

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT NIAL FENNELLY

föredraget den 15 juni 2000 *

Innehåll

I — Inledning	I-8424
II — Lagstiftning och bakgrund	I-8426
i) Relevanta bestämmelser i EG-fördraget	I-8426
ii) Annan lagstiftning	I-8427
iii) Reklamdirektivets bakgrund	I-8428
iv) En sammanfattning av reklamdirektivet	I-8431
III — Upptagande till sakprövning	I-8436
IV — Yttranden som ingetts till domstolen	I-8439
i) Rättslig grund och behörighet	I-8439
ii) Subsidiaritetsprincipen	I-8443
iii) Proportionalitetsprincipen	I-8444
iv) Åsidosättande av artikel 30	I-8445
v) Rätten till egendom och rätten att utöva ekonomisk verksamhet	I-8445
vi) Yttrandefrihet	I-8446
vii) Motiveringsplikten	I-8447
V — Bedömning	I-8447
i) Rättslig grund och behörighet	I-8447
Inledning	I-8447
Arten av gemenskapens behörighet	I-8448
Gemenskapens behörighet och nationell behörighet: skilda målsättningar	I-8450
Reklamdirektivets "tyngdpunkt"	I-8452
Tillämpningsområdet för artikel 129.4 i fördraget	I-8453
Direktivets bakgrund	I-8454
Maktmissbruk	I-8456
Betydelsen av omröstningsförfarandet i rådet	I-8457
Den inre marknaden	I-8458

* Originalspråk: engelska.

Syften avseende den inre marknaden — konkret bedömning	I-8463
Reklamdirektivets syfte	I-8467
Hinder mot handeln med varor och tjänster avseende tobaksreklam	I-8468
Reklamdirektivets tillnärmande verkan	I-8471
Snedvridning av konkurrensen	I-8475
Konsekvenser: Ogiltighet och avskiljbarhet	I-8476
ii) Subsidiaritetsprincipen	I-8479
iii) Proportionalitetsprincipen	I-8484
iv) Åsidosättande av artikel 30 i fördraget	I-8484
v) Kränkning av ekonomiska rättigheter	I-8484
vi) Yttrandefrihet	I-8487
vii) Bristfällig motivering	I-8495
VI — Rättegångskostnader	I-8496
VII — Förslag till avgörande	I-8497

I — Inledning

1. Bägge dessa mål gäller giltigheten av Europaparlamentets och rådets direktiv 98/43/EG av den 6 juli 1998 om tillnärmning av medlemsstaternas lagar och andra författningar om reklam för och sponsring till förmån för tobaksvaror¹ (nedan kallat direktivet eller reklamdirektivet). I det första målet (nedan kallat C-376/98 eller målet Tyskland mot parlamentet och rådet) har Tyskland med stöd av artikel 173 i EG-fördraget (nu artikel 230 EG i ändrad lydelse) väckt talan om ogiltigförklaring av reklamdirektivet. I det andra målet (nedan kallat C-74/99 eller målet Imperial Tobacco) har ett antal företag som till-

verkar tobaksvaror inlett förfarande vid High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Crown Office) (nedan kallad den nationella domstolen) för att få till stånd en domstolsprövning av bland annat Förenade kungarikets regerings avsikt eller skyldighet att uppfylla de krav som avses i direktivet. Den nationella domstolen har ansett att sökandena anfört godtagbara skäl till stöd för sitt påstående att direktivet är ogiltigt, och har beslutat framställa en begäran om förhandsavgörande till domstolen.

2. Som den nationella domstolen har framhållit finns det en väsentlig (men inte total) överensstämmelse mellan de frågor som den ställt och de grunder för ogiltighet som förts fram av Tyskland i mål C-376/98. Dess frågor innefattar i korthet de grunder

¹ — EGT L 213, s. 9.

som åberopats av sökandena: "Är rådets direktiv 98/43 i sin helhet eller delvis ogiltigt, på grund av att:

artikel 30 i EG-fördraget (nu artikel 28 EG i ändrad lydelse).

- a) artiklarna 57.2, 66 och 100a inte är en korrekt rättslig grund,
- b) den grundläggande yttrandefriheten har åsidosatts,
- c) proportionalitetsprincipen har åsidosatts,
- d) subsidiaritetsprincipen har åsidosatts,
- e) motiveringsskyldigheten har åsidosatts,
- f) artikel 222 i EG-fördraget och/eller den grundläggande äganderätten har kränkts?"

3. Frågan om behörighet eller rättslig grund är den viktigaste frågan i förevarande mål. Argumenten om att direktivet är ogiltigt på grund av att principerna om proportionalitet eller subsidiaritet, motiveringsskyldigheten eller grundläggande rättigheter har åsidosatts skall bara prövas om domstolen skulle finna att den åberopade rättsliga grunden för direktivet var korrekt.

4. Den åberopade rättsliga grunden för reklamdirektivet hänför sig till den inre marknaden. Gemenskapens behörighet avseende den inre marknaden begränsas inte *a priori* av att någon behörighet skulle vara reserverad för medlemsstaterna. Det är en horisontell behörighet som ersätter medlemsstaternas egen behörighet att lagstifta på det avsedda området. Domstolsprövningen av hur denna behörighet utövas är en känslig och komplex fråga. Å ena sidan skulle en alltför begränsad prövning medföra att gemenskapens institutioner åtnjuter en, i praktiken, allmän eller obegränsad befogenhet att lagstifta, vilket skulle strida mot principen att gemenskapen bara skall agera inom ramen för de strikt angivna befogenheter, oavsett hur långtgående dessa är, som den givits i fördragen för att uppnå precis angivna ändamål. Gemenskapen skulle därigenom på ett orättmätigt sätt kunna inkräkta på medlemsstaternas befogenheter. Å andra sidan kan i princip domstolen inte ta ifrån gemenskapslagstiftaren dess ansvar för att undanröja hinder mot och störningar i det

En ytterligare grund som Tyskland fört fram är att reklamdirektivet strider mot

fria utbytet av varor och tjänster. Det ankommer på domstolen att på grundval av objektiva kriterier, för gemenskapens institutioner, dess medlemsstater och dess medborgare, handha den krävande uppgiften att upprätthålla denna konstitutionella gränsdragning mellan gemenskapens och medlemsstaternas respektive befogenheter.

II — Lagstiftning och bakgrund

i) *Relevanta bestämmelser i EG-fördraget*

5. Oenigheten avseende den rättsliga grunden för reklamdirektivet avser ett begränsat antal stadganden i fördraget, främst rörande den inre marknaden och friheten att tillhandahålla tjänster.

6. Enligt artiklarna 57.2 i EG-fördraget (nu artikel 47.2 EG i ändrad lydelse) och 66 i EG-fördraget (nu artikel 55 EG) skall rådet i enlighet med förfarandet i artikel 189b i EG-fördraget (nu artikel 251 EG i ändrad lydelse; allmänt kallat medbeslutandeförfarandet) "utfärda direktiv om samordning av medlemsstaternas bestämmelser i lagar och andra författningar om upptagande

och utövande av förvärvsverksamhet som egenföretagare", vilket innefattar friheten att tillhandahålla tjänster.²

7. Artikel 100a i EG-fördraget är nu artikel 95 EG (i ändrad lydelse). Med avvikelse från artikel 100 i EG-fördraget (nu artikel 94 EG) och om inte annat anges i fördraget ger artikel 100a.1 i EG-fördraget rådet befogenhet att, för att uppnå målen i artikel 7a i EG-fördraget (nu artikel 14 EG i ändrad lydelse) och i enlighet med samma förfarande samt efter att ha hört Ekonomiska och sociala kommittén "besluta om åtgärder för tillnärmning av sådana bestämmelser i lagar och andra författningar som syftar till att upprätta den inre marknaden och få den att fungera".

8. I artikel 100a.3 i EG-fördraget stadgas att kommissionen "i sina förslag enligt punkt 1 om hälsa, säkerhet samt miljö- och konsumentskydd [skall] utgå från en hög skyddsnivå".³ Enligt artikel 100a.4 kan en medlemsstat, efter det att rådet med kvalificerad majoritet har beslutat om harmoniseringsåtgärder, tillämpa natio-

2 — I detta förslag till avgörande skall hänvisningar till artikel 57.2 i EG-fördraget, om inte annat anges, förstås så att de innefattar en hänvisning till den artikelns fortsättning avseende friheten att tillhandahålla tjänster enligt artikel 66 i EG-fördraget.

3 — I den ändrade artikel 95.3 EG har följande lagts till: "Europaparlamentet och rådet skall också, inom ramen för sina respektive befogenheter, sträva efter att nå detta mål." I min analys har jag ansett denna förpliktelse vara underförstådd från början i artikel 100a.3 i EG-fördraget, trots att det i denna på ett mer begränsat sätt hänvisas till kommissionens förslag.

nella bestämmelser som särskilt grundar sig på väsentliga behov enligt artikel 36 i EG-fördraget (nu artikel 30 EG i ändrad lydelse), förutsatt att kommissionen godkänt dessa och efter ett särskilt snabbt förfarande för väckande av talan inför domstolen.

9. Sökandena har lagt särskild vikt vid artikel 129 i EG-fördraget (nu artikel 152 EG i ändrad lydelse). I artikel 129.1 stadgas att "[g]emenskapen skall bidra till att en hög hälsoskyddsnivå uppnås genom att främja samarbete mellan medlemsstaterna och vid behov stödja deras insatser" och att "[h]älsoskyddskraven skall ingå som ett led i gemenskapens övriga politik". I artikel 129.4 stadgas att rådet skall bidra till de mål som anges i den artikeln genom att enligt medbeslutandeförfarandet och efter att ha hört Ekonomiska och sociala kommittén samt Regionkommittén besluta om stimulansåtgärder som dock inte får omfatta någon harmonisering av lagar eller andra författningar i medlemsstaterna. Rådet kan också anta rekommendationer.

ii) *Annan lagstiftning*

10. Det kan vara värdefullt att uppmärksamma viss relevant och befintlig gemenskapslagstiftning för att kunna bedöma lagligheten av reklamdirektivet. Innan det

utfärdades hade gemenskapen med stöd av antingen artikel 100a i fördraget eller artikel 57.2 tillsammans med artikel 66 i fördraget redan antagit en rad bestämmelser angående marknadsföring av tobaksvaror. Den viktigaste är artikel 13 i rådets direktiv 89/552/EEG av den 3 oktober 1989 om samordning av vissa bestämmelser som fastställts i medlemsstaternas lagar och andra författningar om utförandet av sändningsverksamhet för television.⁴ Det är i detta sammanhang tillräckligt att påminna om att den förbjuder alla former av TV-reklam och köp-TV för cigaretter och andra tobaksvaror. I artikel 2 a.1 i direktiv 89/552/EEG föreskrivs allmänt att "[m]edlemsstaterna skall säkerställa fri mottagning och får inte begränsa vidare-sändning inom sina territorier av TV-sändningar från andra medlemsstater av skäl som hör under områden som omfattas av detta direktiv".

11. Rådets direktiv 89/622/EEG av den 13 november 1989 om tillnärmning av medlemsstaternas lagar och andra författningar om märkning av tobaksvaror samt förbud för utsläppande på marknaden av vissa tobakstyper för användning i munnen⁵ föreskriver att det på alla cigarettpaket skall anges halten av tjära och nikotin⁶ samt skall finnas en allmän och en särskild

4 — EGT L 298, s. 23, svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 3, i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 97/36/EG av den 30 juni 1997, EGT L 202, s. 60. Bägge direktiven har antagits med stöd av artiklarna 57.2 och 66 i EG-fördraget.

5 — EGT L 359, s. 1, svensk specialutgåva, område 15, volym 9, s. 141, i dess lydelse enligt rådets direktiv 92/41/EEG av den 15 maj 1992, EGT L 158, s. 30, svensk specialutgåva, område 15, volym 11, s. 47. Bägge direktiven har antagits med stöd av artikel 100a i EG-fördraget.

6 — Artikel 3 i direktiv 89/622/EEG.

varningstext.⁷ Medlemsstaterna får inte på grund av märkningen begränsa försäljningen av produkter som uppfyller direktivet.⁸ Medlemsstaterna kan inte heller begränsa försäljningen av produkter som uppfyller föreskrifterna i rådets direktiv 90/239/EEG av den 17 maj 1990 om tillnärmning av medlemsstaternas lagar och andra författningar om högsta tillåtna tjärhalt i cigaretter⁹ ”av skäl som avser begränsning av tjärhalten i cigaretter”.¹⁰ Både direktiv 89/622/EEG och direktiv 90/239/EEG antogs av ministerrådet vid ett möte där det utgjordes av hälso- och sjukvårdsministrar.

verkliga avsättningsmöjligheter i hela gemenskapen för alla varor och tjänster”.

13. I rådets direktiv 92/28/EEG av den 31 mars 1992 om marknadsföring av humanläkemedel¹⁴ föreskrivs en rad villkor för marknadsföringen av sådana produkter. Till exempel förbjuds att i marknadsföring som riktas till allmänheten omnämna vissa indikationer liksom all marknadsföring av vissa produkter.

12. Gemenskapen har också utfärdat lagstiftning angående marknadsföring i andra avseenden. Till exempel anges i rådets direktiv 84/450/EEG av den 10 september 1984 om tillnärmning av medlemsstaternas lagar och andra författningar om vilseledande och jämförande reklam¹¹ objektiva minimivillkor för när reklam skall anses vilseledande¹² och under vilka förutsättningar jämförande reklam skall vara tillåten.¹³ I det andra övervägandet i ändringsdirektivet 97/55/EG anges att ”reklamen är ett betydelsefullt sätt att frambringa

iii) Reklamdirektivets bakgrund

14. Möjligheten att reglera tobaksreklam i gemenskapsrätten fördes först fram av kommissionen år 1984 i ett meddelande till Europeiska Rådet angående samarbete om hälsoproblem. Det första åtgärdsprogrammet ”Europa mot cancer” antogs genom en resolution av den 7 juli 1986 av rådet och företrädarna för medlemsstaternas regeringar, församlade i rådet.¹⁵ I programmet efterfrågades en undersökning av metoder för att minska tobaksanvändningen, såsom gemenskapsåtgärder i fråga om reklam och sponsring inom ramen för samarbete i hälsofrågor. Kommissionen svarade genom att utfärda en handlings-

7 — Artikel 4 i direktiv 89/622/EEG.

8 — Artikel 8.1 i direktiv 89/622/EEG.

9 — EGT L 137, s. 36, svensk specialutgåva, område 15, volym 9, s. 231. Detta direktiv har antagits med stöd av artikel 100a i EG-fördraget.

10 — Artikel 7.1 i direktiv 90/239/EEG.

11 — EGT L 250, s. 17, svensk specialutgåva, område 15, volym 4, s. 211, i dess lydelse enligt Europaparlamentets och Rådets Direktiv 97/55/EG av den 6 oktober 1997, EGT L 290, s. 18. Direktiv 84/450/EEG har antagits med stöd av artikel 100 i EG-fördraget. Direktivet om ändring har antagits med stöd av artikel 100a i EG-fördraget.

12 — Artiklarna 2.2 och 3 i direktiv 84/450/EEG; se även ingressens sjunde övervägande.

13 — Artikel 3 a i direktiv 84/450/EEG.

14 — EGT L 113, s. 13, svensk specialutgåva, område 15, volym 11, s. 40. Detta direktiv har antagits med stöd av artikel 100a i EG-fördraget.

15 — EGT C 184, s. 19.

plan för perioden 1987—1989, och lade med stöd av artikel 100a i EG-fördraget fram ett förslag med stöd av artikel 100a i fördraget till ett rådskdirektiv om tillnärmning av medlemsstaternas lagar och andra författningar om reklam för tobaksvaror i press och genom affischer¹⁶ (nedan kallat "det första direktivförslaget").

15. I det första direktivförslaget påtalades att reklam i pressen och genom affischer överskred gränserna mellan medlemsstaterna, och att skillnaderna i fråga om nationella regler för tobaksreklam sannolikt medförde hinder för handeln och snedvridning av konkurrensen. I de nödvändiga harmoniserade reglerna skulle tillbörlig hänsyn tas till skyddet för folkhälsa, framför allt avseende yngre människor. I ingressen gjordes också hänvisningar till programmet "Europa mot cancer". Enligt det första direktivförslaget skulle reklam för cigaretter och andra tobaksvaror i pressen och genom affischer innehålla varningstexter.¹⁷ Innehållet i annonser skulle också begränsas till information om produkten och presentation av dess förpackning, och samtidigt skulle hänvisningar till ett varumärke, en symbol, ett emblem eller andra särskiljande kännetecken, som främst används i samband med marknadsföring av tobaksvaror, förbjudas i reklam där tobaksvaror inte direkt omnämns.¹⁸ All tobaksreklam skulle förbjudas i publi-

kationer som huvudsakligen riktar sig till personer under 18 år.¹⁹ Enligt artikel 5 i det första direktivförslaget skulle medlemsstaterna vara förhindrade att ange tobaksreklam som skäl för att förbjuda eller begränsa försäljningen av publikationer eller användningen av affischer som uppfyllde kraven i direktivet.

16. Europaparlamentet godkände, med iakttagande av samarbetsförfarandet, det första direktivförslaget den 14 mars 1990, med förbehåll för ändringar för att införa ett totalförbud mot tobaksreklam av hänsyn till skyddet för folkhälsa.²⁰ Kommissionen ansåg, mot bakgrund av det nuvarande innehållet i nationell lagstiftning, att frågan om ett totalförbud var för tidigt väckt, men ändrade sitt förslag för att klargöra att det bara skulle innebära en harmonisering av lagstiftningen i de medlemsstater som tillät tobaksreklam.²¹ Kommissionen lade också till tre överväganden i ingressen, där man hänvisade till medlemsstaternas ambitioner i fråga om hälsoskydd och till yngre människors sårbarhet i förhållande till reklam.

17. Denna ändrade version av det första direktivförslaget diskuterades i Coreper under rubriken "Kampen mot cancer", men överenskommelse kunde varken träf-

16 — KOM (89) 163 slutlig, lämnat den 7 april 1989, EGT C 124, s. 5.

17 — Artikel 2 i det första direktivförslaget.

18 — Artikel 3 i det första direktivförslaget.

19 — Artikel 4 i det första direktivförslaget.

20 — EGT C 96, s. 98.

21 — KOM (90) 147 slutlig, lämnat den 19 april 1990, EGT C 116, s. 7.

fas där eller i rådets arbetsgrupp för hälsofrågor. Kommissionen återtog förslaget och lämnade den 17 maj 1991 ett reviderat förslag till rådsdirektiv om reklam för tobaksvaror (nedan kallat det andra direktivförslaget).²² För första gången hänvisade den till sambandet mellan olika former av marknadsföring och det faktum att tobakskonsumtion är en betydande dödsorsak inom gemenskapen. Det andra direktivförslaget skulle ha medfört ett förbud mot alla former av reklam för tobaksvaror, reklam på andra områden med användning av namn eller varumärken som huvudsakligen är förknippade med tobaksvaror, att använda andra varumärken eller namn på nya tobaksvaror och all gratis utdelning av sådana varor.²³ Reklam på försäljningsställen för tobaksvaror skulle kunna tillåtas av medlemsstaterna,²⁴ men det skulle enligt det andra direktivförslaget varit tillåtet för medlemsstaterna att av hälsoskäl föreskriva striktare regler.²⁵ Trots att tveksamhet uttrycktes på flera håll²⁶ avtog Europaparlamentet en framställning om att ändra den rättsliga grunden för direktivet från artikel 100a till artikel 235 i EG-fördraget (nu artikel 308 EG). Det antog den 11 februari 1992 en resolution i vilken man bland annat föreslog ett nytt övervägande i ingressen enligt vilket förbudet motiverades av hälsoskäl. Kommissionsledamöterna med ansvar för sysselsättning, industrifrågor och sociala frågor (inklusive

hälsa) som var ansvariga för förslaget har uppgetts ha gjort en rad hänvisningar i uttalanden och tal till förslagets betydelse för folkhälsointresset.²⁷

18. Rådet antog den 26 november 1996 en resolution om minskning av rökningen i Europeiska gemenskapen²⁸, i vilken man ansåg att det var "nödvändigt att utvärdera hur tobakskonsumtionen påverkas av å ena sidan reklamkampanjer för rökning och andra marknadsföringsaktiviteter och å andra sidan ingripanden och åtgärder för att minska rökningen" och uppmanade kommissionen att "genomföra undersökningar om de bästa metoderna i medlemsstaterna för att minska förekomsten av rökning och att utvärdera deras inverkan".

19. Rådet antog slutligen formellt en gemensam ståndpunkt beträffande det andra direktivförslaget den 12 februari 1998,²⁹ med utgångspunkt i kommissionens reviderade förslag av den 11 december 1997.³⁰ I detta förslag hade även artiklarna 57.2 och 66 i EG-fördraget lagts till artikel 100a som rättslig grund för direktivet. Vidare hade en rad överväganden lagts

22 — KOM (91) 111 slutlig, EGT C 167, s. 3. En lätt modifierad version avlämnades av kommissionen den 30 april 1992, KOM (92) 196 slutlig, EGT C 129, s. 5.

23 — Artikel 2 i det andra direktivförslaget.

24 — Artikel 3 i det andra direktivförslaget.

25 — Artikel 5 i det andra direktivförslaget.

26 — Tvekel uttrycktes av en rad delegationer i rådets arbetsgrupp för hälsoskydd och i Europaparlamentets kommitté för ekonomiska eller monetära frågor och industripolitik. Liknande tvivel uttrycktes enligt vad som uppgetts uttryckligen av rådets rättstjänst i ett yttrande av den 3 december 1993. Se mina kommentarer i punkt 76 nedan angående användningen av detta yttrande.

27 — Tal till Europaparlamentet av kommissionsledamoten Papandreou i november 1991 och den 16 januari 1992; anmärkning av kommissionsledamoten Flynn vid rådet för hälsofrågor den 22 december 1994; tal av kommissionsledamoten Flynn till den europeiska konferensen om tobak och hälsa den 3 oktober 1996; tal av kommissionsledamoten Flynn den 5 december 1997 till följd av rådets antagande av en gemensam ståndpunkt.

28 — EGT C 374, s. 4.

29 — EGT C 91, s. 34.

30 — SN4883/1/97.

till för att avspegla förändringen av förbudet avseende indirekt reklam, det något mer omfattande undantaget för reklam på försäljningsställen, dess tillämpning på yrkesmässiga meddelanden och utvidgningen av förbudet till att omfatta sponsring av evenemang eller aktiviteter.³¹ Ett antal överväganden hade också lagts till för att hänvisa till andra åtgärder inom den inre marknaden avseende antingen reklam eller tobaksvaror — direktiven 89/622/EEG i ändrad lydelse, 90/239/EEG och 92/28/EEG. I allra högsta grad väsentligt, i vart fall enligt dem som gjort gällande att direktivet är ogiltigt, var att tre överväganden från tidigare förslag i den gemensamma ståndpunkten utelämnades:

”Europeiska rådet underströk vid sitt möte i Milano den 28 och 29 juni 1985 vikten av att starta ett europeiskt åtgärdsprogram mot cancer.

Rådet och företrädarna för medlemsstaternas regeringar, församlade i rådet, antog den 7 juli 1986 sin resolution om Europa mot cancer, vilken hade som ett av sina mål att bidra till en förbättrad hälsa och livskvalitet för gemenskapens medborgare genom att minska antalet cancerfall, och

under denna rubrik prioriterades åtgärder mot rökning.

Tobaksrökning orsakar varje år ett stort antal dödsfall i Europeiska gemenskapens medlemsstater.”

20. Den gemensamma ståndpunkten godkändes av Europaparlamentet den 13 maj 1998,³² och direktivet antogs vid ett råds-möte sammansatt av forskningsministrar den 22 juni 1998. Tyskland röstade emot dess antagande.

iv) *En sammanfattning av reklamdirektivet*

21. De fyra första övervägandena till det antagna direktivet lyder:

”1) Det föreligger vissa skillnader mellan medlemsstaternas lagar och andra författningar om reklam för och sponsring till förmån för tobaksvaror. Denna reklam och denna sponsring sprids

31 — Se den omedelbart följande diskussionen om direktivets innehåll.

32 — Europaparlamentets kommitté för rättsliga frågor och medborgerliga rättigheter godkände dock inte den anförda rättsliga grunden för det andra, reviderade, direktivförslaget den 16 april 1998.

över medlemsstaternas gränser och dessa skillnader kan lägga hinder i vägen för den fria rörligheten av de varor, som förmedlar dessa aktiviteter och för det fria tillhandahållandet av tjänster samt medföra en snedvridning av konkurrensen och på så sätt hindra den inre marknadens funktion.

- 2) Dessa hinder bör undanröjas och en tillnärmning bör därför ske av bestämmelserna om reklam för och sponsring till förmån för tobaksvaror, samtidigt som medlemsstaterna behåller rätten att på vissa villkor fastslå de krav som de anser vara nödvändiga för att säkerställa skyddet av människors hälsa.

- 3) I enlighet med artikel 100a.3 i fördraget skall kommissionen i sina förslag enligt punkt 1 när det gäller hälsa, säkerhet samt miljö- och konsumentskydd utgå från en hög skyddsnivå.

- 4) Följaktligen bör i detta direktiv hänsyn tas till skyddet av människors, och särskilt ungdomars, hälsa. För ungdomar spelar reklam en viktig roll när det gäller att främja tobak.”

I det femte övervägandet hänvisas till det faktum att direktiven 89/622/EEG och 90/239/EEG redan antagits med stöd av artikel 100a. I det sjätte övervägandet hänvisas till direktiv 92/28/EEG om marknadsföring av humanläkemedel och framhålls att reklam för produkter som är avsedda för tobaksavvänjning inte omfattas av reklamdirektivet. I det sjunde övervägandet hänvisas till en rad undantag från förbudet mot reklam för tobaksvaror (artikel 3.5), med tillägget att det ”åligger medlemsstaterna att i förekommande fall vidta lämpliga åtgärder avseende” dessa områden (se även artikel 5). I de åttonde och nionde övervägandena anges:

- ”8) Med hänsyn till det ömsesidiga beroende som råder mellan varje form av muntlig, skriftlig, tryckt eller radiosänd reklam samt TV- och filmreklam och för att undvika varje risk för snedvridning av konkurrensen och kringgående av bestämmelserna, bör detta direktiv omfatta varje form av och medel för reklam förutom TV-reklam som redan omfattas av rådets direktiv 89/552/EEG....

- 9) Alla former av indirekt reklam och sponsring, liksom gratisutdelning, har samma verkan som direkt reklam och därför finns det anledning att, utan att det inkräktar på den grundläggande

principen om yttrandefrihet,³³ införa bestämmelser om dessa, inbegripet indirekt reklam som, fastän den inte direkt omnämner tobaksvaran, använder ett namn, ett varumärke, en symbol eller något annat utmärkande kännetecken som används för tobaksvaror. Emellertid kan tillämpningen av dessa bestämmelser skjutas upp av medlemsstaterna för att tillåta en anpassning av handelspraxis, och att sponsring till förmån för tobaksvaror ersätts med andra former av lämpliga stöd.”

22. I artikel 1 i direktivet stadgas:

”Detta direktiv syftar till tillnärmning av medlemsstaternas lagar och andra författningar om reklam för och sponsring till förmån för tobaksvaror.”

Artikel 2 i direktivet innehåller bland annat följande definitioner:

I det tionde övervägandet framhålls möjligheten (se artikel 3.2) att under vissa villkor fortsätta att tillåta användningen av ett namn som också associeras med tobaksvaror i reklam för diversifieringsprodukter — andra varor än tobaksvaror eller tjänster som använder ett namn, ett varumärke, en symbol eller något annat utmärkande kännetecken som används för tobaksvaror — ”[u]tan att det påverkar bestämmelserna om reklam för tobaksvaror”.³⁴ I det elfte övervägandet hänvisas till möjligheten att gradvis avveckla sponsring (se artikel 6.3), och anges att sådan befintlig sponsring ”bör innefatta alla sätt att uppnå syftena med sponsring enligt definition i detta direktiv”.

”1) tobaksvaror: alla varor som är avsedda att rökas, snusas, sugas på eller tuggas om de är tillverkade, även delvis, av tobak,

2) reklam: varje form av kommersiellt meddelande vars syfte, eller direkta eller indirekta verkan, är att främja en tobaksvara, däri inbegripen den reklam som utan att direkt nämna tobaksvaran, försöker att kringgå reklamförbudet genom att använda namn, varumärken, symboler eller andra utmärkande kännetecken för tobaksvaror,

3) sponsring: varje bidrag, allmänt eller privat, till ett evenemang eller en

33 — Denna hänvisning till yttrandefriheten infördes efter att kommissionen lagt fram sitt andra reviderade förslag den 11 december 1997.

34 — I det ändrade förslaget som kommissionen lämnade den 11 december 1997 hänvisades i detta stadgande till ”förbudet mot reklam för tobaksvaror” (min kursivering).

verksamhet vars syfte, eller direkta eller indirekta verkan, är att främja en tobaksvara.”

