

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL  
N. FENNELLY

van 15 juni 2000 \*

Inhoudsopgave

I — Inleiding .....	I - 8424
II — Wettelijk kader en voorgeschiedenis .....	I - 8426
i) Relevante verdragsbepalingen .....	I - 8426
ii) Andere wetgeving .....	I - 8427
iii) Ontstaansgeschiedenis van de reclamerichtlijn .....	I - 8428
iv) Samenvatting van de reclamerichtlijn .....	I - 8431
III — Ontvankelijkheid .....	I - 8436
IV — Bij het Hof ingediende opmerkingen .....	I - 8439
i) Rechtsgrondslag en bevoegdheid .....	I - 8439
ii) Subsidiariteit .....	I - 8443
iii) Evenredigheid .....	I - 8444
iv) Schending van artikel 30 .....	I - 8445
v) Het recht op eigendom en het recht om een economische activiteit te ontplooiën .....	I - 8445
vi) Vrijheid van meningsuiting .....	I - 8446
vii) Motivering .....	I - 8447
V — Analyse .....	I - 8447
i) Rechtsgrondslag en bevoegdheid .....	I - 8447
Inleiding .....	I - 8447
De aard van de gemeenschapsbevoegdheid .....	I - 8448
Gemeenschapsbevoegdheid en nationale bevoegdheid: verschillende doelstellingen .....	I - 8450
Het zwaartepunt van de reclamerichtlijn .....	I - 8452
De werkingssfeer van artikel 129, lid 4, van het Verdrag .....	I - 8453
Ontstaansgeschiedenis van de richtlijn .....	I - 8454
Misbruik van bevoegdheid .....	I - 8456
Het belang van de stemprocedure van de Raad .....	I - 8457
De interne markt .....	I - 8458

\* Oorspronkelijke taal: Engels.

Internemarkt doelstellingen — concrete beoordeling .....	I-8463
Het doel van de reclamerichtlijn .....	I-8467
Belemmeringen van de handel in goederen en diensten in verband met tabakspromoting .....	I-8468
De onderlinge aanpassing door de reclamerichtlijn .....	I-8471
Verstoring van de mededinging .....	I-8475
Gevolgen: ongeldigheid en scheidbaarheid .....	I-8476
ii) Subsidiariteit .....	I-8479
iii) Evenredigheid .....	I-8484
iv) Schending van artikel 30 van het Verdrag .....	I-8484
v) Schending van economische rechten .....	I-8484
vi) Vrijheid van meningsuiting .....	I-8487
vii) Ontoereikende motivering .....	I-8495
VI — Kosten .....	I-8496
VII — Conclusie .....	I-8497

## I — Inleiding

1. Beide onderhavige zaken betreffen de geldigheid van richtlijn 98/43/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 juli 1998 betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten op het gebied van reclame en sponsoring voor tabaksproducten<sup>1</sup> (hierna: „richtlijn” of „reclamerichtlijn”). In de eerste zaak (hierna: „zaak C-376/98” of „Duitse zaak”) heeft Duitsland overeenkomstig artikel 173 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 230 EG) beroep ingesteld tot nietigverklaring van de reclamerichtlijn. In de tweede (hierna: „zaak C-74/99” of „zaak Imperial Tobacco”) heeft een aantal fabrikanten van

tabaksproducten in het Verenigd Koninkrijk bij de High Court of Justice, Queen's Bench Division (Crown Office) (hierna: „nationale rechter”) een procedure aangespannen, waarbij zij onder meer verzoeken om rechterlijke toetsing van het voornemen van en/of de verplichting van de regering van het Verenigd Koninkrijk om de richtlijn uit te voeren. De nationale rechter was van oordeel dat de door verzoekers aangevoerde middelen van ongeldigheid gewichtig waren, en heeft het Hof om een prejudiciële beslissing verzocht.

2. Zoals de nationale rechter heeft opgemerkt, overlappen de door hem gestelde vragen en de middelen van het beroep in de Duitse zaak elkaar in aanzienlijke mate, maar niet volledig. Met zijn prejudiciële

1 — PB L 213, blz. 9.

vraag vat hij de door verzoekers in het hoofdgeding aangevoerde middelen kort samen:

„Is richtlijn 98/43/EG van de Raad volledig of gedeeltelijk ongeldig wegens:

- a) de ongeschiktheid van artikel 57, lid 2, en de artikelen 66 en 100 A als rechtsgrondslag;
- b) schending van het grondrecht van vrijheid van meningsuiting;
- c) schending van het evenredigheidsbeginsel;
- d) schending van het subsidiariteitsbeginsel;
- e) schending van de motiveringsplicht;
- f) schending van artikel 222 EG-Verdrag en/of van het eigendomsrecht?”

Daarnaast wordt in de Duitse zaak gesteld, dat de reclamerichtlijn is strijd is met

artikel 30 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 28 EG).

3. De belangrijkste kwestie in deze zaken is die van de bevoegdheid of de rechtsgrondslag. De betwisting van de geldigheid van de richtlijn wegens schending van het evenredigheids- en het subsidiariteitsbeginsel, de motiveringsplicht of fundamentele rechten moet slechts subsidiair worden onderzocht, dus alleen indien het Hof concludeert dat de richtlijn de juiste rechtsgrondslag had.

4. De in de reclamerichtlijn genoemde rechtsgrondslag heeft betrekking op de interne markt. De gemeenschapsbevoegdheid voor de interne markt is a priori niet beperkt door voor de lidstaten voorbehouden bevoegdheden. Het is een horizontale bevoegdheid, en de uitoefening ervan vervangt de nationale regelgevende bevoegdheid op het desbetreffende gebied. Rechterlijke toetsing van de uitoefening van een dergelijke bevoegdheid is een delicate en complexe aangelegenheid. Enerzijds kan een te terughoudende toetsing tot een algehele of onbeperkte wetgevende bevoegdheid van de gemeenschapsinstellingen leiden, hetgeen in strijd is met het beginsel dat de Gemeenschap slechts de beperkte — zij het veelomvattende — bevoegdheden heeft die haar door het Verdrag zijn verleend om specifieke doelen te bereiken. Hierdoor zou de Gemeenschap op ontoelaatbare wijze inbreuk kunnen maken op de bevoegdheden van de lidstaten. Anderzijds mag het Hof de gemeenschapswetgever in beginsel niet hinderen bij de gerechtvaardigde vervulling van zijn

taak om belemmeringen en verstoringen van de handel in goederen en diensten tegen te gaan. Het Hof heeft als vertrouwensinstantie van de gemeenschapsinstellingen, de lidstaten en de burgers van de Unie, de moeilijke taak om op basis van objectieve criteria de constitutionele scheiding van de bevoegdheden tussen de Gemeenschap en de lidstaten te handhaven.

## II — Wettelijk kader en voorgeschiedenis

### i) *Relevante verdragsbepalingen*

5. Het geschil over de rechtsgrondslag van de reclamerichtlijn betreft slechts een beperkt aantal verdragsbepalingen, met name op het gebied van de interne markt en de vrijheid van dienstverrichting.

6. Artikel 57, lid 2, EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 47, lid 2, EG), in samenhang met artikel 66 EG-Verdrag (thans artikel 55 EG), bepaalt dat de Raad volgens de procedure van artikel 189 B EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 251 EG, algemeen bekend als de medebeslisingsprocedure), „richtlijnen vast[stelt] inzake de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der lidstaten betreffende de toegang tot werkzaamheden,

anders dan in loondienst, en de uitoefening daarvan”, met inbegrip van de vrije dienstverrichting.<sup>2</sup>

7. Artikel 100 A EG-Verdrag is thans, na wijziging, artikel 95 EG. In artikel 100 A, lid 1, wordt bepaald dat, in afwijking van artikel 100 EG-Verdrag (thans artikel 94 EG) en tenzij in het Verdrag anders is bepaald, de Raad voor de verwezenlijking van de doeleinden van artikel 7 A EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 14 EG) volgens dezelfde procedure en na raadpleging van het Economisch en Sociaal Comité de maatregelen vaststelt „inzake de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten die de instelling en de werking van de interne markt betreffen”.

8. Artikel 100 A, lid 3, van het Verdrag bepaalt dat de Commissie „bij haar in lid 1 bedoelde voorstellen op het gebied van de volksgezondheid, de veiligheid, de milieubescherming en de consumentenbescherming [zal] uitgaan van een hoog beschermingsniveau”.<sup>3</sup> Artikel 100 A, lid 4, staat een lidstaat toe om, nadat de Raad met gekwalificeerde meerderheid van stemmen een harmonisatiemaatregel heeft genomen, nationale bepalingen toe te passen die hun

2 — Tot blijkt van het tegendeel hebben verwijzingen naar artikel 57, lid 2, van het Verdrag in deze conclusie ook betrekking op de toepassing daarvan op de vrijheid van dienstverrichting op grond van artikel 66 van het Verdrag.

3 — Het gewijzigde artikel 95, lid 3, EG voegt hieraan toe: „Ook het Europees Parlement en de Raad zullen binnen hun respectieve bevoegdheden deze doelstelling trachten te verwezenlijken”. In mijn analyse ga ik ervan uit dat deze verplichting, ondanks de meer beperkte verwijzing naar de voorstellen van de Commissie, van meet af aan impliciet voorkwam in artikel 100 A, lid 3, van het Verdrag.

rechtvaardiging vinden in gewichtige eisen als bedoeld in artikel 36 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 30 EG), op voorwaarde van bevestiging door de Commissie; eventuele klachten kunnen in een versnelde procedure aan het Hof worden voorgelegd.

9. Verzoekers hebben bijzondere nadruk gelegd op artikel 129 van het Verdrag (thans, na wijziging, artikel 152 EG). Artikel 129, lid 1, luidt: „De Gemeenschap draagt ertoe bij een hoog niveau van bescherming van de volksgezondheid te verzekeren door de samenwerking tussen de lidstaten te bevorderen en, indien nodig, hun activiteiten te ondersteunen. (...) De eisen inzake gezondheidsbescherming vormen een bestanddeel van het gemeenschapsbeleid op andere gebieden”. Artikel 129, lid 4, bepaalt dat de Raad dient bij te dragen tot de verwezenlijking van de doelstellingen van dit artikel, door volgens de medebeslissingsprocedure en na raadpleging van het Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, stimuleringsmaatregelen aan te nemen met uitsluiting van harmonisatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten. De Raad kan ook aanbevelingen aannemen.

## ii) *Andere wetgeving*

10. Om de rechtmatigheid van de reclamerichtlijn te beoordelen, is het zinvol te verwijzen naar andere relevante wetgeving van eerdere datum. Vóór de vaststelling van de richtlijn had de Gemeenschap reeds op

basis van artikel 100 A van het Verdrag of van artikel 57, lid 2, in samenhang met artikel 66 van het Verdrag, een aantal wettelijke bepalingen betreffende de verkoop van tabaksproducten vastgesteld. De belangrijkste is artikel 13 van richtlijn 89/552/EEG van de Raad van 3 oktober 1989 betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake de uitoefening van televisie-omroepactiviteiten.<sup>4</sup> Hier volstaat de vermelding dat iedere vorm van televisiereclame en teleshopping voor sigaretten en andere tabaksproducten verboden is. Artikel 2 bis, lid 1, van richtlijn 89/552 bepaalt in algemene termen: „De lidstaten waarborgen de vrijheid van ontvangst en belemmeren niet de doorgifte op hun grondgebied van televisie-uitzendingen uit andere lidstaten om redenen die binnen de door deze richtlijn gecoördineerde gebieden vallen.”

11. Richtlijn 89/622/EEG van de Raad van 13 november 1989 betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten inzake de etikettering van tabaksproducten alsmede het verbod van bepaalde tabaksproducten voor oraal gebruik<sup>5</sup> bepaalt dat op alle pakjes sigaretten het teer- en nicotinegehalte moet worden vermeld<sup>6</sup> en zowel een algemene als een specifieke waarschuwing met

4 — PB L 298, blz. 23, zoals gewijzigd bij richtlijn 97/36/EG van het Europees Parlement en de Raad van 30 juni 1997 (PB L 202, blz. 60). Beide richtlijnen zijn vastgesteld op basis van de artikelen 57, lid 2, en 66 van het Verdrag.

5 — PB L 359, blz. 1, zoals gewijzigd bij richtlijn 92/41/EEG van de Raad van 15 mei 1992 (PB L 158, blz. 30). Beide richtlijnen zijn vastgesteld op basis van artikel 100 A van het Verdrag.

6 — Artikel 3 van richtlijn 89/622.

betrekking tot de gezondheidsrisico's moet worden aangebracht.<sup>7</sup> De lidstaten mogen de handel in de producten die met de richtlijn in overeenstemming zijn, niet beperken om redenen die verband houden met de etikettering.<sup>8</sup> Ook de handel in producten die in overeenstemming zijn met richtlijn 90/239/EEG van de Raad van 17 mei 1990 betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten inzake het maximale teergehalte in sigaretten<sup>9</sup> mogen de lidstaten niet beperken „om redenen die verband houden met de verlaging van het teergehalte in sigaretten”.<sup>10</sup> Zowel richtlijn 89/622 als richtlijn 90/239 zijn vastgesteld door de Raad van ministers van Volksgezondheid.

12. De Gemeenschap heeft ook voorschriften over andere aspecten van de reclame vastgesteld. Richtlijn 84/450/EEG van de Raad van 10 september 1984 inzake misleidende reclame en vergelijkende reclame<sup>11</sup> stelt bijvoorbeeld objectieve minimumcriteria vast om te bepalen of reclame misleidend is<sup>12</sup> en geeft aan, in welke gevallen vergelijkende reclame moet worden toegestaan.<sup>13</sup> Volgens de tweede overweging van de considerans van wijzigingsrichtlijn 97/55 is reclame een zeer belangrijk middel „om overal in de

Gemeenschap voor alle goederen en diensten reële afzetmogelijkheden te scheppen”.

13. Richtlijn 92/28/EEG van de Raad van 31 maart 1992 betreffende reclame voor geneesmiddelen voor menselijk gebruik<sup>14</sup> stelt een aantal voorwaarden voor het maken van reclame voor deze producten. Zo verbiedt zij dat media die zich tot het grote publiek richten, bepaalde materialen gebruiken of naar bepaalde therapeutische indicaties verwijzen en verbiedt zij reclame voor bepaalde producten.

### iii) *Ontstaansgeschiedenis van de reclamerichtlijn*

14. De mogelijkheid om tabaksreclame op gemeenschapsniveau te reguleren, is door de Commissie voor het eerst genoemd in 1984 in een mededeling aan de Europese Raad over de samenwerking inzake gezondheidsvraagstukken. Het eerste programma „Europa tegen kanker” is vastgesteld bij een resolutie van de Raad en de vertegenwoordigers van de regeringen der lidstaten, in het kader van de Raad bijeen, van 7 juli 1986, betreffende een actieprogramma van de Europese Gemeenschappen tegen kanker.<sup>15</sup> In deze resolutie werd verzocht om te zoeken naar manieren om het tabaksverbruik te verminderen, zoals gemeenschapsmaatregelen op het gebied van reclame en sponsoring, in het kader

7 — Artikel 4 van richtlijn 89/622.

8 — Artikel 8, lid 1, van richtlijn 89/622.

9 — PB L 137, blz. 36. Deze richtlijn is vastgesteld op basis van artikel 100 A van het Verdrag.

10 — Artikel 7, lid 1, van richtlijn 90/239.

11 — PB L 250, blz. 17, zoals gewijzigd bij richtlijn 97/55/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 oktober 1997 (PB L 290, blz. 18). Richtlijn 84/450 is vastgesteld op basis van artikel 100 van het Verdrag. De wijzigingsrichtlijn is vastgesteld op basis van artikel 100 A van het Verdrag.

12 — Artikelen 2, lid 2, en 3 van richtlijn 84/450; zie ook de zevende overweging van de considerans.

13 — Artikel 3 bis van richtlijn 84/450.

14 — PB L 113, blz. 13. Deze richtlijn is vastgesteld op basis van artikel 100 A van het Verdrag.

15 — PB 1986, C 184, blz. 19.

van de samenwerking op gezondheidsgebied. De Commissie reageerde met een actieplan voor de periode 1987-1989. Zij diende eerst een op artikel 100 A van het Verdrag gebaseerd voorstel in voor een richtlijn van de Raad inzake reclame voor tabaksproducten via de pers en affiches<sup>16</sup> (hierna: „eerste richtlijnvoorstel”).

