

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
NIAL FENNELLY

fremSAT den 15. juni 2000 *

Indhold

I — Indledning	I-8424
II — Den lovgivningsmæssige kontekst og forudgående lovgivning	I-8426
i) De relevante traktatbestemmelser	I-8426
ii) Andre retsforskrifter	I-8427
iii) Lovgivningsarbejdet forud for reklamedirektivet	I-8428
iv) Et resumé af reklamedirektivet	I-8431
III — Formaliteten	I-8436
IV — Indlæg for Domstolen	I-8439
i) Hjemmel og kompetence	I-8439
ii) Subsidiaritetsprincippet	I-8443
iii) Proportionalitetsprincippet	I-8444
iv) Tilsidesættelse af artikel 30	I-8445
v) Ejendomsretten og retten til fri erhvervsudøvelse	I-8445
vi) Ytringsfrihed	I-8446
vii) Begrundelsespligt	I-8447
V — Gennemgang	I-8447
i) Hjemmel og kompetence	I-8447
Indledning	I-8447
Fællesskabskompetencens karakter	I-8448
Fællesskabets kompetence og national kompetence: forskellige formål	I-8450
Reklamedirektivets »tyngdepunkt«	I-8452
Rækkevidden af traktatens artikel 129, stk. 4	I-8453
Direktivets tilblivelseshistorie	I-8454
Magtfordrejning	I-8456
Betydningen af afstemningsreglerne i Rådet	I-8457
Det indre marked	I-8458

* — Originalsprog: engelsk.

Formål vedrørende det indre marked — konkret bedømmelse	I-8463
Reklamedirektivets formål	I-8467
Handelshindringer for varer og tjenesteydelser, der vedrører markedsføring af tobak	I-8468
Den tilnærmelse, der påvirkes af reklamedirektivet	I-8471
Konkurrencefordrejning	I-8475
Følgerne: ugyldighed og udskillelse	I-8476
ii) Subsidiaritetsprincippet	I-8479
iii) Proportionalitetsprincippet	I-8484
iv) Tilsidesættelse af traktatens artikel 30	I-8484
v) Krænkelse af økonomiske rettigheder	I-8484
vi) Ytringsfriheden	I-8487
vii) Manglende begrundelse	I-8495
VI — Sagsomkostninger	I-8496
VII — Forslag til afgørelse	I-8497

I — Indledning

1. Begge de foreliggende sager vedrører gyldigheden af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 98/43/EF af 6. juli 1998 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes love og administrative bestemmelser om reklame for tobaksvarer og sponsoring til fordel for disse¹ (herefter »direktivet« eller »reklamedirektivet«). I den første sag (herefter »sag C-376/98« eller »Tyskland-sagen«) har Forbundsrepublikken Tyskland anlagt sag i henhold til EF-traktatens artikel 173 (efter ændring nu artikel 230 EF) med påstand om annullation af reklamedirektivet. I den anden sag

(herefter »sag C-74/99« eller »Imperial Tobacco-sagen«) har en række selskaber, der producerer tobaksvarer, anlagt sag i Det Forenede Kongerige ved High Court of Justice, Queen's Bench Division (Crown Office) (herefter »den nationale ret«). De har anmodet om retlig prøvelse af bl.a. Det Forenede Kongeriges regerings hensigt og/eller forpligtelse til at efterkomme direktivets krav. Den nationale ret fandt, at selskaberne havde fremført forsvarlige grunde til støtte for direktivets ugyldighed, og besluttede at forelægge Domstolen et præjudicielt spørgsmål.

2. Som bemærket af den nationale ret, er der en betydelig (om end ikke fuldstændig) overlapning mellem det af retten forelagte spørgsmål og søgsmålsgrundene i Tysk-

1 — EFT L 213, s. 9.

land-sagen. Spørgsmålet sammenfatter sagsøgernes søgsmålsgrunde:

traktatens artikel 30 (efter ændring nu artikel 28 EF).

»Er Rådets direktiv 98/43 helt eller delvis ugyldigt som følge af, at

- a) artikel 57, stk. 2, artikel 66 og 100 A er uegnede som hjemmel
- b) direktivet tilsidesætter grundrettigheden ytringsfriheden
- c) det tilsidesætter proportionalitetsprincippet
- d) det tilsidesætter subsidiaritetsprincippet
- e) det tilsidesætter begrundelsespligten
- f) det tilsidesætter EF-traktatens artikel 222 og/eller grundrettigheden ejendomsretten?«

Et yderligere anbringende i Tyskland-sagen er, at reklamedirektivet er i strid med EF-

3. Spørgsmålet om kompetence eller hjemmel er det vigtigste spørgsmål i disse sager. Anfægtelsen af direktivets gyldighed på grund af dets tilsidesættelse af proportionalitets- eller subsidiaritetsprincippet, begrundelsespligten eller grundlæggende rettigheder skal alene behandles subsidiært, det vil sige, hvis Domstolen finder, at den erklærede hjemmel var den rette for direktivet.

4. Den i reklamedirektivet påberåbte hjemmel vedrører det indre marked. Fællesskabets kompetence vedrørende det indre marked er ikke på forhånd begrænset af områder, der er forbeholdt medlemsstaterne. Det er en horisontal kompetence, hvis udøvelse fortrænger den nationale kompetence til at regulere det pågældende område. Retlig efterprøvelse af udøvelsen af en sådan kompetence er vanskelig og kompleks. På den ene side kan en unødigt tilbageholdende retlig efterprøvelse give Fællesskabets institutioner en praktisk talt generel og ubegrænset lovgivningsbeføjelse i strid med princippet om, at Fællesskabet alene har de begrænsede kompetencer, uanset hvor vidtrækkende de måtte være, som det er blevet tildelt ved traktaten med henblik på opnåelse af nærmere bestemte formål. Dette ville give Fællesskabet mulighed for at gøre utilladelige indgreb i medlemsstaternes beføjelser. På den anden side kan Domstolen i princippet ikke begrænse fællesskabslovgivers lovlige udøvelse af hans opgave med at fjerne hindringer og fordrejninger for handelen med varer og tjenesteydelser. Det er Dom-

stolens vanskelige opgave — som den, fællesskabsinstitutionerne, medlemsstaterne og Unionens borgere har betroet deres tillid — at opretholde den forfatningsretlige magtfordeling mellem Fællesskabet og medlemsstaterne på grundlag af objektive kriterier.

II — Den lovgivningsmæssige kontekst og forudgående lovgivning

i) De relevante traktatbestemmelser

5. Tvisten om hjemmelen for reklamedirektivet afhænger af et mindre antal traktatbestemmelser. De omhandler hovedsageligt det indre marked og den frie udveksling af tjenesteydelser.

6. EF-traktatens artikel 57, stk. 2 (efter ændring nu artikel 47, stk. 2, EF) bestemmer sammenholdt med EF-traktatens artikel 66 (nu artikel 55 EF), at Rådet efter fremgangsmåden i EF-traktatens artikel 189 B (efter ændring nu artikel 251 EF), almindeligt kendt som den fælles beslutningsprocedure, »udsteder direktiver om samordning af medlemsstaternes love

og administrativt fastsatte bestemmelser om adgangen til at optage og udøve selvstændig erhvervsvirksomhed«, herunder fri udveksling af tjenesteydelser².

7. EF-traktatens artikel 100 A er efter ændring nu artikel 95 EF. Uanset artikel 100 (nu artikel 94 EF) og medmindre andet er bestemt i traktaten, bestemmer artikel 100 A, stk. 1, at Rådet efter samme fremgangsmåde og efter høring af Det Økonomiske og Sociale Udvalg og for at opnå de i EF-traktatens artikel 7 A (efter ændring nu artikel 14 EF) fastsatte formål »vedtager de foranstaltninger med henblik på indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes love og administrative bestemmelser, der vedrører det indre markeds oprettelse«.

8. Traktatens artikel 100 A, stk. 3, fastslår, at Kommissionens »forslag i henhold til stk. 1 inden for sundhed, sikkerhed, miljøbeskyttelse og forbrugerbeskyttelse skal bygge på et højt beskyttelsesniveau«³. Artikel 100 A, stk. 4, tillader, at en medlemsstat, efter at Rådet med kvalificeret flertal har vedtaget en harmoniseringsforanstaltning, anvender nationale bestemmelser, der er begrundet i vigtige behov, hvortil der henvises i EF-traktatens artikel 36

2 — I dette forslag til afgørelse skal henvisninger til traktatens artikel 57, stk. 2, forstås som henvisninger til dens udvidelse til den frie udveksling af tjenesteydelser i kraft af traktatens artikel 66, medmindre andet er indlysende.

3 — Den ændrede artikel 95, stk. 3, EF tilføjer: »Inden for deres respektive kompetenceområder bestræber Europa-Parlamentet og Rådet sig på at nå dette mål.« Jeg vil i min gennemgang behandle denne forpligtelse som værende indeholdt i EF-traktatens artikel 100 A, stk. 3, fra begyndelsen på trods af den mere begrænsede henvisning til Kommissionens forslag.

(efter ændring nu artikel 30 EF), og som skal bekræftes af Kommissionen, ligesom der findes en særlig hasteprocedure for at indbringe en sag for Domstolen.

9. Sagsøgerne har lagt særlig vægt på EF-traktatens artikel 129 (efter ændring nu artikel 152 EF). Artikel 129, stk. 1, fastslår, at »Fællesskabet bidrager til virkeliggørelsen af et højt sundhedsbeskyttelsesniveau ved at fremme samarbejdet mellem medlemsstaterne og om nødvendigt støtte deres indsats«, og at »[d]e krav, der findes på sundhedsområdet indgår som led i Fællesskabets politik på andre områder«. Artikel 129, stk. 4, bestemmer, at Rådet for at bidrage til virkeliggørelsen af målene i denne artikel efter den fælles beslutningsprocedure og efter høring af Det Økonomiske og Sociale Udvalg og Regionsudvalget vedtager tilskyndelsesforanstaltninger, men uden at der er tale om nogen form for harmonisering af medlemsstaternes love og administrative bestemmelser. Rådet kan ligeledes vedtage henstillinger.

ii) *Andre retsfor skrifter*

10. Det er hensigtsmæssigt at henvise til andre relevante, forud eksisterende retsfor skrifter for at vurdere reklamedirektivets lovlighed. Før direktivets vedtagelse havde Fællesskabet allerede udstedt en række lovbestemmelser vedrørende markedsføring af tobaksvarer med hjemmel i enten traktatens artikel 100 A eller traktatens

artikel 57, stk. 2, sammenholdt med artikel 66. Den vigtigste bestemmelse er artikel 13 i Rådets direktiv 89/552/EØF af 3. oktober 1989 om samordning af visse love og administrative bestemmelser i medlemsstaterne vedrørende udøvelse af tv-radiospredningsvirksomhed⁴. Det er tilstrækkeligt for dette formål at bemærke, at direktivet forbyder enhver form for reklame og reklameudsendelser for cigaretter og andre tobaksvarer. Artikel 2a, stk. 1, i direktiv 89/552 bestemmer generelt, at »[m]edlemsstaterne skal sikre modtagefrihed og må ikke hindre retransmission på deres område af fjernsynsudsendelser fra andre medlemsstater af grunde, der falder inden for de ved dette direktiv samordnede områder«.

11. Rådets direktiv 89/622/EØF af 13. november 1989 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes love og administrative bestemmelser om mærkning af tobaksvarer og forbud mod markedsføring af visse former for tobak, der indtages oralt⁵, kræver, at alle cigaretpakker skal indeholde angivelser af tjære- og nikotinindhold⁶ og en generel og en specifik sundhedsadvarsel⁷. Salg af produkter, der er i overensstemmelse med direktivets bestemmelser, kan ikke begrænses af medlemsstaterne af grunde, der vedrører mærk-

4 — EFT L 298, s. 23, som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/36/EF af 30.6.1997, EFT L 202, s. 60. Begge direktiver er vedtaget med hjemmel i traktatens artikel 57, stk. 2, og artikel 66.

5 — EFT L 359, s. 1, som ændret ved Rådets direktiv 92/41/EØF af 15.5.1992, EFT L 158, s. 30. Begge direktiver er vedtaget med hjemmel i traktatens artikel 100 A.

6 — Artikel 3 i direktiv 89/622.

7 — Artikel 4 i direktiv 89/622.

ningen⁸. Medlemsstaterne kan ligeledes ikke »af grunde, der vedrører begrænsningen af tjæreindholdet i cigaretter«⁹, begrænse handel med produkter, der opfylder bestemmelserne i Rådets direktiv 90/239/EØF af 17. maj 1990 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes love og administrative bestemmelser om maksimalt tilladt tjæreindhold i cigaretter¹⁰. Både direktiv 89/622 og direktiv 90/239 er vedtaget af Rådet på et møde sammensat af sundhedsministrene.

12. Fællesskabet har også lovgivet om andre aspekter af reklame. For eksempel opstiller Rådets direktiv 84/450/EØF af 10. september 1984 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes love og administrative bestemmelser om vildledende reklame og sammenlignende reklame¹¹ objektive mindstekriterier til bedømmelse af, om en reklame er vildledende¹² og specificerer de forhold, hvorunder sammenlignende reklame er tilladt¹³. Anden betragtning til ændringsdirektiv 97/55/EF bemærker, at »reklame er et yderst vigtigt middel, når det drejer sig om at skabe reelle

afsætningsmuligheder for varer og tjenesteydelser over hele Fællesskabet«.

13. Rådets direktiv 92/28/EØF af 31. marts 1992 om reklame for humanmedicinske lægemidler¹⁴ fastsætter en række kriterier for reklame for sådanne produkter. Det forbyder f.eks. i offentlig reklame, at der bruges visse materialer eller omtales terapeutiske indikationer, og det forbyder reklame for visse produkter.

iii) *Lovgivningsarbejdet forud for reklamedirektivet*

14. Muligheden for at regulere tobaksreklamer på fællesskabsplan blev først rejst af Kommissionen i 1984 i en meddelelse til Europa-Rådet vedrørende samarbejde om sundhedsproblemer. Det første »Europa mod Kræft«-program blev vedtaget ved beslutning truffet den 7. juli 1986 af Rådet og repræsentanter for medlemsstaternes regeringer forsamlet i Rådet¹⁵. Det blev i programmet krævet, at der skulle foretages undersøgelser af, hvordan tobaksforbruget kunne reduceres, såsom fællesskabshandlinger vedrørende reklame og sponsorering inden for rammerne af samarbejdet om

8 — Artikel 8, stk. 1, i direktiv 89/622.

9 — Artikel 7, stk. 1, i direktiv 90/239.

10 — EFT L 137, s. 36. Dette direktiv er vedtaget med hjemmel i traktatens artikel 100 A.

11 — EFT L 250, s. 17, som ændret af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/55/EF af 6.10.1997, EFT L 290, s. 18. Direktiv 84/450 er vedtaget med hjemmel i traktatens artikel 100. Ændringsdirektiver er vedtaget med hjemmel i traktatens artikel 100 A.

12 — Artikel 2, stk. 2, og artikel 3 i direktiv 84/450; jf. ligeledes syvende betragtning til direktivet.

13 — Artikel 3a i direktiv 84/450.

14 — EFT L 113, s. 13. Direktivet er vedtaget med hjemmel i traktatens artikel 100 A.

15 — EFT C 184, s. 19.

sundhedsspørgsmål. Kommissionen svarede med en handlingsplan for perioden 1987-1989. Kommissionen udarbejdede først et forslag, med hjemmel i traktatens artikel 100 A, til Rådets direktiv om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes love og administrative bestemmelser om reklame for tobaksvarer i pressen og på plakater¹⁶ (herefter »det første direktivforslag«).

15. Det første direktivforslag anførte, at reklame i pressen og på plakater overskred medlemsstaternes grænser, og at forskellene mellem de nationale regler om tobaksreklame kunne skabe hindringer for samhandelen og medføre konkurrencefordrejning. I de nødvendige harmoniserede regler bør der tages behørigt hensyn til beskyttelsen af borgernes, især de unges sundhed. Betragtningerne henviser også til »Europa mod Kræft«-programmet. Det første direktivforslag krævede, at reklamer for cigaretter og andre tobaksvarer skulle indeholde sundhedsadvarsler¹⁷. Det ville også have begrænset indholdet af reklamernes oplysninger om produktet og afbildningen af dets emballage og forbudt henvisninger i reklame, selv om tobaksvarer ikke direkte omtales, til varemærker, emblemer, symboler eller andre kendetegn, der hovedsageligt anvendes for tobaksvarer¹⁸. Enhver form for reklame for tobaksvarer i publikationer, der hovedsageligt henvendte sig til unge

under 18 år, skulle forbydes¹⁹. Artikel 5 i det første direktivforslag ville have forhindret medlemsstaterne i at henvise til tobaksreklame som grundlag for at forbyde eller begrænse handelen med publikationer eller med plakater, der var i overensstemmelse med direktivet.

16. Europa-Parlamentet godkendte i henhold til samarbejdsproceduren det første direktivforslag den 14. marts 1990 efter ændringer rettet mod et fuldstændigt forbud mod tobaksreklamer for at beskytte borgernes sundhed²⁰. Kommissionen mente, at det var for tidligt med et fuldstændigt forbud på de nationale lovgivningers nuværende stadie, men ændrede sit forslag for at tydeliggøre, at den alene ville harmonisere bestemmelserne i de medlemsstater, der tillod tobaksreklame²¹. Kommissionen tilføjede ligeledes tre nye betragtninger for at henlede opmærksomheden på medlemsstaternes målsætninger for borgernes sundhed og unges modtagelighed for reklamer.

17. Denne ændrede udgave af det første direktivforslag blev drøftet i Coreper under overskriften »Kampen mod kræft«, men enighed kunne ikke nås hverken i Coreper eller i Rådets arbejdsgruppe vedrørende sundhed. Kommissionen trak forslaget til-

16 — KOM(89) 163 endelig udg., forelagt den 7.4.1989, EFT C 124, s. 5.

17 — Artikel 2 i det første direktivforslag.

18 — Artikel 3 i det første direktivforslag.

19 — Artikel 4 i det første direktivforslag.

20 — EFT C 96, s. 98.

21 — KOM(90) 147 endelig udg., forelagt den 19.4.1990, EFT C 116, s. 7.

bage og forelagde den 17. maj 1991 et ændret forslag til Rådets direktiv om reklame for tobaksvarer (herefter »det andet direktivforslag«)²². Det redegjorde for første gang for den indbyrdes afhængighed mellem de forskellige former for reklame og det forhold, at tobaksforbrug forårsager et betydeligt antal dødsfald i Fællesskabet. Det andet direktivforslag ville have forbudt enhver form for tobaksreklame, reklame på andre områder, hvor der anvendes mærker, der er kendt fra en tobaksvarer, anvendelse af mærker for nye tobaksvarer og enhver gratis uddeling af sådanne varer²³. Medlemsstaterne kunne tillade reklamer inde i tobaksudsalg²⁴, men det andet direktivforslag ville ikke have forhindret medlemsstaterne i at fastsætte strengere forholdsregler for at beskytte befolkningens sundhed²⁵. Selv om der fra flere sider²⁶ blev rejst tvivl om problemstillingen, afviste Europa-Parlamentet et forslag om at ændre forslaget hjemmel fra traktatens artikel 100 A til EF-traktatens artikel 235 (nu artikel 308 EF) og traf den 11. februar 1992 en lovgivningsmæssig beslutning, der bl.a. foreslog en ny betragtning, hvorefter et forbud var berettiget af sundhedshensyn. Kommissærerne for beskæftigelse, erhverv og sociale forhold (herunder sundhed), der var ansvarlige for forslaget, har tilsyneladende holdt en række taler og er fremkommet med udtalelser, der

fremhæver vigtigheden af at beskytte befolkningens sundhed²⁷.

18. Rådet vedtog en resolution den 26. november 1996 om begrænsning af rygning i Det Europæiske Fællesskab²⁸, hvori Rådet anførte, at det var »nødvendigt at danne sig et skøn over indvirkningen på tobaksforbruget af på den ene side foranstaltninger, der tilskynder til rygning og andre forbrugsfremmende foranstaltninger og på den anden side indgreb og foranstaltninger, der sigter mod at begrænse rygning«, og opfordrede Kommissionen til »at foretage undersøgelser af de bedste metoder, der anvendes i medlemsstaterne for at begrænse udbredelse af rygning, samt evaluering af de resultater, der opnås«.

19. Rådet vedtog endelig den 12. februar 1998 en formel fælles holdning²⁹ vedrørende det andet direktivforslag på grundlag af et ændret forslag forelagt af Kommissionen den 11. december 1997³⁰. Dette tilføjede traktatens artikel 57, stk. 2, og artikel 66 til artikel 100 A som hjemmel og indeholdt en række nye betragtninger, der skulle afspejle de ændrede betingelser for

22 — KOM(91) 111 endelig udg., EFT C 167, s. 3. En lettere ændret udgave blev forelagt af Kommissionen den 30.4.1992, KOM(92) 196 endelig udg., EFT C 129, s. 5.

23 — Artikel 2 i det andet direktivforslag.

24 — Artikel 3 i det andet direktivforslag.

25 — Artikel 5 i det andet direktivforslag.

26 — Fra en række delegationer i Rådets arbejdsgruppe vedrørende sundhed og fra Europa-Parlamentets Udvalg om Økonomi, Valutaspørgsmål og Industripolitik. Lignende tvivl blev tilsyneladende udtrykt af Rådets Juridiske Tjeneste i en udtalelse af 3.12.1993. Se mine bemærkninger vedrørende denne juridiske udtalelse nedenfor i punkt 76.

27 — Taler til Europa-Parlamentet af kommissær Papandreu, november 1991 og 16.1.1992; bemærkninger fra kommissær Flynn til Rådet af sundhedsministre, 22.12.1994; tale af kommissær Flynn på Den Europæiske Konference om Tobak og Sundhed, 3.10.1996; tale af kommissær Flynn til besvarelse af Rådets beslutning om en fælles holdning, 5.12.1997.

28 — EFT C 374, s. 4.

29 — EFT C 91, s. 34.

30 — SN4883/197.

det foreslåede forbud mod indirekte reklame, det noget videre anvendelsesområde for undtagelsen vedrørende reklame på udsalgsstederne og dets anvendelse på faglige meddelelser, og udvidelsen af forbuddet til sponsorering af arrangementer eller aktiviteter³¹. Det tilføjede også betragtninger, der henviser til andre foranstaltninger vedrørende det indre marked, der berører enten reklame eller tobaksvarer — direktiv 89/622 som ændret, 90/239 og 92/28. Væsentligst, i hvert fald for dem, der anfægter direktivet, udelader den fælles holdning tre betragtninger fra de tidligere udkast:

»Det Europæiske Råd understregede i Milano den 28. og 29. juni 1985, hvor vigtigt det er at iværksætte et europæisk handlingsprogram mod kræft.

Rådet og repræsentanterne for medlemsstaternes regeringer, forsamlet i Rådet, har i deres resolution af 7. juli 1986 om et handlingsprogram for De Europæiske Fællesskaber til bekæmpelse af kræft fastsat som mål for dette program at bidrage til at forbedre Fællesskabets borgeres sundhed og livskvalitet og nedbringe antallet af kræfttilfælde, og det har med henblik herpå

prioriteret bekæmpelsen af brugen af tobak højt.

Tobaksvarer forårsager hvert år et særdeles stort antal dødsfald i medlemsstaterne i Det Europæiske Fællesskab.«

20. Den fælles holdning blev godkendt af Europa-Parlamentet den 13. maj 1998³², og direktivet blev vedtaget den 22. juni 1998 på et rådsmøde bestående af forskningsministrene. Tyskland stemte mod direktivets vedtagelse.

iv) *Et resumé af reklamedirektivet*

21. Det følgende er de fire første betragtninger til direktivet i den affattelse, det blev vedtaget:

»1) Der er en række forskelle mellem medlemsstaternes bestemmelser om reklame for tobaksvarer og sponsorering til fordel for disse; da denne reklame og sponsorering overskrider medlemsstaternes grænser, kan de

31 — Se umiddelbart nedenfor drøftelsen vedrørende direktivets betingelser.

32 — Udvalget om Retlige Anliggender og Borgernes Rettigheder under Europa-Parlamentet afviste dog den 16.4.1998 hjemmelen for det andet direktivforslag som ændret.

nævnte forskelle lægge hindringer i vejen for den frie bevægelighed for de produkter, der anvendes som grundlag for denne reklame og sponsorering, og for den frie udveksling af tjenesteydelser på området samt medføre konkurrenceforvridning og således hæmme det indre markeds funktion.

2) Disse hindringer bør fjernes, og med henblik herpå bør bestemmelserne om reklame for og sponsorering af tobaksvarer tilnærmes, idet medlemsstaterne dog skal have mulighed for under visse forhold at fastsætte krav, som de finder nødvendige for at sikre beskyttelsen af befolkningens sundhed.

3) I henhold til traktatens artikel 100 A, stk. 3, skal Kommissionens forslag i henhold til stk. 1 inden for sundhed, sikkerhed, miljøbeskyttelse og forbrugerbeskyttelse bygge på et højt beskyttelsesniveau.

4) Følgelig bør der i dette direktiv tages behørigt hensyn til beskyttelsen af befolkningens og navnlig unges sundhed, idet reklame for de unge spiller en vigtig rolle med hensyn til fremme af tobaksforbruget.«

Femte betragtning henviser til, at direktiv 89/622 og 90/239 allerede var vedtaget på grundlag af artikel 100 A. Sjette betragtning henviser til direktiv 92/28 om reklame for humanmedicinske lægemidler og anfører, at reklame for tobaksafvænningsmidler ikke er omfattet af reklamedirektivet. Syvende betragtning henviser til forskellige undtagelser fra forbuddet mod tobaksreklame (artikel 3, stk. 5) og tilføjer, at »på disse områder kan medlemsstaterne i givet fald træffe passende foranstaltninger« (jf. også artikel 5). Ottende og niende betragtning til direktivet lyder i uddrag:

»8) Da der er en indbyrdes sammenhæng mellem alle former for reklame: mundtlig, skriftlig, trykt, i radio, fjernsyn og biografer, og da enhver risiko for konkurrenceforvridning og omgåelse af bestemmelserne må undgås, bør dette direktiv gælde for alle reklameformer og -media ud over fjernsynsreklamer, som allerede er omfattet af Rådets direktiv 89/552/EØF af 3. oktober 1989...

9) Enhver form for indirekte reklame og sponsorering samt gratis uddeling har samme virkning som direkte reklame og bør derfor — uden at ytringsfrihedens³³ grundlæggende principper berøres — reguleres, herunder de indirekte

33 — Denne henvisning til ytringsfriheden blev tilføjet efter forelæggelsen af Kommissionens ændrede andet direktivforslag den 11.12.1997.

former for reklame, som, selv om der ikke direkte nævnes en tobaksvarer, anvender et navn, mærke, symbol eller et hvilket som helst andet kendetegn for tobaksvarer; medlemsstaterne kan dog udsætte anvendelsen af disse bestemmelser for at give mulighed for at tilpasse handelspraksis og erstatte sponsorering til fordel for tobaksvarer med andre passende medieformer.«

22. Direktivets artikel 1 lyder:

»Dette direktiv har til formål at tilnærme medlemsstaternes love og administrative bestemmelser om reklame for tobaksvarer og sponsorering til fordel for disse.«

Direktivets artikel 2 indeholder bl.a. følgende definitioner:

»1) 'tobaksvarer': varer, der er bestemt til at ryges, indsnuses, suttes eller tygges, hvis de, også kun delvist, er fremstillet af tobak

Tiende betragtning henviser til muligheden (jf. artikel 3, stk. 2) for fortsat under visse omstændigheder at kunne tillade, at der i visse reklamer for produkter til alsidiggørelse — andre varer og tjenesteydelser end tobaksvarer, der benytter et navn, varemærke, emblem eller andet kendetegn — benyttes et navn, der er kendt fra tobaksvarer, »uden at det berører reguleringen af tobaksreklamerne«³⁴. Ellefte betragtning henviser til muligheden for, at sponsorering kan afskaffes gradvist (jf. artikel 6, stk. 3), idet det udtales, at sådan eksisterende sponsorering »bør omfatte alle midler til gennemførelsen af formålet med sponsorering som defineret i dette direktiv«.

2) 'reklame': enhver form for kommerciel meddelelse med sigte på at fremme afsætningen af en tobaksvarer eller med dette som en direkte eller indirekte virkning, herunder reklamer, hvori man, uden at tobaksvareren direkte nævnes, forsøger at omgå forbuddet mod tobaksreklamer ved at anvende navne, mærker, symboler eller andre kendetegn for tobaksvarer

3) 'sponsorering': ethvert offentligt eller privat bidrag til en aktivitet eller et arrangement med sigte på at fremme

34 — I det ændrede forslag forelagt af Kommissionen den 11.12.1997 henviser denne bestemmelse til »forbuddet mod tobaksreklamer« (min fremhævelse).

afsætningen af en tobaksvarer eller med ...
dette som en direkte eller indirekte
virkning.«

Direktivets artikel 3, stk. 1, 2 og 4, bestemmer:

»1. Enhver form for reklame og sponsoring forbydes inden for Fællesskabet, jf. dog direktiv 89/552/EØF.

2. Stk. 1 er ikke til hinder for, at en medlemsstat kan tillade, at et navn, der allerede anvendes i god tro for både tobaksvarer og andre varer eller tjenesteydelser, der markedsføres eller udbydes af en og samme virksomhed eller af forskellige virksomheder før den 30. juli 1998, anvendes til reklame for de andre varer eller tjenesteydelser.

Dog må dette navn kun anvendes, hvis det fremtræder i en form, hvorved det tydeligt adskiller sig fra navnets udseende på tobaksvarer og uden noget andet kendetegn, der allerede anvendes for en tobaksvarer.

