

# JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS NIAL FENNELLY

15 päivänä kesäkuuta 2000 \*

## Sisällys

I	Johdanto .....	I- 8424
II	Asiaa koskeva lainsäädäntö ja edeltävät seikat .....	I- 8426
	i) Asian kannalta merkitykselliset perustamissopimuksen määräykset .....	I- 8426
	ii) Muu lainsäädäntö .....	I- 8427
	iii) Mainontadirektiiviä koskeneet lainsäädäntöehdotukset .....	I- 8428
	iv) Yhteenveto mainontadirektiivistä .....	I- 8431
III	Tutkittavaksi ottaminen .....	I- 8436
IV	Yhteisöjen tuomioistuimelle esitetyt huomautukset .....	I- 8439
	i) Oikeudellinen perusta ja toimivalta .....	I- 8439
	ii) Toissijaisuusperiaate .....	I- 8443
	iii) Suhteellisuusperiaate .....	I- 8444
	iv) 30 artiklan rikkominen .....	I- 8445
	v) Omistusoikeus ja taloudellisen toiminnan vapaa harjoittaminen .....	I- 8445
	vi) Sananvapaus .....	I- 8446
	vii) Perusteluvollisuus .....	I- 8447
V	Arviointi asiasta .....	I- 8447
	i) Oikeudellinen perusta ja toimivalta .....	I- 8447
	Johdanto .....	I- 8447
	Yhteisön toimivallan luonne .....	I- 8448
	Yhteisön toimivalta ja kansallinen toimivalta: erilaiset tavoitteet .....	I- 8450
	Mainontadirektiivin painopiste .....	I- 8452
	Perustamissopimuksen 129 artiklan 4 kohdan soveltamisala .....	I- 8453
	Direktiivin lainsäädäntöhistoria .....	I- 8454
	Harkintavallan väärinkäyttö .....	I- 8456
	Neuvoston äänestysmenettelyn merkitys .....	I- 8457
	Sisämarkkinat .....	I- 8458

\* Alkuperäinen kieli: englanti

Sisämarkkinoiden tavoitteet — konkreettinen arviointi .....	I- 8463
Mainontadirektiivin tavoite .....	I- 8467
Tupakan edistämistä koskevien tavaroiden ja palvelujen kaupan esteet .....	I- 8468
Mainontadirektiivissä toteutettu yhdenmukaistaminen .....	I- 8471
Kilpailun vääristyminen .....	I- 8475
Seuraukset: pätemättömyys ja erotettavuus .....	I- 8476
ii) Toissijaisuusperiaate .....	I- 8479
iii) Suhteellisuusperiaate .....	I- 8484
iv) Perustamissopimuksen 30 artiklan rikkominen .....	I- 8484
v) Taloudellisten oikeuksien loukkaaminen .....	I- 8484
vi) Sananvapaus .....	I- 8487
vii) Perustelujen riittämättömyys .....	I- 8495
VI Oikeudenkäyntikulut .....	I- 8496
VII Ratkaisuehdotus .....	I- 8497

## I Johdanto

1. Molemmat esillä olevat asiat liittyvät tupakkatuotteiden mainontaa ja niiden hyväksi tapahtuvaa sponsorointia koskevien jäsenvaltioiden lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten lähentämisestä 6 päivänä heinäkuuta 1998 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 98/43/EY<sup>1</sup> (jäljempänä direktiivi tai mainontadirektiivi) pätevyYTEEN. Ensimmäisessä asiassa (jäljempänä asia C-376/98, Saksa) Saksa on nostanut EY:n perustamissopimuksen 173 artiklan (josta on muutettuna tullut EY 230 artikla) mukaisen kanteen mainontadirektiivin kumoamiseksi. Toisessa asiassa (jäljempänä asia C-74/99, Imperial Tobacco) useat tupakkatuotteiden valmistajat ovat nostaneet kanteen Yhdistyneessä kuningaskun-

nassa High Court of Justice Queen's Bench Divisionissa (Crown Office) (jäljempänä kansallinen tuomioistuin). Ne vaativat oikeudellista ratkaisua muun muassa sen osalta, onko Yhdistyneen kuningaskunnan hallituksella aikomus ja/tai velvoite toimeenpanna direktiivin säännökset. Kansallinen tuomioistuin arvioi, että kantajina olevat yritykset olivat esittäneet todennäköisiä perusteita pätemättömyystuomion antamiselle, ja se päätti esittää ennakkoratkaisupyynnön yhteisöjen tuomioistuimelle.

2. Kuten kansallinen tuomioistuin huomautti, sen esittämä ennakkoratkaisukysymys sekä asiassa C-376/98, Saksa, esitetyt kanneperusteet ovat merkittävältä osin (tosin eivät täysin) päällekkäisiä. Sen

1 — EYVL L 213, s. 9.

ennakkoratkaisukysymyksessä esitetään tiivistetysti pääasian kantajien esittämät kanneperusteet:

”Voidaanko neuvoston direktiiviä 98/43/EY pitää seuraavista syistä kokonaisuudessaan tai osittain pätemättömänä:

- a) se, että 57 artiklan 2 kohta, 66 artikla ja 100 a artikla muodostavat epäasianmukaisen oikeudellisen perustan;
- b) sananvapautta koskevan perusoikeuden loukkaaminen;
- c) suhteellisuusperiaatteen loukkaaminen;
- d) toissijaisuusperiaatteen loukkaaminen;
- e) perusteluvollisuuden laiminlyönti;
- f) EY:n perustamissopimuksen 222 artiklan rikkominen ja/tai omaisuudensuojaa koskevan perusoikeuden loukkaaminen?”

tamissopimuksen 30 artiklan (josta on muutettuna tullut EY 28 artikla) vastainen.

3. Tärkein kysymys on toimivaltaa tai oikeudellista perustaa koskeva kysymys. Direktiivin pätevyden kiistäminen suhteellisuusperiaatteen tai toissijaisuusperiaatteen loukkaamisen, perusteluvollisuuden laiminlyömisestä tai perusoikeuksien loukkaamisen perusteella on käsiteltävä vain toissijaisesti, toisin sanoen ainoastaan, jos yhteisöjen tuomioistuin katsoo, että esitetty oikeudellinen perusta oli asianmukainen kysymyksessä olevan direktiivin antamiseksi.

4. Riidanalaisen direktiivin oikeudellinen perusta liittyy sisämarkkinoihin. Yhteisön sisämarkkinoihin liittyvää toimivaltaa ei lähtökohtaisesti rajoita mikään jäsenvaltioiden toimivaltaan kuuluva seikka. Yhteisön toimivalta on horisontaalista, ja sen harjoittaminen korvaa kansallisen lainsäädäntövallan kyseisellä alalla. Tällaisen toimivallan harjoittamisen oikeudellinen valvonta on arkaluonteinen ja monimutkainen kysymys. Yhtäältä liian maltillinen oikeudellinen valvonta voi mahdollistaa sen, että yhteisön toimielimet nauttivat tosiasiaa yleisestä tai rajoittamattomasta lainsäädäntövallasta, mikä on vastoin sitä periaatetta, että yhteisöllä on ainoastaan se rajallinen toimivalta, joka sille on perustamissopimuksessa annettu tiettyjen erityisten tavoitteiden toteuttamiseksi. Tämän vuoksi yhteisö saattaisi luvattomasti loukata jäsenvaltioiden toimivaltaa. Toisaalta yhteisöjen tuomioistuin ei voi periaatteessa estää yhteisön lainsäätäjää harjoittamasta lainmukaista tehtävänsä, joka koskee esteiden ja vääristy-

Lisäksi asiassa C-376/98, Saksa, esitettiin, että mainontadirektiivi on EY:n perus-

mien poistamista tavaroiden ja palvelujen kaupassa. Yhteisön toimielinten, jäsenvaltioiden ja unionin kansalaisten luottamuksen kohteena olevan yhteisöjen tuomioistuimen vastuulla on tämä vaikea tehtävä ylläpitää yhteisöjen ja jäsenvaltioiden perustuslaillisen toimivallan jakoa objektiivisten arviointiperusteiden nojalla.

## II Asiaa koskeva lainsäädäntö ja edeltävät seikat

### *i) Asian kannalta merkitykselliset perustamissopimuksen määräykset*

5. Mainontadirektiivin oikeudellista perustaa koskeva kiista liittyy vain harvoihin perustamissopimuksen määräyksiin. Nämä määräykset koskevat pääasiallisesti sisämarkkinoita ja palvelujen tarjoamisen vapautta.

6. EY:n perustamissopimuksen 57 artiklan 2 kohdassa (josta on muutettuna tullut EY 47 artiklan 2 kohta) yhdessä EY:n perustamissopimuksen 66 artiklan kanssa (josta on tullut EY 55 artikla) määrätään, että neuvosto EY:n perustamissopimuksen 189 b artiklassa (josta on muutettuna tullut EY 251 artikla), määrättyä menettelyä (ns. yhteispäätösmenettely) noudattaen ”antaa direktiivit itsenäiseksi ammatinharjoittajaksi ryhtymistä ja toimintaa itsenäisenä ammatinharjoittajana koskevien jäsenvaltioiden lakien, asetusten ja

hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta”, mihin sisältyy palvelujen tarjoamisen vapaus.<sup>2</sup>

7. EY:n perustamissopimuksen 100 a artiklasta on muutettuna tullut EY 95 artikla. Poiketen siitä, mitä EY:n perustamissopimuksen 100 artiklassa (josta on tullut EY 94 artikla) määrätään, ja jollei perustamissopimuksessa toisin määrätä, 100 a artiklan 1 kohdan mukaan neuvosto toteuttaa EY:n perustamissopimuksen 7 a artiklassa (josta on muutettuna tullut EY 14 artikla) tarkoitettujen tavoitteiden toteuttamiseksi 189 b artiklassa määrättyä menettelyä noudattaen ja talous- ja sosiaalikomiteaa kuultuaan ”sisämarkkinoiden toteuttamista ja toimintaa koskevat toimenpiteet jäsenvaltioiden lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten lähentämiseksi”.

8. EY:n perustamissopimuksen 100 a artiklan 3 kohdan mukaan komissio ”perustaa 1 kohdassa tarkoitettua, terveyttä, turvallisuutta, ympäristönsuojelua tai kuluttajansuojaa koskevat ehdotuksensa suojelun korkeaan tasoon”.<sup>3</sup> Mainitun 100 a artiklan 4 kohdan mukaan sen jälkeen, kun neuvosto on määränemmistöllä toteuttanut yhdenmukaistamistoimenpiteen, jäsenvaltio voi tärkeistä, erityisesti EY:n perustamissopimuksen 36 artiklassa

2 — Tässä ratkaisuehdotuksessa viittauksilla perustamissopimuksen 57 artiklan 2 kohtaan on ymmärrettävä tarkoitettavan sen ulottamista palvelujen tarjoamisen vapautteen perustamissopimuksen 66 artiklan nojalla, ellei toisin ole täsmennetty.

3 — EY 95 artiklan kolmannessa kohdassa, sellaisena kuin se on muutettuna, määrätään lisäksi seuraavaa: ”Myös Euroopan parlamentti ja neuvosto pyrkivät kumpikin toimivaltansa rajoissa tähän tavoitteeseen”. Katson arvioinnissani, että tämä velvoite sisältyi epäsuorasti jo alusta alkaen EY:n perustamissopimuksen 100 a artiklan 3 kohtaan, vaikka siinä tehtiinkin rajalliseksi viittaus komission ehdotuksiin.

(josta on muutettuna tullut EY 30 artikla) tarkoitetuista syistä soveltaa kansallisia säännöksiä tai määräyksiä, minkä komissio vahvistaa; samoin siinä määrätään erityisesti nopeutetusta menettelystä asian saattamiseksi yhteisöjen tuomioistuimen käsiteltäväksi.

9. Kantajat ovat vedonneet erityisesti EY:n perustamissopimuksen 129 artiklaan (josta on muutettuna tullut EY 152 artikla). Kyseisen 129 artiklan 1 kohdassa todetaan, että ”yhteisö myötävaikuttaa ihmisten terveyden korkeatasoisen suojelun toteuttamiseen rohkaisemalla jäsenvaltioiden välistä yhteistyötä sekä tarvittaessa tukemalla niiden toimintaa” ja että ”terveyden suojelua koskevat vaatimukset kuuluvat osana yhteisön muuhun politiikkaan”. Saman artiklan 4 kohdan mukaan myötävaikutukseen tässä artiklassa tarkoitettujen tavoitteiden toteuttamiseen neuvosto toteuttaa 189 b artiklassa määrättyä menettelyä noudattaen sekä talous- ja sosiaalikomiteaa ja alueiden komiteaa kuultuaan sellaisia edistämistoimia, jotka eivät merkitse jäsenvaltioiden lakien ja asetusten yhdenmukaistamista. Neuvosto voi myös antaa suosituksia.

## ii) *Muu lainsäädäntö*

10. Mainontadirektiivin lainmukaisuuden arvioimiseksi on hyödyllistä viitata myös muuhun asian kannalta merkitykselliseen aikaisempaan lainsäädäntöön. Ennen direktiivin antamista yhteisö oli jo antanut

useita säännöksiä tupakkatuotteiden mainonnasta nojautuen joko perustamissopimuksen 100 a artiklaan tai 57 artiklan 2 kohtaan yhdessä 66 artiklan kanssa. Merkittävin näistä on televisiotoimintaa koskevien jäsenvaltioiden lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta 3 päivänä lokakuuta 1989 annetun neuvoston direktiivin 89/552/ETY<sup>4</sup> 13 artikla. Esillä olevan asian kannalta on riittävää todeta, että kyseisen säännöksen mukaan kaikenlainen savukkeiden ja muiden tupakkatuotteiden televisiomainonta ja -myynti on kiellettyä. Direktiivin 89/552/ETY 2 a artiklan 1 kohdan mukaan tavallisesti ”jäsenvaltioiden on varmistettava alueellaan vapaus vastaanottaa toisten jäsenvaltioiden televisiolähetyksiä, eivätkä ne saa rajoittaa lähetysten edelleen lähettämistä tässä direktiivissä yhteensovitettuja aloja koskevin perustein”.

11. Tupakkatuotteiden merkintöjä sekä tiettyjen suussa käytettäväksi tarkoitettujen tupakkavalmisteiden kieltämistä koskevien jäsenvaltioiden lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten lähentämisestä 13 päivänä marraskuuta 1989 annetussa neuvoston direktiivissä 89/622/ETY<sup>5</sup> edellytetään, että savukepakkauksissa on pakollisesti mainittava poltettaessa syntyvän tervan ja nikotiinin määrät<sup>6</sup> ja että ne sisältävät sekä yleisen että erityisen varoituksen tupakan haitallisuudesta tervey-

4 — EYVL L 298, s. 23, sellaisena kuin se on muutettuna 30.6.1997 annetulla Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivillä 97/36/EY (EYVL L 202, s. 60). Molemmat säädökset annettiin perustamissopimuksen 57 artiklan 2 kohdan ja 66 artiklan nojalla.

5 — EYVL L 359, s. 1, sellaisena kuin se on muutettuna 15.5.1992 annetulla neuvoston direktiivillä 92/41/ETY (EYVL L 158, s. 30). Molemmat säädökset annettiin perustamissopimuksen 100 a artiklan perusteella.

6 — Direktiivin 89/622/ETY 3 artikla.

delle.<sup>7</sup> Jäsenvaltiot eivät saa kieltää tai rajoittaa direktiivin mukaisten tuotteiden myyntiä niiden merkitsemiseen liittyvien seikkojen perusteella.<sup>8</sup> Vastaavasti jäsenvaltiot eivät saa rajoittaa savukkeista poltettaessa syntyvän tervan suurinta sallittua määrää koskevien jäsenvaltioiden lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten lähentämisestä 17 päivänä toukokuuta 1990 annetun neuvoston direktiivin 90/239/ETY<sup>9</sup> mukaisten tuotteiden myyntiä ”savukkeista poltettaessa syntyvän tervan määrän rajoittamiseen liittyvien seikkojen perusteella”.<sup>10</sup> Jäsenvaltioiden terveysministeriästä koostunut neuvosto antoi sekä direktiivin 89/622/ETY että direktiivin 90/239/ETY.

12. Yhteisössä on annettu myös mainonnan muihin seikkoihin liittyviä säännöksiä. Esimerkiksi harhaanjohtavaa ja vertailevaa mainontaa koskevien jäsenvaltioiden lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten lähentämisestä 10 päivänä syyskuuta 1984 annetussa neuvoston direktiivissä 84/450/ETY<sup>11</sup> säädetään vähimmäisedellytyksistä, joiden perusteella voidaan määrittää puolueettomasti, milloin mainonta on harhaanjohtavaa;<sup>12</sup> samoin siinä säädetään edellytyksistä, joissa vertaileva mainonta on sallittava.<sup>13</sup> Kyseisen direktiivin muuttamisesta annetun direktiivin 97/55/EY johdanto-osan toisessa perustelukappaleessa todetaan, että ”mai-

nonta on erittäin merkittävä keino kaikenlaisten tavaroiden ja palvelujen tosiasiallisten jakelukanavien muodostamiseksi kautta koko yhteisön”.

13. Ihmisille tarkoitettujen lääkkeiden mainonnasta 31 päivänä maaliskuuta 1992 annetussa neuvoston direktiivissä 92/28/ETY<sup>14</sup> säädetään useita edellytyksiä tällaisten tuotteiden mainonnan sallimiseksi. Siinä esimerkiksi kielletään mainitsemasta suurelle yleisölle suunnatussa mainonnassa tiettyjä aineita tai viittaamasta tiettyihin terapeutisiin vaikutuksiin sekä kielletään täysin tiettyjen tuotteiden mainonta.

### iii) *Mainontadirektiiviä koskeneet lainsäädäntöehdotukset*

14. Komissio toi ensimmäisen kerran esille mahdollisuuden säännellä tupakkamainontaa yhteisön tasolla vuoden 1984 Eurooppa-neuvostolle osoitetussa tiedonannossa, joka koski yhteistyötä terveysongelmien osalta. Ensimmäinen ”Eurooppa syöpää vastaan” -ohjelma hyväksyttiin neuvoston ja jäsenvaltioiden neuvostossa kokoontuneiden hallitusten edustajien 7.7.1986 antamalla päätöslauselmalla,<sup>15</sup> jossa kehoitettiin tutkimaan tapoja vähentää tupakan käyttöä esimerkiksi toteuttamalla yhteisön toimia mainonnan ja sponsoroinnin alalla terveysalan yhteistyön puitteissa. Komissio vas-

7 — Direktiivin 89/622/ETY 4 artikla.

8 — Direktiivin 89/622/ETY 8 artiklan 1 kohta.

9 — EYVL L 137, s. 36. Tämä säädös annettiin perustamissopimuksen 100 a artiklan perusteella.

10 — Direktiivin 90/239/ETY 7 artiklan 1 kohta.

11 — EYVL L 250, s. 17, sellaisena kuin se on muutettuna 6.10.1997 annetulla Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivillä 97/55/EY (EYVL L 290, s. 18). Direktiivi 84/450/ETY on annettu perustamissopimuksen 100 artiklan perusteella. Sen muuttamisesta annettu direktiivi annettiin perustamissopimuksen 100 a artiklan perusteella.

12 — Direktiivin 84/450/ETY 2 artiklan 2 kohta ja 3 artikla; ks. myös johdanto-osan seitsemäs perustelukappale.

13 — Direktiivin 84/450/ETY 3 a artikla.

14 — EYVL L 113, s. 13. Tämä säädös annettiin perustamissopimuksen 100 a artiklan perusteella.

15 — EYVL C 184, s. 19.

tasi ajanjaksoa 1987—1989 koskevalla toimintasuunnitelmalla. Komissio teki ensiksi perustamissopimuksen 100 artiklaan perustuvan ehdotuksen neuvoston direktiiviksi tupakkatuotteiden mainontaa lehdistössä sekä mainoksin ja julistein koskevien jäsenvaltioiden lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten lähentämisestä<sup>16</sup> (jäljempänä ensimmäinen direktiiviehdotus).

15. Ensimmäisessä direktiiviehdotuksessa todettiin, että lehdistössä sekä mainoksin ja julistein toteutettu mainonta ylittää jäsenvaltioiden väliset rajat, ja sen vuoksi kansallisissa lainsäädännöissä olevat tupakkamainontaa koskevat erot ovat omiaan luomaan kaupan esteitä ja vääristämään kilpailua. Tämän vuoksi tarpeellisissa yhdenmukaistetuissa säännöksissä olisi otettava asianmukaisesti huomioon ihmisten terveyden suojeleminen ja erityisesti nuorten terveyden suojeleminen. Perustelukappaleissa viitattiin myös ”Eurooppa syöpää vastaan” -ohjelmaan. Ensimmäisessä direktiiviehdotuksessa edellytettiin, että tupakan ja muiden tupakkatuotteiden mainonta lehdistössä sekä mainoksin ja julistein sisältää terveysvaroituksia.<sup>17</sup> Siinä myös rajoitettiin mainonnan sisältö tietoihin tuotteesta ja sen pakkauksen esittämiseen, ja siinä kiellettiin viittaukset tavaramerkkiin, tunnukseseen, symboliin tai muuhun erotettavaan piirteeseen, jota pääasiallisesti käytettiin tupakkatuotteiden sellaisessa mainonnassa, jossa ei suoraan mainita tupakkatuotetta.<sup>18</sup> Kaikki tupakkatuotteiden mainonta oli kiellettävä julkaisuissa, jotka on pääasiallisesti tarkoitettu alle 18-vuo-

tiaille nuorille.<sup>19</sup> Ensimmäisen direktiiviehdotuksen 5 artiklassa kiellettiin jäsenvaltioita vetoamasta tupakkamainontaan syynä sille, että ne kieltävät tai rajoittavat direktiivin mukaisten julkaisujen myynnin tai mainosten esittämisen.

16. Yhteistoimintamenettelyn mukaisesti Euroopan parlamentti hyväksyi ensimmäisen direktiiviehdotuksen 14.3.1990 siihen tehtyine muutoksineen, joiden tarkoituksena oli tupakkatuotteiden mainonnan täydellinen kieltö kansanterveyden suojeleluun liittyvistä syistä.<sup>20</sup> Komissio katsoi täydellisen kiellon ennenaikaiseksi kansallisten lainsäädäntöjen tuolloin vallinneessa tilassa, mutta muutti ehdotustaan siten, että yhdenmukaistaminen koski selkeästi ainoastaan niiden jäsenvaltioiden lainsäädäntöä, joissa tupakkamainonta oli sallittu.<sup>21</sup> Se lisäsi myös kolme perustelukappaletta, joissa kiinnitettiin huomiota jäsenvaltioiden terveyden suojeleluun koskeviin tavoitteisiin ja nuorten haavoittuvuuteen mainonnan suhteen.

17. Tästä muutetusta ensimmäisestä direktiiviehdotuksesta keskusteltiin Coreperissa nimikkeen ”Taistelu syöpää vastaan” alla, mutta siellä tai neuvoston terveyttä koskevassa työryhmässä (Council Health Working Group) ei päästy yhteisymmärrykseen.

16 — KOM(89) 163 lopullinen, esitetty 7.4.1989 (EYVL C 124, s. 5).

17 — Ensimmäisen direktiiviehdotuksen 2 artikla.

18 — Ensimmäisen direktiiviehdotuksen 3 artikla.

19 — Ensimmäisen direktiiviehdotuksen 4 artikla.

20 — EYVL C 96, s. 98.

21 — KOM(90) 147 lopullinen, esitetty 19.4.1990 (EYVL C 116, s. 7).

Komissio peruutti ehdotuksensa ja esitti 17.5.1991 muutetun ehdotuksen tupakatuotteiden mainontaa koskevaksi neuvoston direktiiviksi (jäljempänä toinen direktiiviehdotus).<sup>22</sup> Se mainitsi ensimmäisen kerran mainonnan eri keinojen välisen keskinäisen riippuvuuden ja sen, että tupakan kulutus on merkittävä kuolinsyy yhteisössä. Toisessa direktiiviehdotuksessa olisi kielletty kaikki tupakatuotteiden mainonta, muilla aloilla toteutettava mainonta, jossa käytetään tupakatuotteista tavallisesti käytettyjä nimiä tai tavaramerkkejä, muiden tavaramerkkien tai nimien käyttö uusissa tupakatuotteissa sekä tällaisten tuotteiden ilmaisjakelu.<sup>23</sup> Jäsenvaltiot saattoivat hyväksyä mainonnan tupakan myyntipisteissä,<sup>24</sup> mutta toisessa direktiiviehdotuksessa ei suljettu pois sitä, että jäsenvaltiot toteuttavat tiukempia toimenpiteitä terveyden suojeluun liittyvillä perusteilla.<sup>25</sup> Huolimatta useista epäilyksistä<sup>26</sup> Euroopan parlamentti hylkäsi esityksen direktiiviehdotuksen oikeudellisen perustan muuttamisesta EY:n perustamissopimuksen 100 a artiklasta 235 artiklaksi (josta on tullut EY 308 artikla) ja hyväksyi 11.2.1992 lakia säätävän päätöslauselman, jossa ehdotettiin muun muassa sellaisen uuden perustelukappaleen lisäämistä, joka liittyisi terveyssyyihin perustuvaan kieltoon. Työstä, teollisuus-suhteista ja sosiaaliasioista (mukaan lukien terveys) vastaavien komission jäsenten,

jotka olivat vastuussa ehdotuksesta, ilmoitettiin pitäneen useita puheita ja antaneen useita lausuntoja korostaen direktiiviehdotuksen merkitystä kansanterveyden kannalta.<sup>27</sup>

18. Neuvosto antoi 26.11.1996 tupakoinnin vähentämisestä Euroopan yhteisössä päätöslauselman,<sup>28</sup> jossa se katsoi, että oli tarpeen yhtäältä ”arvioida tupakoinnin edistämistoimenpiteiden ja muiden edistämistoimien sekä toisaalta tupakoinnin vähentämiseen tähtäävien toimien ja toimenpiteiden vaikutusta tupakan kulutukseen” ja kehotti komissiota tässä tarkoituksessa ”tekemään selvityksiä jäsenvaltioissa tupakoinnin yleisyyden vähentämiseksi käyttöön otetuista parhaista käytännöistä ja arvioimaan niiden vaikutuksia”.

19. Neuvosto hyväksyi lopulta muodollisesti toisesta direktiiviehdotuksesta 12.2.1998 yhteisen kannan<sup>29</sup> komission 11.12.1997 antaman, muutetun ehdotuksen perusteella.<sup>30</sup> Tässä oikeudelliseen perustaan lisättiin 100 a artiklan lisäksi perustamissopimuksen 57 artiklan 2 kohta ja 66 artikla ja siihen sisältyi useita uusia

22 — KOM(91) 111 lopullinen (EYVL C 167, s. 3). Komissio esitti joiltain osin muutetun version 30.4.1992, KOM(92) 196 lopullinen (EYVL C 129, s. 5).

23 — Toisen direktiiviehdotuksen 2 artikla.

24 — Toisen direktiiviehdotuksen 3 artikla.

25 — Toisen direktiiviehdotuksen 5 artikla.

26 — Joita esittivät osa neuvoston terveyttä koskevan työryhmän valtuuskunnista ja Euroopan parlamentin talous- ja raha-asioiden sekä teollisuuspolitiikan valiokunta. Neuvoston oikeudellinen yksikkö oli ilmaissut samankaltaisia epäilyjä 3.12.1993 antamassaan lausunnossa. Ks. jäljempänä 76 kohta, joka koskee huomautuksiani tämän oikeudellisen lausunnon käyttämisestä.

27 — Komission jäsenen Papandreoun puhe Euroopan parlamentissa, marraskuu 1991 ja 16.1.1992; komission jäsenen Flynnin huomautukset terveysministeriöstä koostuvassa neuvostossa 22.12.1994; komission jäsenen Flynnin puhe tupakkaa ja terveyttä koskevassa Euroopan konferenssissa 3.10.1996; komission jäsenen Flynnin puhe vastauksena neuvoston yhteisen kannan hyväksymiseen 5.12.1997.

28 — EYVL C 374, s. 4.

29 — EYVL C 91, s. 34.

30 — SN4883/1/97.



perustelukappaleita, joiden tarkoituksena oli heijastaa suunnitellun kiellon muutettujen ehtojen vaikutuksia epäsuoraan mainontaan, hieman laajennettua poikkeusta myyntipisteissä tapahtuvan mainonnan ja ammattilaisille tarkoitetun viestinnän osalta sekä kiellon ulottamista toiminnan ja tapahtumien sponsoroinnin piiriin.<sup>31</sup> Siinä lisättiin myös perustelukappaleet, joissa viitattiin muihin sisämarkkinoita koskeviin toimenpiteisiin, jotka vaikuttavat joko mainontaan tai tupakkatuotteisiin, eli direktiiveihin 89/622/ETY, sellaisena kuin se on muutettuna, direktiiviin 90/239/ETY ja direktiiviin 92/28/ETY. Mikä on tärkeintä, ainakin direktiivin riittävien tahojen mielestä, on se, että yhteisestä kannasta oli jätetty pois kolme aikaisemmissa ehdotuksissa ollutta perustelukappaletta:

”Milanossa 28 ja 29 päivänä kesäkuuta 1985 kokoontuneessa Eurooppa-neuvostossa korostettiin eurooppalaisen syöväntorjuntaohjelman käynnistämisen etuja;

neuvosto ja neuvostossa kokoontuneet jäsenvaltioiden hallitusten edustajat hyväksyivät 7 päivänä heinäkuuta 1986 päätöslauselman Euroopan yhteisöjen syövästä vastaisesta toimintaohjelmasta, jossa tämän ohjelman tavoitteeksi asetettiin yhteisön kansalaisten terveyden ja elämänlaadun parantamisen edistäminen vähentämällä syövästä johtuvien sairaustapausten määrää ja jossa tätä silmällä pitäen

tupakoinnin vastaiset toimenpiteet katsottiin ensisijaiseksi tavoitteeksi;

tupakan kulutus on hyvin merkittävä kuolinsyy joka vuosi Euroopan yhteisöjen jäsenvaltioissa.”

20. Euroopan parlamentti hyväksyi yhteisen kannan 13.5.1998,<sup>32</sup> ja direktiivi hyväksyttiin tutkimuksesta vastaavista ministereistä koostuvassa neuvostossa 22.6.1998. Saksa äänesti sen hyväksymistä vastaan.

#### iv) *Yhteenveto mainontadirektiivistä*

21. Hyväksytyyn direktiivin johdanto-osan neljässä ensimmäisessä perustelukappaleessa todetaan seuraavaa:

”1) Tupakkatuotteiden mainontaa ja niiden hyväksi tapahtuvaa sponsorointia koskevissa jäsenvaltioiden laeissa, asetuksissa ja hallinnollisissa määräyksissä on eroja: tämä mainonta ja sponso-

31 — Ks. välittömästi jäljempänä käyty direktiivin ehtoja koskeva keskustelu.

32 — Euroopan parlamentin oikeudellisten asioiden ja kansalaisoikeuksien valiokunta kieltäytyi kuitenkin 16.4.1998 hyväksymästä toisen muutetun direktiiviehdotuksen oikeudellista perustaa.

rointi ylittää jäsenvaltioiden rajat, ja sen vuoksi nämä erot ovat omiaan luomaan esteitä kyseisen toiminnan välineinä toimivien tuotteiden liikkumiselle ja alan palvelujen tarjoamisen vapaudelle samoin kuin aiheuttamaan kilpailun vääristymistä ja muodostumaan tällä tavoin esteeksi sisämarkkinoiden toiminnalle,

2) nämä esteet olisi poistettava, minkä vuoksi tupakkatuotteiden mainontaa ja niiden hyväksi tapahtuvaa sponsorointia koskevia sääntöjä olisi lähennettävä jättämällä kuitenkin jäsenvaltioille mahdollisuus tietyin edellytyksin määrätä ihmisten terveyden suojelemiseksi tarpeellisina pitämistään vaatimuksista,

3) komissio perustaa perustamissopimuksen 100 a artiklan 3 kohdan mukaisesti 1 kohdassa tarkoitetut terveyttä, turvallisuutta, ympäristönsuojelua ja kuluttajansuojaa koskevat ehdotuksensa suojelun korkeaan tasoon,

4) tässä direktiivissä olisi näin ollen otettava asianmukaisella tavalla huomioon ihmisten terveyden suojeleminen, erityisesti nuorten terveyden suojeleminen, joiden osalta mainonta on merkittävä tupakkatuotteita edistävä tekijä.”

Viidennessä perustelukappaleessa viitataan siihen, että direktiivit 89/622/ETY ja 90/239/ETY on jo annettu 100 a artiklan perusteella. Kuudennessa perustelukappaleessa viitataan direktiiviin 92/28/ETY, joka käsittää ihmiselle tarkoitettuja lääkkeitä koskevan mainonnan, ja siinä todetaan, että tupakoinnista vieroittamiseen tarkoitettuja tuotteita koskeva mainonta ei kuulu tämän direktiivin soveltamisalaan. Direktiivin seitsemännessä perustelukappaleessa viitataan useisiin poikkeuksiin tupakkatuotteiden mainontaa koskevasta kiellostä (3 artiklan 5 kohta) ja lisätään, että ”jäsenvaltioiden tehtävänä on tarvittaessa toteuttaa näillä aloilla aiheellisia toimenpiteitä” (ks. myös 5 artikla). Direktiivin kahdeksännessä ja yhdeksännessä perustelukappaleessa todetaan puolestaan seuraavaa:

”8) ottaen huomioon kaikkien suullisen, kirjallisen, painetun, radion tai television tai elokuvan välityksellä esitetyn mainonnan keinojen välisen keskinäisen riippuvuuden ja kilpailun vääristymisen ja säännösten kiertämisen estämiseksi tämän direktiivin olisi katettava kaikki mainonnan keinot ja muodot lukuun ottamatta televisio-mainontaa, joka kuuluu jo — — neuvoston direktiivin 89/552/ETY soveltamisalaan,

9) kaikilla epäsuoran mainonnan ja sponsoroinnin muodoilla sekä ilmaisjakelulla on samat vaikutukset kuin suoralla mainonnalla: sen vuoksi niitä olisi säädeltävä, rajoittamatta kui-

tenkaan sananvapauden perusperiaatetta,<sup>33</sup> mukaan lukien ne epäsuoran mainonnan muodot, joissa tupakkatuotteen nimeä suoraan mainitsematta käytetään tupakkatuotteista käytettyä nimeä, tavaramerkkiä, symbolia tai muuta erottavaa piirrettä: jäsenvaltiot voivat kuitenkin lykätä näiden säännösten soveltamista kaupallisten käytäntöjen mukauttamiseksi ja tupakkatuotteiden hyväksi tapahtuvan sponsoroinnin korvaamiseksi muilla soveltuvilla tuen muodoilla”.

22. Direktiivin 1 artiklassa säädetään seuraavaa:

”Tämän direktiivin tarkoituksena on tupakkatuotteiden mainontaa ja niiden hyväksi tapahtuvaa sponsorointia koskevien jäsenvaltioiden lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten lähentäminen.”

Direktiivin 2 artikla sisältää muun muassa seuraavat määritelmät:

Kymmenennessä perustelukappaleessa viitataan sellaiseen mahdollisuuteen (ks. 3 artiklan 2 kohta), että tietyissä olosuhteissa voidaan sallia jatkossakin myös tupakkatuotteissa käytetyn nimen käyttäminen mainostettaessa diversifikaatio tuotteita, joita ovat muut tuotteet ja palvelut kuin tupakkatuotteet tai -palvelut, joissa käytetään tupakkatuotteissa käytettyä nimeä, tavaramerkkiä, symbolia tai muuta erottavaa piirrettä, ”sanotun kuitenkin rajoittamatta tupakkatuotteiden mainonnan säätelyn soveltamista”.<sup>34</sup> Yhdennessätoista perustelukappaleessa viitataan siihen mahdollisuuteen, että sponsorointi poistetaan asteittain (ks. 6 artiklan 3 kohta), ja siinä täsmennetään, että ”tässä direktiivissä tarkoitetun sponsoroinnin päämäärinen saavuttamiseksi soveltuvien keinojen” olisi kuuluttava nykyisen sponsoroinnin piiriin.

”1. ’tupakkatuotteilla’ [tarkoitetaan] tupakasta kokonaan tai osittain valmistettuja, sieraimiin vedettäväksi, imeskeltäväksi tai pureskeltäväksi tarkoitettuja tuotteita;

2. ’mainonnalla’ [tarkoitetaan] liiketoimintaan liittyvää viestintää, jonka tarkoituksena on tupakkatuotteen myynnin edistäminen tai jolla on suora tai välillinen tupakkatuotteen myyntiä edistävä vaikutus, mukaan lukien mainonta, jolla tupakkatuotetta suoraan mainitsematta yritetään kiertää mainontakieltoa käyttämällä tupakkatuotteiden nimiä, tavaramerkkejä, symboleja tai muita erottavia piirteitä;

3. ’sponsoroinnilla’ [tarkoitetaan] selkeästä julkista tai yksityistä tapahtu-

33 — Tämä sananvapauden tehty viittaus lisättiin sen jälkeen, kun komission toinen muutettu direktiiviehdotus 11.12.1997 oli esitetty.