15. In het eerste richtlijnvoorstel werd overwogen dat reclame via de pers en affiches de grenzen van de lidstaten overschreed en dat de verschillen tussen nationale voorschriften inzake reclame voor tabaksproducten de handel konden belemmeren en tot verstoringen van de mededinging konden leiden. De noodzakelijke geharmoniseerde voorschriften moesten naar behoren rekening houden met de bescherming van de volksgezondheid, en met name van de gezondheid van jongeren. In de considerans werd ook verwezen naar het programma „Europa tegen kanker”. Volgens het eerste richtlijnvoorstel zou reclame via de pers en affiches voor sigaretten en andere tabaksproducten vergezeld moeten gaan van waarschuwingen betreffende de gezondheidsrisico's.<sup>17</sup> De richtlijn zou ook de inhoud van de reclameboodschap beperken tot informatie over het product en het tonen van de verpakking, en verwijzingen naar een merk, embleem, symbool of ander onderscheidingsteken dat voornamelijk voor tabaksproducten wordt gebruikt in reclame waarin niet rechtstreeks een tabaksproduct wordt vermeld, verbieden.<sup>18</sup> Alle reclame voor tabaksproducten in publicaties die hoofdzakelijk zijn bestemd voor jongeren onder de 18 jaar,

zou worden verboden.<sup>19</sup> Artikel 5 van het eerste richtlijnvoorstel zou het de lidstaten onmogelijk maken om de handel in publicaties en in affiches die aan de richtlijn voldoen, te verbieden of te beperken om redenen in verband met reclame voor tabaksproducten.

16. In het kader van de samenwerkingsprocedure hechtte het Europees Parlement op 14 maart 1990 zijn goedkeuring aan het eerste richtlijnvoorstel, behoudens wijzigingen die ter bescherming van de volksgezondheid op een volledig verbod op reclame voor tabaksproducten waren gericht.<sup>20</sup> De Commissie vond het gezien de stand van de nationale wettelijke regelingen nog te vroeg voor een totaal verbod, maar wijzigde haar voorstel door aan te geven dat zij alleen de voorschriften zou harmoniseren van lidstaten waar reclame voor tabaksproducten was toegestaan.<sup>21</sup> Zij voegde ook drie overwegingen toe, waarin werd gewezen op de doelstellingen van de lidstaten inzake de bescherming van de volksgezondheid en op de gevoeligheid van jongeren voor reclame.

17. Deze gewijzigde versie van het eerste richtlijnvoorstel is door het Coreper besproken onder het punt „kankerbestrijding”, maar noch daar, noch in de werkgroep „Gezondheid” van de Raad kon overeenstemming worden bereikt. De Com-

16 — COM(89) 163 def., ingediend op 7 april 1989 (PB C 124, blz. 5).

17 — Artikel 2 van het eerste richtlijnvoorstel.

18 — Artikel 3 van het eerste richtlijnvoorstel.

19 — Artikel 4 van het eerste richtlijnvoorstel.

20 — PB C 96, blz. 98.

21 — COM(90) 147 def., ingediend op 19 april 1990 (PB C 116, blz. 7).

missie trok het voorstel in en diende op 17 mei 1991 een gewijzigd voorstel voor een richtlijn van de Raad inzake reclame voor tabaksproducten in (hierna: „tweede richtlijnvoorstel”).<sup>22</sup> Hierin werd voor het eerst een verband gelegd tussen de verschillende vormen van reclame en het feit dat tabaksverbruik in de Gemeenschap een belangrijke doodsoorzaak is. Het tweede richtlijnvoorstel zou iedere vorm van reclame voor tabaksproducten, reclame op andere gebieden waarbij gebruik wordt gemaakt van merken die hun bekendheid voornamelijk aan een tabaksproduct ontlenen, het gebruik van andere merken voor nieuwe tabaksproducten en de gratis uitreiking van tabaksproducten hebben verboden.<sup>23</sup> Reclame binnen tabaksspecialzaken zou door de lidstaten mogen worden toegestaan<sup>24</sup>, maar het tweede richtlijnvoorstel zou de invoering om gezondheidsredenen van striktere maatregelen door de lidstaten onverlet hebben gelaten.<sup>25</sup> Ondanks de van verschillende zijden uitgesproken twijfel<sup>26</sup> verwierp het Europees Parlement een motie om de rechtsgrondslag van het voorstel te wijzigen van artikel 100 A in artikel 235 EG-Verdrag (thans artikel 308 EG) en nam het op 11 februari 1992 een wetgevingsresolutie aan, met daarin onder andere een nieuwe overweging waarin een verbod om gezondheidsredenen wordt gerechtvaardigd. De leden van de Commissie belast met werkgelegenheid, arbeidsverhoudingen en sociale zaken (met inbegrip van volksgezondheid), die voor het voorstel verantwoorde-

lijk waren, hebben in een aantal toespraken en verklaringen gewezen op het belang ervan voor de volksgezondheid.<sup>27</sup>

18. Op 26 november 1996 nam de Raad een resolutie betreffende de terugdringing van het roken in de Europese Gemeenschappen<sup>28</sup> aan, waarin hij overwoog dat moest „worden nagegaan welke invloed het tabaksverbruik ondervindt van maatregelen ter bevordering van het roken en andere reclameactiviteiten enerzijds en maatregelen om het roken terug te dringen anderzijds” en de Commissie verzocht „de ‚beste praktijken’ in de lidstaten die gericht zijn op de terugdringing van het roken in kaart te brengen en de effecten ervan te beoordelen”.

19. Uiteindelijk stelde de Raad op 12 februari 1998 een gemeenschappelijk standpunt betreffende het tweede richtlijnvoorstel<sup>29</sup> vast, op basis van een door de Commissie op 11 december 1997 ingediend herzien ontwerp.<sup>30</sup> Dit voegde als rechtsgrondslag de artikelen 57, lid 2, en 66 van het Verdrag aan artikel 100 A toe en bevatte een aantal nieuwe overwegingen

22 — COM(91) 111 def. (PB C 167, blz. 3). Op 30 april 1992 heeft de Commissie een lichtelijk gewijzigde versie ingediend: COM(92) 196 def., (PB C 129, blz. 5).

23 — Artikel 2 van het tweede richtlijnvoorstel.

24 — Artikel 3 van het tweede richtlijnvoorstel.

25 — Artikel 5 van het tweede richtlijnvoorstel.

26 — Het betreft een aantal delegaties in de werkgroep „Gezondheid” van de Raad en de commissie Economische en monetaire zaken en industriebeleid van het Europees Parlement. Naar verluidt heeft de juridische dienst van de Raad in een advies van 3 december 1993 soortgelijke twijfels geuit. Zie mijn opmerkingen over het gebruik van dit juridisch advies in punt 76.

27 — Toespraken tot het Europees Parlement door Commissielid Papandreu, november 1991 en 16 januari 1992; opmerkingen van Commissielid Flynn in de Raad van Ministers van Volksgezondheid, 22 december 1994; zijn toespraken tot de Europese Conferentie over tabak en gezondheid, 3 oktober 1996, en in antwoord op de overeenstemming over een gemeenschappelijk standpunt van de Raad, 5 december 1997.

28 — PB C 374, blz. 4.

29 — PB C 91, blz. 34.

30 — SN4883/1/97.



in verband met de gewijzigde formulering van het voorgestelde verbod op indirecte reclame, het enigszins ruimere toepassingsgebied van de uitzondering voor reclame op de verkooppunten en de toepassing ervan op mededelingen voor professionele doeleinden en de uitbreiding van het verbod op sponsoring van evenementen of activiteiten.<sup>31</sup> Ook werden overwegingen toegevoegd met verwijzingen naar andere internemarktmaatregelen betreffende reclame of tabaksproducten, namelijk de richtlijnen 89/622, zoals gewijzigd, 90/239 en 92/28. Het meest wezenlijk, althans volgens degenen die de richtlijn betwisten, was dat in het gemeenschappelijk standpunt drie overwegingen uit eerdere ontwerpen werden weggelaten:

„Overwegende dat de Europese Raad van Milaan van 28 en 28 juni 1985 nadrukkelijk op het belang van het op gang brengen van een Europees Actieprogramma voor kankerbestrijding heeft gewezen;

Overwegende dat de Raad en de vertegenwoordigers van de regeringen van de lidstaten, in het kader van de Raad bijeen, in hun resolutie van 7 juli 1986 betreffende een Actieprogramma van de Europese Gemeenschappen tegen kanker aan dit programma het doel hebben gegeven een bijdrage te leveren tot de verbetering van de gezondheid en de levenskwaliteit van de burgers van de Gemeenschap door vermindering van het aantal kankergevallen; dat

zij in dat verband hebben geoordeeld dat de strijd tegen het roken prioriteit verdient;

Overwegende dat aan de gevolgen van het gebruik van tabaksproducten in de lidstaten van de Gemeenschap jaarlijks een aanzienlijk aantal mensen overlijdt.”

20. Het gemeenschappelijk standpunt is op 13 mei 1998 goedgekeurd door het Europees Parlement<sup>32</sup>; de richtlijn werd vastgesteld tijdens een bijeenkomst van de Raad van ministers van Onderzoek op 22 juni 1998. Duitsland stemde tegen de vaststelling.

#### iv) *Samenvatting van de reclamerichtlijn*

21. De eerste vier overwegingen van de considerans van de uiteindelijk vastgestelde richtlijn luiden als volgt:

„1) Overwegende dat er verschillen bestaan tussen de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten inzake reclame en sponsoring voor tabaksproducten; dat deze reclame over de grenzen van de lidstaten heen reikt en dat

31 — Zie onderstaande bespreking van de formulering van de richtlijn.

32 — De commissie Juridische zaken en rechten van de burger van het Europees Parlement had op 16 april 1998 echter de rechtsgrondslag van het tweede richtlijnvoorstel in de gewijzigde versie afgewezen.

die verschillen belemmeringen kunnen vormen voor het vrije verkeer van dragers van dergelijke reclame en sponsoring en het vrij verrichten van diensten op dit gebied, alsmede de mededinging kunnen verstoren; dat zij de werking van de interne markt derhalve kunnen belemmeren;

- 2) Overwegende dat deze belemmeringen moeten worden weggenomen en dat daartoe de regels betreffende de reclame en de sponsoring voor tabaksproducten onderling moeten worden aangepast, waarbij de lidstaten wel de mogelijkheid moet worden gelaten om onder bepaalde voorwaarden nadere vereisten voor te schrijven die zij nodig achten om de bescherming van de gezondheid van de bevolking te waarborgen;
- 3) Overwegende dat de Commissie, overeenkomstig artikel 100 A, lid 3, van het Verdrag, in haar in lid 1 van genoemd artikel bedoelde voorstellen van een hoog beschermingsniveau op het gebied van de volksgezondheid, de veiligheid, de milieubescherming en de consumentenbescherming uitgaat;
- 4) Overwegende dat derhalve in de onderhavige richtlijn naar behoren rekening dient te worden gehouden met de bescherming van de volksgezondheid, en in het bijzonder de gezondheid van jongeren, voor wie reclame een belangrijke rol heeft in de tabakspromoting.”

De vijfde overweging wijst erop, dat de richtlijnen 89/622 en 90/239 reeds op basis van artikel 100 A waren vastgesteld. De zesde overweging verwijst naar richtlijn 92/28 betreffende reclame voor geneesmiddelen voor menselijk gebruik, en stelt vast dat reclame voor producten voor tabaksontwenning niet binnen de werkingssfeer van de reclamerichtlijn valt. De zevende overweging verwijst naar de verschillende uitzonderingen op het verbod op reclame voor tabaksproducten (artikel 3, lid 5), en voegt hieraan toe „dat de lidstaten op die terreinen desgewenst passende maatregelen kunnen treffen” (zie ook artikel 5). De achtste en negende overweging van de considerans van de richtlijn luiden:

- „8) Overwegende dat er sprake is van interdependentie tussen alle vormen van mondelinge, geschreven en gedrukte reclame en radio-, televisie- en filmreclame en dat, teneinde elk risico van verstoring van de mededinging of van omzeiling van de regelgeving te voorkomen, deze richtlijn moet gelden voor alle reclamevormen en reclamedia behalve televisiereclame, die reeds wordt bestreken door richtlijn 89/552/EEG van de Raad (...).
- 9) Overwegende dat alle vormen van onrechtstreekse reclame en sponsoring voor, alsook het gratis uitreiken van tabaksproducten, dezelfde gevolgen hebben als rechtstreekse reclame en derhalve, onverminderd het fundamen-

tele beginsel van vrijheid van meningsuiting<sup>33</sup>], dienen te worden gereguleerd, met inbegrip van onrechtstreekse vormen van reclame en sponsoring waarbij, hoewel het tabaksproduct er niet rechtstreeks in wordt genoemd, een naam, merk, symbool of enig ander voor tabaksproducten gebruikt onderscheidend teken wordt gebruikt; dat de toepassing van deze bepalingen door de lidstaten evenwel kan worden uitgesteld om de aanpassing van de handelspraktijken en de vervanging van sponsoring voor tabaksproducten door andere passende vormen van ondersteuning mogelijk te maken.”

De tiende overweging verwijst naar de mogelijkheid (zie artikel 3, lid 2) om toestemming te blijven verlenen om, onder bepaalde voorwaarden, voor de reclame voor diversificatieproducten — andere producten of diensten dan tabaksproducten met een aan tabaksproducten gerelateerde naam, merk, symbool of enig ander onderscheidend teken — met tabaksproducten verbonden namen te blijven gebruiken, zij het „onverminderd de reglementering van reclame voor tabaksproducten”.<sup>34</sup> De elfde overweging verwijst naar de mogelijkheid om sponsoring geleidelijker terug te dringen (zie artikel 6, lid 3) en stelt dat dergelijke bestaande sponsoring „alle middelen moet omvatten om de doelstellingen van de sponsoring als omschreven in deze richtlijn te kunnen bereiken”.

33 — Deze verwijzing naar de vrijheid van meningsuiting is ingevoegd nadat de Commissie op 11 december 1997 het herziene tweede richtlijnvoorstel had ingediend.

34 — In het gewijzigde voorstel dat op 11 december 1997 door de Commissie was ingediend, was deze passage als volgt geformuleerd: „het *verbod* op reclame voor tabaksproducten” (mijn cursivering).

22. Artikel 1 van de richtlijn luidt:

„Deze richtlijn heeft ten doel de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten op het gebied van reclame en sponsoring voor tabaksproducten.”

Artikel 2 van de richtlijn omvat onder meer de volgende definities:

- „1. ‚tabaksproducten’: alle voor roken, snuiven, zuigen of pruimen bestemde producten die, al is het slechts ten dele, uit tabak bestaan;
- 2. ‚reclame’: elke vorm van commerciële mededeling die het aanprijzen van een tabaksproduct tot doel dan wel rechtstreeks of onrechtstreeks tot gevolg heeft, met inbegrip van de reclame die, zonder het tabaksproduct rechtstreeks te noemen, het reclameverbod tracht te omzeilen door gebruik te maken van een naam, merk, symbool of enig ander onderscheidend teken van een tabaksproduct;
- 3. ‚sponsoring’: iedere openbare of particuliere bijdrage aan evenementen of

activiteiten, die het promoten van een tabaksproduct tot doel dan wel rechtstreeks of onrechtstreeks tot gevolg heeft.” (...)

Artikel 3, leden 1, 2 en 4, van de richtlijn luidt:

„1. Onverminderd het bepaalde in richtlijn 89/552/EEG is iedere vorm van reclame of sponsoring in de Gemeenschap verboden.

2. Lid 1 belet niet dat een lidstaat kan toestaan dat een naam die reeds te goeder trouw gebruikt wordt voor zowel tabaksproducten als andere producten of diensten welke vóór 30 juli 1998 door eenzelfde onderneming of door verschillende ondernemingen in de handel zijn gebracht of worden aangeboden, voor reclame voor die andere producten of diensten wordt gebruikt.

Die naam mag echter slechts worden gebruikt in een duidelijk andere presentatievorm dan die waarin hij voor het tabaksproduct gebruikt wordt, met uitsluiting van enig ander onderscheidend teken dat reeds voor een tabaksproduct gebruikt wordt.

4. Iedere gratis uitreiking die het aanprijzen van een tabaksproduct ten doel of tot rechtstreeks of onrechtstreeks gevolg heeft, is verboden.”