...

I artikel 3.1, 3.2 och 3.4 i direktivet anges:

4. All gratis utdelning vars syfte eller direkta eller indirekta verkan är att främja en tobaksvara är förbjuden.”

”1. Utan att det påverkar direktiv 89/552/EEG, skall varje form av reklam eller sponsring vara förbjuden i gemenskapen.

2. Punkt 1 hindrar inte att en medlemsstat kan tillåta att ett namn som redan har använts i god tro samtidigt för tobaksvaror och andra varor eller tjänster, och som har saluförts eller erbjudits av ett och samma företag eller av olika företag, före den 30 juli 1998 kan användas för reklam för de andra varorna eller tjänsterna.

Emellertid kan detta namn bara användas under ett helt annat utseende som tydligt skiljer sig från det som används för tobaksvaran, med undantag av alla andra utmärkande kännetecken som redan har använts för en tobaksvara.

23. Liksom i artikel 3.2 i direktivet behandlas i punkt 3b i den artikeln uppenbarligen reklam för diversifieringsprodukter, men den är inte något föredöme i fråga om tydlighet. I denna punkt stadgas att förbudet i punkt 1 inte får kringgå för någon vara eller tjänst som släpps ut eller tillhandahålls på marknaden från den 30 juli 2001 genom användning av namn, varumärken, symboler och andra utmärkande kännetecken som redan används för en tobaksvara. Det förefaller vara underförstått genom hänvisningen till artikel 3.1 att den tvetydiga termen ”användning” avser *användning* av ett namn eller annat utmärkande kännetecken i *betydelsen reklam eller sponsring*. ”I detta syfte skall” de utmärkande kännetecknen i fråga ”exponeras så att deras utseende tydligt skiljer sig från det som används för tobaksvaran”. I avsaknad av andra uppgifter antar jag att denna del av bestämmelsen också hänför sig till reklam och sponsring, och inte till presentation av produkten i sig. Mina inledande tvivel i denna fråga skingrades av de svar som rådet och parlamentet gav vid förhandlingen.

I artikel 3.5 anges att direktivet inte skall tillämpas på:

— meddelanden som uteslutande riktar sig till fackfolk inom tobaksbranschen,

— presentation av tobaksvaror som försäljs och anslag om deras pris vid tobaksförsäljningsstället,

— reklam som riktar sig till köparen på försäljningsställen som är specialiserade på tobaksvaror och i deras skyltning eller, om det gäller försäljningsställen för olika typer av artiklar eller tjänster, på platser reserverade för försäljning av tobaksvaror samt sådana försäljningsställen i Grekland (s.k. perip-tera) för vilka särskilt tillstånd beviljas av sociala skäl,

— försäljning av publikationer som innehåller reklam för tobaksvaror och som är utgivna och tryckta i tredje land om dessa publikationer inte främst är avsedda för den gemensamma marknaden.”

24. I artikel 4 i direktivet behandlas metoder för att säkerställa och övervaka tillämpningen av nationella bestämmelser som antagits inom ramen för direktivet. Den har inte varit föremål för skiljaktigheter i parternas argumentation.

I artikel 5 i direktivet anges följande:

”Detta direktiv utgör inget hinder för medlemsstaternas möjlighet att, med beaktande av fördraget, föreskriva strängare krav som de anser nödvändiga för att säkerställa skyddet för människors hälsa när det gäller reklam för eller sponsring till förmån för tobaksvaror.”

25. I artikel 6.1 föreskrivs att medlemsstaterna skall sätta i kraft de bestämmelser i lagar och andra författningar som är nödvändiga för att följa detta direktiv senast den 30 juli 2001. I artikel 6.3 stadgas bland annat:

”Medlemsstaterna får skjuta upp tillämpningen av artikel 3.1

— med ett år när det gäller den skrivna pressen,

— med två år när det gäller sponsring.”

I undantagsfall och av vederbörligen motiverade skäl får medlemsstaterna, på vissa villkor som inte är i fråga i förevarande mål, fortsätta att tillåta befintlig sponsring av evenemang eller verksamheter som organiseras på en världsomspännande nivå för en ytterligare period av tre år, dock senast fram till och med den 1 oktober 2006.

III — Upptagande till sakprövning

26. Innan diskussionen av sakfrågorna äger rum är det nödvändigt att behandla två argument som förts fram av rådet, parlamentet och Frankrike i deras yttranden i målet Imperial Tobacco angående frågan huruvida den nationella domstolens begäran om förhandsavgörande kan tas upp till sakprövning.

27. I sitt yttrande i målet Imperial Tobacco hänvisade parlamentet till de argument som framförts av svaranden i målet vid den nationella domstolen att frågan i målet var av allmänt eller hypotetiskt slag, eftersom den avsåg nationella genomförandebestämmelser som ännu inte trätt i kraft och som därför inte kunde bli föremål för domstolsprövning, och att det endast var möjligt att pröva direktivets giltighet i ett mål vid en nationell domstol där den frågan aktualiserades som en underordnad fråga. Den nationella domstolen intog uppenbar-

ligen ståndpunkten att det kunde vara både riktigt och lämpligt att i enlighet med Order 53, Rule 1(2) i Rules of the Supreme Court meddela fastställelseord för att undanröja osäkerhet. Målet rörde inte ”helt abstrakta frågor” utan ”framtida rättigheter” beträffande vilka prövning kunde ske inom ramen för ett ”*quia timet*” förfarande.³⁵

28. Parlamentet hänvisade till förpliktelsen för den nationella domstolen att, när den avgör behovet av ett förhandsavgörande för att kunna avgöra målet, ta hänsyn till att domstolen inte ger rådgivande yttranden avseende allmänna eller hypotetiska frågor³⁶ och påpekade att, trots att det i målet Bosman var möjligt att uppta en begäran om förhandsavgörande till sakprövning i ett sammanhang som inte var alltför olikt det i förevarande mål, det målet rörde ”ett hot från en privatperson som upplevts som omedelbart mot etablerade rättigheter som har direkt effekt och som följer av fördraget”, och inte förväntan att en medlemsstat uppfyller sina förpliktelser enligt gemenskapsrätten. Parlamentet framhöll att möjligheten att föra talan mot icke genomförda rättsakter av allmänt slag i nationella domstolar, resulterande i en begäran om förhandsavgörande, skulle kunna falla utanför det system av rättsligt skydd som föreskrivs i fördraget, eftersom det skulle innebära ett kringgående av kravet på att den ifrågasatta rättsakten direkt och personligen skall beröra den enskilde för att en direkt talan av en enskild skall kunna upptas till sakprövning. Rådet

35 — Se dictum av Diplock, L.J. i målet *Rediffusion (Hong Kong) Ltd. v. Attorney General of Hong Kong* [1970] AC 1136, s. 1158.

36 — Dom av den 15 december 1995 i mål C-415/93, *Bosman* (REG 1995, s. I-4921), punkterna 59 och 60.

anförde, med stöd av Frankrike, liknande argument angående förfarandets hypotetiska karaktär³⁷ och möjligheten att de krav som ställs för direkt talerätt vid en prövning av giltigheten av gemenskapsåtgärder enligt artikel 173 i EG-fördraget (nu artikel 230 EG i ändrad lydelse) skulle kunna kringgå genom att väcka talan vid nationella domstolar.

29. Parlamentet gjorde enligt min uppfattning rätt i att hänvisa till likheterna mellan de typer av nationella förfaranden som gav upphov till begäran om förhandsavgörande i målen *Bosman* och *Imperial Tobacco*. Jean-Marc Bosmans ansökan om en fastställelse av att regler om professionella fotbollsspelares nationalitet inte skulle tillämpas på honom upptogs till sakprövning vid belgisk domstol med stöd av en bestämmelse i den belgiska processrättslagen som gjorde det möjligt att föra talan för att "avvärja ett brott mot en allvarligt hotad rättighet" eftersom han åberopat bevis till stöd för att den befarade skadan faktiskt skulle inträffa, och att detta skulle skada hans karriär.³⁸ Även om målet vid den nationella domstolen således endast gällde en fastställsetalan i preventivt syfte, och således grundades på hypotetiska resonemang vilka till sin natur var osäkra, medförde det faktum att denna talan tilläts enligt nationell lagstiftning att de frågor som den nationella domstolen ställde till domstolen svarade mot ett objektivet behov av att kunna avgöra de tvister som var anhängiga vid den enligt de nationella reglerna.³⁹ Begäran om förhandsavgö-

rande kunde således upptas till sakprövning. Den huvudsakliga poängen är att det ankom på den nationella domstolen att, i enlighet med nationell rätt, avgöra om en talan av detta slag kunde upptas till prövning.

30. Förfarandet vid den nationella domstolen i målet *Imperial Tobacco* rör också en befarad inskränkning i tobaksbolagens möjligheter att utöva sina rättigheter. Den nationella domstolens bedömning av möjligheten att pröva en fastställsetalan måste antas vara en riktig bedömning av nationell rätt. Skillnaderna mellan de två mål som parlamentet hänvisat till förstärker skälen att uppta detta mål till sakprövning. Om man utgår ifrån att medlemsstaterna strävar efter att uppfylla sina förpliktelser enligt fördraget, medför om något det faktum att de senast den 30 juli 2001 — de kan förstås göra så tidigare⁴⁰ — skall vidta nödvändiga åtgärder för att genomföra reklamdirektivet att hotet mot sökandenas intressen i målet vid den nationella domstolen, i jämförelse med situationen i målet *Bosman*, blir än mer konkret. Möjligheten att skjuta upp tillämpningen av vissa delar av direktivet till senast den 1 oktober 2006 (i undantagsfall avseende befintliga sponsringsavtal) kan medföra att hotet i vissa avseenden tillfälligtvis är mindre akut, men inte på något sätt mer hypotetiskt.⁴¹ Vid detta förhållande finns det därför ingen

37 — Se dom av den 16 juli 1992 i mål C-83/91, Meilicke (REG 1992, s. I-4871; svensk specialutgåva, volym 13, s. 105), punkt 25.

38 — Domen i det ovan i fotnot 37 nämnda målet *Bosman*, punkterna 44 och 64.

39 — *Ibidem*, punkt 65.

40 — Ett direktiv har rättslig verkan med avseende på de medlemsstater det är riktat till från dagen för dess delgivning; se dom av den 18 december 1997 i mål C-129/96, *Inter-Environnement Wallonie* (REG 1997, s. I-7411), punkterna 41 och 44.

41 — Se generaladvokaten Lenz förslag till avgörande i målet *Bosman*, ovan fotnot 37, punkt 99.

anledning för domstolen att ifrågasätta den nationella domstolens bedömning avseende behovet av ett förhandsavgörande angående den fråga den ställt för att kunna avgöra målet.⁴²

31. Jag övergår nu till att behandla det andra påståendet, att en begäran om förhandsavgörande avseende en rättsakts giltighet inte skall göra det möjligt att kringgå reglerna om talerätt i artikel 173 i EG-fördraget. Domstolen har fastslagit att det inte genom en begäran om förhandsavgörande avseende en gemenskapsrättsakts giltighet är möjligt för de parter som "utan tvekan" har sådan talerätt att kringgå de tidsfrister som gäller för att inleda en ogiltighetstalan.⁴³ Rådet, parlamentet och Frankrike söker uppenbarligen utsträcka tillämpningsområdet för detta exceptionella avgörande så att personer som varken är mottagare av, eller direkt och personligen berörda av, en generellt tillämplig rättsakt inom gemenskapen inte skulle kunna ifrågasätta dess giltighet vid nationell domstol i syfte att erhålla ett förhandsavgörande angående den frågan från domstolen.

32. Domstolen fastslog i domen i målet *Universität Hamburg mot Hauptzollamt Hamburg-Kehrwieder* att ett beslut av en nationell myndighet var det enda som klaganden i målet vid den nationella domstolen kunde väcka talan mot "utan att möta svårigheter när det gällde att visa att

den hade ett berättigat intresse att få saken prövad", och uttalade att "[i] enlighet med en allmän rättsprincip som kommit till uttryck i artikel 184 i EEG-fördraget skall sökanden, inom ramen för en talan enligt nationell rätt mot avslaget på sin ansökan, ha möjlighet att göra gällande att det beslut av kommissionen som utgör grund för det nationella beslutet mot sökanden, är rättsstridigt".⁴⁴ Mer allmänt uttalade domstolen i domen i målet *Les Verts mot parlamentet* att "[n]är genomförandet åligger de nationella myndigheterna kan de berörda [fysiska eller juridiska] personerna vid de nationella domstolarna göra gällande att rättsakter *med allmän giltighet* är ogiltiga och förmå de nationella domstolarna att i detta avseende ställa frågor till EG-domstolen inom ramen för en begäran om förhandsavgörande".⁴⁵ Domstolen anmärkte att artikel 177 i EG-fördraget (nu artikel 234 EG) utgör en del av "ett fullständigt system med talemöjligheter och förfaranden... som är avsett att göra det möjligt för domstolen att granska lagenligheten av de rättsakter som antas av institutionerna", och "[f]ysiska och juridiska personer är således skyddade mot att det gentemot dem tillämpas rättsakter med allmän giltighet som de inte kan angripa direkt vid domstolen på grund av de särskilda villkor för upptagande till sakprövning som anges i artikel 173 andra stycket i fördraget".⁴⁶

44 — Dom av den 27 september 1983 i mål 216/82 (REG 1983, s. 2771), punkt 10.

45 — Dom av den 23 april 1986 i mål 294/83 (REG 1986, s. 1339; svensk specialutgåva, volym 8, s.549), punkt 23, min kursivering. Det förefaller mig uppenbart genom hänvisningen till direkt och individuellt intresse i föregående mening att domstolen inte ansåg att det kravet skulle tillämpas på den som inlett ett sådant nationellt förfarande.

46 — Ibidem. Se vidare dom av den 2 april 1998 i mål C-321/95 P, *Greenpeace Council m.fl. mot kommissionen* (REG 1998, s. I-1651), punkt 33, och min kommentar till detta i förslaget till avgörande i målet C-70/97, *Kruidvat mot kommissionen* (REG 1998, s. I-7183), punkterna 71 till 74; förstainstansrättens beslut av den 20 oktober 1994 i mål T-99/94, *Asocarne mot rådet* (REG 1994, s. II-871), punkt 17.

42 — Ibidem, punkt 59.

43 — Se dom av den 9 mars 1994 i mål C-188/92, *TWD Textilwerke Deggendorf* (REG 1994, s. I-833; svensk specialutgåva, volym 15, s. 59), punkterna 24 och 25.

33. Målet Imperial Tobacco innefattar enligt min mening inte en direkt prövning av giltigheten av reklamdirektivet, även om den frågan är avgörande för utgången i målet vid den nationella domstolen. De tobaksföretag som inlett förfarandet vid den nationella domstolen vill förhindra behöriga medlemmar i Förenade Kungarikets regering från att genomföra sin uttalade avsikt att införliva direktivet genom förordningar som antagits enligt Section 2.2 i European Communities Act från år 1972. Det förefaller som om deras rätt att göra så genom delegerad lagstiftning står och faller med reklamdirektivets giltighet.⁴⁷ Direktivets giltighet påverkar och sammanhänger således med en fråga avseende konstitutionell rätt i Förenade Kungariket, närmare bestämt gränserna för den befogenhet som svarandena i målet vid den nationella domstolen har för att anta de avsedda förordningarna. Det finns således ingen grund för att ifrågasätta möjligheten att uppta den nationella domstolens begäran om förhandsavgörande till sakprövning av det skäl som rådet, parlamentet och Frankrike gjort gällande.

bliken Frankrike, Republiken Finland, Förenade Konungariket Storbritannien och Nordirland och Europeiska gemenskapernas kommission. Skriftliga yttranden i målet Imperial Tobacco har också inkommit från Imperial Tobacco Ltd och de andra sökandena i målet vid den nationella domstolen, samt ifrån Republiken Italien. En gemensam förhandling ägde rum den 12 april 2000, vid vilken alla som ingett skriftliga yttranden var närvarande.

35. I den följande sammanfattningen av parternas argument betecknas Tyskland och sökandena i målet Imperial Tobacco gemensamt som sökandena. Gemenskapens institutioner och de övriga medlemsstater som ingett yttranden till stöd för reklamdirektivets giltighet betecknas gemensamt som svarandena. Jag kommer att gå in i detalj på vad parterna anfört beträffande fakta, tolkning och rättspraxis och annat som åberopats i den utsträckning det förefaller nödvändigt för min bedömning. Jag kommer i denna sammanfattning att ange de grunder som sökandena åberopat i den ordning jag avser behandla dem i min analys av målet.

IV — Yttranden som ingetts till domstolen

34. Skriftliga yttranden i målen Tyskland och Imperial Tobacco har inkommit från Europaparlamentet, Europeiska unionens råd, Förbundsrepubliken Tyskland, Repu-

i) Rättslig grund och behörighet

⁴⁷ — Se domen av Lord Woolf MR i Court of Appeal angående ansökan om interimistiskt förbud för Förenade kungarikets regering att genomföra direktivet i avvaktan på domstolens dom i målet C-376/98: R v. Secretary of State for Health and Others, ex parte Imperial Tobacco Ltd and Others [2000] 1 All ER 572, s. 575 ff.

36. Sökandena har gjort gällande att gemenskapen inte var behörig att anta

reklamdirektivet, i vart fall inte på grundval av de bestämmelser i fördraget som gemenskapens lagstiftare faktiskt använde som rättslig grund. Tyskland har gjort gällande att det utgjorde maktmissbruk av gemenskapslagstiftaren att anta reklamdirektivet. Varje annan slutsats skulle bortse från principen om att gemenskapen tilldelas sina befogenheter i artikel 3b i EG-fördraget (nu artikel 5 EG). Denna grund består av två omfattande och inbördes sammanhängande argument, och bevisen för dessa är även av relevans för grunderna, som avser åsidosättande av subsidiaritetsprincipen och proportionalitetsprincipen, grundläggande rättigheter och artikel 30 i fördraget.

37. Enligt det första argumentet är reklamdirektivet egentligen en åtgärd för att skydda folkhälsan vars verkan på den inre marknaden är, om någon, av underordnad betydelse i förhållande till dess huvudsyfte — vilket framgår av dess innehåll — att minska tobaksrökning. Folkhälsan har varit den främsta anledningen till gemenskapsinitiativ beträffande tobaksreklam alltsedan programmet "Europa mot cancer" startades 1985. Att skyddet för folkhälsan är det främsta ändamålet med reklamdirektivet visas av dess nuvarande överväganden och av dem som togs bort innan det antogs, av det faktum att den process som ledde fram till att det antogs leddes av ministrar, kommissionsledamöter och tjänstemän med ansvar för folkhälsofrågor, och av en rad uttalanden av ansvariga politiker. Domstolsprövningen är inte begränsad till de syften som anges i ingressen, vilken kan manipuleras. Eftersom

artikel 129 i fördraget uttryckligen undantar harmoniseringsåtgärder från de åtgärder som kan vidtas med stöd av artikeln, saknade gemenskapen behörighet att anta reklamdirektivet med angivande av en rättslig grund som endast var av underordnad betydelse i förhållande till dess verkliga ändamål och innehåll.

38. Enligt det andra argumentet är reklamdirektivet av en rad skäl i alla händelser inte en giltig åtgärd inom ramen för den gemensamma marknaden. För det första förekom det inte någon handel av betydelse (eller någon handel alls) mellan medlemsstaterna, i förhållande till den interna handeln inom varje medlemsstat, vare sig beträffande ifrågavarande reklamtjänster eller media. Detta medför att olikheterna i medlemsstaternas lagstiftning endast medför ett försumbart potentiellt hinder för sådan handel, och att de inte leder till någon märkbar snedvridning av konkurrensen. Till exempel säljer ingen tidning i gemenskapen mer än 5 % av sin upplaga utanför den medlemsstat där den har sitt ursprung, och ingen har i praktiken råkat ut för några restriktioner på grund av att den innehåller tobaksreklam. Eventuella hinder kunde också ha motverkats genom att hänvisa till den fria rörligheten för dagstidningar, oavsett reklam innehåll. För det andra medför reklamdirektivet i praktiken ett totalförbud mot tobaksreklam — omkring 98 % av det totala värdet av sådan reklam, inklusive sådan med uteslutande nationell verkan — vilket medför ett hinder mot handeln med reklamrelaterade varor och tjänster. Tobaksreklam utgör dessutom bara en mindre del av all reklam, och vitt skilda nationella preferenser leder till skilda reklamstrategier för olika länder,

vilka inte är föremål för gränsöverskridande tillhandahållanden av tjänster eller varor. Det finns således nästan inga verkligt internationella tobaksmärken inom gemenskapen.

görs heller inga anspråk på att bidra till den fria rörligheten för tobaksvaror. Det snedvrider också konkurrensen mellan media inom gemenskapen och från tredje land. Dessutom snedvrider konkurrensen på en separat "oberoende" marknad, mellan å ena sidan andra varor än tobaksvaror — kläder, kosmetika, etcetera — som bär tobaksrelaterade varumärken (diversifieringsprodukter) och, å andra sidan, liknande varor utan sådana varumärken.

39. Även om restriktioner och förbud mot vissa varor eller tjänster kan vara ett nödvändigt led i öppnandet av en marknad, är en totalbegränsning av en ekonomisk verksamhet inte överensstämmande med uppnåendet av fri rörlighet för varor eller tjänster. I detta fall är resultatet att konkurrensen helt sätts ur spel. Förbudet uppvägs inte av fördelar inom andra delar av reklammarknaden; också beträffande de närmast betydelselösa undantagen från reklamförbudet ger reklamdirektivet medlemsstaterna uttryckligen rätt att med hänvisningar till folkhälsan begränsa också dessa, vilket medför att de påstått likvärdiga konkurrensvillkoren lika fullt kan snedvridas.

40. Reklamdirektivet har också konkurrensbegränsande verkningar och bidrar till att dela upp marknaden genom att göra tillträdet till marknaden — vilket normalt sker genom reklam — i praktiken omöjligt för nya tobaksmärken. I reklamdirektivet

41. På en mer allmän nivå har sökandena anmärkt att artikel 100a kan missbrukas i syfte att åtgärda föregivna snedvridningar av konkurrensen och anfört att tillämpningen av artikeln bör begränsas till materiella tillämpningsområden, *ratione materiae*, där gemenskapen är behörig. I annat fall skulle, med hänsyn till det begränsade utrymmet för domstolsprövning, beslut efter kvalificerad majoritet i rådet kunna användas för att rubba maktfördelningen mellan gemenskapen och medlemsstaterna.

42. Svarandena har gjort gällande att tobaksreklam är föremål för viss gränsöverskridande handel såväl i fråga om tjänster, genom till exempel multinationella bolags beställningar av enhetliga namn, logotyper, bilder, slogans och teman för tobaksvaror, som varor, genom handel med varor som fungerar som stöd eller media för reklam, såsom dagstidningar, affischer och reklamfilmer för bio. Således förekommer i viss utsträckning en internationell uppbyggnad av varumärken, och reklam-

kampanjer förs över medlemsstaternas gränser. Omfattningen av förbudet (till exempel 98 %) kan inte beräknas endast med utgångspunkt i den marknadsföring som tidigare tillåtits i en relativt liberal medlemsstat som Tyskland. Vitt skilda regleringar av tobaksreklam i olika medlemsstater, från ett totalt förbud i Finland, Italien och Portugal till relativt liberala regler i medlemsstater som Tyskland, har utgjort ett hinder både för tillhandahållandet av reklamtjänster och den fria rörligheten för varor. Vissa av parterna har också ansett att dessa skillnader i fråga om regler påverkat den fria rörligheten för och konkurrensen mellan tobaksvaror i sig.

ning av konkurrensen) genom ökad annonsering eller sponsring i media utanför reklamdirektivets tillämpningsområde, även om vissa av dessa inte var föremål för någon verklig gränsöverskridande handel. Även helt lokala media kan tillhandahålla tjänster till utländska reklambyråer eller tobaksproducenter. Det finns otaliga exempel på lagstiftning som innefattar totalförbud mot vissa varor eller tjänster eller en strikt reglering av vissa former av marknadsföring. Icke desto mindre medför reklamdirektivet inte något totalförbud mot marknadsföring av tobak. I artikel 5 medges vissa undantag, och medlemsstaterna har möjlighet att underlåta att förbjuda reklam för diversifieringsprodukter.

43. Den ifrågavarande tillnärmningen av nationell lagstiftning var en nödvändig reaktion på dessa hinder och den åtföljande snedvridningen av konkurrensen. Därvid valdes regler som säkerställer en hög hälsoskyddsnivå, både för att ta hänsyn till de existerande och till synes proportionerliga men striktare reglerna i vissa medlemsstater, och därför att det enligt artikel 100a.3 och, mer allmänt, enligt artikel 129.1 tredje stycket krävs att så sker. De två ändamålen kompletterar varandra; folkhälsoskålet strider inte mot syftet att förverkliga den inre marknaden, vilket är tillräckligt för att motivera den angivna rättsliga grunden. Artikel 100a i fördraget innefattar inte något krav på en okontrollerad liberalisering av nationella regler. Det är också tillåtet enligt den bestämmelsen att införa regler som inte innebär en liberalisering av marknaden. En vittomfattande reglering var dessutom nödvändig för att undvika kringgående av direktivet (och snedvrid-

44. Således kan det sägas att ett neutralt system har upprättats för kvarvarande tillåtna former av marknadsföring, som medger dem som tillhandahåller reklamtjänster samt producenter och distributörer av reklammedia att konkurrera fritt inom ramen för gemensamma regler. Det finns inga kriterier för hur stora vinster för den inre marknaden som behövs eller hur omfattande hindren mot handeln måste vara innan harmoniseringsåtgärder kan vidtas. Det finns enkelt uttryckt ingen *de minimis*-regel för åtgärder inom den inre marknaden. Detta är bara relevant för bedömningen av om en åtgärd är proportionerlig. Sådan harmonisering är tillåten som reaktion på ett endast potentiellt hot

mot handeln, även om det inte hotar att hindra handeln eller snedvrider konkurrensen på ett märkbart sätt. En begränsning av tillgången till vissa reklammedia hotar inte marknadstillträdet för nya tobaksmärken. Frågan huruvida snedvridningen av konkurrensen är märkbar är endast av betydelse inom ramen för artikel 100 i fördraget.

45. Reklamdirektivet är helt klart en åtgärd inom ramen för den inre marknaden, snarare än till skydd för folkhälsan, och artiklarna 57.2, 66 (angående tjänster) och 100a i fördraget är därför den riktiga rättsliga grunden. Detta framgår av dess syfte och innehåll som det objektivt kommer till uttryck i dess överväganden och bestämmelser. Detta kan inte motsägas av subjektiva bevis angående lagstiftarens övertygelse som plockats ihop från förarbetena till direktivet, vilka enbart utgör en del av reklamdirektivets kontext. Faktorer såsom rådets sammansättning eller arbetsgruppers allmänna uppgifter är inte relevanta. Det kan således inte sägas att reklamdirektivets tyngdpunkt är något annat än uppnåendet av den inre marknaden eller att dess bestämmelser endast har en underordnad betydelse för dess uppnående och funktion. Att harmoniseringsåtgärder undantas i artikel 129.4 i fördraget påverkar inte tillämpningsområdet för artikel 100a, vilket endast omfattas av de gränser som uttryckligen anges i artikel 100a.2.

ii) Subsidiaritetsprincipen

46. Sökandena har gjort gällande att för det fall att gemenskapen har behörighet att vidta åtgärder på de angivna rättsliga grunderna, vilket inte är fallet, delas den behörigheten med medlemsstaterna. Lagstiftaren har inte iakttagit de riktlinjer för subsidiaritetsprincipen som fastslogs av Europeiska rådet i Edinburgh år 1992⁴⁸ eller av den interinstitutionella överenskommelsen mellan rådet, parlamentet och kommissionen från 1993 om ett förfarande för genomförandet av subsidiaritetsprincipen.⁴⁹ Den har i synnerhet inte hänvisat till subsidiaritetsprincipen i övervägandena i ingressen till reklamdirektivet. Vidare har man inte visat på några kvalitativa eller kvantitativa omständigheter till stöd för behovet av gemenskapsåtgärder. I avsaknad av ett betydande gränsöverskridande moment och med hänsyn till väsentliga skillnader i fråga om reglering i medlemsstaterna skall regleringen av tobaksreklam ankomma på medlemsstaterna. Om inte subsidiaritetsprincipen tillämpas på åtgärder som vidtas med stöd av artikel 100a i fördraget reduceras dess betydelse i det närmaste till noll och intet.

47. Svarandena har i huvudsak gjort gällande att den behörighet att koordinera och tillnärma medlemsstaternas lagstiftning som givits gemenskapen i artiklarna 57.2 och 100a i fördraget i grunden är exklusiv, och subsidiaritetsprincipen är därför med automatik inte tillämplig. Även om princi-

48 — Europeiska gemenskapernas bulletin 12/92, s. 9.