34 — Komission 11.12.1997 esittämässä muutetussa ehdotuksessa tässä perustelukappaleessa viitattiin ”tupakkatuotteiden mainonnan kieltoon” (kursivointi tässä).

malle tai toiminnalle annettavaa tukea, jonka tarkoituksena on tupakkatuotteiden edistäminen tai joka suoraan tai välillisesti vaikuttaa tupakkatuotteita edistävästi.”

— —

Direktiivin 3 artiklan 1, 2 ja 4 kohdassa säädetään seuraavaa:

4. Ilmaisjakelu, jonka tarkoituksena on tupakkatuotteen myynnin edistäminen tai joka suoraan tai välillisesti vaikuttaa tupakkatuotetta edistävästi, on kielletty.”

”1. Mainonta ja sponsorointi kaikissa muodoissaan on yhteisössä kielletty, sanottun kuitenkin rajoittamatta direktiivin 89/552/ETY soveltamista.

2. Sen estämättä, mitä 1 kohdassa säädetään, jäsenvaltiot saavat sallia, että muiden tuotteiden ja palvelujen mainonnassa käytetään nimeä, jota vilpittömässä mielessä jo käytetään sekä tupakkatuotteista että muista tuotteista tai palveluista, joita sama yritys tai eri yritykset ovat pitäneet kaupan tai tarjonneet ennen 30 päivää heinäkuuta 1998.

Tätä nimeä voidaan kuitenkin käyttää ainoastaan muodossa, joka selvästi erottuu tupakkatuotteesta käytetystä nimestä, ja ilman tupakkatuotteesta jo käytettyä muuta erottavaa tunnusta.

23. Kuten direktiivin 3 artiklan 2 kohta, myös 3 b kohta näyttää koskevan diversifikaatiotuotteiden mainontaa, mutta kyseinen säännös ei ole täysin selkeä. Sen mukaan 1 kohdassa säädettyä kieltoa ei saa kiertää 30.7.2001 jälkeen markkinoille saatettavan tuotteen tai tarjottavan palvelun osalta käyttämällä tupakkatuotteista jo käytettyjä nimiä, tavaramerkkejä, symboleja tai muita erottavia piirteitä. Direktiivin 3 artiklan 1 kohtaan tehdyssä viittauksessa näytetään epäsuorasti tarkoitettavan sitä, että monimerkityksinen käsite ”käyttö” viittaa nimen tai muun erottavan piirteen käyttämiseen *mainonta- tai sponsorointitarkoituksissa*. ”Tätä varten” kysymyksessä oleva erottava piirre ”on esitettävä siten, että se selvästi erottuu tupakkatuotteesta käytetystä — — muusta erottavasta piirteestä”. Koska muuta ei ole esitetty, oletan, että myös säännöksen tämä osa liittyy mainontaan eikä tuotteen tai palvelun itsensä esittämiseen. Tähän liittyvä epäilykseni poistui neuvoston ja parlamentin suullisessa käsittelyssä antamien vastausten johdosta.

Direktiivin 3 artiklan 5 kohdan mukaan direktiiviä ei sovelleta

24. Direktiivin 4 artikla koskee direktiivin perusteella annettujen kansallisten säännösten soveltamisen valvontakeinoja, eikä sitä ole riitautettu oikeudenkäynnissä.

”— yksinomaan tupakkakaupan alan ammattilaisille suunnattuun viestintään;

Direktiivin 5 artiklassa säädetään seuraavaa:

— kaupan pidettävien tupakkatuotteiden esillepanoon ja niiden hintojen ilmoittamiseen tupakanmyyntipisteissä;

”Tällä direktiivillä ei rajoiteta jäsenvaltioiden mahdollisuutta säätää perustamissopimuksen määräyksiä noudattaen tupakkatuotteiden mainontaa tai sponsointia koskevia tiukempia vaatimuksia, joita ne pitävät tarpeellisina ihmisten terveyden suojelemiseksi.”

— mainontaan tupakkatuotteiden myyntiin erikoistuneissa liikkeissä ja niiden näytteillepanotilassa tai, jos on kyse erilaisten tuotteiden tai palvelujen myyntiliikkeestä, tupakkatuotteiden myyntiä varten tarkoitetuissa paikoissa, joita, kuten Kreikassa, koskee erityinen sosiaalisiin perusteisiin annettu lupa (‘periptera’);

25. Direktiivin 6 artiklan 1 kohdan mukaan jäsenvaltioiden on saatettava tämän direktiivin noudattamisen edellyttämät lait, asetukset ja hallinnolliset määräykset voimaan viimeistään 30.7.2001. Direktiivin 6 artiklan 3 kohdassa säädetään muun muassa seuraavaa:

— sellaisten julkaisujen kaupan pitämiseen, jotka sisältävät tupakkatuotteiden mainontaa ja jotka on toimitettu ja painettu kolmansissa maissa, jos kyseisiä julkaisuja ei ole pääasiallisesti tarkoitettu yhteisön markkinoille”.

”Jäsenvaltiot voivat lykätä 3 artiklan 1 kohdan soveltamista

— lehdistön osalta yhdellä vuodella,

— sponsoroinnin osalta kahdella vuodella.

Poikkeustapauksissa ja asianmukaisesti perustelluista syistä, joita ei ole käsitelty esillä olevissa asioissa, jäsenvaltiot voivat edelleen antaa luvan maailmanlaajuisesti järjestettyjen tapahtumien tai toiminnan nykyiseen sponsorointiin viimeistään 1.10.2006 päättyvän kolmen vuoden lisäajanjakson ajan.”

### III Tutkittavaksi ottaminen

26. Ennen asian varsinaista tarkastelua on tarpeen tutkia neuvoston, parlamentin ja Ranskan asiassa C-74/99, Imperial Tobacco, esittämässä huomautuksissa esille tuomia kahta väitettä, jotka liittyvät kansallisen tuomioistuimen esittämän ennakkoratkaisupyynnön tutkittavaksi ottamiseen.

27. Kyseisessä asiassa esittämässään huomautuksissa parlamentti viittaa pääasian oikeudenkäynnin vastaajien väitteeseen siitä, että kanne oli yleisluonteinen ja perustuu oletuksiin, koska se liittyy kansalliseen täytäntöönpanotoimenpiteeseen, joka ei vielä ole tullut voimaan ja jota ei sen vuoksi voi saattaa oikeudelliseen valvontaan ja että direktiivin pätevyyttä voidaan arvioida ainoastaan kansallisessa tuomioistuimessa silloin, kun tämä kysymys esiintyy liitännäisenä asiana. Kansallinen tuomioistuin ilmeisesti katsoi, että Rules of the Supreme Courtin (Rule 1(2), Order 53) mukaan on perusteltua ja asianmukaista

antaa vahvistustuomio (declaratory relief) epävarmuuden poistamiseksi. Sen mukaan asia ei koskenut ”pelkästään abstrakteja kysymyksiä” vaan ”tulevia oikeuksia”, joihin voitaisiin vedota mahdollisessa tulevassa oikeudenkäynnissä.<sup>35</sup>

28. Parlamentti viittasi velvollisuuteen, joka kansallisella tuomioistuimella on sen määrittellessä ennakkoratkaisun tarvetta sen tuomion antamisen kannalta ja jonka mukaan kansallisen tuomioistuimen on otettava huomioon se, että yhteisöjen tuomioistuin ei anna lausuntoa yleisistä tai oletetuista kysymyksistä,<sup>36</sup> ja parlamentti huomautti, että huolimatta siitä, että asiassa C-415/93, Bosman, annetussa tuomiossa melko samankaltainen ennakkoratkaisupyynnö oli otettu tutkittavaksi, kyseinen tuomio ”liittyi havaittuun, välittömään uhkaan perustamissopimuksesta johtuville välittömille oikeuksille — — jossa tämä uhka aiheutui yksityiseltä taholta”, pikemminkin kuin oletukseen siitä, että jäsenvaltio täyttää perustamissopimuksen mukaiset velvoitteensa. Parlamentti katsoo, että mahdollisuus riitauttaa kansallisissa tuomioistuimissa yleisluonteiset, täytäntöönpanemattomat yhteisön toimet, mikä johtaa ennakkoratkaisupyynnön esittämiseen, saattaa kuulua perustamissopimuksen mukaisen oikeussuojajärjestelmän ulkopuolelle, koska näin kierrettäisiin vaatimus siitä, että riidanalainen toimi koskee kantajaa suoraan ja erikseen, mikäli kysymyksessä on yksityisen nostama kanne. Myös neuvosto (Ranskan tukemana) esitti vastaavia väitteitä oikeudenkäynnin oletetusta luon-

35 — Ks. tuomari Diplock, L. J., asiassa Rediffusion (Hong Kong) v. Attorney General of Hong Kong (1970, AC 1136, s. 1158).

36 — Asia C-415/93, Union royale belge des sociétés de football association A.S.B.L. ym. v. Jean-Marc Bosman, tuomio 15.12.1995 (Kok. 1995, s. I-4921, 59 ja 60 kohta; jäljempänä Bosman-tapaus).

teesta<sup>37</sup> ja siitä mahdollisuudesta, että kansallisessa tuomioistuimessa nostettavalla kanteella voitaisiin kiertää kannekelppoisuutta koskevat edellytykset yhteisön toimien pätevyyden riitauttamiseksi EY:n perustamissopimuksen 173 artiklan (josta on muutettuna tullut EY 230 artikla) nojalla.

29. Parlamentti viittaa mielestäni perustellusti näiden kansallisten oikeudenkäyntien samankaltaisuuksiin, jotka johtivat ennakkoratkaisupyyntöjen esittämiseen asiassa C-415/93, *Bosman* ja asiassa C-74/99, *Imperial Tobacco*. Bosmanin kanne sen toteamiseksi, että ammattijalkapalloilijoiden kansalaisuusmääräyksiä ei voitu soveltaa häneen, otettiin tutkittavaksi Belgian kansallisissa tuomioistuimissa oikeudenkäyntimenettelyä koskevan Belgian lain (code judiciaire belge) sellaisten säännösten perusteella, joiden mukaan kanne voidaan nostaa ”sen estämiseksi, että vakavasti uhattuna olevaa oikeutta loukataan”, koska *Bosman* oli esittänyt objektiivista näyttöä siitä, että hänelle todella aiheutuisi vahinkoa, joka liittyisi hänen uransa vaikeutumiseen.<sup>38</sup> Vaikka pääasiallinen kanne oli siten pelkästään vahvistuskanne, ja vaikka se — koska se oli ennalta-ehkäisevä — perustui oletuksiin, jotka olivat luonteeltaan epävarmoja, se seikka, että tällainen kanne on kuitenkin sallittu kansallisen lainsäädännön perusteella, merkitsi sitä, että kansallisen tuomioistuimen esittämät kysymykset olivat objektiivisesti katsoen tarpeellisia sen käsittelemien riita-asioiden ratkaisemiseksi.<sup>39</sup> Ennakkoratkaisukysymykset oli tämän vuoksi otettava tutkitta-

viksi. Keskeistä on se, että kansallisen tuomioistuimen oli ratkaistava kansallisen lain mukaisesti, oliko kysymyksessä olevan kaltainen kanne otettava tutkittavaksi.

30. Kansallinen oikeudenkäynti asiassa C-74/99, *Imperial Tobacco*, liittyy myös mahdolliseen vaaraan pääasiassa kantajina olevien tupakkayhtiöiden oikeuksien tulevalle harjoittamiselle. Kansallisen tuomioistuimen arvion mahdollisuudesta antaa vahvistustuomio (declaratory relief) on oletettava olevan kansallisen oikeuden oikea tulkinta. Parlamentin mainitseminen kahden asian väliset erot vahvistavat väitettä siitä, että tämä asia on otettava tutkittavaksi. Jos oletetaan, että jäsenvaltiot pyrkivät perustamissopimuksen mukaisten velvoitteidensa noudattamiseen, se seikka, että niiden on toteutettava direktiivin noudattamisen edellyttämät toimenpiteet 30.7.2001 mennessä ja että niillä on tietenkin oikeus tehdä näin myös aikaisemmin,<sup>40</sup> tekee pääasian oikeudenkäynnin kantajien etuja koskevan uhan vieläkin konkreettisemmaksi kuin mistä *Bosman*-tapauksessa oli kysymys. Mahdollisuus lykätä direktiivin tiettyjen osien täytäntöönpanoa 1.10.2006 asti (poikkeuksellisissa tapauksissa olemassa olevan sponsoroinnin suhteen) saattaa tehdä uhan joissakin suhteissa ajallisesti kaukaisemmaksi, mutta se ei tee uhasta yhtään sen hypoteettisempää.<sup>41</sup> Näissä olosuhteissa

37 — Asia C-83/91, *Meillicie v. ADVORGA*, tuomio 16.7.1992 (Kok. 1992, s. I-4871, 25 kohta; Kok. Ep. XIII, s. 107).

38 — Ks. alaviite 36, asia C-415/93, tuomion 44 ja 64 kohta.

39 — *Ibidem*, 65 kohta.

40 — Direktiivillä on niitä jäsenvaltioita koskevia oikeusvaikutuksia, joille se on osoitettu siitä hetkestä lähtien, kun se on annettu tiedoksi, ks. asia C-129/96, *Inter-Environnement Wallonie v. Région Wallonne*, tuomio 18.12.1997 (Kok. 1997, s. I-7411, 41 ja 44 kohta).

41 — Ks. julkisasiamies Lenzin *Bosman*-tapauksessa (mainittu edellä alaviiteessä 36) antama ratkaisuehdotus, 99 kohta.

yhteisöjen tuomioistuimen ei tule kyseenalaistaa kansallisen tuomioistuimen ratkaisua ennakkoratkaisupyynnön tarpeellisuudesta kansallisen tuomioistuimen annettavan tuomion kannalta.<sup>42</sup>

31. Arvioin seuraavaksi toista väitettä, jonka mukaan pätevyyttä koskeva ennakkoratkaisupyynnö ei saa mahdollistaa perustamissopimuksen 173 artiklan mukaisten kannekelpoisuuden edellytysten kiertämistä. Yhteisöjen tuomioistuin onkin sulkenut pois sen mahdollisuuden, että yhteisön toimen pätevyttä koskevalla ennakkoratkaisupyynnöllä kierretään edellä mainitun määräyksen mukaisen kumoamiskanteen nostamista koskeva määräaika, kun asianosainen olisi ”selkeästi” voinut nostaa tällaisen kanteen.<sup>43</sup> Neuvosto, parlamentti ja Ranskan tasavalta pyrkivät selvästi laajentamaan tämän poikkeuksellisen ratkaisun ulottuvuutta siten, että henkilöt, joille yleisesti sovellettava yhteisön toimi ei ole osoitettu tai joita se ei koske suoraan ja erikseen, eivät voi riitauttaa sen pätevyttä kansallisissa tuomioistuimissa saadakseen tätä kysymystä koskevan ennakkoratkaisun yhteisöjen tuomioistuimissa.

32. Yhteisöjen tuomioistuin katsoi asiassa 216/82, Universität Hamburg vastaan Hauptzollamt Hamburg-Kehrwieder, että kansallisen viranomaisen päätös oli ainoa toimi, jonka pääasian kantaja saattoi riitauttaa tuomioistuimissa ”ilman mitään vaikeutta osoittaa, että sillä on kanteen

nostamiseen liittyvä oikeussuojaintressi”, ja totesi, että ”ETY:n perustamissopimuksen 184 artiklassa mainitun yleisen oikeusperiaatteen mukaisesti kantajan on voitava kansallisen oikeuden mukaan nostetussa kanteessa, jossa kiistetään hänen hakemuksensa hylkääminen, riitauttaa komission sellaisen päätöksen laillisuus, johon kansallinen, häntä koskeva päätös perustuu”.<sup>44</sup> Ylisemmin asiassa 294/83, Les Verts vastaan parlamentti antamassaan tuomiossa yhteisöjen tuomioistuin totesi, että ”kun (yhteisön toimien) täytäntöönpano on kansallisten viranomaisten tehtävä, (luonnolliset tai oikeus-)henkilöt voivat vedota yleisluonteisten toimien pätemättömyyteen kansallisissa tuomioistuimissa, jotka voivat esittää yhteisöjen tuomioistuimelle ennakkoratkaisupyynnön tältä osin”.<sup>45</sup> Yhteisöjen tuomioistuin katsoi, että EY:n perustamissopimuksen 177 artikla (josta on tullut EY 234 artikla) on osa ”oikeussuojakeinojen ja menettelyjen kokonaisuajattelua, jonka tarkoituksena on mahdollistaa se, että yhteisöjen tuomioistuin voi valvoa toimielinten toimien laillisuutta” ja siten se suojaa ”luonnollisia ja oikeushenkilöitä — — jotta niihin ei sovelleta yleisluontoisia toimia, joita ne eivät voi suoraan riitauttaa yhteisöjen tuomioistuimissa perustamissopimuksen 173 artiklan toisen kohdan mukaisten kanteen tutkittavaksi ottamista koskevien erityisedellytysten vuoksi”.<sup>46</sup>

44 — Asia 216/82, Universität Hamburg v. Hauptzollamt Hamburg-Kehrwieder, tuomio 27.9.1983 (Kok. 1983, s. 2771, 10 kohta; Kok. Ep. VII, s. 261).

45 — Asia 294/83, Les Verts v. parlamentti, tuomio 23.4.1986 (Kok. 1986, s. 1339, 23 kohta; Kok. Ep. VII, s. 551) (kursivointi tässä). Katsoisin edeltävässä tuomiossa tehdyn suoraan ja henkilökohtaista etua koskevan viittauksen tarkoittavan sitä, ettei yhteisöjen tuomioistuin katso tämän edellytyksen soveltuvan henkilöihin, jotka olivat nostaneet kanteen kansallisissa tuomioistuimissa.

46 — Ibidem. Ks. myös asia C-321/95 P, Greenpeace Council ym. v. komissio, tuomio 2.4.1998 (Kok. 1998, s. I-1651, 33 kohta) sekä julkisasiamies Fennellyn kanta tähän asiassa C-70/97, Kruidvat v. komissio, tuomio 17.11.1998 (Kok. 1998, s. I-7183), annetussa ratkaisuehdotuksessa, 71—74 kohta; ks. myös asia T-99/94, Asocarne, määräys 20.10.1994 (Kok. 1994, s. II-871, 17 kohta).

42 — Ks. edellä alaviite 36, Bosman-tapaus, tuomion 59 kohta.

43 — Asia C-188/92, TWD Textilwerke Deggendorf, tuomio 9.3.1994 (Kok. 1994, s. I-833, 24 ja 25 kohta; Kok. Ep. XV, s. 67).



33. Asiassa C-74/99, Imperial Tobacco, ei mielestäni suoraan riitauteta mainontadirektiiviä, vaikka direktiivin pätevyys onkin keskeinen kansallisissa tuomioistuimissa vireillä olevien oikeudenkäyntien ratkaisun kannalta. Kantajina olevat tupakkayhtiöt pyrkivät estämään Yhdistyneen kuningaskunnan hallituksen toimivaltaisia jäseniä toteuttamasta ilmoitettua aikomustaan täytäntöönpanna direktiivi säädöksillä, jotka annetaan vuoden 1972 European Communities Actin 2 §:n 2 momentin nojalla. Näyttää siltä, että niiden oikeus toimia näin delegoidun lainsäädännön perusteella riippuu direktiivin pätevydestä.<sup>47</sup> Siten direktiivin pätevyys vaikuttaa suoraan ja on liitännäinen Yhdistyneen kuningaskunnan valtiosääntöoikeuteen liittyvään kysymykseen, eli pääasian vastaajien toimivaltaan suunniteltujen säädösten antamiseksi. Siten ei ole mitään perustetta kyseenalaistaa kansallisen tuomioistuimen ennakkoratkaisupyyntöön tutkittavaksi ottamista neuvoston, parlamentin ja Ranskan esittämällä perusteilla.

#### IV Yhteisöjen tuomioistuimelle esitetyt huomautukset

34. Sekä asiassa C-376/98, Saksa, että asiassa C-74/99, Imperial Tobacco, Euroopan parlamentti, Euroopan unionin neuvosto, Saksan liittotasavalta, Ranskan tasavalta,

47 — Ks. Lord Woolf MR, Court of Appeal, jossa annettu tuomio koski välitoumihakemusta, jolla Yhdistynyttä kuningaskuntaa kielletään täytäntöönpanemasta direktiiviä ennen kuin yhteisöjen tuomioistuin on antanut ratkaisun asiassa C-376/98:R v. Secretary of State for Health and Others, ex parte Imperial Tobacco Ltd ym. (2000), 1 All ER 572, s. 575 ja sitä seuraavat sivut.

Suomen tasavalta, Ison-Britannian ja Pohjois-Irlannin yhdistynyt kuningaskunta ja Euroopan yhteisöjen komissio ovat esittäneet huomautuksia yhteisöjen tuomioistuimelle. Asiassa C-74/99, Imperial Tobacco, Imperial Tobacco Ltd ja muut pääasian kantajat sekä Italian tasavalta ovat esittäneet kirjallisia huomautuksia. Näissä asioissa järjestettiin 12.4.2000 yhteinen suullinen käsittely, jossa kaikki kirjallisia huomautuksia esittäneet tahot olivat edustettuina.

35. Jäljempänä esitettävässä asianosaisten väitteitä koskevassa yhteenvedossa Saksaan ja asian C-74/99, Imperial Tobacco, kantajiin viitataan yhdessä "kantajina". Yhteisön toimielimiin sekä muihin jäsenvaltioihin, jotka ovat esittäneet huomautuksia mainontadirektiivin pätevyyden puolesta, viitataan yhdessä "vastaajina". Siltä osin kuin näyttää tarpeelliselta, käsitelen arvioinnissani molempien osapuolien tosiasiaväitteitä ja tulkintaväitteitä, oikeustapauksia sekä muita seikkoja, joihin ne ovat vedonneet. Seuraavassa yhteenvedossa esitän kantajien kanneperusteet siinä järjestyksessä, jossa aion käsitellä ne omissa arvioinnissani.

#### i) Oikeudellinen perusta ja toimivalta

36. Kantajat katsovat, että yhteisö ei ollut toimivaltainen antamaan direktiiviä, eikä

varsinkaan perustamissopimuksen niiden määräysten perusteella, joihin lainsäätäjän on vedonnut. Saksa katsoo, että direktiivin antaminen merkitsee yhteisön lainsäätäjän toimivallan väärinkäyttöä. Mikäli asian katsottaisiin olevan toisin, jätettäisiin huomioimatta EY:n perustamissopimuksen 3 b artiklan (josta on tullut EY 5 artikla) toimivallan jakoa koskeva periaate. Tämä kanneperuste jakautuu kahteen laajaan, toisiinsa liittyvään väitteeseen, joita koskeva näyttö on merkityksellinen myös suhteellisuus- ja toissijaisuusperiaatteiden loukkaamiseen, perusoikeuksien loukkaamiseen sekä perustamissopimuksen 30 artiklan rikkomiseen liittyvien kanneperusteiden osalta.

37. Ensimmäinen väite koskee sitä, että direktiivi on todellisuudessa kansanterveyden suojeluun liittyvä toimenpide, jonka vaikutus sisämarkkinoihin, mikäli sillä tällaista vaikutusta edes on, on pelkästään satunnainen suhteessa sen pääasialliseen, sisällöstä ilmi käyvään tavoitteeseen, joka koskee tupakoinnin vähentämistä. Kansanterveys on ollut yhteisön tupakkamainontaa koskevien aloitteiden pääasiallinen tekijä ”Eurooppa syöpää vastaan” -ohjelman käynnistämisen jälkeen vuonna 1985. Kansanterveyden suojelu on direktiivin pääasiallinen tavoite, mikä käy ilmi sen nykyisistä perustelukappaleista ja ennen sen hyväksymistä poistetuista perustelukappaleista sekä siitä, että direktiivin antamisesta vastasivat kansanterveyden alan ministerit, komission jäsenet ja muut virkamiehet, samoin kuin useiden poliittisten päättäjien lausunnoista. Oikeudellinen valvonta ei rajoitu vain ilmoitettuihin tavoitteisiin, sellaisina kuin ne käyvät ilmi toimenpiteen johdanto-osasta, jota on mahdollista muokata. Koska perustamissopimuksen 129 artiklassa on nimenomaisesti suljettu pois yhdenmukais-

tamista merkitsevät toimet niistä toimista, joiden toteuttamisesta kyseisessä artiklassa määrätään, yhteisö ei ollut toimivaltainen antamaan direktiiviä sellaisen oikeudellisen perustan nojalla, joka oli pelkästään satunnainen sen todelliseen tavoitteeseen ja sisältöön nähden.

38. Toisen väitteen mukaan direktiivi ei missään tapauksessa ole pätevä sisämarkkinatoimenpide useasta syystä. Ensinnäkään ei ollut olemassa merkittävää (jos mitään) jäsenvaltioiden välistä kysymyksessä olevien mainospalvelujen tai mainosvälineiden kauppaa, joka liittyisi kunkin jäsenvaltion sisäiseen kauppaan, minkä vuoksi eri jäsenvaltioiden lainsäädännöissä olevat erot aiheuttivat vain vähäisen mahdollisen esteen tälle kaupalle, eikä niistä aiheutunut havaittavaa kilpailun vääristymistä. Esimerkiksi mikään yhteisön sanomalehti tai aikakauslehti ei myy viittä prosenttia enempää painoksestaan alkupe-  
rjäsenvaltionsa ulkopuolelle, eikä min-  
kään tällaisen julkaisun kaupan pitämistä rajoiteta siihen sisältyvän tupakkamai-  
nonnan vuoksi. Havaitut esteet olisi voitu poistaa edellyttämällä sanomalehtien vapaata liikkuvuutta niiden mainossisällöstä huolimatta. Toiseksi direktiivi joh-  
taa tosiasiallisesti tupakkamainonnan täy-  
delliseen kieltoon — kielletään noin 98 prosenttia tästä mainonnasta sen arvon perusteella laskettuna, mukaan luettuna mainonta, jolla on pelkästään valtiosisäisiä vaikutuksia —, minkä seurauksena

mainontaan liittyvien tuotteiden ja palvelujen vapaa kauppa estyy. Lisäksi tupakkamainonta edustaa vain hyvin vähäistä osaa koko mainonnasta, ja eri maiden hyvin vaihtelevat tupakkamaut johtavat erilaisiin kansallisiin edistämistrategioihin, mitkä eivät ole rajat ylittävien palvelujen tarjonnan tai tavaroiden kaupan kohteena. Siten yhteisössä ei käytännössä ole mitään todella kansainvälistä tupakkamerkkiä.

pyrittäisiin tupakkatuotteiden vapaaseen liikkuvuuteen. Se vääristää kilpailua myös yhteisön tiedotusvälineiden ja kolmansien maiden tiedotusvälineiden välillä. Lisäksi se vääristää kilpailua erillisillä "itse-näisillä" markkinoilla yhtäältä muiden kuin tupakkatuotteiden — joita ovat vaatteet, kosmetiikkatuotteet jne., joissa käytetään tupakkatuotteissa käytettyjä nimiä (diversifikaatiotuotteet) — ja toisaalta vastaavanlaisten tuotteiden, joissa ei käytetä tällaisia nimiä, välillä.

39. Vaikka tiettyjen tuotteiden tai palvelujen rajoitukset tai kiellot saattavat olla tarpeen osana markkinoiden yleistä avautumista, taloudellisen toiminnan täydellisen kiello ei ole yhdenmukainen tavaroiden ja palvelujen vapaan liikkuvuuden toteuttamisen kanssa. Tässä seurauksena on kilpailun poistaminen. Kieltoa eivät tasapainota mainonnan muille aloille syntyvät edut; direktiivissä nimenomaisesti oikeutetaan jäsenvaltiot jopa rajoittamaan myös mainontakiellosta tehtäviä merkityksettä poikkeuksia kansanterveysellisillä syillä, joten kaikesta huolimatta esitetyt kilpailun yhtäläiset edellytykset saattavat joka tapauksessa vääristyä.

41. Kantajat katsovat periaatteellisesti, että 100 a artiklaa on mahdollisesti vääriinkäytetty kilpailun väitettyjen vääristymien korjaamiseksi, ja ne katsovat, että kyseistä artiklaa on tässä tarkoituksessa sovellettava ainoastaan aloilla, joissa yhteisöllä on myös toimivalta aineellisten säännösten osalta. Vastakkaisessa tapauksessa, ottaen huomioon oikeudellisen valvonnan rajallisen ulottuvuuden, neuvostossa toteutettava määränemmistöäänestystä voitaisiin käyttää yhteisön ja jäsenvaltioiden välisen toimivallanjaon kiertämiseksi.

40. Mainontadirektiivillä on myös kilpailuvastaisia vaikutuksia, ja se vaikuttaa markkinoiden jakautumiseen tehden käytännössä mahdottomaksi uusien tupakkamerkkien markkinoille pääsyn, mikä on tavallisesti mahdollista mainonnan ansiosta. Direktiivissä ei esitetä, että sillä

42. Vastaajat katsovat, että tupakkamainonta on tietyn, jäsenvaltioiden rajat ylittävän vaihdon kohteena sekä palvelujen osalta, esimerkiksi monikansallisten yhtiöiden tilatessa tupakkatuotteille yhdenmukaisia merkkejä, logoja, kuvia, tunnuksia ja teemoja, että tavaroiden kaupassa sellaisten tavaroiden osalta, jotka toimivat mainonnan tukena tai keinona, kuten esimerkiksi sanomalehdet, ilmoitukset ja julisteet sekä elokuvien mainosfilmit. Siten on tietystä määrin olemassa tuotteiden

kansainvälisiä merkkejä, ja myynninedistämiskampanjoita toteutetaan yli jäsenvaltioiden rajojen. Kiellon laajuuden määrittelyä (esimerkiksi 98 prosenttia) ei voida tehdä pelkästään yhdessä, suhteellisen liberaalissa jäsenvaltiossa, kuten Saksa, aikaisemmin sallitun mainostoiminnan perusteella. Eri jäsenvaltioiden hyvin vaihtelevat tupakkamainonnan rajoitukset Suomen, Italian ja Portugalin täydellisestä kiellosta suhteellisen liberaaleihin järjestelmiin Saksan kaltaisissa jäsenvaltioissa muodostivat esteitä sekä mainospalvelujen tarjonnalle että tavaroiden vapaalle liikkuvuudelle. Osa asianosaisista katsoi myös, että nämä lainsäädäntöjen erot vaikuttivat jopa tupakkatuotteiden vapaaseen liikkuvuuteen sekä niiden väliseen kilpailuun.

noiden sääntely, jossa ei vapauteta niitä. Lisäksi laaja sääntely oli tarpeen, jotta estettäisiin sääntelyn kierto (ja vältettäisiin kilpailun vääristyminen), joka johtuisi siitä, että mainonta ja sponsorointi kanavoitaisiin kasvavassa määrin sellaisiin mainosvälineisiin, joihin direktiiviä ei sovelleta, vaikka osaa näistä mainosvälineistä ei käytetä mihinkään havaittavaan, rajat ylittävään kauppaan. Myös pelkästään paikalliset mainosvälineet voivat tarjota palveluja ulkomaalaisille mainostomistoille tai tupakantuottajille. Usean maan lainsäädännössä tietyt tuotteet tai palvelut on kielletty kokonaan, tai niissä säädellään ankarasti tiettyjä mainonnan muotoja. Direktiivi ei kuitenkaan merkitse tupakkamainonnan täydellistä kieltä sen 5 artiklaan sisältyvien poikkeusten vuoksi että jäsenvaltioille jätetyn sen mahdollisuuden vuoksi, että ne voivat olla kieltämättä diversifikaatiotuotteiden mainontaa.

43. Asianmukainen vastaus näihin esteisiin sekä niistä johtuvaan kilpailun vääristymiseen on kyseessä olevien kansallisten säädösten lähentäminen. Näin tehtäessä terveyden suojelun osalta päädyttiin korkeatasoiseen sääntelyyn, koska näin otettiin huomioon joissain jäsenvaltioissa voimassa oleva, ilmeisesti suhteellinen, mutta ankarampi sääntelyn taso ja koska 100 a artiklan 3 kohdassa ja yleisemmin 129 artiklan 1 kohdan kolmannessa alakohdassa edellytettiin sitä. Nämä kaksi tavoitetta olivat toisiaan täydentäviä; terveyttä koskeva tavoite ei vahingoita sisämarkkinoihin liittyvää tavoitetta, joka oli riittävä tukemaan mainittuja oikeudellisia perustoja. Perustamissopimuksen 100 a artiklassa ei edellytetä kansallisten lainsäädäntöjen esteettöytä liberalisointia. Kyseisessä määräyksessä mahdollistetaan myös markki-

44. Siten voidaan katsoa, että jäljellä oleville, sallituille mainonnan muodoille on luotu sellaiset sääntelypuitteet, jotka mahdollistavat mainontapalvelujen tarjoajien ja mainosvälineiden tuottajien ja jakajien vapaan kilpailun yhteisten sääntöjen perusteella. Ei ole säädetty sisämarkkinoilta saatavien etujen määrästä tai edeltävien kaupan esteiden suuruutta koskevista edellytyksistä, joiden on täyttyttävä ennen kuin voidaan ryhtyä toteuttamaan yhdenmukaistamistoimenpiteitä. Toisin sanoen sisämarkkinatoimenpiteitä ei alisteta de minimis -testille. Tämä on merkityksellistä vain suhteellisuuskysymyksen kannalta. Tällainen yhdenmukaistaminen on mahdollista toteuttaa vastauksena pel-

kästään mahdollisiin uhkiin, vaikka ne eivät uhkaakaan rajoittaa kauppaa tai vääristää kilpailua huomattavalla tavalla. Tiettyjen mainosvälineiden saatavuuden rajoittaminen ei uhkaa uusien tupakkamerkkien markkinoille pääsyä. Kysymys siitä, ovatko kilpailun vääristymiset huomattavia, on merkityksellinen ainoastaan perustamissopimuksen 100 artiklan kannalta.

45. Direktiivi on selkeästi sisämarkkinatoimenpide pikemminkin kuin pääasiallisesti terveyteen liittyvä toimenpide, joten perustamissopimuksen 57 artiklan 2 kohta, 66 artikla (palvelujen osalta) sekä 100 a artikla ovat sen asianmukainen oikeudellinen perusta. Tämä käy ilmi direktiivin tavoitteesta ja sisällöstä, sellaisina kuin ne käyvät objektiivisesti ilmi sen perustelukappaleista ja säädösosasta. Tätä ei voida riitauttaa pelkästään subjektiivisella näytöllä lainsäätäjän aikomuksesta, joka ilmenee esitöistä, jotka kuuluvat ainoastaan osana direktiivin asiayhteyteen. Sellaiset seikat kuin neuvoston kokoonpano tai työryhmien lausunnot ovat vailla merkitystä. Siten ei voida väittää, että direktiivin painopiste on muualla kuin sisämarkkinoiden toteuttamisessa tai että sen säännöksillä on ainoastaan satunnainen ja liitännäinen yhteys sisämarkkinoiden toteuttamisen ja toiminnan kannalta. Perustamissopimuksen 129 artiklan 4 kohdassa tehty yhdenmukaistamista merkitsevien toimien poissulkeminen ei vaikuta 100 a artiklan soveltamisalaan, johon sovelletaan ainoastaan 100 a artiklan 2 kohdassa nimenomaisesti määrättyjä rajoituksia.

## ii) *Toissijaisuusperiaate*

46. Kantajat katsovat, että jos yhteisö on toimivaltainen toimimaan esitettyjen oikeudellisten perustojen pohjalta, minkä ne kiistävät, sen toimivalta on jaettua toimivaltaa jäsenvaltioiden kanssa. Lainsäätäjä ei ole noudattanut Edinburghissa vuonna 1992 kokoontuneen Eurooppa-neuvoston<sup>48</sup> toissijaisuusperiaatteesta laatumia ohjeita tai vuonna 1993 tehtyä Euroopan parlamentin, neuvoston ja komission välistä sopimusta toissijaisuusperiaatteen toteuttamisen edellyttämistä menettelyistä.<sup>49</sup> Erityisesti lainsäätäjä on jättänyt viittaamatta toissijaisuusperiaatteeseen direktiivin johdanto-osan perustelukappaleissa. Lisäksi lainsäätäjä ei ole esittänyt mitään laadullista tai määrällistä näyttöä yhteisön toiminnan tarpeesta. Ottaen huomioon, ettei ole olemassa mitään merkittävää rajat ylittävää seikkaa ja että kansallisten lainsäädäntöjen välillä on olennaisia eroja, mainonnan sääntelyn pitäisi kuulua jäsenvaltioiden toimivaltaan. Toissijaisuusperiaatteen soveltamatta jättäminen perustamissopimuksen 100 a artiklan nojalla toteutettuihin toimenpiteisiin tekisi käytännössä tyhjäksi kyseisen periaatteen merkityksen.

47. Vastajat väittävät pääasiallisesti, että perustamissopimuksen 57 artiklan 2 kohdassa ja 100 a artiklassa yhteisölle annettu lainsäädäntöjen yhteensovittamista ja lähentämistä koskeva toimivalta on luonteeltaan yksinomaista siten, ettei siihen voida soveltaa toissijaisuusperiaatetta.

