

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5 de Outubro de 2000 \*

No processo C-376/98,

**República Federal da Alemanha**, representada por C.-D. Quassowski, Regierungsdirektor no Ministério Federal das Finanças, na qualidade de agente, assistido por J. Sedemund, advogado em Berlim, com domicílio escolhido no Ministério Federal das Finanças, Referat EC2 Graurheindorfer Straße 108, D — 53117 Bonn,

recorrente,

contra

**Parlamento Europeu**, representado por C. Pennera, chefe de divisão no Serviço Jurídico, e N. Lorenz, membro do mesmo serviço, na qualidade de agentes, com domicílio escolhido no Luxemburgo no Secretariado-Geral do Parlamento Europeu, Kirchberg,

e

**Conselho da União Europeia**, representado por R. Gosalbo Bono, director no Serviço Jurídico, A. Feeney e S. Marquardt, membros do mesmo serviço, na

\* Língua do processo: alemão.

qualidade de agentes, com domicílio escolhido no Luxemburgo no gabinete de A. Morbilli, director-geral da Direcção dos Assuntos Jurídicos do Banco Europeu de Investimento, 100, boulevard Konrad Adenauer,

recorridos,

apoiados por

**República Francesa**, representada inicialmente por J.-F. Dobelle, director adjunto na Direcção dos Assuntos Jurídicos do Ministério dos Negócios Estrangeiros, e R. Loosli-Surrans, encarregada de missão na mesma direcção, e em seguida por K. Rispal-Bellanger, subdirectora na mesma direcção, e R. Loosli-Surrans, na qualidade de agentes, com domicílio escolhido no Luxemburgo na Embaixada de França, 8 B, boulevard Joseph II,

por

**República da Finlândia**, representada por H. Rotkirch e T. Pynnä, valtionasiamiehet, na qualidade de agentes, com domicílio escolhido no Luxemburgo na Embaixada da Finlândia, 2, rue Heinrich Heine,

por

**Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte**, representado por M. Ewing, do Treasury Solicitor's Department, na qualidade de agente, assistida por N. Paines, QC, com domicílio escolhido no Luxemburgo na Embaixada do Reino Unido, 14, boulevard Roosevelt,

e por

**Comissão das Comunidades Europeias**, representada por I. Martínez del Peral e U. Wölker, membros do Serviço Jurídico, na qualidade de agentes, com domicílio escolhido no Luxemburgo no gabinete de C. Gómez de la Cruz, membro do mesmo serviço, Centre Wagner, Kirchberg,

intervenientes,

que tem por objecto a anulação da Directiva 98/43/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Julho de 1998, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de publicidade e de patrocínio dos produtos do tabaco (JO L 213, p. 9),

### O TRIBUNAL DE JUSTIÇA,

composto por: G. C. Rodríguez Iglesias, presidente, J. C. Moitinho de Almeida (relator), D. A. O. Edward, L. Sevón e R. Schintgen, presidentes de secção, P. J. G. Kapteyn, C. Gulmann, A. La Pergola, J.-P. Puissochet, P. Jann, H. Ragnemalm, M. Wathelet e F. Macken, juízes,

advogado-geral: N. Fennelly,

secretário: H. von Holstein, secretário adjunto, e L. Hewlett, administradora,

visto o relatório para audiência,

ouvidas as alegações das partes na audiência de 12 de Abril de 2000, na qual a República Federal da Alemanha foi representada por C.-D. Quassowski, assistido por J. Sedemund, o Parlamento por C. Pennera e N. Lorenz, o Conselho por R. Gosalbo Bono, A. Feeney e S. Marquardt, a República Francesa por R. Loosli-Surrans, a República da Finlândia por T. Pynnä, o Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte por G. Amodeo, do Treasury Solicitor's Department, na qualidade de agente, assistida pelo professor R. Cranston, QC, MP, Her Majesty's Solicitor General for England & Wales, e N. Paines, e a Comissão por I. Martínez del Peral e U. Wölker,

ouvidas as conclusões do advogado-geral apresentadas na audiência de 15 de Junho de 2000,

profere o presente

### Acórdão

- 1 Por petição apresentada na Secretaria do Tribunal de Justiça em 19 de Outubro de 1998, a República Federal da Alemanha pediu, nos termos do artigo 173.º do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 230.º CE), a anulação da Directiva 98/43/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Julho de 1998, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de publicidade e de patrocínio dos produtos do tabaco (JO L 213, p. 9, a seguir «directiva»).
  
- 2 Por despachos do presidente do Tribunal de Justiça de 30 de Abril de 1999, a República Francesa, a República da Finlândia, o Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte e a Comissão das Comunidades Europeias foram autorizados a intervir em apoio dos pedidos do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia.
  
- 3 A directiva foi adoptada com fundamento nos artigos 57.º, n.º 2, do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 47.º, n.º 2, CE), 66.º do Tratado CE (actual artigo 55.º CE) e 100.º-A do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 95.º CE).

4 A directiva prevê, no seu artigo 2.º:

«Para efeitos da presente directiva, entende-se por:

- 1) 'Produto do tabaco': qualquer produto destinado a ser fumado, inalado, chupado ou mascado, desde que seja constituído, mesmo parcialmente, por tabaco;
- 2) 'Publicidade': qualquer forma de comunicação comercial que tenha como objectivo ou efeito directo ou indirecto promover um produto do tabaco, incluindo a publicidade que, sem mencionar directamente o produto do tabaco, tente contornar a proibição de publicidade, utilizando nomes, marcas, símbolos ou outros distintivos de produtos do tabaco;
- 3) 'Patrocínio': qualquer contributo público ou privado para actividades ou acontecimentos, que tenha por objectivo ou por efeito directo ou indirecto promover um produto do tabaco;
- 4) 'Ponto de venda de tabaco': qualquer local onde sejam colocados à venda produtos do tabaco.»

5 Nos termos do artigo 3.º da directiva:

«1. Sem prejuízo da Directiva 89/552/CEE, são proibidas na Comunidade todas as formas de publicidade ou de patrocínio.

2. O n.º 1 não obsta a que um Estado-Membro possa autorizar que um nome já utilizado de boa-fé simultaneamente para produtos do tabaco e outros produtos ou serviços, comercializados ou oferecidos por uma mesma empresa ou empresas distintas antes de 30 de Julho de 1998, seja utilizado para a publicidade a esses outros produtos ou serviços.

Porém, esse nome apenas poderá ser utilizado sob um aspecto claramente distinto do utilizado para o produto do tabaco, com exclusão de qualquer outro sinal distintivo já utilizado para um produto do tabaco.

3. a) Os Estados-Membros garantirão que nenhum produto do tabaco utilize o nome, a marca, o símbolo ou outro distintivo de qualquer outro produto ou serviço a não ser que esse produto do tabaco já esteja comercializado sob esse nome, marca, símbolo ou outro distintivo na data prevista no n.º 1 do artigo 6.º;

b) A proibição prevista no n.º 1 não pode ser contornada por nenhum produto ou serviço comercializado a partir da data prevista no n.º 1 do artigo 6.º, mediante a utilização de nomes, marcas, símbolos ou outros distintivos já utilizados para um produto do tabaco.

Para esse efeito, o nome, a marca, o símbolo ou qualquer outro distintivo do produto ou serviço devem ser apresentados com um aspecto claramente distinto do utilizado para o produto do tabaco.