4. Enhver form for gratis uddeling, der har til formål eller den direkte eller indirekte virkning at fremme en tobaksvarer, er forbudt.«

23. Ligesom direktivets artikel 3, stk. 2, vedrører denne artikels stk. 3, litra b), tilsyneladende produkter til alsidiggørelse, men bestemmelsen er ikke et mønster på klarhed. Den udtaler, at forbuddet i stk. 1 ikke må omgås for nogen vare eller tjenesteydelse, der markedsføres fra den 30. juli 2001 ved anvendelse af navne, mærker, emblemer eller andre kendetegn, der allerede anvendes for en tobaksvarer. Det synes at ligge implicit i denne henvisning til artikel 3, stk. 1, at det tvetydige ord »anvendelse« henviser til anvendelse af navn eller andre kendetegn *ved reklame eller sponsoring*. »Med henblik herpå« skal det pågældende kendetegn »fremtræde i en form, hvorved det tydeligt adskiller sig fra udseendet på tobaksvarer«. Da der ikke er yderligere tilkendegivelser, formoder jeg, at denne del af bestemmelsen også vedrører reklame og sponsoring, og ikke præsentationen af selve varen eller tjenesteydelsen. Min umiddelbare tvivl herom blev bortvejet af Rådets og Parlamentets svar under retsmødet.

Artikel 3, stk. 5, udtaler, at direktivet ikke finder anvendelse på:

»— meddelelser, der udelukkende henvender sig til fagfolk inden for tobaksbranchen

— udstilling af tobaksvarer, der udbydes til salg, samt prisskilte for disse varer på tobaksudsalgsstedet

— reklame rettet til køberen på salgssteder, herunder disses butiksfacader, hvor man er specialiseret i salg af tobaksvarer, eller, når der er tale om salgssteder, hvor der sælges forskellige varer eller tjenesteydelser, hvor salget foregår fra en stand, der er forbeholdt salg af tobaksvarer, samt salgssteder der i Grækenland er undergivet en særlig licensordning af sociale grunde (perip-tera)

— salg af publikationer, der indeholder reklame for tobaksvarer, når disse er udgivet og trykt i tredjelande, og såfremt de ikke hovedsageligt er bestemt for fællesskabsmarkedet«.

24. Direktivets artikel 4 vedrører midler til at kontrollere og sikre, at de nationale bestemmelser, der er vedtaget i forbindelse med direktivet, overholdes. Bestemmelsen er ikke omtvistet i denne sag.

Det udtales i direktivets artikel 5:

»Dette direktiv berører ikke medlemsstaternes mulighed for, under overholdelse af traktaten, at fastsætte strengere krav vedrørende reklamer for tobaksvarer eller sponsorering til fordel for disse, som de finder nødvendige for at beskytte befolkningens sundhed.«

25. Artikel 6, stk. 1, udtaler, at medlemsstaterne skal sætte de nødvendige love og administrative bestemmelser i kraft for at efterkomme direktivet senest den 30. juli 2001. Artikel 6, stk. 3, fastslår:

»Medlemsstaterne kan dog udsætte gennemførelsen af artikel 3, stk. 1,

— i et år for så vidt angår den skrevne presse

— i to år for så vidt angår sponsorering.«

I særlige og behørigt begrundede tilfælde kan medlemsstaterne under visse betingelser, der ikke er omtvistede i de foreliggende sager, fortsat tillade eksisterende sponsorering af arrangementer eller aktiviteter i en yderligere periode på tre år, dog senest indtil den 1. oktober 2006.

III — Formaliteten

26. Det er nødvendigt, før realiteten drøftes, at behandle to anbringender, som Rådet, Parlamentet og Den Franske Republik har fremsat i deres indlæg i Imperial Tobacco-sagen om, hvorvidt den nationale rets forelæggelseskendelse kan antages til realitetsbehandling.

27. Parlamentet har i sit indlæg i Imperial Tobacco-sagen henvist til de indstævntes processkrifter i hovedsagen, hvorefter stævningen var af generel eller hypotetisk karakter, da den vedrørte en national gennemførelsesretsakt, der endnu ikke var trådt i kraft, hvorfor det ikke er muligt at foretage en domstolskontrol, og at det var kun muligt at behandle direktivets gyldig-

hed under den nationale sag, når spørgsmålet blev rejst som et underordnet spørgsmål. Den nationale ret havde åbenbart den opfattelse, at det i overensstemmelse med kapitel 53, rule 1(2), i procesordningen for Supreme Court kunne være ret og passende at tillade et anerkendelsessøgsmål for at fjerne usikkerhed. Sagen vedrørte ikke »rent abstrakte spørgsmål«, men fremtidige rettigheder, som kunne tages til følge i en quia timet sag³⁵.

28. Parlament har henvist til den nationale rets forpligtelse til, for at vurdere, om en præjudiciel afgørelse er nødvendig for, at den kan afsige dom, at tage hensyn til, at Domstolen ikke udøver responderende virksomhed vedrørende generelle eller hypotetiske spørgsmål³⁶, og har anført, at på trods af, at der i Bosman-dommen blev antaget en i denne sammenhæng ikke alt for ulig forelæggelseskendelse til realitetsbehandling, vedrørte den sag »hvad, der blev opfattet som en umiddelbar trussel mod etablerede, direkte anvendelige, rettigheder udledt af traktaten, hvor truslen kom fra en privat person«, snarere end forventningen om, at en medlemsstat ville opfylde sine traktatforpligtelser. Parlamentet har foreslået, at muligheden for at anfægte endnu ikke gennemførte fællesskabsretsakter af generel karakter ved de nationale retter, der medfører en anmodning om en præjudiciel afgørelse, kan falde uden for traktatens ordning med retsbeskyttelse; da det vil omgå kravet om, at den person, der indbringer sagen, skal være direkte og

35 — Jf. L.J. Diplocks udtalelse i Rediffusion (Hong Kong) Ltd mod Attorney General of Hong Kong (1970) AC 1136, s. 1158.

36 — Dom af 15.12.1995, sag C-415/93, Bosman, Sml. I, s. 4921, præmis 59 og 60.

individuellet berørt af den anfægtede retsakt. Rådet (støttet af Den Franske Republik) er fremkommet med tilsvarende indlæg vedrørende sagens hypotetiske karakter³⁷, og muligheden for, at kravet om at være direkte berørt for at kunne anfægte gyldigheden af fællesskabsforanstaltninger efter EF-traktatens artikel 173 (efter ændring nu artikel 230 EF) kunne undgås ved henvisning til nationale sager.

gen om præjudiciel afgørelse kunne derfor i den forbindelse tages til følge. Det væsentlige var, at det var den nationale ret, der i overensstemmelse med national lovgivning skulle afgøre, om et sådant søgsmål kunne opretholdes.

29. Parlamentet havde efter min opfattelse ret i at henvise til lighederne mellem den slags nationale sager, der resulterede i forelæggelsen i Bosman-dommen og i Imperial Tobacco-sagen. Bosman's påstand om anerkendelse af, at regler vedrørende professionelle fodboldspilleres nationalitet ikke kunne anvendes på ham, kunne antages til realitetsbehandling ved de belgiske retter, da en bestemmelse i den belgiske retsplejelov hjemlede mulighed for sagsanlæg med henblik på at forhindre »et truende alvorligt retstab«, idet han havde fremført objektive beviser for, at den skade, som han frygtede ville hindre hans karriere, rent faktisk ville indtræffe³⁸. Selv om hovedsagen således alene har konstaterende karakter, og nødvendigvis, da den tilsigter at forhindre et truende retstab, er støttet på antagelser om fremtiden, der efter deres natur var usikre, betød det forhold, at sådanne søgsmål var anerkendt i national ret, at de af den nationale ret forelagte spørgsmål objektive må anses for at være nødvendige for løsningen af den tvist, som behørigt er indbragt for den³⁹. Anmodnin-

30. Den nationale del af Imperial Tobacco-sagen vedrører ligeledes skade, der frygtes at hindre den fremtidige udøvelse af den sagsøgende tobaksvirksomheds rettigheder. Den nationale rets vurdering af muligheden for at anvende et konstaterende retsmiddel må antages at være en korrekt gengivelse af national lovgivning. De forskelle mellem de to sager, som Parlamentet har henvist til, underbygger anbringendet om, at sagen kan antages til realitetsbehandling. Hvis det antages, at medlemsstaterne ønsker at opfylde deres forpligtelser i henhold til traktaten, og at medlemsstaterne skal have truffet de nødvendige foranstaltninger for at gennemføre reklamedirektivet senest den 30. juli 2001, og at de naturligvis kan gøre dette tidligere⁴⁰, gør dette så meget desto mere truslen mod sagsøgerens interesser i hovedsagen mere konkret sammenlignet med Bosman-dommen. Muligheden for udsættelse af anvendelsen af visse dele af direktivet indtil senest den 1. oktober 2006 (i undtagelsestilfælde vedrørende eksisterende sponsorering) kan i nogle henseender gøre truslen midlertidigt fjernere, men gør den ikke på nogen måde mere hypotetisk⁴¹. Der er derfor ingen grund til, at Domstolen

37 — Jf. dom af 16.7.1992, sag C-83/91, Meilicke, Sml. I, s. 4871, præmis 25.

38 — Bosman-dommen, præmis 44 og 64, jf. ovenfor fodnote 36.

39 — Bosman-dommen, præmis 65.

40 — Et direktiv har retsvirkning for de medlemsstater, det retter sig til, fra tidspunktet for dets meddelelse, jf. dom af 18.12.1997, sag C-129/96, Inter-Environnement Wallonie, Sml. I, s. 7411, præmis 41 og 44.

41 — Jf. generaladvokat Lenz' forslag til afgørelse i Bosman-sagen, nævnt i fodnote 36, punkt 99.

skulle betvivle den nationale rets behov for præjudiciel afgørelse af det forelagte spørgsmål, for at afsige dom⁴².

31. Jeg vil nu vende mig mod det andet anbringende om, at en anmodning om præjudiciel afgørelse vedrørende gyldighed ikke bør tillade afvigelse fra bestemmelserne om betingelserne for sagsanlæg i traktatens artikel 173. Domstolen har faktisk udelukket muligheden for afvigelse, gennem en anmodning om præjudiciel afgørelse vedrørende gyldigheden af en fællesskabsforanstaltning, af tidsfristen for sagsanlæg vedrørende annullation i henhold til den bestemmelse, da parterne »uden tvivl« kunne have anlagt en sådan sag⁴³. Rådet, Parlamentet og Den Franske Republik ønsker tilsyneladende at udvide anvendelsesområdet for denne undtagelses-afgørelse, således at personer, der hverken er adressat for eller direkte og individuelt berørt af en fællesskabsforanstaltning af generel karakter, ikke skulle kunne anfægte dens gyldighed ved de nationale retter med henblik på at opnå en præjudiciel afgørelse fra Domstolen om dette spørgsmål.

32. Domstolen bemærkede i Universitæt Hamburg-sagen, at en beslutning fra en national myndighed var den eneste retsakt, som sagsøgeren i hovedsagen kunne

anfægte under en retssag, »uden at... vil have vanskeligheder med at føre bevis for sin søgsmålsinteresse«, og udtalte, at »[i] overensstemmelse med det almindelige retsprincip, der har fundet udtryk i EØF-traktatens artikel 184, bør den, der har fremsat anmodningen, have mulighed for at påberåbe sig ulovligheden af den af Kommissionen truffne beslutning, som danner grundlag for den nationale afgørelse, der er truffet over for ham, under en sag, der er anlagt efter national ret i anledning af afvisningen af anmodningen«⁴⁴. Domstolen udtalte mere generelt i sagen *Les Verts* mod Parlamentet, at »[n]år gennemførelsen påhviler de nationale myndigheder, kan [fysiske og juridiske personer] påberåbe sig de *generelle* retsakters ugyldighed for de nationale domstole og foranledige disse til præjudicielt at forelægge Domstolen spørgsmål herom«⁴⁵. Domstolen bemærkede, at EF-traktatens artikel 177 (nu artikel 234 EF) er del af »et fuldstændigt retsmiddel- og proceduresystem, hvormed Domstolen skal kunne kontrollere legaliteten af institutionernes retsakter«, og at »[f]ysiske og juridiske personer således er beskyttet mod anvendelse i forhold til dem af generelle retsakter, som de ikke kan anfægte direkte for Domstolen på grund af de særlige formalitetsbetingelser, der er specificeret i traktatens artikel 173, stk. 2«⁴⁶.

42 — *Bosman-dommen*, præmis 59.

43 — Dom af 9.3.1994, sag C-188/92, *TWD Textilwerke Deggendorf*, Sml. I, s. 833, præmis 24 og 25.

44 — Dom af 27.9.1983, sag 216/82, Sml. s. 2771, præmis 10.

45 — Dom af 23.4.1986, sag 294/83, Sml. s. 1339, præmis 23, min fremhævelse. Det synes for mig åbenlyst ud fra henvisningen i den forudgående sætning til direkte og individuelt berørt, at denne betingelse efter Domstolens opfattelse ikke gælder personer, der har anlagt sådanne nationale sager.

46 — *Les Verts* mod Parlamentet, præmis 23. Jf. endvidere dom af 2.4.1998, sag C-321/95 P, *Greenpeace Council m.fl. mod Kommissionen*, Sml. I, s. 1651, præmis 33, og mine kommentarer hertil i mit forslag til afgørelse, punkt 71 til 74, i sag C-70/97, *Kruidvat mod Kommissionen* (dom af 17.11.1998, Sml. I, s. 7183), samt Retterns kendelse af 20.10.1994, sag T-99/94, *Asocarne mod Rådet*, Sml. II, s. 871, præmis 17.

33. Imperial Tobacco-sagen er efter min opfattelse ikke en sag om direkte anfægtelse af reklamedirektivet, selv om dets gyldighed er væsentlig for resultatet i den nationale sag. De sagsøgende tobaksvirksomheder ønsker at forhindre de kompetente medlemmer af Det Forenede Kongeriges regering i at udføre deres udtrykte hensigt om at gennemføre direktivet ved bestemmelser vedtaget i henhold til section 2 (2), i European Communities Act 1972. Det synes, som om deres berettigelse til at gøre dette gennem afledt lovgivning afhænger af direktivets gyldighed⁴⁷. Direktivets gyldighed har således direkte virkning på og er sideordnet med Det Forenede Kongeriges forfatningsret, nemlig de sagsøgte *vires* i hovedsagen til at vedtage de fastsatte bestemmelser. Der er derfor ikke grundlag for af de af Rådet, Parlamentet og Den Franske Republik anførte årsager at stille spørgsmålstegn ved, om anmodningen fra den nationale ret kan antages til realitetsbehandling.

IV — Indlæg for Domstolen

34. Der er indleveret skriftlige indlæg til Domstolen i både Tyskland-sagen og Imperial Tobacco-sagen af Europa-Parlamentet, Rådet for Den Europæiske Union, For-

bundsrepublikken Tyskland, Den Franske Republik, Republikken Finland, Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland og af Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber. Skriftlige indlæg er ligeledes i Imperial Tobacco-sagen indleveret af Imperial Tobacco Ltd og andre af hovedsagens sagsøgere samt Den Italienske Republik. Der blev afholdt retsmøde i de to sager den 12. april 2000, hvor alle dem, der havde indgivet skriftlige indlæg, var repræsenteret.

35. I det følgende sammendrag af anbringenderne henvises der samlet til Forbundsrepublikken Tyskland og sagsøgerne i hovedsagen i Imperial Tobacco-sagen som »sagsøgerne«. Fællesskabsinstitutionerne og de øvrige medlemsstater, der har afgivet indlæg til støtte for reklamedirektivets gyldighed, kaldes under ét »de sagsøgte«. I det omfang det synes nødvendigt, behandler jeg i min gennemgang de detaljerede faktuelle og fortolkningsmæssige anbringender fra de to sider, samt den retspraksis og andet materiale, der er henvist til af dem. I det følgende sammendrag anfører jeg de af sagsøgerne påberåbte anbringender i den rækkefølge, jeg vil behandle dem i min gennemgang.

i) Hjemmel og kompetence

36. Sagsøgerne har gjort gældende, at Fællesskabet ikke havde kompetence til at vedtage direktivet, i hvert fald ikke med

47 — Jf. Lord Woolfs, MR, dom i Court of Appeal vedrørende anmodning om foreløbigt forbud mod Det Forenede Kongeriges regerings gennemførelse af direktivet for Domstolens dom i sag C-376/98: R mod Secretary of State for Health m.fl., ex parte Imperial Tobacco Ltd. m.fl. [2000] 1 All ER 572, s. 575 f.

hjemmel i de traktatbestemmelser, som lovgiver faktisk har støttet sig til. Forbundsrepublikken Tyskland har gjort gældende, at vedtagelsen af direktivet udgør magtmisbrug fra fællesskabslovgivers side. Det vil være tilsidesættelse af principperne for magtbeføjelser i EF-traktatens artikel 3 B (nu artikel 5 EF) at bedømme dette anderledes. Anbringendet udgøres af to brede, sammenhængende led, hvis bevisførelse også er af relevans for anbringenderne vedrørende tilsidesættelse af proportionalitets- og subsidiaritetsprincippet, af grundlæggende rettigheder og af traktatens artikel 30.

37. Anbringendets første led er, at direktivet reelt er en foranstaltning til beskyttelse af folkesundheden, hvis påvirkning af det indre marked, om nogen overhovedet, er tilfældig i forhold til det hovedformål, der afspejles i dets indhold, om at begrænse rygning. Folkesundheden har været hovedfaktoren bag fællesskabsinitiativer vedrørende tobaksreklame siden, at »Europa mod kræft«-programmet blev lanceret i 1985. At beskyttelse af folkesundheden er direktivets hovedformål bevises af dets nuværende betragtninger og af de betragtninger, der blev slettet inden dets iværksættelse, af det forhold, at vedtagelsesprocessen blev varetaget af ministre, kommissærer og embedsmænd, der var ansvarlige for sundhedsspørgsmål, og af en række udtalelser fra de ansvarlige politikere. En retlig efterprøvelse er ikke begrænset til redegørelsen for formålet i betragtningerne til en foranstaltning, som kan manipuleres med. Traktatens artikel 129 undtager udtrykke-

ligt harmoniseringsforanstaltninger fra de foranstaltninger, hvis vedtagelse den forudsætter, hvorfor Fællesskabet ikke havde kompetence til at vedtage direktivet med henvisning til en hjemmel, der blot er tilfældig i forhold til dets virkelige formål og indhold.

38. Det andet led af anbringendet er, at direktivet under alle omstændigheder af en række årsager ikke er en gyldig foranstaltning vedrørende det indre marked. For det første er der ingen tværstatslig samhandel af betydning (eller ingen overhovedet) inden for hverken reklameydelser eller reklamemedia vedrørende handelen inden for hver medlemsstat med det resultat, at de forskellige nationale lovgivninger alene udgjorde en forsvindende lille potentiel hindring for sådan samhandel og ikke skabte en mærkbar konkurrencefordrejning. For eksempel sælger ingen avis eller tidsskrift i Fællesskabet mere end 5% af dets oplag uden for oprindelsesmedlemsstaten, og ingen af dem er faktisk udsat for begrænsninger på grund af deres indhold af tobaksreklamer. Enhver opfattet hindring kunne have været fjernet gennem et krav om fri bevægelighed for aviser uanset deres reklameindhold. For det andet medfører direktivet reelt et fuldstændigt forbud mod tobaksreklame — cirka 98% af sådan reklame i henhold til værdi, herunder reklame med udelukkende national virkning — der medfører en hindring for handelsfriheden med reklamerelaterede varer og tjenesteydelser. Tobaksreklame repræsenterer endvidere kun en lille del af den totale reklame, og vidt forskellig smag i de forskellige lande medfører forskellige nati-

onale markedsføringsstrategier, der ikke er genstand for grænseoverskridende præstation af tjenesteydelser eller levering af varer. Der er således næsten ingen internationale tobaksmærker i Fællesskabet.

mv. — der har tobaksrelaterede navne (produkter til alsidiggørelse), og varer, der ikke har sådanne navne.

39. Selv om begrænsninger eller forbud mod visse varer eller tjenesteydelser kan være nødvendige som en del af et generelt program til åbning af markedet, så er et fuldstændigt forbud mod en økonomisk aktivitet ikke forenelig med den frie bevægelighed for varer og tjenesteydelser. Resultatet bliver her afskaffelse af konkurrencen. Forbuddet opvejes ikke af fordele inden for andre dele af reklamebranchen; selv vedrørende de betydningsløse undtagelser fra reklameforbuddet tillader direktivet udtrykkeligt, at medlemsstaterne også begrænser disse af hensyn til folkesundheden, således at de påståede lige konkurrencevilkår ikke desto mindre kan blive fordrejet.

40. Reklamedirektivet har også virkninger, der modvirker konkurrence, og medvirker til markedsopdeling ved at gøre adgangen for nye tobaksmærker — hvilket normalt opnås gennem reklame — så godt som umulig. Direktivet påstår ikke, at det medvirker til den frie bevægelighed for tobaksvarer. Det fordrejer også konkurrencen mellem medier fra Fællesskabet og fra tredjelande. Det fordrejer endvidere konkurrencen, på et selvstændigt marked, mellem ikke-tobaksvarer — tøj, toiletartikler

41. Sagsøgerne har af princip henledt opmærksomheden på muligheden for misbrug af artikel 100 A for at afhjælpe påståede konkurrencefordrejninger og har gjort gældende, at anvendelse af bestemmelsen i den forbindelse skal begrænses til områder, hvor Fællesskabet også har kompetence *ratione materiae*. Ellers kunne afstemninger med kvalificeret flertal i Rådet, på grund af den begrænsede rækkevidde af den retlige efterprøvelse, anvendes til at underminere magtfordelingen mellem Fællesskabet og medlemsstaterne.

42. De sagsøgte har gjort gældende, at tobaksreklame er genstand for en vis grænseoverskridende samhandel, både med tjenesteydelser som f.eks. gennem multinationale selskabers indkøring af fælles mærker, logoer, slogans og temaer for tobaksvarer, og med varer f.eks. gennem handel med varer, der er reklamestøtte eller -media som aviser, plakater og reklamefilm til biografer. Der foregår således i en vis udstrækning international markedsføring af varer, og markedsføringskampagner udføres på tværs af medlemsstaternes grænser. Kvalificeringen af forbuddet (f.eks. til 98%) kan ikke ske alene på grundlag af den hidtil tilladte reklameaktivitet i forholdsvis liberale medlemsstater som Tyskland. De

meget forskellige begrænsninger for tobaksreklame i forskellige medlemsstater, fra fuldstændige forbud i Finland, Italien og Portugal til forholdsvis liberale systemer i medlemsstater som Tyskland, udgjorde hindringer både for præstationen af tjenesteydelser vedrørende reklame og for den frie bevægelighed for varer. Nogle af parterne har også anført, at disse lovgivningsmæssige forskelle påvirkede den frie bevægelighed for og konkurrencen mellem tobaksproducenterne selv.

form af øget reklame eller sponsorering til medier uden for direktivets anvendelsesområde, selv om nogle af disse ikke var genstand for mærkbar grænseoverskridende samhandel. Selv rent lokale medier kan præstere tjenesteydelser til udenlandske reklamebureauer eller tobaksproducenter. Der er talrige eksempler på lovgivning, der indeholder fuldstændige forbud mod visse varer eller tjenesteydelser, eller der begrænser visse former for reklame. Foranstaltningen udgjorde dog ikke et fuldstændigt forbud mod tobaksreklamer, både på grund af undtagelserne i artikel 5 og muligheden for, at medlemsstaterne ikke forbyder reklame for produkter til alsidiggørelse.

43. Det var nødvendigt at løse problemet med disse hindringer og deraf følgende konkurrencefordrejninger med tilnærmelse af de pågældende nationale bestemmelser. Ved denne tilnærmelse blev valgt et højt sundhedsbeskyttelsesniveau, både da dette tog hensyn til det eksisterende, tilsyneladende proportionale, men endnu strengere reguleringsniveau i nogle medlemsstater, og da artikel 100 A, stk. 3, og mere generelt artikel 129, stk. 1, tredje led, kræver det. Disse to formål supplerede hinanden; formålet vedrørende folkesundheden forklejnede ikke formålet vedrørende det indre marked, der var tilstrækkeligt til at støtte den påberåbte hjemmel. Traktatens artikel 100 A krævede ikke ukontrolleret liberalisering af nationale regler. Denne bestemmelse tillader også regulering af markedet, selv når det ikke liberaliseres. Endvidere var en vidtrækkende regulering nødvendig for at forhindre omgåelse (og konkurrencefordrejning) gennem afvigelse i

44. Et lige råderum kunne således siges at være blevet skabt for de resterende, tilladte reklameformer, hvilket tillod udbydere af tjenesteydelser vedrørende reklame og producenter og distributører af reklamemedier frit at konkurrere på baggrund af fælles regler. Der er intet krav om en bestemt grad af fordele for det indre marked eller en vis grad af hidtidige handelshindringer, før der kan træffes harmoniseringsforanstaltninger. Foranstaltninger vedrørende det indre marked er kort sagt ikke genstand for en de minimis-prøve. Det er alene relevant at efterprøve proportionaliteten. En sådan harmonisering er tilladt ved selv potentielle trusler, selv om de ikke i mærkbart omfang truer med at begrænse samhandelen eller fordreje konkurrencen. At der er begrænset

adgang til visse reklamemedier truer ikke nye tobaksmærkers gennemtrængning på markedet. Spørgsmålet om, hvorvidt konkurrencefordrejninger er mærkbare, er alene relevant for traktatens artikel 100.

45. Direktivet er tydeligvis en foranstaltning vedrørende det indre marked snarere end en sundhedsforanstaltning, hvorfor traktatens artikel 57, stk. 2, artikel 66 (vedrørende tjenesteydelser) og artikel 100 A udgør den korrekte hjemmel. Dette fremgår af direktivet formål og indhold, som det på objektiv vis er vist i betragtningerne og bestemmelserne. Dette kan ikke modsiges af det rent subjektive bevis vedrørende lovgivers overbevisninger opsnappet fra forarbejderne, der blot er en del af direktivets kontekst. Forhold som Rådets sammensætning eller arbejdsgruppernes generelle sagsresumé er irrelevante. Det kan derfor ikke siges, at direktivets tyngdepunkt er et andet end gennemførelsen af det indre marked, eller at direktivets bestemmelser alene har et tilfældigt og underordnet forhold til det indre markeds oprettelse og funktion. Udelukkelsen af harmoniseringsforanstaltninger i traktatens artikel 129, stk. 4, påvirker ikke artikel 100 A's rækkevidde, der alene er underlagt de udtrykkelige begrænsninger i artikel 100 A, stk. 2.

ii) Subsidiaritetsprincippet

46. Sagsøgerne har hævdet, at hvis Fællesskabet har kompetence til at handle i

henhold til den påberåbte hjemmel, quad non, er dets kompetence delt med medlemsstaterne. Lovgiver respekterede ikke de retningslinjer vedrørende subsidiaritet, der blev vedtaget af Det Europæiske Råd i Edinburgh i 1992⁴⁸ eller den interinstitutionelle aftale fra 1993 mellem Rådet, Parlamentet og Kommissionen vedrørende fremgangsmåden ved gennemførelsen af subsidiaritetsprincippet⁴⁹. Fællesskabet undlod navnlig at henvise til subsidiaritetsprincippet i betragtningerne til direktivet. Der var endvidere intet kvalitativt eller kvantitativt bevis for, at der var behov for fællesskabshandling. Da der ikke var et betydeligt grænseoverskridende element, og henset til væsentlige nationale forskelle, skulle reguleringen af reklameområdet forblive hos medlemsstaterne. En manglende anvendelse af subsidiaritetsprincippet ved en retsakt vedtaget med hjemmel i traktatens artikel 100 A, ville begrænse betydningen af princippet til så godt som ingenting.

47. De sagsøgte hovedargument er, at kompetencen til at koordinere eller tilnærme lovgivninger, der er tildelt Fællesskabet ved traktatens artikel 57, stk. 2, og artikel 100 A, ifølge sin natur er eksklusiv, således at subsidiaritetsprincippet automatisk ikke finder anvendelse. Under alle omstændigheder er det tydeligt, at hvis princippet skulle anvendes, ville medlemsstaterne ikke kunne opfylde direktivets

48 — EF-Bulletin 12/92, s. 9.