49 — Europeiska gemenskapernas bulletin 10/93, s. 129.

pen skulle vara tillämplig är det helt klart att medlemsstaterna inte förmår uppnå direktivets ändamål att undanröja konkurrenssnedvridningar och hinder för gränsöverskridande handel med media och reklamtjänster, och det var därför nödvändigt för gemenskapen att vidta åtgärder. Lagstiftaren har klart bedömt och värderat behovet av gemenskapsåtgärder som svar på olikheter i nationell reglering. Reklamdirektivet ger dessutom medlemsstaterna en betydande handlingsfrihet i många avseenden.

ett totalförbud skulle minska den totala tobakskonsumtionen har förkastats av den kanadensiska högsta domstolen och motsägs av övertygande bevisning som lagts fram i målet vid den nationella domstolen i målet Imperial Tobacco. Det finns möjligheter att använda andra mindre inskränkande och mer effektiva metoder, såsom informationskampanjer och restriktioner mot rökning, för att uppnå detta mål. Harmoniserade regler om fri rörlighet för dagstidningar och andra publikationer, eller till och med att stryka tobaksreklam i publikationer som handlas över nationsgränserna, skulle ha varit mindre ingripande mot handeln.

iii) Proportionalitetsprincipen

48. Beträffande reklamdirektivets föregivna ändamål att främja den inre marknaden har sökandena gjort gällande att verkningarna av ett i det närmaste totalförbud kommer att bli antingen minimala eller kontraproduktiva på grund av de anledningar som angivits ovan. Det spekulativa sätt på vilket marknaden bedömts i övervägandena ger inte de nödvändiga bevisen som krävs för att rättsakten skall anses vara proportionerlig. Direktivet leder till minskad handel utan att några hinder eller störningar undanröjs, vilket medför att det varken är nödvändigt eller lämpligt. Lagstiftaren har felaktigt antagit att reklamdirektivet skulle leda till en minskad tobakskonsumtion, då reklam snarare ger varumärken ökade marknadsandelar än ökar antalet rökare. I själva verket har man inte genomfört någon specialstudie av de sannolika verkningar ett totalförbud skulle ha på rökning, inte ens beträffande diversifieringsprodukter, trots att rådet efterfrågat en sådan. Påståenden om att

49. Svarandena har invänt att lagstiftaren alltid åtnjuter en omfattande handlingsfrihet. Lagstiftarens bedömning i lagstiftningsfrågor skall inte överprövas annat än vid uppenbara fel eller om ålagda nackdelar på ett uppenbart sätt överstiger fördelarna med åtgärden. Vid prövningen av huruvida reklamdirektivet är förenligt med proportionalitetsprincipen kan såväl dess underordnande hälsoskyddsändamål som huvudsyftet att gagna den inre marknaden tas med i bedömningen. Med hänsyn till vikten av bägge dessa syften och graden av befintliga nationella restriktioner har gemenskapslagstiftaren uppnått en väl avvägd balans mellan allmänna och privata intressen. Alla näringsidkare är därigenom jämställda. Minskningen av information till allmänheten om till exempel cigaretter med låg tjärhalt uppvägs av en förutsedd minskad totalkonsumtion. Det är inte trovärdigt att påstå att reklamdirektivet inte skulle leda till minskad tobakskonsumtion. Studier som rådet, Förenade Kungarikets regering och Frankrike hänvisat till visar motsatsen, eftersom reklamens syfte

är att öka konsumtionen. Svarandena har dessutom hävdats att förbudet inte utgör ett totalförbud (till skillnad från det i Kanada) utan leder till viss liberalisering i vissa medlemsstater. De har vidare hänvisat till den i vissa fall långa övergångsperioden, möjligheten att inte förbjuda vissa diversifieringsprodukter och det faktum att endast en aspekt av utövandet av en varumärkesrätt begränsas.

medföra ett annat resultat än den prövning av behörigheten som sker enligt artikel 100a i fördraget och av huruvida proportionalitetsprincipen har iakttagits vid antagandet av rättsakten. Reklamdirektivet undanröjer i verkligheten handelshinder, samtidigt som det medför en hög hälso-skyddsnivå.

v) Rätten till egendom och rätten att utöva ekonomisk verksamhet

iv) Åsidosättande av artikel 30

50. Tyskland har gjort gällande att även när man vidtar harmoniseringsåtgärder är gemenskapslagstiftaren bunden av innehållet i artikel 30 i fördraget. Reklamdirektivet förhindrar effektivt all gränsöverskridande handel med reklammedia, vilket innebär en oproportionerlig begränsning vars nödvändighet inte påvisats vetenskapligt och för vilken det fanns alternativ som skulle inneburit mindre omfattande begränsningar.

52. Sökandena har hänvisat till artikel 222 i EG-fördraget (nu artikel 295 EG) och till artikel 1 i det första protokollet till europakonventionen för de mänskliga rättigheterna. Artikel 3.1 i reklamdirektivet medför att tobaksbolag, reklambyråer och mediaföretag förlorar befintliga avtalsrättigheter. Begränsningen av användningen av varumärken avser det grundläggande syftet med dessa och innefattar en expropriation som strider mot artikel 20 i Avtalet om handelsrelaterade aspekter av immaterialrätter (Trips-avtalet) av den 15 april 1994 liksom mot de grundläggande rättigheter som angivits, och dess verkan minskas endast marginellt genom artikel 3.2 i reklamdirektivet. Avsevärda förluster kommer att drabba företag som marknadsför diversifieringsprodukter. Dessa begränsningar är oproportionerliga och därmed otillåtna.

51. Svarandena har angett att artikel 30 i fördraget bara är tillämplig i avsaknad av harmoniseringsåtgärder. Även om den bestämmelsen var tillämplig kan den inte

53. Svarandena har menat att artikel 222 i fördraget saknar relevans, eftersom reklam-

direktivet inte ingriper i medlemsstaternas regler om ägande av egendom. De rättigheter som åberopats är inte absoluta, utan kan bli föremål för proportionerliga begränsningar i det allmännas intresse som inte påverkar det huvudsakliga föremålet för rättigheterna. Reglering av användningen av varumärken innebär inte någon expropriering, eftersom de kan fortsätta användas på tobaksvaran i sig och i tillåtna former av marknadsföring. Bortfallande av vinst utgör vidare inte något ingrepp i rätten till egendom eller rätten att utöva ekonomisk verksamhet.

sådana begränsningar leder till minskad tobakskonsumtion. Den priskonkurrens mellan producenter som dessa leder till kommer nämligen troligen att medföra en ökad konsumtion. Anledning saknas för domstolen att medge gemenskapslagstiftaren en omfattande handlingsfrihet i detta avseende. Den föreskrivna begränsningen är därför oproportionerlig. Ett totalt reklamförbud innebär ett särskilt allvarligt intrång i yttrandefriheten och andras fria valrätt. Denna slutsats vinner stöd i rättspraxis från Kanada, USA och Österrike.

vi) Yttrandefrihet

54. Sökandena har i synnerhet åberopat artikel 10 i europakonventionen för de mänskliga rättigheterna, i vilken skydd ges för kommersiella yttranden såsom reklam, genom vilka företag kan ge allmänheten värdefull information om deras varor, till exempel angående dem som har en låg tjärhalt. Detta skydd erkänns i gemenskapsrätten. Begränsningar av yttrandefriheten angående produkter som i sig är lagliga kan inte accepteras. Sökandena anser inte att uppnåendet av den inre marknaden är ett godtagbart skäl för att begränsa denna rättighet. Det är inte förenligt med den rättsliga grunden för direktivet att åberopa förbudets fördelar för folkhälsan. Det finns vidare inga vetenskapliga rön som övertygande visar att

55. Svarandena har invänt att grundläggande rättigheter inte är absoluta utan måste bedömas mot bakgrund av gemenskapens rättsordning, som innefattar säkerställandet av grundläggande ekonomiska friheter. Enligt artikel 10.2 i konventionen är begränsningar av yttrandefriheten till skydd för folkhälsan tillåtna. Reklamdirektivet tjänar på ett legitimt sätt detta syfte, samtidigt som det också skall gagna den inre marknaden. Tobaksrökning, som medför allvarliga hälsorisker, främjas av tobaksreklam. Omfattande inskränkningar av kommersiella yttranden beträffande sådana produkter är därför proportionerliga, särskilt då informationsinnehållet är försumbart. Beträffande sponsring av idrott och konst har en lång övergångsperiod medgivits för att underlätta omställningen till andra finansieringsformer.

vii) *Motiveringsplikten*

56. Sökandena har angivit att motiveringen till reklamdirektivet är bristfällig på en rad sätt, i strid med artikel 190 i EG-fördraget (nu artikel 253 EG). I ingressen saknas hänvisning till såväl gränsöverskridande aspekter av tobaksreklam och sponsring som till specifika handelshinder eller konkurrensnedvridningar som skulle motivera vidtagandet av harmoniseringsåtgärder på området för tobaksreklam, eller som kunde påvisa varför begränsningar av reklamen måste utsträckas till att omfatta såväl alla media som sponsring, gratis utdelning, reklam för diversifieringsprodukter och varumärkesaspekter beträffande tobaksprodukter. Övervägandena återspeglar dessutom inte fullt ut det faktum att det verkliga skälet till att reklamdirektivet antogs var skyddet för folkhälsan. Samtidigt innehåller de ingen förklaring till hur reklamdirektivet kommer att förbättra folkhälsan. I övervägandena saknas slutligen varje hänvisning till principerna om proportionalitet och subsidiaritet.

med rättsakten. Omfattningen av restriktionerna i direktivet beträffande reklam motiveras i övervägandena med hänvisning till risken för att mindre omfattande regler kan kringgå och behovet att reglera indirekta former av reklam. Det är inte nödvändigt att uttryckligen hänvisa till exempelvis subsidiaritetsprincipen under förutsättning att, i de fall där den principen är tillämplig, innehållet i ingressen utvisar att den har efterlevts. I allmänhet är den motivering som angetts tillräcklig för att berörda parter och domstolen skall kunna genomföra en rättslig prövning.

V — Bedömning

i) *Rättslig grund och behörighet*

57. Svarandena har anmärkt att övervägandena innehåller de väsentliga delarna av lagstiftarens resonemang rörande den inre marknaden, vilket utvecklats ytterligare i diskussionen angående svaret på den av sökandena först anförda grunden, som sammanfattats ovan, angående behovet av en hög hälsoskyddsnivå. Enligt gemenskapsrätten krävs inte att tekniska detaljer skall framgå av övervägandena i ingressen till en rättsakt med allmän giltighet. Det är i ett sådant fall tillräckligt att ange den allmänna situationen och målsättningen

Inledning

58. I detta avsnitt kommer jag att diskutera sökandenas två allmänna argument att reklamdirektivet inte lagligen kunnat antas med stöd av artiklarna 57.2 och 100a i fördraget antingen i) därför att dess tyngdpunkt är hälsoskydd snarare än den inre marknaden — dess effekter på denna är

därför av underordnad betydelse — eller ii) därför att det ändå inte, på grund av att det i huvudsak är ett förbudsdirektiv, uppfyller kraven i dessa bestämmelser. I korthet gör jag följande bedömning. Behörighet enligt artiklarna 57.2 och 100a definieras funktionellt med hänvisning till allmänt angivna ändamål inom ramen för den inre marknaden, på områden som i många andra fall regleras av medlemsstaterna. Hälsooskydd måste där så är lämpligt tas med i gemenskapens bedömning vid utövande av denna behörighet. I avsikt att en klart angiven behörighet för gemenskapen att vidta harmoniseringsåtgärder med avseende på hälsooskydd, och givet möjligheten att samtidigt söka tillgodose skyddet för hälsa och den inre marknaden, kan inte frågan huruvida gemenskapen har agerat inom ramen för sin behörighet avgöras med hänvisning till en rättsakts påstådda ”tyngdpunkt” vad gäller dessa båda ojämförbara ändamål. Frågan om behörighet måste i stället avgöras genom en bedömning av om direktivet uppfyller de objektiva kraven på den inre marknaden, särskilt med beaktande av de konkreta fördelar för den inre marknaden som rättsakten uppgetts medföra. I reklamdirektivets fall har gemenslagslagstiftaren gjort gällande sådana fördelar bara i fråga om tobaksreklam, sponsring och de media som används på området. Då reklamdirektivet i praktiken medför ett totalförbud mot ekonomisk aktivitet på det området och inte medför någon harmonisering av nationella regler på de relativt sett små områden där tobaksreklam inte är förbjuden kan det inte sägas underlätta den fria rörligheten för varor eller friheten att tillhandahålla tjänster, eller undanröja snedvridningar av

konkurrensförhållanden på området i fråga. Det är därför ogiltigt med avseende på kraven som uppställs i den rättsliga grund som använts av lagstiftaren.

Arten av gemenskapens behörighet

59. För att kunna bedöma de grunder som angivits i bägge målen, att gemenslagslagstiftaren har överskridit sin behörighet enligt fördraget, och i synnerhet att reklamdirektivet inte kan motiveras med den angivna rättsliga grunden, är det nödvändigt att erinra om arten av gemenskapens behörighet och de principer som styr domstolens kontroll av dess utövande.

60. Gemenskapen har givits behörighet i olika fördragsbestämmelser för att uppnå de specifika ändamålen i dessa bestämmelser, tolkade mot bakgrund av gemenskapens allmänna ändamål. Omfattningen av gemenskapens behörighet måste därför avgöras utifrån omfattningen av dessa ändamål. I det första stycket i artikel 3b i fördraget stadgas sålunda att ”[g]emenskapen skall handla inom ramen för de befogenheter som den har tilldelats *och de mål som ställts upp för den genom detta fördrag*” (min kursivering). Det följer av den bestämmelsen att gemenskapen

"endast har den behörighet som tilldelats den".⁵⁰ Det är domstolens uppgift att, bland annat, säkerställa att gemenskapen respekterar gränserna för sin behörighet.

tande dem i förevarande mål, har domstolen att avgöra en mer eller mindre skarp konflikt mellan gemenskapen och dess medlemsstater angående deras respektive lagstiftningsbefogenheter.⁵⁵

61. I detta avseende har domstolen angett att "valet av rättslig grund för en rättsakt [inte kan] bero enbart på en institutions uppfattning om det eftersträfvade syftet".⁵¹ I stället har den i en lång rad avgöranden betonat att "[i]nom ramen för gemenskapens system för kompetensfördelning skall valet av rättslig grund baseras på objektiva faktorer som kan bli föremål för domstolsprövning. Bland dessa faktorer återfinns bland annat syftet med och innehållet i rättsakten".⁵² Även om domstolen normalt har möjlighet att tillämpa detta tillvägagångssätt i mål om vilken av två alternativa rättsliga grunder som skall användas för att anta en rättsakt, görs denna objektiva prövning även i fall där den enda möjliga alternativa rättsliga grunden är artikel 235 i EG-fördraget⁵³ och, enligt min mening, i fall där det inte finns något synbart alternativ.⁵⁴ Vid sådana förhållanden, innefat-

62. Den befogenhet som givits gemenskapen genom artikel 100a.1 i fördraget är av horisontellt slag. Den har inte på förhand begränsats med hänvisning till ett specifikt ämnesområde definierat utifrån dess materiella tillämpningsområde, *ratione materiae*.⁵⁶ Gemenskapen har i stället rätt att besluta om åtgärder för tillnärmning "som syftar till att upprätta den inre marknaden och få den att fungera". Omfattningen av gemenskapens behörighet är således bestämd "med hänvisning till ett kriterium av funktionell art, tillämpligt på alla sorters åtgärder som utformats för att främja uppnåendet av den inre marknaden".⁵⁷ Detta "innebär att gemenskapsrättsliga bestämmelser berör de mest skilda områden inom nationell lagstiftning",⁵⁸ förut-

50 — Yttrande 2/94 av den 28 mars 1996, Europakonventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (REG 1996, s. 1-1759), punkt 23. Se även artikel 4.1 i EG-fördraget (nu artikel 7.1 EG) och den första angivna ogiltighetsgrunden i artikel 173 andra stycket i EG-fördraget, det vill säga bristande behörighet.

51 — Dom av den 11 juni 1991 i mål C-300/89, kommissionen mot rådet (REG 1991, s. I-2687; svensk specialutgåva, volym 11, s. 199, nedan benämnt "titandioxidmålet"), punkt 10. Beträffande bevisning avseende subjektiv uppfattning inom ramen för förevarande mål, se nedan punkterna 74—77.

52 — Dom av den 13 maj 1997 i mål C-233/94, Tyskland mot parlamentet och rådet (REG 1997, s. I-2405, nedan benämnt "målet om garanti av insättningar"), punkt 12. Se senast dom av den 4 april 2000 i mål C-269/97, kommissionen mot rådet (REG 2000, s. I-2257, nedan benämnt "målet om märkning av nötkött"), punkt 43.

53 — Se till exempel punkterna 10 och 11 i målet om garanti av insättningar, omedelbart innan det avsnitt som återgivits ovan.

54 — Domstolen klargjorde i yttrande 2/94, Europakonventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, ovan fotnot 51, punkt 30 att artikel 235 inte kan "utgöra en grund för att utvidga områden för gemenskapens behörighet utöver den allmänna ram som följer av samtliga bestämmelser i fördraget", vilket skulle kräva en fördragsändring.

55 — Frågan huruvida direktivet kunde ha antagits med stöd av artikel 235 är inte avgörande för prövningen av dess giltighet, eftersom artikel 235 i alla händelser inte kunde användas om man inte ansåg att reklamdirektivet inte kunnat antas av gemenskapen med stöd av artiklarna 57.2, 66 och 100a i fördraget; se yttrande 2/94, Europakonventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, ovan fotnot 51, punkt 29, och dom av den 26 mars 1987 i mål 43/86, kommissionen mot rådet (REG 1987, s. 1494; svensk specialutgåva, volym 9, s. 55), punkt 13.

56 — Jämför sådana bestämmelser som ger gemenskapen olika grader av befogenhet på områden genom hänvisning till ett materiellt tillämpningsområde, *ratione materiae*, såsom jordbruk (artiklarna 39 (nu artikel 33 EG), 40 (nu artikel 34 EG i ändrad lydelse), 41 (nu artikel 35 EG), 42 (nu artikel 36 EG) och 43 (nu artikel 37 EG i ändrad lydelse) i EG-fördraget) och skydd för miljön (artikel 130s i EG-fördraget (nu artikel 175 EG i ändrad lydelse)).

57 — Förslag till avgörande av generaladvokat Tesaro i titandioxidmålet, ovan fotnot 52, punkt 10.

58 — Förslag till avgörande av generaladvokat Jacobs inför domen av den 13 juli 1995 i mål C-350/92, Spanien mot rådet (REG 1995, s. I-1985, nedan benämnt "målet Spanien"), punkt 26. Spanien förde talan om ogiltigförklaring av rådets förordning (EEG) nr 1768/92 av den 18 juni 1992 om införande av tilläggskydd för läkemedel, EGT L 182, s. 1, svensk specialutgåva, område 13, volym 23, s. 78, som grundats på artikel 100a i fördraget.

satt att de är av betydelse för upprättandet av och funktionen hos den inre marknaden.⁵⁹ På detta sätt bestäms omfattningen av behörigheten enligt artikel 100a enbart med hänvisning till dess föregivna ändamål snarare än till dess materiella tillämpningsområde.

dessas inte är oförenliga,⁶⁰ är det inte nödvändigt i förevarande mål att söka bestämma den exakta skiljelinjen mellan dessa, till exempel avseende behörigheten att vidta åtgärder mot snedvridningar av konkurrensen mellan dem som tillhandahåller tjänster.

63. I artikel 57.2 i fördraget ges också en funktionell behörighet av horisontellt slag, även om den är av mer begränsat och specifikt slag jämfört med den som givits gemenskapen genom artikel 100a: inget område där medlemsstaterna har behörighet utesluts *a priori* från räckvidden av åtgärder som utformats för att påverka hinder för etableringsfriheten eller friheten att tillhandahålla tjänster. Artiklarna 57.2 och 66 i fördraget har också angivits som en del av den rättsliga grunden för reklamdirektivet eftersom det i första och andra övervägandena i ingressen anges att det delvis syftar till att undanröja hinder för friheten att tillhandahålla tjänster. Då både artikel 57.2 och artikel 100a, mer eller mindre specifikt vad gäller tillämpningsområdet, syftar till att uppnå mål inom ramen för den inre marknaden och då de lagstiftningsförfaranden som föreskrivs i

Gemenskapens behörighet och nationell behörighet: skilda målsättningar

64. Det ligger i sakens natur att utövandet av behörighet som överförts för att tillgodose allmänt angivna, funktionella målsättningar samtidigt kommer att påverka områden som normalt omfattas av medlemsstaternas eller gemenskapens respektive behörighetsområden, definierade utifrån det materiella tillämpningsområdet, *ratione materiae*. Om villkoret att en rättsakt skall syfta till att upprätta den inre marknaden och få den att fungera, eller vara inriktad mot nationella regler om upptagande eller utövande av verksamhet som går ut på att tillhandahålla tjänster är uppfyllt, måste också innehållet i en koordinerande eller tillnärmande åtgärd — nivå på lagstiftning, typ av system, etcetera — i princip påverkas av materiella hänsyn såsom folkhälsa. Artikel 100a.3 ger dess-

59 — Här kan två preciseringar göras: För det första utesluts genom artikel 100a.2 i fördraget uttryckligen vissa områden från tillämpningsområdet för föregående punkt, och för det andra gäller artikel 100a "om inte annat föreskrivs i detta fördrag". Bland många exempel kan nämnas artikel 57.2 i fördraget, till vilken en uttrycklig hänvisning finns i artikel 7a i fördraget; bestämmelser som avser specifika målsättningar inom ett visst område såsom artiklarna 129b till 129d i EG-fördraget (nu artiklarna 154 EG till 156 EG i ändrad lydelse); mer allmänt den gemensamma jordbrukspolitik, som regleras genom artikel 43 i fördraget.

60 — Huvudsakligen samma lagstiftningsförfarande har föreskrivits i bägge bestämmelserna, såvitt avser reklamdirektivet. Den ytterligare skyldigheten att höra Ekonomiska och sociala kommittén som föreskrivs i artikel 100a.1 har iakttagits i förevarande mål, och kan inte sägas ha påverkat förfarandet enligt artikel 57.2 i någon väsentlig omfattning, eftersom det skulle ha stått rådet fritt att höra den i vilket fall; se domen i titandioxidmålet, ovan fotnot 52, punkt 18.

utom kommissionen en skyldighet att "utgå från en hög skyddsnivå" i sina förslag om harmoniseringsåtgärder på området för "hälsa, säkerhet samt miljö- och konsumentskydd". Detta förstärks genom kravet i artikel 129.1 tredje stycket att "[h]älsoskyddskraven skall ingå som ett led i gemenskapens övriga politik".

hänsyn som inte är föremål för specifik gemenskapskompetens⁶² - och, *a fortiori*, åt de hänsyn för vilka uttryckliga rekommendationer om en hög skyddsnivå givits i själva EG-fördraget.

65. Även utan bestämmelser som artiklarna 100a.3 och 129.1 tredje stycket skulle detta vara helt naturligt, eftersom gemenskapen inte agerar i ett politiskt tomrum. Vid antagandet av åtgärder för tillnärmning eller koordinering ersätts nationella regler, som oavsett sina konkurrensbegränsande eller handelshindrande verkningar kan ha varit motiverade av hänsyn till helt andra faktiska hänsyn som hälsa, konsumentskydd, miljöskydd och så vidare, med regler på gemenskapsnivå.⁶¹ När den antar ny lagstiftning står alltså gemenskapen i medlemsstaternas ställe, och måste därför ge utrymme åt nationella politiska

66. Således kan, enligt min mening, den uppenbara omsorgen om folkhälsa som motiverat de ursprungliga, olikartade nationella begränsningarna av reklam i vissa medlemsstater, och de politiska val som gemenskapslagstiftaren gjort, uppenbarligen av liknande skäl,⁶³ inte i sig leda till att tvivel reses beträffande gemenskapens behörighet att vidta åtgärder inom ramen för den inre marknaden. Detta faktum i sig visar inte att gemenskapen har gjort intrång på ett område där medlemsstaterna har exklusiv behörighet, eller att syftet med åtgärden är enbart att främja hälsoskyddet, med uteslutande av alla andra ändamål.⁶⁴ Den verkliga frågan är huruvida en rättsakt kan sägas ha till syfte att främja den inre marknadens upprät-

62 — Angående gemenskapslagstiftarens allmänna skyldighet att ta hänsyn till folkhälsan vid lagstiftning med stöd av till exempel artiklarna 43 och 100 i EG-fördraget, se dom av den 23 februari 1998 i mål 68/86, Förenade Kungariket mot rådet (REG 1988, s. 855, svensk specialutgåva, volym 9, s. 367, nedan benämnt "målet om hormoner"), punkterna 12 och 14. Det målet avgjordes innan artikel 129 infördes i EG-fördraget. Se även domen i målet om garanti av insättningar, ovan fotnot 53, punkt 17, och domen i målet om märkning av nötkött, ovan fotnot 53, punkt 46, även om det uttalandet helt klart inte kan tolkas så att artikel 100a kan användas för att anta åtgärder för hälsoskydd utan hänvisning till de kriterier för den inre marknaden som anges nedan. För ett mål om domstolsprövning av förenligheten av en horisontell bestämmelse om allmänintresset, det vill säga artikel 129 a i EG-fördraget (nu artikel 153 EG i ändrad lydelse), se domen i målet om garanti av insättningar, ovan fotnot 53, punkterna 46 till 49.

63 — Se tredje och fjärde övervägandena i ingressen till reklamdirektivet.

64 — Se dom av den 29 mars 1990 i mål C-62/88, Grekland mot rådet (REG 1990, s. I-1527, nedan benämnt "målet Grekiska Tjernoby"), punkt 20.

61 — Sådana nationella regler kan nämligen ha rättfärdigats med hänvisning till sådana hänsyn, med avseende på artiklarna 30 och 59 i fördraget.

tande eller funktion, eller uppnåendet av friheten att tillhandahålla tjänster.⁶⁵ Man kan inte utgå ifrån att en högre skyddsnivå för hälsa innebär ett mindre viktigt "innehåll" med avseende på den inre marknaden. Varje konkret ändamål angående hälsoskydd eller andra regleringsområden som rättsakten också inriktas på är inte så mycket konkurrerande eller underordnat som helt enkelt av ett annat slag, och kan således eftersträvas samtidigt, eller "utan åtskillnad",⁶⁶ med den kraft lagstiftaren eftersträvar (eller känner sig tvungen att eftersträva), under förutsättning att de funktionella syftena i relation till den inre marknaden främjas av den antagna rättsakten.

Reklamdirektivets "tyngdpunkt"

67. Sökandena har angett motsatt ståndpunkt, och fäst betydande vikt vid artikel 129.4 i fördraget. De har väsentligen uppgett att reklamdirektivets "tyngdpunkt" ligger inom folkhälsoområdet snarare än den inre marknaden, att artikel 129 är den enda artikel i fördraget som behandlar detta ändamål och att harmonisering uttryckligen utesluts i artikel 129.4. I artikel 129.4 ges rådet och parlamentet behörighet att enligt förfarandet i artikel 189b "besluta om stimulansåtgärder" för att

65 — Också i mål där det finns en rad "konkurrerande" möjliga rättsliga grunder förefaller det bättre att inleda domstolsprövningen med att undersöka huruvida villkoren för att använda den angivna rättsliga grunden varit uppfyllda; se till exempel uppbyggnaden av domen i målet *Grekiska Tjernobyl*, ibidem, punkterna 13 till 16.

66 — Domen i titandioxidmålet, ovan fotnot 52, punkt 13.

bidra till artikelns folkhälsomål, men den undantar uttryckligen "harmonisering av medlemsstaternas lagar eller andra författningar".

68. Det framgår tydligt av diskussionen ovan att jag inte anser det vara lämpligt att söka avgöra reklamdirektivets laglighet med hänvisning till huruvida dess "tyngdpunkt" ligger i främjandet av hälsoskydd snarare än den inre marknaden. Den metoden är bara relevant då tvisten gäller med stöd av vilken av två möjliga rättsliga grunder en rättsakt skulle antagits.⁶⁷ Om båda aspekterna av en rättsakt är lika betydelsefulla skall normalt bägge de rättsliga grunderna användas och de tillämpliga förfarandebestämmelserna iakttagas.⁶⁸ Det är bara när dessa förfaranden är oförenliga som ett val måste göras mellan de rättsliga grunderna.⁶⁹ Om å andra sidan en rättsakt i första hand har avseende på ett enda handlingsområde, medan andra bara är av underordnad betydelse, skall bara den första rättsliga grunden användas.⁷⁰ Ibland hänvisas i detta sammanhang till begreppet tyngdpunkt när det gäller att bedöma

67 — De tillämpliga principerna under sådana omständigheter är koncist sammanfattade i domstolens dom av den 25 februari 1999 i de förenade målen C-164/97 och 165/97, parlamentet mot rådet (REG 1999, s. I-1139, nedan benämnt "målet om skogsskydd").

