

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. F.G. JACOBS

presentadas el 14 de diciembre de 2000¹

1. En la presente petición de decisión prejudicial, el Stockholms tingsrätt (Tribunal del Distrito de Estocolmo) pregunta si una legislación nacional que establece una prohibición general de la publicidad de las bebidas alcohólicas es, en principio, ilegal por las prohibiciones de restricciones cuantitativas a las importaciones y/o de restricciones a la libre prestación de servicios establecidas en el Tratado CE; si así fuera, el órgano jurisdiccional nacional desea saber si, no obstante, puede considerarse que dicha prohibición está justificada por el objetivo de salud pública perseguido y si es proporcionada en relación con este objetivo.

La legislación sueca y los hechos del procedimiento nacional

2. El Reino de Suecia tiene una política de moderación del consumo de alcohol en interés de la salud y de la seguridad públicas. Los instrumentos de esta política comprenden un monopolio nacional de venta al por menor de bebidas alcohólicas para el consumo privado y un determinado número de restricciones a la publicidad. En el contexto de estas restricciones, el Konsumentombudsmannen (mediador encargado de la defensa de los consumidores)

solicita que se prohíba a Gourmet International Products Aktiebolag (en lo sucesivo, «GIP») publicar encartes publicitarios de bebidas alcohólicas en el suplemento de su revista Gourmet.

El monopolio de la venta al por menor

3. El Tribunal de Justicia ha examinado el monopolio del Estado sueco de venta al por menor de bebidas alcohólicas en la sentencia Franzén,² que contiene una descripción útil.³ Los aspectos siguientes son probablemente los más pertinentes para el presente asunto.

4. Se entiende por bebidas alcohólicas aquellas cuyo grado alcohólico volumétrico sea superior al 2,25 %. Dichas bebidas pueden ser producidas, importadas y/o vendidas al por mayor por los titulares de licencias expedidas a estos efectos. Con excepción de la cerveza que tenga un grado alcohólico inferior al 3,5 %, que puede ser vendida en las tiendas de alimentación, dichas bebidas sólo pueden ser vendidas directamente a los consumidores por los

2 — Sentencia de 23 de octubre de 1997 (C-189/95, Rec. p. I-5909).

3 — Véanse en particular los apartados 21 a 26 de la sentencia y, de forma más detallada los puntos 2 a 37 de las conclusiones presentadas por el Abogado General Sr. Elmer.

1 — Lengua original: inglés.

titulares de licencias, autorizados a servir alcohol —es decir, los restaurantes y los bares— o por la sociedad Systembolaget que pertenece en su totalidad al Estado sueco y que posee el monopolio de venta al por menor para el consumo privado.

obtenidos en las catas «a ciegas» y en la venta.

5. Systembolaget dispone de una red de unas 400 tiendas de su propiedad y de alrededor de 580 puntos de venta, por lo general, tiendas corrientes que ofrecen un mero servicio de pedido y de entrega. En muchas de sus tiendas no se dispone de los productos y hay que pedirlos en la caja del establecimiento, aunque Systembolaget ha introducido varios autoservicios. El horario de apertura es limitado y está estrictamente prohibido vender a personas menores de 20 años.

7. Entre las obligaciones que incumben a Systembolaget con arreglo al convenio celebrado con el Estado sueco, se hallan las siguientes:

6. Los productos vendidos por Systembolaget (aproximadamente 2400) se dividen en cinco gamas: la llamada gama «de base», constituida por productos que están en existencias permanentemente; la «provisional», que comprende productos disponibles de modo limitado o que podrán ser incluidos en la gama «de base»; la denominada «de prueba», que agrupa productos que se ofrecen para su evaluación; la llamada gama «de encargo», para los productos que Systembolaget no posee en existencias, pero que pueden ser obtenidos pidiéndolos a los productores o importadores titulares de licencias, y un servicio de importación para los particulares y los restaurantes que deseen encargar productos no disponibles en Suecia. La inclusión en las gamas de Systembolaget y la continuación en éstas dependen de los resultados

— seleccionar las bebidas únicamente por su calidad, por sus posibles efectos perjudiciales para la salud humana, por la demanda de los consumidores o por consideraciones de orden comercial o ético sin favorecer a los productos nacionales;

— informar a los proveedores de los motivos por los que decida no comercializar o no continuar la comercialización de un producto y de los recursos de que dispone;

— adoptar medidas de comercialización e información que sean imparciales e independientes del origen de las bebidas, y

— velar por que los nuevos productos que comercialice lleguen al conocimiento de los consumidores, teniendo siempre en cuenta las restricciones que figuran en la Ley sobre bebidas alcohólicas.

Las restricciones a la publicidad

8. La disposición a la que se refiere el órgano jurisdiccional nacional en el presente asunto es el artículo 2 de la Ley 1978:763 (Lag med vissa bestämmelser om marknadsföring av alkoholdrycker, o Alkoholköklagen; en lo sucesivo, «Ley sobre la publicidad de bebidas alcohólicas»), que contiene determinadas medidas sobre la comercialización de bebidas alcohólicas, que se aplica⁴ a la comercialización de estas bebidas por parte de productores y comerciantes. Las bebidas alcohólicas (cuyo grado alcohólico volumétrico sea superior al 2,25 %) comprenden las espirituosas, el vino y la cerveza fuerte (cuyo grado alcohólico sea superior al 3,5 %) y la cerveza (cuyo grado alcohólico esté comprendido entre el 2,25 % y el 3,5 %).

9. El tenor literal del artículo 2 es el siguiente:

«Habida cuenta de los riesgos para la salud que entraña el consumo de alcohol, es preciso observar una moderación especial en la promoción de bebidas alcohólicas. En particular, la publicidad u otras medidas de promoción no deberán ser insistentes, ni deberán utilizar la prospección ni la venta a domicilio, ni alentar el consumo de alcohol.

Para la promoción de bebidas alcohólicas queda prohibido utilizar anuncios comer-

ciales en radio o televisión. Esta prohibición se aplicará igualmente a las emisiones difundidas por satélite y sujetas a la Ley sobre radio y televisión (1996:844).

