

ΠΡΟΤΑΣΕΙΣ ΤΟΥ ΓΕΝΙΚΟΥ ΕΙΣΑΓΓΕΛΕΑ
NIAL FENNELLY

της 15ης Ιουνίου 2000 *

Περιεχόμενα

I — Εισαγωγή	I-8424
II — Νομικό και ιστορικό πλαίσιο	I-8426
i) Σχετικές διατάξεις της Συνθήκης	I-8426
ii) Λοιπή νομοθεσία	I-8427
iii) Το ιστορικό της εκδόσεως της οδηγίας περί διαφημίσεως	I-8428
iv) Περίληψη της οδηγίας περί διαφημίσεως	I-8431
III — Επί του παραδεκτού	I-8436
IV — Παρατηρήσεις ενόπιον του Δικαστηρίου	I-8439
i) Νομική βάση και αρμοδιότητα	I-8439
ii) Επικουρικότητα	I-8443
iii) Αναλογικότητα	I-8444
iv) Παράβαση του άρθρου 30	I-8445
v) Το δικαίωμα κυριότητας και το δικαίωμα ασκήσεως οικονομικής δραστηριότητας	I-8445
vi) Ελευθερία εκφράσεως	I-8446
vii) Συλλογιστική	I-8447
V — Ανάλυση	I-8447
i) Νομική βάση και αρμοδιότητα	I-8447
Εισαγωγή	I-8447
Ο χαρακτήρας της κοινοτικής αρμοδιότητας	I-8448
Κοινωνική αρμοδιότητα και εθνική αρμοδιότητα: διαφορετικοί σκοποί	I-8450
Το «κέντρο βάρους» της οδηγίας περί διαφημίσεως	I-8452
Το πεδίο εφαρμογής του άρθρου 129, παράγραφος 4, της Συνθήκης	I-8453
Προπαρασκευαστικές εργασίες της οδηγίας	I-8454
Κατάχρηση εξουσίας	I-8456
Η σπουδαιότητα της διαδικασίας ψηφοφορίας στο πλαίσιο του Συμβουλίου	I-8457
Η εσωτερική αγορά	I-8458

* Γλώσσα του πρωτοτύπου: η αγγλική.

Σκοποί σχετικοί με την εσωτερική αγορά — συγκεκριμένη εκτίμηση	I-8463
Ο σκοπός της οδηγίας περί διαφημίσεως	I-8467
Εμπόδια στο εμπόριο των αγαθών και υπηρεσιών που αφορούν την προώθηση των προϊόντων καπνού	I-8468
Η προσέγγιση των νομοθεσιών την οποία πραγματοποιεί η οδηγία περί διαφημίσεως	I-8471
Στρέβλωση του ανταγωνισμού	I-8475
Συνέπειες: Ακυρότητα και δυνατότητα διαχωρισμού	I-8476
ii) Επικουρικότητα	I-8479
iii) Αναλογικότητα	I-8484
iv) Παράβαση του άρθρου 30 της Συνθήκης	I-8484
v) Προσβολή οικονομικών δικαιωμάτων	I-8484
vi) Ελευθερία εκφράσεως	I-8487
vii) Ανεπαρκής αιτιολογία	I-8495
VI — Επί των δικαστικών εξόδων	I-8496
VII — Πρόταση	I-8497

I — Εισαγωγή

1. Αμφότερες οι υπό κρίση υποθέσεις αφορούν το κύρος της οδηγίας 98/43/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 6ης Ιουλίου 1998, για την προσέγγιση των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων των κρατών μελών όσον αφορά τη διαφήμιση και τη χορηγία υπέρ των προϊόντων καπνού¹ (στο εξής: οδηγία ή οδηγία περί διαφημίσεως). Στην πρώτη υπόθεση (στο εξής: υπόθεση C-376/98), η Γερμανία άσκησε προσφυγή με αίτημα την ακύρωση της οδηγίας περί διαφημίσεως δυνάμει του άρθρου 173 της Συνθήκης ΕΚ (νυν, κατόπιν τροποποιήσεως, άρθρου 230 ΕΚ). Στη δεύτερη υπόθεση (στο εξής: υπόθεση C-74/99 ή Imperial Tobacco), ορισμένες εταιρίες παραγωγής προϊόντων

καπνού κίνησαν δίκη στο Ηνωμένο Βασίλειο ενώπιον του High Court of Justice, Queen's Bench Division (Crown Office) (στο εξής: εθνικό δικαστήριο). Ζητούν τον δικαστικό έλεγχο της νομιμότητας, μεταξύ άλλων, της προθέσεως και/ή της υποχρεώσεως της Κυβερνήσεως του Ηνωμένου Βασιλείου να εφαρμόσει τις επιταγές της οδηγίας. Το εθνικό δικαστήριο έκρινε ότι οι λόγοι ακυρότητας που προέβησαν οι αιτούσες μπορεί να ευσταθούν και αποφάσισε να υποβάλει ερώτημα στο Δικαστήριο των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων.

2. Όπως παρατήρησε το εθνικό δικαστήριο, το ερώτημά του και οι λόγοι ακυρότητας που προβλήθηκαν στην υπόθεση C-376/98 αλληλεπικαλύπτονται σε μεγάλο βαθμό (αλλά όχι πλήρως). Με το ερώτημά του εκτίθενται

1 — ΕΕ 1998, L 213, σ. 9.

συνοπτικά οι λόγοι ακυρότητας που προέβησαν οι αιτούντες: «Είναι η οδηγία 98/43 του Συμβουλίου άκυρη εν όλω ή εν μέρει διότι:

διαφημίσεως αντιβαίνει στο άρθρο 30 της Συνθήκης ΕΚ (νυν, κατόπιν τροποποιήσεως, άρθρο 28 ΕΚ).

α) τα άρθρα 57, παράγραφος 2, 66 και 100 Α δεν συνιστούν κατάλληλη νομική βάση,

3. Το ζήτημα της αρμοδιότητας ή της νομικής βάσεως είναι το πιο σημαντικό στις υπό κρίση υποθέσεις. Η αμφισβήτηση του κύρους της οδηγίας λόγω μη τηρήσεως της αρχής της αναλογικότητας ή της αρχής της επικουρικότητας, λόγω μη τηρήσεως της υποχρεώσεως αιτιολογήσεως ή λόγω προσβολής θεμελιωδών δικαιωμάτων πρέπει να εξετασθεί επικουρικώς, δηλαδή μόνον εφόσον το Δικαστήριο καταλήξει ότι η επιλεγείσα νομική βάση ήταν η προσήκουσα για την οδηγία.

β) συνιστά προσβολή του θεμελιώδους δικαιώματος της ελευθερίας εκφράσεως,

γ) συνιστά παραβίαση της αρχής της αναλογικότητας,

4. Κατά την οδηγία περί διαφημίσεως, η νομική της βάση αφορά την εσωτερική αγορά. Η αρμοδιότητα της Κοινότητας ως προς την εσωτερική αγορά δεν περιορίζεται, εκ προοιμίου, από κανέναν τομέα αποκλειστικής εξουσίας των κρατών μελών. Αποτελεί οριζόντια αρμοδιότητα, η άσκηση της οποίας αποκλείει την εθνική κανονιστική αρμοδιότητα στον οικείο τομέα. Ο δικαστικός έλεγχος της νομιμότητας της ασκήσεως της αρμοδιότητας αυτής είναι λεπτό και περίπλοκο ζήτημα. Αφενός, υπερβολικά περιορισμένος δικαστικός έλεγχος νομιμότητας μπορεί να παράσχει στα κοινοτικά όργανα, στην ουσία, γενική ή απεριόριστη νομοθετική εξουσία, αντιθέτως προς την αρχή ότι η Κοινότητα απολαύει μόνον των περιορισμένων αρμοδιοτήτων, όσον εκτεταμένες και αν είναι αυτές, τις οποίες της έχει απονείμει η Συνθήκη προς επίτευξη συγκεκριμένων σκοπών. Τούτο θα παρείχε στην Κοινότητα τη δυνατότητα να σφτεροιστεί ανεπίτρεπτα τις εξουσίες των κρατών μελών. Από την άλλη πλευρά, το Δικαστήριο δεν μπορεί, κατ' αρχήν, να περιορίσει την εκ μέρους του κοινοτικού νομοθέτη νόμιμη άσκηση του καθήκοντός του να αίρει τα εμπόδια και τις στρεβλώσεις στο εμπόριο των

δ) συνιστά παραβίαση της αρχής της επικουρικότητας,

ε) συνιστά παράβαση της υποχρεώσεως αιτιολογήσεως,

στ) συνιστά παράβαση του άρθρου 222 της Συνθήκης ΕΚ και/ή προσβολή του θεμελιώδους δικαιώματος κυριότητας;»

Ένας επιπλέον ισχυρισμός στην υπόθεση C-376/98 συνίσταται στο ότι η οδηγία περί

αγαθών και των υπηρεσιών. Έργο του Δικαστηρίου, ως θεματοφύλακα της εμπιστοσύνης των κοινοτικών οργάνων, των κρατών μελών και των πολιτών της Ενώσεως, είναι να ασκεί αυτό το δύσκολο καθήκον της διατηρήσεως της θεσμικής κατανομής των εξουσιών μεταξύ της Κοινότητας και των κρατών μελών βάσει αντικειμενικών κριτηρίων.

II — Νομικό και ιστορικό πλαίσιο

ι) Σχετικές διατάξεις της Συνθήκης

5. Η διαμάχη για τη νομική βάση της οδηγίας περί διαφημίσεως αφορά περιορισμένο αριθμό διατάξεων της Συνθήκης. Οι διατάξεις αυτές αφορούν κυρίως την εσωτερική αγορά και την ελεύθερη παροχή υπηρεσιών.

6. Το άρθρο 57, παράγραφος 2, της Συνθήκης ΕΚ (νυν, κατόπιν τροποποιήσεως, άρθρο 47, παράγραφος 2, ΕΚ), σε συνδυασμό με το άρθρο 66 της Συνθήκης ΕΚ (νυν άρθρο 55 ΕΚ), ορίζει ότι το Συμβούλιο, αποφασίζοντας με τη διαδικασία του άρθρου 189 Β της Συνθήκης ΕΚ (νυν, κατόπιν τροποποιήσεως, άρθρου 251 ΕΚ, κοινώς γνωστή ως διαδικασία συναποφάσεως), «εκδίδει (...) οδηγίες για τον συντονισμό των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων των κρατών μελών που αφορούν

την ανάληψη και την άσκηση μη μισθωτών δραστηριοτήτων», περιλαμβανομένης της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών².

7. Το άρθρο 100 Α της Συνθήκης ΕΚ κατέστη, κατόπιν τροποποιήσεως, το άρθρο 95 ΕΚ. Κατά παρέκκλιση από το άρθρο 100 της Συνθήκης ΕΚ (νυν άρθρο 94 ΕΚ) και εκτός αν η Συνθήκη ορίζει άλλως, το άρθρο 100 Α, παράγραφος 1, προβλέπει ότι το Συμβούλιο, αποφασίζοντας με την ίδια διαδικασία και μετά από διαβούλευση με την Οικονομική και Κοινωνική Επιτροπή, προκειμένου να πραγματοποιηθούν οι στόχοι του άρθρου 7 Α της Συνθήκης (νυν, κατόπιν τροποποιήσεως, άρθρου 14 ΕΚ), «εκδίδει τα μέτρα σχετικά με την προσέγγιση των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων των κρατών μελών που έχουν ως αντικείμενο την εγκαθίδρυση και τη λειτουργία της εσωτερικής αγοράς».

8. Το άρθρο 100 Α, παράγραφος 3, της Συνθήκης ορίζει ότι η Επιτροπή, «στις προτάσεις της που προβλέπει η παράγραφος 1 στους τομείς της υγείας, της ασφάλειας, της προστασίας του περιβάλλοντος και της προστασίας των καταναλωτών, βασιζείται σε υψηλό επίπεδο προστασίας»³. Το άρθρο 100 Α, παράγραφος 4, επιτρέπει στα κράτη μέλη, αφού το Συμβούλιο εγκρίνει μέτρα εναρμονίσεως με ειδική πλειοψηφία, να εφαρμόζουν εθνικές διατάξεις που

2 — Στις παρούσες προτάσεις, όταν αναφέρομαι στο άρθρο 57, παράγραφος 2, της Συνθήκης εννοώ το περιεχόμενο του άρθρου όπως έχει διευρυνθεί δυνάμει του άρθρου 66 της Συνθήκης ώστε να καλύπτει και την ελεύθερη παροχή υπηρεσιών, εκτός αν προκύπτει αντίθετη πρόθεση.

3 — Το άρθρο 95, παράγραφος 3, ΕΚ όπως έχει τροποποιηθεί, προσθέτει τα εξής: «Στα πλαίσια των αντίστοιχων αρμοδιοτήτων τους, το Ευρωπαϊκό Κοινωνικό Συμβούλιο και το Συμβούλιο επιδιώκουν επίσης την επίτευξη αυτού του στόχου». Στην ανάλυσή μου, θεωρώ ότι η υποχρέωση αυτή προέκυπτε εξαρχής εμμέσως από το άρθρο 100 Α, παράγραφος 3, της Συνθήκης ΕΚ, παρά το ότι το άρθρο αυτό αναφέρεται, πιο περιορισμένα, στις προτάσεις της Επιτροπής.

δικαιολογούνται ιδίως από σοβαρές ανάγκες τις οποίες αναφέρει το άρθρο 36 της Συνθήκης ΕΚ (νυν, κατόπιν τροποποιήσεως, άρθρο 30 ΕΚ), υπό την επιφύλαξη της επιβεβαιώσεως εκ μέρους της Επιτροπής και μιας ειδικής ταχείας διαδικασίας υποβολής κάθε αιτιάσεως στην κρίση του Δικαστηρίου.

9. Οι προσφεύγουσες τόνισαν ιδιαίτερος το άρθρο 129 της Συνθήκης ΕΚ (νυν, κατόπιν τροποποιήσεως, άρθρο 152 ΕΚ). Το άρθρο 129, παράγραφος 1, ορίζει ότι «η Κοινότητα συμβάλλει στην εξασφάλιση υψηλού επιπέδου προστασίας της υγείας του ανθρώπου, ενθαρρύνοντας τη συνεργασία μεταξύ των κρατών μελών και, αν αυτό απαιτείται, υποστηρίζοντας τη δράση τους» και ότι «οι απαιτήσεις στον τομέα της υγείας αποτελούν συνιστώσα των άλλων πολιτικών της Κοινότητας». Το άρθρο 129, παράγραφος 4, ορίζει ότι το Συμβούλιο συμβάλλει στην υλοποίηση των στόχων του άρθρου αυτού, ενεργώντας σύμφωνα με τη διαδικασία της συναποφάσεως και μετά από διαβούλευση με την Οικονομική και Κοινωνική Επιτροπή και την Επιτροπή των Περιφερειών, με τη θέσπιση δράσεων ενθαρρύνσεως, χωρίς να εναρμονίζει τις νομοθετικές και κανονιστικές διατάξεις των κρατών μελών. Το Συμβούλιο μπορεί επίσης να διατυπώνει συστάσεις.

ii) Λοιπή νομοθεσία

10. Είναι χρήσιμο να αναφερθώ σε κάποια σχετική, προϋφιστάμενη νομοθεσία προκειμένου να εκτιμηθεί η νομιμότητα της οδηγίας περί διαφημίσεως. Πριν από τη έκδοση της

οδηγίας αυτής, η Κοινότητα είχε ήδη θεσπίσει ορισμένες νομοθετικές διατάξεις όσον αφορά την εμπορία των προϊόντων καπνού βάσει είτε του άρθρου 100 Α της Συνθήκης είτε του άρθρου 57, παράγραφος 2, της Συνθήκης, σε συνδυασμό με το άρθρο 66. Η πιο σημαντική διάταξη είναι το άρθρο 13 της οδηγίας 89/552/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 3ης Οκτωβρίου 1989, για τον συντονισμό ορισμένων νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων των κρατών μελών σχετικά με την άσκηση τηλεοπτικών δραστηριοτήτων⁴. Στο πλαίσιο της παρούσας αναλύσεως αρκεί η υπόμνηση ότι το άρθρο αυτό προβλέπει την απαγόρευση κάθε μορφής τηλεοπτικής διαφημίσεως και τηλεαγοράς τσιγάρων και άλλων προϊόντων καπνού. Το άρθρο 2α, παράγραφος 1, της οδηγίας 89/552/ΕΟΚ ορίζει ότι «τα κράτη μέλη εξασφαλίζουν την ελευθερία λήψεως και δεν εμποδίζουν την αναμετάδοση στο έδαφός τους των τηλεοπτικών εκπομπών που προέρχονται από άλλα κράτη μέλη, για λόγους που επιπίπτουν σε τομείς τους οποίους συντονίζει η παρούσα οδηγία».

11. Η οδηγία 89/622/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 13ης Νοεμβρίου 1989, για την προσέγγιση των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων των κρατών μελών σχετικά με τη σήμανση των προϊόντων καπνού καθώς και με την απαγόρευση ορισμένων καπνών που λαμβάνονται από το στόμα⁵, επιβάλλει την αναγραφή σε όλα τα πακέτα τσιγάρων της περιεκτικότητάς τους σε πίσσα και νικοτίνη⁶ καθώς και τόσο μιας

4 — ΕΕ 1989, L 298, σ. 23, όπως έχει τροποποιηθεί με τη οδηγία 97/36/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 30ής Ιουνίου 1997, ΕΕ 1997, L 202, σ. 60. Αμφότερα τα μέτρα εκδόθηκαν βάσει των άρθρων 57, παράγραφος 2, και 66 της Συνθήκης.

5 — ΕΕ 1989, L 359, σ. 1, όπως τροποποιήθηκε με την οδηγία 92/41/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 15ης Μαΐου 1992, ΕΕ 1992, L 158, σ. 30. Αμφότερα τα μέτρα αυτά θεσπίστηκαν βάσει του άρθρου 100 Α της Συνθήκης.

6 — Άρθρο 3 της οδηγίας 89/622/ΕΟΚ.

γενικής όσο και μιας ειδικής προειδοποιησής σχετικής με την υγεία⁷. Τα κράτη μέλη δεν μπορούν, για λόγους που αφορούν τη σήμανση, να περιορίζουν το εμπόριο των προϊόντων που πληρούν τους όρους της οδηγίας⁸. Ομοίως, τα κράτη μέλη δεν μπορούν να περιορίζουν το εμπόριο των προϊόντων που πληρούν τους όρους της οδηγίας 90/239/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 17ης Μαΐου 1990, για την προσέγγιση των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων των κρατών μελών σχετικά με τη μέγιστη περιεκτικότητα των τσιγάρων σε πίσσα⁹ «για (...) λόγους σχετικούς με την ελάττωση της περιεκτικότητας των τσιγάρων σε πίσσα»¹⁰. Αμφότερες οι οδηγίες 89/662/ΕΟΚ και 90/239/ΕΟΚ εκδόθηκαν από το Συμβούλιο των Υπουργών Υγείας.

12. Η Κοινότητα έχει ρυθμίσει νομοθετικώς και άλλες πτυχές της διαφήμισης. Επί παραδείγματι, η οδηγία 84/450/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 10ης Σεπτεμβρίου 1984, για την παραπλανητική και τη συγκριτική διαφήμιση¹¹, καθιερώνει τα ελάχιστα και αντικειμενικά κριτήρια για την εκτίμηση του αν η διαφήμιση είναι παραπλανητική¹² και προσδιορίζει τις προϋποθέσεις υπό τις οποίες επιτρέπεται η συγκριτική διαφήμιση¹³. Η δεύτερη αιτιολογική σκέψη της τροποποιητικής οδηγίας 97/55/ΕΚ επισημαίνει ότι «η διαφήμιση συνιστά σημαντικότατο μέσο για

την εμπορική διάθεση σε ολόκληρη την Κοινότητα κάθε αγαθού και υπηρεσίας».

13. Η οδηγία 92/28/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 31ης Μαρτίου 1992, για τη διαφήμιση των φαρμάκων που προορίζονται για ανθρώπους¹⁴, προβλέπει ορισμένες προϋποθέσεις για τη διαφήμιση τέτοιων προϊόντων. Επί παραδείγματι, στα μέσα μαζικής ενημερώσεως που απευθύνονται στο ευρύ κοινό, απαγορεύει τη χρήση ορισμένου υλικού ή τις αναφορές σε ορισμένες θεραπευτικές ενδείξεις και απαγορεύει τη διαφήμιση ορισμένων προϊόντων.

iii) *Το ιστορικό της εκδόσεως της οδηγίας περί διαφημίσεως*

14. Η Επιτροπή αναφέρθηκε για πρώτη φορά στο ενδεχόμενο της ρυθμίσεως της διαφήμισης των προϊόντων καπνού σε κοινοτικό επίπεδο το 1984 σε μια ανακοίνωση προς το Ευρωπαϊκό Συμβούλιο σχετικά με τη συνεργασία σε θέματα υγείας. Το πρώτο πρόγραμμα «η Ευρώπη κατά του καρκίνου» εγκρίθηκε με ψήφισμα του Συμβουλίου και των αντιπροσώπων των κυβερνήσεων των κρατών μελών συνελθόντων στα πλαίσια του Συμβουλίου, της 7ης Ιουλίου 1986¹⁵, με το οποίο ζητήθηκε να εξετασθούν οι τρόποι μειώσεως της καταναλώσεως του καπνού, όπως είναι η κοινοτική δράση όσον αφορά τη διαφήμιση και τη χορηγία, στο πλαίσιο της συνεργασίας σε ζητήματα υγείας. Η Επιτροπή ανταποκρίθηκε με ένα πρόγραμμα δράσεως για την περίοδο 1987-1989. Η Επι-

7 — Άρθρο 4 της οδηγίας 89/622/ΕΟΚ.

8 — Άρθρο 8, παράγραφος 1, της οδηγίας 89/622/ΕΟΚ.

9 — ΕΕ 1990, L 137, σ. 36. Το μέτρο αυτό θεσπίστηκε βάσει του άρθρου 100 Α της Συνθήκης.

10 — Άρθρο 7, παράγραφος 1, της οδηγίας 90/239/ΕΟΚ.

11 — ΕΕ 1984, L 250, σ. 17, όπως τροποποιήθηκε με την οδηγία του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου 97/55/ΕΚ, της 6ης Οκτωβρίου 1997, ΕΕ 1997, L 290, σ. 18. Η οδηγία 84/450/ΕΟΚ εκδόθηκε βάσει του άρθρου 100 της Συνθήκης. Η τροποποιητική οδηγία εκδόθηκε βάσει του άρθρου 100 Α της Συνθήκης.

12 — Άρθρο 2, παράγραφος 2, και 3 της οδηγίας 84/450/ΕΟΚ (βλ., επίσης, την έβδομη αιτιολογική σκέψη).

13 — Άρθρο 3α της οδηγίας 84/450/ΕΟΚ.

14 — ΕΕ 1992, L 113, σ. 13. Το μέτρο αυτό θεσπίστηκε βάσει του άρθρου 100 Α της Συνθήκης.

15 — ΕΕ 1986, C 184, σ. 19.

τροπή αρχικώς υπέβαλε μια πρόταση, βασιζόμενη στο άρθρο 100 Α της Συνθήκης, για την έδοση οδηγίας του Συμβουλίου περί προσεγγίσεως των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων των κρατών μελών σχετικά με τη διαφήμιση προϊόντων καπνού μέσω του τύπου και με αφίσες¹⁶ (στο εξής: πρώτη πρόταση οδηγίας).

απαγορευόταν κάθε μορφής διαφήμιση προϊόντων καπνού¹⁹. Το άρθρο 5 της πρώτης προτάσεως οδηγίας δεν επέτρεπε στα κράτη μέλη να χρησιμοποιούν τη διαφήμιση προϊόντων καπνού ως λόγο για να απαγορεύουν ή να περιορίζουν την εμπορία εντύπων ή την ανάρτηση αφισών που ήσαν σύμφωνες με την οδηγία.

15. Η πρώτη πρόταση οδηγίας εξέθετε στο προοίμιό της ότι η διαφήμιση μέσω του τύπου και με αφίσες υπερβαίνει τα σύνορα των κρατών μελών και ότι οι διαφορές μεταξύ των εθνικών κανόνων που αφορούν τη διαφήμιση των προϊόντων καπνού μπορούν να δημιουργήσουν εμπόδια στο εμπόριο και να στρεβλώσουν τον ανταγωνισμό. Οι αναγκαίοι εναρμονισμένοι κανόνες πρέπει να λαμβάνουν δεόντως υπόψη την προστασία της υγείας των ατόμων και ιδίως των νέων. Οι αιτιολογικές σκέψεις αναφέρονταν επίσης στο πρόγραμμα «η Ευρώπη κατά του καρκίνου». Η πρώτη πρόταση οδηγίας απαιτούσε οι διαφημίσεις τσιγάρων και άλλων προϊόντων καπνού μέσω του τύπου και με αφίσες να φέρουν προειδοποιήσεις σχετικές με την υγεία¹⁷. Περιορίζε επίσης το περιεχόμενο των διαφημίσεων σε πληροφορίες σχετικές με το προϊόν και σε παρουσίαση της συσκευασίας του, ενώ απαγόρευε τις αναφορές σε σήμα, έμβλημα, σύμβολο ή άλλο διακριτικό στοιχείο που χρησιμοποιείται κυρίως για προϊόντα καπνού σε περίπτωση διαφημίσεων που δεν αναφέρουν άμεσα το προϊόν καπνού¹⁸. Στα έντυπα που απευθύνονται κυρίως σε άτομα κάτω των 18 ετών

16. Σύμφωνα με τη διαδικασία συναποφάσεως, το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο ενέκρινε την πρώτη πρόταση οδηγίας της 14ης Μαρτίου 1990, υπό την επιφύλαξη τροποποιήσεων με σκοπό την πλήρη απαγόρευση της διαφημίσεως των προϊόντων καπνού για λόγους προστασίας της δημόσιας υγείας²⁰. Η Επιτροπή θεώρησε ότι μια πλήρης απαγόρευση ήταν πρόωγη από πλευράς του τότε σταδίου εξελίξεως της εθνικής νομοθεσίας, αλλά τροποποίησε την πρότασή της ώστε να καταστήσει σαφές ότι εναρμόνιζε μόνον τις κανονιστικές διατάξεις εκείνων των κρατών μελών που επέτρεπαν τη διαφήμιση των προϊόντων καπνού²¹. Προσέθεσε επίσης τρεις αιτιολογικές σκέψεις εφιστώσες την προσοχή στους σχετικούς με την προστασία της υγείας σκοπούς των κρατών μελών και στο γεγονός ότι οι νέοι είναι ευάλωτοι στη διαφήμιση.

17. Αυτό το τροποποιημένο κείμενο της πρώτης προτάσεως οδηγίας συζητήθηκε στο πλαίσιο της Επιτροπής των Μόνιμων Αντιπροσώπων (Coreper) υπό τον τίτλο «Καταπολέμιση του καρκίνου», αλλά δεν επιτεύχθηκε συμφωνία ούτε εκεί ούτε στο πλαίσιο

16 — COM(89) 163 τελικό, υποβληθείσα στις 7 Απριλίου 1989, ΕΕ 1989, C 124, σ. 5.

17 — Άρθρο 2 της πρώτης προτάσεως οδηγίας.

18 — Άρθρο 3 της πρώτης προτάσεως οδηγίας.

19 — Άρθρο 4 της πρώτης προτάσεως οδηγίας.

20 — ΕΕ 1990, C 96, σ. 98.

21 — COM(90) 147 τελικό, υποβληθείσα στις 19 Απριλίου 1990, ΕΕ 1990, C 116, σ. 7.

της ομάδας εργασίας «Υγεία» του Συμβουλίου. Η Επιτροπή απέσυρε το κείμενο αυτό και υπέβαλε μια τροποποιημένη πρόταση οδηγίας του Συμβουλίου σχετικά με τη διαφήμιση των προϊόντων καπνού (στο εξής: δεύτερη πρόταση οδηγίας) στις 17 Μαΐου 1991²². Η πρόταση αυτή εξέθετε για πρώτη φορά την αλληλεξάρτηση μεταξύ των διαφόρων μορφών διαφημίσεως και το γεγονός ότι η κατανάλωση προϊόντων καπνού αποτελεί σημαντικό παράγοντα θνησιμότητας στην Κοινότητα. Η δεύτερη πρόταση οδηγίας απαγόρευε κάθε μορφή διαφημίσεως προϊόντων καπνού, τη διαφήμιση σε άλλους τομείς δια της χρήσεως σήματος το οποίο έχει κυρίως συνδεθεί με προϊόν καπνού, τη χρήση άλλων σημάτων για νέα προϊόντα καπνού και κάθε δωρεάν διανομή προϊόντων καπνού²³. Τα κράτη μέλη μπορούσαν να επιτρέπουν τη διαφήμιση στο εσωτερικό των καταστημάτων πωλήσεως προϊόντων καπνού²⁴, αλλά η δεύτερη πρόταση οδηγίας δεν απέκλειε τη λήψη αυστηρότερων μέτρων από τα κράτη μέλη για λόγους προστασίας της υγείας²⁵. Πέρα το γεγονός ότι πολλά μέρη εξέφρασαν αμφιβολίες συναφώς²⁶, το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο απέρριψε μια πρόταση τροποποιήσεως της νομικής βάσεως της προτάσεως οδηγίας, ώστε αντί του άρθρου 100 Α να χρησιμοποιηθεί το άρθρο 235 της Συνθήκης ΕΚ (νυν άρθρο 308 ΕΚ), και ενέκρινε στις 11 Φεβρουαρίου 1992 ένα ψήφισμα νομοθετικού περιεχομένου με το οποίο πρότεται, μεταξύ άλλων, να περιληφθεί μια νέα αιτιολογική σκέψη δικαιολογούσα την απαγόρευση της διαφημίσεως για λόγους προστασίας της

υγείας. Οι Επίτροποι απασχολήσεως, εργασιακών σχέσεων και κοινωνικών υποθέσεων (περιλαμβανομένης της υγείας) που είχαν επιφορτισθεί με τη πρόταση προέβησαν σε ορισμένες ομιλίες και δηλώσεις με τις οποίες τόνιζαν την σπουδαιότητά της προς όφελος της δημόσιας υγείας²⁷.

18. Το Συμβούλιο εξέδωσε ψήφισμα στις 26 Νοεμβρίου 1996 για τη μείωση του καπνίσματος στην Ευρωπαϊκή Κοινότητα²⁸, με το οποίο έκρινε ότι ήταν «αναγκαίο να αξιολογηθούν οι επιπτώσεις που έχουν στην κατανάλωση καπνού αφενός μεν τα μέτρα για την προώθηση του καπνίσματος και οι λοιπές διαφημιστικές δραστηριότητες και αφετέρου οι παρεμβάσεις και τα μέτρα για τη μείωση του καπνίσματος» και κάλεσε την Επιτροπή «να μελετήσει τις καλύτερες πρακτικές που εφαρμόζονται στα κράτη μέλη για τη μείωση της συνήθειας του καπνίσματος και την αξιολόγηση του αντικτύπου της».

19. Το Συμβούλιο εν τέλει υιοθέτησε επίσημη κοινή θέση επί της δεύτερης προτάσεως οδηγίας στις 12 Φεβρουαρίου 1998²⁹, βάσει ενός αναθεωρημένου σχεδίου που υπέβαλε η Επιτροπή στις 11 Δεκεμβρίου 1997³⁰. Η κοινή θέση αυτή προσέθεσε τα άρθρα 57, παράγραφος 2, και 66 της Συνθήκης στο άρθρο 100 Α ως νομική βάση και περιείχε ορισμένες αιτιολογικές σκέψεις οι οποίες είχαν ως σκοπό να εκφράσουν τη μεταβολή

22 — COM(91) 111 τελικό, ΕΕ 1991, C 167, σ. 3. Η Επιτροπή υπέβαλε ένα ελαφρώς τροποποιημένο κείμενο στις 30 Απριλίου 1992, COM(92) 196 τελικό, ΕΕ 1992, C 129, σ. 5.

23 — Άρθρο 2 της δεύτερης προτάσεως οδηγίας.

24 — Άρθρο 3 της δεύτερης προτάσεως οδηγίας.

25 — Άρθρο 5 της δεύτερης προτάσεως οδηγίας.

26 — Ορισμένες αντιπροσωπεύες στην ομάδα εργασίας «Υγεία» του Συμβουλίου και η επιτροπή οικονομικής, νομισματικής και βιομηχανικής πολιτικής του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου. Παρόμοιες αμφιβολίες φέρεται ότι εξέφρασε η Νομική Υπηρεσία του Συμβουλίου σε μια γνωμοδότηση της 3ης Δεκεμβρίου 1993. Βλ. τα σχόλια μου στο σημείο 76 κατωτέρω όσον αφορά τη χρήση αυτής της νομικής γνωμοδότησεως.

27 — Ομιλίες ενώπιον του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου εκ μέρους της Επιτροπής Β. Παπανδρέου τον Νοέμβριο του 1991 και στις 16 Ιανουαρίου 1992· παρατηρήσεις του Επιτρόπου Ρ. Φλυνν στις 22 Δεκεμβρίου 1994, κατά το Συμβούλιο των Υπουργών Υγείας ομίλια του Επιτρόπου Ρ. Φλυνν στις 3 Οκτωβρίου 1996, στο ευρωπαϊκό συνέδριο για τον καπνό και την υγεία· ομίλια του Επιτρόπου Ρ. Φλυνν στις 5 Δεκεμβρίου 1997, ως απάντηση στη συμφωνία περί κοινής θέσεως του Συμβουλίου.

28 — ΕΕ 1996, C 374, σ. 4.

29 — ΕΕ 1998, C 91, σ. 34.

30 — SN4883/1/97.

των όρων της προτεινομένης απαγορεύσεως όσον αφορά την έμμεση διαφήμιση, το κάπως ευρύτερο πεδίο της εξαιρέσεως για τη διαφήμιση στα σημεία πωλήσεως και την εφαρμογή της στην επαγγελματική επικοινωνία και την επέκταση της απαγορεύσεως στη χορηγία εκδηλώσεων ή δραστηριοτήτων³¹. Προσέθεσε επίσης αιτιολογικές σκέψεις αφορώσες τα άλλα μέτρα στο πλαίσιο της εσωτερικής αγοράς τα οποία άπτονται είτε της διαφήμισεως είτε των προϊόντων καπνού (δηλαδή τις οδηγίες 89/622/ΕΟΚ, όπως τροποποιήθηκε, 90/239/ΕΟΚ και 92/28/ΕΟΚ). Κυρίως, τουλάχιστον κατά την άποψη βαλλόντων κατά της οδηγίας, η κοινή πρόταση παρέλειψε τρεις αιτιολογικές σκέψεις από προηγούμενα σχέδια της οδηγίας:

ζήτημα προτεραιότητας την καταπολέμηση του νικωτινισμού·

ότι κάθε χρόνο, στα κράτη μέλη της Ευρωπαϊκής Κοινότητας, η κατανάλωση των προϊόντων καπνού αποτελεί πολύ σημαντικό παράγοντα θνησιμότητας.»

20. Το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο ενέκρινε την κοινή θέση στις 13 Μαΐου 1998³² και η οδηγία εγκρίθηκε στο πλαίσιο του Συμβουλίου των Υπουργών Έρευνας στις 22 Ιουνίου 1998. Η Γερμανία ψήφισε κατά της εγκρίσεώς της.

«ότι το Ευρωπαϊκό Συμβούλιο υπογράμμισε στο Μιλάνο, στις 28 και 29 Ιουνίου 1985, το ενδιαφέρον να προωθηθεί ένα ευρωπαϊκό πρόγραμμα ενεργειών κατά του καρκίνου·

iv) *Περίληψη της οδηγίας περί διαφήμισεως*

21. Κατωτέρω παρατίθενται οι τέσσερις πρώτες αιτιολογικές σκέψεις της οδηγίας, όπως εγκρίθηκε:

ότι το Συμβούλιο κι οι εκπρόσωποι των κυβερνήσεων των κρατών μελών, που συνήλθαν στα πλαίσια του Συμβουλίου, στο ψήφισμά τους της 7ης Ιουλίου 1986 σχετικά με ένα πρόγραμμα δράσης των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων κατά του καρκίνου, καθόρισαν ως στόχο του προγράμματος αυτού τη συνεισφορά στη βελτίωση της υγείας και της ποιότητας ζωής των πολιτών της Κοινότητας περιορίζοντας τον αριθμό των περιπτώσεων καρκίνου και, για τον λόγο αυτό, θεώρησαν

«1) ότι υπάρχουν διαφορές μεταξύ των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων των κρατών μελών σχετικά με τη διαφήμιση και τη χορηγία υπέρ των προϊόντων καπνού· ότι επειδή

31 — Βλ., αμέσως κατωτέρω, την ανάλυση των όρων που χρησιμοποιεί η οδηγία.

32 — Ωστόσο, η επιτροπή νομικών θεμάτων και δικαιωμάτων των πολιτών, του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου, απέρριψε στις 16 Απριλίου 1998 τη νομική βάση της δεύτερης προτάσεως οδηγίας, όπως τροποποιήθηκε.

αυτή η διαφήμιση και αυτή η χορηγία ξεπερνούν τα σύνορα των κρατών μελών, οι εν λόγω διαφορές είναι τέτοιες ώστε να παρεμποδίζουν την κυκλοφορία των προϊόντων, που αποτελούν τα μέσα των ανωτέρω δραστηριοτήτων, και την ελεύθερη παροχή των σχετικών υπηρεσιών καθώς και να στρεβλώνουν τον ανταγωνισμό και να αποτελούν με τον τρόπο αυτό εμπόδιο στη λειτουργία της εσωτερικής αγοράς.

- 2) ότι θα πρέπει να καταργηθούν τα εμπόδια αυτά και, προς το σκοπό αυτό, να επιδιωχθεί η προσέγγιση των κανόνων σχετικά με τη διαφήμιση και τη χορηγία υπέρ των προϊόντων καπνού, αφήνοντας παράλληλα στα κράτη μέλη τη δυνατότητα να καθορίζουν, υπό ορισμένες προϋποθέσεις, τις απαιτήσεις που κρίνουν αναγκαίες για την εξασφάλιση της προστασίας της υγείας των ατόμων.
- 3) ότι, σύμφωνα με το άρθρο 100 Α, παράγραφος 3, της Συνθήκης, η Επιτροπή, στις προτάσεις της που προβλέπονται στην παράγραφο 1 στους τομείς της υγείας, της ασφάλειας, της προστασίας του περιβάλλοντος και της προστασίας των καταναλωτών, βασίζεται σε υψηλό επίπεδο προστασίας.
- 4) ότι, κατά συνέπεια, η παρούσα οδηγία πρέπει να λάβει δεόντως υπόψη την προστασία της υγείας των ατόμων και ειδικότερα των νέων για τους οποίους η διαφήμιση διαδραματίζει βασικό ρόλο στη διάδοση του καπνού.»

Η πέμπτη αιτιολογική σκέψη αναφέρεται στο ότι οι οδηγίες 89/662/ΕΟΚ και 90/239/ΕΟΚ εκδόθηκαν ήδη βάσει του άρθρου 100 Α. Η έκτη αιτιολογική σκέψη αναφέρεται στην οδηγία 92/28/ΕΟΚ, για τη διαφήμιση των φαρμάκων που προορίζονται για ανθρώπους, και εκθέτει ότι η διαφήμιση που αφορά τα προϊόντα για τη διακοπή του καπνίσματος δεν υπάγεται στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας περί διαφημίσεως. Η έβδομη αιτιολογική σκέψη αφορά τις διάφορες εξαιρέσεις από την απαγόρευση της διαφημίσεως των προϊόντων καπνού (άρθρο 3, παράγραφος 5) και προσθέτει ότι «τα κράτη μέλη είναι αρμόδια να λαμβάνουν, αν χρειάζεται, κατάλληλα μέτρα» (βλ., επίσης, άρθρο 5). Η όγδοη και η ένατη αιτιολογική σκέψη εκθέτουν, μεταξύ άλλων, τα εξής:

- «8) ότι, λαμβανομένης υπόψη της υπάρχουσας αλληλεξάρτησης μεταξύ όλων των μέσων προφορικής, γραπτής, έντυπης, ραδιοφωνικής ή τηλεοπτικής και κινηματογραφικής διαφήμισης και προκειμένου να αποφευχθεί οποιοσδήποτε κίνδυνος στρέβλωσης του ανταγωνισμού και καταστρατήγησης της νομοθεσίας, η παρούσα οδηγία πρέπει να καλύπτει κάθε μορφή και κάθε μέσο διαφήμισης εκτός από την τηλεοπτική διαφήμιση που καλύπτεται ήδη από την οδηγία 89/552/ΕΟΚ του Συμβουλίου (...)

- 9) ότι όλες οι μορφές έμμεσης διαφήμισης και χορηγίας καθώς και η δωρεάν διανομή έχουν το ίδιο αποτέλεσμα με την άμεση διαφήμιση και ότι, κατά συνέπεια, θα πρέπει, χωρίς να θίγεται η θεμελιώδης

αρχή της ελευθερίας της έκφρασης³³, να υποβληθούν σε ρύθμιση, συμπεριλαμβανομένων των έμμεσων μορφών διαφήμισης οι οποίες, μολονότι δεν αναφέρονται άμεσα το προϊόν καπνού, χρησιμοποιούν κάποιο όνομα, σήμα, σύμβολο ή κάθε άλλο διακριτικό στοιχείο που χρησιμοποιείται για τα προϊόντα καπνού· ότι, ωστόσο, τα κράτη μέλη μπορούν να αναβάλουν την εφαρμογή των διατάξεων αυτών για να επιτραπεί η προσαρμογή των εμπορικών πρακτικών και η αντικατάσταση της χορηγίας υπέρ των προϊόντων καπνού από άλλες κατάλληλες μορφές υποστήριξης.»

22. Το άρθρο 1 της οδηγίας ορίζει τα εξής:

«Σκοπός της παρούσας οδηγίας είναι η προσέγγιση των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων των κρατών μελών όσον αφορά τη διαφήμιση και τη χορηγία υπέρ των προϊόντων καπνού.»

Το άρθρο 2 της οδηγίας προβλέπει, μεταξύ άλλων, τους εξής ορισμούς:

Η δέκατη αιτιολογική σκέψη αφορά τη δυνατότητα (βλ. άρθρο 3, παράγραφος 2) να εξακολουθήσει να επιτρέπεται, υπό ορισμένους όρους, η χρήση ονόματος το οποίο συνδέεται και με προϊόντα καπνού για τη διαφήμιση προϊόντων διαφοροποίησεως — ασχέτων προς το κάπνισμα προϊόντων ή υπηρεσιών που φέρουν ονόματα, σήματα, σύμβολα ή άλλα διακριτικά στοιχεία συνδεόμενα με τα προϊόντα καπνού — «με την επιφύλαξη της ρύθμισης της διαφήμισης των προϊόντων καπνού»³⁴. Η ενδέκατη αιτιολογική σκέψη αφορά τη δυνατότητα σταδιακότερης καταργήσεως της χορηγίας (βλ. άρθρο 6, παράγραφος 3) και προβλέπει ότι αυτή η υπάρχουσα χορηγία «θα πρέπει να περιλαμβάν[ει] κάθε μέσο επίτευξης του σκοπού της χορηγίας όπως αυτή ορίζεται στην παρούσα οδηγία».

«1. “προϊόντα καπνού”: όλα τα προϊόντα που προορίζονται για κάπνισμα, εισρόφιση από τη μύτη, εκμύζηση ή μάσηση, εφόσον αποτελούνται, έστω και εν μέρει, από καπνό·

2. “διαφήμιση”: κάθε μορφή εμπορικής ανακοίνωσης με σκοπό ή με άμεσο ή έμμεσο αποτέλεσμα την προώθηση ενός προϊόντος καπνού, συμπεριλαμβανομένης της διαφήμισης η οποία, χωρίς να αναφέρεται άμεσα στο προϊόν καπνού, προσπαθεί να παρακάμψει την απαγόρευση διαφήμισης χρησιμοποιώντας ονόματα, σήματα, σύμβολα ή άλλα διακριτικά στοιχεία προϊόντων καπνού·

3. “χορηγία”: οποιαδήποτε δημόσια ή ιδιωτική συμβολή σε εκδήλωση ή δρα-

33 — Η αναφορά αυτή στην ελευθερία της έκφρασεως προστέθηκε μετά την εν μέρους της Επιτροπής υποβολή του αναθεωρημένου κειμένου της δεύτερης προτάσεως οδηγίας στις 11 Δεκεμβρίου 1997.

34 — Στην τροποποιημένη πρόταση που υπέβαλε η Επιτροπή στις 11 Δεκεμβρίου 1997, η επιφύλαξη αυτή αφορούσε την «απαγόρευση της διαφήμισεως των προϊόντων καπνού» (η υπογράμμιση δική μου).

στηριότητα, με σκοπό ή με άμεσο ή έμμεσο αποτέλεσμα την προώθηση ενός προϊόντος καπνού.» (...)

Το άρθρο 3, παράγραφοι 1, 2 και 4, της οδηγίας ορίζει τα εξής:

«1. Με την επιφύλαξη της οδηγίας 89/552/ΕΟΚ, απαγορεύεται κάθε μορφή διαφήμισης ή χορηγίας εντός της Κοινότητας.

2. Η παράγραφος 1 δεν εμποδίζει ένα κράτος μέλος να επιτρέπει τη χρήση ενός ονόματος το οποίο χρησιμοποιείται ήδη, καλόπιστα, συγχρόνως για προϊόντα καπνού και για άλλα προϊόντα ή υπηρεσίες που διετίθεντο στο εμπόριο ή προσεφέροντο από μία ή διαφορετικές επιχειρήσεις, πριν από τις 30 Ιουλίου 1998, για τη διαφήμιση αυτών των άλλων προϊόντων ή υπηρεσιών.

Ωστόσο, το όνομα αυτό μπορεί να χρησιμοποιείται μόνον υπό μορφή σαφώς διακριτή από εκείνη που χρησιμοποιείται για το προϊόν καπνού, αποκλεισμένου οποιουδήποτε άλλου διακριτικού σημείου που έχει ήδη χρησιμοποιηθεί για προϊόν καπνού.

4. Απαγορεύεται κάθε δωρεάν διανομή που αποσκοπεί ή που έχει ως άμεσο ή έμμεσο αποτέλεσμα την προώθηση προϊόντων καπνού.»

