SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA YVESA BOTA,

predstavljeni 31. januarja 2008 [1]

1. Ta postopek za sprejetje predhodne odločbe se nanaša na določbe italijanske zakonodaje v zvezi z oglaševanjem zdravstvenih poklicev in zasebnih klinik. V skladu s temi določbami je prepovedano oglaševanje zdravljenja in kirurških posegov na področju lepotnih posegov, opravljenih v zasebnih zdravstvenih ustanovah, na postajah nacionalne televizije. Vendar pa je oglaševanje na postajah lokalne televizije in prek drugih sredstev obveščanja dovoljeno, prvič, če se pridobi dovoljenje pristojnega lokalnega organa, ne da bi bili pogoji, ki jih je treba izpolniti za to dovoljenje, določeni, in drugič, če izdatek za to oglaševanje ne presega 5 % dohodkov, izkazanih v prejšnjem letu.

2. Predložitveno sodišče želi vedeti, ali je prepoved oglaševanja zdravljenja in kirurških posegov na področju lepotnih posegov, opravljenih v zasebnih zdravstvenih ustanovah, na postajah nacionalne televizije, ki jo določa ta zakonodaja, združljiva s pravom Skupnosti, če je oglaševanje pod določenimi pogoji dovoljeno na postajah lokalne televizije.

3. V teh sklepnih predlogih bom prikazal, da prepoved takega oglaševanja na postajah nacionalne televizije pomeni omejitev svobode ustanavljanja in svobodnega opravljanja storitev.

4. Prikazal bom tudi, da čeprav država članica lahko veljavno predpiše omejitve za izvajanje teh svoboščin s ciljem zaščititi legitimni interes, kot je javno zdravje, pa mora biti zadevni ukrep primeren za dosego tega cilja in ne sme presegati tega, kar je nujno potrebno za to. Pokazal bom, da brž ko je oglaševanje zdravljenja in kirurških posegov na področju lepotnih posegov, opravljenih v zasebnih zdravstvenih ustanovah, pod določenimi pogoji odobreno na postajah lokalne televizije, prepoved enakega oglaševanja na postajah nacionalne televizije ni v skladu z zahtevo po sorazmernosti in torej ni združljiva s pravom Skupnosti.

1 – Jezik izvirnika: francoščina.

I – Pravni okvir

A – *Pravo Skupnosti*

1. Pogodba ES

5. Člen 43, prvi odstavek, ES prepoveduje omejitve glede pravice do ustanavljanja za državljane ene države članice na ozemlju druge države članice. V skladu s členom 43, drugi odstavek, ES pravica do ustanavljanja zajema pravico začeti in opravljati dejavnost kot samozaposlena oseba ter pravico do ustanovitve in vodenja podjetij.

6. Člen 49, prvi odstavek, ES prepoveduje omejitve svobode opravljanja storitev v Skupnosti za državljane držav članic, ki imajo sedež v eni od držav Skupnosti, vendar ne v državi osebe, ki so ji storitve namenjene.

7. Na podlagi členov 48 ES in 55 ES uživajo pravice, ki jih uvajata člena 43 ES in 49 ES, tudi družbe, ustanovljene v skladu z zakonodajo posamezne države članice, ki imajo statutarni sedež, glavno upravo ali glavni kraj poslovanja v Skupnosti.

8. V skladu s členom 47(3) ES in na podlagi člena 55 ES je pri zdravstvenih delavcih, zdravstvenih sodelavcih in farmacevtih postopno odpravljanje omejitev odvisno od uskladitve pogojev za njihovo opravljanje v posameznih državah članicah. Vendar sta Svet Evropske unije in Komisija Evropskih skupnosti sprejela, da neposredni učinek členov 43 ES in 49 ES, ki je bil priznan v sodbah Reyners [2] in Van Binsbergen [3] od 1. januarja 1970, konec prehodnega obdobja, velja tudi za zdravstvene delavce. [4] Poleg tega so bile dejavnosti zdravstvenih delavcev, zdravstvenih sodelavcev in farmacevtov predmet direktiv o usklajevanju. [5]

9. V skladu s členoma 46, prvi odstavek, ES in 55 ES člena 43 ES in 49 ES ne ovirata omejitev, utemeljenih z razlogi javnega zdravja.

2 – Sodba z dne 21. junija 1974 (2/74, Recueil, str. 631).

3 – Sodba z dne 3. decembra 1974 (33/74, Recueil, str. 1299).

4 – Tako je v prvi uvodni izjavi Direktive Sveta 75/362/EGS z dne 16. junija 1975 o vzajemnem priznavanju diplom, spričeval in drugih dokazil o formalni izobrazbi s področja medicine, vključno z ukrepi za učinkovito uresničevanje pravice do ustanavljanja podjetij in svobode opravljanja storitev (UL L 167, str. 1), navedeno, da je v skladu s Pogodbo po končanem prehodnem obdobju prepovedano vsako diskriminatorno obravnavanje na podlagi državljanstva glede opravljanja dejavnosti in opravljanja storitev.

5 – Glej v zvezi z dejavnostjo zdravnikov direktivi Sveta 75/362 in 75/363/EGS z dne 16. junija 1975 o usklajevanju zakonov in drugih predpisov o dejavnostih zdravnikov (UL L 167, str. 14). Direktivi, sprejeti na tem področju, sta bili razveljavljeni, nadomestila pa ju je Direktiva Evropskega parlamenta in Sveta 2005/36/ES z dne 7. septembra 2005 o priznavanju poklicnih kvalifikacij (UL L 255, str. 22).

2. Sekundarna zakonodaja

10. Zakonodajalec Skupnosti je v okviru Direktive 89/552/EGS [6] uskladil nacionalne zakonodaje, ki urejajo televizijsko oglaševanje.

11. Pojem „televizijsko oglaševanje“ v skladu s členom 1(c) Direktive 89/552 „pomeni vsako obliko obvestila, ki ga javno ali zasebno podjetje oddaja bodisi za plačilo ali podobno nadomestilo bodisi v samopromocijske namene in ki zadeva trgovino, poslovno dejavnost, obrt ali stroko; ta oblika obvestila je namenjena spodbujanju preskrbe z blagom in storitvami, vključno z nepremičninami ali pravicami in obveznostmi, za plačilo“.

12. V skladu s členom 12(d) te direktive televizijsko oglaševanje in televizijska prodaja ne smeta spodbujati vedenja, škodljivega zdravju in varnosti.

13. V skladu s členom 14(1) navedene direktive je „[t]elevizijsko oglaševanje zdravil in zdravljenja, ki jih je mogoče dobiti le na recept v tisti državi članici, pod katere jurisdikcijo je izdajatelj televizijskega programa, […] prepovedano“. V skladu z odstavkom 2 istega člena je televizijska prodaja, med drugim, storitev zdravljenja prepovedana.

14. Na podlagi člena 3(1) iste direktive lahko države članice od izdajateljev televizijskih programov pod njihovo sodno pristojnostjo zahtevajo, da na področjih, ki jih ureja ta direktiva, izpolnjujejo natančnejša in strožja pravila.

B – *Nacionalno pravo*

15. V Italiji je oglaševanje zdravstvenih poklicev in zasebnih klinik urejeno z zakonom št. 175 z dne 5. februarja 1992 [7], kot je bil spremenjen z zakonom št. 42 z dne 26. februarja 1999 [8] in zakonom št. 362 z dne 14. oktobra 1999 [9] ter končno z zakonom št. 112 z dne 3. maja 2004 [10] (v nadaljevanju: zakon iz leta 1992).

6 – Direktiva Sveta z dne 3. oktobra 1989 o usklajevanju nekaterih zakonov in drugih predpisov držav članic o opravljanju dejavnosti razširjanja televizijskih programov (UL L 298, str. 23), kot je bila spremenjena z Direktivo Evropskega parlamenta in Sveta 97/36/ES z dne 30. junija 1997 (UL L 202, str. 60, v nadaljevanju: Direktiva 89/552).

7 – GURI št. 50, 29.2.1992, str. 4.

8 – GURI št. 50, 2.3.1999, str. 4.

9 – GURI št. 247, 20.10.1999, str. 3.

10 – Redni dodatek h GURI št. 82, 5.5.2004.