4. É proibida qualquer distribuição gratuita cujo objectivo ou efeito, directo ou indirecto, seja o de promover um produto do tabaco.

5. A presente directiva não é aplicável:

- às comunicações destinadas unicamente aos profissionais do ramo do comércio do tabaco,
  
- à apresentação dos produtos do tabaco colocados à venda e à afixação do seu preço nos pontos de venda de tabaco,
  
- à publicidade destinada ao comprador nos estabelecimentos especializados na venda de produtos do tabaco e nas respectivas fachadas ou, quando se trate de estabelecimentos de venda de artigos ou de serviços diversos, nos locais reservados à venda de produtos do tabaco, bem como nos pontos de venda que, na Grécia, estão sujeitos a um sistema especial de concessão de licenças por questões de carácter social (ditos 'periptera'),
  
- à venda de publicações com publicidade a produtos do tabaco editadas e impressas em países terceiros, desde que essas publicações não sejam principalmente destinadas ao mercado comunitário.»

6. Nos termos do artigo 4.º da directiva:

«Os Estados-Membros garantirão a existência de meios adequados e eficazes para garantir e controlar a aplicação das disposições nacionais adoptadas no quadro da presente directiva. Esses meios podem incluir disposições que permitam às pessoas ou organizações que, segundo a legislação nacional, tenham um interesse legítimo na supressão de publicidade incompatível com a presente

directiva, intentar acções judiciais contra essa publicidade ou submetê-la à apreciação do órgão administrativo competente para decidir das queixas ou para instaurar os processos judiciais adequados.»

7 O artigo 5.º da directiva dispõe:

«A presente directiva não afecta a faculdade dos Estados-Membros de, no respeito pelo Tratado, fixarem exigências mais rigorosas que considerem necessárias para assegurar a protecção da saúde das pessoas em matéria de publicidade ou de patrocínio de produtos do tabaco.»

8 Nos termos do artigo 6.º da directiva:

«1. Os Estados-Membros porão em vigor as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para dar cumprimento à presente directiva, o mais tardar, em 30 de Julho de 2001. Do facto informarão imediatamente a Comissão.

Quando os Estados-Membros adoptarem essas disposições, estas devem incluir uma referência à presente directiva ou ser acompanhadas dessa referência na publicação oficial. As modalidades dessa referência serão adoptadas pelos Estados-Membros.

2. Os Estados-Membros comunicarão à Comissão o texto das principais disposições de direito interno que adoptarem nas matérias reguladas na presente directiva.

3. Os Estados-Membros podem diferir a execução do n.º 1 do artigo 3.º:

- por um ano no que se refere à imprensa,
- por dois anos no que se refere ao patrocínio.

Em casos excepcionais e por razões devidamente justificadas, os Estados-Membros podem continuar a autorizar o patrocínio já existente de acontecimentos ou actividades organizados a nível mundial por um período suplementar de três anos, que terminará, o mais tardar, em 1 de Outubro de 2006, desde que:

- os montantes destinados a esse patrocínio sejam decrescentes durante o período de transição,
- sejam introduzidas medidas de limitação voluntária destinadas a reduzir a visibilidade da publicidade por ocasião dos acontecimentos ou actividades em questão.»

- 9 Em apoio do seu recurso, a República Federal da Alemanha invoca sete fundamentos assentes, respectivamente, no facto de que o artigo 100.º-A do Tratado não constitui uma base jurídica adequada para a directiva, na violação dos artigos 57.º, n.º 2, e 66.º do Tratado, na violação do princípio da proporcionalidade, na violação do princípio da subsidiariedade, na violação dos direitos fundamentais, na violação dos artigos 30.º e 36.º do Tratado CE (que passaram, após alteração, a artigos 28.º CE e 30.º CE) e na violação do artigo 190.º do Tratado CE (actual artigo 253.º CE).

- 10 A recorrente e os recorridos alegam que as suas considerações relativas ao artigo 100.º-A se aplicam à interpretação dos artigos 57.º, n.º 2, e 66.º do Tratado.
  
- 11 Assim, há que apreciar em conjunto os fundamentos assentes na escolha errada dos artigos 100.º-A, 57.º, n.º 2, e 66.º do Tratado como base jurídica da directiva.

### Quanto aos fundamentos assentes na escolha errada da base jurídica

#### *Argumentos das partes*

- 12 A recorrente considera que o artigo 100.º-A do Tratado não constitui uma base jurídica adequada para a directiva, fundando-se simultaneamente nas características do mercado da publicidade dos produtos do tabaco e na análise do artigo 100.º-A.
  
- 13 No que respeita, em primeiro lugar, às características do mercado, a recorrente alega que a publicidade dos produtos do tabaco é, no essencial, uma actividade cujos efeitos não ultrapassam as fronteiras de cada Estado-Membro.
  
- 14 A este respeito, assinala que, embora a publicidade dos produtos do tabaco seja muitas vezes concebida ao nível do fabricante, a apresentação concreta do suporte publicitário ao consumidor resulta de uma estratégia assente nas especificidades de cada mercado. É ao nível nacional que é determinada a forma

que assumem concretamente a publicidade, o fundo musical, a escolha das cores bem como outros elementos dos produtos publicitários adaptados às especificidades culturais de cada Estado-Membro.

- 15 Quanto aos suportes publicitários ditos «estáticos» como os cartazes, o cinema e os utilizados no sector dito «Horeca» (hotéis, restaurantes, cafés), como os chapéus-de-sol e os cinzeiros, os mesmos são mercadorias cujo comércio entre os Estados-Membros é praticamente inexistente e que até ao presente não foi sujeito a qualquer restrição. Por razões fiscais, a prática publicitária com distribuições gratuitas é igualmente limitada aos mercados nacionais.
- 16 Quanto aos suportes publicitários ditos «não estáticos», só a imprensa assume certa importância no plano económico. É um facto que os periódicos e os quotidianos constituem suportes da publicidade dos produtos do tabaco, mas o comércio intracomunitário destes produtos é muito escasso. Os periódicos só são exportados para outros Estados-Membros numa percentagem claramente inferior a 5%. Quanto aos quotidianos, são muito menos utilizados que os periódicos para veicular este tipo de publicidade. Na Alemanha, em 1997, a parte da publicidade dos produtos do tabaco no rendimento publicitário global dos quotidianos foi de 0,04%
- 17 A fraca importância do comércio transfronteiras da imprensa explica que o mesmo não seja sujeito a entraves pelos Estados-Membros que proíbem à sua imprensa nacional aceitar a publicidade dos produtos do tabaco. As leis belga e irlandesa autorizam expressamente a importação de artigos de imprensa com tal publicidade e os pedidos de proibição desta importação junto dos órgãos jurisdicionais franceses não foram coroados de êxito.
- 18 Quanto aos produtos ditos de «diversificação» que são objecto do artigo 3.º, n.º 2, da directiva, a recorrente alega que a imprecisão desta disposição pode dar origem a interpretações divergentes provocando novos entraves às trocas

comerciais. De qualquer modo, a directiva não prevê uma cláusula de comércio livre impedindo os Estados-Membros que não utilizam a possibilidade dada pela referida disposição de se oporem à comercialização de produtos em proveniência de Estados-Membros que fizeram uso de tal possibilidade.

