FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT YVES BOT

föredraget den 31 januari 2008 [1]

1. Begäran om förhandsavgörande i förevarande mål avser bestämmelserna i italiensk lagstiftning om reklam för medicinska yrkesutövare och privata kliniker. Enligt de aktuella bestämmelserna är reklam för medicinska och kirurgiska estetiska behandlingar som utförs vid privata vårdinrättningar förbjuden på nationella TV-kanaler. Sådan reklam är emellertid tillåten på lokala TV-kanaler och via andra kommunikationsmedel på villkor dels att tillstånd erhålls från den behöriga lokala myndigheten, dock utan att villkoren för erhållande av tillståndet har reglerats, dels att kostnaden för den aktuella reklamen inte överstiger fem procent av de deklarerade intäkterna för föregående år.

2. Den hänskjutande domstolen vill få klarhet i huruvida det i denna lagstiftning föreskrivna förbudet mot reklam på nationella TV-kanaler för medicinska och kirurgiska estetiska behandlingar som utförs vid privata vårdinrättningar är förenligt med gemenskapsrätten, när sådan reklam på vissa villkor är tillåten på lokala TV-kanaler.

3. I detta förslag till avgörande kommer jag att förklara att förbudet mot sådan reklam på nationella TV-kanaler utgör en inskränkning av etableringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster.

4. Jag kommer också att förklara att även om en medlemsstat får föreskriva inskränkningar i utövandet av dessa friheter, i syfte att skydda ett berättigat intresse såsom folkhälsan, måste den aktuella åtgärden emellertid vara ägnad att uppnå detta mål och får inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå målet. Jag kommer att förklara att eftersom reklam för medicinska och kirurgiska estetiska behandlingar som utförs vid privata vårdinrättningar på vissa villkor är tillåten på lokala TV-kanaler, uppfyller förbudet mot samma reklam på nationella TV-kanaler inte kravet på proportionalitet och är således inte förenligt med gemenskapsrätten.

1 — Originalspråk: franska.

I — Tillämpliga bestämmelser

A — *Gemenskapsrätten*

1. EG-fördraget

5. Enligt artikel 43 första stycket EG skall inskränkningar för medborgare i en medlemsstat att fritt etablera sig på en annan medlemsstats territorium förbjudas. Enligt artikel 43 andra stycket EG skall etableringsfriheten innefatta rätt att starta och utöva verksamhet som egenföretagare samt rätt att bilda och driva företag.

6. Enligt artikel 49 första stycket EG skall inskränkningar i friheten att tillhandahålla tjänster inom gemenskapen förbjudas beträffande medborgare i medlemsstater som har etablerat sig i ett annat land inom gemenskapen än mottagaren av tjänsten.

7. Enligt artiklarna 48 EG och 55 EG skall de rättigheter som skapats genom artiklarna 43 EG och 49 EG även gälla bolag som bildats i överensstämmelse med en medlemsstats lagstiftning och som har sitt säte, sitt huvudkontor eller sin huvudsakliga verksamhet inom gemenskapen.

8. Enligt artikel 47.3 EG och genom tillämpning av artikel 55 EG förutsätter avvecklingen av inskränkningar som strider mot artiklarna 43 EG och 49 EG, när det gäller läkaryrket, liknande yrken och farmaceutiska yrken, en samordning av villkoren för att få utöva dessa yrken. Europeiska unionens råd och Europeiska gemenskapernas kommission har emellertid angett att den direkta effekten av artiklarna 43 EG och 49 EG – vilken har erkänts i domen i målet Reyners [2] respektive i målet Van Binsbergen, [3] från och med den 1 januari 1970, som var den sista dagen i övergångsperioden – även gäller vårdyrken [4]. Avseende verksamheten som läkare, liknande verksamhet och farmaceutisk verksamhet har dessutom samordningsdirektiv antagits. [5]

9. Enligt artiklarna 46.1 EG och 55 EG utgör artiklarna 43 EG och 49 EG inte hinder för inskränkningar som grundas på hänsyn till folkhälsan.

2 — Dom av den 21 juni 1974 i mål 2/74, Reyners (REG 1974, s. 631; svensk specialutgåva, volym 2, s. 309).

3 — Dom av den 3 december 1974 i mål 33/74, van Binsbergen (REG 1974, s. 1299; svensk specialutgåva, volym 2, s. 379).

4 — I första skälet i rådets direktiv 75/362/EEG av den 16 juni 1975 om ömsesidigt erkännande av utbildnings-, examens- och andra behörighetsbevis för läkare inklusive åtgärder för att underlätta det faktiska utövandet av etableringsrätten och friheten att tillhandahålla tjänster (EGT L 167, s. 1) anges att genom tillämpning av fördraget är all särbehandling som grundar sig på nationalitet när det gäller etablering och tillhandahållande av tjänster förbjuden från och med övergångsperiodens utgång.

5 — Se, vad gäller läkaryrket, rådets direktiv 75/362 och 75/363/EEG av den 16 juni 1975 om samordning av bestämmelserna i lagar och andra författningar om verksamhet som läkare (EGT L 167, s. 14). De direktiv som antagits inom detta område har upphävts och ersatts av Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/36/EG av den 7 september 2005 om erkännande av yrkeskvalifikationer (EUT L 255, s. 22).

2. Sekundärrätt

10. Gemenskapslagstiftaren har inom ramen för direktiv 89/552/EEG [6] samordnat medlemsländernas nationella bestämmelser om TV-reklam.

11. I artikel 1 c i direktiv 89/552 definieras TV-reklam som ”varje form av sänt meddelande antingen mot betalning eller mot liknande ersättning eller sändning för egenreklam, som utförs av ett offentligt eller privat företag i samband med handel, affärsverksamhet, hantverk eller yrke i avsikt att främja tillhandahållande mot betalning av varor eller tjänster, inklusive fast egendom, eller rättigheter och förpliktelser”.

12. Enligt artikel 12 d i ovannämnda direktiv får TV-reklam och köp-TV inte uppmuntra ett beteende som är skadligt för hälsa eller säkerhet.

13. Enligt artikel 14.1 i samma direktiv ”skall [TV-reklam för medicinska produkter och medicinsk behandling] vara förbjuden, om produkterna eller behandlingarna är tillgängliga endast efter ordination i den medlemsstat till vars jurisdiktion programföretaget hör”. Enligt punkt 2 i samma artikel skall köp-TV för bland annat medicinsk behandling vara förbjudet.

14. Enligt artikel 3.1 i samma direktiv skall medlemsstaterna ha frihet att föreskriva att TV-programföretagen inom deras jurisdiktion skall följa mer detaljerade eller striktare regler inom de områden som omfattas av direktivet.

B — *Den nationella rätten*

15. I Italien regleras reklam för medicinska yrkesutövare och privata kliniker genom lag nr 175 av den 5 februari 1992, [7] vars lydelse först ändrades genom lag nr 42 av den 26 februari 1999, [8] därefter genom lag nr 362 av den 14 oktober 1999 [9] och slutligen genom lag nr 112 av den 3 maj 2004 [10] (nedan kallad 1992 års lag).

6 — Rådets direktiv 89/552/EEG av den 3 oktober 1989 om samordning av vissa bestämmelser som fastställts i medlemsstaternas lagar och andra författningar om utförandet av sändningsverksamhet för television (EGT L 298, s. 23; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 3), i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 97/36/EG av den 30 juni 1997 (EGT L 202, s. 60) (nedan kallat direktiv 89/552).

7 — GURI nr 50 av den 29 februari 1992, s. 4.

8 — GURI nr 50 av den 2 mars 1999, s. 4.

9 — GURI nr 247 av den 20 oktober 1999, s. 3.

10 — Ordinarie tillägg till GURI nr 82 av den 5 maj 2004.

16. Följande bestämmelser i 1992 års lag är relevanta i det här förfarandet.

”*Artikel 1*

1. Reklam för utövande av medicinska yrken och de vårdyrken som anges och regleras i gällande lag får ske endast genom uppsättande av skyltar på de byggnader i vilka yrkesverksamheten bedrivs samt genom annonser i telefonkataloger, allmänna branschkataloger och genom tidskrifter som riktar sig enbart till medicinska yrkesutövare, genom dagstidningar och informativa tidskrifter samt lokala radio- och TV-kanaler.