23. Evenals artikel 3, lid 2, van de richtlijn, betreft lid 3, sub b, van dat artikel kenmerkend de reclame voor diversificatieproducten, maar het blinkt niet uit in duidelijkheid. Het bepaalt dat het in lid 1 bedoelde verbod niet mag worden omzeild door voor producten of diensten die na 30 juli 2001 op de markt worden gebracht, namen, merken, symbolen of andere onderscheidende tekens te gebruiken die eerder al voor een tabaksproduct werden gebruikt. Uit de verwijzing naar artikel 3, lid 1, lijkt impliciet te volgen, dat het woord „gebruiken” betrekking heeft op het *gebruiken* van een merknaam of een ander onderscheidend teken *in de zin van reclame of sponsoring*. „Te dien einde” moet het betrokken onderscheidende teken „worden gepresenteerd in een duidelijk andere vorm dan die van het tabaksproduct”. Bij gebrek aan verdere aanwijzingen neem ik aan dat dit deel van het artikel ook betrekking heeft op reclame en sponsoring, en niet op de presentatie van het product of de dienst zelf. Mijn aanvankelijke twijfels hierover zijn weggenomen door de antwoorden die de Raad en het Parlement ter terechtzitting hebben gegeven.

Artikel 3, lid 5, bepaalt dat de richtlijn niet van toepassing is op:

„— mededelingen die uitsluitend voor de bedrijfstak van de handel in tabaksproducten bestemd zijn;

— de presentatie van te koop aangeboden tabaksproducten en de prijsaanduiding daarvan op de tabaksverkooppunten;

— voor de koper bestemde reclame in winkels die gespecialiseerd zijn in de verkoop van tabaksproducten, en op hun voorgevel of, ingeval van inrichtingen waar verschillende artikelen of diensten worden verkocht of verricht, op de plaats die bestemd is voor de verkoop van tabaksproducten, alsmede op de verkooppunten waarvoor in Griekenland een bijzonder systeem van vergunningen voor sociale doeleinden geldt (zogenaamde periptera);

— de verkoop van in derde landen uitgegeven en gedrukte publicaties met reclame voor tabaksproducten, mits die publicaties niet hoofdzakelijk voor de communautaire markt bestemd zijn.”

24. Artikel 4 van de richtlijn betreft de middelen om de toepassing van de in het kader van deze richtlijn genomen nationale maatregelen te waarborgen en te controleren; partijen stellen deze bepaling niet ter discussie.

Artikel 5 van de richtlijn luidt:

„Deze richtlijn laat de bevoegdheid van de lidstaten onverlet om met inachtneming van het Verdrag strengere eisen vast te stellen die zij, voor de bescherming van de volksgezondheid, op het gebied van de reclame of sponsoring voor tabaksproducten nodig achten.”

25. Artikel 6, lid 1, verplicht de lidstaten de nodige wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen vast te stellen om uiterlijk op 30 juli 2001 aan deze richtlijn te voldoen. Artikel 6, lid 3, bepaalt onder meer:

„De lidstaten kunnen de toepassing van artikel 3, lid 1,

— met een jaar uitstellen ten aanzien van de geschreven pers,

— met twee jaar uitstellen voor sponsoring.”

In uitzonderlijke gevallen en om naar behoren gemotiveerde redenen kunnen de lidstaten, onder bepaalde voorwaarden die in deze zaken niet aan de orde zijn geweest, gedurende een extra periode van drie jaar, uiterlijk tot 1 oktober 2006, toestemming blijven verlenen voor de bestaande sponsoring van op mondiaal niveau georganiseerde evenementen of activiteiten.

### III — Ontvankelijkheid

26. Voorafgaande aan de inhoudelijke beoordeling moet worden ingegaan op twee argumenten die de Raad, het Parlement en Frankrijk in hun opmerkingen in de zaak *Imperial Tobacco* naar voren hebben gebracht betreffende de ontvankelijkheid van de prejudiciële vraag van de nationale rechter.

27. In zijn opmerkingen in de zaak *Imperial Tobacco* verwees het Parlement naar de argumenten van verweerders in het hoofdeding dat het verzoek algemeen en hypothetisch van aard was, aangezien het een nationale uitvoeringsbepaling betrof die nog niet in werking was getreden en daarom niet door de rechter kon worden getoetst, en dat de geldigheid van een richtlijn in een nationale procedure alleen bijkomstig aan de orde kon worden gesteld. De nationale rechter nam kennelijk het

standpunt in dat het gerechtvaardigd en opportuun is om conform Order 53, Rule 1, lid 2, van de Rules of the Supreme Court een declaratoir vonnis te wijzen om onduidelijkheden weg te nemen. De zaak betrof geen „zuiver abstracte vragen”, maar „toekomstige rechten” waarover een vonnis kon worden gewezen in quia timet-procedures.<sup>35</sup>

28. Het Parlement verwees naar de verplichting van de nationale rechter om er bij het beoordelen van de noodzaak van een prejudiciële beslissing voor het wijzen van zijn vonnis rekening mee te houden dat het Hof van Justitie geen adviezen over algemene en hypothetische vraagstukken formuleert<sup>36</sup>, en wees erop dat een prejudiciële vraag in de grotendeels vergelijkbare nationale procedure in de zaak *Bosman* weliswaar ontvankelijk was, maar dat het in die zaak ging om een als onmiddellijk ervaren bedreiging van gevestigde rechten die rechtstreeks aan het Verdrag werden ontleend, waarbij de bedreiging van een particulier uitgang, en niet om de verwachting dat een lidstaat aan zijn verdragsverplichtingen zou voldoen. Volgens het Parlement valt de mogelijkheid om niet-uitgevoerde gemeenschapswetgeving van algemene aard bij de nationale rechter te betwisten, en een daaruit voortvloeiend verzoek om een prejudiciële beslissing, wellicht buiten het door het Verdrag vastgestelde stelsel van rechtsbescherming, omdat daarmee de eis kan worden omzeild dat de in een rechtstreeks beroep betwiste

35 — Zie het vonnis van Diplock L. J. in de zaak *Rediffusion (Hong Kong) Ltd. tegen Attorney General of Hong Kong*, 1970 AC 1136, blz. 1158.

36 — Arrest van 15 december 1995, *Bosman* (C-415/93, Jurispr. blz. I-4921; hierna: „arrest *Bosman*”, punten 59 en 60).

rechtshandeling de particulier rechtstreeks en individueel moet raken. Ook de Raad (gesteund door Frankrijk) wees op de hypothetische aard van de procedure<sup>37</sup> en op de mogelijkheid dat de criteria om rechtstreeks de geldigheid van communautaire maatregelen te betwisten op grond van artikel 173 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 230 EG) via nationale procedures konden worden omzeild.

29. Het Parlement heeft naar mijn mening terecht gewezen op de overeenkomsten tussen de procedures in de zaken *Bosman* en *Imperial Tobacco*. *Bosmans* verzoek om een verklaring dat voorschriften betreffende de nationaliteit van beroepsvoetballers niet op hem van toepassing waren, is door de Belgische rechterlijke instanties ontvankelijk verklaard op grond van een bepaling in het Belgisch Gerechtelijk Wetboek die het mogelijk maakt, vorderingen in te stellen „om schending van een ernstig bedreigd recht te voorkomen”, omdat hij feitelijke bewijzen had aangedragen voor zijn stelling dat de door hem gevreesde schade, namelijk een belemmering van zijn carrière, daadwerkelijk zou intreden.<sup>38</sup> Hoewel de vorderingen in het hoofdgeding slechts declaratoire vorderingen waren en zij moesten worden gebaseerd op naar hun aard onzekere vooruitzichten, volgde uit het feit dat dergelijke vorderingen op grond van het nationale recht waren toegestaan, dat de vragen van de nationale rechter voorzagen in een objectieve behoefte voor de oplossing van de gedingen die volgens de regels bij die rechter aanhangig waren gemaakt.<sup>39</sup> Het verzoek om een prejudiciële beslissing was in dat opzicht dan

ook ontvankelijk. Centraal stond daarbij dat het aan de nationale rechter was om overeenkomstig het nationale recht te bepalen of een dergelijke vordering mogelijk was.

30. Ook het hoofdgeding in de zaak *Imperial Tobacco* betreft een gevreesde belemmering voor de toekomstige uitoefening van rechten door de verzoekende tabaks-ondernemingen. Er moet van worden uitgegaan, dat de nationale rechter bij zijn beoordeling van de mogelijkheid om een declaratoir vonnis te wijzen, het nationale recht correct heeft toegepast. Ook de door het Parlement genoemde verschillen tussen de twee zaken pleiten ervoor, dat deze zaak ontvankelijk is. Indien ervan wordt uitgegaan dat de lidstaten ernaar streven aan hun verdragsverplichtingen te voldoen, dan is door het feit dat zij de noodzakelijke maatregelen tot uitvoering van de reclamrichtlijn uiterlijk op 30 juli 2001 moeten hebben genomen en dit uiteraard eerder mogen doen<sup>40</sup>, de bedreiging van de belangen van verzoekers in het hoofdgeding nog concreter dan in de zaak *Bosman*. De mogelijkheid om de toepassing van bepaalde aspecten van de richtlijn tot uiterlijk 1 oktober 2006 uit te stellen (in uitzonderlijke gevallen met betrekking tot bestaande sponsoring), kan de bedreiging in bepaalde opzichten tijdelijk verminderen, maar maakt deze in geen geval hypothetischer.<sup>41</sup> Het Hof heeft dan ook geen

37 — Zie arrest van 16 juli 1992, *Meilicke* (C-83/91, Jurispr. blz. I-4871, punt 25).

38 — Arrest *Bosman*, aangehaald in voetnoot 36, punten 44 en 64.

39 — *Ibidem*, punt 65.

40 — Een richtlijn is van kracht jegens de lidstaten tot wie deze is gericht vanaf het moment van de kennisgeving ervan; zie arrest van 18 december 1997, *Inter-Environnement Wallonie* (C-129/96, Jurispr. blz. I-7411, punten 41 en 44).

41 — Zie de conclusie van advocaat-generaal Lenz in de zaak *Bosman*, aangehaald in voetnoot 36, punt 99.

reden om de beoordeling door de nationale rechter van de noodzaak van een prejudiciële beslissing voor het wijzen van zijn vonnis in twijfel te trekken.<sup>42</sup>

31. Nu kom ik op het tweede argument, namelijk dat een verzoek om een prejudiciële beslissing over de geldigheid geen ontduiking van de in artikel 173 van het Verdrag vervatte regel betreffende het instellen van beroep mogelijk mag maken. Het Hof heeft inderdaad partijen die „zonder enige twijfel” een dergelijke procedure hadden kunnen aanspannen, de mogelijkheid ontzegt om door middel van een verzoek om een prejudiciële beslissing over de geldigheid van een communautair rechtsinstrument, de termijn voor het instellen van een beroep tot nietigverklaring op grond van die bepaling te ontwijken.<sup>43</sup> De Raad, het Parlement en Frankrijk willen kennelijk de werkingssfeer van die uitzonderlijke beslissing uitbreiden, zodat degenen die niet de adressaten van een algemeen toepasselijke gemeenschaps-handeling zijn en er niet rechtstreeks en individueel door worden geraakt, de geldigheid ervan niet bij de nationale rechter kunnen aanvechten met het oog op een prejudiciële beslissing van het Hof van Justitie over die kwestie.

32. In de zaak *Universität Hamburg* merkte het Hof op, dat een beslissing van een nationale instantie de enige maatregel was die de verzoekster in het hoofdgeding in die zaak voor de rechter kon bestrijden „zonder op moeilijkheden te stuiten om haar

procesbelang aan te tonen”, en verklaarde het dat „overeenkomstig een in artikel 184 EEG-Verdrag tot uitdrukking komend algemeen rechtsbeginsel, (...) de verzoeker de mogelijkheid [moet] hebben, in het kader van een volgens het nationale recht tegen de afwijzing van zijn verzoek ingesteld beroep, de onwettigheid in te roepen van de beschikking van de Commissie die als grondslag dient voor het te zijnen aanzien genomen nationale besluit”.<sup>44</sup> Meer in het algemeen verklaarde het Hof in de zaak *Les Verts/Parlement*: „[B]erust de uitvoering bij de nationale instanties, dan kunnen [natuurlijke en rechtspersonen] de ongeldigheid van de handelingen *van algemene strekking* inroepen voor de nationale rechter en deze verzoeken om door middel van prejudiciële vragen een uitspraak van het Hof uit te lokken”.<sup>45</sup> Het Hof merkte op dat artikel 177 EG-Verdrag (thans artikel 234 EG) deel uitmaakt van „een volledig stelsel van rechtsmiddelen en procedures (...), waarbij het Hof het toezicht op de wettigheid van de handelingen van de instellingen is opgedragen” en op deze wijze „natuurlijke en rechtspersonen [beschermt] tegen de toepassing te hunnen aanzien van handelingen van algemene strekking, waartegen zij wegens de bijzondere ontvankelijkheidsvoorwaarden van artikel 173, tweede alinea, EEG-Verdrag niet rechtstreeks voor het Hof kunnen opkomen”.<sup>46</sup>

42 — Arrest *Bosman*, reeds aangehaald, punt 59.

43 — Zie arrest van 9 maart 1994, *TWD Textilwerke Deggendorf* (C-188/92, Jurispr. blz. I-833, punten 24 en 25).

44 — Arrest van 27 september 1983 (216/82, Jurispr. 2771, punt 10).

45 — Arrest van 23 april 1986 (294/83, Jurispr. blz. 1339, punt 23, mijn cursivering). Uit de verwijzing in de voorafgaande zin naar het rechtstreeks en individueel geraakt zijn, blijkt naar mijn mening duidelijk dat dit vereiste volgens het Hof niet geldt voor degenen die zulke nationale procedures hebben aangespannen.

46 — *Ibid.* Zie verder arrest van 2 april 1998, *Greenpeace Council e.a./Commissie* (C-321/95, Jurispr. blz. I-1651, punt 33), en mijn opmerkingen daarover in de punten 71-74 van mijn conclusie in de zaak *Kruidvat/Commissie* (arrest van 17 november 1998, C-70/97 P, Jurispr. blz. I-7183), alsmede beschikking *Gerecht van 20 oktober 1994, Asocarne/Raad* (T-99/94, Jurispr. blz. II-871, punt 17).



33. In de zaak Imperial Tobacco wordt naar mijn mening de reclamerichtlijn niet rechtstreeks aangevochten, hoewel de geldigheid ervan wezenlijk is voor de uitkomst van de nationale procedures. De verzoevende tabaksondernemingen willen voorkomen dat de bevoegde leden van de regering van het Verenigd Koninkrijk gevolg geven aan hun bekend gemaakte intentie om de richtlijn uit te voeren door middel van „regulations” op grond van section 2, lid 2, van de European Communities Act 1972. Of zij dit door middel van afgeleide wetgeving mogen doen, is kennelijk afhankelijk van de geldigheid van de richtlijn.<sup>47</sup> Daarom betreft de geldigheid van de richtlijn rechtstreeks en incidenteel een kwestie van constitutioneel recht van het Verenigd Koninkrijk, namelijk de bevoegdheid van verweerders in het hoofdgeding om de beoogde „regulations” aan te nemen. Er is dan ook geen reden om de ontvankelijkheid van het door de nationale rechter ingediende verzoek om de door de Raad, het Parlement en Frankrijk voorgestelde reden aan te vechten.

#### IV — Bij het Hof ingediende opmerkingen

34. In beide zaken hebben het Europees Parlement, de Raad van de Europese Unie, de Bondsrepubliek Duitsland, de Franse Republiek, de Republiek Finland, het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en

Noord-Ierland en de Commissie van de Europese Gemeenschappen opmerkingen ingediend bij het Hof. In de zaak Imperial Tobacco zijn ook opmerkingen ingediend door Imperial Tobacco Ltd en de andere verzoekers in het hoofdgeding en door de Italiaanse Republiek. Een gemeenschappelijk terechtzitting voor beide zaken vond plaats op 12 april 2000, waarbij alle indieners van schriftelijke opmerkingen vertegenwoordigd waren.

35. In onderstaande samenvatting van de argumenten worden Duitsland en de verzoekers in het hoofdgeding gezamenlijk als „verzoekers” aangeduid. De gemeenschapsinstellingen en de andere lidstaten die in hun schriftelijke opmerkingen de geldigheid van de reclamerichtlijn hebben verdedigd, noem ik samen „verweerders”. Voor zover noodzakelijk zal ik de gedetailleerde feitelijke en interpretatieve argumenten van beide zijden en de door hen aangehaalde rechtspraak en ander materiaal in mijn analyse opnemen. In de volgende samenvatting geef ik de door verzoekers aangevoerde grieven weer in de volgorde waarin zij in mijn analyse worden behandeld.