- 19 Quanto às prestações de serviços fornecidas pelas agências de publicidade, a recorrente alega que a actividade que consiste em elaborar estratégias publicitárias centralizadas bem como o trabalho intelectual que a publicidade pressupõe não caem no âmbito de aplicação da directiva. Com efeito, o artigo 2.º, ponto 2, da directiva só define a publicidade como a utilização efectiva de meios publicitários dirigidos ao consumidor.
- 20 Quanto ao patrocínio, por um lado, as relações entre o patrocinador e o organizador ocorrem em grande parte à escala nacional porque ambos se encontram normalmente estabelecidos no mesmo Estado-Membro. Além disso, mesmo quando tal não se verifica, não existe nenhum entrave ao patrocínio resultante das legislações nacionais porque a colocação à disposição das superfícies publicitárias no lugar da manifestação é realizada localmente. Por outro lado, a retransmissão pela televisão do evento patrocinado também não está sujeita a qualquer obstáculo.
- 21 No que respeita às distorções de concorrência resultantes das divergências entre as legislações nacionais, a recorrente alega que, tendo em conta o primeiro considerando da directiva, a mesma não se destina a eliminar tais distorções no sector da indústria do tabaco.
- 22 Quanto aos fabricantes de produtos publicitários, estes só operam de forma diminuta além-fronteiras não existindo qualquer relação de concorrência entre eles devido à orientação primordialmente nacional das estratégias publicitárias em favor do tabaco. E quanto à imprensa, os artigos importados não concorrem

com os meios de comunicação escritos locais e não atingem em caso algum, no Estado-Membro de destino, uma parte de mercado que possa ser considerada importante.

- 23 No que se refere, em segundo lugar, à análise do artigo 100.º-A do Tratado, a recorrente alega, antes de mais, que este artigo atribui competência ao legislador comunitário para harmonizar as legislações nacionais na medida em que a harmonização seja necessária para favorecer o mercado interno. Sob pena de tornar impossível a fiscalização jurisdicional da escolha do artigo 100.º-A como base jurídica, não basta uma simples alusão a este artigo nos considerandos do acto adoptado. É necessário que o acto contribua efectivamente para a melhoria do mercado interno.
- 24 Ora, não é esse aqui o caso. Dado que a única publicidade admitida, ou seja, a efectuada nos locais de venda, só representa 2% das despesas de publicidade da indústria do tabaco, a directiva implica, de facto, uma proibição total dessa publicidade. Por conseguinte, em vez de favorecer o comércio dos suportes da publicidade dos produtos do tabaco e a livre prestação de serviços neste domínio, a directiva suprime quase totalmente estas liberdades. Além disso, segundo a recorrente, a directiva cria novos obstáculos, anteriormente inexistentes, às trocas comerciais. Deste modo, no mercado dos produtos do tabaco, a proibição da publicidade tornaria quase impossíveis a importação e a comercialização de produtos novos e levaria, portanto, à esclerose do comércio interestadual.
- 25 Quanto à questão de saber se a harmonização prosseguida pela directiva era necessária para suprimir distorções de concorrência, a recorrente acrescenta às considerações anteriores relativas ao mercado da publicidade dos produtos do tabaco que a directiva cria, por outro lado, distorções de concorrência até então inexistentes em mercados externos à indústria do tabaco.

- 26 Seria esse o caso dos produtos de diversificação a que se refere o artigo 3.º, n.º 2, da directiva. Esta disposição comporta condições tão restritivas que as empresas que fabricam estes produtos devem ou fechar os seus estabelecimentos ou suportar pesados encargos suplementares, o que pode levar a transferências importantes de partes de mercado em benefício dos concorrentes.
- 27 É incontestável, como resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça, que a aproximação das legislações pode legitimamente ter por objectivo evitar o aparecimento de obstáculos futuros às trocas comerciais resultantes de evoluções heterogêneas das legislações nacionais. Todavia, a directiva mais não faz que introduzir, definitivamente e para o futuro, novos obstáculos ao comércio.
- 28 Quanto às outras directivas fundadas no artigo 100.º-A do Tratado e que proibem determinadas actividades, a recorrente alega que esses actos se distinguem da directiva impugnada. Assim, a proibição da publicidade enganosa visa favorecer o comércio transfronteiras garantindo uma publicidade leal a nível comunitário; de igual modo, a proibição de utilização de componentes de produtos, de processos de fabrico ou de formas de comercialização nocivos para a saúde destina-se a criar um mercado interno para os produtos em causa, permitindo-lhes ser fabricados, comercializados ou consumidos sem riscos para a saúde.
- 29 A recorrente alega igualmente que a escolha do artigo 100.º-A como base jurídica só deve ser possível no caso de serem sensíveis os entraves às liberdades fundamentais e as distorções de concorrência. A este respeito, observa que a jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa aos artigos 30.º e 36.º do Tratado segundo a qual estas disposições proibem mesmo os obstáculos mínimos ao comércio não é transponível para um domínio em que se trata de delimitar as competências entre a Comunidade e os Estados-Membros. Se o legislador comunitário pudesse harmonizar as legislações nacionais mesmo na ausência de uma incidência sensível no mercado interno, seria possível adoptar directivas em qualquer domínio, tornando-se supérflua a fiscalização jurisdicional do respeito do artigo 100.º-A.

- 30 Esta interpretação do artigo 100.º-A do Tratado tem aliás apoio na jurisprudência do Tribunal de Justiça (acórdãos de 18 de Março de 1980, Comissão/Itália, 91/79, Recueil, p. 1099, n.º 8, e de 11 de Junho de 1991, Comissão/Conselho, dito «Dióxido de titânio», C-300/89, Colect., p. I-2867, n.º 23).
- 31 Ora, as considerações da recorrente resumidas nos n.ºs 13 a 22 do presente acórdão demonstram bem a inexistência de entraves sensíveis às trocas comerciais dos suportes publicitários para os produtos do tabaco e à livre prestação de serviços pelas agências de publicidade bem como a ausência de distorções sensíveis de concorrência entre estas.
- 32 Por fim, a recorrente alega que o recurso ao artigo 100.º-A não é possível quando o «centro de gravidade» de uma medida não consiste em favorecer o mercado interno mas sim em proteger a saúde pública.
- 33 Segundo jurisprudência constante, o recurso ao artigo 100.º-A não se justifica quando o acto a adoptar só acessoriamente tem por efeito harmonizar as condições do mercado na Comunidade (acórdãos de 4 de Outubro de 1991, Parlamento/Conselho, C-70/88, Colect., p. I-4529, n.º 17; de 17 de Março de 1993, Comissão/Conselho, C-155/91, Colect., p. I-939, n.º 19; de 28 de Junho de 1994, Parlamento/Conselho, C-187/93, Colect., p. I-2857, n.º 25, e de 12 de Novembro de 1996, Reino Unido/Conselho, C-84/94, Colect., p. I-5755, n.º 45).
- 34 Ora, tanto a génese da directiva como a análise do seu conteúdo e do seu objectivo demonstram que o «centro de gravidade» deste acto é a protecção da saúde pública.
- 35 Quanto ao acórdão Dióxido de titânio, já referido, a recorrente assinala que a directiva impugnada é diferente da que estava em causa no referido acórdão.