23. Το άρθρο 3, παράγραφος 3, στοιχείο β', της οδηγίας, όπως και η παράγραφος 2 του άρθρου αυτού, αφορά προφανώς τη διαφήμιση των προϊόντων διαφοροποίησεως, αλλά δεν αποτελεί υπόδειγμα σαφηνείας. Ορίζει ότι η απαγόρευση της παραγράφου 1 δεν μπορεί να παρακαμφθεί, για οποιοδήποτε προϊόν ή υπηρεσία που διατίθεται ή προσφέρεται στην αγορά από τις 30 Ιουλίου 2001, με τη χρήση ονομάτων, σημάτων, συμβόλων ή άλλων διακριτικών στοιχείων που χρησιμοποιούνται ήδη για προϊόν καπνού. Από την αναφορά στο άρθρο 3, παράγραφος 1, προφανώς συνάγεται ότι ο ασαφής όρος «χρήση» σημαίνει τη χρήση ονόματος ή άλλου διακριτικού στοιχείου υπό την έννοια της διαφημίσεως ή της χορηγίας. «Προς τούτο», το εν λόγω διακριτικό στοιχείο «πρέπει να έχ[ει] μορφή σαφώς διακριτή από εκείνη που χρησιμοποιείται για το προϊόν καπνού». Ελλείψει περαιτέρω στοιχείων, θεωρώ ότι το σημείο αυτό της διατάξεως αφορά επίσης τη διαφήμιση και τη χορηγία και όχι μόνον την παρουσίαση του προϊόντος καθ' εαυτό. Οι αρχικές μου αμφιβολίες συναφώς διαλύθηκαν με τις απαντήσεις του Συμβουλίου και του Κοινοβουλίου κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση.

Το άρθρο 3, παράγραφος 5, ορίζει ότι η οδηγία δεν θα έχει εφαρμογή στις εξής περιπτώσεις:

«— στις ανακοινώσεις που προορίζονται αποκλειστικά για τους επαγγελματίες που ασχολούνται με το εμπόριο καπνού,

— στην παρουσίαση των προς πώληση προϊόντων καπνού και στην αναγραφή της τιμής τους στα σημεία πώλησης καπνού,

— στη διαφήμιση που απευθύνεται στους αγοραστές και βρίσκεται στα ειδικά καταστήματα πώλησης προϊόντων καπνού και στην προθήκη τους ή, όταν πρόκειται για καταστήματα πώλησης διαφόρων ειδών ή υπηρεσιών, στους ειδικούς χώρους πώλησης προϊόντων καπνού καθώς και στα σημεία πώλησης τα οποία, στην Ελλάδα, υπάγονται σε ειδικό σύστημα χορήγησης άδειας για κοινωνικούς λόγους (καλούμενα “περίπτερα”),

— στην πώληση εντύπων που περιέχουν διαφημίσεις για τα προϊόντα καπνού και τα οποία εκδίδονται και τυπώνονται σε τρίτες χώρες, εφόσον τα έντυπα αυτά δεν προορίζονται κυρίως για την κοινοτική αγορά.»

24. Το άρθρο 4 της οδηγίας αφορά τα μέσα για την εξασφάλιση και τον έλεγχο της εφαρμογής των εθνικών διατάξεων που θεσπίζονται στο πλαίσιο της οδηγίας και δεν αποτελεί αντικείμενο της ένδικης διαφοράς.

Το άρθρο 5 της οδηγίας ορίζει τα εξής:

«Η παρούσα οδηγία δεν θίγει την ευχέρεια των κρατών μελών να επιβάλλουν, τηρουμένης της Συνθήκης, αυστηρότερες προϋποθέσεις τις οποίες κρίνουν αναγκαίες για να εξασφαλιστεί η προστασία της υγείας των προσώπων σε θέματα διαφήμισης ή χορηγίας προϊόντων καπνού.»

25. Το άρθρο 6, παράγραφος 1, ορίζει ότι τα κράτη μέλη θέτουν σε ισχύ τις απαιτούμενες νομοθετικές, κανονιστικές και διοικητικές διατάξεις προκειμένου να συμμορφωθούν με την οδηγία το αργότερο στις 30 Ιουλίου 2001. Το άρθρο 6, παράγραφος 3, ορίζει, μεταξύ άλλων, τα εξής:

«Τα κράτη μέλη μπορούν να αναβάλουν την εφαρμογή του άρθρου 3, παράγραφος 1,

— κατά ένα έτος όσον αφορά τον Τύπο,

— κατά δύο έτη όσον αφορά τις χορηγίες.»

Σε εξαιρετικές και δεόντως αιτιολογημένες περιπτώσεις τα κράτη μέλη μπορούν, υπό ορισμένους όρους οι οποίοι δεν συζητήθηκαν στις υπό κρίση υποθέσεις, να εξακολουθήσουν να επιτρέπουν την ήδη υπάρχουσα χορηγία εκδηλώσεων ή δραστηριοτήτων που διοργανώνονται σε παγκόσμιο επίπεδο για συμπληρωματική περίοδο τριών ετών που λήγει το αργότερο την 1η Οκτωβρίου 2006.

III — Επί του παραδεκτού

26. Είναι απαραίτητο, πριν εξετάσω τα σχετικά με την ουσία ζητήματα, να ασχοληθώ με δύο επιχειρήματα που προέβαλαν το Συμβούλιο, το Κοινοβούλιο και η Γαλλία με τις παρατηρήσεις τους στην υπόθεση Imperial Tobacco σχετικά με το παραδεκτό της αιτήσεως για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως που υπέβαλε το εθνικό δικαστήριο.

27. Με τις παρατηρήσεις του στην υπόθεση Imperial Tobacco, το Κοινοβούλιο αναφέρθηκε στους ισχυρισμούς των καθών της κύριας δίκης ότι η αίτηση δικαστικού ελέγχου της νομιμότητας ήταν γενικής ή υποθετικής φύσεως, δεδομένου ότι αφορούσε εθνική εκτελεστική πράξη η οποία δεν είχε ακόμη αρχίσει να ισχύσει και η οποία, επομένως, δεν ήταν δεκτική δικαστικού ελέγχου νομιμότητας και ότι ήταν δυνατόν να αμφισβητηθεί το κύρος οδηγίας σε εθνική δίκη μόνον όταν το ζήτημα ανέκλυπτε ως παρεμπίπτον. Το εθνικό δικαστήριο προφανώς ήταν της γνώμης ότι ήταν δίκαιο και σκόπιμο, σύμφωνα με το Order 53, Rule 1, παράγραφος 2, των Rules of the Supreme Court, να εκδώσει ανα-

γνωριστική απόφαση προς άρση της αβεβαιότητας. Η υπόθεση δεν αφορούσε «αμυγώς αφηρημένα ζητήματα», αλλά «μελλοντικά δικαιώματα» ως προς τα οποία μπορούσε να παρασχεθεί ένδικη προστασία στο πλαίσιο δίκης *quia timet*³⁵.

28. Το Κοινοβούλιο αναφέρθηκε στην υποχρέωση του εθνικού δικαστηρίου, όταν κρίνει επί της αναγκαιότητας της εκδόσεως προδικαστικής αποφάσεως προκειμένου να είναι σε θέση να εκδώσει την απόφασή του, να λαμβάνει υπόψη του το γεγονός ότι το Δικαστήριο δεν εκδίδει συμβουλευτικές γνωμοδοτήσεις επί γενικών ή υποθετικών θεμάτων³⁶ και επισήμανε ότι, παρά το παραδεκτό της προδικαστικής παραπομπής στο πλαίσιο μιας αρκετά παρεμφερούς εθνικής δίκης στην υπόθεση *Bosman*, η υπόθεση εκείνη «αφορούσε μια ορατή άμεση απειλή κατά κεκτημένων αμέσων δικαιωμάτων που απορρέουν από τη Συνθήκη, απειλή προερχόμενη από ιδιώτη», και όχι την αναμενόμενη συμμόρφωση ενός κράτους μέλους προς τις υποχρεώσεις του από τη Συνθήκη. Το Κοινοβούλιο ισχυρίστηκε ότι η δυνατότητα προσβολής ενώπιον των εθνικών δικαστηρίων των γενικών κοινοτικών πράξεων που δεν έχουν τεθεί σε εφαρμογή, η οποία καταλήγει στην υποβολή αιτήσεως για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως, ενδέχεται να μην περιλαμβάνεται στο σύστημα ένδικης προστασίας που καθιερώνει η Συνθήκη διότι καταστρατηγεί την επιταγή ότι, σε περίπτωση ευθείας προσφυγής από ιδιώτη, η προσβαλλομένη πράξη πρέπει να τον αφορά άμεσα και ατομικά. Το Συμβούλιο (υπο-

35 — Βλ. τη γνώμη του δικαστή Diplock στην υπόθεση *Rediffusion (Hong Kong) Ltd* κατά *Attorney General of Hong Kong* [1970] AC 1136, στη σ. 1158.

36 — Απόφαση της 15ης Δεκεμβρίου 1995, C-415/93, *Bosman* (Συλλογή 1995, σ. I-4921, σκέψεις 59 και 60).

στηριζόμενο από τη Γαλλία) προέβαλε παρεμφερείς ισχυρισμούς σχετικούς με τον υποθετικό χαρακτήρα της διαδικασίας³⁷ και με την πιθανότητα καταστρατηγήσεως των κριτηρίων για την απ' ευθείας προσβολή του κύρους κοινοτικών μέτρων βάσει του άρθρου 173 ΕΚ (νυν, κατόπιν τροποποίησης, άρθρου 230 ΕΚ) μέσω των εθνικών διαδικασιών.

29. Κατά την άποψή μου, ορθώς το Κοινοβούλιο αναφέρθηκε στους ομοιότητες μεταξύ των ειδών εθνικών διαδικασιών που κατέληξαν σε προδικαστική παραπομπή στις υποθέσεις *Bosman* και *Imperial Tobacco*. Η αγωγή του *Bosman* με αίτημα να αναγνωριθεί ότι οι κανόνες περί ιθαγένειας των επαγγελματιών ποδοσφαιριστών δεν είχαν εφαρμογή επ' αυτού κρίθηκε παραδεκτή ενώπιον των βελγικών δικαστηρίων βάσει μιας διατάξεως του βελγικού Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας ο οποίος επέτρεπε την άσκηση αγωγών προς πρόληψη «της προσβολής δικαιώματος σοβαρώς απειλούμενου», δεδομένου ότι ο *Bosman* προσκόμισε πραγματικά στοιχεία περί του ότι η απειλούμενη ζημία, δηλαδή η παρακώλυση της σταδιοδρομίας του από τη ρήτρα ιθαγένειας, θα επερχόταν πράγματι³⁸. Έτσι, μολονότι η κύρια αγωγή ήταν απλώς αναγνωριστική και, δεδομένου ότι σκοπούσε στην πρόληψη, στηριζόταν επί φύσει αβεβαίων προβλέψεων, το γεγονός ότι το εθνικό δίκαιο επέτρεπε την άσκηση τέτοιων αγωγών σήμαινε ότι τα υποβληθέντα από το αιτούν δικαστήριο ερωτήματα ανταποκρίνονταν σε αντικειμενική ανάγκη για την επίλυση διαφορών των οποίων είχε νομοτύπως επιληφθεί³⁹. Ως εκ τούτου, η αίτηση εκδόσεως προδικαστικής αποφάσεως ήταν παραδεκτή

από την άποψη αυτή. Η ουσία είναι ότι στο εθνικό δικαστήριο απέκλειτο να κρίνει, σύμφωνα με το εθνικό δίκαιο, αν μπορούσε να ευδοκιμήσει αγωγή όπως η επίμαχη.

30. Η εθνική δίκη στην υπόθεση *Imperial Tobacco* αφορά επίσης έναν απειλούμενο κίνδυνο για τη μελλοντική άσκηση δικαιωμάτων εκ μέρους των αιτουσών καπνοβιομηχανιών. Η εκ μέρους του εθνικού δικαστηρίου εκτίμηση ότι υπάρχει δυνατότητα εκδόσεως αναγνωριστικής αποφάσεως πρέπει να θεωρηθεί ως ορθή ερμηνεία του εθνικού δικαίου. Οι διαφορές μεταξύ των δύο υποθέσεων στις οποίες παραπέμπει το Κοινοβούλιο ενισχύουν τον ισχυρισμό περί παραδεκτού στην υπό κρίση υπόθεση. Αν ληφθεί ως αφετηρία η υπόθεση ότι τα κράτη μέλη επιδιώκουν να συμμορφώνονται προς τις υποχρεώσεις που υπέχουν από τη Συνθήκη, το γεγονός ότι υποχρεούνται να θέσουν σε ισχύ τα αναγκαία μέτρα για την εφαρμογή της οδηγίας περί διαφημίσεως το αργότερο μέχρι τις 30 Ιουλίου 2000 και μπορούν, βεβαίως, να το πράξουν νωρίτερα⁴⁰ προσδίδει, αν μη τι άλλο, πιο συγκεκριμένο χαρακτήρα στην απειλή προς τα συμφέροντα των αιτούντων στην κύρια δίκη, ανάλογο προς αυτόν στην υπόθεση *Bosman*. Η δυνατότητα αναβολής της εφαρμογής ορισμένων διατάξεων της οδηγίας μέχρι την 1η Οκτωβρίου 2006 το αργότερο (σε εξαιρετικές περιπτώσεις όσον αφορά την ήδη υπάρχουσα χορηγία) μπορεί να απομακρύνει περισσότερο την απειλή χρονικώς, από ορισμένες απόψεις, αλλά ουδόλως την καθιστά περισσότερο υποθετική⁴¹. Επομένως, υπό τις συνθήκες αυτές, το Δικαστήριο δεν έχει λόγο

37 — Βλ. απόφαση της 16ης Ιουλίου 1992, C-83/91, *Meilicke* (Συλλογή 1992, σ. I-4871, σκέψη 25).

38 — Απόφαση *Bosman*, προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 36, σκέψεις 44 και 64.

39 — Ό.π., σκέψη 65.

40 — Οι οδηγίες παράγουν έννομα αποτελέσματα ως προς τα κράτη μέλη στα οποία απευθύνονται από τον χρόνο της κοινοποίησός τους (βλ. απόφαση της 18ης Δεκεμβρίου 1997, C-129/96, *Inter-Environnement Wallonie* (Συλλογή) 1996, σ. I-7411, σκέψεις 41 και 44).

41 — Βλ. τις προτάσεις του γενικού εισαγγελέα *Lenz* στην υπόθεση *Bosman*, προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 36, σημείο 99.

να αμφισβητήσει την κρίση του εθνικού δικαστηρίου ως προς την αναγκαιότητα εκδόσεως προδικαστικής αποφάσεως επί του υποβληθέντος ερωτήματος προκειμένου να είναι σε θέση να εκδώσει την απόφασή του⁴².

31. Θα εξετάσω τώρα τον άλλο ισχυρισμό, ότι δηλαδή η αίτηση για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως επί της εγκυρότητας δεν πρέπει να καθιστά δυνατή την καταστράτηγηση των κανόνων περί εννόμου συμφέροντος τους οποίους περιέχει το άρθρο 173 της Συνθήκης. Πράγματι, το Δικαστήριο έχει αποκλείσει τη δυνατότητα καταστράτηγησης, μέσω αιτήσεως για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως επί του κύρους ενός κοινοτικού μέτρου, της προθεσμίας για την άσκηση προσφυγής ακυρώσεως δυνάμει της διατάξεως εκείνης εκ μέρους διαδίκων ως προς τους οποίους «δεν χωρεί αμφιβολία» ότι μπορούσαν να ασκήσουν την εν λόγω προσφυγή⁴³. Το Συμβούλιο, το Κοινοβούλιο και η Γαλλία προφανώς επιδιώκουν να επεκτείνουν την εφαρμογή αυτής της εξαιρετικής αποφάσεως ώστε τα άτομα προς τα οποία δεν απευθύνεται ένα κοινοτικό μέτρο γενικής εφαρμογής και τα οποία το μέτρο αυτό δεν αφορά άμεσα και ατομικά να μην είναι σε θέση να αμφισβητήσουν το κύρος του ενώπιον των εθνικών δικαστηρίων, προκειμένου να εκδώσει προδικαστική απόφαση το Δικαστήριο των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων.

32. Στην απόφαση Universität Hamburg το Δικαστήριο παρατήρησε ότι μια απόφαση εθνικής αρχής αποτελούσε το μόνο μέτρο το οποίο το προσφεύγον της κύριας δίκης στην υπόθεση εκείνη μπορούσε να προσβάλει ενώπιον των εθνικών δικαστηρίων «χωρίς να

συναντήσει δυσχέρειες στην απόδειξη του έννομου συμφέροντός του» και έκρινε ότι «[σ]ύμφωνα με γενική αρχή του δικαίου, έκφραση της οποίας αποτελεί το άρθρο 184 της Συνθήκης ΕΟΚ, ο αιτών πρέπει να έχει τη δυνατότητα, στο πλαίσιο προσφυγής ασκούμενης σύμφωνα με το εθνικό δίκαιο κατά της απορρίψεως της αιτήσεώς του, να προτείνει την παρανομία της αποφάσεως της Επιτροπής, η οποία αποτελεί το έρεισμα της εθνικής αποφάσεως που ελήφθη εις βάρος του»⁴⁴. Γενικότερα, στην απόφαση Les Verts κατά Κοινοβουλίου, το Δικαστήριο έκρινε ότι «[ό]ταν η (...) υλοποίηση [των πράξεων των κοινοτικών οργάνων] εμπίπτει στην αρμοδιότητα των εθνικών αρχών, [τα φυσικά και νομικά πρόσωπα] μπορούν να επικαλεστούν την ακυρότητα των πράξεων γενικής εφαρμογής ενώπιον των εθνικών δικαστηρίων, υποχρεώνοντάς τα να υποβάλουν στο Δικαστήριο σχετικά προδικαστικό ερώτημα»⁴⁵. Το Δικαστήριο παρατήρησε ότι το άρθρο 177 της Συνθήκης ΕΚ (νυν άρθρο 234 ΕΚ) ανήκει σε ένα «πλήρες σύστημα ενδίκων μέσων και διαδικασιών, το οποίο αποσκοπεί να αναθέσει στο Δικαστήριο τον έλεγχο της νομιμότητας των πράξεων των θεσμικών οργάνων» και έτσι προστατεύει «τα φυσικά και νομικά πρόσωπα από την εφαρμογή έναντι αυτών πράξεων γενικού περιεχομένου που δεν μπορούν να προσβάλουν απευθείας ενώπιον του Δικαστηρίου λόγω των ειδικών προϋποθέσεων περί παραδεκτού που καθορίζει το άρθρο 173, δεύτερη παράγραφος, της Συνθήκης»⁴⁶.

42 — Bosman, προπαρατεθείσα, σκέψη 59.

43 — Βλ. απόφαση της 9ης Μαρτίου 1994, C-188/92, TWD Textilwerke Deggendorf (Συλλογή 1994, σ. I-833, σκέψεις 24 και 25).

44 — Απόφαση της 27ης Σεπτεμβρίου 1983, 216/82 (Συλλογή 1983, σ. 2771, σκέψη 10).

45 — Απόφαση της 23ης Απριλίου 1986, 294/83 (Συλλογή 1986, σ. 1339, σκέψη 23, η υπογράμμιση δική μου). Θεωρώ ότι, δεδομένου ότι στην προηγούμενη περίοδο γίνεται μεία στα άτομα τα οποία οι πράξεις αφορούν άμεσα και ατομικά, είναι προφανές ότι η προϋπόθεση αυτή δεν ισχύει, κατά την άποψη του Δικαστηρίου, ως προς τα άτομα που νικούν τέτοιες δίκες ενώπιον των εθνικών δικαστηρίων.

46 — Οπ.π. Βλ. επίσης απόφαση της 2ης Απριλίου 1998, C-321/95 P, Greenpeace Council κ.λπ. κατά Επιτροπής (Συλλογή 1998, σ. I-1651, σκέψη 33), και τα σχόλιά μου συναφώς στα σημεία 71 έως 74 των προτάσεων μου στην υπόθεση επί της οποίας εκδόθηκε η απόφαση της 17ης Νοεμβρίου 1998, C-70/97 P, Kruidvat κατά Επιτροπής (Συλλογή 1998, σ. I-7183), και διάταξη του Πρωτοδικείου της 21ης Οκτωβρίου 1994, T-99/94, Asocame κατά Συμβουλίου (Συλλογή 1994, σ. II-871, σκέψη 17).

33. Κατά τη γνώμη μου, η υπόθεση Imperial Tobacco δεν αποτελεί περίπτωση ευθείας προσβολής της οδηγίας περί διαφημίσεως, μολονότι το κύρος της είναι ουσιώδες για το αποτέλεσμα της κύριας δίκης. Οι αιτούσες καπνοβιομηχανίες ζητούν να μην επιτραπεί στα αρμόδια μέλη της Κυβερνήσεως του Ηνωμένου Βασιλείου να υλοποιήσουν τη δηλωθείσα πρόθεσή τους που συνίσταται στη μεταφορά της οδηγίας στο εσωτερικό δίκαιο δια της εκδόσεως κανονιστικών αποφάσεων δυνάμει του άρθρου 2, παράγραφος 2, του European Communities Act του 1972. Προφανώς, το δικαίωμά τους να το πράξουν, βάσει νομοθετικής εξουσιοδοτήσεως, εξαρτάται από το κύρος της οδηγίας⁴⁷. Έτσι, το κύρος της οδηγίας επηρεάζει άμεσα ένα ζήτημα συνταγματικού δικαίου του Ηνωμένου Βασιλείου και αποτελεί παρεμπόδιον ως προς το ζήτημα αυτό, δηλαδή το αν οι καθού της κύριας δίκης έχουν εξουσιοδότηση για την έκδοση των μελετωμένων κανονιστικών αποφάσεων. Έτσι, δεν τίθεται θέμα αμφισβητήσεως του παραδεκτού της εκ μέρους του εθνικού δικαστηρίου αιτήσεως για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως για τον λόγο που προέβλεπαν το Συμβούλιο, το Κοινοβούλιο και η Γαλλία.

IV — Παρατηρήσεις ενώπιον του Δικαστηρίου

34. Γραπτές παρατηρήσεις κατέθεσαν ενώπιον του Δικαστηρίου, τόσο στην υπόθεση C-376/98 όσο και στην υπόθεση Imperial Tobacco, το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο, το

Συμβούλιο της Ευρωπαϊκής Ενώσεως, η Ομοσπονδιακή Δημοκρατία της Γερμανίας, η Γαλλική Δημοκρατία, η Δημοκρατία της Φινλανδίας, το Ηνωμένο Βασίλειο της Μεγάλης Βρετανίας και Βόρειας Ιρλανδίας και η Επιτροπή των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων. Γραπτές παρατηρήσεις κατέθεσαν επίσης στην υπόθεση Imperial Tobacco η Imperial Tobacco Ltd και οι λοιποί αιτούντες της κύριας δίκης καθώς και η Ιταλική Δημοκρατία. Μια κοινή επ' ακροατηρίου συζήτηση διεξήχθη και για τις δύο υποθέσεις στις 12 Απριλίου 2000, κατά την οποία εκπροσωπήθηκαν όλοι όσοι είχαν καταθέσει γραπτές παρατηρήσεις.

35. Στη συνοπτική παράθεση των επιχειρημάτων που ακολουθεί, η Γερμανία και οι αιτούσες της κύριας δίκης στην υπόθεση Imperial Tobacco θα καλούνται συλλογικώς «προσφεύγουσες». Τα κοινοτικά όργανα και τα λοιπά κράτη μέλη που κατέθεσαν παρατηρήσεις υπέρ του κύρους της οδηγίας περί διαφημίσεως θα καλούνται συλλογικώς «καθών». Κατά το μέτρο που φαίνεται αναγκαίο, εξετάζω στην ανάλυσή μου τα λεπτομερή πραγματικά και ερμηνευτικά επιχειρήματα των δύο πλευρών καθώς και τη νομολογία και το λοιπό υλικό που παραθέτουν. Στην περιληψη που ακολουθεί, εκθέτω τους ισχυρισμούς των προσφευγόντων με τη σειρά κατά την οποία σκοπεύω να τους εξετάσω στην ανάλυσή μου.

i) Νομική βάση και αρμοδιότητα

36. Οι προσφεύγουσες ισχυρίζονται ότι η Κοινότητα δεν ήταν αρμόδια να εκδώσει την

47 — Βλ. την απόφαση του δικαστή Wolf MR του Court of Appeal όσον αφορά την αίτηση ασφαλιστικών μέτρων προκειμένου να μην επιτραπεί στην Κυβέρνηση του Ηνωμένου Βασιλείου να μεταφέρει την οδηγία στο εσωτερικό δίκαιο πριν εκδοθεί απόφαση στην υπόθεση C-376/98: R κατά Secretary of State for Health and Others, ex parte Imperial Tobacco Ltd and others [2000] 1 All ER 572, σ. 575 επ.

οδηγία και οπωσδήποτε όχι βάσει των διατάξεων της Συνθήκης επί των οποίων πράγματι βασίστηκε ο νομοθέτης. Η Γερμανία ισχυρίζεται ότι η οδηγία εκδόθηκε κατά παράβαση της αρχής της αλληλεγγύης και της αλληλεγγύης. Κάθε διαφορετική εκτίμηση παραβιάζει την αρχή της κατανομής των αρμοδιοτήτων που καθιερώνει το άρθρο 3 Β της Συνθήκης ΕΚ (νυν άρθρο 5 ΕΚ). Ο λόγος αυτός ακυρώσεως συνίσταται σε δύο ευρείς αλληλένδετους ισχυρισμούς, τα δε στοιχεία που τους αποδεικνύουν είναι ουσιώδη και για τους λόγους ακυρώσεως περί παραβιάσεως των αρχών της αναλογικότητας και της επικουρικότητας, περί προσβολής θεμελιωδών δικαιωμάτων και περί παραβιάσεως του άρθρου 30 της Συνθήκης.

37. Ο πρώτος ισχυρισμός συνίσταται στο ότι η οδηγία αποτελεί, στην πραγματικότητα, μέτρο για την προστασία της δημόσιας υγείας, το αποτέλεσμα του οποίου στην εσωτερική αγορά, αν υπάρχει, είναι απλώς παρεπόμενο προς τον κύριο σκοπό του — ο οποίος προκύπτει από το περιεχόμενό του — που είναι η μείωση του καπνίσματος. Η δημόσια υγεία αποτελεί το κύριο παράγοντα για τις κοινοτικές πρωτοβουλίες που αφορούν τη διαφήμιση των προϊόντων καπνού από της ενάρξεως του προγράμματος «η Ευρώπη κατά του καρκίνου» το 1985. Το γεγονός ότι η προστασία της δημόσιας υγείας αποτελεί τον κύριο σκοπό της οδηγίας προκύπτει από τις υπάρχουσες αιτιολογικές της σκέψεις και από αυτές που καταργήθηκαν πριν από τη θέσπισή της, από το γεγονός ότι στη διαδικασία εκδόσεως μετέσχαν υπουργοί, επίτροποι και αξιωματούχοι υπεύθυνοι για τη δημόσια υγεία και από διάφορες δηλώσεις των αρμοδίων πολιτικών. Ο δικαστικός έλεγχος της νομιμότητας δεν περιορίζεται στην παράθεση των στόχων στο προσώμιο ενός μέτρου, το οποίο μπορεί

να διατυπωθεί κατά το δοκούν. Δεδομένου ότι το άρθρο 129 της Συνθήκης εξαιρεί ρητώς τα μέτρα εναρμονίσεως από τα μέτρα των οποίων τη λήψη αφορά, η Κοινότητα δεν ήταν αρμόδια να εκδώσει την οδηγία στηριζόμενη σε νομική βάση η οποία ήταν απλώς παρεπόμενη προς τον αληθή της σκοπό και το αληθές της περιεχόμενο.

38. Ο δεύτερος ισχυρισμός συνίσταται στο ότι, εν πάση περιπτώσει, η οδηγία δεν αποτελεί έγκυρο μέτρο της εσωτερικής αγοράς για διαφόρους λόγους. Πρώτον, δεν υπήρχε σημαντικό (ή δεν υπήρχε διόλου) διακρατικό εμπόριο είτε ως προς τις επίμαχες υπηρεσίες διαφήμισεως είτε ως προς τα επίμαχα διαφημιστικά μέσα, που αφορούσαν το εμπόριο εντός εκάστου κράτους μέλους, με αποτέλεσμα ότι οι διαφορετικές εθνικές νομοθεσίες δημιουργούσαν αμελητέα μόνον εν δυνάμει εμπόδια στο εμπόριο αυτό και δεν προκαλούσαν αισθητή στρέβλωση του ανταγωνισμού. Επί παραδείγματι, δεν υπάρχει εφημερίδα ή περιοδικό στην Κοινότητα το οποίο να πωλεί περισσότερο από το 5 % των αντιτύπων του εκτός του κράτους μέλους καταγωγής του και όντως δεν υπάρχει εφημερίδα ή περιοδικό που να υφίσταται περιορισμούς διότι περιέχει διαφημίσεις προϊόντων καπνού. Αν γίνονταν αντιληπτά κάποια εμπόδια θα μπορούσαν να αρθούν αν απαιτείτο η ελεύθερη κυκλοφορία των εφημερίδων, ανεξαρτήτως διαφημιστικού περιεχομένου. Δεύτερον, η οδηγία στην πραγματικότητα έχει ως αποτέλεσμα την πλήρη απαγόρευση της διαφήμισεως των προϊόντων καπνού — περίπου του 98 % της διαφήμισεως αυτής από πλευράς αξίας, περιλαμβανομένης της διαφήμισεως με αποτελέσματα μόνο στο εσωτερικό — πράγμα το οποίο συνεπάγεται εμπόδια στο ελεύθερο εμπόριο των σχετικών με τη διαφήμιση αγαθών και υπηρεσιών. Επιπλέον, η διαφήμιση των προϊόντων καπνού αντιπροσωπεύει μικρό μόνο μέρος της συνολι-

κής διαφημίσεως και οι κατά πολύ διαφορετικές προτιμήσεις στις διάφορες χώρες συνεπάγονται διαφοροποιημένες εγχώριες διαφημιστικές στρατηγικές που δεν εμπίπτουν στην διασυνοριακή παροχή υπηρεσιών ή παράδοση αγαθών. Έτσι, δεν υπάρχει σχεδόν κανένα πραγματικά διεθνές σήμα προϊόντων καπνού στην Κοινότητα.

39. Μολονότι οι περιορισμοί ή οι απαγορεύσεις ορισμένων προϊόντων ή υπηρεσιών μπορεί να είναι αναγκαίοι ως μέρος ενός γενικότερου ανοίγματος των αγορών, ο απόλυτος περιορισμός μιας οικονομικής δραστηριότητας δεν συμβιβάζεται με την επίτευξη της ελεύθερης κυκλοφορίας των αγαθών και παροχής των υπηρεσιών. Εν προκειμένω, το αποτέλεσμα είναι η εξάλειψη του ανταγωνισμού. Η απαγόρευση δεν αντισταθμίζεται από οφέλη σε άλλους διαφημιστικούς τομείς· ακόμη και όσον αφορά τις ασήμαντες εξαιρέσεις από την απαγόρευση της διαφήμισης, η οδηγία επιτρέπει ρητώς στα κράτη μέλη να τις περιορίζουν και αυτές χάριν της δημόσιας υγείας, με αποτέλεσμα ότι οι προβαλλόμενοι ως ίσοι όροι ανταγωνισμού μπορούν, παρά ταύτα, να στρεβλωθούν.

40. Η οδηγία περί διαφήμισης έχει επίσης θίγοντα τον ανταγωνισμό αποτελέσματα και συντελεί στον κατακερματισμό της αγοράς, καθιστώντας την πρόσβαση των νέων σημάτων προϊόντων καπνού — η οποία συνήθως επιτυγχάνεται μέσω της διαφήμισης

ως — σχεδόν αδύνατη. Η οδηγία ουδόλως δηλώνει ότι συμβάλλει στην ελεύθερη κυκλοφορία των προϊόντων καπνού. Στρεβλώνει επίσης των ανταγωνισμό μεταξύ των κοινοτικών μέσων μαζικής ενημερώσεως και των καταγομένων από τρίτες χώρες. Επιπλέον, στρεβλώνει τον ανταγωνισμό σε μια χωριστή «αυθύπαρκτη» αγορά, μεταξύ των προϊόντων που δεν εμπίπτουν στα προϊόντα καπνού — ενδυμάτων, προϊόντων καλλωπισμού κ.λπ. — τα οποία φέρουν σήματα σχετικά με τα προϊόντα καπνού (προϊόντων διαφοροποιήσεως) και αυτών που δεν φέρουν τέτοια σήματα.

41. Οι προσφεύγουσες επισημαίνουν, κατ' αρχήν, τη δυνατότητα καταχρηστικής επικλήσεως του άρθρου 100 Α προκειμένου να θεραπευθούν προβαλλόμενες στρεβλώσεις του ανταγωνισμού και ισχυρίζονται ότι η χρήση του άρθρου αυτού συναφώς πρέπει να περιορίζεται σε τομείς στους οποίους η Κοινότητα έχει και αρμοδιότητα *ratione materiae*. Διαφορετικά, δεδομένου του περιορισμένου πεδίου του δικαστικού ελέγχου της νομιμότητας, η ψηφοφορία με ειδική πλειοψηφία στο πλαίσιο του Συμβουλίου μπορεί να χρησιμοποιηθεί για να υπονομευθεί η κατανομή αρμοδιοτήτων μεταξύ της Κοινότητας και των κρατών μελών.

42. Τα καθόν ισχυρίζονται ότι η διαφήμιση των προϊόντων αποτελεί αντικείμενο κάποιου διασυνοριακού εμπορίου, τόσο υπηρεσιών, μέσω επί παραδείγματι της εκ μέρους πολυεθνικών εταιριών παραγγελίας ομοιόμορφων σημάτων, λογοτύπων, εικόνων, συνθημάτων και θεμάτων για τα προϊόντα καπνού, όσο και προϊόντων, μέσω του εμπορίου προϊόντων τα οποία λειτουργούν ως υποθέματα ή μέσα για τη διαφήμιση, όπως είναι οι εφημερίδες, οι πινακίδες ή οι αφίσες και οι διαφημίσεις για τους κινηματογράφους. Έτσι, σε κάποιο βαθμό, υπάρχουν

διεθνή σήματα προϊόντων καπνού και οι διαφημιστικές εκστρατείες διεξάγονται πέραν των συνόρων των κρατών μελών. Η ποσοτική εκτίμηση της εκτάσεως της απαγορεύσεως (επί παραδείγματι, σε ποσοστό 98 %) δεν μπορεί να πραγματοποιηθεί αποκλειστικά και μόνο βάσει της προηγούμενης επιτρεπομένης διαφημιστικής δραστηριότητας σε ένα σχετικώς φιλελεύθερο κράτος μέλος όπως είναι η Γερμανία. Οι περιορισμοί της διαφήμισης των προϊόντων καπνού οι οποίοι διαφέρουν κατά πολύ στα διάφορα κράτη μέλη και ποικίλλουν από την πλήρη απαγόρευση στη Φινλανδία, στην Ιταλία και στην Πορτογαλία έως τα σχετικά φιλελεύθερα συστήματα σε κράτη μέλη όπως η Γερμανία, αποτελούσαν εμπόδια τόσο στην παροχή υπηρεσιών διαφήμισης όσο και στην ελεύθερη κυκλοφορία των αγαθών. Ορισμένοι διάδικοι ισχυρίστηκαν επίσης ότι αυτές οι διαφορές ως προς τη νομοθεσία έθιγαν την ελεύθερη κυκλοφορία των προϊόντων καπνού καθ' εαυτών και τον μεταξύ τους ανταγωνισμό.

43. Η αναγκαία αντίδραση στα εμπόδια αυτά και στη συνακόλουθη στρέβλωση του ανταγωνισμού ήταν η προσέγγιση των εν λόγω εθνικών μέτρων. Κατά την προσέγγιση αυτή, επελέγη ρύθμιση υψηλών προδιαγραφών όσον αφορά την προστασία της υγείας, τόσο διότι ελήφθη υπόψη το υπάρχον, προφανώς ανάλογο προς τον επιδιωκόμενο σκοπό, αλλά ακόμη αυστηρότερο επίπεδο ρυθμίσεως σε ορισμένα κράτη μέλη όσο και διότι το άρθρο 100 Α, παράγραφος 3, και γενικότερα, το άρθρο 129, παράγραφος 1, τρίτο εδάφιο, το επιτάσσουν. Οι δύο αυτοί σκοποί αλληλοσυμπληρώνονταν ο σκοπός που αφορά τη προστασία της υγείας δεν αποδυναμώνει τον σχετικό με την εσωτερική αγορά σκοπό, ο οποίος ήταν αρκετός για να δικαιολογήσει τις παρατεθείσες νομικές βάσεις. Το άρθρο 100 Α της Συνθήκης δεν προϋπέθετε ανεξέλεγκτη χαλάρωση των εθνικών κανόνων. Η διάταξη αυτή επιτρέπει τη ρύθμιση της αγοράς ακόμη

και όταν δεν πρόκειται περί ελευθερώσεως. Επιπλέον, η ευρεία κανονιστική ρύθμιση ήταν αναγκαία προκειμένου να αποφευχθεί η καταστρατήγηση (και η στρέβλωση του ανταγωνισμού) δια της αυξήσεως της διαφήμισεως ή της χορηγίας σε μέσα μαζικής ενημερώσεως που δεν εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας, ακόμη και αν μερικά από αυτά ουδόλως αποτελούσαν αντικείμενο σημαντικού διασυνοριακού εμπορίου. Ακόμη και αμιγώς τοπικά μέσα μαζικής ενημερώσεως μπορούν να παρέχουν υπηρεσίες σε αλλοδαπά διαφημιστικά γραφεία ή σε αλλοδαπές καπνοβιομηχανίες. Υπάρχουν πολυάριθμες περιπτώσεις νομοθεσιών που επιβάλλουν πλήρη απαγόρευση σε ορισμένα αγαθά ή υπηρεσίες ή ρυθμίζουν αυστηρώς ορισμένες μορφές διαφήμισεως. Ωστόσο, το μέτρο δεν ισοδυναμούσε με πλήρη απαγόρευση της διαφήμισης των προϊόντων καπνού, τόσο λόγω των εξαιρέσεων του άρθρου 5, όσον και λόγω της παρεχομένης στα κράτη μέλη ευχερείας να μην απαγορεύουν τη διαφήμιση των προϊόντων διαφοροποιήσεως.

44. Έτσι, για τις λοιπές, επιτρεπόμενες μορφές διαφήμισεως, μπορεί να θεωρηθεί ότι δημιουργήθηκαν συνθήκες ισότητας, επιτρέπουσες στους παρέχοντες υπηρεσίες διαφήμισεως και στους παραγωγούς και διανομείς διαφημιστικών μέσων να ανταγωνίζονται ο ένας τον άλλον ελεύθερα, βάσει κοινών κανόνων. Δεν υπάρχει κριτήριο συνιστάμενο στο μέγεθος της ωφελείας για την εσωτερική αγορά ή στο μέγεθος των προηγούμενων υπαρχόντων εμποδίων στο εμπόριο, το οποίο πρέπει να πληρούται για να επιτραπεί η λήψη μέτρων εναρμονίσεως. Εν ολίγοις, τα μέτρα της εσωτερικής αγοράς δεν εξαρτώνται από κριτήριο de minimis. Τούτο έχει σημασία μόνο για το ζήτημα της αναλογικότητας. Η εναρμόνιση αυτή είναι επιτρεπτή προς αντιμετώπιση μόνον εν δυνάμει απειλών, ακόμη και αν δεν απειλείται περιορισμός του εμπο-

ρίου ή στρέβλωση του ανταγωνισμού σε αισθητό βαθμό. Ο περιορισμός της προσβάσεως σε ορισμένα διαφημιστικά μέσα δεν αποτελεί απειλή για τη διείσδυση νέων σημάτων προϊόντων καπνού στην αγορά. Το ζήτημα αν οι στρεβλώσεις του ανταγωνισμού είναι αισθητές ασκεί επιρροή μόνον από πλευράς του άρθρου 100 της Συνθήκης.

ii) *Επικουρικότητα*

46. Οι προσφεύγουσες ισχυρίζονται ότι, ακόμη και αν η Κοινότητα είναι αρμόδια να ενεργήσει στηριζόμενη στη νομική βάση της οποίας έγινε επίκληση, πράγμα το οποίο αρνούνται, η αρμοδιότητά της είναι συντρέχουσα με αυτή των κρατών μελών. Ο νομοθέτης δεν τήρησε τις κατευθυντήριες γραμμές για την εφαρμογή της αρχής της επικουρικότητας ως προς τις οποίες συμφώνησε το Ευρωπαϊκό Συμβούλιο στο Εδιμβούργο το 1992⁴⁸ ή τη διοργανική συμφωνία του 1993 μεταξύ του Συμβουλίου, του Κοινοβουλίου και της Επιτροπής σχετικά με τις διαδικασίες για την εφαρμογή της αρχής της επικουρικότητας⁴⁹. Ειδικότερα, δεν αναφέρθηκε στην αρχή της επικουρικότητας στο προσέμιο της οδηγίας. Επιπλέον, δεν παρασχέθηκαν ποιοτικά ή ποσοτικά στοιχεία αποδεικνύοντα την ανάγκη κοινοτικής δράσεως. Ελλείπει σημαντικό διασυννοριακό στοιχείο και υπό το πρίσμα των ουσιωδών διαφορών μεταξύ των κρατών, η ρύθμιση της διαφημίσεως πρέπει να εξακολουθήσει να αποτελεί αρμοδιότητα των κρατών μελών. Η μη εφαρμογή της αρχής της επικουρικότητας σε δράση αναληφθείσα δυνάμει του άρθρου 100 Α της Συνθήκης σχεδόν εκμηδενίζει τη σπουδαιότητα της αρχής αυτής.

45. Η οδηγία σαφώς αποτελεί μάλλον μέτρο της εσωτερικής αγοράς και όχι μέτρο το οποίο σκοπεί πρωταρχικώς στην προστασία της υγείας και, επομένως, τα άρθρα 57, παράγραφος 2, και 66 (σχετικά με τις υπηρεσίες) και 100 Α της Συνθήκης αποτελούν την ορθή νομική βάση. Τούτο προκύπτει από τον σκοπό και το περιεχόμενο της οδηγίας, όπως αυτά απορρέουν, αντικειμενικώς, από τις αιτιολογικές σκέψεις και τις διατάξεις της. Τούτο δεν αντικρούεται από απλά υποκειμενικά στοιχεία ως προς τις πεποιθήσεις του νομοθέτη, σταχυολογηθέντα από τις προπαρασκευαστικές εργασίες, οι οποίες απλώς αποτελούν μέρος του πλαισίου στο οποίο εντάσσεται η οδηγία. Παράγοντες όπως η σύνθεση του Συμβουλίου ή το γενικό αντικείμενο των ομάδων εργασίας δεν ασκούν επιρροή. Επομένως, δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι το κέντρο βάρους της οδηγίας εντοπίζεται σε κάποιο διαφορετικό σημείο και όχι στην υλοποίηση της εσωτερικής αγοράς ή ότι οι διατάξεις της έχουν απλώς παρεπόμενη ή επικουρική σχέση με την εγκαθίδρυση και λειτουργία της. Ο αποκλεισμός των μέτρων εναρμονίσεως τον οποίο προβλέπει το άρθρο 129, παράγραφος 4, της Συνθήκης δεν θίγει το πεδίο εφαρμογής του άρθρου 100 Α, το οποίο έχει μόνον τα όρια που θέτει ρητώς το άρθρο 100 Α.

47. Το κύριο επιχείρημα των καθών είναι ότι η αρμοδιότητα για τον συντονισμό ή την προσέγγιση των νομοθεσιών την οποία απονέμουν στην Κοινότητα τα άρθρα 57, παράγραφος 2, και 100 Α της Συνθήκης έχει εγγενώς αποκλειστικό χαρακτήρα και, επομένως, η επικουρικότητα αυτομάτως δεν έχει εφαρμογή. Εν πάση περιπτώσει, αν η αρχή

⁴⁸ — Δελτίο ΕΚ, 12/92, σ. 9.

⁴⁹ — Δελτίο ΕΚ, 10/93, σ. 129.

αυτή είχε εφαρμογή, είναι σαφές ότι τα κράτη μέλη δεν είναι σε θέση να επιτύχουν τους σκοπούς της οδηγίας που συνίστανται στην εξάλειψη των στρεβλώσεων του ανταγωνισμού και των εμποδίων στο διασυνοριακό εμπόριο διαφημιστικών μέσων και υπηρεσιών διαφήμισης και, επομένως, ήταν αναγκαίο να ενεργήσει η Κοινότητα. Ο νομοθέτης σαφώς εκτίμησε και δικαιολόγησε την ανάγκη κοινοτικής δράσεως ως αντίδραση στους διαφορετικούς εθνικούς κανόνες. Επιπλέον, η οδηγία αφήνει στα κράτη μέλη σημαντικό περιθώριο ελιγμών από πολλές απόψεις.

iii) Αναλογικότητα

48. Όσον αφορά τον δηλωθέντα σκοπό της οδηγίας που έγκαιρα στη συμβολή στην υλοποίηση της εσωτερικής αγοράς, οι προσφεύγουσες ισχυρίζονται ότι τα αποτελέσματα μιας σχεδόν πλήρους απαγορεύσεως θα είναι είτε ασήμαντα είτε επιζήμια, για τους ανωτέρω εκτεθέντες λόγους. Η αξιολόγηση της αγοράς στις αιτιολογικές σκέψεις, λόγω του υποθετικού της χαρακτήρα, δεν παρέσχε τα αναγκαία στοιχεία για την απόδειξη της αναλογικότητας. Η απαγόρευση περιορίζει το εμπόριο χωρίς να αίρει πραγματικά εμπόδια ή στρεβλώσεις, με αποτέλεσμα ότι δεν είναι αναγκαία ούτε επαρκής. Ο νομοθέτης έσφαλε κρίνοντας ότι η οδηγία θα είχε ως αποτέλεσμα τη μείωση της καταναλώσεως καπνού, διότι η διαφήμιση συμβάλλει στην εξασφάλιση του μεριδίου μιας καπνοβιομηχανίας στην αγορά και όχι στην αύξηση του αριθμού των καπνιστών. Πράγματι, ουδεμία ειδικευμένη μελέτη πραγματοποιήθηκε όσον αφορά το πιθανό αποτέλεσμα ως προς το κάπνισμα μιας απαγορεύσεως της διαφήμισης, περιλαμβανομένης της διαφήμισης των προϊόντων διαφοροποίησε,

παρά το σχετικό αίτημα του Συμβουλίου. Το Supreme Court του Καναδά απέρριψε τους ισχυρισμούς περί του ότι η πλήρης απαγόρευση θα μειώσει τη συνολική κατανάλωση καπνού, τους οποίους αντικρούουν σημαντικά αποδεικτικά στοιχεία που προσκομίστηκαν ενώπιον του εθνικού δικαστηρίου στην υπόθεση Imperial Tobacco. Άλλες, λιγότερο περιοριστικές και αποτελεσματικότερες μέθοδοι για την επίτευξη του σκοπού αυτού είναι εφικτές, όπως είναι οι εσοτραπείες πληροφόρησης και οι περιορισμοί στο κάπνισμα. Οι εναρμονισμένοι κανόνες για την ελεύθερη κυκλοφορία των εφημερίδων και άλλων εντύπων ή ακόμη και η επικάλυψη των διαφημίσεων καπνού σε έντυπα που κυκλοφορούν πέραν των συνόρων θα περιόριζαν το εμπόριο λιγότερο.

