ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ
Г-Н Y. BOT
представено на 31 януари 2008 година [1]

1. Настоящото преюдициално производство се отнася до разпоредбите на италианското законодателство относно рекламата на медицинските професии и частните клиники. Съгласно тези разпоредби се забранява рекламата на медицинско и хирургично лечение в областта на естетичните услуги, извършвано в частни медицински структури, по телевизионните канали с национално разпространение. Все пак по телевизионните канали с местно разпространение и другите средства за комуникация тази реклама е разрешена при условие, от една страна, да се получи разрешение от компетентния местен орган, без да са уточнени условията, на които трябва да отговаря това разрешение, а от друга — разходите, свързани с въпросната реклама, да не превишават 5 % от декларирания за предходната година доход.

2. Препращащата юрисдикция иска да се установи дали предвидената в тази нормативна уредба забрана за реклама на медицинско и хирургично лечение в областта на естетичните услуги, извършвано в частни медицински структури, по телевизионните канали с национално разпространение е съвместима с общностното право, след като тази реклама е разрешена, при определени условия, по телевизионните канали с местно разпространение.

3. В настоящото заключение ще посоча, че тази забрана за подобна реклама по телевизионните канали с национално разпространение представлява ограничение на свободата на установяване и на свободното предоставяне на услуги.

4. Ще покажа също, че след като държава-членка може обосновано да налага ограничения на упражняването на тези свободи с цел защита на законен интерес, какъвто е общественото здраве, все пак е особено важно разглежданата мярка да може да постигне тази цел и да не надхвърля необходимото за това. Ще посоча, че щом като при определени условия рекламата на медицинско и хирургично лечение в областта на естетичните услуги, извършвано в частни медицински структури, е разрешена по телевизионните канали с местно разпространение, забраната за същата реклама по телевизионните канали с национално разпространение не отговаря на изискването за пропорционалност и следователно не е съвместима с общностното право.

1 — Език на оригиналния текст: френски.

I — Правна уредба

A — *Общностно право*

1. Договор за ЕО

5. Член 43, първа алинея ЕО забранява ограниченията върху свободата на установяване на граждани от държава-членка на територията на друга държава-членка. Съгласно член 43, втора алинея ЕО свободата на установяване включва правото на достъп до и упражняване на дейност като самостоятелно заето лице, както и да се създават и ръководят предприятия.

6. Член 49, първа алинея ЕО забранява ограниченията за свободното предоставяне на услуги в рамките на Европейската общност по отношение на гражданите на държавите-членки, които са се установили в държава на Общността, различна от тази, в която се намира лицето, за което са предназначени услугите.

7. По силата на членове 48 ЕО и 55 ЕО създадените в съответствие със законодателството на една държава-членка дружества, които имат седалище, централно управление или основно място на дейност в рамките на Общността, също могат да се ползват от правата, установени с членове 43 ЕО и 49 ЕО.

8. Съгласно член 47, параграф 3 ЕО и на основание член 55 ЕО премахването на ограниченията, които противоречат на членове 43 ЕО и 49 ЕО, що се отнася до медицинските и свързаните с тях професии и фармацевтичните професии, зависи от координирането на условията за тяхното упражняване. Все пак Съветът на Европейския съюз и Комисията на Европейските общности приемат, че непосредственото действие на членове 43 ЕО и 49 ЕО, признато съответно в Решение по дело Reyners [2] и в Решение по дело Van Binsbergen [3], считано от 1 януари 1970 г. — крайния срок на преходния период, — се прилага и за здравните професии [4]. Освен това медицинските и свързаните с тях дейности и фармацевтичните дейности са били предмет на директиви за съгласуване [5].

9. Съгласно член 46, параграф 1 ЕО и член 55 ЕО членове 43 ЕО и 49 ЕО не засягат ограниченията, обосновани от съображения, свързани с общественото здраве.

2 — Решение от 21 юни 1974 г. (2/74, Recueil, стр. 631).

3 — Решение от 3 декември 1974 г. (33/74, Recueil, стр. 1299).

4 — Така в първото съображение на Директива 75/362/ЕИО на Съвета от 16 юни 1975 година за взаимното признаване на дипломи, удостоверения и други официални документи за лекарите, включително и мерки за улесняване на действителното упражняване на правото на установяване и на свободно предоставяне на услуги (ОВ L 167, стр. 1) се посочва, че съгласно Договора след изтичането на преходния период се забранява всяка проява на дискриминация, основана на гражданство по отношение на установяването и предоставянето на услуги.

5 — Вж. относно лекарската дейност Директиви 75/362 и 75/363/ЕИО на Съвета от 16 юни 1975 година относно координирането на законовите, подзаконовите и административните разпоредби относно лекарските дейности (ОВ L 167, стр. 14). Приетите в тези области директиви са отменени и заменени с Директива 2005/36/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 7 септември 2005 година относно признаването на професионалните квалификации (ОВ L 255, стр. 22; Специално издание на български език, 2007 г., глава 5, том 8, стр. 3).

2. Вторично законодателство

10. В рамките на Директива 89/552/ЕИО [6] общностният законодател координира националните правни уредби относно излъчваната по телевизията реклама.

11. В член 1, буква в) от Директива 89/552 понятието „телевизионна реклама“ е определено като означаващо „всяка форма на съобщение, излъчено срещу заплащане или подобно възнаграждение, или излъчено за целите на саморекламата на публично или частно предприятие, във връзка с търговия, стопанска дейност, занаят или професия, имащо за цел да се насърчи доставянето на стоки и услуги, включително недвижима собственост, или на права и задължения, срещу заплащане.“

12. Съгласно член 12, буква г) от тази директива телевизионната реклама и телевизионният пазар не трябва да насърчават поведение, което накърнява здравето или безопасността.

13. Съгласно член 14, параграф 1 от посочената директива „[з]абранява се телевизионната реклама на медицински продукти и лечение, което е достъпно само по предписание в държавата-членка, под чиято юрисдикция се намира излъчващият [другаде в текста: „телевизионният“] оператор.“ В съответствие със същия член, параграф 2 се забранява по-специално телевизионният пазар на медицинско лечение.

14. По силата на член 3, параграф 1 от същата директива държавите-членки са свободни да изискват от телевизионните оператори, които са под тяхна юрисдикция, да приемат по-подробни или по-строги правила в областите, обхванати от тази директива.

Б — *Национално право*

15. В Италия рекламата на медицинските професии и на частните клиники е уредена със Закон № 175 от 5 февруари 1992 г. [7], изменен най-напред със Закон № 42 от 26 февруари 1999 г. [8], по-късно със Закон № 362 от 14 октомври 1999 г. [9] и накрая със Закон № 112 от 3 май 2004 г. [10] (наричан по-нататък „Закон от 1992 г.“).

6 — Директива на Съвета от 3 октомври 1989 година относно координирането на някои разпоредби, формулирани в действащи закони, подзаконови и административни актове на държавите-членки, отнасящи се до упражняване на телевизионна дейност (ОВ L 298, стр. 23; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 1, стр. 215), изменена с Директива 97/36/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 30 юни 1997 година (ОВ L 202, стр. 60; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 2, стр. 232, наричана по-нататък „Директива 89/552“).

7 — GURI № 50 от 29 февруари 1992 г., стр. 4.

8 — GURI № 50 от 2 март 1999 г., стр. 4.

9 — GURI № 247 от 20 октомври 1999 г., стр. 3.