Para la promoción de bebidas espirituosas, vino o cerveza fuerte queda prohibido publicar anuncios comerciales en las publicaciones periódicas o en otras publicaciones sujetas al Reglamento sueco sobre la libertad de prensa y que, habida cuenta de su plan de publicación, sean asimilables a publicaciones periódicas. Sin embargo, esta prohibición no se aplicará a las publicaciones que sólo se distribuyan en los puntos de venta de dichas bebidas. Ley (1996:851).»

10. Con arreglo a las directrices relativas a la aplicación de este artículo, publicadas por la autoridad sueca encargada de la protección de los consumidores (Konsumentverket), queda prohibida la publicidad en numerosos lugares públicos y situaciones.

11. La prohibición de la publicidad de las bebidas alcohólicas en la prensa, radio o televisión está atenuada de varias maneras.

12. Todas las bebidas alcohólicas pueden ser objeto de publicidad en publicaciones que se hallen únicamente en los puntos de

⁴ Según lo indicado en la vista, esta Ley fue incorporada en una legislación codificada sobre el alcohol, pero sus disposiciones pertinentes siguen siendo las mismas.

venta, aunque se mencionó en la vista que sólo se autoriza la publicidad de las bebidas puestas en venta en los puntos de venta de que se trata. Se autoriza la publicidad, en la prensa escrita, de la cerveza cuyo grado alcohólico esté comprendido entre el 2,25 % y el 3,5 %, sujeta a determinadas restricciones mencionadas en las directrices del Konsumentverket. Además, de los documentos obrantes en autos y de las declaraciones efectuadas en la vista se deduce que en Suecia una categoría específica de «cerveza ligera», cuyo grado alcohólico es inferior al 2,25 %, se comercializa y puede ser objeto de publicidad sin restricciones y que no está prohibida la «publicidad redaccional» en las publicaciones periódicas, radio o televisión, puesto que un comentario puede tener efectos promocionales, pero no es objeto de transacción comercial. Tampoco está prohibido enviar material publicitario directamente a un consumidor que lo solicite. Además, puesto que la Ley sobre la publicidad de bebidas alcohólicas sólo se aplica a la comercialización destinada a los particulares, la publicidad en los periódicos profesionales no está sujeta a restricción alguna. Además, parece que las bebidas alcohólicas pueden ser objeto de publicidad en Internet.

13. Sin embargo, toda la publicidad autorizada debe cumplir las exigencias de la «moderación especial» establecida en el párrafo primero del artículo 2.

14. En virtud del artículo 3 de la Ley, la infracción del artículo 2 se considera una práctica desleal con respecto a los consu-

midores, de conformidad con la Ley 1995:450 (Marknadsföringslagen — Ley sobre las prácticas de marketing), que puede dar lugar a una orden conminatoria con sanción de multa en caso de incumplimiento. La responsabilidad de solicitar o, en su caso, de dictar órdenes conminatorias incumbe al Konsumentombudsmannen que, precisamente en este asunto, ha solicitado al Stockholms tingsrätt una orden conminatoria contra GIP.

Hechos que originaron el litigio principal

15. GIP edita la revista *Gourmet* en dos ediciones, una destinada a ser vendida al público en general y la otra enviada únicamente a los suscriptores. La tirada de *Gourmet* es de aproximadamente 25.000 ejemplares, de los cuales 9.300 se envían a los suscriptores. De estos 9.300, el 55 % son profesionales del sector del comercio de bebidas, el 35 % pertenece a otras categorías de comerciantes y el 10 % a particulares. La edición destinada a los suscriptores, a diferencia de la distribuida en el comercio, contiene un suplemento en el que figuran la publicidad redaccional y los anuncios publicitarios de bebidas alcohólicas insertados por los importadores. El número 4 (agosto/octubre de 1997) de la edición destinada a los suscriptores contenía una página de publicidad para vino tinto y dos páginas para whisky.

16. El Konsumentombudsmannen considera que se trata de una publicidad directamente dirigida a los consumidores y publicada en la prensa escrita y que, por

lo tanto, constituye una infracción del artículo 2 de la Ley sobre publicidad de las bebidas alcohólicas. Solicitó al Stockholms tingsrätt que se prohibiera a GIP publicar dichos anuncios y que se le impusiera una multa en caso de incumplimiento.

sobre las cuestiones de Derecho comunitario.

17. GIP alega que no se puede dictar ninguna prohibición sobre la base de una normativa sueca que es contraria al Derecho comunitario. En su opinión, la normativa controvertida es contraria al artículo 30 del Tratado CE (actualmente artículo 28 CE, tras su modificación), por cuanto establece una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa a las importaciones de mercancías procedentes de otros Estados miembros, y al artículo 59 del Tratado CE (actualmente artículo 49 CE, tras su modificación), por cuanto establece una restricción a la libre prestación de servicios de los editores de revistas suecas (en este caso, la oferta de espacios publicitarios) a personas establecidas en otros Estados miembros. El Konsumentombudsmannen no comparte esta opinión.

18. Cabe observar que existe otra controversia entre las partes que no está directamente relacionada con el Derecho comunitario, a saber, si la edición de *Gourmet* dirigida a los suscriptores debe ser considerada como una publicación destinada a los profesionales que escapa al ámbito de aplicación de la prohibición sueca. Aparentemente, esta cuestión aún no ha sido resuelta por el órgano jurisdiccional nacional, que decidió, el 9 de noviembre de 1998, a instancia de GIP y en contra de la opinión del Konsumentombudsmannen, someter al Tribunal de Justicia una petición prejudicial

19. Las cuestiones formuladas al Tribunal de Justicia son las siguientes:

«1) ¿Deben interpretarse los artículos 30 y 59 del Tratado CE en el sentido de que se oponen a una legislación nacional que establece una prohibición general de la publicidad de bebidas alcohólicas, como la que figura en el artículo 2 de la alkoholköklagen?»

2) En caso de respuesta afirmativa, ¿puede considerarse que tal prohibición está justificada y es proporcionada al objetivo de la protección de la salud y vida de las personas?»

20. Presentaron observaciones escritas ante el Tribunal de Justicia el Konsumentombudsmannen, GIP, los Gobiernos finlandés, francés, sueco y noruego, así como la Comisión. GIP, los Gobiernos finlandés, francés y sueco y la Comisión presentaron observaciones orales en la vista.

Análisis

La naturaleza de la prohibición

21. El órgano jurisdiccional nacional menciona una «prohibición general» y GIP pretende presentarla como una prohibición total o absoluta.