49 — EF-Bulletin 10/93, s. 129.

formål om at fjerne konkurrencefordrejninger og hindringer for den grænseoverskridende samhandel med reklamemedier og -tjenesteydelser, hvorfor det er nødvendigt, at Fællesskabet handler. Lovgiver har tydeligvis vurderet og begrundet behovet for fællesskabshandling vedrørende de forskellige nationale bestemmelser. Direktivet overlader endvidere medlemsstaterne en vis margen til at handle på mange områder.

ville mindske det samlede tobaksforbrug, er blevet afvist af den canadiske højesteret og modsagt af betydningsfuldt bevis for den nationale ret i Imperial Tobacco-sagen. Det er muligt at nå dette mål på andre, mindre begrænsende og mere virkningsfulde måder såsom oplysningskampagner og rygebegrænsninger. Harmoniserede bestemmelser vedrørende den frie bevægelighed for aviser og andre publikationer eller selv forbud mod tobaksreklame i publikationer, der handles over grænserne, ville have været mindre restriktive for samhandelen.

iii) *Proportionalitetsprincippet*

48. Hvad angår direktivets erklærede formål om at bistå det indre marked, har sagsøgerne hævdet, at virkningerne af et næsten fuldstændigt forbud vil være enten minimale eller modvirke den ovenfor drøftede hensigt. Den spekulative karakter af betragtningernes bedømmelse af markedet har ikke i tilstrækkelig grad godtgjort proportionaliteten. Direktivet begrænser handelen uden at fjerne nogen reelle hindringer eller fordrejninger, hvilket medfører, at det hverken er nødvendigt eller passende. Lovgiver tog fejl ved vurderingen af, at direktivet ville medføre en nedgang i tobaksforbruget, da reklame tjener til at opbygge markedsandele for mærket snarere end at forøge antallet af rygere. Der blev faktisk ikke gennemført en specialundersøgelse vedrørende et reklameforbuds sandsynlige indvirkning på rygning, endog ikke en vedrørende produkter til alsidiggørelse, på trods af Rådets anmodning herom. Påstande om, at et fuldstændigt forbud

49. De sagsøgte har indvendt, at fællesskabslovgiver har et vidt skøn. Lovgivers lovgivningsmæssige valg vil ikke blive efterprøvet, medmindre der er udtalte fejl, eller det medfører ulemper, der overhovedet ikke er proportionelle med de fordele, der opnås ved en foranstaltning. Når det skal bedømmes, om et direktiv er proportionalt, kan både dets hovedformål vedrørende det indre marked og det supplerende formål vedrørende folkesundheden tages i betragtning. Fællesskabslovgiver har, under hensyntagen til betydningen af begge formål og omfanget af eksisterende nationale begrænsninger, opnået en passende balance mellem almene og private interesser. Alle erhvervsdrivende var nu på lige fod. Den manglende oplysning til offentligheden om f.eks. cigaretter med lavt tjæreindhold blev opvejet af udsigten til en nedgang i det samlede forbrug. Det var endvidere utænkeligt at antyde, at direktivet ikke ville have denne virkning efter de undersøgelser, der er henvist til af Rådet, Det Forenede Kongeriges regering og Den Franske Repu-

blik, da formålet med reklame er at opfordre til forbrug. De sagsøgte har i øvrigt fastholdt, at der ikke er tale om et fuldstændigt forbud (i modsætning til det i Canada), og at det medfører en liberalisering i nogle medlemsstater. De har også henvist til den lange gennemførelsesperiode i visse tilfælde, muligheden for ikke at forbyde visse produkter til alsidiggørelse, og det forhold, at alene et aspekt af udøvelsen af varemærkerettigheder er begrænset.

af kompetencen efter traktatens artikel 100 A og af den vedtagne foranstaltningens proportionalitet. Direktivet fjerner faktisk handelshindringer samtidig med, at det sikrer et højt sundhedsbeskyttelsesniveau.

v) *Ejendomsretten og retten til fri erhvervsudøvelse*

iv) *Tilsidesættelse af artikel 30*

50. Forbundsrepublikken Tyskland har gjort gældende, at fællesskabslovgiver, selv når der vedtages harmoniseringsforanstaltninger, er bundet af traktatens artikel 30. Direktivet forhindrer reelt enhver grænseoverskridende samhandel med reklamemedier, og medfører uforholdsmæssige begrænsninger, hvis nødvendighed ikke er blevet videnskabeligt bevist, og der findes mindre restriktive alternativer.

52. Sagsøgerne har henvist til EF-traktatens artikel 222 (nu artikel 295 EF) og til artikel 1 i den første protokol til den europæiske menneskerettighedskonvention. Direktivets artikel 3, stk. 1, berøver tobaksvirksomheder, reklamebureauer og medieforetagender eksisterende kontraktrettigheder. Begrænsningerne for brug af varemærker rammer deres særlige område og udgør ekspropriation i strid med artikel 20 i aftale om handelsrelaterede intellektuelle ejendomsrettigheder (TRIPs-aftale) af 15. april 1994 samt de anførte grundlæggende rettigheder og er alene delvis svækket af direktivets artikel 3, stk. 2. Foretagender, der har med markedsføring af produkter til alsidiggørelse at gøre, vil lide betydelige tab. Begrænsningerne er ikke proportionale og derfor ulovlige.

51. De sagsøgte har anført, at traktatens artikel 30 kun finder anvendelse, når der ikke er harmoniseringsforanstaltninger. Selv hvis denne bestemmelse fandt anvendelse, kan den ikke føre til et andet resultat end det, der fremkommer ved efterprøvelse

53. De sagsøgte har den opfattelse, at traktatens artikel 222 er uden betydning, da direktivet ikke påvirker ejendomsretsordningen i medlemsstaterne. De påberåbte

rettigheder er ikke absolutte og kan derfor ud fra almene interesser gøres til genstand for proportionale begrænsninger, hvilket ikke påvirker rettighedernes reelle indhold. Reguleringen af brugen af varemærker er ikke ekspropriation, da de fortsat kan anvendes på selve tobaksvareren og i tilladte former for reklame. Mistet fortjeneste udgør endvidere ikke et angreb på ejendomsretten og retten til fri erhvervsudøvelse.

forbuddets fordele for folkesundheden påberåbes. Der er endvidere intet videnskabeligt bevis, der overbevisende fastslår, at sådanne begrænsninger vil medføre en nedgang i tobaksforbruget. Faktisk vil den deraf følgende priskonkurrence mellem producenterne sandsynligvis medføre et øget forbrug. Der er således ingen grund til, at Domstolen skulle tildele fællesskabslovgiver et vidt skøn i denne sammenhæng. Den pålagte begrænsning er derfor ikke proportional. Et fuldstændigt reklameforbud er et særlig alvorligt indgreb i ytringsfriheden og andres valgmuligheder. Denne konklusion finder støtte i canadisk, amerikansk og østrigsk retspraksis.

vi) *Ytringsfrihed*

54. Sagsøgerne har støttet sig navnlig på artikel 10 i den europæiske menneskerettighedskonvention, der omfatter beskyttelse af kommercielle ytringer såsom reklame, hvorved foretagender kan give offentligheden nyttige oplysninger om deres varer som f.eks. varer med lavt tjæreindhold. En sådan beskyttelse er anerkendt i fællesskabsretten. Begrænsninger for omtale af varer, der i sig selv er lovlige, kan ikke godtages. Sagsøgerne har ikke anset gennemførelsen af det indre marked for at være en retmæssig grund til at begrænse denne ret. Det er ikke i overensstemmelse med direktivets hjemmel, at

55. De sagsøgte har svaret, at grundrettigheder ikke er absolutte og skal ses i sammenhæng med Fællesskabets retsorden, herunder sikringen af grundlæggende økonomiske friheder. Konventionens artikel 10, stk. 2, tillader begrænsninger i ytringsfriheden af hensyn til folkesundheden, et formål som er lovligt forfulgt i direktivet samtidig med formålet vedrørende det indre marked. Tobaksreklame opfordrer til rygning, hvilket medfører væsentlige sundhedsrisici. Vidtrækkende begrænsninger for kommercielle ytringer til fordel for sådanne varer er derfor proportionale, navnlig når deres indhold af oplysninger er ubetydeligt. Der kan være en lang gennemførelsesperiode med hensyn til sponsorering af kunst og sport for at give tid til, at der findes andre økonomiske kilder.

vii) *Begrundelsespligt*

56. Sagsøgerne har gjort gældende, at direktivets begrundelse er mangelfuld på en række områder, hvilket er i strid med EF-traktatens artikel 190 (nu artikel 253 EF). Betragtningerne henviser hverken til grænseoverskridende aspekter af tobaksreklame og -sponsorering eller til specifikke handelshindringer eller konkurrenceforbrejninger, som kunne begrunde vedtagelsen af en harmoniseringsforanstaltning inden for tobaksreklameområdet eller antyde, hvorfor begrænsningerne for reklame skulle gælde alle medier samt sponsorering, gratis uddeling, reklame for produkter til alsidiggørelse og aspekter vedrørende tobaksvarers navne. Betragtningerne afspejler endvidere ikke fuldt ud det forhold, at den virkelige årsag til direktivets vedtagelse var beskyttelsen af folkesundheden. Betragtningerne antyder heller ikke, hvordan direktivet vil forbedre sundhedsbeskyttelsen. Betragtningerne undlader også enhver henvisning til proportionalitets- og subsidiaritetsprincippet.

57. De sagsøgte har svaret, at betragtningerne indeholder de væsentlige dele af lovgivers begrundelse vedrørende det indre marked, som der mere udførligt ovenfor er redegjort for i svarskriftet vedrørende det første anbringende, og behovet for et højt sundhedsbeskyttelsesniveau. Fællesskabsretten kræver ikke, at der skal være tekniske detaljer i betragtningerne til en almen foranstaltning. Det er i sådanne tilfælde tilstrækkeligt med en antydning af den

almene situation og de forfulgte formål. Rækkevidden af direktivets begrænsninger for reklame forklares i betragtningerne gennem en henvisning til risikoen for omgående af en mindre begrænsende foranstaltning og behovet for at regulere indirekte former for reklame. Det er ikke nødvendigt udtrykkeligt at henvide til sådanne principper som subsidiaritet, når, hvis sådanne principper finder anvendelse, der i betragtningerne antydes en overensstemmelse. Generelt er den givne begrundelse tilstrækkelig til at tillade interesserede parter og Domstolen at tage stilling til spørgsmålet om juridisk efterprøvelse.

V — Gennemgang

i) *Hjemmel og kompetence*

Indledning

58. I dette afsnit vil jeg behandle sagsøgernes to brede led af anbringendet om, at reklamedirektivet ikke lovligt kunne vedtages med hjemmel i traktatens artikel 57, stk. 2, og artikel 100 A enten i) fordi dets

»tyngdepunkt« er sundhedsbeskyttelse snarere end det indre marked — hvorpå dets virkninger derfor er tilfældige — eller ii) fordi det, som en i det væsentlige forbudsforanstaltning, under alle omstændigheder ikke er i overensstemmelse med betingelserne i disse bestemmelser. Ganske kort er min gennemgang som følger. Kompetence i henhold til artikel 57, stk. 2, og artikel 100 A defineres funktionelt ved henvisning til formål vedrørende det indre marked, der anvendes bredt og horisontalt på områder, der ellers i mange tilfælde reguleres af medlemsstaterne. Fællesskabet skal ved udøvelsen af sine kompetencer i de relevante tilfælde tage hensyn til sundhedsbeskyttelse. Da der ikke er en klar harmoniseringskompetence for Fællesskabet med hensyn til sundhedsbeskyttelse, og da der er mulighed for samtidig forfølgelse af både formål vedrørende sundhedsbeskyttelse og det indre marked, kan spørgsmålet om, hvorvidt Fællesskabet har handlet inden for sine beføjelser, ikke afgøres med henvisning til en foranstaltnings formodede »tyngdepunkt« som blandt disse to usammenlignelige formål. Kompetencespørgsmålet skal i stedet løses ved en bedømmelse af direktivets overensstemmelse med det indre markeds objektive krav, idet der især skal tages hensyn til foranstaltningens konkrete fordel for det indre marked. For så vidt angår reklamedirektivet har fællesskabslovgiver alene påberåbt sig fordele på tobaksreklame- og sponsoreringsområdet samt på de medier, der anvendes på dette område. Da direktivet reelt medfører et fuldstændigt forbud mod økonomisk aktivitet på dette område, og da det ikke harmoniserer nationale regler inden for de relativt små områder, hvor tobaksreklame ikke er forbudt, kan det ikke siges at fremme den frie bevægelighed for varer eller tjenesteydelser eller at fjerne konkurrencefordrejninger på det pågældende område. Direktivet er derfor ugyldigt i forhold til den hjemmel, der er anvendt af lovgiver.

Fællesskabskompetencens karakter

59. For at behandle klagepunktet i begge sager om, at fællesskabslovgiver har overskredet sine beføjelser i henhold til traktaten, og navnlig at reklamedirektivet ikke kan vedtages med den påståede hjemmel, skal fællesskabskompetencens beskaffenhed og de principper, der regulerer Domstolens prøvelse af kompetencens udøvelse, gennemgås.

60. Fællesskabet tildeles kompetence ved forskellige traktatbestemmelser med henblik på at opfylde disse bestemmelsers konkrete formål set i lyset af Fællesskabets almene formål, og fællesskabskompetencens udstrækning skal derfor afgøres ved henvisning til disse formåls rækkevidde. Det siges således i traktatens artikel 3 B, første afsnit, at »Fællesskabet handler inden for rammerne af de beføjelser og mål, der er tillagt det ved denne traktat« (min fremhævelse). Det følger af denne bestemmelse, at Fællesskabet »alene har de beføjelser, der

er tillagt det«⁵⁰. Det er Domstolens opgave bl.a. at sikre, at Fællesskabet overholder grænserne for disse beføjelser.

61. Domstolen har i den forbindelse udtalt, at »valg af hjemmel for en retsakt ikke [kan] foretages alene på grundlag af [institutionens] opfattelse med hensyn til det formål, der søges tilgodeset«⁵¹. Domstolen har i stedet i en lang række sager fremhævet, at »inden for rammerne af kompetencefordelingen i Fællesskabet skal valget af hjemmel for en retsakt foretages på grundlag af objektive forhold, som Domstolen kan efterprøve. Sådanne forhold omfatter bl.a. retsaktens formål og indhold«⁵². Selv om Domstolen normalt har lejlighed til at udtale sig om denne fremgangsmåde i sager, hvor der er tvist om, hvilken af to hjemler der skal anvendes ved vedtagelse af en foranstaltning, finder denne objektive prøve ligeledes anvendelse i sager, hvor den eneste mulige alternative hjemmel er traktatens artikel 235⁵³, eller efter min opfattelse i sager, hvor der ikke er noget åbenbart alternativ⁵⁴. Domstolen

præsenteres under sådanne omstændigheder, herunder omstændighederne i denne sag, for en mere eller mindre nøgtern drøftelse af henholdsvis Fællesskabets og medlemsstaternes lovgivningsbeføjelser⁵⁵.

62. Den kompetence, som Fællesskabet er tildelt i traktatens artikel 100 A, stk. 1, er af horisontal karakter. Den er ikke på forhånd begrænset til et bestemt område kaldet *ratione materiae*⁵⁶. Fællesskabet har i stedet kompetence til at vedtage tilnærmelsesforanstaltninger, »der vedrører det indre markeds oprettelse og funktion«. Rækkevidden af Fællesskabets kompetence defineres således »på grundlag af et *funktionelt kriterium*, der i horisontal henseende omfatter samtlige foranstaltninger bestemt til oprettelse af 'det indre marked'«⁵⁷. Det »har ført til fællesskabslovgivning, som har berøringspunkter med de mest forskelligartede områder af national lovgivning«⁵⁸, når blot dette er relevant for

50 — Udtalelse 2/94 af 28.3.1996, Sml. I, s. 1759, præmis 23. Jf. også EF-traktatens artikel 4, stk. 1 (nu artikel 7, stk. 1, EF), og det første grundlag for annullation i traktatens artikel 173, stk. 2, nemlig manglende kompetence.

51 — Dom af 11.6.1991, sag C-300/89, Kommissionen mod Rådet, Sml. I, s. 2867 (herefter »titandioxiddommen«), præmis 10. Vedrørende brugen af bevis for subjektive overbevisninger i de foreliggende sager, jf. yderligere punkt 74 til 77 nedenfor.

52 — Dom af 13.5.1997, sag C-233/94, Tyskland mod Parlamentet og Rådet, Sml. I, s. 2405 (herefter »indskuds-garantidommen«), præmis 12. Jf. nyere dom af 4.4.200, sag C-269/97, Kommissionen mod Rådet, Sml. I, s. 2257 (herefter »dommen om mærkning af oksekød«), præmis 43.

53 — Jf. f.eks. indskuds-garantidommen, præmis 10 og 11, fodnote 52.

54 — Domstolen gjorde det i udtalelse 2/94, jf. fodnote 50 ovenfor, præmis 30, klart, at artikel 235 »ikke [kan] anvendes som hjemmel for en udvidelse af Fællesskabets kompetenceområde ud over den generelle ramme, der følger af traktatbestemmelserne som helhed«, hvilket ville kræve en traktatændring.

55 — Spørgsmålet om, hvorvidt direktivet kunne have været vedtaget med hjemmel i artikel 235, er ikke relevant for den foreliggende anfægtelse af dets gyldighed, da artikel 235 ikke under nogen omstændigheder kunne være anvendt, medmindre det blev fastslået, at Fællesskabet ikke havde kompetence til at vedtage reklamedirektivet med hjemmel i traktatens artikel 57, stk. 2, artikel 66 og artikel 100 A; jf. udtalelse 2/94, præmis 29, ovenfor fodnote 50, og dom af 26.3.1987, sag 45/86, Kommissionen mod Rådet, Sml. s. 1493, præmis 13.

56 — Jf. bestemmelser, der tildeler Fællesskabet forskellige grader af kompetence på områder defineret som *ratione materiae*, såsom landbrug (EF-traktatens artikel 39 (nu artikel 33 EF), artikel 40 (efter ændring nu artikel 34 EF), artikel 41 (nu artikel 35 EF), artikel 42 (nu artikel 36 EF) og artikel 43 (efter ændring nu artikel 37 EF)) og miljøbeskyttelse (EF-traktatens artikel 130 S (efter ændring nu artikel 175 EF)).

57 — Titandioxiddommen, jf. fodnote 51 ovenfor, generaladvokat Tesaurus's forslag til afgørelse, punkt 10.

58 — Jf. generaladvokat Jacobs' forslag til afgørelse i sag C-350/92, Spanien mod Rådet, Sml. I, s. 1985 (herefter »Spanien-dommen«), punkt 26. Kongeriget Spanien påstod, at Rådets forordning (EØF) nr. 1768/92 af 18.6.1992 om indførelse af et supplerende beskyttelsescertifikat for lægemidler (EFT L 182, s. 1), der havde hjemmel i traktatens artikel 100 A, skulle annulleres.

det indre markeds oprettelse og funktion⁵⁹. Rækkevidden af kompetencen i henhold til artikel 100 A defineres på denne måde helt på grundlag af dens udtalte formål snarere end dens emne.

marked, og da de lovgivningsprocedurer, de fastsætter, ikke er uoverensstemmende⁶⁰, er det ikke nødvendigt for det foreliggende formål at forsøge at finde den præcise skillelinje mellem bestemmelserne, for så vidt f.eks. angår kompetence til at afhjælpe konkurrencefordrejninger mellem tjenesteydere.

63. Traktatens artikel 57, stk. 2, skaber også en funktionel kompetence med horisontal anvendelse, men med mere specifik eller begrænset rækkevidde end den kompetence, som Fællesskabet er tildelt ved artikel 100 A: Ingen del af medlemsstaternes kompetence er på forhånd holdt ude fra rækkevidden af foranstaltninger, der er rettet mod hindringer for etablering eller den frie udveksling af tjenesteydelser. Traktatens artikel 57, stk. 2, og artikel 66 er også anført som hjemmel for direktivet, idet første og anden betragtning anfører, at det delvis vedrører hindringer for den frie udveksling af tjenesteydelser. Da artikel 57, stk. 2, og artikel 100 A begge vedrører, med en større eller mindre grad af konkretisering af deres anvendelsesområde, opfyldelsen af formål vedrørende det indre

Fællesskabets kompetence og national kompetence: forskellige formål

64. Det ligger i arten af de kompetencer, der tildeles for at opfylde brede, funktionelle formål, at udøvelsen af kompetencerne samtidig berører emner, der sædvanligvis falder inden for medlemsstaternes og/eller Fællesskabets kompetence, defineret som *ratione materiae*. Såfremt betingelsen om, at den skal have det indre markeds oprettelse eller funktion til formål eller behandle nationale bestemmelser om iværksættelsen eller driften af en virksomhed som tjenesteyder, er opfyldt, må indholdet af en tilnærmende eller koordinerende foranstaltning — reguleringsniveauet, ordningens art osv. — også, i princippet, påvirkes af væsentlige hensyn

59 — To forudsætninger skal bemærkes her: For det første at traktatens artikel 100 A, stk. 2, udtrykkeligt udelukker visse områder fra de forudgående artiklers anvendelsesområde, og for det andet at artikel 100 A, stk. 1, finder anvendelse, »medmindre andet er bestemt i denne traktat«. Blandt adskillige eksempler: traktatens artikel 57, stk. 2, som der er udtrykkeligt henvist til i traktatens artikel 7 A; bestemmelser vedrørende specifikke sektorformål såsom traktatens artikel 129 B til 129 D (efter ændring nu artikel 154 EF til 156 EF); mere generelt den fælles landbrugspolitik, reguleret af traktatens artikel 43.

60 — Den lovgivningsmæssige procedure er i det væsentlige den samme i begge bestemmelser, for så vidt angår direktivet. Tilføjeisen i artikel 100 A, stk. 1, om høring af Det Økonomiske og Sociale Udvalg er overholdt i denne sag og kan ikke siges at påvirke indholdet af proceduren i henhold til artikel 57, stk. 2, da Rådet under alle omstændigheder kunne have hørt udvalget; jf. den ovenfor i fodnote 51 omtalte titandioxidom, præmis 18.

såsom folkesundheden. Endvidere pålægger artikel 100 A, stk. 3, Kommissionen at »bygge på et højt beskyttelsesniveau«, når den udarbejder forslag »inden for sundhed, sikkerhed, miljøbeskyttelse og forbrugerbeskyttelse«. Dette forstærkes af kravet i artikel 129, stk. 1, tredje afsnit, hvorefter »[d]e krav, der findes på sundhedsområdet indgår som led i Fællesskabets politik på andre områder«.

der ikke er genstand for nogen særskilt fællesskabskompetence⁶² — og så meget desto mere give de hensyn vægt, for hvilke der er udtrykkelige anbefalinger om høje beskyttelsesniveauer i selve traktaten.

65. Selv hvis der ikke fandtes bestemmelser som artikel 100 A, stk. 3, og artikel 129, stk. 1, tredje afsnit, ville dette være fuldt ud naturligt, da Fællesskabet ikke handler i et politisk vakuum. Fællesskabet erstatter, ved at træffe tilnærmende eller koordinerende foranstaltninger, bestemmelser på fællesskabsniveau med nationale bestemmelser, der, uanset deres begrænsende virkning på samhandelen eller deres konkurrenceforbrejende virkning, kan være begrundet i helt andre væsentlige hensyn end sundhed, forbrugerbeskyttelse, miljøbeskyttelse osv.⁶¹ Fællesskabet er således i medlemsstaternes sted, når det vedtager retsakter, og skal give nationale politiske hensyn vægt,

66. Det åbenlyse hensyn til folkesundheden, som begrundede de oprindelige, uensartede nationale begrænsninger for reklame i nogle medlemsstater, og den politik, som fællesskabslovgiver har valgt, der tilsyneladende bygger på tilsvarende hensyn⁶³, fører således efter min opfattelse ikke i sig selv til tvivl om Fællesskabets kompetence til at træffe foranstaltninger vedrørende det indre marked. Dette forhold i sig selv viser hverken, at Fællesskabet er trængt ind på et område, der udelukkende var forbeholdt medlemsstaterne, eller at foranstaltningens formål er sundhedsbeskyttelse, hvorved alle andre mål udelukkes⁶⁴. Den virkelige son-

61 — Sådanne nationale foranstaltninger kan bestemt have været berettiget under henvisning til sådanne hensyn i henhold til traktatens artikel 30 og 59.

62 — Vedrørende fællesskabslovgivers generelle forpligtelse til at tage hensyn til folkesundheden, når der lovgives med hjemmel i bl.a. traktatens artikel 43 og 100, jf. dom af 23.2.1988, sag 68/86, Det Forenede Kongerige mod Rådet, Sml. s. 855, præmis 12 og 14 (herefter »hormondommen«). Denne sag blev afgjort før, at traktatens artikel 129 blev indført. Jf. også indskudsgarantidommens præmis 17, der er omtalt ovenfor i fodnote 52, og dommen om mærkning af oksekød, præmis 46, der er omtalt ovenfor i fodnote 52, selv om denne udtalelse bestemt ikke kan fortolkes således, at artikel 100 A kan anvendes til at træffe sundhedsbeskyttelsesforanstaltninger uden henvisning til det indre markeds kriterier, der er redegjort for nedenfor. Vedrørende en sag om retlig efterprøvelse af overensstemmelsen med bestemmelse om horisontal offentlig interesse, nemlig EF-traktatens artikel 129 A (efter ændring nu artikel 153 EF), jf. indskudsgarantidommen, præmis 46 til 49.

63 — Jf. tredje og fjerde betragtning til reklamedirektivet.

64 — Jf. dom af 29.3.1990, sag C-62/88, Grækenland mod Rådet, Sml. s. 1527, præmis 20 (herefter »græsk Tjernobyl-dommen«).

dring er mellem, om en given foranstaltning kan anses for at have som formål det indre markeds oprettelse og funktion eller den frie udveksling af tjenesteydelser⁶⁵. Det kan ikke antages, at et højere sundhedsbeskyttelsesniveau betyder et lavere »indhold« vedrørende det indre marked. Alle væsentlige hensyn — til sundhed eller ethvert andet område, der reguleres — der også behandles, er ikke så meget konkurrerende eller underordnet som blot af en anden art og dermed i stand til at forfølges samtidig eller »på uadskillelig måde«⁶⁶ med lige så stor styrke, som lovgiver ønsker (eller føler sig forpligtet til) at sørge for, under forudsætning af, at det indre markeds funktionelle formål forfølges af den trufne foranstaltning.

Reklamedirektivets »tyngdepunkt«

67. Sagsøgerne har anført det modsatte og har lagt stor vægt på traktatens artikel 129, stk. 4. De har i det væsentlige gjort gældende, at reklamedirektivets »tyngdepunkt« findes inden for området folkesundheden snarere end det indre marked, at artikel 129 er den eneste traktatbestemmelse, der er helliget dette formål, og at artikel 129, stk. 4, udtrykkeligt udelukker enhver harmonisering. Artikel 129, stk. 4, giver Rådet og Parlamentet hjemmel til ved fælles beslutningstagen at træffe »tilskyndelsesforanstaltninger« med henblik på at

bidrage til virkeliggørelse af folkesundhedsformålene i artiklen, men den udelukker udtrykkeligt »nogen form for harmonisering af medlemsstaternes love og administrative bestemmelser«.

68. Det fremgår tydeligt af ovenstående drøftelse, at jeg ikke anser det for hensigtsmæssigt at forsøge at bedømme direktivets lovlighed med henvisning til spørgsmålet om, hvorvidt »direktivets tyngdepunkt« er forfølgelse af sundhedsbeskyttelse snarere end formål vedrørende det indre marked. Denne tilgangsvinkel er alene relevant, når der er tvist om, hvorvidt en foranstaltning skulle have været vedtaget med henvisning til den ene eller den anden af to mulige retshjemmel⁶⁷. Sædvanligvis skal begge retshjemmel, når begge aspekter af foranstaltningen er lige væsentlige, anvendes, og de gældende lovgivningsprocedurer skal overholdes⁶⁸. Det er alene, når disse procedurer er uforenelige, at det er umuligt at anvende en dobbelt retshjemmel, og der skal vælges mellem dem⁶⁹. Hvis en foranstaltning på den anden side i det væsentlige henviser til et område, og den således kun har tilfældige virkninger for andre politikker, er det alene den første retshjemmel, der skal anvendes⁷⁰. Der henvises nogle gange til begrebet »tyngdepunkt« i sammenhængen, når det bedømmes, om en foranstalt-

65 — Selv i sager, hvor der er et antal »konkurrerende« mulige hjemmel, synes det bedre at begynde den retlige efterprøvelse med at undersøge, om betingelserne for henvisning til den retshjemmel, der faktisk citeres, er opfyldt eller ikke, jf. f.eks. strukturen i græsk Tjernobyl-dommen, præmis 13 til 16.

66 — Titandioxiddommen, præmis 13, jf. ovenfor fodnote 51.

67 — De principper, der finder anvendelse under sådanne omstændigheder, er kort refereret af Domstolen i dom af 25.2.1999, forenede sager C-164/97 og C-165/97, Parlamentet mod Rådet, Sml. I, s. 1139, præmis 14 (herefter »skovbeskyttelsesdommen«).

68 — Dom af 27.9.1988, sag 165/87, Kommissionen mod Rådet, Sml. s. 5545, præmis 6 til 13, og dom af 30.5.1989, sag 242/87, Kommissionen mod Rådet, Sml. s. 1425, præmis 33 til 37.

69 — Titandioxiddommen, præmis 17 til 21, jf. ovenfor fodnote 51.

70 — Dom af 4.10.1991, sag C-70/88, Parlamentet mod Rådet, Sml. I, s. 4529 (herefter »Tjernobyl-dommen«), og af 26.3.1996, sag C-271/94, Parlamentet mod Rådet, Sml. I, s. 1689, præmis 32 og 33.

nings virkninger på et område er mere tilfældige eller underordnede.

69. I de foreliggende sager er jeg imidlertid ikke blevet præsenteret for et valg mellem to mulige retshjemmel. Det er helt tydeligt, at traktatens artikel 129, stk. 4, ikke udgør en alternativ hjemmel for reklamedirektivet på grund af, at den udelukker harmoniseringsforanstaltninger. Situationen minder i stedet delvis om situationen i titandioxiddommen⁷¹: Såfremt en af to retshjemmel, som i den sag, nødvendigvis skal udelukkes eller, som i de foreliggende sager, der ikke er nogen alternativ hjemmel, har Fællesskabet i henhold til artikel 100 A (og ud fra Domstolens argumentation artikel 57, stk. 2) kompetence til at træffe foranstaltninger, der tjener det indre marked og på lignende vis andre mål af almen interesse, uanset om det er miljøbeskyttelse eller folkesundhed. Kompetencespørgsmålet vil blive besvaret bekræftende, såfremt formål vedrørende det indre marked reelt opfyldes; Domstolen behandlede således i titandioxiddommen de objektive betingelser for lovgivning med hjemmel i artikel 100 A uden hensyntagen til den forholdsmæssige vægt, der skal tillægges det indre marked og de miljømæssige aspekter af lovgivningsprocessen⁷². Ligeledes kan spørgsmålet om, hvorvidt en foranstaltnings virkninger på det indre marked blot er tilfældige, ikke under disse omstændigheder besvares ved at bedømme den forholdsmæssige styrke heraf og de folkesundhedsmæssige aspekter af foranstaltningen. Jeg har allerede gjort mig visse anstrengelser med at godtgøre, at disse formål ikke

udelukker hinanden, men at de nærmere er af forskellig art og ikke konkurrerende. Den blotte tilfældige eller underordnede karakter af en foranstaltnings virkninger på det indre marked skal afgøres med henvisning til de særlige kriterier for dette formål i henhold til traktaten, som jeg nedenfor vil redegøre for.