10 — Редовна притурка към GURI № 82 от 5 май 2004 г.

16. Релевантни за настоящото производство са следните разпоредби на Закона от 1992 г.:

„*Член 1*

1. Рекламата относно упражняването на медицинските професии и на помощните медицински професии, предвидени и уредени в действащото законодателство, се разрешава само под формата на табели, поставени на сградата, в която се упражнява професионалната дейност, както и на обяви, публикувани в телефонните указатели, в общите професионални указатели, в периодичните издания, изключително предназначени за упражняващите медицински професии, в информационните вестници и списания и по местните канали на радиото и телевизията.

2. Табелите и обявите, посочени в параграф 1, могат да съдържат само следните данни:

а) фамилно име, собствено име, адрес, телефонен номер и евентуален служебен адрес, приемни часове или работно време;

б) квалификации, академични звания, документи за специализация и професионална квалификация, без съкращения, които могат да доведат до заблуждение;

в) присъдени или признати от държавата почетни отличия.

3. Използването на званието „специалист“ се приема само за лицата, които са получили съответната диплома в съответствие с действащите разпоредби. Забранява се използването на документи, включително на документи за специализация, получени в чужбина, ако не са признати от държавата.

4. Лекар неспециалист може да посочи упражняваната от него конкретна специалност като използва изрази, възпроизвеждащи официалното наименование на специалността и които не водят до заблуждение или не са двусмислени по отношение на притежаването на документ за специализация […]

5. Разпоредбите на настоящия член се прилагат също и по отношение на лекарските асоциации и на обозначенията, вписани в рецептите от лекарите — хирурзи, специалисти по одонтология, зъботехници и ветеринарни лекари, както и в професионалните карти, използвани от лицата, които упражняват другите професии, посочени в параграф 1.

Член 2

1. За рекламата под формата на надписи и обявления, посочени в член 1, се изисква разрешение от кмета, който го издава след одобрение от професионалната колегия, в която е вписан заявителят. […]

2. За да му се издаде общинско разрешение, специалистът трябва да подаде заявление до компетентната колегия или до компетентното професионално сдружение, придружено с подробна информация за вида, характеристиките и съдържанието на рекламното съобщение. Колегията или професионалното сдружение препращат заявлението на кмета заедно със своето одобрение в рамките на тридесет дни, считано от датата на подаване на заявлението.

3. За да издаде одобрение, колегията или професионалното сдружение следва да провери дали са спазени изискванията, предвидени в член 1 и дали посочените в член 4 естетични характеристики от табелата, обявлението или надписите съответстват на разпоредбите, определени със специален правилник на министъра на здравеопазването, след получаване на становище от Висшия съвет по здравеопазване, и ако е необходимо, от колегиите или от професионалните сдружения, които представят становищата си в рамките на деветдесет дни, считано от датата на заявлението.

3*а*. Разрешенията, предвидени в параграф 1, се подновяват само ако бъдат направени изменения в първоначалния текст на рекламата.

[…]

Член 4

1. Рекламата на частните клиники за лечение, както и на подлежащите на законови разрешения кабинети за консултации и за лечение, специализирани или многопрофилни, е допустима под формата на табели или надписи, поставени на сградата, в която се упражнява професионалната дейност, както и под формата на включване в телефонните указатели, в общите професионални указатели и в периодичните издания, предназначени изключително за членовете на медицинските професии, в периодичните информационни вестници и списания и по местните канали на радиото и телевизията, като съществува възможност да се уточнят конкретните медицински и хирургични дейности и действително извършваните диагностични и терапевтични предписания, при условие че тези данни се придружават от собственото име, фамилното име и от професионалните звания на отговарящите за всяка специализирана практика.

2. Във всички случаи задължително се посочват собственото име, фамилното име и професионалните звания на лекаря, отговарящ за медицинското ръководство.

[…]

Член 5

1. Разрешенията за посочената в член 4 реклама се издават от областната управа след становище от регионалните асоциации на професионалните колегии или сдружения, когато такива съществуват, които трябва да гарантират притежанието и валидността на академичните и научните звания, както и съответствието на естетичните характеристики от табелата, надписа или обявлението с установеното в посочения в член 2, параграф 3 правилник.

[…]

3. Рекламните съобщения, предвидени в настоящия член, трябва да посочват елементите, упоменати в разрешението от областната управа.

4. Титулярите и медицинските директори, отговарящи за структурите по член 4, които правят реклама в допустимите форми без разрешение от областната управа, […] подлежат на дисциплинарните наказания порицание или временна забрана за упражняване на медицинската професия.

5. Когато рекламното съобщение съдържа неверни сведения за дейностите или услугите, които структурата има право да извършва, или в него не се посочва името на медицинския директор, административното разрешение за упражняването на медицинската дейност се отнема за период от шест месеца до една година.

[…]

Член 9a

Лицата, които упражняват медицинските професии, посочени в член 1, както и медицинските структури, посочени в член 4, могат да правят реклама във формите, разрешени от настоящия закон, и в рамките на разходи в размер на 5 % от декларирания за предходната година доход.“

17. Препращащата юрисдикция се позовава и на Закон № 248 от 4 август 2006 г., озаглавен „Преобразуване в закон с изменения на Декрет-закон № 223 от 4 юли 2006 г. относно неотложни разпоредби за икономическо и социално възстановяване, за ограничаване и рационализация на обществените разходи и за намеса в областта на приходите и на борбата срещу данъчните измами“ [11], приет след

11 — Редовна притурка към GURI № 183 от 11 август 2006 г.

настъпване на обстоятелствата в главното производство.

18. Член 2 от този закон е със следната редакция:

„1. Съгласно общностните принципи за свободна конкуренция и за свободното движение на хора и услуги и с цел да се гарантира на потребителите на услуги възможност за реален избор при упражняване на техните права и възможност за сравняване на предлаганите услуги на пазара, считано от датата на влизане в сила на настоящия декрет, се отменят законовите и подзаконовите разпоредби, които по отношение на свободните професии и интелектуалните дейности предвиждат:

[…]

б) дори и частична забрана за информативна реклама, свързана с дипломите и професионалните специализации, с характеристиките на предлаганата услуга, както и с цените и с общите разходи за услугите, съгласно критериите за прозрачност и за достоверност на посланието, чието спазване се гарантира от колегията;

[…]

2. Това не засяга разпоредбите, свързани с упражняването на професиите в рамките на Националната служба за обществено здраве или въз основа на договорно отношение с последната, както и евентуалните предварително общоустановени за защита на потребителите на услуги максимални тарифи […]“.

II — Фактическа обстановка

19. В основата на настоящото производство стои правният спор между Corporación Dermoestética SA [12], дружество, учредено по испанското право, чийто предмет на дейност е предоставянето на естетични услуги, както и медицински и хирургически услуги в тази област, и дружество To Me Group Advertising Media Srl [13], рекламна агенция.

20. От 2003 г. Dermoestética започва да упражнява дейност в Италия, където в 23 града разкрива 24 центъра за красота и 21 медицински центъра.

21. На 10 октомври 2005 г. Dermoestética сключва с Advertising Media договор, по силата на който последното трябва да извърши пет рекламни презентации

12 — Наричано по-нататък „Dermoestética“.

13 — Наричано по-нататък „Advertising Media“.