22. En mi opinión, dadas las numerosas excepciones, no puede decirse que exista una excepción total o absoluta de publicidad de bebidas alcohólicas como tal. Sin embargo, parece que la prohibición es precisamente total en lo que respecta al material publicitario concebido por o por cuenta de un productor, importador, vendedor al por mayor o vendedor al por menor y dirigido a consumidores (potenciales) en general, por oposición a aquellos que la hayan solicitado especialmente o que ya se hallen en una «situación de compra de alcohol».

23. Otro extremo que puede ser mencionado brevemente se refiere a la sugerencia de la Comisión, hecha en la vista, de que la prohibición de publicidad se examine, en primer lugar, como una posible restricción a la libre circulación de publicaciones periódicas, que conlleva restricciones a la libre circulación de bebidas alcohólicas y a la libre prestación de servicios de publicidad.

24. Sin embargo, de los hechos presentados al Tribunal de Justicia no se deduce que en Suecia exista una restricción a la venta de publicaciones periódicas extranjeras que incluyan publicidad de bebidas alcohólicas. Considero que las alegadas restricciones a la libre circulación de mercancías (bebidas alcohólicas) y a la libre prestación de servicios son suficientemente independientes una de otra como para ser tratadas por separado.

Los artículos 30 y 36 del Tratado CE

— Ámbito de aplicación del artículo 30

25. Según el Gobierno sueco, el objetivo declarado y el efecto proclamado de su política en materia de alcohol es limitar su consumo y no parece que se controvierta la eficacia de dicha política.⁵ Estimo que, de modo general, las restricciones a la publicidad contribuyen a estos efectos en un grado no desdeñable, junto con impuestos especiales elevados y el control del Estado sobre la venta al por menor para el consumo privado. En consecuencia, las ventas, y, por tanto, las importaciones, de bebidas alcohólicas han de verse afectadas.

5 — Las cifras anuales publicadas en *World Drink Trends* demuestran que el consumo de alcohol por habitante en Suecia es el más bajo (alrededor de la mitad de la media) de todos los países de la Unión Europea; sin embargo, parece que también existe un mercado paralelo de alcohol de contrabando que no se refleja en las estadísticas.

26. Así, queda claro que la normativa sueca controvertida está comprendida en la definición dada en la sentencia *Dassonville* de las medidas que tienen un efecto equivalente a las restricciones cuantitativas respecto del artículo 30 como «toda normativa comercial de los Estados miembros que pueda obstaculizar directa o indirectamente, real o potencialmente, el comercio intracomunitario». ⁶ (Cabe observar que la presente situación es distinta de una prohibición a escala comunitaria como la contemplada por la Directiva sobre la publicidad del tabaco. ⁷ Las normas nacionales divergentes pueden crear barreras en las fronteras nacionales; las normas comunitarias armonizadas, aunque puedan reducir globalmente el comercio, tienden a eliminar dichas barreras nacionales).

27. Sin embargo, el *Konsumentombudsmannen* y todos los Gobiernos que han presentado observaciones escritas consideran que la normativa está excluida, no obstante, del ámbito de aplicación del artículo 30 en virtud de la excepción establecida por la sentencia *Keck y Mithouard* para las «disposiciones nacionales que limiten o prohíban ciertas modalidades de venta [...], siempre que se apliquen a todos los operadores afectados que ejerzan su actividad en el territorio nacional, y siempre que afecten del mismo modo, de hecho y de Derecho, a la comercialización de los

productos nacionales y a la de los procedentes de otros Estados miembros». ⁸ En todo caso, y con carácter subsidiario, estiman que las restricciones controvertidas están justificadas «por razones [...] de protección de la salud y vida de las personas» en virtud del artículo 36 del Tratado CE.

28. El Tribunal de Justicia ya ha declarado que las restricciones de la publicidad pueden entrar en la categoría de las modalidades de venta mencionadas en la sentencia *Keck y Mithouard*. ⁹

29. No obstante, la excepción a que se refiere la sentencia *Keck y Mithouard* depende de la naturaleza no discriminatoria de las normas de que se trate, tanto de hecho como de Derecho.

30. En el caso de autos, las restricciones no parecen discriminatorias en Derecho; las disposiciones no hacen ninguna distinción entre los productos suecos y los importados. Además, en la medida en que ello guarda relación con la publicidad, *Systembolaget* tiene la obligación específica no de favorecer los productos nacionales en su selección, sino de poner los nuevos productos en conocimiento de los consumidores.

6 — Sentencia de 11 de julio de 1974, *Dassonville* (8/74, Rec. p. 837), apartado 5.

7 — Directiva 98/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad y de patrocinio de los productos del tabaco (DO L 213, p. 9), anulada recientemente por la sentencia de 5 de octubre de 2000, Alemania/Parlamento y Consejo (C-376/98, Rec. p. I-8419).

8 — Sentencia de 24 de noviembre de 1993, *Keck y Mithouard* (asuntos acumulados C-267/91 y C-268/91, Rec. p. I-6097), apartado 16.

9 — Véanse las sentencias de 15 de diciembre de 1993, *Hünnermund y otros* (C-292/92, Rec. p. I-6787), apartado 22; de 9 de febrero de 1995, *Leclerc-Siplec* (C-412/93, Rec. p. I-179), apartado 22, y de 9 de julio de 1997, *De Agostini y TV-Shop* (asuntos acumulados C-34/95, C-35/95 y C-36/95, Rec. p. I-3843), apartado 39.

31. Sin embargo, la situación jurídica no parece reflejarse en los hechos y, como el Tribunal de Justicia ha reconocido reiteradamente desde la sentencia *Dassonville*, el efecto actual o potencial sobre el acceso al mercado, de hecho, es crucial para la aplicación del artículo 30 del Tratado.

32. Es verdad que el Gobierno sueco menciona un aumento constante de las ventas de vino (esencialmente importado, principalmente de otros Estados miembros) y una disminución constante de las ventas de bebidas espirituosas (con un aumento de la proporción de whisky importado por oposición al vodka producido en Suecia), y esta evolución refleja uno de los objetivos de la normativa de apartar a los consumidores de las bebidas con mayor grado alcohólico.