2. De skyltar och annonser som avses i punkt 1 får endast innehålla följande uppgifter:

a) Efternamn, förnamn, adress, telefonnummer och eventuell verksamhetsadress, besökstider eller öppettider för allmänheten.

b) Kvalifikationer, akademisk titel, specialisttitel och yrkestitel, utan förkortningar som kan vara vilseledande.

c) Hedersbetygelser som tilldelats av eller erkänns av staten.

3. Titeln specialist får endast användas av personer som erhållit motsvarande specialistkompetensbevis i enlighet med gällande bestämmelser. Det är förbjudet att använda titlar, inbegripet specialisttitlar som erhållits utomlands, om de inte erkänns av staten.

4. En läkare som inte är specialist får uppge vilken specialitet han arbetar inom genom att använda formuleringar som innehåller den officiella benämningen på specialiteten utan att vara vilseledande eller oklar vad beträffar innehavet av specialisttitel …

5. Bestämmelserna i denna artikel är även tillämpliga på sammanslutningar av läkare samt på de uppgifter som kirurgläkare, odontologer, tandtekniker och veterinärer anger på receptblanketter och på de uppgifter som anges på yrkeskort som används av personer som utövar de övriga yrken som avses i punkt 1.

Artikel 2

1. För reklam på de skyltar eller i de annonser som avses i artikel 1 krävs tillstånd av kommunen, vilken utfärdar tillståndet efter samtycke av den yrkesorganisation i vilken sökanden är inskriven. …

2. För utfärdande av tillstånd från kommunen skall yrkesutövaren lämna in en ansökan till den behöriga yrkesorganisationen eller branschorganisationen, och bifoga en detaljerad beskrivning av den typ av reklamannons som det rör sig om samt dess särdrag och innehåll. Yrkesorganisationen eller branschorganisationen skall, inom trettio dagar från och med den dag då ansökan inkom, vidarebefordra ansökan till kommunen, jämte sitt samtycke.

3. Innan yrkesorganisationen eller branschorganisationen ger sitt samtycke skall den kontrollera att bestämmelserna i artikel 1 har iakttagits och att utformningen av de skyltar eller annonser som avses i artikel 4 överensstämmer med de bestämmelser som utfärdats genom särskild förordning från hälsoministeriet, efter yttrande från det italienska hälsorådet och, i förekommande fall, yrkesorganisationer eller branschorganisationer, vilka skall avge utlåtanden inom en tidsfrist av nittio dagar från den dag då begäran inkom.

3a. De tillstånd som avses i punkt 1 skall förnyas endast om ändringar har gjorts i den ursprungliga reklamtexten.

…

Artikel 4

1. Reklam avseende privata vårdhem och läkarmottagningar som är specialiserade på ett eller flera områden och vars verksamhet är tillståndspliktig enligt lag får göras genom uppsättande av skyltar på de byggnader i vilka yrkesverksamheten bedrivs samt genom annonser i telefonkataloger, allmänna branschkataloger och genom tidskrifter som riktar sig enbart till medicinska yrkesutövare, genom dagstidningar och informativa tidskrifter samt lokala radio- och TV-kanaler, med möjlighet att ange den specifika medicinska och kirurgiska verksamhet och de diagnostiska och terapeutiska tjänster som faktiskt tillhandahålls, under förutsättning att dessa uppgifter åtföljs av uppgifter avseende förnamn, efternamn och yrkestitel på de för varje specialiserat område ansvariga personerna.

2. Det är obligatoriskt att i samtliga fall ange förnamn, efternamn och yrkestitel på den läkare som ansvarar för den medicinska ledningen.

…

Artikel 5

1. Tillstånd till reklam som avses i artikel 4 beviljas av regionerna, som skall höra de regionala yrkes- eller branschorganisationerna – om sådana finns – vilka skall kontrollera innehavet och giltigheten av akademiska och vetenskapliga kvalifikationer samt att utformningen av skyltar och annonser överensstämmer med bestämmelserna i den förordning som anges i artikel 2.3.

…

3. I sådana reklamannonser som avses i denna artikel skall de uppgifter som föreskrivs i det regionala tillståndet anges.

4. Föreståndare och ansvariga chefer för de inrättningar som avses i artikel 4 kan, om de gör reklam i tillåten form men utan att ha erhållit regionalt tillstånd, bli föremål för disciplinåtgärder i form av anmärkningar eller indraget tillstånd att bedriva yrkesverksamhet inom vårdsektorn …

5. Om en reklamannons innehåller felaktiga uppgifter om den verksamhet eller de tjänster som inrättningen har tillstånd att tillhandahålla eller om annonsen saknar uppgift om vem som är ansvarig chef, skall det administrativa tillståndet att bedriva vårdverksamheten i fråga dras in för en tid av sex till tolv månader.

…

Artikel 9a

Utövare av de medicinska yrken som avses i artikel 1 och vårdinrättningar som avses i artikel 4 kan göra reklam för sin verksamhet i de former som tillåts i denna lag. Kostnaden härför får inte överstiga fem procent av de deklarerade intäkterna för föregående år.”

17. Den hänskjutande domstolen har även hänvisat till lag nr 248 av den 4 augusti 2006, ”Omvandling till lag, efter ändringar, av lagdekret nr 223 av den 4 juli 2006 om nödåtgärder för att förbättra den ekonomiska och sociala situationen, begränsa och rationalisera de offentliga utgifterna samt åtgärder avseende offentliga inkomster och bekämpning av skatteflykt”, [11] som antogs efter

11 — Ordinarie tillägg till GURI nr 183 av den 11 augusti 2006.

tidpunkten för omständigheterna i målet vid den nationella domstolen.

18. Artikel 2 i denna lag har följande lydelse:

”1. I enlighet med gemenskapsprincipen om fri konkurrens och principerna om fri rörlighet för personer och frihet att tillhandahålla tjänster samt i syfte att säkerställa att patienterna har en verklig valfrihet vid utövandet av sina rättigheter och en möjlighet att jämföra olika tjänster som erbjuds på marknaden, upphävs från och med ikraftträdandet av detta dekret de bestämmelser i lagar och andra författningar i vilka det med avseende på fri yrkesverksamhet föreskrivs

…

b) ett förbud, även ett partiellt förbud, mot att lämna informativ reklam beträffande yrkestitlar och specialiseringar, egenskaper hos de erbjudna tjänsterna samt priset och de totala kostnaderna för tjänsterna, i enlighet med kriterier avseende insyn och sanningsenliga uppgifter, vilkas efterlevnad kontrolleras av yrkesorganisationen,

…

2. Denna artikel är inte tillämplig på bestämmelser om yrkesutövning som sker inom ramen för den offentliga hälso- och sjukvården eller med anledning av avtal med denna. Den gäller inte heller eventuella maximiavgifter som fastställts med allmän giltighet för att skydda patienterna …”

II — De faktiska omständigheterna

19. Begäran om förhandsavgörande har framställts till följd av en tvist mellan Corporación Dermoestética SA [12], ett bolag bildat enligt spansk rätt vars verksamhetsföremål är att tillhandahålla estetisk vård samt medicinska och kirurgiska tjänster inom det estetiska området, och bolaget To Me Group Advertising Media Srl [13], en reklambyrå.

20. År 2003 startade Dermoestética verksamhet i Italien, och öppnade där 24 skönhetscenter och 21 medicinska center i 23 olika städer.

21. Den 10 oktober 2005 ingick Dermoestética ett avtal med Advertising Media, enligt vilket det sistnämnda bolaget skulle sända fem reklammeddelanden under

12 — Nedan kallat Dermoestética.

13 — Nedan kallat Advertising Media.

TV-programmet ”Verissimo”, som sändes på den italienska nationella kanalen Canale 5 på bra sändningstid. Det överenskomna priset var 46 000 euro exklusive mervärdesskatt, till vilket tillkom 4 000 euro i arvode till reklambyrån.