по време на телевизионното предаване „Verissimo“, излъчвано по италианския национален телевизионен канал „Canale 5“ в най-гледаното време. Договорената цена е 46 000 EUR преди облагане с данъци и 4 000 EUR възнаграждение за агенцията.

22. След като получава предплата от 2 000 EUR, Advertising Media уведомява Dermoestética, че с оглед на приложимото в Италия законодателство тя се оказала в невъзможност да осъществи предвидените в договора рекламни съобщения по телевизионен канал с национално разпространение. Advertising Media предлага да потърси рекламно пространство в италиански телевизионни канали с местно разпространение срещу завишение на договорената цена.

23. Dermoestética иска възстановяване на предплатата от 2 000 EUR. След като Advertising Media отхвърля искането му, Dermoestética завежда дело срещу Advertising Media пред Giudice di pace di Genova (Италия) за плащането на тази сума.

24. Cliniche Futura Srl, дъщерно дружество на Dermoestética, установено в Генуа, в чиито помещения е сключен спорният договор и което иска да бъде допуснато да встъпи в производството, изтъква пред тази юрисдикция, че италианското законодателство в областта на телевизионната реклама на медицинските дейности противоречи на свободата на установяване, предвидена в член 43 ЕО.

III — Преюдициалните въпроси

25. При тези условия Giudice di pace di Genova решава да спре производството и да постави на Съда следните преюдициални въпроси:

„1) Съвместими ли са с член 49 ЕО национални разпоредби като съдържащите се в членове 4, 5 и 9*a* от [Закона от 1992 г.] и в Министерски декрет № 657 от 16 септември 1994 г. и/или административни практики, които забраняват телевизионната реклама с национално разпространение на медицинско и хирургично лечение, извършвано в надлежно оправомощени за това частни медицински структури, дори когато същата реклама е разрешена по телевизионни канали с местно разпространение, и които същевременно налагат за разпространението на тези реклами ограничение на разходите в размер на 5 % от декларирания за предходната година доход?

2) Съвместими ли са с член 43 ЕО национални разпоредби като съдържащите се в членове 4, 5 и 9*a* от [Закона от 1992 г.] и Министерски декрет № 657/1994 и/или административни практики, които забраняват телевизионната реклама с национално разпространение на медицинско и хирургично лечение, извършвано в надлежно оправомощени за това частни медицински структури, дори когато същата реклама е разрешена по телевизионни канали с местно разпространение, и

които същевременно налагат за този вид местно разпространение предварително разрешение от всяка отделна община след становище от съответната професионална колегия, както и ограничение на разходите в размер на 5 % от декларирания за предходната година доход?

3) Допускат ли член 43 ЕО и/или член 49 ЕО разпространението на информативната реклама за медицинско и хирургично лечение от естетично естество, извършвано в надлежно оправомощени за това частни медицински структури, да бъде подчинено на предварително допълнително разрешение, издавано от местните административни органи и/или от професионалните колегии?

4) Дали Federazione nazionale degli ordini dei medici (FNOMCEO) [Национална асоциация на лекарските колегии, наричана по-нататък „FNOMCEO“] и асоциираните лекарски колегии, като са приели деонтологичен кодекс, предвиждащ ограничения за рекламата на медицинските професии, както и тълкувателна практика на действащата правна уредба в областта на медицинската реклама, силно ограничаваща правото на лекарите да рекламират своята дейност — и двете задължителни за всички лекари, — са ограничили конкуренцията извън допустимото от релевантната национална уредба и в нарушение на член 81, параграф 1 ЕО?

5) Дали във всички случаи тълкувателната практика, приета от FNOMCEO, противоречи на член 3, параграф 1, буква ж) ЕО, членове 4 ЕО, 98 ЕО, 10 ЕО, 81 ЕО и евентуално на член 86 ЕО, доколкото такава практика е разрешена от национална правна уредба, която изисква от компетентните професионални колегии в местен мащаб да извършват проверка на прозрачността и достоверността на рекламните съобщения, без да посочва критериите и условията за упражняване на това правомощие?“

IV — Анализ

A — *По предмета и по допустимостта на преюдициалните въпроси*

26. Поставените от препращащата юрисдикция въпроси могат да бъдат разделени в две групи. Първата група се състои от първи до трети въпрос. С тези три въпроса препращащата юрисдикция иска да се прецени съвместимостта с членове 43 ЕО и 49 ЕО на Закона от 1992 г., който урежда забрана за рекламата на медицинско и хирургично лечение в областта на естетичните услуги по телевизионните канали с национално разпространение.

27. Втората група въпроси включва четвърти и пети въпрос. Тези два въпроса се отнасят до приетия от FNOMCEO деонтологичен кодекс и до приетата от тази асоциация практика за прилагането му. Целта на въпросите е да се прецени доколко посоченият кодекс и практиката са съвместими с редица разпоредби от Договора, по-конкретно с член 81 ЕО, който забранява картелите между предприятия, които противоречат на общия пазар.

28. Италианското правителство изтъква, че всички тези въпроси са недопустими, поради това че препращащата юрисдикция не е отчела отмяната с Декрет-закон № 223 от 4 юли 2006 г. [14] на законовите и подзаконовите разпоредби, които забраняват информативната реклама по отношение на свободните професии и интелектуалните дейности.

29. То поддържа също, че трети до пети въпрос са ирелевантни за разрешаване на спора по главното производство, тъй като неизпълнението на сключения между Dermoestética и Advertising Media договор се дължи на решението на последното, а не на отказ от страна на телевизионното дружество „Canale 5“.

30. От своя страна, Комисията счита, че първата група въпроси е допустима. За сметка на това тя изразява съмнения относно допустимостта на втората група въпроси.

31. Споделям мнението на Комисията, що се отнася до допустимостта на двете групи въпроси.

32. Като начало следва да се напомни, че в съответствие с постоянната съдебна практика, в рамките на преюдициалното производство само националният съд, който е сезиран със спора и трябва да поеме отговорността за последващото му съдебно решаване, може да прецени — предвид особеностите на делото — както необходимостта от преюдициално решение, за да може да постанови решението си, така и релевантността на въпросите, които поставя на Съда. Следователно, след като поставените въпроси се отнасят до тълкуването на общностното право, Съдът по принцип е длъжен да се произнесе [15].

33. Преюдициалните въпроси могат да се обявят за недопустими само ако е съвсем очевидно, че исканото от националния съд тълкуване на разпоредба от общностното право няма никаква връзка с действителността или с предмета на спора по главното производство или когато Съдът не разполага с необходимите фактически или правни елементи, за да бъде полезен с отговора на поставените му въпроси [16].

14 — GURI № 153 от 4 юли 2006 г., стр. 4, наричан по-нататък „Декрет-закон № 223/2006“.

15 — Вж. по-специално Решение от 21 януари 2003 г. по дело Bacardi-Martini и Cellier des Dauphins (C-318/00, Recueil, стр. I-905, точка 41 и цитираната съдебна практика).

16 — Пак там (точка 42 и цитираната съдебна практика).

34. Освен това в рамките на предвиденото в член 234 ЕО сътрудничество между съдилищата правомощията на Съда и тези на препращащата юрисдикция са ясно разграничени и именно последната има изключителната компетентност да тълкува своето национално законодателство [17].