Com efeito, segundo ela, no processo Dióxido de titânio, a política do ambiente e a realização do mercado interno eram prosseguidas ao mesmo nível e cada um destes objectivos da Comunidade beneficia de uma base jurídica própria, respectivamente o artigo 130.º-R do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 174.º CE) e o artigo 100.º-A do Tratado, permitindo a harmonização das regulamentações nacionais. Ora, não é esse aqui o caso, sendo a saúde pública o «centro de gravidade» da directiva e estando expressamente proibidas pelo artigo 129.º, n.º 4, primeiro travessão, do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 152.º, n.º 4, primeiro parágrafo, CE) as medidas de harmonização neste domínio.

- 36 O Parlamento, o Conselho e os intervenientes em apoio dos seus pedidos consideram que a directiva foi validamente adoptada com base no artigo 100.º-A do Tratado, fundando-se, por um lado, na existência de um mercado interno no sector da publicidade dos produtos do tabaco e, por outro, na análise do artigo 100.º-A.
- 37 O Parlamento, o Conselho e a Comissão alegam que existe um mercado interno no sector da publicidade dos produtos do tabaco no qual as campanhas publicitárias são muitas vezes centralizadas e concebidas por agências estabelecidas na Comunidade. Se a implementação das estratégias publicitárias e dos temas publicitários escolhidos se efectua ao nível nacional, a escolha dos temas, a selecção dos símbolos, dos logotipos e outros elementos são elaborados e propostos ao nível transfronteiras e atingem os consumidores em vários Estados-Membros.
- 38 Quanto ao sector Horeca, o Conselho alega que, mesmo se o efeito da publicidade é limitado ao público local, podem ser utilizados em vários Estados-Membros suportes publicitários idênticos, sendo muitas vezes o inglês a língua utilizada.
- 39 Quanto à distribuição gratuita, o Parlamento e o Conselho sublinham os aspectos transfronteiras desta forma de publicidade, que se insere num conceito

publicitário definido e implementado de modo uniforme para uma marca. O Parlamento acrescenta que a sua proibição se justifica pela necessidade de obviar à evasão à regulamentação.

- 40 A livre circulação das revistas, nomeadamente as que as companhias aéreas põem à disposição dos seus passageiros nos voos intracomunitários, bem como dos jornais, publicados num Estado-Membro e que circulam noutros Estados-Membros, que contêm publicidade dos produtos do tabaco, é igualmente susceptível de ser entravada devido às divergências legislativas existentes.
- 41 No que diz respeito aos produtos de diversificação, o Parlamento e o Conselho assinalam que, contrariamente ao que a recorrente sustenta, o artigo 3.º, n.º 2, da directiva é uma disposição precisa e deve ser interpretado no sentido de que um Estado-Membro não pode impedir a comercialização de um produto legalmente introduzido no mercado noutro Estado-Membro que tenha utilizado a possibilidade que lhe é conferida pela referida disposição.
- 42 O Parlamento e o Conselho alegam que o patrocínio também comporta elementos transfronteiras. A este respeito, observam que os suportes publicitários utilizados em eventos patrocinados, como viaturas, fatos de pilotos e painéis dispostos ao longo do circuito, não atingem apenas o público local. De qualquer modo, segundo o Conselho, é suficiente para estabelecer um contexto transfronteiras que o patrocinador e a empresa patrocinada estejam estabelecidos em Estados-Membros diferentes.
- 43 O Parlamento, o Conselho e a Comissão sublinham por fim que, tendo em conta as divergências entre as legislações nacionais, as agências publicitárias não podem conceber e propor conceitos publicitários uniformes à escala comunitária.

- 44 Em sua opinião, a directiva, que, graças à aproximação das disposições legislativas, cria um quadro uniforme para a publicidade dos produtos do tabaco no mercado interno, podia validamente ser adoptada com fundamento no artigo 100.º-A do Tratado.
- 45 A este respeito, o Parlamento, o Conselho e a Comissão alegam que a competência atribuída por esta disposição ao Conselho não visa necessariamente a liberalização das trocas comerciais mas sim a regulação do mercado. Tal facto explica que directivas comportando certas proibições tenham podido ser adoptadas com fundamento no artigo 100.º-A.
- 46 Assim, a Directiva 92/41/CEE do Conselho, de 15 de Maio de 1992, que altera a Directiva 89/622/CEE relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de rotulagem dos produtos do tabaco (JO L 158, p. 30), proíbe a colocação no mercado dos produtos do tabaco destinados a uso oral e a Directiva 91/339/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1991, que altera pela décima primeira vez a Directiva 76/769/CEE relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros respeitantes à limitação da colocação no mercado e da utilização de determinadas substâncias e preparações perigosas (JO L 186, p. 64), prevê a proibição total da utilização das substâncias aí mencionadas.
- 47 Em matéria de publicidade, directivas como a Directiva 97/55/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Outubro de 1997, que altera a Directiva 84/450/CEE relativa à publicidade enganosa para incluir a publicidade comparativa (JO L 290, p. 18), e a Directiva 92/28/CEE do Conselho, de 31 de Março de 1992, relativa à publicidade dos medicamentos para uso humano (JO L 113, p. 13), também não têm por objectivo a liberalização das trocas comerciais. Esta última directiva comporta, em especial, amplas proibições da publicidade, nomeadamente a de medicamentos para os quais não tenha sido concedida uma autorização de colocação no mercado conforme com o direito comunitário (artigo 2.º, n.º 1) e dos medicamentos que só possam ser fornecidos mediante receita médica (artigo 3.º, n.º 1, primeiro travessão).

- 48 O Parlamento, o Conselho e a Comissão mencionam igualmente outras directivas, que contêm certas proibições parciais, como a da publicidade televisiva dos produtos do tabaco [Directiva 89/552/CEE do Conselho, de 3 de Outubro de 1989, relativa à coordenação de certas disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros relativas ao exercício de actividades de radiodifusão televisiva (JO L 298, p. 23)], bem como medidas indirectamente relacionadas com as liberdades fundamentais, como as que dizem respeito à hora de Verão [Sétima Directiva 94/21/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de Maio de 1994, respeitante às disposições relativas à hora de Verão (JO L 164, p. 1)] ou ao acesso à rede telefónica internacional na Comunidade [Decisão 92/264/CEE do Conselho, de 11 de Maio de 1992, relativa à harmonização do indicativo telefónico de acesso internacional na Comunidade (JO L 137, p. 21)].
- 49 O recurso ao artigo 100.º-A do Tratado não se limita ao caso em que as divergências legislativas resultam efectivamente em entraves às liberdades fundamentais ou em distorções de concorrência. Como o Tribunal de Justiça salientou no seu acórdão de 13 de Julho de 1995, Espanha/Conselho (C-350/92, Colect., p. I-1985, n.º 33), basta que as disparidades entre as ordens jurídicas dos Estados-Membros possam entrar em conflito com as liberdades fundamentais. O recurso ao artigo 100.º-A é mesmo possível para evitar uma evolução heterogénea das legislações nacionais que origine novas disparidades (acórdão Espanha/Conselho, já referido, n.º 35).
- 50 Quanto ao argumento adiantado pela recorrente segundo o qual o recurso ao artigo 100.º-A como base jurídica só devia ser possível no caso de as divergências legislativas resultarem em entraves sensíveis às trocas comerciais ou em distorções sensíveis de concorrência, o Conselho alega que esta delimitação, extraída do direito da concorrência, não pode ser utilizada no âmbito do artigo 100.º-A. A delimitação das competências deve obedecer a critérios objectivos e universais.
- 51 A Comissão alega ainda que, no caso *sub judice*, há distorções reais de concorrência. A este respeito, assinala que, tendo em conta as divergências legislativas existentes, as agências de publicidade não têm as mesmas hipóteses de realizar lucros, consoante o seu local de estabelecimento ou o mercado em que

exercem a sua actividade. No caso de simples tolerância em relação aos jornais ou periódicos de outros Estados-Membros apesar de uma legislação restritiva para a imprensa do Estado-Membro em causa, produzir-se-iam nesse Estado distorções de concorrência.