22. Efter det att Advertising Media hade mottagit ett förskott på 2 000 euro meddelade detta bolag Dermoestética att det med hänsyn till den italienska lagstiftningen var omöjligt att sända de avtalade reklammeddelandena på en nationell TV-kanal. Advertising Media föreslog att man skulle skaffa reklamplatser på lokala TV-kanaler mot ett tillägg till det överenskomna priset.

23. Dermoestética krävde att förskottet på 2 000 euro skulle betalas tillbaka. Eftersom Advertising Media vägrade att gå med på detta, väckte Dermoestética talan vid Giudice di pace di Genova (Italien) och yrkade att Advertising Media skulle förpliktas att betala tillbaka det aktuella beloppet.

24. Cliniche Futura Srl, Genua, som är ett dotterbolag till Dermoestética och vid vars kontor det omtvistade avtalet hade ingåtts, begärde att få intervenera i förfarandet och gjorde vid den hänskjutande domstolen gällande att den italienska lagstiftningen om TV-reklam för medicinsk verksamhet strider mot den etableringsfrihet som föreskrivs i artikel 43 EG.

III — Tolkningsfrågorna

25. Mot bakgrund av det ovanstående har Giudice di pace di Genova beslutat att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfrågor till domstolen:

”1) Är det förenligt med artikel 49 EG att tillämpa nationella bestämmelser, såsom dem i artiklarna 4, 5 och 9a i [1992 års lag] och dem i ministerdekret nr 657 av den 16 september 1994, och/eller administrativ praxis enligt vilka det är förbjudet att sända reklam på nationella TV-kanaler för medicinska och kirurgiska behandlingar som utförs vid privata vårdinrättningar med vederbörligt tillstånd härtill, när sådan reklam är tillåten då den sänds på lokala TV-kanaler, och enligt vilka vårdgivarens kostnad för denna reklam inte får överstiga fem procent av de deklarerade intäkterna för föregående år?

2) Är det förenligt med artikel 43 EG att tillämpa nationella bestämmelser, såsom dem i artiklarna 4, 5 och 9a i [1992 års lag] och dem i ministerdekret nr 657/1994, och/eller administrativ praxis enligt vilka det är förbjudet att sända reklam på nationella TV-kanaler för medicinska och kirurgiska behandlingar som utförs vid privata vårdinrättningar med vederbörligt tillstånd härtill, när sådan reklam är tillåten då den sänds på lokala TV-kanaler, och enligt vilka det för den sistnämnda typen av reklam

uppställs ett krav på förhandstillstånd från varje enskild kommun vilket kan lämnas först efter samråd med den behöriga regionala yrkesorganisationen, samt enligt vilka vårdgivarens kostnad för denna reklam inte får överstiga fem procent av de deklarerade intäkterna för föregående år?

3) Utgör artiklarna 43 EG och 49 EG hinder för att som villkor för publicering av informativ reklam för medicinska och kirurgiska estetiska behandlingar, som utförs vid privata vårdinrättningar med vederbörligt tillstånd härtill, kräva att ytterligare ett tillstånd inhämtas i förväg från de lokala myndigheterna eller yrkesorganisationerna?

4) Har Federazione nazionale degli ordini dei medici (FNOMCEO, Nationella förbundet för läkarorganisationer) och de läkarorganisationer som är medlemmar därav begränsat konkurrensen utöver vad som är tillåtet enligt den nationella lagstiftningen och i strid med artikel 81.1 EG, genom att anta yrkesetiska regler som begränsar publiceringen av reklam på vårdområdet och genom att anta en praxis avseende tolkningen av de gällande bestämmelserna i fråga om medicinsk reklam, vilken starkt begränsar läkarnas rätt att göra reklam för den egna verksamheten, då både regler och praxis är bindande för samtliga läkare?

5) Under alla omständigheter önskas få klarhet i huruvida den av FNOMCEO antagna tolkningspraxisen strider mot artiklarna 3.1 g EG, 4 EG, 98 EG, 10 EG, 81 EG och eventuellt 86 EG i den mån som denna praxis är tillåten enligt nationella bestämmelser som innebär att de behöriga regionala yrkesorganisationerna är skyldiga att kontrollera att läkarnas reklammeddelanden är transparenta och sanningsenliga, utan att kriterierna och de närmare villkoren för utövandet av denna befogenhet regleras?”

IV — Bedömning

A — *Föremålet för frågorna och huruvida de kan tas upp till sakprövning*

26. De frågor som den hänskjutande domstolen har ställt kan delas in i två grupper. Den första gruppen utgörs av frågorna 1–3. Genom dessa tre frågor vill den hänskjutande domstolen få klarhet i huruvida 1992 års lag, enligt vilken reklam på nationella TV-kanaler för medicinska och kirurgiska estetiska behandlingar är förbjuden, är förenlig med artiklarna 43 EG och 49 EG.

27. Den andra gruppen omfattar frågorna 4 och 5. Dessa två frågor avser yrkesetiska regler som antagits av FNOMCEO och den praxis som detta förbund antagit med tillämpning av dessa regler. Frågorna syftar till att få klarhet i huruvida reglerna och tillämpningen av dem är förenliga med olika bestämmelser i fördraget, särskilt artikel 81 EG, enligt vilken avtal mellan företag som strider mot den gemensamma marknaden skall vara förbjudna.

28. Den italienska regeringen har gjort gällande att ingen av dessa frågor kan tas upp till sakprövning, eftersom den hänskjutande domstolen inte har beaktat att de bestämmelser i lagar och andra författningar enligt vilka det är förbjudet att lämna informativ reklam med avseende på fri yrkesverksamhet har upphävts genom lagdekret nr 223 av den 4 juli 2006. [14]

29. Den italienska regeringen har vidare gjort gällande att frågorna 3–5 inte är relevanta för avgörandet av tvisten i målet vid den nationella domstolen, eftersom avtalsbrottet mellan Dermoestética och Advertising Media beror på ett ställningstagande av det sistnämnda bolaget och inte på att TV-bolaget Canale 5 vägrat sända reklamen.

30. Kommissionen anser att den första gruppen av frågor kan tas upp till sakprövning. Däremot har kommissionen ifrågasatt huruvida den andra gruppen av frågor kan tas upp till prövning.

31. Jag delar kommissionens åsikt vad gäller möjligheten att ta upp de två grupperna av frågor till sakprövning.

32. Inledningsvis skall det erinras om att det enligt fast rättspraxis uteslutande ankommer på den nationella domstol vid vilken tvisten anhängiggjorts, och som har ansvaret för det rättsliga avgörandet, att mot bakgrund av de särskilda omständigheterna i varje enskilt mål bedöma såväl om ett förhandsavgörande är nödvändigt för att döma i saken som relevansen av de frågor som ställs till domstolen. Domstolen är följaktligen i princip skyldig att meddela ett förhandsavgörande när de frågor som ställts avser tolkningen av gemenskapsrätten. [15]

33. Det kan beslutas att tolkningsfrågorna inte kan tas upp till sakprövning endast om det är uppenbart att den av den nationella domstolen begärda tolkningen av en gemenskapsrättslig regel inte har något samband med de verkliga omständigheterna eller föremålet för talan i målet vid den nationella domstolen, eller då domstolen inte har tillgång till de uppgifter om de faktiska eller rättsliga förhållandena som är nödvändiga för att kunna ge ett användbart svar på de frågor som ställts till den. [16]

14 — GURI nr 153 av den 4 juli 2006, s. 4, nedan kallat lagdekret nr 223/2006.

15 — Se bland annat dom av den 21 januari 2003 i mål C-318/00, Bacardi-Martini och Cellier des Dauphins (REG 2003, s. I-905), punkt 41 och där angiven rättspraxis.

16 — Ibidem (punkt 42 och där angiven rättspraxis).