33. Sin embargo, GIP cita otras estadísticas que indican la dominación sueca del mercado nacional de la cerveza fuerte y subraya que arraigados hábitos de consumo siempre tenderán a favorecer las bebidas nacionales, de modo que, sin publicidad, los productos procedentes de otros Estados miembros resultan desfavorecidos. En la vista, el representante del Gobierno sueco reconoció que existía una preferencia generalizada por la cerveza producida localmente. Además, según GIP, las informaciones de la prensa diaria en otros ámbitos (por ejemplo, en economía) mantendrán presentes los nombres de los productores nacionales en la mente de los consumidores; por añadidura, la falta de cualquier límite a la publicidad de las cervezas ligeras permite a los cerveceros suecos que las producen promocionar sus marcas (que son las mismas que las de las

cervezas fuertes) y obtener de este modo una ventaja en relación con los productores de cervezas importadas que, por lo general, no producen cerveza ligera.

34. Puede argüirse que éstos son elementos de hecho que debe apreciar el órgano jurisdiccional nacional, pero me parece inherente a cualquier norma, que impida a los productores hacer publicidad directamente dirigida al público, que afecte a los productos importados en forma desproporcionada y que, además, en todo caso, pueda «impedir su acceso al mercado o dificultarlo en mayor medida que dificultarlo el de los productos nacionales». ¹⁰

35. En los conflictos de intereses como en el de este asunto (otro ejemplo es el de la publicidad del tabaco), las empresas anunciantes alegan en muchas ocasiones que el objetivo y el efecto de la publicidad no consisten en incitar a un mayor número de personas a consumir el producto de que se trate, sino en persuadir a aquellos que ya lo consumen a cambiar de marca. En el caso presente, parece claro que la intención de las autoridades suecas es autorizar la publicidad exclusivamente con este último objetivo. En ambos casos se parte del principio subliminar de que, a falta de publicidad, disminuye la probabilidad de que los consumidores cambien de marca.

10 — Sentencia *Keck y Mithouard*, apartado 17.

36. En mi opinión, la exactitud de esta suposición es obvia. Es poco probable que un consumidor, que no sea consciente de las alternativas a los productos que acostumbra a comprar, vaya a descubrir si estas alternativas existen y, por tanto, es probable que siga comprando los mismos productos. La función de la publicidad es primordial para el lanzamiento de un nuevo producto o para penetrar en un nuevo mercado. Además, la existencia de un monopolio en el mercado al por menor aumenta claramente el peligro de que la restricción de la publicidad directa dirigida a los consumidores tenga un efecto restrictivo sobre los intercambios; a este respecto, el deber de imparcialidad impuesto a Systembolaget es insuficiente para superar la inercia de los arraigados hábitos de compra, en particular en la medida en que la demanda del consumidor constituye uno de los criterios en los que ha de basarse la selección de sus productos.

37. A la luz de la situación sueca —la normativa controvertida data de 1978 y parece que se ha seguido la misma política desde el siglo XIX, mientras que la obligación de permitir la libre circulación de mercancías procedentes de otros Estados miembros sólo data de 1994—¹¹ estas consideraciones conducen inexorablemente a la conclusión de que las restricciones a la publicidad de bebidas alcohólicas producen necesariamente un efecto negativo más importante sobre los nuevos productos introducidos en el mercado sueco que sobre los productos que ya están presentes, puesto que es muy posible que los primeros procedan de otros Estados miembros y los segundos sean productos suecos. Es tam-

bién muy posible —como sucedió en un incidente relatado de forma anecdótica por el abogado de GIP en la vista— que los productores de otros Estados miembros se sientan desalentados incluso para intentar penetrar en el mercado sueco.

38. En consecuencia, estoy convencido de que las restricciones de la publicidad controvertidas no sólo pueden obstaculizar el comercio intracomunitario, sino que también afectan, de hecho, a la comercialización de determinados productos nacionales de manera diferente a la de los importados de otros Estados miembros e impiden en mayor medida el acceso de estos productos al mercado que el de los productos nacionales. Por consiguiente, la excepción de la sentencia Keck y Mithouard no puede aplicarse en ningún caso.

— Justificación por razones de salud pública

39. No obstante, es necesario examinar si las restricciones a la publicidad están justificadas «por razones [...] de protección de la salud y vida de las personas» en virtud del artículo 36 del Tratado.

40. Cabe observar, entre paréntesis, que la jurisprudencia Cassis de Dijon proporciona una excepción a la prohibición de medidas de efecto equivalente a restricciones cuantitativas para los preceptos que «sean necesarios para cumplir las exigencias imperativas relativas, en particular, [...], a

¹¹ — Artículo 11 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, DO 1994, L 1, p. 3, que entró en vigor en Suecia el 1 de enero de 1994 y se corresponde con el artículo 30 del Tratado CE.

la salvaguardia de la salud pública»,¹² siempre que la medida se aplique indistintamente a los productos nacionales y a los productos importados. Sin embargo, en la sentencia Aragonesa de Publicidad Exterior y Publivia¹³ el Tribunal de Justicia señaló que no es necesario examinar el artículo 30 desde este punto de vista cuando (al igual que en el caso de autos) la justificación propuesta es la protección de la salud pública, ya que el artículo 36 del Tratado establece dicha justificación aunque la medida sea o no discriminatoria.

41. Creo que no puede negarse que una razón justificada en virtud del artículo 36, en principio, es aplicable a las medidas adoptadas para reducir el consumo de alcohol. Los peligros del consumo excesivo de alcohol para la salud y vida de las personas (tanto directamente por los perjuicios ocasionados en el organismo del bebedor, como indirectamente por la violencia, los accidentes de tráfico o los accidentes laborales) no precisan ser recordados. En la sentencia Franzén, el Tribunal de Justicia confirmó que la protección de la salud de las personas contra los perjuicios del alcohol es indiscutiblemente una de las razones que pueden justificar las excepciones al artículo 30 del Tratado.¹⁴

42. Además, todos los Estados miembros aplican determinadas restricciones a la publicidad de bebidas alcohólicas, aunque

en algunos de ellos toman la forma de un código de conducta y, en Suecia y en Finlandia parecen ser las más severas.¹⁵ En el ámbito de la televisión, la Directiva «televisión sin fronteras»¹⁶ contiene criterios estrictos sobre la publicidad de bebidas alcohólicas. Como señalaron los Gobiernos sueco y finlandés, las restricciones a la publicidad están comprendidas entre los objetivos del Plan europeo de acción en materia de alcohol, elaborado en 1993 por la Oficina Regional Europea de la Organización Mundial de la Salud y desarrollado para el periodo 2000 a 2005, y de la Carta Europea sobre el Alcohol, establecida por la Conferencia europea sobre la salud, la sociedad y el alcohol, celebrada por dicha Organización en París en diciembre de 1995.