48 — Euroopan yhteisöjen tiedote 12/92, s. 9.

49 — Euroopan yhteisöjen tiedote 10/93, s. 129.

Vaikka kyseistä periaatetta sovellettaisiin, on selvää, etteivät jäsenvaltiot kykene saavuttamaan direktiivin tavoitteita kilpailun vääristymisen sekä rajat ylittävän tiedotusvälineiden ja mainontapalvelujen kaupan esteiden poistamisesta, minkä vuoksi yhteisön toiminta oli tarpeen. Lainsäätäjät on selkeästi arvioinut ja perustellut yhteisön toiminnan tarpeen vastauksena kansallisissa lainsäädännöissä oleviin eroihin. Lisäksi direktiivissä jätetään jäsenvaltioille huomattava toiminnanvapaus useassa suhteessa.

esittämästä pyynnöstä. Kanadan korkein oikeus on hylännyt väitteet siitä, että täydellinen kieltäminen alentaisi tupakan kokonaiskulutusta, ja väitteet on kiistetty kansallisessa tuomioistuimessa asiassa C-74/99, Imperial Tobacco, esitetyllä merkittävällä näytöllä. Tämän tavoitteen saavuttamiseksi on mahdollista kehittää muita, vähemmän rajoittavia ja tehokkaita keinoja, kuten esimerkiksi tiedotuskampanjat ja tupakointirajoitukset. Yhdenmukaistetut säännöt sanomalehtien ja muiden julkaisujen vapaasta liikkuvuudesta tai jopa rajat ylittävässä eri julkaisujen kaupassa toteutettu tupakkamainonnan sensurointi olisivat rajoittaneet kauppaa vähemmän.

### iii) *Suhteellisuusperiaate*

48. Direktiivissä mainitun sisämarkkinoiden toteuttamista koskevan tavoitteen osalta kantajat vakuuttavat, että käytännössä täydellisen kiellon vaikutukset ovat joko merkityksettömiä tai ne vaikuttavat kielteisesti edellä esitetyistä syistä. Johdanto-osassa tehdyn markkinoita koskevan arvioinnin olettamuksellinen luonne ei tuo tarpeellista näyttöä suhteellisuudesta. Säädös rajoittaa kauppaa poistamatta kuitenkaan todellisia esteitä tai vääristymiä, minkä vuoksi se ei ole tarpeen eikä asianmukainen. Lainsäätäjät on tehnyt virheen arvioidessaan, että direktiivi johtaa tupakan kulutuksen alenemiseen, sillä mainonnan tarkoituksena on luoda eri merkien markkinaosuuksia sen sijaan, että sillä pyrittäisiin lisäämään tupakoitsijoiden määrää. Tosiasiassa ei ole tehty mitään erityistutkimusta mainontakiellon todennäköisestä vaikutuksesta tupakointiin, eikä edes diversifikaatiotutotteiden osalta, huolimatta neuvoston tässä tarkoituksessa

49. Vastajat katsovat, että yhteisön lainsäätäjällä on laaja harkintavaltia. Sen lainsäädännöllisiä valintoja ei valvota, ellei kysymys ole ilmeisestä arviointivirheestä tai täysin suhteettomien haittojen luomisesta toimenpiteestä aiheutuviin etuihin verrattuna. Sen arvioimiseksi, onko direktiivi suhteellisuusperiaatteen mukainen, voidaan ottaa huomioon sekä sen pääasiallinen, sisämarkkinoita koskeva tavoite että sen täydentävä, kansanterveyttä koskeva tavoite. Ottaen huomioon näiden molempien tavoitteiden merkityksen ja kansallisten olemassa olevien rajoitusten tason, yhteisön lainsäätäjät on onnistunut luomaan asianmukaisen tasapainon yleisen edun ja yksittäisten etujen välillä. Kaikki toimijat ovat nyt tasa-arvoisessa tilanteessa. Yleisölle aiheutunut tietojen menetyks, esimerkiksi tervamäärältään alhaisemmasta tupakasta, korvautuu tulevaisuudennäkymällä yleisen kulutuksen alenemisestä. Lisäksi ei voida vakavasti esittää, ettei direktiivillä olisi tällaista vaikutusta, ottaen huomioon tutkimukset,

joihin neuvosto, Yhdistyneen kuningaskunnan hallitus ja Ranskan tasavalta ovat vedonneet, koska mainonnan tehtävänä on kulutuksen rohkaiseminen. Vastaajat katsovat lisäksi, että kieltö ei ole täydellinen (toisin kuin Kanadassa kumottu kieltö), ja se johtaa tiettyyn liberalisointiin joissakin jäsenvaltioissa. Vastaajat viittaavat myös pitkiin siirtymäajanjaksoihin tietyissä tapauksissa, mahdollisuuteen olla kieltämättä tiettyjen diversifikaatiotuotteiden mainontaa sekä siihen seikkaan, että ainoastaan tavaramerkkioikeuksien yhden elementin harjoittamista rajoitetaan.

iv) *30 artiklan rikkominen*

50. Saksa väittää, että toteuttaessaan yhdenmukaistamistoimenpiteitä yhteisön lainsäätäjän on noudatettava EY:n perustamissopimuksen 30 artiklaa. Direktiivissä estetään todellisuudessa kaikki rajat ylittävä mainosvälineiden kauppa, mikä on suhteeton rajoitus, jonka tarvetta ei ole näytetty toteen tieteellisesti ja jonka osalta oli olemassa muita, vähemmän rajoittavia ratkaisuja.

51. Vastaajat huomauttavat, että perustamissopimuksen 30 artiklaa sovelletaan vain yhdenmukaistamistoimenpiteiden puuttuessa. Vaikka tätä säännöstä sovel-

lettaisiinkin, se ei voi johtaa eri lopputulokseen kuin mitä johtuu perustamissopimuksen 100 a artiklan toimivaltaa koskevasta arvioinnista sekä näin toteutetun toimenpiteen suhteellisuutta koskevasta arvioinnista. Direktiivillä poistetaan todellisuudessa kaupan esteitä ja taataan samanaikaisesti terveyden suojelun korkea taso.

v) *Omistusoikeus ja taloudellisen toiminnan vapaa harjoittaminen*

52. Kantajat viittaavat EY:n perustamissopimuksen 222 artiklaan (josta on tullut EY 295 artikla) ja Euroopan ihmisoikeussopimuksen ensimmäisen lisäpöytäkirjan 1 artiklaan. Direktiivin 3 artiklan 1 kohdassa estetään tupakkayhtiöiden, mainostoimistojen sekä mainosyhtiöiden olemassa olevien sopimusoikeudellisten oikeuksien harjoittaminen. Tavaramerkkien käyttöä koskevat rajoitukset koskevat niiden erityistä sisältöä ja merkitsevät teollis- ja tekijänoikeuksien kaupan liittyvistä näkökohdista 15 päivänä huhtikuuta 1994 tehdyn sopimuksen (TRIPS-sopimus) 20 artiklan vastaista pakkolunastusta sekä edellä mainittujen perusoikeuksien rikkomista, ja direktiivin 3 artiklan 2 kohta lieventää niitä vain osittain. Diversifikaatiotuotteiden kauppaa harjoittaville yrityksille aiheutuu huomattavia vahinkoja. Nämä rajoitukset ovat suhteettomia ja siten laittomia.

53. Vastaajat katsovat puolestaan, että perustamissopimuksen 222 artikla ei ole

esillä olevan asian kannalta merkityksellinen, koska direktiivi ei vaikuta jäsenvaltioissa voimassa oleviin omistusoikeusjärjestelmiin. Oikeudet, joihin on vedottu, eivät ole ehdottomia, ja niille voidaan asettaa suhteellisia rajoituksia yleisen edun vuoksi, kun rajoitukset eivät vaikuta oikeuksien sisältöön. Tavaramerkkien käytön sääntely ei merkitse pakkolunastusta, koska niitä voidaan edelleen käyttää tupakkatuotteissa itsessään sekä sallituissa mainonnan muodoissa. Lisäksi voiton menetys ei merkitse omistusoikeuden tai taloudellisen toiminnan harjoittamisen loukkausta.

näyttöä, josta vakuuttavalla tavalla käy ilmi, että tällaiset rajoitukset johtavat tupakan kulutuksen alenemiseen. Itse asiassa siitä johtuva tuottajien välinen hintakilpailu todennäköisesti kasvattaa kulu- tusta. Ei ole tarpeen, että yhteisöjen tuo- mioistuin myöntää yhteisön lainsäätäjälle tältä osin laajan harkintavallan. Säädetty rajoitus on siten suhteeton. Mainonnan täydellinen kieltö merkitsee erityisen vaka- vaa sananvapauden ja valinnanvapauden loukkausta. Tämä johtopäätös saa tukea Kanadan, Yhdysvaltojen ja Itävallan oikeuskäytännöstä.

#### vi) *Sananvapaus*

54. Kantajat vetoavat erityisesti Euroopan ihmisoikeussopimuksen 10 artiklaan, jossa suojellaan kaupallista ilmaisua, kuten mainontaa, sillä mainonnan keinoin yri- tykset voivat antaa yleisölle hyödyllisiä tietoja tuotteistaan, kuten esimerkiksi ter- vapitoisuudeltaan alhaisista tuotteista. Tällainen suojelu on tunnustettu yhteisön oikeudessa. Sananvapaudelle asetettuja rajoituksia sinänsä laillisten tuotteiden osalta ei voida hyväksyä. Kantajat katso- vat, että sisämarkkinoiden toteuttaminen ei ole asianmukainen peruste tämän oikeuden rajoittamiseksi. Vetoaminen kiellosta kan- santerveydelle aiheutuviin etuihin on risti- riidassa direktiivin oikeudellisen perustan kanssa. Lisäksi ei ole olemassa tieteellistä

55. Vastaajat katsovat, että perusoikeudet eivät ole ehdottomia ja että niitä on ar- vioitava yhteisön oikeusjärjestyksen valos- sa, mukaan luettuna perustavanlaatuisten taloudellisten vapauksien turvaaminen. Euroopan ihmisoikeussopimuksen 10 artiklan 2 kohdan mukaan sananva- pautta voidaan rajoittaa kansan- terveydellisistä syistä, johon tavoitteeseen direktiivillä lainmukaisesti pyritään sama- aikaisesti sisämarkkinoiden toteuttamista koskevan tavoitteen kanssa. Tupakkamai- nonta kannustaa tupakoimaan, mikä aiheuttaa merkittäviä terveysriskejä. Täl- laisten tuotteiden edistämiseen liittyvälle kaupalliselle ilmaisulle asetetut laajat rajoitukset ovat siten suhteellisuus- periaatteen mukaisia, erityisesti kun tällai- sen tiedon sisältö ei ole merkityksellinen. Taiteiden ja urheilun sponsoroinnin osalta on sallittu pitkä siirtymäaika, jotta mah- dollistetaan muiden rahoituslähteiden han- kinta.



vii) *Perusteluvollisuus*

56. Kantajat esittävät, että direktiivin perustelut ovat usealta kannalta puutteellisia vastoin EY:n perustamissopimuksen 190 artiklaa (josta on tullut EY 253 artikla). Johdanto-osassa ei viitata tupakkamainonnan tai sponsoroinnin rajat ylittäviin vaikutuksiin, eikä erityisiin kaupan esteisiin tai kilpailun vääristymiseen, jotka voisivat oikeuttaa tupakkamainonnan alalla toteutettavan yhdenmukais- tamistoimenpiteen, eikä siinä selvitetä, minkä vuoksi mainonnan rajoitukset oli ulotettava kaikkiin mainosvälineisiin, sponsorointiin, ilmaisjakeluun, diversifi- kaatiotuotteiden mainontaan sekä tupak- katuotteiden merkkiin liittyviin seikkoihin. Lisäksi perustelukappaleet eivät täysin ilmaise sitä, että direktiivin todellinen antamisperuste oli kansanterveyden suo- jelu. Niistä ei myöskään käy ilmi se, kuinka direktiivillä parannetaan terveyden suoje- lua. Perustelukappaleisiin ei myöskään sisälly mitään viittausta suhteellisuus- tai toissijaisuusperiaatteisiin.

57. Vastajaat toteavat puolestaan, että perustelukappaleista käyvät ilmi lainsäätä- jän perustelujen olennaiset seikat sekä sisämarkkinoiden osalta, jota väitettä on kehitelty enemmän vastaajien edellä yhteenvedonomaaisesti esitettyyn ensim- mäiseen kanneperusteeseen antamassa vas- tineessa, että terveyden suojelun korkean tason tarpeen osalta. Yhteisön oikeudessa ei edellytetä, että yleisten toimenpiteiden johdanto-osan perustelukappaleet sisältä-

vät yksityiskohtaisia teknisiä tietoja. Yleisen tilanteen ja tavoitteiden kuvaus riittää tällaisessa tapauksessa. Direktiivillä mainonnalle asetettujen rajoitusten ulottu- vuus on selvitetty perustelukappaleissa viittaamalla riskiin siitä, että rajoitetumpi toimenpide voitaisiin kiertää, ja tarpeeseen säädellä mainonnan epäsuoria muotoja. Ei ole tarpeen viitata nimenomaisesti esi- merkiksi toissijaisuusperiaatteen kaltaisiin periaatteisiin, sillä jos näitä periaatteita on sovellettava, perustelukappaleista ilmenee, onko niitä noudatettu. Esitetyt perustelut ovat yleisesti ottaen asianmukaisia sen kannalta, että asianosaiset ja yhteisöjen tuomioistuin voivat arvioida kysymystä oikeudellisesta valvonnasta.

## V Arviointi asiasta

i) *Oikeudellinen perusta ja toimivalta*

## Johdanto

58. Tässä osassa tutkin kantajien esittämiä kahta laajaa väitettä siitä, että riidanalaista direktiiviä ei ole annettu pätevällä tavalla perustamissopimuksen 57 artiklan 2 koh- dan ja 100 a artiklan nojalla, koska joko i) direktiivin ”painopiste” on terveyden suo-

jelu eikä sisämarkkinat — joiden osalta sen vaikutukset ovat siten liitännäisiä — tai ii) koska olennaisesti kieltoimenpiteenä direktiivi ei täytä edellä mainituissa artikloissa määrättyjä edellytyksiä. Toisin sanoen arviointini on seuraava. Perustamissopimuksen 57 artiklan 2 kohdan ja 100 a artiklan mukainen toimivalta on määritelty toiminnallisesti viittaamalla sisämarkkinoita koskeviin laajoihin, horisontaalisesti sovellettaviin tavoitteisiin aloilla, joilla muuten jäsenvaltiot monissa tapauksissa ovat toimivaltaisia. Yhteisön on asianmukaisissa tapauksissa otettava huomioon terveyden suojelu tätä toimivaltaa harjoittaessaan. Koska yhteisöllä ei ole erillistä yhdenmukaistamiseen liittyvää toimivaltaa terveyden suojelun alalla, ja ottaen huomioon mahdollisuuden edistää samanaikaisesti terveyden suojelua ja sisämarkkinoiden tavoitteita, kysymystä siitä, onko yhteisö toiminut toimivaltansa rajoissa, ei voida määritellä viittaamalla toimenpiteen niin sanottuun ”painopisteseen” näiden kahden luonteeltaan erilaisen päämäärän välillä. Toimivaltaa koskeva ongelma on päinvastoin ratkaistava tarkastelemalla, onko direktiivi sisämarkkinoiden objektiivisten tavoitteiden mukainen, ottaen erityisesti huomioon ne konkreettiset sisämarkkinaedut, joita toimenpiteellä väitetään saavutettavan sisämarkkinoilla. Mainontadirektiivin tapauksessa yhteisön lainsäätäjää vetoaa tällaisiin etuihin yksinomaan tupakkamainonnan ja sponsoroinnin suhteen sekä tällä alalla käytettävien mainosvälineiden osalta. Koska direktiivissä otetaan käyttöön todellisuudessa täydellinen kielto harjoittaa taloudellista toimintaa kyseisellä alalla eikä siinä yhdenmukaisteta kansallisia säännöksiä, joilla säännellään niitä suhteellisen vähäisiä aloja, joilla tupakkamainontaa ei kielletä, direktiivin ei voida katsoa edistävän tavaroiden vapaata liikkuvuutta tai palvelujen vapaata tarjoamista tai poistavan kyseisen alan kilpailun vääristymiä. Se on siten pätemätön lainsäätäjän käyttämien

oikeudellisten perustojen mukaisten edellytysten osalta.

#### Yhteisön toimivallan luonne

59. Tutkiakseni näissä kahdessa asiassa esitettyä väitettä siitä, että yhteisön lainsäätäjää on ylittänyt sille perustamissopimuksessa annettun toimivallan, ja erityisesti väitettä siitä, ettei mainontadirektiiviä voida perustaa sen oikeudelliseen perustaan, on tarpeen muistuttaa yhteisön toimivallan luonteesta ja niistä periaatteista, joiden nojalla yhteisöjen tuomioistuin harjoittaa tämän toimivallan oikeudellista valvontaa.

60. Yhteisölle on annettu perustamissopimuksen eri määräyksissä toimivaltaa siinä tarkoituksessa, että yhteisö voi toteuttaa näihin määräyksiin liittyvät erityistavoitteet, luettuna yhdessä yhteisön yleisten tavoitteiden valossa, ja näin yhteisön toimivallan ulottuvuutta on arvioitava näiden tavoitteiden ulottuvuuden perusteella. Siten EY:n perustamissopimuksen 3 b artiklan ensimmäisessä kohdassa todetaan, että ”yhteisö toimii sille tällä sopimuksella annettun toimivallan ja asetettujen tavoitteiden rajoissa” (kursivointi tässä). Tästä määräyksestä käy ilmi, että yhteisöllä on vain ”rajoitettua

erityistoimivaltaa".<sup>50</sup> Yhteisöjen tuomioistuimen on siten muun muassa varmistettava, että yhteisö noudattaa sen toimivallalle asetettuja rajoja.

61. Tältä osin yhteisöjen tuomioistuin on katsonut, että "toimen oikeudellisen perustan valinta ei voi olla pelkästään riippuvainen toimielimen uskomuksesta tavoitellun tavoitteen osalta".<sup>51</sup> Tämän sijasta yhteisöjen tuomioistuin on katsonut useassa tuomiossaan, että "yhteisön toimivaltajärjestelmässä toimen oikeudellisen perustan valinnassa on tukeuduttava sillä tavoin objektiivisiin seikkoihin, että yhteisöjen tuomioistuin voi valvoa niiden laillisuutta. Tällaisia seikkoja ovat muun muassa toimen tavoite ja sisältö."<sup>52</sup> Vaikka yhteisöjen tuomioistuin soveltaa tavallisesti tätä päättelyä asioissa, jotka koskevat kiistaa toimen antamiseen käytettävästä kahdesta oikeudellisesta perustasta, tätä objektiivista testiä voidaan soveltaa myös tilanteisiin, joissa ainoa muu mahdollinen oikeudellinen perusta on EY:n perustamissopimuksen 235 artikla,<sup>53</sup> sekä mielestäni tilanteisiin, joissa ei ole mitään muuta ilmeistä mahdollisuutta.<sup>54</sup> Näissä

olosuhteissa, kuten esillä olevassa asiassa, yhteisöjen tuomioistuimen ratkaistavana on enemmän tai vähemmän vakava ristiriita yhteisön ja jäsenvaltioiden lainsäätäjien toimivallan välillä.<sup>55</sup>

62. Perustamissopimuksen 100 a artiklan 1 kohdassa yhteisölle annettu toimivalta on luonteeltaan horisontaalista. Sitä ei ole rajoitettu etukäteen viittaamalla tiettyyn, aineellisesti määriteltyyn aiheeseen.<sup>56</sup> Tämän sijasta yhteisö voi toteuttaa "sisämarkkinoiden toteuttamista ja toimintaa" koskevia lähentämistoimenpiteitä. Siten yhteisön toimivallan ulottuvuus on määritelty "toiminnallista luonnetta olevan arviointiperusteen nojalla, ja toimivalta kattaa horisontaalisti kaikki toimenpiteet, joiden tarkoituksena on sisämarkkinoiden toteuttaminen".<sup>57</sup> Tämä "johtaa yleensä sellaiseen yhteisön lainsäädäntöön, joka koskee mitä erilaisimpia kansallisen lainsäädännön aloja",<sup>58</sup> sillä edellytyksellä,

50 — Yhteisöjen tuomioistuimen lausunto 2/94, Euroopan ihmisoikeussopimus, lausunto 28.3.1996 (Kok. 1996, s. 1-1759, 23 kohta). Ks. myös EY:n perustamissopimuksen 4 artiklan 1 kohta (josta on tullut EY 7 artiklan 1 kohta) sekä ensimmäinen, perustamissopimuksen 173 artiklan toisen kohtaan perustuva kanneperuste, joka koskee toimivallan puuttumista.

51 — Asia C-300/89, komissio v. neuvosto, tuomio 11.6.1991 (Kok. 1991, s. 1-2867, 10 kohta, jäljempänä titaaniidioksiditapaus). Mitä tulee subjektiivista uskomusta koskevan näytön käyttämiseen esillä olevissa asioissa, ks. jäljempänä ratkaisuehdotuksen 74—77 kohta.

52 — Asia C-233/94, Saksa v. parlamentti ja neuvosto, tuomio 13.5.1997 (Kok. 1997, s. 1-2405, 12 kohta, jäljempänä talletusten vakuudet). Ks. myös viimeisimpänä asia C-269/97, komissio v. neuvosto, tuomio 4.4.2000 (Kok. 2000, s. 1-2257, 43 kohta).

53 — Ks. esimerkiksi asia C-233/94, talletusten vakuudet -tapaus, tuomion 10 ja 11 kohta, jotka edeltävät välittömästi edellä mainittua kappaletta.

54 — Yhteisöjen tuomioistuin selvitti edellä alaviiteessä 50 mainitussa lausunnossaan 2/94 (30 kohta), että 235 artiklan perusteella "ei voida laajentaa yhteisön valtuuksia ulottumaan perustamissopimuksen kaikista määräyksistä ja erityisesti yhteisön tehtävistä ja toimintaa säätelevistä määräyksistä ilmenevän yleisen alan ulkopuolelle", mikä edellyttäisi perustamissopimuksen muuttamista.

55 — Kysymys siitä, olisiko direktiivi voitu antaa 235 artiklan perusteella vaiko ei, ei ole esillä olevan direktiivin tähtävyyden riittäytymisen kannalta merkityksellinen, koska 235 artiklaan ei kuitenkaan voida turvautua, ellei olisi katsottu, ettei yhteisö ollut toimivaltainen antamaan mainontadirektiiviä perustamissopimuksen 57 artiklan 2 kohdan, 66 artiklan ja 100 a artiklan nojalla; ks. edellä alaviite 50, lausunto 2/94 (29 kohta) sekä asia 45/86, komissio v. neuvosto, tuomio 26.3.1987 (Kok. 1987, s. 1494, 13 kohta; Kok. Ep. IX, s. 55).

56 — Ks. esimerkiksi eri määrättykset, joissa yhteisölle annetaan eriasteista toimivaltaa aineellisesti määritellyillä aloilla, kuten maanviljely [39 artikla (josta on muutettuna tullut EY 33 artikla), 40 artikla (josta on muutettuna tullut EY 34 artikla), 41 artikla (josta on muutettuna tullut EY 35 artikla), 42 artikla (josta on muutettuna tullut EY 36 artikla) ja 43 artikla (josta on muutettuna tullut EY 37 artikla)] sekä ympäristönsuojelu [130 s artikla (josta on muutettuna tullut EY 175 artikla)].

57 — Ks. edellä alaviiteessä 51 mainittu titaaniidioksiditapaus, julkisasiamies Tesauron ratkaisuehdotus, 10 kohta.

58 — Ks. julkisasiamies Jacobsin ratkaisuehdotus asiassa C-350/92, Espanja v. neuvosto, tuomio 13.7.1995 (Kok. 1995, s. 1-1985, 26 kohta). Espanja vaati lääkkeiden lisäsuojatodistuksen aikaansaamisesta 18 päivänä kesäkuuta 1992 annettun neuvoston asetuksen (ETY) N:o 1768/92 kumoamista (EYVL 1992 L 182, s. 1); asetuksen oikeudellinen perusta oli perustamissopimuksen 100 a artikla.

että tämä on tarpeen sisämarkkinoiden toteuttamisen ja toiminnan kannalta.<sup>59</sup> Siten perustamissopimuksen 100 a artiklan mukaisen toimivallan ala on määritelty yksinomaan ilmoitettuun tavoitteeseen nähden, eikä suhteessa sen aineelliseen sisältöön.

63. Myös perustamissopimuksen 57 artiklan 2 kohdassa määrätään toiminnallisesta, ulottuvuudeltaan horisontaalisesta toimivallasta, joka tosin on soveltamisalaltaan eriytyneempi tai rajallisempi kuin 100 a artiklassa yhteisölle annettu toimivalta: mitään jäsenvaltioiden toimivallan alaa ei ole etukäteen suljettu pois sellaisten toimenpiteiden soveltamisalasta, joiden tarkoituksena on poistaa sijoittautumisvapauden tai palvelujen tarjoamisen vapauden esteitä. Perustamissopimuksen 57 artiklan 2 kohtaan ja 66 artiklaan on myös vedottu osana direktiivin oikeudellista perustaa, koska direktiivin ensimmäisessä ja toisessa perustelukappaleessa todetaan, että direktiivi koskee osittain palvelujen tarjoamisen vapauden esteitä. Koska 57 artiklan 2 kohta ja 100 a artikla koskevat molemmat suuremmalla tai pienemmällä eriytyneisyydellä soveltamisalansa mukaan sisämarkkinoiden toteuttamiseen liittyviä tavoitteita, ja koska niissä

59 — Tältä osin on tehtävä kaksi täsmennystä: ensiksi perustamissopimuksen 100 a artiklan 2 kohdassa suljetaan nimenomaisesti tiettyjä aloja edeltävän kohdan soveltamisalan ulkopuolelle; toiseksi 100 a artiklan 1 kohtaa sovelletaan "jollei tässä sopimuksessa toisin määrätä". Useina esimerkkinä voidaan mainita perustamissopimuksen 57 artiklan 2 kohta, johon viitataan nimenomaisesti EY:n perustamissopimuksen 7 a artiklassa; määräykset, jotka koskevat erityisiä alakohtaisia tavoitteita, kuten EY:n perustamissopimuksen 129 b—129 d artikla (joista on muutettuina tullut EY 154—156 artikla); yleisemmin yhteinen maatalouspolitiikka, josta määrätään perustamissopimuksen 43 artiklassa.

määrätyt lainsäädäntömenettelyt eivät ole yhteensopimattomia,<sup>60</sup> esillä olevissa asioissa ei ole tarpeen pyrkiä määrittämään niiden välistä tarkkaa rajaa esimerkiksi mitä tulee toimivaltaan korjata palvelujen tarjoajien välisen kilpailun vääristymiä.

Yhteisön toimivalta ja kansallinen toimivalta: erilaiset tavoitteet

64. Laajasti määriteltyjen, toiminnallisten tavoitteiden toteuttamiseen annetun toimivallan luonteeseen kuuluu se, että tämän toimivallan käyttäminen vaikuttaa samanaikaisesti kysymyksiin, jotka kuuluvat tavallisesti aineellisesti määritellyn jäsenvaltioiden ja/tai yhteisön toimivallan alaan. Jos täytetään edellytys siitä, että tavoitteena on sisämarkkinoiden toteuttaminen tai toiminta, tai palvelujen tarjoajan toiminnan aloittamista ja harjoittamista koskevat kansalliset säännökset, lähentämistä tai yhteensovittamista koskevan toimenpiteen sisällön — sääntelyn taso, sääntelytapa ja niin edelleen — on myös periaatteessa heijastettava aineellisia huolenaiheita, kuten kansanterveys. Lisäksi

60 — Näissä kahdessa määräyksessä määrätään olennaisesti samasta lainsäädäntömenettelystä direktiivin osalta. 100 a artiklan 1 kohtaan sisältyvää täydentävää määräystä talous- ja sosiaalikomitean kuulemisesta on noudatettu esillä olevassa asiassa, eikä sen voida katsoa vaikuttavan 57 artiklan 2 kohdassa tarkoitetun menettelyn sisältöön, koska neuvosto saattoi kuulla sitä joka tapauksessa; ks. edellä alaviite 51, asia C-300/89, titaani-dioksidi-tapaus, tuomion 18 kohta.

100 a artiklan 3 kohdassa asetetaan komissiolle velvollisuus perustaa ”suojelun korkeaan tasoon” ”terveyttä, turvallisuutta, ympäristönsuojelua tai kuluttajansuojaa” koskevat ehdotuksensa. Tätä edellytystä vahvistaa 129 artiklan 1 kohdan kolmas alakohta, jossa edellytetään, että ”terveyden suojelua koskevat vaatimukset kuuluvat osana yhteisön muuhun politiikkaan”.

65. Vaikka 100 a artiklan 3 kohdan ja 129 artiklan 1 kohdan kolmannen alakohdan kaltaisia määräyksiä ei olisikaan, tällainen ratkaisu olisi täysin luonnollinen, koska yhteisön toiminta ei tapahdu poliittisessa tyhjiössä. Toteuttaessaan lähentämis- tai yhdenmukaistamistoimenpiteitä yhteisö korvaa yhteisön tason säännöksillä kansalliset säännökset, joihin, huolimatta niiden kauppaa rajoittavista vaikutuksista tai niistä johtuvasta kilpailun vääristymisestä, ovat voineet vaikuttaa täysin erilaiset aineelliset perusteet, kuten terveys, kuluttajien suojelu, ympäristönsuojelu ja niin edelleen.<sup>61</sup> Siten antaessaan säädöksiä yhteisö tulee jäsenvaltioiden tilalle, ja sen on huomioitava kansalliseen politiikkaan liittyviä tekijöitä, jotka eivät kuulu

61 — Tällaiset kansalliset toimenpiteet ovat itse asiassa saattaneet olla perusteluita tällaisista syistä perustamissopimuksen 30 ja 59 artiklassa tarkoitettulla tavalla.

yhteisön erityistoimivaltaan<sup>62</sup> — ja sitä suuremmalla syyllä sellaiset tekijät, joiden osalta perustamissopimuksessa on nimenomaisesti vedottu suojelun korkeaan tasoon.

66. Siten ilmeiset kansanterveyteen liittyvät tekijät, jotka olivat alun perin perustana mainonnan eri rajoituksille joissakin jäsenvaltioissa, sekä yhteisön lainsäätäjän noudattama kanta selvästikin samanlaisten syiden vuoksi,<sup>63</sup> eivät mielestäni sinänsä aiheuta epäilyksiä yhteisön toimivallasta sisämarkkinoita koskevan toimenpiteen toteuttamiselle. Pelkästään tämä seikka ei todista myöskään sitä, että yhteisö olisi tunkeutunut alueelle, joka on yksinomaan jäsenvaltioille varattu, tai että toimenpiteen tavoite olisi yksinomaan terveyden suojelu muut tavoitteet poissulkiin.<sup>64</sup> Todellinen kysymys on seuraava: Voiko tietyn toimenpiteen tavoitteena katsoa olevan sisämarkkinoiden toteuttaminen ja toiminta tai

62 — Ks. yhteisön lainsäätäjän yleisestä velvoitteesta ottaa huomioon kansanterveys sen antaessa säädöksiä perustamissopimuksen 43 ja 100 artiklan kaltaisten määrittelysten perusteella asia 68/86, Yhdistynyt kuningaskunta v. neuvosto, tuomio 23.2.1988 (Kok. 1988, s. 855, 12 ja 14 kohta; Kok. Ep. IX, s. 371). Kyseinen tuomio annettiin ennen kuin 129 artikla sisällytettiin perustamissopimukseen. Ks. myös edellä alaviite 52, asia C-233/94, talletusten vakuudet -tapaus, tuomion 17 kohta sekä asia C-269/97, tuomion 46 kohta, vaikka tätä ei voida tulkitä siten, että 100 a artiklan voitaisiin soveltaa terveyden suojelunsaajaksi toteutettavien toimenpiteiden osalta viittamatta jäljempänä esitettyihin sisämarkkinoita koskeviin edellytyksiin. Ks. oikeudellisesta valvonnasta yleistä etua koskevan horisontaalin säännöksen osalta eli EY:n perustamissopimuksen 129 a artiklan (josta on muutettuna tullut EY 153 artikla) osalta edellä alaviite 52, asia C-233/94, talletusten vakuudet -tapaus, tuomion 46—49 kohta.

63 — Ks. mainontadirektiivin johdanto-osan kolmas ja neljäs perustelukappale.

64 — Ks. asia C-62/88, Kreikka v. neuvosto, tuomio 29.3.1990 (Kok. 1990, s. I-1527, 20 kohta).

palvelujen vapaan tarjoamisen toteuttaminen? <sup>65</sup> Ei voida olettaa, että terveyden suojelun korkeampi taso merkitsee alemmaa sisämarkkinoiden ”sisältöä”. Mikä tahansa muu aineellinen terveyttä tai muuta lainsäädäntötoiminnan alaa koskeva tavoite, jota myös tavoitellaan, ei ole niinkään kilpaileva tai liitännäinen kuin pelkästään eriluonteinen, ja siten tällaiseen tavoitteeseen voidaan pyrkiä samanaikaisesti tai ”erottamattomasti” <sup>66</sup> lainsäätäjän haluamalla (tai sen tarpeelliseksi tuntemalla) teholla, edellyttäen että toteutetulla toimenpiteellä palvellaan sisämarkkinoiden toiminnallisia tavoitteita.

#### Mainontadirektiivin painopiste

67. Kantajat esittävät päinvastaista ja vetoavat erityisesti perustamissopimuksen 129 artiklan 4 kohtaan. Ne katsovat olennaisilta osin, että mainontadirektiivin ”painopiste” on kansanterveyden alalla pikemminkin kuin sisämarkkinoiden alalla ja että 129 artikla on perustamissopimuksen ainoa tätä koskeva määräys ja että 129 artiklan 4 kohdassa suljetaan pois nimenomaisesti kaikki yhdenmukaistaminen. Kyseisessä 129 artiklan 4 kohdassa valtuutetaan neuvosto ja parlamentti toteuttamaan ”edistämistoimia” yhteispäätösmenettelyssä kyseisessä artiklassa tarkoitettujen kansanterveydellisten tavoit-

teiden toteuttamiseksi, mutta siinä suljetaan nimenomaisesti pois toimet, jotka merkitsevät ”jäsenvaltioiden lakien ja asetusten yhdenmukaistamista”.

68. Edeltävästä keskustelusta käy selkeästi ilmi, ettei direktiivin lainmukaisuutta mielestäni ole tarpeen arvioida sen perusteella, onko sen ”painopiste” terveyden suojelussa pikemminkin kuin sisämarkkinoiden tavoitteissa. Tämä näkökanta on asian kannalta merkityksellinen vain, jos kiistellään siitä, olisiko toimenpide pitänyt toteuttaa viittaamalla toiseen näistä mahdollisista oikeudellisista perusteista. <sup>67</sup> Tavallisesti kun toimenpiteen molemmat osat ovat yhtä olennaisia, molempia oikeudellisia perustoja on käytettävä ja noudatettava sovellettavia lainsäädäntömenettelyjä. <sup>68</sup> Vain jos nämä kaksi menettelyä eivät ole yhteensovellettavia, kaksinkertainen oikeudellinen perusta on mahdoton, ja on tehtävä valinta niiden välillä. <sup>69</sup> Sitä vastoin jos toimenpide koskee pääasiallisesti yhtä toimialaa, ja sillä on ainoastaan liitännäisiä vaikutuksia muihin politiikkoihin, ainoastaan ensimmäistä oikeudellista perustaa on käytettävä. <sup>70</sup> Tässä yhteydessä on joskus vedottu ”painopisteen” käsitteeseen arvioitaessa sitä,

67 — Yhteisöjen tuomioistuin on esittänyt näissä tapauksissa sovellettavat periaatteet ytimekkäästi yhdistetyissä asioissa C-164/97 ja C-165/97, parlamentti v. neuvosto, 25.2.1999 antamassa tuomiossa (Kok. 1999, s. I-1139, 14 kohta).

68 — Ks. asia 165/87, komissio v. neuvosto, tuomio 27.9.1988 (Kok. 1988, s. 5545, 6—13 kohta; Kok. Ep. IX, s. 741) sekä asia 242/87, komissio v. neuvosto, tuomio 30.5.1989 (Kok. 1989, s. 1425, 33—37 kohta; Kok. Ep. X, s. 53).

69 — Ks. edellä alaviite 51, asia C-300/89, titaanidioksiditapaus, tuomion 17—21 kohta.

70 — Asia C-70/88, parlamentti v. neuvosto, tuomio 4.10.1991 (Kok. 1991, s. I-2041; Kok. Ep. XI, s. 423) ja asia C-271/94, parlamentti v. neuvosto, tuomio 10.12.1996 (Kok. 1996, s. I-1689, 32 ja 33 kohta).