68 — Dom av den 27 september 1988 i mål 165/87, kommissionen mot rådet (REG 1988, s. 5545; svensk specialutgåva, volym 9, s. 721), punkterna 6 till 13; dom av den 30 maj 1989 i mål 242/87, kommissionen mot rådet (REG 1989, s. 1425; svensk specialutgåva, volym 10, s. 41), punkterna 33 till 37.

69 — Domen i titandioxidmålet, ovan fotnot 52, punkterna 17—21.

70 — Dom av den 4 oktober 1991 i mål C-70/88, parlamentet mot rådet (REG 1991, s. I-4529; svensk specialutgåva, volym 11, s. 405, nedan benämnt "målet Tjernobyl"); dom av den 26 mars 1996 i mål C-271/94, parlamentet mot rådet (REG 1996, s. I-1689), punkterna 32 och 33.

huruvida en rättsakts verkningar på ett visst område är av underordnad betydelse.

har redan ansträngt mig en del för att visa att dessa syften inte är ömsesidigt exklusiva, utan snarare av olika slag, som inte konkurrerar med varandra. En åtgärds eventuella underordnade betydelse för den inre marknaden bör avgöras med hänvisning till kriterier som är specifika för det området enligt EG-fördraget, vilket jag skall försöka visa nedan.

69. I förevarande mål förekommer dock inte något val mellan två möjliga rättsliga grunder. Det framgår med all önskvärd tydlighet att artikel 129.4 i fördraget inte utgör en alternativ rättslig grund för reklamdirektivet, eftersom den undantar harmoniseringsåtgärder. I stället påminner situationen delvis om den i titandioxid-målet:⁷¹ om, som i det målet, en av två rättsliga grunder med nödvändighet skall uteslutas, eller, som i förevarande mål, det inte finns någon alternativ rättslig grund, har gemenskapen behörighet genom artikel 100a (och, genom en extensiv tolkning av domstolens resonemang, artikel 57.2) att anta rättsakter som främjar den inre marknaden och samtidigt andra syften av allmänt intresse. Dessa må vara skydd för miljön eller folkhälsan. Prövningen av gemenskapens behörighet utfaller positivt så länge den inre marknaden faktiskt främjas. I titandioxidmålet bedömde domstolen de objektiva villkoren för lagstiftning med stöd av artikel 100a utan att ta hänsyn till den relativa "vikten" av den inre marknadens respektive miljöskyddets betydelse för lagstiftningen.⁷² Av liknande skäl kan under dessa omständigheter inte frågan huruvida en rättsakts påverkan på den inre marknaden är av underordnad betydelse avgöras med hänvisning till den relativa intensiteten av denna aspekt i förhållande till rättsaktens betydelse för folkhälsan. Jag

Tillämpningsområdet för artikel 129.4 i fördraget

70. Sökandena har också gjort gällande att artikel 129.4 i fördraget begränsar gemenskapens behörighet att vidta åtgärder *med stöd av artikel 100a i sig*. De hänför sig båda till ett uttalande av generaladvokaten Jacobs i dennes förslag till avgörande i målet Spanien.⁷³

71. Även om det är ostridigt att reklamdirektivet inte kunde ha antagits med stöd av artikel 129.4, skulle det vara mycket förvånande (och skadligt för rättssäkerheten) om upphovsmännen till Fördraget om Europeiska unionen, vid tillskapandet av nya behörighetsområden i fördraget avseende folkhälsa, allvarligt skulle begränsa den befintliga behörigheten på ett annat område bara därför att det någon gång kan

71 — Ovan fotnot 52, punkterna 13, 16 och 21 till 24, särskilt punkt 24.

72 — Ibid., punkterna 14, 15 och 23.

73 — Ovan fotnot 59, punkt 27.

ha betydelse för folkhälsan.⁷⁴ Artiklarna 100a och 129 är inte på något sätt oförenliga. Som tidigare har anförts skall artiklarna 100a.3 och 129.1 tredje stycket tillsammans förstås så att artikel 100a kan åberopas för att anta rättsakter som syftar till ett bättre hälsoskydd. Begränsningen i artikel 129.4 motsäger inte dessa bestämmelser. Den påverkar bara, enligt dess egen terminologi, de "stimulansätgärder" den föreskriver.

72. Inte heller tror jag att generaladvokaten Jacobs har avsett uttrycka något annat i det uttalande som åberopats av såväl tobaksbolagen som Tyskland. Han har endast angivit artikel 129.4, tillsammans med några andra artiklar, som exempel på undantag från gemenskapens behörighet vad gäller lagstiftning, i syfte att ställa upp dessa som motsats till avsaknaden av någon sådan begränsning i fråga om "patenträtt eller... immaterialrätt i allmänhet". Han har inte gett uttryck för, och han kan inte heller antas ha underförstått, någon uppfattning beträffande omfattningen av denna begränsning, eller i synnerhet huruvida den medfört begränsningar i behörigheten att anta lagstiftning utanför dess specifika område. Inom området för artikel 100a skulle varje sådan begränsning varit mycket lättare att åstadkomma genom att utöka den lista som anges i artikel 100a.2 med områden som uttryckligen utesluts från det materiella tillämpningsområdet, *ratione materiae*.

73. Sammanfattningsvis bedömer jag artikel 129 i fördraget som irrelevant för den diskussion om rättslig grund som förevarande mål handlar om. Sökandenas åberopande av densamma förefaller bygga på ett felaktigt antagande. Detta uppenbart felaktiga antagande är att, om det inte varit för villkoret i artikel 129.4, gemenskapen skulle varit behörig att vidta harmoniseringsätgärder "[f]ör att bidra till att de mål som anges i [artikel 129] uppnås" på grundval av *andra* bestämmelser i fördraget, såsom artikel 100a, utan hänsyn till de specifika målen för dessa rättsliga grunder.

Direktivets bakgrund

74. Sökandena har också gjort omfattande hänvisningar till den serie av händelser som ledde fram till att direktivet antogs. Mycket av detta har sammanfattats ovan (punkterna 14 till 20). Det är naturligtvis sant att domstolen någon gång tagit hänsyn till bakgrunden som ett hjälpmedel vid tolkningen av gemenskapens rättsakter.⁷⁵ Den har till och med hänvisat till rådets avslag av ett av parlamentet föreslaget tillägg som bevis för rådets önskan att vidmakthålla

74 — Det framgår till exempel av domen i målet *Grekiska Tjernobyli*, ovan fotnot 65, punkterna 19 och 20, att införandet av artikel 130r i EG-fördraget (nu artikel 174 EG i ändrad lydelse) inte förändrade gemenskapens behörighet enligt andra rättsliga grunder; se även dom av den 24 november 1993 i mål C-405/92, *Mondiet* (REG 1993, s. I-6133).

75 — Se till exempel dom av den 7 december 1995 i mål C-449/93, *Rockfon* (REG 1995, s. I-4291; dom av den 28 oktober 1999 i mål C-6/98, *ARD* (REG 1999, s. I-7599).

rättsaktens "tyngdpunkt" mellan två rättsliga grunder.⁷⁶ Mer allmänt är dock en hänvisning till det sammanhang i vilket en rättsakt antagits irrelevant för bedömningen av dess korrekta rättsliga grund.⁷⁷

beslut för denna medlemsstats *regering*",⁷⁸ kan inga slutsatser dras utifrån hur rådets förhandlingar innan reklamdirektivet antogs av hälso- och sjukvårdsministrarna fortlöpt. Detsamma gäller diskussionen om förslaget i en av rådets arbetsgrupper och i en parlamentskommitté för folkhälsa. Det kan vidare förväntas att de som arbetar för utveckling eller vidtagande av dessa åtgärder på den politiska nivån kan vara intresserade och motiverade — också i första hand — av den andra aspekten snarare än av den första. Sådana prioriteringar är helt subjektiva, och det är därför olämpligt för domstolen att beakta uttalanden som politiska företrädare gjort under lagstiftningsprocessen.

75. Sökandena har inte åberopat bakgrunden till reklamdirektivet för att göra en tolkning av någon oklar bestämmelse i direktivet, utan för att visa att det faktiskt — såväl i fråga om innehåll som avsikten hos dess författare — tillkommit huvudsakligen för att skydda folkhälsan genom att minska tobaksförsäljningen, och att det *mot bakgrund av detta faktum* inte riktigt är en åtgärd till främjande av den inre marknaden. Det framgår dock av min bedömning ovan att det kännetecknar varje åtgärd till främjande av den inre marknaden att den, helt legitimt, gagnar två ändamål. Det ena är att undanröja handels hinder eller snedvridningar av konkurrensen, och det andra (vilket är sättet för att uppnå det första) att anta harmoniserade gemenskapsbestämmelser som ersätter nationella regler på ifrågavarande område. Oavsett om man således i fördraget bara förutsett ett råd, sammansatt av "en företrädare för varje medlemsstat på minister nivå med befogenhet att fatta bindande

76. På samma sätt är, även om de rättsliga yttranden som det som rådets rättstjänst påstås ha avgett skulle tillåtas som bevis,⁷⁹ det faktum att sådana åsikter uttalats, den upplevda underlåtenheten att reagera på dem på den politiska nivån och dess synbara motsatsförhållande till rådets uppfattning i förevarande mål irrelevanta för domstolens objektiva bedömning av lagstiftningen. Det är alltså så att domstolens bedömning av gemenskapens behörlighet att vidta sådana åtgärder beror på

76 — Dom av den 23 februari 1999 i mål C-42/97, parlamentet mot rådet (REG 1999, s. I-869), punkt 54. Se också diskussionen angående förarbeten i dom av den 23 februari 1988 i mål 131/86, Förenade Kungariket mot rådet (REG 1988, s. 905), punkterna 26 och 27. De dokument som åberopats bekräftade domstolens uppfattning om syftet och lämplig rättslig grund för den ifrågasatta rättsakten, och den kan ha diskuterat dem bara därför att Förenade Kungariket åberopat dem till styrkande av motsatt förhållande.

77 — Domen i målet om märkning av kött, ovan fotnot 53, punkt 44.

78 — Artikel 146 i EG-fördraget (nu artikel 203 EG), min kursivering; se även artikel 4.1 i fördraget.

79 — Även om sådana yttranden inte åtnjuter det sekretesskydd som gäller mellan en juridisk rådgivare och dennes klient, såsom fastslagits i dom av den 18 maj 1982 i mål 155/79, AM & S mot kommissionen (REG 1982, s. 1575; svensk specialutgåva, volym 6, s. 405), punkt 18, instämmer jag i den uppfattning som generaladvokaten Jacobs gett uttryck för i sitt förslag till avgörande i målet Spanien, ovan fotnot 58, punkt 35 i förslaget till avgörande, att ett sådant yttrande inte bör kunna åberopas i mål inför domstolen utan den berörda institutionens godkännande.

huruvida det förstnämnda syftet är uppfyllt.

77. Såvitt avser bakgrund i en snävare mening har sökandena fäst avsevärd vikt vid att tre överväganden som avsåg gemenskapslagstiftarens omsorg om folkhälsoskäl (återgivna i punkt 19 ovan) tagits bort från utkastet till direktivet på ett mycket sent stadium. Vad som är av verkligt intresse är dock frågan om dessa tre utkast till överväganden skulle ha förändrat reklamdirektivets karaktär om de fått vara kvar. Jag kan inte se hur de skulle kunnat göra det, med mindre att bedömningen av gemenskapslagstiftningens syfte reduceras till en matematisk operation, att räkna hur många överväganden i ingressen som ägnats respektive policyområde. De uteslutna övervägandena preciserade endast vissa synpunkter beträffande lagstiftarens omsorg om folkhälsan, vilken redan framgick av tredje och fjärde övervägandena i ingressen, och vilken inte i sig var oberättigad.

Maktmissbruk

78. Jag anser inte heller att Tysklands påstående om maktmissbruk från gemenskapslagstiftarens sida på något sätt vinner stöd i reklamdirektivets bakgrund. Maktmissbruk inom ramen för lagstiftning har av domstolen definierats som när "en gemenskapsinstitution antar en rättsakt uteslutande eller åtminstone till övervägande del i avsikt att uppnå andra syften än dem som anges eller i avsikt att kringgå

ett förfarande som särskilt föreskrivs i fördraget för att bemöta svårigheter i det enskilda fallet".⁸⁰ Som visats ovan föreskrivs inte i fördraget något specifikt förfarande för harmonisering av regler beträffande folkhälsoskydd med avseende på det materiella tillämpningsområdet, *ratione materiae*, utan det tas snarare uttryckligen avstånd ifrån en sådan behörighet i artikel 129.4, med resultatet att det andra möjliga sättet att fastställa maktmissbruk inte är för handen.

79. Såvitt avser det första möjliga sättet att göra sig skyldig till maktmissbruk har det parallella syftet att skydda folkhälsan klart angivits i tredje och fjärde övervägandena i ingressen till direktivet. Som jag tidigare påpekat innebär inte utelämnandet av andra utkast till överväganden av samma slag att eftersträvan av detta syfte skulle vara oberättigad inom ramen för åtgärder som vidtagits med stöd av artiklarna 57.2 och 100a i fördraget. Jag vill vidare påminna om att hälsoskyddsändamål och syftet att främja den inre marknaden inte är ömsesidigt exklusiva, utan det är snarare så att det senare, om lämpligt, måste samverka med det första. Det intresse för reklamdirektivets gynnsamma inverkan på folkhälsan som de politiska representanterna gett uttryck för är således, som jag tidigare framhållit, inte på något sätt förvånande eller oberättigat. Också den tystnad som jämförelsevis rått från detta håll avseende den påstådda nyttan för den

⁸⁰ — Dom av den 12 november 1996 i mål C-84/94, Förenade Kungariket mot rådet (REG 1996, s. I-5755, nedan benämnt "målet om arbetstid"), punkt 69.

inre marknaden kan inte anses visa att den i själva verket inte förutsågs eller avsågs bli verklighet. Tyskland har inte framlagt någon bevisning som visar på motsatsen. Inte heller av annat material som framlagts inför domstolen framgår det att maktmissbruk förekommit. Tysklands yrkande avseende maktmissbruk skall därför inte vinna bifall. Frågan om de syften beträffande den inre marknaden som åberopats av gemenskapslagstiftaren faktiskt har förverkligats genom direktivet är en objektiv fråga om behörighet. Ett nekande svar på denna fråga är enligt min mening inte tillräckligt för att styrka att lagstiftaren gjort sig skyldig till maktmissbruk.

80. Således är den verkliga frågan i förevarande mål inte om hälsoskydd varit det främsta skälet för dem som arbetat för att direktivet skulle antas, utan om den *inre marknaden*, sedd för sig, kan utgöra en hållbar rättslig grund för reklamdirektivet. I avsaknad av en alternativ rättslig grund kommer jag därför att ägna återstoden av min bedömning av gemenskapens behörighet åt att först identifiera de objektiva villkoren för åberopande av artiklarna 57.2 och 100a i fördraget, och sedan undersöka om reklamdirektivet uppfyller dessa villkor. En inledande fråga som det är nödvändigt att dessförinnan ta upp, och förkasta, är Tysklands påstående om betydelsen av det tillämpliga omröstningsförfarandet i rådet vid identifieringen av villkoren för utövande av gemenskapens behörighet.

Betydelsen av omröstningsförfarandet i rådet

81. Tyskland har, i synnerhet vid förhandlingen, fäst avsevärd vikt vid det faktum att artikel 100a medger beslut med kvalificerad majoritet, och gjort gällande att en sådan horisontell behörighet därför skulle kunna missbrukas för att göra intrång i medlemsstaternas behörighet. Detta är inte relevant för bedömningen av vilken rättslig grund, om någon, som är den lämpliga för en gemenskapsåtgärd. Den bedömningen måste följa samma objektiva principer oavsett vilket lagstiftningsförfarande som används. Som jag påpekat ovan får gemenskapen bara agera inom ramen för sina befogenheter, också när rådet genom enhälligt beslut antar en åtgärd med stöd av den generella lydelsen i artikel 235 i EG-fördraget.⁸¹ Ytterligare överväganden angående medlemsstaternas suveränitet saknar betydelse för bedömningen av dessa befogenheter.⁸² I domen i titandioxidmålet föredrog domstolen artikel 100a som rättslig grund framför artikel 130s, trots att det i den förra föreskrevs krav på beslut med kvalificerad majoritet i rådet medan det enligt den senare krävdes enhällighet.⁸³ Mot bakgrund av min bedömning av den horisontella arten av artikel 100a är det svårt att acceptera att begränsningar *a priori* skulle påläggas den avgörande gemenskapsbefogenheten att säkerställa den inre marknadens upprättande och funktion, *utöver dem som följer av själva syftet* bara därför att det krävs kvalificerad

81 — Yttrande 2/94, Europakonventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, ovan fotnot 51, punkt 30.

82 — Se punkt 37 i generaladvokaten Jacobs förslag till avgörande i målet Spanien, ovan fotnot 59.

83 — Ovan fotnot 52, punkterna 18 och 19.

majoritet. Detta är när allt kommer omkring den mekanism som infördes genom Europeiska enhetsakten för att marknadsintegrationen inte skulle bli föremål för enskilda medlemsstaters vetorätt.⁸⁴ Det bästa skyddet, som är förenligt med fördraget, för medlemsstaternas intressen mot missbruk av eller överambition hos gemenskapen är domstolens prövningsrätt av gemenskapslagstiftarens efterlevnad av de objektiva villkoren i artikel 100a eller, som kan vara fallet, artikel 57.2. Som jag framhöll i omedelbart föregående punkt kräver detta att villkoren för tillämpning av dessa bestämmelser identifieras.

Den inre marknaden

82. I artikel 3 i EG-fördraget (nu artikel 3 EG i ändrad lydelse) stadgas att gemenskapens verksamhet innefattar, på de villkor som anges i fördraget:

”c) en inre marknad som kännetecknas av att hindren för fri rörlighet för varor, personer, tjänster och kapital avskaffas mellan medlemsstaterna,

84 — Se generaladvokaten Tesausos anmärkningar i förslaget till avgörande i titandioxidmålet, ovan fotnot 52, punkt 13. Jag skulle dock vilja lägga till min kommentar i huvudtexten att möjligheten att besluta om åtgärder med kvalificerad majoritet enligt artikel 100a inte i sig utgör en anledning att tolka den bestämmelsen mer extensivt än vad som annars skulle skett.

...

- g) en ordning som säkerställer att konkurrensen inom den inre marknaden inte snedvrids,
- h) tillnärmning av medlemsstaternas nationella lagstiftning i den utsträckning den gemensamma marknadens funktion kräver det.”

I artikel 7a andra stycket stadgas följande:

”Den inre marknaden skall omfatta ett område utan inre gränser, där fri rörlighet för varor, personer, tjänster och kapital säkerställs i enlighet med bestämmelserna i detta fördrag.”

83. Det framgår klart av dessa bestämmelser att den inre marknaden inte är en betydelselös synonym för allmän ekonomisk ledning. Detta är en betydelsefull fråga, mot bakgrund av rådets argument att åtgärder för att främja den inre marknaden inte med nödvändighet behöver medföra en liberalisering, utan kan innebära enbart en reglering. Jag kommer nedan att förklara varför den inre marknaden inte kan definieras med enkla begrepp som liberalisering eller avreglering. Men

den överföring av befogenheter som skett för att främja dess upprättande och funktion genom såväl artikel 100a som mer specifika bestämmelser som artikel 57.2 kan ändå inte, enligt min mening, likställas med skapandet av en allmän befogenhet för gemenskapen att lagstifta. Befogenheterna har överförts för att antingen underlätta utövandet av de fyra friheterna eller för att skapa likvärdiga konkurrensvillkor.⁸⁴

konstaterade syftade det ifrågasatta direktivet "inte till att åstadkomma en liberalisering av handeln med avfall utan tvärtom till att minska avfallstransporterna inom gemenskapen".⁸⁹ Domstolen fastslog i avfalls målet II att förordningens⁹⁰ syfte var att tillhandahålla ett harmoniserat system av förfaranden genom vilka avfallstransporterna kan begränsas av miljöskäl, och därför inte kunde anses genomföra den fria rörligheten för avfall inom gemenskapen.⁹¹ Det kan anmärkas att domstolen underförstått avfärdade argumentet att en åtgärd kunde omfattas av artikel 100a i fördraget om den reglerade rörligheten av varor mellan medlemsstaterna utan att nödvändigtvis *underlätta* sådan rörlighet.⁹²

84. Såvitt avser fri rörlighet kan denna anmärkning klargöras med hänvisning till domarna i de två avfalls målen.⁸⁵ I avfalls målet I konstaterade domstolen att syftet med det ifrågasatta direktivet⁸⁶ var att genomföra principen att avfall skall omhändertas slutligt så nära den plats där det producerats som möjligt för att i möjligast mån begränsa transporter av avfall,⁸⁷ och kom fram till att direktivet inte kunde anses syfta till att genomföra den fria rörligheten för avfall inom gemenskapen.⁸⁸ Som generaladvokaten Tesauro

85. Det är naturligtvis så att denna rättspraxis inte innebär att artiklarna 7a, 57.2 och 100a i fördraget skall förstås som en slags liberal urkund som medför en harmonisering i riktning mot lägsta tänkbara standard, eller ens mot ett medelvärde av befintlig nationell regleringsstandard. För

85 — Dom av den 17 mars 1993 i mål C-155/91, kommissionen mot rådet (REG 1993, s. I-939, svensk specialutgåva, tillägg, s. 67, nedan benämnt avfalls målet I), och av den 28 juni 1994 i mål C-187/93, parlamentet mot rådet (REG 1994, s. I-2837, svensk specialutgåva, volym 15, s. 249, nedan kallat avfalls målet II), punkt 25. Såvitt avser gemenskapens harmoniseringsåtgärders förenlighet med den inre marknaden, när de medför begränsningar eller förbud mot vissa ekonomiska aktiviteter, se även domarna i målet Spanien, ovan fotnot 59, och målet om garanti av insättningar, ovan fotnot 52 samt dom av den 9 augusti 1994 i mål C-359/92, Tyskland mot rådet (REG 1994, s. I-3681, nedan kallat "produktssäkerhets målet"), som alla kommer att diskuteras ytterligare nedan.

86 — Rådets direktiv 91/156/EEG av den 18 mars 1991 om ändring i direktiv 75/442/EEG om avfall, EGT L 78, s. 32, svensk specialutgåva, område 15, volym 10, s. 66.

87 — Domen i avfalls målet I, ovan fotnot 85, punkterna 13 och 14.

88 — Ibidem, punkt 15.

89 — Ibidem, på sidan I-959 i förslaget till avgörande.

90 — Rådets förordning (EEG) nr 259/93 av den 1 februari 1993 om övervakning och kontroll av avfallstransporter inom, till och från Europeiska gemenskapen, EGT L 30, s. 1; svensk specialutgåva, område 15, volym 12, s. 43.

91 — Domen i avfalls målet II, ovan fotnot 86, punkterna 23 och 26. Se också punkterna 44 och 45 i generaladvokaten Jacobs förslag till avgörande, vilka domstolen med gillande hänvisade till.

92 — Detta argument tillskrev generaladvokaten Jacobs parlamentet i punkt 38 i sitt förslag till avgörande. Han invände att man måste fråga sig "om åtgärden har det huvudsakliga syftet att främja och inte hindra sådan rörlighet [av varor]" (ibidem, punkt 43); domstolen kommenterade inte uttryckligen hans förslag till metod för prövning.

det första har jag redan redogjort för gemenskapens skyldighet⁹³ att ta hänsyn till allmänna intressen och således den skyddsnivå som uppnåtts eller eftersträvas av medlemsstaterna.

86. För det andra bör inte harmoniseringsåtgärder som medför avsevärda begränsningar i det allmänna intresset alltid anses syfta till en minskad handel på området i fråga. Gemenskapslagstiftarens rätt att föreskriva sådana begränsningar, också till den grad att de medför ett förbud mot handel med vissa produkter, när den samtidigt söker uppfylla mer allmänna syften avseende den fria rörligheten och andra allmänna intressen illustreras i domen i produktsäkerhetsmålet. Domstolen förenade dessa till synes motsatta syften med avseende på en åtgärd som gav kommissionen rätt att kräva att medlemsstaterna skulle vidta interimistiska åtgärder för att förbjuda försäljningen av farliga produkter.⁹⁴

”Den fria rörligheten för varor kan bara säkerställas om inte produktsäkerhetskraven i olika medlemsstater varierar i betydande grad. En hög skyddsnivå kan bara

uppnås om farliga produkter omfattas av lämpliga åtgärder i alla medlemsstater.”

Således skulle ett system för att kontrollera farliga produkter rätteligen förstås som en åtgärd för att underlätta handeln med varor i allmänhet. Den fria varuhandeln kan mycket väl underlättas av åtgärder som förhindrar, begränsar eller försvårar rörligheten för vissa varor.⁹⁵ I domen i målet Rewe-Zentral⁹⁶ fastslog domstolen att ”även om artiklarna 30 till 36 i fördraget i första hand är tillämpliga på ensidiga åtgärder vidtagna av medlemsstaterna måste också gemenskapsinstitutionerna ta vederbörlig hänsyn till den fria handeln inom gemenskapen, vilken är en grundläggande princip för den gemensamma marknaden”. Den konstaterade ändå att de inspektioner som föreskrevs i det ifrågasatta direktivet⁹⁷ inte hade till ”syfte att hindra handeln inom gemenskapen”; direktivet syftade ”tvärtom... till att uppnå

93 — Ett exempel på domstolsprövning av efterlevnaden av artikel 100a.3 återfinns i domen i målet om garanti av insättningar, ovan fotnot 53, punkt 48.

94 — Domen i produktsäkerhetsmålet, ovan fotnot 86, punkt 34. Se också anmärkningarna av generaladvokaten Jacobs i punkt 33 i förslaget till avgörande.

95 — Se förslaget till avgörande av generaladvokaten Jacobs i avfallsålet II, ovan fotnot 86, punkt 44. Han hänvisade till rådets direktiv 91/157/EEG av den 18 mars 1991 om batterier och ackumulatorer som innehåller vissa farliga ämnen, EGT L 78, s. 38; svensk specialutgåva, område 15, volym 10, s. 72, och framhöll att förbudet mot försäljning av batterier med högre kvicksilverhalt än tillåtet hade föreskrivits för att underlätta den fria rörligheten på den inre marknaden av batterier som uppfyllde kraven. Se även till exempel artikel 4 i rådets direktiv 76/768/EEG av den 27 juli 1976 om tillnärming av medlemsstaternas lagstiftning om kosmetiska produkter, EGT L 262, s. 169; svensk specialutgåva, område 13, volym 5, s. 198, i vilken medlemsstaterna av folkhälsoskäl skall förhindra att kosmetiska produkter som innehåller vissa specifika ämnen släpps ut på marknaden.

96 — Dom av den 29 februari 1984 i mål 37/83 (REG 1984, s. 1229), punkt 18.

97 — Rådets direktiv 77/93/EEG av den 21 december 1976 om skyddsåtgärder mot att skadegörare på växter eller växtprodukter förs in till medlemsstaterna, EGT L 26, s. 20; svensk specialutgåva, område 3, volym 8, s. 6, särskilt dess artikel 11.3.

ett gradvis avskaffande av medlemsstaternas ensidiga åtgärder, som vid den tidpunkten i princip var motiverade genom artikel 36 i fördraget”.⁹⁸

87. Ett exempel som är av större värde i förevarande mål är det förbud mot tobaksreklam i television som föreskrivs i artikel 13 i direktiv 89/552/EEG. Den regeln är tillsammans med en rad andra bestämmelser beträffande reklam innehåll vid TV-sändningar utformade för att partiellt harmonisera villkoren för att tillhandahålla tjänster på området för TV-sändningar. Till följd därav ”skall [medlemsstaterna] säkerställa fri mottagning och... de... får [inte] begränsa återutsändning inom sina territorier av televisionssändningar från andra medlemsstater av skäl som hänger samman med TV-reklam och sponsring”.⁹⁹ På samma sätt förbjuds i artikel 8.1 i direktiv 89/622/EEG och i artikel 7.1 i direktiv 90/239/EEG medlemsstaterna från att försvåra försäljning av tobaksvaror som uppfyller kraven i dessa direktiv avseende märkning och maximihalter för tjära.

88. För det tredje syftar inte artikel 100a i fördraget uteslutande till att undanröja hinder för utövandet av de fyra friheterna.