49. Τα καθών αντιτείνουν ότι ο νομοθέτης έχει ευρεία διακριτική ευχέρεια. Η νομοθετική του επιλογή δεν ελέγχεται εφόσον δεν συντρέχει πρόδηλο σφάλμα ή δεν έχουν επιβληθεί μειονεκτήματα εντελώς δυσανάλογα προς τα πλεονεκτήματα που αντλούνται από ένα μέτρο. Προκειμένου να εκτιμηθεί αν η οδηγία είναι ανάλογη προς τον σκοπό της, μπορούν να ληφθούν υπόψη τόσο ο κύριος σκοπός της που αφορά την εσωτερική αγορά όσο και ο συμπληρωματικός σκοπός της που αφορά τη δημόσια υγεία. Λαμβάνοντας υπόψη τη σπουδαιότητα αμφοτέρων των σκοπών και το επίπεδο των υφισταμένων εθνικών περιορισμών, ο κοινοτικός νομοθέτης πέτυχε την προσηκούμενη ισορροπία μεταξύ ιδιωτικών και δημοσίων συμφερόντων. Όλοι οι επιχειρηματίες ασκούν σήμερα εμπορία επί ίσους όρους. Η απώλεια πληροφόρησης του κοινού όσον αφορά, επί παραδείγματι, τα τσιγάρα με χαμηλή περιεκτικότητα σε πίσσα αντισταθμίζεται από την προοπτική της μείωσης της συνολικής

καταναλώσεως. Επιπλέον, δεν είναι πειστικός ο ισχυρισμός ότι η οδηγία δεν θα έχει τέτοιο αποτέλεσμα, υπό το πρίσμα των μελετών που παρέθεσαν το Συμβούλιο, η Κυβέρνηση του Ηνωμένου Βασιλείου και η Γαλλία, δεδομένου ότι η λειτουργία της διαφημίσεως έγκειται στην ενθάρρυνση της καταναλώσεως. Επιπλέον, τα καθών ισχυρίζονται ότι η απαγόρευση δεν είναι πλήρης (αντιθέτως προς την ακυρωθείσα στον Καναδά) και συνεπάγεται κάποιο βαθμό ελευθερώσεως σε ορισμένα κράτη μέλη. Αναφέρονται επίσης στις μακρές μεταβατικές περιόδους σε ορισμένες περιπτώσεις, την ευχέρεια να μην επιβληθεί απαγόρευση στην περίπτωση ορισμένων προϊόντων διαφοροποιήσεως και το γεγονός ότι μόνο μια πτυχή της ασκήσεως των δικαιωμάτων επί του σήματος περιορίζεται.

iv) Παράβαση του άρθρου 30

50. Η Γερμανία ισχυρίζεται ότι ο κοινοτικός νομοθέτης, ακόμη και όταν θεσπίζει μέτρα εναρμονίσεως, δεσμεύεται από το άρθρο 30 της Συνθήκης. Η οδηγία εμποδίζει κατ' αποτέλεσμα κάθε διασυνοριακό εμπόριο των διαφημιστικών μέσων, πράγμα το οποίο αποτελεί δυσανάλογο περιορισμό του οποίου η αναγκαιότητα δεν έχει αποδειχθεί επιστημονικώς και ως προς τον οποίο υπήρχαν λιγότερο περιοριστικές εναλλακτικές λύσεις.

51. Τα καθών ισχυρίζονται ότι το άρθρο 30 της Συνθήκης έχει εφαρμογή μόνον ελλείψει μέτρων εναρμονίσεως. Ακόμη και αν η διάταξη αυτή έχει εφαρμογή, δεν μπορεί να

οδηγήσει σε διαφορετικά συμπεράσματα από αυτά που απορρέουν από την εξέταση της αρμοδιότητας δυνάμει του άρθρου 100 Α της Συνθήκης και της αναλογικότητας του μέτρου που λαμβάνεται κατά τον τρόπο αυτόν. Η οδηγία στην πραγματικότητα αίρει τα εμπόδια στο εμπόριο, ενώ συγχρόνως διασφαλίζει υψηλό επίπεδο προστασίας της υγείας.

v) Το δικαίωμα κυριότητας και το δικαίωμα ασκήσεως οικονομικής δραστηριότητας

52. Οι προσφεύγουσες αναφέρονται στο άρθρο 222 της Συνθήκης ΕΚ (νυν άρθρο 295 ΕΚ) και στο άρθρο 1 του πρώτου πρωτοκόλλου της Ευρωπαϊκής Συμβάσεως για την Προάσπιση των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου (στο εξής: ΕΣΔΑ). Το άρθρο 3, παράγραφος 1, της οδηγίας στερεί υφιστάμενα συμβατικά δικαιώματα από τις καπνοβιομηχανίες, από τα διαφημιστικά γραφεία και από τις επιχειρήσεις που εκμεταλλεύονται μέσα μαζικής ενημερώσεως. Οι περιορισμοί που επιβάλλονται στη χρήση των σημάτων θίγει την ιδιαίτερη ουσία τους και αποτελεί απαλλοτρίωση αντιβαίνουσα στο άρθρο 20 της Συμφωνίας για τα δικαιώματα πνευματικής ιδιοκτησίας στον τομέα του εμπορίου (TRIPs) της 15ης Απριλίου 1994 και στα προσαρτεθέντα θεμελιώδη δικαιώματα, πράγμα το οποίο εν μέρει μόνον αμβλύνεται με το άρθρο 3, παράγραφος 2, της οδηγίας. Θα προκληθούν σημαντικές ζημιές σε επιχειρήσεις αχλούμενες με την εμπορία των προϊόντων διαφοροποιήσεως. Οι περιορισμοί αυτοί είναι δυσανάλογοι και, συνεπώς, παράνομοι.

53. Τα καθών θεωρούν ότι το άρθρο 222 της Συνθήκης δεν ασκεί επιρροή, δεδομένου ότι η

οδηγία δεν θίγει το σύστημα της κυριότητας εντός των κρατών μελών. Τα δικαιώματα των οποίων γίνεται επίκληση δεν είναι απόλυτα και μπορούν να υποβληθούν σε ανάλογους περιορισμούς χάριν του γενικού συμφέροντος, οι οποίοι δεν θίγουν αυτή καθαυτή την ουσία των δικαιωμάτων. Η ρύθμιση της χρήσεως των σημάτων δεν ισοδυναμεί με απαλλοτρίωση, δεδομένου ότι τα σήματα μπορούν να εξακολουθήσουν να χρησιμοποιούνται επί των καθαυτό προϊόντων καπνού και σε επιτρεπόμενες μορφές διαφήμισης. Επιπλέον, η απώλεια κέρδους δεν αποτελεί προσβολή του δικαιώματος κυριότητας ή του δικαιώματος ασκήσεως οικονομικής δραστηριότητας.

αυτοί θα έχουν ως αποτέλεσμα τη μείωση της καταναλώσεως καπνού. Μάλιστα, ο συνακόλουθος ανταγωνισμός ως προς τις τιμές μεταξύ των παραγωγών θα έχει μάλλον ως αποτέλεσμα την αύξηση της καταναλώσεως. Δεν χρειάζεται να παρθεί το Δικαστήριο των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων στον κοινοτικό νομοθέτη ευρεία διακριτική ευχέρεια συναφώς. Επομένως, ο επιβαλλόμενος περιορισμός είναι δυσανάλογος. Η πλήρης απαγόρευση της διαφήμισης συνιστά ιδιαίζοντως σοβαρή προσβολή της ελευθερίας εκφράσεως και της ελευθερίας επιλογής των άλλων ανθρώπων. Το συμπέρασμα αυτό ενισχύεται από канаδική, αμερικανική και αυστριακή νομολογία.

vi) Ελευθερία εκφράσεως

54. Οι προσφεύγουσες επικαλούνται, ειδικότερα, το άρθρο 10 της ΕΣΔΑ, το οποίο περιλαμβάνει την προστασία της ελευθερίας του λόγου που εξυπηρετεί εμπορικούς σκοπούς, όπως είναι η διαφήμιση, μέσω της οποίας οι επιχειρήσεις μπορούν να παρέχουν στο κοινό χρήσιμες πληροφορίες σχετικά με τα προϊόντα τους, επί παραδείγματι ποια προϊόντα περιέχουν μικρή ποσότητα πίσσας. Το κοινοτικό δίκαιο αναγνωρίζει την προστασία αυτή. Περιορισμοί της ελευθερίας του λόγου σχετικά με προϊόντα τα οποία είναι νόμιμα καθαυτά δεν επιτρέπονται. Οι προσφεύγουσες θεωρούν ότι η υλοποίηση της εσωτερικής αγοράς δεν αποτελεί λόγο δυνάμενο να προβληθεί για τον περιορισμό του δικαιώματος αυτού. Η επίκληση των ωφελειών για τη δημόσια υγεία τις οποίες συνεπάγεται η απαγόρευση δεν συμβιβάζεται με τη νομική βάση της οδηγίας. Επιπλέον, δεν υπάρχουν επιστημονικά στοιχεία αποδεικνύοντα πειστικώς ότι οι περιορισμοί

55. Τα καθόν απαντούν ότι τα θεμελιώδη δικαιώματα δεν είναι απόλυτα και πρέπει να εξετάζονται εντός του πλαισίου της κοινοτικής εννόμου τάξεως, περιλαμβανομένης της διασφάλισης των θεμελιωδών οικονομικών ελευθεριών. Το άρθρο 10, παράγραφος 2, της ΕΣΔΑ επιτρέπει τους περιορισμούς στην ελευθερία εκφράσεως χάριν της δημόσιας υγείας, σκοπό τον οποίο η οδηγία θεμελιώς επιδιώκει συγχρόνως με τον σκοπό που αφορά την εσωτερική αγορά. Η διαφήμιση των προϊόντων καπνού ενθαρρύνει το κάπνισμα, το οποίο δημιουργεί σοβαρούς κινδύνους για την υγεία. Συνεπώς, οι εκτεταμένοι περιορισμοί της ελευθερίας του λόγου ο οποίος εξυπηρετεί εμπορικούς σκοπούς και προωθεί τα προϊόντα αυτά είναι ανάλογοι προς τον επιδιωκόμενο σκοπό, ιδίως οσάκις το ενημερωτικό του περιεχόμενο είναι αμελητέο. Προβλέπεται μακρά μεταβατική περίοδος όσον αφορά τη χορηγία των τεχνών και του αθλητισμού προκειμένου να καταστεί δυνατή η εξεύρεση άλλων πηγών χρηματοδότησεως.

vii) Συλλογιστική

56. Οι προσφεύγουσες ισχυρίζονται ότι η εκτιθέμενη αιτιολογία όσον αφορά τη θέσπιση της οδηγίας είναι πλημμελής από πλείονες απόψεις, κατά παράβαση του άρθρου 190 της Συνθήκης ΕΚ (νυν άρθρου 253 ΕΚ). Το προοίμιο δεν αναφέρεται ούτε σε διασυνοριακές πτυχές της διαφημίσεως και της χορηγίας υπέρ των προϊόντων καπνού ούτε σε συγκεκριμένα εμπόδια στο εμπόριο ή σε συγκεκριμένες στρεβλώσεις του ανταγωνισμού, που θα μπορούσαν να δικαιολογήσουν τη θέσπιση μέτρων εναρμόνισης στον τομέα της διαφημίσεως των προϊόντων καπνού ή που εμφανίζουν για ποιο λόγο οι περιορισμοί της διαφημίσεως έπρεπε να επεκταθούν σε όλα τα διαφημιστικά μέσα και στη χορηγία, στην ελεύθερη διανομή, στη διαφήμιση προϊόντων διαφοροποίησης και στις πτυχές που αφορούν τις εμπορικές ονομασίες των προϊόντων καπνού. Επιπλέον, οι αιτιολογικές σκέψεις δεν αντικατοπτρίζουν πλήρως το γεγονός ότι ο αληθής λόγος θεσπίσεως της οδηγίας ήταν η προστασία της δημόσιας υγείας. Συγχρόνως, δεν επισημαίνουν πώς η οδηγία θα βελτιώσει την προστασία της υγείας. Οι αιτιολογικές σκέψεις παραλείπουν επίσης να αναφερθούν στις αρχές της αναλογικότητας και της επικουρικότητας.

57. Τα καθών αντιτείνουν ότι οι αιτιολογικές σκέψεις περιέχουν τα ουσιώδη στοιχεία της συλλογιστικής του νομοθέτη σχετικά με την εσωτερική αγορά, που αναπτύσσεται πληρέστερα κατά την εξέταση της άμυνας τους έναντι του πρώτου λόγου ακυρώσεως, η οποία συνοψίζεται ανωτέρω, και σχετικά με την ανάγκη υψηλού επιπέδου προστασίας της υγείας. Το κοινοτικό δίκαιο δεν επιβάλλει να περιέχονται τεχνικές λεπτομέρειες στις αιτιολογικές σκέψεις ενός μέτρου γενικής ισχύος. Στις περιπτώσεις αυτές αρκεί να εκτίθεται η γενική κατάσταση και οι επιδιω-

κόμενοι στόχοι. Η έκταση των περιορισμών της διαφημίσεως που επιβάλλει η οδηγία εξηγείται στις αιτιολογικές σκέψεις με την αναφορά στον κίνδυνο καταστρατηγήσεως ενός πιο περιορισμένου μέτρου και στην ανάγκη ρυθμίσεως των εμμέσων μορφών διαφημίσεως. Δεν είναι αναγκαία η ρητή αναφορά σε αρχές όπως είναι η αρχή της επικουρικότητας, υπό την προϋπόθεση ότι, αν οι αρχές αυτές έχουν εφαρμογή, περιέχονται στις αιτιολογικές σκέψεις στοιχεία από τα οποία προκύπτει η τήρηση των αρχών αυτών. Γενικότερα, η εκτιθέμενη αιτιολογία είναι επαρκής ώστε να παράσχει στους ενδιαφερομένους και στο Δικαστήριο της δυνατότητα να εξετάσουν το ζήτημα του δικαστικού ελέγχου της νομιμότητας.

V — Ανάλυση

i) Νομική βάση και αρμοδιότητα

Εισαγωγή

58. Στο παρόν τμήμα, εξετάζω τους δύο ευρύτερους ισχυρισμούς των προσφευγουσών ότι η οδηγία περί διαφημίσεως δεν εκδόθηκε εγκύρως βάσει των άρθρων 57, παράγραφος 2, και 100 Α της Συνθήκης είτε (i) διότι το «κέντρο βάρους» της έγκειται μάλλον στην προστασία της υγείας και όχι στην εσωτερική αγορά — τα δε αποτελέσματα της επί της εσωτερικής αγοράς είναι, επομένως, παρεπόμενα —, είτε (ii) διότι,

ως ουσιωδώς απαγορευτικό μέτρο, δεν πληροί, εν πάση περιπτώσει, τις προϋποθέσεις που επιβάλλουν οι διατάξεις αυτές. Πολύ συνοπτικά, η ανάλυσή μου έχει ως εξής. Η αρμοδιότητα δυνάμει των άρθρων 57, παράγραφος 2, και 100 Α καθορίζεται λειτουργικώς, για την επίτευξη σκοπών της εσωτερικής αγοράς οι οποίοι τυγχάνουν ευρείας οριζόντιας εφαρμογής σε τομείς ρυθμιζομένους κατά τα λοιπά, σε πολλές περιπτώσεις, από τα κράτη μέλη. Η Κοινότητα πρέπει, όποτε χρειάζεται, να λαμβάνει υπόψη την προστασία της υγείας κατά την άσκηση των αρμοδιοτήτων αυτών. Ελλείπει αυτοτελούς κοινοτικής αρμοδιότητας εναρμονίσεως όσον αφορά την προστασία της υγείας και δεδομένου ότι υπάρχει δυνατότητα παράλληλης επιδίωξης της προστασίας της υγείας και σκοπών της εσωτερικής αγοράς, το ζήτημα αν η Κοινότητα ενήργησε εντός του πλαισίου των εξουσιών της δεν μπορεί να επιλυθεί με γνώμονα ένα υποτιθέμενο «κέντρο βάρους» του μέτρου ευρισκόμενο σε έναν από τους δύο αυτούς μη συγκρίσιμους σκοπούς. Αντιθέτως, το ζήτημα της αρμοδιότητας πρέπει να επιλυθεί βάσει της εκτιμήσεως του κατά πόσο η οδηγία πληροί τις αντικειμενικές προϋποθέσεις της εσωτερικής αγοράς, με γνώμονα, ιδίως τα συγκεκριμένα πλεονεκτήματα από πλευράς εσωτερικής αγοράς τα οποία υποτίθεται ότι παρέχει το μέτρο. Στην περίπτωση της οδηγίας περί διαφημίσεως, ο κοινοτικός νομοθέτης επικαλείται τα πλεονεκτήματα αυτά αποκλειστικά και μόνο σχετικά με τον τομέα της διαφήμισης και της χορηγίας και με τα μέσα μαζικής ενημερώσεως που χρησιμοποιούνται στον τομέα αυτόν. Δεδομένου ότι η οδηγία επιβάλλει όντως πλήρη απαγόρευση μιας οικονομικής δραστηριότητας στον τομέα αυτόν και δεν εναρμονίζει τους εθνικούς κανόνες που διέπουν αυτούς τους σχετικώς ελάσσονες τομείς στους οποίους η διαφήμιση των προϊόντων καπνού δεν απαγορεύεται, δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι διευκολύνει την ελεύθερη κυκλοφορία των

αγαθών ή την ελεύθερη παροχή υπηρεσιών ή ότι εξαλείφει τις στρεβλώσεις του ανταγωνισμού στον εν λόγω τομέα. Συνεπώς, η οδηγία είναι άκυρη βάσει των προϋποθέσεων των νομικών βάσεων που χρησιμοποιεί ο νομοθέτης.

Ο χαρακτήρας της κοινοτικής αρμοδιότητας

59. Προκειμένου να εξετασθεί η αιτίαση που προβλήθηκε σε αμφότερες τις υποθέσεις, ότι δηλαδή ο κοινοτικός νομοθέτης υπερέβη τις αρμοδιότητες που του απονέμει η Συνθήκη και, ειδικότερα, ότι η οδηγία περί διαφήμισης δεν μπορεί να στηριχθεί στην προβαλλόμενη νομική της βάση, είναι αναγκαίο να υπομνησθεί η φύση της κοινοτικής αρμοδιότητας και οι αρχές που διέπουν τον εκ μέρους του Δικαστηρίου έλεγχο της ασκήσεώς της.

60. Διάφορες διατάξεις της Συνθήκης απονέμουν αρμοδιότητα στην Κοινότητα προς επίτευξη των ειδικών σκοπών που επιδιώκουν αυτές, ερμηνευόμενες υπό το πρίσμα των γενικών σκοπών της Κοινότητας, και η έκταση της κοινοτικής αρμοδιότητας πρέπει, επομένως, να καθορίζεται με γνώμονα το εύρος των σκοπών αυτών. Έτσι, το άρθρο 3 Β, πρώτη περίπτωση, της Συνθήκης ορίζει ότι «[η] Κοινότητα δρα μέσα στα όρια των αρμοδιοτήτων που της αναθέτει και των στόχων που της ορίζει η παρούσα Συνθήκη» (η υπογράμμιση δική μου). Από τη διάταξη αυτή προκύπτει ότι η Κοινότητα «δεν δια-

θέτει παρά δοτές αρμοδιότητες»⁵⁰. Στο Δικαστήριο απόκειται, μεταξύ άλλων, να διασφαλίζει την εκ μέρους της Κοινότητας τήρηση των ορίων των αρμοδιοτήτων αυτών.

πτώσεις, όπως και στις υπό κρίση υποθέσεις, το Δικαστήριο καλείται να επιλύσει μια κατά το μάλλον ή ήττον έντονη διαφωνία αφορώσα τις νομοθετικές αρμοδιότητες της Κοινότητας και των κρατών μελών⁵⁵.

61. Συναφώς, το Δικαστήριο έχει αποφανθεί ότι «η επιλογή της νομικής βάσεως μιας πράξεως δεν μπορεί να εξαρτάται μόνο από την πεποίθηση ενός οργάνου ως προς τον επιδιωκόμενο σκοπό»⁵¹. Αντιθέτως, όπως τονίζει παγίως η νομολογία, «στο πλαίσιο του συστήματος αρμοδιοτήτων της Κοινότητας, η επιλογή της νομικής βάσεως μιας πράξεως πρέπει να στηρίζεται σε αντικειμενικά στοιχεία επιδεχόμενα δικαστικό έλεγχο. Μεταξύ των στοιχείων αυτών συγκαταλέγονται, ιδίως, ο σκοπός και το περιεχόμενο της πράξεως»⁵². Μολονότι συνήθως το Δικαστήριο έχει την ευκαιρία να επιβεβαιώσει την άποψή του σε υποθέσεις που αφορούν διαφορές σχετικές με το ποιά μεταξύ δύο νομικών βάσεων πρέπει να χρησιμοποιείται για τη θέσπιση μέτρου, αυτό το αντικειμενικό κριτήριο έχει επίσης εφαρμογή σε περιπτώσεις στις οποίες η μόνη εναλλακτική πιθανή νομική βάση είναι το άρθρο 235 της Συνθήκης ΕΚ⁵³ και, κατά την άποψή μου στις περιπτώσεις όπου δεν υπάρχει προφανής εναλλακτική λύση⁵⁴. Σε τέτοιες περι-

62. Η αρμοδιότητα την οποία απονέμει στην Κοινότητα το άρθρο 100 Α, παράγραφος 1, της Συνθήκης είναι οριζόντια. Δεν περιορίζεται εκ προοιμίου με βάση συγκεκριμένο αντικείμενο καθοριζόμενο *ratione materiae*⁵⁶. Αντ' αυτού, η Κοινότητα έχει εξουσιοδοτηθεί να θεσπίζει μέτρα προσεγγίσεως «που έχουν ως αντικείμενο την εγκαθίδρυση και τη λειτουργία της εσωτερικής αγοράς». Έτσι, το πεδίο της κοινοτικής αρμοδιότητας προσδιορίζεται «βάσει ενός λειτουργικού κριτηρίου, που καλύπτει το σύνολο των μέτρων που αποβλέπουν στην πραγμάτωση της εσωτερικής αγοράς»⁵⁷. Τούτο «οδηγεί (...) στη θέσπιση κοινοτικής νομοθεσίας η οποία άπτεται των πιο ανόμοιων τομέων του εθνικού δικαίου»⁵⁸, υπό

50 — Γνωμοδότηση του Δικαστηρίου της 28ης Μαρτίου 1996, 294 (Σύλλογη 1996, σ. I-1759, σκέψη 23). Βλ. επίσης, άρθρο 4, παράγραφος 1, της Συνθήκης ΕΚ (νυν άρθρο 7, παράγραφος 1, ΕΚ) και τον πρώτο λόγο αιτιολογίας που προβλέπει το άρθρο 173, δεύτερη περίπτωση, της Συνθήκης, δηλαδή την αναρμοδιότητα.

51 — Απόφαση της 11ης Ιουνίου 1991, C-300/89, Επιτροπή κατά Συμβουλίου (Σύλλογη 1991, σ. I-2867, στο εξής: «διοξείδιο του τιτανίου», σκέψη 10). Όσον αφορά τη χρήση στοιχείων που αποδεικνύουν υποκειμενικές πεποιθήσεις στο πλαίσιο των υπό κρίση υποθέσεων, βλ. επίσης σημεία 74 έως 77 κατωτέρω.

52 — Απόφαση της 13ης Μαΐου 1997, C-233/94, Γερμανία κατά Κοινοβουλίου και Συμβουλίου (Σύλλογη 1997, σ. I-2405, στο εξής: «εργγήςσεις καταθέσεων», σκέψη 12). Βλ., ως πλέον πρόσφατη απόφαση της 4ης Απριλίου 2000, C-269/97, Επιτροπή κατά Συμβουλίου (Σύλλογη 2000, σ. I-2257, στο εξής: «επισημανση βοοειδών», σκέψη 43).

53 — Βλ., επί παραδείγματι, απόφαση «εργγήςσεις καταθέσεων», προπαρατεθείσα, σκέψεις 10 και 11, αμέσως πριν από το προπαρατεθέν χωρίο.

54 — Το Δικαστήριο διευκρίνισε με τη γνωμοδότηση 2/94, προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 50, σκέψη 30, ότι το άρθρο 235 «δεν μπορεί να αποτελέσει έρεισμα για τη διευκρίνηση του πεδίου των αρμοδιοτήτων της Κοινότητας πέραν του γενικού πλαισίου που προκύπτει από το σύνολο των διατάξεων της Συνθήκης», πράγμα το οποίο θα απαιτούσε τροποποίηση της Συνθήκης.

55 — Το ζήτημα αν η οδηγία μπορούσε να έχει εκδοθεί βάσει του άρθρου 235 δεν ασεί επιρροή στην υπό κρίση υπόθεση, στο πλαίσιο της οποίας τίθεται υπό αμφισβήτηση το κύρος της οδηγίας αυτής, δεδομένου ότι το άρθρο 235 δεν μπορούσε, εν πάση περιπτώσει, να χρησιμοποιηθεί εκτός αν εθεωρείτο ότι η Κοινότητα δεν ήταν αρμόδια να εκδώσει την οδηγία βάσει των άρθρων 57, παράγραφος 2, 66 και 100 Α της Συνθήκης· βλ. γνωμοδότηση 2/94, προπαρατεθείσας στην υποσημείωση 50, σκέψη 29· απόφαση της 26ης Μαρτίου 1987, 45/86, Επιτροπή κατά Συμβουλίου (Σύλλογη 1987, σ. I-1493, σκέψη 13).

56 — Πρβλ. διατάξεις παρέχουσες στην Κοινότητα αρμοδιότητες διαφόρων επιπέδων σε τομείς καθοριζόμενους καθ' ύλην, όπως είναι η γεωργία [άρθρα 39 (νυν άρθρο 33 ΕΚ), 40 (νυν, κατόπιν τροποποίησης, άρθρο 34 ΕΚ), 41 (νυν άρθρο 35 ΕΚ), 42 (νυν άρθρο 36 ΕΚ) και 43 (νυν, κατόπιν τροποποιήσεως, άρθρο 37 ΕΚ) της Συνθήκης ΕΚ] και η προστασία του περιβάλλοντος [άρθρο 130 Σ της Συνθήκης ΕΚ (νυν, κατόπιν τροποποιήσεως, άρθρο 175 ΕΚ)].

57 — Υπόθεση «διοξείδιο του τιτανίου», προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 51, προτάσεις του γενικού εισαγγελέα Tesauo, σημείο 10.

58 — Προτάσεις του γενικού εισαγγελέα Jacobs επί της υποθέσεως στην οποία εκδόθηκε η απόφαση της 13ης Ιουλίου 1995, C-350/92, Ισπανία κατά Συμβουλίου (Σύλλογη 1995, σ. I-1985, σημείο 26). Η Ισπανία ζήτησε την ακύρωση του κανονισμού (ΕΟΚ) 1768/92 του Συμβουλίου, της 18ης Ιουνίου 1992, σχετικά με την καθιέρωση συμπληρωματικού πιστοποιητικού προστασίας για τα φάρμακα (ΕΕ 1992, L 182, σ. 1), ο οποίος βασιζόταν στο άρθρο 100 Α της Συνθήκης.

την προϋπόθεση ότι είναι σχετική με την εγκαθίδρυση και τη λειτουργία της εσωτερικής αγοράς⁵⁹. Κατά τον τρόπο αυτόν, το πεδίο της αρμοδιότητας δυνάμει του άρθρου 100 Α καθορίζεται αποκλειστικώς με γνώμονα τον δηλωθέντα σκοπό της μάλλον και όχι το υλικό της αντικείμενο.

μεταξύ τους⁶⁰, δεν είναι αναγκαίο, στο πλαίσιο της υπό κρίση υποθέσεως, να επιχρησθεί ο καθορισμός της ακριβούς διαχωριστικής γραμμής μεταξύ τους, επί παραδείγματι όσον αφορά την αρμοδιότητα θεραπείας των στρεβλώσεων του ανταγωνισμού μεταξύ παρεχόντων υπηρεσίες.

Κοινοτική αρμοδιότητα και εθνική αρμοδιότητα: διαφορετικοί σκοποί

63. Το άρθρο 57, παράγραφος 2, της Συνθήκης καθιερώνει επίσης μια λειτουργική αρμοδιότητα οριζόντιας εφαρμογής, η οποία όμως έχει ειδικότερο ή πιο περιορισμένο πεδίο από αυτήν που απονέμει στην Κοινότητα το άρθρο 100 Α: κανένας τομέας αρμοδιότητας των κρατών μελών δεν εξαιρείται εκ προοιμίου από το πεδίο εφαρμογής μέτρων που σκοπούν στην εξάλειψη των εμποδίων στην ελεύθερη εγκατάσταση ή στην ελεύθερη παροχή υπηρεσιών. Γίνεται επίσης μνεία των άρθρων 57, παράγραφος 2, και 66 της Συνθήκης, ως αποτελούντων μέρος της νομικής βάσεως της οδηγίας, διότι στην πρώτη και δεύτερη αιτιολογική της σκέψη εκτίθεται ότι η οδηγία αυτή αφορά, εν μέρει, τα εμπόδια στην ελεύθερη παροχή υπηρεσιών. Δεδομένου ότι τα άρθρα 57, παράγραφος 2, και 100 Α αφορούν αμφότερα, κατά τρόπο περισσότερο ή λιγότερο συγκριμένο ως προς το πεδίο εφαρμογής τους, την επίτευξη σκοπών της εσωτερικής αγοράς και δεδομένου ότι οι νομοθετικές διαδικασίες που προβλέπουν δεν είναι ασυμβίβαστες

64. Η άσκηση των αρμοδιοτήτων που απονέμονται προς επίτευξη ευρέων λειτουργικών σκοπών, ως εκ φύσεως, επηρεάζει συγχρόνως ζητήματα τα οποία κανονικά εμπύπτουν στη *ratione materiai* καθοριζόμενη αρμοδιότητα των κρατών μελών και/ή της Κοινότητας. Αν πληρούται η προϋπόθεση ότι το μέτρο πρέπει να έχει ως αντικείμενο την εγκαθίδρυση και τη λειτουργία της εσωτερικής αγοράς ή ότι πρέπει να αφορά εθνικές διατάξεις σχετικές με την ανάληψη ή την άσκηση δραστηριοτήτων παροχής υπηρεσιών, το περιεχόμενο ενός μέτρου προορισμένου ή συντονισμού των νομοθεσιών — το επίπεδο ρυθμίσεως, το είδος του προγράμματος κ.λπ. — πρέπει επίσης, κατ'αρχήν, να επηρεάζεται από ουσιώδεις παράγοντες όπως η δημόσια υγεία. Επιπλέον, το άρθρο 100 Α, παράγραφος 3, υποχρεώνει την Επιτροπή να «βασίζεται σε υψηλό επίπεδο προστασίας» οσάκις υπο-

59 — Πρέπει να σημειωθούν δύο επιφυλάξεις: πρώτον, το άρθρο 100 Α, παράγραφος 2, της Συνθήκης αποκλείει ρητώς ορισμένους τομείς από το πεδίο εφαρμογής της προηγούμενης παραγράφου· δεύτερον, το άρθρο 100 Α, παράγραφος 1, έχει εφαρμογή «εκτός αν ορίζει άλλως η παρούσα Συνθήκη». Π.χ., μεταξύ άλλων, το άρθρο 57, παράγραφος 2, της Συνθήκης, στο οποίο παραπέμπει ρητώς το άρθρο 7 Α της Συνθήκης, οι διατάξεις που αφορούν ειδικούς σκοπούς συγκεκριμένων τομέων, όπως είναι τα άρθρα 129 Β έως 129 Δ της Συνθήκης (γιν, κατόπιν τροποποιήσεως, άρθρα 154 ΕΚ έως 156 ΕΚ), γενικότερα, η κοινή γεωργική πολιτική, που διέπεται από το άρθρο 43 της Συνθήκης.

60 — Αμφότερες οι διατάξεις προβλέπουν κατ'ουσίαν την ίδια νομοθετική διαδικασία όσον αφορά την οδηγία. Η επίλεκτο διάταξη την οποία περιλαμβάνει το άρθρο 100 Α, παράγραφος 1, περί διαβουλεύσεως με την Οικονομική και Κοινωνική Επιτροπή τηρήθηκε στην υπό κρίση υπόθεση και δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι θίγει την ουσία της διαδικασίας που προβλέπει το άρθρο 57, παράγραφος 2, δεδομένου ότι το Συμβούλιο θα ήταν ελεύθερο να τη συμβουλευτεί εν πάση περιπτώσει· βλ. απόφαση «διοξείδιο του τιτανίου», προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 51, σκέψη 18.

βάλλει προτάσεις εναρμονίσεως στους τομείς της «υγείας, της ασφάλειας, της προστασίας του περιβάλλοντος και της προστασίας των καταναλωτών». Τούτο ενισχύεται από την επιταγή που περιλαμβάνει το άρθρο 129, παράγραφος 1, τρίτη περίπτωση, ότι δηλαδή «οι απαιτήσεις στον τομέα της προστασίας της υγείας αποτελούν συνιστώσες των άλλων πολιτικών της Κοινότητας».

65. Ακόμη και ελλείψει διατάξεων όπως τα άρθρα 100 Α, παράγραφος 3, και 129, παράγραφος 1, πρώτη περίπτωση, τούτο θα ήταν απολύτως φυσικό, δεδομένου ότι η Κοινότητα δεν ενεργεί σε κενό πολιτικής. Θεσπίζοντας μέτρα προσεγγίσεως και συντονισμού των νομοθεσιών, αντικαθιστά με κοινοτικούς κανόνες τους εθνικούς κανόνες οι οποίοι, όσο και αν έχουν αποτελέσματα που περιορίζουν το εμπόριο ή στρεβλώνουν τον ανταγωνισμό, μπορεί να δικαιολογούνται από εντελώς διαφορετικούς ουσιώδεις παράγοντες όπως είναι η υγεία, η προστασία των καταναλωτών, η προστασία του περιβάλλοντος κ.λπ.⁶¹ Έτσι, κατά τη θέσπιση νομοθετικών πράξεων, η Κοινότητα μπαίνει στη θέση των κρατών μελών και πρέπει να προσδίδει βαρύτητα σε ζητήματα εθνικής πολιτικής τα οποία δεν αποτελούν αντικεί-

μενο ειδικής κοινοτικής αρμοδιότητας⁶² — και, κατά μείζοντα λόγο, στα ζητήματα εκείνα ως προς τα οποία η Συνθήκη καθαυτή διατυπώνει σύσταση για υψηλό επίπεδο προστασίας.

66. Έτσι, η πρόδηλη μέριμνα για τη δημόσια υγεία η οποία δικαιολόγησε τους αρχικούς, ποικίλους περιορισμούς της διαφημίσεως σε ορισμένα κράτη μέλη και η επιλεγείσα από τον κοινοτικό νομοθέτη πολιτική, προφανώς βάσει παρεμφερών παραγόντων⁶³, κατά τη γνώμη μου δεν δημιουργούν αφ' εαυτών αμφιβολία ως προς την αρμοδιότητα της Κοινότητας να θεσπίσει μέτρο της εσωτερικής αγοράς. Το γεγονός αυτό και μόνο δεν εμφανίζει ούτε ότι η Κοινότητα καταπάτησε τομέα επιφυλασσόμενο αποκλειστικώς στα κράτη μέλη ούτε ότι σκοπός του μέτρου είναι η προστασία της υγείας, αποκλεισμένου κάθε άλλου σκοπού⁶⁴. Το αληθές κριτήριο διακρίσεως είναι το κατά πόσον ένα συγκεκριμένο μέτρο μπορεί να θεωρηθεί ότι έχει ως σκοπό την εγκαθίδρυση και λειτουργία της εσωτερικής αγοράς ή την επίτευξη της ελεύ-

62 — Όσον αφορά τη γενική υποχρέωση του κοινοτικού νομοθέτη να λαμβάνει υπόψη του τη δημόσια υγεία όταν νομοθετεί στηρίζομενος σε νομικές βάσεις όπως τα άρθρα 43 και 100 της Συνθήκης, βλ. απόφαση της 23ης Φεβρουαρίου 1988, 68/86, Ηνωμένο Βασίλειο κατά Συμβουλίου (Σύλλογη 1988, σ. 855, στο εξής: «ορισμένες», σκέψεις 12 και 14). Η υπόθεση αυτή εκδικάστηκε πριν από την προώδηξη του άρθρου 129 στη Συνθήκη. Βλ. επίσης την απόφαση «εγγυήσεις καταθέσεων», προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 52, σκέψη 17, και την απόφαση «επισημανση βοοειδών», προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 52, σκέψη 46, μολοντί είναι σαφές ότι η απόφαση αυτή δεν έχει την έννοια ότι το άρθρο 100 Α μπορεί να χρησιμοποιηθεί για τη θέσπιση μέτρων προστασίας της υγείας χωρίς αναφορά στα αναπνευστικά καταπύρρα κριτήρια της εσωτερικής αγοράς. Για μια περίπλοκη δικαστική εξέγχεση της συμμορφώσεως με ορισμένα διάταξη δημοσίου συμφέροντος, διακλή με το άρθρο 129 Α της Συνθήκης (γυν. κατόπιν τροποποιήσεως, άρθρο 153 ΕΚ), βλ. απόφαση «εγγυήσεις καταθέσεων», προπαρατεθείσα, σκέψεις 46 έως 49.

63 — Βλ. τρίτη και τέταρτη αιτιολογική σκέψη της οδηγίας περί διαφημίσεως.

64 — Βλ. απόφαση της 29ης Μαρτίου 1990, C-62/88, Ελλάς κατά Συμβουλίου (Σύλλογη 1990, σ. 1-1527, στο εξής: «ελληνικό Τσερνομπίλ», σκέψη 20).

61 — Τέτοια εθνικά μέτρα μπορεί πράγματι να είναι δικαιολογημένα βάσει τέτοιων παραγόντων, κατά τα άρθρα 30 και 59 της Συνθήκης.

θερης παροχής υπηρεσιών⁶⁵. Δεν μπορεί να υποτεθεί ότι ένα υψηλότερο επίπεδο προστασίας της υγείας σημαίνει χαμηλότερο «περιεχόμενο» της εσωτερικής αγοράς. Κάθε ουσιώδης σκοπός, είτε αφορά την υγεία είτε άλλον τομέα κανονιστικής αρμοδιότητας, ο οποίος επίσης επιδιώκεται, δεν είναι ανταγωνιστικός ή παρεπόμενος, αλλά μάλλον απλώς διαφορετικός και, έτσι, μπορεί να επιδιώκεται συγχρόνως ή «αδιαχώριστα»⁶⁶ με όση έμφαση ο νομοθέτης επιθυμεί (ή θεωρεί ότι υποχρεούται) να προσδώσει, υπό την προϋπόθεση ότι το θεσπιζόμενο μέτρο εξυπηρετεί σκοπούς σχετικούς με τη λειτουργία της εσωτερικής αγοράς.

Το «κέντρο βάρους» της οδηγίας περί διαφήμισης

67. Οι προσφεύγουσες ισχυρίστηκαν το αντίθετο και προσέδωσαν μεγάλη βαρύτητα στο άρθρο 129, παράγραφος 4, της Συνθήκης. Ισχυρίζονται κυρίως ότι το «κέντρο βάρους» της οδηγίας περί διαφήμισης τοποθετείται μάλλον στον τομέα της δημόσιας υγείας και όχι της εσωτερικής αγοράς, ότι το άρθρο 129 αποτελεί τη μόνη διάταξη της Συνθήκης που επιδιώκει τον σκοπό αυτόν και ότι το άρθρο 129, παράγραφος 4, απαγορεύει ρητώς κάθε εναρμόνιση. Το άρθρο 129, παράγραφος 4, εξουσιοδοτεί το Συμβούλιο και το Κοινοβούλιο να θεσπίζουν με συναπόφαση «δράσεις ενθάρρυνσης», προκειμένου να συμβάλλουν στους σχετι-

κούς με τη δημόσια υγεία σκοπούς του άρθρου αυτού, αλλά τους απαγορεύει ρητώς «να εναρμονίζ[ουν] τις νομοθετικές και κανονιστικές διατάξεις των κρατών μελών».

68. Από τις σκέψεις που εξέθεσα ανωτέρω νομίζω ότι προκύπτει σαφώς ότι δεν θεωρώ σκόπιμο να επιχειρηθεί η εξέταση της νομιμότητας της οδηγίας με γνώμονα το ζήτημα αν το «κέντρο βάρους» της έγκειται μάλλον στην επιδίωξη της προστασίας της υγείας και όχι στην επιδίωξη σκοπών της εσωτερικής αγοράς. Η προσέγγιση αυτή ασκεί επιρροή μόνον οσάκις υφίσταται διαφωνία ως προς το αν για τη θέσπιση ενός μέτρου έπρεπε να έχει χρησιμοποιηθεί μία μεταξύ δύο δυνατών νομικών βάσεων⁶⁷. Συνήθως, οσάκις αμφότερες οι πτυχές ενός μέτρου είναι εξίσου ουσιώδεις, πρέπει να χρησιμοποιούνται αμφότερες οι νομικές βάσεις και να τηρούνται οι εφαρμοστέες νομοθετικές διαδικασίες⁶⁸. Μόνον οσάκις οι διαδικασίες αυτές δεν συμβιβάζονται μεταξύ τους είναι αδύνατη η χρησιμοποίηση διττής νομικής βάσεως και πρέπει να γίνει επιλογή μεταξύ τους⁶⁹. Από την άλλη πλευρά, αν ένα μέτρο αφορά κυρίως έναν τομέα δραστηριότητας και έχει μόνον παρεπίπτοντα αποτελέσματα στην πολιτική που ακολουθείται σε άλλους τομείς, πρέπει να χρησιμοποιηθεί μόνον η πρώτη νομική βάση⁷⁰. Στο πλαίσιο αυτό γίνεται μερικές φορές μνεία της εννοίας του «κέντρου βάρους», οσάκις κρίνεται αν τα απο-

65 — Ακόμη και σε περιπτώσεις που υπάρχουν πλείονες «ανταγωνιστικές» μεταξύ τους δυνατές νομικές βάσεις, είναι προφανώς καλύτερο να αρχίζει ο δικαστικός έλεγχος με την εξέταση του αν πληρούντο οι προϋποθέσεις για τη χρησιμοποίηση της νομικής βάσεως την οποία όποιος αναφέρει το μέτρο βλ., επί παραδείγματι, τη διάθροιση της αποφάσεως «ελληνικό Τσερνομπίλ», προπαρατεθείσα, σκέψεις 13 έως 16.

66 — Απόφαση «διοξείδιο του τιτανίου», προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 51, σκέψη 13.

67 — Το Δικαστήριο συνοψίζει κατά τρόπο περιεκτικό τις εφαρμοστέες σε τέτοιες περιπτώσεις αρχές με την απόφαση της 25ης Φεβρουαρίου 1999 στις συνενδιασθείσες υποθέσεις C-164/97 και C-165/97, Κοινοβούλιο κατά Συμβουλίου (Σύλλογη 1999, σ. I-1139, στο εξής: «προστασία των δασών», σκέψη 14).

68 — Απόφασεις της 27ης Σεπτεμβρίου 1988, 165/87, Επιτροπή κατά Συμβουλίου (Σύλλογη 1988, σ. 5545, σκέψεις 6 έως 13), και της 30ης Μαΐου 1989, 242/87, Επιτροπή κατά Συμβουλίου (Σύλλογη 1989, σ. 1425, σκέψεις 33 έως 37).

69 — Απόφαση «διοξείδιο του τιτανίου», προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 51, σκέψεις 17 έως 21.

70 — Απόφασεις της 4ης Οκτωβρίου 1991, C-70/88, Κοινοβούλιο κατά Συμβουλίου (Σύλλογη 1991, σ. I-4529, στο εξής: Τσερνομπίλ), και της 26ης Μαρτίου 1996, C-271/94, Κοινοβούλιο κατά Συμβουλίου (Σύλλογη 1996, σ. I-1689, σκέψεις 32 και 33).

τελέσματα ενός μέτρου σε έναν τομέα είναι απλώς παρεμπιπτόντα ή παρεπόμενα.

69. Ωστόσο, στις υπό κρίση υποθέσεις δεν τίθεται θέμα επιλογής μεταξύ δύο πιθανών νομικών βάσεων. Είναι απολύτως σαφές ότι το άρθρο 129, παράγραφος 4, της Συνθήκης δεν αποτελεί εναλλακτική νομική βάση για την οδηγία περί διαφημίσεως, λόγω του ότι το άρθρο αυτό δεν επιτρέπει μέτρα εναρμονίσεως. Αντιθέτως, η κατάσταση ομοιάζει, εν μέρει, με την κατάσταση στην υπόθεση «διοξείδιο του τιτανίου»⁷¹: εάν, όπως στην υπόθεση εκείνη, μια από τις δύο νομικές βάσεις πρέπει κατ' ανάγκην να αποκλεισθεί ή, όπως στις υπό κρίση υποθέσεις, δεν υπάρχει εναλλακτική νομική βάση, η Κοινότητα είναι αρμόδια δυνάμει του άρθρου 100 Α (και, κατ' επέκταση της συλλογιστικής του Δικαστηρίου, δυνάμει του άρθρου 57, παράγραφος 2) να θεσπίζει μέτρα που εξυπηρετούν την εσωτερική αγορά και, παράλληλα, έναν άλλο σκοπό δημοσίου συμφέροντος, είτε είναι η προστασία του περιβάλλοντος είτε η δημόσια υγεία. Το ερώτημα αν υπάρχει αρμοδιότητα θα τύχει καταφατικής απαντήσεως εφόσον πράγματι εξυπηρετείται ο σχετικός με την εσωτερική αγορά σκοπός: έτσι, στην υπόθεση «διοξείδιο του τιτανίου», το Δικαστήριο εξέτασε τις αντικειμενικές προϋποθέσεις θεσπίσεως νομοθετήματος βάσει του άρθρου 100 Α χωρίς να λάβει υπόψη του τη σχετική «βαρύτητα» της πτυχής του νομοθετικού συστήματος που αφορά την εσωτερική αγορά και αυτής που αφορά το περιβάλλον⁷². Ομοίως, το ζήτημα αν τα αποτελέ-

σματα ενός μέτρου στην εσωτερική αγορά είναι απλώς παρεμπιπτόντα δεν μπορεί να επιλυθεί, υπό τις συνθήκες αυτές, δια της εκτιμήσεως της σχετικής σπουδαιότητας των πτυχών του μέτρου που αφορούν την εσωτερική αγορά και αυτών που αφορούν τη δημόσια υγεία. Έχω ήδη καταβάλει κάποια προσπάθεια προκειμένου να αποδείξω ότι οι σκοποί αυτοί δεν αποκλείουν ο ένας τον άλλον, αλλά είναι μάλλον διαφορετικοί και όχι ανταγωνιστικοί μεταξύ τους. Το αν τα αποτελέσματα ενός μέτρου στην εσωτερική αγορά είναι απλώς παρεμπιπτόντα ή παρεπόμενα πρέπει να καθορίζεται με βάση κριτήρια προβλεπόμενα από τη Συνθήκη ειδικώς για τον σκοπό αυτόν, πράγμα το οποίο θα επιχειρήσω κατωτέρω.