- 52 Quanto ao patrocínio, tais divergências teriam uma influência na escolha do local onde são organizadas as manifestações patrocinadas pelos fabricantes de tabaco, o que implicaria consequências económicas importantes quando se trata de competições desportivas como as corridas de Fórmula 1.
- 53 Por fim, os produtores e os vendedores dos produtos do tabaco não beneficiam das mesmas condições de concorrência para influenciar a sua posição no mercado. Com efeito, nos Estados-Membros com uma legislação restritiva, os operadores económicos só podem manter ou melhorar a sua posição no mercado através de uma concorrência pelos preços.
- 54 Quanto ao argumento da recorrente segundo o qual a protecção da saúde pública constitui o «centro de gravidade» da directiva, o Parlamento, o Conselho e a Comissão afirmam que resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que o elemento essencial em que nos devemos basear para apreciar a escolha da base jurídica de um acto é o texto do acto em questão. Ora, resulta da formulação e do contexto dos terceiro e quarto considerando da directiva que a protecção da saúde das pessoas constitui um objectivo da mesma, prosseguido no contexto das disposições do artigo 100.º-A, n.ºs 3 e 4, do Tratado, mas que não é esse o seu objectivo principal.
- 55 De igual modo, o segundo considerando e o artigo 5.º da directiva, ao reconhecerem a faculdade de os Estados-Membros fixarem exigências mais rigorosas do que as previstas pela directiva para assegurarem a protecção da saúde pública, demonstram igualmente de modo claro o carácter acessório e subordinado do imperativo de protecção da saúde das pessoas.

- 56 A Comissão assinala, a este respeito, que a grande importância da protecção da saúde pública na directiva se explica pelo facto de que a mesma constituía o objectivo principal, ou mesmo único, das medidas nacionais que foram objecto da harmonização, mas que se torna, no quadro desta, um objectivo secundário.
- 57 O Parlamento, o Conselho e a Comissão alegam por fim que o facto de a directiva impor uma ampla proibição da publicidade dos produtos do tabaco resulta da obrigação imposta pelo artigo 100.º-A, n.º 3, do Tratado de tomar por base um nível de protecção elevado da saúde das pessoas bem como a necessidade de evitar o risco de evasão à proibição.
- 58 Segundo o Governo do Reino Unido, é erradamente que a recorrente alega que a directiva é incorrectamente fundada no artigo 100.º-A do Tratado porque o seu objectivo principal não é a eliminação dos entraves ao comércio para os suportes publicitários e as prestações de serviços correspondentes mas sim a protecção da saúde das pessoas.
- 59 A este respeito, observa que, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, a escolha da base jurídica de um acto deve assentar em elementos objectivos, susceptíveis de fiscalização jurisdicional, entre os quais, nomeadamente, a finalidade e o conteúdo do acto.
- 60 Ora, este governo considera que, objectivamente, a directiva prossegue de modo indissociável objectivos relacionados com a protecção da saúde humana e outros relacionados com a eliminação das disparidades nas condições de concorrência e com a liberalização das trocas comerciais. A abordagem da recorrente pretendendo determinar qual destes objectivos é o mais importante é não só contrária ao critério objectivo estabelecido pelo Tribunal de Justiça, mas igualmente impraticável.

- 61 O Governo do Reino Unido alega que o artigo 100.º-A do Tratado atribui competência ao Conselho e ao Parlamento para adoptarem medidas que tenham por objecto o estabelecimento e o funcionamento do mercado interno considerando ser esse aqui o caso.
- 62 Segundo esse governo, para que uma medida seja validamente fundada no artigo 100.º-A, não é necessário demonstrar que a mesma tem por efeito aumentar o volume do comércio transfronteiras. Basta que a referida medida elimine as desigualdades nas condições de concorrência.
- 63 Ora, a directiva visa suprimir distorções de concorrência não só no mercado da publicidade, mas igualmente no mercado dos produtos do tabaco, harmonizando as condições em que os fabricantes podem promover os seus produtos. Harmoniza igualmente as condições em que eventos culturais e desportivos podem ser patrocinados pela indústria do tabaco.
- 64 A este respeito, o Governo do Reino Unido assinala que os clubes de desporto profissional constituem empresas, umas em concorrência com as outras, e que as condições desta concorrência serão afectadas se os clubes dos diferentes Estados-Membros não puderem receber os mesmos subsídios da indústria do tabaco, especialmente inclinada a patrocinar os eventos desportivos de modo a combater o facto de estes produtos serem associados a uma má saúde.
- 65 Este governo acrescenta que, em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, um acto pode ser adoptado com vista a antecipar a adopção de regras nacionais díspares comportando riscos de entraves às trocas comerciais. A actual situação de tolerância em relação às publicações que contêm publicidade em favor dos produtos do tabaco pode mudar tendo em conta a evolução das regulamentações nacionais, cada vez mais rigorosas. Existe, assim, um risco de aumento dos entraves às trocas comerciais que a directiva pretende eliminar.

- 66 Quanto ao argumento da recorrente segundo o qual o recurso ao artigo 100.º-A do Tratado só deve ser possível no caso de entraves sensíveis às liberdades fundamentais ou de distorções sensíveis de concorrência, o Governo do Reino Unido assinala que não há qualquer critério preciso que permita proceder a essa delimitação.
- 67 Esse governo sublinha que a interpretação do artigo 100.º-A que propõe é confirmada pela jurisprudência do Tribunal de Justiça segundo a qual uma directiva que se limita a proibir certas actividades a fim de suprimir distorções de concorrência pode ser adoptada com fundamento neste artigo (acórdão Dióxido de titânio, já referido).
- 68 O Governo francês considera que a directiva foi validamente adoptada com fundamento no artigo 100.º-A do Tratado. A este respeito, adianta argumentos assentes em precedentes legislativos em matéria de harmonização no sector da saúde pública, em jurisprudência do Tribunal de Justiça sobre o artigo 129.º do Tratado e, por fim, na base jurídica escolhida para os novos trabalhos de harmonização em curso.
- 69 Quanto aos precedentes legislativos, este governo refere-se às directivas em matéria de produtos farmacêuticos, desde a Directiva 65/65/CEE do Conselho, de 26 de Janeiro de 1965, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas, respeitantes às especialidades farmacêuticas (JO 1965, 22, p. 369; EE 13 F1 p. 18), à Directiva 90/220/CEE do Conselho, de 23 de Abril de 1990, relativa à libertação deliberada no ambiente de organismos geneticamente modificados (JO L 117, p. 15), bem como à Directiva 76/768/CEE do Conselho, de 27 de Julho de 1976, relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros respeitantes aos produtos cosméticos (JO L 262, p. 169; EE 15 F1 p. 206). Nestas directivas, as finalidades de protecção da saúde pública coexistem com o objectivo da livre circulação de produtos e da supressão das distorções de concorrência e ninguém contestou a validade das disposições das mesmas que harmonizam as legislações nacionais em matéria de saúde pública.