16. Določbe zakona iz leta 1992, ki so upoštevane za ta postopek, so:

„*Člen 1*

1. Oglaševanje, ki se nanaša na opravljanje zdravstvenih poklicev in pomožnih zdravstvenih poklicev, predvidenih in urejenih z veljavno zakonodajo, je dovoljeno samo v obliki tabel, pritrjenih na zgradbi, v kateri se opravlja poklicna dejavnost, ter z oglasi, objavljenimi v telefonskih imenikih, v splošnih poslovnih telefonskih imenikih, v strokovnih revijah, ki so izključno namenjene osebam, ki opravljajo zdravstveni poklic, v dnevnih časopisih in informativnih revijah ter na lokalnih radijskih in televizijskih postajah.

2. Table in oglasi, predvideni v odstavku 1, lahko vsebujejo samo naslednje označbe:

a) priimek, ime, naslov, telefonsko številko in morebitni naslov ordinacije, ordinacijski čas ali od kdaj do kdaj je ordinacija odprta za javnost;

b) kvalifikacije, akademske nazive, nazive specializacije in kariere brez okrajšav, ki bi lahko zavajale;

c) častna odlikovanja, ki jih je podelila ali priznala država.

3. Uporaba statusa specialista je dovoljena samo tistim osebam, ki so pridobile ustrezno diplomo v skladu z veljavnimi določbami. Prepovedano je uporabljati nazive, vključno z nazivi specializacije, pridobljene v tujini, če jih država ni priznala.

4. Zdravnik, ki ni specialist, lahko omeni posebno področje, na katerem je dejaven, tako da uporabi izraze, ki povzemajo uradno poimenovanje specialista, ki niso zavajajoči ali ki niso dvoumni glede imetništva naziva specializacije […]

5. Določbe tega člena se uporabljajo tudi za združenje zdravnikov in za navedbe na receptih kirurgov, zobozdravnikov, specialistov za zobno protetiko in veterinarjev ter na vizitkah, ki jih uporabljajo tisti, ki opravljajo druge poklice, predvidene v odstavku 1.

Člen 2

1. Oglaševanje v obliki table in oglasa iz člena 1 mora dovoliti župan; dovoljenje izda na podlagi odobritve zbornice, katere član je prosilec. […]

2. Da bi občina izdala dovoljenje, mora strokovnjak na pristojno zbornico ali poklicno združenje nasloviti prošnjo, ki ji je priložen podroben opis vrste, značilnosti in vsebine oglasa. Zbornica ali poklicno združenje posreduje prošnjo županu, pri čemer priloži svoje soglasje, v roku tridesetih dni od datuma, ko ji je bila prošnja predložena.

3. Za izdajo soglasja mora zbornica ali poklicno združenje preveriti, ali se spoštujejo določbe iz člena 1 in ali so estetske značilnosti table, oglasa ali znaka iz člena 4 v skladu z določbami, ki so predpisane s posebno uredbo ministra za zdravje na podlagi mnenja Višjega sveta za zdravje in po potrebi zbornice ali poklicnega združenja, ki izrazi svoje mnenje v roku devetdesetih dni od datuma vložitve prošnje.

3a. Dovoljenja iz odstavka 1 se obnovijo samo, če je izvirno besedilo oglasa spremenjeno.

[…]

Člen 4

1. Oglaševanje, ki se nanaša na zasebne klinike ter na ordinacije in ambulante, eno- ali multidisciplinarne, je dovoljeno v obliki tabel ali znakov na zgradbi, v kateri se opravlja poklicna dejavnost, ter v obliki objave v telefonskih imenikih, splošnih poslovnih telefonskih imenikih in v strokovnih revijah, ki so izključno namenjene pripadnikom zdravniških poklicev, v dnevnih časopisih in informativnih revijah ter na lokalnih radijskih in televizijskih postajah, z možnostjo natančnejše navedbe posebnih zdravniških in kirurških dejavnosti ter diagnostičnih in terapevtskih postopkov, ki se dejansko izvajajo, pod pogojem, da te podatke spremljajo ime, priimek in poklicni nazivi odgovornih za vsako specializirano področje.

2. V vseh primerih je obvezno, da se navede ime, priimek in poklicne nazive odgovornega zdravnika zdravstvenega vodstva.

[…]

Člen 5

1. Oglaševanje iz člena 4 se dovoli za pokrajino na podlagi mnenja pokrajinskih zvez zbornic ali poklicnih združenj – če obstajajo –, ki morajo zagotavljati imetništvo in veljavnost akademskih in znanstvenih nazivov ter skladnost estetskih značilnosti table, znaka ali oglasa z značilnostmi, določenimi z uredbo iz člena 2(3).

[…]

3. V oglasih iz tega člena morajo biti navedeni podatki, omenjeni v pokrajinskem dovoljenju.

4. Imetnikom nazivov in odgovornemu zdravstvenemu vodstvu ustanov iz člena 4, ki bi oglaševali v priznanih oblikah brez pokrajinskega dovoljenja, se lahko naloži disciplinsko sankcijo ukora ali prepoved opravljanja zdravstvenega poklica […]

5. Če oglas vsebuje napačne navedbe o dejavnostih ali storitvah, za katere je ustanova usposobljena, da jih opravlja, in ni naveden zdravstveni direktor, se upravno dovoljenje v zvezi z opravljanjem zdravstvene dejavnosti odvzame za obdobje od šestih mesecev do enega leta.

[…]

Člen 9a

Osebe, ki opravljajo zdravstvene poklice iz člena 1, ter zdravstvene ustanove iz člena 4 lahko oglašujejo v obliki, ki je dovoljena s tem zakonom in v mejah izdatkov, enakim 5 % dohodkov, izkazanih v prejšnjem letu.“

17. Predložitveno sodišče je omenilo tudi zakon št. 248 z dne 4. avgusta 2006, z naslovom „Uredba-zakon št. 223 z dne 4. julija 2006 o nujnih določbah za ponovni gospodarski in socialni razcvet, za omejitev in racionalizacijo javnih izdatkov in za ukrepe na strani prihodkov ter boj proti davčni utaji, ki je bila z nekaj spremembami spremenjena v zakon“ [11], ki je bil sprejet po nastanku dejstev v postopku v glavni stvari.

11 – Redni dodatek h GURI št. 183, 11. 8. 2006.

18. Člen 2 tega zakona določa:

„1. V skladu s skupnostnim načelom svobodne konkurence ter načelom prostega pretoka oseb in storitev in z namenom uporabnikom zagotoviti možnost dejanske izbire pri izvrševanju njihovih pravic in možnost primerjave storitev, ponujenih na trgu, so od datuma začetka veljavnosti te uredbe razveljavljeni zakoni in drugi predpisi, ki v zvezi s samostojnimi poklici in intelektualnimi dejavnostmi določajo:

[…]

b) prepoved, tudi delno, predvajanja informativnega oglasa o diplomah in poklicnih specializacijah, o značilnostih ponujene storitve ter cenah in splošnih stroških storitev v skladu z načeli preglednosti in resničnosti sporočila, spoštovanje katerih zagotavlja združenje;

[…]

2. To ne vpliva na določbe v zvezi z opravljanjem poklicev v okviru nacionalne službe za javno zdravje ali v okviru pogodbenega razmerja s to službo ter na določbe v zvezi z morebitnimi najvišjimi tarifami, ki se bile na splošno predhodno uvedene zaradi varstva uporabnikov […]“

II – Dejansko stanje

19. Podlaga tega postopka je spor med Corporación Dermoestética SA [12], družbo španskega prava, katere dejavnost so lepotilna nega ter zdravljenje in kirurške storitve na tem področju, ter družbo To Me Group Advertising Media Srl, [13] oglaševalsko agencijo.

20. Leta 2003 je družba Dermoestética začela opravljati svojo dejavnost v Italiji, kjer je odprla 24 lepotilnih centrov in 21 zdravstvenih centrov v 23 mestih.

21. Družba Dermoestética je 10. oktobra 2005 z družbo Advertising Media sklenila pogodbo, na podlagi katere bi morala slednja narediti pet reklamnih oglasov med

12 – V nadaljevanju: družba Dermoestética.