34. Inom ramen för det samarbete mellan domstolar som föreskrivs i artikel 234 EG finns det dessutom en tydlig funktionsfördelning mellan domstolen och den hänskjutande domstolen, och den sistnämnda är ensam behörig att tolka den nationella lagstiftningen. [17]

35. Mot bakgrund av det ovan anförda anser jag att den första gruppen av frågor kan tas upp till prövning. Det ankommer nämligen på den hänskjutande domstolen, och inte på regeringen i den medlemsstat där domstolen i fråga ligger, att bedöma hur lagdekret nr 223/2006 inverkar på avgörandet av tvisten i målet vid den nationella domstolen. [18] Eftersom Giudice di pace di Genova har vänt sig till domstolen med en begäran om förhandsavgörande, har den ansett att lagdekretet i fråga, ur vilket den för övrigt har citerat artikel 12, inte påverkar tillämpningen av 1992 års lag i den anhängiggjorda tvisten. Det ankommer inte på domstolen att ifrågasätta denna bedömning.

36. Den italienska regeringens argument att bestämmelserna i 1992 års lag om förbud mot reklam har upphävts genom lagdekretet, i likhet med alla andra bestämmelser i lagar och andra författningar om förbud mot att lämna informativ reklam med avseende på fri yrkesverksamhet, kan således inte godtas och fråntar inte den första gruppen av frågor sitt föremål.

37. Det är inte heller uppenbart att frågan huruvida de omtvistade bestämmelserna i 1992 års lag är förenliga med artiklarna 43 EG och 49 EG saknar relevans för avgörandet av tvisten i målet vid den nationella domstolen.

38. Om en eller flera av dessa artiklar skall tolkas så att de utgör hinder för bestämmelser om ett sådant förbud mot TV-reklam som det som införts genom 1992 års lag, är den nationella domstolen nämligen skyldig att underlåta att tillämpa bestämmelserna i fråga, i enlighet med rättspraxisen om företräde för direkt tillämpliga gemenskapsrättsliga bestämmelser. [19]

39. I likhet med kommissionen är jag däremot tveksam till om den andra gruppen av frågor kan tas upp till sakprövning.

40. Syftet med denna grupp av frågor är nämligen att få klarhet i huruvida yrkesetiska regler som antagits av ett läkarförbund och den praxis som detta förbund antagit med tillämpningen av dessa regler är förenliga med gemenskapsrätten. Den hänskjutande domstolen har emellertid inte tillhandahållit några uppgifter om yrkesreglernas innehåll eller om praxisen. Den har inte heller förklarat på vilket sätt domstolens prövning av reglerna och praxisen skulle vara relevant för avgörandet av tvisten i målet vid den nationella domstolen.

17 — Se bland annat dom av den 17 juni 1999 i mål C-295/97, Piaggio (REG 1999, s. I-3735), punkt 29 och där angiven rättspraxis.

18 — Dom av den 13 november 2003 i mål C-153/02, Neri (REG 2003, s. I-13555), punkt 35.

19 — Dom av den 9 mars 1978 i mål 106/77, Simmenthal (REG 1978, s. 629; svensk specialutgåva, volym 4, s. 75), punkt 21.

41. Att dessa frågor saknar relevans kan till och med anses uppenbart med hänsyn till den omständigheten att Advertising Media, enligt de uppgifter som den hänskjutande domstolen har tillhandahållit, har förklarat att det är på grund av 1992 års lag, enligt vilken all reklam på nationella TV-kanaler för medicinska och kirurgiska estetiska behandlingar som utförs vid privata vårdinrättningar skall vara förbjuden, som det är omöjligt för bolaget att fullgöra avtalsförpliktelserna och inte på grund av de yrkesregler som FNOMCEO har antagit eller den praxis som härrör från dem.

42. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen skall fastställa att det är uppenbart att frågorna 4 och 5 saknar relevans för avgörandet av tvisten i målet vid den nationella domstolen och att de inte kan tas upp till sakprövning.

B — *De tre första tolkningsfrågorna*

43. Genom frågorna 1–3 vill den hänskjutande domstolen få klarhet i huruvida 1992 års lag, enligt vilken reklam på nationella TV-kanaler för medicinska och kirurgiska estetiska behandlingar som utförs vid privata vårdinrättningar är förbjuden medan sådan reklam på vissa villkor är tillåten på lokala TV-kanaler, är förenlig med artiklarna 43 EG och 49 EG.

44. Eftersom bestämmelserna om TV-reklam för medicinska behandlingar har harmoniserats genom direktiv 89/552, bör det undersökas huruvida förenligheten av de omtvistade bestämmelserna i 1992 års lag skall prövas mot bakgrund av detta direktiv eller mot bakgrund av fördragets bestämmelser om fri rörlighet.

1. Relevanta gemenskapsrättsliga bestämmelser

45. Såsom angetts ovan är TV-reklam för medicinska produkter och medicinsk behandling, enligt artikel 14.1 i direktiv 89/552, uttryckligen förbjuden om produkterna eller behandlingarna är tillgängliga endast efter ordination i den medlemsstat till vars jurisdiktion programföretaget hör.

46. Det gäller således att bedöma huruvida 1992 års lag, enligt vilken reklam på nationella TV-kanaler för medicinska och kirurgiska estetiska behandlingar som utförs vid privata vårdinrättningar är förbjuden, är förenlig med genomförandet av artikel 14.1 i direktiv 89/552.

47. I direktivet anges inte närmare vilka medicinska behandlingar som omfattas av förbudet mot TV-reklam enligt artikel 14.1.

48. Vid den muntliga förhandlingen anförde kommissionen att begreppet ”medicinsk behandling” i den aktuella artikeln skall tolkas analogt med begreppet ”medicinska produkter som är tillgängliga efter ordination”. Begreppet i fråga skulle då omfatta de åtgärder som en läkare vidtar för att utföra en ordination som utfärdats av en annan läkare. Inom området estetisk kirurgi skulle det då till exempel omfatta operationer avsedda att reparera följderna av en olycka eller korrigera en medfödd missbildning. Det skulle däremot inte omfatta åtgärder som vidtas enbart på begäran av en patient.

49. Den nederländska regeringen har gjort gällande att alla medicinska behandlingar kräver åtgärder av en läkare, varför frasen ”som är tillgängliga endast efter ordination” inte tillför något till begreppet medicinsk behandling. Den nederländska regeringen har även påpekat att medlemsstaterna får anta mer begränsande bestämmelser än de som föreskrivs i artikel 14 i direktiv 89/552.

50. Till skillnad från den nederländska regeringen anser jag att frasen ”som är tillgängliga endast efter ordination” är fullständigt relevant när det gäller att fastställa räckvidden av det förbud som anges i artikel 14.1 i direktiv 89/552. Jag tror inte heller att kriteriet ”ordination” skall tolkas på det sätt som kommissionen har angett.

51. Om svaret på frågan huruvida ett kirurgiskt estetiskt ingrepp omfattas av artikel 14.1 i direktiv 89/552 berodde på om ingreppet hade ordinerats av en annan läkare eller hade beslutats av patienten själv, skulle det inte vara möjligt att i samtliga fall i förväg avgöra om en behandling omfattas av det förbud som föreskrivs i artikeln. Ett kirurgiskt ingrepp, såsom omformning av en näsa eller ett par bröst, kan nämligen ordineras av en läkare i syfte att reparera följderna av en olycka eller sjukdom. Men ingreppet kan också utföras enbart på begäran av en patient som av rent estetiska skäl har beslutat att göra om sitt ansikte eller denna del av sin kropp, och i det fallet består läkarens åtgärder i att kontrollera om ingreppet kan utföras med hänsyn till patientens hälsa.

52. Om kriteriet ”ordination” tolkades som kommissionen har föreslagit skulle det således inte vara möjligt att korrekt genomföra förbudet i artikel 14.1 i direktiv 89/552. För att genomföra detta förbud är det nämligen nödvändigt att i förväg veta för vilka slags behandlingar som TV-reklam är förbjuden. Begreppet ”medicinsk behandling” i den mening som avses i artikel 14.1 i direktivet skall, liksom begreppet ”medicinska produkter” i samma artikel, enligt min mening förstås så att det omfattar behandlingar för vilka, som sådana, varje form av TV-reklam är förbjuden. För att tillämpningsområdet för den aktuella artikeln skall kunna fastställas krävs således en annan tolkning av kriteriet ”ordination”.