65 — Jopa tapauksissa, joissa on usea ”kilpaileva” oikeudellinen perusta, oikeudellinen valvonta on paras aloittaa tutkimalla, täyttyvätkö todellisuudessa mainittuun oikeudelliseen perustaan nojautumista koskevat edellytykset; ks. esimerkiksi edellisessä alaviitteessä mainitussa asiassa C-62/88 annetun tuomion rakenne, tuomion 13—16 kohta.

66 — Ks. edellä alaviite 51, asia C-300/89, titaanidioksiditapaus, tuomion 13 kohta.

ovatko toimenpiteen vaikutukset tietyllä alalla pelkästään satunnaisia tai liitännäisiä.

69. Kuitenkaan esillä olevassa asiassa ei kysymys ole kahden mahdollisen oikeudellisen perustan valinnasta. On täysin selvää, että perustamissopimuksen 129 artiklan 4 kohta ei ole mainontadirektiivin vaihtoehtoinen oikeudellinen perusta, koska siinä suljetaan pois yhdenmukaistamistoimenpiteet. Tilanne muistuttaa pikemminkin asiassa C-300/89, titaanidioksidi-tapaus, kysymyksessä ollutta tilannetta:<sup>71</sup> Jos kyseisen asian mukaisesti toinen mahdollisista oikeudellisista perustoista on välttämättä suljettava pois, tai kuten esillä olevassa asiassa, ei ole olemassa vaihtoehtoja oikeudellista perustaa, yhteisö on toimivaltainen 100 a artiklan perusteella (ja laajentamalla yhteisöjen tuomioistuimen arviointia, 57 artiklan 2 kohdan perusteella) toteuttamaan toimenpiteet, jotka palvelevat sisämarkkinoita, ja samanaikaisesti muuta, yleiseen etuun liittyvää tavoitetta, oli kysymyksessä sitten ympäristönsuojelu tai kansanterveyden suojelu. Toimivaltaa koskeva kysymys ratkaistaan suotuisasti, mikäli sisämarkkinoita koskevaa tavoitetta todellisuudessa edistetään; siten asiassa C-300/89, titaanidioksidi-tapaus, yhteisöjen tuomioistuin tarkasteli lainsäädännön objektiivisia edellytyksiä 100 a artiklan nojalla ottamatta huomioon säädöstekstin suhteellista "painotusta" sisämarkkinoiden ja ympäristön osalta.<sup>72</sup> Vastaavasti kysy-

mystä siitä, ovatko toimenpiteen vaikutukset sisämarkkinoiden osalta pelkästään satunnaisia, ei voida ratkaista näissä olosuhteissa arvioimalla tämän seikan voimakkuutta ja toimenpiteen terveyteen liittyviä tekijöitä. Olen jo esittänyt, että nämä tavoitteet eivät sulje toisiaan pois, vaan että ne ovat pikemminkin luonteeltaan erilaisia eivätkä kilpaile keskenään. Toimenpiteen puhtaasti satunnaisten tai liitännäisten sisämarkkinoita koskevien vaikutusten luonnetta on arvioitava kyseiseen perustamissopimuksen tavoitteeseen liittyvien erityisten edellytysten nojalla, kuten pyrin jäljempänä tekemään.

Perustamissopimuksen 129 artiklan 4 kohdan soveltamisala

70. Kantajat vetoavat myös perustamissopimuksen 129 artiklan 4 kohtaan siten, että se rajoittaa yhteisön 100 a artiklaan perustuvaa toimintaa. Kumpikin kantajista vetoaa julkisasiamies Jacobsin asiassa C-350/92, Espanja vastaan neuvosto, esittämässä ratkaisuehdotuksessa esittämään arvioon.<sup>73</sup>

71. Vaikkei olekaan kiistetty, etteikö direktiiviä voitaisi antaa 129 artiklan 4 kohdan perusteella, olisi yllättävää (ja oikeusturvan vastaista), että unionisopimuksen laatijat, säätämällä uudesta perustamissopimuksen sisältyvästä toimivallasta kansanterveyden alalla, olisivat näin ankaralla tavalla rajoittaneet toisella alalla jo olemassa olevaa toimivaltaa aino-

71 — Ks. edellä alaviite 51, tuomion 13, 16, 21—24 kohta ja erityisesti 24 kohta.

72 — Ks. edellä alaviite 51, tuomion 14, 15 ja 23 kohta.

73 — Ks. edellä alaviite 58, tuomion 27 kohta.

astaa sen vuoksi, että toimivalta joskus vaikuttaa terveyteen.<sup>74</sup> Perustamissopimuksen 100 a ja 129 artikla eivät ole millään tavoin ristiriitaisia. Kuten on edellä todettu, 100 a artiklan 3 kohtaa ja 129 artiklan 1 kohdan kolmatta alakohtaa yhdessä sovellettaessa nähdään, että 100 a artiklaa voidaan käyttää sellaisten toimenpiteiden toteuttamiseen, joilla pyritään parempaan terveyden suojeluun. Perustamissopimuksen 129 artiklan 4 kohdan rajoitus ei ole ristiriidassa näiden määräysten kanssa. Se vaikuttaa sanamuotonsa mukaan vain siinä määrättyihin ”edistämistoimiin”.

72. En katso myöskään, että julkisasiamies Jacobs olisi todennut muuta kappaleessa, johon tupakkayhtiöt ja Saksa ovat vedonneet. Julkisasiamies vetosi 129 artiklan 4 kohtaan samoin kuin joihinkin muihin määräyksiin ainoastaan esimerkkeinä siitä, milloin yhteisön lainsäädäntötoimivalta on suljettu pois, verratakseen näitä määräyksiä kaikkien vastaavien rajoitusten puuttumiseen ”patenttioikeuden tai — yleisesti tekijänoikeuden” suhteen. Julkisasiamies ei ole ottanut kantaa, eikä hänen voida mitenkään epäsuorasti olettaa ottaneen kantaa kyseisessä artiklassa tehdyn rajauksen ulottuvuuteen, tai erityisesti siihen, rajoitettiinkö siinä lainsäädäntötoimivaltaa sen erityisen asiayhteyden ulkopuolella. Perustamissopimuksen 100 a artiklan asiayhteydessä tällainen mahdollinen rajoitus olisi toteutettu helpommin laajentamalla 100 a artiklan 2 kohdan luetteloa asioista, jotka on nimenomaisesti ai-neellisesti suljettu pois.

74 — Esimerkiksi edellä alaviitteessä 64 mainitusta asiasta C-62/88 (tuomion 19 ja 20 kohta) käy selkeästi ilmi, että EY:n perustamissopimuksen 130 r artiklan (josta on muutettuna tullut EY 174 artikla) lisääminen EY:n perustamissopimukseen ei muuttanut yhteisön muihin määräyksiin perustuvaa toimivaltaa; ks. myös asia C-405/92, *Mondiet v. Arment* Islais, tuomio 24.11.1993 (Kok. 1993, s. I-6133).

73. Yhteenvedonomaaisesti katson siten, että perustamissopimuksen 129 artikla ei ole asian kannalta merkityksellinen arvioitaessa esillä olevissa asioissa kysymyksessä olevaa oikeudellista perustaa. Kantajien vetoaminen siihen näyttää perustuvan väärään olettamukseen. Tämä ilmeisen väärä olettamus koskee sitä, että jos 129 artiklan 4 kohdassa ei olisi tehty rajausta, yhteisö olisi ollut toimivaltainen toteuttamaan yhden mukaisesti toimenpiteitä ”[129 artiklassa] mainittujen tavoitteiden toteuttamiseksi” perustamissopimuksen *muiden* määräysten, kuten esimerkiksi 100 a artiklan, nojalla, ottamatta huomioon näiden muiden oikeudellisten perustojen erityistavoitteita.

#### Direktiivin lainsäädäntöhistoria

74. Kantajat ovat vedonneet laajasti myös tapahtumiin, jotka johtivat mainontadirektiivin antamiseen ja joita olen kuvannut suurelta osin edellä (14—20 kohta). On tietenkin selvää, että yhteisöjen tuomioistuimien satunnaisesti ottaa huomioon lainsäädäntöhistorian yhteisön toimien tulkinnan apuna.<sup>75</sup> Yhteisöjen tuomioistuin on jopa vedonnut neuvoston tekemään, parlamentin ehdottaman muutoksen hylkäämiseen osoituksena neuvoston tahdosta ylläpitää toimen ”paino-

75 — Ks. esim. asia C-449/93, *Rockfon*, tuomio 7.12.1995 (Kok. 1995, s. I-4291) ja asia C-6/98, *ARD*, tuomio 28.10.1999 (Kok. 1999, s. I-7599).



piste” kahden oikeudellisen perustan välillä.<sup>76</sup> Viittaus toimenpiteen antamisolosuhteisiin ei kuitenkaan ole yleisemmin merkityksellinen asianmukaisen oikeudellisen perustan määrittämiseksi.<sup>77</sup>

75. Kantajat vetoavat direktiivin lainsäädäntöhistoriaan, ei kuitenkaan mainonta-direktiivin tietyn epäselvän säännöksen selvittämiseksi, vaan sen näyttämiseksi, että mainontadirektiivi on todellisudessa sekä sisältönsä puolesta että sen laatijoiden aikomusten vuoksi toimenpide, jonka tarkoituksena on ensisijaisesti kansanterveyden suojeleu vähentämällä tupakkatuotteiden myyntiä, ja siten se ei tämän seikan vuoksi ole todellinen sisämarkkinatoimenpide. Edeltävän arviointini perusteella pitäisi kuitenkin olla selvää, että jokaisen sisämarkkinatoimenpiteen olemukseen kuuluu tavoitella täysin lainmukaisesti kahta tavoitetta, joista toinen koskee kaupan esteiden tai kilpailun vääristymien poistamista ja toinen (keino ensimmäisen saavuttamiseksi) yhdenmukaistamista merkitsevien yhteisön toimenpiteiden toteuttamista, joiden tarkoituksena on korvata kansalliset säädökset kysymyksessä olevalla alalla. Siten täysin erillisenä siitä, että perustamissopimuksessa määrätään ainoastaan neuvostosta, joka muodostuu yksinkertaisesti ”jäsenvaltioiden ministeritason edustajista, joita on yksi kustakin jäsenvaltiosta ja joilla on jäsenvaltionsa

*ballitusta* sitovat valtuudet”,<sup>78</sup> direktiivin antamista edeltäneet, neuvostossa tapahtuneet terveysministerien väliset neuvottelut eivät todista mitään. Yhtä vähän näyttöarvoa on neuvoston työryhmän ja kansanterveydestä vastuussa olevan parlamentaarisen toimikunnan direktiiviehdotusta koskevilla keskusteluilla. Lisäksi voidaan olettaa, että ne, jotka poliittisella tasolla toimivat näiden toimenpiteiden edistämiseksi tai antamiseksi, ovat todennäköisesti kiinnostuneita pikemminkin viimeksi mainitusta seikasta kuin ensiksi mainitusta ja viimeksi mainittu seikka toimii tällöin jopa ensisijaisena ylykkeenä. Tällaiset etusijapainotukset ovat täysin subjektiivisia, ja tämän vuoksi yhteisöjen tuomioistuimen ei tule ottaa huomioon poliittisten edustajien lainsäädäntöprosessin aikana antamia lausuntoja.

76. Lisäksi vaikka oikeudelliset lausunnot, kuten neuvoston oikeudellisen yksikön lausunnot, voitaisiin ottaa näyttönä huomioon,<sup>79</sup> se tosiseikka, että tällaisia lausuntoja on annettu, mutta että niihin ei vastattu poliittisella tasolla ja että ne ovat ilmeisessä ristiriidassa neuvoston esillä olevassa asiassa omaksuman kannan kanssa, ovat asian kannalta merkityksettämiä yhteisöjen tuomioistuimen suorittamassa direktiivin objektiivisessa oikeudellisessa arvioinnissa. Siten yhteisöjen tuomioistuimen toteuttama, yhteisön tällaisen toimenpiteen toteuttamista koskevan toimivallan valvonta kohdistuu

76 — Asia C-42/97, parlamentti v. neuvosto, tuomio 23.2.1999 (Kok. 1999, s. I-869, 54 kohta). Ks. myös esitöitä koskeva keskustelu asiassa 131/86, Yhdistynyt kuningaskunta v. neuvosto, tuomio 23.2.1988 (Kok. 1988, s. 905, 26 ja 27 kohta); mainitut asiakirjat vahvistivat yhteisöjen tuomioistuimen kannan riidanalaisen toimenpiteen tavoitteesta ja asianmukaisesta oikeudellisesta perustasta, ja on mahdollista, että se tutki ne vain sen vuoksi, että Yhdistynyt kuningaskunta oli vedonnut niihin päinvastaisessa tarkoituksessa.

77 — Ks. edellä alaviite 52, asia C-269/97, tuomion 44 kohta.

78 — EY:n perustamissopimuksen 146 artikla (josta on tullut EY 203 artikla) (kursivointi tässä); ks. myös perustamissopimuksen 4 artiklan 1 kohta.

79 — Vaikka tällaisiin lausuntoihin ei liitykään sellaista oikeudellisiin asiakirjoihin liittyvää luottamuksellisuutta, joka käy ilmi asiassa 155/79, AM & S v. komissio, 18.5.1982 (Kok. 1982, s. 1575, 18 kohta; Kok. Ep. VI, s. 427) anetusta tuomiosta, olen samaa mieltä julkisasiamies Jacobsin edellä alaviiteessä 58 mainitussa asiassa C-350/92 esittämässä ratkaisuehdotuksessa ilmaisemasta kannasta (35 kohta), jonka mukaan tällaisen lausuntoon ei tulisi vedota yhteisöjen tuomioistuimessa ilman asianomaisen toimielimen lupaa.

kysymykseen, pyritäänkö toimenpiteellä saavuttamaan ensiksi mainittu tavoite.

77. Suppeasti tarkoitetun lainsäädäntöhistorian osalta kantajat vetoavat erityisesti direktiiviehdotuksesta myöhäisessä vaiheessa tehtyyn, edellä mainittujen kolmen perustelukappaleen (19 kohta) poistamiseen, jotka liittyivät yhteisön lainsäätäjän kansanterveyttä koskeviin huoliin. Kuitenkin todellisuudessa merkityksellistä on se, olisiko kolmen ehdotuksessa mainitun perustelukappaleen pysyttäminen muuttanut mainontadirektiivin luonnetta. En kuitenkaan ymmärrä, kuinka asia olisi voinut olla näin, paitsi ellei yhteisön lainsäädännön tavoitteen määrittämistä rajoiteta matemaattiseen laskutoimitukseen, jossa lasketaan johdanto-osassa eri yhteisön poliitiikkoihin tehdyt viittaukset. Poistetuissa perustelukappaleissa ainoastaan vahvistettiin yhteisön lainsäätäjän huolta kansanterveyden suojelusta, mikä käy jo selkeästi ilmi johdanto-osan kolmannelta ja neljännestä perustelukappaleesta ja mikä ei sellaisenaan ole lainvastainen.

#### Harkintavallan väärinkäyttö

78. En katso, että Saksan esittämä väite harkintavallan väärinkäytöstä saa myöskään mitään tukea mainontadirektiivin lainsäädäntöhistoriasta. Lainsäädäntövaltaa koskevassa asiayhteydessä yhteisöjen tuomioistuimien määritellyt harkintavallan väärinkäytön ”tilanteeksi, jossa yhteisön toimielin toteuttaa toimenpiteen yksinomaan tai ainakin olennaisilta osin muiden kuin esitettyjen päämäärien saavuttamiseksi tai perustamissopimuksessa

asian käsittelyjärjestykseksi erityisesti määrätyn menettelyn välttämiseksi”.<sup>80</sup> Kuten edellä on nähty, perustamissopimuksessa ei määrätä mistään erityisestä menettelystä kansanterveyden alan säännösten yhdenmukaistamiseksi niiden aineellisen soveltamisalan osalta; pikemminkin tämä toimivalta on nimenomaisesti suljettu pois perustamissopimuksen 129 artiklan 4 kohdassa, mikä merkitsee sitä, ettei toinen mahdollinen harkintavallan väärinkäytön edellytys täyty.

79. Mitä tulee ensimmäiseen mahdolliseen edellytykseen harkintavallan väärinkäytölle, terveydensuojelun rinnakkaiseen tavoitteeseen on selkeästi vedottu mainontadirektiivin johdanto-osan kolmannessa ja neljännessä perustelukappaleessa, ja kuten olen jo todennut, muiden samankaltaisten perustelukappale-ehdotusten poistaminen ei muuta mitään sen seikan osalta, että tällaiseen tavoitteeseen pyrkiminen ei ole lainvastaista perustamissopimuksen 57 artiklan 2 kohdan ja 100 a artiklan perusteella toteutettujen toimenpiteiden osalta. Muistutan lisäksi, että sen sijaan, että terveydensuojelun ja sisämarkkinoiden tavoitteet sulkisivat toisensa pois, viimeksi mainittuun tavoitteeseen on asianmukaisissa tapauksissa liittyttävä ensiksi mainittu. Siten poliittisten edustajien lausunnot mainontadirektiivin terveyseduista eivät ole, kuten olen edellä esittänyt, mitenkään yllättäviä, eivätkä myöskään epäasianmukaisia. Edes poliittisten edustajien suhteellinen vaikeneminen direktiivin väitetyistä eduista sisämarkkinoiden osalta ei osoita sitä, etteikö

80 — Ks. asia C-84/94, Yhdistynyt kuningaskunta v. neuvosto, tuomio 12.11.1996 (Kok. 1996, s. I-5755, 69 kohta; jäljempänä työaika-tapaus).

näitä etuja oltu todellisuudessa suunniteltu tai tavoiteltu. Saksa ei ole osoittanut päinvastaista. Lisäksi yhteisöjen tuomioistumelle esitetyn muun näytön perusteella ei ole mahdollista päätyä siihen tulokseen, että harkintavaltaa olisi käytetty väärin. Saksan tätä koskeva kanneperuste on siten hylättävä. Kysymys siitä, toteuttaako direktiivi todellisuudessa yhteisön lainsäätäjän esittämiä sisämarkkinoita koskevia tavoitteita, on objektiivinen, toimivaltaan liittyvä kysymys. Tähän kysymykseen annettava kielteinen vastaus ei mielestäni riitä osoittamaan sitä, että lainsäätäjät olisi käyttänyt harkintavaltaansa väärin.

80. Siten varsinainen kysymys näissä kahdessa asiassa ei liity siihen, oliko terveys- ja eläinlääkintätoimenpiteiden ensisijainen tavoite direktiivin antajien perusteluissa, vaan siihen, ovatko *sisämarkkinat* sellaisenaan direktiivin asianmukainen oikeudellinen perusta. Muun vaihtoehtoisen oikeudellisen perustan puuttuessa keskityn siten yhteisön toimivaltaa koskevassa jäljempänä seuraavassa arvioinnissani määrittelemään ensiksi perustamissopimuksen 57 artiklan 2 kohta ja 100 a artiklan vetoamista koskevat objektiiviset edellytykset, ja toiseksi pyrin määrittelemään, täyttävätkö mainontadirektiivi nämä edellytykset. Aluksi on kuitenkin tarpeen tarkastella lyhyesti Saksan esittämää väitettä siitä, että neuvostossa sovellettava äänestysmenettely on merkityksellinen yhteisön toimivallan harjoittamisedellytysten määrittämisen kannalta, ja siten hylätty väite.

Neuvoston äänestysmenettelyn merkitys

81. Saksa on erityisesti suullisessa käsittelyssä korostanut, että 100 a artikla edellyttää määränemmistöäänestyksen käyttöä, ja se on katsonut, että tätä horisontaalista toimivaltaa voitaisiin väärinkäyttää jäsenvaltioiden toimivallan eri alojen kiertämiseen. Tällä ei ole vaikutusta yhteisön toimenpiteen asianmukaisen oikeudellisen perustan määrittämisessä, koska tässä määrittämisessä on noudatettava samoja objektiivisia periaatteita huolimatta noudatettavasta lainsäädäntömenettelystä. Kuten edellä on jo esitetty, yhteisön on joka tapauksessa toimittava toimivaltansa rajoissa, myös silloin, kun neuvosto äänestää yksimielisesti toteutukseen toimen perustamissopimuksen 235 artiklan väljän sanamuodon perusteella.<sup>81</sup> Muut jäsenvaltioiden itsemääräämisoikeuteen liittyvät seikat eivät ole tämän toimivallan arvioinnissa merkityksellisiä.<sup>82</sup> Asiassa C-300/89, titaani-dioksidi-tapaus, yhteisöjen tuomioistuin piti parempana turvautua 100 a artiklaan oikeudellisena perustana 130 s artiklan sijasta, vaikka ensimmäinen edellyttikin neuvostossa toteutettavaa määränemmistöäänestystä ja toinen yksimielisyyttä.<sup>83</sup> Ottaen huomioon arviointini 100 a artiklan horisontaalista luonteesta, on vaikea hyväksyä, että etukäteen voitaisiin asettaa rajoituksia yhteisön merkittävälle toimivallalle sisämarkkinoiden toteuttamiseksi ja toiminnan kannalta, *tähän tavoitteeseen olemaisesti liittyvien rajoitusten ohji ja niiden lisäksi*, siitä yksinkertaisesta syystä, että tämä edellyttää määränemmistöäänestystä. Loppujen lopuksi tässä on nimenomaisesti kysymys Euroopan yhteisöjä koskevan säädetystä mekanismista

81 — Ks. edellä alaviite 50, lausunto 2/94, 30 kohta.

82 — Ks. julkisasiamies Jacobsin ratkaisuehdotus edellä alaviiteessä 58 mainitussa asiassa C-350/92, 37 kohta.

83 — Ks. edellä alaviite 51, tuomion 18 ja 19 kohta.

sen estämiseksi, ettei markkinoiden yhden-  
tyminen esty jäsenvaltioiden veto-oikeuden  
käyttämisen vuoksi.<sup>84</sup> Paras perus-  
tamissopimuksen kanssa yhdenmukainen  
suoja jäsenvaltioiden eduille kaikkea  
yhteisön toimivallan väärinkäyttöä tai  
ylittämistä vastaan on yhteisöjen tuo-  
mioistuimen toteuttama oikeudellinen val-  
vonta, jossa tuomioistuin valvoo, että  
yhteisön lainsäätäjä on noudattanut  
100 a artiklan ja tarvittaessa 57 artiklan  
2 kohdan soveltamisedellytyksiä. Kuten  
edellisessä kohdassa on todettu, tämä  
edellyttää ensiksi sitä, että määritellään  
näiden määräysten soveltamista koskevat  
edellytykset.

#### Sisämarkkinat

82. EY:n perustamissopimuksen 3 artik-  
lassa (josta on muutettuna tullut EY 3 ar-  
tikla) määrätään, että yhteisön toimintaan  
sisältyy perustamissopimuksessa määrätyn  
edellytyksin:

”c) sisämarkkinat, joille on ominaista, että  
tavaroiden, henkilöiden, palvelujen ja  
pääomien vapaata liikkuvuutta rajoit-  
tavat esteet poistetaan jäsenvaltioiden  
väliltä;

84 — Ks. julkisasiamies Tesauron ratkaisuehdotus edellä ala-  
viitteessä 51 mainitussa asiassa C-300/89, titaaniidioksiidi-  
tapaus, tuomion 13 kohta. Kuitenkin haluan lisätä edel-  
tävään arviointiin, että mahdollisuus turvautua määrä-  
enemmistöäänestykseen neuvostossa perustamissopimuksen  
100 a artiklan nojalla ei ole sellaisenaan peruste tulkita  
kyseistä määräystä laajemmin kuin sitä tavallisesti tulkit-  
tisiin.

— —

g) järjestelmä, jolla taataan, ettei kilpailu  
sisämarkkinoilla vääristy;

h) jäsenvaltioiden kansallisen lainsää-  
dännön lähentäminen siinä määrin  
kuin se on tarpeen yhteismarkkinoiden  
toiminnan kannalta”.

EY:n perustamissopimuksen 7 a artiklan  
toisessa kohdassa määrätään seuraavaa:

”Sisämarkkinat käsittävät alueen, jolla ei  
ole sisäisiä rajoja ja jolla tavaroiden, hen-  
kilöiden, palvelujen ja pääomien vapaa  
liikkuvuus taataan tämän sopimuksen  
määräysten mukaisesti.”

83. Näistä määräyksistä käy selvästi ilmi,  
että sisämarkkinat eivät ole neutraali  
synonyymi kaikelle yleiselle taloudelliselle  
sääntelylle. Tämä kysymys on tärkeä ottaen  
huomioon neuvoston väitteen, jonka  
mukaan pyrkiminen sisämarkkinoiden  
tavoitteisiin ei edellytä välttämättä libera-  
lisointia vaan voi olla puhtaasti sääntele-  
vää. Selvitän jäljempänä, minkä vuoksi  
sisämarkkinoita ei voida yksinkertaistaen  
määritellä liberalisoinnin tai säännöstelyn  
purkamisen käsittein. Kuitenkaan toimi-

vallan antamista sisämarkkinoiden toteuttamiseksi tai toiminnan kannalta, sekä 100 a artiklassa että erityismääräyksissä, kuten 57 artiklan 2 kohta, ei voida mielestäni rinnastaa yleiseen yhteisön sääntelyvallan luomiseen. Kyseinen toimivalta on annettu joko neljän perusvapauden harjoittamisen helpottamiseksi tai kilpailuolosuhteiden yhdenmukaistamiseksi.

84. Vapaan liikkuvuuden osalta tämä väite saa tukea kahdesta jäteasioissa annetusta tuomiosta.<sup>85</sup> Asiassa C-155/91, jätteet I -tapauksessa, yhteisöjen tuomioistuin katsoi, että riidanalaisen direktiivin<sup>86</sup> tarkoituksena oli panna täytäntöön periaate, jonka mukaan jätteet on hävitettävä mahdollisimman lähellä niiden tuotantopaikkaa, jotta rajoitetaan niin paljon kuin mahdollista jätekuljetuksia,<sup>87</sup> ja yhteisöjen tuomioistuin totesi, ettei direktiivin voito katsoa täytäntöönpanevan jätteiden vapaata liikkuvuutta yhteisössä.<sup>88</sup> Kuten julkisasiamies Tesauro totesi, riidanalaisen toimenpiteen tarkoituksena ei ollut ”jätteiden kaupan vapauttaminen vaan päin-

vastoin jätekuljetusten vähentäminen yhteisössä.”<sup>89</sup> Vastaavasti asiassa C-187/93, jätteet II -tapauksessa, kysymys oli asetuksesta,<sup>90</sup> jossa yhteisöjen tuomioistuimen mukaan otettiin käyttöön yhdenmukaistettuja menettelytapoja, joiden nojalla jätekuljetuksia voitiin rajoittaa ympäristöön liittyvistä syistä, minkä vuoksi yhteisöjen tuomioistuin ei katsonut sen täytäntöönpanevan jätteiden vapaata liikkuvuutta yhteisössä.<sup>91</sup> On huomattava, että yhteisöjen tuomioistuin epäsuorasti hylkäsi väitteen, jonka mukaan toimenpide voi kuulua perustamissopimuksen 100 a artiklan soveltamisalaan, kun siinä *säädellään* tavaroiden liikkuvuutta jäsenvaltioiden välillä, ilman että sen olisi välttämättä todellisuudessa *helpotettava* tätä liikkuvuutta.<sup>92</sup>

85. On selvää, että edeltävässä oikeuskäytännössä ei edellytetä perustamissopimuksen 7 a artiklan, 57 artiklan 2 kohdan ja 100 a artiklan tulkintemista eräänlaiseksi liberaaliksi peruskirjaksi, joka merkitsee yhdenmukaistamista alimpaan standardiin nähden tai edes kansallisten standardien tiettyyn keskiarvoon nähden.

85 — Asia C-155/91, komissio v. neuvosto, tuomio 17.3.1993 (Kok. 1993, s. I-940, jäljempänä jätteet I -tapaus); asia C-187/93, parlamentti v. neuvosto, tuomio 28.6.1994 (Kok. 1994, s. I-2857, 25 kohta, jäljempänä jätteet II -tapaus). Ks. yhteisön yhdenmukaistamistoimenpiteiden, joilla rajoitetaan tai kielletään tiettyjä taloudellisia toimintoja, yhdenmukaisuudesta sisämarkkinoiden kanssa edellä alaviitteisä 58 mainittu asia C-350/92, sekä alaviitteisä 52 mainittu asia C-233/94, talletusten vakuudet -tapaus sekä asia C-359/92, Saksa v. neuvosto, tuomio 9.8.1994 (Kok. 1994, s. I-3681; jäljempänä tuoteturvallisuus-tapaus), joita kaikkia arvioidin jäljempänä.

86 — Jätteistä annetun direktiivin 75/442/ETY muuttamisesta 18 päivänä maaliskuuta 1991 annettu neuvoston direktiivi 91/156/ETY (EYVL L 78, s. 32).

87 — Ks. edellä alaviite 85, jätteet I -tapaus, 13 ja 14 kohta.

88 — *Ibid.*, 15 kohta.

89 — *Ibid.*, ratkaisuehdotuksen s. I-959.

90 — Euroopan yhteisössä, Euroopan yhteisöön ja Euroopan yhteisöstä tapahtuvien jätteiden siirtojen valvonnasta ja tarkastamisesta 1 päivänä helmikuuta 1993 annettu neuvoston asetus (ETY) N:o 259/93 (EYVL L 30, s. 1).

91 — Ks. edellä alaviite 85, tuomio jätteet II -tapaus, 23 ja 26 kohta. Ks. myös julkisasiamies Jacobsin ratkaisuehdotuksen 44 ja 45 kohta, joihin yhteisöjen tuomioistuin vetosi hyväksyvästi.

92 — Julkisasiamies Jacobs katsoi ratkaisuehdotuksensa 38 kohdassa parlamentin esittämän väitteen. Julkisasiamies lisäsi, että on selvitetävä ”pyritäänkö toimenpiteellä edistämään, pikemmin kuin rajoittamaan tällaista edellä mainittua (tavaroiden) liikkuvuutta” (43 kohta). Yhteisöjen tuomioistuin ei ottanut nimenomaista kantaa tällaiseen ehdotettuun testiin.

Ensiksi, olen jo viitannut yhteisön velvoitukseen<sup>93</sup> ottaa huomioon yleistä etua koskevat kysymykset ja siten jäsenvaltioiden toteuttaman suojelun tason tai niiden pyrkimykset tällaiseen suojelun tasoon.

86. Toiseksi yhdenmukaistamistoimenpiteitä, joissa otetaan käyttöön merkittäviä rajoituksia yleisen edun vuoksi, ei voida automaattisesti pitää sellaisina, että niiden tarkoituksena on rajoittaa kauppaa kyseisellä alalla. Yhteisön lainsäätäjän oikeus toteuttaa tällaisia rajoituksia jopa tiettyjen tuotteiden kaupan kieltämiseen asti sen pyrkiessä toteuttamaan samanaikaisesti laajempia vapaaseen liikkuvuuteen liittyviä tavoitteita tai tiettyjä muita yleiseen etuun liittyviä tavoitteita käy ilmi asiasta C-359/92, tuoteturvallisuus-tapaus. Yhteisöjen tuomioistuin yhteensovitti nämä selkeästi keskenään kilpailevat tavoitteet sellaisen toimen osalta, jonka perusteella komissio saattoi vaatia jäsenvaltioita toteuttamaan väliaikaisia toimia tiettyjen vaarallisten tuotteiden kaupan pitämisen kieltämiseksi:<sup>94</sup>

”Tuotteiden vapaa liikkuvuus voidaan taata vain silloin, jos tuoteturvallisuutta koskevat edellytykset eivät eroa huomattavasti toisistaan eri jäsenvaltioissa. Korkea turvallisuuden taso voidaan saavuttaa vain, jos vaarallisten tuotteiden osalta toteute-

taan asianmukaisia toimenpiteitä kaikissa jäsenvaltioissa.”

Siten yhdenmukainen reaktiojärjestelmä vaarallisten tuotteiden osalta katsottiin toimenpiteeksi, joka yleisesti edisti tavaroiden vapaata liikkuvuutta. Tavaroiden vapaata liikkuvuutta voidaan hyvinkin edistää toimenpiteillä, jotka estävät, rajoittavat tai vaikeuttavat tiettyjen tuotteiden liikkuvuutta.<sup>95</sup> Asiassa 37/83, Rewe-Zentrale vastaan Landwirtschaftskammer Rheinland,<sup>96</sup> yhteisöjen tuomioistuin katsoi, että ”vaikkakin on totta, että perustamissopimuksen 30 ja 36 artiklaa sovelletaan ensisijaisesti jäsenvaltioiden yksipuolisesti toteuttamiin toimiin, myös yhteisöjen toimielinten on otettava asianmukaisesti huomioon yhteisön sisäisen kaupan vapaus, mikä on yhteismarkkinoiden peruseriaate”. Yhteisöjen tuomioistuin katsoi kuitenkin, että riidanalaisessa direktiivissä<sup>97</sup> edellytetyt tarkastusten tarkoituksena ”ei ollut

93 — Esimerkkinä 100 a artiklan 3 kohdan noudattamisen oikeudellisesta valvonnasta ks. edellä alaviiteessä 52 mainittu talletusten vakuudet -tapaus, tuomion 48 kohta.

94 — Ks. edellä alaviite 85, asia C-359/92, tuoteturvallisuus-tapaus, tuomion 34 kohta. Ks. myös julkisasiamies Jacobsin tässä asiassa esittämä ratkaisuehdotus, 33 kohta.

95 — Ks. edellä alaviite 85, julkisasiamies Jacobsin ratkaisuehdotus asian 187/93, jätteet II-tapauksen osalta, 44 kohta. Julkisasiamies viittasi vaarallisia aineita sisältäviistä paristoista ja akuista 18 päivänä maaliskuuta 1991 annettuun neuvoston direktiiviin 91/157/ETY (EYVL L 78, s. 38) ja täsmensi, että kielto myydä paristoja, joissa on enemmän kuin yksi prosentti elohopeaa, oli tarpeen, jotta paristot, joissa ei ole liiallista määrää elohopeaa, voivat liikkua vapaasti sisämarkkinoilla. Ks. myös kosmeettisia valmisteita koskevan jäsenvaltioiden lainsäädännön lähentämisestä 27 päivänä heinäkuuta 1976 annettun neuvoston direktiivin 76/768/ETY (EYVL L 262, s. 169) 4 artikla, jossa edellytetään, että jäsenvaltioiden on yleisen edun vuoksi kieltävä kosmeettisten valmisteiden saattaminen markkinoille, jos niissä on tiettyjä aineita.

96 — Asia 37/83, tuomio 29.2.1984 (Kok. 1984, s. 1229, 18 kohta).

97 — Kasvien tai kasvituotteiden haitallisten organismien jäsenvaltioihin kulkeutumisen estämiseen liittyvistä suojaustoimenpiteistä 21 päivänä joulukuuta 1976 annettu neuvoston direktiivi 77/93/ETY (EYVL L 26, s. 20), ja erityisesti sen 11 artiklan 3 kohta.

estää yhteisön sisäistä kauppaa”; riidanalaisessa direktiivissä pyrittiin ”pikemmin — — poistamaan asteittain jäsenvaltioiden yksipuolisesti toteuttamat toimenpiteet, jotka olivat tänä ajankohtana periaatteessa perusteltuja perustamissopimuksen 36 artiklan nojalla”.<sup>98</sup>

87. Esillä olevien asioiden kannalta merkittävämpi esimerkki on tupakkatuotteiden televisiomainonnan kieltö, joka perustuu direktiivin 89/552/ETY 13 artiklaan. Kyseinen artikla ja useat muut televisiomainonnan sisältöä koskevat säännökset pyrkivät osittain lähentämään televisiölähetyspalvelujen tarjoamisen edellytyksiä. Siten ”jäsenvaltioiden on taattava vapaus vastaanottaa televisiölähettyksiä toisista jäsenvaltioista, eivätkä ne saa rajoittaa niiden lähettämistä alueelleen perusteiden, jotka koskevat televisiomainontaa ja sponsorointia”.<sup>99</sup> Vastaavasti direktiivin 89/622/ETY 8 artiklan 1 kohdassa ja direktiivin 90/239/ETY 7 artiklan 1 kohdassa kielletään jäsenvaltioita rajoittamasta näiden direktiivin vaatimusten mukaisten tupakkatuotteiden myyntiä niiden merkitsemiseen tai tervan enimmäismäärän rajoittamiseen liittyvien seikkojen perusteella.