##### i) *Rechtsgrondslag en bevoegdheid*

36. Verzoekers betogen dat de Gemeenschap niet bevoegd was om de richtlijn vast

<sup>47</sup> — Zie de beschikking van Lord Woolf MR in de Court of Appeal over het verzoek om de regering van het Verenigd Koninkrijk in kort geding te verbieden de richtlijn om te zetten vóór de uitspraak van het Hof in zaak C-376/98: R v Secretary of State for Health e.a., ex parte Imperial Tobacco Ltd e.a., [2000] 1 All ER 572, blz. 575 e.v.

te stellen, en zeker niet op grond van de verdragsbepalingen waarop de wetgever zich heeft gebaseerd. Volgens Duitsland heeft de gemeenschapswetgever met de vaststelling van de richtlijn zijn bevoegdheid misbruikt. Een ander oordeel zou het in artikel 3 B EG-Verdrag (thans artikel 5 EG) gestelde beginsel van de toegewezen bevoegdheden miskennen. Dit middel bestaat uit twee veelomvattende, onderling samenhangende elementen, waarbij de geleverde bewijzen ook relevant zijn voor de middelen ontleend aan schending van het evenredigheids- en het subsidiariteitsbeginsel, fundamentele rechten en artikel 30 van het Verdrag.

37. Het eerste argument luidt, dat de richtlijn in werkelijkheid een maatregel ter bescherming van de volksgezondheid is, waarvan de eventuele gevolgen voor de interne markt louter bijkomstig zijn ten opzichte van het — uit de inhoud blijken — hoofddoel om het roken te verminderen. De volksgezondheid was de voornaamste drijfveer voor de gemeenschapsinitiatieven inzake reclame voor tabaksproducten nadat het programma „Europa tegen kanker” in 1985 van start was gegaan. Dat de bescherming van de volksgezondheid het voornaamste doel van de richtlijn is, blijkt uit de huidige en uit de vóór de vaststelling van de richtlijn geschrapte overwegingen, uit het feit dat bij de invoeringsprocedure de voor de volksgezondheid bevoegde ministers, leden van de Commissie en ambtenaren betrokken waren, en uit verscheidene verklaringen van de verantwoordelijke politici. Rechterlijke toetsing blijft niet beperkt tot de verklaring van de doelstellingen in de considerans van een maatregel, omdat daarmee kan worden gemanipuleerd. Aan-

gezien artikel 129 van het Verdrag harmonisatiemaatregelen uitdrukkelijk van de beoogde maatregelen uitsluit, was de Gemeenschap niet bevoegd om bij de vaststelling van de richtlijn een rechtsgrondslag te hanteren die voor de werkelijke doelstelling en inhoud ervan slechts bijkomstig was.

38. Het tweede argument is, dat de richtlijn in ieder geval om een aantal redenen geen geldige internemarktmaatregel is. In de eerste plaats bestond er geen aanmerkelijke (of helemaal geen) grensoverschrijdende handel in de betrokken reclamediens- of -media, die vooral de handel binnen de afzonderlijke lidstaten betreffen, zodat verschillen in nationale wetgevingen slechts een verwaarloosbare potentiële belemmering van zulke handel vormden en geen noemenswaardige verstoring van de mededinging met zich meebrachten. Er is bijvoorbeeld in de Gemeenschap geen enkele krant of tijdschrift waarvan meer dan 5% van de oplage buiten de lidstaat van oorsprong wordt verkocht, en voor geen enkele daarvan gelden beperkingen omdat er tabaksreclame in voorkomt. Eventuele belemmeringen hadden kunnen worden opgeheven door een vrij handelsverkeer in kranten te eisen, ongeacht de erin opgenomen reclame. In de tweede plaats leidt de richtlijn in feite tot een totaal verbod op reclame voor tabaksproducten — ongeveer 98% van deze reclame in waarde, met inbegrip van het verbod met louter binnenlandse gevolgen — en vormt deze daarmee een belemmering van het vrije verkeer van reclame-gerelateerde goederen en diensten.

Bovendien vormt reclame voor tabaksproducten slechts een zeer klein gedeelte van alle reclame; aangezien de smaak van het publiek van land tot land zeer verschilt, variëren ook reclamestrategieën per land, en is er op dit gebied geen grensoverschrijdend goederen- of dienstenverkeer. Er bestaan in de Gemeenschap dan ook vrijwel geen werkelijk internationale tabaksmerken.

media in de Gemeenschap en die uit derde landen. Bovendien verstoort de richtlijn de mededinging in een aparte, op zichzelf staande markt tussen niet-tabaksproducten — kleding, toiletartikelen, enzovoort — van aan tabak gerelateerde merken (diversificatieproducten) en die van overige merken.

39. Hoewel beperkingen of verboden van bepaalde producten of diensten als deel van een algemene regeling voor de opening van de markt noodzakelijk kunnen zijn, is de volledige beperking van een economische activiteit niet verenigbaar met de totstandkoming van het vrije verkeer van goederen en diensten. Dat leidt in casu tot uitschakeling van de mededinging. Het verbod wordt niet door voordelen in andere reclamesectoren gecompenseerd; de richtlijn staat de lidstaten zelfs uitdrukkelijk toe, de onbeduidende uitzonderingen op het reclameverbod te beperken in het belang van de volksgezondheid, zodat de gepretendeerde gelijke concurrentievoorwaarden niettemin kunnen worden verstoord.

41. Wat het principe betreft, merken verzoekers op dat artikel 100 A kan worden misbruikt om gepretendeerde verstoringen van de mededinging tegen te gaan. De toepassing ervan moet volgens hen dan ook worden beperkt tot gebieden waarvoor de Gemeenschap ook inhoudelijk bevoegd is. Gezien de beperkte reikwijdte van de rechterlijke toetsing zou de verdeling van bevoegdheden tussen de Gemeenschap en de lidstaten anders door middel van een stemming in de Raad bij gekwalificeerde meerderheid kunnen worden ondermijnd.

40. De reclamerichtlijn verstoort ook in zoverre de mededinging en draagt bij tot verdeling van de markt, doordat zij de toegang van nieuwe tabaksmerken — gewoonlijk door middel van reclame — vrijwel onmogelijk maakt. De richtlijn heeft niet de pretentie, bij te dragen aan het vrije handelsverkeer in tabaksproducten. Zij verstoort ook de mededinging tussen de

42. Verweerders betogen dat er met betrekking tot de reclame voor tabaksproducten enige grensoverschrijdende handel plaatsvindt, zowel in diensten — multinationale ondernemingen geven bijvoorbeeld opdrachten voor uniforme merken, logo's, beelden, slagzinnen en thema's voor tabaksproducten — als in goederen, via de handel in goederen die als drager of medium voor reclame dienen, zoals kranten, affiches en reclamefilms voor bioscopen. In zekere mate is er dan ook sprake van internationale productmerken en worden

er grensoverschrijdende reclamecampagnes gevoerd. Het is dan ook niet mogelijk het verbod te kwantificeren (bijvoorbeeld op 98 %), alleen op basis van de reclame-activiteiten die vroeger waren toegestaan in een relatief liberale lidstaat als Duitsland. Sterk uiteenlopende beperkingen van tabaksreclame in de verschillende lidstaten, gaande van een totaal verbod in Finland, Italië en Portugal tot relatief liberale regelingen in lidstaten als Duitsland, belemmerden zowel de verrichting van reclamediensten als het vrije verkeer van goederen. Een aantal verweerders stellen ook, dat deze verschillen in regelgeving het vrije verkeer van en de mededinging tussen de tabaksproducten zelf verstoorden.

ring mogelijk. Bovendien was uitgebreide regulering noodzakelijk ter voorkoming van ontduiking (en verstoring van de mededinging) doordat meer reclame zou worden gemaakt of meer zou worden gesponsord via media die buiten de richtlijn vallen, hoewel bij sommige ervan geen sprake was van noemenswaardig grensoverschrijdend verkeer. Zelfs zuiver plaatselijke media kunnen diensten verrichten voor buitenlandse reclamebureaus of tabaksproducenten. Er zijn talloze gevallen van wetgeving die reclame voor bepaalde goederen of diensten volledig verbieden of bepaalde vormen van reclame strikt reguleren. Toch leidde de maatregel niet tot een totaal verbod op reclame voor tabaksproducten, zowel door de uitzonderingen in artikel 5 als door de aan de lidstaten geboden mogelijkheid om reclame voor diversificatieproducten niet te verbieden.

43. Het noodzakelijke antwoord op deze belemmeringen en de daarmee samenhangende verstoring van de mededinging was de onderlinge aanpassing van de betrokken nationale maatregelen. Hierbij werd voor de gezondheid een hoog beschermingsniveau gekozen, zowel omdat aldus het bestaande, kennelijk evenredige maar zelfs striktere reguleringsniveau in sommige lidstaten in aanmerking werd genomen, als omdat artikel 100 A, lid 3, en meer in het algemeen artikel 129, lid 1, derde alinea, dit vereisen. Deze twee doelen vulden elkaar aan; de gezondheidsdoelstelling was niet in strijd met de internemarkt-doelstelling, die volstond om de genoemde rechtsgrondslagen te rechtvaardigen. Artikel 100 A van het Verdrag schrijft geen ongecontroleerde liberalisering van nationale regels voor. Die bepaling maakt ook regulering van de markt zonder liberalise-

44. Aldus zouden gelijke kansen zijn geschapen voor de resterende, toegestane vormen van reclame, waardoor de aanbieders van reclamediensten en de producenten en verspreiders van reclamemedia vrijelijk zouden kunnen concurreren op basis van gemeenschappelijke regels. Er bestaat geen regel over hoe groot het voordeel voor de interne markt of de vroegere handelsbelemmeringen moeten zijn voordat harmonisatiemaatregelen kunnen worden genomen. Kortom, voor internemarktmaatregelen geldt geen „de minimis”-criterium. Dat is alleen relevant voor de evenredigheidskwestie. Een dergelijke harmonisatie is ook mogelijk als antwoord op mogelijke bedreigingen, zelfs indien er geen merkbare

bepanking van de handel of verstoring van de mededinging dreigt te ontstaan. De beperking van de toegang tot bepaalde reclamemedia vormt geen belemmering voor de introductie van nieuwe tabaksmerken op de markt. De vraag of er verstoringen van de mededinging merkbaar zijn, is alleen relevant voor artikel 100 van het Verdrag.

45. De richtlijn is duidelijk meer een intermarktmaatregel dan een maatregel die vooral op de volksgezondheid ziet, zodat de artikelen 57, lid 2, en 66 (betreffende diensten) en 100 A van het Verdrag de juiste rechtsgrondslag vormen. Dit volgt uit het doel en de inhoud ervan, zoals objectief uit de overwegingen en de bepalingen blijkt. Dit kan niet worden weerlegd door louter subjectieve bewijzen betreffende de overtuiging van de wetgevers die wordt afgeleid uit de voorbereidende werkzaamheden, die slechts deel uitmaken van de context van de richtlijn. Factoren zoals de samenstelling van de Raad of de algemene opdracht voor werkgroepen zijn irrelevant. Daarom kan niet worden gesteld dat het zwaartepunt van de richtlijn elders ligt dan bij het bereiken van de interne markt, of dat de bepalingen ervan slechts een bijkomstige of aanvullende rol vervullen bij de totstandkoming en het functioneren ervan. De uitsluiting van harmonisatiemaatregelen in artikel 129, lid 4, van het Verdrag heeft geen invloed op de werkingssfeer van artikel 100 A, waarvoor alleen de in artikel 100 A, lid 2, uitdrukkelijk bepaalde limieten gelden.

## ii) *Subsidiariteit*

46. Verzoekers stellen dat indien de Gemeenschap bevoegd is om op de ingeroepen rechtsgrondslagen te handelen, quod non, zij deze bevoegdheid met de lidstaten deelt. De wetgever heeft de in 1992 door de Europese Raad in Edinburgh geformuleerde richtsnoeren inzake subsidiariteit<sup>48</sup> en het interinstitutionele akkoord van 1993 tussen de Raad, het Parlement en de Commissie over de procedures voor de tenuitvoerlegging van het subsidiariteitsbeginsel<sup>49</sup> niet in acht genomen. Met name heeft hij in de considerans van de richtlijn niet naar het subsidiariteitsbeginsel verwezen. Ook zijn er geen kwalitatieve of kwantitatieve bewijzen voor de noodzaak van gemeenschapsmaatregelen geleverd. Bij het ontbreken van een belangrijk grensoverschrijdend element en gezien de substantiële nationale verschillen, moet de regulering van reclame een aangelegenheid van de lidstaten blijven. Indien het subsidiariteitsbeginsel niet op maatregelen op basis van artikel 100 A van het Verdrag van toepassing zou zijn, zou het vrijwel geen betekenis hebben.

47. Het voornaamste argument van verweerders is dat de door de artikelen 57, lid 2, en 100 A van het Verdrag aan de Gemeenschap verleende bevoegdheid voor de coördinatie en de onderlinge aanpassing van wetten per definitie een uitsluitende bevoegdheid is, zodat het subsidiariteitsbeginsel automatisch niet van toepassing is.

48 — Bull. EG, 12/92, blz. 9.

49 — Bull. EG, 10/93, blz. 129.

Indien het beginsel van toepassing zou zijn, zouden de lidstaten de doelstellingen van de richtlijn — het wegnemen van verstoringen van de mededinging en belemmeringen van de grensoverschrijdende handel in media en reclamediensdiensten — vanzelfsprekend niet kunnen verwezenlijken, zodat optreden van de Gemeenschap noodzakelijk zou zijn. De wetgever heeft de noodzaak van een gemeenschapsmaatregel als antwoord op de uiteenlopende nationale voorschriften duidelijk gezien en gemotiveerd. Bovendien geeft de richtlijn de lidstaten op veel gebieden een aanzienlijke speelruimte.

producten. Beweringen dat een volledig verbod het tabaksverbruik zou terugdringen, zijn verworpen door de Canadese Supreme Court en worden weerlegd door overtuigende bewijzen die in de zaak Imperial Tobacco aan de nationale rechter zijn voorgelegd. Er zijn andere, minder beperkende en werkzaamere middelen mogelijk voor het bereiken van dit doel, zoals informatiecampagnes en rookverboden. Geharmoniseerde voorschriften betreffende het vrije handelsverkeer in kranten en andere publicaties, of zelfs het onleesbaar maken van tabaksreclame in publicaties die grensoverschrijdend worden verhandeld, zouden de handel minder hebben belemmerd.

### iii) *Evenredigheid*

48. Met betrekking tot het gestelde doel van de richtlijn om de interne markt te dienen, betogen verzoekers dat de gevolgen van een vrijwel volledig verbod om de bovenvermelde redenen minimaal of contraproductief zijn. De speculatieve beoordeling van de markt in de considerans biedt niet het noodzakelijke bewijs van evenredigheid. Aangezien de richtlijn de handel vermindert zonder werkelijke belemmeringen of verstoringen weg te nemen, is deze noodzakelijk noch passend. De wetgever is er ten onrechte van uitgegaan dat de richtlijn tot een verlaging van het tabaksverbruik zou leiden, aangezien reclame is bedoeld om het marktaandeel van een merk te vergroten, en niet om het aantal rokers te verhogen. Ondanks een verzoek van de Raad is er geen gespecialiseerde studie verricht naar de waarschijnlijke gevolgen van een reclameverbod, met inbegrip van een verbod op reclame voor diversificatie-

49. Verweerders antwoorden hierop, dat de wetgever een ruime beoordelingsbevoegdheid heeft. Zijn keuze op wetgevingsgebied wordt niet getoetst, tenzij er een kennelijke vergissing is gemaakt of er nadelen ontstaan die volstrekt onevenredig zijn met de voordelen van een maatregel. Om te bepalen of de richtlijn evenredig is, moet zowel het hoofddoel betreffende de interne markt als het aanvullende doel betreffende de volksgezondheid in aanmerking worden genomen. Gezien het belang van beide doelstellingen en het niveau van de bestaande nationale beperkingen, heeft de gemeenschapswetgever een passend evenwicht tussen algemene en private belangen gevonden. Alle marktdeelnemers hebben nu gelijke kansen. Dat het publiek minder over bijvoorbeeld sigaretten met een laag teergehalte wordt geïnformeerd, wordt gecompenseerd door een te verwachten vermindering van het totale verbruik. Bovendien is het in het licht van de door de Raad, het Verenigd Koninkrijk en Frankrijk genoemde studies niet aannemelijk dat de

richtlijn deze werking niet zou hebben, aangezien reclame tot doel heeft, de consumptie te bevorderen. Verweerders beweren bovendien dat het verbod (in tegenstelling tot het verbod dat in Canada onwettig is verklaard) niet totaal is, en in sommige lidstaten tot een zekere liberalisering leidt. Ook wijzen zij op de lange overgangperiodes in bepaalde gevallen, op de mogelijkheid om met betrekking tot sommige diversificatieproducten af te zien van een verbod en op het feit dat slechts één aspect van de uitoefening van het merkenrecht wordt beperkt.

is, kan zij niet leiden tot andere resultaten dan die welke uit de beoordeling van de bevoegdheid op grond van artikel 100 A van het Verdrag en van de evenredigheid van de aldus vastgestelde maatregel voortkomen. De richtlijn neemt daadwerkelijk handelsbelemmeringen weg en garandeert tegelijkertijd een hoog niveau van gezondheidsbescherming.

iv) *Schending van artikel 30*

50. Duitsland stelt dat de gemeenschapswetgever zelfs bij de vaststelling van harmonisatiemaatregelen aan artikel 30 van het Verdrag is gebonden. De richtlijn verhindert in feite iedere grensoverschrijdende handel in reclamemedia, hetgeen een onevenredige beperking is waarvan de noodzaak niet wetenschappelijk is bewezen en waarvoor minder beperkende alternatieven bestonden.