Rækkevidden af traktatens artikel 129, stk. 4

70. Sagsøgerne har også henvist til traktatens artikel 129, stk. 4, som en bestemmelse, der begrænser rækkevidden af Fællesskabets handling i henhold til artikel 100 A i sig selv. Begge sagsøgere har henvist til en udtalelse fra generaladvokat Jacobs i Spanien-sagen⁷³.

71. Selv om det ikke er bestridt, at direktivet ikke kunne have været vedtaget med hjemmel i artikel 129, stk. 4, ville det komme som en overraskelse (og være skadeligt for retssikkerheden), hvis forfatterne til traktaten om Den Europæiske Union, da de indførte nye kompetencer i traktaten med hensyn til folkesundheden, i så betydeligt omfang havde begrænset eksisterende kompetence på et andet område,

71 — Præmis 13, 16 og 21 til 24, navnlig præmis 24, jf. ovenfor fodnote 51.

72 — Samme sted, præmis 14, 15 og 23.

73 — Jf. ovenfor fodnote 58, punkt 27.

blot fordi den nogle gange påvirker sundheden⁷⁴. Artikel 100 A og artikel 129 er ikke på nogen måde uforenelige. Som det er fremgået af ovenstående, viser artikel 100 A, stk. 3, og artikel 129, stk. 1, tredje afsnit, læst i sammenhæng, at artikel 100 A kan anvendes til at træffe foranstaltninger, der er rettet mod en bedre sundhedsbeskyttelse. Begrænsningen i artikel 129, stk. 4, er ikke i strid med disse bestemmelser. Den har alene efter ordlyden virkning for de »tilskyndelsesforanstaltninger«, den omhandler.

72. Jeg mener heller ikke, at generaladvokat Jacobs gav udtryk for andet i den sætning, der er blevet citeret af både tobaksselskaberne og Forbundsrepublikken Tyskland. Generaladvokaten nævnte blot artikel 129, stk. 4, sammen med andre bestemmelser som eksempel på en udelukkelse af Fællesskabets lovgivningskompetence som modstykke til de bestemmelser, der ikke har tilsvarende begrænsninger inden for »patentret eller intellektuel ejendomsret i almindelighed«. Han gav heller ikke udtryk for eller kunne rimeligvis tages til indtægt for noget synspunkt vedrørende rækkevidden af denne udelukkelse, eller navnlig hvorvidt den begrænsede lovgivningskompetencen ud over dens egen særlige sammenhæng. I artikel 100 A's sammenhæng ville enhver sådan udelukkelse lettere kunne være gennemført ved at udvide den liste, der allerede findes i artikel 100 A, stk. 2, over emner, der udtrykkeligt udelukkede *ratione materiae*.

74 — Det fremgår tydeligt af f.eks. græsk Tjernobyl-dommen, præmis 19 og 20, der er omtalt ovenfor i fodnote 64, at tilføjeisen af EF-traktatens artikel 130 R (efter ændring nu artikel 174 EF) lod Fællesskabets kompetencer, der stammer fra andre retshjemmel, være uberørte, jf. også dom af 24.11.1993, sag C-405/92, Mondiet, Sml. I, s. 6133.

73. Jeg anser kort sagt traktatens artikel 129 for irrelevant for drøftelse af den retshjemmel, som disse sager vedrører. Sagsøgernes tillid til denne artikel synes at bygge på en forkert forudsætning. Denne åbenlyse forkerte forudsætning er, at Fællesskabet uden bestemmelsen i artikel 129, stk. 4, ville have haft kompetence til at træffe harmoniseringsforanstaltninger »med henblik på at virkeliggøre de formål, der er henvist til i [artikel 129]« med hjemmel i de *øvrige* bestemmelser i traktaten, såsom artikel 100 A, uden hensyntagen til særlige formål i disse andre retshjemmel.

Direktivets tilblivelseshistorie

74. Sagsøgerne har også i vidt omfang henvist til de omstændigheder, der førte til vedtagelsen af reklamedirektivet, som jeg for en stor dels vedkommende har refereret ovenfor (punkt 14 til 20). Det er naturligvis korrekt, at Domstolen nogle gange har anset tilblivelseshistorien for en hjælp ved fortolkningen af Fællesskabets retsakter⁷⁵. Domstolen har endda henvist til Rådets afvisning af en ændring, der var foreslået af Parlamentet, som bekræftelse på Rådets

75 — Jf. f.eks. dom af 7.12.1995, sag C-449/93, Rockfon, Sml. I, s. 4291, og af 28.10.1999, sag C-6/98, ARD, Sml. I, s. 7599.

ønske om at fastholde foranstaltningens »tyngdepunkt« mellem to retshjemmel⁷⁶. En henvisning til den sammenhæng, hvori en foranstaltning blev truffet, er dog i almindelighed uden relevans for afgørelsen af den korrekte retshjemmel⁷⁷.

75. Sagsøgerne har omtalt tilblivelseshistorien, ikke for at analysere en uklar bestemmelse i reklamedirektivet, men for at vise, at det reelt — både hvad angår indholdet og forfatterens hensigt — var en foranstaltning, der først og fremmest skulle beskytte folkesundheden ved at begrænse salget af tobaksvarer, og at det *derfor* ikke var en rigtig foranstaltning vedrørende det indre marked. Det fremgår imidlertid tydeligt af min ovenstående gennemgang, at det er væsentligt for enhver foranstaltning vedrørende det indre marked, at den helt lovligt forfølger to formål — det ene er at fjerne handelshindringer eller konkurrenceforbrejninger, det andet (måden, hvorpå det første formål opnås) er vedtagelsen af harmoniserede fællesskabsforanstaltninger, der skal erstatte nationale bestemmelser på det pågældende område. Selv om traktaten kun forudsætter et råd, der blot består af »en repræsentant for hver medlemsstat på

ministerplan, som skal være beføjet til at forpligte denne medlemsstats *regering*«⁷⁸, beviser adfærden under Rådets forhandlinger, der går forud for sundhedsministrenes vedtagelse af direktivet, dog intet. Det tilsvarende gælder for drøftelsen af forslaget i en arbejdsgruppe under Rådet og et parlamentarisk udvalg, der beskæftiger sig med folkesundheden. Endvidere må det forventes, at de personer, der er involveret i den politiske del af at fremme eller gennemføre disse foranstaltninger kan være optaget af eller drevet af — endda hovedsagelig drevet af — det andet aspekt snarere end det første. Sådanne prioriteringer er helt subjektive, og det er derfor ikke passende for Domstolen at tage udtalelser fra politiske repræsentanter, der er fremsat under lovgivningsprocessen, i betragtning.

76. Ligeledes selv hvis responsa som de fra Rådets Juridiske Tjeneste kunne anvendes som bevis⁷⁹, er de forhold, at der blev givet udtryk for sådanne synspunkter, den opfattede unndladelse af at tage stilling hertil på det politiske plan og deres tilsyneladende modstrid med Rådets standpunkt i de foreliggende sager, uden relevans for Domstolens objektive retlige efterprøvelse af lovgivningen. Det er fortsat tilfældet, at Domstolens efterprøvelse af Fællesskabets kompetence til at træffe foranstaltninger

76 — Dom af 23.2.1999, sag C-42/97, Parlamentet mod Rådet, Sml. I, s. 869, præmis 54. Jf. også drøftelsen om forberedende arbejde i dom af 23.2.1988, sag 131/86, Det Forenede Kongerige mod Rådet, Sml. s. 905, præmis 26 og 27; de nævnte dokumenter bekræftede Domstolens opfattelse af målsætningen og den passende retshjemmel for den anførte foranstaltning, og Domstolen kan have behandlet dokumenterne, blot fordi Det Forenede Kongerige satte sin lid til dem for at opnå det modsatte resultat.

77 — Dommen om mærkning af oksekød, jf. ovenfor fodnote 52, præmis 44.

78 — EF-traktatens artikel 146 (nu artikel 203 EF), min fremhævelse. Jf. også traktatens artikel 4, stk. 1.

79 — Selv hvis sådanne responsa ikke nyder godt af advokatstandens fortrolighedsprivilegium, som anerkendt i dom af 18.5.1982, sag 155/79, AM & S Europe mod Kommissionen, Sml. s. 1575, præmis 18, er jeg enig i det synspunkt, som generaladvokat Jacobs gav udtryk for i hans forslag til afgørelse i Spanien-sagen, punkt 35, jf. ovenfor fodnote 58, at sådan rådgivning ikke uden institutionens udtrykkelige tilladelse kan påberåbes under retssager for Domstolen.

afhænger af, hvorvidt det førstnævnte formål opfyldes eller ikke.

77. Hvad angår tilblivelseshistorien i snæver forstand har sagsøgerne lagt betydelig vægt på, at de tre ovenfor citerede (punkt 19) betragtninger til direktivet, der angik fællesskabslovgivers hensyn til folkesundheden, blev fjernet fra udkastet på et meget sent tidspunkt. Det, der er meget relevant, er imidlertid spørgsmålet om, hvorvidt bibeholdelsen af disse tre betragtninger i forslaget ville have ændret reklamedirektivets karakter. Jeg kan ikke se, hvordan dette skulle være sket, medmindre bedømmelsen af formålet med Fællesskabets lovgivning skal reduceres til en matematisk proces, hvor henvisningerne i betragtningerne til forskellige politikker optælles. De fjernede betragtninger fremhævede blot dele af lovgivers hensyn til folkesundheden, der ikke allerede fremgik af tredje og fjerde betragtning til direktivet, og som ikke i sig selv var ulovlige.

Magtfordrejning

78. Jeg mener heller ikke, at Forbundsrepublikken Tysklands anbringende om magtfordrejning fra fællesskabslovgivers side på nogen måde kan finde støtte i reklamedirektivets tilblivelseshistorie. Magtfordrejning er af Domstolen i forbindelse med den lovgivende magt defineret således: »En fællesskabsinstitution udsteder en retsakt udelukkende eller dog i det mindste overvejende med det formål at

forfølge andre mål end dem, der er angivet, eller for at omgå en fremgangsmåde, der særligt er fastsat i traktaten for at imødegå konkret foreliggende vanskeligheder«⁸⁰. Som det allerede er fremgået af ovenstående, fastsætter traktaten ingen særlig fremgangsmåde for harmonisering af bestemmelser om beskyttelse af folkesundheden *ratione materiae*; der er nærmere taget udtrykkeligt afstand fra en sådan kompetence i artikel 129, stk. 4, således at det andet mulige grundlag for, at der kan siges at være tale om magtfordrejning, ikke er opfyldt.

79. Hvad angår det første mulige grundlag for, at der kan siges at være tale om magtfordrejning, var der en tydelig henvisning til det parallelle formål om sundhedsbeskyttelse i tredje og fjerde betragtning til direktivet, og som jeg allerede har anført, ændrer udeladelsen af andre betragtninger i forslaget i samme retning ikke på det forhold, at forfølgelsen af et sådant formål ikke er ulovligt inden for rammerne af foranstaltninger, der vedtages med hjemmel i traktatens artikel 57, stk. 2, og artikel 100 A. Jeg skal endvidere erindre om, at forfølgelsen af formål vedrørende sundhedsbeskyttelse og det indre marked ikke udelukker hinanden, men snarere skal det sidstnævnte formål i givne tilfælde ledsages af det førstnævnte. De erklæringer, der kommer fra politiske repræsentanter om deres interesse i sundhedsfordelene ved reklamedirektivet er således ikke, som jeg allerede har foreslået, på nogen måde overraskende eller, vil jeg nu tilføje, upassende. Selv deres forholdsvise tavshed om de påståede fordele for det indre marked

80 — Dom af 12.11.1996, sag C-84/94, Det Forenede Kongerige mod Rådet, Sml. I, s. 5755, præmis 69 (herefter »arbejdstidsdommen«).

medfører ikke, at det kan fastslås, at disse fordele faktisk ikke var forudsatte eller tilsigtede. Forbundsrepublikken Tyskland er ikke fremkommet med noget bevis for det modsatte. Det øvrige materiale, der er fremlagt for Domstolen, indeholder endvidere intet bevis for magtfordrejning. Forbundsrepublikken Tysklands anbringende om magtfordrejning kan således ikke tages til følge. Spørgsmålet om, hvorvidt de formål vedrørende det indre marked, som fællesskabslovgiver har påberåbt sig, reelt gennemføres med direktivet, er et objektivt spørgsmål vedrørende kompetence. En benægtende besvarelse af dette spørgsmål er efter min opfattelse ikke tilstrækkeligt til, at det kan fastslås, at Rådet har udøvet magtfordrejning.

80. Den reelle problemstilling i de foreliggende sager er således ikke, om sundhedsbeskyttelse havde en fremtrædende plads i motivationen hos dem, der talte for direktivets vedtagelse, men om det *indre marked* i sig selv udgør en anerkendelsesværdig retshjemmel for direktivet. Jeg vil derfor, da der ikke er en alternativ retshjemmel, i den resterende del af min gennemgang af fællesskabskompetencen beskæftige mig først med at identificere de objektive betingelser for anvendelse af traktatens artikel 57, stk. 2, og artikel 100 A og dernæst at fastslå, hvorvidt reklamedirektivet opfylder disse betingelser eller ikke. Jeg skal indledningsvis kort beskæftige mig med, og afvise, Forbundsrepublikken Tysklands argument om betydningen af de gældende afstemningsregler i Rådet for identifikationen af betingelserne for udøvelsen af fællesskabskompetencen.

Betydningen af afstemningsreglerne i Rådet

81. Forbundsrepublikken Tyskland har, navnlig under retsmødet, lagt betydelig vægt på, at artikel 100 A medfører afstemning med kvalificeret flertal, og har argumenteret for, at en sådan horisontal kompetence derfor kunne anvendes til at trænge sig ind på medlemsstaternes kompetenceområder. Dette er ikke af betydning for bedømmelsen af den rette hjemmel, om nogen, for en fællesskabsforanstaltning, der skal følge de samme objektive principper, uanset hvilken lovgivningsprocedure der er tale om. Som jeg allerede har bemærket ovenfor, skal Fællesskabet i alle tilfælde handle inden for grænserne for sin kompetence, herunder når Rådet enstemmigt vedtager at gennemføre en foranstaltning med hjemmel i den brede formulering i traktatens artikel 235⁸¹. Yderligere betragtninger vedrørende medlemsstaternes suverænitet er uden relevans for analysen af denne kompetence⁸². Domstolen foretrak i titandioxiddommen artikel 100 A som retshjemmel i stedet for artikel 130 S, selv om artikel 100 A krævede afstemning med kvalificeret flertal i Rådet og artikel 130 S enstemighed⁸³. Det er i henhold til min gennemgang af artikel 100 A's horisontale karakter vanskeligt at godtage, at der skal fastsættes nogen på forhånd givne grænser for Fællesskabets kompetence, der er af afgørende betydning, for at sørge for det indre markeds oprettelse og funktion, *ud over dem der er uløseligt forbundet med selve formålet*, blot fordi det kræver

81 — Udtalelse 2/94, præmis 30, jf. ovenfor fodnote 50.

82 — Jf. generaladvokat Jacobs' forslag til afgørelse i Spaniensagen, punkt 37, jf. ovenfor fodnote 58.

83 — Dommens præmis 18 og 19, jf. ovenfor fodnote 51.

afstemning med kvalificeret flertal. Dette er trods alt selve den mekanisme, der er indført med den europæiske fælles akt for, at der ikke af individuelle medlemsstater kan nedlægges veto mod integrationen af markederne⁸⁴. Den bedste beskyttelse, der er i overensstemmelse med traktaten, for medlemsstaternes interesser mod Fællesskabets misbrug eller overskridelse er Domstolens retlige efterprøvelse af fællesskabslovgivers overholdelse af de objektive krav i artikel 100 A eller i givet fald artikel 57, stk. 2. Som jeg har anført i umiddelbart ovenstående punkt, kræver dette for det første, at betingelserne for henvisning til disse bestemmelser identificeres.

- ...
- g) gennemførelse af en ordning, der sikrer, at konkurrencen inden for det indre marked ikke fordrejes
 - h) indbyrdes tilnærmelse af de nationale lovgivninger i det omfang, dette er nødvendigt for det fælles markeds funktion.«

Traktatens artikel 7 A, stk. 2, bestemmer:

Det indre marked

82. Ifølge EF-traktatens artikel 3 (efter ændring nu artikel 3 EF) defineres Fællesskabets virke, som det er foreskrevet i traktaten, ved:

»Det indre marked indebærer et område uden indre grænser med fri bevægelighed for varer, personer, tjenesteydelser og kapital i overensstemmelse med bestemmelserne i denne traktat.«

»c) oprettelse af et indre marked ved fjernelse af hindringerne for den frie bevægelighed for varer, personer, tjenesteydelser og kapital mellem medlemsstaterne

83. Det fremgår af disse bestemmelser, at det indre marked ikke er et ikke-værdiladet synonym for en generel økonomisk ledelse. Dette er et spørgsmål af en vis betydning henset til Rådets argument om, at forfølgelsen af formål vedrørende det indre marked ikke nødvendigvis liberaliserer, men kan være rent regulerende. Jeg vil nedenfor forklare, hvorfor det indre marked ikke på en overforenklet måde kan defineres gennem liberalisering eller deregulering. Tildelingen af kompetence til at

84 — Jf. bemærkninger fra generaladvokat Tesaro i hans forslag til afgørelse i titandioxidsagen, punkt 13. Jeg skal dog til mine bemærkninger i hovedteksten tilføje, at muligheden for afstemninger med kvalificeret flertal i Rådet i henhold til traktatens artikel 100 A ikke i sig selv giver grundlag for at fortolke denne bestemmelse videre, end det ellers ville være tilfældet.

forfølge det indre markeds oprettelse og funktion i henhold til både artikel 100 A og mere specifikke bestemmelser som artikel 57, stk. 2, kan ikke desto mindre efter min opfattelse ligestilles med, at der skabes en generel kompetence for Fællesskabet til at foretage reguleringer. Disse kompetencer tildeles enten for at lette udøvelsen af de fire friheder eller for at udligne konkurrencevilkårene.

sering af samhandelen med affald, men tværtimod en begrænsning af mængden af det affald, der cirkulerer inden for Fællesskabet⁸⁹. Ligeledes vedrørte affaldsdommen II en forordning⁹⁰, som Domstolen fortolkede således, at forordningen tilvejebragte en harmoniseret ordenning med procedurer, hvorved overførsler af affald kan begrænses med henblik på at beskytte miljøet, og at den dermed ikke havde til formål at gennemføre den frie bevægelighed for affald inden for Fællesskabet⁹¹. Det skal bemærkes, at Domstolen stiltiende afviste det argument, at en foranstaltning kan falde ind under traktatens artikel 100 A, hvis den *regulerede* varebevægelser mellem medlemsstater, uden at det var nødvendigt at *fremme* sådanne bevægelser⁹².

84. Hvad angår den frie bevægelighed, bekræftes dette punkt ved en henvisning til de to affaldsdomme⁸⁵. Domstolen bemærkede i affaldsdommen I, at målet med det anfægtede direktiv⁸⁶ var at implementere princippet om, at affald skal bortskaffes så tæt på det sted, hvor det produceres, således at transporten af det begrænses i videst muligt omfang⁸⁷, og konkludere, at det pågældende direktiv ikke kunne antages at have til formål at gennemføre den frie bevægelighed for affald inden for Fællesskabet⁸⁸. Som generaladvokat Tesauro bemærkede, tilsigter den anfægtede foranstaltning »ikke... nogen liberali-

85. Det siger sig selv, at ovennævnte retspraksis ikke kræver, at traktatens artikel 7 A, artikel 57, stk. 2, og artikel 100 A skal fortolkes som en art liberalt charter, der medfører harmonisering med de laveste standarder eller endda med et slags gennemsnit af allerede eksisterende nationale

85 — Dom af 17.3.1993, sag C-155/91, Kommissionen mod Rådet, Sml. I, s. 939 (herefter »affaldsdommen I«), og dom af 28.6.1994, sag C-187/93, Parlamentet mod Rådet, Sml. I, s. 2857, præmis 25 (herefter »affaldsdommen II«). Hvad angår foreneligheden mellem det indre marked og Fællesskabets harmoniseringsforanstaltninger, der indfører begrænsninger for eller forbud mod visse økonomiske aktiviteter, jf. Spanien-dommen, der er omtalt ovenfor i fodnote 58, indskudsgarantidommen, der er omtalt ovenfor i fodnote 52, og dom af 9.8.1994, sag C-359/92, Tyskland mod Rådet, Sml. I, s. 3681 (herefter »produkt-sikkerhedsdommen«), der alle drøftes yderligere nedenfor.

86 — Rådets direktiv 91/156/EØF af 18.3.1991 om ændring af direktiv 75/442/EØF om affald, EFT L 78, s. 32.

87 — Affaldsdommen I, præmis 13 og 14, jf. ovenfor, fodnote 85.

88 — Affaldsdommen I, præmis 15.

89 — Forslag til afgørelse i samme sag, punkt 9.

90 — Rådets forordning (EØF) nr. 259/93 af 1.2.1993 om overvågning af og kontrol med overførsel af affald inden for, til og fra Det Europæiske Fællesskab, EFT L 30, s. 1.

91 — Affaldsdommen II, præmis 23 og 26, jf. ovenfor fodnote 85. Jf. også generaladvokat Jacobs' forslag til afgørelse, punkt 44 og 45, der blev omtalt med Domstolens godkendelse.

92 — Dette argument havde Parlamentet ifølge generaladvokat Jacobs fremsat, jf. hans forslag til afgørelse i samme sag, punkt 38. Han imødegik argumentet med, at der skal stilles spørgsmåltegn ved, »om det overordnede formål med retsaktens er at fremme og ikke begrænse sådanne [vare]bevægelser«, jf. punkt 43. Domstolen fremkom ikke med udtrykkelige bemærkninger om denne efterprøvelse.

standarder. For det første har jeg allerede henvist til Fællesskabets pligt⁹³ til at tage hensyn til almene interesser og dermed det af medlemsstaterne opnåede eller forfulgte beskyttelsesniveau.

86. For det andet skal harmoniseringsforanstaltninger, der af almene hensyn pålægges begrænsninger, ikke ufravigeligt anses for at søge at mindske handelen i den pågældende branche. Fællesskabslovgivers ret til at pålægge sådanne begrænsninger, endda så handelen med visse varer nærmest forbydes, med henblik på at forfølge bredere formål vedrørende den frie bevægelighed og andre almene interesser illustreres af produktsikkerhedsdommen. Domstolen fik disse tilsyneladende konkurrerende formål til at stemme overens, for så vidt angår en foranstaltning, der gav Rådet mulighed for at pålægge medlemsstaterne at træffe midlertidige foranstaltninger om forbud mod markedsføring af farlige produkter⁹⁴:

»Produkternes frie bevægelighed kan nemlig kun sikres, hvis sikkerhedskravene til produkterne ikke er mærkbart forskellige fra den ene medlemsstat til den anden. Der kan kun opnås et højt sikkerhedsniveau,

93 — For et eksempel på retlig efterprøvelse af overensstemmelse med artikel 100 A, stk. 3, jf. indskudsgarantidommen, præmis 48, fodnote 52.

94 — Produktsikkerhedsdommen, præmis 34, jf. ovenfor fodnote 85. Jf. også generaladvokat Jacobs' bemærkninger i hans forslag til afgørelse i samme sag, punkt 33.

såfremt farlige produkter er genstand for passende foranstaltninger i alle medlemsstaterne.«

En ensartet ordning til reaktion over for farlige produkter blev således anset for en foranstaltning, der fremmede de frie varebevægelser i almindelighed. De frie varebevægelser kan godt fremmes gennem foranstaltninger, der hindrer, begrænser eller bebyrder den frie bevægelighed for bestemte varer⁹⁵.

I Rewe-Zentrale-dommen⁹⁶ udtalte Domstolen, at »[s]elv om det er rigtigt... at traktatens artikel 30-36 først og fremmest er rettet mod medlemsstaternes ensidige foranstaltninger, er også fællesskabsinstitutionerne forpligtet til at respektere de frie varebevægelser inden for Fællesskabet, som er et af fællesmarkedets grundlæggende principper«. Domstolen konkluderede dog, at de kontrolforanstaltninger, der skulle gennemføres i henhold til det i sagen anfægtede direktiv⁹⁷ »ikke tilsigter at hindre samhandelen«; det anfægtede direktiv »tilsigtede derimod gradvis at ophæve foranstaltninger, som var truffet ensidigt af

95 — Jf. generaladvokat Jacobs' forslag til afgørelse i affaldssagen II, punkt 44, jf. ovenfor fodnote 85. Han henviste til Rådets direktiv 91/157/EØF af 18.3.1991 om batterier og akkumulatorer, der indeholder farlige stoffer (EFT L 78, s. 38), og anførte, at forbuddet mod salg af batterier, der indeholder mere end en bestemt mængde kviksølv, blev pålagt, for at batterier, hvis kviksølvindhold ikke var for højt, frit kan cirkulere på det indre marked. Jf. også f.eks. artikel 4 i Rådets direktiv 76/768/EØF af 27.7.1976 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om kosmetiske midler (EFT L 262, s. 169), der pålægger medlemsstaterne af hensyn til folkesundheden at forbyde markedsføring af kosmetiske midler, der indeholder en række specificerede ingredienser.

96 — Dom af 29.2.1984, sag 37/83, Sml. s. 1229, præmis 18.

97 — Rådets direktiv 77/93/EØF af 21.12.1976 om foranstaltninger mod indslæbning af skadegørere på planter eller planteprodukter, EFT 1977 L 26, s. 20, særlig artikel 11, stk. 3.

medlemsstaterne, og som på det pågældende tidspunkt i princippet var begrundet i traktatens artikel 36«⁹⁸.

87. Et eksempel, der er mere relevant for de foreliggende sager, findes i forbuddet mod fjernsynsreklamer for tobaksvarer i artikel 13 i direktiv 89/552. Denne og en række andre bestemmelser om reklameindholdet i udsendelser skal især delvis harmonisere betingelserne for udsendelse af reklamer i fjernsynet. »[M]edlemsstaterne skal [derfor] sikre modtagefrihed og [må] ikke hindre retransmission på deres område af fjernsynsudsendelser fra andre medlemsstater af grunde, der vedrører fjernsynsreklamer og sponsorvirksomhed«⁹⁹. Ligeledes forbyder artikel 8, stk. 1, i direktiv 89/622 og artikel 7, stk. 1, i direktiv 90/239 medlemsstaterne at begrænse handel med tobaksvarer, der er i overensstemmelse med kravene i disse direktiver vedrørende mærkning og maksimalt tjæreindhold.

88. For det tredje omhandler traktatens artikel 100 A ikke udelukkende fjernelsen af *hindringer* for udøvelsen af de fire

friheder. »Ved iværksættelsen af de grundlæggende friheder, der er opregnet i artikel 8 A, nødvendiggør forskellene mellem medlemsstaternes retsordener, at der [også] træffes harmoniseringsforanstaltninger på områder, hvor der er risiko for, at disse forskelle kan skabe eller opretholde fordrejede konkurrencevilkår«¹⁰⁰. Artikel 100 A kan således anvendes til at gennemføre harmoniseringsforanstaltninger med henblik på at udligne konkurrencevilkårene inden for et bestemt erhverv, der f.eks. beskæftiger sig med bortskaffelse af forurenende biprodukter, mens der også forfølges, »på uadskillelig måde«, et formål af almen interesse, nemlig et højt miljøbeskyttelsesniveau. Domstolen indtog dermed det standpunkt, at artikel 100 A udgjorde den rette hjemmel for den omtvistede foranstaltning i titandioxiddommen, hvilken foranstaltning indførte et totalt stop for visse former for affald fra industrianlæg, som anvender bestemte forarbejdningsprocesser og maksimumsværdier for farlige stoffer fra andre former for affald¹⁰¹. Direktivets artikel 1 siger udtrykkeligt, at det var vedtaget »med henblik på... at forbedre konkurrencevilkårene for titandioxidindustrien«. Jeg vil hævde, at fællesskabslovgiver dermed kan pålægge byrdefulde krav, der på samme måde finder anvendelse for de relevante virksomheder på hele det indre marked, herunder byrder, der ud fra alle synspunkter er større end dem, der blev pålagt ved forskellige nationale bestemmel-

98 — Dommens præmis 19, min fremhævelse. Som det fremgår af henvisningen til traktatens artikel 36, er denne sag også af relevans for de synspunkter, der findes umiddelbart ovenfor, om hensyntagen til almene interesser i lovgivning om det indre marked.

99 — Dom af 9.7.1997, forenede sager C-34/95, C-35/95 og C-36/95, De Agostini og TV-Shop, Sml. I, s. 3843, præmis 33 (herefter »De Agostini-dommen«).

100 — Titandioxiddommen, præmis 15, jf. ovenfor fodnote 51. Artikel 8 A blev til EF-traktatens artikel 7 A, inden den efter ændring blev til artikel 14 EF. Selv om fjernelse af konkurrencefordrejninger er anset for at være nødvendigt for, at de fire friheder får gyldighed, er det hensigtsmæssigt særskilt, i gennemgangen nedenfor, at behandle problemstillingen vedrørende dels hindringer eller begrænsninger for udøvelsen af disse friheder, dels konkurrencefordrejninger.

101 — Rådets direktiv 89/428/EØF af 21.6.1989 om fastsættelse af nærmere regler for indbyrdes tilnærmelse af programmer for nedbringelse af forureningen fra affald fra titandioxidindustrien med henblik på at bringe den til ophør, EFT L 201, s. 56. Jf. titandioxiddommen, præmis 2, fodnote 51.

ser, der gik forud for fællesskabsforanstaltningen.