Το πεδίο εφαρμογής του άρθρου 129, παράγραφος 4, της Συνθήκης

70. Οι προσφεύγουσες επικαλούνται επίσης το άρθρο 129, παράγραφος 4, της Συνθήκης ισχυριζόμενες ότι το άρθρο αυτό περιορίζει το πεδίο δράσεως που παρέχει στην Κοινότητα το άρθρο 100 Α καθ' εαυτό. Αμφότερες βασίζονται σε χωρία των προτάσεων του γενικού εισαγγελέα Jacobs στην υπόθεση Ισπανία κατά Συμβουλίου⁷³.

71. Μολονότι δεν αμφισβητείται ότι η οδηγία δεν μπορούσε να έχει εκδοθεί βάσει του άρθρου 129, παράγραφος 4, θα ήταν αξιοπερίεργο (και εις βάρος της ασφαλείας δικαίου) αν οι συντάκτες της Συνθήκης για την Ευρωπαϊκή Ένωση, όταν προέβλεψαν νέες αρμοδιότητες δυνάμει της Συνθήκης στον τομέα της δημόσιας υγείας, περιόριζαν σε τόσο μεγάλο βαθμό την υπάρχουσα αρμοδιότητα σε έναν διαφορετικό τομέα απλώς και μόνον διότι μερικές φορές ασεί-

71 — Προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 51, σκέψεις 13, 16 και 21 έως 24, ιδίως σκέψη 24.

72 — Ό.π., σκέψεις 14, 15 και 23.

73 — Προπαρατεθείσες στην υποσημείωση 58, σημείο 27.

επιρροή στην υγεία⁷⁴. Τα άρθρα 100 Α και 129 ουδόλως είναι ασυμβίβαστα μεταξύ τους. Όπως εξέθεσα, από τον συνδυασμό των άρθρων 100 Α, παράγραφος 3, και 129, παράγραφος 1, τρίτη περίπτωση, προκύπτει ότι το άρθρο 100 Α μπορεί να χρησιμοποιηθεί για τη θέσπιση μέτρων που σκοπούν στην καλύτερη προστασία της υγείας. Ο περιορισμός που θέτει το άρθρο 129, παράγραφος 4, δεν αντιβαίνει στις διατάξεις αυτές. Σύμφωνα με το γράμμα του άρθρου, ο περιορισμός αυτός αφορά μόνον τις «δράσεις ενθάρρυνσης» τις οποίες προβλέπει το άρθρο.

72. Ομοίως, δεν νομίζω ότι ο γενικός εισαγγελέας Jacobs διατύπωσε διαφορετική γνώμη στο χωρίο που παραθέτουν τόσο οι καπνοβιομηχανίες όσο και η Γερμανία. Ο γενικός εισαγγελέας παρέθεσε απλώς το άρθρο 129, παράγραφος 4, μαζί με μερικές άλλες διατάξεις, ως παραδείγματα διατάξεων που αποκλείουν τη νομοθετική αρμοδιότητα της Κοινότητας, προκειμένου να αντιδιαστείλει τις διατάξεις αυτές με την έλλειψη κάθε τέτοιου περιορισμού ως προς το «δίκαιο περί ευρειστεχνίας ή γενικά το δίκαιο της πνευματικής ιδιοκτησίας». Δεν εξέφρασε ούτε θα μπορούσε ευλόγως να θεωρηθεί ότι άφησε να εννοηθεί κάποια άποψη ως προς την έκταση του αποκλεισμού αυτού ή, ειδικότερα, ως προς το αν το άρθρο αυτό περιορίζει τη νομοθετική αρμοδιότητα πέραν του δικού του συγκεκριμένου πλαισίου. Στο πλαίσιο του άρθρου 100 Α, κάθε τέτοιος αποκλεισμός θα επιτυγχανόταν ευχερέστερα με την επέκταση του υπάρχοντος καταλόγου του άρθρου 100 Α, παράγραφος 2, που περιλαμβάνει τους τομείς που αποκλείονται ρητώς *ratione materiae*.

74 — Είναι σαφές, επί παραδείγματι, από την απόφαση «ελληνικό Τσερνομίλ», προπαρατεθείσα στην υπομείωση 64, σκέψεις 19 και 20, ότι η προσθήκη του άρθρου 130 Ρ της Συνθήκης ΕΚ (νυν, κατόπιν τροποποιήσεως, άρθρου 174 ΕΚ) δεν έθετε τις αρμοδιότητες τις οποίες η Κοινότητα αντλεί από άλλες νομικές βάσεις· βλ. επίσης απόφαση της 24ης Νοεμβρίου 1993, C-405/92, Mondiet (Συλλογή 1993, σ. I-6133).

73. Εν ολίγοις, θεωρώ ότι το άρθρο 129 της Συνθήκης δεν ασκεί επιρροή στη διαμάχη περί της νομικής βάσεως που ανέκυψε στις υπό κρίση υποθέσεις. Το γεγονός ότι οι προσφεύγουσες στηρίζονται στο άρθρο αυτό οφείλεται στο ότι εκκινούν από εσφαλμένη αφετηρία. Αυτή η προδήλως εσφαλμένη αφετηρία έγκειται στο ότι, αν δεν υπήρχε ο περιορισμός του άρθρου 129, παράγραφος 4, η Κοινότητα θα ήταν αμμόδια να θεσπίζει μέτρα εναρμονίσεως «για να συμβάλει στην υλοποίηση των στόχων του [άρθρου 129]», βάσει άλλων διατάξεων της Συνθήκης, όπως είναι το άρθρο 100 Α, ανεξαρτήτως των ειδικών σκοπών αυτών των άλλων νομικών βάσεων.

Προπαρασκευαστικές εργασίες της οδηγίας

74. Οι προσφεύγουσες αναφέρθηκαν επίσης εκτενώς στη σειρά γεγονότων που κατέληξε στην έκδοση της οδηγίας περί διαφημίσεως, μεγάλο μέρος της οποίας συνόψισα ανωτέρω (σημεία 14 έως 20). Βέβαια, είναι γεγονός ότι το Δικαστήριο ενίοτε λαμβάνει υπόψη του τις προπαρασκευαστικές εργασίες ως βοήθημα για την ερμηνεία κοινοτικών πράξεων⁷⁵. Το Δικαστήριο αναφέρθηκε μάλιστα στην εκμέρους του Συμβουλίου απόρριψη μιας τροποποιήσεως που πρότεινε το Κοινοβούλιο, θεωρώντας ότι αποτελούσε επιβεβαίωση της επιθυμίας του Συμβουλίου να διατηρήσει το «κέντρο βάρους» του μέτρου μεταξύ δύο

75 — Βλ., επί παραδείγματι, αποφάσεις της 7ης Δεκεμβρίου 1995, C-449/93, Rockfon (Συλλογή 1995, σ. I-4291), και της 28ης Οκτωβρίου 1999, C-6/98, ARD (Συλλογή 1999, σ. I-7599).

νομικών βάσεων⁷⁶. Ωστόσο, γενικότερα, η αναφορά στο πλαίσιο εντός του οποίου θεσπίστηκε ένα μέτρο δεν ασκεί επιρροή για τον καθορισμό της νομικής βάσεως⁷⁷.

75. Οι προσφεύγουσες δεν παραθέτουν τις προπαρασκευαστικές εργασίες για να ερμηνεύσουν κάποια ασαφή διάταξη της οδηγίας περί διαφημίσεως, αλλά για να αποδείξουν ότι η οδηγία αυτή αποτελούσε στην πραγματικότητα — τόσο ως προς το περιεχόμενό της όσο και ως προς τις προθέσεις των συντακτών της — μέτρο με κύριο σκοπό την προστασία της δημόσιας υγείας μέσω της μειώσεως των πωλήσεων των προϊόντων καπνού και ότι, *λόγω του γεγονότος αυτού*, δεν αποτελούσε πραγματικά μέτρο σχετικό με την εσωτερική αγορά. Ωστόσο, από την ανωτέρω ανάλυσή μου προκύπτει σαφώς ότι αποτελεί εγγενές χαρακτηριστικό κάθε μέτρου της εσωτερικής αγοράς το γεγονός ότι επιδιώκει, απολύτως θεμιτώς, την επίτευξη δύο σκοπών — ο ένας σκοπός συνίσταται στην εξάλειψη των εμποδίων του εμπόριου ή των στρεβλώσεων του ανταγωνισμού· ο άλλος σκοπός (που αποτελεί το μέσο για την επίτευξη του πρώτου) συνίσταται στη θέσπιση εναρμονισμένων κοινοτικών μέτρων προς αντικατάσταση των εθνικών μέτρων στον εν λόγω τομέα. Έτσι, ανεξαρτήτως του γεγονότος ότι η Συνθήκη προβλέπει ένα μόνο Συμβούλιο απαραίτητο απλώς «από έναν αντιπροσωπο κάθε κράτους μέλους σε υπουργικό επίπεδο, ο οποίος είναι εξουσιοδοτημένος να δεσμεύει την *κυβέρ-*

*νηση του κράτους μέλους που αντιπροσωπεύει»*⁷⁸, η διεξαγωγή διαπραγματεύσεων στο πλαίσιο του Συμβουλίου πριν από την τελική θέσπιση της οδηγίας εκ μέρους των Υπουργών Υγείας δεν αποδεικνύει τίποτε. Το ίδιο ισχύει για τη συζήτησή μας προτάσεως στο πλαίσιο μιας ομάδας εργασίας του Συμβουλίου και μιας επιτροπής του Κοινοβουλίου επιφορτισμένης με θέματα δημόσιας υγείας. Επιπλέον, είναι αναμενόμενο ότι όσοι ασχολούνται σε πολιτικό επίπεδο με την προώθηση ή τη θέσπιση των μέτρων αυτών μπορεί να ενδιαφέρονται όχι για την πρώτη πτυχή τους, αλλά μάλλον για τη δεύτερη η οποία να αποτελεί το κίνητρό τους, ακόμη δε και το κύριο κίνητρό τους. Οι προτεραιότητες αυτές είναι εντελώς υποκειμενικές και, επομένως, δεν είναι σκόπιμο να λαμβάνει το Δικαστήριο υπόψη δηλώσεις πολιτικών αντιπροσώπων κατά τη διάρκεια της νομοθετικής διαδικασίας.

76. Ομοίως, ακόμη και αν μπορούσαν να γίνουν δεκτές ως αποδεικτικά στοιχεία νομικές γνωμοδοτήσεις όπως αυτή που φέρεται ότι κατάρτισε η Νομική Υπηρεσία του Συμβουλίου⁷⁹, το γεγονός ότι εκφράστηκαν τέτοιες απόψεις, η προφανής παράλειψη συμμορφώσεως προς αυτές σε πολιτικό επίπεδο και το γεγονός ότι είναι προφανώς αντίθετες προς τη θέση του Συμβουλίου στις υπό κρίση υποθέσεις είναι άσχετα προς την εκ μέρους του Δικαστηρίου αντικειμενική νομική εκτίμηση της νομοθεσίας. Γεγονός παραμένει ότι ο εκ μέρους του Δικαστηρίου έλεγχος της αρμοδιότητας της Κοινότητας να θεσπίσει τέτοια μέτρα βασίζεται στο κατά

76 — Απόφαση της 23ης Φεβρουαρίου 1999, C-42/97, Κοινοβούλιο κατά Συμβουλίου (Συλλογή 1999, σ. I-869, σκέψη 54). Βλ. επίσης την εξέταση προπαρασκευαστικών εγγράφων στην απόφαση της 23ης Φεβρουαρίου 1988, 131/86, Ηνωμένο Βασίλειο κατά Συμβουλίου (Συλλογή 1988, σ. 905, σκέψεις 26 και 27): τα παρατεθέντα έγγραφα επιβεβαίωσαν την άποψη του Δικαστηρίου όσον αφορά τον σκοπό και την προήκουσα νομική βάση του προσβλημένου μέτρου και το Δικαστήριο μπορεί να τα εξέτασε απλώς και μόνον διότι τα επιβεβαίωσαν το Ηνωμένο Βασίλειο για να στηρίξει ισχυρισμό περί του ανηθέτου.

77 — Απόφαση «επισημάνση βοοειδών», προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 52, σκέψη 44.

78 — Άρθρο 146 της Συνθήκης ΕΚ (νυν άρθρο 230 ΕΚ), η υπογραμμισμένη δική μου· βλ. επίσης το άρθρο 4, παράγραφος 1, της Συνθήκης.

79 — Μολονότι οι γνωμοδοτήσεις αυτές δεν τυχάνουν του πινομίου του εμπειρικού χαρακτήρα των νομικών εγγράφων, ο οποίος αναγνωρίστηκε με την απόφαση της 18ης Μαΐου 1982, 155/79, ΑΜ & S κατά Επιτροπής (Συλλογή 1982, σ. 1575, σκέψη 18), συμφωνώ με την άποψη που εξέφρασε ο γενικός εισαγγελέας Jacobs στο σημείο 35 των προτάσεων στην υπόθεση Ισπανία κατά Συμβουλίου, προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 58, ότι δηλαδή δεν μπορεί να γίνει επίκληση των συμβουλών αυτών ενώπιον του Δικαστηρίου χωρίς την άδεια του οικείου οργάνου.

πόσον εξυπηρετείται ο πρώτος από τους εκτεθέντες σκοπούς.

77. Όσον αφορά τις προπαρασκευαστικές εργασίες υπό στενή έννοια, οι προσφύγουσες τόνισαν ιδιαίτερος την εξάλειψη τριών αιτιολογικών σκέψεων από το σχέδιο οδηγίας σε πολύ μεταγενέστερο στάδιο, οι οποίες παρατίθενται ανωτέρω (σημείο 19) και οι οποίες αφορούσαν τη μέριμνα του κοινοτικού νομοθέτη για τη δημόσια υγεία. Ωστόσο, αυτό που έχει πράγματι σημασία είναι το ζήτημα αν οι τρεις αυτές αιτιολογικές σκέψεις του σχεδίου, εφόσον παρέμεναν, θα μετέβαλλαν τον χαρακτήρα της οδηγίας περί διαφημίσεως. Δεν νομίζω ότι θα μπορούσε να συμβεί κάτι τέτοιο, εκτός αν ο καθορισμός του σκοπού της κοινοτικής νομοθεσίας περιοριστεί σε μια μαθηματική διαδικασία μετρήσεως των αναφορών του προοιμίου στην πολιτική σε διάφορους τομείς. Οι εξαλειφθείσες αιτιολογικές σκέψεις απλώς ανέπτυσαν ζητήματα σχετικά με τη μέριμνα του νομοθέτη για τη δημόσια υγεία η οποία είναι ήδη εμφανής στην τρίτη και τέταρτη αιτιολογική σκέψη και η οποία δεν είναι, καθαυτή, αθέμιτη.

Κατάχρηση εξουσίας

78. Νομίζω ότι ο ισχυρισμός της Γερμανίας περί κατάχρησης εξουσίας εκ μέρους του κοινοτικού νομοθέτη ομοίως δεν ενισχύεται κατά οποιονδήποτε τρόπο από τις προπαρασκευαστικές εργασίες της οδηγίας περί διαφημίσεως. Το Δικαστήριο έχει ορίσει την κατάχρηση εξουσίας, στο πλαίσιο της νομοθετικής εξουσίας, ως την «έκδοση, από κοινοτικό όργανο, πράξεως με αποκλειστικό ή,

τουλάχιστον, πρωταρχικό σκοπό άλλον από τον αναφερόμενο ή με σκοπό την καταστράτηγηση μιας διαδικασίας που προβλέπεται ειδικά από τη Συνθήκη για την αντιμετώπιση των συγκεκριμένων περιστάσεων»⁸⁰. Όπως προανέφερα, η Συνθήκη δεν προβλέπει ειδική διαδικασία *ratione materiae* για την εναρμόνιση των κανόνων που αφορούν την προστασία της δημόσιας υγείας και μάλιστα το άρθρο 129, παράγραφος 4, αποκλείει ρητώς την αρμοδιότητα αυτή, με αποτέλεσμα ότι δεν συντρέχει ο δεύτερος ενδεχόμενος λόγος βάσει του οποίου μπορεί να διαπιστωθεί η υπαρξη καταχρήσεως εξουσίας.

79. Όσον αφορά τον πρώτο ενδεχόμενο λόγο βάσει του οποίου μπορεί να διαπιστωθεί η υπαρξη κατάχρησης εξουσίας, η τρίτη και η τέταρτη αιτιολογική σκέψη της οδηγίας αναφέρουν σαφώς τον παράλληλο σκοπό της προστασίας της υγείας και, όπως έχω ήδη εκθέσει, η παράλειψη άλλων αιτιολογικών σκέψεων στο ίδιο πνεύμα, οι οποίες περιλαμβάνονταν σε σχέδια της οδηγίας, δεν αναιρεί το γεγονός ότι η επιδίωξη του σκοπού αυτού δεν είναι αθέμιτη στο πλαίσιο μέτρων που θεσπίζονται βάσει των άρθρων 57, παράγραφος 2, και 100 Α της Συνθήκης. Επιπλέον, θα ήθελα να υπενθυμίσω ότι η επιδίωξη σκοπών που αφορούν την προστασία της υγείας και η επιδίωξη σκοπών που αφορούν την εσωτερική αγορά όχι μόνον δεν αποκλείουν η μία την άλλη, αλλά, όταν συντρέχει λόγος, η δεύτερη πρέπει να συνοδεύεται από την πρώτη. Έτσι, οι εκδηλώσεις ενδιαφέροντος εκ μέρους των πολιτικών αντιπροσώπων για τα οφέλη τα οποία η οδηγία περί διαφημίσεως συνεπάγεται για την υγεία ουδός είναι αξιοπερίεργες, όπως έχω ήδη εκθέσει, ούτε, θα ήθελα να προσθέσω, άτοπες. Ακόμη και η σχετικώς περιορισμένη παράθεση των υποτιθεμένων ωφε-

80 — Απόφαση της 12ης Νοεμβρίου 1996, C-84/94, Ηνωμένο Βασίλειο κατά Συμβουλίου (Σύλλογή 1996, σ. I-5755, στο εξής: «χρόνος εργασίας», σκέψη 69).

λειών για την εσωτερική αγορά δεν αποδεικνύει ότι οι ωφέλειες αυτές δεν σκοπούνταν όντως ή δεν ήταν ηθελημένες. Η Γερμανία δεν προσκόμισε στοιχεία αποδεικνύοντα θετικά το αντίθετο. Επιπλέον, από το λοιπό υλικό που κατατέθηκε ενώπιον του Δικαστηρίου δεν αποδεικνύεται κατάχρηση εξουσίας. Συνεπώς, ο ισχυρισμός της Γερμανίας περί καταχρήσεως εξουσίας πρέπει να απορριφθεί. Το ερώτημα αν η οδηγία πράγματι υλοποιεί τους σκοπούς της εσωτερικής αγοράς τους οποίους επικαλείται ο κοινοτικός νομοθέτης είναι αντικειμενικό και άπτεται του ζητήματος της αρμοδιότητας. Μια αρνητική απάντηση στο ερώτημα αυτό δεν αρκεί, κατά την άποψή μου, για να αποδειχθεί κατάχρηση εξουσίας εκ μέρους του νομοθέτη.

80. Έτσι, το αληθές ζήτημα στην παρούσα δίκη δεν έγκειται στο αν η προστασία τη υγείας αποτελούσε προέχον κίνητρο όσων προώθησαν την έκδοσή της, αλλά στο αν η εσωτερική αγορά αποτελεί από μόνη της κατάλληλη νομική βάση για την οδηγία. Επομένως, ελλείψει εναλλακτικής νομικής βάσεως, στο υπόλοιπο της εκ μέρους μου αναλύσεως της κοινοτικής αρμοδιότητας θα εξετάσω, πρώτον, ποιες είναι οι αντικειμενικές προϋποθέσεις για τη χρησιμοποίηση των άρθρων 57, παράγραφος 2, και 100 Α της Συνθήκης και, δεύτερον, αν η οδηγία περί διαφημίσεως πληροί αυτές τις προϋποθέσεις. Ως προκριματικό ζήτημα, είναι αναγκαίο να αναφερθώ εν συντομία στον ισχυρισμό της Γερμανίας περί της σπουδαιότητας της εφαρμοστέας διαδικασίας ψηφοφορίας στο πλαίσιο του Συμβουλίου, για τον καθορισμό των προϋποθέσεων ασκήσεως της κοινοτικής αρμοδιότητας, και να τον απορρίψω.

Η σπουδαιότητα της διαδικασίας ψηφοφορίας στο πλαίσιο του Συμβουλίου

81. Η Γερμανία τόνισε ιδιαίτερος, ιδίως κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση, το γεγονός ότι το άρθρο 100 Α προϋποθέτει τη διεξαγωγή ψηφοφορίας με ειδική πλειοψηφία και ισχυρίστηκε ότι αυτή η οριζόντια αρμοδιότητα μπορούσε, επομένως, να χρησιμοποιηθεί καταχρηστικά και να καταλήξει σε σφετερισμό των αρμοδιοτήτων των κρατών μελών. Τούτο δεν ασκεί επιρροή στην κρίση περί του αν υπάρχει και ποια είναι η προσηκουσα νομική βάση ενός κοινοτικού μέτρου το οποίο πρέπει να τηρεί τις ίδιες αντικειμενικές αρχές ανεξαρτήτως της νομοθετικής διαδικασίας που ακολουθείται. Όπως ήδη παρατήρησα ανωτέρω, η Κοινότητα πρέπει σε κάθε περίπτωση να ενεργεί εντός των ορίων των αρμοδιοτήτων της, περιλαμβανομένων των περιπτώσεων κατά τις οποίες το Συμβούλιο ψηφίζει ομοφώνως τη θέσπιση μέτρου βάσει της ευρείας διατυπώσεως του άρθρου 235 της Συνθήκης⁸¹. Περαιτέρω σκέψεις σχετικές με την εθνική κυριαρχία των κρατών μελών είναι άσχετες προς την ανάλυση των εν λόγω αρμοδιοτήτων⁸². Στην υπόθεση «διοξείδιο του τιτανίου», το Δικαστήριο προτίμησε το άρθρο 100 Α ως νομική βάση, αντί του άρθρου 130 Σ, μολονότι το άρθρο 100 Α προϋποθέτει ψηφοφορία στο πλαίσιο του Συμβουλίου με ειδική πλειοψηφία και το άρθρο 130 Σ προϋποθέτει ομοφωνία⁸³. Υπό το πρίσμα της εκ μέρους μου αναλύσεως του οριζόντιου χαρακτήρα του άρθρου 100 Α, είναι δύσκολο να γίνει δεκτική η εκ προοιμίου επιβολή οποιουδήποτε ορίου στην κρίσιμης σημασίας κοινοτική αρμοδιότητα θεσπίσεως μέτρων για την εγκαθίδρυση και λειτουργία της εσωτερικής αγοράς, *πέραν των ορίων που είναι εγγενή σ'*

81 — Γνωμοδότηση 2/94, προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 50, σκέψη 30.

82 — Βλ. σημείο 37 των προτάσεων του γενικού εισαγγελέα Jacobs στην υπόθεση Ισπανία κατά Συμβουλίου, προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 58.

83 — Προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 51, σκέψεις 18 και 19.

αυτόν καθαυτόν τον σκοπό, απλώς και (...)
μόνον διότι η αρμοδιότητα αυτή προ-
ϋποθέτει ψηφοφορία με ειδική πλειοψηφία.
Αυτός είναι, σε τελική ανάλυση, ο μηχανι-
σμός τον οποίο θέσπισε η Ενιαία Ευρωπαϊκή
Πράξη προκειμένου να μην εξαρτάται η
ολοκλήρωση της αγοράς από την αρνησικυ-
ρία κατ' ιδίαν κρατών μελών⁸⁴. Η καλύτερη
συνάδουσα προς τη Συνθήκη προστασία των
συμφερόντων των κρατών μελών από την
κατάχρηση ή τον σφετερισμό εκ μέρους της
Κοινότητας είναι ο εκ μέρους του Δικασ-
τηρίου έλεγχος της συμμορφώσεως του
κοινοτικού νομοθέτη με της αντικειμενικές
προϋποθέσεις του άρθρου 100 Α ή, ενδεχο-
μένως, του άρθρου 57, παράγραφος 2.
Όπως επισήμανα στο αμέσως προηγούμενο
σημείο, τούτο προϋποθέτει να καθοριστούν
πρώτα οι προϋποθέσεις χρησιμοποίησεως
των διατάξεων αυτών.

ζ) ένα καθεστώς που εξασφαλίζει ανό-
θευτο ανταγωνισμό μέσα στην εσωτε-
ρική αγορά·

η) την προσέγγιση των εθνικών νομοθεσιών
στο βαθμό που απαιτείται για τη λει-
τουργία της κοινής αγοράς.»

Το άρθρο 7 Α, δεύτερη περίπτωση, της
Συνθήκης ορίζει τα εξής:

Η εσωτερική αγορά

82. Το άρθρο 3 της Συνθήκης ΕΚ (νυν,
κατόπιν τροποποίησης, άρθρο 3 ΕΚ) ορίζει
ότι η δράση της Κοινότητας περιλαμβάνει,
σύμφωνα με τους όρους που προβλέπει η
Συνθήκη, τα εξής:

«γ) μια εσωτερική αγορά την οποία θα
χαρακτηρίζει η εξάλειψη των εμποδίων
στην ελεύθερη κυκλοφορία των εμπο-
ρευμάτων, των προσώπων, των υπηρε-
σιών και των κεφαλαίων, μεταξύ των
κρατών μελών·

«Η εσωτερική αγορά περιλαμβάνει ένα χώρο
χωρίς εσωτερικά σύνορα μέσα στον οποίο
εξασφαλίζεται η ελεύθερη κυκλοφορία των
εμπορευμάτων, των προσώπων, των υπηρε-
σιών και των κεφαλαίων σύμφωνα με τις
διατάξεις της παρούσας συνθήκης.»

83. Από τις διατάξεις αυτές προκύπτει ότι η
εσωτερική αγορά δεν αποτελεί ένα απαλ-
λαγμένο αξιολογικής εκτιμήσεως συνώνυμο
της γενικής οικονομικής διαχειρίσεως. Τούτο
αποτελεί ζήτημα κάποιας σπουδαιότητας
υπό το πρίσμα του επιχειρήματος του Συμ-
βουλίου ότι η επιδίωξη σκοπών της εσωτερι-
κής αγοράς δεν προϋποθέτει κατ' ανάγκην
την ελευθέρωση, αλλά μπορεί να είναι αμιγώς
ρυθμιστική. Κατωτέρω εξηγώ γιατί η εσωτε-
ρική αγορά δεν μπορεί να τύχει απλου-
στευτικού ορισμού ως ελευθέρωση ή κατάρ-
γηση των ρυθμίσεων. Παρά ταύτα, η απο-
νομή αρμοδιότητας προς επιδίωξη της

⁸⁴ — Βλ. τις παρατηρήσεις του γενικού εισαγγελέα Tesaurο στην υπόθεση «διοξείδιο του τιτανίου», προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 51, σημείο 13. Ωστόσο, θα ήθελα να προσθέσω, πέραν των σχολίων μου στο κυρίως κείμενο, ότι η δυνατότητα ψηφοφορίας στο πλαίσιο του Συμβουλίου με ειδική πλειοψηφία δυνάμει του άρθρου 100 Α της Συνθήκης δεν αποτελεί, από μόνη της, λόγο για να εμψυθεί η διάταξη αυτή ευρύτερα απ' ό,τι θα συνέβαινε υπό διαφορετικές συνθήκες.

εγκαθιδρύσεως και λειτουργίας της, τόσο δυνάμει του άρθρου 100 Α όσο και δυνάμει ειδικότερων διατάξεων όπως είναι το άρθρο 57, παράγραφος 2, δεν μπορεί, κατά την άποψη μου να εξομοιωθεί με την καθιέρωση μιας γενικής ρυθμιστικής αρμοδιότητας της Κοινότητας. Οι αρμοδιότητες αυτές απονέμονται είτε προς διευκόλυνση της ασκήσεως των τεσσάρων θεμελιωδών ελευθεριών είτε προς εξίσωση των όρων ανταγωνισμού.

84. Όσον αφορά την ελεύθερη κυκλοφορία, η άποψη αυτή ενισχύεται από τις δύο υποθέσεις «απόβλητα»⁸⁵. Στην υπόθεση «απόβλητα Ι», το Δικαστήριο παρατήρησε ότι σκοπός της προσβαλλομένης οδηγίας⁸⁶ ήταν να θέσει σε εφαρμογή την αρχή κατά την οποία τα απόβλητα πρέπει να διατίθενται σε τόπο όσο το δυνατό πλησιέστερο προς τον τόπο της παραγωγής τους, ώστε να περιορίζεται κατά το δυνατό η μεταφορά τους⁸⁷, και κατέληξε ότι η εν λόγω οδηγία δεν μπορούσε να θεωρηθεί ως αποβλέπουσα στην εφαρμογή της αρχής της ελεύθερης κυκλοφορίας των αποβλήτων στο εσωτερικό της Κοινότητας⁸⁸. Όπως παρατήρησε ο γενικός εισαγ-

γελέας Tesauero, το επίμαχο μέτρο «αποβλέπει στο να εξασφαλίσει όχι την απελευθέρωση των συναλλαγών ως προς τα απόβλητα, αλλά αντιθέτως, τη μείωση μετακινήσεων αποβλήτων στο εσωτερικό της Κοινότητας»⁸⁹. Ομοίως, η απόφαση «απόβλητα ΙΙ» αφορούσε έναν κανονισμό⁹⁰ ο οποίος, κατά την ερμηνεία του Δικαστηρίου, θεσπίζει ένα εναρμονισμένο σύστημα διαδικασιών με τις οποίες μπορεί να περιοριστεί η κυκλοφορία των αποβλήτων, προς τον σκοπό της προστασίας του περιβάλλοντος και ο οποίος, επομένως, δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι υλοποιεί την ελεύθερη κυκλοφορία των αποβλήτων εντός της Κοινότητας⁹¹. Σημειώνεται ότι το Δικαστήριο απέρριψε σιωπηρώς τον ισχυρισμό ότι ένα μέτρο μπορεί να εμπίπτει στο άρθρο 100 Α της Συνθήκης αν *ρυθμίζει* τη διακίνηση αγαθών μεταξύ των κρατών μελών χωρίς να είναι αναγκαίο να *διευκολύνει* πράγματι τη διακίνηση αυτή⁹².

85. Είναι αυτονόητο ότι η προπαρατεθείσα νομολογία δεν προϋποθέτει να ερμηνεύονται τα άρθρα 7 Α, 57, παράγραφος 2, και 100 Α της Συνθήκης ως ένα είδος φιλελεύθερου χάριτη, συνεπαγόμενου την εναρμόνιση προς το χαμηλότερο επίπεδο ή ακόμη προς κάποιο μέσο, προϋφιστάμενο εθνικό επίπεδο. Πρώ-

85 — Απόφαση της 17ης Μαρτίου 1993, C-155/91, Επιτροπή κατά Συμβουλίου (Σύλλογη) 1993, σ. I-939, στο εξής: «απόβλητα Ι», και της 28ης Ιουνίου 1994, C-187/93, Κοινοβούλιο κατά Συμβουλίου (Σύλλογη) 1994, σ. I-2857, στο εξής: απόβλητα ΙΙ, σκέψη 25). Όσον αφορά το συμβιβαστό με την κοινή αγορά των κοινοτικών μέτρων εναρμόνισης που επιβάλλουν περιορισμούς ή απαγορεύσεις σε ορισμένες οικονομικές δραστηριότητες, βλ. επίσης αποφάσεις Ισπανία κατά Συμβουλίου, προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 58, «εγγυήσεις κατάβλεψων», προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 52, και απόφαση της 9ης Αυγούστου 1994, C-359/92, Γερμανία κατά Συμβουλίου (Σύλλογη) 1994, σ. I-3681, στο εξής: «ασφάλεια προϊόντων», οι οποίες σχολιάζονται όλες κατωτέρω.

86 — Οδηγία 91/156/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 18ης Μαρτίου 1991, για την τροποποίηση της οδηγίας 75/442/ΕΟΚ περί των στερεών αποβλήτων (ΕΕ 1991, L 78, σ. 32).

87 — Απόφαση «απόβλητα Ι», προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 85, σκέψεις 13 και 14.

88 — Ό.π., σκέψη 15.

89 — Ό.π., σ. I-959 των προτάσεών του.

90 — Κανονισμός (ΕΟΚ) 259/93 του Συμβουλίου, της 1ης Φεβρουαρίου 1993, σχετικά με την παρακολούθηση και τον έλεγχο των μεταφορών αποβλήτων στο εσωτερικό της Κοινότητας καθώς και κατά την είσοδο και έξοδο τους (ΕΕ 1993, L 30, σ. 1).

91 — Απόφαση «απόβλητα ΙΙ», προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 85, σκέψεις 23 και 26. Βλ. επίσης σημεία 44 και 45 των προτάσεων του γενικού εισαγγελέα Jacobs, τα οποία το Δικαστήριο παρέθεσε εκφράζοντας τη συμφωνία του.

92 — Ο γενικός εισαγγελέας Jacobs ενθέτι στο σημείο 38 των προτάσεων του ότι το Κοινοβούλιο προέβλεπε τον ισχυρισμό αυτόν. Ο γενικός εισαγγελέας ανέτεινε ότι έπρεπε μάλλον να τείνει το ερώτημα «κατά πόσον ο γενικός σκοπός της πράξεως αυτής είναι η διευκόλυνση και όχι ο περιορισμός της διακινήσεως αυτής [αγαθών]» (ό.π., σημείο 43). Το Δικαστήριο δεν σχολίασε ρητώς αυτό το προταθέν ζήτημα.

τον, έχω ήδη αναφερθεί στο καθήκον της Κοινότητας⁹³ να λαμβάνει υπόψη της τους λόγους δημόσιου συμφέροντος και, συνεπώς, το επίπεδο προστασίας που επιτυγχάνουν ή επιδιώκουν τα κράτη μέλη.

86. Δεύτερον, τα μέτρα εναρμόνισης που επιβάλλουν σημαντικούς περιορισμούς στο δημόσιο συμφέρον δεν πρέπει να θεωρούνται πάντοτε ως σκοπούντα στη μείωση του κοινοτικού νομοθέτη να επιβάλλει τέτοιους περιορισμούς, μέχρι του σημείου να απαγορεύει πλήρως την εμπορία ορισμένων προϊόντων, επιδιώκοντας παραλλήλως ευρύτερους σκοπούς σχετικούς με την ελεύθερη κυκλοφορία και με κάποιο άλλο δημόσιο συμφέρον, θεμελιώνεται με την απόφαση «ασφάλεια προϊόντων». Το Δικαστήριο συμβίβασε αυτούς τους προφανώς ανταγωνιστικούς μεταξύ τους σκοπούς σε σχέση με ένα μέτρο το οποίο παρείχε στην Επιτροπή τη δυνατότητα να ζητεί από τα κράτη μέλη να λαμβάνουν προσωρινά μέτρα προκειμένου να απαγορεύουν την εμπορία επικινδύνων προϊόντων⁹⁴.

«Η ελεύθερη κυκλοφορία των προϊόντων μπορεί να εξασφαλιστεί μόνον αν οι συνθήκες ασφαλείας που επιβάλλονται στα προϊόντα δεν αποκλίνουν αισθητά από το ένα κράτος μέλος στο άλλο. Όσον αφορά το υψηλό επίπεδο ασφαλείας, μπορεί να επιτευχθεί μόνον αν τα επικινδύνα προϊόντα

υπόκεινται σε κατάλληλα μέτρα εντός όλων των κρατών μελών.»

Έτσι, ένα ομοίμορφο σύστημα αντιδράσεως σε επικινδύνα προϊόντα θεωρήθηκε ορθώς ως μέτρο διευκολύνσεως της ελεύθερης κυκλοφορίας των αγαθών εν γένει. Η ελεύθερη κυκλοφορία των αγαθών μπορεί όντως να διευκολύνεται με μέτρα τα οποία εμποδίζουν, περιορίζουν ή επιβαρύνουν την κυκλοφορία συγκεκριμένων αγαθών⁹⁵.

Με την απόφαση Rewe-Zentrale⁹⁶, το Δικαστήριο έκρινε ότι: «[χ]αίτοι (...) τα άρθρα 30 μέχρι 36 της Συνθήκης αφορούν κυρίως τα μονομερή μέτρα των κρατών μελών, εντούτοις και τα κοινοτικά όργανα υποχρεούνται επίσης να σέβονται την ελευθερία των ενδοκοινοτικών ανταλλαγών, θεμελιώδη αρχή της κοινής αγοράς». Ωστόσο, κατέληξε ότι οι έλεγχοι τη διεξαγωγή των οποίων επέβαλε η επίμαχη στην υπόθεση εκείνη οδηγία⁹⁷ δεν απέβλεπαν «στην παρεμπόδιση των ανταλλαγών αυτών»· αντίθετα, η προσβαλλομένη οδηγία επιδίωκε «την προοδευτική κατάργηση των μέτρων,

93 — Για ένα παράδειγμα δικαστικού ελέγχου της συμμορφώσεως προς το άρθρο 100 Α, παράγραφος 3, βλ. την απόφαση «εγγυήσεις καταθέσεων», προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 52, σκέψη 48.

94 — Απόφαση «ασφάλεια προϊόντων», προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 85, σκέψη 34. Βλ. επίσης τις παρατηρήσεις του γενικού εισαγγελέα Jacobs, στο σημείο 33 των προτάσεών του στην υπόθεση εκείνη.

95 — Βλ. τις προτάσεις του γενικού εισαγγελέα Jacobs στην υπόθεση «απόβλητα Ιβ», προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 85, σημείο 44. Αναφέρθηκε στην οδηγία 91/157/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 18ης Μαρτίου 1991, για τις ηλεκτρικές στήλες και τους συσσωρευτές που περιέχουν ορισμένες επικινδύνες ουσίες (ΕΕ 1991, L 78, σ. 38), και εξέθεσε ότι η απαγόρευση της πωλήσεως ηλεκτρικών στήλων περιεχουσών υδράργυρο πέραν ορισμένου ορίου επιβλήθηκε με σκοπό να μπορούν να κυκλοφορούν ελεύθερα εντός της εσωτερικής αγοράς ηλεκτρικές στήλες που δεν περιέχουν υπερβολικά μεγάλη ποσότητα υδραργύρου. Βλ. επίσης, επί παραδείγματι, άρθρο 4 της οδηγίας 76/768/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 27ης Ιουλίου 1976, περί προσεγγίσεως των νομοθεσιών των Κρατών μελών των αναφερομένων στα καλλυντικά προϊόντα (ΕΕ ειδ. έκδ. 13/004, σ. 145), η οποία επιβάλλει στα κράτη μέλη, χάρη της δημόσιας υγείας, να απαγορεύουν την εμπορία ορισμένων καλλυντικών προϊόντων που περιέχουν κάποια συγκεκριμένα συστατικά.

96 — Απόφαση της 29ης Φεβρουαρίου 1984, 37/83 (Συλλογή 1984, σ. 1229, σκέψη 18).

97 — Οδηγία 77/93/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 21ης Δεκεμβρίου 1976, περί των μέτρων προστασίας κατά της εισαγωγής στα κράτη μέλη οργανισμών επιβλαβών για τα φυτά ή τα φυτικά προϊόντα (ΕΕ ειδ. έκδ. 03/017, σ. 3), ειδικότερα δε το άρθρο 11, παράγραφος 3, αυτής.

τα οποία έλαβαν μονομερώς τα κράτη μέλη και τα οποία τότε δικαιολογούνταν κατ' αρχήν βάσει του άρθρου 36 της Συνθήκης»⁹⁸.

87. Ένα παράδειγμα, περισσότερο σχετικό προς τις υπό κρίση υποθέσεις, αποτελεί η απαγόρευση της διαφήμισης προϊόντων καπνού στην τηλεόραση δυνάμει του άρθρου 13 της οδηγίας 89/552/ΕΟΚ. Το άρθρο αυτό και μερικοί άλλοι κανόνες που αφορούν το διαφημιστικό περιεχόμενο των εκπομπών σκοπούν εν μέρει στην εναρμόνιση των κανόνων παροχής υπηρεσιών τηλεοπτικής μεταδόσεως. Κατά συνέπεια, «τα κράτη μέλη εγγυώνται την ελευθερία λήψεως και δεν εμποδίζουν την αναμετάδοση στην επικράτεια τους τηλεοπτικών εκπομπών που προέρχονται από άλλα κράτη μέλη για λόγους που αφορούν την τηλεοπτική διαφήμιση και τη χορηγία»⁹⁹. Ομοίως, το άρθρο 8, παράγραφος 1, της οδηγίας 89/622/ΕΟΚ και το άρθρο 7, παράγραφος 1, της οδηγίας 90/239/ΕΟΚ απαγορεύουν στα κράτη μέλη να εμποδίζουν την πώληση των προϊόντων καπνού που συμβιβάζονται προς τις επιταγές των οδηγιών αυτών σχετικά με την επισήμανση και τη μέγιστη περιεκτικότητα σε πίσσα.

88. Τρίτον, το άρθρο 100 Α της Συνθήκης δεν ασχολείται αποκλειστικώς με την εξάλειψη των εμποδίων στην άσκηση των θεμε-

λιωδών ελευθεριών. «Για την υλοποίηση των θεμελιωδών ελευθεριών του άρθρου 8 Α, οι διαφορές μεταξύ των εννόμων τάξεων των κρατών μελών επιβάλλουν τη λήψη [και] μέτρων εναρμόνισεως στους τομείς όπου υπάρχει κίνδυνος οι διαφορές αυτές να δημιουργήσουν ή να διατηρήσουν νοθευμένους όρους ανταγωνισμού»¹⁰⁰. Έτσι, το άρθρο 100 Α μπορεί να χρησιμοποιείται για τη θέση σε εφαρμογή μέτρων εναρμόνισεως με σκοπό την εξίσωση των όρων ανταγωνισμού σε συγκεκριμένο κλάδο της βιομηχανίας, επί παραδείγματι στον κλάδο της διαθέσεως ρυπαντικών υποπροϊόντων, επιδιώκοντας συγχρόνως, «αδιαχώριστα», έναν σκοπό δημοσίου συμφέροντος όπως είναι το υψηλό επίπεδο προστασίας του περιβάλλοντος. Έτσι, το Δικαστήριο έκρινε ότι το άρθρο 100 Α ήταν η προσήκουσα νομική βάση για το επίμαχο στην υπόθεση «διοξειδίου του τιτανίου» μέτρο, το οποίο θέσπιζε απόλυτη απαγόρευση διαθέσεως σε κοινοτικά ύδατα ή στην ανοικτή θάλασσα ορισμένων βιομηχανικών αποβλήτων παραγομένων με συγκεκριμένες διαδικασίες και καθόριζε ανώτατες τιμές περιεκτικότητας σε βλαβερές ουσίες για τα λοιπά διατιθέμενα απόβλητα¹⁰¹. Το άρθρο 1 της οδηγίας εκείνης όριζε ρητώς ότι η οδηγία «αποβλέπει στη βελτίωση των όρων ανταγωνισμού στον τομέα της παραγωγής διοξειδίου του τιτανίου». Συνεπώς, θεωρώ ότι ο κοινοτικός νομοθέτης μπορεί να επιβάλλει επαχθείς υποχρεώσεις οι οποίες ισχύουν κατά τον ίδιο τρόπο ως προς την οικεία επαγγελματική δραστηριότητα σε ολόκληρη την εσωτερική αγορά,

98 — Όπ.π., σέψη 19, η υπογράμμιση δική μου. Όπως προκύπτει σαφώς από την αναφορά στο άρθρο 36 της Συνθήκης, η υπόθεση εκείνη αφορά επίσης τη σχέση που διατυπώθηκε ανωτέρω, σχετικά με τη συνεκτιμηση λόγων δημοσίου συμφέροντος οσάντις θεσπίζονται διατάξεις σχετικές με την εσωτερική αγορά.

99 — Απόφαση της 9ης Ιουλίου 1997, στις συνεκδικασθείσες υποθέσεις C-34/95, C-35/95, C-36/95, De Agostini και TV-Shop (Συλλογή 1997, σ. I-3843, στο εξής: De Agostini, σέψη 33).

100 — Απόφαση «διοξειδίου του τιτανίου», προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 51, σέψη 15. Το άρθρο 8 Α κατέστη άρθρο 7 Α της Συνθήκης ΕΚ, πριν καταστεί, κατόπιν τροποποιήσεως, άρθρο 14 ΕΚ. Μολονότι έχει διαπιστωθεί ότι η εξάλειψη των στρεβλώσεων του ανταγωνισμού είναι αναγκαία προκειμένου να έχουν πρακτική αποτελεσματικότητα οι θεμελιώδεις ελευθερίες, είναι ευχερότερο να εξετασθούν χωριστά, στην ανάλυση που ακολουθεί, τα εμπόδια ή οι περιορισμοί στην άσκηση των ελευθεριών αυτών, αφενός, και οι στρεβλώσεις του ανταγωνισμού, αφετέρου.

101 — Οδηγία 89/428/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 21ης Ιουνίου 1989, για τον καθορισμό των τρόπων εναρμόνισης των προγραμμάτων μέτρησης της ρύπανσης που προζαλούν τα απόβλητα της βιομηχανίας διοξειδίου του τιτανίου με προσοχή την εξάλειψή τους (ΕΕ 1989, L 201, σ. 56). Βλ. απόφαση «διοξειδίου του τιτανίου», προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 51, σέψη 2.