51. Verweerders betogen dat artikel 30 van het Verdrag alleen van toepassing is bij het ontbreken van harmonisatiemaatregelen. Zelfs indien die bepaling van toepassing

v) *Het recht op eigendom en het recht om een economische activiteit te ontplooien*

52. Verzoekers verwijzen naar artikel 222 EG-Verdrag (thans artikel 295 EG) en naar artikel 1 van het Eerste Protocol bij het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens. Artikel 3, lid 1, van de richtlijn ontnemt tabaksondernemingen, reclamebureaus en mediabedrijven bestaande contractuele rechten. De opgelegde beperkingen op het gebruik van merken raken de kern daarvan en vormen, in strijd met artikel 20 van de Overeenkomst inzake de handelsaspecten van de intellectuele eigendom (TRIPS) van 15 april 1994 en met de genoemde fundamentele rechten, een onteigening die door artikel 3, lid 2, van de richtlijn slechts gedeeltelijk wordt afgezwakt. Ondernemingen die diversificatieproducten verkopen, zullen aanzienlijke verliezen lijden. Deze beperkingen zijn onevenredig en daarom onrechtmatig.

53. Volgens verweerders is artikel 222 van het Verdrag irrelevant, aangezien de richt-

lijn de regeling van het eigendomsrecht in de lidstaten ongemoeid laat. De ingeroepen rechten zijn niet absoluut en kunnen in het algemeen belang worden onderworpen aan evenredige beperkingen die het wezen van de rechten niet aantasten. De reglementering van het gebruik van merken is geen onteigening, aangezien deze voor de tabaksproducten zelf en in de toegestane vormen van reclame kunnen blijven worden gebruikt. Winstderving is bovendien geen aantasting van het eigendomsrecht of van het recht om een economische activiteit te ontplooiën.

lijke beperkingen tot een vermindering van het tabaksverbruik zullen leiden. De daaruit voortvloeiende prijsmededinging tussen producenten zal integendeel waarschijnlijk tot een hoger verbruik leiden. Het Hof van Justitie behoeft de gemeenschapswetgever in dat opzicht geen ruime beoordelingsbevoegdheid toe te kennen. De opgelegde beperking is dan ook onevenredig. Een totaal verbod op reclame is een bijzonder ernstige inmenging in de vrijheid van meningsuiting en in de keuzemogelijkheden van anderen. Die slotsom wordt gesteund door Canadese, Amerikaanse en Oostenrijkse rechtspraak.

#### vi) *Vrijheid van meningsuiting*

54. Verzoekers beroepen zich in het bijzonder op artikel 10 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens, dat ook bescherming inhoudt van commerciële mededelingen, zoals reclame waarbij ondernemingen het publiek nuttige inlichtingen kunnen geven over hun producten, bijvoorbeeld die met een laag teergehalte. Die bescherming wordt in het gemeenschapsrecht erkend. Beperkingen van mededelingen over rechtmatige producten zijn niet aanvaardbaar. Volgens verzoekers is de verwezenlijking van de interne markt geen geoorloofde reden om dit recht te beperken. Een beroep op de voordelen van het verbod voor de volksgezondheid is niet verenigbaar met de rechtsgrondslag van de richtlijn. Verder bestaan er geen overtuigende wetenschappelijke bewijzen voor de stelling dat derge-

55. Daartegenover stellen verweerders, dat grondrechten niet absoluut zijn en moeten worden gezien in het kader van de communautaire rechtsorde, waaronder het verzekeren van fundamentele economische vrijheden. Artikel 10, lid 2, EVRM staat beperkingen toe in het belang van de volksgezondheid, een rechtmatig doel dat de richtlijn tegelijkertijd met dat betreffende de interne markt nastreeft. Tabaksreclame moedigt het roken aan, wat belangrijke gezondheidsrisico's meebrengt. Uitgebreide beperkingen op commerciële mededelingen voor dergelijke producten zijn dus evenredig, in het bijzonder wanneer de informatieve waarde ervan te verwaarlozen is. Voor de sponsoring van kunst en sport is een lange overgangperiode toegestaan, opdat andere financieringsbronnen kunnen worden gevonden.



vii) *Motivering*

56. Verzoekers stellen dat de motivering van de richtlijn, in strijd met artikel 190 EG-Verdrag (thans artikel 253 EG), in een aantal opzichten gebreken vertoont. De considerans verwijst noch naar grensoverschrijdende aspecten van tabaksreclame en sponsoring, noch naar specifieke handelsbelemmeringen of verstoringen van de mededinging die de invoering van een harmonisatiemaatregel op het gebied van tabaksreclame zouden kunnen rechtvaardigen, en geeft niet aan waarom reclamebeperkingen moesten worden uitgebreid tot alle media en tot sponsoring, gratis uitreikingen, reclame voor diversificatieproducten en aspecten van de profilering van tabaksmerken. Bovendien blijkt uit de considerans niet duidelijk dat bescherming van de volksgezondheid de echte reden voor de vaststelling van de richtlijn was. Evenmin wordt daarin vermeld, op welke wijze de richtlijn de gezondheidsbescherming verbetert. Verder ontbreekt iedere verwijzing naar het evenredigheids- en het subsidiariteitsbeginsel.

57. Verweerders antwoorden hierop, dat de considerans de belangrijkste bestanddelen van de motivering van de wetgever betreffende de interne markt bevat, die verder wordt uitgewerkt bij de bespreking van hun — hierboven samengevatte — antwoord op het eerste middel, en betreffende de behoefte aan een hoog niveau van gezondheidsbescherming. Het gemeenschapsrecht vereist niet, dat de considerans van een algemene maatregel technische details bevat. Een aanduiding van de algemene situatie en van de doelstellingen is in zulke

gevallen voldoende. De reikwijdte van de door de richtlijn opgelegde reclamebeperkingen wordt in de considerans gemotiveerd met een verwijzing naar het risico dat een beperktere maatregel omzeild zou kunnen worden en naar de behoefte om onrechtstreekse vormen van reclame te reguleren. Er hoeft niet uitdrukkelijk naar beginselen zoals dat van subsidiariteit te worden verwezen, voor zover de considerans informatie bevat waaruit blijkt dat deze beginselen — voor zover zij van toepassing zijn — in overweging zijn genomen. Algemeen genomen volstaat de motivering om de belanghebbenden en het Hof tot rechterlijke toetsing in staat te stellen.

## V — Analyse

i) *Rechtsgrondslag en bevoegdheid*

## Inleiding

58. In dit punt ga ik in op de twee ruime argumenten van verzoekers dat de reclamerichtlijn niet rechtmatig is vastgesteld op basis van de artikelen 57, lid 2, en 100 A van het Verdrag omdat i) het „zwaartepunt” ervan ligt bij de gezondheidsbescherming en niet bij de interne markt — waarvoor de gevolgen dan ook slechts bijkomstig zijn — ofwel omdat ii) de richtlijn

voornamelijk een verbodsmaatregel is, en daarom in geen geval voldoet aan de in die bepalingen gestelde voorwaarden. In het kort luidt mijn analyse als volgt. De bevoegdheid op grond van de artikelen 57, lid 2, en 100 A is een functioneel door verwijzing naar de internemarkt doelstellingen gedefinieerde, brede horizontale bevoegdheid op gebieden die anders in veel gevallen door de lidstaten worden geregeld. De Gemeenschap moet bij de uitoefening van deze bevoegdheden waar nodig de gezondheidsbescherming in aanmerking nemen. Bij gebreke van een eigen harmonisatiebevoegdheid van de Gemeenschap op het gebied van de gezondheidsbescherming, en aangezien doelstellingen betreffende de gezondheidsbescherming en de interne markt gelijktijdig kunnen worden nagestreefd, kan de vraag of de Gemeenschap binnen haar bevoegdheden heeft gehandeld, niet worden beantwoord met een verwijzing naar het beweerde zwaartepunt van deze twee onvergelykbare doelen. De bevoegdheidskwestie moet daarentegen worden opgelost door te beoordelen of de richtlijn verenigbaar is met de objectieve vereisten van de interne markt, waarbij met name de beweerde voordelen van de maatregel voor de interne markt in aanmerking moeten worden genomen. In het geval van de reclamerichtlijn beroept de gemeenschapswetgever zich uitsluitend op voordelen voor de sector van de reclame en sponsoring voor tabaksproducten en voor de in die sector gebruikte media. Aangezien de richtlijn in wezen een totaal verbod op de economische activiteiten in die sector oplegt en geen harmonisatie inhoudt van de nationale voorschriften voor de vrij kleine gebieden waar reclame voor tabaksproducten niet verboden is, kan niet worden beweerd dat de richtlijn in de betrokken sector het vrije verkeer van goederen of de vrijheid van dienstverrichting begunstigt of verstoringen van de mededinging wegneemt. Gezien de eisen die aan de door de

wetgever gebruikte rechtsgrondslag worden gesteld, is de richtlijn dan ook ongeldig.

#### De aard van de gemeenschapsbevoegdheid

59. Voor het onderzoeken van de in beide gevallen opgeworpen grief dat de gemeenschapswetgever zijn door het Verdrag toegekende bevoegdheden heeft overschreden, en met name dat de reclamerichtlijn niet kan steunen op de aangevoerde rechtsgrondslag, moet ik ingaan op de aard van de gemeenschapsbevoegdheid en op de beginselen die gelden voor de toetsing door het Hof van de uitoefening ervan.

60. Verschillende verdragsbepalingen verlenen de Gemeenschap bevoegdheden om de doelen te bereiken die specifiek zijn voor deze bepalingen, gelezen in het licht van de algemene doelstellingen van de Gemeenschap, en de werkingssfeer van de gemeenschapsbevoegdheid moet dan ook aan de hand van de draagwijdte van die doelstellingen worden bepaald. Zo wordt in artikel 3 B, eerste alinea, van het Verdrag bepaald: „De Gemeenschap handelt binnen de grenzen van de haar door dit Verdrag verleende bevoegdheden *en toegewezen doelstellingen*” (mijn cursivering). Uit die bepaling volgt, dat de Gemeenschap „handelt binnen de grenzen van de haar (...)”

verleende bevoegdheden".<sup>50</sup> Het Hof heeft onder andere tot taak te waarborgen dat de Gemeenschap de grenzen van die bevoegdheden eerbiedigt.

onderhavige zaken moet het Hof een meer of minder uitgesproken geschil beslechten over de wetgevende bevoegdheden van de Gemeenschap en de lidstaten.<sup>55</sup>

61. In dat verband heeft het Hof verklaard dat „de keuze van de rechtsgrondslag van een handeling niet alleen mag afhangen van de opvatting van een instelling omtrent het nagestreefde doel”.<sup>51</sup> Het heeft integendeel in een lange reeks arresten benadrukt, dat „in het kader van het stelsel van bevoegdheden van de Gemeenschap (...) de keuze van de rechtsgrondslag van een handeling [moet] berusten op objectieve gegevens die voor rechterlijke toetsing vatbaar zijn. Tot die gegevens behoren met name het doel en de inhoud van de handeling.”<sup>52</sup> Hoewel het Hof deze benaderingswijze gewoonlijk toepast in geschillen over de vraag op basis van welke van twee rechtsgrondslagen een maatregel moet worden vastgesteld, is deze objectieve test ook van toepassing in gevallen waarin artikel 235 van het Verdrag de enige mogelijke alternatieve rechtsgrondslag is.<sup>53</sup> en, naar mijn mening, in de gevallen waarin er kennelijk geen alternatief is.<sup>54</sup> In dergelijke gevallen en in de

62. De bevoegdheid die artikel 100 A, lid 1, van het Verdrag aan de Gemeenschap verleent, is een horizontale bevoegdheid die niet bij voorbaat is beperkt tot een bepaald materieel gedefinieerd onderwerp.<sup>56</sup> Daarentegen is de Gemeenschap bevoegd, maatregelen inzake de onderlinge aanpassing vast te stellen „die de instelling en de werking van de interne markt betreffen”. Aldus wordt de draagwijdte van de bevoegdheid van de Gemeenschap vastgesteld „op basis van een *functioneel* criterium, dat zich horizontaal uitstrekt tot alle maatregelen die de instelling van de ‚interne markt’ tot doel hebben”.<sup>57</sup> Dit „leidt tot gemeenschapswetgeving die zeer uiteenlopende gebieden van nationaal recht raakt”<sup>58</sup>, voor zover dit relevant is voor

50 — Advies 2/94 van 28 maart 1996, Europees Verdrag rechten van de mens (Jurispr. blz. I-1759, punt 23). Zie ook artikel 4, lid 1, EG-Verdrag (thans artikel 7, lid 1, EG) en de eerste grond voor nietigverklaring in artikel 173, tweede alinea, van het Verdrag, namelijk onbevoegdheid.

51 — Arrest van 11 juni 1991, Commissie/Raad (C-300/89, Jurispr. blz. I-2867; hierna: „arrest Titaandioxide”, punt 10). Wat het gebruik van subjectieve overtuigingen als bewijs in de context van onderhavige zaken betreft, zie ook de onderstaande punten 74-77.

52 — Arrest van 13 mei 1997, Duitsland/Parlement en Raad (C-233/94, Jurispr. blz. I-2405; hierna: „arrest Depositogaranties”, punt 12). Zie meest recentelijk arrest van 4 april 2000, Commissie/Raad (C-269/97, Jurispr. blz. I-2257; hierna: „arrest Rundvleesetikettering”, punt 43).

53 — Zie bijvoorbeeld arrest Depositogaranties, reeds aangehaald, punten 10 en 11, onmiddellijk voor de hierboven aangehaalde passage.

54 — Het Hof verklaarde in advies 2/94, Europees Verdrag rechten van de mens (aangehaald in voetnoot 50, punt 30), dat artikel 235 „geen grondslag [kan] zijn voor een uitbreiding van het competentiegebied van de Gemeenschap tot buiten het algemene kader dat gevormd wordt door het geheel van de verdragsbepalingen”; hiervoor zou het Verdrag moeten worden gewijzigd.

55 — De vraag of de richtlijn kon worden vastgesteld op basis van artikel 235 is voor de onderhavige betwistingen van de geldigheid niet relevant, aangezien artikel 235 hoe dan ook slechts kon worden toegepast indien de Gemeenschap niet bevoegd was om de reclamerichtlijn op basis van de artikelen 57, lid 2, 66 en 100 A van het Verdrag vast te stellen; zie advies 2/94, Europees verdrag rechten van de mens (aangehaald in voetnoot 50, punt 29); arrest van 26 maart 1987, Commissie/Raad (45/86, Jurispr. blz. 1493, punt 13).

56 — Zie de bepalingen die de Gemeenschap uiteenlopende bevoegdheden toekennen in inhoudelijk gedefinieerde gebieden zoals landbouw [artikelen 39 (thans artikel 33 EG), 40 (thans, na wijziging, artikel 34 EG), 41 (thans artikel 35 EG), 42 (thans artikel 36 EG) en 43 (thans, na wijziging, artikel 37 EG) EG-Verdrag] en milieubescherming [artikel 130 S EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 175 EG)].

57 — Conclusie van advocaat-generaal Tesouro bij arrest Titaandioxide, aangehaald in voetnoot 51, punt 10.