13 – V nadaljevanju: družba Advertising Media.

televizijsko oddajo Verissimo, ki jo predvajajo v času visoke gledanosti na postaji italijanske nacionalne televizije Canale 5. Dogovorjena cena je bila 46.000 EUR brez davka ter 4000 EUR za provizijo agencije.

22. Potem ko je dobila predplačilo v višini 2000 EUR, je družba Advertising Media obvestila družbo Dermoestética, da ji je glede na veljavno zakonodajo v Italiji onemogočeno narediti reklamne oglase, predvidene v pogodbi, na postaji nacionalne televizije. Predlagala je, da bi ob povišanju dogovorjene cene poiskala oglaševalski prostor na italijanskih lokalnih televizijskih postajah.

23. Družba Dermoestética je zahtevala povračilo predplačila 2000 EUR. Potem ko je družba Advertising Media zavrnila ta zahtevek, je vložila tožbo pri Giudice di pace di Genova (Italija) za plačilo tega zneska.

24. Pred tem sodiščem je Cliniche Futura Srl, odvisna družba družbe Dermoestética s sedežem v Genovi, v katere poslovnih prostorih je bila sklenjena sporna pogodba in ki je vložila predlog za intervencijo v postopku, trdila, da je italijanska zakonodaja v zvezi s televizijskim oglaševanjem za zdravstvene dejavnosti v nasprotju s svobodo ustanavljanja iz člena 43 ES.

III – Vprašanja za predhodno odločanje

25. V tem okviru je predložitveno sodišče prekinilo odločanje in Sodišču v predhodno odločanje predložilo ta vprašanja:

„1. Ali so s členom 49 Pogodbe ES združljive nacionalne določbe, kot so členi 4, 5 in 9a [zakona iz leta 1992] in ministrski dekret št. 657 z dne 16. septembra 1994 in/ali upravna praksa, ki na nacionalni televiziji prepovedujejo oglaševanje zdravljenja in kirurških posegov, ki jih opravljajo v zasebnih zdravstvenih ustanovah, ki imajo za to dovoljenje, čeprav je tako oglaševanje dovoljeno na postajah lokalne televizije, in ki za tako oglaševanje hkrati določajo omejitev izdatkov v višini 5 % izkazanih dohodkov prejšnjega leta?

2. Ali so s členom 43 Pogodbe ES združljive nacionalne določbe, kot so členi 4, 5 in 9a [zakona iz leta 1992] in ministrski dekret št. 657/1994 in/ali upravna praksa, ki na nacionalni televiziji prepovedujejo oglaševanje zdravljenja in kirurških posegov, ki jih opravljajo v zasebnih zdravstvenih ustanovah, ki imajo za to dovoljenje, čeprav je tako oglaševanje dovoljeno na postajah lokalne televizije, in ki določajo, da je za navedeno oglaševanje hkrati potrebno predhodno dovoljenje za predvajanje vsake občine in mnenje pokra-

jinske zbornice, in določajo še omejitev izdatkov v višini 5 % izkazanih dohodkov prejšnjega leta?

3. Ali člena 43 in/ali 49 Pogodbe ES nasprotujeta temu, da se za predvajanje informativnega oglasa o estetskih zdravstvenih in kirurških storitvah, ki jih opravljajo v zasebnih zdravstvenih ustanovah, ki imajo za to dovoljenje, zahteva dodatno predhodno dovoljenje lokalnih upravnih organov in/ali zbornic?

4. Ali so Federazione nazionale degli ordini dei medici (FNOMCEO) (Nacionalna zveza zdravniških zbornic, v nadaljevanju: FNOMCEO) in z njo povezane zdravniške zbornice, s tem da so sprejele etični kodeks, ki določa omejitve pri oglaševanju zdravstvenih poklicev, in razlagalno prakso veljavnih določb o oglaševanju zdravstvenih storitev, tako da omejujejo pravico zdravnikov do oglaševanja njihovih dejavnosti – oboje pa je zavezujoče za vse zdravnike –, omejile konkurenco, tako da so presegle to, kar je dovoljeno na podlagi upoštevnega nacionalnega prava in je v nasprotju s členom 81(1) ES?

5. Ali je v vsakem primeru razlagalna praksa, ki jo je sprejela FNOMCEO, v nasprotju s členi 3(1)(g) ES, 4 ES, 98 ES, 10 ES, 81 ES in morebiti 86 ES, če tako prakso dovoljuje nacionalno pravo, ki od pristojnih pokrajinskih zbornic zahteva, da preverijo preglednost in resničnost oglasov, ne da bi bila navedena merila in podrobna pravila za izvajanje takega pooblastila?“

IV – Analiza

A – *Predmet vprašanj za predhodno odločanje in njihova dopustnost*

26. Vprašanja, ki jih je zastavilo predložitveno sodišče, se lahko razvrstijo v dve skupini. Prvo skupino sestavljajo prvo, drugo in tretje vprašanje. S temi tremi vprašanji predložitveno sodišče prosi za presojo združljivosti zakona iz leta 1992, ki prepoveduje oglaševanje zdravljenja in kirurških posegov na področju lepotnih posegov na postajah nacionalne televizije, s členoma 43 ES in 49 ES.

27. Druga skupina vprašanj zajema četrto in peto vprašanje. Ti vprašanji se nanašata na etični kodeks in prakso na podlagi tega kodeksa, ki ju je sprejela FNOMCEO. Predmet teh dveh vprašanj je presoja združljivosti tega kodeksa in te prakse z več določbami Pogodbe, zlasti s členom 81 ES, ki prepoveduje sporazume med podjetji, ki so v nasprotju s skupnim trgom.

28. Italijanska vlada trdi, da so vsa vprašanja nedopustna, ker predložitveno sodišče ni upoštevalo, da je uredba-zakon št. 223 z dne 4. julija 2006 [14] razveljavila določbe zakonov in drugih predpisov, ki samostojnim in intelektualnim poklicem prepovedujejo informativno oglaševanje.

29. Trdi tudi, da tretje, četrto in peto vprašanje ni upoštevno za rešitev spora v postopku v glavni stvari, ker neizpolnitev pogodbe, sklenjene med družbo Dermoestética in Advertising Media, izvira iz stališča slednje in ne iz zavrnitve televizijske družbe Canale 5.

30. Komisija meni, da je prva skupina vprašanj dopustna. Nasprotno pa ima dvome glede dopustnosti četrtega in petega vprašanja.

31. Delim mnenje Komisije glede dopustnosti obeh skupin vprašanj za predhodno odločanje.

32. Uvodoma je treba opozoriti, da mora v skladu z ustaljeno sodno prakso v okviru postopka za sprejetje predhodne odločbe le nacionalno sodišče, ki odloča o sporu in ki mora prevzeti odgovornost za sodno odločitev, ob upoštevanju posebnosti zadeve presoditi tako nujnost sprejetja predhodne odločbe za izdajo njegove sodbe kot tudi pomembnost vprašanj, ki jih je predložilo Sodišču. Zato je Sodišče načeloma dolžno odločati, kadar se predložena vprašanja nanašajo na razlago prava Skupnosti. [15]

33. Samo če je očitno, da razlaga predpisa Skupnosti, za katero prosi nacionalno sodišče, nima nikakršne zveze z dejanskim stanjem ali predmetom spora o glavni stvari ali če Sodišče nima na voljo potrebnih dejanskih in pravnih podatkov, da bi lahko koristno odgovorilo na zastavljena vprašanja, se lahko vprašanja razglasi za nedopustna. [16]

14 – GURI št. 153 z dne 4. julija 2006, str. 4, v nadaljevanju: uredba-zakon št. 223/2006.

15 – Glej zlasti sodbo z dne 21. januarja 2003 v zadevi Bacardi-Martini in Cellier des Dauphins (C-318/00, Recueil, str. I-905, točka 41, in navedena sodna praksa).

16 – *Ibidem* (točka 42 in navedena sodna praksa).