”För att förverkliga de grundläggande friheterna varom talas i artikel 8a kräver olikheterna i medlemsstaternas rättsordningar harmoniseringsåtgärder på de områden där det finns risk för att dessa olikheter skapar eller upprätthåller snedvridna konkurrensvillkor.”¹⁰⁰ Artikel 100a i fördraget kan således användas för att utfärda harmoniseringsregler i syfte att skapa lika konkurrensvillkor, beträffande till exempel hantering av giftiga biprodukter, i en särskild bransch, samtidigt som dessa oskiljaktigt också syftar till att tillgodose ett allmänt intresse såsom en hög skyddsnivå för miljön. Domstolen intog således ståndpunkten att artikel 100a var den korrekta rättsliga grunden för den åtgärd som var i fråga i titandioxidmålet, och som innebar ett totalt förbud mot utsläpp av visst avfall i gemenskapens vatten eller öppet hav från anläggningar som använde vissa processer, och maximinivåer för skadliga ämnen i annat avfall.¹⁰¹ I artikel 1 i det direktivet föreskrevs uttryckligen att det var avsett att ”förbättra konkurrensvillkoren inom titandioxidindustrin”. Jag menar att gemenskapslagstiftaren således kan utfärda betungande föreskrifter som skall tillämpas på all relevant affärsverksamhet på den inre

98 — Ovannämnda dom, punkt 19, min kursivering. Såsom klart framgår av hänvisningen till artikel 36 i fördraget är domen i detta mål också av värde vad gäller den anmärkning som gjorts ovan beträffande att ta hänsyn till allmänintresset vid lagstiftning på den inre marknaden.

99 — Dom av den 9 juli 1997 i de förenade målen C-34/95—C-36/95, KO mot De Agostini och TV-Shop (REG 1997, s. I-3843, nedan kallat ”målet De Agostini”), punkt 33.

100 — Domen i titandioxidmålet, ovan fotnot 52, punkt 15. Artikel 8a blev artikel 7a i EG-fördraget, innan den i ändrad lydelse blev artikel 14 EG. Även om undanröjandet av konkurrenshinder sägs vara nödvändigt för att genomföra de fyra friheterna är det lämpligt att i den följande bedömningen behandla frågor om å ena sidan hinder eller begränsningar av dessa friheter och å andra sidan konkurrensthörningar separat.

101 — Rådets direktiv 89/428/EEG av den 21 juni 1989 om åtgärder för harmonisering av programmen för att minska och slutligen eliminera förorening genom avfall från titandioxidindustrin, EGT L 201, s. 56; svensk specialutgåva, område 15, volym 9, s. 76. Se titandioxidmålet, ovan fotnot 52, punkt 2.

marknaden, och även regler som är mer betungande än summan eller genomsnittet av de olika nationella regler som föregått gemenskapens reglering.

konkurrensen som harmoniseringsåtgärden avser att motverka är påtaglig.¹⁰² Jag ställer mig positiv till ett sådant kriterium, även om det inte är nödvändigt för min bedömning nedan att inta någon definitiv ståndpunkt i denna fråga.

89. Men syftet att skapa lika konkurrensvillkor ger inte gemenskapslagstiftaren fria händer att harmonisera varje nationell regel som dyker upp, oavsett om åtgärden sker på ett liberaliserande eller restriktivt sätt. Utan att på något sätt ta tillbaka mitt avfärdande av Tysklands argument om faran av att expandera gemenskapens behörighet genom användningen av kvalificerad majoritet, vill jag göra gällande att det skulle riskera att överföra medlemsstaternas allmänna regleringskompetens till gemenskapen, om inte gemenskapens rätt att med stöd av artikel 100a vidta harmoniseringsåtgärder för att säkerställa en konkurrens som inte är snedvriden var föremål för någon slags prövning av riktigheten i påståendet om ett samband mellan åtgärden och dess föregivna syfte avseende den inre marknaden. Avsaknaden av hänvisning till likvärdiga konkurrensvillkor i artiklarna 7a och 100a i fördraget utgör en ytterligare anledning att undvika att göra artikel 100a till ett instrument för allmän ekonomisk styrning.

91. Ett annat villkor, som klart framgår av rättspraxis och som är av mer direkt betydelse i förevarande mål, har avseende på arten av den harmoniseringsåtgärd som vidtagits med stöd av artikel 100a i fördraget. Den är inte en lämplig rättslig grund om åtgärdens verkningar för harmonisering av konkurrensvillkoren endast är av underordnad betydelse. Det är inte fråga om att enbart fastslå vilket av de uppenbara syftena med en åtgärd som är det huvudsakliga syftet. Domstolen har i relativt kategoriska ordalag fastslagit att det inte räcker med "enbart det faktum att den inre marknaden inrättande eller funktion påverkas för att artikel 100a skall vara tillämplig".¹⁰³ Jag tolkar domstolens avgörande i avfallsmalet I¹⁰⁴ så att artikel 100a inte kunde ha åberopats för att anta direktivet även om det inte funnits en alternativ rättslig grund i artikel 130s. Domstolen

90. Ett möjligt kriterium för en sådan prövning synes ha föreslagits av domstolen i titandioxidmålet, på så sätt att ett villkor satts upp för att artikel 100a skall kunna användas, nämligen att den störning av

102 — Se domen i titandioxidmålet, ovan fotnot 52, punkt 23; dom av den 18 mars 1980 i mål 91/79, kommissionen mot Italien, (REG 1980, s. 1115), punkt 8. Domstolen fastslog dock inte uttryckligen i domen i titandioxidmålet att artikel 100a i fördraget bara kunde användas i fall där konkurrensstörningen var *påtaglig* på grund av skillnader i medlemsstaternas lagstiftning, och svarandena i förevarande mål har gjort gällande att, mot bakgrund av den rättspraxis som återgivits ovan, detta villkor bara gällde den mindre omfattande artikeln 100 i fördraget. Det framgår dock av dess tillämpning avseende artikel 100 att svarandenas påstående att denna prövning bara är relevant i förhållande till tillämpningen av fördragets konkurrensregler för företag är ogrundad.

103 — Domen i avfallsmalet I, ovan fotnot 86, punkt 19; se även dom av den 9 november 1995 i mål C-426/93, Tyskland mot rådet (REG 1995, s. I-3723), punkt 33.

104 — Ovan fotnot 86, punkterna 17 till 20, särskilt punkt 19.

gjorde åtskillnad mellan lagstiftning som hade en effektiv avfallshantering inom gemenskapen som sitt primära syfte, oavsett avfalllets ursprung, och vars verkan på konkurrens och handel, inbegripet produktionskostnader, var av underordnad betydelse, och direktivet i fråga i titandioxidmålet, vilket var en "åtgärd som syftar till att anpassa de nationella bestämmelserna avseende produktionsvillkoren inom en bestämd industrigren, i syfte att *där* eliminera snedvridning av konkurrensen".¹⁰⁵ Jag skulle påstå att det bidrag en specifik åtgärd ger till att skapa likvärdiga konkurrensvillkor inom den bransch där den avses verka därmed skall vara specifikt för denna bransch, hur omfattande den än definieras, och inte endast vara av underordnad betydelse. Gemenskapsbestämmelser vars enda verkan i en given bransch är att förbjuda den relevanta affärsverksamheten kan därför inte sägas skapa likvärdiga konkurrensvillkor i *den branschen*, vad än dess verkningar på konkurrensen må vara i någon näraliggande bransch.

artikel 100a eller i allmänna bestämmelser i fördraget om gemenskapens målsättningar och verksamhet samt definitionen av den inre marknaden. Det är oförenligt med den horisontella karaktären av artikel 100a. Det skulle dessutom skapa minst lika många problem som det påstår sig lösa. Gemenskapens materiella befogenheter sträcker sig från de områden där gemenskapen har omfattande befogenheter att agera, som inom jordbrukspolitiken, till områden där den befogenheten är relativt begränsad, såsom på folkhälsoområdet. Utan någon ytterligare precisering, och givet att, som jag framhållit ovan, förbudet mot harmonisering i artikel 129.4 inte påverkar behörigheten enligt artikel 100a, kan inte detta argument tolkas så att harmonisering av konkurrensvillkor i en bransch av stor betydelse för folkhälsan skulle vara förbjuden. Av skäl som kommer att framgå nedan saknas dock anledning för mig att ta slutgiltig ställning till denna fråga.

Syften avseende den inre marknaden — konkret bedömning

92. Sökandena har hänvisat till en annan möjlig begränsning — att artikel 100a i fördraget bara skall användas för att motverka snedvridningar av konkurrensen då gemenskapen också har uttrycklig befogenhet inom det materiella tillämpningsområdet, *ratione materiae*, som till exempel beträffande skydd för miljön. Jag är inte övertygad om riktigheten av detta argument. Det finns inget synbart stöd för det i

93. För att avgöra om en gemenskapsåtgärd syftar till att främja den inre marknaden är det nödvändigt att genomföra en undersökning i två steg. För det första måste det fastställas huruvida villkoren för harmonisering är för handen, det vill säga om skillnader mellan medlemsstaternas

105 — Ovan fotnot 52, punkt 20, min kursivering.

lagar antingen utgör hinder mot utövandet av de fyra friheterna eller snedvrider konkurrensen i en viss bransch.¹⁰⁶ För det andra måste de konkreta åtgärderna gemenskapen vidtagit vara förenliga med den inre marknadens upprättande och funktion. Detta innebär en prövning av hur gemenskapslagstiftaren försökt sammanjämka det centrala villkoret i bestämmelser som artiklarna 57.2 och 100a att åtgärder som vidtagits med stöd av dessa skall underlätta den fria rörligheten eller utjämna konkurrensvillkoren i en viss bransch med skyldigheten att ta hänsyn till faktorer av allmänt intresse som kan tala för en stark begränsning av vissa ekonomiska aktiviteter.

94. Det har föreslagits från framför allt kommissionens sida att detta väsentligen leder till frågan om en åtgärd är passande eller lämplig, vilket är en fråga om proportionalitet snarare än om befogenhet. Domstolen bör därför inte ingripa i detta skede. Jag håller inte med. Om utövandet av gemenskapens befogenhet skall kunna bli föremål för domstolsprövning är det inte tillräckligt att belägga förhandenvaron av villkoren för harmonisering, eftersom artiklarna 57.2 och 100a i fördraget inte innebär någon universell befogenhet att genomföra harmonisering för dess egen skull så snart dessa villkor är uppfyllda. Behovet av en konkret prövning av den faktiskt vidtagna harmoniseringsåtgärden har erkänts i domstolens ofta upprepade uttalande att

vid prövning av utövande av befogenheter skall hänsyn tas till ”i synnerhet åtgärdens syfte och innehåll”. I mål som de förevarande måste en konkret prövning av gemenskapens befogenhet uteslutande avse att undersöka om åtgärden syftar till att främja den inre marknaden, för vilket ändamål befogenhet överlåtits, och samtidigt hållas i minnet att detta kan vara förenligt med att andra, kompletterande allmänna intressen som inte i sig kan motivera ett åberopande av artiklarna 57.2 och 100a i fördraget uppnås.

95. Domstolen har företagit en konkret prövning av detta slag i mål då medlemsstater har bestritt gemenskapens befogenhet att vidta åtgärder enligt artikel 100a respektive artikel 57.2 i domarna i målet Spanien respektive målet om garanti av insättningar.¹⁰⁷ I domen i målet Spanien prövade och förkastade domstolen argumentet att förordning nr 1768/92¹⁰⁸ innebär en uppdelning av gemenskapsmarknaden som varade längre än de bakomliggande nationella patenten och förhindrade den fria konkurrensen mellan företag som innehar patent och den generiska läkemedelsindustrin.¹⁰⁹ Den fastslog att den harmoniserade förlängningen av patentets skyddsperiod genom förordningen avvärjde en fragmentering av marknaderna för läke-

106 — Detta är de två grunder som åberopats till försvar för reklamdirektivet i förevarande mål. Jag tar inte ställning till om det finns andra möjliga grunder för talan enligt de ifrågakarande bestämmelserna.

107 — En sådan konkret prövning är också typisk för domstolens undersökningar av huruvida en rättslig grund skulle åberopats i stället för en annan, såsom i domen i titandioxidmålet, ovan fotnot 52, och i de båda avfalls-målen, som diskuterats ovan.

108 — Ovan fotnot 59.

109 — Ovan fotnot 59, punkterna 30 och 31.

medel genom att förhindra en heterogen utveckling av nationell lagstiftning,¹¹⁰ även om sådant utsträckt skydd var okänt i de flesta medlemsstater.¹¹¹ Domstolen undersökte också hur intresseavvägningen skett mellan patentinnehavare och den verksamhet som utövas av tillverkare av generiska läkemedel.¹¹² Även om detta helt klart är av betydelse för bedömningen av frågan om proportionalitet, förefaller domstolen ha gjort denna bedömning inom ramen för frågan om behörighet som krävs enligt "de mål som anges i artikel [7a i fördraget]",¹¹³ vilket innebär att existensen eller graden av begränsningar av ekonomisk verksamhet (i detta fall tillverkare av generiska mediciner) är av potentiell betydelse för frågan om en harmoniseringsåtgärd kan sägas främja den inre marknaden.¹¹⁴ Mitt allmänna tillvägagångssätt i förevarande mål vinner också stöd i det faktum att domstolen, efter att ha övertygats om att den omtvistade förordningen var ägnad att främja den inre marknaden, inte vid något tillfälle hänvisade till den relativa betydelsen i lagstiftningshänseende av det kompletterande ändamålet att främja läkemedelsforskningen i gemenskapen.

96. I domen i målet om garanti av insättningar tog domstolen upp frågan huruvida

förbudet i den omtvistade rättsakten¹¹⁵ för bankfilialer i andra medlemsstater att marknadsföra nyttan med nationella system för garanti av insättningar som gav konsumenter ett mer omfattande skydd än de system som föreskrevs i direktivet var förenligt med artikel 57.2 i fördraget. Domstolen fastslog att den maxgräns för insättningsgarantier som sätts för filialer i andra medlemsstater i alla händelser "är mycket mindre betungande än skyldigheten att rätta sig efter de olika bestämmelserna om system för garanti av insättningar i olika värdmedlemsstater", vilket resulterade i att också etableringen av filialer till tyska kreditinstitut i andra medlemsstater kunde sägas ha underlättats av direktivet i fråga.¹¹⁶

97. Denna typ av bedömning skiljer sig från bedömningen av proportionaliteten. Den fråga som ställs för att undersöka om villkoren för återopande av en funktionellt definierad behörighet är uppfyllda är om åtgärden syftar till att uppnå de angivna målsättningarna avseende den inre marknaden, och inte om den går längre än vad som behövs för att uppnå dem. Som sagts ovan är vi dessutom i detta skede uteslutande intresserade av uppnåendet av dessa syften, eftersom det är det syfte för vilket befogenhet överförts. Vid bedömning av proportionalitetsfrågan, å andra sidan, måste hänsyn även tas till de ytterligare materiella ändamål som skall eftersträvas genom åtgärder på den inre marknaden,

110 — Ibidem, punkterna 35 och 36.

111 — Ibidem, punkt 34.

112 — Ibidem, punkterna 37—39.

113 — Ibidem, punkt 37.

114 — Se diskussionen ovan, punkterna 83 till 87, angående frågan om åtgärder som *minskar* handeln kan anses främja den inre marknaden.

115 — Europaparlamentets och rådets direktiv 94/19/EG av den 30 maj 1994 om system för garanti av insättningar, EGT L 135, s. 5; svensk specialutgåva, område 6, volym 4, s. 227.

116 — Ibidem, punkt 44.

ineffattande strävan efter en hög hälso-skyddsnivå.

98. Det är klart att domstolen, vid en konkret prövning av komplexa val i lagstiftningsförfarandet som påverkar varierande ekonomiska och andra intressen, normalt måste godta den bedömning lagstiftaren gjort att en åtgärds effektivitet avseende den inre marknadens upprättande eller funktion rättfärdigar de inskränkningar som åtgärden har gett upphov till.¹¹⁷ Domstolen får inte ersätta lagstiftarens val med sitt eget, eller ifrågasätta ändamålsenligheten av ett visst politiskt initiativ.¹¹⁸ Även om vi söker definiera gränserna för gemenskapens lagstiftningsbefogenhet, medför den nödvändiga konkreta bedömningen av sambandet mellan den vidtagna åtgärden och dess föregivna syften, enligt min mening, en prövning enligt de riktlinjer som domstolen tillämpar beträffande institutionerna och den omfattande handlingsfrihet de åtnjuter i lagstiftningshänseende. Då institutionerna har "ett omfattande utrymme för skönsmässig bedömning, särskilt i fråga om de vidtagna åtgärdernas art och omfattning, skall domstolen vid kontrollen av om denna befogenhet utövas rättsenligt pröva om bedömningen är uppenbart oriktig eller förenad med maktmissbruk, eller om [institutionerna] klart har överskridit gränserna för sitt utrymme för skönsmässig bedömning".¹¹⁹

99. Icke desto mindre är domstolens uppgift lättare i fråga om lagstiftning vars verkan i den relevanta branschen är extrem, såsom fallet är med ett förbud. Man kan inte ställa upp en presumtion för att ett av gemenskapslagstiftaren uppställt förbud mot viss ekonomisk verksamhet strider mot målen med den inre marknaden. Samtidigt skulle verkningarna av ett sådant förbud och de rättsliga slutsatser de leder till lättare klarläggas av en domstol som är mer varsam i fråga om den delikata avvägning lagstiftaren gjort mellan olika materiella intressen.¹²⁰ Detta underlättar bedömningen av huruvida den nödvändiga samstämmigheten föreligger mellan *innehållet* i den rättsakt där förbudet föreskrivs och dess *syfte* avseende den inre marknaden, som anges i synnerhet i ingressen och de materiella bestämmelser (såsom artikel 1 i reklamdirektivet) som uttryckligen eller indirekt hänvisar till dess syften. Denna samstämmighet måste slutligen bedömas utifrån de märkbara verkningarna av den ifrågasatta rättsakten. Det exakta syftet med avseende på den inre marknaden bör framgå av rättsakten i sig, och kan enligt min mening inte vara föremål för kompletterande hänvisningar till mer omfattande eller annorlunda syften på ett senare stadium.¹²¹ Om rättsaktens verkningar inte är förenliga med de syften avseende den inre marknaden som avses i den använda rättsliga grunden *som faktiskt åberopats av lagstiftaren* måste slutsatsen bli att gemenskapslagstiftaren gjort sig skyldig till en uppenbart oriktig bedömning

117 — Se förslaget till avgörande av generaladvokaten Léger i målet om garanti av insättningar, ovan fotnot 53, punkt 113.

118 — Se domen i målet om arbetstidsdirektivet, ovan fotnot 81, punkt 23.

119 — Dom av den 5 maj 1998 i mål C-180/96, Förenade Kungariket mot rådet (REG 1998, s. I-2265, nedan kallat "BSE-målet"), punkt 60; av den 25 januari 1979 i mål 98/78, Racke, (REG 1979, s. 69; svensk specialutgåva, volym 4, s.275), punkt 5. Jag vill påminna om att påståendet om maktmissbruk enligt min mening inte har bevisats i förevarande mål.

120 — Se till exempel domen i målet Spanien, ovan fotnot 59, punkterna 38 och 39.

121 — Detta innebär inte att motiveringen för åtgärden, inklusive all kvalitativ eller kvantitativ information av betydelse, måste anges med större noggrannhet än vanligt i själva åtgärden. Denna diskussion rör inte frågan om de motiv som angetts i reklamdirektivet varit lämpliga (vilket diskuteras i avsnitt V (vii) nedan), utan syftet är att klart fastslå arten av dessa motiv och de eftersträfvade syftena för att kunna göra en materiell prövning av direktivet utifrån dess syfte och innehåll.

eller överskridit gränserna för sin handelsfrihet.

eller distributörer av varor och tjänster med tobaksrelaterade varumärken och motsvarande varor och tjänster med andra varumärken. Övervägandet avslutas med att det anges att dessa handelshinder och konkurrenssnedvridningar hindrat den inre marknadens funktion.

Reklamdirektivets syfte

100. I artikel 1 i reklamdirektivet stadgas att det syftar "till tillnärmning av medlemsstaternas lagar och andra författningar om reklam för och sponsring till förmån för tobaksvaror". I ingressens första övervägande framhålls att befintliga skillnader mellan nationella regler på detta område kan lägga hinder i vägen inte bara för den fria rörligheten för tjänster vad gäller reklam för och sponsring till förmån för tobaksvaror, utan också för den fria rörligheten av de varor, som förmedlar dessa aktiviteter. Dessa skillnader medförde också snedvridningar av konkurrensen. Detta uttalande kan bara förstås som att det avser konkurrens mellan dem som tillhandahåller ovannämnda tjänster — reklam för och sponsring av tobaksvaror — och mellan producenter och distributörer av media för sådan reklam och sponsring. Det avser, i sitt sammanhang, helt klart inte konkurrensen i reklam- eller sponsringsbranscherna i allmänhet, vilka inte alls har nämnts i direktivet. Det finns dessutom inget i övervägandet eller i reklamdirektivet för övrigt som tyder på att det avser hinder för handeln med vare sig tobaksvaror i sig eller diversifieringsprodukter, eller snedvridningar av konkurrensen mellan tillverkare eller distributörer av sådana varor eller mellan producenter

101. Första övervägandet kan förstås som ett försök att uppfylla villkoren för harmonisering av gemenskapen med stöd av artiklarna 57.2 och 100a i fördraget. Andra övervägandet innehåller den mest uttryckliga hänvisningen till sambandet mellan den rådande situationen, uppnåendet av ändamålen med den inre marknaden — det uppgivna *syftet* med en åtgärd som antagits med stöd av artiklarna 57.2 och 100a — och den faktiskt antagna rättsakten — dess *innehåll*:¹²²

"Dessa hinder bör undanröjas och en tillnärmning bör därför ske av bestämmelserna om reklam för och sponsring till förmån för tobaksvaror..."

Imperial Tobacco har gjort gällande att direktivet inte har till syfte att bekämpa varje konkurrenssnedvridning utöver de

122 — Jag avser förstås inte att dra någon skarp skiljelinje mellan syfte och innehåll. Det är möjligt att dra slutsatser om en åtgärds syfte från dess materiella bestämmelser, likaväl som från ingressen — se till exempel domen i målet om skogsskydd, ovan fotnot 68, punkt 13. I förevarande mål ges emellertid ingen ytterligare ledning genom övriga bestämmelser i reklamdirektivet.

handelshinder som omnämns i andra övervägandet. Jag menar att denna tolkning är väl strikt. I åttonde övervägandet hänvisas till sambandet mellan olika former av reklam, och anges att direktivet måste omfatta alla former av reklam. (utom TV-reklam) ”för att undvika varje risk för snedvridning av konkurrensen”.

102. Jag kommer först att behandla direktivets syften avseende den inre marknaden vad gäller undanröjandet av hinder mot den fria rörligheten för varor och tjänster i samband med reklam för och sponsring av tobaksvaror. Jag kommer sedan att ägna uppmärksamhet åt frågan om utjämning av konkurrensförhållanden i samma bransch.

Hinder mot handeln med varor och tjänster avseende tobaksreklam

103. Frågan huruvida det över huvud taget finns någon gränsöverskridande handel med varor och tjänster avseende tobaksreklam och i så fall om den är väsentlig, eller om det föreligger något hinder däremot, var föremål för omfattande diskussioner vid förhandlingen.

104. Domstolen har klart fastslagit att det inte finns någon *de minimis*-regel som är tillämplig på fördragets förbud mot han-

delshinder i form av skillnader i nationell lagstiftning: i fråga om fri rörlighet för varor, till exempel, anses en nationell bestämmelse vara en begränsning om den kan utgöra ett hinder, direkt eller indirekt, faktiskt eller potentiellt, för handeln inom gemenskapen ”även om hindret är ringa och även om importerade varor kan marknadsföras på annat sätt”.¹²³ Det faktum att en nationell regel endast påverkar en liten marknad, oavsett om denna bedömning sker utifrån geografiska kriterier eller med hänvisning till omfattningen av den gränsöverskridande handel som påverkas av regeln, saknar också betydelse för tillämpningen av artikel 30 i fördraget.¹²⁴ Den rättspraxis som gäller tjänster synes utgå ifrån samma principer.¹²⁵ Gemenskapen har befogenhet att undanröja hinder mot handeln med varor och tjänster genom harmoniseringsåtgärder med stöd av artiklarna 57.2 och 100a i fördraget, i vilka hänsyn tagits till de allmänna intressen som från början gett upphov till den nationella lagstiftningen. Det följer inte därav att sådana åtgärder automatiskt är motiverade av obetydliga (*”de minimis”*)-handelshinder. Det kan i vart fall ifrågasättas om inte harmoniseringsåtgärder bör avse nationella regler med mer än obetydliga verkningar på handeln. Denna fråga aktualiseras inte i förevarande mål, eftersom olika nationella regler, varav vissa innebär omfattande

123 — Dom av den 5 april 1984 i de förenade målen 177/82 och 178/82, Van de Haar och Kaveka de Meern (REG 1984, s. 1797), punkt 14. Se även dom av den 18 maj 1993 i mål C-126/91, Yves Rocher (REG 1993, s. I-2361; svensk specialutgåva, volym 14, s.191), punkt 21.

124 — Se dom av den 3 december 1998 i mål C-67/97, Bluhme (REG 1998, s. I-8033), punkterna 18 till 20 och 22, samt punkterna 18 och 19 i mitt förslag till avgörande i det målet.

125 — Se till exempel dom av den 10 maj 1995 i mål C-384/93, Alpine Investments (REG 1995, s. I-1141). Det är utifrån domstolens avgörande i målet Bluhme, ibidem, punkt 22, klart att den uteslutning från tillämpningsområdet för relevanta fördragsbestämmelser av endast indirekta eller slumpartade hinder mot handeln med varor och tjänster som fastslagits i domar såsom dom av den 14 juli 1994 i mål C-379/92, Peralta (REG 1994, s. I-3453; svensk specialutgåva, volym 16, s. 15) mer beror på deras avlägsna verkningar för handeln än omfattningen av sådana verkningar.

begränsningar, helt klart kan ha direkta och omfattande verkningar på handeln med tobaksreklamtjänster och media. Frågan huruvida omfattningen av den gränsöverskridande handeln med varor eller tjänster som påverkas är betydande, antingen i absoluta tal eller jämfört med den rent interna handeln, är också av potentiell betydelse. Den frågan är dock inte lika avgörande för bedömningen av frågan om befogenheter som den är för frågan om tillämpningen av proportionalitetsprincipen, vid bedömningen av om en rättsakt är alltför omfattande (till exempel därför att den påverkar omfattande nationell handel lika väl som en relativt begränsad gränsöverskridande handel), och således huruvida rättsaktens alltför omfattande begränsande verkningar överväger dess nytta för den inre marknaden.

105. Jag är inte övertygad av Tysklands argument att det i praktiken saknas gränsöverskridande handel med reklam eller sponsringstjänster avseende tobaksreklam¹²⁶ som kan påverkas negativt av skillnader i nationell lagstiftning avseende sådan ekonomisk verksamhet.¹²⁷ Sådana tjänster kan till exempel tillhandahållas av en internationell reklambyrå som är eta-

blerad i en medlemsstat för användning i hela eller delar av gemenskapen¹²⁸ eller av en lokal byrå för nationella uppdrag för en internationell klients räkning (vilket eventuellt kan innefatta en internationell reklambyrå), och kan omfatta utformning av varumärken, reklamteman, slogans och kampanjer, beställning av konstnärliga arbeten, modeller, skådespelare eller andra för att skapa reklambilder, filmer och så vidare, placeringen av reklam i olika media och sponsring av olika idrotts- och artistorganisationer m.fl., arenor eller lag, och organisering av direkt distribution av gratisutdelade varor eller reklammaterial till allmänheten. Tillhandahållandet av sådana tjänster mot ersättning är uppenbarligen av kommersiell art. Endast ett totalt förbud mot en viss tjänst med hänsyn till allmän ordning i alla medlemsstater skulle medföra att det inte längre omfattades av fördraget,¹²⁹ och så är inte fallet med tobaksreklam. Sponsring av lag eller evenemang som ges i utbyte mot erkännande av sponsorns bidrag eller förevisande av marknadsföringsmaterial (vilket också kan förekomma i TV- eller radiosändningar av sponsrade evenemang), utgör också en form av tillhandahållande av tjänster mot ersättning från den förre till den senare.¹³⁰ Det förefaller klarlagt av domstolens material att sådana aktiviteter är relativt vanliga.

126 — Marknadsföringen av diversifieringsprodukter som regleras i artikel 3.3 b i direktivet — annat än tobaksvaror som bär namn, varumärken, symboler och andra utmärkande kännetecken som redan används för en tobaksvara — anses vara en indirekt form av tobaksreklam, och omfattas därför av diskussionen nedan beträffande marknadsföring av tobaksvaror, utom där de diskuteras särskilt.

127 — Beträffande icke-diskriminerande begränsningar av tillhandahållandet av tjänster, se dom av den 24 mars 1994 i mål C-275/92, Schindler (REG 1994, s. I-1039; svensk specialutgåva, tillägg, s. 119), punkt 43; av den 25 juli 1991 i mål C-76/90, Säger (REG 1991, s. I-4221), punkt 12.