88. Kolmanneksi perustamissopimuksen 100 a artikla ei koske yksinomaan neljän vapauden harjoittamisen esteiden poista-

mista. ”Jotta 8 a artiklassa esitetyt perusvapaudet toteutuisivat, jäsenvaltioiden oikeusjärjestysten väliset erot on yhdenmukaistettava niillä aloilla, joilla on vaarana, että mainitut erot luovat tai pitävät yllä vääristyneitä kilpailuolosuhteita”.<sup>100</sup> Siten 100 a artiklaan voidaan tukeutua toteutettaessa yhdenmukaistamistoimenpiteitä, joiden tarkoituksena on yhdenmukaistaa kilpailuedellytykset tietyllä teollisuuden alalla, kuten esimerkiksi saastutavien sivutuotteiden eliminointi, samalla kun siinä tavoitellaan ”erottelemattomalla tavalla” yleistä etua koskevaa tavoitetta, kuten ympäristönsuojelun korkeaa tasoa. Siten yhteisöjen tuomioistuin on katsonut, että 100 a artikla oli asiassa C-300/89, titaani-dioksidi-tapaus, kysymyksessä olleen direktiivin asianmukainen oikeudellinen perusta; kyseisessä direktiivissä säädettiin täydellisestä kiellosta päästää yhteisön vesiin tai avomerelle teollisuuslaitosten tiettyjä, erityisistä menettelyistä peräisin olevia jätteitä, ja toisaalta muiden jätteiden vahingollisten ainesosien enimmäisarvoista.<sup>101</sup> Kyseisen direktiivin 1 artiklassa todettiin nimenomaisesti, että direktiivin tarkoitus on ”parantaa kilpailuolosuhteita titaani-dioksidi-teollisuudessa”. Katson siten, että yhteisön lainsäätäjät voi asettaa ankaria edellytyksiä, joita sovelletaan samalla tavalla tiettyyn taloudelliseen toimintaan sisämarkkinoiden koko alueella, mukaan luettuna velvoitteet, jotka ovat laajempia kuin ennen yhteisön toimenpidettä voi-

98 — Em. tuomion 19 kohta (kursivointi tässä). Viittaus perustamissopimuksen 36 artiklaan osoittaa selvästi, että tämä asia on myös merkityksellinen edellä tarkastellun kysymyksen kannalta, joka koski yleiseen etuun liittyvien kysymysten huomioonottamista annettaessa säännöksiä sisämarkkinoiden osalta.

99 — Ks. yhdistetyt asiat C-34/95—C-36/95, KO v. De Agostini ja TV-Shop, tuomio 9.7.1997 (Kok. 1997, s. I-3843, 33 kohta).

100 — Ks. edellä alaviite 51, asia C-300/89, titaani-dioksidi-tapaus, tuomion 15 kohta. 8 a artiklasta tuli EY:n perustamissopimuksen 7 a artikla ennen kuin se muutettiin EY 14 artiklaksi. Vaikka kilpailun vääristymien poistaminen katsotaan välttämättömäksi neljän vapauden toteuttamiseksi, seuraavassa arvioinnissa on asianmukaista tarkastella erikseen yhtäältä näiden neljän vapauden harjoittamisen esteitä tai rajoituksia ja toisaalta kilpailun vääristymistä.

101 — Menettelytavoista titaani-dioksidi-teollisuuden jätteiden aiheuttaman pilaantumisen vähentämistä ja mahdollista poistamista koskevien ohjelmien yhdenmukaistamiseksi 21 päivänä kesäkuuta 1989 annettu neuvoston direktiivi 89/428/ETY (EYVL L 201, s. 56). Ks. edellä alaviite 51, asia C-300/89, titaani-dioksidi-tapaus, tuomion 2 kohta.

massa olleiden kansallisten säännösten toimenpiteiden summa tai keskiarvo.

89. Kuitenkaan yhdenmukaisten kilpailuolosuhteiden tavoittelemisen ei anna yhteisön lainsäätäjälle *avointa valtakirjaa* minkä hyvänsä kansallisen säädöksen yhdenmukaistamiseen, tehtiin tämä sitten liberalisoivalla tai rajoittavalla tavalla. Määrittelemättä sen enempää Saksan sen väitteen hylkäämistä, joka koski riskiä yhteisön toimivallan laajentamisesta määränemistöpäätöksin, katson, että yleistä jäsenvaltioiden lainsäädäntövaltaa saataan siirtää yhteisölle, ellei turvautumista yhdenmukaistamistoimenpiteiden toteuttamiseksi väärinmäärittämisen kilpailun aikaansaamiseksi alisteta jonkinlaiseen testiin tällaisten toimenpiteiden ja sisämarkkinoita koskevien tavoitteiden välisen yhteyden todellisuuden osalta. Myös se seikka, että perustamissopimuksen 7 a artiklassa tai 100 a artiklassa ei määrätä mitään yhteisistä kilpailunedellytyksistä, muodostaa lisäperusteen sille, ettei 100 a artiklasta tehdä yleisen taloudellisen sääntelyn keinoa tällä perusteella.

90. Asiassa C-300/89, titaanidioksidi-tapaus, yhteisöjen tuomioistuimien näyttää ehdottaneen yhtä mahdollista testiä 100 a artiklan soveltamiselle: Kilpailun vääristymisen, jonka korjaamiseen yhdenmukaistamistoimenpiteellä pyritään, on

oltava huomattava.<sup>102</sup> Kannatan tällaisen testin käyttöönottamista, vaikkakin seuraavassa arvioinnissani ei ole välttämätöntä ottaa lopullista kantaa tähän kysymykseen.

91. Toinen edellytys, joka voidaan selkeästi erottaa oikeuskäytännöstä ja joka on esillä olevien asioiden kannalta merkittävämpi, liittyy perustamissopimuksen 100 a artiklan nojalla toteutetun yhdenmukaistamistoimenpiteen luonteeseen. Kyseinen artikla ei ole asianmukainen oikeudellinen perusta toimenpiteelle, jonka vaikutus kilpailuedellytysten yhdenmukaistamiseen on pelkästään satunnainen. Kysymys ei ole pelkästään sen määrittämisestä, mikä toimenpiteen ilmeisistä tavoitteista on sen pääasiallinen tavoite. Yhteisöjen tuomioistuin on katsonut pikemminkin kategorisesti kuin suhteellisesti, että ”pelkästään se seikka, että kysymyksessä on sisämarkkinoiden toteuttaminen tai toiminta, ei riitä siihen, että perustamissopimuksen 100 a artiklaa voitaisiin soveltaa”.<sup>103</sup> Käsitän yhteisöjen tuomioistuimen tarkoitaneen tältä osin asiassa C-155/91, jätteen I-tapaus,<sup>104</sup> sitä, että asiassa kysymyksessä ollutta direktiiviä ei missään tapauksessa olisi voitu antaa 100 a artiklan

102 — Ks. edellä alaviite 51, asia C-300/89, titaanidioksidi-tapaus, tuomion 23 kohta sekä asia 91/79, komissio v. Italia, tuomio 18.3.1980 (Kok. 1980, s. 1099, 8 kohta), asia 92/79, komissio v. Italia, tuomio 18.3.1980 (Kok. 1980, s. 1115, 8 kohta). Yhteisöjen tuomioistuin ei katsonut nimenomaisesti titaanidioksidi-tuomiossa, että perustamissopimuksen 100 a artiklaa voitiin soveltaa vain kansallisissa lainsäädännöissä olevista eroista aiheutuvien huomattavien kilpailun vääristymien korjaamiseksi, ja esillä olevien asioiden vastaajat ovatkin esittäneet, että edellä mainitun oikeuskäytännön huomioon ottaen tämä edellytys koskee vain nojautumista 100 artiklaan, jonka soveltamisala on määritelty kapeammin. Kuitenkin sovellettaessa sitä 100 artiklaan käy selvästi ilmi, että vastaajien väite kyseisen testin merkityksellisyydestä ainoastaan sovellettaessa perustamissopimuksen kilpailusääntöjä yrittäisiin on perusteeton.

103 — Ks. edellä alaviite 85, jätteet I-tapaus, tuomion 19 kohta; ks. myös asia C-426/93, Saksa v. neuvosto, tuomio 9.11.1995 (Kok. 1995, s. I-3723, 33 kohta).

104 — Ks. edellä alaviite 85, tuomion 17—20 kohta ja erityisesti 19 kohta.



nojalla, vaikka 130 s artikla ei olisikaan muodostanut vaihtoehtoista oikeudellista perustaa. Yhteisöjen tuomioistuin teki eron yhtäältä sellaisen sääntelyn välillä, jonka pääasiallisena tavoitteena on tehokas jätehuolto yhteisössä jätteiden alkuperästä huolimatta ja jolla sääntelyllä oli ainoastaan liitännäisiä vaikutuksia kilpailuun ja kauppaan, mukaan luettuna tuotanto-kustannukset, ja toisaalta asiassa C-300/89, titaanidioksidi-tapaus, kysymyksessä olleen direktiivin välillä, jonka tarkoituksena on "kansallisten säädösten, jotka koskevat tuotantoedellytyksiä tietyllä teollisuuden alalla, yhdenmukaistaminen *kyseisen alan* kilpailun vääristymien poistamiseksi".<sup>105</sup> Katson tämän perusteella, että tietyn toimenpiteen vaikutuksen sen kohteena olevan alan, jonka oletetaan hyötyvän siitä, kilpailuolosuhteiden yhdenmukaistamiseen on oltava tälle alalle erityinen, huolimatta toimenpiteen sanamuodon laajuudesta, eikä vaikutus voi olla pelkästään satunnainen. Sen vuoksi yhteisön säädösten, joiden ainoana vaikutuksena tietyllä alalla on kieltää asiaankuuluva taloudellinen toiminta, ei voida katsoa yhdenmukaistavan *kyseisen alan* kilpailuolosuhteita huolimatta siitä, mitä vaikutuksia niillä on kilpailuun jollakin rinnakkaisella alalla.

nut tästä väitteestä. Se ei saa mitään ilmeistä tukea 100 a artiklasta tai yhteisön tavoitteita ja toimintaa koskevista perustamissopimuksen yleisistä määräyksistä tai sisämarkkinoiden määritelmästä. Tällainen väite on myös 100 a artiklan horistontaalin luonteen vastainen. Lisäksi se aiheuttaa vähintäänkin yhtä lailla ongelmia kuin mitä siinä pyritään ratkaisemaan. Erityisalat, joilla yhteisöllä on aineellista toimivaltaa, kattavat aloja, joilla yhteisön toimivalta vaihtelee hyvin laajasta toimivallasta — kuten maatalousalalla — hyvin suppeaan toimivaltaan — kuten kansanterveys. Ellei tätä perustetta täsmennetä enempää, ja ottaan huomioon jo edellä esittämäni toteamus siitä, että yhdenmukaistamista koskevien toimien poissulkeminen 129 artiklan 4 kohdassa ei vaikuta 100 a artiklaan perustuvaan toimivaltaan, tätä väitettä ei voida ymmärtää siten, että siinä suljetaan pois kilpailuedellytysten yhdenmukaistaminen alalla, jolla on huomattavaa merkitystä kansanterveydelle. Jäljempänä ilmenevistä syistä ei ole kuitenkaan tarpeen, että otan tähän väitteeseen lopullisesti kantaa.

Sisämarkkinoiden tavoitteet — konkreettinen arviointi

92. Kantajat ovat vedonneet myös toiseen mahdolliseen rajoitukseen: Perustamissopimuksen 100 a artiklan käyttö kilpailun vääristymien poistamiseksi olisi rajoitettava aloihin, joilla yhteisöllä on myös nimenomainen aineellinen toimivalta, kuten ympäristönsuojelu. En ole vakuuttu-

93. Sen arvioimiseksi, tavoitellaanko yhteisön toimenpiteellä sisämarkkinoihin liittyviä tavoitteita, on edettävä kahdessa vaiheessa. Ensiksi on varmistuttava yhdenmukaistamista koskevien edellytysten olemassaolosta, toisin sanoen siitä, että eri kansalliset lait joko luovat esteitä neljän perusvapauden harjoittamiselle tai vää-

105 — Ks. edellä alaviite 51, tuomion 20 kohta (kursivointi tässä).

ristävät kilpailuedellytyksiä tietyllä talouden alalla.<sup>106</sup> Toiseksi yhteisön konkreettisen toiminnan on oltava sisämarkkinoiden toteuttamisen ja toiminnan kanssa yhdenmukainen. Tämä merkitsee sen selvittämistä, kuinka yhteisön lainsäätäjät on pyrkinyt yhteensovittamaan eri määräysten, kuten esimerkiksi 100 a artiklan ja 57 artiklan 2 kohdan, keskeisen edellytyksen siitä, että niiden perusteella toteutetut toimenpiteet edistävät vapaata liikkuvuutta tai yhdenmukaistavat kilpailuedellytyksiä tietyllä alalla, sen veloitteen kanssa, että sen on otettava huomioon yleistä etua koskevat seikat, mikä voi puoltaa hyvin rajoittavaa lähestymistapaa tiettyjen taloudellisten toimintojen osalta.

94. Erityisesti komissio on ehdottanut, että olennaisesti tästä syystä kysytään, onko toimi asianmukainen tai tarpeellinen, mikä on suhteellisuutta pikemminkin kuin toimivaltaa koskeva kysymys. Yhteisöjen tuomioistuimen ei siten tule puuttua asiaan tässä vaiheessa. En ole samaa mieltä. Jos yhteisön toimivallan harjoittamista voidaan valvoa oikeudellisesti, riittävää ei ole yhdenmukaistamista edeltävien edellytysten täyttymisen varmistaminen, sillä perustamissopimuksen 57 artiklan 2 kohdassa ja 100 a artiklassa ei myönnetä rajatonta toimivaltaa yhdenmukaistamiseen sen itsensä vuoksi, kun nämä edellytykset täyttyvät. Yhteisöjen tuomioistuin on todennut jatkuvasti todellisuudessa annetun yhdenmukaistamistoimenpiteen konkreettisen valvon-

nan tarpeen usein toistamassaan lausunnossa siitä, että toimivallan arvioinnissa on otettava huomioon ”erityisesti toimen tavoite ja sisältö”. Esillä olevien asioiden kaltaisessa tilanteessa yhteisön toimivallan konkreettisen arvioinnin on liitettävä yksinomaan sen selvittämiseen, toteutataanko toimenpiteellä sisämarkkinoiden tavoitteita, mitä varten toimivalta on annettu, kuitenkin muistaen, että tämä voi olla yhdenmukaista sellaisten yleistä etua koskevien muiden täydentävien päämäärien samanaikaisen toteuttamisen kanssa, joiden osalta ei voida yksinään vedota perustamissopimuksen 57 artiklan 2 kohtaan ja 100 a artiklaan.

95. Yhteisöjen tuomioistuin on suorittanut tällaista konkreettista valvontaa tilanteissa, joissa jäsenvaltiot ovat riitauttaneet yhteisön 100 a artiklan ja 57 artiklan 2 kohtaan perustuvan toimivallan, eli asioissa C-350/92, Espanja vastaan neuvosto, ja C-233/94, talletusten vakuudet -tapaus.<sup>107</sup> Asiassa C-350/92, Espanja vastaan neuvosto, yhteisöjen tuomioistuin tutki ja hylkäsi väitteen, jonka mukaan asetus N:o 1768/92<sup>108</sup> pidensi markkinoiden jakautumista yli kansallisen peruspatentin voimassaolon ajan ja esti yleisiä lääkkeitä valmistavien yritysten vapaan kilpailun patenttioikeuden haltijayritysten kanssa.<sup>109</sup> Yhteisöjen tuomioistuin katsoi, että asetuksessa pyrittiin patenttisuojan ajanjakson yhdenmukaistetulla pidentämisellä estämään lääkemarkkinoiden jakau-

106 — Nämä ovat kaksi esillä olevissa asioissa mainontadi-  
rektiivien pätevyuden puolesta esitettyä väitettä. En ota  
kantaa siihen, onko olemassa muita perustoja toiminnalle  
kysymyksessä olevien säännösten perusteella.

107 — Tällainen konkreettinen arviointi on myös tyyppillinen  
yhteisöjen tuomioistuimen arvioidessa tietyn oikeudelli-  
sen perustan soveltamista toisen sijasta, kuten edellä  
alaviitteessä 51 mainitussa asiassa C-300/89, titaani-  
dioksidi-tapaus, sekä edellä mainituissa asioissa  
C-155/91, jätteet I-tapaus, ja C-187/93, jätteet II  
-tapaus.

108 — Ks. edellä alaviite 58.

109 — Ks. edellä alaviite 58, asia C-350/92, tuomion 30 ja  
31 kohta.

tuminen ehkäisemällä kansallisen lainsäädännön eriytyminen,<sup>110</sup> vaikka tällainen pidennetty suojia oli tuntematon useimmissa jäsenvaltioissa.<sup>111</sup> Yhteisöjen tuomioistuin tutki myös patenttioikeuden haltijayritysten ja yleisten lääkkeiden valmistajayritysten etujen tasapainottamista.<sup>112</sup> Vaikka tämä selkeästi liittyy suhteellisuusperiaatteeseen, yhteisöjen tuomioistuin näyttää tarkastelleen sitä kyseisessä asiassa toimivaltakysymyksenä, mitä "[perustamissopimuksen 7 a artiklassa] luetellut tavoitteet vaativat",<sup>113</sup> mikä siten viittaisi siihen, että taloudelliselle toiminnalle (kyseisessä asiassa yleisten, patenttisuojaa vailla olevien lääkkeiden tuotanto) asetettujen rajoitusten olemassaolo tai niiden ankaruus voi olla merkityksellinen sen kysymyksen kannalta, onko yhdenmukaistamistoimenpiteellä katsottava pyrittyn toteuttamaan sisämarkkinoiden tavoitteita.<sup>114</sup> Esillä olevissa asioissa puoltamani yleinen kanta saa vahvistusta myös siitä, että varmistuttuaan siitä, että riidanalaisen asetuksen tavoite liittyy sisämarkkinoihin, yhteisöjen tuomioistuin ei missään viittanut täydentävän tavoitteen, joka koski farmaseuttisen tutkimuksen edistämistä yhteisössä, suhteelliseen painotukseen säädöksessä.

96. Asiassa C-233/94, talletusten vakuudet -tapaus, yhteisöjen tuomioistuin tutki väitettä, jonka mukaan riidanalaisessa toi-

110 — Ibid., tuomion 35 ja 36 kohta.

111 — Ibid., tuomion 34 kohta.

112 — Ibid., tuomion 37—39 kohta.

113 — Ibid., tuomion 37 kohta.

114 — Ks. edellä 83—87 kohdassa tekemäni arviointi siitä, onko tavaroiden liikkuvuutta estävien toimenpiteiden toteuttaminen yhteensopiva pyrittäessä saavuttamaan sisämarkkinoiden tavoitteita.

menpiteessä<sup>115</sup> säädetty kieltö, joka esti muihin jäsenvaltioihin sijoittautuneiden luottolaitosten sivukonttoreita tarjoamasta kansallisten talletusten vakuusjärjestelmiä, jotka suojasivat kuluttajien etuja enemmän kuin edut, joista oli säädetty direktiivissä, oli perustamissopimuksen 57 artiklan 2 kohdan tavoitteen vastainen. Yhteisöjen tuomioistuin katsoi, että talletusten enimmäisturvan rajoitus muissa jäsenvaltioissa toimiluvan saaneiden luottolaitosten sivukonttoreiden osalta "ei missään tapauksessa ole kustannuksiltaan niin kallis kuin velvollisuus noudattaa vastaanottavassa jäsenvaltiossa voimassa olevaa lainsäädäntöä talletusten vakuusjärjestelmistä", minkä seurauksena voidaan katsoa, että kyseinen direktiivi jopa helpottaa Saksassa toimiluvan saaneiden luottolaitosten sivukonttoreiden pankkitoimintaan ryhtymistä muissa jäsenvaltioissa.<sup>116</sup>

97. Tämänkaltainen arviointi eroaa suhteellisuutta koskevasta arvioinnista. Sen varmistamiseksi, ovatko edellytykset täyttyneet toiminnallisen päämäärän saavuttamiseksi annetun toimivallan harjoittamiseksi, on kysyttävä, pyritäänkö toimenpiteellä siinä esitettyihin, sisämarkkinoita koskeviin tavoitteisiin, eikä sitä, ylittääkö toimenpide sen, mikä on tarpeen sen tavoitteen saavuttamiseksi. Kuten on jo todettu, tässä vaiheessa on lisäksi selvitettävä yksinomaan näiden tavoitteiden toteuttaminen, koska toimivalta on annettu tähän tarkoitukseen. Kun toisaalta arvioidaan suhteellisuutta, huomioon on myös otettava muut aineelliset lisätavoitteet, joita sisämarkkinatoimenpiteillä pyritään

115 — Talletusten vakuusjärjestelmistä 30 päivänä toukokuuta 1994 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 94/19/EY (EYVL L 135, s. 5).

116 — Ibid., 44 kohta.

toteuttamaan, mukaan luettuna pyrkimys saavuttaa terveyden suojelun korkea taso.

98. On selvää, että ryhtyessään toteuttamaan monimutkaisten lainsäädäntövalintojen, jotka vaikuttavat erilaisiin taloudellisiin ja muihin etuihin, konkreettista valvontaa, yhteisöjen tuomioistuimen on tavallisesti hyväksyttävä lainsäätäjän tekemä arviointi siitä, että kyseisen toimenpiteen tehokkuus sisämarkkinoiden toteuttamisen tai toiminnan kannalta oikeuttaa toimenpiteellä toteutetut rajoitukset.<sup>117</sup> Yhteisöjen tuomioistuin ei voi korvata omalla arvioinnillaan lainsäätäjän tekemää arviointia eikä kyseenalaistaa tietyn poliittisen aloitteen tarkoituksenmukaisuutta.<sup>118</sup> Vaikka tässä onkin kysymys yhteisön lainsäädäntötoimivallan rajojen määrittämisestä, välttämätön konkreettinen arviointi toteutetun toimenpiteen suhteesta sen ilmoitettuihin tavoitteisiin nähden sisältää mielestäni sen, että turvaututaan yhteisöjen tuomioistuimen soveltamaan tavanomaiseen valvontatasoon tilanteissa, joissa toimielimillä on laaja lainsäädännöllinen harkintavaltaa. Kun toimielimillä ”on laaja harkintavaltaa erityisesti [sen toteuttamien] toimenpiteiden luonteen ja ulottuvuuden suhteen, tuomioistuimen harjoittamassa valvonnassa on rajoitettava tutkimaan ainoastaan sitä, että toimivaltaa ei ole käytetty ilmeisen virheellisellä tavalla ja että harkintavaltaa ei ole käytetty väärin taikka että [komissio] ei ole selvästi ylittänyt harkintavaltansa rajoja”.<sup>119</sup>

99. Yhteisöjen tuomioistuimen tehtävä on kuitenkin helpompi tilanteessa, jossa lainsäädännöllä on äärimmäisiä vaikutuksia kyseisellä alalla, kuten esimerkiksi silloin kun on kysymys kielloista. Ei voida olettaa, että yhteisön lainsäätäjän toteuttama, tietyn taloudellisen toiminnan tehokas kieltä olisi sinänsä sisämarkkinoiden tavoitteiden vastainen. Mutta samaan aikaan tällaisen kiellon vaikutukset ja siitä oikeudellisesti tehtävät johtopäätökset ovat helpommin oikeudellisen elimen tehtävissä, sillä tällainen elin on tarkempi suhteessa lainsäätäjän aikaansaamaan hienovaraiseen eri aineellisten etujen väliseen tasapainoon.<sup>120</sup> Tämä helpottaa arviointia siitä, onko olemassa tarvittava vastaavuus kiellon säätävän toimenpiteen *sisällön* ja sen sisämarkkinoita koskevan *tavoitteen* välillä, niin kuin tämä ilmenee erityisesti toimenpiteen johdanto-osasta sekä sen aineellisista säännöksistä (kuten mainontadirektiivin 1 artikla), joissa viitataan nimenomaisesti tai epäsuorasti näihin tavoitteisiin. Tätä vastaavuutta on loppujen lopuksi arvioitava tarkastelemalla riidanalaisesta toimenpiteestä aiheutuvia erotettavia vaikutuksia. Täsmällisen sisämarkkinoita koskevan tavoitteen on käytävä ilmi toimenpiteestä itsestään, eikä sitä mielestäni voida täydentää viittaamalla laajempiin tai erilaisiin tavoitteisiin myöhemmässä vaiheessa.<sup>121</sup> Jos toimenpiteen vaikutukset eivät ole yhdenmukaisia sisämarkkinoiden tavoitteiden kanssa, sellaisina kuin tavoitteet johtuvat oikeudellisista perustoista, joihin *lainsäätjä on todellisuudessa viitannut*, on katsottava, että lainsäätjä on

117 — Ks. edellä alaviite 52, asia C-233/94, talletusten vakuudet -tapaus, julkisasiamies Léger'n ratkaisuehdotus, 113 kohta.

118 — Ks. edellä alaviite 80, asia C-84/94, työaika-tapaus, tuomion 23 kohta.

119 — Asia C-180/96, Yhdistynyt kuningaskunta v. komissio, tuomio 5.5.1998 (Kok. 1998, s. I-2265, 60 kohta; jäljempänä BSE-tapaus); asia 98/78, Racke v. Hauptzollamt Mainz, tuomio 25.1.1979 (Kok. 1979, s. 69, 5 kohta; Kok. Ep. IV, s. 297). Muistutan, ettei harkintavallan väärinkäyttöä ole mielestäni näytetty toteen esillä olevissa asioissa.

120 — Ks. esimerkiksi edellä alaviite 58, asia C-350/92, tuomion 38 ja 39 kohta.

121 — Tämä ei kuitenkaan tarkoita, että toimenpiteen perustelut, mukaan luettuna kaikki määrällinen tai laadullinen asian kannalta merkityksellinen tieto, olisi esitettävä toimenpiteessä itsessään tavallista yksityiskohtaisemmin. Huolenaiheeni ei ole mainontadirektiivissä esitettyjen perustelujen (arvioitu jäljempänä V luvun vii) kohdassa) asianmukaisuus, vaan näiden perustelujen luonteen ja tavoitteiden selkeä määrittäminen, jotta direktiivin asiasisällön valvonta voidaan toteuttaa sen tavoitteiden ja sisällön perusteella.

tehnyt ilmeisen arviointivirheen tai ylittänyt harkintavaltansa.

### Mainontadirektiivin tavoite

100. Direktiivin 1 artiklan mukaan direktiivin tarkoituksena on "tupakkatuotteiden mainontaa ja niiden hyväksi tapahtuvaa sponsorointia koskevien jäsenvaltioiden lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten lähentäminen". Johdanto-osan ensimmäisen perustelukappaleen mukaan aikaisemmat erot tämän alan kansallisissa säädöksissä ovat omiaan luomaan esteitä ei pelkästään tupakkatuotteiden mainontaa ja sponsorointia koskevien palvelujen tarjoamiselle, vaan myös tällaisen mainonnan ja sponsoroinnin välineinä toimivien tuotteiden liikkumiselle jäsenvaltioiden välillä. Nämä erot vääristivät myös kilpailua. Tämän voidaan ymmärtää liittyvän kilpailuun ainoastaan edellä mainittujen palvelujen tarjoajien — tupakkatuotteiden mainonta ja sponsorointi — ja tämän mainonnan ja sponsoroinnin välineiden tuottajien ja toimittajien välillä. Tässä asiayhteydessä se ei selvästikään liity mainonnan ja sponsoroinnin alan yleiseen kilpailuun, josta ei ole mainittu direktiivissä mitään. Lisäksi johdanto-osasta tai mainontadirektiivistä ei muutenkaan käy ilmi, että se koskisi kaupan esteitä tupakkatuotteiden tai diversifikaatiotuotteiden osalta tai tällaisten tuotteiden tuottajien tai jakajien kilpailun vääristymistä, tai kilpailun vääristymistä sellaisten tavaroiden ja

palvelujen tuottajien ja jakajien välillä, joissa käytetään tupakkatuotteissa käytettyjä nimiä, sekä toisaalta vastaavien tuotteiden ja palvelujen, joissa ei käytetä tällaisia nimiä, tuottajien ja jakajien välillä. Kyseinen perustelukappale päättyy toteamukseen, että kaupan esteet ja kilpailun vääristyminen muodostuvat esteeksi sisämarkkinoiden toiminnalle.

101. Ensimmäinen perustelukappale voidaan ymmärtää siten, että siinä pyritään täyttämään edellytys yhteisön toteuttamalle yhdenmukaistamiselle perustamissopimuksen 57 artiklan 2 kohdan ja 100 a artiklan kohdan nojalla. Toinen perustelukappale sisältää nimenomaisesti arvion siitä yhteydestä, joka valitsee nykytilanteen, eli sisämarkkinoiden tavoitteiden toteuttamisen, mikä on 57 artiklan 2 kohdan ja 100 a artiklan perusteella toteutetun toimenpiteen näennäinen *tavoite*, ja todellisuudessa toteutetun toimenpiteen *sisällön* välillä: <sup>122</sup>

"Nämä esteet olisi poistettava, minkä vuoksi tupakkatuotteiden mainontaa ja niiden hyväksi tapahtuvaa sponsorointia koskevia sääntöjä olisi lähennettävä — —."

Imperial Tobacco on katsonut, ettei direktiivin tavoitteisiin sisälly toimia kilpailun vääristymistä vastaan, joka eroaisi toisessa

122 — En tietenkään pyri erottelemaan ankarasti tavoitetta ja sisältöä. Toimenpiteen tavoite on mahdollista päätellä sen aineellisista säännöksistä ja sen johdanto-osasta; ks. esimerkiksi edellä alaviite 67, yhdistetyt asiat C-164/92—C-165/97, tuomion 13 kohta. Esillä olevassa asiassa mainontadirektiivin muista säännöksistä ei kuitenkaan saada lisää tukea.

perustelukappaleessa mainituista kaupan esteistä. Katson tämän tulkinnan liian ankaraksi. Kahdeksannessa perustelukappaleessa viitataan mainonnan eri keinojen väliseen riippuvuuteen ja todetaan, että direktiivin olisi katettava kaikki mainonnan muodot (lukuun ottamatta televisiomainontaa) ”kilpailun vääristymisen — — estämiseksi”.

102. Tarkastelen ensin direktiivin sisämarkkinoita koskevia tavoitteita, jotka liittyvät tupakkatuotteiden mainontaan ja sponsorointiin liittyvien tavaroiden ja palvelujen vapaan kaupan esteiden poistamiseen. Tämän jälkeen tutkin kysymystä näiden vastaavien toiminnan alojen kilpailuedellytysten yhdenmukaistamisesta.

Tupakan edistämistä koskevien tavaroiden ja palvelujen kaupan esteet

103. Kysymys siitä, onko olemassa mitään merkittävää rajat ylittävää kauppaa tupakan edistämistä koskevien tavaroiden ja palvelujen osalta, kiistettiin laajasti suullisessa käsittelyssä.

104. Yhteisöjen tuomioistuin on selkeästi katsonut, ettei ole olemassa mitään de minimis -sääntöä perustamissopimuksessa

määrättyyn kieltoon eri kansallisista laeista johtuvien kaupan esteiden osalta: esimerkiksi tavaroiden vapaan liikkuvuuden ollessa kysymyksessä kansallisen toimenpiteen katsotaan merkitsevän rajoitusta, jos se on omiaan rajoittamaan todellisuudessa tai mahdollisesti yhteisön sisäistä kauppaa suoraan tai välillisesti, ”vaikka tällainen este olisi vähäinen ja vaikka on olemassa muita mahdollisuuksia tuontituotteiden markkinoinnille”.<sup>123</sup> Se seikka, että kansallinen säädös vaikuttaa vain vähäisiin markkinoihin, jotka on määritelty maantieteellisesti, tai viitaten säädöksen piiriin kuuluvan, rajat ylittävän kaupan määrään, on myös vailla merkitystä perustamissopimuksen 30 artiklan soveltamisen kannalta.<sup>124</sup> Palveluja koskevan oikeuskäytännön perusteella voidaan päätellä, että samat periaatteet soveltuvat tällä alalla.<sup>125</sup> Yhteisö on toimivaltainen poistamaan tavaroiden ja palvelujen kaupan esteitä toteuttamalla perustamissopimuksen 57 artiklan 2 kohtaan ja 100 a artiklaan perustuvia yhdenmukaistamista merkitseviä toimenpiteitä, joissa on otettu huomioon ne yleiset etua koskevat syyt, jotka johtivat alun perin kansallisten säädösten antamiseen. Tästä ei seuraa, että tämän kaltainen toiminta on automaattisesti perusteltua merkityksettömien (de minimis) kaupan esteiden vuoksi. Voidaan vähintäänkin edellyttää, että yhdenmukaistamistoimenpiteen on liityttävä kan-

123 — Yhdistetyt asiat 177/82 ja 178/82, Van de Haar ja Kaveka de Meern, tuomio 5.4.1984 (Kok. 1984, s. 1797, 14 kohta). Ks. myös asia C-126/91, Yves Rocher, tuomio 18.5.1993 (Kok. 1993, s. I-2361, 21 kohta; Kok. Ep. XIV, s. 201).

124 — Ks. asia C-67/97, Bluhme, tuomio 3.12.1998 (Kok. 1998, s. I-8033, 18—20 kohta ja 22 kohta), sekä julkisasiamies Fennellyn ratkaisuehdotus, 18 ja 19 kohta.

125 — Ks. esimerkiksi asia C-384/93, Alpine Investments, tuomio 10.5.1995 (Kok. 1995, s. I-1141). Edellisessä alaviitteessä mainitusta asiasta C-67/97 (tuomion 22 kohta) käy selkeästi ilmi, että asian C-379/92, Peralta, tuomio 14.7.1994 (Kok. 1994, s. I-3453; Kok. Ep. XVI, s. 15) kaltaisissa tapauksissa tehty tavaroiden ja palvelujen kaupan pelkästään välillisten ja satunnaisten esteiden poissulkeminen asianmukaisten perustamissopimuksen määräysten soveltamisesta liittyy pikemminkin tällaisten esteiden hyvin välillisiin vaikutuksiin kaupan osalta kuin näiden vaikutusten suuruuteen.

sallisiin säädöksiin, joista aiheutuu kaupalle vaikutuksia, joita ei voida pitää merkityksättöminä. Tämä ongelma ei koske esillä olevaa asiaa, koska erilaisilla kansallisilla säädöksillä, joista osa on hyvinkin rajoittavia, voi selvästikin olla suora ja merkittävä vaikutus tupakkatuotteiden mainontapalvelujen ja mainosvälineiden kauppaan. Myös kysymys siitä, onko tämän vaikutuksen kohteena olevien tuotteiden ja palvelujen rajat ylittävän kaupan määrä merkittävä ehdottomana arvona vai pelkästään kansallisen kaupan kannalta, voi olla merkityksellinen. Kuitenkaan se ei liity niinkään toimivallan arviointiin kuin suhteellisuusperiaatteen soveltamiseen, määriteltäessä onko toimenpiteen soveltamisala liian laaja (esimerkiksi koska se vaikuttaa samanaikaisesti merkittävään kansalliseen kauppaan ja suhteellisen vähäiseen rajat ylittävään kauppaan) ja siten sitä, ylittävätkö toimenpiteen hyvin rajoittavat vaikutukset siitä sisämarkkinoille aiheutuvat edut.

105. En ole vakuuttunut Saksan väitteestä siitä, ettei todellisuudessa ole olemassa rajat ylittäviä tupakan edistämistä koskevia mainonta- ja sponsorointipalveluja,<sup>126</sup> joille aiheutuisi kielteisiä vaikutuksia kansallisten, tätä koskevien säädösten välisistä eroista.<sup>127</sup> Tällaisia palveluja voi tarjota esimerkiksi yhteen jäsenvaltioon sijoittau-

tunut kansainvälinen mainostoimisto yhteisön koko alueella tai sen osassa tapahtuvaa käyttöä varten<sup>128</sup> tai paikallinen mainostoimisto pelkästään kotimaiseen käyttöön mutta kansainvälisen asiakkaan lukuun (mukaan luettuna mahdollisesti kansainvälinen mainostoimisto), ja nämä palvelut voivat sisältää nimien, mainosteemojen, iskulauseiden ja kampanjoiden suunnittelua; taideteosten toimeksiantoa ja mallien, näyttelijöiden ja muiden tahojen palkkaamista mainoskuvien, filmien ja niin edelleen luomiseksi; mainosten sijoittamista eri mainosvälineisiin sekä erilaisten urheilu, taide- tai muiden järjestöjen, tilaisuuksien tai joukkueiden sponsorointia sekä ilmaislahjojen tai mainosmateriaalin yleisölle suoraan tehtävän jaon järjestämistä. Tällaisten vastiketta vastaan suoritettavien palvelujen tarjoaminen on selvästikin luonteeltaan kaupallista. Ainoastaan mikäli tällainen tiettyjen palvelujen tarjoaminen kiellettäisiin yleiseen etuun perustuvilla syillä kaikissa jäsenvaltioissa, se ei kuuluisi perustamissopimuksen soveltamisalaan,<sup>129</sup> mistä ei kuitenkaan ole kysymys tupakan edistämisessä. Joukkueiden tai tapahtumien sponsorointi vastineena sponsorin panoksen tunnustamisesta tai edistämismateriaalin esillepanosta (jota voidaan myös esittää sponsoroitujen tapahtumien televisio- tai radiolähehtyksissä) merkitsee myös sponsorin tekemää, vastiketta vastaan suorittamaa palvelua toisen tahon hyväksi.<sup>130</sup> Yhteisöjen tuomioistuimelle esitetyn näytön perusteella voidaan selkeästi päätellä, että tällainen toiminta on hyvin tavallista.