34. Poleg tega so v okviru postopka sodelovanja med sodišči, določenega v členu 234 ES, naloge Sodišča in naloge predložitvenega sodišča jasno ločene in izključno slednjemu pripada naloga razlage nacionalne zakonodaje. [17]

35. Glede na to razmišljanje se zdi, da je prva skupina vprašanj dopustna. Predložitveno sodišče je namreč tisto, ki mora presoditi učinke uredbe-zakona št. 223/2006 na rešitev spora v postopku v glavni stvari, in ne vlada države članice, ki ji pripada to sodišče. [18] Giudice di pace di Genova je s predložitvijo tega predloga za sprejetje predhodne odločbe Sodišču v odločanje izrazilo stališče, da ta uredba-zakon, katere člen 12 sicer navaja, ne postavlja pod vprašaj uporabe zakona iz leta 1992 v sporu, o katerem odloča. Ni naloga Sodišča, da dvomi o tej presoji.

36. Argumenta italijanske vlade, da navedena uredba-zakon razveljavlja določbe zakona iz leta 1992, ki prepovedujejo oglaševanje, ter vse zakone in druge predpise, ki svobodnim in intelektualnim poklicem prepovedujejo informativno oglaševanje, torej ni mogoče sprejeti in zaradi njega prva skupina vprašanj torej ni brezpredmetna.

37. Poleg tega vprašanje združljivosti spornih določb zakona iz leta 1992 s členoma 43 ES in 49 ES ni očitno neupoštevno za rešitev spora v postopku v glavni stvari.

38. Namreč, če bi bilo treba ta člena ali enega izmed njiju razlagati v tem smislu, da nasprotujeta določbam, ki predvidevajo prepoved televizijskega oglaševanja, kot je bila prepoved, uvedena z zakonom iz leta 1992, nacionalno sodišče v skladu s sodno prakso o učinku primarnosti neposredno uporabljivega pravila prava Skupnosti ne bi smelo uporabiti teh določb. [19]

39. Nasprotno pa se strinjam z dvomi Komisije v zvezi z dopustnostjo druge skupine vprašanj.

40. Ta skupina vprašanj ima dejansko za predmet presojo združljivosti etičnega kodeksa in prakse na podlagi tega kodeksa, ki ju je sprejela zveza zdravnikov, s pravom Skupnosti. Vendar predložitveno sodišče ni posredovalo nobenih podatkov o vsebini tega kodeksa in te prakse. Tudi ni obrazložilo, kako naj bi bila preučitev tega kodeksa in navedene prakse s strani Sodišča upoštevna za rešitev spora v postopku v glavni stvari.

17 – Glej zlasti sodbo z dne 17. junija 1999 v zadevi Piaggio (C-295/97, Recueil, str. I-3735, točka 29, in navedena sodna praksa).

18 – Sodba z dne 13. novembra 2003 v zadevi Neri (C-153/02, Recueil, str. I-13555, točka 35).

19 – Sodba z dne 9. marca 1978 v zadevi Simmenthal (106/77, Recueil, str. 629, točka 21).

41. Ta neobstoj upoštevnosti se lahko zdi očiten ob upoštevanju dejstva, da je glede na navedbe, ki jih je posredovalo predložitveno sodišče, družba Advertising Media razložila, da ni mogla izpolniti pogodbenih obveznosti zaradi zakona iz leta 1992, ker ta prepoveduje vsakršno oglaševanje zdravljenja in kirurških posegov na področju lepotnih posegov, ki jih opravljajo v zasebnih zdravstvenih ustanovah, na postajah nacionalne televizije, in ne zaradi kodeksa, ki ga je sprejela FNOMCEO, in prakse, ki temelji na njem.

42. Zato predlagam Sodišču, naj ugotovi, da sta četrto in peto vprašanje očitno neupoštevni za rešitev spora v postopku v glavni stvari, in naj ju razglasi za nedopustni.

B – *Prva tri vprašanja za predhodno odločanje*

43. Predložitveno sodišče želi s prvim, drugim in tretjim vprašanjem izvedeti, ali je zakon iz leta 1992, ki prepoveduje oglaševanje zdravljenja in kirurških posegov na področju lepotnih posegov, ki jih opravljajo v zasebnih zdravstvenih ustanovah, na postajah nacionalne televizije, dopušča pa pod določenimi pogoji tako oglaševanje na postajah lokalne televizije, v skladu s členoma 43 ES in 49 ES.

44. V delu, v katerem je bilo televizijsko oglaševanje zdravstvenih storitev predmet usklajevanja v Direktivi 89/552, je treba preučiti, ali je treba združljivost spornih določb zakona iz leta 1992 presojati z vidika te direktive ali z vidika določb Pogodbe v zvezi s prostim pretokom.

1. Upoštevne določbe prava Skupnosti

45. Naj spomnim, da člen 14(1) Direktive 89/552 izrecno prepoveduje televizijsko oglaševanje zdravil in zdravljenja, ki jih je mogoče dobiti le na recept v tisti državi članici, pod katere jurisdikcijo je izdajatelj televizijskega programa.

46. Gre torej za presojo, ali gre pri zakonu iz leta 1992 v delu, v katerem prepoveduje oglaševanje zdravljenja in kirurških posegov na področju lepotnih posegov, ki jih opravljajo v zasebnih zdravstvenih ustanovah, na postajah nacionalne televizije, za prenos člena 14(1) Direktive 89/552.

47. Ta direktiva ne opredeljuje natančneje zdravstvenih storitev, na katere se nanaša prepoved televizijskega oglaševanja, določenega v členu 14(1).

48. Komisija je na obravnavi poudarila, da je treba pojem „zdravstvene storitve“, navedene v tem členu, razlagati po analogiji s pojmom „zdravila, ki jih je mogoče dobiti na recept“. Zadevni pojem je tako enak dejanjem, ki jih opravi zdravnik na podlagi recepta, ki ga izda drug zdravnik. Na področju lepotne kirurgije bi ta pojem zajemal na primer operacije, katerih namen je odpraviti posledice nesreče ali popraviti prirojeno deformacijo. Nasprotno pa naj ta pojem ne bi zajemal dejanj, ki jih opravijo na samo zahtevo pacienta.

49. Nizozemska vlada trdi, da pojmovno vse zdravstvene storitve potrebujejo posredovanje zdravnika, tako da del stavka „ki jih je mogoče dobiti le na recept“ ne doda ničesar k pojmu zdravstvenih storitev. Ta vlada poudarja tudi, da lahko države članice sprejmejo strožje ukrepe, kot so predvideni s členom 14 Direktive 89/552.

50. V nasprotju z nizozemsko vlado menim, da je del stavka „ki jih je mogoče dobiti le na recept“ vsekakor upošteven za določitev obsega prepovedi iz člena 14(1) Direktive 89/552. Poleg tega ne verjamem, da je treba merilo recepta razlagati tako, kot predlaga Komisija.

51. Odločitev, ali člen 14(1) Direktive 89/552 zajema lepotni kirurški poseg ali ne, glede na to, ali je ta poseg predpisal drug zdravnik ali pa se je zanj odločil pacient sam, ne omogoča, da bi se v vseh primerih vnaprej določilo, ali je storitev zajeta v prepovedi iz tega člena ali ne. Kirurški poseg, kot je preoblikovanje nosu ali prsi, lahko namreč zdravnik predpiše kot odpravo posledic nesreče ali bolezni. Poseg se lahko opravi tudi na samo zahtevo pacienta, ker se je iz popolnoma estetskih razlogov odločil, da spremeni svoj obraz ali določen del svojega telesa, in v tem primeru je naloga zdravnika, da preveri, ali je ta poseg združljiv z zdravstvenim stanjem pacienta.

52. Merilo zdravniškega recepta, kot ga je predstavila Komisija, torej ne omogoča pravilnega izvajanja prepovedi iz člena 14(1) Direktive 89/552. Izvajanje te prepovedi namreč pomeni, da je vnaprej znano, za katere vrste zdravstvenih storitev je prepovedano televizijsko oglaševanje. Pojem „zdravstvene storitve“ v smislu člena 14(1) te direktive, tako kot pojem „zdravila“ iz tega istega člena, po mojem mnenju zajema vse storitve, ki so kot take izključene iz vsakega televizijskega oglaševanja. Določitev področja uporabe navedenega člena zahteva torej drugačno razlago merila zdravniškega recepta.