128 — En tjänst som tillhandahålls i medlemsstat B av en byrå som är etablerad i medlemsstat A till en klient som är etablerad varsohelst i gemenskapen, inklusive medlemsstat A, omfattas av EG-fördragets bestämmelser om tjänster. Se till exempel dom av den 26 februari 1991 i mål C-154/89, kommissionen mot Frankrike (REG 1991, s. I-659; svensk specialutgåva, volym 11, s. 43), punkt 9, angående turistguidernas verksamhet.

129 — Domen i målet Schindler, ovan fotnot 128, punkt 32.

130 — Se dom av den 11 april 2000 i de förenade målen C-51/96 och C-191/97, Deliège (REG 2000, s. I-2549), punkt 57.

106. Begränsningar avseende de tjänster som omfattas av artikel 59 i EG-fördraget (nu artikel 49 EG i ändrad lydelse) kan uppkomma då en reklambyrå som lagligen tillhandahåller tjänster för att marknadsföra tobaksvaror i en medlemsstat förhindras göra det i en annan på grund av mer restriktiva nationella bestämmelser om reklam och sponsring av tobaksvaror. På samma sätt begränsas tillhandahållandet av tjänster av till exempel idrottslag, orkestrar, resande utställningar eller idrottstävlingar på flera orter av att sponsring som lagligen kan godtas och publiceras i en medlemsstat är förbjuden eller föremål för ytterligare begränsningar i en annan. Radiosändningar över gränserna kan också påverkas av nationella regler om reklam innehåll i sådana sändningar.¹³¹

107. Den kategori varor avseende vilka det kan förekomma handelshinder som är av betydelse för reklamdirektivet förefaller vara mindre omfattande. Enligt min mening kan den begränsas till varor som är föremål för handel mellan medlemssta-

terna som inte uteslutande fungerar som media för tobaksreklam eller sponsring i varje givet fall. Det tydligaste exemplet är dagstidningar och veckotidningar, som normalt har såväl annat reklam innehåll som materiellt journalistiskt innehåll, vars spridning i andra medlemsstater hindras, faktiskt eller potentiellt, av att tobaksreklam som är laglig i den medlemsstat där tidningen produceras är förbjuden eller föremål för andra villkor i andra medlemsstater. Jag tror inte att man inom ramen för varor kan diskutera vare sig cigaretter (vilka troligen tillhandahålls av tillverkaren) som delas ut gratis i rekamsyfte eller icke stationära media för reklam eller sponsring, såsom tävlingsbilar eller lag-sportutrustning som används vid internationella evenemang, eftersom de inte under dessa förhållanden är föremål för *handel* inom gemenskapen även om de rent fysiskt korsar landgränser.¹³² Icke desto mindre kan organiseringen av en kampanj för distribution eller upprättandet av sponsringsplaner (liksom att acceptera sponsringsavtal i rekamsyfte) medföra transnationella infallsvinklar som kan påverkas av skillnader i nationell reglering. Beträffande media som uteslutande fungerar som media för tobaksreklam — affischer, broschyrer, flygblad, etc. — är det troligen bättre att diskutera dessa utifrån den reklamtjänst för vilken de utgör det påtagliga uttrycksmedlet,¹³³ även om de i någon mening också är föremål för handel i sig (till exempel tillhandahållandet av tryckt material från ett tryckeri till en reklambyrå).

131 — Se diskussionen ovan beträffande direktiv 89/552/EEG. Reklam mot betalning i radioutsändningar över landgränser är en tjänst i den mening som avses i artikel 59 i EG-fördraget, se dom av den 26 april 1988 i mål 352/85, Bond van Adverteerders m.fl. (REG 1988, s. 2085; svensk specialutgåva, volym 9, s. 449).

132 — Fördragets bestämmelser om fri rörlighet för varor skulle dock vara tillämpliga på den oberoende handeln med kopior av sportutrustning, vilka ofta är utsmyckade med samma slogans för sponsorerna och vilka skulle anses vara "varor, som förmedlar [reklam och sponsring]".

133 — Se domen i målet Schindler, ovan fotnot 128, punkt 22.

108. Jag är därför övertygad om att villkoren för att gemenskapen skall ha rätt att harmonisera i fråga om handel av varor och tillhandahållande av tjänster över gränserna varit uppfyllda i förevarande mål. Det är därför nödvändigt att undersöka hur reklamdirektivet hanterat de förut nämnda icke-diskriminerande hindren mot handel med varor och tjänster.

Reklamdirektivets tillnärmande verkan

109. Den centrala beståndsdelen i reklamdirektivet är ett omfattande förbud mot indirekt och direkt reklam samt sponsring av tobaksvaror. I själva verket är, utom såvitt avser existerande förbud mot TV-reklam i direktiv 89/552/EEG, förbudet i artikel 3.1 i reklamdirektivet allmänt formulerat, för att sedan innehålla en del uttryckliga undantag i artikel 3.5.

110. Det har förekommit omfattande diskussioner om den betydelse dessa undantag har för ekonomi och marknadsföring i relation till den totala verksamheten inom tobaksreklamen. Spörsmålet huruvida direktivet resulterar i ett "totalförbud" mot tobaksreklam är i huvudsak semantisk. Enligt min mening är undantagen av

mindre betydelse i förhållande till tobaksreklamen i dess helhet. Att säga att förbudet är omfattande är en rättvis beskrivning. Den förbjuder all konsumentinriktad reklam av aktörer inom gemenskapen som inte sker vid försäljningsstället.

111. Mot bakgrund av detta omfattande förbud blir frågan hur den inre marknaden främjas av reklamdirektivet. En viktig iakttagelse, som framförts av i synnerhet Imperial Tobacco, är att direktivet inte innebär något försök att harmonisera befintliga nationella regler avseende de begränsade former av reklam som inte förbjuds i detsamma. Allt annat lika, skulle man ha kunnat göra gällande att handeln med tjänster och varor på de områden som undantagits indirekt har liberaliserats genom antagandet av en harmoniseringsåtgärd — som innebar ett förbud — för omfattande delar av ifrågavarande ekonomiska verksamhet. Men det är inte direktivets innebörd. I artikel 5 klargörs otvivelaktigt att direktivet inte avser att ha någon sådan liberaliserande verkan, eller ens att tillåta sådan marknadsföring på vissa villkor, eftersom det uttryckligen fastslås att medlemsstaterna har rätt att införa striktare regler på de undantagna områdena med hänvisning till skyddet för folkhälsan. Även om sådana nationella åtgärder måste vara förenliga med fördraget, påverkar direktivet inte på något sätt deras fortsatta tillämplighet på de delar av tobaksreklam som inte omfattas av dess omfattande harmoniserade förbud.

112. Jag har, när jag kommit fram till denna slutsats, inte glömt att det skulle ha stått medlemsstaterna fritt att återopa

artikel 100a.4 i fördraget till stöd för att tillämpa mer restriktiva nationella bestämmelser till skydd för folkhälsan, även om harmoniserande regler antagits med avseende på de former av reklam som inte förbjuds i direktivet. Man bör dock för det första påminna sig att detta förfarande inte kan tillämpas på en åtgärd som rör hinder mot friheten att tillhandahålla tjänster, för vilken artikel 57.2 i fördraget, snarare än artikel 100a, utgör den rättsliga grunden. I vart fall skulle den hypotetiska situation till vilken jag just hänvisat vara ganska annorlunda än den som följer av den icke-tillnärmning av nationella regler på de områden som behandlas i artikel 3.5 i direktivet. För det första omfattas användning av artikel 100a.4 av ett särskilt förfarande för godkännande, enligt vilket kommissionen skall godkänna medlemsstaternas åtgärd; ett beslut som kan prövas rättsligt på talan av andra medlemsstater.¹³⁴ Medlemsstaterna kan inte ensidigt vidta åtgärder utan kommissionens godkännande.¹³⁵ Om kommissionen inte godkänner åtgärden måste medlemsstaten föra talan om ogiltigförklaring av kommissionens beslut innan den vidtar åtgärden i fråga.¹³⁶ Om medlemsstaten i avsaknad av sådant godkännande underlåter att införliva harmoniseringsdirektivet i tid kan det ha direkt effekt i mål vid nationella domstolar.¹³⁷ Mot bakgrund av alla dessa faktorer kan det inte, utan att ifrågasätta nyttan i många sammanhang av gemenskapens agerande enligt artikel 100a i fördraget, påstås att varje form av harmoniserad liberalisering, oavsett om den är total

eller förenad med villkor, av de områden som nämns i artikel 3.5 i direktivet ofrånkomligen skulle ha lett till ett liknande resultat som direktivet.

113. Det är på grund av allt detta uppenbart för mig att reklamdirektivet inte kan anses undanröja hinder för, och därigenom underlätta, handeln med tjänster vars innehåll uteslutande ägnas reklam eller sponsring av tobaksvaror, inkluderande såväl de tjänster som finner sitt påtagliga uttryck i varor som tryckta broschyrer, flygblad eller affischer som tjänsteinnehållet i gratisutdelning av tobaksvaror. Direktivets *enda* verknings inom dess omfattande tillämpningsområde är att förbjuda handel med tjänsterna i fråga. Det medför ingen nytta som kompenserar de företag som är verksamma med att producera eller tillhandahålla sådana tjänster. Befintliga hinder som beror på skillnader i nationell lagstiftning fortsätter att existera på de områden som inte regleras i reklamdirektivet. Även om något sådant syfte inte klart angivits är det klarlagt både genom direktivets innehåll och dess kompletterande syfte att ta hänsyn till enskildas behov av hälsoskydd¹³⁸ att det syftar till att radikalt minska handeln med ifrågavarande tjänster, eller i vart fall att en sådan minskning är ofrånkomlig. Ur juridisk synvinkel kan, enligt min mening, en åtgärd vars enda verkan är att förbjuda en ekonomisk verksamhet, inte sägas undanröja de handelshinder som *påverkar den verksamheten*. Jag drar därför slutsatsen att gemenskapslagstiftaren på ett uppenbart sätt överskridit gränserna för

134 — Se dom av den 17 maj 1994 i mål C-41/93, Frankrike mot kommissionen (REG 1994, s. 1829; svenska specialutgåva, volym 15, s. 129).

135 — Dom av den 1 juni 1999 i mål C-319/97, Kortas (REG 1999, s. I-3143), punkterna 28 och 36.

136 — Domen i målet Kortas, ibidem, punkt 27. Se till exempel målen C-512/99, Tyskland mot kommissionen, och C-3/00, Danmark mot kommissionen, ännu ej avgjorda.

137 — Domen i det ovannämnda målet Kortas, punkt 22.

138 — Se fjärde övervägandet i direktivets ingress.

sin befogenhet eller gjort en uppenbart oriktig bedömning av de positiva verkningar som direktivet skulle få för de företag som var verksamma inom området i fråga och för den inre marknadens upprättande och funktion.

potentiella hinder som beror på skillnader mellan medlemsstaternas lagar.¹³⁹

114. Bedömningen skulle vara en annan om reklamdirektivet bara omfattade handel med sådana tjänster och varor som vid sidan av att fungera som media för reklam och sponsring även har en annan uppgift och ekonomiskt värde. En sådan tjänst är radiosändningar över nationsgränserna. Skälen för att förbjuda tobaksrelaterad reklam eller sponsorsprogram i radio är exakt desamma som för det sedan tidigare antagna förbudet avseende televisionen. Ett annat område är sponsringstjänster som tillhandahålls av idrottslag eller sportorganisationer för turnerande sporter såsom Formel 1. Två skilda typer av relevanta varor som redan nämnts är å ena sidan dagspress och veckotidningar, å andra sidan kopior av idrottsutrustning. På alla dessa områden är det, även om verksamhetens lönsamhet kan påverkas av direktivets förbud mot reklam och sponsring av tobaksvaror, inte på något sätt uppenbart att gemenskapslagstiftaren uppenbart överskridit sin befogenhet eller missbedömt verkningarna genom slutsatsen att deras fria rörlighet eller tillhandahållande över gränserna skulle underlättas genom enhetliga regler om innehållet i reklam och sponsring som undanröjde faktiska eller

115. Samma bedömning gäller i tillämpliga delar förbudet i artikel 3.3b i direktivet mot reklam och sponsring av andra varor än tobaksvaror som bär namn, varumärke, symbol eller annat utmärkande kännetecken som används för tobaksvaror (diversifieringsprodukter). Situationen är mer komplicerad beträffande reklam för varor och tjänster som redan saluförts eller erbjudits i god tro före den 30 juli 1998 med ett namn som redan använts för tobaksvaror.¹⁴⁰ Medlemsstater kan med stöd av artikel 3.2 i reklamdirektivet tillåta ett sådant varumärke att användas i marknadsföringen av dessa andra varor eller tjänster. Detta har lett till att reglerna om tillhandahållande av reklamtjänster på detta område inte har blivit fullständigt harmoniserade. Vissa villkor har uppställts — att namnet skall användas på ett sätt som tydligt skiljer sig från tobaksvaran, utan något kännetecken som redan använts för tobaksvaran — för att sådan reklam skall vara tillåten, men detta medför endast ett förbud mot sådan marknadsföring som inte uppfyller villkoren, utan att på något sätt skapa enhetliga nationella regler för former av reklam för varor och tjänster som inte omfattas av det förbudet. Bestämelsen leder således till den märkliga kombinationen av förkärlek för såväl förbud som ickeharmonisering, vilken känne-

139 — Se till exempel artikel 5 i det första direktivförslaget som föregick antagandet av reklamdirektivet, enligt vilken medlemsstaterna skulle ha förbjudits begränsa handeln med tidskrifter som uppfyllde reglerna.

140 — I artikel 3.2 i direktivet sägs inget om sponsring.

tecknar denna lagstiftning i sin helhet. Eftersom medlemsstaterna dessutom alltså har rätt att antingen tillåta eller förbjuda reklam som uppfyller ovan nämnda villkor beträffande märkesdifferentiering bidrar den bestämmelsen över huvud taget inte till att undanröja befintliga hinder mot tillhandahållande av tjänster över gränserna eller handel med varor som inte uteslutande fungerar som media för tobaksreklam, såsom radio och dagstidningar. Vidare innebär troligen det faktum att artikel 3.2 skapar ett fakultativt undantag till ett förbud enligt gemenskapsrätten att de därav följande skillnaderna i nationell lagstiftning inte skulle kunna prövas enligt artiklarna 30 och 59 i fördraget. Jag menar därför att bestämmelsen inte på något sätt bidrar till undanröjandet av hinder mot handeln med varor och tjänster i samband med tobaksreklam, och att artiklarna 57.2 och 100a i fördraget därför inte är en lämplig rättslig grund för dess antagande.

116. Bestämmelsen i artikel 3.3a i reklamdirektivet förtjänar också viss särskild uppmärksamhet. Enligt denna skall medlemsstaterna säkerställa att inga tobaksvaror bär någon annan varas eller tjänsts namn, varumärke, symbol eller något annat utmärkande kännetecken om inte dessa tobaksvaror redan har saluförts på detta sätt innan den 30 juli 2001, den dag direktivet skall vara genomfört. Syftet med denna bestämmelse framträder inte

omedelbart ur övervägandena i ingressen till direktivet, då det inte finns någon uttrycklig hänvisning till sådana initiativ. Sådan märkning av tobaksvaror omfattas i sig inte ens av direktivet, trots den mycket generösa definitionen av reklam i artikel 2.2 i direktivet. I bästa fall kan det sägas att artikel 3.3a utformats för att förhindra tobaksvaror från att indirekt dra nytta av icke begränsad marknadsföring för andra varor än tobaksvaror, vars namn de delar genom en form av omvänd diversifiering.¹⁴¹ Detta kan vara betydelsefullt för den inre marknaden avseende reklamtjänster och media i allmänhet, om artikeln hade utformats för att motverka skillnader i nationell lagstiftning beträffande tillåtligheten av reklam för andra varor än tobaksvaror som på detta vis delar varumärke med tobaksvaror, men något sådant ändamål har varken åberopats av gemenskapslagstiftaren eller framgår på annat sätt. Bestämmelsen förefaller inte ha något omedelbart samband med förverkligandet av den inre marknaden för varor och tjänster avseende reklam och sponsring av tobaksvaror. Dessa ekonomiska verksamheter är som vi sett, med några få undantag, förbjudna oavsett vilket märke tobaksvarorna i fråga bär. Jag menar därför att, med hänsyn tagen till de syften beträffande den inre marknaden som åberopats av gemenskapslagstiftaren, denne inte hade befogenhet att anta artikel 3.3a i reklamdirektivet med stöd av artiklarna 57.2 och 100a i direktivet.

141 — Den utgör också en harmoniserad bestämmelse för presentation av varor vilken kan vara av betydelse för den fria rörligheten för tobaksvaror inom gemenskapen, men som framgått ingår inte det i direktivets syften. Med hänsyn till direktivets parallella syfte att stödja folkhälsan, såsom det kommit till uttryck framför allt i fjärde övervägandet, är det svårt att tro att det är avsett att underlätta handeln med tobaksvaror.

Snedvridning av konkurrensen

117. Jag övergår nu till att bedöma om direktivet kan anses undanröja de snedvridningar av konkurrensen som uppkommer på grund av tillämpningen av olika nationella regler för annan tobaksreklam än den i icke-exklusiva reklammedia. Jag kommer inte längre att behandla icke-exklusiva media för reklam och sponsring såsom radiosändningar, dagspress, "mobila" sport- och artistevenemang, lag, orkestrar och så vidare, eftersom jag redan kommit till slutsatsen att gemenskapslagstiftaren skulle ha haft befogenhet enligt artiklarna 57.2 och 100a i fördraget att förbjuda tobaksreklam och sponsring i sådana fall, och med de skäl som angivits. Jag begränsar vidare min bedömning till verkningarna av den centrala förbudsbestämmelsen mot reklam och sponsring för tobaksvaror i artikel 3.1 i direktivet. Verkningarna av artikel 3.2 och 3.3 kan analyseras genom extrapolering av denna bedömning, såsom jag redan gjort i diskussionen om undanröjande av handels hinder.

118. Jag skulle än en gång vilja påminna om mina slutsatser ovan att gemenskapens befogenhet enligt artikel 100a i fördraget

att harmonisera nationella regler för att motverka störningar i konkurrensen begränsas till åtgärder som på mer än ett underordnat sätt berör villkoren i en särskild bransch,¹⁴² och att den bransch som berörs av reklamdirektivet är reklam och sponsring av tobaksvaror med tillhörande handel med mediaprodukter.¹⁴³ I själva verket är det inte nödvändigt att bedöma om eller hur konkurrensen snedvridits i den branschen, eller om sådana störningar var märkbara eller överskred någon annan tillämplig gräns. Enligt min mening kan direktivet helt enkelt inte anses bidra till att skapa likvärdiga konkurrensvillkor i den avsedda branschen av den enkla anledningen, vilken redan angetts ovan, att det i stor utsträckning eliminerar den branschen, och att det i den mån det inte har sådana verkningar inte medför någon harmonisering av villkoren.

119. Jag vänder mig mot varje påstående att, även om medlemsstaterna har rätt att anta olika regler angående de former av reklam som undantas från förbudet i artikel 3.5 i direktivet, konkurrensen på dessa områden ändå utjämnas avsevärt genom att alla annonsörer uteslås från de områden som omfattas av förbudet. Detta argument bygger på de potentiella verkningarna på konkurrensen avseende de undantagna for-

142 — Se diskussionen i anslutning till titandioxidmålet, ovan fotnot 52, och avfallsmalet I, ovan fotnot 86, vid punkt 91 ovan.

143 — Se punkterna 99 till 102 ovan.

merna av reklam — missade skalfördelar för varje aktör på marknaden genom att alla utesluts från en stor del av den — vilka i bästa fall är indirekta och avlägsna. Det är irrelevant för dem som faktiskt tillhandahåller reklamutrymme — branschtidningar, detaljhandlare och publikationer i tredje land — eftersom de i alla fall inte nödvändigtvis har någon förbindelse med förbjudna media. Såvitt avser dem som tillhandahåller allmänna reklamtjänster till tobaksindustrin, såsom reklambyråer, är nyttan av likvärdiga konkurrensförhållanden inom de alltfjänt tillåtna områdena, genom att helt enkelt förbjuda stora delar av *närallgående* verksamhet, mycket indirekt. Den kan enligt min mening inte jämföras med en harmoniserande reglering (som inkluderar användningen av förbud) av in- och utflöde i hela den bransch som skulle dra nytta av enhetliga konkurrensvillkor, som i titandioxidmålet. Jag anser att detta är ett lämpligt fall att tillämpa domstolens dictum i domen i avfallsmålet I¹⁴⁴ enligt vilket det, även om lagstiftningen i fråga påverkade den inre marknadens funktion, denna påverkan inte var ett tillräckligt skäl för att återropa artikel 100a i fördraget, eftersom denna verkan enbart var en sideeffekt. Jag har tidigare framhållit att verkningarna på konkurrensvillkoren i branschen i fråga i det målet var av underordnad betydelse för att artikel 100a skulle kunna återopas som rättslig grund, trots att alternativ rättslig grund saknades. Jag intar samma ståndpunkt beträffande detta mål, där artikel 129 i fördraget förstås inte utgöra något sådant alternativ.

120. Härav följer att gemenskapslagstiftaren gjorde en uppenbart oriktig bedömning eller uppenbart överskred sin befogenhet när den angav att reklamdirektivet syftade till att säkerställa fri konkurrens inom branscherna för tobaksreklam och sponsring.

Konsekvenser: Ogiltighet och avskiljbarhet

121. Jag har alltså kommit fram till att gemenskapslagstiftaren inte hade befogenhet att anta reklamdirektivet på någon av de återopade rättsliga grunderna — undanröjande av hinder för handeln med varor och tjänster eller utjämning av konkurrensvillkoren — såvitt direktivet avser reklam i media som, i varje givet fall, uteslutande innehåller tobaksreklam. Om domstolen accepterar att reklamdirektivet inte på ett giltigt sätt kunnat antas med stöd av den återopade rättsliga grunden följer det av artikel 174 i EG-fördraget (nu artikel 231 EG) att den ”skall... förklara den berörda rättsakten ogiltig”.

122. Å andra sidan skulle gemenskapslagstiftaren enligt min mening haft befogenhet att på de rättsliga grunder avseende fri rörlighet som angivits i direktivet förbjuda tobaksreklam och sponsring i media som också har annat oberoende innehåll och vilka har ett specifikt varuhandels- eller tjänsteinnehåll, såsom radiosändningar och dagstidningar. Vilka konsekvenser får

144 — Ovan fotnot 85, punkterna 18 och 19.

denna slutsats, om den godtas, för domstolens avgörande i dessa mål? Domstolen kan utan tvekan — som den många gånger gör — ogiltigförklara endast en del av en rättsakt. Domstolen har inte angett några generella riktlinjer för hur de giltiga och ogiltiga delarna av en rättsakt skall kunna avskiljas från varandra. Icke desto mindre synes det mig som om domstolen valt att bara delvis ogiltigförklara en rättsakt om två förutsättningar varit uppfyllda: för det första att en viss bestämmelse är avskild och kan särskiljas utan att ändra den kvarvarande texten, för det andra att ogiltigförklaringen av den bestämmelsen inte påverkar lagtextens övergripande sammanhang som den utgör en del av.

123. Domen i målet om arbetstidsdirektivet¹⁴⁵ kan tjäna till vägledning. Domstolen ogiltigförklarade den andra meningen i artikel 5 i direktiv 93/104/EG av den 23 november 1993 om arbetstidens förläggning i vissa avseenden¹⁴⁶ angående det principiella valet av söndagen som veckans vilodag. Den ogiltigförklarades därför att rådet inte hade visat hur vila på just denna dag hade större anknytning än vila på någon annan veckodag till arbetstagarnas hälsa och säkerhet, som angetts som direktivets syfte. Domstolen fastslog uttryckligen att meningen kunde avskiljas och det framgår att den inte ansåg att dess frånvaro skulle påverka lagstiftningen,

eftersom bestämmelsen inte hade med dess syfte att göra.

124. Domstolen har också hänvisat till frågan om partiell ogiltigförklaring utanför lagstiftningsområdet. I till exempel domen i målet Consten och Grundig mot kommissionen vidhöll domstolen att, mot bakgrund av omständigheterna i målet, kommissionen hade underlåtit att motivera det omtvistade beslutet att förbjuda ett helt avtal mellan företag såsom konkurrensbegränsande, snarare än att bara ogiltigförklara de delar som kunde avskiljas, men den angav också att ett sådant förbud skulle kunna tillämpas ”på avtalet i sin helhet om dessa delar inte kan avskiljas från själva avtalet”.¹⁴⁷ I domen i målet Transocean Marine Paint mot kommissionen ogiltigförklarade domstolen den enda bestämmelse i ett omfattande beslut av kommissionen som ifrågasatts av den handelsorganisation som påverkats därav, utan hänsyn till dess betydelse, eftersom den var möjlig att särskilja från de andra bestämmelserna och beslutet i sin helhet gynnade de berörda företagens intressen.¹⁴⁸ Detta innebär enligt min mening att domstolen visat omsorg om kvarvarande bestämmelsers sammanhang efter att ha valt att endast partiellt ogiltigförklara beslutet.

125. Jag menar också att värdefull ledning ges i frågan om lagstiftningens sammanhang genom att studera hur man går till väga i de rättssystem där domstolar har rätt

145 — Ovan fotnot 81, punkt 37.

146 — EGT L 307, s. 18.

147 — Dom av den 13 juli 1966 i de förenade målen 56/64 och 58/64 (REG 1966, s. 429; svensk specialutgåva, volym 1, s. 277).

148 — Dom av den 23 oktober 1974 i mål 17/74 (REG 1974, s. 1063; svensk specialutgåva, volym 2, s.357), punkt 21.

att ogiltigförklara lagstiftning med stöd av skriftliga författningsbestämmelser.

126. Irländska Supreme Court har yttrat:

“[T]here is a presumption that a statute or a statutory provision is not intended to be constitutionally operative only as an entirety. This presumption, however, may be rebutted... if what remains is so inextricably bound up with the part held invalid that the remainder cannot survive independently, or if the remainder would not represent the legislative intent, the remaining part will not be severed and given constitutional validity. It is essentially a matter of interpreting the will of the legislature in the light of the relevant constitutional provisions.... If the courts were to sever part of a statutory provision as unconstitutional and seek to give validity to what is left *so as to produce an effect at variance with legislative policy*, the Court would be invading a domain exclusive to the legislature and thus exceeding the court's competency.”¹⁴⁹

Enligt USA:s Supreme Court, dom i målet Lynch mot US, uttalade J. Brandeis, för domstolens räkning, följande:

“It is true that a statute bad in part is not necessarily void in its entirety. A provision

within the legislative power may be allowed to stand if it is separable from the bad. But no provision, however unobjectionable in itself, can stand unless it appears both that, standing alone, the provision can be given legal effect and that the legislature intended the unobjectionable provision to stand in case other provisions held bad should fall.”¹⁵⁰

Jag förespråkar att gemenskapsrätten uttryckligen intar en liknande ståndpunkt.

127. Inget av de villkor som angivits ovan är uppfyllda i förevarande mål. För det första, även om ett reklamförbud i vissa media potentiellt kan vara berättigat finns det inte några särskilda och avskiljbara formuleringar i reklamdirektivet. I artikel 2.1 och 2.2 i direktivet definieras reklam och sponsring i allmänna ordalag, och i artikel 3.1 föreskrivs ett generellt och omfattande förbud mot all sådan reklam och sponsring. Inga särskilda media för reklam eller sponsring omnämns, utom de som är föremål för särskilda undantag i artikel 3.5. Således skulle varje beslut om ogiltigförklaring innebära att domstolen drogs in i en omskrivning av rättsakten genom att tolka den. Någon uppenbart avskiljbar bestämmelse som enkelt kan

150 — 292 US 571 (1934). Det förefaller som om domstolarna i USA inte iakttagit det först nämnda villkoret ovan, det vill säga att de kan ogiltigförklara en generellt tillämplig lag eller lagbestämmelse såvitt avser vissa tillämpningar men inte avseende andra. Deras förpliktelse att respektera lagstiftarens avsikt gör sig gällande *a fortiori* med en mer strikt hållning till frågan om möjligheten att avskilja ett lagstadgande.

149 — Maher mot Attorney General [1973]IR 140.

utmönstras genom ett beslut om ogiltigförklaring står inte att finna.

128. För det andra skulle kvarvarande delar bara gälla en del av förbudets tillämpningsområde, vilket gemenskapslagstiftaren helt klart avsåg vara vittomfattande. Domstolen skulle hugga ner trädet och samtidigt försöka låta några av grenarna överleva, trots att åttonde övervägandet i ingressen till direktivet hänvisar till det ömsesidiga beroendet mellan olika former av reklam och risken för snedvridning av konkurrensen mellan dem. Vilken sanning som än må ligga i detta påstående är det både utifrån övervägandet och artiklarna 2.2 och 3.1 klart att gemenskapslagstiftaren sökt åstadkomma (med undantag för vissa specifika avsteg i artikel 3.2 och 3.5) en allmän och enhetlig regel snarare än en som specialutformats för särskilda reklammedia eller sponsringstjänster. Varje försök att på domstolsväg ändra direktivets innehåll skulle också strida mot rättsäkerhetsprincipen: det skulle vara väldigt svårt att finna en lämplig beskrivning — vilken saknas i direktivet — av de delar av reklamförbudet som skulle vara kvar (under förutsättning att de inte döms ut med hänvisning till någon av de andra grunder för ogiltigförklaring som åberopats i förevarande mål).