126 — Direktiivin 3 artiklan 3 kohdan b alakohdassa säädeltyä diversifikaatiotuotteiden — muut kuin tupakkatuotteet, joissa käytetään tupakkatuotteissa jo käytettyjä nimiä, tavaramerkkejä, symboleja tai muita erottavia piirteitä — edistämistä on pidetty tupakan epäsuoran mainonnan muotona, ja sen vuoksi se sisältyi jäljempänä tehtyyn arviointiin tupakkatuotteiden edistämisestä, paitsi ellei sitä ole eroteltu omaa, erillistä arviointia varten.

127 — Ks. palvelujen vapaata tarjoamista koskevista rajoituksista, joita ei pidetä syrjivinä asia C-275/92, Schindler, tuomio 24.3.1994 (Kok. 1994, s. I-1039, 43 kohta; Kok. Ep. XV, s. 79) sekä asia C-76/90, Säger v. Dennermeier, tuomio 25.7.1991 (Kok. 1991, s. I-4221, 12 kohta).

128 — Sellaisen yhtiön palvelujen tarjontaan, joka on sijoittautunut jäsenvaltioon A mutta joka tarjoaa palveluja jäsenvaltiossa B sellaisen asiakkaan lukuun, joka on sijoittautunut muualle yhteisöön, mukaan lukien jäsenvaltio A, sovelletaan perustamissopimuksen palvelujen tarjoamista koskevia määräyksiä. Ks. esimerkiksi asia C-154/89, komissio v. Ranska, tuomio 26.2.1991 (Kok. 1991, s. I-659, 9 kohta; Kok. Ep. XI, s. 55), joka koski turistioppaiden toimintaa.

129 — Ks. edellä alaviite 127, asia C-275/92, tuomion 32 kohta.

130 — Yhdistetyt asiat C-51/96 ja C-191/97, Deliège, tuomio 11.4.2000 (Kok. 2000, s. I-2549, 57 kohta).

106. EY:n perustamissopimuksen 59 artiklan (josta on muutettuna tullut EY 49 artikla) mukaisten palvelujen rajoituksia voi aiheutua siitä, että mainostoimisto, joka tarjoaa lainmukaisesti tupakkatuotteita edistäviä palveluja yhdessä jäsenvaltiossa, estyy tekemästä näin toisessa jäsenvaltiossa, jossa sovelletaan tiukempaa lähestymistapaa tupakkatuotteiden mainonnassa ja niiden hyväksi toteutettavassa sponsoroinnissa. Vastaavasti palvelujen tarjoaminen, esimerkiksi urheilujoukkueiden, orkesterien, kiertävien näyttelyiden tai useissa paikoissa pidettävien urheilukilpailujen osalta rajoittuu, kun sponsoroiminen, jonka ne voivat lainmukaisesti hyväksyä ja julkistaa yhdessä jäsenvaltiossa, kielletään tai sille asetetaan lisäehtoja toisessa jäsenvaltiossa. Myös rajat ylittävien radiopalvelujen tarjoamiseen voidaan vaikuttaa kansallisilla, tällaisten lähetysten mainosisältöä koskevilla säädöksillä.<sup>131</sup>

107. Ne tavarat, joiden osalta saattaa esiintyä mainontadirektiivissä tarkoitettuja kaupan esteitä, näyttävät vähäisemmiltä. Mielestäni ne voidaan rajoittaa tavaroihin, joilla käydään kauppaa jäsenvaltioiden

välillä, kun tavarat eivät ole missään tapauksessa yksinomaan tupakkamainonnan tai -sponsoroinnin väline. Ilmeisin esimerkki ovat sanomalehdet tai aikakauslehdet, joilla on tavallisesti sekä muuta mainosisältöä että merkittävää journalistista sisältöä ja joiden liikkuminen muissa jäsenvaltioissa estyy todellisuudessa tai mahdollisesti sen seikan vuoksi, että tuotantojäsenvaltiossa lainmukainen tupakkamainonta on kielletty tai siihen sovelletaan erilaisia edellytyksiä toisessa jäsenvaltiossa. Tässä yhteydessä tavaroihin ei voida mielestäni lukea savukkeita, joita jaetaan ilmaiseksi mainostarkoituksissa (jotka todennäköisesti tuottaja toimittaa) tai mainonnan tai sponsoroinnin liikkuvia kantajia, kuten kilpa-autot tai kansainvälisissä urheilutapahtumissa käytetyt joukkuevarusteet, koska ne eivät näissä olosuhteissa kuulu yhteisön sisäiseen kauppaan, vaikka ne ylittävätkin rajoja.<sup>132</sup> Kuitenkin jakelukampanjan tai sponsoroimintiohjelman järjestäminen (sekä edistämissponsoroinnin hyväksyminen) saattaa sisältää rajat ylittäviä seikkoja, joihin erilaiset kansalliset säädökset voivat vaikuttaa. Mitä tulee seikkoihin, jotka toimivat yksinomaan kaikissa tapauksessa tupakkamainonnan välineinä, kuten julisteet, mainokset, esitteet ja niin edelleen, niitä lienee parasta arvioida sen edistämispalvelun kannalta, josta ne ovat konkreettinen ilmaus,<sup>133</sup> vaikka ne ovatkin itse tietyllä tavalla kaupan kohteena (esimerkiksi kirjapainon mainostoimistolle toimittama painettu aineisto).

131 — Ks. edellä direktiiviä 89/552/ETY koskeva keskustelu. Vastikkeellinen rajat ylittävä televisiomainonta on perustamissopimuksen 59 artiklassa tarkoitettua palvelun tarjoamista, kuten on todettu asiassa 352/85, *Bond van Adverteerders v. Alankomaat*, 26.4.1988 annetussa tuomiossa (Kok. 1988, s. 2085; Kok. Ep. IX, s. 455).

132 — Kuitenkin perustamissopimuksen tavaroiden vapaata liikkumista koskevia määräyksiä sovelletaan sellaisten urheiluvaatteiden erilliseen kauppaan, joissa käytetään usein samoja sponsoroinnin tunnuksia ja joita voitaisiin pitää ”tuotteina, joita käytetään tämän mainonnan tai sponsoroinnin tukena”.

133 — Ks. edellä alaviite 127, asia C-275/92, tuomion 22 kohta.



108. Katson siten, että edellytykset yhteisön yhdenmukaistamista koskevan toimivallan käytölle rajat ylittävän tavaroiden kaupan ja palvelujen tarjoamisen osalta ovat täyttyneet esillä olevassa asiassa. Sen vuoksi on tarpeen tutkia mainontadirektiivin lähestymistapaa näiden edellä mainittujen ei-syrjivien tavaroiden ja palvelujen kaupan esteiden osalta.

#### Mainontadirektiivissä toteutettu yhdenmukaistaminen

109. Mainontadirektiivin olennaisena piirteenä on laaja, tupakkatuotteiden hyväksi toteutettavan suoran ja epäsuoran mainonnan ja sponsoroinnin kieltö. Tämän vaikuttamatta direktiivissä 89/552/ETY tehtyyn televisiomainonnan kieltoon, yleisin käsittein laadittu kieltö sisältyy mainontadirektiivin 3 artiklan 1 kohtaan, mutta tämän jälkeen direktiivin soveltamiselle asetetaan useita nimenomaisia poikkeuksia 3 artiklan 5 kohdassa.

110. Näiden poikkeusten taloudellisesta ja mainonnallisesta merkityksestä koko tupakkamainonnan kannalta on keskusteltu huomattavasti. Kysymys siitä, onko tuloksena direktiivissä käyttöön otettu tupakkamainonnan "täydellinen kieltö", on semanttinen. Katson, että tupakkamainontaa kokonaisuudessaan tarkasteltuna

poikkeukset ovat vähäisiä. Kieltoa voidaan selkeästi kuvata laajaksi. Siinä kielletään kaikki yhteisön toimijoiden kuluttajille suuntaama mainonta, jota ei toteuteta myyntipisteissä.

111. Tämän laajan kiellon valossa on pyrittävä määrittelemään, kuinka sisämarkkinoiden voidaan katsoa hyötyvän mainontadirektiivistä. Kuten erityisesti Imperial Tobacco on korostanut, merkittävää on se, että direktiivillä ei pyritä yhdenmukaistamaan olemassa olevia kansallisia säädöksiä niiden rajoitettujen mainonnan keinojen osalta, joita siinä ei kielletä. Koska muutoin kaikki seikat ovat yhtäläisiä, olisi voitu väittää, että poikkeuksen alaan kuuluvilla aloilla tapahtuva tavaroiden ja palvelujen kauppa vapautettiin epäsuorasti toteuttamalla toimenpide, jossa yhdenmukaistetaan — kiellon avulla — kyseisen taloudellisen toiminnan laajoja osia. Mutta direktiivissä ei tehdä näin. Sen 5 artiklasta käy selvästi ilmi, että direktiivin tarkoituksena ei ole tällaisen vapauttavan vaikutuksen aikaansaaminen tai edes tällaisen mainonnan salliminen tietyn edellytyksin, koska direktiivissä nimenomaisesti jätetään jäsenvaltioiden harkintaan se, ottavatko ne terveyden suojeluun liittyvillä perusteilla käyttöön ankarampia määräyksiä näillä poikkeuksellisilla aloilla. Vaikka tällaisten kansallisten toimenpiteiden on oltava perustamissopimuksen mukaisia, direktiivi ei mitenkään vaikuta niiden jatkuvaan soveltamiseen tupakkamainonnan niihin tekijöihin, jotka jäävät direktiivin laajan, yhdenmukaistetun kiellon ulkopuolelle.

112. Päättyessäni tähän johtopäätökseen en ole unohtanut, että vaikka on annettu yhdenmukaistamista merkitseviä säännök-

siä muiden kuin direktiivissä kiellettyjen mainonnan muotojen osalta, jäsenvaltiot olisivat voineet vapaasti vedota perustamissopimuksen 100 a artiklan 4 kohtaan jatkaakseen tiukempien kansallisten säästösten soveltamista kansanterveyteen liittyvillä syillä. Ensimmäiseksi on muistettava, ettei tämä menettely koske sellaisia toimenpiteitä, jotka liittyvät palvelujen tarjoamisen esteisiin, joiden osalta pikemminkin perustamissopimuksen 57 artiklan 2 kohta kuin 100 a artikla on erityinen oikeudellinen perusta. Joka tapauksessa se oletettu tilanne, johon olen juuri viitannut, on hyvin erilainen verrattuna sellaiseen tilanteeseen, joka aiheutuu kansallisten säästösten yhdenmukaistamatta jättämisestä direktiivin 3 artiklan 5 kohdassa mainituilla aloilla. Ensiksi 100 a artiklan 4 kohtaan nojautumiseen sovelletaan erityistä vahvistamismenettelyä, jota komissio valvoo ja jonka päätöksen muut jäsenvaltiot voivat riitauttaa oikeudellisesti.<sup>134</sup> Jäsenvaltiot eivät voi toimia yksipuolisesti ilman komission hyväksyntää.<sup>135</sup> Komission kieltäytyessä vahvistuksesta kantelun tehneen jäsenvaltion on haettava komission päätöksen kumoamista ennen kuin jäsenvaltio voi toimia.<sup>136</sup> Jos jäsenvaltiot eivät tällaisen vahvistuksen puuttuessa pane yhdenmukaistamisdirektiiviä ajoissa täytäntöön, direktiivillä voi olla välitön oikeusvaikutus kansallisissa tuomioistuimissa.<sup>137</sup> Kaikkien näiden seikkojen perusteella ei voida väittää, kyseenalaistamatta perustamissopimuksen 100 a artiklan mukaisesti toteutetun yhteisön toiminnan hyödyllisyyttä useassa tilanteessa, että missä muodossa tahansa toteutettu direktiivin 3 artiklan 5 kohdassa mainittu-

jen alueiden täydellinen tai osittainen yhdenmukaistettu vapauttaminen olisi välttämättä johtanut vaikutukseltaan samanlaiseen tulokseen kuin mihin direktiivin osalta on päädytty.

113. Edellä esitetystä seuraa selkeästi, että mainontadirektiivin ei voida katsoa poistavan kaupan esteitä ja siten helpottavan sellaisten palvelujen kauppaa, joiden sisältö liittyy yksinomaan tupakkatuotteiden mainontaan tai sponsorointiin, mukaan lukien palvelut, jotka konkretisoituvat tavaroina, kuten painetut esitteet, irtolehtiset tai julisteet, ja palveluihin sisältyvä tupakkatuotteiden ilmaisjakelu. Direktiivin *ainoana* vaikutuksena sen laajalla soveltamisalalla on se, että kyseisten palvelujen kauppa kielletään. Tästä kiellosta ei synny vastapainona mitään etuja yrityksille, jotka tuottavat tai tarjoavat näitä palveluja. Erilaisista kansallisista sääöksistä aiheutuvat esteet pysyvät voimassa alueilla, joihin direktiiviä ei sovelleta. Vaikka tällaista tavoitetta ei olekaan nimenomaisesti mainittu, sekä direktiivin sisällöstä että sen täydentävästä tavoitteesta, joka koskee ihmisten terveyden suojelun huomioon ottamista,<sup>138</sup> käy kuitenkin ilmi, että sen tarkoituksena on kyseisten palvelujen kaupan radikaali vähentäminen tai ainakin se, että tällainen tulos on väistämätön. Oikeudellisesti arvioituna toimenpiteen, jonka ainoana vaikutuksena on taloudellisen toiminnan kieltäminen, ei voida mielestäni katsoa poistavan kaupan esteitä *tällä toiminnan alalla*. Katson siten, että yhteisön lainsäätäjä on tehnyt ilmeisen

134 — Asia C-41/93, Ranska v. komissio, tuomio 17.5.1994 (Kok. 1994, s. I-1829; Kok. Ep. XV, s. 165).

135 — Asia C-319/97, Kortas, tuomio 1.6.1999 (Kok. 1999, s. I-3143, 28 ja 36 kohta).

136 — Ibid., tuomion 27 kohta. Ks. esimerkiksi vireillä olevat asiat C-512/99, Saksa v. komissio, ja C-3/00, Tanska v. komissio.

137 — Ks. edellä alaviite 135, asia C-319/97, tuomion 22 kohta.

138 — Ks. direktiivin johdanto-osan neljäs perustelukappale.

arviointivirheen tai ylittänyt ilmeisesti harkintavaltansa sen arvioinnin osalta, joka koskee direktiivistä oletetusti aiheutuvia etuja kyseisellä alalla toimiville yrityksille sekä sisämarkkinoiden toteuttamiselle ja toiminnalle.

114. Tämä arviointi olisi erilainen, jos mainontadirektiiviä sovellettaisiin vain sellaisten palvelujen ja tavaroiden kauppaan, joita käytetään mainonnan ja sponsoroinnin välineenä, mutta joilla on myös eri tehtäviä ja taloudellista arvoa. Yksi tällainen palvelu on rajat ylittävien radiolähetysten tarjoaminen. Radiossa toteutettavan tupakkaan liittyvän mainonnan ja ohjelmasponsoroinnin kiellon perusta on täsmälleen sama kuin sen aikaisemmin televisiossa toteutettu kiello. Toinen tällainen palvelu on sponsorointi, jota urheilujoukkue tai urheilujärjestö itse toteuttavat kiertävissä urheilulajeissa, kuten formula 1 -moottoriurheilukilpailut. Kaksi edellä jo mainittua eri esimerkkiä asian kannalta merkittävistä tavaroista koskee yhtäältä sanomalehtiä ja aikakauslehtiä ja toisaalta urheiluvaatteiden kopioita. Vaikka kaikissa näissä tapauksissa direktiivissä toteutettu tupakkatuotteiden mainonnan ja sponsoroinnin kiello saattaa vaikuttaa harjoitetun toiminnan kannattavuuteen, ei ole kuitenkaan selvää, että yhteisön lainsäätäjät olisi tehnyt arviointivirheen tai ylittänyt harkintavaltansa katsoessaan, että tällaisten tavaroiden ja palvelujen vapaata liikkuvuutta ja tarjoamista rajojen yli helpotettaisiin yhdenmukaisilla mainonnan ja sponsoroinnin sisältöä koskevilla säännöksillä, joilla poistetaan eri-

laisista kansallisista säännöksistä aiheutuvia todellisia tai mahdollisia rajoituksia.<sup>139</sup>

115. Samaa arviointia voidaan soveltaa soveltuvin osin direktiivin 3 artiklan 3 kohdan b alakohdan kieltoon, joka koskee mainontaa ja sponsorointia sellaisten muiden kuin tupakkatuotteiden osalta, joissa käytetään tupakkatuotteista jo käytettyjä nimiä, tavaramerkkejä, symboleita tai muita erottavia piirteitä (diversifikointituotteet). Tilanne on monimutkaisempi sellaisten tavaroiden ja palvelujen mainonnan osalta, joita on pidetty kaupan tai tarjottu vilpittömässä mielessä ennen 30.7.1998 käyttämällä myös tupakkatuotteista käytettyä nimeä.<sup>140</sup> Jäsenvaltiot voivat direktiivin 3 artiklan 2 kohdan mukaan oikeuttaa tällaisen nimen käytön tällaisten muiden tuotteiden tai palvelujen mainonnassa. Näin ollen tämän alan mainontapalvelujen tarjoamista koskevia säädöksiä ei ole täysin yhdenmukaistettu. Tälle mainonnalle on asetettu tiettyjä edellytyksiä — nimeä käytetään ainoastaan muodossa, joka erottuu selvästi tupakkatuotteesta käytetystä nimestä ja ilman tupakkatuotteesta jo käytettyä muuta erottavaa piirrettä — mutta tällä pyritään vain kieltämään kaikki epäyhdenmukaiset myyninedistämismuodot ilman, että mitenkään puututtaisiin kansallisissa säännöksissä oleviin eroihin, jotka koskevat kyseisen kiellon ulkopuolelle jäävien tuotteiden ja palvelujen mainonnan muotoja. Siten tämän säännöksen seurauksena yhdistetään samanaikaisesti erikoisella tavalla joko kiellon tai yhdenmukaistamatta jättämisen tavoitteet, jotka luon-

139 — Ks. esimerkiksi mainontadirektiivin antamista edeltäneen ensimmäisen direktiiviehdotuksen 5 artikla, jossa jäsenvaltioita kiellettiin estämästä vaatimukset täyttävien julkaisujen myyntiä.

140 — Direktiivin 3 artiklan 2 kohdassa ei todeta sponsoroinnin osalta mitään.

nehtivat säädöksen rakennetta kokonaisuudessaan. Lisäksi koska jäsenvaltiot voivat joko sallia tai kieltää mainonnan, joka on edellä mainitun nimen erottelua koskevan edellytyksen mukainen, tällä säännöksellä ei edes poisteta esteitä sellaisten rajat ylittävien palvelujen tarjoamiselta ja tavaroiden kaupasta, jotka eivät ole yksinomaan tupakkamainonnan välineitä, kuten radio tai sanomalehdet. Lisäksi se seikka, että direktiivin 3 artiklan 2 kohdassa luodaan vaihtoehtoinen poikkeus yhteisön oikeudessa laadittuun kieltoon, merkitsee todennäköisesti sitä, että tästä johtuvat erot kansallisissa lainsäädännöissä välttyvät myös perustamissopimuksen 30 ja 59 artiklan nojalla tehtävältä tutkinnalta. Katson siten, että kyseinen säännös ei vaikuta mitenkään tupakkamainontaan liittyvien tuotteiden ja palvelujen kaupan esteiden poistamiseen ja että tämän seurauksena perustamissopimuksen 57 artiklan 2 kohta ja 100 a artikla eivät ole säännöksen antamisen asianmukainen oikeudellinen perusta.

116. Mainontadirektiivin 3 artiklan 3 kohdan a alakohdtaan on myös kiinnitettävä erityistä huomiota. Kyseisen säännöksen mukaan jäsenvaltioiden on huolehdittava, ettei millään tupakkatuotteella ole muun tuotteen tai palvelun nimeä, tavaramerkkiä, symbolia tai muuta erottavaa piirrettä, jollei tätä tupakkatuotetta jo pidetä kaupan tällä perusteella ennen 30.7.2001, joka on direktiivin täytäntöönpanolle asetetun määräajan päätymispäivä. Tämän säännöksen tavoite ei

käy suoraan ilmi direktiivin johdanto-osan perustelukappaleista, koska niissä ei mainita erityisesti tällaista aloitetta. Tupakkatuotteiden nimeäminen ei sellaisenaan edes kuulu direktiivin 2 artiklan 2 kohdassa esitettyyn laajaan, mainontaa koskevaan määritelmään. Enintään voidaan todeta, että direktiivin 3 artiklan 3 kohdan a alakohdassa pyritään estämään se, etteivät tupakkatuotteet hyödy epäsuorasti rajoituksista vapaasta, muiden kuin tupakkatuotteiden hyväksi toteutettavasta mainonnasta, joiden tuotteiden kanssa niillä on sama nimi erilaisen diversifikaatiomuodon vuoksi.<sup>141</sup> Tämä saattaa olla merkityksellistä mainontapalvelujen ja mainosvälineiden sisämarkkinoiden kannalta yleisesti, mikäli sen tarkoituksena olisi puuttua eri kansallisiin säädöksiin, jotka koskevat muiden kuin tupakkatuotteiden, joilla on sama nimi, mainonnan sallimista; yhteisön lainsäätäjät ei ole kuitenkaan esittänyt tällaista tavoitetta, eikä se käy ilmi muualtaakaan. Säännös ei näytä olevan mitenkään välittömästi yhteydessä tupakkatuotteiden hyväksi toteutettavaan mainontaan ja sponsorointiin liittyvien palvelujen ja tavaroiden sisämarkkinoiden toteuttamiseen; nämä taloudelliset toiminnot on edellä esitetyllä tavalla kielletty hyvin vähäisin poikkeuksin kyseisten tupakkatuotteiden nimestä huolimatta. Katson siten yhteisön lainsäätäjän esittämien sisämarkkinoita koskevien tavoitteiden osalta, ettei lainsäätäjät ollut toimivaltainen antamaan direktiivin 3 artiklan 3 kohdan a alakohdan mukaista säännöstä perustamissopimuksen 57 artiklan 2 kohdan ja 100 a artiklan nojalla.

141 — Se on myös tuotteiden esittämistävän yhdenmukais-  
tamissäännös, joka saattaa olla merkityksellinen tupak-  
katuotteiden vapaalle liikkuvuudelle yhteisössä, mutta  
kuten edellä on nähty, kyseinen tavoite ei sisälly direk-  
tiivin tavoitteisiin. Ottaen huomioon direktiivissä ja eri-  
tyisesti sen neljännessä perustelukappaleessa ilmaistun  
rinnakkaisen kansanterveyttä koskevan tavoitteen, on  
vaikea uskoa, että sen tarkoituksena on helpottaa  
tupakkatuotteiden kauppaa.

## Kilpailun vääristyminen

117. Tutkin seuraavaksi, voidaanko direktiivin katsoa poistavan kilpailun vääristymiä, jotka aiheutuvat erilaisten kansallisten säännösten soveltamisesta tupakan edistämiseen muutoin kuin sellaisin mainosvälinein, jotka eivät mainosta yksinomaan tupakkatuotteita. En viittaa enempää kyseisten mainosvälineiden ja sponsoroinnin välittäjien, kuten radiolähetykset, sanomalehdet, ”liikkuvat” urheilutapahtumat, taidetapahtumat ja joukkueet, orkesterit ja niin edelleen, asemaan, koska olen jo todennut, että yhteisön lainsäätäjäksi olisi ollut toimivaltainen perustamissopimuksen 57 artiklan 2 kohdan ja 100 a artiklan nojalla kieltämään tupakkamainonnan ja -sponsoroinnin tällaisissa tapauksissa edellä jo esitetyin perustein. Rajoitan arviointini tupakkatuotteiden hyväksi toteutettavan mainonnan ja sponsoroinnin keskeisen kiellon vaikutuksiin, sellaisena kuin kielto käy ilmi direktiivin 3 artiklan 1 kohdasta. Direktiivin 3 artiklan 2 ja 3 kohdan vaikutuksia voidaan arvioida johtamalla päätelmät tämän arvioinnin perusteella, kuten itse olen tehnyt kaupan esteiden poistamisen osalta.

118. Muistutan vielä kerran edellä tekevästäni päätelmästä siitä, että perustamissopimuksen 100 a artiklan mukainen

yhteisön toimivalta kansallisten säädösten yhdenmukaistamiseen vääristymättömän kilpailun turvaamiseksi rajoittuu toimenpiteisiin, jotka muutoin kuin satunnaisesti koskevat tietyn erityisalan olosuhteita;<sup>142</sup> mainontadirektiivin kohteena oleva taloudellinen ala on tupakkatuotteiden mainonta ja sponsorointi sekä tähän liittyvä mainostuotteiden kauppa.<sup>143</sup> Loppujien lopuksi ei ole tarpeen tutkia, oliko kilpailu vääristynyt kyseisellä alalla ja kuinka tai olivatko tällaiset vääristymät olennaisia tai ylittivätkö jonkin muun soveltamista koskevan kynnyksen. Mielestäni direktiivin ei voida katsoa vaikuttavan kyseisen alan kilpailuedellytysten yhdenmukaistamiseen yksinkertaisesti siitä edellä esitetystä syystä, että siinä hävitetään kyseinen ala suurelta osin ja siltä osin kuin siinä ei tehdä näin, siinä ei kyetä yhdenmukaistamaan mitään kilpailuedellytyksiä.

119. En voi hyväksyä sellaisia väitteitä, että vaikka jäsenvaltiot voivatkin antaa erilaisia säännöksiä sellaisten mainonnan muotojen osalta, joiden suhteen direktiivin 3 artiklan 5 kohdan mukaisesti on tehty poikkeus kiellosta, kilpailu yhdenmukaistuu joka tapauksessa näillä aloilla suurelta osin sen vuoksi, että kaikki mainostajat on suljettu pois kielletyiltä aloilta. Tämä väite nojautuu todennäköisiin kilpailuun kohdistuviin vaikutuksiin poikkeuksen piiriin kuuluvien mainonnan muotojen osalta — kielletään asteittaiset säästöt kaikkien markkinoilla toimivien tahojen osalta sulkemalla kaikki pois suurelta osalta mark-

142 — Ks. edellä 91 kohdassa tehty arviointi alaviitteessä 51 mainitusta asiasta C-300/89, titaanidioksiditapaus, ja alaviitteessä 85 mainitusta asiasta C-155/91, jätteet I -tapaus.

143 — Ks. edellä 99—102 kohta.

kinoita —, jotka vaikutukset ovat parhaimmassakin tapauksessa epäsuoria ja etäisiä. Tämä ei vaikuta todellisiin mainostilan tarjoajiin — kaupalliset julkaisut, julkaisujen levittäjät sekä kolmansien maiden julkaisut —, koska niillä ei missään tapauksessa ole tarvittavia yhteyksiä kiellettyyn mainontaan. Mitä tulee yleisten mainontapalvelujen tarjoajiin tupakkateollisuudelle, kuten mainostoimistot, jotka tarjoavat näitä palveluja tupakkateollisuudelle, jäljelle jääneillä toiminnan aloilla toteutettava edellytysten yhdenmukaistaminen yksinkertaisesti kieltämällä pelkästään samankaltaisen toiminnan merkittäviä osia merkitsee hyvin etäistä kilpailuetua. Sitä ei mielestäni voida verrata yhdenmukaistamista koskevaan sääntelyyn (mukaan luettuna sääntely kieltojen kautta) tietyn alan panosten, lopputuotteiden ja ulkonaisten seikkojen osalta, jolla alalla pyritään yhdenmukaisiin kilpailuedellytyksiin, kuten asiassa C-300/89, titaani-dioksidi-tapaus. Mielestäni esillä olevassa asiassa on selkeästi sovellettava asiassa C-155/91, jätteet I -tapaus, annetusta tuomiosta<sup>144</sup> ilmenevää periaatetta eron tekemiseksi edelliseen tuomioon sillä perusteella, että vaikka kysymyksessä oleva lainsäädäntö vaikutti sisämarkkinoiden toimintaan, tämä vaikutus ei riittänyt 100 a artiklan soveltamiseen, kun vaikutus oli pelkästään satunnainen. Olen jo todennut, että asia on näin, kun toimenpiteen vaikutukset kilpailuedellytyksiin kysymyksessä olevilla aloilla olivat liian kaukaisia, jotta toimenpide voitaisiin antaa 100 a artiklan perusteella, edes muun mahdollisen oikeudellisen perustan puuttuessa. Katson asian olevan näin myös esillä olevassa asiassa, jossa perustamissopimuksen 129 artikla ei selvästikään tarjoa tällaista vaihtoehtoa.

120. Yhteisön lainsäätäjä on näin ollen tehnyt ilmeisen arviointivirheen tai ylittänyt ilmeisellä tavalla harkintavaltansa katsoessaan antavansa mainontadirektiivin toimenpiteenä, jonka tarkoituksena on taata vääristymätön kilpailu tupakkamainonnan ja sponsoroinnin alalla.

Seuraukset: pätemättömyys ja erotettavuus

121. Olen katsonut, että yhteisön lainsäätäjä ei ollut toimivaltainen antamaan direktiiviä kummallakaan esitettyllä perusteella — tavaroiden ja palvelujen kaupan esteiden poistaminen tai kilpailuedellytysten yhdenmukaistaminen — siltä osin kuin kysymys on mainosvälineistä, jotka sisältävät yksinomaan tupakkamainontaa. Jos yhteisöjen tuomioistuin hyväksyy tämän ratkaisun, eli että mainontadirektiiviä ei ole annettu pätevästi sille esitetyn oikeudellisen perustan nojalla, EY:n perustamissopimuksen 174 artiklan (josta on muutettuna tullut EY 231 artikla) perusteella yhteisöjen tuomioistuin julistaa ”säädöksen mitättömäksi”.

122. Toisaalta yhteisön lainsäätäjä olisi mielestäni ollut toimivaltainen direktiivissä esitettyillä vapaaseen liikkuvuuteen liittyvillä perusteilla kieltämään tupakkamainonnan ja sponsoroinnin mainosvälineissä, joilla on myös muu itsenäinen sisältö ja joissa on myös erillinen palveluun tai kauppaan liittyvä tekijä, kuten sanomalehdet tai radiolähetykset. Mitä tästä johdopäätöksestä seuraa, jos se hyväksytään, yhteisöjen tuomioistuimen esillä olevissa asioissa tekemän ratkaisun kannalta? Yhteisöjen tuomioistuin voi epäilemättä —

144 — Ks. edellä alaviite 85, asia C-155/91, jätteet I -tapaus, tuomion 18 ja 19 kohta.

kuten se usein tekeekin — kumota vain osan toimenpiteestä. Yhteisöjen tuomioistuin ei ole vahvistanut mitään yleisiä ohjeita lainsäädäntötoimen pätevien ja pätemättömien osien erottelua koskevasta kysymyksestä. Kuitenkin katson, että se on valinnut osittaisen kumoamisen seuraavien kahden edellytyksen täytyessä: ensiksi kun tietty säännös on irrallinen ja siten erotettavissa muuttamatta jäljelle jäävää tekstiä, ja toiseksi kun kyseisen säännöksen kumoaminen ei vaikuta sen koko säädöksen yhdenmukaisuuteen, jonka osa se on.

123. Asiassa C-84/94, työaika-tapaus, annettu tuomio<sup>145</sup> tarjoaa hyödyllisen esimerkin. Yhteisöjen tuomioistuin kumosi tietyistä työajan järjestämistä koskevista seikoista 23 päivänä marraskuuta 1993 annetun direktiivin 93/104/EY<sup>146</sup> 5 artiklan toisen kohdan, joka koski sunnuntain periaatteellista valintaa viikon lepopäiväksi. Se kumottiin juuri sen vuoksi, ettei neuvosto ollut selvittänyt, millä tavoin lepo sunnuntaina olisi jötain muuta viikonpäivää lähemmin yhteydessä työntekijöiden terveyteen ja turvallisuuteen, joka oli riidanalaisen direktiivin tavoite. Yhteisöjen tuomioistuin nimenomaisesti katsoi, että kyseinen säännös voitiin erottaa direktiivin muista säännöksistä, eikä se siten selvästi katsonut kyseisen kohdan poistamisen vaikuttavan koko säädökseen, koska kyseinen

säännös ei liittynyt direktiivin tavoitteeseen.

124. Yhteisöjen tuomioistuin on viitannut kysymykseen osittaisesta kumoamisesta myös muissa kuin lainsäädännöllisissä yhteyksissä. Esimerkiksi yhdistetyissä asioissa 56/64 ja 58/64, Consten ja Grundig vastaan komissio, yhteisöjen tuomioistuin katsoi, että kyseisen asian olosuhteissa komissio ei ollut riidanalaisessa päätöksessään asianmukaisesti selvittänyt, minkä vuoksi se kielsi kokonaisuudessaan yritysten välisen sopimuksen kilpailuvastaisena, sen sijaan että se olisi kieltänyt vain sopimuksen erotettavissa olevia osia, mutta yhteisöjen tuomioistuin katsoi myös, että tällaista kieltoa voidaan soveltaa ”sopimukseen kokonaisuudessaan, jos kysymyksessä olevat osat eivät näytä olevan erotettavissa sopimuksesta itsestään”.<sup>147</sup> Asiassa 17/74, Transocean Marine Paint vastaan komissio, yhteisöjen tuomioistuin kumosi ainoastaan yhden säännöksen yrityksen riitauttamasta laajemmasta komission päätöksestä säännöksen merkityksestä huolimatta, koska kyseinen säännös voitiin erottaa muista säännöksistä ja päätös kokonaisuudessaan oli asianomaisten yritysten etujen mukainen.<sup>148</sup> Tämä merkitsee mielestäni sitä, että yhteisöjen tuomioistuin on kiinnittänyt huomiota jäljelle jääneiden säännösten yhtenäisyyteen sen jälkeen, kun se päätyy ainoastaan osittaiseen kumoamiseen.

125. Katson, että säädösten yhtenäisyyden osalta tukea voidaan saada sellaisista oikeusjärjestyksistä, joissa tuomioistuimet

147 — Yhdistetyt asiat 56/64 ja 58/64, Consten ja Grundig v. komissio, tuomio 13.7.1966 (Kok. 1966, 299, s. 360; Kok. Ep. I, s. 275).

148 — Asia 17/74, Transocean Marine Paint v. komissio, tuomio 23.10.1974 (Kok. 1974, s. 1063, 21 kohta; Kok. Ep. II, s. 363).

145 — Ks. edellä alaviite 80, tuomion 37 kohta.

146 — EYVL L 307, s. 18.

voivat kumota lakeja kirjallisen perustuslain säännösten nojalla.

126. Irlannin korkein oikeus (Irish Supreme Court) on todennut seuraavaa:

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

Kirjoittaessaan Yhdysvaltain korkeimmalle oikeudelle (Supreme Court of the United States) asiassa Lynch vastaan US, tuomari Brandeis totesi seuraavaa:

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

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

Ehdotan, että yhteisön oikeudessa sovelletaan nimenomaisesti vastaavanlaista lähestymistapaa.

127. Kumpikaan edellä mainituista edellytyksistä ei täyty esillä olevissa asioissa. Ensiksi tietyissä mainosvälineissä toteuttavan mainonnan kiellon mahdollinen oikeutus ei vastaa mainontadirektiivin mitään erillistä tai erotettavissa olevaa sanamuotoa. Direktiivin 2 artiklan 1 ja 2 kohdassa määritellään mainonta ja sponsorointi yleisin käsittein, ja direktiivin 3 artiklan 1 kohdassa säädetään yleisestä ja laajasta, kaiken tällaisen mainonnan ja sponsoroinnin kiellostä. Mitään erityisiä mainos- tai sponsorointivälineitä ei mainita, paitsi ne, joihin sovelletaan 3 artiklan 5 kohdan mukaista poikkeuskohtelua. Siten kumoamis päätös itsessään merkitsisi sitä, että yhteisöjen tuomioistuimien joutuisi laatimaan direktiiviä uudelleen tulkinnallaan. Näin ollen ei ole mitään selvästi ero-

149 — Maher v. Attorney General (1973) IR 140.

150 — 292 US 571 (1934). Näyttää siltä, etteivät Yhdysvaltain tuomioistuimet noudata edellä mainittua ensimmäistä edellytystä, toisin sanoen ne voivat kumota yleisesti sovellettavan lain tai säännöksen vain tiettyjen kanteiden osalta. Niiden pyrkimys noudattaa lainsäätäjän aikomusta on sitäkin voimakkaampi, kun noudatetaan ankarampaa lähestymistapaa säännösten erotettavuuden osalta.



tettavissa olevaa säännöstä, joka voitaisiin kumota.