53. Zakonodajalec Skupnosti je, s tem da je v členu 14(1) Direktive 89/552 navedel zdravila in zdravstvene storitve, ki jih je mogoče dobiti le na recept, po mojem mnenju hotel omejiti prepoved televizijskega oglaševanja zdravil in zdravstvenih storitev, katerih uporaba je pogojena z dovoljenjem zdravnika v skladu z zakonodajo zadevne države članice. Gre torej za zdravila in zdravstvene storitve, katerih jemanja oziroma izvajanja ni mogoče prepustiti le presoji pacienta ali potrošnika.

54. To analizo potrjuje trideseta uvodna izjava Direktive 89/552, v skladu s katero je treba prepovedati televizijsko oglaševanje zdravil in zdravljenja, ki jih je mogoče dobiti „le“ na recept v zadevni državi članici.

55. Potrjujejo jo tudi razlogi, ki so podlaga za to prepoved. Prepoved oglaševanja zdravil in zdravljenja iz člena 14(1) Direktive 89/552 se nahaja za prepovedjo vsakršnega oglaševanja cigaret in drugih tobačnih izdelkov, določeno v členu 13 te direktive, in pred določbami, ki se nanašajo na televizijsko oglaševanje alkoholnih pijač, v členu 15 navedene direktive. Predmet vseh teh določb je varstvo javnega zdravja.

56. Prepoved televizijskega oglaševanja zdravil in zdravljenja, ki jih je mogoče dobiti le na recept, se razloži s tem, da se jih lahko jemlje oziroma izvaja samo v primeru nujnosti, ki jo ugotovi zdravnik, v strogo terapevtske namene in v pogojih, ki jih določi terapevt. Zakonodajalec Skupnosti je torej želel prepovedati dejanja, ki so namenjena spodbujanju pridobitve takih zdravil in zdravljenj, ki lahko ogrožajo zdravje potrošnika, če se ne izkažejo za nujna in če se jih ne jemlje oziroma izvaja v skladu z recepti zdravnika.

57. Iz tega sklepam, da je zakonodajalec Skupnosti želel omejiti prepoved televizijskega oglaševanja zdravstvenih storitev, ki jih je mogoče izvajati le na podlagi recepta zdravnika. Zato menim, da če se zdravstvena storitev lahko opravi na samo zahtevo pacienta, kot na primer – na področju lepotne kirurgije in v skladu z italijansko zakonodajo – preoblikovanje nosu ali prsi, potem ne sodi na področje uporabe člena 14(1) Direktive 89/552.

58. Prepoved televizijskega oglaševanja, predvidena z zakonom iz leta 1992, je torej precej širša od prepovedi iz Direktive 89/552. Dejansko zakon iz leta 1992 prepoveduje oglaševanje na postajah nacionalne televizije za zdravstvene poklice in pomožne zdravstvene poklice ter zasebne klinike. Natančneje, v skladu s prvim, drugim in tretjim vprašanjem, ki jih je zastavilo predložitveno sodišče, ima za posledico prepoved vsakršnega oglaševanja storitev zdravljenja

in kirurških posegov na področju lepotnih posegov, ki jih opravljajo v zasebnih zdravstvenih ustanovah, na postajah nacionalne televizije, medtem ko ta zdravljenja, kot smo videli, niso vsa na voljo le na zdravniški recept v smislu člena 14(1) Direktive 89/552.

59. Vendar pa zaradi dejstva, da te določbe iz zakona iz leta 1992 uvajajo širšo prepoved televizijskega oglaševanja, kot je določena v Direktivi 89/552, te niso v nasprotju s pravom Skupnosti.

60. Kot je poudarila nizozemska vlada, daje člen 3(1) te direktive državam članicam možnost, da določijo natančnejša in strožja pravila na področjih, ki jih ta pokriva. To določbo je treba razlagati tako, da se uporablja za vse določbe iz naslova IV navedene direktive [20], katerega del je člen 14(1). Države članice imajo torej pravico, da predvidijo bolj omejujoče ukrepe glede televizijskega oglaševanja zdravil in zdravljenja, kot so ukrepi, predvideni v tem členu.

61. Vendar je pomembno, da države članice pri izvajanju tega pooblastila, da sprejmejo natančnejša in strožja pravila, tako kot pri izvajanju svojih pridržanih pristojnosti, ne kršijo svobode prostega pretoka. Dejansko je v skladu z ustaljeno sodno prakso, da čeprav pogoji za opravljanje poklicne dejavnosti niso usklajeni, ostanejo države članice pristojne za določitev opravljanja te dejavnosti, ampak morajo svoje pristojnosti na tem področju izvajati ob spoštovanju temeljnih svoboščin, ki jih zagotavlja Pogodba. [21]

62. Združljivost spornih določb zakona iz leta 1992 s pravom Skupnosti je treba torej presojati glede na svobodo prostega pretoka, ki ga je uvedla Pogodba.

63. Predložitveno sodišče meni, da je treba v okoliščinah zadeve v postopku v glavni stvari to presojo opraviti glede na svobodo ustanavljanja in na svobodno opravljanje storitev. Strinjam se s tem mnenjem.

64. Spor o glavni stvari izvira iz neizpolnitve pogodbe, ki jo je z družbo Advertising Media sklenila družba Dermoestética, družba španskega prava, pri čemer je bil predmet pogodbe predvajanje oglasnih sporočil na postaji italijanske televizije.

20 – Sodba z dne 9. februarja 1995 v zadevi Leclerc-Siplec (C-412/93, Recueil, str. I-179, točke od 37 do 44).

21 – Sodba z dne 11. julija 2002 v zadevi Gräbner (C-294/00, Recueil, str. I-6515, točka 26, in navedena sodna praksa).

65. Zdi se mi, da pravni položaj družbe Dermoestética sodi na področje uporabe člena 43 ES v povezavi s členom 48 ES, saj je bil namen sklenitve pogodbe o oglaševanju z družbo Advertising Media predstavitev dejavnosti te družbe v Italiji prek njenih podružnic. [22]

66. Prav tako se zdi, da je družba Dermoestética prejemnik storitev, ki so bile naročene pri družbi Advertising Media, in se lahko zato na podlagi tega statusa sklicuje na določbe člena 49 ES.

67. Nagibam se k stališču, da je osrednja točka te zadeve bližje svobodi ustanavljanja ob upoštevanju cilja, ki ga zasleduje družba Dermoestética s pogodbo, ki jo je sklenila z družbo Advertising Media, in učinkov zakona iz leta 1992 na konkurenco. Vendar ker se predložitveno sodišče v tej zadevi sprašuje tudi o obsegu svobode opravljanja storitev in ker je Sodišče v sodbi Gourmet International Products [23] preučilo zakonodajo o oglaševanju alkoholnih pijač tako glede na člene Pogodbe v zvezi s prostim pretokom blaga kot tudi glede na člen 49 ES, bom preučil na kratko tudi razlago tega člena.

22 – Glej v tem smislu sodbo z dne 17. oktobra 2002 v zadevi Payroll in drugi (C-79/01, Recueil, str. I-8923, točka 25).

23 – Sodba z dne 8. marca 2001 (C-405/98, Recueil, str. I-1795).

68. Predložitveno sodišče s prvim, drugim in tretjim vprašanjem tako sprašuje, ali je treba člena 43 ES in 49 ES v povezavi s členoma 48 ES in 55 ES razlagati tako, da nasprotujeta zakonodaji države članice, ki prepoveduje oglaševanje estetskih zdravstvenih in kirurških storitev, ki jih opravljajo v zasebnih zdravstvenih ustanovah, na postajah nacionalne televizije, dopušča pa pod določenimi pogoji tako oglaševanje na postajah lokalne televizije.

69. Menim, da je treba na to vprašanje odgovoriti pritrdilno, ker, prvič, taka prepoved oglaševanja pomeni omejevanje svobode ustanavljanja in svobodnega opravljanja storitev v smislu členov 43 ES in 49 ES in ker, drugič, se taka omejitev ne zdi utemeljena, saj je tako oglaševanje mogoče pod določenimi pogoji na postajah lokalne televizije. Preučil bom vsako točko posebej.