58 — Zie conclusie van advocaat-generaal Jacobs in de zaak Spanje/Raad (arrest van 13 juli 1995, C-350/93, Jurispr. blz. I-1985; hierna: „arrest Spanje”, punt 26). Spanje verzocht om nietigverklaring van verordening (EEG) nr. 1768/92 van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de invoering van een aanvullend beschermingscertificaat voor geneesmiddelen (PB L 182, blz. 1), die was gebaseerd op artikel 100 A van het Verdrag.

de instelling en de werking van de interne markt.<sup>59</sup> Zo wordt de draagwijdte van de bevoegdheid op grond van artikel 100 A uitsluitend vastgesteld op basis van de aangegeven doelstelling, en niet op die van het materiële onderwerp.

niet onverenigbaar zijn<sup>60</sup>, behoeft hier niet de precieze scheidslijn tussen beide bepalingen te worden getrokken, bijvoorbeeld wat de bevoegdheid betreft om verstoringen van de mededinging tussen dienstverrichters weg te nemen.

63. Ook artikel 57, lid 2, van het Verdrag schept een functionele horizontale bevoegdheid, hoewel deze een meer specifieke of beperkte draagwijdte heeft dan de door artikel 100 A aan de Gemeenschap verleende bevoegdheid: geen van de bevoegdheden van de lidstaten valt bij voorbaat buiten de draagwijdte van de maatregelen tot opheffing van de belemmeringen van de vrijheid van vestiging of dienstverrichting. De artikelen 57, lid 2, en 66 van het Verdrag worden ook als deel van de rechtsgrondslag van de richtlijn genoemd, omdat in de eerste en de tweede overweging van de considerans wordt aangegeven dat de richtlijn gedeeltelijk betrekking heeft op belemmeringen van de vrijheid van dienstverrichting. Aangezien de artikelen 57, lid 2, en 100 A beide betrekking hebben op het bereiken van internemarkt doelstellingen, zij het met een meer of minder specifiek toepassingsgebied, en aangezien de door hen voorgeschreven wetgevingsprocedures

Gemeenschapsbevoegdheid en nationale bevoegdheid: verschillende doelstellingen

64. Het ligt in de aard van bevoegdheden die worden toegekend om in grote lijnen omschreven, functionele doelstellingen te bereiken, dat de uitoefening ervan gelijktijdig aangelegenheden betreft die normaal onder de inhoudelijk bepaalde bevoegdheid van de lidstaten en/of de Gemeenschap vallen. Indien is voldaan aan de voorwaarde dat een aanpassings- of coördinatiemaatregel betrekking heeft op de instelling of de werking van de interne markt of op nationale voorschriften inzake de toegang tot of de uitoefening van activiteiten van dienstverrichters, moeten voor de inhoud ervan — het niveau van de regeling, het soort systeem en dergelijke — in beginsel ook wezenlijke overwegingen als volksgezondheid in aanmerking worden genomen. Bovendien moet de Commissie op

59 — Hierbij zijn twee kanttekeningen te plaatsen: in de eerste plaats sluit artikel 100 A, lid 2, van het Verdrag bepaalde gebieden uitdrukkelijk van de toepassing van lid 1 uit; in de tweede plaats is artikel 100 A, lid 1, van toepassing „tenzij in dit Verdrag anders is bepaald”. Enkele voorbeelden: artikel 57, lid 2, van het Verdrag, waarnaar in artikel 7 A van het Verdrag uitdrukkelijk wordt verwezen; bepalingen over speciale doelstellingen voor een sector, zoals de artikelen 129 B-129 D EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikelen 154 EG-156 EG); meer in het algemeen de gemeenschappelijke landbouwpolitiek op grond van artikel 43 van het Verdrag.

60 — Voor zover het de richtlijn betreft, wordt in beide bepalingen in wezen dezelfde wetgevingsprocedure voorgeschreven. Aan de aanvullende bepaling in artikel 100 A, lid 1, betreffende raadpleging van het Economisch en Sociaal Comité, is in de onderhavige zaak voldaan en van deze bepaling kan niet worden beweerd dat deze het wezen van de in artikel 57, lid 2, beoogde procedure raakt, aangezien de Raad het Comité anders ook had mogen raadplegen; zie arrest Titaandioxide, aangehaald in voetnoot 51, punt 18.

grond van artikel 100 A, lid 3, bij het doen van harmonisatievoorstellen op het gebied van „de volksgezondheid, de veiligheid, de milieubescherming en de consumentenbescherming uitgaan van een hoog beschermingsniveau”. Dit wordt bekrachtigd door het voorschrift in artikel 129, lid 1, derde alinea, dat de „eisen inzake gezondheidsbescherming (...) een bestanddeel van het gemeenschapsbeleid op andere gebieden [vormen].”

65. Zelfs zonder bepalingen zoals de artikelen 100 A, lid 3, en 129, lid 1, derde alinea, zou dit geheel vanzelfsprekend zijn, aangezien de Gemeenschap niet in een beleidsvacuüm handelt. Door het vaststellen van aanpassings- en coördinatiemaatregelen vervangt zij nationale voorschriften, die wellicht de handel beperkten of de mededinging verstoorden, maar waren ingegeven door geheel andere wezenlijke overwegingen zoals volksgezondheid, consumentenbescherming, milieubescherming en dergelijke<sup>61</sup>, door een regeling op gemeenschapsniveau. Aldus treedt de Gemeenschap, door het vaststellen van wettelijke voorschriften, in de plaats van de lidstaten en moet zij rekening houden met nationale beleidsoverwegingen die niet

61 — Dergelijke nationale maatregelen konden om deze redenen zelfs met betrekking tot de artikelen 30 en 59 van het Verdrag worden gerechtvaardigd.

onder de specifieke gemeenschapsbevoegdheid vallen<sup>62</sup> — en vooral met die beleids-overwegingen waarvoor het Verdrag uitdrukkelijk een hoog beschermingsniveau voorschrijft.

66. De onmiskenbare overwegingen inzake volksgezondheid die aan de verschillende oorspronkelijke nationale reclamebeperkingen in sommige lidstaten ten grondslag liggen en het beleid dat de gemeenschaps-wetgever duidelijk om soortgelijke redenen voert<sup>63</sup>, vormen naar mijn mening nog geen reden om te twijfelen aan de bevoegdheid van de Gemeenschap om een interne-marktmaatregel te nemen. Uit dit feit blijkt noch dat de Gemeenschap een uitsluitende bevoegdheid van de lidstaten heeft geschonden, noch dat het doel van de maatregel, onder uitsluiting van alle andere doelen, de bescherming van de volksgezondheid is.<sup>64</sup> Doorslaggevend is de vraag of een maatregel al dan niet de instelling en de werking

62 — Zie inzake de algemene verplichting van de gemeenschaps-wetgever om rekening te houden met de volksgezondheid wanneer hij wettelijke voorschriften uitvaardigt op basis van rechtsgrondslagen zoals de artikelen 43 en 100 van het Verdrag, arrest van 23 februari 1998, Verenigd Koninkrijk/Raad (68/86, Jurispr. 855; hierna: „arrest Hormonen”, punten 12 en 14). Over deze zaak werd uitspraak gedaan *voordat* artikel 129 in het Verdrag werd ingevoegd. Zie ook arrest Depositogaranties, aangehaald in voetnoot 52, punt 17, en arrest Rundvleesetikettering, aangehaald in voetnoot 52, punt 46. Deze uitspraak kan echter niet aldus worden uitgelegd, dat artikel 100 A kan worden gebruikt om maatregelen tot bescherming van de gezondheid te nemen zonder rekening te houden met de hieronder vermelde internemarktcriteria. Zie voor een voorbeeld van rechterlijke toetsing van de inachtneming van een horizontale bepaling betreffende het algemeen belang, namelijk artikel 129A EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 153 EG), het reeds aangehaalde arrest Depositogaranties, punten 46-49.

63 — Zie de derde en de vierde overweging van de considerans van de reclamerichtlijn.

64 — Zie arrest van 29 maart 1990, Griekenland/Raad (C-62/88, Jurispr. blz. I-1527; hierna: „Grieks Tsjernobyl-arrest”, punt 20).

van de interne markt of het bereiken van de vrijheid van dienstverrichting tot doel heeft.<sup>65</sup> Er kan niet vanuit worden gegaan, dat een hoger beschermingsniveau van de volksgezondheid een lager „internemarktgehalte” impliceert. Ieder wezenlijk doel, betreffende volksgezondheid of enig ander gebied van wetgevende activiteiten, dat ook wordt nagestreefd, staat niet zozeer in concurrentie met of ten dienste van het internemarkt doel, maar is eenvoudigweg van een andere orde en kan dus tegelijkertijd of „onlosmakelijk”<sup>66</sup> zo intensief worden nagestreefd als de wetgever wenst (of noodzakelijk acht), mits de operationele doelstellingen van de interne markt door de vastgestelde maatregel worden gediend.

#### Het zwaartepunt van de reclamerichtlijn

67. Verzoekers beweren het tegendeel en hechten veel belang aan artikel 129, lid 4, van het Verdrag. Zij betogen in wezen dat het zwaartepunt van de reclamerichtlijn bij de volksgezondheid en niet bij de interne markt ligt, dat artikel 129 de enige verdragsbepaling is die hierover gaat, en dat artikel 129, lid 4, uitdrukkelijk iedere harmonisatie uitsluit. Artikel 129, lid 4, machtigt de Raad en het Parlement om volgens de medebeslissingsprocedure „stimuleringsmaatregelen” aan te nemen die gericht zijn op de in dat artikel genoemde volksgezond-

heidsdoelstellingen, maar met uitdrukkelijke uitsluiting van „harmonisatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten”.

68. Zoals ik in de voorgaande discussie al heb laten blijken, acht ik het niet juist om de rechtmatigheid van de richtlijn te beoordelen aan de hand van de vraag of het zwaartepunt ervan bij de bescherming van de volksgezondheid of bij internemarkt doelstellingen ligt. Deze benadering is alleen zinvol bij een geschil over de vraag op welke van twee mogelijke rechtsgrondslagen een maatregel had moeten worden vastgesteld.<sup>67</sup> Normaal gesproken, wanneer beide aspecten van een maatregel even belangrijk zijn, moeten beide grondslagen worden gebruikt en de toepasselijke wetgevingsprocedures in acht worden genomen.<sup>68</sup> Alleen indien deze procedures onverenigbaar zijn, is een dubbele rechtsgrondslag onmogelijk en moet uit de twee worden gekozen.<sup>69</sup> Indien anderzijds een maatregel voornamelijk één gebied betreft en slechts bijkomende gevolgen voor andere gebieden heeft, moet alleen de eerste rechtsgrondslag worden gebruikt.<sup>70</sup> In dit verband wordt soms het begrip „zwaartepunt” gebruikt, wanneer wordt bepaald of de gevolgen van een maatregel op een

65 — Zelfs in zaken waarin een aantal „concurrerende” rechtsgrondslagen in aanmerking komt, is het beter de rechterlijke toetsing te beginnen door te onderzoeken, of aan de voorwaarden voor de toepassing van de daadwerkelijk genoemde rechtsgrondslagen is voldaan; zie bijvoorbeeld de opbouw van het Grieks Tsjernobyl-arrest, reeds aangehaald, punten 13-16.

66 — Arrest Titaandioxide, aangehaald in voetnoot 51, punt 13.

67 — De in dergelijke gevallen toepasselijke beginselen zijn door het Hof bondig samengevat in het arrest van 25 februari 1999, Parlement/Raad (C-164/97 en C-165/97, Jurispr. I-1139; hierna: „arrest Bescherming van de bossen”, punt 14).

68 — Arresten van 27 september 1998, Commissie/Raad (165/87, Jurispr. blz. 5545, punten 6-13), en 30 mei 1989, Commissie/Raad (242/87, Jurispr. blz. 1425, punten 33-37).

69 — Arrest Titaandioxide, aangehaald in voetnoot 51, punten 17-21.

70 — Arresten van 4 oktober 1991, Parlement/Raad (C-70/88, Jurispr. blz. 4529; hierna: „arrest Tsjernobyl”), en 26 maart 1996, Parlement/Raad (C-271/94, Jurispr. blz. I-1689, punten 32 en 33).

bepaald gebied louter van bijkomende aard of van geringe betekenis zijn.

volksgezondheid te beoordelen. Ik heb al gepoogd om aan te tonen dat deze doelen elkaar niet uitsluiten, maar dat zij van een andere orde zijn en niet met elkaar concurreren. Of de gevolgen van een maatregel voor de interne markt slechts bijkomstig of ondergeschikt zijn, moet worden bepaald aan de hand van criteria die kenmerkend zijn voor dat doel op grond van het Verdrag, zoals ik hieronder tracht te doen.

69. In de onderhavige zaak gaat het echter niet om een keuze tussen twee mogelijke rechtsgrondslagen. Het is overduidelijk dat artikel 129, lid 4, van het Verdrag geen alternatieve rechtsgrondslag voor de reclamerichtlijn vormt, aangezien het harmonisatiemaatregelen uitsluit. De situatie lijkt juist gedeeltelijk op die in het arrest Titaandioxide<sup>71</sup>: indien, zoals in die zaak, een van de twee rechtsgrondslagen noodzakelijkerwijze moet worden uitgesloten of er, zoals in de onderhavige zaak, geen alternatieve rechtsgrondslag bestaat, is de Gemeenschap op grond van artikel 100 A (en voortbouwend op de redenering van het Hof, op grond van artikel 57, lid 2) bevoegd om maatregelen te nemen die de interne markt en gelijktijdig een ander doel van algemeen belang dienen, of dit nu milieubescherming of volksgezondheid is. De kwestie van de bevoegdheid wordt bevestigend beantwoord indien de internemarkt doelstelling daadwerkelijk wordt gediend; zo onderzocht het Hof in het arrest Titaandioxide de objectieve voorwaarden voor wetgeving op basis van artikel 100 A zonder te letten op het relatieve gewicht van de interne markt en de milieu-aspecten in de opzet van de regeling.<sup>72</sup> Ook de vraag of de gevolgen van een maatregel voor de interne markt slechts bijkomstig zijn, kan in deze omstandigheden niet worden beantwoord door het relatieve belang van dit aspect en dat van de

De werkingssfeer van artikel 129, lid 4, van het Verdrag

70. Verzoekers beroepen zich er ook op dat artikel 129, lid 4, van het Verdrag de werkingssfeer van de handelingen van de Gemeenschap *krachtens artikel 100 A zelf* beperkt. Beiden beroepen zich op een verklaring in de conclusie van advocaat-generaal Jacobs in de zaak Spanje.<sup>73</sup>

71. Hoewel niet wordt betwist dat de richtlijn niet op basis van artikel 129, lid 4, vastgesteld had kunnen worden, zou het verbazend zijn (en in strijd met de rechtszekerheid), indien de opstellers van het Verdrag betreffende de Europese Unie bij het verlenen van nieuwe verdragsbevoegdheden op het gebied van de volksgezondheid, de bestaande bevoegdheid op een ander gebied zo sterk hadden beperkt om de eenvoudige reden dat deze soms

71 — Aangehaald in voetnoot 51, punten 13, 16 en 21-24, met name punt 24.

72 — *Ibidem*, punten 14, 15 en 23.

73 — Aangehaald in voetnoot 58, punt 27.

gevolgen heeft voor de gezondheid.<sup>74</sup> De artikelen 100 A en 129 spreken elkaar in geen enkel opzicht tegen. Zoals we hebben gezien, vullen de artikelen 100 A, lid 3, en 129, lid 1, derde alinea, elkaar in zoverre aan, dat artikel 100 A kan worden gebruikt om maatregelen vast te stellen waarmee een betere bescherming van de gezondheid wordt beoogd. De beperking in artikel 129, lid 4, is niet in strijd met deze bepalingen. Zoals uit de formulering blijkt, betreft de beperking alleen de te nemen „stimuleringsmaatregelen”.

72. Evenmin ben ik van mening, dat advocaat-generaal Jacobs iets anders zei in de passage die zowel door de tabaksondernemingen als door Duitsland is aangehaald. Hij noemde artikel 129, lid 4, en enkele andere bepalingen enkel als voorbeelden van gevallen waarin de wetgevende bevoegdheid van de Gemeenschap wordt uitgesloten, om de tegenstelling aan te geven met bepalingen zonder een dergelijke beperking op het gebied van „octrooirecht of (...) intellectuele-eigendomsrecht in het algemeen.” Hij sprak zich niet uit, ook niet impliciet, over de draagwijdte van die uitsluiting of, meer in het bijzonder, over de vraag of deze beperking van wetgevende bevoegdheid verder reikte dat de eigen specifieke context. In de context van artikel 100 A zou bij een dergelijke uitsluiting eerder zijn gekozen voor een uitbreiding van de lijst in artikel 100 A, lid 2, met de gebieden die *ratione materiae* uitdrukkelijk worden uitgesloten.