- 70 Quanto à jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa ao artigo 129.º do Tratado, o Governo francês cita os acórdãos de 5 de Maio de 1998, Reino Unido/Comissão (C-180/96, Colect., p. I-2265), e de 4 de Abril de 2000, Comissão/Conselho (C-269/97, Colect., p. I-2257), nos quais o Tribunal de Justiça precisou que as exigências em matéria de protecção da saúde das pessoas são uma componente das outras políticas da Comunidade e, nomeadamente, da política do mercado interno.
- 71 Por fim, este governo salienta que a base jurídica da proposta de directiva relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de fabrico, de apresentação e de venda dos produtos do tabaco é o artigo 100.º-A do Tratado. Além disso, foram iniciadas negociações no quadro da Organização Mundial de Saúde com vista, nomeadamente, a concluir um protocolo sobre a publicidade dos produtos do tabaco. Ora, a base jurídica do mandato conferido à Comissão para participar nas negociações é o artigo 228.º do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 300.º CE).
- 72 O Governo finlandês alega que, tendo em conta os obstáculos às trocas comerciais e as distorções de concorrência causadas pelas divergências entre as legislações nacionais, a directiva podia validamente ser adoptada com fundamento no artigo 100.º-A do Tratado.
- 73 A este respeito, sublinha os elementos transfronteiras do mercado da publicidade bem como do patrocínio dos produtos do tabaco, invocados pelo Parlamento, pelo Conselho e pela Comissão, e acrescenta que a internacionalização deste mercado é acentuada pela comunicação electrónica, nomeadamente a publicidade via Internet. Beneficiando de meios de comunicação como a televisão, a publicidade dos produtos do tabaco consegue penetrar nos Estados-Membros onde é proibida. Assim, num Estado-Membro como a Finlândia, onde a publicidade directa dos produtos do tabaco é proibida desde 1976, certos estudos demonstram que, por exemplo, em 1996, os programas desportivos difundidos nas três cadeias nacionais de televisão durante um mês incluíam quatro horas de publicidade para tais produtos.

- 74 O Governo finlandês menciona igualmente as distorções de concorrência no sector dos produtos do tabaco e do patrocínio. Esta forma de *marketing*, que é inacessível às pequenas empresas, cria situações de desigualdade incompatíveis com o mercado comum.
- 75 No que se refere à importância da protecção da saúde na directiva, a argumentação do Governo finlandês é essencialmente idêntica à desenvolvida pelo Parlamento, pelo Conselho e pela Comissão e resumida nos n.ºs 54 a 57 do presente acórdão.

### *Análise do Tribunal de Justiça*

A escolha dos artigos 100.º-A, 57.º, n.º 2, e 66.º do Tratado como base jurídica e a sua fiscalização jurisdicional

- 76 A directiva diz respeito à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de publicidade e de patrocínio dos produtos do tabaco. Trata-se de medidas nacionais em grande parte inspiradas por objectivos de política de saúde pública.
- 77 Ora, o artigo 129.º, n.º 4, primeiro travessão, do Tratado exclui toda e qualquer harmonização das disposições legislativas e regulamentares dos Estados-Membros destinadas a proteger e a melhorar a saúde humana.
- 78 No entanto, esta disposição não implica que medidas de harmonização adoptadas com fundamento noutras disposições do Tratado não possam ter incidência na

protecção da saúde humana. O artigo 129.º, n.º 1, terceiro parágrafo, prevê aliás que as exigências em matéria de protecção da saúde constituem uma componente das demais políticas comunitárias.

- 79 Todavia, o recurso a outros artigos do Tratado como base jurídica não pode ser utilizado para contornar a exclusão expressa de toda e qualquer harmonização enunciada no artigo 129.º, n.º 4, primeiro travessão, do Tratado.
- 80 No caso vertente, a aproximação das regulamentações nacionais em matéria de publicidade e de patrocínio dos produtos do tabaco, prevista pela directiva, foi efectuada com fundamento nos artigos 100.º-A, 57.º, n.º 2, e 66.º do Tratado.
- 81 O artigo 100.º-A, n.º 1, do Tratado atribui competência ao Conselho, deliberando de acordo com o procedimento previsto no artigo 189.º-B do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 251.º CE) e após consulta do Comité Económico e Social, para adoptar as medidas relativas à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros, que tenham por objecto o estabelecimento e o funcionamento do mercado interno.
- 82 Em conformidade com o artigo 3.º, alínea c), do Tratado CE [que passou, após alteração, a artigo 3.º, n.º 1, alínea c), CE], o mercado interno é caracterizado pela abolição, entre os Estados-Membros, dos obstáculos à livre circulação de mercadorias, de pessoas, de serviços e de capitais. O artigo 7.º-A do Tratado (que passou, após alteração, a artigo 14.º CE), que prevê as medidas a tomar com vista ao estabelecimento do mercado interno, precisa, no seu segundo parágrafo, que este mercado compreende um espaço sem fronteiras internas no qual a livre circulação de mercadorias, de pessoas, de serviços e de capitais é assegurada de acordo com as disposições do Tratado.

- 83 Resulta da conjugação destas disposições que as medidas previstas no artigo 100.º-A, n.º 1, do Tratado se destinam a melhorar as condições do estabelecimento e do funcionamento do mercado interno. Interpretar este artigo no sentido de que o mesmo atribui ao legislador comunitário uma competência geral para regulamentar o mercado interno seria não só contrário ao próprio teor das referidas disposições, mas igualmente incompatível com o princípio consagrado no artigo 3.º-B do Tratado CE (actual artigo 5.º CE) segundo o qual as competências da Comunidade são competências de atribuição.
- 84 Além disso, um acto adoptado com fundamento no artigo 100.º-A do Tratado deve ter efectivamente por objecto a melhoria das condições do estabelecimento e do funcionamento do mercado interno. Se a mera constatação de disparidades entre as regulamentações nacionais bem como do risco abstracto de entraves às liberdades fundamentais ou de distorções de concorrência fosse suficiente para justificar a escolha do artigo 100.º-A como base jurídica, a fiscalização jurisdicional do respeito da base jurídica ficaria privada de eficácia. O Tribunal de Justiça seria então impedido de exercer a função, que lhe incumbe por força do artigo 164.º do Tratado CE (actual artigo 220.º CE), de garantir o respeito do direito na interpretação e aplicação do Tratado.
- 85 É assim que, na fiscalização do respeito da base jurídica do artigo 100.º-A, o Tribunal de Justiça deve verificar se o acto cuja validade é posta em causa prossegue efectivamente os objectivos invocados pelo legislador comunitário (v., nomeadamente, acórdãos Espanha/Conselho, já referido, n.ºs 25 a 41, e de 13 de Maio de 1997, Alemanha/Parlamento e Conselho, C-233/94, Colect., p. I-2405, n.ºs 10 a 21).
- 86 É um facto que, como o Tribunal de Justiça assinalou no n.º 35 do acórdão Espanha/Conselho, já referido, o recurso ao artigo 100.º-A como base jurídica é possível a fim de evitar o aparecimento de obstáculos futuros às trocas comerciais resultantes das legislações nacionais. Todavia, o aparecimento de tais obstáculos deve ser verosímil e a medida em causa deve destinar-se à sua prevenção.