2. Obstoj omejitve

70. Svoboda ustanavljanja, uvedena s členom 43 ES in 48 ES, podeljuje družbam, ustanovljenim v skladu z zakonodajo posamezne države članice, pravico dostopa do samostojne dejavnosti v drugi državi članici in pravico do stalnega opravljanja te dejavnosti v tej državi pod istimi pogoji kot družbam, ki

imajo sedež v tej državi. Člen 43 ES tako predpisuje odpravo diskriminatornih ukrepov.

71. V skladu s sodno prakso Sodišča se kot omejitve svobode ustanavljanja v smislu tega člena štejejo vsi ukrepi, ki prepovedujejo, motijo ali zmanjšujejo privlačnost izvrševanja te svobode. [24] Med temi ukrepi so tudi ukrepi, ki – četudi se uporabljajo brez razlike – vplivajo na način opravljanja zadevne dejavnosti in ki gospodarskemu subjektu odvzemajo učinkovito sredstvo konkurence za njegov prodor na trg. [25]

72. Sodišče je razsodilo, da je bilo tako na primer pri ukrepu, ki vsem kreditnim institucijam, ki prejemajo sredstva od javnosti, prepoveduje obrestovanje vlog na vpogled. [26] Enako stališče je zavzelo v okviru svobodnega opravljanja storitev glede zakonodaje, ki odvetnikom absolutno prepoveduje, da bi odstopili od najnižjih nagrad, določenih z odvetniško tarifo. [27] Ti ukrepi so bili obravnavani kot neugodni za tuje gospodarske subjekte, ker jim odvzemajo sredstvo, ki bi jim omogočalo, da učinkoviteje konkurirajo gospodarskim subjektom, ki že imajo sedež v državi članici gostiteljici. [28]

73. Torej gre za učinke teh ukrepov na dostop do trga, ki omogočajo, da se te ukrepe opredeli kot „omejujoče“, v smislu členov 43 ES in 49 ES. Navedeni ukrepi pomenijo omejitve prostega pretoka, ker z oviranjem dostopa do zadevnega trga za nove gospodarske subjekte pomenijo objektivno oviro za prosti pretok. Ukrepi, ki prepovedujejo ali ki otežujejo dostop do trga novim gospodarskim subjektom, ohromijo zadevni trg v trenutnem stanju in so torej po naravi v nasprotju s prostim pretokom in konkurenco, na katerih temelji skupni trg.

74. Obrestovanje vlog na vpogled s strani kreditnih institucij ter prosto določanje nagrad se je tako obravnavalo kot legitimna sredstva konkurence, ki so potrebna za pridobitev dostopa na trg države članice

24 – Sodba z dne 5. oktobra 2004 v zadevi CaixaBank France (C-442/02, ZOdl., str. I-8961, točka 11, in navedena sodna praksa).

25 – *Ibidem* (točka 12).

26 – *Idem.*

27 – Sodba z dne 5. decembra 2006 v združenih zadevah Cipolla in drugi (C-94/04 in C-202/04, ZOdl., str. I-11421, točki 58 in 59).

28 – V točki 13 navedena sodba CaixaBank France in v točki 59 navedena sodba Cipolla in drugi. Tako je v zgoraj navedeni sodbi CaixaBank France Sodišče poudarilo, da za kreditne institucije, ki so podružnice tuje družbe, ob prodoru na trg države članice konkuriranje s stopnjo obrestne mere za vloge na vpogled ena izmed najučinkovitejših metod za dosego tega cilja, tako da je dostop do trga s sporno prepovedjo za te institucije dodatno otežen (točka 14). Prav tako je v zgoraj navedeni sodbi Cipolla in drugi ugotovilo, da absolutna prepoved odstopanja od najnižje tarife odvetnikom iz držav članic, ki nimajo sedeža v Italijanski republiki, odvzema možnost, da bi s tem, da bi zahtevali nagrade, ki so nižje od nagrad določenih s to tarifo, učinkoviteje konkurirali odvetnikom s sedežem v zadevni državi članici, ki imajo zaradi tega pri pridobivanju strank več možnosti kot odvetniki s sedežem v tujini (točka 59).

gostiteljice. Menim, da je treba to razmišljanje prenesti na pravico oglaševanja.

75. Sodišče je že poudarilo pomen oglaševanja za dostop do trga na področju prostega pretoka blaga.

76. Na tem področju je treba nacionalne določbe, ki urejajo oglaševanje, razumeti kot načine prodaje v smislu sodne prakse od sodbe Keck in Mithouard [29] dalje, tako da ne pomenijo ovir v smislu člena 28 ES, če se ne nanašajo na vse zadevne gospodarske subjekte, ki opravljajo svojo dejavnost na nacionalnem ozemlju in če na enak način pravno in dejansko vplivajo na trženje domačih proizvodov in proizvodov iz drugih držav članic. [30]

77. Tako je v sodbi De Agostini in TV-Shop [31] Sodišče menilo, da ni mogoče izključiti, da je imela popolna prepoved oblike oglaševanja proizvoda v državi članici, v kateri se zakonito prodaja, večje učinke na proizvode iz drugih držav članic.

78. V zgoraj navedeni sodbi Gourmet International Products se je Sodišče opredelilo glede zakonodaje, ki prepoveduje vsakršno oglaševanje alkoholnih pijač, ki je naslovljeno na potrošnike, z določenimi zanemarljivimi izjemami. Menilo je, da je treba tako prepoved oglaševanja šteti, kot da močneje vpliva na trženje proizvodov iz drugih držav članic kot na trženje nacionalnih proizvodov in da posledično pomeni oviro za trgovino med državami članicami, ki sodi na področje uporabe člena 28 ES. [32]

79. Sodišče je to analizo oprlo na ugotovitev, da pri proizvodih, kot so alkoholne pijače, katerih poraba je povezana s tradicionalno družbeno prakso ter lokalnimi navadami in običaji, prepoved slehernega oglaševanja, naslovljenega na potrošnike, prek tiskanih, radijskih in televizijskih oglasov, z neposrednim pošiljanjem nezaželenega materiala ali s plakatiranjem na javnih mestih, omejuje dostop na trg proizvodom iz drugih držav članic in ne nacionalnim proizvodom, ki jih potrošnik nehote bolje pozna. [33]

80. V sodbi Douwe Egberts [34] je Sodišče ugotovilo enako kot v zgoraj navedeni sodbi Gourmet International Products, in sicer

29 – Sodba z dne 24. novembra 1993 (C-267/91 in C-268/91, Recueil, str. I-6097).

30 – V točkah od 21 do 23 navedena sodba Leclerc-Siplec.

31 – Sodba z dne 9. julija 1997 (od C-34/95 do C-36/95, Recueil, str. I-3843, točka 42).

32 – V točki 25 navedena sodba Gourmet International Products.

33 – *Ibidem* (točka 21).

34 – Sodba z dne 15. julija 2004 (C-239/02, ZOdl., str. I-7007, točka 53).

glede nacionalnega zakona, ki pri oglaševanju živil prepoveduje omenjanje hujšanja in zdravniških priporočil, potrdil, izjav in mnenj ali celo izjav o učinkovitosti proizvoda.

81. Nacionalna zakonodaja, ki občutno omejuje oglaševanje proizvoda, je torej taka, da omejuje dostop tega proizvoda na trg. To razmišljanje se po mojem mnenju lahko prenese na storitve.

82. Oglaševanje se namreč izkaže za bistven instrument, ki gospodarskim subjektom omogoča, da obveščajo potrošnike o svojem obstoju in svojih dejavnostih. Tako igra odločilno vlogo pri možnosti družbe, da se uveljavi v novi državi članici in da tam razvije svoje dejavnosti. Oglaševanje je tudi sredstvo, s katerim skušajo gospodarski subjekti prepričati potrošnike, naj raje kupijo njihove storitve kot pa storitve njihovih konkurentov. S tem potrošnikom omogoča, da prekinejo svoje navade, in zato spodbuja konkurenco.