128. Toiseksi jäljelle jääneet osat edustaisivat vain osaa sellaisen kiellon asiassisällöstä, jonka yhteisön lainsäätaja on selkeästi laatinut yleisin käsittein. Yhteisöjen tuomioistuin kaataisi puun mutta sallisi tiettyjen oksien jäädä eloon, huolimatta siitä, että direktiivin kahdeksannessa perustelukappaleessa korostetaan mainonnan eri keinojen välistä riippuvuutta ja riskiä niiden välisen kilpailun vääristymisestä ja säännösten kiertämisestä. Olipa tämä arviointi perusteltu tai ei, direktiivin kyseisen perustelukappaleen sekä 2 artiklan 2 kohdan ja 3 artiklan 1 kohdan perusteella voidaan selkeästi katsoa, että yhteisön lainsäätaja pyrki toteuttamaan (3 artiklan 2 ja 5 kohdan poikkeuksia koskevin varauksin) yleisesti ja erottelemtatta sovellettavan toimenpiteen, eikä tietyn mainonnan muodon tai tiettyjen sponsorointipalvelujen erityispiirteisiin sovellettavaa toimenpidettä. Kaikenlainen yritys direktiivin uudeksi laatimiseksi olisi myös vastoin oikeusturvan periaatetta: Olisi hyvin vaikeaa tehdä asianmukaista ratkaisua — koska tällaisesta ei säädetä direktiivissä — mainontakiellon osista, jotka jäisivät voimaan (olettaen etteivät esillä olevissa asioissa esitetyt kumoamisperusteet vaikuta niihin).

129. Tämän vuoksi ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuin kumoaa mainontadirektiivin kokonaisuudessaan.

130. Kantajien muiden kanneperusteiden tutkinta on välttämättä lyhyempi kuin mitä on tehty pääasiassa. En osaa olettaa, minikalaiseen lopputulokseen yhteisöjen tuomioistuin päättyy, jos se hylkää pääasiassa esittämäni ratkaisuehdotuksen. Tämä koskee erityisesti suhteellisuutta, jonka osalta olisi muutoin kehiteltävä useita vaihtoehtoisia ajatusmalleja.

## ii) Toissijaisuusperiaate

131. Vaikka oikeudellisen perustan ja toissijaisuusperiaatteen välillä on olemassa tietty yhteys, esitetty kysymys on erilainen. Kysymys ei ole siitä, oliko yhteisö toimivaltainen toteuttamaan riidanalaisen toimenpiteen, vaan sen selvittäminen, olisiko sen tullut käyttää tätä toimivaltaa.<sup>151</sup>

132. Toissijaisuusperiaate esiintyi ensimmäisen kerran perustamissopimuksessa yhteisölle annetun uuden, ympäristön alaa koskevan sellaisen rajoitetun toimivallan osalta, josta säädettiin Euroopan yhtenäisasiakirjassa.<sup>152</sup> Tästä periaatteesta määrättiin yleisemmin EY:n perus-

151 — Ks. samankaltaisen, tosin ei identtisen arvioinnin osalta edellä alaviite 80, asiassa C-84/94, työaika, annettu julkisasiamies Léger'n ratkaisuehdotus, 126 ja 127 kohta.

152 — EY:n perustamissopimuksen 130 r artiklan 4 kohdassa määrättiin, että "yhteisö — — toimii, siltä osin kuin tavoitellut päämäärät — — voidaan paremmin toteuttaa yhteisön tasolla kuin yksittäisten jäsenvaltioiden tasolla". Tämä määräys kumottiin sopimuksella Euroopan unionista sen tullessa voimaan 1.11.1993.

tamissopimuksen 3 b artiklassa, joka lisättiin sopimuksella Euroopan unionista. Kyseisen 3 b artiklan toisessa kohdassa määrätään seuraavaa:

”Aloilla, jotka eivät kuulu yhteisön yksinomaiseen toimivaltaan, yhteisö toissijaisuusperiaatteen mukaisesti toimii vain siinä tapauksessa ja siinä laajuudessa kuin jäsenvaltiot eivät voi riittävällä tavalla toteuttaa suunnitellun toiminnan tavoitteita, jotka suunnitellun toiminnan laajuuden tai vaikutusten takia voidaan tämän vuoksi toteuttaa paremmin yhteisön tasolla.”

133. Tämä periaate koskee yksinomaan valintaa yhteisön tai jäsenvaltion toiminnan välillä. Tämän vuoksi, ja vaikka vain tästä syystä,<sup>153</sup> se on enintäänkin heijastus johdanto-osassa sekä Euroopan unionisopimuksen a artiklassa (josta on muutettuna tullut EU 1 artikla) esitetystä toivomuksesta sen osalta, että ” — päätökset tehdään mahdollisimman lähellä kansalaisia”. Kun kysymyksessä on jäsenvaltioiden toiminta, läheisyysaste kansalaiseen nähden on riippuvainen kyseisen jäsenvaltion perustuslaista ja sen sisäisistä rakenteista. Samasta syystä ei näytä hyödylliseltä arvioida sellaisen laajemman tavoitteen sisältöä ja soveltamista, jonka mukaan ”laajemman ja korkeamman yksikön ei tule ottaa sellaisia toimia vastatakseen, joista pienemmät yksiköt vastaa-

153 — Euroopan unionista tehdyn sopimuksen L artikla (josta on muutettuna tullut EY 46 artikla) ei sisällä A tai B artiklaa (joista on muutettuina tullut EU 1 ja EU 2 artikla), joissa edellytetään myös, että unioni noudattaa toissijaisuusperiaatetta niiden säännösten joukossa, joiden osalta yhteisöjen tuomioistuin voi harjoittaa toimivaltaansa.

vat tehokkaasti alemmalla tasolla”.<sup>154</sup> Näistä sekä yhdestä lisäystä johtuen toissijaisuusperiaatetta koskeva arviointi on hyvin suppea.

134. Esillä olevissa asioissa on kysymyksessä tämän periaatteen oikeudellinen ulottuvuus ja soveltaminen, sellaisena kuin periaate ilmenee EY:n perustamissopimuksesta. Periaatteen määrittely ja rajausta tehdään 3 b artiklan toisen kohdan alussa seuraavasti:

”Alueilla, jotka eivät kuulu yhteisön yksinomaiseen toimivaltaan — — .”

135. Periaatteen soveltaminen esillä oleviin asioihin liittyy kysymykseen siitä, kuuluuko perustamissopimuksen 100 a artiklan ja 57 artiklan 2 kohdan nojalla toteutettu yhdenmukaistaminen yhteisön yksinomaiseen toimivaltaan. Mikäli asia on näin, periaatetta ei sovelleta. Toisaalta kantajat näissä kahdessa asiassa näyttävät lähtevän siitä, että oikeudellinen perusta, jonka nojalla direktiivi annettiin, ei kuuluut yhteisön yksinomaiseen toimivaltaan. Jos niiden väite on väärä, kuten katson sen olevan, ei ole tarpeen tutkia, onko toissijaisuusperiaatetta tosiasiallisesti noudatettu.

154 — Paavin kiertokirje, *Quadragesimo Anno* (1931), 79 kohta.

136. Aloitan arviointini ottamalla kantaa kansallisten säännösten yhdenmukaistamisen luonteeseen. Olen samaa mieltä parlamentin suullisessa käsittelyssä suhteellisen voimakkaasti esittämästä väitteestä, että jäsenvaltiot eivät voi yhdenmukaistaa toistensa lakeja, asetuksia ja hallinnollisia määräyksiä alueilla, jotka kuuluvat perustamissopimuksen soveltamisalaan. Yksittäinen toiminta on loogisesti poissuljettu, ja viidentoista jäsenvaltion kollektiivinen toiminta (kuten esimerkiksi sopimuksen tekeminen yleisen kansainvälisen oikeuden alalla) on mielestäni poissuljettu oikeudellisesti, ottaen huomioon erityisesti EY:n perustamissopimuksen 5 artikla (josta on tullut EY 10 artikla).<sup>155</sup> Siten asiassa C-84/94, työaika-tapaus, yhteisöjen tuomioistuin totesi ratkaisussaan, jota tarkastellaan jäljempänä, että kun olojen yhdenmukaistaminen on tarpeen EY:n perustamissopimuksen 118 a artiklan nojalla (EY:n perustamissopimuksen 112—120 artikla on korvattu EY 136—143 artiklalla), se ”edellyttää väistämättä yhteisön laajuisia toimia”.<sup>156</sup>

137. Tämä ei kuitenkaan merkitse sitä, etteikö toissijaisuusperiaatetta sovelleta, kun harjoitetaan yhteisön yhdenmukaistamistoimivaltaan kuuluvaa aineellista toimivaltaa, jonka tarkoituksena on tiettyjen tulosten aikaansaaminen kyseisellä alalla, kuten esimerkiksi ympäristön laadun säilyttäminen, suojelu ja parantaminen.<sup>157</sup> Vaikka yhteisö onkin näillä aloilla yksinomaisesti toimivaltainen yhdenmukaistamistoimenpiteiden toteuttamiseen, tällaista toimivaltaa ei ole annettu erillisen, yhdenmukaisuutta koskevan tavoitteen saavuttamiseksi.<sup>158</sup> Yhtenäisten yhteisön säännösten antamisella pyritään pikemminkin tiettyjen aineellisten tavoitteiden toteuttamiseen, joihin myös jäsenvaltiot pyrkivät omaa toimivaltaansa toteuttaessaan. Näin ymmärrettynä yhteisön ja jäsenvaltioiden aineellinen toimivalta on kilpailevaa. On tehtävä valinta jäsenvaltioiden ja yhteisön toiminnan välillä samojen tavoitteiden toteuttamiseksi. Toissijaisuusperiaatetta sovelletaan, ja sitä lienee noudatettu, mikäli näytetään, että oli tarpeen toteuttaa yhteisiä yhdenmukaistamistoimenpiteitä, joita voidaan toteuttaa vain yhteisön tasolla.

155 — En käsittele tässä näillä aloilla tiettyjen jäsenvaltioiden toteuttaman yhdenmukaistamisen laillisuutta, koska tämä ei ole vaihtoehto yhteisön tasolla toteutettavalle yhdenmukaistamiselle koko yhteisön osalta. Erityistapauksen osalta ks. perustamissopimuksen 233 artikla (josta on muutettuna tullut EY 306 artikla). Samasta syystä en tarkastele jäsenvaltioiden ulkoisia sitoumuksia kolmansien maiden kanssa, joita siinä tapauksessa, että yhteisö ei ole vielä ryhtynyt sisäiseen toimintaan, saatetaan joutua arvioimaan yhteisön rajoitetun ulkoisen toimivallan nojalla.

156 — Ks. edellä alaviite 80, asia C-84/94, työaika tapaus, tuomion 47 kohta. Ks. myös julkisasiamies Léger'n ratkaisuehdotus (129 kohta) kyseisessä asiassa, jonka mukaan yhdenmukaistaminen ”edellyttää välttämättä ylikansallisia toimia”.

138. Siten asiassa C-84/94, työaika-tapaus, yhteisöjen tuomioistuin katsoi, että perustamissopimuksen 3 b artiklassa mainittu toinen toissijaisuusperiaatteen noudattamista koskevaan testiin liittyvä seikka, toisin sanoen se, että kysymyksessä oleva tavoite voidaan toteuttaa paremmin

157 — EY:n perustamissopimuksen 130 r artiklan ensimmäinen luettelakohhta.

158 — En arvioi tässä aineellista toimivaltaa, joka sisältää yhteisen politiikan hyväksymisen. Seuraava arviointi yhteisön sisämarkkinointa koskevan yksinomaisen toimivallan luonteesta saattaa olla tällaisen toimivallan kannalta merkittävämpi.

yhteisön kuin jäsenvaltioiden tasolla, täytyi kyseisessä asiassa, koska yhteisön toiminta oli tarpeen.<sup>159</sup> Yhteisöjen tuomioistuin totesi näet seuraavaa:

”Tältä osin on syytä todeta, että 118 a artiklassa veloitetaan neuvosto antamaan säännökset vähimmäisvaatimuksista, jotta se voisi myötävaikuttaa oloja yhdenmukaistamalla työntekijöiden turvallisuuden ja terveyden suojelun tason nostamista koskevan tavoitteen toteuttamiseen; tämän määräyksen 1 kohdan mukaan tämän tavoitteen toteuttaminen kuuluu ensi sijassa jäsenvaltioille. Koska neuvosto on todennut tarpeelliseksi parantaa olemassa olevaa työntekijöiden turvallisuuden ja terveyden suojelun tasoa ja yhdenmukaistaa tämän alan olot niitä parannettaessa, tällaisen tavoitteen toteuttaminen säätämällä vähimmäisvaatimuksista edellyttää väistämättä yhteisön laajuisia toimia, joilla sitä paitsi jätetään, kuten esillä olevassa asiassa, paljolti jäsenvaltioiden tehtäväksi tarvittavien yksityiskohtaisten soveltamissääntöjen antaminen.”<sup>160</sup>

139. Asiassa C-84/94, työaika-tapaus, antamassaan tuomiossa yhteisöjen tuo-

mioistuin tutki jaetun toimivallan alaa, eikä sen siten tarvinnut tulkita ilmaisua ”yksinomaisesta toimivallasta”. Tilanne on erilainen ja mielestäni selkeämpi, kun kysymyksessä on yhteisön toimivallan harjoittaminen yhdenmukais-  
tamistoimenpiteiden toteuttamiseksi sisämarkkinoiden tavoitteiden saavuttamiseksi. Olen jo todennut, että perustamissopimuksen 57 artiklan 2 kohta ja 100 a artikla luovat yhteisön yleisen toimivallan, joka on luonteeltaan horisontaalista ja toiminnallista.<sup>161</sup> Kun erilaiset kansalliset säädökset joko luovat esteitä tavaroiden kaupalle tai palvelujen tarjonnalle tai vääristävät kilpailuolosuhteita, yhteisön etu liittyy kaupallisten olosuhteiden yhdenmukaisuuden saavuttamiseen, joka etu on hyvin erilainen sen intressistä annettujen yhdenmukaisten sääntöjen aineelliseen sisältöön nähden. Tämän toimivallan olennaisena sisältönä on taloudelliseen toimintaan vaikuttavien kansallisten säädösten yhteensovittaminen tai lähentäminen *edellyttäen*, että tämä palvellee sisämarkkinoiden tavoitteita, eikä se ole pelkästään väline joidenkin aineellisesti määriteltyjen erillisten tavoitteiden saavuttamiseksi. On selvää, että ainoastaan yhteisö voi toteuttaa toimenpiteitä, jotka täyttävät nämä edellytykset. Jäsenvaltiot voivat pyrkiä korjaamaan joitakin säädösten eroista johtuvia vaikutuksia antamalla esimerkiksi molemminpuolisia tunnustamista koskevia säännöksiä, mutta ne eivät voi itse saavuttaa yhdenmukaisuutta sellaisenaan kysymyksessä olevalla alalla. Se seikka, että jäsenvaltiot ovat toimivaltaisia aineellisella alalla, johon sisämarkkinatoimenpiteet saattavat vaikuttaa, kuten esimerkiksi terveyden suojelu, ei merkitse sitä, että yhteisön sisämarkkinoita koskeva toimivalta olisi kilpailevaa toimivaltaa. Samalla tavalla kuin tavoitteet, joi-

159 — Ks. edellä alaviite 80, asia C-84/94, työaika-tapaus, tuomion 55 kohta. Ks. myös julkisasiamies Léger'n kyseisessä asiassa esittämä ratkaisuehdotus, 131 kohta. Kantaja oli aiheuttanut tiettyä sekaannusta, koska se ei ollut vedonnut toissijaisuusperiaatteen pätemättömyysperusteena, mutta vetosi siihen kuitenkin useissa väitteissään (ks. julkisasiamies Léger'n ratkaisuehdotus, 124 kohta sekä tuomion 46 kohta); yhteisöjen tuomioistuin näyttää kuitenkin käsitelleen kysymystä siten kuin se olisi esitetty.

160 — *Ibid.*, tuomion 47 kohta.

161 — Ks. edellä 62—66 kohta.

hin pyritään, ovat erilaisia,<sup>162</sup> myös tämän perustana oleva toimivalta on erilaista.<sup>163</sup>

140. Julkisasiamies Léger päätyi vastavanhaiseen ratkaisuun asiassa C-233/94, talletusten vakuudet -tapaus. Julkisasiamies katsoi, että perustamissopimuksen 57 artiklassa — joka oli kysymyksessä olleessa asiassa riitautetun direktiivin oikeudellinen perusta — ei kuitenkaan missään mainita jäsenvaltioiden toimivaltaa ja että kyseisessä määräyksessä ”yhteisö velvoitetaan yksin huolehtimaan kansallisten säännösten yhteensovittamisesta tällä alalla, mikä osoittaa, että *jo alun perinkin* perustamissopimuksen laatijat ovat katsoneet, että itsenäiseksi ammatinharjoittajaksi ryhtymistä ja toimintaa itsenäisenä ammatinharjoittajana koskeva yhteensovittaminen voidaan toteuttaa paremmin yhteisön toimenpiteillä kuin kansallisilla toimenpiteillä”.<sup>164</sup> Asiassa C-233/94, talletusten vakuudet -tapaus, annettu tuomio on tämän vuoksi mahdollisesti esillä olevien asioiden kannalta merkittävämpi kuin asiassa C-84/94, työaika-tapaus, annettu tuomio, joka koski jaettua aineellista toimivaltaa.

141. Saksa katsoi, että yhteisöjen tuomioistuin, siltä osin kuin se ei ottanut

162 — Ks. edellä 69 kohta.

163 — Siten jäsenvaltioiden erillistä toimivaltaa terveysasioissa ei rajoita yhteisön yksinomainen toimivalta toteuttaa yhdenmukaistamistoimenpiteitä sisämarkkinoiden tavoitteiden toteuttamiseksi. Jos sivuutetaan kysymykset perustamissopimuksen määräysten, kuten 30 ja 59 artikla, noudattamisesta, kansallinen toimivalta terveyden suojelun kaltaisella alalla on poissuljettu vain siihen rajan asti, että se saattaisi vaikuttaa todellisuudessa toteutettuihin sisämarkkinatoimenpiteisiin. Ks. edellä alaviite 52, asia C-233/94, talletusten vakuudet -tapaus, julkisasiamies Léger'n ratkaisuehdotus, 85 kohta sekä etuosto-oikeutta koskeva kattava oikeuskäytäntö.

164 — Ks. edellä alaviite 52, asia C-233/94, talletusten vakuudet -tapaus, julkisasiamiehen ratkaisuehdotuksen 82 kohta. 86 kohdassa julkisasiamies katsoi, että yhteisön ”toimivalta — — on yksinomainen, eikä toisijainen”.

kantaa yksinomaista toimivaltaa koskevaan kysymykseen, ei noudattanut julkisasiamiehen kantaa tältä osin. Tämä käsitys perustuu kuitenkin tuomion virheelliseen tulkintaan. Yhteisöjen tuomioistuin totesi varovasti, ettei Saksan väite kysymyksessä olleessa asiassa koskenut sitä, että kyseinen direktiivi olisi toissijaisuusperiaatteen vastainen vaan että ”yhteisön lainsäätäjällä on jättänyt noudattamatta velvollisuuttaan esittää ne perustelut, joista käy ilmi sen noudattaneen toiminnassaan kyseistä periaatetta”.<sup>165</sup> Toisin sanoen väite ei liittynyt periaatteen sisällölliseen noudattamiseen vaan perusteluvelvollisuuteen. Tuomiota on tulkittava tässä asiayhteydessä. Lisäksi yhteisöjen tuomioistuin aloitti ratkaisunsa perusteluvelvollisuuden noudattamisesta sanoin ”on any view”.<sup>166</sup> Näin yhteisöjen tuomioistuin ainoastaan katsoi, että annetut perustelut olivat riittävät, *huolimatta siitä*, oliko toissijaisuusperiaatetta sovellettava, eikä, kuten esitettiin, että periaatetta *oli* todellisuudessa sovellettava. Yhteisöjen tuomioistuin saattoi aivan asianmukaisesti olla ottamatta kantaa merkittävään perustuslaillista merkitystä omaavaan kysymykseen, joka esitettiin suullisessa käsittelyssä enintään liitännäisenä. Sen tuomion ei voida siten katsoa ratkaisevan ennalta nyt käsiteltävänä olevaa asiaa.

142. Katson siten, että yhteisön perustamissopimuksen 57 artiklan 2 kohtaan ja 100 a artiklaan perustuvan toimivallan harjoittaminen on yksinomaista, eikä toissijaisuusperiaatetta ole sovellettava. Tältä osin ei voida suorittaa ”tehokkuuden ver-

165 — Ibid., 24 kohta.

166 — Ibid., 28 kohta. Huomautus koskee ainoastaan tuomion englanninkielistä toisintoa.

tailua” koskevaa testiä jäsenvaltioiden tai yhteisön mahdollisen toiminnan välillä. Mikäli näin voitaisiin tehdä, esiintyisi vielä vaikeampia periaatteellisia kysymyksiä. Kuinka erityisesti arvioidaan yhteisön yhdenmukaistamistoimenpiteestä, jolla pyritään toteuttamaan sisämarkkinoita koskevia tavoitteita, aiheutuvat edut suhteessa yksittäisten jäsenvaltioiden säännöksiin, jotka perustuvat täysin erilaista luonnetta edustaviin kansallisiin, aineellista laatua oleviin näkemyksiin?

143. Mikään toissijaisuusperiaatteen ja suhteellisuusperiaatteen soveltamisesta tehdyssä pöytäkirjassa ei muuta tätä lopputulosta, johon olen päätenyt, jos kyseinen pöytäkirja olisi ollut voimassa mainontadirektiivin antamishetkellä. Erityisesti on täsmennetty, että toissijaisuusperiaate ei aseta kyseenalaiseksi Euroopan yhteisölle perustamissopimuksen nojalla kuuluvaa toimivaltaa, sellaisena kuin yhteisöjen tuomioistuin sen tulkitsee.<sup>167</sup> Pöytäkirjassa toistetaan, että sitä sovelletaan aloilla, joilla yhteisöllä ei ole yksinomaista toimivaltaa.

144. Kuten kantajien oikeudellinen neuvonantaja on todennut, saattaa näyttää yllättävältä, ettei toissijaisuusperiaatetta sovelleta, kun yhteisö olennaisesti toimii alalla, joka muutoin kuuluu jäsenvaltioiden toimivaltaan. Asiassa C-233/94, talletusten vakuudet -tapaus, Saksa katsoi, että jos yhteisön ”toimivalta sisämarkkinoiden toteuttamisessa on yksinomainen, yhteisöllä olisi yksinomainen toimivalta lähes kaikilla toiminta-alueilla aina, kun kulloinkin kyseessä olevalla toimella poistet-

taisiin esteitä sisämarkkinoiden toteuttamiselta”.<sup>168</sup> Julkisasiamies Léger hylkäsi tämän väitteen ja arvioi yksityiskohtaisemmin sitä, milloin jäsenvaltioiden toimivalta on yhä mahdollinen. Lisäksi koska sisämarkkinoiden toteuttamisen ja toiminnan tarpeen varmistaminen ei itsessään ole kysymyksessä, katson, että oikeudellinen valvonta, joka koskee näiden oikeudellisten perustojen nojalla annettujen toimenpiteiden toteuttamisen objektiivisten edellytysten täyttymistä, koskee jossain määrin huolta yhteisön tarpeettomasta toiminnasta aloilla, joilla myös jäsenvaltioilla on toimivaltaa, minkä vuoksi perustamissopimuksessa säädettiin toissijaisuusperiaatteesta.

145. Koska olen katsonut, ettei toissijaisuusperiaatetta ole sovellettava, en katso olevan tarpeellista arvioida, onko sitä sovellettu esillä olevassa asiassa. Ehdotan siten, että tämä kanneperuste hylätään.

iii) Suhteellisuusperiaate

iv) Perustamissopimuksen 30 artiklan rikkinen

v) Taloudellisten oikeuksien loukkaaminen

146. Tarkastelen näitä kolmea kanneperustetta yhdessä, koska niitä kaikkia kos-

167 — Pöytäkirja, 3 kohta.

168 — Ks. edellä alaviite 52, asia C-233/94, talletusten vakuudet -tapaus, julkisasiamies Léger'n ratkaisuehdotus, 79 kohta.

keva arviointini liittyy olennaisesti yhteisön tehokkuuteen sen pyrkiessä sisämarkkinoita koskeviin tavoitteisiin.

147. Perustamissopimuksen 3 b artiklassa edellytetään, että ”yhteisön toiminnassa ei saada ylittää sitä, mikä on tarpeen tämän sopimuksen tavoitteiden saavuttamiseksi”. Yhteisöjen tuomioistuimien esitti seuraavanlaisen suhteellisuutta koskevan kolmeosaisen testin asiassa C-180/96, Yhdistynyt kuningaskunta vastaan komissio, antamassaan tuomiossa (jäljempänä asia BSE-tapaus) seuraavasti:

”Suhteellisuusperiaatteen mukaan yhteisön toimelinten säädöksillä, päätöksillä ja muilla toimenpiteillä ei saa ylittää sitä, mikä on asianmukaista ja tarpeellista niillä lainmukaisesti tavoiteltujen päämäärien toteuttamiseksi, koska on selvää, että kun on mahdollista valita usean asianmukaisen toimenpiteen välillä, on valittava vähiten rajoittava, ja että toimenpiteestä aiheutuvat haitat eivät saa olla liian suuria tavoiteluihin päämääriin nähden.”<sup>169</sup>

148. Tätä testiä voidaan soveltaa sekä määriteltäessä sitä, onko mainontadirektiivi yhteisön oikeuden yleisen suhteellisuusperiaatteen mukainen, mikä on arviointini välitön kohde tässä osassa, että arvioitaessa sitä, rajoittaako mainontadi-

rektiivi hyväksyttävällä tavalla perusoikeuksien, kuten sananvapauden, harjoittamista.<sup>170</sup> Kuitenkaan tämä testi ei välttämättä johda samanlaiseen lopputulokseen molemmissa tapauksissa erilaisten painotettavien tekijöiden vuoksi.

149. Edeltävästä arvioinnistani seuraa, että yhteisön lainsäätäjä voi täysin lainmukaisesti tavoitella samanaikaisesti sisämarkkinoihin ja kansanterveyteen liittyviä päämääriä. Siten mainontadirektiivin oikeudellista perustaa ei voida epäillä, jos terveyden suojelu on osana kyseisen toimenpiteen suhteellisuuden arviointia.<sup>171</sup> Ei voida nojautua teoreettiseen mahdollisuuteen vähemmän rajoittavien sisämarkkinatoimenpiteiden toteuttamisesta, kuten esimerkiksi kansallisten tupakkamainonnan rajoitusten pakollinen poistaminen, sen tueksi, ettei direktiivi ole vähiten rajoittava toimenpide lainsäätäjän tavoitteiden toteuttamiseksi, koska näin jätettäisiin huomioimatta direktiivin rinnakkainen, terveyden suojeluun liittyvä tavoite. Toisaalta on myös selvää, ettei terveyden suojelu voi olla yksinään tavoite. Kuinka suuremman mainonnan muotojen rajoittamisesta aiheutuvat terveydelliset edut sitten ovatkin, jopa yksinomaan kansallisella tasolla, tämä seikka täyttää vain ensimmäisen suhteellisuutta koskevan edellytyksen, mikäli direktiivi vaikuttaa sisämarkkinoiden tavoitteiden toteutumiseen; muutoin on katsottava, ettei siinä ole saavutettu tätä olennaista tavoitetta, mikä on myös edellytys jo toimivallan

169 — Ks. edellä alaviite 119, asia C-180/96, BSE-tapaus, tuomion 96 kohta; ks. myös asia C-331/88, Fedesa ym., tuomio 13.11.1990 (Kok. 1990, s. I-4023, 13 kohta).

170 — Ks. esimerkiksi julkisasiamies van Gervenin ratkaisuehdotus asiassa C-159/90, Society for the Protection of Unborn Children Ireland, tuomio 4.10.1991 (Kok. 1991, s. I-4685, 35 kohta; Kok. Ep. XI, s. 445; jäljempänä Grogan-tapaus).

171 — Ks. edellä 97 kohta.

käytöllekin. Edellä direktiivin oikeudellisesta perustasta tekemä arviointini kohdistuu mielestäni yhteisön lainsäätäjän tekemään ilmeiseen virheeseen, joka koskee joko tavaroiden vapaan liikkuvuuden ja palvelujen tarjonnan vapauden toteuttamista tai vääristymättömien kilpailuolosuhteiden toteuttamista tupakkamainonnan ja sponsoroinnin alalla. Samoin katson, että direktiivi on tehoton keino näiden tavoitteiden saavuttamiseksi, joten direktiivi ei täytä ensimmäistä, suhteellisuutta koskevan testin edellytystä.<sup>172</sup> Mikäli yhteisöjen tuomioistuin ei noudata arviointiani toimivallan osalta, johtuu se sitten toimivaltaa koskevien yleisten sääntöjen erilaisesta arvioinnista tai niiden soveltamisesta, nojautun kuitenkin arviointiini tältä osin näyttääkseni vaihtoehtoisesti, että direktiivi on suhteeton sanan laajemmassa merkityksessä, koska se ei täytä ensimmäistä suhteellisuutta koskevista kolmesta edellytyksestä.<sup>173</sup> Ei ole hyödyllistä pohtia enempää yhteisöjen tuomioistuimen erilaisia mahdollisia katsantokantoja toimivaltaan liittyvään monimutkaiseen kysymykseen ja näiden vaikutusta suhteellisuuteen, koska tällöin toimisin vain sellaisten oletusten perusteella, jotka saattavat lopulta olla edustamatta omaani tai yhteisöjen tuomioistuimen toimivaltaa koskevaa kantaa.

150. Saksan väite perustamissopimuksen 30 artiklan osalta ei mielestäni lisää mitään jo edellä arvioituihin asioihin. En ole täysin vakuuttunut siitä, että yhteisöjen tuomioistuimen on hyödyllistä arvioida sitä,

172 — Tältä osin toimivallan ja suhteellisuuden arviointi on päällekkäinen; ks. edellä 97 kohta.

173 — Siten ei ole syytä tarkastella suhteellisuutta sen kapeassa merkityksessä etujen tasapainottamisessa, kuten edellä suhteellisuutta koskevan testin kolmannessa vaiheessa on edellytetty.

ovatko sisämarkkinoita koskevien yhteisön toimenpiteiden yksittäiset säännökset 30 artiklan mukaisia,<sup>174</sup> kun, kuten edellä on nähty,<sup>175</sup> tällaisilla toimenpiteillä asetetut rajoitukset saattavat olla tarpeellinen osa kauppaa edistävää säädöstä, jonka on samanaikaisesti noudatettava tiettyjä yleistä etua koskevia vaatimuksia.<sup>176</sup> Joka tapauksessa, jos yhteisöjen tuomioistuin aikoo tehdä näin, sen asiassa C-114/96, Kieffer Thill, antamasta tuomiosta<sup>177</sup> voidaan päätellä, että tavaroiden kaupan mahdollisen rajoituksen suhteellisuuden arviointi sisämarkkinoiden tai toimenpiteen muun tavoitteen perusteella on identtinen edellä esitetyn kanssa, minkä vuoksi direktiivi olisi kumottava myös tällä perusteella.

151. Samasta syystä suosittelen, että yhteisöjen tuomioistuin kumoaa direktiivin omistusoikeuden loukkaamisen ja ammatillisen toiminnan harjoittamista koskevan oikeuden loukkaamisen vuoksi. Nämä oikeudet, kuten yhteisön oikeuden yleiset periaatteet, "eivät kuitenkaan takaa ehdottomia oikeuksia, vaan niitä on arvioitava sen tehtävän perusteella, joka niillä

174 — Ks. esimerkiksi asia C-51/93, Meyhui v. Schott Zwiesel Glaswerke (Kok. 1994, s. I-3879, 13 ja 14 kohta).

175 — Ks. edellä 86 ja 87 kohta.

176 — 30 artiklaan turvaautuminen voi olla hyödyllistä, mikäli sisämarkkinatoimenpiteen vaikutuksen kohteena väitettyi oleva taloudellinen toiminta on eri kuin se, jonka on tarkoitus hyödytä toimenpiteestä. Kuitenkin edellä V luvun i) kohdassa ja tässä osassa tekemäni arvioinnin perusteella sekä ottaen huomioon yhä vilkkaan keskustelun sellaisten hyvin rajoittavien kansallisten säännösten vaikutuksesta, jotka koskevat myyntijärjestelyjä markkinoille pääsemiseksi, ei ole tarpeen eikä hyödyllistä tutkia tässä direktiivin vaikutuksia tupakkatuotteiden kauppiaan. Ks. edellä alaviite 99, yhdistetyt asiat C-34/95—C-36/95, tuomion 42 kohta; asia C-412/93, Leclerc-Siplec v. TF1 Publicité ja M6 Publicité, tuomio 9.2.1995 (Kok. 1995, s. I-179) sekä julkisasiamies Jacobsin ratkaisuehdotus tässä asiassa, 37—49 kohta; asia C-190/98, Graf, tuomio 27.1.2000 (Kok. 2000, s. I-493, 23 kohta sekä julkisasiamies Fennellyn ratkaisuehdotus tässä asiassa, 18—20 kohta).

177 — Asia C-114/96, tuomio 25.6.1997 (Kok. 1997, s. I-3629, 29—37 kohta).



on yhteiskunnassa”.<sup>178</sup> Tämän vuoksi voidaan asettaa rajoituksia sillä edellytyksellä, että nämä rajoitukset ovat todellisuudessa yleisen edun mukaisten yhteisöjen tavoitteiden mukaisia ja että ne eivät merkitse suhteetonta ja sietämätöntä puuttumista, joka vahingoittaisi taattujen oikeuksien keskeistä sisältöä.<sup>179</sup> Direktiivissä ei mielestäni aseteta rajoituksia, jotka vastaavat sisämarkkinoita koskevia tavoitteita, jotka puolestaan ovat tarpeen direktiivin antamiseksi lainmukaisesti.

#### vi) Sananvapaus

152. Kahdesta toisiinsa liittyvästä syystä on tärkeämpää tutkia mainontadirektiivin yhdenmukaisuutta sananvapautta koskevan periaatteen kanssa, jos oletetaan, että direktiivi on muutoin (toisin kuin mitä olen katsonut edellä tämän V jakson i) ja iii)—v) kohdassa) lainmukainen ja suhteellinen keino pyrittäessä sisämarkkinoita koskevien tavoitteiden toteuttamiseen, tutkien yksittäisiä taloudellisia oikeuksia ja etuja, joihin mainontadirektiivillä vaikutetaan. Direktiivin puolustukseksi, sen vaikuttaessa sananvapauteen, on todellisuudessa esitetty melkein yksinomaan sitä, että direktiivillä pyritään kansanterveyden suojeluun liittyvään tavoitteeseen, minkä osalta on ole vielä esittänyt aineellisia kannanottoja. Olen myös tietoinen tämän asian mahdollisista vaikutuksista tupakan

edistämisestä annettujen *kansallisten* säännösten palvelujen ja tavaroiden kauppaa rajoittavien vaikutusten oikeuttamiseen.

153. Perusoikeudet, joita suojataan yhteisön oikeuden yleisinä periaatteina, sisältävät sananvapauden.<sup>180</sup> Määriteltäessä yhteisön oikeudessa suojattujen oikeuksien ulottuvuutta ja oikeuksille myönnetyn suojelun alaa, Euroopan ihmisoikeussopimuksella on ”erityistä merkitystä” tällaisena tulkinnan lähteenä.<sup>181</sup> Ihmisoikeussopimuksen 10 artiklan 1 kohdassa määrätään asian kannalta merkityksellisin osin seuraavaa:

”Jokaisella on sananvapaus. Tämä oikeus sisältää vapauden pitää mielipiteitä sekä vastaanottaa ja levittää tietoja ja ajatuksia alueellisista rajoista riippumatta tai viranomaisten siihen puuttumatta — — ”.

Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännön perusteella kaikkia sananvapauden muotoja suojellaan ihmisoikeussopimuksen 10 artiklan 1 kohdan perusteella. Tämä sisältää myös tavallisesti niin sanotun kaupallisen ilmaisun,<sup>182</sup> toisin

180 — Asia C-260/89, ERT, tuomio 18.6.1991 (Kok. 1991, s. I-2925, 44 kohta; Kok. Ep, XI, s. 221); asia C-368/95, Familiapress v. Bauer Verlag, tuomio 26.6.1997 (Kok. 1997, s. I-3689, 25 kohta).

181 — Ks. edellinen alaviite, asia C-260/89, tuomion 41 kohta; asia 222/84, Johnston v. Chief Constable of the RUC, tuomio 15.5.1986 (Kok. 1986, s. 1651, 18 kohta).

182 — Ks. esimerkiksi asia Markt Intern v. Saksia, Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tuomio 20.11.1989, A-sarja, nro 165, 25 ja 26 kohta; asia Groppera v. Sveitsi, Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tuomio 28.3.1990, A-sarja, nro 173, 55 kohta ja asia Casado Coca v. Saksia, Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tuomio 24.2.1994, A-sarja, nro 285, 35 ja 36 kohta.

178 — Asia C-200/96, Metronome Musik v. Music Point Hokamp, tuomio 28.4.1998 (Kok. 1998, s. I-1953, 21 kohta).

179 — Ibid.

sanoen tietojen välittämisen, ajatusten tai mielikuvien ilmaisemisen taloudellisen toiminnan edistämiskeinona ja siihen liittyvän oikeuden vastaanottaa tällaisia tiedotuksia.