- 87 As considerações precedentes aplicam-se à interpretação do artigo 57.º, n.º 2, do Tratado, conjugado com o artigo 66.º do Tratado, que se refere expressamente às medidas destinadas a facilitar o acesso às actividades dos serviços e o exercício das mesmas. Com efeito, estas disposições conferem igualmente ao legislador comunitário uma competência específica para adoptar medidas destinadas a melhorar o funcionamento do mercado interno.
- 88 Por outro lado, quando estejam preenchidas as condições do recurso aos artigos 100.º-A, 57.º, n.º 2, e 66.º como base jurídica, o legislador comunitário não pode ser impedido de se fundar nesta base jurídica por a protecção da saúde pública ser determinante nas opções a tomar. Pelo contrário, o artigo 129.º, n.º 1, terceiro parágrafo, prevê que as exigências em matéria de protecção da saúde são uma componente das demais políticas da Comunidade e o artigo 100.º-A, n.º 3, exige de modo expresse que, na harmonização realizada, seja garantido um nível elevado de protecção da saúde das pessoas.
- 89 Há, portanto, que verificar se, tendo em conta o que precede, a directiva podia ser adoptada com fundamento nos artigos 100.º-A, 57.º, n.º 2, e 66.º do Tratado.

#### A directiva

- 90 No primeiro considerando da directiva, o legislador comunitário constata a existência de divergências entre as regulamentações nacionais em matéria de publicidade e de patrocínio dos produtos do tabaco e assinala que, por essa publicidade e esse patrocínio ultrapassarem as fronteiras dos Estados-Membros, essas disparidades podem criar entraves à circulação dos produtos, suportes das referidas actividades, e à livre prestação de serviços nesta área, bem como criar distorções de concorrência e obstar assim ao funcionamento do mercado interno.

- 91 Nos termos do segundo considerando da directiva, é necessário eliminar esses entraves e, para tal, aproximar as normas relativas à publicidade e ao patrocínio dos produtos do tabaco, deixando, porém, aos Estados-Membros a possibilidade de, mediante determinadas condições, fixarem as exigências que considerem necessárias para assegurar a protecção da saúde das pessoas.
- 92 A directiva proíbe, no seu artigo 3.º, n.º 1, todas as formas de publicidade ou de patrocínio dos produtos do tabaco e, no seu artigo 3.º, n.º 4, qualquer distribuição gratuita cujo objectivo ou efeito seja o de promover estes produtos. Não caem, todavia, no seu âmbito de aplicação as comunicações entre profissionais do ramo do comércio do tabaco, a publicidade nos estabelecimentos de venda e a inserida em publicações editadas e impressas em países terceiros que não sejam principalmente destinadas ao mercado comunitário (artigo 3.º, n.º 5).
- 93 A directiva proíbe igualmente a utilização do mesmo nome simultaneamente para os produtos do tabaco e para outros produtos e serviços a partir de 30 de Julho de 1998, excepto para os produtos e serviços comercializados antes dessa data com um nome igualmente utilizado para um produto do tabaco, em relação aos quais a utilização deste nome é autorizada sob certas condições (artigo 3.º, n.º 2). A partir de 30 de Julho de 2001, os produtos do tabaco não devem utilizar o nome, a marca, o símbolo ou outro elemento distintivo de qualquer outro produto ou serviço, a não ser que esse produto do tabaco já esteja comercializado sob esse nome, marca, símbolo ou outro distintivo antes daquela data [artigo 3.º, n.º 3, alínea a)].
- 94 Nos termos do seu artigo 5.º, a directiva não afecta a faculdade dos Estados-Membros de, no respeito pelo Tratado, fixarem exigências mais rigorosas que considerem necessárias para assegurar a protecção da saúde das pessoas em matéria de publicidade ou de patrocínio de produtos do tabaco.

- 95 Há, portanto, que verificar se a directiva contribui efectivamente para a eliminação de entraves à livre circulação de mercadorias e à livre prestação de serviços bem como para a supressão de distorções de concorrência.

A eliminação de entraves à livre circulação de mercadorias e à livre prestação de serviços

- 96 Há que admitir que, em razão das disparidades existentes entre as legislações nacionais em matéria de publicidade dos produtos do tabaco, existem ou podem verosimilmente surgir entraves à livre circulação de mercadorias ou à livre prestação de serviços.
- 97 No que respeita, por exemplo, às revistas, periódicos e jornais que contêm publicidade dos produtos do tabaco, é incontestável que, como a recorrente demonstrou, não existe actualmente qualquer entrave à importação de tais produtos da imprensa nos Estados-Membros que proíbem esta publicidade. Todavia, tendo em conta a evolução das legislações nacionais num sentido cada vez mais restritivo quanto à publicidade dos produtos do tabaco, que corresponde à convicção de que esta publicidade provoca um aumento sensível do consumo do tabaco, é credível que surgirão no futuro obstáculos à livre circulação dos produtos da imprensa.
- 98 O artigo 100.º-A do Tratado poderia, portanto, permitir, em princípio, a adopção de uma directiva proibindo a publicidade dos produtos do tabaco nas revistas, periódicos e jornais, a fim de garantir a livre circulação destes produtos da imprensa, à semelhança da Directiva 89/552, que proíbe, no seu artigo 13.º, a

publicidade televisiva para os produtos do tabaco a fim de promover a livre transmissão dos programas de televisão.

- 99 No entanto, em relação a uma grande parte das formas de publicidade dos produtos do tabaco, a sua proibição, que resulta do artigo 3.º, n.º 1, da directiva, não pode ser justificada pela necessidade de eliminar entraves à livre circulação dos suportes publicitários ou à livre prestação de serviços no domínio da publicidade. É o caso, nomeadamente, da proibição da publicidade em cartazes, chapéus-de-sol, cinzeiros e outros objectos utilizados nos hotéis, restaurantes e cafés, bem como da proibição das mensagens publicitárias no cinema, proibições que em nada contribuem para facilitar as trocas comerciais dos produtos em causa.
- 100 É certo que um acto adoptado com fundamento nos artigos 100.º-A, 57.º, n.º 2, e 66.º do Tratado pode incorporar disposições que não contribuam para a eliminação de entraves às liberdades fundamentais quando as mesmas sejam necessárias para evitar a evasão a determinadas proibições com tal objectivo. É, todavia, manifesto que tal não é o que acontece quanto às proibições mencionadas no número anterior.
- 101 Além disso, a directiva não garante a livre circulação dos produtos conformes às suas disposições.
- 102 A este respeito, contrariamente ao que o Parlamento e o Conselho sustentam, o artigo 3.º, n.º 2, da directiva, relativo aos produtos de diversificação, não pode ser interpretado no sentido de que, quando estejam preenchidas as condições previstas na directiva, tais produtos cujo comércio é autorizado num Estado-Membro podem circular livremente nos outros Estados-Membros, mesmo naqueles em que esses produtos são proibidos.