— La proporcionalidad

43. En el estado actual del Derecho comunitario, que carece de normas comunes o armonizadas que regulen de manera general la publicidad de bebidas alcohólicas, corresponde a los Estados miembros decidir en qué nivel pretenden asegurar la protección de la salud pública y de qué manera debe alcanzarse este nivel.¹⁷

12 — Sentencia de 20 de febrero de 1979, Rewe/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (120/78, Rec. p. 649), apartado 8.

13 — Sentencia de 25 de julio de 1991 (asuntos acumulados C-1/90 y C-176/90, Rec. p. I-4151), apartado 13.

14 — Citada en la nota 2; véase el apartado 76 de la sentencia y la jurisprudencia allí citada.

15 — Véase *Overview of national alcohol policies in the 15 countries of the European Union*, publicado por la Société Française de Santé Publique y la Comisión Europea, octubre de 1998.

16 — Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva (DO L 298, p. 23); véase especialmente el artículo 15.

17 — Sentencia Aragonesa de Publicidad Exterior y Publivia, citada en la nota 13, apartado 16.

44. No obstante, una normativa nacional que tenga o pueda tener un efecto restrictivo sobre las importaciones de productos sólo puede acogerse a la excepción del artículo 36 del Tratado cuando la salud y la vida de las personas puedan ser protegidas de manera igualmente eficaz con medidas menos restrictivas de los intercambios comunitarios.¹⁸

45. Aunque la normativa sueca contiene una serie de restricciones a la publicidad, lo que aquí se discute es la proporcionalidad de la prohibición de cualquier publicidad comercial directa de bebidas cuyo grado alcohólico volumétrico sea superior al 3,5 % en las publicaciones periódicas destinadas al público en general.

46. El Konsumentombudsmannen y todos los Gobiernos que han presentado observaciones en este asunto consideran que dicha prohibición es proporcionada porque permite la publicidad dirigida a los comerciantes y porque una prohibición más limitada sería menos eficaz para lograr el objetivo declarado de reducir el consumo individual y general de alcohol en Suecia.

47. No obstante, GIP y la Comisión estiman que el objetivo invocado podría

lograrse con medidas menos restrictivas y que la eficacia de la prohibición es imperfecta. Subrayan la existencia del monopolio de Estado sobre la venta al por menor para el consumo privado y las restricciones a la venta y mencionan las «escapatorias» de la publicidad redaccional y de la publicidad comercial en Internet.

48. Desde mi punto de vista, una prohibición como la controvertida va más allá de lo necesario para lograr el objetivo perseguido, aunque la decisión final corresponda al órgano jurisdiccional nacional, que es el que puede tomar en cuenta los factores específicos del contexto sueco, ya que el Tribunal de Justicia no tiene las mismas posibilidades de conocerlos.

49. El objetivo de estas restricciones es reducir el consumo de alcohol. No pienso que pueda alegarse que una prohibición como la controvertida en el caso de autos no contribuya a alcanzar dicho objetivo, aunque no parece existir un consenso científico sobre los efectos precisos de la publicidad sobre el consumo de alcohol en contraposición con el cambio de marca por parte de los consumidores.¹⁹ Sin embargo, la cuestión esencial es si una prohibición menos restrictiva puede contribuir de

18 — Véase, como más reciente, la sentencia de 11 de julio de 2000, *Kemikalieinspektionen/Toolex Alpha* (C-473/98, Rec. p. I-5681), apartado 40, y, en lo que atañe a la protección de la salud de las personas contra los efectos nocivos del alcohol, véanse las sentencias *Aragonesa de Publicidad Exterior y Publivia*, citada en la nota 13, apartados 14 y 16, *Franzén*, citada en la nota 2, apartado 75, y de 15 de junio de 1999, *Heinonen* (C-394/97, Rec. p. I-3599), apartado 36.

19 — El décimo informe especial, presentado al Congreso de Estados Unidos, sobre el alcohol y la salud por el National Institute on Alcohol Abuse and Alcoholism —organismo del Gobierno Federal creado para estudiar las causas, las consecuencias, el tratamiento y la prevención del alcoholismo y de los problemas relacionados con el alcohol—, examina un gran número de estudios experimentales e investigaciones sobre los efectos de la publicidad del alcohol y llega a la conclusión de que, salvo quizás en el caso de los niños y de los jóvenes, existen «pocas pruebas concordantes de que la publicidad del alcohol afecte a las opiniones y conductas en materia de consumo de alcohol». Sin embargo, otras fuentes mencionan la existencia de una relación.

manera igualmente eficaz a ello y esta cuestión ha de examinarse, como indican acertadamente GIP y la Comisión, en el contexto de la situación sueca.

50. Esta situación se caracteriza, entre otras cosas, por el hecho de que la compra y el consumo de alcohol por parte de personas mayores de 20 años son perfectamente legales y dependen de la libre elección de los individuos. Además, no existe ninguna intención por parte del legislador de privar a estas personas del acceso a la información sobre las bebidas alcohólicas disponibles, puesto que la publicidad redaccional no es objeto de restricción alguna y la publicidad comercial directa está a disposición de los consumidores cuando la solicitan o en los puntos de venta. La prohibición controvertida debe asimismo examinarse en el ámbito de las restricciones a la disponibilidad de alcohol, de los elevados impuestos especiales, de la aplicación estricta de los límites de edad para la compra de bebidas alcohólicas y de la obligación de que toda la publicidad de estas bebidas debe dar muestras de una «moderación especial», lo que implica, según las explicaciones del Gobierno sueco, objetividad y comedimiento tanto en el texto como en las imágenes.