74 — Uit het Grieks Tsjernobyl-arrest (aangehaald in voetnoot 64, punten 19 en 20) blijkt bijvoorbeeld duidelijk, dat de invoeging van artikel 130 R EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 174 EG) de bevoegdheden van de Gemeenschap op basis van andere rechtsgrondslagen ongemoeid heeft gelaten; zie ook arrest van 24 november 1993, *Mondiet* (C-405/92, Jurispr. blz. I-6133).

73. Samenvattend beschouw ik artikel 129 van het Verdrag als irrelevant voor de discussie over de rechtsgrondslag die in de onderhavige zaken aan de orde is. Dat verzoekers ernaar verwijzen, komt voort uit een kennelijk onjuiste veronderstelling, namelijk dat de Gemeenschap, indien de beperking in artikel 129, lid 4, niet zou bestaan, bevoegd zou zijn om harmonisatiemaatregelen vast te stellen om „bij te dragen tot de verwezenlijking van de doelstellingen van [artikel 129]”, op basis van *andere* verdragsbepalingen, zoals artikel 100 A, zonder rekening te houden met de specifieke doelen van deze andere rechtsgrondslagen.

#### Ontstaansgeschiedenis van de richtlijn

74. Verzoekers hebben ook uitvoerig verwezen naar de gebeurtenissen die tot de vaststelling van de reclamerichtlijn hebben geleid en waarvan ik in de punten 14 tot en met 20 een groot deel heb samengevat. Het is natuurlijk waar dat het Hof bij gelegenheid de ontstaansgeschiedenis in aanmerking neemt als hulp bij de uitlegging van de gemeenschapswetgeving.<sup>75</sup> Het Hof heeft zelfs de afwijzing door de Raad van een door het Parlement voorgestelde wijziging aangemerkt als bevestiging van de wens van de Raad om het zwaartepunt van de maatregel bij de keuze tussen twee rechts-

75 — Zie bijvoorbeeld arresten van 7 december 1995, *Rockfon* (C-449/93, Jurispr. blz. I-4291), en 28 oktober 1999, *ARD* (C-6/98, Jurispr. blz. I-7599).



grondslagen te handhaven.<sup>76</sup> In het algemeen is een verwijzing naar de context waarin de maatregel is vastgesteld echter irrelevant om de juiste rechtsgrondslag te bepalen.<sup>77</sup>

75. Verzoekers noemen de ontstaansgeschiedenis niet om een onduidelijke bepaling van de reclamerichtlijn uit te leggen, maar om aan te tonen dat deze maatregel in werkelijkheid — zowel wat de inhoud als wat de bedoeling van de opstellers betreft — in de eerste plaats bedoeld is om de volksgezondheid te beschermen door de verkoop van tabaksproducten te beperken, en dat het *daarom* geen echte interne-marktmaatregel is. Uit mijn bovenstaande analyse blijkt echter, dat een wezenlijk kenmerk van iedere internemarktmaatregel is dat deze, geheel legitiem, twee doelen heeft — in de eerste plaats het wegnemen van handelsbelemmeringen of verstoringen van de mededinging en in de tweede plaats (als middel om het eerste te bereiken) de vaststelling van geharmoniseerde gemeenschapsmaatregelen ter vervanging van nationale maatregelen op het betrokken gebied. Afgezien van het feit dat het Verdrag slechts één Raad kent, die eenvoudigweg bestaat uit „een vertegenwoordiger van elke lidstaat op ministerieel niveau die gemachtigd is om de *regering* van de lid-

staat die hij vertegenwoordigt, te binden”<sup>78</sup>, bewijst de omstandigheid dat de onderhandelingen in de Raad, voorafgaand aan de definitieve vaststelling van de richtlijn, door ministers van volksgezondheid zijn gevoerd, niets. Hetzelfde geldt voor de bespreking van het voorstel in een werkgroep van de Raad en in een parlementscmissie voor volksgezondheid. Bovendien is te verwachten dat degenen die zich op politiek niveau met de bevordering of vaststelling van deze maatregelen bezighouden, hun interesse en motivatie meer aan het tweede dan aan het eerste aspect ontlenuen — of er zelfs hoofdzakelijk aan ontlenuen. Zulke prioriteiten zijn zuiver subjectief en het is dan ook niet gepast dat het Hof rekening houdt met verklaringen van politieke vertegenwoordigers tijdens de wetgevingsprocedure.

76. Ook als juridische adviezen zoals dat wat aan de juridische dienst van de Raad wordt toegeschreven, als bewijs konden worden toegelaten<sup>79</sup>, is het voor 's Hof's objectieve juridische beoordeling van de wetgeving irrelevant dat zulke adviezen zijn uitgebracht, dat er op politiek niveau niet op is ingegaan en dat zij kennelijk in strijd zijn met het standpunt van de Raad in de onderhavige zaken. Dit doet er niets aan af, dat het bij de toetsing door het Hof van de bevoegdheid van de Gemeenschap om zulke maatregelen vast te stellen, gaat om

76 — Arrest van 23 februari 1999, Parlement/Raad (C-42/97, Jurispr. blz. I-869, punt 54). Zie ook de bespreking van de voorbereidende werkzaamheden in het arrest van 23 februari 1988, Verenigd Koninkrijk/Raad (131/86, Jurispr. blz. 905, punten 26 en 27); de genoemde documenten bevestigden het gezichtspunt van het Hof betreffende het doel en de passende rechtsgrondslag van de betwiste maatregel, en wellicht zijn zij alleen besproken omdat het Verenigd Koninkrijk zich er op had beroepen ter staving van het tegengestelde standpunt.

77 — Arrest Rundvleesetikettering, aangehaald in voetnoot 52, punt 44.

78 — Artikel 146 EG-Verdrag (thans artikel 203 EG), mijn cursivering; zie ook artikel 4, lid 1, van het Verdrag.

79 — Zulke adviezen genieten weliswaar niet het „legal professional privilege” zoals dat in het arrest van 18 mei 1982, AM & S (155/79, Jurispr. blz. 1575, punt 18), is erkend, maar ik deel het standpunt dat advocaat-generaal Jacobs in zijn conclusie in de zaak Spanje (aangehaald in voetnoot 59, punt 35) heeft geformuleerd, dat een dergelijk advies niet in rechte voor het Hof kan worden ingeroepen, tenzij de betrokken instelling hiervoor toestemming heeft gegeven.

de vraag of het eerstgenoemde doel is bereikt.

77. Wat de ontstaansgeschiedenis in enge zin betreft, hebben verzoekers er nadrukkelijk op gewezen, dat in een zeer laat stadium drie in punt 19 aangehaalde overwegingen in de ontwerp-richtlijn zijn geschrapt, die betrekking hadden op de volksgezondheidsoverwegingen van de gemeenschapswetgever. Werkelijk relevant is echter de vraag of het karakter van de reclamerichtlijn anders was geweest indien deze drie overwegingen gehandhaafd waren. Ik zie niet in hoe dit het geval had kunnen zijn, tenzij het bepalen van het doel van de gemeenschapswetgeving zou worden gereduceerd tot het maken van een rekensom waarbij de verwijzingen naar de verschillende beleidsterreinen in de considerans worden opgeteld. De geschrapte overwegingen waren slechts aanvullende punten betreffende de volksgezondheidsoverwegingen van de wetgever die al duidelijk uit de derde en de vierde overweging van de considerans blijken, en die als zodanig niet onrechtmatig waren.

#### Misbruik van bevoegdheid

78. Ik denk evenmin, dat het door Duitsland aangevoerde middel van misbruik van bevoegdheid door de gemeenschapswetgever, op enige wijze door de ontstaansgeschiedenis van de reclamerichtlijn wordt gesteund. Het Hof heeft misbruik van bevoegdheid in de context van wetgevende bevoegdheid gedefinieerd als „de vaststelling, door een gemeenschapsinstelling, van een handeling met het uitsluitende, althans

doorslaggevende oogmerk, andere doeleinden te bereiken dan de instelling zegt na te streven, dan wel te ontkomen aan de toepassing van een procedure die het Verdrag speciaal heeft voorzien om aan zekere omstandigheden het hoofd te bieden”.<sup>80</sup> Zoals gezegd, schrijft het Verdrag voor harmonisatievoorschriften op het gebied van de bescherming van de volksgezondheid *ratione materiae* geen specifieke procedure voor; artikel 129, lid 4, sluit een dergelijke bevoegdheid juist nadrukkelijk uit, zodat er geen sprake kan zijn van misbruik van bevoegdheid op de als tweede genoemde grond.

79. Wat de eerste mogelijke grond voor de vaststelling van misbruik van bevoegdheid betreft, is er in de derde en de vierde overweging van de considerans van de richtlijn duidelijk gewezen op het parallelle doel van gezondheidsbescherming, en zoals ik reeds opmerkte, doet de weglating van andere overwegingen van die strekking uit het richtlijnontwerp niets af aan het feit dat het nastreven van een dergelijk doel niet onrechtmatig is in het kader van maatregelen die op basis van de artikelen 57, lid 2, en 100 A van het Verdrag zijn vastgesteld. Verder wijs ik erop, dat het streven naar bescherming van de gezondheid en naar internemarkt doelstellingen niet tegenstrijdig is, en dat het laatstgenoemde streven desgevallend met het eerstgenoemde moet worden gecombineerd. Dat de politieke vertegenwoordigers interesse toonden voor de gunstige gevolgen van de reclamerichtlijn voor de gezondheid is, zoals ik reeds opmerkte, geenszins verbazingwekkend en, voeg ik hier nu aan toe, evenmin ongepast. Zelfs hun geringe aandacht voor

<sup>80</sup> — Arrest van 12 november 1996, Verenigd Koninkrijk/Raad (C-84/94, Jurispr. blz. I-5755; hierna: „arrest Arbeidstijd”, punt 69).

de beweerde voordelen voor de interne markt wijst er niet op dat deze in feite niet waren voorzien of beoogd. Duitsland heeft geen positief bewijs van het tegendeel geleverd. Ook uit de andere aan het Hof voorgelegde stukken komt geen bewijs van misbruik van bevoegdheid naar voren. Het door Duitsland ingeroepen middel van misbruik van bevoegdheid moet dan ook worden verworpen. De vraag of de door de gemeenschapswetgever ingeroepen interne-marktdoelstellingen door de richtlijn daadwerkelijk worden bereikt, is een objectieve vraag die de bevoegdheid betreft. Een ontkennend antwoord op deze vraag volstaat naar mijn mening niet om te concluderen dat er sprake is van misbruik van bevoegdheid door de wetgever.

80. De werkelijke kwestie in de onderhavige zaken is dan ook niet of bescherming van de gezondheid een belangrijke plaats innam in de motivering van degenen die zich voor de vaststelling ervan hebben beijverd, maar of de *interne markt* op zichzelf een verdedigbare rechtsgrondslag voor de richtlijn is. Bij gebrek aan een alternatieve rechtsgrondslag zal ik mij in de rest van mijn analyse van de bevoegdheid van de Gemeenschap in de eerste plaats toelagen op de vaststelling van de objectieve voorwaarden voor een beroep op de artikelen 57, lid 2, en 100 A van het Verdrag en in de tweede plaats op de vraag of de reclamerichtlijn aan deze voorwaarden voldoet. Vooraf moet het argument van Duitsland betreffende het belang van de toepasselijke stemprocedure van de Raad voor de vaststelling van de voorwaarden voor de uitoefening van de bevoegdheid van de Gemeenschap, kort worden onderzocht en worden afgewezen.

Het belang van de stemprocedure van de Raad

81. Duitsland heeft met name ter terechtzitting veel nadruk gelegd op het feit dat artikel 100 A een stemming met gekwalificeerde meerderheid voorschrijft en heeft betoogd dat een dergelijke horizontale bevoegdheid dan ook kon worden misbruikt om bevoegdheidsgebieden van lidstaten te schenden. Dit is niet relevant voor de bepaling van de eventuele juiste rechtsgrondslag voor een gemeenschapsmaatregel, die aan dezelfde objectieve beginselen moet voldoen, onafhankelijk van de te volgen wetgevingsprocedure. Zoals ik reeds heb aangegeven, moet de Gemeenschap in ieder geval handelen binnen de grenzen van haar bevoegdheden, ook indien de Raad bij eenstemmigheid een maatregel vaststelt op basis van de algemene termen van artikel 235 van het Verdrag.<sup>81</sup> Aanvullende overwegingen over de soevereiniteit van de lidstaten zijn voor de analyse van die bevoegdheden niet van belang.<sup>82</sup> In het arrest Titaandioxide verkoos het Hof artikel 100 A boven artikel 130 S als rechtsgrondslag, hoewel de eerstgenoemde een stemming bij gekwalificeerde meerderheid in de Raad voorschreef en de tweede eenstemmigheid.<sup>83</sup> In het licht van mijn onderzoek van het horizontale karakter van artikel 100 A kan moeilijk worden aangenomen dat aan de cruciale bevoegdheid van de Gemeenschap voor de instelling en de werking van de interne markt bij voorbaat grenzen moeten worden gesteld *die verder reiken dan die welke inherent zijn aan die doelstelling*, alleen omdat er bij gekwalificeerde meerderheid over moet worden gestemd. Per slot van rekening is dit

81 — Advies 2/94, Europees Verdrag rechten van de mens, aangehaald in voetnoot 50, punt 30.

82 — Zie punt 37 van de conclusie van advocaat-generaal Jacobs in de zaak Spanje, aangehaald in voetnoot 58.

83 — Aangehaald in voetnoot 51, punten 18 en 19.

mechanisme door de Europese Akte juist ingevoerd om de integratie van de markt niet afhankelijk te maken van het veto van individuele lidstaten.<sup>84</sup> De beste met het Verdrag verenigbare bescherming van de belangen van lidstaten tegen misbruik of bevoegdheidsoverschrijding door de Gemeenschap is een rechterlijke toetsing door het Hof, of de gemeenschapswetgever aan de objectieve voorschriften van artikel 100 A of eventueel van artikel 57, lid 2, voldoet. Zoals ik in het voorgaande punt al zei, moeten hiervoor in de eerste plaats de voorwaarden voor de toepasselijkheid van deze bepalingen worden vastgesteld.

- (...)
- g) een regime waardoor wordt verzekerd dat de mededinging binnen de interne markt niet wordt vervalst;
  - h) het nader tot elkaar brengen van de nationale wetgevingen in de mate waarin dat voor de werking van de gemeenschappelijke markt noodzakelijk is”.

#### De interne markt

Artikel 7 A, lid 2, van het Verdrag luidt als volgt:

82. Volgens artikel 3 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 3 EG) omvat het optreden van de Gemeenschap op grond van het Verdrag:

„De interne markt omvat een ruimte zonder binnengrenzen waarin het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal is gewaarborgd volgens de bepalingen van dit Verdrag.”

„c) een interne markt, gekenmerkt door de afschaffing tussen de lidstaten van hinderpalen voor het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal;

83. Uit deze bepalingen blijkt duidelijk, dat de interne markt geen waarde vrij synoniem voor een algemene economische regulering is. Dit is van bijzondere betekenis omdat de Raad betoogt dat het streven naar interne markt doelstellingen niet noodzakelijkerwijze een liberalisering behoeft in te houden, maar ook louter regulerend kan zijn. Ik zal hieronder uitleggen, waarom de interne markt niet eenvoudigweg in termen van liberalisering en deregulering kan worden gedefinieerd. Niettemin kan de toeken-

<sup>84</sup> — Zie de opmerkingen in de conclusie van advocaat-generaal Tesouro bij het arrest Titaandioxide (aangehaald in voetnoot 51, punt 13). Aan mijn bovenstaande opmerkingen wens ik echter toe te voegen, dat de mogelijkheid van een stemming bij gekwalificeerde meerderheid in de Raad uit hoofde van artikel 100 A van het Verdrag op zichzelf geen reden is om deze bepaling ruimer uit te leggen dan gewoonlijk het geval zou zijn.

ning van bevoegdheid om de instelling en de werking ervan te verwezenlijken, zowel op grond van artikel 100 A als van specifieke bepalingen zoals artikel 57, lid 2, naar mijn mening niet worden gelijkgesteld met het scheppen van een algemene regelgevende bevoegdheid van de Gemeenschap. Deze bevoegdheden worden verleend hetzij om de uitoefening van de vier vrijheden te vergemakkelijken, hetzij om de concurrentievoorwaarden onderling aan te passen.