154. Kaupallista ilmaisua olisi myös suojeltava yhteisön oikeudessa. Kaupallinen ilmaisu ei vaikuta samalla tavoin kuin poliittinen, journalistinen, kirjallinen tai taiteellinen vapaus liberaali-demokraattisessa yhteiskunnassa sosiaalisten hyvien saavuttamiseen, joita ovat esimerkiksi demokraattisen keskustelun ja vastuullisuuden edistäminen tai olemassa olevien oppien kyseenalaistaminen suvaitsevaisuuden tai muutoksen edistämiseksi. Kuitenkin katson, että henkilökohtaisia oikeuksia pidetään luonteeltaan perustavanlaatuisina; näin ei ole pelkästään niiden välineellisten, sosiaalisten tehtävien vuoksi, mutta myös koska ne ovat tarpeen yksilöiden itsenäisyyden, arvon ja henkilökohtaisen vapauden kannalta.<sup>183</sup> Siten yksilön vapaus kaupallisen toiminnan edistämiseen johtuu sekä yksilön oikeudesta harjoittaa kaupallista toimintaa ja yhteisön yleisestä sitoutumisesta vapaaseen kilpailuun perustuvaan markkinatalouteen että yksilöille luonnostaan kuuluvasta oikeudesta ihmisinä vapaasti ilmaista ja vastaanottaa näkökantoja *mistä tahansa* aiheesta, mukaan luettuina niiden tavaroiden tai palvelujen sisältö, joita he pitävät kaupan tai ostavat.

155. Toisaalta on selvää, että sananvapauden käyttämiselle, kuten mille hyvänsä muulle oikeudelle tai vapaudelle, voidaan asettaa suhteellisia rajoituksia muiden oikeuksien turvaamisen varmistamiseksi tai tiettyjen yleiseen etuun liittyvien päämäärien saavuttamiseksi. Euroopan ihmisoikeussopimuksen 10 artiklan 2 kohdan mukaan terveyden suojaamiseksi voidaan asettaa rajoituksia sananvapaudelle. Tätä esimerkkiä olisi seurattava yhteisön oikeudessa. Yhteisöjen tuomioistuin onkin asettanut ihmisten terveyden suojelun etusijalle perustamissopimuksen 36 artiklan yleisten etujen joukossa,<sup>184</sup> ja ihmisten terveys on tietenkin myös näkyvästi osana yhteisön omia politiikkoja perustamissopimuksen 3 artiklan o alakohdan, 100 a artiklan 3 kohdan sekä 129 artiklan 1 kohdan mukaisesti.

156. Ottaen huomioon sananvapauden perustavan luonteen, viranomaisen, joka pyrkii rajoittamaan sanan vapautta tai säätää sen rajoittamisesta, on näytettävä toteen sanan vapauden rajoittamiseen erityisissä olosuhteissa tai tietyssä tarkoituksessa liittyvä yleinen etu. Erityisesti sen on näytettävä toteen edellä 147 ja 148 kohdassa mainitun suhteellisuutta koskevan kolmiosaisen testin täyttyminen. Mainontadirektiivin puolesta on esitetty, että tupakkatuotteiden kulutus on tupakoitsijoiden terveyden kannalta vaarallista, että mainonta ja sponsorointi edistävät tällaista kulutusta ja että näiden ilmaisukeinojen laaja kielto johtaa tupakan kulutuksen alenemiseen ja siten parempaan kansanterveyden tasoon. Esillä olevissa

183 — Ks. sananvapauden sosiaalisten ja henkilöllisten tehtävien osalta asia Handyside v. Yhdistynyt kuningaskunta, Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tuomio 7.12.1976, A-sarja, nro 24, 49 kohta.

184 — Asia C-320/93, Ortscheit, tuomio 10.11.1994 (Kok. 1994, s. I-5243, 16 kohta).

asioissa ei ole kiistetty tupakan terveydelle aiheuttamaa haittaa, ja Saksa on korostanut omaa haluaan alentaa kulutusta. Paljon on kuitenkin väitelty siitä, saavutetaanko useimpien tupakkamainonnan muotojen kieltämisellä tupakan kulutuksen vähentämistä koskeva tavoite, sen sijaan että vain vaikutetaan eri tupakkamerkkien väliseen kilpailuun.

157. Kuten edellä on jo nähty, yhteisöjen tuomioistuimen tehtävänä sen arvioidessa monimutkaisilla aloilla tehtyjen lainsäädäntövalintojen suhteellisuutta, on tavallisesti tutkia ”sitä, että toimivaltaa ei ole käytetty ilmeisen virheellisellä tavalla tai että harkintavaltaa ei ole käytetty väärin taikka että (komissio) ei ole selvästi ylittänyt harkintavaltansa rajoja”.<sup>185</sup> Ei ole epäilystä siitä, että mainonnan vaikutusten arviointi tuotteen kulutustason sekä mainonnan laajan kiellon todennäköiset vaikutukset tähän kulutukseen ovat monimutkainen asia. Tämä ei kuitenkaan ole mielestäni asianmukainen standardi oikeudellisessa valvonnassa arvioitaessa sananvapauden kaltaisen perusoikeuden harjoittamiselle asetettuja rajoituksia.<sup>186</sup>

158. Euroopan ihmisoikeustuomioistuin edellyttää tavallisesti, että sopimusosapuolet esittävät vakuuttavia todisteita painavasta sosiaalisesta tarpeesta sananvapauden rajoittamiseksi.<sup>187</sup> Kyseinen tuomioistuin näyttää päätyneen erilaiseen lähestymistapaan kaupallisen ilmaisuuden suhteen: sitä koskevat rajoitukset ovat mahdollisia, kun toimivaltaiset viranomaiset ovat katsoneet ”perustelluista syistä, että rajoitukset ovat tarpeen”.<sup>188</sup> Tällainen eri kohtelu on mielestäni perusteltu siitä eri tavasta johtuen, millä kaupallinen ilmaisuus ja esimerkiksi poliittinen ilmaisuus vaikuttavat yleisiin etuihin. Kuten olen jo todennut, poliittinen ilmaisuus itsessään palvelee tiettyjä hyvin merkittäviä sosiaalisia etuja;<sup>189</sup> sellaisen taloudellista toimintaa edistävän vaikutuksen lisäksi, jonka osalta lainsäätäjällä on huomattava harkintavalta asettaa yleiseen etuun perustuvia rajoituksia, kaupallinen ilmaisuus ei tavallisesti täytä vastaavaa merkitystä omaavaa laajempaa sosiaalista tehtävää.

159. Ehdotan sen vuoksi, että yhteisön oikeudessa päädytään samankaltaiseen lähestymistapaan. Kun on selvää, että yhteisön toimenpide rajoittaa kaupallisen ilmaisun vapautta, kuten mainontadirektiivi selkeästi tekee, yhteisön lainsäätäjän olisi myös oltava velvollinen näyttä-

185 — Ks. edellä alaviite 119, asia C-180/96, BSE-tapaus, tuomion 60 kohta, johon on jo viitattu edellä 98 kohdassa.

186 — Asia on toisin taloudellisten oikeuksien, kuten omistusoikeuden tai kaupallisen tai ammatillisen toiminnan harjoittamisen osalta, eikä pelkästään sen vuoksi, että yleinen talouspolitiikka, jonka osalta lainsäätäjällä (tai ne tahot, jolle valta on delegoitu) tulee olla merkittävä harkintavalta, vaikuttaa välttämättä tällaisten oikeuksien harjoittamiseen. Ks. asia C-44/94, Fishermen's Organisations ym., tuomio 17.10.1995 (Kok. 1995, s. I-3115, 57–61 kohta).

187 — Ks. Sunday Times v. Yhdistynyt kuningaskunta, Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tuomio 26.4.1979, A-sarja, nro 30; Observer ja Guardian v. Yhdistynyt kuningaskunta, Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tuomio 26.11.1991, A-sarja, nro 216, 59 kohta.

188 — Ks. edellä alaviite 182, Markt Intern v. Saksa, 37 kohta ja Groppera v. Sveitsi, 73 kohta.

189 — Ks. esimerkiksi Lingens v. Itävalta, Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tuomio 8.7.1986, A-sarja, nro 103, 41 kohta, joka koski lehdistön vapautta.

mään yhteisöjen tuomioistuimelle, että sillä oli perusteltuja syitä toteuttaa kysymyksessä oleva toimenpide yleisen edun vuoksi. Konkreettisesti lainsäätäjän olisi toimitettava yhdenmukaisia todisteita siitä, että toimenpide on tehokas esitettyä yleistä etua koskevan tavoitteen — esillä olevissa asioissa tupakan kulutuksen aleneminen suhteessa siihen tasoon, joka muuten valitsisi — saavuttamiseksi ja että vähemmän rajoittavat toimenpiteet eivät olisi olleet yhtä tehokkaita.

160. Rajoituksen perustelemiseksi tarvittava näyttö riippuu esitetyn väitteen luonteesta. Tässä kysymys on suurelta osin mainontadirektiivin todennäköisten vaikutusten objektiivisesta arvioinnista. Lainsäätäjällä ei tule olla yhtä laajaa harkintavaltaa kuin esimerkiksi moraalisen suojelun osalta.<sup>190</sup> Yhteisöä ei tule kuitenkaan estää toimimasta yleisen edun nimissä ainoastaan sen vuoksi, että sen toimenpiteen oikeuttaminen välttämättä on riippuvainen ”kovan” tieteellisen tutkimuksen sijasta luonteeltaan sosiaalitieteellistä näytöstä, jossa menneen käyttäytymisen perusteella ennustetaan kuluttajien tulevaisuuden vastauksia muutoksiin heidän altistumisasteessaan mainonta-aineistolle.<sup>191</sup> Lisäksi jos yhteisön lainsäätäjät voi näyttää,

että se toimi alan arvostettujen asiantuntijajatkimusten perusteella, se seikka, että muissa ilmeisen arvostetuissa tutkimuksissa on päädytty vastakkaiseen lopputulokseen, ei sellaisenaan todista, etteikö lainsäätäjällä ollut perusteltuja syitä toiminnalleen. Esillä olevissa asioissa lainsäätäjän arviointi tupakkamainonnan vaikutuksista on yhdenmukainen yhteisöjen tuomioistuimen oman arvioinnin kanssa siitä, että ”on kiistämätöntä, että mainonta edistää kulu-tusta”.<sup>192</sup> Lisäksi suurinta osaa mainonnasta ei voida kohdentaa niin täsmällisesti, että se kohdistuisi vain nykyisiin tupakoitsijoihin, jotka haluavat valita eri tupakkamerkkien välillä, sulkien pois muut henkilöt, joita saatetaan rohkaista joko aloittamaan tupakointi tai luopumaan suunnitelmista tupakoinnin lopettamisen osalta.

161. Näyttöä koskeva vaatimus voi olla lievempi, kun kyseessä on kansanterveys. Asiassa C-180/96, BSE-tapaus, yhteisöjen tuomioistuin katsoi, että ”kun esiintyy epävarmuuksia siitä, onko olemassa ihmisten terveyteen kohdistuvaa vaaraa, tai siitä, minkä laajuinen tämä vaara on, toimielimet saavat toteuttaa suojatoimenpiteitä odottamatta, että näiden vaarojen olemassaolo tai vaarojen vakavuus osoitetaan täysin”.<sup>193</sup> Kuitenkaan esillä olevissa asioissa ei kysymys ole tupakkatuotteiden, joiden terveydelle haitallisia vaikutuksia ei ole kiistetty, kaupan pitämisen kieltämi-

190 — Ks. edellä alaviite 183, tuomio Handyside, 48 kohta; edellä alaviite 170, asia C-159/90, tuomion 20 kohta ja julkisasiamies van Gervenin ratkaisuehdotus, 37 kohta.

191 — Tällaisten näyttöjen välinen ero ei kuitenkaan ole niin selkeä kuin ehkä saatettaisiin ajatella: tieteellisiin johtopäätöksiin päädytään tavallisesti ennustamalla suuremmalla tai pienemmällä todennäköisyydellä menneisyydessä tietyissä olosuhteissa havaittujen vaikutusten esiintyminen vastaavissa tulevissa olosuhteissa.

192 — Asia 152/78, komissio v. Ranska, tuomio 10.7.1980 (Kok. 1980, s. 2299, 17 kohta); ks. myös yhdistetyt asiat C-1/90 ja C-176/90, Aragonesa de Publicidad Exterior ja Publivia, tuomio 25.7.1991 (Kok. 1991, s. I-4151, 17 kohta; Kok. Ep. XI, s. 387), jossa yhteisöjen tuomioistuin katsoi, ettei ollut ”ilmeisen perusteetonta” asettaa rajoituksia sellaisten alkoholijuomien mainonnalle, joiden alkoholipitoisuus ylitti tietyt kynnyksen, ”osana alkoholismien vastaista kamppania”. Kuitenkaan tässä asiassa ei esitetty sananvapautteen liittyvää kysymystä.

193 — Ibid., 99 kohta. Ks. myös edellä alaviite 169, asia C-331/88, tuomion 9 kohta.

sestä, vaan pikemminkin tällaisten tuotteiden mainonnan laajasta kiellosta. Tieteellinen keskustelu esillä olevassa asiassa liittyy tällaisen mainonnan vaikutuksiin kokonaiskulutuksen osalta (toisin kuin nykyisten tupakoitsijoiden pelkkään valintaan eri tupakkamerkkien välillä), josta ei ole pitkä matka tällaisen kulutuksen todellisuudessa aiheuttamien terveysriskien arviointiin. Lisäksi asiassa C-180/96, BSE-tapaus, kysymyksessä ollut kieltö oli luonteeltaan väliaikainen, ja sitä voitiin tarkistaa tilanteen myöhemmän arvioinnin perusteella.<sup>194</sup> Mielipide-erot tupakkamainonnan vaikutusten osalta ovat pitkäaikaisia, eikä niitä todennäköisesti voida ratkaista nopeasti. Välittömästi edeltävässä kappaleessa esitetystä standardissa otetaan huomioon tieteellisten piirien yksimielisyyden puuttuminen; mielestäni sananvapautta ei kunnioitettaisi riittävästi, mikäli mentäisiin tätä pidemmälle ja sallittaisiin lainsäätäjän rajoittaa kyseisen oikeuden harjoittamista ilman selkeää näyttöä siitä, että sellainen rajoitus on omiaan johtamaan sellaisiin käyttäytymisen muutoksiin, jotka puolestaan olisivat omiaan hyödyntämään kansanterveyttä.

162. Neuvosto esitti näyttönä kahden raportin johtopäätökset; toisen raportin oli laatinut United States National Bureau of Economic Research (NBER)<sup>195</sup> ja toisen Kielissä toimiva Institut für Therapie- und Gesundheitsforschung, Saksan terveystieteiden ministeriön toimeksiannosta.<sup>196</sup> Vaikka kan-

tajat asiassa C-74/99, Imperial Tobacco, esittivät kansallisessa tuomioistuimessa näyttönä tutkimuksia, joissa oli päädytty vastakkaisiin tuloksiin, myös Yhdistynyt kuningaskunta esitti tutkimuksia, joita ei ole arvioitu esillä olevissa asioissa. Myös Ranska esitti näyttöä kansallisten rajoitustensa ("la loi Évin") vaikutuksista. Mielestäni riittää, kun tarkastellaan tutkimuksia, joihin toimitelmät ovat vedonneet. Näissä tutkimuksissa päädytään vastaavuussuhteeseen tupakkamainonnan ja tupakoinnin aloittamisen välillä erityisesti nuorten keskuudessa ja mainonnan kieltämisen ja tupakan keskimääräisen kulutuksen vähenemisen välillä. NBER:n raportti sisältää regressioanalyysiin perustuvan arvion komission vuoden 1997 toisen direktiiviehdotuksen tarkistetun version todennäköisistä vaikutuksista,<sup>197</sup> ja tässä arvioissa päätellään, että direktiivi olisi tutkimusajanjaksona todennäköisesti alentanut tupakan kulutusta noin 6,9 prosenttia.<sup>198</sup> Lisäksi siinä päätellään, että kun laajojen kieltojen vaikutuksena on selkeästi tupakan käytön väheneminen, rajallisten kieltojen tehokkuus on minimaalinen mainonnan vaikutusten vähentämisessä, koska tällaiset kiellot mahdollistavat sen, että rajoitusten kohteena olevat mainosvälineet korvataan toisilla, eivätkä ne johda tupakan mainonnan kokonaiskulujen tai mainonnalle altistumisen vähenemiseen. Mahdollisuuteen kiittää kieltö, joka ei kata kaikkia mainonnan muotoja, viitataan mainontadirektiivin johdanto-osan kahdeksannessa perustelukappaleessa. Mielenkiintoista on se, että toimitelmät ovat kieltöä puolustaessaan nähneet suurta vaivaa kiistääkseen sen laajuuden, vaikka niiden esittämästä näytöstä käy ilmi, että

194 — Ibid., 101 kohta.

195 — Saffer H., ja Chaloupka, F., "Tobacco Advertising: Economic Theory and International Evidence", NBER Working Paper No 6958 (Cambridge MA 1999).

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

197 — Ks. edellä 19 kohta.

198 — Arviointi perustuu 11 jäsenvaltiosta saatuihin tietoihin ajanjaksolla 1986—1992.

muu kuin täydellinen kielto on vähemmän tehokas.

näyttöä, että niiden vaikutukset täysin peittävät toisensa.

163. Tämän näytön perusteella katson, että yhteisön lainsäätäjät saattoi perustelluista syistä uskoa, että tupakkamainonnan laaja kielto johtaisi kulutustason merkittävästi alenemiseen ja vaikuttaisi siten kansanterveyden suojeluun.

164. Mitä tulee vaatimukseen siitä, että asetetut rajoitukset ovat ainoastaan niin rasittavia kuin on tarpeen, katson, että lähes täydellinen taloudellisen toiminnan mainonnan kielto merkitsee erittäin vakavaa sananvapauden harjoittamisen loukkausta.<sup>199</sup> Mitä rajoittavampia vaikutukset ovat, sitä suurempi velvollisuus lainsäätäjällä on näyttää, ettei vähemmän rajoittava toimenpide olisi riittänyt. Katson kuitenkin, että lainsäätäjät ovat täyttäneet tämän velvollisuutensa esillä olevissa asioissa näyttämällä, että sillä oli perusteltuja syitä uskoa, että tupakkamainonnan rajalliset rajoitukset ovat tehottomia. Se seikka, että muilla positiivisilla toimenpiteillä, kuten tiedotuskampanjoilla, saattaisi myös olla vaikutuksia, ei sinänsä todista mainonnan laajan kiellon olevan liian rajoittava, koska (ottaen huomioon yhteisön ja jäsenvaltioiden välisen toimivallan jaon) toinen vaihtoehto ei poissulje toista, eikä ole

165. Seuraavaksi siirryn arviointini kolmanteen vaiheeseen, joka koskee sitä, asetetaanko mainontadirektiivissä kaupalliselle ilmaisulle suhteettomia rajoituksia verrattuna siitä yleiselle edulle aiheutuviin hyötyihin, huolimatta siitä kuinka tehokkaasti niihin pyritään. Ottaen huomioon tupakankulutuksen valtavan aseman kuolinsyynä ja vakavien terveysongelmien aiheuttajana yhteisössä, katson, että kulutustason mahdollinen alentaminen 6,9 prosentilla olisi merkittävä kansanterveydellinen saavutus, joka vastaisi todennäköisesti tuhansien ihmishenkien säästämistä.

166. Katson periaatteessa, että jos tehokkuutta ja mahdollisimman pientä rasitusta koskevat edellytykset täyttyvät, kaupallisen ilmaisun kaltaisia oikeuksia ei loukata tavalla, jota ei voitaisi hyväksyä, kielletäessä vaarallisten tuotteiden mainonta, kun ei rajoiteta tieteellisen tai muun tiedon tai kyseisen kaupan sääntelyyn liittyvien poliittisten näkemysten vaihtoa. Tupakantuottajat voivat vapaasti pitää tuotteitaan kaupan, mihin nämä ilmaisua koskevat oikeudet lopullisesti liittyvät, ja ne voivat jopa harjoittaa mainontaa myyntipisteissä, mikäli kansalliset säännökset sen sallivat.

199 — Ks. edellä alaviite 192, yhdistetyt asiat C-1/90 ja C-176/90, tuomion 18 kohta; arvioidessaan tavaroiden vapaata liikkuvuutta koskevan esteen suhteellisuutta, yhteisöjen tuomioistuin kiinnitti huomiota myös siihen seikkaan, että tarkasteltavana olevien alkoholijuomien mainonnan rajoitukset eivät olleet täydellisiä.

167. Se seikka, että mainontadirektiivissä kielletään sellaisten tuotteiden edistäminen, joita pidetään laillisesti kaupan yhteisössä, ei ole ratkaisevaa, vaikka se ei myöskään ole asian kannalta merkityksetöntä. Euroopan ihmisoikeustuomioistuimien huomautti asiassa *Open Door Counselling* vastaan Irlanti, että riitautettuja kansallisia sääntöjä oli ”tarkasteltava huolellisesti”, koska kysymyksessä olleessa asiassa kielletty tieto liittyi toimintaan, joka oli lainmukaista siellä, missä sitä harjoitettiin,<sup>200</sup> mikä merkitsi sitä, että lainmukaista toimintaa koskevien tietojen toimittamista voitiin perustellusti rajoittaa tietyissä tapauksissa. Ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuin huomiot täytäntöönpano-ongelmat ja muut ongelmat, joita saattaisi ilmetä kiellettyä suoraan tupakoinnin kaltainen, riippuvaiseksi tekevä toiminta<sup>201</sup> (ja myös tupakoitsijoiden henkilökohtaisen vapauden rajoittaminen, mitä tämä merkitsisi). Toiminnan laillisuus (ja sen kieltämisen epäkäytännöllisyys) ei kuitenkaan merkitse sitä, etteikö sillä olisi vahingollisia vaikutuksia, joita lainsäätäjä voi pyrkiä säätelemään yleisen edun vuoksi. Lisäksi vaatimus siitä, että toiminta itse kielletään sen edistämisen rajoittamiseksi, ei ole välttämättä yhdenmukainen sen vaatimuksen kanssa, että on turvauduttava vähiten rajoittaviin toimenpiteisiin lainmukaisten tavoitteiden saavuttamiseksi.

168. En pidä asiassa *Open Door Counselling* vastaan Irlanti annettua tuomiota, jonka merkityksellisyydestä väiteltiin kovasti suullisessa käsittelyssä — osittain

200 — Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tuomio 29.10.1992, A-sarja, nro 246, 72 kohta.

201 — Ks. esimerkiksi *La Forest J:n* tuomio, Supreme Court of Canada, asia *RJR MacDonald Inc v. Kanada (Attorney General)*, 1995, SCR199, 34 kohta.

koska se koski oletetusti suhteetonta, täydellistä sananvapauden kieltoa — hyödyllisenä ennakkotapauksena esillä olevien asioiden kannalta.

169. Euroopan ihmisoikeustuomioistuin hyväksyi Irlannin hallituksen väitteen siitä, että ”[korkeimman oikeuden määräyksestä] johtuvalla rajoituksella — — pyrittiin legitimiin, moraalien suojelua koskevaan tavoitteeseen, josta syntymättömän elämän suojelu Irlannissa on yksi ilmaus”.<sup>202</sup> Kyseisessä asiassa kuitenkin ainoastaan kantajille tuomioistuimääräyksellä asetettua erityistä rajoitusta pidettiin luonteeltaan ehdottomana. Euroopan ihmisoikeustuomioistuin itse asiassa totesi lisäksi, että ulkomaisista aborttipalveluista voitiin saada tietoa muista lähteistä.<sup>203</sup>

170. Euroopan ihmisoikeustuomioistuin otti huomioon naisten terveyden suojelun arvioidessaan tämän erityisen rajoituksen tarpeellisuutta ja siten sen suhteellisuutta, joka oli selkeästi asian kannalta merkittävä seikka tuossa asiayhteydessä mutta joka mutkistaa selkeää tasapainoa sananvapauden ja yksittäisen pakottavan, sosiaalisen tarpeen välillä.

171. Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuun vaikutti erityisesti se, että jotkut

202 — Ks. edellä alaviite 200, tuomio *Open Door Counselling v. Irlanti*, 63 kohta.

203 — 70—75 kohta.

naiset päättivät olla tekemättä aborttia noudattaen kysymyksessä olevassa asiassa annettuja neuvoja, joilla ei pyritty ohjaamaan päätöstä, joten se totesi, että ”yhteys tiedon toimittamisen ja syntymättömän elämän tuhoamisen välillä ei ollut niin ehdoton kuin mitä on esitetty”. Samaan aikaan ”määräys oli ollut melko tehoton” ottaen huomioon suuren määrän irlantilaisia naisia, jotka yhä teettivät abortin Yhdistyneessä kuningaskunnassa.

172. Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen enemmistö ratkaisi suhteellisuutta koskevan kysymyksen viittaamalla omaan kantansa naisten terveyden suojeluun (liittyen oikeuteen saada tietoja), sananvapauteen ja syntymättömän elämän suojeluun liittyvien kilpailevien arvojen osalta. Se ei näytä antaneen ollenkaan painoarvoa sen osalta, minkä se oli epäsuorasti hyväksynyt viimeksi mainitun arvon *osittain tehokkaaksi* suojeluksi. Jos tätä arviointia sovelletaan kirjaimellisesti esillä olevan asian tosi-seikkoihin, saattaa olla vaikea väittää, että oletettu tupakoinnin pelkkä 6,9 prosentin alentamista koskeva tavoite saattaisi oikeuttaa tupakkatuotteiden mainonnan laajan kiellon, huolimatta tupakoitsijoiden absoluuttisen määrän merkittävästä pienemmisestä (ja todennäköisten tupakkaan liittyvien sairauksien ja kuolemien vähentämisestä), mitä se edustaisi.

173. Tutkiessaan olennaisesti samaa kysymystä sekä yhteisön oikeuden että Euroopan ihmisoikeussopimuksen valossa, asiassa C-159/90, Grogan-tapaus, julkis-

asiamies van Gerven katsoi tällaisen rajoituksen olevan suhteellinen.<sup>204</sup>

174. En kuitenkaan katso, että asiaa Open Door Counselling vastaan Irlanti on mahdollista irrottaa sen erittäin vaikeasta ja arasta asiayhteydestä tai tehdä sen perusteella mitään lopullisia johtopäätöksiä esillä olevien asioiden suhteen. Kyseinen tuomio liittyi neuvon osalta neutraalin tiedon toimittamiseen, pikemminkin kuin abortin kaupalliseen edistämiseen;<sup>205</sup> esillä olevissa asioissa on kysymyksessä suorien ja epäsuorien *edistämistoimenpiteiden* rajoittaminen<sup>206</sup> eikä ole esitetty, että lainmukaisista tuotteista annettua muuta kuin edistämistä koskevaa tietoa rajoitettaisiin.<sup>207</sup>

175. Katson siten, ettei mainontadirektiivi ole sananvapauden suhteeton rajoitus, siltä

204 — Ks. edellä alaviite 170, asia C-159/90, julkisasiamiehen ratkaisuehdotus, 32—38 kohta. Yhteisöjen tuomioistuin ei käsitellyt tätä asiaa tuomiossaan. Ks. edellä alaviite 200, tuomio Open Door Counselling v. Irlanti, tuomari Bakan erivä mielipide.

205 — Ibid., 75 kohta. Tästä syystä Euroopan ihmisoikeustuomioistuin ei näytä katsooneen, että asia liittyy kaupallisen ilmaisun vapauteen.

206 — Ks. mainontadirektiivin 2 artiklan 2 ja 3 kohdassa tehty mainonnan ja sponsoroinnin määrittely.

207 — Muun muassa tästä syystä en käsittele tässä kysymystä vapaudesta vastaanottaa tietoa, mistä saattaisi olla kysymys, jos nykyinen tai tuleva asiakas hakee tupakan tuottajalta tai jakelukeijusta tietoa niiden tuotteista. Todennäköisyys kuluttajan intressiin saada edistämismateriaalia näyttää kaukaisemmalta.



osin kuin siinä säädetään tupakkatuotteiden mainonnan laajasta kiellosta.<sup>208</sup>

176. En ole kuitenkaan samaa mieltä diversifikaatiotuotteiden mainonnan kiellon osalta. Ei ole ollenkaan itsestään selvää, että muiden kuin tupakkatuotteiden ja palvelujen, joissa käytetään tupakkatuotteissa käytettyä nimeä tai muuta erotettavaa piirrettä, mainonta vaikuttaa tupakkatuotteiden kulutustasoon *kokonaisuudessaan tarkasteltuna*.<sup>209</sup> Yhteisön lainsäätaja ei ole esittänyt mitään näyttöä tällaisen yhteyden olemassaolosta. Näissä olosuhteissa katson, ettei yhteisön lainsäätaja ole täyttänyt velvollisuuttaan näyttää, että sillä oli perusteltuja syitä toteuttaa tällaisen mainonnan rajoitukset, jotka sisältyvät direktiivin 3 artiklan 3 kohdan b alakohtaan, ja kyseinen säännös on siten kumottava. Tähän ei vaikuta mitenkään se mahdollisuus, että jäsenvaltiot voivat rajoittaa säännöksen soveltamisalaa käytännössä turvautumalla direktiivin 3 artiklan 2 kohdan säännöksiin. Vastaavasti ei ole esitetty mitään väitteitä tai näyttöä sen selvittämiseksi, minkä vuoksi direktiivin 3 artiklan 3 kohdan a alakohdassa kielletään käyttämästä tupakkatuotteissa muissa tuotteissa tai palveluissa jo käytettyjä nimiä tai muita erottavia piirteitä. Siltä osin kuin tällaisen nimen tai tavaramerkin käyttö tuotteessa merkitsee myös kaupallisen ilmaisuuden vapautta, katson, että mainontadirektiivin 3 artiklan 3 kohdan a alakohdan ei ole näytetty olevan tämän

vapauden perusteltu rajoitus, ja se on kumottava. Direktiivin 3 artiklan 3 kohdan molemmat alakohdat ovat mielestäni erotettavissa ottaen huomioon edellä 122—126 kohdassa esittämäni arviointiperusteet.

#### vii) Perustelujen riittämättömyys

177. Yhteisöjen tuomioistuin on toistuvasti katsonut, että perustamissopimuksen 190 artiklan mukainen perusteluvelvollisuus edellyttää, että kysymyksessä olevista lainsäädäntötoimista on selvittävä syyt, joiden perusteella toimielin on päättänyt niistä, jotta yhteisöjen tuomioistuin voi valvoa toimien laillisuutta ja jotta niin jäsenvaltiot kuin ne, joita toimi koskee, saavat tietää perusteet, joiden vuoksi yhteisöjen toimielimet ovat soveltaneet perustamissopimusta.<sup>210</sup> Samanaikaisesti perusteluilta vaadittava yksityiskohtaisuus voi vaihdella riippuen kysymyksessä olevasta toimesta. Jos kysymyksessä on yleisesti sovellettava toimi, johdanto-osassa voidaan rajoittaa yhtäältä esittämään se yleinen tilanne, joka johti toimen antamiseen, ja toisaalta ne yleiset tavoitteet, joihin sillä pyritään. Ei ole tarpeen, että esitetään lainsäätäjän huomioon ottamat useat tosiseikat, jotka ovat usein hyvin lukuisia ja monimutkaisia, tai että toimi sisältää enemmän tai vähemmän täydellisen arvioinnin näistä tosiseikoista.<sup>211</sup>

208 — Ei ole selvää, sisällytetäänkö NBER:n raportissa sponsointi mainonnan yleisönsikon alle sen selvittämiseksi, mitkä ovat direktiiviehdotuksen todennäköiset vaikutukset. Koska yhteisöjen tuomioistuimessa ei ole esitetty väitteitä tältä osin ja koska tarkastelen sananvapautta pelkästään vaihtoehtona pääasiallisen ehdotuksen direktiivin kumoamisesta kokonaan, en käsittele sponsoinnin kieltä tässä jaksossa.

209 — En käsittele kysymystä siitä, vahvistaako tällainen mainonta tiettyjä tupakkamerkkejä muihin verrattuna.

210 — Ks. edellä alaviite 134, asia C-41/93, tuomion 34 kohta.

211 — Asia 87/78, *Welding v. Hauptzollamt Hamburg-Waltershof*, tuomio 30.11.1978 (Kok. 1978, s. 2457, 11 kohta).

178. Toimivaltaa koskevan arviointini perusteella pitäisi olla selvää, että mainontadirektiivin johdanto-osaan sisältyvä perustelu on mielestäni riittävä yhteisöjen tuomioistuimen oikeudellisen valvonnan harjoittamisen kannalta. Yhteisön lainsäätäjän sisämarkkinoita koskeva perustava kanta käy melko selvästi ilmi ensimmäisestä ja toisesta perustelukappaleesta, eikä niiden asianmukaisuutta perusteluina poista se, ettei direktiivillä kyetä saavuttamaan esitettyjä tavoitteita. Lainsäätäjän ei ollut tarpeen sisällyttää täsmällistä tietoa tutkimuksista, jotka koskivat mainonnan vaikutuksia tupakan kulutukseen tai mainontapalvelujen tai mainosvälineiden rajat ylittävän kaupan suhteellisiin tasoihin. Ehdotan, että direktiivi kumotaan riittämättömien perusteiden vuoksi kokonaisuudessaan vain, jos yhteisöjen tuomioistuin katsoisi, että yhteisö oli toimivaltainen sen antamiseen nojautuen sen vaikutuksiin sisämarkkinoiden toteuttamisen ja toiminnan kannalta taloudellisilla aloilla, joita ei ole mainittu ollenkaan johdanto-osassa ja joita ovat esimerkiksi tupakantuottajat tai jakeluketju tai mainosteollisuus yleisesti. Mielestäni yhteisön lainsäätäjällä ei voi vedota sisämarkkinoihin liittyviin etuihin, joita ei ole aikaisemmin mainittu, sellaisessa tilanteessa, joissa epäillään alkuperäisten tavoitteiden saavuttamista.

179. Ehdotan sitä vastoin, että direktiivin 3 artiklan 3 kohdan a alakohta kumotaan riittämättömien perustelujen vuoksi. Tämän poikkeussäännöksen, joka koskee

tupakkatuotteissa käytettävien muiden tuotteiden tai palvelujen nimiä tai muita erottavia piirteitä, osalta ei esitetä mitään perusteluja, ja kuten olen edellä 116 kohdassa todennut, säännös ei näytä olevan mitenkään yhteydessä direktiivin esitettyyn tavoitteeseen sisämarkkinoiden toteuttamisesta tupakkatuotteiden mainontaan ja sponsorointiin liittyvien tavaroiden ja palvelujen osalta.

## VI Oikeudenkäyntikulut

180. Yhteisöjen tuomioistuimen työjärjestyksen 69 artiklan 2 kohdan mukaisesti neuvosto ja parlamentti on velvoitettava korvaamaan Saksan oikeudenkäyntikulut asiassa C-376/98. Koska oikeudenkäynti asiassa C-74/99 on pääasian asianosaisten kannalta välivaihe kansallisessa tuomioistuimessa vireillä olevassa oikeudenkäynnissä, kyseisen kansallisen tuomioistuimen asiana on päättää oikeudenkäyntikulujen korvaamisesta. Kummassakaan asiassa komissiolle tai jäsenvaltioille, jotka ovat esiintyneet väliintulijoina tai esittäneet huomautuksia yhteisöjen tuomioistuimelle, ei ole aiheutunut korvattavia oikeudenkäyntikuluja. En ota kantaa oikeudenkäyntikuluihin sellaisessa tapauksessa, jossa yhteisöjen tuomioistuin hyväksyy yhden vaihtoehtoista ehdotuksistani direktiivin osittaisesta kumoamisesta tai jossa se ei hyväksy niistä yhtään.

## VII Ratkaisuehdotus

181. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuin

- kumoaa tupakkatuotteiden mainontaa ja niiden hyväksi tapahtuvaa sponsoroimista koskevien jäsenvaltioiden lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten lähentämisestä 6 päivänä heinäkuuta 1998 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 98/43/EY sillä perusteella, ettei yhteisö ollut toimivaltainen sen antamiseen käyttäen siinä esitettyä oikeudellista perustaa.

Mikäli yhteisöjen tuomioistuin ei noudata ehdotustani, ehdotan vaihtoehtoisesti, että yhteisöjen tuomioistuin

- kumoaa direktiivin 98/43/EY yleisen suhteellisuusperiaatteen loukkaamisen, EY:n perustamissopimuksen 30 artiklan (josta on muutettuna tullut EY 28 artikla) rikkomisen, omistusoikeuden loukkaamisen sekä kaupan ja ammatillisen toiminnan harjoittamisen vapauden loukkaamisen perusteella.

Joka tapauksessa ehdotan myös, että yhteisöjen tuomioistuin

- velvoittaa Euroopan parlamentin ja Euroopan unionin neuvoston korvaamaan Saksan liittotasavallan oikeudenkäyntikulut asiassa C-376/98.

Lisäksi ehdotan vaihtoehtoisesti, että yhteisöjen tuomioistuin

- kumoaa direktiivin 98/43/EY 3 artiklan 3 kohdan sananvapauden loukkauksen vuoksi; ja/tai
- kumoaa direktiivin 98/43/EY 3 artiklan 3 kohdan a alakohdan perusteluvelvollisuuden noudattamatta jättämisen vuoksi.