89. Forfølgelsen af lige konkurrencevilkår giver dog ikke carte blanche for fællesskabslovgiver til at harmonisere enhver national bestemmelse, der findes, uanset om det er på en liberaliserende eller en begrænsende måde. Uden at det på nogen måde indskrænker min afvisning af Forbundsrepublikken Tysklands argument om faren ved at udvide Fællesskabets kompetence gennem afstemninger med kvalificeret flertal, vil jeg sige, at medlemsstaternes generelle kompetence til at regulere kan risikere at blive overført til Fællesskabet, hvis henvisningen til artikel 100 A, når der træffes harmoniseringsforanstaltninger med henblik på at opnå konkurrence, der ikke er fordrejet, ikke var underlagt en form for prøvelse af realiteten af den forbindelse, der er mellem sådanne foranstaltninger og formål vedrørende det indre marked. At traktatens artikel 7 A og artikel 100 A ikke siger noget om lige konkurrencevilkår giver en yderligere begrundelse for ikke at omdanne artikel 100 A til et instrument til generel økonomisk regulering.

90. Domstolen synes at have foreslået en mulig efterprøvelse i titandioxiddommen, som en forholdsregel for henvisning til artikel 100 A: Den konkurrencefordrej-

ning, der skal fjernes ved en harmoniseringsforanstaltning, skal være mærkbar¹⁰². Jeg er fortaler for en sådan efterprøvelse, selv om det ikke er nødvendigt for mig som led i nedenstående gennemgang at tage endelig stilling til dette spørgsmål.

91. En anden betingelse, der tydeligt fremgår af retspraksis, og som umiddelbart er mere relevant for de foreliggende formål, vedrører karakteren af den harmoniseringsforanstaltning, der bliver truffet i henhold til traktatens artikel 100 A. Det er ikke den rette hjemmel for en foranstaltning, hvis virkning for harmoniseringen af konkurrencevilkårene blot er tilfældig. Dette er ikke et spørgsmål om blot at afgøre, hvilket af en foranstaltnings åbenbare formål der er hovedformålet. Domstolen har, ret kategorisk snarere end i svage vendinger, udtalt, at »den omstændighed, at en retsakt har betydning for det indre markeds oprettelse og funktion, imidlertid ikke i sig selv [er] tilstrækkelig til, at traktatens artikel 100 A finder anvendelse«¹⁰³. Jeg forstår Domstolens afgørelse således, at den i affaldsdommen I¹⁰⁴ anfører, at det pågældende direktiv ikke kunne have været vedtaget i hen-

102 — Jf. titandioxiddommen, præmis 23; domme af 18.3.1980, sag 91/79, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 1099, præmis 8, og sag 92/79, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 1115, præmis 8. Domstolen udtalte ikke udtrykkeligt i titandioxiddommen, at traktatens artikel 100 A alene kunne anvendes til at fjerne *mærkbare* konkurrencefordrejninger, der skyldes forskellige nationale bestemmelser, og de sagsøgte har i de foreliggende sager under henvisning til ovennævnte sager gjort gældende, at betingelsen kun angik anvendelsen af den mere begrænsede artikel 100 i traktaten. Det fremgår imidlertid tydeligt af Domstolens anvendelse af artikel 100, at de sagsøgte argument om, at denne efterprøvelse alene er af relevans for anvendelsen af traktatens konkurrenceregler på virksomheder, er uberettiget.

103 — Jf. affaldsdommen I, præmis 19, fodnote 85. Jf. også dom af 9.11.1995, sag C-426/93, Tyskland mod Rådet, Sml. I, s. 3723, præmis 33.

104 — Nævnt ovenfor i fodnote 85, præmis 17 til 20, navnlig præmis 19.

hold til artikel 100 A, selv om artikel 130 S ikke havde kunnet anvendes som en alternativ retshjemmel. Domstolen skelnede mellem lovgivning, hvis hovedformål var effektiv behandling af affald i Fællesskabet, uanset dets oprindelse, og hvis harmonisering kun har accessorisk betydning for konkurrence- og samhandelsvilkårene, herunder produktionsomkostninger, og det direktiv, der var genstand for titandioxiddommen, »hvis formål er en indbyrdes tilnærmelse af de nationale bestemmelser, der har betydning for produktionsvilkårene inden for en bestemt industrisektor, med henblik på at fjerne konkurrencefordrejning *inden for denne*«¹⁰⁵. Jeg drager den konklusion, at en bestemt foranstaltnings bidrag til udligningen af konkurrencevilkårene inden for den sektor, der skal drage fordel heraf, skal være specifik for denne sektor, uanset hvor bredt den er formuleret, og skal ikke blot være af accessorisk betydning. Det følger heraf, at fællesskabsbestemmelser, hvis eneste virkning inden for en bestemt sektor er at forbyde den pågældende virksomhed, ikke kan siges at udligne konkurrencevilkårene *inden for denne sektor*, uanset hvad dens virkninger på konkurrencen på et beslægtet område er.

formål og virksomhed og definitionen af det indre marked. Det er uforeneligt med artikel 100 A's horisontale karakter. Endvidere skaber det mindst lige så mange problemer, som det påstås at løse. Fællesskabets materielt definerede kompetenceområder omfatter områder, hvor dets kompetence strækker sig fra det meget vidtgående, som det er tilfældet med landbruget, og til det forholdsvis begrænsede, som det er tilfældet med folkesundheden. Medmindre der foreslås en yderligere detaljering, og idet, som jeg allerede har redegjort for, udelukkelsen af harmonisering i artikel 129, stk. 4, ikke kan påvirke kompetencen i henhold til artikel 100 A, kan dette argument ikke forstås således, at det udelukker harmonisering af konkurrencevilkårene i en sektor, der er af væsentlig betydning for folkesundheden. Der er dog ingen grund til af årsager, som bliver tydelige nedenfor, at jeg skal tage endelig stilling til dette argument.

Formål vedrørende det indre marked — konkret bedømmelse

92. Sagsøgerne har henvist til en anden mulig grænse — at henvisning til traktatens artikel 100 A ved fjernelse af konkurrencefordrejninger skal begrænses til områder, hvor Fællesskabet også har udtrykkelig kompetence *rationae materiae*, såsom miljøbeskyttelse. Jeg er ikke overbevist af dette argument. Der er ingen åbenbar støtte herfor i artikel 100 A eller i traktatens generelle bestemmelser om Fællesskabets

93. For at afgøre, om en fællesskabsforanstaltning forfølger formål vedrørende det indre marked, skal der foretages en to-trins undersøgelse. Først skal det afgøres, om betingelserne for harmonisering er til stede, det vil sige forskelligartede nationale love, der enten udgør hindringer for udøvelsen af de fire friheder eller fordrejer konkurrence-

105 — Dommens præmis 20, min fremhævelse, jf. ovenfor fodnote 51.

vilkårene i en økonomisk sektor¹⁰⁶. Dernæst skal Fællesskabets konkrete handling være i overensstemmelse med det indre markeds oprettelse og funktion. Dette omfatter en gennemgang af, hvordan fællesskabslovgiver forsøgte at forene hovedkravene i bestemmelser som artikel 57, stk. 2, og artikel 100 A, hvorefter foranstaltninger, der vedtages med hjemmel heri, skal fremme den frie bevægelighed eller udligne konkurrencevilkårene inden for en bestemt sektor, med forpligtelsen til at tage hensyn til forhold af almen interesse, der modarbejder en meget restriktiv tilgangsvinkel til visse økonomiske aktiviteter.

under hensyn til »navnlig foranstaltningens formål og indhold«. I sager som de foreliggende skal den konkrete gennemgang af Fællesskabets kompetence udelukkende angå afgørelsen af, om foranstaltningen forfølger formål vedrørende det indre marked, som det har kompetence til, mens det skal erindres, at dette kan være i overensstemmelse med, at andre supplerende formål af almen interesse opfyldes, der ikke i sig selv kan berettige til en henvisning til traktatens artikel 57, stk. 2, og artikel 100 A.

94. Det er blevet foreslået, navnlig af Kommissionen, at dette i det væsentlige rejser det spørgsmål, hvorvidt en foranstaltning er passende, eller belejlig, hvilket er et spørgsmål om proportionalitet snarere end om kompetence. Domstolen bør derfor ikke gribe ind på dette stadie. Jeg er ikke enig heri. Såfremt udøvelsen af Fællesskabets kompetence skal kunne underkastes en retlig efterprøvelse, er det ikke tilstrækkeligt at efterprøve, om betingelserne for harmonisering er til stede, idet traktatens artikel 57, stk. 2, og artikel 100 A ikke giver en almen kompetence til at harmonisere for harmoniseringens skyld, når disse betingelser er opfyldt. Behovet for en konkret efterprøvelse af den faktisk trufne harmoniseringsforanstaltning er også anerkendt i Domstolens gentagne udtalelser om, at undersøgelser af kompetence skal ske

95. Domstolen har foretaget en konkret efterprøvelse af denne art i sager, hvor medlemsstaterne har anfægtet Fællesskabets kompetence til at handle i henhold til artikel 100 A og artikel 57, stk. 2, henholdsvis i Spanien-dommen og i indskuds-garantidommen¹⁰⁷. I Spanien-dommen undersøgte og afviste Domstolen argumentet om, at forordning nr. 1768/92¹⁰⁸ opdelte fællesskabsmarkedet længere end nationale patenters gyldighedsperiode og forhindrede fri konkurrence mellem virksomheder, der er patenthavere, og de virksomheder, der fremstiller generiske lægemidler¹⁰⁹. Domstolen fandt, at forordningens harmoniserede forlængelse af et patents beskyttelsesperiode foregreb en opdeling af markedet for lægemidler ved

106 — Dette er de to begrundelser, der er fremført til støtte for reklamedirektivet i de foreliggende sager. Jeg tager ikke stilling til, om der er andre begrundelser for de pågældende bestemmelser.

107 — En sådan konkret efterprøvelse er typisk for Domstolens undersøgelse af, om en retshjemmel skal finde anvendelse frem for en anden, som i titandioxiddommen, jf. ovenfor fodnote 51, og de to affaldsdomme, som der er redegjort for ovenfor.

108 — Jf. ovenfor fodnote 58.

109 — Jf. Spanien-dommen, præmis 30 og 31, fodnote 58.

at hindre den uensartede udvikling af nationale love¹¹⁰, selv om en sådan forlænget beskyttelse var ukendt i de fleste medlemsstater¹¹¹. Domstolen undersøgte også afvejningen mellem interesserne for de virksomheder, der er patenthavere, og de virksomheder, der fremstiller generiske lægemidler¹¹². Selv om dette åbenlyst er relevant ved bedømmelsen af proportionaliteten, synes Domstolen i den sag at have anset det for et spørgsmål om kompetence, der er påkrævet i henhold til »de formål, der er opregnet i [traktatens artikel 7 A]«¹¹³, hvorved den antyder, at den omstændighed, at der findes begrænsninger og deres betydning for økonomisk aktivitet (her for de virksomheder, der fremstiller generiske lægemidler), kan være af relevans for spørgsmålet om, hvorvidt en harmoniseringsforanstaltning kan siges at forfølge formål vedrørende det indre marked¹¹⁴. Min generelle tilgangsvinkel i de foreliggende sager bestyrkes også af det forhold, at Domstolen, efter at den er overbevist om den anfægtede forordnings formål vedrørende det indre marked, på intet tidspunkt henviste til den forholdsmæssige vægt under lovgivningsprocessen af supplerende formål om at fremme farmaceutisk forskning i Fællesskabet.

96. I indskudsgarantidommen behandlede Domstolen anbringendet om, at forbuddet i

den anfægtede foranstaltning¹¹⁵ mod at markedsføre bankfilialer i andre medlemsstater med en national indskudsgarantiordning, der gav forbrugerne bedre beskyttelse end den beskyttelse, der var fastsat i direktivet, var uforeneligt med formålet med traktatens artikel 57, stk. 2. Domstolen konkluderede, at begrænsningen i maksimumsdækningen for den indskudsgaranti, der blev tilbudt af filialer i andre medlemsstater er »meget mindre byrdefuld end kravet om at underkaste sig forskellige lovgivninger vedrørende indskudsgarantiordningerne i forskellige værtsmedlemsstater«, hvilket medførte, at selv adgangen til i andre medlemsstater at oprette filialer af tyske kreditinstitutter kan siges at være lettet af det pågældende direktiv¹¹⁶.

97. Denne type bedømmelse adskiller sig fra bedømmelsen af proportionaliteten. Det spørgsmål, der stilles med henblik på at fastslå, om betingelserne for at henvise til en kompetence, der er tildelt med et funktionelt formål, er opfyldt, er spørgsmålet om, hvorvidt foranstaltningerne forfølger de påberåbte formål vedrørende det indre marked, ikke om de går videre, end det er nødvendigt for at opfylde formålet. Jeg er endvidere, som jeg har anført ovenfor, på dette tidspunkt alene interesseret i opfyldelsen af disse formål, da dette er formålet med den tildelte kompetence. Når proportionaliteten på den anden side bedømmes, skal de yderligere supplerende formål tages i betragtning, der skal forfølges ved foranstaltninger vedrørende det

110 — Samme sted, præmis 35 og 36.

111 — Samme sted, præmis 34.

112 — Samme sted, præmis 37 til 39.

113 — Samme sted, præmis 37.

114 — Jf. drøftelsen ovenfor i punkt 83 til 87 om, hvorvidt vedtagelsen af foranstaltninger, der begrænser samhandelen, er i overensstemmelse med forfølgelsen af formål vedrørende det indre marked.

115 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 94/19/EF af 30.5.1994 om indskudsgarantiordninger, EFT L 135, s. 5.

116 — Indskudsgarantidommen, præmis 44.

indre marked, herunder opnåelsen af et højt sundhedsbeskyttelsesniveau.

98. Det er åbenlyst, at Domstolen, når den foretager en konkret efterprøvelse af komplekse lovgivningsmæssige valg, der påvirker forskellige økonomiske og andre interesser, sædvanligvis skal acceptere lovgivers vurdering af, at en foranstaltning effektivt, for så vidt angår det indre markeds oprettelse og funktion, kan retfærdiggøre de begrænsninger, den indebærer¹¹⁷. Domstolen kan ikke sætte sin vurdering i stedet for lovgivers og kan heller ikke sætte spørgsmålstejn ved et bestemt politisk initiativ¹¹⁸. Selv om jeg ønsker at fastlægge grænserne for Fællesskabets lovgivningskompetence, medfører den nødvendige konkrete bedømmelse af forholdet mellem den trufne foranstaltning med dens erklærede formål efter min opfattelse en henvisning til de standarder for efterprøvelse, som Domstolen anvender, for så vidt angår institutionernes udøvelse af et vidt lovgivningsmæssigt skøn. Når institutionerne »har et vidt skøn, bl.a. med hensyn til karakteren og omfanget af de foranstaltninger, [de] træffer, må Fællesskabets retsinstanders prøvelse begrænses til en undersøgelse af, om afgørelsen er åbenbart urigtig eller behæftet med magtfordrejning, eller om [institutionerne] åbenbart har overskredet grænserne for [deres] skøn«¹¹⁹.

99. Domstolens opgave er ikke desto mindre lettere i sager om lovgivning, hvis virkninger inden for den relevante sektor er ekstreme, som det er tilfældet ved et forbud. Der kan ikke være nogen formodning for, at fællesskabslovgivers effektive forbud mod en bestemt økonomisk aktivitet er i strid med formålene med det indre marked. På samme tid vil det være lettere at identificere virkningerne af et sådant forbud og den retlige konklusion, der skal drages herfra, for en retsinstand, der vil være meget mere ærbødig over for den fine balance, som fællesskabslovgiver har ramt mellem de forskellige væsentlige interesser¹²⁰. Dette letter bedømmelsen af, hvorvidt der er den nødvendige overensstemmelse mellem *indholdet* af den foranstaltning, der fastsætter et forbud med det indre marked som *formål*, som det navnlig er anført i betragtningerne til foranstaltningen og i alle væsentlige bestemmelser (såsom reklamedirektivets artikel 1), der, udtrykkeligt eller stiltiende, henviser til dens formål. Denne overensstemmelse skal i sidste ende bedømmes i forhold til den anfægtede foranstaltningens mærkbare virkninger. Det præcise formål, der forfølges med hensyn til det indre marked, skal fremgå af selve foranstaltningen, og det kan ikke efter min opfattelse suppleres med en henvisning til bredere eller forskellige formål på et senere tidspunkt¹²¹. Såfremt foranstaltningens virkninger ikke er i overensstemmelse med de formål vedrørende det indre marked, som retshjæmmelen tjener og *som faktisk påberåbes af lovgiver*, så må det konkluderes, at fællesskabslovgiver

117 — Jf. generaladvokat Léger's forslag til afgørelse i indskuds-garantisagen, punkt 113, fodnote 52.

118 — Jf. arbejdstidsdommen, præmis 23, fodnote 80.

119 — Dom af 5.5.1998, sag C-180/96, Det Forenede Kongerige mod Kommissionen, Sml. I, s. 2265, præmis 60 (herefter »BSE-dommen«), og dom af 25.1.1979, sag 98/78, Racke, Sml. s. 69, præmis 5. Jeg skal gentage, at anbringendet om magtfordrejning efter min opfattelse ikke er godtgjort i de foreliggende sager.

120 — Jf. f.eks. Spanien-dommen, præmis 38 og 39, fodnote 58.

121 — Dette er ikke det samme som at sige, at begrundelsen for foranstaltningen, herunder enhver relevant kvalitativ eller kvantitativ oplysning, skal anføres i større detalje end sædvanligt i selve foranstaltningen. Min betænkelighed angår ikke tilstrækkeligheden af den begrundelse, der er i reklamedirektivet (der drøftes nedenfor i afsnit V, punkt vii), men den tydelige fastsættelse af denne begrundelses karakter og de forfulgte formål med henblik på at foretage en væsentlig efterprøvelse af direktivet i forhold til dets mål og indhold.

har foretaget et åbenbart urigtigt skøn eller har overskredet sin beføjelse.

ydelse, der bærer tobaksrelaterede varemærker og lignende varer eller tjenesteydelser, der ikke gør det. Betragtningen afsluttes med en udtalelse om, at hindringer og konkurrencefordrejninger kan hæmme det indre markeds funktion.

Reklamedirektivets formål

100. Det siges i reklamedirektivets artikel 1, at dets formål er »at tilnærme medlemsstaternes love og administrative bestemmelser om reklame for tobaksvarer og sponsorering til fordel for disse«. Første betragtning til direktivet siger, at de eksisterende forskelle mellem de nationale bestemmelser inden for dette område kan lægge hindringer i vejen for ikke blot udvekslingen af tjenesteydelser med reklame for og sponsorering til fordel for tobaksvarer, men også for bevægeligheden mellem medlemsstaterne for varer, der anvendes som grundlag for sådan reklame og sponsorering. Disse forskelle fordrejede også konkurrencen. Denne udtalelse kan alene forstås som vedrørende konkurrencen mellem dem, der præsterer de nævnte tjenesteydelser — reklame for og sponsorering til fordel for tobaksvarer — og mellem producenterne og leverandørerne af medier til sådan reklame og sponsorering. Det er i denne sammenhæng tydeligt, at direktivet ikke angår konkurrencen inden for reklame- og sponsoringssektorerne generelt, der ikke er nævnt nogen steder i direktivet. Endvidere er der intet i betragtningerne eller andre steder i reklamedirektivet, der antyder, at direktivet beskæftiger sig med handelshindringer for enten tobaksvarer eller produkter til alsidiggørelse eller med konkurrencefordrejninger mellem producenter eller distributører af sådanne varer, eller mellem producenter eller distributører af varer eller tjeneste-

101. Den første betragtning kan forstås således, at den søger at opfylde betingelsen for fællesskabsharmonisering i traktatens artikel 57, stk. 2, og artikel 100 A. Den anden betragtning indeholder den mest udtrykkelige udtalelse om forbindelsen mellem den eksisterende situation, opnåelsen af formålene med det indre marked — det angivne *mål* med den foranstaltning, der er vedtaget med hjemmel i artikel 57, stk. 2, og artikel 100 A — og den faktisk trufne foranstaltning — dens *indhold*¹²²:

»Disse hindringer bør fjernes, og med henblik herpå bør bestemmelserne om reklame for og sponsorering af tobaksvarer tilnærmes...«

Imperial Tobacco har gjort gældende, at direktivet ikke blandt sine formål omfatter bekæmpelse af enhver konkurrencefordrejning, der adskiller sig fra de handelshin-

122 — Jeg ønsker naturligvis ikke at foretage en skarp adskillelse mellem mål og indhold. Det er muligt at udlede en foranstaltnings mål af dens væsentlige bestemmelser såvel som af betragtningerne til den — jf. f.eks. skovbeskyttelsesdommen, præmis 13, fodnote 67. I de foreliggende sager findes der imidlertid ingen yderligere retningslinjer i reklamedirektivets øvrige bestemmelser.

dringer, der omtales i anden betragtning til direktivet. Jeg anser denne fortolkning for at være for streng. Ottende betragtning til direktivet henviser til den indbyrdes sammenhæng mellem de forskellige former for reklame og udtaler, at direktivet skal gælde for alle reklameformer (undtagen tv-reklame), »da enhver risiko for konkurrencefor[drej]ning... må undgås«.

102. Jeg vil først undersøge direktivets formål vedrørende det indre marked, for så vidt det fjerner hindringerne for den frie omsætning af varer og tjenesteydelser, der er forbundet med reklame for og sponsoring til fordel for tobaksvarer. Jeg vil derefter vende mig mod spørgsmålet om udgligning af konkurrencevilkårene inden for samme specifikke sektorer.

Handelshindringer for varer og tjenesteydelser, der vedrører markedsføring af tobak

103. Spørgsmålet om, hvorvidt der er nogen, eller nogen af væsentlig betydning, grænseoverskridende handel med varer og tjenesteydelser, der vedrører markedsføring af tobak, eller nogen hindringer herfor, blev drøftet længe under retsmødet.

104. Domstolen har gjort det klart, at der ikke er nogen de minimis-regel for så vidt angår traktatens forbud mod handelshindringer, der skyldes forskellige nationale

love: For så vidt angår varernes frie bevægelighed anses en national foranstaltning f.eks. for at udgøre en begrænsning, hvis den direkte eller indirekte, aktuelt eller potentielt, kan hindre handelen inden for Fællesskabet, »selv hvis hindringen er ringe, og der findes andre muligheder for at afsætte de indførte varer«¹²³. Det forhold, at den nationale bestemmelse alene påvirker et meget lille område, defineret enten geografisk eller ved henvisning til mængden af grænseoverskridende handel, der påvirkes af bestemmelsen, er ligeledes uden betydning for anvendelsen af traktatens artikel 30¹²⁴. Retspraksis om tjenesteydelser antyder, at det er de samme principper, der finder anvendelse på dette område¹²⁵. Fællesskabet har kompetence til at fjerne hindringer for handelen med varer og tjenesteydelser ved harmoniseringsforanstaltninger med hjemmel i traktatens artikel 57, stk. 2, og artikel 100 A, der tager hensyn til den generelle interesse, der førte til vedtagelsen af nationale bestemmelser i det hele taget. Det følger ikke heraf, at handling af denne art automatisk er berettiget på grund af ubetydelige (»de minimis«) handelshindringer. Der kan i hvert fald argumenteres for, at en harmoniserende handling skal vedrøre nationale bestemmelser, der har mere end ubetydelige virkninger på samhandelen. Dette spørgsmål er ikke aktuelt i de foreliggende sager, idet forskellige nationale bestemmelser, hvoraf nogle er yderst begrænsende, tydeligvis kan have direkte og væsentlig virk-

123 — Dom af 5.4.1984, forenede sager 177/82 og 178/82, Van de Haar og Kaveka de Meern, Sml. s. 1797, præmis 14, og af 18.5.1993, sag C-126/91, Yves Rocher, Sml. I, s. 2361, præmis 21.

124 — Jf. dom af 3.12.1998, sag C-67/97, Bluhme, Sml. I, s. 8033, præmis 18 til 20, og mit forslag til afgørelse i denne sag, punkt 18 og 19.

125 — Jf. f.eks. dom af 10.5.1995, sag C-384/93, Alpine Investments, Sml. I, s. 1141. Det fremgår tydeligt af Bluhme-dommens præmis 22, at den udelukkelse af anvendelsesområdet for de relevante traktatbestemmelser, der er foretaget i sager såsom dom af 14.7.1994, sag C-379/92, Peralta (Sml. I, s. 3453), af indirekte eller usikre hindringer for handelen med varer eller tjenesteydelser vedrører deres fjernere virkninger på handelen snarere end disse virkninger omfang.

ning på handelen med tobaksreklameydelse og -medier. Spørgsmålet om, hvorvidt omfanget af grænseoverskridende handel med de berørte varer og tjenesteydelser er væsentligt enten i absolut forstand eller i forhold til rent interne udvekslinger er også potentielt relevant. Dette spørgsmål er imidlertid ikke så væsentligt for gennemgangen af kompetencen, som det er for anvendelsen af proportionalitetsprincippet, ved bedømmelsen af, om foranstaltningens rækkevidde er for bred (f.eks. fordi den både påvirker den omfattende nationale handel og den forholdsvis begrænsede grænseoverskridende handel), og dermed om foranstaltningens for brede begrænsende virkninger vejer tungere end dens fordele for det indre marked.

105. Jeg er ikke overbevist af Forbundsrepublikken Tysklands argument om, at der praktisk talt ikke er nogen grænseoverskridende udveksling af tjenesteydelser med reklame for og sponsorering til fordel for tobaksvarer¹²⁶, der kan påvirkes i uheldig retning af forskelle i de nationale reguleringer af sådan en virksomhed¹²⁷. Sådanne

tjenesteydelser kan f.eks. præsteres af et internationalt reklamebureau, der er etableret i en medlemsstat, til brug i hele eller i en del af Fællesskabet¹²⁸ eller af et lokalt bureau på vegne af en international kunde (herunder muligvis et internationalt reklamebureau) og kan omfatte udarbejdelse af varemærker, reklametemaer, slogans og kampagner, bestilling af kreativt arbejde, modeller eller skuespillere og andre, der skal skabe reklameimage, film osv., indplaceringen af reklame i forskellige medier og sponsorering af forskellige sports-, kunst- eller andre organisationer, begivenheder eller hold, og organisering af direkte udlevering af gratis gaver eller reklamemateriale til offentligheden. Præstationen af disse tjenesteydelser mod betaling er selvfølgelig af natur kommerciel. Alene det totale forbud mod en bestemt tjenesteydelse af hensyn til den offentlige orden i alle medlemsstater vil bringe det uden for traktatens anvendelsesområde¹²⁹, og dette er ikke tilfældet med markedsføring af tobak. Sponsorering af hold eller begivenheder til gengæld for anerkendelse af sponsorens bidrag eller fremvisning af markedsføringsmateriale (der også kan bringes i tv- eller radioudsendelser fra den sponsorerede begivenhed) udgør også en tjenesteydelse, der præsteres mod betaling, fra førstnævnte til sidstnævnte¹³⁰. Det synes åbenbart fra bevisførelsen for Domstolen, at sådan virksomhed er forholdsvis almindelig.

126 — Markedsføringen af produkter til alsidiggørelse er reguleret i direktivets artikel 3, stk. 3, litra b) — ikke-tobaksvarer, der anvender navne, mærker, symboler eller andre kendetegn, der allerede anvendes for en tobaksvarer — anses for en indirekte form for tobaksreklame og er derfor omfattet af nedenstående undersøgelse af markedsføringen af tobaksvarer, undtagen i det omfang dette behandles særskilt.

127 — Vedrørende ikke-diskriminerende begrænsninger for præstation af tjenesteydelser, jf. dom af 24.3.1994, sag C-275/92, Schindler, Sml. I, s. 1039, præmis 43, og af 25.7.1991, sag C-76/90, Säger, Sml. I, s. 4221, præmis 12.

128 — En tjenesteydelse, der præsteres i medlemsstat B af et bureau, der er etableret i medlemsstat A, på vegne af en kunde, der er etableret et andet sted i Fællesskabet, herunder medlemsstat A, er omfattet af traktatens bestemmelser om tjenesteydelser. Jf. f.eks. dom af 26.2.1991, sag C-154/89, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 659, præmis 9, om turistguiders virksomhed.

129 — Schindler-dommen, præmis 32, fodnote 127.

130 — Jf. dom af 11.4.2000, forenede sager C-51/96 og C-191/97, Deliège, Sml. I, s. 2549, præmis 57.

106. Begrænsninger for tjenesteydelser, der er reguleret af EF-traktatens artikel 59 (efter ændring nu artikel 49 EF), kan opstå, når et reklamebureau, der lovligt præsterer tjenesteydelser med henblik på markedsføring af tobaksvarer i en medlemsstat, forhindres i at gøre dette i en anden medlemsstat på grund af en mere restriktiv national tilgangsvinkel til reklame for og sponsoring til fordel for tobaksvarer. Ligeledes er præstation af tjenesteydelser fra f.eks. sportshold, orkestre, turnerende udstillinger og sportskonkurrencer, der afholdes mange steder, begrænsede, når den sponsoring, som de lovligt må modtage og offentliggøre i en medlemsstat, er forbudt eller underlagt yderligere betingelser i en anden. Den grænseoverskridende præstation af radiotjenesteydelser kan også påvirkes af nationale bestemmelser om reklameindholdet i sådanne udsendelser¹³¹.