- 103 Com efeito, segundo o artigo 5.º da directiva, os Estados-Membros conservam o poder de impor, no respeito do Tratado, exigências mais rigorosas que considerem necessárias para garantir a protecção da saúde das pessoas em matéria de publicidade ou de patrocínio de produtos do tabaco.
- 104 E mais, a directiva não tem qualquer cláusula consagrando a livre circulação dos produtos conformes às suas disposições, diferentemente de outras directivas que deixam aos Estados-Membros a possibilidade de adoptar medidas mais rigorosas para a protecção de um interesse geral [v., nomeadamente, o artigo 7.º, n.º 1, da Directiva 90/239/CEE do Conselho, de 17 de Maio de 1990, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros sobre o teor máximo de alcatrão nos cigarros (JO L 137, p. 36), e o artigo 8.º, n.º 1, da Directiva 89/622/CEE do Conselho, de 13 de Novembro de 1989, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de rotulagem dos produtos do tabaco (JO L 359, p. 1)].
- 105 Nestas condições, verifica-se que o legislador comunitário não se podia fundar na necessidade de eliminar entraves à livre circulação dos suportes publicitários e à livre prestação de serviços para adoptar a directiva com base nos artigos 100.º-A, 57.º, n.º 2, e 66.º do Tratado.

#### A eliminação das distorções de concorrência

- 106 No quadro da fiscalização da legalidade de uma directiva com fundamento no artigo 100.º-A do Tratado, o Tribunal de Justiça verifica se as distorções de concorrência que o acto visa suprimir são sensíveis (acórdão Dióxido de titânio, já referido, n.º 23).

- 107 Se não houvesse tal exigência, a competência do legislador comunitário não teria praticamente limites. Com efeito, as regulamentações nacionais diferem muitas vezes quanto às condições de exercício das actividades em causa, o que se repercute directa ou indirectamente sobre as condições de concorrência das empresas envolvidas. Daqui resulta que interpretar o artigo 100.º-A bem como os artigos 57.º, n.º 2, e 66.º do Tratado no sentido de que o legislador comunitário podia fundar-se nestes artigos para suprimir distorções mínimas de concorrência seria incompatível com o princípio, já recordado no n.º 83 do presente acórdão, de que as competências da Comunidade são competências de atribuição.
- 108 Há, portanto, que verificar se a directiva contribui efectivamente para a supressão de distorções sensíveis de concorrência.
- 109 No que respeita, em primeiro lugar, às agências de publicidade e aos fabricantes de suportes publicitários, as empresas estabelecidas no território dos Estados-Membros menos restritivos quanto à publicidade dos produtos do tabaco são, é um facto, beneficiadas em termos de economias de escala e de aumento dos lucros. Todavia, os efeitos destas vantagens na concorrência são longínquos e indirectos e não constituem distorções susceptíveis de ser qualificadas de sensíveis. Não são comparáveis às distorções de concorrência causadas por diferenças de custos de produção, como as que nomeadamente levaram o legislador comunitário a adoptar a Directiva 89/428/CEE do Conselho, de 21 de Junho de 1989, que estabelece as regras de harmonização dos programas de redução, com vista à sua supressão, da poluição causada por resíduos provenientes da indústria do dióxido de titânio (JO L 201, p. 56).
- 110 É incontestável que as diferenças existentes entre certas regulamentações em matéria de publicidade do tabaco podem provocar distorções sensíveis de

concorrência. Como a Comissão e os Governos finlandês e do Reino Unido alegaram, a proibição do patrocínio em certos Estados-Membros e a sua autorização noutros dão origem à deslocalização, nomeadamente, de determinadas competições desportivas, com importantes repercussões nas condições de concorrência das empresas ligadas a tais eventos.

- 111 Todavia, tais distorções, que poderiam fundar o recurso ao artigo 100.º-A do Tratado para proibir certas formas de patrocínio, não permitem utilizar esta base jurídica para uma proibição geral da publicidade como a prevista na directiva.
- 112 Em segundo lugar, no que respeita a distorções de concorrência no mercado dos produtos do tabaco, e sem que seja necessário tomar posição sobre a questão suscitada pela recorrente segundo a qual tais distorções não são abrangidas pela directiva, verifica-se que, neste sector, a directiva também não é susceptível de suprimir distorções sensíveis de concorrência.
- 113 É certo que, como a Comissão alegou, os produtores e os vendedores dos produtos do tabaco devem recorrer à concorrência pelos preços para influenciarem a sua posição no mercado nos Estados-Membros com uma legislação restritiva. Todavia, tal circunstância não constitui uma distorção de concorrência mas sim uma restrição dos modos de concorrência aplicando-se da mesma forma a todos os operadores económicos nestes Estados-Membros. Ao proibir de maneira lata a publicidade dos produtos do tabaco, a directiva generaliza no futuro tal restrição dos modos de concorrência limitando em todos os Estados-Membros os meios de que os operadores económicos dispõem para aceder ao mercado ou manter-se no mesmo.
- 114 Nestas condições, verifica-se que o legislador comunitário não se pode fundar na necessidade de suprimir distorções de concorrência, quer no sector da publici-

dade, quer no sector dos produtos do tabaco, para adoptar a directiva com base nos artigos 100.º-A, 57.º, n.º 2, e 66.º do Tratado.

- 115 Tendo em conta as considerações anteriores, uma medida como a directiva não pode ser tomada com fundamento nos artigos 100.º-A, 57.º, n.º 2, e 66.º do Tratado.
- 116 Nestas condições, há que considerar que os fundamentos assentes no facto de que os artigos 100.º-A, 57.º, n.º 2, e 66.º do Tratado não constituem uma base jurídica adequada para a directiva são procedentes.
- 117 Como assinalado nos n.ºs 98 e 111 do presente acórdão, o artigo 100.º-A do Tratado teria permitido a adopção de uma directiva proibindo certas formas de publicidade e de patrocínio dos produtos do tabaco. No entanto, dado o carácter geral da proibição da publicidade e do patrocínio dos produtos do tabaco prevista na directiva, a sua anulação parcial implicaria a alteração pelo Tribunal de Justiça das disposições da directiva, alteração essa que incumbe ao legislador comunitário. Não é, portanto, possível ao Tribunal de Justiça anular parcialmente a directiva.
- 118 Tendo os fundamentos assentes no carácter errado da escolha dos artigos 100.º-A, 57.º, n.º 2, e 66.º do Tratado como base jurídica sido considerados procedentes, não há que examinar os outros fundamentos invocados pela recorrente. A directiva é integralmente anulada.

## Quanto às despesas

- 119 Por força do artigo 69.º, n.º 2, do Regulamento de Processo, a parte vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido. Tendo a República Federal da Alemanha pedido a condenação do Parlamento e do Conselho nas despesas e tendo estes sido vencidos há que condená-los nas despesas. A República Francesa, a República da Finlândia, o Reino Unido e a Comissão suportarão as suas próprias despesas, nos termos do artigo 69.º, n.º 4, do Regulamento de Processo.

Pelos fundamentos expostos,

## O TRIBUNAL DE JUSTIÇA

decide:

- 1) A Directiva 98/43/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Julho de 1998, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de publicidade e de patrocínio dos produtos do tabaco, é anulada.

- 2) O Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia são condenados nas despesas. A República Francesa, a República da Finlândia, o Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte e a Comissão das Comunidades Europeias suportarão as suas próprias despesas.

Rodríguez Iglesias	Moitinho de Almeida	Edward	
Sevón	Schintgen	Kapteyn	
Gulmann	La Pergola	Puissochet	Jann
Ragnemalm	Wathelet	Macken	

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 5 de Outubro de 2000.

O secretário

O presidente

R. Grass

G. C. Rodríguez Iglesias