53. Genom att införa kriteriet medicinska produkter och medicinsk behandling som är tillgängliga endast efter ordination i artikel 14.1 i direktiv 89/552 ville gemenskapslagstiftaren enligt min mening begränsa förbudet mot TV-reklam till medicinska produkter och medicinska behandlingar för vilka det krävs tillstånd av en läkare enligt lagstiftningen i den berörda medlemsstaten. Det rör sig således om medicinska produkter och medicinska behandlingar som en patient eller konsument inte ensam tillåts fatta beslut om.

54. Denna bedömning bekräftas av trettionde skälet i direktiv 89/552, i vilket det i den franska versionen anges att TV-reklam skall förbjudas för medicinska produkter och medicinska behandlingar som *"uniquement"* (endast*)* är tillgängliga efter ordination i den berörda medlemsstaten.

55. Denna bedömning styrks även av de bakomliggande skälen till förbudet. Förbudet mot reklam för de medicinska produkter och medicinska behandlingar som avses i artikel 14.1 i direktiv 89/552 har införts direkt efter förbudet mot alla former av reklam för cigaretter och andra tobaksvaror, som föreskrivs i artikel 13 i direktivet, och före bestämmelserna om TV-reklam för alkoholhaltiga drycker, som återfinns i artikel 15 i direktivet. Samtliga dessa bestämmelser syftar till att skydda folkhälsan.

56. Förbudet mot TV-reklam för medicinska produkter och medicinska behandlingar som är tillgängliga endast efter ordination förklaras av att de endast skall konsumeras eller utföras när en läkare har konstaterat att det är nödvändigt, för strikt terapeutiska ändamål och på de villkor som fastställts av en terapeut. Gemenskapslagstiftaren önskade således förbjuda åtgärder som syftar till att öka konsumtionen av sådana medicinska produkter och behandlingar som kan riskera konsumenternas hälsa, när de inte är verkligt nödvändiga och konsumeras eller utförs i enlighet med en läkares ordination.

57. Av det ovanstående drar jag slutsatsen att gemenskapslagstiftaren ville begränsa förbudet mot TV-reklam till medicinska behandlingar som kan utföras endast efter ordination av läkare. Av detta följer att en medicinsk behandling som kan utföras enbart på begäran av patienten, vilket inom området för estetisk kirurgi och enligt italiensk lagstiftning är möjligt vad gäller omformning av en näsa eller ett par bröst, inte omfattas av tillämpningsområdet för artikel 14.1 i direktiv 89/552.

58. Det förbud mot TV-reklam som föreskrivs i 1992 års lag är således mycket mer omfattande än det som föreskrivs i direktiv 89/552. I 1992 års lag förbjuds nämligen reklam avseende medicinska yrken, vårdyrken och privata kliniker på nationella TV-kanaler. Närmare bestämt innebär den aktuella lagen, såsom framgår av den hänskjutande domstolens frågor 1–3, att all reklam för medicinska och kirurgiska

estetiska behandlingar som utförs vid privata vårdinrättningar är förbjuden på nationella TV-kanaler, trots att, såsom jag förklarat ovan, inte alla sådana behandlingar är tillgängliga endast efter ordination av läkare i den mening som avses i artikel 14.1 i direktiv 89/552.

59. Det förhållandet att de aktuella bestämmelserna i 1992 års lag innehåller ett mer omfattande förbud mot reklam än det som föreskrivs i direktiv 89/552 innebär emellertid inte att bestämmelserna strider mot gemenskapsrätten.

60. Som den nederländska regeringen har betonat anges det i artikel 3.1 i direktivet att medlemsstaterna får fastställa mer detaljerade eller striktare regler inom de områden som omfattas av direktivet. Denna bestämmelse har tolkats så att den är tillämplig på samtliga de bestämmelser som föreskrivs i kapitel 4 i direktivet, [20] i vilket artikel 14.1 ingår. Medlemsstaterna har således rätt att anta mer begränsande bestämmelser än de som föreskrivs i nämnda artikel vad avser TV-reklam för medicinska produkter och medicinska behandlingar.

61. Det bör emellertid påpekas att medlemsstaterna vid utövandet av behörigheten att anta mer detaljerade eller striktare regler, liksom vid utövandet av befogenheter på de områden där de ensamma har behörighet, inte får hindra den fria rörligheten. Enligt fast rättspraxis är medlemsstaterna, så länge det saknas harmonisering avseende villkoren för utövande av en viss yrkesverksamhet, behöriga att fastställa nämnda villkor, men de är likväl skyldiga att iaktta de grundläggande friheter som föreskrivs i fördraget när de utövar sin behörighet inom detta område. [21]

62. Det är således mot bakgrund av den fria rörlighet som inrättats genom fördraget som det bör granskas huruvida de omtvistade bestämmelserna i 1992 års lag är förenliga med gemenskapsrätten.

63. Den hänskjutande domstolen anser att denna granskning, med hänsyn till omständigheterna i målet vid den nationella domstolen, skall göras dels med beaktande av etableringsfriheten, dels med beaktande av friheten att tillhandahålla tjänster. Jag instämmer i den bedömningen.

64. Tvisten vid den nationella domstolen har sin grund i ett brott mot det avtal som Dermoestética, ett bolag bildat enligt spansk rätt, ingått med Advertising Media avseende sändning av reklammeddelanden på en italiensk TV-kanal.

20 — Dom av den 9 februari 1995 i mål C-412/93, Leclerc-Siplec (REG 1995, s. I-179), punkterna 37–44.

21 — Dom av den 11 juli 2002 i mål C-294/00, Gräbner (REG 2002, s. I-6515), punkt 26 och där angiven rättspraxis.

65. Dermoestéticas rättsliga ställning omfattas enligt min mening av tillämpningsområdet för artikel 43 EG i förening med artikel 48 EG, eftersom syftet med att ingå reklamkontraktet med Advertising Media var att via Dermoestéticas dotterbolag främja verksamheten i Italien. [22]

66. Dermoestética är dessutom mottagare av de tjänster som beställts från Advertising Media och kan således i denna egenskap även åberopa bestämmelserna i artikel 49 EG. [23]

67. Jag är böjd att anse att den centrala frågan i detta mål mer berör etableringsfriheten, med hänsyn till det syfte som Dermoestética ville uppnå genom avtalet med Advertising Media och den inverkan som 1992 års lag har på konkurrensen. Eftersom den hänskjutande domstolen även vill få klarhet i hur bestämmelserna om fri rörlighet för tjänster skall tillämpas i förevarande mål, och eftersom domstolen i domen i målet Gourmet International Products [24] prövade lagstiftning om reklam för alkoholhaltiga drycker inte endast mot bakgrund av fördragets artiklar om fri rörlighet för varor utan också mot bakgrund av artikel 49 EG, skall jag emellertid också kortfattat behandla tolkningen av denna artikel.

68. Genom frågorna 1–3 vill den hänskjutande domstolen således i huvudsak få klarhet i huruvida artiklarna 43 EG och 49 EG jämförda med artiklarna 48 EG och 55 EG skall tolkas så att de utgör hinder för att i en medlemsstat tillämpa lagstiftning enligt vilken reklam för medicinska och kirurgiska estetiska behandlingar som utförs vid privata vårdinrättningar är förbjuden på nationella TV-kanaler medan sådan reklam på vissa villkor är tillåten på lokala TV-kanaler.

69. Jag anser att denna fråga bör besvaras jakande, dels eftersom ett sådant förbud mot reklam utgör en inskränkning av etableringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster i den mening som avses i artiklarna 43 EG och 49 EG, dels eftersom denna inskränkning inte förefaller vara motiverad med beaktande av att sådan reklam på vissa villkor är tillåten på lokala TV-kanaler. Jag skall nedan behandla båda dessa skäl närmare.