107. Den kategori af varer, for hvilke der kan være handelshindringer, der er af betydning for reklamedirektivet, synes at

være nogenlunde afgrænset. Efter min opfattelse kan den begrænses til varer, der handles mellem medlemsstater, og som ikke udelukkende i ethvert tilfælde tjener som medie for tobaksreklame eller sponsoring. Det mest åbenlyse eksempel er aviser eller magasiner, der sædvanligvis vil have både andet reklameindhold og væsentligt journalistisk indhold, og hvis omsætning i andre medlemsstater hindres, aktuelt eller potentielt, af det forhold, at tobaksreklame, der er lovlig i produktionsmedlemsstaten, er forbudt eller underlagt forskellige betingelser i andre medlemsstater. Jeg mener ikke, at man i denne sammenhæng med varer kan drøfte cigaretter, der udleveres gratis af markedsføringshensyn (der formodningsvis leveres af producenten) eller mobile bærere af reklame, såsom racerbiler eller et sportsholds udstyr, der anvendes i internationale begivenheder, idet de ikke under disse omstændigheder er genstand for handel inden for Fællesskabet, selv om de krydser grænserne¹³². Organiseringen af uddelingskampagnen eller sponsoreringsordningen (såvel som indvilligelsen i den markedsførende sponsoring) kan ikke desto mindre have grænseoverskridende aspekter, der kan påvirkes af uensartede nationale bestemmelser. Hvad angår genstande, der udelukkende i alle tilfælde anvendes som grundlag for tobaksreklame — plakater, brochurer, løbesedler — er det formentlig bedre at behandle dem ud fra den markedsførende tjenesteydelse, som de er det rørlige udtryk for¹³³, selv om de på en måde er handelsgenstande i sig selv (f.eks. en trykkers levering af tryksager til et reklamebureau).

131 — Jf. ovenfor drøftelsen af direktiv 89/552. Grænseoverskridende udsendelse af reklame, der sker mod betaling, udgør præstation af en tjenesteydelse i traktatens artikel 59's forstand, således som det blev fastslået i dom af 26.4.1988, sag 352/85, Bond van Adverteerders, Sml. s. 2085.

132 — Traktatens bestemmelser om varernes frie bevægelighed finder imidlertid anvendelse på uafhængig handel med kopier af sportsudstyr, der ofte har de samme sponsorende slogans, og som kan anses for at være »produkter, der anvendes som grundlag for denne reklame og sponsoring«.

133 — Jf. Schindler-dommen, præmis 22, fodnote 127.

108. Jeg er derfor overbevist om, at betingelserne for, at Fællesskabet kan udøve sin harmoniseringskompetence for så vidt angår handel med varer og præstation af grænseoverskridende tjenesteydelser, er opfyldt i de foreliggende sager. Det er dermed nødvendigt at behandle reklamedirektivets tilgangsvinkel til at fjerne de eksisterende ikke-diskriminerende hindringer for handel med varer og tjenesteydelser.

Den tilnærmelse, der påvirkes af reklamedirektivet

109. Reklamedirektivets væsentlige element er et vidtrækkende forbud mod, direkte og indirekte, reklame for og sponsoring til fordel for tobaksvarer. Forbuddet udtrykkes i generelle vendinger i reklamedirektivets artikel 3, stk. 1, men anvendelsen af direktivet er underlagt en række udtrykkelige undtagelser i artikel 3, stk. 5, hvilket dog ikke påvirker det eksisterende forbud mod tv-reklame i direktiv 89/552.

110. Der har været en betydelig debat om den økonomiske og markedsføringsmæssige betydning af disse undtagelser, der vedrører hele tobaksreklameaktiviteten. Debatten om, hvorvidt direktivet i sidste ende fastsætter et »fuldstændigt forbud« mod tobaksreklame er semantisk. Undtagelserne er efter min opfattelse og set i sammenhæng med tobaksreklame som hel-

hed af mindre betydning. Forbuddet kan rimeligvis beskrives som omfattende. Det forbyder enhver reklame, der rettes mod forbrugerne fra erhvervsdrivende i Fællesskabet, og som foretages uden for salgsstedet.

111. Man kan i lyset af dette omfattende forbud forsøge at afgøre, hvorledes det indre marked skal drage fordel af reklamedirektivet. Det vigtige synspunkt, som navnlig er gjort gældende af Imperial Tobacco, er, at direktivet ikke forsøger at harmonisere eksisterende nationale bestemmelser om de begrænsede former for reklame, som det ikke selv forbyder. Det ville alt andet lige have været diskutabelt, at handel med varer og tjenesteydelser på de undtagne områder stiltiende blev liberaliseret med vedtagelsen af en foranstaltning, der — gennem et forbud — harmoniserer vidtrækkende aspekter af den pågældende aktivitet. Dette er imidlertid ikke, hvad direktivet gør. Artikel 5 gør det uden enhver tvivl klart, at direktivet ikke har til hensigt at have en sådan liberaliserende virkning eller endog at tillade sådan reklame under visse betingelser, idet det udtrykkeligt giver medlemsstaterne mulighed for af hensyn til sundhedsbeskyttelsen at pålægge strengere krav på de undtagne områder. Selv om sådanne nationale foranstaltninger skal være i overensstemmelse med traktaten, påvirker direktivet på ingen måde deres fortsatte anvendelse på tobaksreklame, der falder uden for det vidtrækkende harmoniserede forbud.

112. Jeg har ikke med denne konklusion glemt, at medlemsstaterne, selv hvis der var blevet vedtaget harmoniserede bestemmelser om de reklameformer, der ikke var

forbudte i direktivet, kunne have påberåbt sig traktatens artikel 100 A, stk. 4, for af hensyn til folkesundheden fortsat at anvende mere begrænsende nationale bestemmelser. Det skal for det første erindres, at denne fremgangsmåde ikke finder anvendelse på de dele af en foranstaltning, der vedrører hindringer for præstationen af tjenesteydelser, for hvilke traktatens artikel 57, stk. 2, snarere end artikel 100 A, udgør den specifikke retshjemmel. Den hypotetiske situation, som jeg netop har henvist til, vil under alle omstændigheder være ganske anderledes end den, der er resultatet af en manglende tilnærmelse af nationale bestemmelser inden for de områder, der er omfattet af direktivets artikel 3, stk. 5. For det første er henvisningen til artikel 100 A, stk. 4, underlagt en særlig fremgangsmåde med bekræftelse, der kontrolleres af Kommissionen, hvis afgørelse kan efterprøves retligt ved andre medlemsstaters henvendelse til Domstolen¹³⁴. Medlemsstaterne kan ikke handle ensidigt uden Kommissionens godkendelse¹³⁵. Kommissionens afslag på godkendelse tvinger den medlemsstat, der har givet meddelelse, til at søge at få Kommissionens afgørelse annulleret, før den kan handle¹³⁶. Hvis de ikke, når der ikke er en sådan bekræftelse, gennemfører et harmoniseringsdirektiv til tiden, kan det have umiddelbar virkning ved de nationale retter¹³⁷. Det kan ikke på baggrund heraf foreslås, uden at dette i mange sammenhænge stiller spørgsmålstegn ved nytten af Fællesskabets handlinger i henhold til traktatens artikel 100 A, at enhver form for harmoniseret liberalisering, uanset om den er fuldstændig eller

betinget, af de områder, der er nævnt i direktivets artikel 3, stk. 5, uundgåeligt ville have medført en situation med en tilsvarende virkning som i henhold til direktivet.

113. Det er ud fra ovenstående for mig åbenbart, at reklamedirektivet ikke kan anses for at fjerne hindringer, og dermed lette udveksling af tjenesteydelser, hvis indhold udelukkende er reklame for eller sponsorering til fordel for tobaksvarer, herunder både sådanne tjenesteydelser, der får et rørligt udtryk ved varer som trykte brochurer, foldere eller plakater, og de tjenesteydelser med gratis uddeling af tobaksvarer. Direktivets *eneste* virkning inden for dets udstrakte anvendelsesområde er at forbyde handel med de pågældende tjenesteydelser. Der er ingen kompensationsmulighed for virksomheder, der producerer eller præsterer sådanne tjenesteydelser. Eksisterende hindringer, der skyldes uensartede nationale bestemmelser, vil fortsat findes på de områder, der ikke er omfattet af direktivet. Selv om et sådant mål ikke fremstår udtrykkeligt, fremgår det tydeligt af både direktivets indhold og dets supplerende mål, der er hensyntagen til befolkningens sundhed¹³⁸, at det har til formål radikalt at mindske udvekslingen af de pågældende tjenesteydelser, eller i det allermindste at et sådant resultat er uundgåeligt. En foranstaltning, hvis eneste virkning er at forbyde en økonomisk aktivitet, kan efter min opfattelse retligt ikke siges at fjerne handelshindringer, *der påvirker denne aktivitet*. Jeg må derfor konkludere, at fællesskabslovgiver foretog et åbenbart urigtigt skøn ved bedømmelsen af de for-

134 — Dom af 17.5.1994, sag C-41/93, Frankrig mod Kommissionen, Sml. I, s. 1829.

135 — Dom af 1.6.1999, sag C-319/97, Kortas, Sml. I, s. 3143, præmis 28 og 36.

136 — Kortas-dommen, præmis 27. Jf. f.eks. sag C-512/99, Tyskland mod Kommissionen, og sag C-3/00, Danmark mod Kommissionen, der begge er verserende.

137 — Kortas-dommen, præmis 22.

138 — Jf. fjerde betragtning til direktivet.

dele, der sandsynligvis ville opstå for virksomheder, der drev virksomhed inden for det berørte område, og for det indre markeds oprettelse og funktion.

114. Denne analyse ville være anderledes, hvis reklamedirektivet kun omfattede udveksling af de tjenesteydelser og handel med varer, der også har særskilte funktioner og økonomisk værdi, ud over at de anvendes som grundlag for reklame og sponsorering. En af disse tjenesteydelser er grænseoverskridende levering af radioudsendelser. Den logiske begrundelse for at forbyde tobaksrelateret reklame eller sponsorering af udsendelser i radioen er præcis den samme som for det forudgående forbud for tv-udsendelser. En anden tjenesteydelse er den sponsorerende tjenesteydelse, der præsteres af hold eller selve sportsorganisationen ved sportsgrene, der turnerer, såsom Formel 1-løb. To forskellige eksempler på relevante varer, der allerede er nævnt, er dels aviser og magasiner, dels kopier af sportsudstyr. Det er i alle sådanne tilfælde, selv om virksomhedens rentabilitet kan påvirkes af direktivets forbud mod reklame for og sponsorering til fordel for tobaksvarer, på ingen måde åbenbart, at fællesskabslovgiver har foretaget et urigtigt skøn, da det blev konkluderet, at varenes frie bevægelighed eller erlæggelse over grænserne ville blive lettere ved ensartede bestemmelser om indholdet af reklamer og sponsorering, hvilke fjernede aktuelle eller

potentielle begrænsninger, der skyldtes uensartede nationale ordninger¹³⁹.

115. Den samme analyse gælder mutatis mutandis for forbuddet i henhold til direktivets artikel 3, stk. 3, litra b), mod reklame for eller sponsorering til fordel for ikke-tobaksvarer, der anvender navne, mærker, symboler eller andre kendetegn, der allerede anvendes for tobaksvarer (produkter til alsidiggørelse). Situationen er mere kompleks for så vidt angår reklame for varer og tjenesteydelser, der allerede i god tro blev markedsført eller udbudt før den 30. juli 1998 under et navn, der også anvendtes for tobaksvarer¹⁴⁰. Medlemsstaterne kan i henhold til reklamedirektivets artikel 3, stk. 2, tillade, at navnet anvendes til reklame for sådanne andre varer eller tjenesteydelser. Dette medfører, at bestemmelserne om præstation af reklametjenesteydelser inden for dette område er fuldt ud harmoniserede. Der er opstillet visse betingelser for, at sådan reklame kan tillades — at navnet skal fremtræde i en form, hvorved det tydeligt adskiller sig fra navnets udseende på tobaksvarer og uden noget andet kendetegn, der allerede anvendes for en tobaksvarer — men dette er blot et forbud mod alle reklameformer, der ikke er i overensstemmelse med direktivet, uden at det på nogen måde er rettet mod uensartetheder i nationale bestemmelser om disse former for reklame for de pågældende varer og tjenesteydelser, der ikke er omfattet af forbuddet. Bestemmelserne medfører således en underlig samtidig kombination af, at der foretrakkes enten

139 — Jf. f.eks. artikel 5 i det første direktivforslag, der gik forud for vedtagelsen af reklamedirektivet, og som ville have forbudt medlemsstaterne at hindre handel med tidsskrifter, der var i overensstemmelse med direktivet.

140 — Direktivets artikel 3, stk. 2, siger intet om sponsorering.

forbud eller ikke-harmonisering, hvilket karakteriserer lovgivningen som helhed. Endvidere medvirker denne bestemmelse ikke engang til at fjerne hindringer for den grænseoverskridende præstation af tjenesteydelser og handel med varer, der ikke udelukkende anvendes som grundlag for tobaksreklame, såsom radio og aviser, idet medlemsstaterne fortsat enten kan tillade eller forbyde reklame, der er i overensstemmelse med ovennævnte betingelser for navnedifferentiering. Herudover betyder det forhold, at artikel 3, stk. 2, skaber en frivillig undtagelse til det fællesskabsretlige forbud, sandsynligvis, at de uensartetheder, der følger heraf, mellem de nationale love ikke kan prøves i henhold til traktatens artikel 30 og 59. Jeg konkluderer, at bestemmelsen på ingen måde bidrager til at fjerne hindringer for handelen med varer og præstering af tjenesteydelser, der er forbundet med tobaksreklame, og at traktatens artikel 57, stk. 2, og artikel 100 A derfor ikke udgør en passende retshjemmel for dens gennemførelse.

116. Reklamedirektivets artikel 3, stk. 3, litra a), kræver også særlig opmærksomhed. Denne bestemmelse pålægger medlemsstaterne at sørge for, at ingen tobaksvarer bærer en anden vares eller tjenesteydelses navn, mærke, symbol eller andre

kendetegn, medmindre denne tobaksvarer allerede er markedsført på denne måde før den 30. juli 2001, på hvilken dato fristen for direktivets gennemførelse udløber. Formålet med denne bestemmelse er ikke umiddelbart åbenbar ud fra betragtningerne til direktivet, da et sådant initiativ ikke udtrykkeligt nævnes. Sådant markedsføring af tobaksvarers navn er ikke engang omfattet af den vide definition af reklame i direktivets artikel 2, stk. 2. Det kan allerhøjest foreslås, at artikel 3, stk. 3, litra a), skal forhindre tobaksvarer i indirekte at drage fordel af ubegrænset reklame for ikke-tobaksvarer, hvis navn de deler i kraft af omvendt alsidiggørelse¹⁴¹. Bestemmelsen kunne være af relevans for det indre marked for reklameydelser og -medier i almindelighed, hvis den havde til formål at modvirke uensartede nationale bestemmelser om, hvorvidt reklamer for ikke-tobaksvarer, der deler navn på denne måde, kan tillades, men der er ikke anført et sådant mål hverken af fællesskabslovgiver eller andet åbenbart sted. Bestemmelsen synes ikke at have nogen umiddelbar forbindelse med gennemførelsen af det indre marked for tjenesteydelser og varer, der er forbundet med reklame for og sponsorering til fordel for tobaksvarer, hvilke økonomiske aktiviteter, som det er fremgået, med meget få undtagelser er uafhængige af det navn, de pågældende tobaksvarer bærer. Jeg kan derfor under hensyn til de formål vedrørende det indre marked, som fællesskabslovgiver har påberåbt sig, konkludere, at lovgiver ikke havde kompetence til at vedtage direktivets artikel 3, stk. 3, litra a), med hjemmel i traktatens artikel 57, stk. 2, og artikel 100 A.

141 — Den udgør også en harmoniseret bestemmelse om præsentation af en vare, der kan være relevant for tobaksvarers frie bevægelighed inden for Fællesskabet, men, som det er fremgået, er det ikke et af direktivets formål. Det er på grund af direktivets parallelle formål vedrørende folkesundheden, der navnlig kommer til udtryk i fjerde betragtning, vanskeligt at tro, at den har til formål at lette handelen med tobaksvarer.

Konkurrencefordrejning

117. Jeg vil nu behandle spørgsmålet om, hvorvidt direktivet kan anses for at fjerne den konkurrencefordrejning, der skyldes anvendelsen af uensartede nationale bestemmelser om markedsføring af tobak på anden vis end ved ikke-eksklusive reklamedier. Jeg henviser ikke længere til retstillingen for ikke-eksklusive reklamedier og bærere af sponsorering såsom radioudsendelser, aviser, og »mobile« sports- og kunstbegivenheder og -hold, orkestre osv., idet jeg har konkluderet, at fællesskabslovgiver i henhold til traktatens artikel 57, stk. 2, og artikel 100 A ville have haft kompetence til at forbyde tobaksreklame og sponsorering i sådanne tilfælde på det påberåbte grundlag. Jeg begrænser også mine bemærkninger til virkningen af det hovedforbud mod reklame for og sponsorering til fordel for tobaksvarer, der findes i direktivets artikel 3, stk. 1. Virkningerne af artikel 3, stk. 2 og 3, kan bedømmes ved ekstrapolation fra denne analyse, som jeg allerede har foretaget vedrørende fjernelsen af handelshindringer.

118. Jeg skal atter erindre om mine konklusioner, der fremgår ovenfor, om, at Fællesskabets kompetence i henhold til traktatens artikel 100 A til at harmonisere

nationale bestemmelser med henblik på at sikre en konkurrence, der ikke er fordrejet, er begrænset til foranstaltninger, der på mere end en tilfældig måde vedrører vilkårene i en bestemt sektor¹⁴², og at den økonomiske sektor, som reklamedirektivet omhandler, er reklame for og sponsorering til fordel for tobaksvarer og tilsvarende handel med medieprodukter¹⁴³. Det er i dette tilfælde ikke nødvendigt at analysere, om eller hvordan konkurrencen blev fordrejet i den pågældende sektor, eller om fordrejningerne var mærkbare eller overholdt enhver gældende tærskel. Direktivet kan efter min opfattelse simpelt hen ikke anses for at bidrage til udligningen af konkurrencevilkårene i den pågældende sektor af den simple grund, der allerede er redegjort for ovenfor, at det i meget stort omfang udrydder den pågældende sektor, og for så vidt det ikke gør dette, ikke opnår nogen harmonisering af vilkårene.

119. Jeg skal afvise ethvert forslag om, at selv hvis medlemsstaterne fortsat kunne vedtage afvigende bestemmelser om de former for reklame, der er undtaget fra forbuddet i direktivets artikel 3, stk. 5, er konkurrencen inden for disse områder ikke desto mindre i stort omfang udlignet, idet alle annoncører er udelukket fra det forbudte område. Dette argument medfører potentielle virkninger på konkurrencen for så vidt angår de undtagede former for

142 — Jf. ovenfor i punkt 91 drøftelsen vedrørende titandioxiddommen, der er nævnt ovenfor i fodnote 51, og affaldsdommen I, der er nævnt ovenfor i fodnote 85.

143 — Jf. ovenfor punkt 99 til 102.

reklame — alle markedsdeltagere nægtes stordriftsfordele på grund af udelukkelsen af alle fra en større del af markedet — der i bedste fald er indirekte og fjerne. Det er irrelevant for de faktiske tjenesteydere af reklameplads — fagblade, detailhandlere og tidsskrifter i tredjelande — idet de under alle omstændigheder ikke har de nødvendige forbindelser til det forbudte medie. Hvad angår ydere af generelle reklameydelser til tobaksindustrien, såsom reklamebureauer, giver udligningen af konkurrencevilkårene på de resterende aktivitetsområder ved simpelt hen at forbyde store dele af blot *underordnet* aktivitet meget få konkurrencemæssige fordele. Det kan efter min opfattelse ikke sammenlignes med en harmoniseret regulering (herunder gennem anvendelse af forbud) af ydelse, produktion og eksterne virkninger af en bestemt sektor, der skal drage fordel af ens konkurrencevilkår, som i titandioxiddommen. Jeg anser dette for at være en åbenlys sag for anvendelse af udtalelsen i affaldsdommen I¹⁴⁴, der adskiller den førstnævnte sag på grundlag af, at selv om den pågældende lovgivning havde betydning for det indre markeds funktion, var denne betydning ikke tilstrækkelig til, at traktatens artikel 100 A kan finde anvendelse, når virkningen blot er accessorisk. Jeg har allerede foreslået, at dette var en sag, hvor foranstaltningens virkninger på konkurrencevilkårene i den pågældende sektor var for fjerne til, at den kunne vedtages med hjemmel i artikel 100 A, selv om der ikke fandtes en alternativ retshjemmel. Jeg har samme synspunkt for så vidt angår de foreliggende sager, hvor traktatens artikel 129 naturligvis ikke er et sådant alternativ.

120. Det følger heraf, at fællesskabslovgiver foretog et åbenbart urigtigt skøn, eller åbenbart overskred sine beføjelser, da reklamedirektivet blev vedtaget som en foranstaltning, der skulle sikre, at konkurrencen inden for tobaksreklame og -sponsoreringssektoren, ikke var fordrejet.

Følgerne: ugyldighed og udskillelse

121. Jeg har konkluderet, at fællesskabslovgiver ikke i henhold til nogen af de påberåbte begrundelser — fjernelse af hindringer for handelen med varer og tjenesteydelser eller udligning af konkurrencevilkårene — havde kompetence til at vedtage direktivet, for så vidt det vedrører reklamer i medier, der i alle tilfælde udelukkende indeholder tobaksreklamer. Såfremt Domstolen godtager, at reklamedirektivet ikke var gyldigt vedtaget i henhold til den retshjemmel, der var anført for det, følger det af EF-traktatens artikel 174 (nu artikel 231 EF), at Domstolen »erklærer ... den anfægtede retsakt for ugyldig«.

122. På den ene side ville fællesskabslovgiver efter min opfattelse have haft kompetence til i henhold til den begrundelse vedrørende fri bevægelighed, der findes i direktivet, at forbyde tobaksreklame og sponsorering i medier, der har et andet uafhængigt indhold, og hvori der er et udtalt element af tjenesteydelse eller vare, såsom aviser eller radioudsendelser. Hvad

144 — Præmis 18 og 19, jf. ovenfor fodnote 85.

er følgerne af denne konklusion, hvis den godtages, for Domstolens afgørelse i de foreliggende sager? Domstolen kan uden tvivl — som den ofte gør — annullere bare en del af foranstaltningen. Domstolen har ikke fastsat nogle generelle retningslinjer for spørgsmålet om udskillelse af en retsforanstaltnings gyldige og ugyldige dele. Det synes ikke desto mindre for mig, at Domstolen har valgt den delvise annullation, når to betingelser er opfyldt: For det første når en bestemt bestemmelse er adskilt, således at den kan fjernes, uden at den øvrige tekst ændres, og for det andet når annullationen af denne bestemmelse ikke påvirker hele sammenhængen i den retlige ordning, som den er en del af.

123. Arbejdstidsdommen¹⁴⁵ er et nyttigt eksempel. Domstolen annullerede den anden sætning i artikel 5 i Rådets direktiv 93/104/EF af 23. november 1993 om visse aspekter i forbindelse med tilrettelæggelse af arbejdstiden¹⁴⁶, om valget af søndag som den principielle ugentlige hviledag. Sætningen blev annulleret, netop fordi Rådet ikke havde været i stand til at forklare, hvorfor denne dag snarere end en hvilken som helst anden dag i ugen havde en nærmere tilknytning til arbejdstagernes sundhed og sikkerhed — det anfægtede direktivs formål. Domstolen udtalte udtrykkeligt, at sætningen kunne udskilles, og det var tydeligt, at den ikke mente, at sætningens fjernelse ville forstyrre lovgivningsordningen, idet bestem-

melsen ikke havde sammenhæng med ordningens formål.

124. Domstolen har også henvist til problemstillingen om delvis annullation i sammenhænge, der ikke vedrører lovgivningen. I f.eks. sagen Consten og Grundig mod Kommissionen fandt Domstolen, at Kommissionen under de givne omstændigheder ikke i den anfægtede afgørelse havde givet en retligt fyldestgørende begrundelse for at forbyde en hel aftale mellem virksomheder, idet den var konkurrencebegrænsende, i stedet for alene visse adskillelige dele, men udtalte også, at sådant et forbud kunne ramme »hele aftalen, hvis disse dele synes uadskillelige fra aftalens øvrige bestemmelser«¹⁴⁷. I sagen Transocean Marine Paint mod Kommissionen annullerede Domstolen alene den bestemmelse i en beslutning fra Kommissionen, der var blevet anfægtet af den berørte handelssammenslutning, uanset bestemmelsens væsentlighed, idet den kunne adskilles fra de andre bestemmelser, og idet beslutningen som helhed var til gunst for de pågældende virksomheder¹⁴⁸. Dette viser efter min opfattelse, at Domstolen tog sammenhængen i de overlevende bestemmelser i betragtning ved valget af den kun delvise annullation.

125. Jeg mener også, der kan hentes nyttig vejledning for spørgsmålet om lovgivningens sammenhæng i tilgangsvinklen i de lande, hvor retterne har kompetence til at

145 — Dommens præmis 37, jf. ovenfor fodnote 80.

146 — EFT L 307, s. 18.

147 — Dom af 13.7.1966, forenede sager 56/64 og 58/64, Sml. 1965-1968, s. 245, navnlig s. 256, org. ref.: Rec. s. 429.

148 — Dom af 23.10.1974, sag 17/74, Sml. s. 1063, præmis 21.

erklære love ugyldige i henhold til bestemmelserne i de skrevne forfatninger.

126. Den irske højesteret har udtalt:

»Der er en formodning for, at en lov eller en lovbestemmelse ikke alene er forfatningsmæssig gyldig som en helhed. Denne formodning kan imidlertid afkræftes ... såfremt det resterende er så uløseligt forbundet med den del, der er ugyldig, at den resterende del ikke kan overleve uafhængigt, eller såfremt den resterende del ikke ville give udtryk for det lovgivningsmæssige formål, hvorefter den resterende del ikke vil blive udskilt og tildeles forfatningsmæssig gyldighed. Det er i det væsentlige et spørgsmål om fortolkning af hensigten med lovgivningen i forhold til de relevante forfatningsbestemmelser... Såfremt retten udskiller en del af en lovbestemmelse som forfatningsstridig og forsøger at give den resterende del gyldighed for at fremkalde en virkning, der er i strid med politikken bag lovgivningen, vil retten trænge sig ind på et område, der udelukkende er lovgivningsmagtens, og således overskride rettens kompetence«¹⁴⁹.

Dommer Brandeis, der skrev for USA's højesteret i sagen Lynch mod USA, udtalte:

»Det er korrekt, at en lov, der er delvist ugyldig, ikke nødvendigvis er ugyldig i sin

helhed. En bestemmelse, der er omfattet af lovgivningskompetencen, kan opretholdes, hvis den kan udskilles fra de ugyldige bestemmelser. Ingen bestemmelse kan dog, uanset hvor lidt anstødelig den er i sig selv, stå alene, medmindre det fremgår både, at bestemmelsen i sig kan have retsvirkning, og at lovgiver ønskede, at den bestemmelse, der ikke er anstødelig, skulle opretholdes, såfremt de andre bestemmelser blev anset for ugyldige«¹⁵⁰.

Jeg er fortaler for, at der udtrykkeligt anvendes en tilsvarende tilgangsvinkel i fællesskabsretten.

127. Ingen af ovennævnte betingelser er opfyldt i de foreliggende sager. For det første er et reklameforbuds mulige lovlighed for visse medier ikke sammenfaldende med nogen adskillelig og udskillelig ordlyd af reklamedirektivet. Direktivets artikel 2, stk. 1 og 2, definerer reklame og sponsorering i generelle vendinger, og artikel 3, stk. 1, fastsætter et generelt og omfattende forbud mod enhver form for reklame og sponsorering. Der nævnes ingen andre specifikke reklame- og sponsoreringsmedier end dem, der er omfattet af undtagelsen i artikel 3, stk. 5. Enhver annullation, *pro tanto*, ville medføre, at Domstolen gennem fortolkning på kreativ vis skulle affatte foranstaltningen igen. Der er ingen åbenbart udskillelig bestemmelse,

150 — 292 US 571 (1934). Det fremgår, at retterne i USA ikke overholder den første af de ovennævnte betingelser om, at de kan annullere en generelt gældende lov eller lovbestemmelse for så vidt angår visse anvendelser og ikke andre. Deres forpligtelse til at overholde formålet med lovgivningen gælder så meget desto mere, når en strengere tilgangsvinkel anvendes på lovbestemmelsernes uadskillelighed.

149 — Sagen Maher mod Attorney General, IR 1973, s. 140.

der frembyder et tilstrækkeligt rent snit til en afgørelse om annullation.

128. For det andet vil de bevarede dele kun udgøre en del af genstanden for forbuddet, der tydeligvis af fællesskabslovgiver blev affattet som et samlet forbud. Domstolen ville sætte øksen til træet, men lade nogle af grenene overleve på trods af det forhold, at ottende betragtning til direktivet henviser til den indbyrdes sammenhæng mellem alle former for reklame og risikoen for konkurrencefordrejning. Uanset værdien af en sådan bedømmelse, er det tydeligt både ud fra betragtningen og ud fra artikel 2, stk. 2, og artikel 3, stk. 1, at fællesskabslovgiver ønskede (med forbehold for visse specifikke undtagelser i artikel 3, stk. 2 og 5) en foranstaltning, der finder generel og ensartet anvendelse, snarere end en foranstaltning, der er skræddersyet til særegenhederne ved bestemte reklamemedier eller sponsoreringsydelser. Ethvert forsøg på retligt at omskrive direktivet ville også være i strid med retssikkerhedsprincippet: Det ville være yderst vanskeligt at udtænke en passende beskrivelse — idet der ikke er nogen i direktivet — af de dele af reklameforbuddet, der skulle overleve (forudsat at de ikke erklæres ugyldige i henhold til et af de andre anbringender, der er gjort gældende i disse sager).