περιλαμβανομένων των υποχρεώσεων οι οποίες, κατά κοινή ομολογία, είναι επαχθέστερες από το σύνολο ή από τον μέσον όρο των υποχρεώσεων που επέβαλλαν οι διάφοροι εθνικοί κανόνες που προηγήθηκαν του κοινοτικού μέτρου.

89. Παρά ταύτα, η επιδίωξη ίσων όρων ανταγωνισμού δεν παρέχει απεριόριστη διακριτική ευχέρεια στον κοινοτικό νομοθέτη ώστε να εναρμονίζει οποιονδήποτε εθνικό κανόνα, καθιστώντας τον είτε περιοσσότερο είτε λιγότερο περιοριστικό. Εμμένω στην απόρριψη του ισχυρισμού της Γερμανίας περί της υπάρξεως κινδύνου επεκτάσεως της κοινοτικής αρμοδιότητας μέσω ψηφοφοριών με ειδική πλειοψηφία, αλλά θα ήθελα να επισημάνω ότι θα υπήρχε κίνδυνος μεταβιβάσεως της γενικής κανονιστικής αρμοδιότητας των κρατών μελών στην Κοινότητα αν η χρησιμοποίηση του άρθρου 100 Α για τη θέσπιση μέτρων εναρμονίσεως προς εξάλειψη των στρεβλώσεων του ανταγωνισμού δεν προϋπέθετε την ύπαρξη αληθούς σχέσεως μεταξύ των μέτρων αυτών και σκοπών που αφορούν την εσωτερική αγορά. Το γεγονός ότι τα άρθρα 7 Α και 100 Α της Συνθήκης δεν διαλαμβάνουν πρόβλεψη σχετικά με τους ίσους όρους ανταγωνισμού παρέχει έναν επιπλέον λόγο για να αποφευχθεί η μετατροπή του άρθρου 100 Α σε όργανο γενικής οικονομικής ρυθμίσεως βάσει του λόγου αυτού.

90. Το Δικαστήριο προφανώς πρότεινε ένα κριτήριο με την απόφαση «διοξειδίου του τιτανίου», υπό τη μορφή προϋποθέσεως για τη χρησιμοποίηση του άρθρου 100 Α: ότι η στρέβλωση του ανταγωνισμού την οποία θεραπεύει ένα μέτρο εναρμονίσεως πρέπει

να είναι αισθητή¹⁰². Τάσσομαι υπέρ του κριτηρίου αυτού, μολονότι δεν είναι αναγκαίο από πλευράς της κατωτέρω αναλύσεώς μου να λάβω οριστική θέση επί του ζητήματος αυτού.

91. Μια άλλη προϋπόθεση, σαφώς εντοπιζόμενη στη νομολογία και ασκούμενη άμεση επιρροή στις υπό κρίση υποθέσεις, αφορά τον χαρακτήρα του μέτρου εναρμονίσεως που θεσπίζεται δυνάμει του άρθρου 100 Α της Συνθήκης. Το άρθρο αυτό δεν αποτελεί προσήκουσα νομική βάση για μέτρο του οποίου το αποτέλεσμα στην εναρμόνιση των όρων ανταγωνισμού είναι απλώς παρεμπόδιον. Δεν πρόκειται απλώς περί του καθορισμού του κυρίου σκοπού μεταξύ των προφανών σκοπών ενός μέτρου. Το Δικαστήριο έχει διαπιστώσει, χρησιμοποιώντας μάλλον κατηγορηματική και όχι απλώς συγκριτική διατύπωση, ότι «το γεγονός και μόνον ότι η οδηγία αφορά και την εγκαθίδρυση ή τη λειτουργία της εσωτερικής αγοράς δεν αρκεί για να θεωρηθεί ότι έχει εφαρμογή το άρθρο 100 Α της Συνθήκης»¹⁰³. Θεωρώ ότι η κρίση του Δικαστηρίου συναφώς στην υπόθεση «απόβλητα Ι»¹⁰⁴ έχει την έννοια ότι η επίμαχη στην υπόθεση εκείνη οδηγία δεν θα μπορούσε να εκδοθεί δυνάμει του άρθρου 100 Α, ακόμη και αν δεν υπήρχε το άρθρο 130 Ρ ως εναλλακτική νομική βάση. Το Δικαστήριο διέκρινε μεταξύ της

102 — Βλ. απόφαση «διοξειδίου του τιτανίου», προπαρατεθείσα, σκέψη 23 αποφάσεις της 18ης Μαρτίου 1980, 91/79, Επιτροπή κατά Ιταλίας (Σύλλογος τόμος 1980/1, σ. 589, σκέψη 8), και 92/79, Επιτροπή κατά Ιταλίας (Σύλλογος τόμος 1980/1, σ. 593, σκέψη 8). Με την απόφαση «διοξειδίου του τιτανίου», το Δικαστήριο δεν έγραψε ρητώς ότι το άρθρο 100 Α της Συνθήκης μπορεί να χρησιμοποιηθεί μόνο για την αντιμετώπιση αισθητών στρεβλώσεων του ανταγωνισμού που απορρέουν από διαφορετικές εθνικές ρυθμίσεις, τα δε καθόν στις υπό κρίση υποθέσεις ισχυρίστηκαν ότι, όσον αφορά τις παρατεθείσες προγενέστερες υποθέσεις, η προϋπόθεση αυτή αφορούσε μόνον τη χρησιμοποίηση του στενότερα οριοθετούμενου άρθρου 100 της Συνθήκης. Ωστόσο, από την εφαρμογή του κριτηρίου στο πλαίσιο του άρθρου 100 καθίσταται σαφές ότι ο ισχυρισμός των καθόν ότι το κριτήριο αυτό αφορά μόνον την εφαρμογή των περί ανταγωνισμού κανόνων της Συνθήκης επί των επιχειρήσεων είναι αβάσιμος.

103 — Απόφαση «απόβλητα Ι», προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 85, σκέψη 19 βλ. επίσης απόφαση της 9ης Νοεμβρίου 1995, C-426/93, Γερμανία κατά Συμβουλίου (Σύλλογος 1995, σ. I-3723, σκέψη 33).

104 — Προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 85, σκέψεις 17 έως 20, ιδίως σκέψη 19.

νομοθεσίας που έχει ως κύριο σκοπό να διασφαλίσει την αποτελεσματική διαχείριση των αποβλήτων εντός της Κοινότητας, ανεξάρτητα από την προέλευσή τους, και μόνον παρεμπιπτόντως έχει συνέπειες επί των όρων του ανταγωνισμού και του εμπορίου, περιλαμβανομένου του κόστους παραγωγής, και της οδηγίας που αποτελούσε το αντικείμενο της υποθέσεως «διοξείδιο του τιτανίου», η οποία «σκοπεί στην προσέγγιση των εθνικών κανόνων περί των όρων παραγωγής σε συγκεκριμένο βιομηχανικό τομέα, με στόχο την εξάλειψη των στρεβλώσεων του ανταγωνισμού στον τομέα αυτόν»¹⁰⁵. Κατάληγω ότι η συμβολή ενός συγκεκριμένου μέτρου στην εξίσωση των συνθηκών ανταγωνισμού στον τομέα ο οποίος υποτίθεται ότι ωφελείται από το μέτρο αυτό πρέπει να αφορά ειδικώς τον εν λόγω τομέα, όσον ευρεία και αν είναι η διατύπωση του μέτρου, και δεν πρέπει να είναι απλώς παρεμπιπτούσα. Συνεπώς, δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι κοινοτικοί κανόνες των οποίων το μόνο αποτέλεσμα σε ορισμένο τομέα είναι η απαγόρευση της οικείας επαγγελματικής δραστηριότητας εξισώνουν τους όρους ανταγωνισμού στον τομέα αυτόν, ανεξαρτήτως των αποτελεσμάτων τους επί του ανταγωνισμού σε κάποιον σχετικό τομέα.

περί του ορισμού της εσωτερικής αγοράς. Ο εν λόγω ισχυρισμός είναι ασυνεπής προς τον οριζόντιο χαρακτήρα του άρθρου 100 Α. Επιπλέον, δημιουργεί τουλάχιστον τόσα προβλήματα όσα υποτίθεται ότι επιλύει. Η καθ' ύλην οριζόμενη σφαίρα αρμοδιότητας της Κοινότητας περιλαμβάνει τομείς στους οποίους οι αρμοδιότητές της ποικίλλουν από πολύ εκτενείς, όπως στην περίπτωση της γεωργίας, έως σχετικώς ασήμαντες, όπως στην περίπτωση της δημόσιας υγείας. Εφόσον δεν προταθεί κάποια περαιτέρω εξειδίκευση του εν λόγω κριτηρίου και δεδομένου ότι, όπως έχω ήδη επισημάνει, ο αποκλεισμός της εναρμόνισης με το άρθρο 129, παράγραφος 4, δεν μπορεί να θίξει την αρμοδιότητα δυνάμει του άρθρου 100 Α, ο ισχυρισμός αυτός δεν σημαίνει ότι αποκλείεται η εναρμόνιση των όρων ανταγωνισμού σε τομέα ο οποίος έχει μεγάλη σημασία για τη δημόσια υγεία. Εντούτοις, για λόγους που θα καταστούν εμφανείς κατωτέρω, δεν χρειάζεται να λάβω τελική θέση επί του ισχυρισμού αυτού.

92. Οι προσφεύγουσες αναφέρθηκαν σε ένα άλλο πιθανό όριο — ότι η χρησιμοποίηση του άρθρου 100 Α της Συνθήκης για τη θεραπεία στρεβλώσεων του ανταγωνισμού πρέπει να περιορίζεται σε τομείς στους οποίους η Κοινότητα επίσης διαθέτει ρητή αρμοδιότητα *ratione materiae*, όπως είναι η προστασία του περιβάλλοντος. Δεν με πείθει ο ισχυρισμός αυτός. Δεν έχει κανένα προφανές έρεισμα στο άρθρο 100 Α ή στις γενικές διατάξεις της Συνθήκης περί των σκοπών και δράσεων της Κοινότητας και

Σκοποί σχετικοί με την εσωτερική αγορά — συγκεκριμένη εκτίμηση

93. Προκειμένου να καθοριστεί αν ένα κοινοτικό μέτρο επιδιώκει σκοπούς σχετικούς με την εσωτερική αγορά, είναι αναγκαίο η εξέταση να πραγματοποιηθεί σε δύο στάδια. Πρώτον, πρέπει να εξακριβωθεί αν συντρέχουν οι προϋποθέσεις της εναρμόνισης, δηλαδή, διαφορετικές εθνικές νομοθεσίες οι οποίες αποτελούν εμπόδια στην άσκηση των

105 — Προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 51, σελήνη 20, η υπογράμμιση δική μου.

θεμελιωδών ελευθεριών ή στρεβλώνουν τις συνθήκες ανταγωνισμού σε έναν οικονομικό τομέα¹⁰⁶. Δεύτερον, η συγκεκριμένη δράση την οποία όντως αναλαμβάνει η Κοινότητα πρέπει να συμβιβάζεται με την εγκαθίδρυση και λειτουργία της εσωτερικής αγοράς. Τούτο συνεπάγεται τον έλεγχο του πώς ο κοινοτικός νομοθέτης επιχείρησε να συμβιβάσει τη βασική προϋπόθεση διατάξεων όπως το άρθρο 57, παράγραφος 2, και 100 Α ότι τα μέτρα που θεσπίζονται δυνάμει των διατάξεων αυτών πρέπει να διευκολύνουν την ελεύθερη κυκλοφορία ή να εξισώνουν τους όρους του ανταγωνισμού σε συγκεκριμένο τομέα με το καθήκον του να λαμβάνει υπόψη παράγοντες σχετικούς με το δημόσιο συμφέρον οι οποίοι μπορεί να συνηγορούν υπέρ της πολύ περιοριστικής προσεγγίσεως ορισμένων οικονομικών δραστηριοτήτων.

94. Ειδικώς η Επιτροπή ισχυρίστηκε ότι τούτο θέτει κατ' ουσίαν το ζήτημα αν ένα μέτρο είναι κατάλληλο ή σκόπιμο, πράγμα το οποίο αποτελεί μάλλον ζήτημα αναλογικότητας παρά αρμοδιότητας. Επομένως, το Δικαστήριο δεν πρέπει να παρέμβει στο στάδιο αυτό. Δεν συμφωνώ. Αν η άσκηση της κοινοτικής αρμοδιότητας πρέπει να είναι δεκτική δικαστικού ελέγχου νομιμότητας, δεν αρκεί να ελέγχεται αν πληρούνται οι προϋποθέσεις πριν από την εναρμόνιση, διότι τα άρθρα 57, παράγραφος 2, και 100 Α της Συνθήκης δεν παρέχουν καθολική αρμοδιότητα εναρμονίσεως χάριν της εναρμονίσεως άπαξ πληρούνται οι προϋποθέσεις αυτές. Το Δικαστήριο αναγνωρίζει την ανάγκη συγκεκριμένου ελέγχου του όντως ληφθέντος μέτρου εναρμονίσεως, δεδομένου ότι έχει κρίνει επανειλημμένως ότι η εξέταση της αρμοδιότητας πρέπει να έχει ως γνώμονα

«ιδίως, [τον] σκοπό[ό] και [το] περιεχόμενο της πράξεως». Σε περιπτώσεις όπως η υπό κρίση, η συγκεκριμένη ανάλυση της κοινοτικής αρμοδιότητας πρέπει να σκοπεί αποκλειστικώς να καθορίσει αν το μέτρο επιδιώκει σκοπούς της εσωτερικής αγοράς για τους οποίους έχει απονεμηθεί αρμοδιότητα, λαμβανομένου συγχρόνως υπόψη του ότι τούτο μπορεί να συμβιβάζεται με την ταυτόχρονη επίτευξη άλλων, συμπληρωματικών σκοπών δημοσίου συμφέροντος οι οποίοι δεν μπορούν, από μόνοι τους, να δικαιολογήσουν τη χρησιμοποίηση των άρθρων 57, παράγραφος 2, και 100 Α της Συνθήκης.

95. Το Δικαστήριο προέβη σε τέτοιου είδους συγκεκριμένο έλεγχο σε περιπτώσεις κατά τις οποίες τα κράτη μέλη έχουν αμφισβητήσει την αρμοδιότητα της Κοινότητας να ενεργήσει σύμφωνα με το άρθρο 100 Α και με το άρθρο 57, παράγραφος 2, αντιστοίχως, στις υποθέσεις Ισπανία κατά Συμβουλίου και «εγγυήσεις καταθέσεων»¹⁰⁷. Στην υπόθεση Ισπανία κατά Συμβουλίου, το Δικαστήριο εξέτασε και απέρριψε τον ισχυρισμό ότι ο κανονισμός 1768/92¹⁰⁸ παρέτεινε τη στεγανοποίηση της κοινοτικής αγοράς πέραν της διαρκείας ισχύος του κυρίου εθνικού διπλώματος ευρεσιτεχνίας και εμπόδιζε τον ελεύθερο ανταγωνισμό μεταξύ της βιομηχανίας φαρμάκων κοινόχρηστης ονομασίας και των επιχειρήσεων δικαιούχων διπλώματος ευρεσιτεχνίας¹⁰⁹. Το Δικαστήριο αποφάνθηκε ότι η εναρμονισμένη παράταση της διάρκειας

106 — Αυτοί είναι οι δύο λόγοι των οποίων έγινε επίκληση υπέρ της οδηγίας περί διαφήμισης στις υπό κρίση υποθέσεις. Δεν λαμβάνω θέση επί του ζητήματος αν υπάρχουν άλλοι λόγοι δράσεως σύμφωνα με τις επίμαχες διατάξεις.

107 — Αυτός ο συγκεκριμένος έλεγχος είναι επίσης χαρακτηριστικός της εις μέρος του Δικαστηρίου εξέτασεως της δυνατότητας χρησιμοποίησης μιας νομικής βάσεως αντί μιας άλλης, όπως στην απόφαση «διοξείδιο του τιτανίου», προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 51, και στις δύο αποφάσεις «απόβλητα», που εξετάστηκαν ανωτέρω.

108 — Προπαρατεθείς στην υποσημείωση 58.

109 — Απόφαση Ισπανία κατά Συμβουλίου, προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 58, σκέψεις 30 και 31.

της παρεχόμενης από το δίπλωμα ευρεσιτεχνίας προστασίας την οποία καθιέρωσε ο κανονισμός προλαμβάνει την κατάταξη της αγοράς φαρμάκων, εμποδίζοντας την ανομοιογενή εξέλιξη των εθνικών νομοθεσιών¹¹⁰, μολονότι αυτή η παράσταση της διάρκειας προστασίας ήταν άγνωστη στα περισσότερα κράτη μέλη¹¹¹. Το Δικαστήριο εξέτασε επίσης την εξισορρόπηση μεταξύ των συμφερόντων των επιχειρήσεων που είναι δικαιούχοι διπλωμάτων ευρεσιτεχνίας και των επιχειρήσεων που κατασκευάζουν φάρμακα κοινόχρηστης ονομασίας¹¹². Μολονότι τούτο είναι σαφώς ουσιώδες από πλευράς της αρχής της αναλογικότητας, το Δικαστήριο στην υπόθεση εκείνη θεώρησε προφανώς ότι αποτελεί ζήτημα σχετικό με την αρμοδιότητα, την οποία απαιτούν «οι στόχοι του άρθρου [7 Α της Συνθήκης]»¹¹³, υπονοώντας έτσι ότι η ύπαρξη ή η απουσία των περιορισμών που επιβάλλονται σε μια οικονομική δραστηριότητα (εν προκειμένω, στη δραστηριότητα παρασκευής φαρμάκων κοινόχρηστης ονομασίας) είναι εν δυνάμει ουσιώδης για το ζήτημα αν μπορεί να θεωρηθεί ότι ένα μέτρο εναρμονίσεως εξυπηρετεί σκοπούς της εσωτερικής αγοράς¹¹⁴. Η εκ μέρους μου γενική προσέγγιση των υπό κρίση υποθέσεων ενισχύεται επίσης από το γεγονός ότι το Δικαστήριο, αφού πείστηκε ως προς το ότι ο προσαρτώμενος κανονισμός εξυπηρετούσε σκοπό της εσωτερικής αγοράς, ουδόλως αναφέρθηκε στη σχετική βαρύτητα που είχε στο νομοθετικό σύστημα ο πρόσθετος σκοπός της προώθησης της φαρμακευτικής έρευνας στην Κοινότητα.

96. Στην υπόθεση «εγγυήσεις καταθέσεων», το Δικαστήριο εξέτασε τον ισχυρισμό ότι η

απαγόρευση με το προσβαλλόμενο μέτρο¹¹⁵ της προωθήσεως εκ μέρους υποκαταστημάτων τραπεζών εντός άλλων κρατών μελών του ευεργετήματος εθνικών συστημάτων εγγυήσεως των καταθέσεων που ήταν προστατευτικότερα για τους καταναλωτές από τα προβλεπόμενα από την οδηγία δεν συμβιβαζόταν με το άρθρο 57, παράγραφος 2, της Συνθήκης. Το Δικαστήριο έκρινε ότι το ανώτατο όριο που επιβάλλεται στην προστασία των καταθέσεων που προσφέρουν υποκαταστήματα εντός άλλων κρατών μελών «είναι πολύ λιγότερο επαχθ[ές] από την υποχρέωση υπαγωγής στις διάφορες νομοθεσίες περί των συστημάτων εγγυήσεως των καταθέσεων στα διάφορα κράτη μέλη υποδοχής», με αποτέλεσμα ότι ακόμη και η εγκατάσταση εντός άλλων κρατών μελών των υποκαταστημάτων γερμανικών πιστωτικών ιδρυμάτων μπορούσε να θεωρηθεί ότι διευκολύνθηκε με την επίμαχη οδηγία¹¹⁶.

97. Η εκτίμηση αυτού του είδους διαφέρει από την εκτίμηση της αναλογικότητας. Το ερώτημα που τίθεται, προκειμένου να εξακριβωθεί αν πληρούνται οι προϋποθέσεις για τη χρησιμοποίηση αρμοδιότητας που απονέμεται για λειτουργικούς σκοπούς είναι το αν το μέτρο επιδιώκει τους σκοπούς εσωτερικής αγοράς των οποίων γίνεται επίκληση και όχι αν βαίνει πέραν του μέτρου που είναι αναγκαίο για την επίτευξή τους. Επιπλέον, όπως διαπίστωση ανωτέρω, στο παρόν στάδιο εξετάζεται αποκλειστικώς αν επιτυγχάνονται οι σκοποί αυτοί, δεδομένου ότι προς τούτο απονεμήθηκε η αρμοδιότητα. Κατά την εκτίμηση της αναλογικότητας, από την άλλη πλευρά, πρέπει επίσης να λαμβάνονται υπόψη οι επιπλέον ουσιώδεις σκοποί τους οποίους πρέπει να επιδιώκουν τα μέτρα που αφορούν την εσωτερική αγορά, περιλαμβαν-

110 — Όπ. π., σκέψεις 35 και 36.

111 — Όπ. π., σκέψη 34.

112 — Όπ. π., σκέψεις 37 έως 39.

113 — Όπ. π., σκέψη 37.

114 — Βλ. τα σημεία 83 έως 87 ανωτέρω, όπου εξετάζεται αν η θέσπιση μέτρων περιοριστικών του εμπορίου συμβιβάζεται με την επιδίωξη σκοπών της εσωτερικής αγοράς.

115 — Οδηγία 94/19/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 30ής Μαΐου 1994, περί των αντιστημάτων εγγυήσεως των καταθέσεων (ΕΕ 1994, L 135, σ. 5).

116 — Όπ. π., σκέψη 44.

νομένου του σκοπού που συνίσταται στην επίτευξη υψηλού επιπέδου προστασίας της υγείας.

98. Είναι σαφές ότι, όταν το Δικαστήριο προβαίνει σε συγκεκριμένο έλεγχο των περιπλοκών νομοθετικών επιλογών οι οποίες επηρεάζουν διάφορα οικονομικά και άλλα συμφέροντα, πρέπει συνήθως να δέχεται την εκτίμηση του νομοθέτη ότι η αποτελεσματικότητα ενός μέτρου όσον αφορά την εγκαθίδρυση ή τη λειτουργία της εσωτερικής αγοράς δικαιολογεί τις δεσμεύσεις που δημιουργεί το μέτρο αυτό¹¹⁷. Το Δικαστήριο δεν μπορεί να αντικαταστήσει την κρίση του νομοθέτη με τη δική του ή να ελέγξει τη σκοπιμότητα μιας πρωτοβουλίας αναληφθείσας στο πλαίσιο μιας πολιτικής¹¹⁸. Μολονότι το υπό εξέταση ζήτημα έγκειται στον καθορισμό των ορίων της κοινοτικής νομοθετικής αρμοδιότητας, η αναγκαία συγκεκριμένη εκτίμηση της σχέσεως του ληφθέντος μέτρου με τους προβαλλομένους σκοπούς του προϋποθέτει, κατά τη γνώμη μου, τη χρησιμοποίηση του επιπέδου ελέγχου που εφαρμόζει το Δικαστήριο στην εκ μέρους των κοινοτικών οργάνων άσκηση ευρείας νομοθετικής διακριτικής ευχέρειας. Οσάκις τα κοινοτικά όργανα διαθέτουν «ευρεία εξουσία εκτιμήσεως, ιδίως όσον αφορά τη φύση και την έκταση των μέτρων που θεσπίζει, ο έλεγχος του κοινοτικού δικαστή πρέπει να περιορίζεται στην εξέταση αν η άσκηση της εξουσίας αυτής πάσχει προφανή πλάνη ή κατάχρηση εξουσίας ή ακόμη αν [τα κοινοτικά όργανα] υπερέβησαν] προφανώς ή όχι τα όρια της εξουσίας [τους] εκτιμήσεως»¹¹⁹.

99. Παρά ταύτα, το έργο του Δικαστηρίου είναι ευχερέστερο στην περίπτωση νομοθεσίας της οποίας τα αποτελέσματα στον σχετικό τομέα είναι ακραία, όπως στην περίπτωση μιας απαγορεύσεως. Δεν τεκμαίρεται ότι η εκ μέρους του κοινοτικού νομοθέτη πραγματική απαγόρευση μιας συγκεκριμένης οικονομικής δραστηριότητας αντιβαίνει στους σκοπούς της εσωτερικής αγοράς. Συγχρόνως, ένα δικαιοδοτικό όργανο εντοπίζει ευχερέστερα τα αποτελέσματα της απαγορεύσεως αυτής και τα νομικά συμπεράσματα που πρέπει να συναχθούν εντεύθεν και μεριμνά περισσότερο για τη διατήρηση των λεπτών ισορροπιών μεταξύ διαφόρων υλικών συμφερόντων τις οποίες έχει επιτύχει ο νομοθέτης¹²⁰. Τούτο διευκολύνει την εκτίμηση του αν υπάρχει η αναγκαία αντιστοιχία του περιεχομένου του επιβάλλοντος απαγόρευση μέτρου προς τον σχετικό με την εσωτερική αγορά σκοπό του, όπως αυτός εκτίθεται, ειδικότερα, στο προοίμιο του μέτρου και σε κάθε διάταξη ουσιαστικού δικαίου (όπως είναι το άρθρο 1 της οδηγίας περί διαφημίσεως) η οποία αναφέρει ρητώς τους σκοπούς του μέτρου ή από την οποία συνάγονται αυτοί αναμφίβολα. Η αντιστοιχία αυτή πρέπει εν τέλει να κρίνεται με γνώμονα τα δυνάμενα να διακριθούν αποτελέσματα του προσβαλλομένου μέτρου. Ο συγκεκριμένος σχετικός με την εσωτερική αγορά σκοπός τον οποίο επιδιώκει το μέτρο πρέπει να προκύπτει από το μέτρο καθεαυτό και δεν μπορεί, κατά τη γνώμη μου, να συμπληρώνεται σε μεταγενέστερο στάδιο με την αναφορά σε ευρύτερους ή διαφορετικούς σκοπούς¹²¹. Αν τα αποτελέσματα του μέτρου δεν είναι σύμφωνα προς τους σχετικούς με την εσωτερική αγορά σκοπούς τους

117 — Βλ. τις προτάσεις του γενικού εισαγγελέα Léger στην υπόθεση «εγυνησίες καταθέσεων», προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 52, σημείο 113.

118 — Βλ. απόφαση «χρόνος εργασίας», προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 80, σκέψη 23.

119 — Αποφάσεις της 5ης Μαΐου 1998, C-180/96, Ηνωμένο Βασίλειο κατά Επιτροπής (Συλλογή 1998, σ. I-2265, στο εξής: ΣΕΒ, σκέψη 60), και της 25ης Ιανουαρίου 1979, 98/78, Racke (Συλλογή τόμος 1979/1, σ. 55, σκέψη 5). Θα ήθελα να επαναλάβω ότι, κατά τη γνώμη μου, ο ισχυρισμός περί καταχρήσεως εξουσίας δεν αποδείχθηκε στις υπό κρίση υποθέσεις.

120 — Βλ., επί παραδείγματι, την απόφαση Ισπανία κατά Συμβουλίου, προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 58, σκέψεις 38 και 39.

121 — Τούτο δεν σημαίνει ότι η συλλογιστική για τη θέσπιση του μέτρου, περιλαμβανομένου κάθε ποιοτικού ή ποσοτικού πληροφοριακού στοιχείου, πρέπει να εκτίθεται με μεγαλύτερη λεπτομέρεια στο μέτρο καθεαυτό. Αυτή τη στιγμή δεν εξετάζω αν είναι επαρκής η αιτιολογία που εκτίθεται στην οδηγία περί διαφημίσεως (πράγμα το οποίο εξετάζω στο τμήμα V, σημείο vii, κατωτέρω), αλλά ασχολούμαι με τον σαφή καθορισμό του χαρακτήρα της αιτιολογίας αυτής και των σκοπών που επιδιώκονται, προκειμένου να προβεί σε έλεγχο ουσίας της οδηγίας με γνώμονα τον σκοπό και το περιεχόμενό της.

οποίους εξυπηρετούν οι νομικές βάσεις που χρησιμοποιεί και όντως επικαλείται ο νομοθέτης, τότε πρέπει να συναχθεί το συμπέρασμα ότι ο κοινοτικός νομοθέτης υπέπεσε σε πρόδηλο σφάλμα ή υπερέβη τα όρια της διακριτικής του ευχέρειας.

Ο σκοπός της οδηγίας περί διαφημίσεως

100. Το άρθρο 1 της οδηγίας ορίζει ότι σκοπός της είναι «η προσέγγιση των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων των κρατών μελών όσον αφορά τη διαφήμιση και τη χορηγία υπέρ των προϊόντων καπνού». Η πρώτη αιτιολογική σκέψη ορίζει ότι οι προϋφιστάμενες διαφορές μεταξύ των εθνικών κανόνων στον τομέα αυτόν μπορούσαν να παρεμποδίσουν όχι μόνον την παροχή υπηρεσιών όσον αφορά τη διαφήμιση και χορηγία υπέρ των προϊόντων καπνού, αλλά και τη μεταξύ των κρατών μελών κυκλοφορία των προϊόντων που αποτελούν τα μέσα αυτής της διαφημίσεως και χορηγίας. Οι διαφορές αυτές στρέβλωναν επίσης τον ανταγωνισμό. Η διαπίστωση αυτή μπορεί να σημαίνει μόνον ότι αφορά τον ανταγωνισμό μεταξύ των παρεχόντων τις προαναφερθείσες υπηρεσίες — διαφημίσεως και χορηγίας υπέρ των προϊόντων καπνού — και μεταξύ παραγωγών και προμηθευτών των μέσων για την εν λόγω διαφήμιση και χορηγία. Στο νοηματικό της πλαίσιο, η εν λόγω διαπίστωση σαφώς δεν αφορά τον ανταγωνισμό στους τομείς της διαφημίσεως και χορηγίας εν γένει, τους οποίους ουδόλως αναφέρει η οδηγία. Επιπλέον, από κανένα σημείο της αιτιολογικής αυτής σκέψεως ή από άλλο σημείο της οδηγίας περί διαφημίσεως δεν προκύπτει ότι η οδηγία αυτή αφορά τα εμπόδια στο εμπόριο είτε των προϊόντων καπνού είτε των προϊόντων διαφοροποίησεως ή ότι αφορά τις στρεβλώσεις του ανταγωνισμού μεταξύ παραγωγών ή διανομένων τέτοιων προϊόντων ή μεταξύ παραγωγών ή διανομένων προϊόντων και

υπηρεσιών που φέρουν ονόματα σχετικά με τα προϊόντα καπνού και αντιστοίχων προϊόντων και υπηρεσιών που δεν φέρουν τέτοια ονόματα. Η αιτιολογική σκέψη καταλήγει με τη διαπίστωση ότι τα εμπόδια και οι στρεβλώσεις του ανταγωνισμού μπορούσαν να παρεμποδίσουν τη λειτουργία της εσωτερικής αγοράς.

101. Μπορεί να θεωρηθεί ότι η πρώτη αιτιολογική σκέψη έχει την έννοια ότι σκοπεί στην πλήρωση της προϋποθέσεως που απαιτείται για την εναρμόνιση εκ μέρους της Κοινότητας βάσει των άρθρων 57, παράγραφος 2, και 100 Α της Συνθήκης. Η δεύτερη αιτιολογική σκέψη εκθέτει κατά τον πλέον σαφή τρόπο ότι υπάρχει σχέση μεταξύ της υφισταμένης καταστάσεως, της επιτεύξεως των σχετικών με την εσωτερική αγορά σκοπών — η οποία αποτελεί τον προφανή σκοπό ενός μέτρου που θεσπίζεται βάσει των άρθρων 57, παράγραφος 2, και 100 Α — και του όντως θεσπισθέντος μέτρου — δηλαδή του *περιεχομένου* του¹²²:

«ότι θα πρέπει να καταργηθούν τα εμπόδια αυτά και, προς το σκοπό αυτό, να επιδιωχθεί η προσέγγιση των κανόνων σχετικά με τη διαφήμιση και τη χορηγία υπέρ των προϊόντων καπνού (...).»

Η Imperial Tobacco ισχυρίστηκε ότι η οδηγία δεν περιλαμβάνει μεταξύ των σκοπών της την καταπολέμηση κάθε στρεβλώσεως του

122 — Βεβαίως, δεν επιθυμώ να προβίω σε αυστηρή διάκριση μεταξύ σκοπού και περιεχομένου. Είναι δυνατόν να συναχθεί ο σκοπός ενός μέτρου από τις ουσιαστικού δικαίου διατάξεις του καθός και από το προσήμιό του — βλ., επί παραδείγματι, απόφαση «προστασία των δασών», προκαταρκτικά στην υποσημείωση 67, σκέψη 13. Στις υπό κρίση υποθέσεις, ωστόσο, δεν παρέχονται επιπλέον καταδυντημένες γαρμίες από τις λοιπές διατάξεις της οδηγίας περί διαφημίσεως.

ανταγωνισμού πλην των εμποδίων στο εμπόριο που αναφέρει η δεύτερη αιτιολογική σκέψη. Θεωρώ ότι η διάκριση αυτή είναι υπερβολικά αυστηρή. Η όγδοη αιτιολογική σκέψη αναφέρεται στην αλληλεξάρτηση μεταξύ των διαφόρων μορφών διαφημίσεως και ορίζει ότι η οδηγία πρέπει να καλύπτει κάθε μορφή διαφημίσεως (πλην της τηλεοπτικής διαφημίσεως) «προκειμένου να αποφευχθεί οποιοσδήποτε κίνδυνος στρέβλωσης του ανταγωνισμού».

102. Θα εξετάσω πρώτα τους σχετικούς με την εσωτερική αγορά σκοπούς της οδηγίας από πλευράς της άρσεως των εμποδίων στο ελεύθερο εμπόριο των αγαθών και των υπηρεσιών που αφορούν τη διαφήμιση και τη χορηγία υπέρ των προϊόντων καπνού. Στη συνέχεια, θα ασχοληθώ με το ζήτημα της εξισώσεως των όρων ανταγωνισμού στους ίδιους συγκεκριμένους τομείς δραστηριότητας.

Εμπόδια στο εμπόριο των αγαθών και υπηρεσιών που αφορούν την προώθηση των προϊόντων καπνού

103. Το ζήτημα αν υπάρχει διασυνοριακό εμπόριο αγαθών και υπηρεσιών που αφορούν την προώθηση των προϊόντων καπνού ή αν το εμπόριο αυτό είναι σημαντικό ή αν υπάρχει εμπόδιο στο εμπόριο αυτό, αποτέλεσε αντικείμενο εκτενούς ανταλλαγής απόψεων με τα υπομνήματα των διαδίκων.

104. Το Δικαστήριο διευκρίνισε ότι δεν υπάρχει κανόνας *de minimis* όσον αφορά την προβλεπόμενη από τη Συνθήκη απαγόρευση

των εμποδίων στο εμπόριο τα οποία απορρέουν από τις διαφορές στις εθνικές νομοθεσίες: στο πλαίσιο της ελεύθερης κυκλοφορίας των αγαθών, επί παραδείγματι, ένα εθνικό μέτρο θεωρείται ότι αποτελεί περιορισμό αν είναι ικανό να εμποδίσει, άμεσα ή έμμεσα, πραγματικά ή δυνητικά, το ενδοκοινοτικό εμπόριο, «έστω κι αν το εμπόδιο είναι μικρό ή αν υπάρχουν και άλλες δυνατότητες διαθέσεως των εισαγόμενων προϊόντων»¹²³. Το γεγονός ότι ένας εθνικός κανόνας επηρεάζει μια μικρή αγορά, προσδιοριζόμενη είτε γεωγραφικώς είτε με γνώμονα το μέγεθος του διασυνοριακού εμπορίου που θίγει ο κανόνας, επίσης δεν ασκεί επιρροή για την εφαρμογή του άρθρου 30 της Συνθήκης¹²⁴. Από τη νομολογία περί των υπηρεσιών προκύπτει ότι οι ίδιες αρχές ισχύουν και στον τομέα εκείνον¹²⁵. Η Κοινότητα είναι αρμόδια να αίρει τα εμπόδια στο εμπόριο των αγαθών και υπηρεσιών μέσω μέτρων εναρμόνισης βασιζομένων στα άρθρα 57, παράγραφος 2, και 100 Α της Συνθήκης, τα οποία λαμβάνουν υπόψη τους λόγους γενικού συμφέροντος οι οποίοι άλλωστε οδήγησαν στη θέσπιση των εθνικών κανόνων. Τούτο δεν σημαίνει ότι τα μέτρα αυτά δικαιολογούνται αυτομάτως στην περίπτωση ασήμαντων («*de minimis*») εμποδίων στο εμπόριο. Μπορεί τουλάχιστον να υποστηριχθεί ότι αυτό το μέτρο εναρμόνισης πρέπει να αφορά εθνικούς κανόνες που δεν έχουν απλώς ασήμαντα αποτελέσματα στο εμπόριο. Το ζήτημα αυτό δεν ανακύπτει στην υπό κρίση υπόθεση, διότι οι διαφορές μεταξύ των εθνικών κανόνων,

123 — Απόφαση της 5ης Απριλίου 1984, συνεκδικασθείσες υποθέσεις 177/82 και 178/82, Van de Haeg και Kayeka de Meert (Συλλογή 1984, σ. 1797, σκέψη 14). Βλ., επίσης, απόφαση της 18ης Μαΐου 1993, C-126/91, Yves Rocher (Συλλογή 1993, σ. I-2361, σκέψη 21).

124 — Βλ. απόφαση της 3ης Δεκεμβρίου 1998, C-67/97, Bluhme (Συλλογή 1998, σ. I-8033, σκέψεις 18 έως 20 και 22), και σημεία 18 και 19 των προτάσεών μου στην υπόθεση εκείνη.

125 — Βλ., επί παραδείγματι, απόφαση της 10ης Μαΐου 1995, C-384/93, Alpine Investments (Συλλογή 1995, σ. I-1141). Από την απόφαση Bluhme, προπαρατεθείσα, σκέψη 22, προκύπτει σαφώς ότι η εξάλειψη από το πεδίο εφαρμογής των σχετικών διατάξεων της Συνθήκης, με αποφάσεις όπως η απόφαση της 14ης Ιουλίου 1994, C-379/92, Petralia (Συλλογή 1994, σ. I-3453), των απλών εμπόρων ή τυχαίων εμπόδων στο εμπόριο αγαθών ή υπηρεσιών οφείλεται στο ότι τα αποτελέσματά τους είναι απομακρυσμένα και όχι στο ότι είναι περιορισμένα.

μερικοί από τους οποίους είναι ιδιαζόντως περιοριστικοί, μπορεί σαφώς να έχει άμεσα και σημαντικά αποτελέσματα στο εμπόριο των υπηρεσιών και των μέσων διαφήμισης προϊόντων καπνού. Το ζήτημα κατά πόσον είναι σημαντικό το εύρος του θιγόμενου διασυνοριακού εμπορίου αγαθών ή υπηρεσιών, είτε απολύτως είτε σε σύγκριση με το αμalgώγ εσωτερικό εμπόριο, μπορεί επίσης να ασκεί κάποια επιρροή. Ωστόσο, το ζήτημα αυτό δεν είναι τόσο ουσιώδες για την ανάληψη της αρμοδιότητας όσο για την εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας, προκειμένου να εκτιμηθεί αν το πεδίο εφαρμογής ενός μέτρου είναι υπερβολικά ευρύ (επί παραδείγματι, διότι θίγει το σημαντικό εγχώριο εμπόριο καθώς και το σχετικώς περιορισμένο διασυνοριακό εμπόριο) και, επομένως, αν τα υπερβολικά εκτεταμένα περιοριστικά αποτελέσματα του μέτρου υπερβαίνουν τα οφέλη που συνεπάγεται για την εσωτερική αγορά.

105. Δεν με πείθει ο ισχυρισμός της Γερμανίας ότι στην πραγματικότητα δεν υπάρχει διασυνοριακή παροχή υπηρεσιών διαφήμισης και χορηγίας με σκοπό την προώθηση των προϊόντων καπνού¹²⁶ δυναμένη να θιγεί από τις διαφορές μεταξύ των εθνικών ρυθμίσεων αυτής της οικονομικής δραστηριότητας¹²⁷. Τις υπηρεσίες αυτές μπορεί να παρέχει, για παράδειγμα, ένα διεθνές διαφημιστικό γραφείο εγκατεστημένο εντός κράτους μέλους, προκειμένου να χρησιμοποιηθούν σε ολόκληρη την Κοινότητα ή σε μέρος

αυτής¹²⁸, ή ένα τοπικό γραφείο, προκειμένου να χρησιμοποιηθούν απλώς στο εσωτερικό της χώρας, για λογαριασμό ενός πελάτη με διεθνή δραστηριότητα (περιλαμβανομένου, ενδεχομένως, ενός διεθνούς διαφημιστικού γραφείου) και μπορεί να περιλαμβάνει την επινόηση ονομάτων, διαφημιστικών θεμάτων, συνθημάτων και εκστρατειών· την παραγγελία καλλιτεχνημάτων, την πρόσληψη μοντέλων ή ηθοποιών και άλλων για τη δημιουργία διαφημιστικών εικόνων, ταινιών κ.λπ· τη διαφήμιση με διάφορα μέσα και τη χορηγία διαφόρων αθλητικών, καλλιτεχνικών ή άλλων οργανώσεων, συναντήσεων ή ομάδων, καθώς και την οργάνωση άμεσης διανομής διαφημιστικού υλικού ή δώρων προς το κοινό. Η παροχή τέτοιων υπηρεσιών έναντι αμοιβής αποτελεί προφανώς εμπορικής φύσεως δραστηριότητα. Μόνη η πλήρης απαγόρευση μιας συγκεκριμένης υπηρεσίας για λόγους δημοσίου συμφέροντος σε όλα τα κράτη μέλη θα συνεπαγόταν την εξαίρεσή της από το πεδίο εφαρμογής της Συνθήκης¹²⁹, πράγμα το οποίο δεν συμβαίνει με τη διαφήμιση των προϊόντων καπνού. Η χορηγία αθλητικών ομάδων ή εκδηλώσεων με αντάλλαγμα την αναγνώριση της συνεισφοράς του χορηγού ή την έκθεση διαφημιστικού υλικού (το οποίο μπορεί επίσης να παρουσιάζεται κατά την τηλεοπτική ή ραδιοφωνική μετάδοση μιας εκδηλώσεως που αποτελεί αντικείμενο χορηγίας), αποτελεί επίσης αμειβόμενη παροχή υπηρεσιών εκ μέρους των μεν προς τον δε¹³⁰. Από τα προσκομισθέντα ενώπιον του Δικαστηρίου αποδεικτικά στοιχεία προκύπτει σαφώς ότι οι δραστηριότητες αυτές είναι σχετικές συνήθειες.

126 — Η προώθηση των προϊόντων διαφοροποίησης την οποία διέπει το άρθρο 3, παράγραφος 3, στοιχείο β', της οδηγίας — προϊόντων τα οποία δεν εμπίπτουν στα προϊόντα καπνού και φέρουν ονόματα, σύμβολα, σύμβολα ή άλλα διακριτικά στοιχεία που χρησιμοποιούνται για τα προϊόντα καπνού — θεωρείται έμμεση μορφή προώθησης των προϊόντων καπνού και, επομένως, περιλαμβάνεται στην εξέταση της προώθησης των προϊόντων καπνού στην οποία προβαίνει κατωτέρω, πλην των περιπτώσεων στις οποίες διαχωρίζεται προς ειδική εξέταση.

127 — Όσον αφορά τους μη εισάγοντες δυσμενή διάκριση περιορισμούς στην παροχή υπηρεσιών, βλ. απόφαση της 24ης Μαρτίου 1994, C-275/92, Schindler (Σύλλογη 1994, σ. I-1039, σκέψη 43), και απόφαση της 25ης Ιουλίου 1991, C-76/90, Säger (Σύλλογη 1991, σ. I-4221, σκέψη 12).

128 — Μια υπηρεσία που παρέχεται εντός του κράτους μέλους Β από προσωπείο εγκατεστημένο στο κράτος μέλος Α, για λογαριασμό πελάτη εγκατεστημένου οπουδήποτε εντός της Κοινότητας, περιλαμβανομένου του κράτους μέλους Α, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των διατάξεων της Συνθήκης που αφορούν τις υπηρεσίες. Βλ., επί παραδείγματι, απόφαση της 26ης Φεβρουαρίου 1991, C-154/89, Επιτροπή κατά Γαλλίας (Σύλλογη 1991, σ. I-659, σκέψη 9), η οποία αφορά τις δραστηριότητες των ξεναγών.

129 — Βλ. απόφαση Schindler, προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 127, σκέψη 32.

130 — Βλ. απόφαση της 11ης Απριλίου 2000, συνεκδικασθείσες υποθέσεις C-51/96 και C-191/97, Deliège (Σύλλογη 2000, σ. I-2549, σκέψη 57).

106. Περιορισμοί στην ελεύθερη παροχή υπηρεσιών, στους οποίους αναφέρεται το άρθρο 59 της Συνθήκης (νυν, κατόπιν τροποποίησης, άρθρο 49 ΕΚ), μπορούν να ανακύψουν οσάκις ένα διαφημιστικό γραφείο το οποίο παρέχει νομίμως υπηρεσίες με σκοπό την προώθηση των προϊόντων καπνού εντός κράτους μέλους εμποδίζεται να παράσχει τις υπηρεσίες αυτές λόγω μιας περιοριστικότερης εθνικής αντιμετώπισης της διαφήμισης και της χορηγίας υπέρ των προϊόντων καπνού. Ομοίως, η παροχή υπηρεσιών από αθλητικές ομάδες, ορχήστρες, περιοδεύουσες εκθέσεις ή αθλητικές συναντήσεις που διεξάγονται σε πλείονες τόπους περιορίζεται οσάκις η χορηγία την οποία μπορούν νομίμως να δεχθούν και να δημοσιοποιήσουν εντός κράτους μέλους απαγορεύεται ή υπόκειται σε πρόσθετες προϋποθέσεις εντός άλλου κράτους μέλους. Η διασυνοριακή παροχή υπηρεσιών ραδιοφωνίας μπορεί επίσης να θίγεται από εθνικούς κανόνες σχετικούς με το διαφημιστικό περιεχόμενο τέτοιων μεταδόσεων¹³¹.

