denne virkelig havde til hensigt at beskytte tv-seernes sundhed ved at forbyde tv-reklame for medicinsk-kirurgisk kosmetiske behandlinger, burde have udstrakt dette forbud til også at gælde for de lokale tv-kanaler.

110. I denne henseende indebærer loven af 1992 samme indre konflikt som den pågældende italienske lovgivning i sagen Payroll m.fl.

111. Den pågældende lovgivning pålagde virksomheder med mindre end 250 ansatte, som vil overlade udarbejdelse og trykning af lønsedler til eksterne databehandlingscentre, kun at gøre brug af de databehandlingscentre, der er oprettet og udelukkende består af personer, der er optaget i registrene over visse erhverv i Italien. Den pågældende lovgivning blev anset for at udgøre en hindring af etableringsfriheden for selskaber, hvis hjemsted ligger i en anden medlemsstat, og som ønsker at etablere sig på det italienske marked for dér at tilbyde edb-tjenester vedrørende lønberegning og udarbejdelse og trykning af lønsedler.

112. Den italienske regering gjorde gældende, at denne hindring var begrundet i hensynet til beskyttelse af arbejdstagernes rettigheder. Domstolen fastslog i denne henseende, at ifølge den pågældende italienske lovgivning kan databehandlingscentre, som ikke er oprettet og udelukkende består af arbejdsmarkedskonsulenter eller hermed ligestillede personer, tilbyde tjenesteydelser vedrørende udarbejdelse og trykning af lønsedler til virksomheder med mere end 250 ansatte, som ikke i denne henseende synes at burde nyde en ringere beskyttelse end dem, der arbejder for virksomheder med færre ansatte. Domstolen udledte heraf, at da de omhandlede opgaver ikke synes mindre komplicerede, når antallet af berørte lønmodtagere stiger, går den omtvistede bestemmelse under alle omstændigheder ud over, hvad der er nødvendigt for at opnå dens beskyttelsesformål [44].

113. Forbuddet mod enhver form for reklame på nationale tv-kanaler for medicinsk-kirurgisk kosmetiske behandlinger synes således at gå ud over, hvad der er nødvendigt for at beskytte den offentlige sundhed. Denne vurdering bekræftes ligeledes af den omstændighed, at forbuddet kun, som den italienske regering oplyste under retsmødet, rammer private etablissementer inden for sundhedssektoren.

114. Følgelig er artikel 43 EF og 49 EF, sammenholdt med artikel 48 EF og 55 EF, til hinder for en medlemsstats lovgivning, som forbyder reklame på nationale tv-kanaler for medicinsk-kirurgiske kosmetiske behandlinger i dertil behørigt anerkendte private etablissementer inden for sundhedssektoren, mens en sådan reklame, på visse betingelser, er tilladt på lokale tv-kanaler.

44 — Dommen i sagen Payroll m.fl., præmis 37.

V — Forslag til afgørelse

115. I lyset af det ovenstående foreslår jeg derfor Domstolen at besvare de af Giudice di pace di Genova forelagte spørgsmål således:

»Artikel 43 EF og 49 EF, sammenholdt med artikel 48 EF og 55 EF, skal fortolkes således, at de er til hinder for en medlemsstats lovgivning, som forbyder reklame på nationale tv-kanaler for medicinsk-kirurgiske kosmetiske behandlinger i dertil behørigt anerkendte private etablissementer inden for sundhedssektoren, mens en sådan reklame, på visse betingelser, er tilladt på lokale tv-kanaler.«