129. Jeg anbefaler derfor Domstolen at annullere reklamedirektivet i sin helhed.

130. Min behandling af de resterende anbringender, som sagsøgerne har gjort gældende til støtte for annullation, er nødvendigvis mindre omfattende end af hovedanbringendet. Jeg kan ikke gisne om den tilgangsvinkel, Domstolen vil anvende, såfremt den afviser min hovedkonklusion. Dette gælder navnlig for spørgsmålet om proportionalitet, hvor mange forskellige alternative hypoteser kunne have været overvejet.

ii) Subsidiaritetsprincippet

131. Selv om der er en forbindelse mellem retshjemmelen og subsidiaritetsprincippet, er det stillede spørgsmål anderledes. Det er ikke, hvorvidt Fællesskabet havde kompetence til at vedtage den anfægtede foranstaltning, men snarere om det skulle have udøvet denne kompetence¹⁵¹.

132. Subsidiaritetsprincippet forekom første gang i traktaten på det begrænsede område for Fællesskabets nye kompetence inden for miljø, der blev indsat ved den europæiske fælles akt¹⁵². Det blev mere

151 — For en tilsvarende, men dog ikke identisk, gennemgang, jf. generaladvokat Léger's forslag til afgørelse i arbejdstidssagen, punkt 126 og 127, fodnote 80.

152 — EØF-traktatens artikel 130 R, stk. 4, bestemte, at »Fællesskabet handler... i det omfang, de... mål kan gennemføres bedre på fællesskabsplan end på rent nationalt plan«. Denne bestemmelse blev ophævet ved traktaten om Den Europæiske Union, der trådte i kraft den 1.11.1993.

generelt indført i EF-traktatens artikel 3 B ved traktaten om Den Europæiske Union. Artikel 3 B, stk. 2, har følgende ordlyd:

»På de områder, som ikke hører ind under dets enekompetence, handler Fællesskabet, i overensstemmelse med subsidiaritetsprincippet, kun hvis og i det omfang målene for den påtænkte handling ikke i tilstrækkelig grad kan opfyldes af medlemsstaterne og derfor, på grund af den påtænkte handling omfang eller virkninger, bedre kan gennemføres på fællesskabsplan.«

133. Princippet vedrører alene valget mellem, om Fællesskabet eller medlemsstaterne handler. Det er af denne grund, såfremt der ikke findes andre grunde¹⁵³, højst en delvis afspejling af, at »beslutningerne træffes ... så tæt på borgerne som muligt«, som det erklæres i betragtningerne til og artikel A i traktaten om Den Europæiske Union (efter ændring nu artikel 1 EU). For så vidt angår medlemsstaternes handlinger, afhænger nærheden til borgerne af den pågældende medlemsstats forfatning og dens interne virkemåde. Der synes af samme årsag ikke at være grund til at drøfte indholdet eller

153 — Artikel L i traktaten om Den Europæiske Union (efter ændring nu artikel 46 EU) omfatter ikke artikel A eller B i traktaten om Den Europæiske Union (efter ændring nu artikel 2 EU), der også pålægger Unionen at overholde subsidiaritetsprincippet, der er en af de bestemmelser, som Domstolen skal overholde ved udøvelsen af sin kompetence.

anvendelsen af den bredere konklusion, at det er forkert »at pålægge en større og overordnet sammenslutning at gøre det, som mindre og underordnede organisationer kan gøre«¹⁵⁴. Af denne grund alene er min drøftelse af subsidiaritetsprincippet ganske kortfattet.

134. De foreliggende sager vedrører det retlige omfang og anvendelsen af princippet, som det kommer til udtryk i EF-traktaten. Det er defineret i og begrænset i indledningen af artikel 3 B, stk. 2:

»På de områder, som ikke hører ind under dets enekompetence ...«

135. Princippets anvendelse i de foreliggende sager afhænger af spørgsmålet om, hvorvidt en harmoniserende handling i henhold til traktatens artikel 57, stk. 2, og artikel 100 A er omfattet af Fællesskabets enekompetence. Såfremt dette er tilfældet, finder princippet ikke anvendelse. På den anden side synes sagsøgerne i begge sager at gå ud fra, at den retshjemmel, som direktivet er vedtaget på grundlag af, ikke var omfattet af Fællesskabets enekompetence. Er denne antagelse ukorrekt, hvilket jeg mener er tilfældet, er det unødvendigt at overveje, om princippet faktisk blev overholdt.

154 — Papal Encyclical Letter, Quadragesimo Anno (1931), punkt 79.

136. Jeg skal først komme med bemærkninger til karakteren af harmoniseringen af nationale bestemmelser. Jeg er enig i det argument, der med nogen vægt er fremsat af Parlamentet under retsmødet, at medlemsstaterne simpelt hen ikke kan harmonisere hinandens love, forordninger eller administrative handlinger på områder, der er omfattet af traktatens anvendelsesområde. Individuelle handlinger er rent logisk udelukket, og fælles handlinger fra femten medlemsstater (f.eks. gennem en traktat, der indgås i henhold til offentlig international ret) er efter min opfattelse retligt udelukket under hensyn til navnlig EF-traktatens artikel 5 (nu artikel 10 EF)¹⁵⁵. Domstolen udtalte således i arbejdstidsdommen, hvilket jeg vil drøfte yderligere nedenfor, at når harmonisering af vilkår er nødvendig i henhold til EF-traktatens artikel 118 A (EF-traktatens artikel 117 til 120 er blevet erstattet af artikel 136 EF til 143 EF), forudsætter det »nødvendigt en fællesskabsforanstaltning«¹⁵⁶.

kompetence til at harmonisere, hvilken er tildelt *ratione materiae*, og hvis formål er at opnå visse resultater inden for det pågældende område, såsom at bevare, beskytte og forbedre kvaliteten af miljøet¹⁵⁷. Selv om Fællesskabet på disse områder har enekompetence til at træffe harmoniseringsforanstaltninger, er denne kompetence ikke tildelt med det særskilte formål at opnå ensartethed¹⁵⁸. Gennemførelsen af ensartede fællesskabsregler er snarere fastsat for at opfylde visse væsentlige formål, der også forfølges af medlemsstaterne ved udøvelsen af deres egne kompetencer. Fællesskabets og medlemsstaternes *væsentlige* kompetence er i denne forstand sammenfaldende. Der er et valg mellem Fællesskabets og medlemsstaternes handlinger, der forfølger samme resultat. Subsidiaritetsprincippet finder anvendelse, men det vil være opfyldt, synes det, når det er fastslået, at der er behov for fælles harmoniserede foranstaltninger, hvilket er et instrument, der alene kan anvendes på fællesskabsniveau.

137. Dette betyder ikke, at subsidiaritetsprincippet ikke finder anvendelse i det tilfælde, hvor Fællesskabet udøver sin

138. Domstolen fandt således i arbejdstidsdommen, at det andet element i efterprøvelsen af overholdelsen af subsidiaritetsprincippet i traktatens artikel 3 B, nemlig at det pågældende formål kan forfølges

155 — Jeg vil ikke her behandle retmæssigheden af nogle få medlemsstaters koordination inden for sådanne områder, da det ikke er et alternativ til harmonisering på fællesskabsniveau for hele Fællesskabet; for et særligt tilfælde, jf. EF-traktatens artikel 233 (nu artikel 306 EF). Jeg vil af samme årsag ikke behandle spørgsmålet om medlemsstaternes eksterne aftaler med tredjelande, der i tilfælde, hvor Fællesskabet endnu ikke har handlet internt, muligvis skal bedømmes i forhold til Fællesskabets mere begrænsede eksterne kompetence.

156 — Præmis 47, jf. ovenfor fodnote 80. Jf. også generaladvokat Léger's udtalelse i punkt 129 i hans forslag til afgørelse i samme sag om, at harmonisering »nødvendigt forudsætter handling på overnationalt plan«.

157 — EF-traktatens artikel 130 R, stk. 1, første led.

158 — Jeg fremkommer ikke her med bemærkninger om den væsentlige kompetence, der omfatter vedtagelsen af en fælles politik. Nedenstående gennemgang af den eksklusive karakter, som Fællesskabets kompetencer vedrørende det indre marked, har, er måske af større relevans for dem.

bedre på fællesskabsniveau end på nationalt niveau, var opfyldt gennem behovet for handling fra Fællesskabets side¹⁵⁹. Domstolen udtalte:

»Det bemærkes hertil, at artikel 118 A pålægger Rådet at vedtage minimumsfor skrifter med henblik på gennem harmonisering at bidrage til at virkeliggøre det mål, der består i at hæve niveauet for beskyttelse af arbejdstagernes sikkerhed og sundhed, hvilket i medfør af bestemmelsens stk. 1 i første række påhviler medlemsstaterne. Eftersom Rådet har konstateret, at det er nødvendigt at forbedre det eksisterende niveau for beskyttelse af arbejdstagernes sikkerhed og sundhed og at harmonisere vilkårene på dette område på et stadigt stigende niveau, forudsætter virkeliggørelsen af et sådant mål ved hjælp af minimumsfor skrifter nødvendigvis en fællesskabsforanstaltning, der i øvrigt — som i det foreliggende tilfælde — i vidt omfang overlader det til medlemsstaterne at træffe de nødvendige gennemførelsesbestemmelser. Argumentet om, at Rådet ikke gyldigt kunne vedtage så generelle og bindende foranstaltninger som de i direktivet indeholdte, vil blive undersøgt nedenfor i forbindelse med anbringendet om tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet«¹⁶⁰.

139. Domstolen behandlede i arbejdstidsdommen et område med delt kompetence,

og den skulle derfor ikke fortolke begrebet »enekompetence«. Problemstillingen er anderledes og efter min opfattelse tydeligere i tilfælde af, at Fællesskabet udøver sin kompetence til at træffe harmoniseringsforanstaltninger, der forfølger formål vedrørende det indre marked. Jeg har allerede forklaret, at traktatens artikel 57, stk. 2, og artikel 100 A skaber en generel kompetence for Fællesskabet af horisontal, funktionel karakter¹⁶¹. Såfremt uensartede nationale bestemmelser forårsager enten hindringer for handelen med varer eller levering af tjenesteydelser eller konkurrencefordrejninger, har Fællesskabet en interesse i at opnå ensartede handelsbetingelser, hvilket er ganske adskilt fra dets interesse i det selvstændige indhold af de vedtagne ensartede bestemmelser. Koordineringen eller tilnærmelsen af nationale bestemmelser, der påvirker økonomisk aktivitet, er netop hovedindholdet af disse kompetencer *under forudsætning af*, at den tjener formål vedrørende det indre marked og ikke blot er et instrument til opnåelse af nogle særskilte materielt definerede formål. Det er åbenbart, at alene Fællesskabet kan træffe foranstaltninger, der opfylder disse krav. Medlemsstaterne kan forsøge at afbøde nogle af virkningerne af de uensartede love ved for eksempel at gennemføre bestemmelser om gensidig anerkendelse, men de kan ikke selv opnå ensartethed som sådan på det pågældende område. Det forhold, at medlemsstaterne har kompetence på et væsentligt område, der kan påvirkes af foranstaltninger, der vedrører det indre marked, såsom sundhedsbeskyttelse, indebærer ikke, at Fællesskabets kompetencer vedrørende det indre marked er i konkurrence hermed. Det forfulgte

159 — Præmis 55, jf. ovenfor fodnote 80. Jf. også generaladvokat Léger's forslag til afgørelse i samme sag, punkt 131. Sagsøgeren i den sag skabte en vis forvirring ved ikke at påberåbe sig subsidiaritetsprincippet som et anbringende til støtte for annullation, selv om det blev påberåbt i sagsøgerens argumentation (jf. generaladvokat Léger's forslag til afgørelse, punkt 124, og dommens præmis 46), men Domstolen synes at have behandlet problemstillingen, som den blev rejst.

160 — Dommens præmis 47.

161 — Jf. ovenfor punkt 62 til 66.

formål er af forskellig art¹⁶², hvilket også gælder for de underliggende kompetencer¹⁶³.

140. Generaladvokat Léger havde en tilsvarende tilgangsvinkel i indskudsgarantisagen. Han bemærkede, at traktatens artikel 57 — der var hjemmel for det i den sag anfægtede direktiv — på intet tidspunkt taler om medlemsstaternes kompetence, og ifølge bestemmelsen »er det alene Fællesskabet, der tillægges opgaven at samordne de nationale regler på dette område. Dette viser, at traktatens fædre *allerede fra begyndelsen* har fundet, at samordningen af adgangen til at optage og udøve selvstændig erhvervsvirksomhed bedre kan opnås ved en fællesskabsaktion end ved en aktion på nationalt plan«¹⁶⁴. Indskuds-garantidommen kan derfor være af større relevans for de foreliggende sager end arbejdstidsdommen, der omhandlede delt materiel kompetence.

141. Forbundsrepublikken Tyskland har gjort gældende, at Domstolen, for så vidt

162 — Jf. ovenfor punkt 69.

163 — Medlemsstaternes særskilte kompetence i sundhedsanliggender er således ikke begrænset af den eksklusive karakter, som Fællesskabets kompetence til at træffe harmoniseringsforanstaltninger har med henblik på at forfølge formål vedrørende det indre marked. Hvis der bortses fra spørgsmålet om overensstemmelsen med traktatens bestemmelser, såsom artikel 30 og 59, er udøvelsen af den nationale kompetence inden for et område som sundhedsbeskyttelse alene udelukket i det omfang, at den kan påvirke de foranstaltninger, der faktisk træffes vedrørende det indre marked. Jf. generaladvokat Léger's forslag til afgørelse i indskuds-garantisagen, punkt 85, fodnote 52, og den omfattende retspraksis om fortrinsret.

164 — Punkt 82, jf. ovenfor fodnote 52. Generaladvokaten sagde i punkt 86, at Fællesskabet »ikke blot har en subsidær kompetence, men har enebeføjelser...«.

som den ikke gav udtryk for sit syn på problemstillingen vedrørende enekompetence, ikke fulgte generaladvokatens forslag herom. Dette synspunkt bygger dog på en forkert læsning af dommen. Domstolen var varsom med at fastslå, at Forbundsrepublikken Tysklands anbringende i den sag ikke var, at det anfægtede direktiv tilsidesatte subsidiaritetsprincippet, men Forbundsrepublikken Tyskland gjorde »alene... indsigelse mod, at fællesskabslovgiver ikke har anført grundene til, at lovgivers handling er i overensstemmelse med dette princip«¹⁶⁵. Argumentet angik med andre ord ikke selve overholdelsen af princippet, men pligten til at fremkomme med en begrundelse. Det er i denne sammenhæng, at dommen skal fortolkes. Domstolen indledte endvidere sin konklusion med, at begrundelsespligten var overholdt med ordene »i hvert fald«¹⁶⁶. Domstolen udtalte således blot, at den givne begrundelse var tilstrækkelig, *uanset* om subsidiaritetsprincippet fandt anvendelse, og ikke, som det er hævdet, at princippet faktisk *fandt* anvendelse. Det var helt hensigtsmæssigt, at Domstolen undlod at træffe afgørelse om et spørgsmål af betydelig forfatningsmæssig betydning, der højst blev rejst flygtigt under sagen. Domstolens dom kan derfor ikke anses for på forhånd at have afgjort spørgsmålet.

142. Jeg skal derfor konkludere, at udøvelsen af Fællesskabets kompetence i henhold til traktatens artikel 57, stk. 2, og artikel 100 A er en enekompetence, og at subsidiaritetsprincippet ikke finder anvendelse. Der er ikke nogen efterprøvelse af »sammenlignelig effektivitet« mellem de

165 — Dommens præmis 24.

166 — Dommens præmis 28.

mulige medlemsstaters og Fællesskabets handlinger. Såfremt der var, ville det rejse endnu vanskeligere principspørgsmål. Hvordan afvejer man de sammenlignelige fordele ved Fællesskabets harmoniserende handlinger med henblik på at fremme det indre marked over for individuelle medlemsstaters bestemmelser om helt andre nationale emner af væsentlig karakter?

143. Der er intet i protokollen om anvendelse af nærhedsprincippet og proportionalitetsprincippet, der, hvis protokollen havde været i kraft på tidspunktet for vedtagelse af reklamedirektivet, har ændret min konklusion. Det fremgår navnlig, at »[n]ærhedsprincippet ikke anfægter de beføjelser, der er tillagt Det Europæiske Fællesskab i traktaten, som fortolket af Domstolen«¹⁶⁷. Protokollen gentager, at den »anvendes på områder, hvor Fællesskabet ikke har enekompetence«.

144. Det kan, som sagsøgernes advokat har gjort gældende, synes overraskende, at subsidiaritetsprincippet ikke finder anvendelse inden for et område, der i sit inderste væsen medfører, at Fællesskabet handler på områder, der i øvrigt falder inden for medlemsstaternes kompetence. Forbundsrepublikken Tyskland argumenterede i indskudsgarantisagen for, at en anerkendelse af, at Fællesskabet har »enekompetence for så vidt angår det indre marked, er ensbetydende med, at Fællesskabet tillægges enekompetence på næsten alle sine virksomhedsområder, når blot den foranstaltning, der er tale om, fjerner hindringer for det

indre marked«¹⁶⁸. Generaladvokat Léger afviste argumentet og analyserede forholdsvis detaljeret de områder, hvorpå medlemsstaternes handlinger fortsat var mulige. Jeg skal konkludere, idet der ikke er stillet spørgsmålstegn ved nødvendigheden af at sikre det indre markeds oprettelse og funktion, at den retlige efterprøvelse af opfyldelsen af det objektive kriterium for vedtagelse af foranstaltninger, der anvender disse retshjemmel, i et vist omfang vil angå bekymringerne vedrørende unødvendig handlen fra Fællesskabets side på områder, hvor medlemsstaterne også har kompetence, hvilket førte til indførelsen af subsidiaritetsprincippet i traktaten.

145. Da jeg har konkluderet, at subsidiaritetsprincippet ikke finder anvendelse, mener jeg ikke, at det er nødvendigt at gennemgå, om det blev overholdt i dette tilfælde. Jeg skal derfor afvise dette anbringende til støtte for ugyldighed.

iii) *Proportionalitetsprincippet*

iv) *Tilsidesættelse af traktatens artikel 30*

v) *Krænkelse af økonomiske rettigheder*

146. Jeg skal behandle disse tre anbringender samtidigt, idet min tilgangsvinkel til

167 — Protokollens artikel 3.

168 — Jf. punkt 79 i generaladvokat Léger's forslag til afgørelse, fodnote 52.

alle tre i det væsentlige vedrører effektiviteten af Fællesskabets forfølgelse af formål vedrørende det indre marked.

sigt begrænser udøvelsen af grundlæggende rettigheder såsom ytringsfriheden¹⁷⁰. Denne efterprøvelse ville imidlertid ikke nødvendigvis føre til identiske resultater i de to sammenhænge, idet der er forskellige faktorer i afvejningen.

147. Traktatens artikel 3 B bestemmer, at »Fællesskabet handler inden for rammerne af de beføjelser og mål, der er tillagt det ved denne traktat«. Domstolen fastlagde følgende efterprøvelse i tre dele i BSE-dommen:

»Proportionalitetsprincippet, der hører til fællesskabsrettens almindelige grundsætninger, indebærer, at fællesskabsinstitutionernes retsakter ikke må gå videre end nødvendigt og passende for gennemførelsen af det lovligt tilsigtede formål med de pågældende bestemmelser, hvorved det forudsættes, at såfremt det er muligt at vælge mellem flere egnede foranstaltninger, skal den mindst bebyrdende foranstaltning vælges, og byrderne må herved ikke være uforholdsmæssige i forhold til de tilsigtede mål«¹⁶⁹.

148. Denne efterprøvelse kan anvendes både til at fastslå, om reklamedirektivet overholder det generelle fællesskabsretlige princip om proportionalitet, som jeg vil behandle i dette afsnit, og om det retmæs-

149. Det følger af min gennemgang ovenfor, at det er fuldstændigt lovligt for fællesskabslovgiver samtidig at forfølge formål vedrørende det indre marked og folkesundheden. Der er således ikke rejst tvivl om reklamedirektivets hjemmel, såfremt sundhedsbeskyttelse spiller en rolle i undersøgelsen af denne foranstaltnings proportionalitet¹⁷¹. Den teoretiske mulighed for at træffe mindre begrænsende foranstaltninger vedrørende det indre marked, f.eks. den obligatoriske ophævelse af nationale begrænsninger for tobaksreklame, kan derfor ikke anvendes til at vise, at direktivet ikke er den mindst begrænsende måde at opfylde lovgivers formål, da dette ville se bort fra dets samtidige mål vedrørende sundhedsbeskyttelse. På den anden side er det også åbenbart, at sundhedsbeskyttelse ikke kan være et uafhængigt formål. Uanset hvor store sundhedsfordelene vil være ved at begrænse de fleste former for reklame, selv i rent nationale sammenhænge, vil dette dog kun opfylde den første betingelse for proportionalitet, hvis direktivet bidrager til at opnå formål vedrørende det indre marked; ellers skal det annulleres for ikke at opfylde et væsentligt formål, der også i det hele taget er en betingelse for udøvelse af kompetence. Min drøftelse ovenfor af

169 — Dommens præmis 96, fodnote 119; jf. også dom af 13.11.1990, sag C-331/88, Fedesa m.fl., Sml. I, s. 4023, præmis 13.

170 — Jf. f.eks. generaladvokat van Gerven's gennemgang i sag C-159/90, Society for the Protection of Unborn Children Ireland (dom af 4.10.1991, Sml. I, s. 4685), punkt 35 (herefter »Grogan-dommen«).

171 — Jf. ovenfor punkt 97.

direktivets retshjemmel angår, hvad jeg anser for at være fællesskabslovgivers åbenbare fejl vedrørende opnåelsen enten af varenes eller tjenesteydelseernes frie bevægelighed eller konkurrencevilkår, der ikke er fordrejede, inden for tobaksreklame og -sponsoreringssektoren. Jeg vil af samme årsag anse direktivet for et middel, der ikke er virksomt, til at opnå de forfulgte formål, hvorfor det ikke opfylder det første element i efterprøvelsen af proportionaliteten¹⁷². Selv om Domstolen beslutter ikke at følge min anbefaling vedrørende kompetencen, uanset om det skyldes en anderledes bedømmelse af de generelle bestemmelser, der regulerer kompetencen og dens anvendelse, vil jeg ikke desto mindre henholde mig til drøftelsen herom for — alternativt — at godtgøre, at direktivet ikke er proportionalt i vid forstand, idet det ikke opfylder det første af tre krav vedrørende proportionaliteten¹⁷³. Det er ikke hensigtsmæssigt yderligere at overveje de forskellige tilgangsvinkler, Domstolen har til det komplekse spørgsmål om kompetence og deres betydning for spørgsmålet om proportionalitet, da dette blot bevirker, at jeg arbejder på grundlag af hypotetiske retsstillinger, der i sidste ende hverken er udtryk for min egen stillingtagen til spørgsmålet om kompetence eller Domstolens.

150. Forbundsrepublikken Tysklands argument vedrørende traktatens artikel 30 tilføjer efter min opfattelse intet til det, der allerede er drøftet. Jeg er ikke fuldt ud

172 — Behandlingen af kompetencen og proportionaliteten er i dette omfang overlappende, jf. ovenfor punkt 97.

173 — Der er således ikke grund til at behandle proportionaliteten i snæver forstand ved en interesseafvejning, som det kræves i det tredje stadie af undersøgelsen om proportionalitet, der er redegjort for ovenfor.

overbevist om hensigtsmæssigheden i, at Domstolen afgør overensstemmelsen mellem individuelle bestemmelser i Fællesskabets foranstaltninger vedrørende det indre marked med artikel 30¹⁷⁴, når — som vi har set¹⁷⁵ — de begrænsninger, som sådanne foranstaltninger medfører, kan være en nødvendig del af en ordning, der skal fremme handelen, og som samtidig skal overholde visse generelle hensyn¹⁷⁶. Domstolens dom i sagen Kieffer og Thill¹⁷⁷ antyder ikke desto mindre, hvis den skal gøre således, at gennemgangen af proportionaliteten af en åbenbar restriktion for handelen med varer sammenholdt med det indre marked eller andre formål med denne foranstaltning er identisk med den gennemgang, der er foretaget ovenfor, hvoraf følger, at direktivet også skal annulleres af denne grund.

151. Jeg vil af samme årsag anbefale Domstolen, at den annullerer direktivet, idet det krænker ejendomsrettigheder og retten til fri erhvervsudøvelse. Disse rettigheder er imidlertid — som alle de generelle fællesskabsretlige principper — »ikke absolutte

174 — Jf. f.eks. dom af 9.8.1994, sag C-51/93, Meyhui, Sml. I, s. 3879, præmis 13 og 14.

175 — Jf. ovenfor punkt 86 og 87.

176 — En henvisning til artikel 30 kan være nyttig, hvis den økonomiske aktivitet, der angiveligt påvirkes af en foranstaltning vedrørende det indre marked, er en anden end den, der skulle drage fordel af foranstaltningen. Det er dog henset til min konklusion i både afsnit V, punkt i), og i dette afsnit og under hensyn til den stadig livlige debat om virkningen af meget begrænsende nationale bestemmelser, der regulerer salgsaftaler om adgang til markedet, hverken nødvendigt eller nyttigt her at undersøge direktivets virkning på handelen med tobaksvarer. Jf. De Agostini-dommen, præmis 42, der er omtalt ovenfor i fodnote 99; dom af 9.2.1995, sag C-412/93, Leclerc-Siplec, Sml. I, s. 179, generaladvokat Jacobs' forslag til afgørelse, punkt 37 til 49; og dom af 27.1.2000, sag C-190/98, Graf, Sml. I, s. 493, præmis 23, samt mit forslag til afgørelse i sagen, punkt 18 til 20.

177 — Dom af 25.6.1997, sag C-114/96, Sml. I, s. 3629, præmis 29 til 37.

rettigheder, men skal ses i sammenhæng med deres funktion i samfundet«¹⁷⁸. Dette tillader, at der pålægges begrænsninger, forudsat at sådanne begrænsninger tilgodeser almene hensyn, som Fællesskabet følger, og forudsat at begrænsningerne ikke, når henses til deres formål, indebærer et uforholdsmæssigt og uantageligt indgreb over for det centrale indhold af den beskyttede rettighed¹⁷⁹. Direktivet pålægger efter min opfattelse ikke begrænsninger, der tilgodeser formål vedrørende det indre marked, der er nødvendige for dets retmæssige gennemførelse.

vi) Ytringsfriheden

152. Det er af to sammenhængende årsager mere hensigtsmæssigt at undersøge reklamedirektivets overensstemmelse med princippet om ytringsfrihed ud fra den hypotese, at direktivet i andre henseender [og modsat min konklusion ovenfor i afsnit V, punkt i) og iii)-v)] er et lovligt og proportionalt middel til at forfølge formål vedrørende det indre marked, idet der tages hensyn til de individuelle økonomiske rettigheder og interesser, det påvirker. Forsvaret for direktivets indgreb i ytringsfriheden har faktisk næsten kun været støttet på dets forfølgelse af formålet vedrørende beskyttelse af folkesundheden, hvilket jeg endnu ikke har fremsat væsentlige bemærkninger om. Jeg er også bevidst om den mulige betydning, som *nationale* regler, der regulerer tobaksreklame, kan have for denne problemstilling, for så vidt angår beretti-

gelsen af de begrænsende virkninger på udveksling af varer og tjenesteydelser.

153. De grundlæggende rettigheder, der er beskyttet som generelle fællesskabsretlige principper, omfatter ytringsfrihed¹⁸⁰. Ved afgørelsen af omfanget af de rettigheder, der beskyttes i fællesskabsretten, og omfanget af den beskyttelse de gives, er den europæiske menneskerettighedskonvention af »særlig betydning«¹⁸¹ som inspirationskilde. Konventionens artikel 10, stk. 1, lyder:

»Enhver har ret til ytringsfrihed. Denne ret omfatter meningsfrihed og frihed til at modtage eller meddele oplysninger eller tanker, uden indblanding fra offentlig myndighed og uden hensyn til landegrænser...«

Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols praksis viser, at alle former for ytringer fortjener beskyttelse i henhold til konventionens artikel 10, stk. 1. Dette omfatter, hvad der sædvanligvis kaldes kommercielle ytringer¹⁸², dvs. udlevering af oplysninger, udtrykkelser af idéer eller med-

178 — Dom af 28.4.1998, sag C-200/96, *Metronome Music*, Sml. I, s. 1953, præmis 21.

179 — Samme dom.

180 — Dom af 18.6.1991, sag C-260/89, *ERT*, Sml. I, s. 2925, præmis 44, og af 26.6.1997, sag C-368/95, *Familiapress*, Sml. I, s. 3689, præmis 25.

181 — *ERT*-dommen, præmis 41, og dom af 15.5.1986, sag 222/84, *Johnston*, Sml. s. 1651, præmis 18.

182 — Jf. f.eks. *Markt Intern mod Tyskland*, dom af 20.11.1989, serie A, nr. 165, præmis 25 og 26, *Groppera mod Schweiz*, dom af 28.3.1990, serie A, nr. 173, præmis 55, og *Casado Coca mod Spanien*, dom af 24.2.1994, serie A, nr. 285, præmis 35 og 36.

delelse af image som en del af markedsføringen af en kommerciel virksomhed og den medfølgende ret til at modtage sådanne meddelelser.

154. Kommercielle ytringer skulle også være beskyttet i fællesskabsretten. Kommercielle ytringer bidrager ikke på samme måde som politiske, journalistiske, litterære eller kunstneriske ytringer i et liberalt demokratisk samfund til opnåelsen af sociale goder, såsom f.eks. fremme af demokratisk debat og ansvarlighed eller det at sætte gældende rettroenhed til debat med henblik på at fremme tolerance eller forandring. Personlige rettigheder anerkendes efter min opfattelse dog som grundlæggende, ikke blot på grund af deres sociale funktioner som hjælpemiddel, men også fordi de er nødvendige for individers autonomi, værdighed og personlige udvikling¹⁸³. Individers ret til at markedsføre kommercielle aktiviteter stammer således ikke fra deres ret til at drive økonomisk virksomhed og det generelle engagement i fællesskabssammenhæng i en markedsøkonomi, der bygger på fri konkurrence, men også fra deres iboende ret som mennesker til frit at udtrykke og modtage synspunkter om alle emner, herunder beskaffenheden af de varer og tjenesteydelser, de sælger eller køber.