35. По тези съображения първата група въпроси изглежда допустима. Впрочем именно препращащата юрисдикция следва да прецени последиците на Декрет-закон № 223/ 2006 за разрешаването на спора по главното производство, а не правителството на държавата-членка, в която се намира съответната юрисдикция [18]. Като сезира Съда с настоящото преюдициално запитване, Giudice di pace di Genova счита, че този Декрет-закон, чийто член 12 впрочем е цитирал, не поставя под съмнение въпроса за прилагането на Закона от 1992 г. към спора, с който е сезиран. Съдът не може да поставя под въпрос тази преценка.

36. Следователно доводът на италианското правителство, според което посоченият Декрет-закон е отменил разпоредбите на Закона от 1992 г., които забраняват рекламата, както и всички законови и подзаконови разпоредби, които забраняват информативната реклама по отношение на свободните професии и интелектуалните дейности, не може да бъде приет и да обезсмисли първата група въпроси.

37. Освен това въпросът за съответствието на спорните разпоредби на Закона от 1992 г. с членове 43 ЕО и 49 ЕО не е явно ирелевантен за разрешаването на спора по главното производство.

38. Всъщност ако тези членове или някой от тях трябва да бъдат тълкувани в смисъл, че не допускат разпоредби, предвиждащи забрана за телевизионна реклама като установената със Закона от 1992 г., такива разпоредби би следвало да бъдат отхвърлени от националния съд в съответствие със съдебната практика в областта на действие на принципа за предимството на дадена норма на общностното право с непосредствено приложение [19].

39. За сметка на това споделям съмненията на Комисията по отношение на допустимостта на втората група въпроси.

40. Всъщност тази група въпроси цели да се направи преценка на съответствието с общностното право на приетият от лекарска асоциация деонтологичен кодекс и приетата от същата асоциация практика при прилагането му. Препращащата юрисдикция обаче не предоставя никакви сведения относно съдържанието на посочения кодекс и за тази практика. Тя не обяснява и с какво разглеждането от Съда на този деонтологичен кодекс и на посочената практика биха били релевантни за разрешаването на спора по главното производство.

17 — Вж. по-специално Решение от 17 юни 1999 г. по дело Piaggio (C-295/97, Recueil, стр. I-3735, точка 29 и цитираната съдебна практика).

18 — Решение от 13 ноември 2003 г. по дело Neri (C-153/02, Recueil, стр. I-13555, точка 35).

19 — Решение от 9 март 1978 г. по дело Simmenthal (106/77, Recueil, стр. 629, точка 21).

41. Тяхната ирелевантност може дори да изглежда очевидна с оглед на факта, че съгласно сведенията, предоставени от препращащата юрисдикция, Advertising Media е обяснила, че не е в състояние да изпълни договорните си задължения заради Закона от 1992 г., който забранява всякаква реклама на медицинско и хирургично лечение от естетично естество, извършвано в частни медицински структури, по телевизионните канали с национално разпространение, а не съгласно кодекса, приет от FNOMCEO и произтичащата от него практика.

42. Ето защо предлагам на Съда да приеме, че четвъртият и петият въпрос изглеждат очевидно ирелевантни за разрешаване на спора по главното производство, и да ги обяви за недопустими.

Б — *По първите три преюдициални въпроса*

43. С първите три преюдициални въпроса препращащата юрисдикция иска да се установи дали Законът от 1992 г., който забранява рекламата на медицинско и хирургично лечение в областта на естетичните услуги, извършвано в частни медицински структури, по телевизионните канали с национално разпространение, след като разрешава тази реклама при определени условия по телевизионните канали с местно разпространение, съответства на членове 43 ЕО и 49 ЕО.

44. Доколкото телевизионната реклама в областта на медицинското лечение е предмет на хармонизиране с Директива 89/552, трябва да се прецени дали съвместимостта на спорните разпоредби на Закона от 1992 г. следва да бъде разгледана в светлината на тази директива или с оглед на предвидените в Договора свободи на движение.

1. Релевантните разпоредби на общностното право

45. Член 14, параграф 1 от Директива 89/552, да напомня, забранява изрично телевизионната реклама на медицински продукти и лечение, което е достъпно само по предписание в държавата-членка, под чиято юрисдикция се намира телевизионният оператор.

46. Следователно трябва да се прецени дали Законът от 1992 г., който забранява рекламата по телевизионните канали с национално разпространение на медицинско и хирургично лечение в областта на естетичните услуги, извършвано в частни медицински структури, прилага член 14, параграф 1 от Директива 89/552.

47. Директивата не дава по-точно определение на медицинското лечение, което е предмет на забраната за телевизионна реклама, уредена в член 14, параграф 1.

48. В съдебното заседание Комисията твърди, че посоченото в този член понятие „медицинско лечение“ следва да бъде тълкувано аналогично с понятието за „медицински продукти, достъпни само по предписание“. Така разглежданото понятие съответствало на действията, извършвани от лекар в изпълнение на предписанието на друг лекар. В областта на естетичната хирургия то например включвало операциите, предназначени да отстранят последствията от злополука или да коригират вродена малформация. За сметка на това то не се отнасяло до действия, извършени само по молба на пациента.

49. От своя страна, нидерландското правителство поддържа, че по определение всяко медицинско лечение изисква намесата на лекар, така че частта от изречението „което е достъпно само по предписание“ не добавяла нищо към понятието за медицинско лечение. Също според нидерландското правителство държавите-членки могат да приемат далеч по-ограничителни мерки, отколкото предвидените в член 14 от Директива 89/552.

50. За разлика от нидерландското правителство считам, че частта от изречението „което е достъпно само по предписание“ е напълно релевантна, за да се определи обхватът на прогласената в член 14, параграф 1 от Директива 89/552 забрана. Освен това не мисля, че критерият за лекарско предписание трябва да се тълкува така, както предлага Комисията.

51. Всъщност ако приемем, че член 14, параграф 1 от Директива 89/552 има предвид естетична операция или не в зависимост от това дали тя е предписана от друг лекар или решението е взето от самия пациент, при всички случаи не може да се определи предварително дали предвидената в този член забрана се отнася до дадено лечение. Всъщност хирургическа намеса като корекция на носа или на бюста може да бъде предписана от лекар, за да се поправят последствията от злополука или от заболяване. Тя може също да бъде извършена само по искане на пациент, защото той, по чисто естетични причини, е решил да промени лицето си или някоя част от тялото си и в този случай лекарската намеса се състои в това да се провери дали тази операция е наистина съвместима със здравословното състояние на пациента.

52. Следователно начинът, по който критерият за лекарско предписание е представен от Комисията, не позволява правилно прилагане на прогласената в член 14, параграф 1 от Директива 89/552 забрана. Всъщност прилагането на тази забрана предполага да се установи предварително за кои видове медицинско лечение е забранена телевизионна реклама. Понятието за „медицинско лечение“ по смисъла на член 14, параграф 1 от директивата, както и това за „медицински продукти“, посочено в същия член, според мен трябва да се разбират като обхващащи видовете лечение, които като такива са изключени от всякаква форма на телевизионна реклама. Следователно определянето на приложното поле на посочената разпоредба изисква различно тълкуване на критерия за лекарско предписание.

53. Според мен, като посочва в член 14, параграф 1 от Директива 89/552 медицинските продукти и лечение, които са достъпни само по лекарско предписание, общностният законодател е искал да сведе забраната за телевизионната реклама само до медицинските продукти и лечение, чието отпускане или провеждане се разрешава от лекар, съгласно законодателството на съответната държава-членка. Следователно става въпрос за медицински продукти и лечение, чието ползване не може да се остави само на преценката на пациента или на потребителя.