107. Τα εμπόδια στο εμπόριο τα οποία έχουν σημασία από πλευράς της οδηγίας περί διαφήμισης προφανώς αφορούν μια αρκετά στενότερη κατηγορία προϊόντων. Κατά τη γνώμη μου, στην κατηγορία αυτή μπορούν να εμπίπτουν μόνον αγαθά τα οποία διατίθενται στο εμπόριο μεταξύ κρατών μελών και τα οποία δεν χρησιμοποιούν πάντοτε αποκλειστικώς ως μέσα για τη διαφήμιση ή τη χορηγία υπέρ των προϊόντων καπνού. Το πιο προφανές παράδειγμα είναι το παράδειγμα

των εφημερίδων ή των περιοδικών που συνήθως έχουν τόσο διαφημιστικό περιεχόμενο που αφορά άλλα προϊόντα όσον και ουσιαδώς δημοσιογραφικό περιεχόμενο, του οποίου η κυκλοφορία σε άλλα κράτη μέλη εμποδίζεται, πραγματικά ή δυνητικά, λόγω του ότι οι διαφημίσεις προϊόντων καπνού οι οποίες είναι νόμιμες εντός του κράτους μέλους παραγωγής απαγορεύονται ή υπόκεινται σε διαφορετικές προϋποθέσεις εντός άλλων κρατών μελών. Νομίζω ότι δεν θα μπορούσαν να θεωρηθούν αγαθά ούτε τα τσιγάρα που διανέμονται δωρεάν για διαφημιστικούς σκοπούς (τα οποία παρέχονται κατά τεκμήριο από τον παραγωγό) ούτε τα κινητά υποθέματα διαφήμισης ή χορηγίας, όπως είναι τα αγωνιστικά αυτοκίνητα ή ο αθλητικός ρουχισμός των ομάδων που χρησιμοποιείται σε διεθνείς εκδηλώσεις, δεδομένου ότι δεν αποτελούν, υπό τις συνθήκες αυτές, αντικείμενο ενδοκοινοτικού εμπορίου ακόμη και αν διασχίζουν τα σύνορα¹³². Παρά ταύτα, η οργάνωση της εκστρατείας διανομής ή το πρόγραμμα χορηγίας (καθώς και η αποδοχή της διαφημιστικής χορηγίας) μπορεί να έχει διασυνοριακές πτυχές οι οποίες να επηρεάζονται από τις διαφορές μεταξύ των εθνικών κανόνων. Όσον αφορά τα αντικείμενα που χρησιμεύουν πάντοτε αποκλειστικώς ως μέσα για τη διαφήμιση προϊόντων καπνού — αφίσες, φυλλάδια, φέιγ βολάν κ.λπ. — είναι μάλλον καλύτερο να εξετασθούν υπό την οπτική γωνία της διαφημιστικής υπηρεσίας της οποίας αποτελούν την απτή έκφραση¹³³, ακόμη και αν από κάποια άποψη αποτελούν αφ' εαυτών αντικείμενο εμπορίου (επί παραδείγματι, παράδοση εντύπου υλικού από τυπογράφο σε διαφημιστικό γραφείο).

131 — Βλ., ανωτέρω, την εξέταση της οδηγίας 89/552/ΕΟΚ. Η επί αμοιβαίη διασυνοριακή μετάδοση διαφήμισεων αποτελεί παροχή υπηρεσιών υπό την έννοια του άρθρου 59 της Συνθήκης: απόφαση της 26ης Απριλίου 1988, 352/85, Bond van Adverteerders κ.λπ. (Συλλογή 1988, σ. 2085).

132 — Ωστόσο, οι διατάξεις της Συνθήκης περί της ελεύθερης κυκλοφορίας των αγαθών έχουν εφαρμογή στο ανεξάρτητο εμπόριο αντιγράφων αθλητικών ενδυμάτων, τα οποία συχνά φέρουν τα ίδια διαφημιστικά σήματα των χορηγών και τα οποία θα μπορούσαν να θεωρηθούν προϊόντα «που αποτελούν τα μέσα των (...) δραστηριοτήτων [διαφήμισης και χορηγίας]».

133 — Βλ. απόφαση Schindler, προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 127, σελήνη 22.

108. Επομένως, είμαι πεπεισμένος ότι οι προϋποθέσεις για να ασκήσει η Κοινότητα την αρμοδιότητά της εναρμονίσεως όσον αφορά το εμπόριο αγαθών και την παροχή διασυνοριακών υπηρεσιών πληρούνται στην υπό κρίση υπόθεση. Επομένως, είναι ανάγκη να εξετασθεί ο τρόπος κατά τον οποίο η οδηγία περί διαφήμισεως αντιμετωπίζει τα ανωτέρω εμπόδια στο εμπόριο αγαθών και υπηρεσιών τα οποία δεν εισάγουν δυσμενή διάκριση.

Η προσέγγιση των νομοθεσιών την οποία πραγματοποιεί η οδηγία περί διαφήμισεως

109. Το κεντρικό στοιχείο της οδηγίας περί διαφήμισεως είναι μια ευρεία απαγόρευση της άμεσης και έμμεσης διαφήμισεως και της χορηγίας υπέρ των προϊόντων καπνού. Πράγματι, υπό την επιφύλαξη της υφισταμένης απαγορεύσεως της τηλεοπτικής διαφήμισεως δυνάμει της οδηγίας 89/552/ΕΟΚ, η απαγόρευση έχει γενική διάτυπωση στο άρθρο 3, παράγραφος 1, της οδηγίας περί διαφήμισεως, αλλά η εφαρμογή της οδηγίας τελεί υπό την επιφύλαξη ορισμένων ρητών εξαιρέσεων τις οποίες προβλέπει το άρθρο 3, παράγραφος 5.

110. Η οικονομική και διαφημιστική σημασία των εξαιρέσεων αυτών σε σχέση με τη συνολική δραστηριότητα της διαφήμισεως των προϊόντων καπνού έχει συζητηθεί εκτενώς. Η διαφώνια ως προς το αν, κατ' αποτέλεσμα, η οδηγία επιβάλλει «πλήρη απαγόρευση» της διαφήμισεως των προϊόντων καπνού είναι ορολογική. Κατά τη γνώμη μου, στο συνολικό πλαίσιο της διαφήμισεως των προϊόντων καπνού, οι εξαιρέσεις είναι ασήμαντες. Η

απαγόρευση μπορεί κάλλιστα να χαρακτηρισθεί ολοκληρωτική. Απαγορεύει κάθε απευθυνόμενη προς τους καταναλωτές διαφήμιση εκ μέρους κοινοτικών επιχειρηματιών η οποία πραγματοποιείται εκτός του σημείου πωλήσεως.

111. Υπό το πρίσμα αυτής της ολοκληρωτικής απαγορεύσεως, πρέπει να καθορισθεί πώς η οδηγία περί διαφήμισεως ωφελεί την εσωτερική αγορά. Το σημαντικό ζήτημα, όπως ισχυρίστηκε ειδικότερα η Imperial Tobacco, έγκειται στο ότι η οδηγία ουδόλως επιχειρεί να εναρμονίσει τους υφισταμένους εθνικούς κανόνες που αφορούν τις περιορισμένες μορφές διαφήμισεως τις οποίες αυτή δεν απαγορεύει. Υπό ίδιες κατά τα λοιπά συνθήκες, θα μπορούσε να υποστηριχθεί ότι το εμπόριο υπηρεσιών και αγαθών στους εξαιρουμένους τομείς ελευθερώθηκε εμμέσως με τη θέσπιση μέτρου το οποίο εναρμόνισε — δια της απαγορεύσεως — εκτεταμένες πτυχές της εν λόγω οικονομικής δραστηριότητας. Αλλά τούτο δεν συμβαίνει. Από το άρθρο 5 προκύπτει σαφώς και αναμφισβήτητα ότι η οδηγία δεν σκοπεύει σε τέτοιο αποτέλεσμα ελευθερώσεως, ούτε καν σκοπεύει να επιτρέψει τέτοια διαφήμιση υπό όρους, δεδομένου ότι επιτρέπει ρητώς στα κράτη μέλη να επιβάλουν αυστηρότερες προϋποθέσεις στους εξαιρουμένους τομείς, για λόγους προστασίας της υγείας. Μολονότι το κύρος αυτών των εθνικών μέτρων εξαρτάται πάντοτε από τη συμφωνία τους προς τη Συνθήκη, η οδηγία ουδόλως θίγει την εξακολούθηση της εφαρμογής τους σε πτυχές της διαφήμισεως των προϊόντων καπνού που διαφεύγουν της εναρμονισμένης ευρείας απαγορεύσεως την οποία προβλέπει.

112. Κατέληξα στο συμπέρασμα αυτό χωρίς να μου διαφεύγει ότι, ακόμη και αν είχαν θεσπισθεί εναρμονισμένοι κανόνες όσον

αφορά τις μορφές διαφημίσεως τις οποίες δεν απαγορεύει η οδηγία, τα κράτη μέλη θα ήσαν ελεύθερα να επικαλεσθούν το άρθρο 100 Α, παράγραφος 4, της Συνθήκης προκειμένου να εξακολουθήσουν να εφαρμόζουν περιοριστικότερα εθνικά μέτρα για λόγους δημοσίας υγείας. Το πρώτο ζήτημα που δεν πρέπει να παραβλέπεται είναι ότι η διαδικασία αυτή δεν μπορεί να έχει εφαρμογή στις σχετικές με τα εμπόδια στην παροχή υπηρεσιών πτυχές ενός μέτρου, οι οποίες έχουν ως ειδική νομική βάση το άρθρο 57, παράγραφος 2, της Συνθήκης και όχι το άρθρο 100 Α. Πρώτον, η χρησιμοποίηση του άρθρου 100 Α, παράγραφος 4, εξαρτάται από μια ειδική διαδικασία επιβεβαίωσης, ελεγχόμενη από την Επιτροπή, της οποίας η απόφαση ελέγχεται δικαστικώς κατόπιν αιτήματος των άλλων κρατών μελών¹³⁴. Τα κράτη μέλη δεν μπορούν να ενεργούν μονομερώς χωρίς την έγκριση της Επιτροπής¹³⁵. Η άρνηση ή η επιβεβαίωση από την Επιτροπή υποχρεώνει το κράτος μέλος που προέβη στην κοινοποίηση να επιδώξει την ακύρωση της απόφασης της Επιτροπής πριν ενεργήσει¹³⁶. Εάν, ελλείψει τέτοιας επιβεβαίωσης, δεν εφαρμόσουν εγκαίρως την οδηγία εναρμονίσεως, η οδηγία αυτή μπορεί να έχει άμεσο αποτέλεσμα ενώπιον των εθνικών δικαστηρίων¹³⁷. Υπό το πρίσμα όλων αυτών των παραγόντων, δεν μπορεί να λεχθεί, χωρίς να τίθεται υπό αμφισβήτηση η χρησιμότητα από πολλές απόψεις των κοινοτικών μέτρων δυνάμει του άρθρου 100 Α της Συνθήκης, ότι οποιαδήποτε μορφή, είτε πλήρης είτε υπό όρους, εναρμονισμένης ελευθερώσεως των τομέων

που αναφέρει το άρθρο 3, παράγραφος 5, της οδηγίας θα κατέλλεγε αναπόφευκτα σε αποτέλεσμα κατ' ουσίαν παρεμφερές με αυτό της οδηγίας.

113. Κατά τη γνώμη μου, από τα ανωτέρω προκύπτει σαφώς ότι δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι η οδηγία περί διαφημίσεως απαλλάσσει από τα εμπόδια και έτσι διευκολύνει το εμπόριο των υπηρεσιών το περιεχόμενο των οποίων αφορά αποκλειστικά τη διαφήμιση ή τη χορηγία των προϊόντων καπνού, περιλαμβανομένων τόσο των υπηρεσιών οι οποίες έχουν ως απτή έκφραση αγαθά όπως είναι τα έντυπα φυλλάδια και οι αφίσες, όσο και των συνιστώμενων υπηρεσιών στοιχείων της δωρεάν διανομής των προϊόντων καπνού. Το μοναδικό αποτέλεσμα της οδηγίας, εντός του εκτεταμένου πεδίου εφαρμογής της, είναι η απαγόρευση του εμπορίου των εν λόγω υπηρεσιών. Δεν υπάρχει αντισταθμιστικό όφελος για τις επιχειρήσεις που ασκούν δραστηριότητα στον τομέα της παραγωγής ή της παροχής τέτοιων υπηρεσιών. Τα υφιστάμενα εμπόδια τα οποία οφείλονται στις διαφορές μεταξύ των εθνικών κανόνων εξακολουθούν να υπάρχουν στους τομείς που δεν διέπονται από την οδηγία. Μολονότι ο σκοπός αυτός δεν δηλώνεται ρητώς, είναι σαφές τόσο από το περιεχόμενο της οδηγίας όσο και από τον επιπλέον σκοπό της να λαμβάνει υπόψη την προστασία της υγείας των ανθρώπων¹³⁸ ότι έχει ως σκοπό να μειώσει δραστικά το εμπόριο των εν λόγω υπηρεσιών ή, τουλάχιστον, ότι το αποτέλεσμα αυτό είναι αναπόφευκτο. Από νομικής απόψεως, ένα μέτρο το μοναδικό αποτέλεσμα του οποίου συνίσταται στην απαγόρευση μιας οικονομικής δραστηριότητας δεν μπορεί, κατά τη γνώμη μου, να θεωρηθεί ότι αποτελεί άρση των εμποδίων στο εμπόριο που θίγουν τη δραστηριότητα αυτή. Συνεπώς, καταλήγω ότι ο κοινοτικός νομοθέτης έσφαλε προδήλως ή υπερέβη προδήλως τα

134 — Βλ. απόφαση της 17ης Μαΐου 1994, C-41/93, Γαλλία κατά Επιτροπής (Συλλογή 1994, σ. I-1829).

135 — Απόφαση της 1ης Ιουνίου 1999, C-319/97, Kortas (Συλλογή 1999, σ. I-3143, σκέψεις 28 και 36).

136 — Kortas, προπαραεθέσιμα, σκέψη 27. Βλ. επί παραδείγματι, υποθέσεις C-512/99, Γερμανία κατά Επιτροπής, και C-3/00, Δανία κατά Επιτροπής, αμφότερες εκκρεμείς.

137 — Απόφαση Kortas, προπαραεθέσιμα, σκέψη 22.

138 — Βλ. την τέταρτη αιτιολογική σκέψη της οδηγίας.

όρια της διακριτικής του ευχέρειας, όσον αφορά την εκ μέρους του εκτίμηση των ωφελειών που μπορεί όντως να προκύψουν για τις επιχειρήσεις που ασκούν δραστηριότητα στον θιγόμενο τομέα και για την εγκαθίδρυση και τη λειτουργία της εσωτερικής αγοράς.

114. Η ανάλυσή μου θα ήταν διαφορετική αν η οδηγία περί διαφημίσεως κάλυπτε μόνον το εμπόριο των υπηρεσιών και των αγαθών τα οποία, ενώ αποτελούν μέσα της διαφημίσεως και της χορηγίας, έχουν επίσης αυτοτελείς λειτουργίες και οικονομική αξία. Μια τέτοια υπηρεσία είναι η διασυνοριακή παροχή ραδιοφωνικών μεταδόσεων. Ο λόγος για την απαγόρευση της σχετικής με τα προϊόντα καπνού διαφημίσεως ή χορηγίας προγραμμάτων στο ραδιόφωνο είναι ακριβώς ο ίδιος με τον λόγο για την προηγούμενη απαγόρευση της στην τηλεόραση. Μια άλλη τέτοια υπηρεσία είναι αυτή την οποία παρέχουν οι αθλητικές ομάδες ή οι αθλητικές οργανώσεις που λαμβάνουν τη χορηγία σε περίπτωση αθλημάτων που διεξάγονται σε διάφορους τόπους όπως είναι οι αγώνες αυτοκινήτων formula 1. Δύο διαφορετικά παραδείγματα των σχετικών αγαθών, στα οποία έχω ήδη αναφερθεί, είναι οι εφημερίδες και τα περιοδικά, αφενός, και τα αντίγραφα αθλητικών ενδυμάτων, αφετέρου. Σε όλες αυτές τις περιπτώσεις, μολονότι η αποδοτικότητα της δραστηριότητας μπορεί να θίγεται από την εκ μέρους της οδηγίας απαγόρευση της διαφημίσεως και χορηγίας υπέρ των προϊόντων καπνού, ουδόλως είναι πρόδηλο ότι ο κοινοτικός νομοθέτης έσφαλε ή υπερέβη τα όρια της διακριτικής του ευχέρειας καταλήγοντας ότι η ελεύθερη κυκλοφορία ή η διασυνοριακή παροχή των υπηρεσιών αυτών θα διευκολυνόταν από ομοιομορφους κανόνες σχετικούς με το περιεχόμενο της διαφημίσεως και της χορηγίας οι οποίοι αίρουν τους πραγματικούς ή δυνητι-

κούς περιορισμούς που απορρέουν από τις διαφορές στα νομοθετικά καθεστώτα¹³⁹.

115. Η ίδια ανάλυση ισχύει κατ' αναλογίαν για την απαγόρευση, δυνάμει του άρθρου 3, παράγραφος 3, στοιχείο β', της οδηγίας, της διαφημίσεως και της χορηγίας υπέρ των προϊόντων τα οποία δεν εμπίπτουν στα προϊόντα καπνού και φέρουν ονόματα, σήματα, σύμβολα ή άλλα διακριτικά στοιχεία που χρησιμοποιούνται για τα προϊόντα καπνού (προϊόντων διαφοροποιήσεως). Η κατάσταση είναι πιο περίπλοκη όσον αφορά τη διαφήμιση αγαθών και υπηρεσιών που είχαν ήδη καλόπιστα διατεθεί στο εμπόριο ή προσφερθεί πριν από τις 30 Ιουλίου 1998 με όνομα χρησιμοποιούμενο και για τα προϊόντα καπνού¹⁴⁰. Δυνάμει του άρθρου 3, παράγραφος 2, της οδηγίας περί διαφημίσεως, τα κράτη μέλη μπορούν να επιτρέψουν τη χρήση του εν λόγω ονόματος για τη διαφήμιση αυτών των άλλων αγαθών ή υπηρεσιών. Το αποτέλεσμα είναι ότι οι κανόνες περί της παροχής υπηρεσιών διαφημίσεως στον τομέα αυτό δεν έχουν εναρμονισθεί πλήρως. Επιβάλλονται ορισμένες προϋποθέσεις για το επιτρεπτό της διαφημίσεως αυτής — ότι το όνομα πρέπει να χρησιμοποιείται υπό μορφή σαφώς διακριτή από εκείνη που χρησιμοποιείται για το προϊόν καπνού, αποκλεισμένου οποιουδήποτε άλλου διακριτικού σημείου που έχει ήδη χρησιμοποιηθεί για προϊόν καπνού — αλλά τούτο απλώς σκοπεί στην απαγόρευση κάθε μορφής διαφημίσεως που δεν είναι σύμφωνη προς την οδηγία, χωρίς ουδόλως να ρυθμίζονται οι διαφορές στους εθνικούς κανόνες που αφορούν τις μορφές διαφημίσεως των εν λόγω προϊόντων και υπηρεσιών οι οποίες δεν εμπίπτουν στην ως άνω απαγόρευση. Έτσι, η διάταξη καταλήγει σ' έναν περιεργό ταυτόχρονο συνδυασμό των

139 — Βλ., επί παραδείγματι, το άρθρο 5 της πρώτης προτάσεως οδηγίας που προηγήθηκε της εκδόσεως της οδηγίας περί διαφημίσεως, η οποία απαγόρευε στα κράτη μέλη να εμπόδισουν το εμπόριο εκδόσεων που ήταν σύμφωνες με την οδηγία αυτή.

140 — Το άρθρο 3, παράγραφος 2, της οδηγίας αφορά τη χορηγία.

προτιμήσεων είτε για απαγόρευση είτε για μη εναρμόνιση που χαρακτηρίζει το νομοθέτημα ως σύνολο. Εξάλλου, λόγω του ότι τα κράτη μέλη παραμένουν ελεύθερα να επιτρέπουν ή να απαγορεύουν τη διαφήμιση η οποία πληροί την προναφερθείσα προϋπόθεση περί διαφοροποίησης του ονόματος, η διάταξη αυτή δεν συμβάλλει καν στην άρση των εμποδίων στην διασυνοριακή παροχή υπηρεσιών και στο εμπόριο αγαθών που δεν αποτελούν αποκλειστικώς μέσα διαφήμισης των προϊόντων καπνού, όπως είναι το ραδιόφωνο και οι εφημερίδες. Επιπλέον, το γεγονός ότι το άρθρο 3, παράγραφος 2, προβλέπει μια προαιρετική εξαίρεση από μια απαγόρευση την οποία επιβάλλει το κοινοτικό δίκαιο σημαίνει πιθανώς ότι οι προκύπτουσες διαφορές μεταξύ εθνικών νομοθεσιών διαφεύγουν του ελέγχου δυνάμει του άρθρου 30 και 59 της Συνθήκης. Καταλήγω ότι η διάταξη αυτή ουδόλως συμβάλλει στην άρση των εμποδίων στο εμπόριο αγαθών και υπηρεσιών που έχουν σχέση με τη διαφήμιση των προϊόντων καπνού και ότι, κατά συνέπεια, τα άρθρα 57, παράγραφος 2, και 100 Α της Συνθήκης δεν αποτελούσαν προσήκουσες νομικές βάσεις για τη θέσπισή της.

116. Η περίπτωση του άρθρου 3, παράγραφος 3, στοιχείο α', της οδηγίας περί διαφήμισης χρήζει επίσης ιδιαίτερης προσοχής. Η διάταξη αυτή επιβάλλει στα κράτη μέλη την υποχρέωση να μεριμνούν ώστε κανένα προϊόν καπνού να μην φέρει το όνομα, το σήμα, το σύμβολο ή άλλο διακριτικό στοιχείο κανενός προϊόντος ή υπηρεσίας, εκτός εάν το προϊόν καπνού διετίθεται ήδη υπό τη μορφή αυτή στο εμπόριο πριν από τις 30 Ιουλίου 2001, ημερομηνία λήξεως της προθεσμίας εφαρμογής της οδηγίας. Ο σκοπός της διάταξης αυτής δεν προκύπτει αμέσως από τις αιτιολογικές σκέψεις της οδηγίας, δεδομένου

ότι ουδόλως γίνεται ειδική μνεία τέτοιας πρωτοβουλίας. Η ως άνω ονομασία των προϊόντων καπνού δεν εμπίπτει καν, καθ' εαυτή, στον ευρύ ορισμό της διαφήμισης κατά το άρθρο 2, παράγραφος 2, της οδηγίας. Στην καλύτερη των περιπτώσεων μπορεί να λεχθεί ότι το άρθρο 3, παράγραφος 3, στοιχείο α', σκοπεύει να εμποδίσει τα προϊόντα καπνού να ωφελούνται εμμέσως από την απεριόριστη διαφήμιση προϊόντων που δεν εμπίπτουν στα προϊόντα καπνού και με τα οποία έχουν το ίδιο όνομα βάσει μιας μορφής αντίστροφης διαφοροποίησης¹⁴¹. Τούτο θα μπορούσε να ασκεί επιρροή στην εσωτερική αγορά των υπηρεσιών διαφήμισης και των μέσων μαζικής ενημερώσεως εν γένει, αν σκοπούσε στην αποφυγή της διαφοροποίησης των εθνικών κανόνων που αφορούν το επιτρεπτό της διαφήμισης των προϊόντων τα οποία δεν εμπίπτουν στα προϊόντα καπνού και τα οποία φέρουν τα ίδιο όνομα με προϊόντα καπνού κατά τα προεκτεθέντα, αλλά ούτε ο κοινοτικός νομοθέτης αναφέρεται στον σκοπό αυτόν ούτε αυτός προκύπτει κατ' άλλον τρόπο. Η διάταξη προφανώς δεν έχει άμεση σχέση με την επίτευξη της εσωτερικής αγοράς των υπηρεσιών και των αγαθών που αφορούν τη διαφήμιση και τη χορηγία υπέρ των προϊόντων καπνού, οικονομικές δραστηριότητες οι οποίες απαγορεύονται, όπως έχει εκτεθεί, με πολύ λίγες εξαιρέσεις, ανεξαρτήτως του ονόματος που φέρουν τα εν λόγω προϊόντα καπνού. Συνεπώς, καταλήγω ότι, όσον αφορά τους σχετικούς με την εσωτερική αγορά σκοπούς που επικαλείται ο κοινοτικός νομοθέτης, αυτός δεν ήταν αρμόδιος να θεσπίσει το άρθρο 3, παράγραφος 3, στοιχείο α', της οδηγίας, βάσει των άρθρων 57, παράγραφος 2, και 100 Α της Συνθήκης.

141 — Αποτελεί επίσης εναρμονισμένο κανόνα σχετικό με την παρουσίαση των προϊόντων, ο οποίος μπορεί να ασκεί επιρροή στην ελεύθερη κυκλοφορία των προϊόντων καπνού εντός της Κοινότητας, αλλά, όπως διαπιστώθηκε, τούτο δεν περιλαμβάνεται στους σκοπούς της οδηγίας. Δεδομένου ότι η οδηγία έχει ως παράλληλο σκοπό την προστασία της υγείας, όπως εκτίθεται, ειδικότερα, στην τέταρτη αιτιολογική σκέψη, είναι δύσκολο να γίνει πιστευτό ότι σκοπεύει στη διευκόλυνση του εμπορίου των προϊόντων καπνού.

Στρεβλωση του ανταγωνισμού

117. Θα εξετάσω τώρα το ζήτημα αν η οδηγία μπορεί να θεωρηθεί ότι εξαλείφει τις στρεβλώσεις του ανταγωνισμού που απορρέουν από την εφαρμογή διαφορετικών εθνικών κανόνων για τη διαφήμιση των προϊόντων καπνού πλην της πραγματοποιούμενης με διαφημιστικά μέσα που δεν διαφημίζουν αποκλειστικώς προϊόντα καπνού. Δεν θα αναφερθώ πλέον στην περίπτωση διαφημιστικών μέσων και υποθεμάτων χορηγίας που δεν αφορούν αποκλειστικώς τα προϊόντα καπνού, όπως είναι οι ραδιοφωνικές μεταδόσεις, οι εφημερίδες και οι «περιοδεύουσες» αθλητικές και καλλιτεχνικές εκδηλώσεις και ομάδες, ορχήστρες κ.λπ., δεδομένου ότι έχω ήδη καταλήξει ότι ο κοινοτικός νομοθέτης θα ήταν αρμόδιος, δυνάμει των άρθρων 57, παράγραφος 2, και 100 Α της Συνθήκης, να απαγορεύσει τη διαφήμιση και τη χορηγία υπέρ των προϊόντων καπνού στις περιπτώσεις αυτές, για τους εκτεθέντες λόγους. Περιορίζω επίσης τις παρατηρήσεις μου στο αποτέλεσμα της βασικής απαγορεύσεως της διαφήμισης και χορηγίας υπέρ των προϊόντων καπνού την οποία προβλέπει το άρθρο 3, παράγραφος 1, της οδηγίας. Τα αποτελέσματα του άρθρου 3, παράγραφοι 2 και 3, μπορούν να συναχθούν κατ' αναλογίαν από την παρούσα ανάλυση, όπως ήδη έπραξα εγώ όσον αφορά την άρση των εμποδίων στο εμπόριο.

118. Θα ήθελα να υπενθυμίσω μια ακόμη φορά τα εκτεθέντα ανωτέρω συμπεράσματά μου περί του ότι η δυνάμει του άρθρου 100 Α της Συνθήκης κοινοτική αρμοδιότητα εναρμονίσεως των εθνικών κανόνων, προκειμένου να εξασφαλιστεί ο ανεμπόδιστος ανταγωνισμός, περιορίζεται σε μέτρα που αφορούν, όχι μόνον παρεμπιπτόντως, τις συνθή-

κες σε ένα συγκεκριμένο τομέα¹⁴² και περί του ότι οικονομικός τομέας τον οποίο διέπει η οδηγία περί διαφήμισεως είναι ο τομέας της διαφήμισεως και της χορηγίας υπέρ των προϊόντων καπνού και το συναφές εμπόριο προϊόντων που αποτελούν τα μέσα των δραστηριοτήτων αυτών¹⁴³. Εν προκειμένω, δεν χρειάζεται να εξετασθεί εάν και κατά πόσον στρεβλώθηκε ο ανταγωνισμός στον υπό εξέταση τομέα ή αν οι στρεβλώσεις αυτές ήσαν σημαντικές ή υπερέβησαν κάποιο άλλο εφαρμοστέο όριο. Κατά τη γνώμη μου, η οδηγία απλώς δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι συμβάλλει στην εξίσωση των όρων ανταγωνισμού στον τομέα που διέπει, για τον προεκτεθέντα απλούστατο λόγο ότι σε μεγάλο βαθμό καταργεί τον τομέα αυτόν και, στο μέτρο που δεν τον καταργεί, δεν επιτυγχάνει καμία εναρμόνιση των όρων αυτών.

119. Απορρίπτω μάλλον κάθε ισχυρισμό περί του ότι ακόμη και αν τα κράτη μέλη παραμένουν ελεύθερα να υιοθετούν παρεκκλίνοντες κανόνες όσον αφορά τις μορφές διαφήμισεως που εξαιρούνται από την απαγόρευση δυνάμει του άρθρου 3, παράγραφος 5, της οδηγίας, ο ανταγωνισμός στους τομείς αυτούς εξισώνεται κατά πολύ παρά ταύτα λόγω του ότι όλοι οι διαφημιστές αποκλείονται από τους απαγορευμένους τομείς. Το επιχείρημα αυτό επικαλείται εν δυνάμει αποτελέσματα στον ανταγωνισμό όσον αφορά τις εξαιρούμενες μορφές διαφήμισεως — η αδυναμία κάθε επιχειρηματία της εν λόγω αγοράς να πραγματοποιήσει οικονομικές κλίμακας δια του αποκλεισμού όλων των επιχειρηματιών από μεγάλο μέρος της αγοράς — τα οποία είναι, στην καλύτερη των περιπτώσεων, έμμεσα και απομακρυσμένα. Τούτο δεν έχει σημασία για τους πράγματι παρέχο-

142 — Βλ. την εξέταση του σχολιασμού της αποφάσεως «διοξείδιο του τιτανίου», προπαρατεθείσας στην υποσημείωση 51, και της αποφάσεως «απόβλητα Ι», προπαρατεθείσας στην υποσημείωση 85, στο σημείο 91 ανωτέρω.

143 — Βλ. σημεία 99 έως 102 ανωτέρω.

ντες διαφημιστικό χώρο — εμπορικές εκδόσεις, εμπόρους λιανικής και εκδόσεις των τρίτων χωρών —, δεδομένου ότι αυτοί, εν πάση περιπτώσει, δεν έχουν κατ' ανάγκη δεσμούς με τα απαγορευμένα μέσα μαζικής ενημερώσεως. Όσον αφορά τους παρέχοντες γενικής φύσεως διαφημιστικές υπηρεσίες στη βιομηχανία των προϊόντων καπνού, όπως είναι τα διαφημιστικά γραφεία, η εξίσωση των όρων στους εναπομένοντες τομείς δραστηριότητας απλώς δια της απαγορεύσεως ευρέων τομέων παράπλευρης δραστηριότητας συνεπάγεται πολύ απομακρυσμένο όφελος από πλευράς ανταγωνισμού. Κατά την άποψή μου, τούτο δεν συγκρίνεται με την εναρμονισμένη ρύθμιση (ακόμη και μέσω της χρήσεως απαγορεύσεων) των εισροών, εκροών ή των εξωτερικών στοιχείων παραγωγής ενός συγκεκριμένου τομέα ο οποίος πρόκειται να ωφεληθεί από τους ομοίομορφους όρους ανταγωνισμού, όπως στην υπόθεση «διοξειδίο του τιτανίου». Θεωρώ ότι η υπό κρίση υπόθεση αποτελεί σαφώς περίπτωση εφαρμογής της αρχής που διατυπώνεται στην απόφαση «απόβλητα Ι»¹⁴⁴ και η οποία διακρίνει την ανωτέρω περίπτωση βάσει του ότι, μολονότι η επίμαχη νομοθεσία επηρέαζε τη λειτουργία της εσωτερικής αγοράς, το αποτέλεσμα αυτό δεν επαρκούσε προκειμένου να έχει εφαρμογή το άρθρο 100 Α της Συνθήκης στις περιπτώσεις που το αποτέλεσμα αυτό είναι απλώς παρεμπίπτον. Έχω ήδη εκθέσει ότι επρόκειτο για περίπτωση στην οποία το αποτέλεσμα του μέτρου στους όρους ανταγωνισμού στους οικείους τομείς ήταν πολύ απομακρυσμένο προκειμένου το μέτρο αυτό να θεσπισθεί βάσει του άρθρου 100 Α, ακόμη και ελλείψει εναλλακτικής νομικής βάσεως. Έχω την ίδια άποψη στην υπό κρίση υπόθεση, ως προς την οποία, βεβαίως, το άρθρο 129 της Συνθήκης ουδόλως προβλέπει τέτοια εναλλακτική λύση.

120. Επομένως, ο κοινοτικός νομοθέτης υπέπεσε σε πρόδηλο σφάλμα ή υπερέβη προδήλως τα όρια της διακριτικής του ευχέρειας, διατεινόμενος ότι θεσπίζει την οδηγία περί διαφήμισεως ως μέτρο για τη διασφάλιση ανταγωνισμού χωρίς στρεβλώσεις στον τομέα της διαφήμισεως και χορηγίας υπέρ των προϊόντων καπνού.

Συνέπειες: Ακυρότητα και δυνατότητα διαχωρισμού

121. Κατέληξα ότι ο κοινοτικός νομοθέτης δεν ήταν αρμόδιος να εκδώσει την οδηγία βάσει κανενός από τους δύο λόγους που επικαλέστηκε — άρση των εμποδίων στο εμπόριο των αγαθών και υπηρεσιών ή εξίσωση των όρων ανταγωνισμού — καθόσον αφορά τη διαφήμιση με μέσα τα οποία, σε κάθε περίπτωση, περιλαμβάνουν αποκλειστικώς διαφήμιση των προϊόντων καπνού. Αν το Δικαστήριο δεχθεί ότι η οδηγία περί διαφήμισεως δεν εκδόθηκε εγκύρως με τη νομική βάση που παρατέθηκε γι' αυτήν, προκύπτει από το άρθρο 174 της Συνθήκης ΕΚ (νυν άρθρο 231 ΕΚ) ότι θα «κηρύξ[ει] την προβαλλομένη πράξη άκυρη».

122. Από την άλλη πλευρά, ο κοινοτικός νομοθέτης θα ήταν αρμόδιος, κατά τη γνώμη μου, για τους σχετικούς με την ελεύθερη κυκλοφορία λόγους που προβάλλει η οδηγία, να απαγορεύσει τη διαφήμιση και τη χορηγία υπέρ των προϊόντων καπνού με μέσα τα οποία έχουν και άλλο, ανεξάρτητο περιεχόμενο και τα οποία ενέχουν ένα αυτοτελές στοιχείο υπηρεσίας ή εμπορίου, όπως είναι οι εφημερίδες και οι ραδιοφωνικές μεταδόσεις. Ποιες είναι οι συνέπειες του συμπεράσματος αυτού, αν γίνει δεκτό, για την εκ μέρους του Δικαστηρίου κρίση επί των υποθέσεων αυτών; Το Δικαστήριο μπορεί αναμφι-

144 — Προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 85, σκέψεις 18 και 19.

σβήτητα, όπως πράττει συχνά, να ακυρώσει μέρος μόνον του μέτρου. Το Δικαστήριο δεν έχει διατυπώσει γενικές κατευθυντήριες γραμμές επί του ζητήματος της δυνατότητας διαχωρισμού του εγκύρου μέρους από το άκυρο μέρος ενός νομοθετικού μέτρου. Παρά ταύτα, νομίζω ότι το Δικαστήριο επιλέγει την οδό της μερικής ακυρώσεως οσάκις πληρούνται δύο προϋποθέσεις: πρώτον, οσάκις η συγκεκριμένη διάταξη είναι αυτοτελής και, συνεπώς, μπορεί να διαχωριστεί χωρίς αλλοίωση του λοιπού κειμένου και, δεύτερον, οσάκις η ακύρωση της διατάξεως αυτής δεν θίγει τη συνολική συνοχή του νομοθετήματος στο οποίο εντάσσεται.

νομοθέτημα, δεδομένου ότι η διάταξη δεν είχε σχέση με τον σκοπό του.

124. Το Δικαστήριο έχει επίσης αναφερθεί στο ζήτημα της μερικής ακυρώσεως εντός μη νομοθετικού πλαισίου. Επί παραδείγματι, στην υπόθεση *Consten και Grundig* κατά Επιτροπής, το Δικαστήριο αποφάνθηκε ότι, υπό τις συνθήκες της υποθέσεως εκείνης, η Επιτροπή παρέλειψε να εκθέσει στην προσβαλλομένη απόφαση τους λόγους για τους οποίους απαγόρευσε ως θίγουσα τον ανταγωνισμό μια ολόκληρη συμφωνία μεταξύ επιχειρήσεων και όχι μόνον ορισμένα δυνάμενα να διαχωρισθούν στοιχεία της, αλλά έκρινε επίσης ότι η απαγόρευση αυτή μπορούσε να έχει εφαρμογή «στη συμφωνία στο σύνολό της, αν τα στοιχεία αυτά δεν φαίνονται να μπορούν να αποχωρισθούν από το σύνολο της συμφωνίας»¹⁴⁷. Στην υπόθεση *Transocean Marine Paint* κατά Επιτροπής, το Δικαστήριο ακύρωσε τη μοναδική διάταξη μιας ευρύτερης αποφάσεως της Επιτροπής η οποία είχε προσβληθεί από τη θιγόμενη εμπορική ένωση, παρά τη σπουδαιότητά της, διότι μπορούσε να διαχωρισθεί από τις λοιπές διατάξεις και διότι απόφασή στο σύνολό της ήταν ευνοϊκή για τα συμφέροντα των οικείων επιχειρήσεων¹⁴⁸. Τούτο συνεπάγεται, κατά τη γνώμη μου, ότι το Δικαστήριο ασχολήθηκε με τη συνοχή των εναπομεινουσών διατάξεων αφού επέλεξε τη μερική μόνον ακύρωση.

123. Η απόφαση «χρόνος εργασίας»¹⁴⁵ παρέχει ένα χρήσιμο παράδειγμα. Το Δικαστήριο ακύρωσε τη δεύτερη περίοδο του άρθρου 5 της οδηγίας 93/104/ΕΚ του Συμβουλίου, της 23ης Νοεμβρίου 1993, σχετικά με ορισμένα στοιχεία της οργάνωσης του χρόνου εργασίας¹⁴⁶, η οποία αφορούσε την επιλογή της Κυριακής ως της κατ' αρχήν ημέρας εβδομαδιαίας αναπαύσεως. Η διάταξη αυτή ακυρώθηκε ακριβώς διότι το Συμβούλιο δεν εξήγησε για ποιο λόγο η ανάπαυση την ημέρα αυτή παρουσίαζε στενότερη συνάφεια με την υγεία και την ασφάλεια των εργαζομένων — που αποτελούσαν τον σκοπό της προσβαλλομένης οδηγίας — απ' ό,τι μια άλλη ημέρα της εβδομάδας. Το Δικαστήριο αποφάνθηκε ρητώς ότι η περίοδος αυτή μπορούσε να διαχωρισθεί και είναι σαφές ότι δεν θεώρησε ότι η κατάργησή της θα έθιγε το

125. Θεωρώ ότι χρήσιμες κατευθυντήριες γραμμές επί του ζητήματος της νομοθετικής συνοχής παρέχει επίσης η προσέγγιση που υιοθετούν τα δικαστήρια τα οποία έχουν την εξουσία να κηρύσσουν νόμους άκυρους

145 — Απόφαση της 13ης Ιουλίου 1966, συνεκδικασθείσες υποθέσεις 56/64 και 58/64 (Συλλογή τόμος 1965-1968, σ. 363, στήλ. σ. 377).

148 — Απόφαση της 23ης Οκτωβρίου 1974, 1774 (Συλλογή τόμος 1974, σ. 441, στήλη 21).

145 — Προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 80, σελίδα 37.

146 — ΕΕ 1993, L 307, σ. 18.

αναφερόμενα στις διατάξεις ενός γραπτού συντάγματος.

126. Το Supreme Court της Ιρλανδίας έχει αποφανθεί τα εξής:

«[Υ]πάρχει τεκμήριο ότι ένας νόμος ή μια νομοθετική διάταξη δεν έχει προορισμό να λειτουργεί, από συνταγματικής απόψεως, μόνον ως αδιαίρετο όλον. Ωστόσο, το τεκμήριο αυτό μπορεί να ανατραπεί (...) αν αυτό που απομένει είναι τόσο άρρηκτα συνδεδεμένο με το κριθέν ως άκυρο μέρος ώστε το υπόλοιπο δεν μπορεί να εξακολουθήσει να υφίσταται χωριστά ή αν αυτό που απομένει δεν ανταποκρίνεται στον νομοθετικό σκοπό, το μέρος που απομένει δεν θα διαχωριστεί και δεν θα θεωρηθεί έγκυρο από συνταγματικής απόψεως. Είναι κατ' ουσίαν θέμα ερμηνείας της βουλήσεως του νομοθέτη υπό το πρίσμα των συναφών συνταγματικών διατάξεων (...). Αν τα δικαστήρια καταργούσαν μέρος μιας νομοθετικής διατάξεως ως αντισυνταγματικό και επιχειρούσαν να θεωρήσουν έγκυρο το υπόλοιπο, *με συνέπεια την παραγωγή αποτελέσματος που δεν συμφωνεί με την πρόθεση του νομοθέτη*, τούτο θα αποτελούσε καταπάτηση τομέα που ανήκει αποκλειστικώς στη νομοθετική εξουσία και έτσι βρίσκεται εκτός του πεδίου αρμοδιότητας των δικαστηρίων¹⁴⁹.»

Ο δικαστής Brandeis, στην απόφαση του Supreme Court των Ηνωμένων Πολιτειών στην υπόθεση Lynch κατά US, έκρινε τα εξής:

«Είναι αληθές ότι ένας νόμος εν μέρει πλημμελής δεν είναι κατ' ανάγκην άκυρος στο

σύνολό του. Μια διάταξη ευρισκόμενη εντός του πλαισίου της αρμοδιότητας του νομοθέτη μπορεί διατηρηθεί σε ισχύ εφόσον μπορεί να διαχωρισθεί από την πλημμελή διάταξη. Αλλά καμία διάταξη, όσον άφρογη και αν είναι αφ' εαυτής, δεν μπορεί να διατηρηθεί σε ισχύ εκτός αν προκύπτει τόσον ότι η διάταξη αυτή, ισχύουσα αυτοτελώς, μπορεί να έχει νομική ισχύ όσον και ότι αποτελούσε βούληση του νομοθέτη να εξακολουθήσει να ισχύει η άφρογη διάταξη σε περίπτωση ακυρώσεως άλλων διατάξεων οι οποίες κρήθηκαν πλημμελώς¹⁵⁰.»

Τάσσομαι υπέρ της ρητής υιοθετήσεως παρόμοιας προσεγγίσεως στο κοινοτικό δίκαιο.

127. Καμία από τις δύο προαναφερθείσες προϋποθέσεις δεν πληρούται στις υπό κρίση υποθέσεις. Πρώτον, η δυνητική νομιμότητα μιας απαγορεύσεως της διαφημίσεως με ορισμένα μέσα δεν συμπύπτει με καμία αυτοτελή και δυνάμενη να διαχωρισθεί διάταξη της οδηγίας περί διαφημίσεως. Το άρθρο 2, παράγραφοι 1 και 2, της οδηγίας ορίζει τη διαφήμιση και τη χορηγία με γενικούς όρους και το άρθρο 3, παράγραφος 1, επιβάλλει μια γενική και πλήρη απαγόρευση σε κάθε τέτοια διαφήμιση και χορηγία. Δεν γίνεται μνεία κανενός συγκεκριμένου μέσου διαφήμισεως ή χορηγίας πλην των μέσων που τυγχάνουν εξαιρετικής μεταχειρίσεως κατά το άρθρο 3, παράγραφος 5. Επομένως, κάθε απόφαση περί μερικής ακυρώσεως θα συνεπαγόταν ότι το Δικαστήριο επιδίδεται στη δημιουργική εκ νέου κατάρτιση του μέτρου μέσω της ερμηνείας. Δεν υπάρχει καμία προδήλως δυνάμενη να διαχωρισθεί διάταξη

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

150 — 292 US 571 (1934). Προφανώς, τα δικαστήρια των Ηνωμένων Πολιτειών δεν τηρούν την πρώτη προϋπόθεση που εκτίθεται ανωτέρω, δηλαδή μπορεί να ακυρωθούν ένα νόμο ή μια διάταξη νόμου γενικής εφαρμογής όταν αφορά ορισμένες περιπτώσεις εφαρμογής του και όχι όσον αφορά άλλες. Η δέσμευση του σεβασμού της προθέσεως του νομοθέτη ισχύει κατά μείζονα λόγο σάκως υιοθετείται ευρύτερη προσέγγιση όσον αφορά τη δυνατότητα διαχωρισμού των νομοθετικών διατάξεων.

η οποία να προσφέρεται προς κατάργηση με ακυρωτική απόφαση.

128. Δεύτερον, τα μη ακυρωθέντα τμήματα θα αφορούσαν μέρος μόνον του αντικειμένου της απαγορεύσεως, την οποία ο κοινοτικός νομοθέτης σαφώς εννόησε ως συνολικό μέτρο. Το Δικαστήριο θα έκοβε το δέντρο αλλά θα επιχειρούσε να επιτρέψει σε μερικά κλαδιά να επιβιώσουν, παρά το γεγονός ότι η όγδοη αιτιολογική σκέψη της οδηγίας αναφέρεται στην αλληλεξάρτηση μεταξύ των διαφόρων μορφών διαφημίσεως και στον κίνδυνο στρεβλώσεως του μεταξύ τους ανταγωνισμού. Όποια και αν είναι τα πλεονεκτήματα της εκτιμήσεως αυτής, προκύπτει σαφώς, τόσο από αυτή την αιτιολογική σκέψη όσο και από τα άρθρα 2, παράγραφος 2, και 3, παράγραφος 1, ότι ο κοινοτικός νομοθέτης είχε κατά νου (υπό την επιφύλαξη ορισμένων συγκεκριμένων εξαιρέσεων που προβλέπουν τα άρθρα 3, παράγραφος 2, και 5) ένα μέτρο γενικής και ομοιόμορφης εφαρμογής και όχι ένα μέτρο προσαρμοσμένο στις ιδιαιτερότητες των συγκεκριμένων διαφημιστικών μέσων ή υπηρεσιών χορηγίας. Κάθε απόπειρα εκ μέρους των δικαστηρίων να καταρτίσουν εκ νέου την οδηγία θα αντέβαινε επίσης στην αρχή της ασφαλείας δικαίου: θα ήταν εξαιρετικά δυσχερές η επινόηση μιας κατάλληλης περιγραφής — δεδομένου ότι δεν υπάρχει τέτοια περιγραφή στην οδηγία — για τα τμήματα της απαγορεύσεως της διαφημίσεως που θα εξακολουθούσαν να ισχύουν (αν υποθεθεί ότι δεν θα κριθούν άκυρα βάσει κάποιου από τους άλλους λόγους ακυρώσεως που προβλήθηκαν στις υπό κρίση υποθέσεις).