155. På den anden side er det klart, at udøvelsen af ytringsfriheden, som andre rettigheder og friheder, kan underlægges proportionale begrænsninger med henblik på at sikre andres rettigheder eller opnåelsen af visse formål af almen interesse. Sundhedsbeskyttelse er et af de hensyn, som i henhold til artikel 10, stk. 2, i den europæiske menneskerettighedskonvention kan medføre begrænsninger i ytringsfriheden. Dette eksempel bør følges i Fællesskabets retsorden. Domstolen har faktisk tildelt beskyttelsen af menneskers sundhed forrang blandt de almene hensyn, der er opregnet i traktatens artikel 36¹⁸⁴, og det findes naturligvis også på en fremtrædende plads blandt Fællesskabets egne politikker i kraft af traktatens artikel 3, litra o), artikel 100 A, stk. 3, og artikel 129, stk. 1.

156. Den offentlige interesse i at begrænse ytringsfriheden under særlige omstændigheder eller med særlige formål skal ikke desto mindre på grund af ytringsfrihedens grundlæggende karakter godtgøres af den offentlige myndighed, der foreslår eller gennemfører en sådan begrænsning. Den skal navnlig vise, at det er i overensstemmelse med den efterprøvelse i tre dele, der er redegjort for ovenfor i punkt 147 og 148. Forsvaret for reklamedirektivet er, at forbrug af tobak er skadeligt for rygernes helbred, at reklame og sponsorering fremmer et sådant forbrug, og at det omfattende forbud mod disse former for ytringer vil

183 — En henvisning til både ytringsfrihedens sociale og personlige funktioner, jf. Handyside mod Det Forenede Kongerige, dom af 7.12.1976, serie A, nr. 24, præmis 49 (herefter »Handyside-dommen«).

184 — Dom af 10.11.1994, sag C-320/93, Ortscheit, Sml. I, s. 5243, præmis 16.

medføre et fald i tobaksforbruget og således en forbedret folkesundhed. At rygning er sundhedsskadeligt er ikke bestridt i de foreliggende sager, og Forbundsrepublikken Tyskland har understreget, at det selv ønsker at nedbringe forbruget. Der har imidlertid været betydelig debat om, hvorvidt forbuddet mod de fleste former for tobaksreklame vil nå sit mål om at nedbringe tobaksforbruget snarere end blot at påvirke konkurrencen mellem tobaksmærker.

157. Som det allerede er fremgået, er Domstolens rolle, når den bedømmer proportionaliteten af de retlige valg, der er foretaget på komplekse områder, sædvanligvis at undersøge, »om afgørelsen er åbenbart urigtig eller behæftet med magtfordrejning, eller om [institutionerne] åbenbart har overskredet grænserne for [deres] skøn«¹⁸⁵. Der er ingen tvivl om, at bedømmelsen af de virkninger, som reklame har på forbruget af en vare, og af de sandsynlige virkninger, som det omfattende forbud mod reklame har herpå, er kompleks. Dette er imidlertid efter min opfattelse ikke den hensigtsmæssige standard for retlig efterprøvelse, når der behandles begrænsninger for udøvelsen af en grundlæggende personlig rettighed såsom ytringsfriheden¹⁸⁶.

158. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol kræver sædvanligvis, at de kontraherende parter skal fremlægge *overbevisende bevis for et presserende socialt behov* for en begrænsning af ytringsfriheden¹⁸⁷. Menneskerettighedsdomstolen har tilsyneladende anvendt en anden tilgangsvinkel i sager om kommercielle ytringer: Begrænsninger heri kan godtages, når de kompetente myndigheder »af rimelige årsager anså begrænsningerne for nødvendige«¹⁸⁸. Sådan en forskellig behandling er efter min opfattelse berettiget på grund af den forskellige måde, hvorpå kommercielle ytringer og f.eks. politiske ytringer indvirker på mere generelle offentlige interesser. Som jeg allerede har bemærket, tjener de politiske ytringer i sig selv visse yderst vigtige sociale interesser¹⁸⁹; ud over sin rolle ved fremme af økonomisk aktivitet, med henblik på hvilken lovgiver har et betydeligt skøn til at pålægge begrænsninger af offentlig interesse, har kommercielle ytringer ikke sædvanligvis en bredere social funktion af samme betydning.

159. Jeg er derfor fortaler for, at der anvendes en tilsvarende tilgangsvinkel i Fællesskabets retsorden. Når det er fastslået, at en fællesskabsforanstaltning begrænser retten til kommercielle ytringer, som reklamedirektivet tydeligvis gør, skal fællesskabslovgiver også være forpligtet til for Domstolen at godtgøre, at lovgiver

185 — Jf. BSE-dommen, præmis 60, der allerede er nævnt ovenfor i punkt 98. Dommen er tidligere omtalt ovenfor i fodnote 119.

186 — Synspunktet er anderledes for økonomiske rettigheder såsom ejendomsret eller retten til at udøve et erhverv eller drive virksomhed, ikke mindst på grund af de uundgåelige virkninger, som den generelle økonomiske politik har på udøvelsen af sådanne rettigheder, når lovgiver (eller dem, som den lovgivende magt er delegeret til) bør have et betydeligt skøn. Jf. dom af 17.10.1995, sag C-44/94, Fishermen's Organisations m.fl., Sml. I, s. 3115, præmis 57 til 61.

187 — Jf. Sunday Times mod Det Forenede Kongerige, dom af 26.4.1979, serie A, nr. 30, og Observer og Guardian mod Det Forenede Kongerige, dom af 26.11.1991, serie A, nr. 216, præmis 59.

188 — Markt Intern mod Tyskland, præmis 37, jf. ovenfor fodnote 182, og Groppera mod Schweiz, præmis 73, jf. ovenfor fodnote 182.

189 — Jf. f.eks. Lingens mod Østrig, dom af 8.7.1986, serie A, nr. 103, præmis 41, om den frie presses betydning.

havde rimelige grunde til at træffe den pågældende foranstaltning ud fra almene hensyn. Lovgiver skal således konkret fremlægge sammenhængende bevis for, at foranstaltningen vil kunne opfylde det påberåbte formål af offentlig interesse — i de foreliggende sager en nedbringelse af tobaksforbruget i forhold til det omfang, det ellers ville have nået — og at mindre begrænsende foranstaltninger ikke ville have været lige så effektive.

velrenommerede undersøgelser er nået til den modsatte konklusion, ikke i sig selv, at lovgiver ikke havde rimelig grund til at handle. I de foreliggende sager er lovgivers bedømmelse af tobaksreklamers virkninger i overensstemmelse med Domstolens egen udtalelse: »Det kan ikke bestrides, at reklame udgør en tilskyndelse til forbrug«¹⁹². Endvidere kan de fleste reklamer ikke være så præcist fokuserede, at de kun retter sig mod eksisterende rygere, der ønsker at vælge mellem mærker, og udelukker andre, der kunne blive ansporet til at begynde at ryge eller opgive planer om at holde op med at ryge.

160. Det bevis, der kræves for at begrunde en begrænsning, afhænger af den nedlagte påstands art. Jeg er her meget interesseret i den objektive bedømmelse af reklamemediernes sandsynlige virkninger. Lovgiver bør ikke have en så vid skønsmargen som i tilfælde af for eksempel beskyttelse af moralen¹⁹⁰. Fællesskabet skal dog ikke være forhindret i at handle i offentlig interesse, blot fordi berettigelsen af dets handling nødvendigvis ikke afhænger af »hårde« videnskabelige undersøgelser, men af beviser af en socialvidenskabelig karakter, der på grundlag af den hidtidige adfærd forudsiger forbrugernes fremtidige reaktion på ændringer i den mængde reklamemateriale, de udsættes for¹⁹¹. Når fællesskabslovgiver endvidere kan vise, at han handlede på grundlag af velrenommerede specialistundersøgelser inden for området, viser det forhold, at andre tilsyneladende

161. Kravene til beviset kan være mindre strenge, når folkesundheden står på spil. Domstolen udtalte i BSE-dommen: »Når der er usikkerhed med hensyn til, om og i givet fald i hvilket omfang der er risiko for menneskers sundhed, må institutionerne kunne træffe beskyttelsesforanstaltninger uden at afvente, at det fuldt ud påvises, at der er en risiko, og hvilket omfang denne har«¹⁹³. De foreliggende sager vedrører imidlertid ikke et forbud mod markedsføring af selve de tobaksvarer, hvis sundhedsskadelige virkninger ikke er bestridte, men snarere et omfattende forbud mod reklame for sådanne varer. Den pågældende videnskabelige debat angår virkningerne af

190 — Jf. Handyside-dommen, præmis 48, fodnote 183, og Grogan-dommen, præmis 20, jf. ovenfor fodnote 170, samt punkt 37 i generaladvokat van Gerven's forslag til afgørelse.

191 — Sondringen mellem disse former for bevis er under alle omstændigheder ikke så tydelig, som det kunne tænkes: Videnskabelige konklusioner nås sædvanligvis gennem en forudsigelse, med større eller mindre sandsynlighedsgrader, af den fortsatte forekomst under tilsvarende fremtidige omstændigheder af virkninger, der er observeret under bestemte omstændigheder i fortiden.

192 — Dom af 10.7.1980, sag 152/78, Kommissionen mod Frankrig, Sml. s. 2299, præmis 17, jf. også dom af 25.7.1991, forenede sager C-1/90 og C-176/90, Aragonesa de Publicidad Exterior og Publivia, Sml. I, s. 4151, præmis 17 (herefter »Aragonesa-dommen«), hvori Domstolen fandt, at det ikke var »åbenbart urimeligt« at pålægge begrænsninger for reklame for drikkevarer med et alkoholindhold over en bestemt tærskel »som led i bekæmpelsen af alkoholisme«. Spørgsmålet om ytringsfriheden var dog ikke rejst i denne sag.

193 — Dommens præmis 99. Jf. også Fedesa-dommen, præmis 9, fodnote 169.

sådan reklame på det generelle forbrugsniveau (i modsætning til eksisterende rygeres valg mellem mærker), der er adskilt fra bedømmelsen af de sundhedsrisici, der faktisk er ved et sådant forbrug. Endvidere var forbuddet i BSE-dommen midlertidigt og genstand for revision, når situationen var yderligere undersøgt¹⁹⁴. Der har længe været meningsforskelle vedrørende tobaksreklamers virkninger, og de forsvinder sandsynligvis ikke hurtigt. Den standard, der er foreslået i det umiddelbart ovenstående punkt, tager hensyn til den uenighed, der er i videnskabelige kredse; det ville efter min opfattelse ikke være tilstrækkeligt respektfuldt over for ytringsfriheden at gå videre og tillade lovgiver at begrænse udøvelsen af denne ret uden klart bevis for, at en sådan begrænsning vil medføre en adfærdændring, der vil gavne folkesundheden.

162. Rådet har som bevis fremlagt to rapporter, en fra United States National Bureau of Economic Research (herefter »NBER«)¹⁹⁵ og den anden bestilt hos Institut für Therapie- und Gesundheitsforschung, Kiel, af det tyske forbundssundhedsministerium¹⁹⁶. Selv om sagsøgerne i

Imperial Tobacco-sagen ved den nationale ret har fremlagt bevis for undersøgelser med det modsatte resultat, har Det Forenede Kongerige også fremlagt undersøgelser, der ikke har været genstand for behandling under retsforhandlingerne. Den Franske Republik har også fremlagt bevis for virkningerne af sine nationale begrænsninger (»la loi Évin«). Det er efter min opfattelse tilstrækkeligt at tage hensyn til de undersøgelser, som institutionerne støtter sig til. Rapporterne fastslår, at der er en sammenhæng både mellem tobaksreklame og det at begynde at ryge, navnlig blandt unge mennesker, og mellem forbuddet mod reklame og den gennemsnitlige nedbringelse af tobaksforbruget pr. person. NBER-rapporten indeholder et skøn, der bygger på en analyse af tilbagegangen, over de sandsynlige virkninger af Kommissionens reviderede 1997-udgave af det andet direktivforslag¹⁹⁷, der konkluderer, at det sandsynligvis ville have nedbragt tobaksforbruget med cirka 6,9% i undersøgelsesperioden¹⁹⁸. Den konkluderer endvidere, at mens omfattende forbud har en tydelig virkning på nedbringelsen af tobaksforbruget, har begrænsede forbud alene en minimal virkning på reklamens betydning, idet de tillader, at de begrænsede medier udskiftes med andre medier, og de medfører ingen nedbringelse af de totale udgifter til tobaksreklame eller udstillingen heraf. Der er i ottende betragtning til reklamedirektivet henvist til muligheden for at omgå et forbud, der ikke omfatter alle former for reklame. Institutionerne har interessant nok gjort sig store anstrengelser for at bestride, at forbuddet er fuldstændigt, for at forsvare det, selv om deres bevis er, at

194 — Dommens præmis 101.

195 — H. Saffer og F. Chaloupka: »Tobacco Advertising: Economic Theory and International Evidence«, NBER Working Paper n° 6958 (Cambridge, MA, 1999).

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

197 — Jf. ovenfor punkt 19.

198 — Analysen bygger på oplysninger fra 11 medlemsstater i perioden 1986 til 1992.

andet end et fuldstændigt forbud vil være meget mindre effektivt.

mellem Fællesskabet og medlemsstaterne) en valgmulighed ikke udelukker den anden, og idet der ikke er noget bevis for, at deres virkninger fuldt ud er overlappende.

163. Jeg skal på grundlag af denne bevisførelse konkludere, at fællesskabslovgiver havde rimelig grund til at tro, at det omfattende forbud mod tobaksreklame ville medføre en betydelig nedbringelse af forbruget og således ville medvirke til at beskytte den offentlige sundhed.

164. Hvad angår kravet om, at pålagte begrænsninger ikke må være mere byrdefulde end nødvendigt, kan jeg godtage det synspunkt, at et næsten fuldstændigt forbud mod reklame for en erhvervsudøvelse er et særlig alvorligt indgreb i udøvelsen af ytringsfriheden¹⁹⁹. Jo mere begrænsende virkningerne er, jo tungere er lovgivers bevisbyrde for, at en mindre byrdefuld foranstaltning ikke ville have været tilstrækkelig. Jeg skal dog konkludere, at lovgiver har løftet sin bevisbyrde i de foreliggende sager ved at godtgøre, at han havde rimelig grund til at mene, at begrænsede restriktioner for tobaksreklame ikke var effektive. Det forhold, at andre, positive foranstaltninger, såsom oplysningskampagner, også kunne have haft en virkning, viser ikke i sig selv, at et omfattende reklameforbud er for begrænsende, idet (under forbehold af kompetencefordelingen

165. Jeg vil nu vende mig mod gennemgangens tredje stadie om, hvorvidt reklamedirektivet begrænser retten til kommercielle ytringer på en måde, der ikke er proportional med de forudsete fordele for de offentlige interesser, uanset hvor effektivt de forfølges. I forhold til den massive rolle, som tobaksforbruget spiller som en dødelighedsfaktor og som en årsag til alvorlige sundhedsproblemer i Fællesskabet, mener jeg, at en mulig nedbringelse af forbruget med 6,9% vil være en betydelig fordel for den offentlige sundhed, der sandsynligvis svarer til, at tusindvis af liv reddes.

166. Jeg har i princippet den opfattelse, at når kravene til effektivitet og den mindste nødvendige byrde er opfyldt, svækkes retten til kommercielle ytringer ikke på en uacceptabel måde af et forbud mod reklame for farlige varer, når udvekslingen af videnskabelige og andre oplysninger og af politiske holdninger til reguleringen af den pågældende handel forbliver ubegrænset. Tobaksproducenterne kan fortsat markedsføre deres varer, som ytringsfriheden i den sidste ende vedrører, og kan endda reklamere på salgsstederne, såfremt de nationale bestemmelser tillader det.

199 — I Aragonesa-dommens præmis 18, jf. ovenfor fodnote 192, tillagde Domstolen det i sin gennemgang af proportionaliteten af en hindring for de frie varebevægelser nogen betydning, at begrænsningen af reklamen for alkoholholdige drikkevarer efter en nærmere undersøgelse ikke var fuldstændig.

167. Det forhold, at reklamedirektivet forbyder reklame for varer, der er lovligt markedsført i Fællesskabet, er ikke afgørende, selv om det heller ikke er irrelevant. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol bemærkede i sagen Open Door Counselling mod Irland, at den anfægtede nationale bestemmelse krævede en »nøje undersøgelse«, idet de forbudte oplysninger i denne sag vedrørte en aktivitet, der var lovlig på det sted, den blev udøvet²⁰⁰, hvorved den antydede, at udleveringen af oplysninger om lovlige aktiviteter under visse omstændigheder berettiget kan begrænses. Jeg foreslår, at Domstolen retligt er opmærksom på gennemførelsen og andre problemer, der kunne være forbundet med et direkte forbud mod en vanedanende aktivitet som rygning²⁰¹ (samt den begrænsning i rygernes personlige frihed, dette ville medføre). En aktivitets lovlighed (og det umulige i at forbyde den) betyder derfor ikke, at den ikke har skadelige virkninger, som lovgiver kan forsøge at kontrollere ud fra almene hensyn. Det er herudover ikke nødvendigvis i overensstemmelse med kravet om, at det mindst begrænsende middel skal anvendes til at opnå lovlige formål, at kræve, at en aktivitet i sig selv skal forbydes for at tillade, at markedsføringen heraf pålægges begrænsninger.

168. Jeg anser ikke Open Door-dommen, hvis relevans blev kraftigt drøftet under retsmødet, delvis på grund af at den formentlig vedrørte et fuldstændigt forbud mod ytringer, hvilket ikke var proportio-

nalt, for en hensigtsmæssig præcedens i de foreliggende sager.

169. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol godtog den irske regerings argument om, at »begrænsningen [der var iværksat efter en kendelse fra højesteret] ... forfulgte det lovlige mål at beskytte moralen, og at beskyttelsen i Irland af retten til liv er en side af denne beskyttelse«²⁰². Det var imidlertid kun den særlige begrænsning, der blev pålagt sagsøgerne i denne sag af en retskendelse, som Menneskerettighedsdomstolen anså for at være af fuldstændig karakter. Menneskerettighedsdomstolen fortsatte nemlig med at understrege, at oplysninger om udenlandske abortydelser stod til rådighed hos en række andre kilder²⁰³.

170. Menneskerettighedsdomstolen introducerede ved bedømmelsen af nødvendigheden og dermed proportionaliteten af denne særlige begrænsning i afvejningen beskyttelsen af kvinders sundhed, hvilket er en åbenbart relevant betragtning i denne sammenhæng, men også en betragtning, der komplicerer den ligefremme balance mellem ytringsfrihed og et enkelt presserende socialt behov.

171. Menneskerettighedsdomstolen blev navnlig påvirket af synspunktet om, at idet der var nogle kvinder, der besluttede ikke at

200 — Dom af 29.10.1992, serie A, nr. 246, præmis 72 (herefter »Open Door-dommen«).

201 — Jf. f.eks. dom fra dommer La Forest, Canadas højesteret, i RJR MacDonald Inc. mod Canada (Attorney General), 1995, S.C.R. 199, præmis 34.

202 — Open Door-dommen, præmis 63, jf. ovenfor fodnote 200.
203 — Præmis 70 til 75.

få en abort som følge af den uretmæssige rådgivning, der var tale om i denne sag, var »forbindelsen mellem ydelsen af oplysninger og ødelæggelsen af det ufødte liv ikke så fast som påstået«. På samme tid »havde fagedforbuddet stort set været virkningsløst...« i forhold til det store antal irske kvinder, der fortsat fik aborter i Det Forenede Kongerige.

172. Flertallet i Menneskerettighedsdomstolen løste faktisk problemstillingen vedrørende proportionalitet ved at henvise til Domstolens eget synspunkt om, at kvinders sundhed (forbundet med retten til at modtage oplysninger), ytringsfriheden og beskyttelsen af det ufødte liv var konkurrerende værdier. Menneskerettighedsdomstolen synes ikke at have tillagt det nogen vægt overhovedet, at det, som den stiltiende godtog, var en *delvis effektiv* beskyttelse af sidstnævnte værdi. Hvis denne analyse bogstavelig talt blev overført til omstændighederne i de foreliggende sager, kan det være vanskeligt at argumentere for, at målet med en formodet nedbringelse af rygningen på blot 6,9% skulle kunne begrunde et omfattende forbud mod reklame for tobaksvarer, på trods af den betydelige nedgang i det absolutte antal rygere (og sandsynligvis sygdomme og dødsfald, der skyldes rygning) det ville medføre.

173. Generaladvokat van Gerven mente i Grogan-sagen, at begrænsningen var proportional, idet han i det væsentlige under-

søgte samme problemstilling inden for fællesskabsretten, men i lyset af konventionens artikel 10²⁰⁴.

174. Jeg tror under alle omstændigheder ikke, at det er muligt at adskille Open Door-dommen fra dens yderst vanskelige og følsomme sammenhæng eller at drage nogle endelige konklusioner til de foreliggende sager. Open Door-dommen vedrørte den uretmæssige udlevering af oplysninger snarere end den kommercielle markedsføring af abort²⁰⁵; de foreliggende sager omhandler begrænsningen af direkte og indirekte markedsføringsforanstaltninger²⁰⁶, og der er intet, der antyder, at oplysninger, der ikke er markedsføringsmateriale, om lovlige varer vil blive begrænset²⁰⁷.

175. Jeg skal derfor konkludere, at reklamedirektivet ikke udgør en begrænsning, der er ude af proportioner, for ytringsfrihe-

204 — Jf. hans forslag til afgørelse, punkt 32 til 38, ovenfor fodnote 170. Domstolen berørte ikke dette punkt i dommen. Jf. også dissensen fra dommer Baka i Open Door-dommen, ovenfor fodnote 200.

205 — Dommens præmis 75. Menneskerettighedsdomstolen synes af denne årsag ikke at have anset sagen for en sag om kommercielle ytringer.

206 — Jf. definitionen af reklame og sponsorering i reklamedirektivets artikel 2, stk. 2 og 3.

207 — Jeg behandler *bl.a.* af denne årsag ikke spørgsmålet om retten til at *modtage* oplysninger, der kan være relevant, hvis en eksisterende eller potentiel kunde ønskede oplysninger fra en tobaksproducent eller -distributør om deres varer. Sandsynligheden for, at en forbruger er interesseret i at modtage *markedsføringsmateriale*, synes mere fjern.

den, for så vidt det indfører et omfattende forbud mod reklame for tobaksvarer²⁰⁸.

har vist sig at være en berettiget begrænsning af denne ret og skal annulleres. Begge dele af direktivets artikel 3, stk. 3, kan efter min opfattelse udskilles, idet jeg henviser til de kriterier, der er redegjort for ovenfor i punkt 122 til 126.

176. Jeg er imidlertid ikke af den samme opfattelse, for så vidt angår forbuddet mod reklame for produkter til alsidiggørelse. Det er på ingen måde indlysende, at reklame for ikke-tobaksvarer og tjenesteydelser, der bærer navne eller andre kendetegn, der forbindes med tobaksvarer, har en virkning på forbruget af tobaksvarer, *når de ses under ét*²⁰⁹. Fællesskabslovgiver har ikke fremlagt bevis for, at der findes en sådan forbindelse. Jeg skal under disse omstændigheder konkludere, at fællesskabslovgiver ikke har løftet sin bevisbyrde for, at han havde rimelig grund til at vedtage begrænsninger for sådan reklame, der er omhandlet i direktivets artikel 3, stk. 3, litra b), og at denne bestemmelse skal annulleres. Den kan på ingen måde undskyldes med muligheden for, at dens rækkevidde i praksis vil være begrænset i de medlemsstater, der benytter sig af reklamedirektivets artikel 3, stk. 2. Ligeledes er der ikke fremkommet noget argument eller bevis, der forklarer, hvorfor artikel 3, stk. 3, litra a), forbyder tobaksvarer at bære navne eller andre kendetegn, der allerede forbindes med andre varer eller tjenesteydelser. For så vidt anvendelsen af et sådant navn eller mærke for en vare også udgør en udøvelse af retten til kommercielle ytringer, skal jeg konkludere, at reklamedirektivets artikel 3, stk. 3, litra a), ikke

vii) *Manglende begrundelse*

177. Ifølge Domstolens faste praksis indebærer begrundelsespligten i traktatens artikel 190, at alle de pågældende retsakter skal indeholde en angivelse af grundene til, at institutionen har udstedt dem, således at Domstolen kan udøve sine kontrolbeføjelser, og således at såvel medlemsstaterne som de berørte borgere kan få kendskab til, hvorledes fællesskabsinstitutionerne har anvendt traktaten²¹⁰. Kravet til, hvilke detaljer der skal gives, afhænger af den pågældende retsakts art. Ved en generel foranstaltning kan betragtningerne blot angive på den ene side den generelle situation, der førte til dens vedtagelse, og på den anden side de generelle formål, som den skal opfylde. Det er ikke nødvendigt at redegøre for de forskellige omstændigheder, som lovgiver tog i betragtning, idet de ofte er meget talrige og komplicerede, eller at foranstaltningen giver en mere eller mindre fuldstændig bedømmelse af disse omstændigheder²¹¹.

208 — Det fremgår ikke tydeligt, om NBER-rapporten medtager sponsorering under reklame generelt med henblik på beregningen af de sandsynlige virkninger af det foreslåede direktiv. Da der ikke foreligger argumenter herom for Domstolen, og da jeg alene drøfter ytringsfriheden som et alternativ til min hovedanbefaling om, at direktivet annulleres i sin helhed, vil jeg ikke behandle forbuddet mod sponsorering i dette afsnit.

209 — Jeg behandler ikke spørgsmålet om, hvorvidt sådan reklame styrker visse tobaksmærker i forhold til andre.

210 — Dommen i sagen Frankrig mod Kommissionen, præmis 34, jf. ovenfor fodnote 134.

211 — Dom af 30.11.1978, sag 87/78, Welding, Sml. s. 2457, præmis 11.

178. Som det fremgår af min gennemgang af spørgsmålet om kompetence, er redegørelsen for begrundelsen i betragtningerne til reklamedirektivet efter min opfattelse tilstrækkelig til, at Domstolen kan foretage en retlig efterprøvelse. Det grundlæggende formål vedrørende det indre marked, som fællesskabslovgiver har, fremgår ganske tydeligt af første og anden betragtning, og at dette er tilstrækkeligt som en angivelse af grundene, undermineres ikke af direktivets manglende evne til at opfylde de anførte formål. Det var ikke nødvendigt for lovgiver at medtage præcise oplysninger om undersøgelserne af reklames virkninger på tobaksforbruget eller det forholdsmæssige omfang af grænseoverskridende handel med reklameydelser og -medier. Jeg vil alene anbefale, at direktivet annulleres som helhed, såfremt Domstolen måtte finde, at Fællesskabet havde kompetence til at vedtage det under henvisning til dets virkninger på det indre markeds oprettelse eller funktion på økonomiske områder, der ikke er nævnt noget sted i betragtningerne, såsom tobaksproducenter eller -distributører eller reklameindustrien som helhed. Det kan efter min opfattelse ikke tillades, at lovgiver påberåber sig fordele for det indre marked, der ikke hidtil er blevet nævnt, når der er tvivl om, hvorvidt direktivet kan opfylde de formål, der oprindeligt blev påberåbt.

179. Jeg skal dog anbefale, at direktivets artikel 3, stk. 3, litra a), annulleres på

grund af utilstrækkelig begrundelse. Der er ingen begrundelse for denne særlige bestemmelse om anvendelsen af andre varers eller tjenesteydelsers navne eller andre kendetegn for tobaksvarer, og som jeg har anført ovenfor i punkt 116, synes den ikke at have nogen forbindelse med direktivets udtalte formål om at gennemføre det indre marked for tjenesteydelser og varer, der er forbundet med reklame for og sponsorering til fordel for tobaksvarer.

VI — Sagsomkostninger

180. I henhold til artikel 69, stk. 2, i Domstolens procesreglementet skal Rådet og Parlamentet pålægges at betale Forbundsrepublikken Tysklands omkostninger i sag C-376/98. Idet retsforhandlingerne i sag C-74/99 for parterne i hovedsagen er en del af den sag, der verserer for den nationale ret, skal denne ret træffe afgørelse om sagens omkostninger. De omkostninger, som Kommissionen eller de medlemsstater, der har intervenseret eller er fremkommet med indlæg, har haft, kan i ingen af sagerne erstattes. Jeg kommer ikke med anbefalinger vedrørende sagsomkostningerne for det tilfælde, at Domstolen godtager en af mine alternative anbefalinger om delvis annullation, eller ikke godtager nogen af anbefalingerne.

VII — Forslag til afgørelse

181. Jeg skal i henhold til ovenstående foreslå Domstolen at træffe følgende afgørelse:

- Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 98/43/EF af 6. juli 1998 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes love og administrative bestemmelser om reklame for tobaksvarer og sponsoring til fordel for disse annulleres, idet Fællesskabet ikke havde kompetence til at vedtage det på grundlag af de retshjemmel, der er anført i direktivet.

Måtte Domstolen ikke følge min anbefaling, skal jeg alternativt foreslå Domstolen følgende:

- Direktiv 98/43 annulleres, idet det tilsidesætter det generelle princip om proportionalitet, EF-traktatens artikel 30 (efter ændring nu artikel 28 EF), ejendomsretten og retten til fri erhvervsudøvelse.

Jeg skal i begge tilfælde foreslå Domstolen:

- Europa-Parlamentet og Rådet pålægges at betale de omkostninger, som Forbundsrepublikken Tyskland har haft i sag C-376/98.

Jeg skal som et yderligere alternativ foreslå Domstolen følgende:

- Artikel 3, stk. 3, i direktiv 98/43 annulleres, idet den krænker ytringsfriheden, og/eller
- artikel 3, stk. 3, litra a), i direktiv 98/43 annulleres på grund af manglende begrundelse.