2. Förekomsten av en inskränkning

70. Den etableringsfrihet som införts genom artiklarna 43 EG och 48 EG ger bolag som bildats i överensstämmelse med en medlemsstats lagstiftning rätt att starta egen verksamhet i en annan medlemsstat och där varaktigt utöva denna verksamhet på samma villkor som bolag som har säte i den

22 — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 17 oktober 2002 i mål C-79/01, Payroll m.fl. (REG 2002, s. I-8923), punkt 25.

23 — Dom av den 31 januari 1984 i de förenade målen 286/82 och 26/83, Luisi och Carbone (REG 1984, s. 377; svensk specialutgåva, volym 7, s. 473), punkt 10.

24 — Dom av den 8 mars 2001 i mål C-405/98, Gourmet International Products (REG 2001, s. I-1795).

staten. I artikel 43 EG föreskrivs sålunda att diskriminerande åtgärder skall avskaffas.

71. Enligt domstolens rättspraxis skall varje åtgärd som innebär att utövandet av denna frihet förbjuds, hindras eller blir mindre attraktivt anses utgöra en inskränkning av etableringsfriheten i den mening som avses i artikel 43 EG. [25] Till sådana åtgärder hör åtgärder som, samtidigt som de är tillämpliga utan åtskillnad, påverkar en form av utövandet av den berörda verksamheten och medför att en ekonomisk aktör berövas ett effektivt konkurrensmedel för att komma in på en marknad. [26]

72. Domstolen har till exempel slagit fast att detta var fallet med ett förbud mot att lämna ränta på avistakonton för kreditinstitut som lånar in medel från allmänheten. [27] Domstolen gjorde samma bedömning i ett mål om friheten att tillhandahålla tjänster, i fråga om bestämmelser som innehöll ett absolut förbud för advokater att avvika från de minimiarvoden som fastställts genom en taxa. [28] Domstolen slog fast att sådana åtgärder missgynnar utländska ekonomiska aktörer, eftersom dessa fråntas möjligheten att mer effektivt konkurrera med yrkesverksamma som redan är etablerade i värdmedlemsstaten. [29]

73. Det är således åtgärdernas inverkan på marknadstillträdet som gör att de är att beteckna som ”inskränkningar” i den mening som avses i artiklarna 43 EG och 49 EG. Åtgärderna i fråga utgör inskränkningar i den fria rörligheten, eftersom de objektivt sett hindrar den fria rörligheten genom att hindra nya aktörers tillträde till den aktuella marknaden. Åtgärder genom vilka nya ekonomiska aktörers tillträde till marknaden förbjuds eller försvåras skapar en stelhet på marknaden och motverkar således den fria rörlighet och konkurrens som utgör grunden för den gemensamma marknaden.

74. Möjligheten för kreditinstitut att lämna ränta på avistakonton samt möjligheten att fritt fastställa arvoden har således betraktats som legitima konkurrensmedel som är nödvändiga för att få tillträde till marknaden

25 — Dom av den 5 oktober 2004 i mål C-442/02, CaixaBank France (REG 2004, s. I-8961), punkt 11 och där angiven rättspraxis.

26 — Ibidem (punkt 12).

27 — Idem.

28 — Dom av den 5 december 2006 i de förenade målen C-94/04 och C-202/04, Cipolla m.fl. (REG 2006, s. I-11421), punkterna 58 och 59.

29 — Se domen i det ovannämnda målet CaixaBank France, punkt 13, och i det ovannämnda målet Cipolla m.fl., punkt 59. I domen i det ovannämnda målet CaixaBank France konstaterade domstolen att när kreditinstitut som är dotterbolag till ett utländskt bolag försöker ta sig in på marknaden i en medlemsstat utgör konkurrens genom räntesatsen på avistakonton en av de mest effektiva metoderna, och att det omtvistade förbudet således försvårar dessa kreditinstituts tillträde till marknaden (punkt 14). Likaså konstaterade domstolen i domen i det ovannämnda målet Cipolla m.fl. att det absoluta förbudet mot att avvika från minimiarvodena innebär att advokater som är etablerade i andra medlemsstater än Republiken Italien inte har möjlighet att, genom att begära arvoden som är lägre än de som fastställs i taxan, konkurrera effektivt med advokater som är fast etablerade i den berörda medlemsstaten och därför har bättre möjligheter att knyta klienter till sig än advokater som är etablerade utomlands (punkt 59).

i värdstaten. Jag anser att denna bedömning även skall tillämpas på rätten att göra reklam.

75. Reklamens betydelse för att få tillträde till en marknad har tidigare betonats av domstolen inom området fri rörlighet för varor.

76. Inom detta område har nationella bestämmelser om reklam bedömts avse försäljningsformer i den mening som avses i den rättspraxis som följt av domen i målet Keck och Mithouard, [30] varför de inte utgör hinder i den mening som avses i artikel 28 EG, förutsatt att de tillämpas på samtliga berörda aktörer som bedriver verksamhet inom det nationella territoriet och förutsatt att de såväl rättsligt som faktiskt påverkar avsättningen av inhemska varor och av varor från andra medlemsstater på samma sätt. [31]

77. I domen i de förenade målen De Agostini och TV-shop [32] ansåg domstolen emellertid att det inte kan uteslutas att ett totalförbud i en medlemsstat mot en viss form av marknadsföring av en produkt, som säljs lagligen, i högre grad påverkar produkter från andra medlemsstater.

78. I domen i det ovannämnda målet Gourmet International Products uttalade domstolen sig om lagstiftning enligt vilken all reklam för alkoholdrycker riktad till konsumenter var förbjuden, med ett fåtal försumbara undantag. Domstolen ansåg att ett sådant reklamförbud skall anses påverka avsättningen av varor från andra medlemsstater i högre grad än vad det påverkar avsättningen av inhemska varor. Följaktligen skall det anses utgöra ett sådant hinder för handeln mellan medlemsstater som omfattas av artikel 28 EG. [33]

79. Domstolen grundade denna bedömning på övervägandet att, när det gäller sådana varor som alkoholdrycker (för vilka konsumtionen styrs av traditionella sociala sedvänjor samt lokala vanor), ett förbud mot all slags reklam, som riktar sig till konsumenter, genom annonser i press, radio och TV, genom icke begärd direktreklam eller genom utomhusreklam kan medföra att marknadstillträdet för varor från andra medlemsstater försvåras i större utsträckning än vad som är fallet för inhemska varor, vilka konsumenterna på naturlig väg är mer förtrogna med. [34]

80. I domen i målet Douwe Egberts [35] kom domstolen fram till samma slutsats som i domen i det ovannämnda målet Gourmet

30 — Dom av den 24 november 1993 i de förenade målen C-267/91 och C-268/91, Keck och Mithouard (REG 1993, s. I-6097; svensk specialutgåva, volym 14, s. I-431).

31 — Se domen i det ovannämnda målet Leclerc-Siplec, punkterna 21–23.

32 — Dom av den 9 juli 1997 i de förenade målen C-34/95–C-36/95, De Agostini och TV-Shop (REG 1997, s. I-3843), punkt 42.

33 — Se domen i det ovannämnda målet Gourmet International Products, punkt 25.

34 — Ibidem (punkt 21).

35 — Dom av den 15 juli 2004 i mål C-239/02, Douwe Egberts (REG 2004, s. I-7007), punkt 53.

International Products. Målet rörde en nationell lag om förbud mot att i livsmedelsreklam använda hänvisningar till viktminskning samt till medicinska rekommendationer, intyg, citat och utlåtanden eller till förklaringar om godkännanden.

81. Nationell lagstiftning, i vilken omfattande begränsningar vad gäller reklam för en vara föreskrivs, anses således hindra den aktuella varans tillträde till marknaden. Jag anser att denna bedömning kan tillämpas även när det gäller tjänster.