83. Ta pomen oglaševanja za samostojne poklice je dokazala tudi Komisija s poročilom o konkurenci v sektorju samostojnih poklicev [35]. V skladu s tem poročilom je lahko oglaševanje, predvsem primerjalno oglaševanje, konkurenčno orodje, ki je bistvenega pomena za podjetja, ki vstopajo na trg. [36]

84. Kot je navedel generalni pravobranilec Jacobs v sklepnih predlogih v zadevi, ki je privedla do zgoraj navedene sodbe Leclerc-Siplec, ukrepi, ki prepovedujejo ali močno omejujejo oglaševanje, neizogibno vodijo do tega, da ščitijo domače proizvajalce, ki že imajo tam sedež, in otežujejo tujim podjetjem prihod na trg. Svoboda oglaševanja se izkaže za posledico svobode prostega pretoka, določene s Pogodbo. [37]

85. Namen te analize ni pokazati, da bi bila vsaka občutna prepoved ali omejitev oglaševanja nujno v nasprotju s pravom Skupnosti. Prosti pretok je lahko predmet omejitev države članice. Vendar morajo biti te omejitve utemeljene z legitimnim razlogom, kot je varstvo javnega reda, javne varnosti ali javnega zdravja, ali pa z nujnimi razlogi v splošnem interesu.

86. Gre preprosto za to, da se sprejme, da pomenita prepoved oglaševanja ali močna

35 – COM(2004)83 konč./2.

36 – Točka 43.

37 – Točki 21 in 22.

omejitev na tem področju glede na pomen, ki ga ima oglaševanje za uresničevanje skupnega trga, načelno omejitev prostega pretoka, zagotovljenega s Pogodbo, in sta lahko združljivi s pravom Skupnosti samo, če sta utemeljeni.

87. V postopku v glavni stvari družba, kot je Dermoestética, ki opravlja svoje storitve na področju lepotnih posegov in ki je odprla centre za nego v več mestih v Italiji, mora pritegniti stranke, zato da jo širša javnost spozna.

88. Poleg tega je televizija sredstvo obveščanja, ki doseže širšo javnost. Podjetju omogoča, da zelo učinkovito seznani javnost s svojimi proizvodi in storitvami na celotnem ozemlju države članice. Uspeh tega sredstva komunikacije pri strokovnjakih je poleg tega vodil zakonodajalca Skupnosti, da določi v Direktivi 89/552 minimalne norme in merila, ki jih je treba spoštovati v okviru televizijskega oglaševanja, da bi se varovalo potrošnike pred njihovo čezmernostjo, ter obveznosti, določene v drugih besedilih sekundarnega prava, ki ureja oglaševanje na splošno [38] ali oglaševanje določenih proizvodov, kot so tobak ali zdravila.

89. Prepoved oglaševanja na postajah nacionalne televizije, določena z zakonom iz leta 1992, odvzema torej družbi, kot je Dermoestética, možnost, da uporabi še posebej učinkovito sredstvo obveščanja za seznanitev vse italijanske javnosti z zdravljenjem in kirurškimi posegi na področju lepotnih posegov, ki jih ponujajo številne podružnice v Italiji. Ta prepoved torej po mojem mnenju pomeni omejitev svobode ustanavljanja.

90. Ta analiza se sme potrditi s tem, da možnost oglaševanja v Italiji na postajah lokalne televizije ali z drugimi sredstvi obveščanja, ki jo predvideva zakon iz leta 1992, niti ne izravna niti ne zmanjša učinkov navedene prepovedi za podjetje, ki ima sedež v drugi državi članici.

38 – Direktiva Sveta 84/450/EGS z dne 10. septembra 1984 o približevanju zakonov in drugih predpisov držav članic o zavajajočem oglaševanju (UL L 250, str. 17). Ta akt je bil spremenjen z Direktivo 97/55/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 6. oktobra 1997 (UL L 290, str. 18) o zavajajočem oglaševanju, tako da se vključuje primerjalno oglaševanje (UL L 290, str. 18), in z Direktivo 2005/29/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 11. maja 2005 o nepoštenih poslovnih praksah podjetij v razmerju do potrošnikov na notranjem trgu ter o spremembi Direktive 84/450 in direktiv 97/7/ES, 98/27/ES in 2002/65/ES Evropskega parlamenta in Sveta ter Uredbe (ES) št. 2006/2004 Evropskega parlamenta in Sveta („Direktiva o nepoštenih poslovnih praksah“) (UL L 149, str. 22). Direktivo 84/450, kot je bila spremenjena, je razveljavila in nadomestila Direktiva 2006/114/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 12. decembra 2006 o zavajajočem in primerjalnem oglaševanju (UL L 376, str. 21).

91. Ta možnost je namreč odvisna od dveh pogojev, ki nesporno omejujeta njen pomen za tuje podjetje, ki se želi uveljaviti v Italiji. Prvi pogoj je pridobitev dovoljenja pristojnega lokalnega upravnega organa.

92. Predvajanje reklamnega oglasa na celotnem ozemlju Italijanske republike prek postaje lokalne televizije zavezuje torej družbo, kot je Dermoestética, da vloži toliko prošenj, kolikor je pristojnih pokrajinskih organov, kar je očitno zelo zapleteno in zelo drago. Glede na podatke, ki jih je posredovalo predložitveno sodišče, italijanska zakonodaja ne določa pogojev, ki jih je treba izpolniti za pridobitev tega dovoljenja, tako da se lahko ti pogoji razlikujejo od ene pokrajine do druge, in ki jih gospodarski subjekt, kot je družba Dermoestética, ne more zlahka poznati vnaprej.

93. Drugi pogoj je, da izdatek za to oglaševanje ne presega 5 % dohodkov, izkazanih v prejšnjem letu.

94. Kot je poudarila Komisija, ta pogoj pomeni tudi oviro za prodor družb, s sedežem v drugi državi članici, v Italijo, saj, prvič, omejuje njihove izdatke, za katere menijo, da so potrebni za to, da se javnost seznani z njimi na najbolj primeren način. Drugič, zadevna zakonodaja z določitvijo te meje na določen odstotek rezultatov prejšnjega leta ustvari učinke „kaskade“ v tem smislu, da omejitev oglaševanja zmanjšuje rezultate podjetja, ki sami pogojujejo znesek izdatkov, ki se lahko nameni za oglaševanje. Poleg tega nenatančnost pojma izkazanih dohodkov predstavlja dodatno težavo za tuje podjetje.

95. Končno spor o postopku v glavni stvari dokazuje, da družba Dermoestética možnosti oglaševanja na postajah lokalne televizije in z drugimi sredstvi obveščanja, predvidene z zakonom iz leta 1992, ob upoštevanju dveh pogojev iz členov 5 in 9a tega zakona, ni obravnavala kot zadovoljive rešitve, ki bi lahko nadomestila nezmožnost oglaševanja na postajah nacionalne televizije.

96. Zakon iz leta 1992 v delu, v katerem prepoveduje vsakršno televizijsko oglaševanje zdravljenja in kirurških posegov na področju lepotnih posegov, ki jih opravljajo v zasebnih zdravstvenih ustanovah, na postajah nacionalne televizije, pomeni torej omejitev svobode ustanavljanja.

97. Poleg tega se lahko te določbe obravnavajo tudi kot omejitev svobodnega opravljanja čezmejnih storitev v smislu člena 49 ES.

98. Zakon iz leta 1992 v delu, v katerem prepoveduje družbi Advertising Media ter

postajo italijanske nacionalne televizije, da oglašujejo za podružnice družbe Dermoestética v Italiji, tej preprečuje, da bi imela korist od teh storitev. Taka prepoved oglaševanja omejuje torej čezmejno ponudbo televizijskega oglaševanja tudi, če brez razlikovanja velja tudi za zasebne zdravstvene ustanove italijanskih družb in za enake ustanove družb, ki imajo svoj sedež v drugih državah članicah. [39]

3. Neobstoj utemeljitve

99. Italijanska vlada ne navaja nobenega razloga, ki bi lahko utemeljil omejitve, ki jih vsebujejo preučevane določbe zakona iz leta 1992. Nasprotno, implicitno priznava, da so te omejitve nezdružljive s pravom Skupnosti, saj trdi, da so bile sporne določbe razveljavljene z uredbo-zakonom št. 223/2006, ki je bila sprejeta glede na njen člen 2 v skladu z načelom svobodne konkurence z namenom uporabnikom zagotoviti možnost dejanske izbire prek primerjave storitev, ponujenih na trgu.