129. Jag rekommenderar således att domstolen ogiltigförklarar reklamdirektivet i dess helhet.

130. Min bedömning av kvarvarande grunder för ogiltigförklaring som åberopats av sökandena blir med nödvändighet mer kortfattad än vad bedömningen av huvudfrågan varit. Jag kan inte göra antaganden om domstolens tillvägagångssätt i det fall att den skulle frågå min huvudsakliga rekommendation. Detta gäller i synnerhet frågan om proportionalitet, där många alternativa hypoteser i annat fall kunde ha övervägts.

ii) Subsidiaritetsprincipen

131. Även om det finns ett samband mellan frågan om rättslig grund och subsidiaritetsprincipen är den fråga som uppkommer annorlunda. Den gäller inte huruvida gemenskapen hade befogenhet att vidta den ifrågasatta åtgärden, utan snarare om den skulle gjort bruk av den befogenheten.¹⁵¹

132. Subsidiaritetsprincipen förekom första gången i fördraget på miljöområdet, som då var ett nytt och begränsat område för gemenskapens kompetens som infördes genom Europeiska enhetsakten.¹⁵² Den fick genom fördraget om Europeiska Uni-

151 — För en liknande men inte identisk bedömning, se generaladvokaten Légers förslag till avgörande i målet om arbetstidsdirektivet, ovan fotnot 81, punkterna 126 och 127.

152 — I artikel 130r.4 i EEG-fördraget stadgades att "gemenskapen skall vidta åtgärder... i den utsträckning som de nämnda målen... bättre kan uppnås på gemenskapsnivå än på de enskilda medlemsstaternas nivå". Denna bestämmelse utmönstrades genom fördraget om Europeiska Unionen vid dettas ikraftträdande den 1 november 1993.

onen en mer allmän tillämpning genom artikel 3b i EG-fördraget, vars andra stycke lyder sålunda:

”På de områden där gemenskapen inte är ensam behörig skall den i överensstämmelse med subsidiaritetsprincipen vidta en åtgärd endast om den och i den mån som målen för den planerade åtgärden inte i tillräcklig utsträckning kan uppnås av medlemsstaterna och därför, på grund av den planerade åtgärdens omfattning eller verkningar, bättre kan uppnås på gemenskapsnivå.”

133. Principen rör endast val mellan gemenskapens och medlemsstaternas åtgärder. Av denna anledning, om det inte funnes någon annan,¹⁵³ reflekterar den i bästa fall bara delvis det syfte som angetts i ingressen och artikel A i fördraget om Europeiska Unionen (nu artikel 1 EU i ändrad lydelse) att ”besluten skall fattas... så nära medborgarna som möjligt”. I fråga om åtgärder av medlemsstaterna beror graden av närhet till medborgarna på konstitutionen och hur det interna arbetet är strukturerat inom den berörda medlemsstaten. Av samma anledning förefaller det vara av ringa värde att diskutera innehållet i eller tillämpningen av den mer allmänna slutsatsen att det är fel att ”låta en större och överordnad sammanlutning göra vad en mindre och under-

ordnad organisation kan göra”.¹⁵⁴ Av denna och ytterligare en anledning är min diskussion rörande subsidiaritetsprincipen tämligen begränsad.

134. Förevarande mål rör den rättsliga omfattningen och tillämpligheten av principen såsom den uttryckts i EG-fördraget. Den definieras och begränsas av den inledande meningen i artikel 3b andra stycket: ”På de områden där gemenskapen inte är ensam behörig...”

135. Tillämpningen av principen i förevarande mål står och faller med frågan om gemenskapen ensam är behörig vad gäller harmonisering enligt artiklarna 57.2 och 100a i fördraget. Om så är fallet är principen inte tillämplig. Å andra sidan förefaller sökandena i bägge målen utgå ifrån att gemenskapen inte är ensam behörig enligt den rättsliga grund enligt vilken direktivet har antagits. Om det antagandet är felaktigt, vilket jag menar att det är, finns det ingen anledning att undersöka om principen faktiskt har iakttagits.

153 — I artikel L i fördraget om Europeiska Unionen (nu artikel 46 EU i ändrad lydelse) innefattas inte Artikel A eller Artikel B i fördraget om Europeiska Unionen (nu artikel 2 EU i ändrad lydelse), där det också stadgas att unionen skall beakta subsidiaritetsprincipen, bland de bestämmelser som omfattas av domstolens behörighet.

154 — Pälvligt cirkulärbrev, Quadragesimo Anno (1931), punkt 79.

136. Jag kommer att börja med att kommentera arten av harmonisering av nationella regler. Jag instämmer i argumentet, som med viss emfas framfördes av parlamentet vid förhandlingen, att medlemsstaterna själva helt enkelt inte kan harmonisera sina lagar, författningar eller förvaltningspraxis på områden som omfattas av fördragets tillämpningsområde. Individuella åtgärder är uteslutna av logiska skäl, och kollektiva åtgärder av de 15 medlemsstaterna (till exempel genom ett folkrättsligt fördrag) är enligt min mening uteslutet ur rättslig synvinkel, i synnerhet med beaktande av artikel 5 i EG-fördraget (nu artikel 10 EG).¹⁵⁵ Således uttalade domstolen i målet om arbetstidsdirektivet, i ett dictum som jag kommer att diskutera utförligare nedan, att när väl en harmonisering av villkoren är nödvändig enligt artikel 118a i EG-fördraget (artiklarna 117 till 120 i EG-fördraget har ersatts av artiklarna 136 EG till 143 EG) "förutsätt[s] med nödvändighet åtgärder på gemenskapsnivå".¹⁵⁶

monisera som blivit överförda inom ett visst materiellt tillämpningsområde, *ratione materiae*, vars syfte är att åstadkomma vissa resultat på området i fråga, såsom att bevara, skydda och förbättra miljön.¹⁵⁷ Även om gemenskapen på dessa områden ensam är behörig att vidta harmoniseringsåtgärder har inte dessa befogenheter överförts för att åstadkomma enhetlighet.¹⁵⁸ Behörigheten att utfärda gemensamma regler inom gemenskapen har snarare tillkommit för att uppnå vissa ändamål i sak, vilka också eftersträvas av medlemsstaterna inom ramen för deras egen behörighet. I detta avseende är gemenskapens och medlemsstaternas behörighet *i sak* samfällid. Det finns ett val mellan gemenskapsåtgärder och nationella åtgärder till främjande av samma ändamål. Subsidiaritetsprincipen är tillämplig, men förefaller vara tillgodosedd genom att behovet av gemensamma harmoniserade regler visas, då dessa bara kan åstadkommas genom åtgärder på gemenskapsnivå.

137. Detta innebär inte att subsidiaritetsprincipen inte skall tillämpas på gemenskapens utövande av befogenheter att har-

138. Således fastslog domstolen i målet om arbetstidsdirektivet att den andra delen i prövningen av huruvida subsidiaritetsprincipen iakttagits enligt artikel 36 i fördraget, det vill säga att syftet bättre kunde uppnås på gemenskapsnivån än den nationella, var

155 — Jag går här inte in på frågan om koordinering på dessa områden i ett mindre antal medlemsstater, eftersom detta inte är något alternativ till harmonisering på gemenskapsnivå med verkan för hela gemenskapen; ett specialfall återfinns i artikel 233 i EG-fördraget (nu artikel 306 EG). I samma anda tar jag inte heller upp frågan om externa relationer mellan medlemsstater och tredje land, vilka, i fall gemenskapen ännu inte vidtagit interna åtgärder, kan behöva bli föremål för prövning i relation till gemenskapens mer begränsade externa befogenheter.

156 — Ovan fotnot 81, punkt 47. Se även generaladvokaten Légers uttalande i sitt förslag till avgörande i samma mål, punkt 129, att harmonisering "nödvändigtvis förutsätter åtgärder på övernationell nivå".

157 — Artikel 130r.1 första stycket i EG-fördraget.

158 — Jag går här inte in på frågan om materiellt definierade befogenheter, inkluderande antagandet av en gemensam politik. Bedömningen nedan av gemenskapens exklusiva behörighet på den inre marknaden kan vara av större intresse för denna fråga.

uppfyllt genom att behovet av gemensamma åtgärder visats.¹⁵⁹ Domstolen uttalade följande:¹⁶⁰

”I detta hänseende finns det anledning konstatera att rådet enligt artikel 118a ges i uppdrag att anta minimikrav i avsikt att genom harmonisering bidra till förverkligandet av målet att höja skyddet för arbetstagarnas hälsa och säkerhet. Detta skydd ankommer det, enligt artikel 118a.1, i första hand på medlemsstaterna att trygga. Rådet har fastställt att det var nödvändigt att förbättra det existerande skyddet för arbetstagarnas hälsa och säkerhet och att harmonisera existerande förhållanden inom detta område samtidigt som redan gjorda förbättringar bibehålls, och förverkligandet av ett sådant mål genom antagandet av minimikrav förutsätter med nödvändighet åtgärder på gemenskapsnivå, vilka för övrigt, såsom i förevarande fall, i stor utsträckning överläter åt medlemsstaterna att anta nödvändiga tillämpningsbestämmelser.”

139. Målet om arbetstidsdirektivet rörde ett område med delad behörighet, och

domstolen behövde således inte tolka uttrycket ”ensam är behörig”. Läget är annorlunda och enligt min mening tydligare när gemenskapen utövat befogenheten att anta harmoniseringsåtgärder för att uppnå målsättningarna med den inre marknaden. Jag har redan beskrivit hur artiklarna 57.2 och 100a i fördraget ger gemenskapen en allmän, horisontell behörighet av funktionell art.¹⁶¹ Då olikheter i nationell lagstiftning ger upphov till hinder mot handeln med varor eller tillhandahållandet av tjänster, eller till konkurrenssnedvridningar, ligger det i gemenskapens intresse att uppnå enhetliga villkor för handeln, vilket skiljer sig markant från dess intresse beträffande innehållet i sak i de enhetliga regler som faktiskt antas. Koordineringen eller tillnärmningen av nationella regler som påverkar ekonomisk verksamhet utgör själva kärnan i denna behörighet, *under förutsättning* att detta främjar syftet med den inre marknaden, och inte endast är ett medel för att uppnå ett annat, materiellt bestämt ändamål. Det är tydligt att bara gemenskapen kan anta regler som uppfyller dessa villkor. Medlemsstaterna kan försöka avhjälpa några av de konsekvenser som skillnader i lagstiftning medför, till exempel genom att utforma regler om ömsesidigt erkännande, men de kan inte själva åstadkomma enhetliga regler i sig, på området i fråga. Det faktum att medlemsstaterna har en behörighet i sak som kan påverkas av åtgärder inom ramen för den inre marknaden, såsom skydd för folkhälsan, medför inte att gemenskapens behörighet på den inre marknaden är delad. Precis som när det gäller de syften som eftersträvas, att de

159 — Ovan fotnot 81, punkt 55. Se också generaladvokaten Légers förslag till avgörande i samma mål, punkt 131. Sökanden i det målet skapade viss förvirring genom att inte åberopa subsidiaritetsprincipen som grund för ogiltighetstalan men ändå göra flitiga hänvisningar till den i sin rättsliga argumentation (se generaladvokaten Légers förslag till avgörande, punkt 124, och domen, punkt 46); domstolen förefaller ha handlagt detta som om spørsmålet tagits upp.

160 — Ibidem, punkt 47.

161 — Se punkterna 62 till 66 ovan.

är av ett annat slag,¹⁶² gäller detta också den underliggande befogenheten.¹⁶³

140. Generaladvokaten Léger intog en liknande hållning i förslaget till avgörande i målet om garanti av insättningar. Han framhöll att artikel 57 i fördraget — som var den rättsliga grunden för direktivet i fråga i det målet — inte innehåller någon hänvisning till medlemsstaternas behörighet, och att den bestämmelsen ger "gemenskapen... rätt att genomföra en samordning av nationella normer på detta område, vilket visar att fördragets upphovsmän *redan från början* ansåg att det fanns bättre möjligheter att åstadkomma samordning i fråga om upptagande och utövande av förvärvsverksamhet som egenföretagare genom en gemenskapsåtgärd än genom en åtgärd på nationell nivå".¹⁶⁴ Målet om garanti av insättningar är potentiellt, av detta skäl, av större värde i förevarande mål än det om arbetstidsdirektivet, vilket rörde ett område med delad materiell behörighet.

141. Tyskland har gjort gällande att domstolen, som inte uttryckte någon uppfatt-

ning i frågan huruvida gemenskapen ensam var behörig, inte följt generaladvokatens förslag på denna punkt. Detta uttalande grundar sig dock på en feltolkning av domen. Domstolen framhöll noggrant att Tysklands talan i det målet inte gick ut på att det ifrågasatta direktivet stred mot subsidiaritetsprincipen utan "endast har klandrat gemenskapslagstiftaren för att inte ha angett några skäl till varför dennes handlande är förenligt med denna princip".¹⁶⁵ Med andra ord rörde argumentationen inte iakttagandet av principen i sig, utan motiveringsplikten. Domen måste tolkas mot den bakgrunden. Domstolen omgärdade dessutom sin slutsats att motiveringsplikten var uppfylld med orden "i alla händelser".¹⁶⁶ Domstolens avgörande innebär således att den angivna motiveringen var tillräcklig *oavsett om* subsidiaritetsprincipen faktiskt varit tillämplig eller inte, och inte att principen faktiskt *var* tillämplig, såsom gjorts gällande. Det var helt i sin ordning att domstolen avstod ifrån att ta ställning till en fråga av stor konstitutionell vikt som, i bästa fall, indirekt åberopats av parterna. Domen kan därför inte anses avgöra denna fråga.

162 — Se punkt 69 ovan.

163 — Således begränsas inte medlemsstaternas särskilda kompetens avseende hälsoskydd av att gemenskapen ensam är behörig att vidta harmoniseringsåtgärder för att uppnå målen med den inre marknaden. Utan att gå in på frågor om överensstämmelse med fördragsbestämmelser som artiklarna 30 och 59 i EG-fördraget är utövanandet av nationell behörighet på områden som hälsoskydd bara utesluter i den utsträckning det kan påverka de åtgärder inom den inre marknaden som faktiskt vidtagits. Se förslaget till avgörande av generaladvokaten Léger i målet om garanti av insättningar, ovan fotnot 53, punkt 85, och den omfattande rättspraxis som finns beträffande förköpsrätt.

164 — Ovan fotnot 53, punkt 82. I punkt 86 framhöll han att gemenskapen "inte handlar inom ramen för en subsidiär behörighet utan i själva verket med stöd av exklusiva befogenheter...".

142. Jag drar således slutsatsen att utövandet av gemenskapens behörighet enligt artiklarna 57.2 och 100a i fördraget är av exklusiv karaktär, och att subsidiaritetsprincipen inte är tillämplig. Det kan därför inte komma i fråga att genomföra någon prövning av den "jämförande effektiviteten" mellan potentiella åtgärder av gemen-

165 — Ibidem, punkt 24.

166 — Ibidem, punkt 28.

skapen respektive medlemsstaterna. Även om så vore fallet, skulle än svårare principfrågor uppkomma. Hur skall man, i synnerhet, mäta och jämföra fördelarna med harmoniseringsåtgärder från gemenskapens sida som syftar till att genomföra den inre marknaden med individuella medlemsstaters regler avseende helt andra nationella strävanden i materiellt hänseende?

143. Inget i protokollet om tillämpning av subsidiaritets- och proportionalitetsprinciperna skulle, om det hade varit i kraft vid tidpunkten för antagandet av reklamdirektivet, ha påverkat denna slutsats. I synnerhet har det klargjorts att "[s]ubsidiaritetsprincipen inte innebär ett ifrågasättande av de befogenheter som Europeiska gemenskapen på grund av fördraget och i enlighet med domstolens tolkning förfogar över".¹⁶⁷ I protokollet upprepas att det "gäller för områden där gemenskapen inte är ensam behörig".

144. Det kan verkligen, som sökandenas ombud framhållit, förefalla överraskande att subsidiaritetsprincipen inte skall tillämpas på ett område som så påtagligt förmår gemenskapen att agera på områden som annars omfattas av medlemsstaternas behörighet. I målet om garanti av insättningar gjorde Tyskland gällande att "erkännandet av att gemenskapen har exklusiv behörighet i fråga om den inre marknaden innebär att gemenskapen skulle tillerkännas denna behörighet på nästan samtliga områden, så snart den ifrågava-

rande åtgärden syftar till att undanröja hinder för den inre marknaden".¹⁶⁸ Generaladvokaten Léger avvisade detta argument, och analyserade i detalj i vilken mån nationella åtgärder alltså är möjliga. Då dessutom nödvändigheten av att säkra den inre marknads upprättande och funktion inte ifrågasatts, är det min uppfattning att domstolsprövningen av att de objektiva villkoren för antagande av åtgärder med stöd av dessa rättsliga grunder är uppfyllda i viss mån kommer att innefatta en prövning avseende nödvändigheten av gemenskapsåtgärder på områden där också medlemsstaterna är behöriga att agera, vilket var anledningen till att subsidiaritetsprincipen intogs i fördraget.

145. Eftersom jag menar att subsidiaritetsprincipen inte är tillämplig finner jag det inte nödvändigt att diskutera den i förevarande mål. Jag anser därför att talan inte kan vinna bifall på denna grund för ogiltigförklaring.

iii) Proportionalitetsprincipen

iv) Åsidosättande av artikel 30 i fördraget

v) Kränkning av ekonomiska rättigheter

146. Jag kommer att diskutera dessa tre grunder gemensamt, eftersom jag menar att

¹⁶⁷ — Punkt 3 i protokollet.

¹⁶⁸ — Ovan fotnot 53, punkt 79 i förslaget till avgörande av generaladvokaten Léger.

bedömningen av dessa väsentligen beror på effektiviteten av gemenskapens strävanden att främja den inre marknaden.

grundläggande rättigheter, såsom yttrande-friheten.¹⁷⁰ Prövningen behöver dock inte nödvändigtvis leda till samma resultat i bägge fallen, eftersom olika faktorer tas upp inom ramen för prövningen.

147. I artikel 3b i EG-fördraget stadgas att "[g]emenskapen [inte skall] vidta någon åtgärd som går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå målen i detta fördrag". Domstolen fastslog följande tre villkor för prövningen av proportionalitet i domen i BSE-målet:

"[P]roportionalitetsprincipen... kräver att gemenskapsinstitutionernas rättsakter inte går utöver gränserna för vad som är lämpligt för att förverkliga de legitima målen för lagstiftningen i fråga och att om valet står mellan flera lämpliga åtgärder den minst ingripande väljs samt att de olägenheter som orsakas inte är orimliga i förhållande till de åsyftade målen."¹⁶⁹

148. Denna prövning kan göras för att fastställa såväl om reklamdirektivet är förenligt med den allmänna proportionalitetsprincipen i gemenskapsrätten, vilket är mitt omedelbara syfte här, som om det på ett tillåtet sätt begränsar utövandet av

149. Det följer av den bedömning jag gjort ovan att det är fullständigt legitimt för gemenskapslagstiftaren att samtidigt eftersträva mål för den inre marknaden och folkhälsoskydd. Om hälsoskyddet har betydelse för bedömningen av huruvida reklamdirektivet är förenligt med proportionalitetsprincipen kan den rättsliga grunden för detsamma inte sättas i fråga.¹⁷¹ Den teoretiska möjligheten att anta mindre restriktiva åtgärder avseende den inre marknaden, till exempel att obligatoriskt avskaffa nationella begränsningar för tobaksreklam, kan således inte användas för att visa att direktivet inte är det minst ingripande sättet att uppnå lagstiftarens målsättning, eftersom detta inte tar hänsyn till det samtidiga syftet att tillgodose hälsoskyddet. Å andra sidan är det också klart att hälsoskyddet inte kan fungera som ett självständigt syfte. Hur stora än fördelarna med ett omfattande reklamförbud kan vara ur hälsoskyddsperspektiv, om än enbart ur nationellt perspektiv, kommer detta således endast att uppfylla proportionalitetsprincipens första villkor, om direktivet bidrar till genomförandet av den inre marknaden; i annat fall skall det ogiltigförklaras eftersom det inte uppfyller ett väsentligt syfte, som även är ett villkor för behörighetens utö-

169 — Ovan fotnot 120, punkt 96; se även dom av den 13 november 1990 i mål C-331/88, Fedesa m.fl. (REG 1990, s. I-4023), punkt 13.

170 — Se till exempel bedömningen av generaladvokaten van Gerven i förslaget till avgörande inför domen av den 4 oktober 1991 i mål C-159/90, Society for the Protection of Unborn Children Ireland (nedan kallat Grogan) (REG 1991, s. I-4685; svensk specialutgåva, tillägg, s. 19), punkt 35.

171 — Se punkt 97 ovan.

vande. Min diskussion om direktivets rättsliga grund ovan är avhängig vad jag anser vara gemenskapslagstiftarens uppenbart oriktiga bedömning avseende uppnåendet av fri rörlighet för varor och tjänster eller skapandet av likvärdiga konkurrensvillkor i branschen för tobaksreklam och sponsoring. På samma sätt anser jag direktivet vara ett ineffektivt sätt att uppnå de angivna målen, vilket således innebär att det första villkoret i proportionalitetsprincipen inte är uppfyllt.¹⁷² Om domstolen inte skulle följa mina rekommendationer i behörighetsfrågan, oavsett om det sker på grund av en annan bedömning av de allmänna reglerna om behörighet eller deras tillämpning, så skulle jag ändå använda min diskussion i den frågan för att i andra hand visa att direktivet är oproportionerligt, i den termen mer allmänna betydelse, genom att det inte uppfyller det första av de tre villkoren i en prövning enligt proportionalitetsprincipen.¹⁷³ Det är ingen idé att spekulera vidare angående domstolens möjliga sätt att närma sig den komplexa frågan om behörighet och dess följdverkningar för proportionalitetsfrågan, då detta helt enkelt skulle kunna leda till att mitt arbete helt grundades på hypotetiska ställningstaganden vilka varken motsvaras av min egen uppfattning i behörighetsfrågan eller domstolens.

150. Tysklands argument avseende artikel 30 i fördraget tillför enligt min mening

172 — I detta avseende överlappar bedömningen av behörighet och proportionalitet varandra; se punkt 97 ovan.

173 — Det finns således inte något behov av att gå in på prövningen av proportionalitetsprincipen i dess mer begränsade betydelse att göra en avvägning mellan intressen som krävs enligt det tredje villkoret i den prövning av proportionalitet som angetts ovan.

inget ytterligare till vad som just diskuteras. Jag är inte helt övertygad om nyttan av att domstolen skall pröva om enskilda bestämmelser i rättsakter avseende den inre marknaden¹⁷⁴ är förenliga med artikel 30 när, som vi har sett,¹⁷⁵ de begränsningar som införts genom sådana åtgärder kan vara en nödvändig del i ett system för att underlätta handeln som samtidigt även skall iakttas vissa villkor av allmänt intresse.¹⁷⁶ Om domstolen ändå skulle göra det pekar dess avgörande i målet Kieffer och Thill¹⁷⁷ på att bedömningen av proportionaliteten av en uppenbar begränsning av varuhandeln mot bakgrund av den inre marknaden eller andra mål med åtgärden skulle vara densamma som den som angivits ovan, med resultat att direktivet skulle ogiltigförklaras också på denna grund.

151. Av samma skäl skulle jag rekommendera domstolen att förklara direktivet ogiltigt med hänvisning till kränkning av rätten till egendom och rätten att utöva yrkesverksamhet. Dessa rättigheter är, liksom alla allmänna gemenskapsrättsliga principer, "inte... absoluta rättigheter, utan de

174 — Se till exempel dom av den 9 augusti 1994 i mål C-51/93, Meyhui (REG 1994, s. I-3879), punkterna 13 och 14.

175 — Se punkterna 86 och 87 ovan.

176 — Användning av artikel 30 kan vara av värde om den ekonomiska verksamhet som påstås påverkas av en åtgärd inom ramen för den inre marknaden är en annan än den för vilken åtgärden avsetts komma till nytta. Mot bakgrund av min bedömning såväl i avsnitt V (i) som i detta avsnitt, och givet den fortfarande livliga diskussionen beträffande verkningarna av mycket restriktiva nationella regler om försäljningsformer för marknadsutlåtande, är det emellertid varken nödvändigt eller av värde att här undersöka direktivets verkningar på tobakshandeln. Se domen i målet De Agostini, ovan fotnot 100, punkt 42; dom av den 9 februari 1995 i mål C-412/93, Leclerc-Siplec (REG 1995, s. I-179), och förslaget till avgörande av generaladvokaten Jacobs inför den domen, punkterna 37 till 49; dom av den 27 januari 2000 i mål C-190/98, Graf (REG 2000, s. I-493), punkt 23 och punkterna 18 till 20 i mitt förslag till avgörande inför den domen.

177 — Dom av den 25 juni 1997 i mål C-114/96 (REG 1997, s. I-3629), punkterna 29 till 37.

skall beaktas med avseende på deras funktion i samhället”.¹⁷⁸ Detta innebär att restriktioner kan införas som överensstämmar med gemenskapens allmänna mål och som inte i relation till det åsyftade målet utgör en oproportionerlig och oacceptabel inblandning som skadar själva kärnan i de sålunda garanterade rättigheterna.¹⁷⁹ Direktivet medför inte restriktioner som överensstämmer med målen med den inre marknaden, vilka varit nödvändiga för dess antagande.

vi) Yttrandefrihet

152. Bedömningen av reklamdirektivets förenlighet med principen om yttrandefrihet blir av två beslätade skäl av större värde om man (i motsats till vad jag kommit fram till i avsnitten V i) och iii) till v) ovan) antar att direktivet i andra avseenden är ett lagligt och proportionerligt sätt att uppfylla målen med den inre marknaden, med avseende på de enskilda ekonomiska rättigheter och intressen som det påverkar. Försvaret för direktivets intrång i yttrandefriheten har i verkligheten närmast uteslutande grundats på dess syfte att objektivt skydda folkhälsan, vilket jag ännu inte kommenterat i sak. Jag är också medveten om de potentiella verkningarna denna diskussion kan ha beträffande motiveringen av begränsningar av handeln med varor och tjänster som uppkommer på

grund av *nationella* regler om tobaksreklam.

153. Yttrandefriheten ingår i de grundläggande rättigheter som har ställning av allmänna gemenskapsrättsliga principer.¹⁸⁰ För att bestämma omfattningen av de rättigheter som skyddas av gemenskapsrätten och omfattningen av det skydd de medför har Europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna en ”särskild betydelse” som inspirationskälla.¹⁸¹ I artikel 10.1 i konventionen stadgas, i relevanta delar:

”Var och en har rätt till yttrandefrihet. Denna rätt innefattar åsiktsfrihet samt frihet att ta emot och sprida uppgifter och tankar utan offentlig myndighets inblandning och oberoende av territoriella gränser...”.

Rättspraxis från Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna tyder på att alla former av yttranden omfattas av skyddet i artikel 10.1 i konventionen. Detta innefattar vad som vanligtvis betecknas som kommersiella yttranden,¹⁸² det vill säga

180 — Dom av den 18 juni 1991 i mål C-260/89, ERT (REG 1991, s. I-2923; svensk specialutgåva, volym 11, s. 209), punkt 44; av den 26 juni 1997 i mål C-368/95, Familiapress (REG 1997, s. I-3689), punkt 25.

181 — Domen i målet ERT, ovan fotnot 181, punkt 41; dom av den 15 maj 1986 i mål 222/84, Johnston (REG 1986, s. 1651; svensk specialutgåva, volym 8, s. 597), punkt 18.

182 — Se till exempel dom av den 20 november 1989 i målet Markt Intern mot Tyskland, serie A, nr 165, punkterna 25 och 26; av den 28 mars 1990 i målet Groppera mot Schweiz, serie A nr 173, punkt 55; av den 24 februari 1994 i målet Casado Coca mot Spanien, serie A, nr 285, punkterna 35 och 36.

178 — Dom av den 28 april 1998 i mål C-200/96, Metronome Musik (REG 1998, s. I-1953), punkt 21.

179 — Ibidem.

tillhandahållande av information, uttryck för idéer eller kommunicerande av bilder som en del av marknadsföringen av en kommersiell verksamhet och den åtföljande rätten att motta sådana meddelanden.