54. Този анализ се потвърждава от тридесето съображение от Директива 89/552, според което, в текста на френски език, телевизионната реклама трябва да бъде забранена за медицински продукти и лечение, които в съответната държава-членка са достъпни „само“ по лекарско предписание.

55. Анализът се потвърждава и от мотивите, които обосновават подобна забрана. Посочената в член 14, параграф 1 от Директива 89/552 забрана за реклама на медицински продукти и лечение идва след забраната на всички форми на реклама на цигари и други тютюневи изделия, предвидена в член 13 от директивата, и предшества разпоредбите, които уреждат телевизионната реклама на алкохолни напитки, посочени в член 15 от директивата. Целта на всички тези разпоредби е закрилата на общественото здраве.

56. Забраната за телевизионна реклама на медицинските продукти и лечение, които са достъпни само по лекарско предписание, се обяснява с факта, че те трябва да бъдат приемани или провеждани само при констатирана от лекар необходимост, със строго терапевтична цел и при условията, определени от терапевта. Следователно общностният законодател е искал да забрани действията, насърчаващи закупуването на такива медицински продукти, и ползването на такова лечение, които, при положение че не са действително необходими и в случай че не се приемат или провеждат съобразно лекарско предписание, могат да изложат на опасност здравето на потребителя.

57. От тук стигам до извода, че общностният законодател е възнамерявал да сведе забраната за телевизионна реклама до медицинското лечение, което може да се извършва само по лекарско предписание. Следователно ако дадено медицинско лечение може да бъде извършено само по искане на пациента, каквото в областта на естетичната хирургия и според италианското законодателство може да бъде корекцията на носа или на бюста, според мен то не попада в приложното поле на член 14, параграф 1 от Директива 89/552.

58. Следователно забраната за телевизионна реклама, предвидена в Закона от 1992 г., е значително по-всеобхватна от предвидената в Директива 89/552. Всъщност Законът от 1992 г. забранява рекламата по телевизионните канали с национално разпространение на медицинските професии и на помощните медицински професии, както и на частните клиники. По-конкретно, според първите три въпроса, поставени от препращащата

юрисдикция, законът забранява напълно рекламирането по телевизионните канали с национално разпространение на медицинско и хирургично лечение в областта на естетичните услуги, извършвани в частни медицински структури, като се има предвид, че както вече видяхме, не всички тези видове лечение са достъпни само по лекарско предписание по смисъла на член 14, параграф 1 от Директива 89/552.

59. При все това обстоятелството, че тези разпоредби на Закона от 1992 г. по този начин въвеждат забрана за телевизионна реклама, която излиза извън рамките на предвидената в Директива 89/552, не означава, че посочените разпоредби противоречат на общностното право.

60. Както подчертава нидерландското правителство, член 3, параграф 1 от директивата дава възможност на държавите-членки да предвидят по-подробни или по-строги правила в обхванатите от нея области. Тази разпоредба се тълкува в смисъл, че е приложима към всички разпоредби, предвидени в глава IV от посочената директива [20], включително член 14, параграф 1. Следователно държавите-членки имат право да приемат далеч по-ограничителни мерки от предвидените в този член по отношение на телевизионната реклама на медицински продукти и лечение.

61. Важно е все пак при упражняване на посоченото право да приемат по-подробни или по-строги норми, както и при упражняване на присъщите им правомощия, държавите-членки да не накърняват свободите на движение. Всъщност съгласно постоянната съдебна практика, когато условията за упражняване на дадена професионална дейност не са хармонизирани, държавите-членки запазват правомощията си да определят условията за упражняване на тази дейност, но в тази област те трябва да упражняват своите правомощия при спазване на гарантираните от Договора основни свободи [21].

62. Следователно съвместимостта на спорните разпоредби на Закона от 1992 г. с общностното право следва да се разглежда именно в светлината на установените от Договора свободи на движение.

63. Предвид обстоятелствата по главното производство препращащата юрисдикция смята, че тази преценка трябва да бъде направена с оглед както на свободата на установяване, така и на свободното предоставяне на услуги. Съгласен съм с този анализ.

64. В основата на спора по главното производство е неизпълнението на договора за разпространение на рекламни съобщения по италиански телевизионен канал, сключен между Dermoestética, дружество, учредено по испанското право, и Advertising Media.

20 — Решение от 9 февруари 1995 г. по дело Leclerc-Siplec (C-412/93, Recueil, стр. I-179, точки 37—44).

21 — Решение от 11 юли 2002 г. по дело Gräbner (C-294/00, Recueil, стр. I-6515, точка 26 и цитираната съдебна практика).

65. Правното положение на Dermoestética според мен попада в приложното поле именно на член 43 ЕО във връзка с член 48 ЕО, тъй като сключването на рекламния договор с Advertising Media е имало за цел да рекламира дейността на Dermoestética в Италия чрез неговите подразделения [22].

66. Нещо повече, Dermoestética изглежда истинският получател на поръчаните на Advertising Media услуги и следователно в това си качество също може да се позове на разпоредбите на член 49 ЕО [23].

67. Склонен съм да приема, че центърът на тежестта на настоящото дело се измества повече към свободата на установяване предвид преследваната от Dermoestética цел чрез сключения с Advertising Media договор и действието на Закона от 1992 г. по отношение на конкуренцията. Все пак доколкото в конкретния случай препращащата юрисдикция поставя въпроса за обхвата на свободното предоставяне на услуги и тъй като в Решение по дело Gourmet International Products [24] Съдът разглежда законодателство относно рекламата на алкохолни напитки с оглед не само на разпоредбите на Договора относно свободното движение на стоки, но също и от гледна точка на член 49 ЕО, аз накратко ще анализирам и тълкуването на този член.

68. Така с първите три въпроса препращащата юрисдикция иска по същество от Съда да установи дали членове 43 ЕО и 49 ЕО във връзка с членове 48 ЕО и 55 ЕО трябва да се тълкуват в смисъл, че не допускат законодателство на държава-членка, което забранява рекламата на медицинско и хирургично лечение от естетично естество, извършвано в частни медицински структури, по телевизионните канали с национално разпространение, след като разрешава такава реклама при определени условия по телевизионните канали с местно разпространение.

69. На мнение съм, че на този въпрос трябва да се отговори утвърдително с мотива, че първо, подобна забрана за реклама представлява ограничение на свободата на установяване и на свободното предоставяне на услуги по смисъла на членове 43 ЕО и 49 ЕО и второ, ограничението не изглежда обосновано, след като тази реклама е възможна, при определени условия, по телевизионните канали с местно разпространение. Сега ще разгледам всеки един от тези въпроси.

2. Наличието на ограничение

70. Свободата на установяване, уредена в членове 43 ЕО и 48 ЕО, предоставя на учредените в съответствие със законодателството на дадена държава-членка дружества правото на достъп до самостоятелна дейност в друга държава-членка и правото на постоянно упражняване на тази дейност при същите условия,

22 — Вж. в този смисъл Решение от 17 октомври 2002 г. по дело Payroll и др. (C-79/01, Recueil, стр. I-8923, точка 25).

23 — Решение от 31 януари 1984 г. по дело Luisi и Carbone (286/82 и 26/83, Recueil, стр. 377, точка 10).

24 — Решение от 8 март 2001 г. (C-405/98, Recueil, стр. I-1795).