129. Συνεπώς, προτείνω στο Δικαστήριο να ακυρώσει την οδηγία περί διαφημίσεως στο σύνολό της.

130. Θα εξετάσω κατ' ανάγκη τους λοιπούς λόγους ακυρώσεως που επικαλέστηκαν οι προσφεύγουσες με μεγαλύτερη συντομία απ' ό,τι το κύριο ζήτημα. Δεν μπορώ να διατυπώσω υποθέσεις ως προς την εκ μέρους του Δικαστηρίου προσέγγιση σε περίπτωση που απορρίψει την κύρια πρότασή μου. Τούτο ισχύει ιδίως όσον αφορά την αναλογικότητα, ως προς την οποία θα μπορούσαν, υπό διαφορετικές συνθήκες, να εξεταστούν πολλές διαφορετικές εναλλακτικές περιπτώσεις.

ii) *Επικουρικότητα*

131. Μολονότι υπάρχει σχέση μεταξύ νομικής βάσεως και επικουρικότητας, το υποβληθέν ερώτημα είναι διαφορετικό. Δεν πρόκειται περί του αν η Κοινότητα ήταν αρμόδια να θεσπίσει το βαλλόμενο μέτρο, αλλά μάλλον αν έπρεπε να ασκήσει την αρμοδιότητα αυτή¹⁵¹.

132. Η αρχή της επικουρικότητας περιελήφθη στη Συνθήκη για πρώτη φορά στην περιορισμένη σφαίρα της νέας κοινοτικής αρμοδιότητας ως προς το περιβάλλον, η οποία προστέθηκε με την Ενιαία Ευρωπαϊκή Πράξη¹⁵². Η αρχή αυτή διατυπώθηκε γενικότερα στο άρθρο 3 Β της Συνθήκης ΕΚ με

151 — Για μια παρεμφερή, αλλά όχι πανομοιότυπη ανάλυση, βλ. τις προτάσεις του γενικού εισαγγελέα Léger στην υπόθεση «Γρόνος εργασίας», προαγαγεθείσα στην υποσημείωση 80, σημεία 126 και 127.

152 — Το άρθρο 130 Π, παράγραφος 4, της Συνθήκης ΕΟΚ όριζε ότι «η Κοινότητα δρα (...) εφόσον οι στόχοι (...) μπορούν να πραγματοποιηθούν καλύτερα σε κοινοτικό επίπεδο παρά σε επίπεδο των εμπέδων κρατών μελών». Η διάταξη αυτή καταργήθηκε με τη Συνθήκη για τη Ευρωπαϊκή Ένωση κατά την έναρξη ισχύος της την 1η Νοεμβρίου 1993.

τη Συνθήκη για την Ευρωπαϊκή Ένωση. Η δεύτερη περίπτωση του άρθρου 3 Β ορίζει τα εξής:

συν μικρότερες και κατώτερες οργανώσεις»¹⁵⁴. Για τους λόγους αυτούς και για έναν επιπλέον λόγο, θα εξετάσω αργατά συνοπτικά την αρχή της επικουρικότητας.

«Στους τομείς που δεν υπάγονται στην αποκλειστική της αρμοδιότητα, η Κοινότητα δρα σύμφωνα με την αρχή της επικουρικότητας, μόνον εάν και στον βαθμό που οι στόχοι της προβλεπόμενης δράσης είναι αδύνατον να επιτευχθούν επαρκώς από τα κράτη μέλη και δύναται συνεπώς, λόγω των διαστάσεων ή των αποτελεσμάτων της προβλεπόμενης δράσης, να επιτευχθούν καλύτερα σε κοινοτικό επίπεδο».

133. Η αρχή αυτή αφορά μόνον τις επιλογές μεταξύ δράσεως σε κοινοτικό επίπεδο και σε επίπεδο κρατών μελών. Για τον λόγο αυτόν, ακόμη και αν υποθεθεί ότι δεν υπάρχει άλλος¹⁵³, η εν λόγω αρχή αποτελεί στην καλύτερη περίπτωση μερική έκφραση του σκοπού ο οποίος δηλώνεται στο προοίμιο και στο άρθρο Α της Συνθήκης για την Ευρωπαϊκή Ένωση (νυν, κατόπιν τροποποιήσεως, άρθρο 1 ΕΕ), δηλαδή «οι αποφάσεις [να] λαμβάνονται όσο το δυνατόν πιο κοντά στους πολίτες». Στην περίπτωση της δράσεως σε επίπεδο κρατών μελών, ο βαθμός εγγύτητας προς τους πολίτες εξαρτάται από το σύνταγμα και την εσωτερική λειτουργία του οικείου κράτους μέλους. Για τον ίδιο λόγο, δεν φαίνεται χρήσιμο να εξετασθεί το περιεχόμενο ή η εφαρμογή του ευρύτερου συμπεράσματος ότι είναι σφάλμα «να ανατίθενται σε μεγαλύτερο και ανώτερο οργανισμό καθήκοντα που μπορούν να επιτελέ-

134. Οι υπό κρίση υποθέσεις αφορούν το πεδίο και τη δυνατότητα εφαρμογής της αρχής όπως διατυπώνεται στη Συνθήκη ΕΚ. Τούτο ορίζεται και οριοθετείται από την πρώτη φράση του άρθρου 3 Β, δεύτερη περίπτωση: «Στους τομείς που δεν υπάγονται στην αποκλειστική της αρμοδιότητα (...)».

135. Η εφαρμογή της αρχής στις υπό κρίση υποθέσεις εξαρτάται από το ζήτημα αν τα μέτρα εναρμονίσεως βάσει των άρθρων 57, παράγραφος 2, και 100 Α της Συνθήκης εμπίπτουν στην αποκλειστική αρμοδιότητα της Κοινότητας. Αν τούτο ισχύει, η αρχή αυτή δεν έχει εφαρμογή. Από την άλλη πλευρά, οι προσφεύγουσες σε αμφότερες τις υποθέσεις προφανώς θεωρούν ότι η νομική βάση επί της οποίας εκδόθηκε η οδηγία δεν ενέπιπτε στην αποκλειστική αρμοδιότητα της Κοινότητας. Αν η υπόθεση αυτή είναι εσφαλμένη, όπως νομίζω ότι είναι, είναι περιττό να εξετασθεί αν όντως τηρήθηκε η αρχή αυτή.

153 — Το άρθρο Α της Συνθήκης για την Ευρωπαϊκή Ένωση (νυν, κατόπιν τροποποιήσεως, άρθρο 46 ΕΕ) δεν αναφέρει το άρθρο Α ή το άρθρο Β της Συνθήκης για τη Ευρωπαϊκή Ένωση (νυν, κατόπιν τροποποιήσεως, άρθρο 2 ΕΕ), τα οποία επίσης επιβάλλουν στην Ένωση την τήρηση της αρχής της επικουρικότητας, μεταξύ των διατάξεων ως προς τις οποίες το Δικαστήριο μπορεί να ασκήσει την αρμοδιότητά του.

154 — Παπική Εγκύκλιος, Quadragesimo Anno (1931), παράγραφος 79.

136. Θα σχολιάσω κατ' αρχάς τον χαρακτήρα της εναρμόνισης των εθνικών κανόνων. Συμφωνώ με το επιχείρημα το οποίο προέβαλε κατά τι εντόνως το Κοινοβούλιο κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση, ότι δηλαδή τα κράτη μέλη απλώς δεν μπορούν να εναρμονίζουν τα μεν τους νόμους, τις κανονιστικές αποφάσεις και τα διοικητικά μέτρα των δε σε τομείς που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της Συνθήκης. Η ατομική δράση αποκλείεται από λογικής απόψεως και η συλλογική δράση των 15 κρατών μελών (επί παραδείγματι, μέσω συνθήκης συναπτομένης κατά το δημόσιο διεθνές δίκαιο) αποκλείεται, κατά τη γνώμη μου, από νομικής απόψεως, λαμβανομένου υπόψη, ειδικότερα, του άρθρου 5 της Συνθήκης ΕΚ (νυν άρθρου 10 ΕΚ)¹⁵⁵. Έτσι, με την απόφαση «χρόνος εργασίας», το Δικαστήριο εξέφερε την εξής κρίση, την οποία θα σχολιάσω κατωτέρω: άπαξ η εναρμόνιση των συνθηκών καταστεί αναγκαία, δύναμει του άρθρου 118 Α, της Συνθήκης ΕΚ (τα άρθρα 117 έως 120 της Συνθήκης ΕΚ αντικαταστάθηκαν από τα άρθρα 136 ΕΚ έως 143 ΕΚ), τούτο «προϋποθέτει κατ' ανάγκη μια δράση κοινοτικής εμβέλειας»¹⁵⁶.

εναρμόνισης των οποίων απονέμονται *ratione materiae* και των οποίων ο σκοπός έγκειται στην επίτευξη ορισμένων αποτελεσμάτων στον εν λόγω τομέα, όπως είναι η διατήρηση, η προστασία και η βελτίωση της ποιότητας του περιβάλλοντος¹⁵⁷. Μολονότι στους τομείς αυτούς η Κοινότητα είναι αποκλειστικώς αρμόδια για τη θέσπιση μέτρων εναρμόνισης, η αρμοδιότητα αυτή δεν απονέμεται με αυτοτελή σκοπό την επίτευξη ομοιομορφίας¹⁵⁸. Μάλλον, η θέσπιση ομοιομορφων κοινοτικών κανόνων προβλέπεται προκειμένου να επιτευχθούν ορισμένοι ουσιαστικοί στόχοι, τους οποίους επιδιώκουν και τα κράτη μέλη κατά την άσκηση των αρμοδιοτήτων τους. Υπό την έννοια αυτή, η καθ' ύλην αρμοδιότητα της Κοινότητας και των κρατών μελών είναι συντρέγουσα. Υπάρχει δυνατότητα επιλογής μεταξύ δράσεως της Κοινότητας και των κρατών μελών προς επίτευξη των ίδιων σκοπών. Η αρχή της επικουρικότητας έχει εφαρμογή, αλλά, προφανώς, θα τηρείται εφόσον αποδεικνύεται ότι υπάρχει ανάγκη λήψεως μέτρων εναρμόνισης, μέσο που μπορεί να χρησιμοποιείται μόνο σε κοινοτικό επίπεδο.

137. Τούτο δεν σημαίνει ότι η αρχή της επικουρικότητας δεν έχει εφαρμογή σε περίπτωση άσκησης κοινοτικών αρμοδιοτήτων

138. Έτσι, με την απόφαση «χρόνος εργασίας» το Δικαστήριο έκρινε ότι η αναγκαιότητα κοινοτικής δράσεως πληρούσε τη δεύτερη προϋπόθεση για τη συμμόρφωση προς την αρχή της επικουρικότητας την οποία προβλέπει το άρθρο 3 Β της Συνθήκης, να

155 — Δεν εξετάζω εν προκειμένω τη νομιμότητα του συντονισμού στους τομείς αυτούς μεταξύ ενός μικρότερου αριθμού κρατών μελών, δεδομένου ότι τούτο δεν αποτελεί εναλλακτική λύση για την εναρμόνιση σε κοινοτικό επίπεδο για ολόκληρη την Κοινότητα για μια ειδική περίπτωση, βλ. το άρθρο 233 της Συνθήκης ΕΚ (νυν άρθρο 306 ΕΚ). Ομοίως, δεν ασχολούμαι με το ζήτημα των εξωτερικών δεσμεύσεων που αναλαμβάνουν τα κράτη μέλη προς τρίτες χώρες οι οποίες, στις περιπτώσεις που η Κοινότητα δεν έχει θεσπίσει εσωτερικά μέτρα, μπορεί να πρέπει να κριθούν σε σχέση με την πιο περιορισμένη εξωτερική αρμοδιότητα της Κοινότητας.

156 — Προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 80, σκέψη 47. Βλ., επίσης, την κρίση που διατυπώνει ο γενικός εισαγγελέας στο σημείο 129 των παρατηρήσεων του στην ίδια υπόθεση, ότι η εναρμόνιση «προϋποθέτει κατ' ανάγκη την ανάληψη δράσεως υπερεθνικού χαρακτήρα».

157 — Άρθρο 130 Ρ, παράγραφος 1, πρώτη περίπτωση, της Συνθήκης ΕΚ.

158 — Εν προκειμένω, δεν σχολιάζω τις καθ' ύλην αρμοδιότητες που περιλαμβάνουν τη θέσπιση κοινής πολιτικής. Η κατώτερο ανάλυση της αποκλειστικότητας των σχετικών με την εσωτερική αγορά αρμοδιοτήτων της Κοινότητας μπορεί να είναι ουσιωδέστερη όσον αφορά τις ανωτέρω αρμοδιότητες.

μπορεί δηλαδή ο εν λόγω στόχος να επιτευχθεί καλύτερα σε κοινοτικό επίπεδο απ' ό,τι σε εθνικό επίπεδο¹⁵⁹. Το Δικαστήριο αποφάνθηκε τα εξής:

«Συναφώς, διαπιστώνεται ότι το άρθρο 118 Α αναθέτει στο Συμβούλιο να θεσπίζει ελάχιστες προδιαγραφές προκειμένου να συμβάλλει, διά της εναρμονίσεως, στην επίτευξη του σκοπού της ανυψώσεως του επιπέδου προστασίας της ασφάλειας και της υγείας των εργαζομένων, η οποία, δυνάμει της παραγράφου 1 της διατάξεως αυτής, εναπόκειται κατά κύριο λόγο στα κράτη μέλη. Αφ' ης στιγμής το Συμβούλιο έχει διαπιστώσει την ανάγκη βελτιώσεως του υφισταμένου επιπέδου προστασίας της ασφάλειας και της υγείας των εργαζομένων και την ανάγκη εναρμονίσεως, μέσα από μια οπτική προόδου, των υφισταμένων στον τομέα αυτό συνθηκών, η επίτευξη του σκοπού αυτού μέσω της θεσπίσεως ελαχίστων προδιαγραφών προϋποθέτει κατ' ανάγκη μια δράση κοινοτικής εμβέλειας, η οποία, όπωσ εν προκειμένω, επαφίεται κατά τα λοιπά εν πολλοίς στα κράτη μέλη για τη λήψη των αναγκαίων μέτρων εφαρμογής.»¹⁶⁰

139. Το Δικαστήριο, στην υπόθεση «χρόνος εργασίας», ασχολήθηκε με τομέα στον οποίο

υπάρχει συντρέχουσα αρμοδιότητα και, έτσι, δεν χρειάστηκε να ερμηνεύσει τον όρο «αποκλειστική αρμοδιότητα». Η κατάσταση είναι διαφορετική και, κατά τη γνώμη μου, σαφέστερη στην περίπτωση της ασκήσεως της αρμοδιότητας της Κοινότητας για τη θέσπιση μέτρων εναρμονίσεως προς επίδωξη των σκοπών της εσωτερικής αγοράς. Έχω ήδη εξηγήσει ότι τα άρθρα 57, παράγραφος 2, και 100 Α της Συνθήκης καθιερώνουν μια γενική γενική κοινοτική αρμοδιότητα οριζοντίου, λειτουργικού χαρακτήρα¹⁶¹. Οσάκις οι διαφορετικοί εθνικοί κανόνες προκαλούν εμπόδια στο εμπόριο αγαθών ή στην παροχή υπηρεσιών ή προκαλούν στρεβλώσεις του ανταγωνισμού, η Κοινότητα έχει συμφέρον να επιτύχει την ομοιομορφία των όρων του εμπορίου, το οποίο διακρίνεται από το συμφέρον της ως προς το ουσιαστικό περιεχόμενο των ομοιομορφων κανόνων που θεσπίζονται. Ο συντονισμός ή η προσέγγιση των εθνικών κανόνων που επηρεάζουν την οικονομική δραστηριότητα αποτελεί την καθαυτό ουσία των εν λόγω αρμοδιοτήτων, υπό την προϋπόθεση ότι εξυπηρετεί τους σκοπούς της εσωτερικής αγοράς και δεν αποτελεί απλώς όργανο για την επίτευξη κάποιου αυτοτελούς, καθ' ύλην προσδιοριζόμενο σκοπού. Είναι σαφές ότι μόνον η Κοινότητα μπορεί να θεσπίζει μέτρα που πληρούν τις προϋποθέσεις αυτές. Τα κράτη μέλη μπορούν να επιχειρήσουν να θεραπεύσουν μερικά από τα αποτελέσματα των διαφορετικών νομοθεσιών, θεσπίζοντας, επί παραδείγματι, διατάξεις αμοιβαίας αναγνωρίσεως, αλλά δεν μπορούν να επιτύχουν τα ίδια αυτή καθαυτή την ομοιομορφία στον οικείο τομέα. Το γεγονός ότι τα κράτη μέλη έχουν αρμοδιότητα ως προς έναν καθ' ύλην προσδιοριζόμενο τομέα ο οποίος μπορεί να επηρεάζεται από μέτρα που αφορούν την εσωτερική αγορά, όπως τα μέτρα για την προστασία της υγείας, δεν σημαίνει ότι οι σχετικές με την εσωτερική αγορά αρμοδιότητες της Κοινότητας είναι συντρέχουσες.

159 — Προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 80, σκέψη 55. Βλ. επίσης τις προτάσεις του γενικού εισαγγελέα Léger στην ίδια υπόθεση, σημείο 131. Το προαφειγόν στην υπόθεση εκείνη δημιούργησε κάποια σύγχυση διότι δεν προέβλεπε την αρχή της επικουρικότητας ως λόγο ανυψώσεως, ενώ την επικαλούνταν ταυτικά στα επιχειρήματά του (βλ. τις προτάσεις του γενικού εισαγγελέα P. Léger, σημείο 124 και τη σκέψη 46 της αποφάσεως)· το Δικαστήριο πάντως προφανώς αντιμετώπισε το ζήτημα ως θεθέν.

160 — Όπ. π., σκέψη 47.

161 — Βλ. σημεία 62 έως 66 ανωτέρω.

Ακριβώς όπως οι επιδιωκόμενοι σκοποί είναι διαφορετικής φύσεως¹⁶², ομοίως διαφορετικής φύσεως είναι και οι αρμοδιότητες στις οποίες βασιίζεται η επιδίωξή τους¹⁶³.

140. Ο γενικός εισαγγελέας *Léger* υιοθέτησε παρεμφερή προσέγγιση στην υπόθεση «εγγυήσεις καταθέσεων». Παρατήρησε ότι το άρθρο 57 της Συνθήκης — το οποίο αποτελούσε τη νομική βάση της προ-σβαλλομένης στην υπόθεση εκείνη οδηγίας — ουδόλως αναφέρεται στην αρμοδιότητα των κρατών μελών και ότι η διάταξη αυτή «αναθέτει μόνο στην Κοινότητα τη μέριμνα να προβεί στον συντονισμό των εθνικών διατάξεων στον τομέα αυτόν, πράγμα που αποδεικνύει ότι, *ευθύς εξαρχής*, οι συντάκτες της Συνθήκης θεώρησαν ότι ο συντονισμός στον τομέα της αναλίψης και της ασκήσεως μη μισθωτών δραστηριοτήτων επιτυγχάνεται καλύτερα με την κοινοτική δράση παρά με δράση σε εθνικό επίπεδο»¹⁶⁴. Για τον λόγο αυτόν, η υπόθεση «εγγυήσεις καταθέσεων» ασκεί εν δυνάμει μεγαλύτερη επιρροή στην υπό κρίση υπόθεση απ' ό,τι η υπόθεση «χρόνος εργασίας», η οποία αφορούσε συντρέχουσα καθ' ύλην αρμοδιότητα.

141. Η Γερμανία ισχυρίστηκε ότι το Δικαστήριο, καθόσον δεν έλαβε θέση επί του ζητήματος της αποκλειστικής αρμοδιότητας,

δεν δέχθηκε την πρόταση του γενικού εισαγγελέα επί του ζητήματος αυτού. Ωστόσο, η άποψη αυτή βασιίζεται σε εσφαλμένη κατανόηση της αποφάσεως. Το Δικαστήριο φρόντισε να διαπιστώσει ότι η Γερμανία δεν ισχυρίστηκε στην υπόθεση εκείνη ότι η προ-σβαλλομένη οδηγία εκδόθηκε κατά παραβίαση της αρχής της επικουρικότητας, αλλά «προσ[ή]ψε] μόνο στον κοινοτικό νομοθέτη ότι δεν μνημονεύει τους λόγους που δικαιολογούν το ότι η δράση του ήταν σύμφωνη προς την αρχή αυτή»¹⁶⁵. Με άλλα λόγια, ο ισχυρισμός δεν αφορούσε την ουσιαστική τήρηση της αρχής, αλλά την υποχρέωση αιτιολογήσεως. Η απόφαση πρέπει να ερμηνευθεί εντός αυτού του νοηματικού πλαισίου. Επιπλέον, το Δικαστήριο χρησιμοποίησε για το συμπέρασμά του ότι είχε τηρηθεί η υποχρέωση αιτιολογήσεως την εισαγωγική φράση «εν πάση περιπτώσει»¹⁶⁶. Έτσι, το Δικαστήριο αποφάνθηκε απλώς ότι η εκτεθείσα αιτιολογία ήταν επαρκής, *ανεξαρτήτως του αν* είχε εφαρμογή η αρχή της επικουρικότητας, και δεν έκρινε, σύμφωνα με τον προβαλλόμενο ισχυρισμό, ότι η αρχή αυτή *είχε* όντως εφαρμογή. Ήταν απολύτως θεμιτό να μην αποφανθεί το Δικαστήριο επί ζητήματος υψίστης θεσμικής σπουδαιότητας το οποίο, στην καλύτερη των περιπτώσεων, μνημονεύθηκε αδροθιγώς κατά τις αγορεύσεις. Συνεπώς, δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι η απόφασή του προδίδασε το ζήτημα.

162 — Βλ. σημείο 69 ανωτέρω.

163 — Έτσι, η αυτελής αρμοδιότητα των κρατών μελών όσον αφορά ζητήματα υγείας δεν περιορίζεται από τον αποκλειστικό χαρακτήρα της αρμοδιότητας της Κοινότητας να θεσπίζει μέτρα εναντιομίσεως προς επίτευξη των σκοπών της εσωτερικής αγοράς. Ανεξαρτήτως των ζητημάτων συμμορφώσεως προς διατάξεις της Συνθήκης όπως είναι τα άρθρα 30 και 59, η άσκηση της εθνικής αρμοδιότητας σε τομέα όπως η προστασία της υγείας αποτελείται μόνον κατά το μέτρο που μπορεί να γίνει όντως ληφθέντα μέτρα σχετικά με την εσωτερική αγορά. Βλ. τις προτάσεις του γενικού εισαγγελέα *Léger* στην υπόθεση «εγγυήσεις καταθέσεων», προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 52, σημείο 85, και την πλούσια νομολογία επί του ζητήματος της υπερχής.

164 — Προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 52, σημείο 82 των προτάσεων. Στο σημείο 86 ο γενικός εισαγγελέας παρατήρησε ότι η Κοινότητα «δεν δ[ι]σ[ύ]σε] στο πλαίσιο μιας επικουρικής αρμοδιότητας, αλλά δυνάμει αποκλειστικών αρμοδιοτήτων (...)».

142. Ως εκ τούτου, καταλήγω ότι η άσκηση της κοινοτικής αρμοδιότητας δυνάμει των άρθρων 57, παράγραφος 2, και 100 Α της Συνθήκης είναι αποκλειστική και ότι η αρχή της επικουρικότητας δεν έχει εφαρμογή. Δεν μπορεί να υπάρξει κριτήριο «σχετικής απο-

165 — Όπ. π., σκέψη 24.

166 — Όπ. π., σκέψη 28.

τελεσματικότητας» μεταξύ της ενδεχόμενης δράσεως των κρατών μελών και της ενδεχόμενης δράσεως της Κοινότητας. Αν υπήρχε τέτοιο κριτήριο, θα ανέκυπταν ακόμη δυσχερέστερα ζητήματα αρχής. Πώς, ειδικότερα, σταθμίζονται τα σχετικά οφέλη των κοινοτικών μέτρων εναρμονίσεως, προς επιδίωξη της εσωτερικής αγοράς, με τα οφέλη των κανόνων των κατ' ιδίαν κρατών μελών οι οποίοι εξυπηρετούν εντελώς διαφορετικά εθνικά συμφέροντα ουσιαστικού χαρακτήρα.

143. Κανένα σημείο του πρωτοκόλλου σχετικά με την εφαρμογή των αρχών της επικουρικότητας και της αναλογικότητας, αν αυτό ίσχυε κατά τον χρόνο εκδόσεως της οδηγίας περί διαφημίσεως, δεν θα μετέβαλλε το συμπέρασμα στο οποίο κατέληξα. Ειδικότερα, το πρωτόκολλο διευκρινίζει ότι «η αρχή της επικουρικότητας δεν θέτει υπό αμφισβήτηση τις αρμοδιότητες που απονέμει στην Ευρωπαϊκή Κοινότητα η Συνθήκη, όπως αυτές έχουν ερμηνευθεί από το Δικαστήριο»¹⁶⁷. Το πρωτόκολλο επαναλαμβάνει ότι «αφορ[ά] τομείς για τους οποίους η Κοινότητα δεν διαθέτει αποκλειστική αρμοδιότητα».

144. Όπως ισχυρίστηκε ο εκπρόσωπος των προσφευγουσών, μπορεί πράγματι να φαίνεται παράδοξο ότι η επικουρικότητα δεν έχει εφαρμογή σε τομέα ο οποίος τόσον εγγενώς συνεπάγεται κοινοτική δράση σε πεδία τα οποία κατά τα λοιπά εμπίπτουν στην αρμοδιότητα των κρατών μελών. Στην υπόθεση «εγγυήσεις καταθέσεων», η Γερμανία ισχυρίστηκε ότι η αναγνώριση αποκλειστικής κοινοτικής «αρμοδιότητας στον τομέα της εσωτερικής αγοράς θα ισοδυναμούσε με ανάθεση της αρμοδιότητας αυτής στην Κοινότητα σε όλους σχεδόν τους τομείς δρα-

στηριότητας, εφόσον το μέτρο για το οποίο γίνεται λόγος θα εξάλειφε τα εμπόδια της εσωτερικής αγοράς»¹⁶⁸. Ο γενικός εισαγγελέας Léger απέρριψε τον ισχυρισμό αυτόν και ανέλυσε κάπως λεπτομερώς τις πτυχές στις οποίες είναι ακόμη δυνατή η λήψη μέτρων από τα κράτη μέλη. Περαιτέρω, δεδομένου ότι αυτή καθαυτή η ανάγκη διασφάλισης της εγκαθιδρύσεως και της λειτουργίας της εσωτερικής αγοράς δεν τίθεται υπό αμφισβήτηση, καταλήγω ότι ο δικαστικός έλεγχος της πληρώσεως των αντικειμενικών κριτηρίων για τη λήψη μέτρων επί αυτών των νομικών βάσεων θα πραγματοποιείται, σε κάποιο βαθμό, τις ανησυχίες όσον αφορά την περιττή κοινοτική δράση σε τομείς στους οποίους και τα κράτη μέλη έχουν αρμοδιότητα, λόγω των οποίων η αρχή της επικουρικότητας περιελήφθη στη Συνθήκη.

145. Δεδομένου ότι κατέληξα ότι η αρχή της επικουρικότητας δεν έχει εφαρμογή, δεν θεωρώ αναγκαίο να εξετάσω αν τηρήθηκε στην υπό κρίση υπόθεση. Ως εκ τούτου, προτείνω την απόρριψη αυτού του λόγου ακυρώσεως.

iii) *Αναλογικότητα*

iv) *Παράβαση του άρθρου 30 της Συνθήκης*

v) *Προσβολή οικονομικών δικαιωμάτων*

146. Θα εξετάσω αυτούς τους λόγους ακυρώσεως από κοινού, διότι η ανάλυσή μου και

167 — Παράγραφος 3 του πρωτοκόλλου.

168 — Προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 52, σημείο 79 των προτάσεων του γενικού εισαγγελέα Léger.

ως προς τους τρεις αφορά κατ' ουσίαν το κατά πόσον η Κοινότητα επιδιώκει αποτελεσματικά τους σκοπούς της εσωτερικής αγοράς.

147. Κατά το άρθρο 3 Β της Συνθήκης, «η δράση της Κοινότητας δεν υπερβαίνει τα αναγκαία όρια για την επίτευξη των στόχων της παρούσας συνθήκης». Το Δικαστήριο, με την απόφαση ΣΕΒ διατύπωσε τα ακόλουθα τρία κριτήρια αναλογικότητας:

«[Η] αρχή της αναλογικότητας (...) απαιτεί οι πράξεις των κοινοτικών οργάνων να μην υπερβαίνουν τα όρια του καταλλήλου και του αναγκαίου για την επίτευξη των σκοπών που νομίμως επιδιώκει η οικεία ρύθμιση, εξυπακουομένου ότι, οσάκις υφίσταται επιλογή μεταξύ περισσότερων καταλλήλων μέτρων, πρέπει να επιλέγεται το λιγότερο καταναγκαστικό και τα προξενούμενα μειονεκτήματα δεν πρέπει να είναι δυσανάλογα προς τους επιδιωκόμενους σκοπούς»¹⁶⁹.

148. Τα κριτήρια αυτά μπορούν να χρησιμοποιηθούν τόσο για να καθοριστεί αν η οδηγία περί διαφημίσεως συμβιβάζεται με τη γενική αρχή της αναλογικότητας κατά το κοινοτικό δίκαιο, ζήτημα με το οποίο θα ασχοληθώ άμεσα στο παρόν τμήμα, και για να εκτιμηθεί αν η οδηγία αυτή περιορίζει επιτρεπώς την άσκηση θεμελιωδών δικαιω-

μάτων όπως είναι η ελευθερία εκφράσεως¹⁷⁰. Ωστόσο, τα εν λόγω κριτήρια δεν θα οδηγήσουν οπωσδήποτε στα ίδια αποτελέσματα εντός των δύο νοηματικών πλαισίων, λόγω του ότι σταθμίζονται διαφορετικοί παράγοντες.

149. Από την ανωτέρω ανάλυσή μου συνάγεται ότι είναι απολύτως θεμιτή η εκ μέρους του κοινοτικού νομοθέτη ταυτόχρονη επιδίωξη σκοπών που αφορούν την εσωτερική αγορά και τη δημόσια υγεία. Έτσι, ουδόλως τίθεται υπό αμφισβήτηση η ορθότητα της νομικής βάσεως της οδηγίας περί διαφημίσεως, εφόσον η προστασία της υγείας παίζει ρόλο στην εκτίμηση της αναλογικότητας του μέτρου αυτού¹⁷¹. Επομένως, η θεωρητική δυνατότητα λήψεως λιγότερο περιοριστικών μέτρων στο πλαίσιο της εσωτερικής αγοράς, επί παραδείγματι η υποχρεωτική άρση των εθνικών περιορισμών επί της διαφήμισεως των προϊόντων καπνού, δεν μπορεί να χρησιμοποιηθεί για να αποδειχθεί ότι η οδηγία δεν αποτελεί τον λιγότερο περιοριστικό τρόπο επιτεύξεως των σκοπών του νομοθέτη, διότι τούτο θα παραγνώριζε τον παραλλήλως επιδιωκόμενο σκοπό της προστασίας της υγείας. Από την άλλη πλευρά, είναι επίσης σαφές ότι η προστασία της υγείας δεν μπορεί να λειτουργήσει αυτοτελώς ως σκοπός. Επομένως, όσο μεγάλες και αν είναι οι ωφέλειες για την υγεία τις οποίες συνεπάγεται ο περιορισμός των περισσότερων μορφών διαφημίσεως, έστω και μόνο σε εθνικό επίπεδο, ο περιορισμός αυτός θα πληροί την πρώτη προϋπόθεση της αναλογικότητας μόνον εφόσον η οδηγία συμβάλλει στην επίτευξη σκοπών της εσωτερικής αγοράς· διαφορετικά, η οδηγία είναι πλημμελής διότι δεν εκπληρώνει έναν ουσιαστικό σκοπό, ο οποίος αποτελεί επίσης προϋπόθεση για την κατ'

169 — Προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 119, σέση 96· βλ. επίσης απόφαση της 13ης Νοεμβρίου 1990, C-331/88, Fedesa κ.λπ. (Συλλογή 1990, σ. I-4023, σέση 13).

170 — Βλ. επί παραδείγματι, την ανάλυση του γενικού εισαγγελέα van Gerven στις προτάσεις του επί της υποθέσεως στην οποία εκδόθηκε η απόφαση της 4ης Οκτωβρίου 1991, C-159/90, Society for the Protection of Unborn Children Ireland (Συλλογή 1991, σ. I-4685, σημείο 35).

171 — Βλ., ανωτέρω, σημείο 97.

αρχήν άσκηση αρμοδιότητας. Η προεκτεθείσα ανάλυσή μου ως προς τη νομική βάση της οδηγίας αφορά το κατά τη γνώμη μου πρόδηλο σφάλμα του κοινοτικού νομοθέτη όσον αφορά την επιτευξη είτε της ελεύθερης κυκλοφορίας των αγαθών και της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών είτε των άνευ στρεβλώσεων συνθηκών ανταγωνισμού στον τομέα της διαφημίσεως και της χορηγίας υπέρ των προϊόντων καπνού. Ομοίως, θεωρώ ότι η οδηγία αποτελεί μη αποτελεσματικό μέσο επιτευξέως των επιδιωκόμενων σκοπών, το οποίο επομένως δεν ανταποκρίνεται στο πρώτο κριτήριο αναλογικότητας¹⁷². Εφόσον το Δικαστήριο αποφασίσει να μην ακολουθήσει την πρότασή μου επί του ζητήματος της αρμοδιότητας, λόγω διαφορετικής εκτιμήσεως είτε των γενικών κανόνων που διέπουν την αρμοδιότητα είτε της εφαρμογής τους, θα στηριχτώ παρά ταύτα στην εκ μέρους μου ανάλυση του ζητήματος αυτού για να αποδείξω, επικουρικώς, ότι η οδηγία είναι δυσανάλογη προς τον επιδιωκόμενο σκοπό υπό την ευρύτερη έννοια του όρου, καθόσον δεν πληροί την πρώτη από τις τρεις προϋποθέσεις της αναλογικότητας¹⁷³. Είναι περιττή η ανάπτυξη περαιτέρω υποθέσεων ως προς τις διάφορες ενδεχόμενες εκτιμήσεις του Δικαστηρίου επί του πολύπλοκου ζητήματος της αρμοδιότητας και ως προς τις συνέπειες που θα έχουν οι εκτιμήσεις αυτές στο ζήτημα της αναλογικότητας, διότι έτσι η συλλογιστική μου θα βασίζεται απλώς σε διάφορες υποθετικές θέσεις οι οποίες μπορεί εν τέλει να μην αντιστοιχούν ούτε στη δική μου άποψη ούτε στην άποψη του Δικαστηρίου επί του ζητήματος της αρμοδιότητας.

150. Ο ισχυρισμός της Γερμανίας όσον αφορά το άρθρο 30 της Συνθήκης δεν προ-

172 — Κατά το μέτρο αυτό, ο έλεγχος της αρμοδιότητας και ο έλεγχος της αναλογικότητας αλληλεπικαλύπτονται· βλ. το σημείο 97 ανωτέρω.

173 — Έτσι, δεν χρειάζεται να εξετασθεί η αναλογικότητα υπό τη στενή έννοια της σταθμίσεως των συμφερόντων, όπως απαιτεί το τρίτο στάδιο της εξετάσεως της αναλογικότητας όπως εκτίθεται ανωτέρω.

σθέτει, κατά τη γνώμη μου, τίποτε στα προεκτεθέντα. Δεν έχω πεισθεί πλήρως ότι είναι χρήσιμο να εξετασεί το Δικαστήριο αν συμβιβάζονται με το άρθρο 30 οι κατ' ιδίαν διατάξεις κοινοτικών μέτρων που αφορούν την εσωτερική αγορά¹⁷⁴, εφόσον, όπως ανέφερα ανωτέρω¹⁷⁵, οι επιβαλλόμενοι από τα μέτρα αυτά περιορισμοί μπορεί να αποτελούν αναγκαίο στοιχείο ενός νομοθετήματος για τη διευκόλυνση του εμπορίου το οποίο πρέπει, συγχρόνως, να τηρεί ορισμένες προϋποθέσεις αφορσες το γενικό συμφέρον¹⁷⁶. Ωστόσο, αν το Δικαστήριο προβεί στην εξέταση αυτή, από την απόφασή του στην υπόθεση Kieffer και Thill¹⁷⁷ προκύπτει ότι η εκτίμηση της αναλογικότητας ενός προδήλου περιορισμού στο εμπόριο των αγαθών υπό το πρίσμα της εσωτερικής αγοράς ή άλλου σκοπού του μέτρου είναι πανομοιότυπη με την προεκτεθείσα, με αποτέλεσμα ότι η οδηγία πρέπει να ακυρωθεί και για τον λόγο αυτόν.

151. Για τον ίδιο λόγο, προτείνω στο Δικαστήριο να ακυρώσει την οδηγία λόγω προσβολής του δικαιώματος κυριότητας και του δικαιώματος ασκήσεως επαγγελματικής δραστηριότητας. Τα δικαιώματα αυτά, όπως όλες οι γενικές αρχές του κοινοτικού δικαίου «δεν είναι απόλυτα[α], αλλά πρέπει να

174 — Βλ., επί παραδείγματι, απόφαση της 9ης Αυγούστου 1994, C-51/93, Meyhui (Συλλογή 1994, σ. I-3879, σκέψεις 13 και 14).

175 — Βλ. σημεία 86 και 87 ανωτέρω.

176 — Η επίκληση του άρθρου 30 μετρώ να είναι χρήσιμη αν η οικονομική δραστηριότητα η οποία υποτίθεται ότι θίγεται από μέτρο σχετικό με την εσωτερική αγορά είναι διαφορετική από αυτήν η οποία υποτίθεται ότι ωφελείται από το μέτρο αυτό. Εντούτοις, λαμβανόμενου υπόψη του συμπεράσματός μου τόσο στο κεφάλαιο V τμήμα i, όσον και στο παρόν τμήμα και δεδομένης της έντονης ακόμη συζητήσεως όσον αφορά το αποτέλεσμα των περιοριστικών των εθνικών κανόνων οι οποίοι διέπουν τους όρους πώλησης για την πρόσβαση στην αγορά, δεν είναι αναγκαίο ούτε χρήσιμο να εξετασθεί εν προκειμένω το αποτέλεσμα της οδηγίας επί της εμπορίας των προϊόντων καπνού. Βλ. απόφαση De Agostini, προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 99, σκέψη 42· απόφαση της 9ης Φεβρουαρίου 1995, C-412/93, Leclerc-Siplec (Συλλογή 1995, σ. I-179), προτάσεις του γενικού εισαγγελέα Jacobs επί της υποθέσεως αυτής, σημεία 37 έως 49· απόφαση της 27ης Ιανουαρίου 2000, C-190/98, Graf (Συλλογή 2000, σ. I-493, σκέψη 23), και σημεία 18 έως 20 των προτάσεων μου επί της υποθέσεως αυτής.

177 — Απόφαση της 25ης Ιουνίου 1997, C-114/96 (Συλλογή 1997, σ. I-3629, σκέψεις 29 έως 37).

νοούνται σε σχέση προς την κοινωνική τους λειτουργία»¹⁷⁸. Τούτο καθιστά δυνατή την επιβολή περιορισμών που αντιστοιχούν σε σκοπούς γενικού συμφέροντος επιδιωκόμενους από την Κοινότητα και δεν συνιστούν, σε σχέση προς τον επιδιωκόμενο σκοπό, δυσανάλογη και ανεπίτρεπτη επέμβαση που να θίγει την ίδια την υπόσταση των ως άνω κατοχυρωμένων δικαιωμάτων¹⁷⁹. Η οδηγία, κατά την άποψή μου, δεν επιβάλλει περιορισμούς αντιστοιχούντες στους σχετικούς με την εσωτερική αγορά σκοπούς οι οποίοι ήταν αναγκαίοι για τη νόμιμη έκδοσή της.

εθνικοί κανόνες για το εμπόριο των αγαθών και των υπηρεσιών.

153. Τα θεμελιώδη δικαιώματα που προστατεύονται ως γενικές αρχές του κοινοτικού δικαίου περιλαμβάνουν την ελευθερία εκφράσεως¹⁸⁰. Για τον καθορισμό του φάσματος των προστατευόμενων από το κοινοτικό δίκαιο δικαιωμάτων και για τον καθορισμό του πεδίου προστασίας που τους παρέχεται, η ΕΣΔΑ κατέχει «εξέχουσα θέση» ως πηγή εμπνεύσεως¹⁸¹. Το σχετικό χωρίο του άρθρου 10, παράγραφος 1, της ΕΣΔΑ ορίζει τα εξής:

vi) *Ελευθερία εκφράσεως*

152. Είναι χρησιμότερο, για δύο αλληλένδετους λόγους, να εξετασθεί αν η οδηγία περί διαφήμισης συμβιβάζεται με την αρχή της ελευθερίας της εκφράσεως σε περίπτωση που η οδηγία αποτελεί, κατά τα λοιπά (και αντιθέτως προς τα συμπεράσματά μου στο κεφάλαιο V, τμήματα i και iii έως v ανωτέρω), νόμιμο και ανάλογο μέσο προς επιδίωξη σκοπών σχετικών με την εσωτερική αγορά, από πλευράς των κατ' ιδίαν οικονομικών δικαιωμάτων και συμφερόντων τα οποία θίγει. Στην πραγματικότητα, τα επιχειρήματα υπέρ της εκ μέρους της οδηγίας επεμβάσεως στην ελευθερία του λόγου βασίζονται σχεδόν αποκλειστικώς στην εκ μέρους της επιδίωξη του σκοπού της προστασίας της δημόσιας υγείας, τον οποίο δεν έχω ακόμη σχολιάσει επί της ουσίας. Έχω επίσης επίγνωση των ενδεχομένων συνεπειών του ζητήματος αυτού επί της δικαιολογήσεως των περιοριστικών αποτελεσμάτων που έχουν οι διέποντες τη διαφήμιση των προϊόντων καπνού

«Παν πρόσωπον έχει δικαίωμα εις την ελευθερίαν εκφράσεως. Το δικαίωμα τούτο περιλαμβάνει την ελευθερίαν γνώμης ως και την ελευθερίαν λήψεως ή μεταδόσεως πληροφοριών ή ιδεών, άνευ επεμβάσεως δημοσίων αρχών και ασχέτως συνόρων. (...)»

Από τη νομολογία του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων προκύπτει ότι όλες οι μορφές εκφράσεως είναι άξιες προστασίας δυνάμει του άρθρου 10, παράγραφος 1, της ΕΣΔΑ. Στις μορφές αυτές περιλαμβάνεται και η λεγόμενη έκφραση στο πλαίσιο της εμπορίας¹⁸², δηλαδή η παροχή πληροφοριών, έκφραση ιδεών ή διάδοση

180 — Απόφασις της 18ης Ιουνίου 1991, C-260/89, EPT (Σύλλογη 1991, σ. I-2925, σκέψη 44), και της 26ης Ιουνίου 1997, C-368/95, Familiapress (Σύλλογη 1997, σ. I-3689, σκέψη 25).

181 — Απόφαση EPT, προκατατεθείσα, σκέψη 41· απόφαση της 15ης Μαΐου 1986, 222/84, Johnston (Σύλλογη 1986, σ. 1651, σκέψη 18).

182 — Βλ., επί παραδείγματι, αποφάσεις Markt Intern κατά Γερμανίας της 20ης Νοεμβρίου 1989, σειρά Α αριθ. 165, §§ 25 και 26, Groppe κατά Ελλάδας της 28ης Μαρτίου 1990, σειρά Α αριθ. 173, § 55, Casado Coca κατά Ισπανίας της 24ης Φεβρουαρίου 1994, σειρά Α αριθ. 285, §§ 35 και 36.

178 — Απόφαση της 28ης Απριλίου 1998, C-200/96, Metronome Musik (Σύλλογη 1998, σ. I-1953, σκέψη 21).

179 — Όπ. π.

εικόνων ως μέρος της προώθησής μιας εμπορικής δραστηριότητας και το συνακόλουθο δικαίωμα λήψεως τέτοιων ανακοινώσεων.

154. Η έκφραση στο πλαίσιο της εμπορίας πρέπει να προστατεύεται και στο κοινοτικό δίκαιο. Σε μια φιλελεύθερη δημοκρατική κοινωνία, η έκφραση στο πλαίσιο της εμπορίας δεν συμβάλλει κατά τον ίδιο τρόπο με την πολιτική, τη δημοσιογραφική, τη λογοτεχνική ή την καλλιτεχνική έκφραση στην επίτευξη κοινωνικώς ωφέλιμων σκοπών όπως είναι, επί παραδείγματι, η προώθηση του δημοκρατικού διαλόγου και της υπευθυνότητας ή η αμφισβήτηση των τρεχουσών κρατουσών απόψεων με σκοπό τη μεγαλύτερη ανεκτικότητα ή την αλλαγή. Ωστόσο, κατά την άποψή μου, τα ατομικά δικαιώματα αναγνωρίζονται ως θεμελιώδη όχι μόνο λόγω της συντελούσας στην επίτευξη κάποιου σκοπού κοινωνικής τους λειτουργίας, αλλά και διότι είναι αναγκαία για την αυτονομία, την αξιοπρέπεια και την προσωπική ανάπτυξη των ατόμων¹⁸³. Έτσι, η ελευθερία των ατόμων να προωθούν εμπορικές δραστηριότητες απορρέει όχι μόνον από το δικαίωμά τους να ασκούν οικονομικές δραστηριότητες και από την αναληφθείσα σε κοινοτικό επίπεδο γενική δέσμευση για τη διασφάλιση οικονομίας της αγοράς βασισμένης στον ελεύθερο ανταγωνισμό, αλλά και από το εγγενές δικαίωμά τους ως ανθρώπων να εκφράζουν και να ακούν απόψεις επί οποιουδήποτε θέματος, περιλαμβανομένων των πλεονεκτημάτων των προϊόντων ή υπηρεσιών που εμπορεύονται ή αγοράζουν.