82. Reklam förefaller nämligen vara de ekonomiska aktörernas viktigaste instrument för att informera konsumenterna om sin existens och sin verksamhet. Reklamen spelar således en avgörande roll för ett bolags möjligheter att etablera sig i en ny medlemsstat och där utveckla sin verksamhet. Reklam är också det medel som de ekonomiska aktörerna kan använda för att försöka övertyga konsumenterna om att köpa deras tjänster i stället för konkurrenternas. Reklam kan således få konsumenterna att bryta sina vanor och främjar på så sätt konkurrensen.

83. Reklamens betydelse för fri yrkesverksamhet betonas även i kommissionens rapport om konkurrens inom sektorn för professionella tjänster. [36] I denna rapport anges att reklam, och särskilt jämförande reklam, kan vara ett avgörande konkurrensmedel för nya företag som kommer in på marknaden. [37]

84. Som generaladvokaten Jacobs anförde i sitt förslag till avgörande inför domen i det ovannämnda målet Leclerc-Siplec, har åtgärder som förbjuder eller strängt reglerar reklam oftast till följd att inhemska, redan etablerade, producenter skyddas och att det blir svårare för utländska företag att ta sig in på marknaden. Friheten att göra reklam är således en naturlig följd av den fria rörlighet som föreskrivs i fördraget. [38]

85. Denna bedömning innebär inte att varje mer omfattande förbud eller begränsning mot att göra reklam nödvändigtvis strider mot gemenskapsrätten. Den fria rörligheten kan vara föremål för inskränkningar från medlemsstaternas sida. Sådana inskränkningar skall emellertid ha sin grund i ett berättigat mål, såsom skydd av den allmänna ordningen, den allmänna säkerheten eller folkhälsan, eller tvingande hänsyn av allmänintresse.

86. Det måste helt enkelt medges att med hänsyn till reklamens betydelse för

36 — KOM(2004) 83 slutlig/2.

37 — Punkt 43.

38 — Punkterna 21 och 22.

förverkligandet av den gemensamma marknaden utgör ett förbud mot eller en mycket strikt begränsning av reklam i princip en inskränkning av den fria rörlighet som garanteras genom fördraget, och en sådan är förenlig med gemenskaprätten endast om den är berättigad.

87. Bolaget Dermoestética, som är part i målet vid den nationella domstolen, bedriver verksamhet inom området estetisk vård. Bolaget har öppnat vårdinrättningar i flera städer i Italien och måste därför skaffa sig en kundkrets och behöver i detta syfte göra sig känt hos den breda allmänheten.

88. TV är ett informationsmedel som når en mycket stor allmänhet. Genom TV kan ett företag på ett mycket effektivt sätt göra sina produkter och tjänster kända inom en medlemsstats hela territorium. Intresset för detta kommunikationssätt hos yrkesutövare föranledde för övrigt gemenskapslagstiftaren att i direktiv 89/552 fastställa minimiregler och standarder för TV-reklam för att skydda konsumenterna mot olämplig reklam, utöver de skyldigheter som fastställs i övriga sekundärrättsakter om reklam i allmänhet,[39] eller om reklam för särskilda varor såsom tobak eller läkemedel.

89. Genom det förbud mot att sända reklam på nationella TV-kanaler som föreskrivs i 1992 års lag fråntas ett bolag såsom Dermoestética möjligheten att använda ett verkligt effektivt informationsmedel för att göra de medicinska och kirurgiska estetiska behandlingar som erbjuds av bolagets många dotterbolag i Italien kända för hela den italienska allmänheten. Detta förbud utgör därför enligt min mening en inskränkning av etableringsfriheten.

90. Denna bedömning bekräftas av den omständigheten att verkningarna av detta förbud för ett företag som har sitt säte i en annan medlemsstat inte kompenseras eller ens mildras av möjligheten att i Italien, i enlighet med 1992 års lag, sända sådan reklam på lokala TV-kanaler eller via andra kommunikationsmedel.

39 — Rådets direktiv 84/450/EEG av den 10 september 1984 om tillnärmning av medlemsstaternas lagar och andra författningar om vilseledande reklam (EGT L 250, s. 17; svensk specialutgåva, område 15, volym 4, s. 211). Denna rättsakt har ändrats genom Europaparlamentets och rådets direktiv 97/55/EG av den 6 oktober 1997 (EGT L 290, s. 18), så att den omfattar jämförande reklam, och genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/29/EG av den 11 maj 2005 om otillbörliga affärsmetoder som tillämpas av näringsidkare gentemot konsumenter på den inre marknaden och om ändring av direktiv 84/450 och Europaparlamentets och rådets direktiv 97/7/EG, 98/27/EG och 2002/65/EG samt Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2006/2004 (direktiv om otillbörliga affärsmetoder) (EUT L 149, s. 22). Direktiv 84/450, i dess ändrade lydelse, har upphävts och ersatts med Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/114/EG av den 12 december 2006 om vilseledande och jämförande reklam (EUT L 376, s. 21).

91. Det är obestridligt att utländska företag som vill etablera sig i Italien endast har begränsade möjligheter i detta avseende. Två villkor måste nämligen uppfyllas. Det första villkoret är att tillstånd skall erhållas från den behöriga lokala administrativa myndigheten.

92. För att sända ett reklammeddelande över hela Republiken Italiens territorium via lokala TV-kanaler är således ett bolag såsom Dermoestética tvunget att lämna in lika många ansökningar som det finns behöriga regionala myndigheter, vilket utan tvekan är mer komplicerat och kostsammare. Dessutom framgår det av de uppgifter som den hänskjutande domstolen har lämnat att det i den italienska lagstiftningen inte anges vilka villkor som skall vara uppfyllda för att ett sådant tillstånd skall utfärdas, vilket innebär att villkoren kan variera från en region till en annan och att det inte är lätt för en ekonomisk aktör såsom Dermoestética att känna till dem på förhand.

93. Det andra villkoret är att kostnaden för reklamen inte får överstiga fem procent av de deklarerade intäkterna för föregående år.

94. Som kommissionen har påpekat utgör även detta villkor ett hinder för bolag från andra medlemsstater som vill etablera sig i Italien, eftersom det begränsar deras möjlighet att satsa de medel som de anser vara nödvändiga för att göra sig kända på lämpligaste sätt. Genom att gränsen för kostnaderna fastställs till en procentandel av föregående års resultat får lagstiftningen i fråga dessutom ”kaskadeffekter”, eftersom en begränsning av reklamen leder till ett sämre resultat för företaget och detta sämre resultat i sin tur utgör grunden för det belopp som kan användas för reklam. Det är vidare oklart vad som avses med deklarerade intäkter, vilket utgör ytterligare en svårighet för utländska företag.

95. Slutligen har det i målet vid den nationella domstolen framgått att Dermoestética inte bedömer att den möjlighet som föreskrivs i 1992 års lag att, under förutsättning att de två villkor som anges i artiklarna 5 och 9a i den lagen är uppfyllda, göra reklam på lokala TV-kanaler och via andra kommunikationsmedel, är en tillfredsställande lösning som uppväger att det är omöjligt att göra reklam på nationella TV-kanaler.

96. Således utgör 1992 års lag en inskränkning av etableringsfriheten, eftersom den innebär att all reklam på nationella TV-kanaler för medicinska och kirurgiska estetiska behandlingar som utförs vid privata vårdinrättningar är förbjuden.

97. Bestämmelserna i fråga kan också anses utgöra en inskränkning i friheten att tillhandahålla gränsöverskridande tjänster i den mening som avses i artikel 49 EG.

98. Eftersom det enligt 1992 års lag är förbjudet såväl för Advertising Media som

för italienska nationella TV-kanaler att göra reklam för Dermoestéticas dotterbolag i Italien, hindras Dermoestética från att använda sig av deras tjänster. Ett sådant förbud mot reklam påverkar således gränsöverskridande tjänster avseende TV-reklam, [40] trots att det utan åtskillnad är tillämpligt på privata vårdinrättningar som drivs av italienska bolag och på sådana som drivs av bolag som har sitt säte i andra medlemsstater.