отнасящи се до дружествата със седалище в тази държава. Така член 43 ЕО въвежда задължение за премахване на дискриминационните мерки.

71. Съгласно практиката на Съда за ограничения на свободата на установяване по смисъла на този член следва да се считат също всички мерки, които забраняват, затрудняват или правят по-малко привлекателно упражняването на тази свобода [25]. Сред тях са мерките, които макар да се прилагат по един и същ начин, засягат условие за упражняване на съответната дейност и водят до лишаването на икономически оператор от ефикасно средство за конкуренция при навлизането на пазара [26].

72. Съдът се е произнесъл например, че такъв е случаят с мярка, забраняваща на кредитни институции, получаващи средства от населението, да заплащат лихва върху сметки на виждане [27]. Съдът е възприел същия анализ, в контекста на свободното предоставяне на услуги, по отношение на правна уредба, въвеждаща абсолютна забрана за адвокатите да дерогират определените с тарифа минимални възнаграждения [28]. Тези мерки са приемат за неблагоприятни по отношение на чуждестранните икономически оператори, защото ги лишават от средство, което би им позволило да се конкурират по-ефикасно със специалистите, които вече са се установили в приемащата държава-членка [29].

73. Така именно последиците им върху достъпа до пазара позволяват такива мерки да бъдат квалифицирани като „ограничения“ по смисъла на членове 43 ЕО и 49 ЕО. Посочените мерки представляват ограничения върху свободите на движение, тъй като възпрепятствайки достъпа на нови оператори до съответния пазар, на практика те представляват бариери пред свободите на движение. Мерки, които забраняват или затрудняват достъпа на нови икономически оператори до пазара, приковават съответния пазар в настоящото му състояние и следователно, предвид естеството си, противоречат на свободите на движение и на конкуренцията, на които се основава общият пазар.

74. Така лихвата, която кредитните институции заплащат върху сметките на виждане, както и свободното определяне на възнагражденията са счетени за законни форми на конкуренция, необходими за получаване на достъп до пазара в

25 — Решение от 5 октомври 2004 г. по дело CaixaBank France (C-442/02, Recueil, стр. I-8961, точка 11 и цитираната съдебна практика).

26 — Пак там (точка 12).

27 — Пак там.

28 — Решение от 5 декември 2006 г. по дело Cipolla и др. (C-94/04 и C-202/04, Recueil, стр. I-11421, точки 58 и 59).

29 — Решение по дело CaixaBank France, посочено по-горе, (точка 13) и Решение по дело Cipolla и др., посочено по-горе (точка 59). Така в горепосоченото решение по дело CaixaBank France Съдът отбелязва, че когато кредитни институции, които са дъщерни дружества на чуждестранни дружества, искат да навлязат на пазара на дадена държава-членка, конкуренция посредством размера на лихвата, заплащана върху сметки на виждане, представлява един от най-ефективните методи за тази цел, така че достъпът на тези институции до пазара се затруднява от въпросната забрана (точка 14). Освен това в Решение по дело Cipolla и др., посочено по-горе, Съдът констатира, че абсолютната забрана да се дерогира минималната тарифа лишава адвокатите, които са се установили в държава-членка, различна от Италианската република, от възможността чрез искането на възнаграждения, по-ниски от определените с тарифата, да се конкурират по-ефикасно с адвокатите, трайно установили се в съответната държава-членка и поради това разполагащи с повече възможности за по-лесно намиране на клиенти от установилите се в чужбина адвокати (точка 59).

приемащата държава-членка. Струва ми, че подобен анализ трябва да се приложи и към правото да се рекламира.

75. Значението на рекламата за достъпа до даден пазар вече е било подчертано от Съда в областта на свободното движение на стоки.

76. В тази област националните разпоредби, уреждащи рекламата, се разглеждат като условия за продажба по смисъла на съдебната практика, изведена от Решение по дело Keck и Mithouard [30], така че те не представляват препятствия по смисъла на член 28 ЕО, доколкото се прилагат към всички заинтересовани оператори, които упражняват своята дейност на национална територия, и при условие че засягат по един и същ начин от правна и от фактическа гледна точка продажбата на националните продукти и тази на продуктите с произход от други държави-членки [31].

77. В Решение по дело De Agostini и TV-Shop [32] обаче Съдът преценява, че не би могло да се изключи възможността пълната забрана в държава-членка на дадена форма на реклама за законно продаван в нея продукт да има по-голямо въздействие върху продуктите от други държави-членки.

78. В Решение по дело Gourmet International Products, посочено по-горе, Съдът се произнася относно законодателство, което забранява всяко разпространение на рекламни съобщения за алкохолни напитки към потребителите с няколко пренебрежими по характера си изключения. Той преценява, че такава забрана на рекламата трябва да се разглежда като по-тежко засягаща продажбата на продукти с произход от други държави-членки, отколкото на местни продукти, поради което съставлява препятствие за търговията между държавите-членки, попадащо в приложното поле на член 28 ЕО [33].

79. Съдът основава този анализ на съображението, че що се отнася до продукти като алкохолните напитки, чиято консумация е свързана с традиционни социални практики, както и с местни навици и обичаи, пълната забрана на всякаква реклама към потребителите посредством съобщения в пресата, по радиото и телевизията, чрез директно изпращане на незаявени материали или чрез рекламни пана по обществените пътища може в по-голяма степен да затрудни достъпа до пазара на стоки с произход от други държави-членки, отколкото достъпа на местни продукти, с които потребителят поначало е по-добре запознат [34].

80. В Решение по дело Douwe Egberts [35] Съдът достига до същото заключение, както в решението по посоченото по-горе

30 — Решение от 24 ноември 1993 г. (C-267/91 и C-268/91, Recueil, стр. I-6097).

31 — Решение по дело Leclerc-Siplec, посочено по-горе (точки 21—23).

32 — Решение от 9 юли 1997 г. (C-34/95—C-36/95, Recueil, стр. I-3843, точка 42).

33 — Решение по дело Gourmet International Products, посочено по-горе (точка 25).

34 — Пак там (точка 21).

35 — Решение от 15 юли 2004 г. (C-239/02, Recueil, стр. I-7007, точка 53).

дело Gourmet International Products по повод на национален закон, забраняващ в рекламите за храни да се споменава за отслабване, както и медицински препоръки, свидетелства, изявления и становища или пък изявления за одобрение.

81. Следователно национално законодателство, което в значителна степен ограничава рекламата на даден продукт, може да възпрепятства достъпа на този продукт до пазара. Струва ми се, че този анализ може да бъде приложен и за услугите.

82. Всъщност рекламата наистина се явява основно средство, което позволява на икономическите оператори да информират потребителите за своето съществуване и за своята дейност. Така тя играе решаваща роля по отношение на възможността дадено дружество да се установи в държава-членка, различна от собствената си, за да може да извършва там своята дейност. Рекламата е и способ, чрез който икономическите оператори се стремят да убедят потребителите да купуват по-скоро техните услуги, а не тези на конкурентите им. Така тя позволява на потребителите да променят навиците си и следователно насърчава конкуренцията.

83. В своя доклад относно конкуренцията в сектора на свободните професии[36] Комисията също изтъква значимостта на рекламата за свободните професии. Според този доклад рекламата, и по-специално сравнителната реклама, може да бъде изключително важен инструмент в областта на конкуренцията за предприятията, които навлизат на пазара[37].