155. Εξάλλου, είναι σαφές ότι η άσκηση της ελευθερίας της εκφράσεως, όπως και η άσκηση άλλων δικαιωμάτων και ελευθεριών, μπορεί να υπόκειται σε ανάλογους προς τον επιδιωκόμενο σκοπό περιορισμούς προκειμένου να διασφαλιστεί ότι οι άλλοι άνθρωποι απολαύουν δικαιωμάτων ή ότι επιτυγχάνονται ορισμένοι σκοποί γενικού συμφέροντος. Η προστασία της υγείας αποτελεί έναν από τους λόγους βάσει των οποίων το άρθρο 10, παράγραφος 2, της ΕΣΔΑ επιτρέπει την επιβολή περιορισμών στην ελεύθερη έκφραση. Το παράδειγμα αυτό πρέπει να ακολουθείται στην κοινοτική έννομη τάξη. Πράγματι, το Δικαστήριο έχει προσδώσει υπεροχή στην προστασία της υγείας των ανθρώπων μεταξύ των λόγων δημοσίου συμφέροντος που απαριθμούνται στο άρθρο 36 της Συνθήκης¹⁸⁴ και, βεβαίως, η προστασία αυτή ασκεί ιδιαίτερη επιρροή στις πολιτικές της Κοινότητας σύμφωνα με τα άρθρα 3, στοιχείο μ', 100 Α, παράγραφος 3, και 129, παράγραφος 1, της Συνθήκης.

156. Παρά ταύτα, λόγω του θεμελιώδους χαρακτήρα της ελεύθερης εκφράσεως, η ύπαρξη δημοσίου συμφέροντος για τον περιορισμό της ασκήσεώς της υπό συγκεκριμένες συνθήκες ή για συγκεκριμένο σκοπό πρέπει να αποδεικνύεται από τη δημόσια αρχή που προτείνει ή εφαρμόζει τον περιορισμό αυτόν. Ειδικότερα, η δημόσια αρχή πρέπει να αποδεικνύει ότι ο εν λόγω περιορισμός ανταποκρίνεται στα τρία κριτήρια της αναλογικότητας που προεκτέθηκαν στα σημεία 147 και 148. Τα επιχειρήματα που προβάλλονται υπέρ της οδηγίας περί διαφήμισης είναι ότι η κατανάλωση προϊόντων καπνού είναι επικίνδυνη για την υγεία των καπνιστών, ότι η διαφήμιση και η χορηγία προωθούν την κατανάλωση αυτή και ότι η πλήρης απαγόρευση αυτών των μορφών εκφράσεως θα έχει ως αποτέλεσμα τη μείωση της κατανάλωσης προϊόντων καπνού και,

183 — Για μια αναφορά τόσο στην κοινωνική όσο και στην ατομική λειτουργία της ελευθερίας της εκφράσεως βλ. απόφαση Handyside κατά Ηνωμένου Βασιλείου της 7ης Δεκεμβρίου 1976, σειρά Α αριθ. 24 (στο εξής: απόφαση Handyside), § 49.

184 — Απόφαση της 10ης Νοεμβρίου 1994, C-320/93, Orsicheit (Συλλογή 1994, σ. I-5243, σκέψη 16).

επομένως, τη βελτίωση της δημόσιας υγείας. Η ζημία την οποία προκαλεί το κάπνισμα στην υγεία δεν αμφισβητήθηκε στις υπό κρίση υποθέσεις και η Γερμανία υπογράμμισε την επιθυμία της να μειώσει την κατανάλωση. Ωστόσο, σημειώθηκε εκτεταμένη ανταλλαγή απόψεων ως προς το αν η απαγόρευση των περισσότερων μορφών διαφημίσεως των προϊόντων καπνού θα επιτύχει τον σκοπό του περιορισμού της καταναλώσεως προϊόντων καπνού ή απλώς θα θίξει τον ανταγωνισμό μεταξύ των καπνοβιομηχανιών.

157. Όπως έχει προεκτεθεί, ο ρόλος του Δικαστηρίου κατά την εκτίμηση της αναλογικότητας των νομοθετικών επιλογών σε πολύπλοκους τομείς έγκειται συνήθως εξετάσει του «αν η άσκηση της εξουσίας αυτής πάχει προφανή πλάνη ή κατάχρηση εξουσίας ή ακόμη αν η Επιτροπή υπερέβη προφανώς ή όχι τα όρια της εξουσίας της εκτιμήσεως»¹⁸⁵. Είναι αναμφίβολο ότι η εκτίμηση των αποτελεσμάτων της διαφημίσεως στο επίπεδο καταναλώσεως ενός προϊόντος και των πιθανών αποτελεσμάτων της πλήρους απαγορεύσεως της διαφημίσεως στο επίπεδο αυτό αποτελεί πολύπλοκο ζήτημα. Εντούτοις, κατά την άποψή μου τούτο δεν αποτελεί τον προσήκοντα γνώμονα δικαστικού ελέγχου οσάκις εξετάζονται οι περιορισμοί της ασκήσεως ενός θεμελιώδους ατομικού δικαιώματος όπως είναι η ελεύθερη έκφραση¹⁸⁶.

185 — Απόφαση ΣΕΒ, προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 119, σκέψη 60, ήδη παρατεθείσα στο σημείο 98.

186 — Η κατάσταση διαφέρει όσον αφορά τα οικονομικά δικαιώματα όπως το δικαίωμα ιδιοκτησίας ή η ελευθερία ασκήσεως εμπορικής ή επαγγελματικής δραστηριότητας, κατά μέγιστα λόγω διότι η άσκηση τέτοιων δικαιωμάτων επηρεάζεται αναπόφευκτα από τη γενική οικονομική πολιτική, ως προς την οποία ο νομοθέτης (ή τα πρόσωπα στα οποία έχει ανατεθεί η εξουσία αυτή) πρέπει να απολαύει ευρείας διακριτικής ευχέρειας. Βλ. απόφαση της 17ης Οκτωβρίου 1995, C-44/94, Fishermen's Organisations κ.λπ. (Σύλλογη 1995, σ. I-3115, σκέψεις 57 έως 61).

158. Το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων συνήθως απαιτεί όπως τα συμβαλλόμενα μέρη παρουσιάξουν πειστικές αποδείξεις περί της υπάρξεως πειστικής κοινωνικής ανάγκης για την επιβολή περιορισμού στην έκφραση¹⁸⁷. Το δικαστήριο αυτό προφανώς υιοθέτησε διαφορετική προσέγγιση στην περίπτωση της εκφράσεως στο πλαίσιο της εμπορίας: οι περιορισμοί της εκφράσεως αυτής επιτρέπονται οσάκις οι αρμόδιες αρχές «εulόγως θεώρησαν τους περιορισμούς αναγκαίους»¹⁸⁸. Αυτή η διαφορετική μεταχείριση είναι δικαιολογημένη, κατά την άποψή μου, λόγω του διαφορετικού τρόπου κατά τον οποίο η έκφραση στο πλαίσιο της εμπορίας και, επί παραδείγματι, η πολιτική έκφραση αλληλεπιδρούν με γενικότερα δημόσια συμφέροντα. Όπως έχω ήδη παρατηρήσει, η πολιτική έκφραση αφ' αυτής εξυπηρετεί ορισμένα εξαιρετικά σημαντικά κοινωνικά συμφέροντα¹⁸⁹. ο εξυπηρετώντων εμπορικούς σκοπούς λόγος, πέραν του συνισταμένου στην προώθηση της εμπορικής δραστηριότητας ρόλου του, ως προς τον οποίο ορθώς ο νομοθέτης απολαύει ευρείας διακριτικής ευχέρειας προς επιβολή περιορισμών χάριν του δημοσίου συμφέροντος, συνήθως δεν επιτελεί ευρύτερη κοινωνική λειτουργία της ίδιας σπουδαιότητας.

159. Επομένως, προτείνω να υιοθετηθεί παρόμοια προσέγγιση στην κοινοτική έννομη τάξη. Οσάκις αποδεικνύεται ότι κοινοτικό μέτρο περιορίζει την ελευθερία εκφράσεως στο πλαίσιο της εμπορίας, όπως σαφώς συμβαίνει με την οδηγία περί διαφημίσεως, ο

187 — Βλ. αποφάσεις Sunday Times κατά Ηνωμένου Βασιλείου της 26ης Απριλίου 1979, σειρά Α, αριθ. 30, Observer και Guardian κατά Ηνωμένου Βασιλείου της 26ης Νοεμβρίου 1991, σειρά Α, αριθ. 216, § 59.

188 — Markt Intern κατά Γερμανίας, προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 182, § 37. Groppera κατά Ελβετίας, προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 182, § 73.

189 — Βλ., επί παραδείγματι, απόφαση Lingsen κατά Αυστρίας της 8ης Ιουλίου 1986, σειρά Α αριθ. 103, § 41, ως προς τη σπουδαιότητα της ελευθερίας του τύπου.

κοινοτικός νομοθέτης πρέπει επίσης να υποχρεούται να πείσει το Δικαστήριο ότι ευλόγως θέσπισε το εν λόγω μέτρο χάριν του δημόσιου συμφέροντος. Συγκεκριμένα, πρέπει να προσκομίσει λογικώς συνεπή αποδεικτικά στοιχεία περί του ότι το μέτρο θα είναι αποτελεσματικό για την επίτευξη του εξυπηρετούντος το δημόσιο συμφέρον σκοπού του οποίου γίνεται επίκληση — στις υπό κρίση υποθέσεις, τη μείωση της κατανάλωσης των προϊόντων καπνού σε σχέση με το επίπεδο στο οποίο η κατανάλωση αυτή θα έφθανε υπό διαφορετικές συνθήκες — και ότι λιγότερο περιοριστικά μέτρα δεν θα ήταν εξίσου αποτελεσματικά.

160. Τα αποδεικτικά στοιχεία που απαιτούνται για τη δικαιολόγηση ενός περιορισμού εξαρτώνται από τη φύση του προβαλλόμενου ισχυρισμού. Εν προκειμένω, το ζήτημα έγκειται κατά πολύ στην αντικειμενική εκτίμηση των πιθανών αποτελεσμάτων της οδηγίας περί διαφημίσεως. Ο νομοθέτης δεν μπορεί να απολαύει τόσο ευρείας διακριτικής ευχέρειας όπως στην περίπτωση, επί παραδείγματι, της προστασίας των ηθών¹⁹⁰. Ωστόσο, δεν μπορεί να εμποδίζεται η υπέρ του γενικού συμφέροντος δράση της Κοινότητας απλώς και μόνο διότι η δικαιολόγηση της ενέργειάς της βασίζεται κατ' ανάγκην όχι σε «ατράνταχτες» μελέτες των φυσικών επισημών, αλλά σε αποδείξεις προερχόμενες από τις κοινωνικές επιστήμες, συνιστάμενες στην πρόγνωση, βάσει της παρελθούσας συμπεριφοράς, των μελλοντικών αντιδράσεων των καταναλωτών στις μεταβολές του επιπέδου εκθέσεώς τους σε διαφημιστικό υλικό¹⁹¹. Επιπλέον, ο κοινοτικός

νομοθέτης μπορεί να αποδείξει ότι ενήργησε βάσει αξιόπιστων μελετών από ειδικούς στον σχετικό τομέα, το γεγονός ότι άλλες αξιόπιστες μελέτες κατέληξαν σε αντίθετο συμπέρασμα δεν αποδεικνύει, αφ' εαυτού, ότι ο νομοθέτης δεν ενήργησε ευλόγως. Στις υπό κρίση υποθέσεις, η εκ μέρους του νομοθέτη εκτίμηση των αποτελεσμάτων της διαφημίσεως των προϊόντων καπνού συνάδει με τη διαπίστωση του Δικαστηρίου ότι «δεν αμφισβητείται, πράγματι, ότι η διαφήμιση αποτελεί προτροπή προς κατανάλωση»¹⁹². Επιπλέον, οι περισσότερες διαφημίσεις δεν μπορούν να επικεντρωθούν με τόση ακρίβεια ώστε να απευθύνονται μόνο στους ήδη καπνιστές που επιθυμούν να επιλέξουν μεταξύ των προϊόντων καπνού διαφόρων καπνοβιομηχανιών, αποκλειόμενων άλλων ατόμων, τα οποία μπορεί να προτρέπει είτε να αρχίσουν το κάπνισμα είτε να εγκαταλείψουν τα σχέδιά τους να το σταματήσουν.

161. Οι σχετικές με την απόδειξη υπόθεσεις μπορεί να είναι λιγότερο αυστηρές οσάκις διακυβεύεται η δημόσια υγεία. Στην απόφαση ΣΕΒ το Δικαστήριο έκρινε ότι «οσάκις υφίστανται αμφιβολίες ως προς τη συνδρομή ή τη σημασία κινδύνων για την υγεία των ατόμων, τα κοινοτικά όργανα μπορούν να λαμβάνουν μέτρα προστασίας, χωρίς να οφείλουν να αναμένουν να αποδειχθεί πλήρως το υπαρκτό και η σοβαρότητα των εν λόγω κινδύνων»¹⁹³. Ωστόσο, οι υπό κρίση υποθέσεις δεν αφορούν απαγόρευση της εμπορίας αυτών τούτων των προϊόντων καπνού, των οποίων τα επιβλαβή αποτελέσματα για την υγεία δεν αμφισβητήθηκαν, αλλά μάλλον μια πλήρη απα-

190 — Βλ. Handyside, προαπατεθείσα στην υποσημείωση 183, § 48. Society for the Protection of Unborn Children Ireland, προαπατεθείσα στην υποσημείωση 170, σημείο 37 των προτάσεων του γενικού εισαγγελέα van Gerven και σκέψη 20 της απόφασεως.

191 — Η διάκριση μεταξύ αυτών των ειδών αποδεικτικών στοιχείων δεν είναι, εν πάση περιπτώσει, τόσο σαφής όσο μπορεί να νομίζεται: τα συμπεράσματα των φυσικών επιστημών συνάγονται συνήθως με την πρόβλεψη, με μεγαλύτερο ή μικρότερο βαθμό πιθανότητας, της συνεξέως της εμφανίσεως υπό παρόμοιες μελλοντικές συνθήκες των αποτελεσμάτων που παρατηρήθηκαν υπό ορισμένες συνθήκες στο παρελθόν.

192 — Απόφαση της 10ης Ιουλίου 1980, Επιτροπή κατά Γαλλίας, Συλλογή τόμος 1980/II, σ. 509, σκέψη 17. βλ. επίσης απόφαση της 25ης Ιουλίου 1991, στις συνεκδικασθείσες υποθέσεις C-1/90 και C-176/90, Aragonesa de Publicidad Exterior και Publivia (Συλλογή 1991, σ. I-4151, στο εξής: απόφαση Aragonesa, σκέψη 17), με την οποία το Δικαστήριο έκρινε ότι δεν ήταν «προφανώς παράλογο» να επιβληθούν ορισμένοι περιορισμοί στη διαφήμιση ποτών με αλκοολικό τίτλο υψηλότερο ενός ορισμένου ορίου «από την άποψη της καταπολεμήσεως του αλκοολισμού». Ωστόσο, το ζήτημα της ελεύθερης εκφράσεως δεν προβλήθηκε στην υπόθεση εκείνη.

193 — Όπ.π., σκέψη 99. Βλ. επίσης απόφαση Fedesa κ.λπ., προαπατεθείσα στην υποσημείωση 169, σκέψη 9.

γόρευση της διαφημίσεως των προϊόντων αυτών. Η επιστημονική διαφωνία εν προκειμένω αφορά τα αποτελέσματα της διαφημίσεως αυτής στο συνολικό επίπεδο καταναλώσεως (κατ' αντιδιαστολή προς την απλή επιλογή μεταξύ των προϊόντων διαφόρων καπνοβιομηχανιών εκ μέρους των ήδη καπνιστών), πράγμα το οποίο διαφέρει από την εκτίμηση των κινδύνων για την υγεία τους οποίους όντως προκαλεί η κατανάλωση αυτή. Επιπλέον, η επίμαχη στην υπόθεση ΣΕΒ απαγόρευση ήταν προσωρινής φύσεως και επρόκειτο να αναθεωρηθεί κατόπιν επανεξετάσεως της καταστάσεως¹⁹⁴. Διαφορές απόψεων όσον αφορά τα αποτελέσματα της διαφημίσεως των προϊόντων καπνού υφίστανται παλαιόθεν και δεν είναι πιθανόν ότι θα επιλυθούν σύντομα. Το κριτήριο που προτείνεται στο αμέσως προηγούμενο σημείο λαμβάνει υπόψη του το ενδεχόμενο ελλείψεως ομοφωνίας στους επιστημονικούς κύκλους· κατά την άποψή μου, θα αποτελούσε ένδειξη ανεπαρκούς σεβασμού προς την ελεύθερη έκφραση ή παροχή ευρύτερης εξουσίας στον νομοθέτη, η οποία θα του επέτρεπε να περιορίζει την άσκηση του δικαιώματος αυτού χωρίς σαφείς αποδείξεις περί του ότι ο περιορισμός αυτός είναι πιθανόν να καταλήξει σε μεταβολές συμπεριφοράς οι οποίες, με τη σειρά τους, μπορεί να ωφελήσουν τη δημόσια υγεία.

162. Το Συμβούλιο κατέθεσε ως αποδεικτικά στοιχεία τα συμπεράσματα δύο εκθέσεων, η μία από τις οποίες καταρτίστηκε από το National Bureau of Economic Research (στο εξής: NBER) των Ηνωμένων Πολιτειών¹⁹⁵, η δε άλλη καταρτίστηκε από το Institut für Therapie- und Gesundheitsforschung, Kiel, κατόπιν παραγγελίας του γερμανικού ομοσπονδιακού Υπουργείου Υγείας¹⁹⁶. Μολο-

νότι οι αιτούσες στην υπόθεση Imperial Tobacco προσκόμισαν ως αποδεικτικά στοιχεία ενώπιον του εθνικού δικαστηρίου μελέτες καταλήγουσες σε αντίθετα συμπεράσματα, το Ηνωμένο Βασίλειο προσκόμισε επίσης μελέτες οι οποίες δεν εξετάσθηκαν στο πλαίσιο της παρούσας δίκης. Η Γαλλία προσκόμισε επίσης αποδεικτικά στοιχεία ως προς τα αποτελέσματα των εσωτερικών της περιορισμών («la loi Évin»). Κατά την άποψή μου, αρκεί η αναφορά στις μελέτες τις οποίες επικαλούνται τα θεσμικά όργανα. Οι εκθέσεις διαπιστώνουν την ύπαρξη σχέσεως τόσο μεταξύ της διαφημίσεως των προϊόντων καπνού και της ενάρξεως του καπνίσματος, ιδίως μεταξύ των νέων, όσο και μεταξύ της απαγορεύσεως της διαφημίσεως και της μείωσης του κατά κεφαλήν μέσου όρου καταναλώσεως προϊόντων καπνού. Η έκθεση του NBER περιλαμβάνει μια εκτίμηση, βασισμένη σε ανάλυση παλινδρομήσεως, των πιθανών αποτελεσμάτων του τροποποιημένου από την Επιτροπή το 1997 κειμένου της δεύτερης προτάσεως οδηγίας¹⁹⁷, η οποία καταλήγει ότι το κείμενο αυτό θα μείωνε πιθανώς την κατανάλωση προϊόντων καπνού κατά ποσοστό 6,9 % περίπου κατά την περίοδο δειγματοληψίας¹⁹⁸. Επιπλέον, η έκθεση αυτή καταλήγει ότι, μολονότι οι πλήρεις απαγορεύσεις έχουν ως σαφές αποτέλεσμα τη μείωση της χρήσεως προϊόντων καπνού, οι περιορισμένες απαγορεύσεις έχουν μηδαμικά αποτελέσματα στον περιορισμό των επιπτώσεων της διαφημίσεως, διότι επιτρέπουν την αντικατάσταση των περιοριζομένων διαφημιστικών μέσων από άλλα και δεν συνεπάγονται τη μείωση των συνολικών δαπανών για τη διαφήμιση προϊόντων καπνού ή τη μείωση της συνολικής εκθέσεως του κοινού στη διαφήμιση αυτή. Η όγδοη αιτιολογική σκέψη της οδηγίας περί διαφημίσεως αναφέρεται στη δυνατότητα καταστρατηγήσεως της απαγορεύσεως που δεν καλύπτει όλες τις μορφές διαφημίσεως.

194 — Όπ.π., σκέψη 101.

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

196 — R. Hanewinkel και J. Pohl, «Advertising and tobacco consumption: Analysis of the effects with particular reference to children and adolescents» (Kiel, 1993).

197 — Βλ. σημείο 19 ανωτέρω.

198 — Η ανάλυση βασίστηκε σε στοιχεία από 11 κράτη μέλη κατά το διάστημα από το 1986 έως το 1992.

Παραδόξως, τα θεσμικά όργανα καταβάλλουν προσπάθεια να αμφισβητήσουν τον ολοκληρωτικό χαρακτήρα της απαγορεύσεως, προκειμένου να την υπερασπίσουν, ενώ σύμφωνα με τα αποδεικτικά στοιχεία που προσκομίζουν μια λιγότερο πλήρης απαγόρευση θα ήταν πολύ λιγότερο αποτελεσματική.

163. Βάσει των ανωτέρω στοιχείων, καταλήγω ότι ο κοινοτικός νομοθέτης ευλόγως θεώρησε ότι η πλήρης απαγόρευση της διαφημίσεως των προϊόντων θα καταλήξει σε σημαντική μείωση των επιπέδων καταναλώσεως και, έτσι, θα συμβάλει στην προστασία της δημόσιας υγείας.

164. Όσον αφορά την επιταγή να μην είναι οι επιβαλλόμενοι περιορισμοί επαχθέστεροι του αναγκαίου, δέχομαι την άποψη ότι μια σχεδόν ολοκληρωτική απαγόρευση της διαφημίσεως μιας οικονομικής δραστηριότητας αποτελεί ιδιαίζόντως σοβαρή επέμβαση στην άσκηση του δικαιώματος της ελεύθερης εκφράσεως¹⁹⁹. Όσον περιοριστικότερα τα αποτελέσματα, τόσο μεγαλύτερο το βάρος του νομοθέτη να αποδείξει ότι ένα λιγότερο επαχθές μέτρο δεν θα επαρκούσε. Ωστόσο, καταλήγω ότι ο νομοθέτης ανταποκρίθηκε στο βάρος αυτό στις υπό κρίση υποθέσεις, αποδεικνύοντας ότι ευλόγως θεώρησε ότι οι μερικοί περιορισμοί στη διαφήμιση των προϊόντων καπνού είναι αναποτελεσματικοί. Το γεγονός ότι άλλα, θετικά μέτρα, όπως οι εκστρατείες πληροφόρησης, μπορούν επίσης να έχουν αποτέλεσμα δεν αποδεικνύει αφ' εαυτού ότι η πλήρης απαγόρευση της διαφημίσεως είναι υπερβολικά περιοριστική, δεδομένου ότι (υπό την επιφύλαξη της κατανομής αρμοδιοτήτων μεταξύ της Κοι-

νότητας και των κρατών μελών) η μία δυνατότητα δεν αποκλείει την άλλη και δεν υπάρχουν στοιχεία εμφανίζοντα ότι τα αποτελέσματά τους αλληλεπικαλύπτονται πλήρως.

165. Θα προχωρήσω τώρα στο τρίτο στάδιο της ανάλυσεως, το οποίο αφορά το αν η οδηγία περί διαφημίσεως επιβάλλει περιορισμούς στην ελευθερία εκφράσεως στο πλαίσιο της εμπορίας οι οποίοι είναι δυσανάλογοι σε σχέση με τα σκοπούμενα οφέλη για το δημόσιο συμφέρον, όσο αποτελεσματική και αν είναι η εφαρμογή των περιορισμών αυτών. Δεδομένου ότι η κατανάλωση προϊόντων καπνού αποτελεί σημαντικότερο παράγοντα θνησιμότητας και συχνότερη αιτία σοβαρών προβλημάτων υγείας στην Κοινότητα, θεωρώ ότι η ενδεχόμενη μείωση του επιπέδου καταναλώσεως κατά 6,9 % θα αποτελούσε σημαντικό όφελος για τη δημόσια υγεία, το οποίο πιθανώς να σημαίνει ότι σώζονται χιλιάδες ζωές.

166. Είμαι της γνώμης ότι, κατ' αρχήν, οσάκις πληρούνται οι επιταγές της αποτελεσματικότητας και της ελάχιστης δυνατής επιβαρύνσεως, δικαιώματα όπως η ελευθερία εκφράσεως στο πλαίσιο της εμπορίας δεν περιορίζονται ανεπίτρεπτα από την απαγόρευση της διαφημίσεως επικινδύνων προϊόντων, εφόσον οι ανταλλαγές επιστημονικών και άλλων πληροφοριών και πολιτικών απόψεων ως προς τη ρύθμιση του εν λόγω εμπορίου παραμένουν απεριορίστες. Οι παραγωγικοί προϊόντων καπνού παραμένουν ελεύθεροι να εμπορεύονται τα προϊόντα τους, τα οποία εν τέλει αφορά η προβαλλόμενη ελευθερία εκφράσεως, και μπορούν ακόμη και να προβαίνουν σε διαφήμιση στον χώρο πωλήσεως, εφόσον το επιτρέπουν οι εθνικοί κανόνες.

¹⁹⁹ — Στην απόφαση *Aragonesa* κ.λπ., προαποτεθείσα στην υποσημείωση 192, σκέψη 18, στο πλαίσιο της εκ μέρους του αναλύσεως της αναλογικότητας ενός εμποδίου στην ελεύθερη κυκλοφορία των αγαθών, το Δικαστήριο προσέδωσε κάποια σπουδαιότητα στο γεγονός ότι οι περιορισμοί στη διαφήμιση των υπό εξέταση ονομασμάτων ποτών δεν ήταν απόλυτοι.

167. Το γεγονός ότι η οδηγία περί διαφημίσεων απαγορεύει τη διαφήμιση προϊόντων τα οποία νομίμως διατίθενται στο εμπόριο εντός της Κοινότητας δεν είναι αποφασιστικό, μολονότι ωσαύτως δεν στερείται επιρροής. Το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων παρατήρησε στην απόφαση *Open Door Counselling* κατά Ιρλανδίας ότι οι επίδικοι εθνικοί κανόνες απαιτούσαν «προσεκτική εξέταση» διότι οι απαγορευόμενες πληροφορίες στην υπόθεση εκείνη αφορούσαν δραστηριότητα νόμιμη στον τόπο όπου αυτή διεξαγόταν²⁰⁰, εννοώντας ότι η παροχή πληροφοριών σχετικών με νόμιμες δραστηριότητες μπορεί να περιορίζεται δικαιολογημένα υπό ορισμένες συνθήκες. Συνιστώ στο Δικαστήριο να λάβει δεόντως υπόψη του τα προβλήματα εφαρμογής και τα λοιπά προβλήματα που θα δημιουργούσε η πλήρης απαγόρευση μιας εθιστικής δραστηριότητας όπως είναι το κάπνισμα²⁰¹ (καθώς και τον περιορισμό της προσωπικής ελευθερίας των καπνιστών τον οποίο θα συνεπαγόταν τούτο). Επομένως, η νομιμότητα μιας δραστηριότητας (και το πρακτικώς ανέφικτο της απαγορεύσεώς της) δεν σημαίνει ότι η δραστηριότητα αυτή στερείται επιβλαβών αποτελεσμάτων τα οποία ο νομοθέτης μπορεί να επιχειρήσει να ελέγξει χάριν του δημοσίου συμφέροντος. Επιπλέον, δεν συμβιβάζεται κατ' ανάγκην με την επιταγή της χρήσεως του λιγότερο περιοριστικού μέσου για την επίτευξη ενός θεμιτού σκοπού η απαίτηση να απαγορεύεται η καθαυτό δραστηριότητα προκειμένου να επιτρέπεται η επιβολή περιορισμών στην προώθησή της.

168. Δεν νομίζω ότι η απόφαση *Open Door*, της οποίας η επιρροή εν προκειμένω συζητήθηκε έντονα κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση, εν μέρει διότι υποτίθεται ότι αφο-

ρούσε έναν δυσανάλογο πλήρη περιορισμό στην ελεύθερη έκφραση, αποτελεί χρήσιμο νομολογιακό προηγούμενο για τις υπό κρίση υποθέσεις.

169. Το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων δέχθηκε το επιχείρημα της Ιρλανδικής Κυβερνήσεως ότι «ο περιορισμός [ο οποίος απέρριξε από διάταξη του *Supreme Court*] (...) επιδίωκε τον θεμιτό σκοπό της προστασίας των ηθών, μια πλευρά της οποίας αποτελεί η προστασία στην Ιρλανδία της ζωής του κυοφορούμενου»²⁰². Ωστόσο, το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων έκρινε ότι μόνον ο συγκεκριμένος περιορισμός που επιβλήθηκε στους προσφεύγοντες της υποθέσεως εκείνης με διάταξη δικαστηρίου ήταν απόλυτος. Μάλιστα, το δικαστήριο αυτό υπέδειξε ότι πληροφορίες σχετικές με τις παρεχόμενες στην αλλοδαπή υπηρεσίες αμβλώσεων ήσαν διαθέσιμες από διάφορες άλλες πηγές²⁰³.

170. Το Δικαστήριο Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων, κατά την εκτίμηση της αναγκαιότητας και, επομένως, της αναλογικότητας αυτού του συγκεκριμένου περιορισμού, χρησιμοποίησε ως παράγοντα σταθμίσεως την υγεία των γυναικών, σκέψη η οποία προδήλως ασκούσε επιρροή στο νοηματικό εκείνο πλαίσιο, αλλά η οποία περιπλέκει την απλή στάθμιση μεταξύ ελεύθερης εκφράσεως και μιας και μόνον επείγουσας κοινωνικής ανάγκης.

171. Το Δικαστήριο Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων επηρεάστηκε ιδιαίτερω από την άποψή του ότι, δεδομένου ότι υπήρχαν ορι-

200 — Απόφαση της 29ης Οκτωβρίου 1992, σειρά Α αριθ. 246 (στο εξής: *Open Door*), § 72.

201 — Βλ., επί παραδείγματι, την απόφαση του δικαστή *La Forest* του *Supreme Court* του Καναδά στην υπόθεση *RJR MacDonald Inc. κατά Καναδά* (*Attorney General*) [1995] S.C.R. 199, σκέψη 34.

202 — *Open Door*, προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 200, § 63.

203 — §§ 70 έως 75.

σμένες γυναίκες οι οποίες αποφάσισαν να μην προβούν σε άμβλωση κατόπιν της άνευ υποδείξεων παροχής συμβουλών η οποία ήταν επίδικη στην υπόθεση εκείνη, «η σχέση μεταξύ της παροχής πληροφοριών και της αφαιρέσεως της ζωής των κυοφορουμένων δεν [ήταν] τόσο βέβαιη όσο ελέχθη». Συγχρόνως, «η διάταξη του εθνικού δικαστηρίου αποδείχθηκε αναποτελεσματική σε μεγάλο βαθμό (...)», λαμβανομένου υπόψη του μεγάλου αριθμού γυναικών από την Ιρλανδία οι οποίες εξακολούθουσαν να προβαίνουν σε αμβλώσεις στη Μεγάλη Βρετανία.

172. Ως εκ τούτου, η πλειοψηφία του Δικαστηρίου Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων επέλυσε το ζήτημα της αναλογικότητας αναφερόμενη στην άποψή της περί των συγκρουόμενων αξιών της υγείας των γυναικών (που συνδέεται με το δικαίωμά τους να λαμβάνουν πληροφορίες), της ελευθερίας εκφράσεως και της προστασίας της ζωής των κυοφορουμένων. Προφανώς, το δικαστήριο αυτό ουδόλως προσέδωσε βαρύτητα στην έμμεση διαπίστωσή του περί της *εν μέρει αποτελεσματικής* προστασίας της εν λόγω αξίας. Αν η ανάλυση αυτή εφαρμοσθεί ως έχει στα πραγματικά περιστατικά της υπό κρίση υποθέσεως, μπορεί να είναι δύσκολο να προβληθεί ο ισχυρισμός ότι η υποτιθέμενη μείωση του καπνίσματος μόνον κατά 6,9 % αποτελεί σκοπό δυνάμενο να δικαιολογήσει την πλήρη απαγόρευση της διαφημίσεως των προϊόντων καπνού, παρά τη σημαντική μείωση του απολύτου αριθμού καπνιστών (και των πιθανών οφειλομένων στο κάπνισμα ασθενειών και θανάτων) την οποία θα αντιπροσώπευε.

173. Πράγματι, στην υπόθεση *Grogan*, κατά την εξέταση του ίδιου κατ' ουσίαν ζητήματος εντός του πλαισίου του κοινοτικού δικαίου αλλά και υπό το πρίσμα του άρθρου 10 της

ΕΣΔΑ, ο γενικός εισαγγελέας van Gerven έκρινε τον περιορισμό ανάλογο προς τον επιδιωκόμενο σκοπό²⁰⁴.

174. Εν πάση περιπτώσει, δεν νομίζω ότι είναι δυνατόν να αποσπασθεί η απόφαση *Open Door* από το εξαιρετικά δυσχερές και ευαίσθητο πλαίσιο στο οποίο εντάσσεται ή να συναχθούν από αυτήν οριστικά συμπεράσματα για τις υπό κρίση υποθέσεις. Η απόφαση *Open Door* αφορά μάλλον την άνευ υποδείξεων παροχή πληροφοριών και όχι την εμπορική προώθηση των αμβλώσεων²⁰⁵. στις υπό κρίση υποθέσεις πρόκειται περί του περιορισμού των αμέσων και έμμεσων μέτρων *προωθήσεως*²⁰⁶ και ουδόλως γίνεται νύξη περί περιορισμού της μη συνιστώσας διαφήμιση παροχής πληροφοριών σχετικά με νόμιμα προϊόντα²⁰⁷.

175. Συνεπώς, καταλήγω ότι η οδηγία περί διαφημίσεως δεν αποτελεί δυσανάλογο περιορισμό της ελευθερίας εκφράσεως κατά

204 — Προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 170, σημεία 32 έως 38 των προτάσεών του. Το Δικαστήριο δεν ασχολήθηκε με το ζήτημα αυτό στην απόφασή του. Βλ. επίσης τη διατάμενη προς την πλειοψηφία άποψη του δικαστή Baka στην υπόθεση *Open Door*, προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 200.

205 — Όπ.π., § 75. Για τον λόγο αυτό, το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων προφανώς δεν θεώρησε ότι η υπόθεση αυτή αφορά την έκφραση στο πλαίσιο της εμπορίας.

206 — Βλ. τους ορισμούς της διαφημίσεως και της χορηγίας στο άρθρο 2, παράγραφοι 2 και 3, της οδηγίας περί διαφημίσεως.

207 — Για τον λόγο αυτό, μεταξύ άλλων, δεν εξετάζω εν προκειμένου το ζήτημα της ελευθερίας *λήψεως* πληροφοριών, το οποίο μπορεί να έχει σημασία αν ένας πραγματικός ή εν δυνάμει πελάτης ζητήσει από παραγωγό ή διανομέα προϊόντων καπνού πληροφορίες ως προς τα προϊόντά του. Η πιθανότητα να ενδιαφέρεται ένας πελάτης να λάβει *διαφημιστικό υλικό* φαίνεται πιο περιορισμένη.

το μέτρο που επιβάλλει πλήρη περιορισμό της διαφήμισης των προϊόντων καπνού²⁰⁸.

176. Ωστόσο, δεν έχω την ίδια άποψη όσον αφορά την απαγόρευση της διαφήμισης των προϊόντων διαφοροποίησης. Ουδόλως είναι αυτονόητο ότι η διαφήμιση ασχέτων προς το κάπνισμα προϊόντων και υπηρεσιών που φέρουν σήματα ή άλλα διακριτικά γνωρίσματα συνδεόμενα με τα προϊόντα καπνού έχει αποτέλεσμα στο επίπεδο καταναλώσεως των προϊόντων καπνού, ως σύνολο²⁰⁹. Ο κοινοτικός νομοθέτης δεν προσκόμισε κανένα αποδεικτικό στοιχείο από το οποίο να προκύπτει ότι υφίσταται τέτοιου είδους σχέση. Υπό τις συνθήκες αυτές, καταλήγω ότι ο νομοθέτης δεν ανταποκρίθηκε στο βάρος αποδείξεως του ότι ευλόγως επέβαλε τους περιορισμούς στην εν λόγω διαφήμιση τους οποίους προβλέπει το άρθρο 3, παράγραφος 3, στοιχείο β', της οδηγίας και φρονώ ότι η διάταξη αυτή πρέπει να ακυρωθεί. Το ελάττωμα της διατάξεως ουδόλως θεραπύεται λόγω της δυνατότητας περιορισμού του πεδίου εφαρμογής της στην πράξη εκ μέρους των κρατών μελών που κάνουν χρήση του άρθρου 3, παράγραφος 2, της οδηγίας. Ομοίως, κανένα επιχείρημα δεν προβλήθηκε ούτε κανένα αποδεικτικό στοιχείο προσκομίστηκε προκειμένου να εξιγηθεί γιατί το άρθρο 3, παράγραφος 3, στοιχείο α', απαγορεύει να φέρουν τα προϊόντα καπνού το όνομα ή άλλο διακριτικό στοιχείο το οποίο έχει ήδη συνδυαστεί με άλλα προϊόντα και υπηρεσίες. Καθόσον η χρησιμοποίηση αυτής της εμπορικής ονομασίας ή αυτού του σήματος για ένα προϊόν αποτελεί άσκηση της ελευθερίας εκφράσεως στο πλαίσιο της

εμπορίας, καταλήγω ότι δεν αποδείχθηκε ότι το άρθρο 3, παράγραφος 3, στοιχείο α', της οδηγίας περί διαφήμισης αποτελεί δικαιολογημένο περιορισμό της ελευθερίας αυτής και, συνεπώς, πρέπει να ακυρωθεί. Αμφότερα τα στοιχεία του άρθρου 3, παράγραφος 3, της οδηγίας μπορούν να διαχωριστούν, κατά τη γνώμη μου, σύμφωνα με τα κριτήρια που προεξέθεσα στα σημεία 122 έως 126.

vii) *Ανεπαρκής αιτιολογία*

177. Κατά παγία νομολογία του Δικαστηρίου, η υποχρέωση αιτιολόγησεως, όπως αυτή θεσπίζεται με το άρθρο 190, επιβάλλει ότι όλες οι οικείες πράξεις πρέπει να εκθέτουν τους λόγους που οδήγησαν το θεσμικό όργανο στην έκδοσή τους, ούτως ώστε το Δικαστήριο να μπορεί να ασκεί τον έλεγχό του, τα δε κράτη μέλη αλλά και οι ενδιαφερόμενοι πολίτες να λαμβάνουν γνώση των προϋποθέσεων υπό τις οποίες τα κοινοτικά όργανα εφόρμισαν τη Συνθήκη²¹⁰. Συγχρόνως, ο απαιτούμενος βαθμός λεπτομέρειας μπορεί να ποικίλλει αναλόγως της φύσεως της οικείας πράξεως. Σε περίπτωση μέτρου γενικής εφαρμογής, το προϊόν μπορεί να περιορίζεται στο να επισημαίνει, αφενός, τη συνολική κατάσταση που οδήγησε στη θέσπισή του και, αφετέρου, τους γενικούς στόχους στους οποίους αποβλέπει. Δεν είναι αναγκαίο να εκτίθενται τα διάφορα πραγματικά περιστατικά, ενίοτε πολυάριθμα και πολύπλοκα, τα οποία έλαβε υπόψη ο νομοθέτης ή να περιέχει το μέτρο μια κατά το μάλλον ή ήττον πλήρη εκτίμηση των περιστατικών αυτών²¹¹.

208 — Δεν είναι σαφές αν η έκθεση του NBER περιλαμβάνει τη χορηγία στη γενική κατηγορία της διαφήμισης για τον υλολοισμό των πιθανών αποτελεσμάτων της μελετώμενης οδηγίας. Ελλείψει συναφούς επιχειρηματολογίας ενόπιον του Δικαστηρίου και δεδομένου ότι εξετάζω την ελευθερία έκφραση μόνον επισκοπικώς προς την κύρια πρότασή μου να ακυρωθεί η οδηγία στο σύνολό της, δεν θα εξετάζω στο παρόν τμήμα την απαγόρευση της χορηγίας.

209 — Δεν ασχολούμαι με το ζήτημα αν η διαφήμιση αυτή ενισχύει ορισμένες καταναλωτικές εναντι άλλων.

210 — Υπόθεση C-41/93, Γαλλία κατά Επιτροπής, προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 134, σελίδα 34.

211 — Απόφαση της 30ής Νοεμβρίου 1978, 87/78, Welding (Συλλογή τόμος 1978, σ. 779, σελίδα 11).

178. Όπως μάλλον προκύπτει σαφώς από την εκ μέρους μου ανάλυση του ζητήματος της αρμοδιότητας, η αιτιολογία που εκτίθεται στο προοίμιο της οδηγίας περί διαφημίσεως αρκεί, κατά τη γνώμη μου, ώστε το Δικαστήριο να είναι σε θέση να ασκήσει έλεγχο. Η βασική άποψη του κοινοτικού νομοθέτη ως προς την εσωτερική αγορά καθίσταται αρκετά σαφής από την πρώτη και τη δεύτερη αιτιολογική σκέψη και η επάρκειά τους ως αιτιολογίας δεν αποδυναμώνεται από το ότι η οδηγία δεν επιτυγχάνει τους τεθέντες στόχους. Δεν ήταν ανάγκη να περιλάβει ο νομοθέτης ακριβείς πληροφορίες σχετικές με τις μελέτες επί των αποτελεσμάτων της διαφημίσεως στην κατανάλωση καπνού ή στα σχετικά επίπεδα του διασυνοριακού εμπορίου διαφημιστικών υπηρεσιών και μέσων. Θα πρότεινα να ακυρωθεί η οδηγία στο σύνολό της λόγω ανεπαρκούς αιτιολογίας μόνον αν το Δικαστήριο σκόπευε να κρίνει ότι η Κοινότητα ήταν θα αρμόδια να την εκδώσει αναφερόμενη στα αποτελέσματα της οδηγίας επί της εγκαθιδρύσεως και της λειτουργίας της εσωτερικής αγοράς σε οικονομικούς τομείς οι οποίοι ουδόλως περιλαμβάνονται στο προοίμιο, όπως είναι η παραγωγή και η διανομή προϊόντων καπνού ή η διαφημιστική βιομηχανία εν γένει. Δεν επιτρέπεται, κατά την άποψή μου, να παρέχεται στον νομοθέτη η δυνατότητα να προβάλλει ωφέλειες σχετικές με τη εσωτερική αγορά τις οποίες δεν είχε αναφέρει προηγουμένως, οσάκις ανακύπτει αμφιβολία ως προς την εκ μέρους του επίτευξη των αρχικώς προβληθέντων σκοπών.

179. Προτείνω, ωστόσο, την ακύρωση του άρθρου 3, παράγραφος 3, στοιχείο α, της

οδηγίας λόγω ανεπαρκούς αιτιολογίας. Κανένας λόγος δεν προβάλλεται γι' αυτήν την εξαιρετική διάταξη περί της χρήσεως ονομάτων ή άλλων διακριτικών στοιχείων άλλων αγαθών ή υπηρεσιών για τα προϊόντα καπνού και, όπως εξέθεσα στο σημείο 116 ανωτέρω, η διάταξη αυτή προφανώς δεν έχει καμία σχέση με τον δηλωθέντα σκοπό της οδηγίας να επιτευχθεί η εσωτερική αγορά ως προς τις υπηρεσίες και τα αγαθά που σχετίζονται με τη διαφήμιση και τη χορηγία των προϊόντων καπνού.

VI — Επί των δικαστικών εξόδων

180. Δυνάμει του άρθρου 69, παράγραφος 2, του Κανονισμού Διαδικασίας του Δικαστηρίου, το Συμβούλιο και το Κοινοβούλιο πρέπει να υποχρεωθούν να καταβάλουν τα δικαστικά έξοδα της Γερμανίας στην υπόθεση C-376/98. Δεδομένου ότι η διαδικασία στην υπόθεση C-74/99 έχει ως προς τους διαδίκους της κύριας δίκης τον χαρακτήρα παρεμπιπτοντος που ανέκυψε ενώπιον του εθνικού δικαστηρίου, σ' αυτό ενάπκειται να αποφανθεί επί των δικαστικών εξόδων. Σε καμία από τις δύο υποθέσεις δεν αποδίδονται τα έξοδα στα οποία υποβλήθηκαν η Επιτροπή ή τα άλλα κράτη μέλη που παρενέβησαν ή κατέθεσαν παρατηρήσεις στο Δικαστήριο. Δεν υποβάλλω πρόταση ως προς τα έξοδα για την περίπτωση που το Δικαστήριο δεχθεί μια από τις επικουρικές προτάσεις μου περί μερικής ακυρώσεως ή για την περίπτωση που δεν δεχθεί καμία από τις προτάσεις μου.

VII – Πρόταση

181. Υπό το πρίσμα των ανωτέρω σκέψεων, προτείνω στο Δικαστήριο τα εξής:

- Να ακυρώσει την οδηγία 98/43/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 6ης Ιουλίου 1998, για την προσέγγιση των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων των κρατών μελών όσον αφορά τη διαφήμιση και τη χορηγία υπέρ των προϊόντων καπνού, λόγω του ότι η Κοινότητα δεν ήταν αρμόδια να την εκδώσει στηριζόμενη στις παρατιθέμενες στην οδηγία αυτή νομικές βάσεις.

Σε περίπτωση που το Δικαστήριο δεν ακολουθήσει την πρότασή μου, προτείνω επικουρικό στο Δικαστήριο τα εξής:

- Να ακυρώσει την οδηγία 98/43/ΕΚ λόγω του ότι εκδόθηκε κατά παραβίαση της γενικής αρχής της αναλογικότητας, κατά παράβαση του άρθρου 30 της Συνθήκης ΕΚ (νυν, κατόπιν τροποποίησης, άρθρου 28 ΕΚ), και λόγω του ότι συνιστά προσβολή του δικαιώματος κυριότητας και της ελευθερίας ασκήσεως εμπορικής ή επαγγελματικής δραστηριότητας.

Σε αμφότερες τις περιπτώσεις, προτείνω επίσης στο Δικαστήριο τα εξής:

- Να υποχρεώσει το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο και το Συμβούλιο της Ευρωπαϊκής Ενώσεως να καταβάλουν τα έξοδα της Ομοσπονδιακής Δημοκρατίας της Γερμανίας στην υπόθεση C-376/98.

Επικουρικότερα, προτείνω στο Δικαστήριο τα εξής:

- Να ακυρώσει το άρθρο 3, παράγραφος 3, της οδηγίας 98/43/ΕΚ, λόγω προσβολής της ελευθερίας εκφράσεως και/ή
- Να ακυρώσει το άρθρο 3, παράγραφος 3, στοιχείο α', της οδηγίας 98/43/ΕΚ λόγω ελλείψεως αιτιολογίας.