51. Frente a esta situación, ¿cuáles son las restricciones de la publicidad que están justificadas? Algunas lo están, sin duda alguna. Parece muy razonable pretender, por ejemplo, proteger contra la posible influencia de la publicidad de las bebidas alcohólicas a los niños y a los jóvenes, que todavía no consumen alcohol pero que, precisamente por su edad, son particular-

mente sensibles a sus efectos nocivos. Por consiguiente, está justificada cualquier prohibición de publicidad del alcohol en las publicaciones destinadas a estos sectores de la población. Tampoco me parece desproporcionado en relación con este objetivo prohibir la publicidad en los medios de comunicación que, por su índole, pueden atraer frecuentemente la atención de los niños y de los jóvenes, como, por ejemplo, los carteles publicitarios en la vía pública, los periódicos de gran tirada y los programas de televisión en las horas de mayor audiencia. Diversas variantes están en vigor en muchos Estados miembros.

52. En cuanto al consumo de los adultos, igualmente considerado por la normativa sueca, me parece que también se justifica perfectamente que se impongan determinados límites, si bien cabe recordar que dicha normativa presupone que cualquier persona mayor de 20 años posee la madurez suficiente para tomar la decisión de beber alcohol y en qué cantidad.

53. A la luz de los objetivos perseguidos, parece justificado, por ejemplo, prohibir la publicidad que presente el consumo inmoderado desde un ángulo favorable o que incluso aliente el consumo de alcohol más que el de otras bebidas. A este respecto, pueden citarse los anuncios publicitarios que asocian las bebidas alcohólicas con la salud, la felicidad, la prosperidad, el éxito, la elegancia, la sofisticación, la seducción sexual o cualidades similarmente deseadas. Estas restricciones están incluidas en la obligación de una «moderación especial» en la publicidad, que, en sí misma, es perfectamente proporcionada. Asimismo,

con respecto a un tipo de peligro para la salud y vida de las personas diferente del provocado directamente al bebedor, puede parecer plenamente justificado imponer una prohibición de publicidad del alcohol en las publicaciones destinadas a los automovilistas.

2,25 % y del 3,5 % de alcohol no son muy elevados. De forma más importante, habría que analizar si este tipo de restricciones es eficaz cuando los productores (como parece ser el caso de los cerveceros suecos) pueden eludir su objetivo utilizando la misma marca para bebidas que tengan una graduación alcohólica inferior y superior al umbral fijado.

54. Con el objetivo de desalentar el «alistentamiento» al alcohol de aquellas personas que, de otra manera, no se inclinarían a consumirlo, también encuentro una posible justificación de la prohibición de la publicidad, por ejemplo, de las bebidas «sustitutorias», es decir, bebidas alcohólicas diseñadas específicamente para atraer a aquellos (incluyendo indudablemente a los jóvenes y hasta a los niños) cuya bebida preferida sea azucarada y gaseosa.

56. He dado estos ejemplos como ilustración, y no como una lista exhaustiva, de los casos en los que la prohibición de publicidad puede estar justificada —en función de todas las circunstancias— por cuanto contribuye al legítimo objetivo de disminuir el consumo de alcohol entre los adultos y a prevenir su consumo en los menores de 20 años, mientras que una prohibición menos restrictiva no produciría los mismos efectos.

55. Otro tipo de restricción justificada podría referirse a la publicidad de las bebidas que excedan de un determinado grado alcohólico, que son, por lo tanto, más nocivas para la salud. Estas restricciones están en vigor en varios Estados miembros. En la sentencia Aragonesa de Publicidad Exterior y Publivia,²⁰ el Tribunal de Justicia declaró que el criterio de un grado alcohólico de más de 23 grados no resulta manifiestamente irrazonable para luchar contra el alcoholismo, aun cuando el grado alcohólico preciso que constituye un criterio apropiado pueda variar en función de las circunstancias específicas y de los hábitos de consumo del Estado miembro de que se trate. A este respecto, hay que observar que los umbrales suecos del

57. Sin embargo, a la luz del objetivo de reducir el consumo legal de alcohol de los adultos, no estoy convencido de que sea necesario o eficaz imponer una prohibición de toda publicidad comercial de las bebidas alcohólicas en todos los medios de comunicación dirigidos al público en general, teniendo en cuenta que dicha publicidad debe dar muestras, en todo caso, de una «moderación especial». Muchos sectores de los medios de comunicación no atraen la atención de niños y jóvenes —que, por añadidura, no buscan tales publicaciones por el mero placer de leer una publicidad «especialmente moderada» de una bebida alcohólica (a este respecto, la presente

20 — Citada en la nota 13, apartado 17.

situación no puede compararse, por ejemplo, con una prohibición de material publicitario sexualmente explícito).

58. Sin embargo, aun en el supuesto de que la exposición del material publicitario moderado pueda, por lo general, incitar a los adultos a consumir más de lo que consumirían si este material no existiera, considero que sería extremadamente difícil extender este razonamiento a todos los sectores de los medios de comunicación.

59. El órgano jurisdiccional nacional ha proporcionado un ejemplar del número controvertido de *Gourmet*. Se trata de una revista principalmente dedicada a gastronomía y bebidas. Contiene, entre otras cosas, comentarios editoriales sobre las bebidas alcohólicas que aparentemente son perfectamente legales. Además de tres páginas completas de publicidad criticadas por el Konsumentombudsmannen, hay un artículo de siete páginas sobre las cervezas fuertes que incluye fotografías de diversas marcas, un artículo de tres páginas y media sobre las bebidas espirituosas y cinco páginas de notas sobre catas de vinos junto con referencias de menor importancia a otras bebidas. Independientemente de si la revista y su suplemento destinados a los suscriptores están comprendidos en la definición de publicación profesional en el sentido del Derecho sueco, me parece poco probable que un lector —del que se supone que ha elegido conscientemente leer la revista, a menos que se encuentre con frecuencia en las salas de espera de los dentistas— se verá incitado a beber más alcohol como resultado de la presencia de material publicitario de lo que estaría si únicamente hubiese leído el contenido editorial.

60. En efecto, puede considerarse razonablemente que el comprador de esta revista se halla en una posición comparable a la de una persona que compra alcohol o que solicita expresamente material publicitario a un productor, situaciones que no están comprendidas en la prohibición de publicidad comercial. La razón de estas excepciones parece encontrarse en que, en tal situación, cualquier efecto producido por el material publicitario puede implicar un cambio de marca más que un aumento del consumo y pienso que se puede aplicar el mismo principio cuando una persona opta por leer una publicación dedicada, en su mayor parte, a bebidas alcohólicas.