154. Kommersiella yttranden bör också omfattas av gemenskapsrättens skydd. De bidrar inte på samma sätt som politiska, journalistiska, litterära eller konstnärliga yttranden gör, i ett fritt och demokratiskt samhälle, till uppnåendet av sociala mål som till exempel utvecklingen av demokratisk debatt och ansvarstagande, eller till ifrågasättande av förhärskande uppfattningar i syfte att främja tolerans eller förändring. Personliga rättigheter erkänns dock enligt min mening som grundläggande rättigheter inte bara för dess verkan eller samhällseliga funktion, utan också för att de är nödvändiga för enskildas autonomi, värdighet och personliga utveckling.¹⁸³ Enskildas frihet att marknadsföra kommersiell verksamhet följer således inte bara av deras rätt att utöva ekonomisk verksamhet och det allmänna engagemanget inom gemenskapen för en marknadsekonomi grundad på fri konkurrens, utan också av deras naturliga rättigheter som mänskliga varelser att fritt uttrycka och motta synpunkter *oavsett* ämne, inkluderande förtjänster hos de varor eller tjänster som de marknadsför eller köper.

155. Å andra sidan är det klart att utövandet av yttrandefriheten, liksom utövandet av andra rättigheter och friheter, kan vara föremål för proportionerliga begränsningar för att säkra andras rättigheter eller uppnåendet av vissa mål av allmänt intresse. Hälsooskyddet är ett av skälen för att begränsningar av yttrandefriheten tillåts enligt artikel 10.2 i Europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna. Detta bör gälla också i gemenskapsrätten. Domstolen har nämligen tillerkänt hälsooskyddet en hög prioritet bland de allmänna intressen som anges i artikel 36 i fördraget,¹⁸⁴ och det har naturligtvis också en framskjuten position i gemenskapens egen politik, i kraft av artiklarna 30, 100a.3 och 129.1 i fördraget.

156. Icke desto mindre måste, med hänsyn till yttrandefrihetens grundläggande karaktär, det allmänna intresset att inskränka dess utövande i särskilda fall eller för särskilda ändamål påvisas av den offentliga myndighet som föreslår eller inför en sådan begränsning. I synnerhet måste myndigheten visa att villkoren i den trestegsprövning avseende proportionalitetsprincipen som beskrivits i punkterna 147 och 148 ovan är uppfyllda. De skäl som angivits till stöd för reklamdirektivet är att konsumtion av tobaksvaror är farligt för rökarnas hälsa, att reklam och sponsring främjar sådan konsumtion och att omfattande förbud mot sådana meddelanden kommer att leda till en minskad tobakskonsumtion

183 — För en bedömning av såväl samhällseliga som personliga verkningar av yttrandefriheten, se dom av den 7 december 1976 i målet Handyside mot Förenade Kungariket, serie A, nr 24 (nedan kallat "målet Handyside"), punkt 49.

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

och därmed förbättrad folkhälsa. Rökningens skadliga verkningar har inte ifrågasatts i förevarande mål, och Tyskland har understrukit sina egna ambitioner att minska konsumtionen. Det har däremot förekommit en omfattande diskussion huruvida förbudet mot de flesta former av reklam för tobaksvaror kommer att leda till att tobakskonsumtionen minskar, i stället för att enbart påverka konkurrensen mellan tobaksmärken.

157. Som vi redan sett är, normalt, domstolens roll vid bedömningen av proportionaliteten hos lagstiftarens val på komplicerade områden att undersöka "om bedömningen är uppenbart oriktig eller förenad med maktmissbruk, eller om [institutionerna] klart har överskridit gränserna för sitt utrymme för skönsmässig bedömning".¹⁸⁵ Det råder inget tvivel om att bedömningen av reklamens verkningar på en varas konsumtion och de sannolika verkningarna av ett omfattande reklamförbud är en komplicerad uppgift. Detta är dock enligt min mening inte en riktig metod för domstolsprövning av begränsningar i utövandet av en grundläggande personlig rättighet som yttrandefriheten.¹⁸⁶

158. Den europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna kräver vanligen att de fördragsslutande parterna för fram *övertygande bevis om ett trängande samhälleligt behov* till stöd för begränsningar i yttrandefriheten.¹⁸⁷ Den domstolen har uppenbarligen intagit en annan ståndpunkt beträffande kommersiella meddelanden: begränsningar av dessa är acceptabla om de behöriga myndigheterna "av rimliga skäl" ansett begränsningarna vara nödvändiga".¹⁸⁸ En sådan skillnad är enligt min mening befogad med hänvisning till skillnaden mellan hur kommersiella och exempelvis politiska meddelanden samspelar med mer allmänna intressen. Som jag redan framhållit tjänar politiska yttranden extremt viktiga samhälleliga intressen;¹⁸⁹ förutom dess funktion att främja ekonomisk verksamhet, i förhållande till vilken lagstiftaren har en betydande frihet att införa begränsningar med hänsyn till allmänintresset, fyller kommersiella meddelanden normalt inte en vidare samhällelig funktion av samma betydelse.

159. Jag vill därför förespråka att ett liknande synsätt skall ingå i gemenskapens rättsordning. Då det framgår att en gemenskapsåtgärd begränsar den kommersiella yttrandefriheten, som reklamdirektivet utan tvekan gör, skall gemenskapslag-

185 — Domen i BSE-målet, ovan fotnot 120, punkt 60, redan nämnd i punkt 98 ovan.

186 — Saken är annorlunda beträffande ekonomiska rättigheter såsom rätten till egendom eller friheten att idka handel eller utöva yrkesverksamhet, inte minst på grund av de oundvikliga verkningarna den ekonomiska politiken, där lagstiftaren (eller de till vilka befogenhet delegerats) skall åtnjuta en hög grad av handlingsfrihet, har på utövandet av sådana rättigheter. Se dom av den 17 oktober 1995 i mål C-44/94, *Fishermen's Organisations m.fl.* (REG 1995, s. I-3113), punkterna 57—61.

187 — Se dom av den 26 april 1979 i målet *Sunday Times mot Förenade Kungariket*, serie A, nr 30, av den 26 november 1991 i målet *Observer och Guardian mot Förenade Kungariket*, serie A, nr 216, punkt 59.

188 — Domen i målet *Markt Intern mot Tyskland*, ovan fotnot 183, punkt 37; målet *Groppera mot Schweiz*, ovan fotnot 183, punkt 73.

189 — Se till exempel dom av den 8 juli 1986 i målet *Lingens mot Österrike*, serie A, nr 103 punkt 41, om betydelsen av en fri press.

stiftaren även vara förpliktad att övertyga domstolen om att den hade rimliga skäl med hänsyn till allmänintresset av att anta åtgärden i fråga. Mer konkret uttryckt skall den framlägga övertygande bevisning för att åtgärden kommer att vara verksam i fråga om att uppnå det åberopade allmänintresset — i förevarande mål en minskning av tobakskonsumtionen i förhållande till vad som annars hade varit fallet — och att en mindre restriktiv åtgärd inte varit lika verksam.

160. De bevis som krävs för att motivera en begränsning kommer att variera beroende på vad åtgärden gör anspråk på att åstadkomma. I förevarande mål är det till stor del fråga om en objektiv bedömning av de sannolika verkningarna av reklamdirektivet. Lagstiftaren bör i detta hänseende inte ha lika stor handlingsfrihet som till exempel för att skydda den allmänna moralen.¹⁹⁰ Gemenskapen bör dock inte vara förhindrad att handla med hänvisning till allmänintresset bara för att motiveringen för dess handlingar nödvändigtvis är beroende av bevis av samhällsvetenskaplig art, och inte "hårda" naturvetenskapliga data, vilka syftar till att på grundval av tidigare beteenden ge förutsägelser om konsumenters framtida respons på förändringar av exponeringsgraden av reklammaterial.¹⁹¹ Där gemenskapslagstiftaren kan visa att man handlat med

stöd av studier av välrenommerade specialister på området medför inte det faktum att man i andra välrenommerade studier kommit fram till andra slutsatser i sig att lagstiftaren inte haft rimliga skäl för sitt handlande. I förevarande mål är lagstiftarens bedömning av verkningarna av tobaksreklamen förenlig med domstolens eget uttalande att "[d]et är omöjligt att förneka att reklam stimulerar konsumtionen".¹⁹² Dessutom kan det mesta av reklamen inte utformas så exakt att den bara riktar sig till rökare i deras val mellan märken, med uteslutande av andra som antingen kan stimuleras att börja röka eller överge planer på att sluta.

161. Beviskraven kan vara mindre strikta när folkhälsan står på spel. Domstolen uttalade i domen i BSE-målet att "[d]å det råder osäkerhet om förekomsten eller omfattningen av de risker människors hälsa utsätts för, måste institutionerna tillåtas vidta skyddsåtgärder utan att behöva vänta på att det fullt ut visas att riskerna faktiskt förekommer och hur allvarliga de är".¹⁹³ I förevarande mål rör det sig dock inte om ett förbud mot försäljning av tobaksvaror i sig, vilkas skadliga verkningar för hälsan inte har motsagts, utan snarare om ett omfattande förbud mot marknadsföring av sådana varor. Den vetenskapliga diskussionen

190 — Se domen i målet Handyside, ovan fotnot 184, punkt 48, målet Grogan, ovan fotnot 171, punkt 37 i förslaget till avgörande av generaladvokaten van Gerven och punkt 20 i domen.

191 — Skillnaden mellan dessa typer av bevis är under alla omständigheter inte så stor som man i förstone kan tro; vetenskapliga slutsatser uppnås vanligen genom att man med större eller mindre grad av sannolikhet förutser hur verkningar som observerats vid vissa förhållanden i det förflutna kommer att fortsätta inträffa under liknande framtida förhållanden.

192 — Dom av den 10 juli 1980 i mål 152/78, kommissionen mot Frankrike (REG 1980, s. 2299) punkt 17, se också dom av den 25 juli 1991 i de förenade målen C-1/90 och C-176/90, Aragonesa de Publicidad Exterior och Publivia, (REG 1991, s. I-4151, svensk specialutgåva, volym 11, s. 373, nedan benämnt "målet Aragonesa"), punkt 17, där domstolen fastslog att det inte var "uppenbart orimligt" att införa begränsningar i marknadsföringen av drycker med ett alkoholinnehåll över en viss gräns "för att motverka alkoholismissbruk". Frågan om yttrandefrihet prövades dock inte i det målet.

193 — Ibidem, punkt 99. Se också domen i målet Fedesa, ovan fotnot 170, punkt 9.

nen i fråga rör verkningarna av sådan reklam på den sammanlagda konsumtionen (i motsats till valet av märke för dem som ändå röker), vilket ligger ett steg ifrån bedömningen av de faktiska hälsoriskerna med denna konsumtion. Förbudet i BSE-målet var dessutom av tillfällig art och skulle bli föremål för omprövning efter ytterligare undersökning av situationen.¹⁹⁴ Åsiktsskillnader i fråga om tobaksreklamens inverkan har funnits länge, och kommer sannolikt inte att kunna lösas inom en snar framtid. Den prövningsmetod som angivits i föregående punkt lämnar utrymme för bristande enighet bland forskare; det vore enligt min mening att visa bristande respekt för yttrandefriheten att gå längre än så och tillåta lagstiftaren att begränsa utövandet av den rättigheten utan klara bevis för att en sådan begränsning sannolikt skulle medföra ändrade vanor som i sin tur sannolikt skulle främja folkhälsan.

162. Rådet har ingett sammanfattningarna av två rapporter som bevisning. Den ena hade utarbetats av United States National Bureau of Economic Research (NBER)¹⁹⁵ och den andra beställts från Institut für Therapie- und Gesundheitsforschung i Kiel av det tyska hälsoministeriet.¹⁹⁶ Även om

sökandena i målet Imperial Tobacco har lagt studier som bevisning till stöd för motsatt ståndpunkt inför den nationella domstolen, har Förenade Kungariket också visat på studier som inte analyserats i förevarande mål. Frankrike har också lagt fram bevisning om verkningarna av dess nationella begränsningar ("la loi Évin"). Det är enligt min mening tillräckligt att i bedömningen ta in de studier som institutionerna använt. Enligt dessa rapporter finns ett samband mellan såväl tobaksreklam och det faktum att framför allt unga börjar röka, som mellan förbud mot reklam och minskningar i genomsnittskonsumtionen av tobaksvaror per capita. Rapporten från NBER innehåller en uppskattning, som grundats på regressionsanalys, av de sannolika verkningarna av kommissionens reviderade version från 1997 av det andra direktivförslaget,¹⁹⁷ vilken pekar på att detta förslag troligen skulle lett till en konsumtionsminskning av tobak med ungefär 6,9 procent under referensperioden.¹⁹⁸ I rapporten framhålls vidare att medan omfattande förbud klart leder till minskad tobakskonsumtion är verkningarna av ett begränsat förbud minimala, eftersom de möjliggör att förbjudna media ersätts av andra och därmed inte leder till en minskning av den totala omfattningen av tobaksreklamen och dess kostnader. Möjligheten att kringgå ett förbud som inte omfattar alla former av reklam är omnämnd i åttonde övervägandet i ingressen till reklamdirektivet. Intressant nog har institutionerna, för att försvara förbudet, ansträngt sig hårt för att visa att det inte är allomfattande, trots att deras bevisning

194 — Ibidem, punkt 101.

195 — H. Saffer och F. Chaloupka, "Tobacco Advertising: Economic Theory and International Evidence", NBER Working Paper nr 6958 (Cambridge, MA., 1999).

196 — R. Hanewinkel och J. Pohl, "Advertising and tobacco consumption: Analysis of the effects, with particular reference to children and adolescents" (Kiel, 1998).

197 — Se punkt 19 ovan.

198 — Analysen grundades på data från elva medlemsstater under perioden från 1986 till 1992.

pekar på att ett mindre omfattande förbud skulle ha mycket mindre verkan.

att deras verkningar helt och hållet sammanfaller.

163. På grund av denna bevisning drar jag slutsatsen att gemenskapslagstiftaren hade rimliga skäl att anta att det omfattande förbudet mot tobaksreklam skulle leda till en avsevärd minskning av konsumtionen och sålunda bidra till att skydda folkhälsan.

164. Såvitt avser villkoret att den begränsning som införs inte får vara mer betungande än nödvändigt, godtar jag argumentet att ett nära nog totalt förbud mot marknadsföring av en ekonomisk verksamhet är en särskilt allvarlig inskränkning i yttrandefriheten.¹⁹⁹ Ju mer omfattande begränsningarna är, desto större är kravet på lagstiftaren att bevisa att en mindre betungande åtgärd inte varit tillräcklig. Jag drar emellertid slutsatsen att lagstiftaren uppfyllt beviskraven i förevarande mål, genom att visa att man hade skälig anledning att anta att mindre omfattande begränsningar av tobaksreklamen skulle vara ineffektiva. Det faktum att andra, positiva åtgärder som informationskampanjer, också skulle kunna medföra sådana verkningar visar i sig inte att omfattande förbud mot tobaksreklam är alltför restriktiva, eftersom (med reservation för kompetensfördelningen mellan gemenskapen och medlemsstaterna) den ena möjligheten inte utesluter den andra, och det inte finns något som visar

165. Jag går nu in på det tredje steget i bedömningen, angående frågan om reklamdirektivet medför begränsningar i den kommersiella yttrandefriheten som är oproportionerliga utifrån en bedömning av de avsedda vinsterna av allmänt intresse, oavsett hur verkningsfullt direktivet skulle vara i detta avseende. Med hänsyn till att tobakskonsumtionen är en avgörande dödlighetsfaktor och orsakar svåra hälsoproblem i gemenskapen, anser jag att en potentiell minskning av tobakskonsumtionen med 6,9 procent skulle vara en avsevärd förbättring ur ett folkhälsoperspektiv, och troligen rädda tusentals människoliv.

166. Det är min principiella uppfattning att, då villkoren att en åtgärd skall vara verkningsfull och så lite betungande som möjligt är uppfyllda, en rättighet som den kommersiella yttrandefriheten inte är orimligt begränsad genom ett förbud mot reklam för farliga produkter, om utbytet av vetenskaplig och annan information samt av politiska åsikter om regleringen av handeln i fråga alltså är obegränsat. Tobaksproducenter kan fortsätta att sälja sina varor, i förhållande till vilka den åberopade yttrandefriheten slutligen hänförs i sig, och kan även göra reklam på försäljningsställen i den mån nationella regler tillåter det.

199 — I domen i målet *Aragonesa*, ovan fotnot 193, punkt 18, fäste domstolen, inom ramen för bedömningen av vilka proportioner ett hinder mot den fria rörligheten för varor skulle få, vikt vid det faktum att begränsningarna i fråga av rätten att marknadsföra alkoholhaltiga drycker inte var totala.

167. Det faktum att reklamdirektivet innehåller ett förbud mot marknadsföringen av varor som lagligen kan säljas i gemenskapen är inte avgörande, även om det inte heller saknar betydelse. Den europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna fastslog i domen i målet *Open Door Counselling* mot Irland att det krävdes en "noggrann undersökning" av de ifrågasatta nationella reglerna, eftersom den förbjudna informationen i det målet rörde en verksamhet som var laglig där den utfördes,²⁰⁰ vilket tyder på att tillhandahållande av information om laglig verksamhet under vissa förhållanden får bli föremål för begränsningar. Jag föreslår att domstolen beaktar problemen med upprätthållande och liknande av ett totalförbud mot en beroendeframkallande verksamhet som rökning²⁰¹ (liksom den begränsning av den personliga friheten för rökare som detta skulle innebära). En verksamhets rättsenlighet (och det ogenomförbara i att förbjuda den) innebär därför inte att det som lagstiftaren söker begränsa med hänvisning till det allmänna intresset är utan skadliga effekter. Det är dessutom inte nödvändigtvis överensstämmande med villkoret att den åtgärd som är minst ingripande skall användas för att uppnå rättmätiga mål att kräva att en verksamhet i sig skall förbjudas för att kunna införa begränsningar av marknadsföringen av densamma.

168. Jag anser inte att domen i målet *Open Door*, som var föremål för så omfattande diskussioner vid förhandlingen, delvis efter-

som den rörde ett förment oproportionerligt *totalförbud* mot vissa yttranden, är vägledande.

169. Den europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna godtog den irländska regeringens argument att "den begränsning [som följer av ett beslut av Supreme Court]... syftade till att främja det legitima intresset att skydda moralen, av vilken skyddet för ofödda enligt irländskt synsätt är en del".²⁰² Det var emellertid endast den särskilda begränsningen som pålagts sökandena genom ett domstolsbeslut som den ansåg vara av absolut karaktär. Den påpekade nämligen att information om utländska aborttjänster var tillgängliga på en rad andra sätt.²⁰³

170. Den europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna beaktade, när den bedömde nödvändigheten och således proportionaliteten av den specifika begränsningen, skyddet för kvinnors hälsa vid avvägningen, vilket är en uppenbart relevant faktor i det sammanhanget, men vilken också komplicerar avvägningen mellan yttrandefriheten och enbart ett angeläget samhälleligt behov.

171. Den europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna var särskilt påver-

200 — Dom av den 29 oktober 1992, serie A nr 246 (nedan kallat målet "*Open Door*"), punkt 72.

201 — Se till exempel domen av J. La Forest, Kanadas högsta domstol, i målet *RJR MacDonald Inc. mot Canada (Attorney General)* [1995] S.C.R. 199, punkt 34.

202 — Målet *Open Door*, ovan fotnot 201, punkt 63.

203 — Punkterna 70 till 75.

kad av sin uppfattning att eftersom vissa kvinnor beslutat sig för att inte göra abort till följd av ifrågavarande rådgivning "var sambandet mellan tillhandahållandet av information och utsläckandet av ofödda liv inte så definitivt som man påstått". Å andra sidan hade "förbudet varit i stort sett verkningslöst..." mot bakgrund av det stora antal irländska kvinnor som alltså gjorde abort i Storbritannien.

172. I praktiken tog majoriteten i den europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna ställning i proportionalitetsfrågan med hänvisning till dess egen uppfattning om de konkurrerande värdena kvinnors hälsa (i relation till rätten att motta information), yttrandefrihet och skyddet för ofödda. Den förefaller inte ha fäst något avseende alls vid vad den underförstått godtog som ett *delvis effektivt* skydd för det sistnämnda värdet. Om denna bedömning skulle överföras bokstavligen på förevarande mål skulle det kunna vara svårt att göra gällande att en minskning av tobakskonsumtionen om endast 6,9 procent skulle kunna motivera ett omfattande förbud mot tobaksreklam, trots den avsevärda minskningen av det totala antalet rökare (och troligen därmed besläktade dödsfall och sjukdomar) detta skulle medföra.

173. Generaladvokaten van Gerven fann nämligen i förslaget till avgörande i målet Grogan, när han bedömde väsentligen samma fråga mot bakgrund av gemen-

skapsrätten men också av artikel 10 i konventionen, begränsningen vara proportionerlig.²⁰⁴

174. I vilket fall tror jag inte att det är möjligt att frigöra målet Open Door från dess extremt känsliga och komplicerade sammanhang, eller att dra några definitiva slutsatser avseende förevarande mål. Målet Open Door rörde tillhandahållande av information som inte var ledande, snarare än kommersiell marknadsföring av aborttjänster,²⁰⁵ medan förevarande mål rör begränsningar av direkta och indirekta marknadsföringsåtgärder²⁰⁶, och det har inte gjorts gällande att annan information än reklam för lagliga produkter kommer att begränsas.²⁰⁷

175. Jag drar därmed slutsatsen att reklamdirektivet inte innebär en oproportionerlig begränsning av yttrandefriheten såvitt avser

204 — Ovan fotnot 171, punkterna 32 till 38 i förslaget till avgörande. Domstolen gick inte in på denna fråga i domen. Se också den skiljaktiga meningen av domare Baka i målet Open Door, ovan fotnot 200.

205 — Ibidem, punkt 75. Av denna anledning förefaller Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna inte ha ansett att målet rörde frågan om kommersiell yttrandefrihet.

206 — Se definitionerna av reklam och sponsring i artikel 2.2 och 2.3 i reklamdirektivet.

207 — Av bland annat denna anledning tar jag här inte upp friheten att *motta* information, vilken kan aktualiseras om en faktisk eller potentiell kund skulle söka information om en tobaksproducent eller distributörs varor. Sannolikheten för att konsumenter skall vara intresserade av att motta *reklammaterial* förefaller mer avlägsen.

det omfattande förbudet mot tobaksreklam.²⁰⁸

en motiverad begränsning av den friheten, och att den således skall förklaras ogiltig. Jag anser att bägge delarna av artikel 3.3 i direktivet enligt de villkor som angetts i punkt 122 till 126 ovan är möjliga att särskilja.

176. Jag intar dock en annan ståndpunkt beträffande förbudet mot reklam för diversifieringsprodukter. Det är inte på något sätt självklart att reklam för andra varor än tobaksvaror och tjänster som bär varumärken eller andra särskiljande kännetecken som förknippas med tobaksvaror påverkar omfattningen av konsumtionen av tobaksvaror *totalt sett*.²⁰⁹ Inga bevis har lagts fram på gemenskapslagstiftarens vägnar som tyder på att det finns ett sådant samband. Vid sådant förhållande drar jag slutsatsen att den inte har uppfyllt beviskravet för att den hade rimliga skäl att införa begränsningarna för sådan reklam i artikel 3.3 b i direktivet och att den bestämmelsen skall ogiltigförklaras. Den kan inte rättfärdigas med hänvisning till möjligheten att dess verkningar kan mildras genom att medlemsstaterna utnyttjar lydelsen i artikel 3.2 i direktivet. På samma sätt har inga skäl eller bevisning lagts fram för att förklara varför man i artikel 3.3 a förbjuder tobaksvaror att bära varumärken och andra särskiljande kännetecken som redan är förknippade med andra varor och tjänster. Eftersom användningen av ett sådant varumärke eller namn på en produkt också innebär ett utövande av kommersiell ytt randefrihet, drar jag slutsatsen att artikel 3.3 a i reklamdirektivet inte visats vara

vii) *Bristfällig motivering*

177. Domstolen har vid upprepade tillfällen fastslagit att motiveringsplikten enligt artikel 190 i fördraget innebär att åtgärden i fråga skall innehålla en redogörelse för de skäl som föranledde de relevanta institutionerna att anta den, så att domstolen ges möjlighet att utöva sin prövningsrätt och medlemsstaterna och berörda medborgare får kännedom om de villkor under vilka gemenskapsinstitutionerna har tillämpat fördraget.²¹⁰ Samtidigt kan graden av detaljrikedom variera beroende på arten av rättsakt. När det rör sig om en allmänt tillämplig åtgärd kan ingressen begränsas till att ange, å ena sidan, den allmänna situation som ledde till dess antagande, och de allmänna mål som avses uppnås, å den andra. Det är inte nödvändigt att ange olika fakta som lagstiftaren tagit hänsyn till, vilka ofta är både omfattande och komplicerade, eller att åtgärden innehåller en mer eller mindre komplett bedömning av dessa fakta.²¹¹

208 — Det är inte klart om NBER-rapporten inbegriper sponsring i den allmänna rubriken reklam avseende beräkningen av de sannolika verkningarna av det föreslagna direktivet. I avsaknad av argument beträffande detta inför domstolen, och eftersom jag bara diskuterar ytt randefriheten som ett alternativ till min huvudsakliga rekommendation att direktivet skall ogiltigförklaras i sin helhet, kommer jag inte att diskutera förbudet mot sponsring i detta avsnitt.

209 — Jag går inte in på frågan om huruvida sådan reklam stärker vissa varumärken för tobaksvaror i förhållande till andra.

210 — Domen i mål C-41/93, Frankrike mot kommissionen, ovan fotnot 135, punkt 34.

211 — Dom av den 30 november 1978 i mål 87/78, Welding, (REG 1978, s. 2457), punkt 11.

178. Såsom torde framgå av min bedömning av frågan om behörighet är motiveringen i ingressen till reklamdirektivet enligt min mening tillräcklig för att domstolen skall kunna genomföra en rättslig prövning. Gemenskapslagstiftarens grundläggande inställning avseende den inre marknaden klargörs i första och andra övervägandena, och deras tillräcklighet som motivering motsägs inte av att direktivet inte når de uppsatta målen. Det var inte nödvändigt för lagstiftaren att inkludera exakt information beträffande studierna om reklamens verkningar på tobakskonsumtionen eller att jämföra omfattningen av gränsöverskridande handel med reklamtjänster och media. Jag skulle bara rekommendera domstolen att ogiltigförklara direktivet i dess helhet på grund av brister i motiveringen om den menade att gemenskapen var behörig att anta det med hänvisning till dess verkningar på den inre marknadens upprättande eller funktion på ekonomiska områden som inte alls nämns i ingressen, såsom tobaksproducenter och distributörer eller reklambranschen i allmänhet. Det är enligt min mening inte tillåtet att låta lagstiftaren åberopa fördelar för den inre marknaden som inte tidigare nämnts när det är tveksamt huruvida de ursprungligen åberopade målen uppnåtts.

179. Jag föreslår emellertid att artikel 3.3 a i direktivet skall ogiltigförklaras på grund

av bristande motivering. Ingen motivering har presenterats för denna ovanliga bestämmelse om användningen av varumärken och andra kännetecken för varor och tjänster för tobaksvaror och, som jag framhållit i punkt 116 ovan, den förefaller inte ha något samband med det i direktivet angivna målet att främja den inre marknaden för tjänster och varor som har samband med reklam och sponsring av tobaksvaror.

VI — Rättegångskostnader

180. Enligt artikel 69.2 i domstolens rättegångsregler skall rådet och parlamentet förpliktas ersätta Tysklands kostnader i mål C-376/98. Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i mål C-74/99 utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den nationella domstolen att besluta om rättegångskostnaderna. I ingentera målen är de kostnader som förorsakats kommissionen eller de andra medlemsstater som intervenerat i målet ersättningsgilla. Jag lämnar inget förslag om hur domstolen skall fördela kostnaderna om den godtar mina alternativa förslag att förklara delar av direktivet ogiltigt, eller om den inte godtar något av mina förslag.

VII — Förslag till avgörande

181. På grund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen skall

- ogiltigförklara Europaparlamentets och rådets direktiv 98/43/EG av den 6 juli 1998 om tillnärmning av medlemsstaternas lagar och andra författningar om reklam för och sponsring till förmån för tobaksvaror, på grund av att gemenskapen inte var behörig att anta det med stöd av de åberopade rättsliga grunderna.

Om domstolen inte skulle följa mitt förslag rekommenderar jag alternativt att domstolen skall

- ogiltigförklara direktiv 98/43/EG på grund av åsidosättande av den allmänna proportionalitetsprincipen, artikel 30 i EG-fördraget (nu artikel 28 i ändrad lydelse), rätten till egendom och friheten att idka handel eller utöva yrkesverksamhet.

I vilket fall föreslår jag också att domstolen skall

- förplikta Europaparlamentet och Europeiska unionens råd att ersätta rättegångskostnaderna för Förbundsrepubliken Tyskland i mål C-376/98.

Jag föreslår vidare som ytterligare alternativ att domstolen skall

- ogiltigförklara artikel 3.3 i direktiv 98/43/EG på grund av åsidosättande av yttrandefriheten, eller
- ogiltigförklara artikel 3.3 a i direktiv 98/43/EG på grund av åsidosättande av motiveringsplikten.