3. Avsaknad av rättfärdigandegrund

99. Den italienska regeringen har inte angett någon grund som rättfärdigar begränsningarna i de aktuella bestämmelserna i 1992 års lag. Tvärtom har den italienska regeringen underförstått medgett att begränsningarna är oförenliga med gemenskapsrätten, genom att göra gällande att bestämmelserna i fråga har upphävts genom lagdekret nr 223/2006, som enligt artikel 2 i dekretet har antagits i enlighet med principen om fri konkurrens i syfte att säkerställa en verklig valfrihet för patienterna tack vare möjligheten att jämföra de tjänster som erbjuds på marknaden.

100. Advertising Media har anfört att de omtvistade begränsningarna grundar sig på tvingande hänsyn av allmänintresse, såsom skyddet av folkhälsan.

101. Skyddet av folkhälsan är förvisso en av de grunder som i enlighet med artiklarna 46 EG och 55 EG kan rättfärdiga en inskränkning av etableringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster. Domstolen har slagit fast att människors hälsa och liv intar den främsta platsen bland de intressen som skyddas genom de bestämmelser i fördraget som rör möjliga undantag från förbudet mot inskränkningar i den fria rörligheten. [41] Skyddet av folkhälsan räknas även till de tvingande hänsyn av allmänintresse som kan rättfärdiga inskränkningar av den fria rörlighet som garanteras i fördraget.

102. Eftersom reklam för medicinska och kirurgiska estetiska behandlingar inte omfattas av gemensamma eller harmoniserade bestämmelser på gemenskapsnivå ankommer det dessutom på de enskilda medlemsstaterna att besluta hur långtgående skyddet för folkhälsan skall vara på detta område och hur det skall säkerställas. [42]

103. I mitt förslag till avgörande av den 22 november 2007 inför domen i målet Doulamis (C-446/05), som är anhängigt vid domstolen, anförde jag att skyddet för folkhälsan kan motivera ett förbud för personer som är verksamma inom hälso- och sjukvården, såsom personer som tillhandahåller tandvård, att göra annan reklam än sådan som är rent informativ. Jag grundade min ståndpunkt på det förhållandet att vårdtjänster inte är att betrakta som vilka tjänster

40 — Se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Gourmet International Products, punkt 39, och dom av den 13 juli 2004 i mål C-262/02, kommissionen mot Frankrike (REG 2004, s. I-6569), punkt 26.

41 — Dom av den 10 november 1994 i mål C-320/93, Ortscheit (REG 1994, s. I-5243), punkt 16.

42 — Idem.

som helst, eftersom de inverkar på mottagarens fysiska integritet och psykiska balans. Jag hänvisade även till att hälso- och sjukvårdsområdet utgör ett av de områden där skillnaden i kunskapsnivå mellan tjänsteleverantören och mottagaren av tjänsten är som högst, vilket innebär att den sistnämnde egentligen inte kan bedöma kvaliteten på den tjänst som han köper.

104. Jag anser att det ovan anförda kan utsträckas till området för estetisk vård, i den mån denna vård inte begränsas till tjänster för välmående såsom avslappnande massage eller epilering, utan tillhandahålls i form av verkliga kirurgiska ingrepp, såsom omformning av en del av ansiktet eller kroppen.

105. Även om sådana kirurgiska ingrepp kan utföras på begäran av en patient, utan att det finns ett verkligt terapeutiskt behov, anser jag att det, på grund av riskerna med detta slag av medicinska åtgärder och deras eventuella återverkningar på det psykiska planet, kan vara motiverat att en medlemsstat föreskriver begränsningar avseende den reklam för sådan vård som får riktas till allmänheten. Jag anser således att det är fullkomligt berättigat att en medlemsstat förbjuder eller reglerar reklamverksamhet som syftar till att förmå människor att göra om ansikte eller kropp.

106. De åtgärder som vidtas för detta ändamål måste emellertid vara ägnade att säkerställa att det eftersträvade målet uppnås och får inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå målet. [43]

107. Ett förbud mot att göra reklam på nationella TV-kanaler för medicinska och kirurgiska estetiska behandlingar innebär visserligen att den reklam för sådana tjänster som är riktad till allmänheten begränsas och skyddar följaktligen folkhälsan. Eftersom sådan reklam på vissa villkor är tillåten på lokala TV-kanaler kan ett förbud mot all reklam på nationella TV-kanaler emellertid knappast anses vara proportionerligt.

108. Om den italienske lagstiftaren anser att villkoren för sådan reklam på lokala TV-kanaler är ägnade att skydda folkhälsan, kan jag inte förstå varför samma villkor inte också skulle kunna tillämpas med avseende på nationella TV-kanaler. Det finns inget skäl för att skyddet av TV-tittarna skall vara mindre när de tittar på lokala TV-kanaler.

43 — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 25 juli 1991 i de förenade målen C-1/90 och C-176/90, Aragonesa de Publicidad Exterior och Publivía (REG 1991, s. I-4151; svensk specialutgåva, volym 11, s. I-373), punkt 16.

109. Som kommissionen har betonat är 1992 års lag således till viss del inkonsekvent då den italienske lagstiftaren, om det verkligen hade varit dennes avsikt att skydda TV-tittarnas hälsa genom att förbjuda TV-reklam för medicinska och kirurgiska estetiska behandlingar, borde ha utsträckt förbudet till att omfatta lokala TV-kanaler.

110. I detta hänseende är 1992 års lag motsägelsefull på samma sätt som den italienska lagstiftning som avsågs i domen i det ovannämnda målet Payroll m.fl.

111. Enligt den lagstiftningen fick företag med mindre än 250 anställda som ville anlita externa databehandlingscentraler för framställning och tryckning av lönebesked endast anlita centraler som bildats, och uteslutande bestod, av personer som är inskrivna i vissa yrkesregister i Italien. Denna lagstiftning bedömdes utgöra en inskränkning av etableringsfriheten för bolag som hade sitt säte i en annan medlemsstat och som ville etablera sig i Italien för att där tillhandahålla datatjänster för framställning och tryckning av lönebesked.

112. Den italienska regeringen ansåg att denna begränsning var berättigad med hänsyn till skyddet av arbetstagarnas rättigheter. Domstolen erinrade därvid om att i enlighet med den italienska lagstiftningen i fråga kan externa databehandlingscentraler som inte bildats, och inte uteslutande består, av arbetskonsulenter eller likställda personer tillhandahålla tjänster avseende framställning och tryckning av lönebesked till företag med mer än 250 anställda. Dessa har i detta hänseende inte visat sig behöva mindre skydd än de som arbetar på mindre företag. Med hänsyn till att de aktuella uppgifterna inte kan vara mindre komplicerade när de berörda löntagarna ökar i antal drog domstolen slutsatsen att den omtvistade bestämmelsen under alla förhållanden gick utöver vad som var nödvändigt för att uppnå det eftersträvade skyddet. [44]

113. Förbudet mot all reklam på nationella TV-kanaler för medicinska och kirurgiska estetiska behandlingar förefaller således gå utöver vad som är nödvändigt för att skydda folkhälsan. Denna bedömning bekräftas också av det förhållandet att, såsom den italienska regeringen förklarade vid den muntliga förhandlingen, förbudet endast gäller privata vårdinrättningar.

114. Lagstiftning i en medlemsstat enligt vilken reklam för medicinska och kirurgiska estetiska behandlingar som utförs vid privata vårdinrättningar är förbjuden på nationella TV-kanaler medan sådan reklam på vissa villkor är tillåten på lokala TV-kanaler strider följaktligen mot artiklarna 43 EG och 49 EG jämförda med artiklarna 48 EG och 55 EG.

44 — Se domen i det ovannämnda målet Payroll m.fl., punkt 37.

V — Förslag till avgörande

115. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen besvarar de frågor som har ställts av Giudice di pace di Genova på följande sätt:

Artiklarna 43 EG och 49 EG jämförda med artiklarna 48 EG och 55 EG skall tolkas så, att de utgör hinder för lagstiftning i en medlemsstat enligt vilken reklam för medicinska och kirurgiska estetiska behandlingar som utförs vid privata vårdinrättningar är förbjuden på nationella TV-kanaler medan sådan reklam på vissa villkor är tillåten på lokala TV-kanaler.