61. Mi opinión de que la prohibición de la publicidad comercial directa, que se refiere a determinados sectores de los medios de comunicación y, en particular, a la prensa especializada destinada a aquellas personas que se interesan por la gastronomía y los vinos, es ineficaz en relación con el objetivo expresamente perseguido —y, por tanto, desproporcionada e injustificable en virtud del artículo 36 del Tratado— se ve corroborada por otros muchos factores señalados por GIP y por la Comisión.

62. Me parece que la falta de cualquier prohibición de la publicidad redaccional atenúa considerablemente el efecto de una prohibición de la publicidad comercial. Por una parte, la publicidad comercial siempre debe ser especialmente moderada y, por otra, los periodistas que escriben sobre bebidas alcohólicas pueden tener la tendencia a ponerse líricos. Del mismo modo, los comentarios editoriales pueden tener

mayor impacto en la mente del lector que una publicidad comercial. Además, el efecto producido es necesariamente menor por el hecho de que —como se dijo en la vista— en Suecia se venden publicaciones extranjeras que contienen anuncios de bebidas alcohólicas, algunos de ellos insertados para sus propios productos por Vin & Sprit, sociedad productora de alcohol que posee el Estado sueco.

63. Sin embargo, hay que tener presente —y aquí se trata de una cuestión que corresponde resolver al órgano jurisdiccional nacional— que la normativa sueca controvertida puede ser interpretada de tal manera que su aplicación en el presente asunto no sea desproporcionada y que, por consiguiente, siga siendo conforme con el Derecho comunitario. Puede pensarse que ello es realizable si se considera a *Gourmet* como una revista comercial y a sus compradores como personas que se hallan en la misma situación que las que han solicitado material publicitario.

— Conclusión

64. En consecuencia, estimo que, a la luz de los artículos 30 y 36 del Tratado CE, una prohibición de la publicidad comercial de bebidas alcohólicas dirigida directamente al público en general en un Estado miembro es una medida equivalente a una restricción cuantitativa a las importaciones; no obstante, puede estar justificada por razones de protección de la salud y vida de

las personas, siempre que el objetivo perseguido no pueda lograrse de manera igualmente eficaz con medidas menos restrictivas de los intercambios intracomunitarios; sin embargo, parece que el objetivo sueco de reducir el consumo de alcohol —sujeto a comprobación por el órgano jurisdiccional nacional a la luz de los factores específicos de la situación nacional— podría lograrse de manera igualmente eficaz con medidas menos restrictivas que una prohibición de toda publicidad en todos los sectores de los medios de comunicación, en particular en la medida en que se extiende a las publicaciones dedicadas a la gastronomía y a las bebidas.

Artículo 59 del Tratado CE

— Ámbito de aplicación de este artículo

65. El artículo 59 prohíbe toda restricción a la libre prestación de servicios dentro de la Comunidad para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un país de la Comunidad que no sea el del destinatario de la prestación.

66. La restricción aquí controvertida se refiere a la libertad de GIP para proponer espacios publicitarios de bebidas alcohóli-

cas a las empresas anunciantes establecidas en otros Estados miembros.

artículo 59 no puede quedar supeditada a la previa existencia de un destinatario determinado.

67. Ello basta para que el artículo 59 sea aplicable. Si bien es necesario que el servicio presente un elemento transfronterizo,²¹ la restricción alegada no debe referirse necesariamente a la publicidad de bebidas alcohólicas producidas en otros Estados miembros; a estos efectos, el producto que es objeto de la publicidad incluso puede ser puramente sueco.

69. En mi opinión, queda claro, pues, que una norma por la cual puede impedirse a un editor ofrecer encartes publicitarios a las empresas anunciantes establecidas en otros Estados miembros puede restringir su libertad de prestar servicios transfronterizos. Seguramente, la misma restricción debe afectar a las agencias de publicidad establecidas en la Comunidad que pretendan proporcionar a los productores de bebidas alcohólicas espacios de publicidad en la prensa periódica sueca.

68. Carece de importancia si GIP propuso efectivamente encartes publicitarios a clientes de fuera de Suecia. En el litigio principal, el Konsumentombudsmannen solicita una orden conminatoria que prohíba a GIP hacer publicidad de bebidas alcohólicas so pena de multa. Por lo tanto, es irrelevante la identidad de las personas cuyos encartes publicitarios aparecieron en el número 4 de la edición de *Gourmet* destinada a los suscriptores, que han dado origen al procedimiento principal. La cuestión consiste en saber si se impedirá a GIP ofrecer dichos servicios en el futuro, quedando claro que desea ofrecer esta posibilidad a empresas anunciantes establecidas en otros Estados miembros. Como declaró el Tribunal de Justicia en su sentencia *Alpine Investments*,²² la libre prestación de servicios sería ilusoria si las normativas nacionales pudieran libremente crear obstáculos a las ofertas de servicios y la aplicabilidad del

70. El Gobierno noruego y la Comisión sugirieron que, para estar incluida en la prohibición del artículo 59, esta norma debe discriminar, no obstante, entre las ofertas de servicios hechas a las empresas anunciantes de otros Estados miembros y las ofertas hechas en el propio Estado del editor. Indican que, en el caso de autos, dicha discriminación no resulta patente.

71. Aunque coincido en que aquí no existe prueba alguna de que la prohibición controvertida afecta diferentemente a las ofertas de servicios transfronterizos y a las ofertas de servicios en Suecia, no estoy de acuerdo con la necesidad de dicha discriminación para que haya una infracción del artículo 59. El Tribunal de Justicia ha declarado en repetidas ocasiones que el artículo 59 prohíbe «cualquier restricción, aunque se aplique indistintamente a los prestadores de servicios nacionales y a los de los demás Estados miembros, cuando

21 — Véase, por ejemplo, la sentencia de 17 de junio de 1997, *Sodemare y otros* (C-70/95, Rec. p. I-3395), apartado 38, así como la jurisprudencia citada en ese apartado.