84. Както отбелязва генералният адвокат Jacobs в заключението си по делото, по което е постановено горепосоченото Решение по дело Leclerc-Siplec, мерките, които забраняват или силно ограничават рекламата, неизбежно водят до закрила на вече установените национални производители и до по-трудно навлизане на чуждестранни предприятия на пазара. Така свободата на рекламиране се явява следствие от предвидените в Договора свободи на движение[38].

85. Целта на този анализ не е да докаже, че всяка забрана или строго ограничение за реклама задължително противоречат на общностното право. Свободите на движение могат да бъдат предмет на ограничения от страна на държавите-членки. Тези ограничения обаче трябва да са обосновани от основателна причина, като например защитата на обществения ред, обществената сигурност или общественото здраве, или с императивно съображение от обществен интерес.

86. Необходимо е само да се приеме, че с оглед значението на рекламата за

36 — COM(2004) 83 окончателен/2.

37 — Точка 43.

38 — Точки 21 и 22.

изграждането на общия пазар, забраната за реклама или много строго ограничение в тази област по принцип представляват ограничение на гарантираните от Договора свободи на движение и могат да бъдат съвместими с общностното право само ако са оправдани.

87. По главното производство дружество като Dermoestética, което извършва дейност в областта на естетичните услуги и което е разкрило лечебни заведения в доста италиански градове, се нуждае от създаване на клиентела, а за целта трябва да стане известно на широката публика.

88. Освен това телевизията е информационно средство, което достига до много широка аудитория. По много ефективен начин тя позволява на предприятие да представи своите продукти и услуги върху цялата територия на дадена държава-членка. Впрочем поради успеха на този начин на комуникация сред професионалистите общностният законодател е определил минимални правила и стандарти в Директива 89/552, които трябва да се спазват в контекста на телевизионната реклама, за да се защитят потребителите от крайностите в нея, освен задълженията, посочени в другите разпоредби на вторичното право, които уреждат рекламата по принцип [39] или рекламата на определени стоки като тютюна или лекарствените продукти.

89. Следователно предвидената в Закона от 1992 г. забрана за реклама по телевизионните канали с национално разпространение лишава дружество като Dermoestética от възможността да използва високоефективно информационно средство, за да популяризира сред цялата италианска общественост медицинското и хирургично лечение в областта на естетичните услуги, които се предлагат от неговите подразделения в Италия. Следователно според мен тази забрана представлява ограничение на свободата на установяване.

90. Този анализ според мен се подкрепя от факта, че последиците от въпросната забрана за предприятие със седалище в друга държава-членка не са компенсирани, нито дори смекчени от предвидената в Закона от 1992 г. възможност за рекламиране в Италия по телевизионни канали с местно разпространение или чрез други средства за комуникация.

39 — Директива 84/450/ЕИО на Съвета от 10 септември 1984 година за сближаване на законовите, подзаконовите и административните разпоредби на държавите-членки, свързани със заблуждаваща реклама (ОВ L 250, стр. 17; Специално издание на български език, 2007 г., глава 15, том 1, стр. 153). Този акт е изменен с Директива 97/55/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 6 октомври 1997 година (ОВ L 290, стр. 18; Специално издание на български език, 2007 г., глава 15, том 4, стр. 196) с цел да се обхване сравнителната реклама и от Директива 2005/29/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 11 май 2005 година относно нелоялни търговски практики от страна на търговци към потребители на вътрешния пазар и изменение на Директива 84/450/ЕИО на Съвета, Директиви 97/7/ЕО, 98/27/ЕО и 2002/65/ЕО на Европейския парламент и на Съвета, и Регламент (ЕО) № 2006/2004 на Европейския парламент и на Съвета („директива относно нелоялните търговски практики“) (ОВ L 149, стр. 22; Специално издание на български език, 2007 г., глава 15, том 14, стр. 260). Изменената Директива 84/450 е отменена и заменена с Директива 2006/114/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 12 декември 2006 година относно заблуждаващата и сравнителната реклама (ОВ L 376, стр. 21; Специално издание на български език, 2007 г., глава 15, том 18, стр. 229).

91. Впрочем тази възможност е подчинена на две условия, които без съмнение ограничават нейния обхват по отношение на дадено чуждестранно предприятие, желаещо да се установи в Италия. Първото от тях е получаването на разрешение от компетентния местен административен орган.

92. Следователно разпространението на едно рекламно съобщение на цялата територия на Италианската република чрез телевизионни канали с местно разпространение би задължило дружество като Dermoestética да подаде толкова заявления, колкото са компетентните регионални органи, което явно е по-сложно и струва по-скъпо. Освен това съобразно данните, предоставени от препращащата юрисдикция, италианската правна уредба не определя условията, които трябва да се спазват за получаване на това разрешение, така че те могат да варират според различните региони и икономически оператор, какъвто е Dermoestética, би се затруднил да се запознае предварително с тях.

93. Второто условие е направените разходи за тази реклама да не надхвърлят 5 % от декларирания за предходната година доход.

94. Както отбелязва Комисията, това условие също представлява бариера за навлизането в Италия на дружества, установени в друга държава-членка, тъй като, от една страна, ограничава тяхната възможност да направят разходите, които считат за необходими, за да се представят по най-подходящия начин. От друга страна, като определя тази граница като процентен дял от финансовите резултати от предходната година, разглежданата правна уредба поражда „верижни“ последици, в смисъл че ограничаването на рекламата намалява постигнатите от предприятието резултати, които сами по себе си обуславят размера на разходите, които могат да се предоставят за реклама. Освен това неточният характер на понятието „деклариран доход“ представлява допълнителна трудност за едно чуждестранно предприятие.

95. Накрая, спорът по главното производство показва, че за Dermoestética предвидената в Закона от 1992 г. възможност, при спазване на двете условия по членове 5 и 9*a* от него, за реклама по телевизионните канали с местно разпространение и чрез други средства за комуникация не е задоволително разрешение, което да компенсира невъзможността за реклама по телевизионните канали с национално разпространение.

96. Следователно Законът от 1992 г., който забранява всякаква реклама на медицинско и хирургично лечение в областта на естетичните услуги, извършвано в частни медицински структури, по телевизионните канали с национално разпространение, представлява ограничение на свободата на установяване.

97. Освен това тези разпоредби могат също да се разглеждат като ограничение на свободното предоставяне на трансгранични услуги по смисъла на член 49 ЕО.

98. Всъщност Законът от 1992 г., който забранява на Advertising Media, както и на

италианските национални телевизионни канали да рекламират подразделенията на Dermoestética в Италия, възпрепятства последното да се ползва от предоставянето на тези услуги. Следователно подобна забрана за реклама дори ако се прилага еднакво спрямо частните медицински структури на италианските дружества и спрямо тези на дружествата със седалище в други държави-членки, засяга трансграничното предлагане на телевизионни реклами [40].

3. Липсата на обосновка

99. Италианското правителство не посочва нито един мотив, който да обоснове ограниченията, съдържащи се в разглежданите разпоредби от Закона от 1992 г. Напротив, то негласно допуска, че тези ограничения са действително несъвместими с общностното право, тъй като поддържа, че въпросните разпоредби са отменени с Декрет-закон № 223/2006, който съгласно член 2 от същия декрет-закон е приет в съответствие с принципа за свободната конкуренция, с цел да се гарантира на потребителите на услуги възможност за реален избор като сравняват предлаганите на пазара услуги.