100. Družba Advertising Media navaja, da so sporne omejitve utemeljene z nujnimi razlogi v splošnem interesu, kot je varstvo javnega zdravja.

101. Gotovo je varstvo javnega zdravja eden izmed razlogov, ki v skladu s členoma 46 ES in 55 ES lahko utemeljijo omejitev svobode ustanavljanja in svobodnega opravljanja storitev. Sodišče je v zvezi s tem razsodilo, da zdravje in življenje ljudi zaseda prvo mesto med interesi, varovanimi z določbami Pogodbe, ki določajo mogoča odstopanja od prepovedi omejitev pravic do prostega pretoka. [40] Varovanje javnega zdravja se prav tako nahaja med nujnimi razlogi v splošnem interesu, ki lahko utemeljijo omejitve izvrševanja svobod prostega pretoka, zagotovljenih s Pogodbo.

102. Poleg tega kolikor oglaševanje v zvezi z zdravljenjem in kirurškimi posegi na področju lepotnih posegov ni predmet skupnih pravil ali usklajevanja na ravni Skupnosti, mora vsaka država članica določiti raven, na kateri želi zagotoviti varovanje javnega zdravja na tem področju, in način, kako naj bi se ta raven dosegla. [41]

103. V sklepnih, ki sem jih predstavil 22. novembra 2007 v zadevi Doulamis (C-446/05) – postopek, ki še teče pred Sodiščem –, sem trdil, da varovanje javnega zdravja lahko utemelji prepoved osebam, ki opravljajo zdravstvene poklice, kot so ponudniki zobozdravstvenih storitev, da oglašujejo drugače kot informativno. Svoje stališče sem oprl na dejstvo, da zdravstvene storitve niso take kot vse druge storitve, ker imajo učinke na fizično integriteto uporabnika in

39 – Glej v tem smislu zgoraj navedeno sodbo v zadevi Gourmet International Products (točka 39) in sodbo z dne 13. julija 2004 v zadevi Komisija proti Franciji (C-262/02, ZOdl., str. I-6569, točka 26).

40 – Sodba z dne 10. novembra 1994 v zadevi Ortscheit (C-320/93, Recueil, str. I-5243, točka 16).

41 – *Idem.*

na njegovo psihično ravnovesje. Skliceval sem se tudi na dejstvo, da področje zdravstva pomeni enega izmed tistih področij, na katerih je razlika v ravni znanja med ponudnikom in prejemnikom storitve najvišja, tako da uporabnik dejansko ni sposoben presoditi kakovosti storitve, ki jo je kupil.

104. Zdi se mi, da bi se to razmišljanje lahko preneslo na področje lepotnih posegov, ker ti niso omejeni na storitve za dobro počutje (wellness), kot so sprostitvene masaže ali epilacija, ampak imajo obliko pravih kirurških posegov, kot je preoblikovanje dela obraza ali telesa.

105. Čeprav se lahko taki kirurški posegi opravijo na zahtevo pacienta brez prave terapevtske potrebe, menim, da lahko država članica zaradi tveganj, ki so značilna za to vrsto zdravstvenih dejavnosti in njihovih morebitnih posledic na psihični ravni, legitimno predpiše omejitve v zvezi z oglaševanjem, ki se lahko predvaja javnosti. Tako se mi zdi, da je popolnoma upravičeno, da država članica prepove ali omeji reklamne akcije, katerih namen je spodbuditi ljudi, da si dajo spremeniti svoj obraz ali svojo postavo.

106. Ukrepi, ki so v ta namen sprejeti, morajo biti primerni za dosego cilja, ki ga zasledujejo, in ne smejo preseči tega, kar je nujno potrebno za to. [42]

107. Učinek prepovedi oglaševanja zdravljenja in kirurških posegov na področju lepotnih posegov na postajah nacionalne televizije je omejevanje oglaševanja takih storitev pri javnosti in zato varstvo zdravja. Vendar če je tako oglaševanje dovoljeno pod določenimi pogoji na postajah lokalne televizije, je prepoved vsakršnega oglaševanja na nacionalnih televizijskih postajah težko obravnavati kot sorazmerno.

108. Če je namreč italijanski zakonodajalec ocenil, da pogoji, ki omejujejo oglaševanje na postajah lokalne televizije, lahko varujejo javno zdravje, ne razumem, zakaj taki pogoji ne bi mogli veljati tudi za postaje nacionalne televizije. Domneve, da mora biti varstvo gledalcev manjše, če gledajo postaje lokalne televizije, ni mogoče dovoliti.

42 – Glej v tem smislu sodbo z dne 25. julija 1991 v združenih zadevah Aragonesa de Publicidad Exterior in Publivía (C-1/90 in C-176/90, Recueil, str. I-4151, točka 16).

109. Kot je poudarila Komisija, je zakon iz leta 1992 na ta način v določeni meri nekoherenten, saj bi moral italijanski zakonodajalec, če je bil njegov namen dejansko varovati zdravje gledalcev, tako da je prepovedal televizijsko oglaševanje zdravljenja in kirurških posegov na področju lepotnih posegov, razširiti to prepoved na postaje lokalne televizije.

110. Zakon iz leta 1992 glede tega predstavlja enako protislovje kot zadevna italijanska zakonodaja v zgoraj navedeni sodbi Payroll in drugi.

111. Ta zakonodaja je podjetjem z manj kot 250 zaposlenimi, ki so hotela zaupati obračunavanje in tisk plačilnih listov zunanjim centrom za obdelavo podatkov, nalagala, da uporabijo le centre, ki so jih ustanovile in jih sestavljajo osebe, ki so člani zbornice določenih poklicev v Italiji. Navedena zakonodaja se je obravnavala kot omejitev svobode ustanavljanja družb, ki imajo sedež v drugi državi članici in ki želijo ustanoviti družbe v Italiji, da bi tam opravljale informacijske storitve obračunavanja in tiska plačilnih listov.

112. Italijanska vlada je trdila, da je bila ta omejitev utemeljena z varstvom pravic delavcev. Sodišče je v zvezi s tem poudarilo, da na podlagi zadevne italijanske zakonodaje centri za obdelavo podatkov, ki jih niso ustanovili in jih ne sestavljajo le svetovalci za delo in zaposlitev ali enake osebe, lahko ponudijo storitve obračunavanja in tiska plačilnih listov podjetjem z več kot 250 zaposlenimi, pri čemer ti zaposleni ne bi smeli uživati v zvezi s tem manjšega varstva kot tisti, ki delajo za podjetja z manj zaposlenimi. Iz tega je izpeljalo, da ker zadevne naloge ne morejo biti manj zapletene, kadar število zadevnih zaposlenih narašča, sporna določba v vsakem primeru presega to, kar je nujno potrebno za doseganje njenega cilja varstva.[43]

113. Zdi se, da prepoved vsakršnega oglaševanja zdravljenja in kirurških posegov na področju lepotnih posegov na postajah nacionalne televizije presega to, kar je nujno potrebno za varstvo javnega zdravja. To analizo potrjuje tudi to, da v skladu s pojasnili italijanske vlade na obravnavi ta prepoved zadeva le zasebne zdravstvene ustanove.

114. Zato je zakonodaja države članice, ki prepoveduje oglaševanje estetskih zdravstvenih in kirurških storitev, ki jih opravljajo v zasebnih zdravstvenih ustanovah, na postajah nacionalne televizije, dopušča pa pod določenimi pogoji tako oglaševanje na postajah lokalne televizije, v nasprotju s členoma 43 ES in 49 ES v povezavi s členoma 48 ES in 55 ES.

43 – Zgoraj navedena sodba v zadevi Payroll in drugi (točka 37).

V – Predlog

115. Na podlagi zgornjih navedb predlagam, naj se na vprašanja za predhodno odločanje, ki jih je predložilo Giudice di pace di Genova, odgovori tako:

Člena 43 ES in 49 ES v povezavi s členoma 48 ES in 55 ES je treba razlagati tako, da nasprotujeta zakonodaji države članice, ki prepoveduje oglaševanje estetskih zdravstvenih in kirurških storitev, ki jih opravljajo v zasebnih zdravstvenih ustanovah, na postajah nacionalne televizije, dopušča pa pod določenimi pogoji tako oglaševanje na postajah lokalne televizije.