22 — Sentencia de 10 de mayo de 1995 (C-384/93, Rec. p. I-1141), apartado 19.

pueda prohibir, obstaculizar o hacer menos interesantes las actividades del prestador establecido en otro Estado miembro, en el que presta legalmente servicios análogos». ²³ También resulta claramente de la sentencia *Alpine Investments*,²⁴ que la prohibición comprende asimismo las restricciones establecidas por el Estado desde el cual, tanto como por el Estado destinatario, se prestan los servicios y que, para la apreciación de las restricciones a la libre prestación de servicios transfronterizos, no existe excepción análoga a la establecida por la jurisprudencia *Keck y Mithouard*.

72. En estas circunstancias, no tengo dificultad en concluir que la prohibición controvertida está comprendida en el artículo 59 del Tratado.

— La libertad de expresión

73. En la vista, el Gobierno sueco y la Comisión indicaron que la publicidad redaccional está protegida por la libertad de expresión. Sin embargo, según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la publicidad comercial también entra en el ámbito de aplicación del artículo 10 del Convenio Europeo de

23 — Véase, como más reciente, la sentencia de 3 de octubre de 2000, *Corsten* (C-58/98, Rec. p. I-7919), apartado 33, y la jurisprudencia citada en ese apartado.

24 — Citada en la nota 22; véanse en particular los apartados 30 y 35 a 38 de la sentencia.

Derechos Humanos, que garantiza a toda persona la libertad de expresión.²⁵ Este aspecto del asunto no ha sido debatido ante el Tribunal de Justicia y estimo que no es necesario analizarlo para resolver este asunto.

74. Sin embargo, la existencia de cualquier intrusión en el derecho fundamental a la libre expresión de las empresas anunciantes (que puede estar justificada por razones análogas a las que se pueden invocar en relación con la restricción a la libre prestación de servicios y que examinaré más adelante) únicamente puede significar que la incompatibilidad con el artículo 59 del Tratado debe ser examinada con especial interés.

— Justificación por razones de salud pública

75. El artículo 56, apartado 1, del Tratado CE que, en virtud del artículo 66 es aplicable a las materias reguladas por el artículo 59, establece una excepción similar a la contenida en el artículo 36 con respecto a las restricciones a la libre circulación de mercancías; el artículo 59 no prejuzga la aplicabilidad de las disposiciones legales que «prevean un régimen especial para los extranjeros y que estén

25 — Véase, por ejemplo, la sentencia *Casado Coca/España* (8/1993), apartado 35, y la jurisprudencia allí citada.

justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas».

76. Este tenor parece autorizar dicha justificación únicamente para normas explícita o deliberadamente discriminatorias y no para aquellas que se apliquen indistintamente a la prestación de servicios nacionales y a los transfronterizos, aunque en este último caso está comprendida igualmente en el ámbito de aplicación del artículo 59.

77. Sin embargo, sería absurdo que una norma que prevé un régimen especial para los extranjeros pueda estar justificada por razones de salud pública, mientras que no sería éste el caso de una norma que se aplica indistintamente pero que, sin embargo, limita la prestación de servicios transfronterizos.

78. En efecto, paralelamente a lo que la jurisprudencia ha denominado la «rule of reason» en materia de libre circulación de mercancías, empezando por la sentencia *Cassis de Dijon*,²⁶ el Tribunal de Justicia ha desarrollado igualmente un criterio judicial según el cual una restricción no discriminatoria de la libre prestación de servicios puede escapar a la prohibición del artículo 59 del Tratado si está objetivamente justificada por un interés público legítimo. Así, en la sentencia *Alpine Investments* por ejemplo —otro asunto relativo a

una restricción que afecta a los posibles prestadores de servicios establecidos en el Estado miembro que la impone— el Tribunal de Justicia no ha dudado en investigar si la prohibición juzgada discriminatoria puede estar justificada por razones imperativas de interés general.²⁷

79. A este respecto, el objetivo de limitar el consumo de alcohol es, nuevamente, una cuestión de interés general que puede justificar determinadas restricciones a la libre prestación de servicios. Además, el Tribunal de Justicia ha reconocido que las restricciones a la publicidad pueden estar justificadas por motivos de interés general.²⁸

80. Sin embargo, para estar justificada, cualquiera de estas restricciones también debe ser apropiada para garantizar la realización del objetivo que se propone y no ir más allá de lo necesario para su consecución.²⁹ Por las razones antes mencionadas en mi análisis de la situación respecto del artículo 36 del Tratado, considero que, visto el contexto global, una prohibición de publicidad comercial de bebidas alcohólicas en todas las publicaciones destinadas al público en general parece efectivamente que va más allá de lo necesario para la realización del objetivo considerado por las autoridades suecas.

27 — Citada en la nota 22; véanse los apartados 35 y 40 y siguientes de la sentencia.

28 — Véanse, en particular, las sentencias de 25 de julio de 1991, *Collectieve Antennevoorziening Gouda* (C-288/89, Rec. p. I-4007), apartados 23 y 27, y de 28 de octubre de 1999, *ARD/Pro Sieben* (C-6/98, Rec. p. 7599), apartado 50.

29 — Véanse, por ejemplo, las sentencias *Collectieve Antennevoorziening Gouda*, apartado 15; *Alpine Investments*, citada en la nota 22, apartado 45, y *ARD/Pro Sieben*, apartado 51.

26 — Véase el punto 40 de las presentes conclusiones.

Conclusión

81. A la luz de las consideraciones que anteceden, estimo que el Tribunal de Justicia debería proporcionar la siguiente respuesta a las cuestiones planteadas por el Stockholms tingsrätt:

«Una norma nacional que prohíbe la publicidad comercial de bebidas alcohólicas directamente dirigida al público en general constituye una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa a la importación de dichas bebidas, prohibida por el artículo 30 del Tratado CE, así como una restricción a la libre prestación de servicios transfronterizos de publicidad, prohibida por el artículo 59. Dicha norma puede estar justificada por razón de su objetivo de protección de la salud y vida de las personas contra los peligros de un consumo excesivo de alcohol, pero únicamente en la medida en que este objetivo no pueda ser logrado de manera igualmente eficaz con medidas menos restrictivas. Una prohibición que se extiende a la publicidad comercial en las publicaciones periódicas en las que una parte considerable de su contenido está dedicada, legalmente, a bebidas alcohólicas, en principio, no es necesaria y es ineficaz a este respecto. Por lo tanto, no puede estar justificada de esa manera.»