100. Advertising Media посочва, че спорните ограничения са обосновани с императивни съображения от обществен интерес като например закрилата на общественото здраве.

101. Несъмнено закрилата на общественото здраве е едно от съображенията, което съгласно членове 46 ЕО и 55 ЕО може да обоснове ограничение на свободата на установяване и на свободното предоставяне на услуги. В това отношение Съдът приема, че животът и здравето на хората се нареждат на първо място сред интересите, защитавани от разпоредбите на Договора, които предвиждат възможните дерогации от забраната за ограничения на свободите на движение [41]. Закрилата на общественото здраве също се включва сред императивните съображения от обществен интерес, които могат да обосновят ограничения на упражняването на гарантираните от Договора свободи на движение.

102. Освен това доколкото рекламата на медицинското и хирургичното лечение в областта на естетичните услуги не е предмет на общи правила или хармонизация на общностно равнище, всяка държава-членка следва да реши каква степен на закрила на общественото здраве иска да осигури и по какъв начин трябва да се постигне тя [42].

103. В заключението си от 22 ноември 2007 г. по дело Doulamis (C-446/05), висящо пред Съда, поддържам, че закрилата на общественото здраве може да обоснове забрана за здравни специалисти като лицата, предоставящи дентални услуги, да правят друга реклама, различна от тази с чисто информативна цел. Позицията ми се основава на факта, че предоставянето на медицински грижи не

40 — Вж. в този смисъл Решение по дело Gourmet International Products, посочено по-горе (точка 39), и Решение от 13 юли 2004 г. по дело Комисия/Франция (C-262/02, Recueil, стр. I-6569, точка 26).

41 — Решение от 10 ноември 1994 г. по дело Ortscheit (C-320/93, Recueil, стр. I-5243, точка 16).

42 — Пак там.

представлява предоставяне на обикновени услуги, доколкото то оказва въздействие върху физическата неприкосновеност на получателя и психичното му равновесие. Позовавам се също на обстоятелството, че здравеопазването е сред областите, при които разликата в нивото на знанията на лицето, предоставящо медицинските грижи, и това на получателя на услугата е най-високо, поради което последният не е в състояние реално да прецени качеството на услугата, която ползва.

104. Според мен тези съображения могат да се отнесат и до областта на естетичните услуги, при положение че те не се ограничават до услуги за повишаване на благоденствието като релаксиращи масажи или епилация, а са под формата на истински хирургически интервенции като корекция на част от лицето или тялото.

105. Дори такива хирургически интервенции да могат да се извършват по искане на пациента, без да са наистина необходими от терапевтична гледна точка, моето мнение е, че предвид присъщите за този вид медицински дейности рискове и тяхното възможно отражение на психическо ниво, държавата-членка с основание може да предвиди ограничения по отношение на евентуалното им рекламиране сред населението. Ето защо смятам, че е напълно оправдано държава-членка да забрани или да регулира рекламните дейности, които подтикват хората да променят лицето си или анатомичните си особености.

106. Наложително е обаче приетите за целта мерки да са в състояние да постигнат целта, която преследват, и да не надхвърлят необходимото за нейното постигане [43].

107. Последиците от забраната за реклама по телевизионните канали с национално разпространение на медицинско и хирургично лечение в областта на естетичните услуги са именно ограничаване на рекламата на подобни услуги след населението, а оттам и закрилата на общественото здраве. Все пак тъй като тази реклама е разрешена при определени условия по телевизионните канали с местно разпространение, пропорционалният характер на пълната забрана за всякаква реклама по телевизионните канали с национално разпространение изглежда трудно защитим.

108. Всъщност ако италианският законодател е приел, че условията, уреждащи рекламата по телевизионните канали с местно разпространение, са в състояние да осигурят закрила на общественото здраве, не виждам защо такива условия не биха могли да се приложат и по отношение на телевизионните канали с национално разпространение. Нищо не навежда на мисълта, че телевизионните зрители трябва да бъдат защитени в по-малка степен, когато гледат телевизионни канали с местно разпространение.

43 — Вж. в този смисъл Решение от 25 юли 1991 г. по дело Aragonesa de Publicidad Exterior и Publivía (C-1/90 и C-176/90, Recueil, стр. I-4151, точка 16).

109. Ето защо както подчертава Комисията, Законът от 1992 г. несъмнено е непоследователен, доколкото ако намерението на италианския законодател е било наистина да защити здравето на телевизионните зрители, като забрани телевизионната реклама на медицинско и хирургично лечение в областта на естетичните услуги, той е трябвало да разшири обхвата на тази забрана и за телевизионните канали с местно разпространение.

110. В това отношение Законът от 1992 г. разкрива същото противоречие като италианското законодателство, разглеждано в горепосоченото Решение по дело Payroll и др.

111. Тази правна уредба налагала на предприятията с по-малко от 250 служители, които искат да възложат изготвянето и отпечатването на фишове за заплати на външни центрове за обработка на данни, да използват единствено центрове, изградени и съставени само от лица, които са вписани в определени италиански професионални организации. Това законодателство се разглежда като ограничение на свободата на установяване на дружества със седалище в друга държава-членка, които желаят да се установят в Италия, за да предоставят там компютърни услуги за изготвяне и отпечатване на фишове за заплати.

112. Италианското правителство поддържа, че закрилата на правата на работниците обосновава това ограничение. В това отношение Съдът отбелязва, че по силата на разглежданото италианско законодателство центровете за обработка на данни, които не са изградени и съставени само от експерти по заетостта или от лица, които се считат за експерти по заетостта, могат да предлагат услуги по изготвяне и отпечатване на фишове за заплати на предприятия с повече от 250 служители, които не би следвало да се ползват в това отношение от по-малка степен на закрила, отколкото работещите в предприятия с по-ограничен личен състав. От това Съдът заключава, че щом като въпросните задачи не могат да се считат за по-малко сложни, след като се увеличава броят на съответните работници и служители, във всички случаи спорната разпоредба надхвърля необходимото за постигане на своята цел за закрила[44].

113. Ето защо изглежда, че забраната за всякаква реклама на медицинско и хирургично лечение в областта на естетичните услуги по телевизионните канали с национално разпространение надхвърля необходимото за закрилата на общественото здраве. Този анализ се потвърждава и от обстоятелството, че според представените в съдебното заседание обяснения на италианското правителство тази забрана се отнася само до частните медицински структури.

114. Следователно законодателство на държава-членка, което забранява рекламата на медицинско и хирургично лечение от естетично естество, извършвано в частни медицински структури, по телевизионните канали с национално разпространение, след като при определени условия разрешава такава реклама по телевизионните канали с местно разпространение, противоречи на членове 43 ЕО и 49 ЕО във връзка с членове 48 ЕО и 55 ЕО.

44 — Решение по дело Payroll и др., посочено по-горе (точка 37).

V — Заключение

115. Предвид изложените по-горе съображения предлагам да се отговори на поставените от Giudice di pace di Genova преюдициални въпроси по следния начин:

„Членове 43 ЕО и 49 ЕО във връзка с членове 48 ЕО и 55 ЕО трябва да се тълкуват в смисъл, че не допускат законодателство на държава-членка, което забранява рекламата на медицинско и хирургично лечение от естетично естество, извършвано в частни медицински структури, по телевизионните канали с национално разпространение, след като при определени условия разрешава такава реклама по телевизионните канали с местно разпространение.“