Tesauro merkte op, dat de betwiste maatregel „niet het vrije verkeer van afvalstoffen, maar juist de beperking van het vervoer van afvalstoffen binnen de Gemeenschap beoogt zeker te stellen”.<sup>89</sup> In dezelfde zin betrof het arrest Afvalstoffen II een verordening<sup>90</sup> die het Hof aldus uitlegde dat zij een geharmoniseerd systeem van procedures bevatte waarmee het vervoer van afvalstoffen om milieuredenen kon worden beperkt en waarvan het Hof dan ook niet oordeelde dat deze uitvoering gaf aan het vrije verkeer van afvalstoffen binnen de Gemeenschap.<sup>91</sup> Het Hof wierp stilzwijgend het argument dat een maatregel onder artikel 100 A van het Verdrag kon vallen indien het de overbrenging van goederen tussen lidstaten *regelde*, zonder dat het noodzakelijk was dat deze overbrenging daadwerkelijk werd *bevorderd*.<sup>92</sup>

84. Het punt van het vrije verkeer wordt gesteund door de twee Afvalstoffen-arresten.<sup>85</sup> In het arrest Afvalstoffen I verklaarde het Hof dat het doel van de betwiste richtlijn<sup>86</sup> was, uitvoering te geven aan het beginsel dat afval moet worden verwijderd zo dicht mogelijk bij de plaats waar het is geproduceerd, ten einde vervoer ervan zoveel mogelijk te beperken<sup>87</sup>, en concludeerde het dat niet kan worden gezegd dat de richtlijn uitvoering beoogt te geven aan het beginsel van vrij verkeer van afvalstoffen binnen de Gemeenschap.<sup>88</sup> Advocaat-generaal

85. Vanzelfsprekend vereist de bovenvermelde rechtspraak niet dat de artikelen 7 A, 57, lid 2, en 100 A van het Verdrag moeten worden uitgelegd als een soort liberale beginselverklaring die leidt tot een harmonisatie naar het laagste niveau of slechts naar een soort gemiddelde van de vroegere niveaus in de lidstaten. In de eerste plaats heb ik al verwezen naar de plicht van

85 — Arresten van 17 maart 1993, Commissie/Raad (C-155/91, Jurispr. blz. I-939; hierna „arrest Afvalstoffen I”), en 28 juni 1994, Parlement/Raad (C-187/93, Jurispr. I-2857; hierna: „arrest Afvalstoffen II”, punt 25). Zie met betrekking tot de verenigbaarheid met de interne markt van harmonisatiemaatregelen van de Gemeenschap die beperkingen of verboden van bepaalde economische activiteiten opleggen, ook het arrest Spanje (aangehaald in voetnoot 58), het arrest Depositogaranties (aangehaald in voetnoot 52), en het arrest van 9 augustus 1994, Duitsland/Raad (C-359/92, Jurispr. blz. I-3681; hierna: „arrest Productveiligheid”), waarop ik later terugkom.

86 — Richtlijn 91/156/EEG van de Raad van 18 maart 1991 tot wijziging van richtlijn 75/442/EEG betreffende afvalstoffen (PB L 78, blz. 32).

87 — Arrest Afvalstoffen I, aangehaald in voetnoot 85, punten 13 en 14.

88 — Ibidem, punt 15.

89 — Ibidem, blz. I-959 van zijn conclusie.

90 — Verordening nr. 259/93 van de Raad van 1 februari 1993 betreffende toezicht en controle op de overbrenging van afvalstoffen binnen, naar en uit de Europese Gemeenschap (PB L 30, blz. 1).

91 — Arrest Afvalstoffen II, aangehaald in voetnoot 85, punten 23 en 26. Zie ook de punten 44 en 45 van de conclusie van advocaat-generaal Jacobs, die instemmend door het Hof zijn aangehaald.

92 — Advocaat-generaal Jacobs schreef dit argument in punt 38 van zijn conclusie toe aan het Parlement. Hij bracht hiertegen in, dat moet worden nagegaan „of het algemene doel van de maatregel de bevordering dan wel de beperking van die overbrenging [van goederen] is”; ibidem, punt 43. Het Hof is op deze voorgestelde test niet expliciet ingegaan.

de Gemeenschap<sup>93</sup> om rekening te houden met overwegingen van algemeen belang en daarmee met het door de lidstaten bereikte of nagestreefde beschermingsniveau.

86. In de tweede plaats moeten harmonisatiemaatregelen die aanzienlijke beperkingen in het algemeen belang omvatten, niet steeds worden gezien als maatregelen waarmee een beperking van de handel in de betrokken sector wordt beoogd. Dat de gemeenschapswetgever bevoegd is, dergelijke beperkingen op te leggen en zelfs de handel in bepaalde producten te verbieden, waarbij hij gelijktijdig streeft naar meer omvattende doelstellingen van vrij verkeer en enig ander algemeen belang, blijkt uit het arrest Productveiligheid. In verband met een maatregel die de Commissie de bevoegdheid verleende om de lidstaten te verplichten tot het nemen van tijdelijke maatregelen om de verkoop van gevaarlijke producten te verbieden, heeft het Hof deze ogenschijnlijk tegenstrijdige doelstellingen als volgt met elkaar verenigd<sup>94</sup>:

„(...) het vrije verkeer van goederen kan slechts worden gewaarborgd indien de aan de producten gestelde veiligheidsvoorwaarden niet aanmerkelijk verschillen van lidstaat tot lidstaat. Wat het hoge veiligheidsniveau betreft, dit kan slechts worden bereikt indien met betrekking tot de gevaar-

lijke producten in alle lidstaten passende maatregelen worden vastgesteld.”

Aldus werd een eenvormig systeem om gevaarlijke producten tegen te gaan, opgevat als een maatregel tot bevordering van het vrije verkeer van goederen in het algemeen. Het vrije verkeer van goederen kan zeer wel worden vergemakkelijkt door maatregelen die het verkeer van bepaalde goederen verhinderen, beperken of bemoeilijken.<sup>95</sup>

In het arrest Rewe-Zentrale<sup>96</sup> verklaarde het Hof: „Ofschoon de artikelen 30 tot 36 EEG-Verdrag (...) in de eerste plaats betrekking hebben op eenzijdige maatregelen van de lidstaten, toch zijn ook de gemeenschapsinstellingen verplicht om de vrijheid van het intracommunautaire handelsverkeer — een grondbeginsel van de gemeenschappelijke markt — te eerbiedigen”. Niettemin concludeerde het Hof, dat de controles die moeten worden uitgevoerd krachtens de in die zaak betwiste richtlijn<sup>97</sup> „geenszins boegen het handelsverkeer te *belemmeren*”; de betwiste richtlijn „streeft

93 — Zie voor een voorbeeld van rechterlijke toetsing van het voldoen aan artikel 100 A, lid 3, arrest Depositogaranties, aangehaald in voetnoot 52, punt 48.

94 — Arrest Productveiligheid, aangehaald in voetnoot 85, punt 34. Zie ook de opmerkingen in punt 33 van de conclusie van advocaat-generaal Jacobs in die zaak.

95 — Zie de conclusie van advocaat-generaal Jacobs bij het arrest Afvalstoffen II, aangehaald in voetnoot 85, punt 44. Hij verwees naar richtlijn 91/157/EEG van de Raad van 18 maart 1991 inzake batterijen en accu's die gevaarlijke stoffen bevatten (PB L 78, blz. 38) en merkte op dat het verbod op de verkoop van batterijen die meer dan een bepaald kwikgehalte bevatten, was opgelegd met het oog op het vrije verkeer binnen de interne markt van batterijen die niet al te veel kwik bevatten. Zie ook artikel 4 van richtlijn 76/768/EEG van de Raad van 27 juli 1976 betreffende de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten inzake cosmetische producten (PB L 262, blz. 169), die de lidstaten om redenen van volksgezondheid verplicht om de verkoop van cosmetische producten met bepaalde specifieke bestanddelen te verbieden.

96 — Arrest van 29 februari 1984 (37/83, Jurispr. blz. 1229, punt 18).

97 — Richtlijn 77/93/EEG van de Raad van 21 december 1976 betreffende de beschermende maatregelen tegen het binnenbrengen op het grondgebied van de lidstaten van voorplanten of voor plantaardige producten schadelijke organismen (PB L 26, blz. 20), met name artikel 11, lid 3.

integendeel naar een geleidelijke afschaffing van de door de lidstaten eenzijdig getroffen maatregelen die destijds in beginsel op grond van artikel 36 [van het Verdrag] gerechtvaardigd waren".<sup>98</sup>

87. Een voor de onderhavige zaken relevanter voorbeeld is het reclameverbod voor tabaksproducten op televisie op grond van artikel 13 van richtlijn 89/552. Deze en andere bepalingen over de reclame-inhoud van uitzendingen zijn deels bedoeld om de voorwaarden voor de verrichting van televisieuitzendingdiensten te harmoniseren. Daarom moeten „lidstaten de vrijheid van ontvangst waarborgen en [mogen zij] de doorgifte op hun grondgebied van televisieuitzendingen uit andere lidstaten niet belemmeren om redenen die verband houden met televisiereclame en sponsoring”.<sup>99</sup> Ook verbieden artikel 8, lid 1, van richtlijn 89/622 en artikel 7, lid 1, van richtlijn 90/239/EEG de lidstaten om de handel in producten die met deze richtlijnen betreffende etikettering en maximaal teergehalte in overeenstemming zijn, te belemmeren.

88. In de derde plaats ziet artikel 100 A van het Verdrag niet uitsluitend op het wegnemen van *belemmeringen* voor de uitoefening van de vier vrijheden. „Voor de verwezenlijking van de in artikel 8 A genoemde fundamentele vrijheden zijn wegens de dispariteiten tussen de rechtsorden van de lidstaten [ook] harmonisatie-

maatregelen nodig op die gebieden waar het gevaar bestaat, dat die dispariteiten een vervalsing van de concurrentievoorwaarden veroorzaken of in stand houden.”<sup>100</sup> Zo kan artikel 100 A worden gebruikt om harmonisatiemaatregelen te nemen ten einde concurrentievoorwaarden in een bepaalde bedrijfstak — bijvoorbeeld de verwijdering van vervuilende bijproducten — onderling af te stemmen en gelijktijdig „onlosmakelijk ervan” te streven naar een doel van algemeen belang zoals een hoog niveau van milieubescherming. Aldus nam het Hof het standpunt in dat artikel 100 A de juiste rechtsgrondslag was voor de maatregel die in het arrest Titaandioxide aan de orde was en die een volledig verbod inhield voor de lozing in de wateren van de Gemeenschap en op volle zee van bepaalde afvalstoffen van industriële vestigingen die bijzondere procédés toepassen en waarin maximumwaarden voor schadelijke stoffen in het andere geloosde afval werden vastgelegd.<sup>101</sup> Artikel 1 van die richtlijn verklaarde uitdrukkelijk dat deze was vastgesteld „tot verbetering van de concurrentievoorwaarden in de sector van de titaandioxide-industrie”. Ik ben daarom van mening dat de gemeenschapswetgever belastende eisen mag stellen die gelijkelijk van toepassing zijn op de betrokken economische activiteit in de gehele interne markt, zelfs indien deze lasten uit alle mogelijke gezichtspunten gezien zwaarder zijn dan het totaal of het gemiddelde van de

98 — Reeds aangehaald, punt 19, mijn cursivering. Zoals uit de verwijzing naar artikel 36 van het Verdrag blijkt, is deze zaak ook relevant voor het direct voorafgaande argument, dat overwegingen van algemeen belang bij de wetgeving voor de interne markt in aanmerking moeten worden genomen.

99 — Arrest van 9 juli 1997, De Agostini en TV-Shop (C-34/95—C-36/96, Jurispr. I-3843; hierna: „arrest De Agostini”, punt 33).

100 — Arrest Titaandioxide, aangehaald in voetnoot 51, punt 15. Artikel 8 A werd artikel 7 A EG-Verdrag, en vervolgens, na wijziging, artikel 14 EG. Hoewel de opheffing van verstoringen van de mededinging gewenst werd geacht om de vier vrijheden te verwezenlijken, zal ik in onderstaande analyse om praktische redenen enerzijds de kwestie van belemmeringen voor of beperkingen van de uitoefening van deze vrijheden en anderzijds de kwestie van de verstoring van de mededinging, apart behandelen.

101 — Richtlijn 89/428/EEG van de Raad van 21 juni 1989 tot vaststelling van de procedure voor de harmonisering van de programma's tot vermindering en uiteindelijke gehele opheffing van de verontreiniging door afval van de titaandioxide-industrie (PB L 201, blz. 56). Zie arrest Titaandioxide, aangehaald in voetnoot 51, punt 2.

lasten die vóór de invoering van de gemeenschapsmaatregel door de verschillende nationale voorschriften werden opgelegd.

89. Het streven naar gelijke concurrentievoorwaarden geeft de gemeenschapswetgever echter niet de vrije hand om alle mogelijke nationale voorschriften in liberaliserende of restrictieve zin te harmoniseren. Zonder op enige manier afbreuk te willen doen aan mijn afwijzing van het argument van Duitsland, dat de bevoegdheid van de Gemeenschap door stemming bij gekwalificeerde meerderheid dreigt te worden uitgebreid, wil ik wijzen op het risico dat algemene regelgevende bevoegdheid van de lidstaten aan de Gemeenschap zou worden overgedragen, indien bij de toepassing van artikel 100 A voor de vaststelling van harmonisatiemaatregelen in het belang van een onverstoorde mededinging niet wordt onderzocht of er daadwerkelijk een verband bestaat tussen deze maatregelen en de internemarkt doelstellingen. Dat in de artikelen 7 A en 100 A van het Verdrag niet over gelijke concurrentievoorwaarden wordt gesproken, is een bijkomende reden om artikel 100 A niet met dit argument als een instrument voor algemene economische regelgeving te gebruiken.

90. Een mogelijke test, in de vorm van een voorwaarde vooraf voor de toepassing van artikel 100 A, lijkt door het Hof te zijn voorgesteld in het arrest Titaandioxide: de verstoring van de mededinging waartegen een harmonisatiemaatregel is bedoeld,

moet merkbaar zijn.<sup>102</sup> Ik ben een voorstander van toepassing van een dergelijke test, hoewel het voor mijn onderstaande analyse niet noodzakelijk is hierover een definitief standpunt in te nemen.

91. Een andere voorwaarde, die duidelijk uit de rechtspraak blijkt en die in onderhavige zaak meer rechtstreeks van belang is, betreft de aard van de harmonisatiemaatregel die krachtens artikel 100 A van het Verdrag is vastgesteld. Deze bepaling is geen juiste rechtsgrondslag voor een maatregel waarvan de gevolgen voor de harmonisatie van de concurrentievoorwaarden slechts bijkomstig zijn. Hierbij gaat het niet om de simpele vraag, welke van de kennelijke doelstellingen van een maatregel het hoofddoel is. Het Hof heeft categorisch, en niet slechts in relatieve termen vastgesteld, dat „het enkele feit dat de instelling of de werking van de interne markt erbij betrokken is, niet voldoende [is] voor de toepasselijkheid van artikel 100 A van het Verdrag”.<sup>103</sup> Ik versta de uitspraak van het Hof in het arrest Afvalstoffen I<sup>104</sup> aldus, dat de richtlijn die in die zaak aan de orde was, niet op grond van artikel 100 A had kunnen worden vastgesteld, zelfs indien

102 — Zie het arrest Titaandioxide, reeds aangehaald, punt 23, alsmede de arresten van 18 maart 1980, Commissie/Italië (91/79, Jurispr. blz. 1099, punt 8, en 92/79, Jurispr. blz. 1115, punt 8). Het Hof heeft in het arrest Titaandioxide niet expliciet verklaard, dat artikel 100 A van het Verdrag alleen kon worden toegepast bij *merkbare* verstoringen van de mededinging als gevolg van onderling verschillende nationale voorschriften, en verweerders in de onderhavige zaken hebben betoogd dat deze voorwaarde, gezien de aangehaalde eerdere rechtspraak, alleen betrekking had op de toepassing van artikel 100 van het Verdrag, dat nauwer is omschreven. Uit de toepassing ervan op grond van artikel 100 blijkt echter duidelijk, dat het argument van verweerders dat dit criterium alleen relevant is voor de toepassing van de mededingingsregels van het Verdrag, ongegrond is.

103 — Arrest Afvalstoffen I, aangehaald in voetnoot 85, punt 19; zie ook arrest van 9 november 1995, Duitsland/Raad (C-426/93, Jurispr. blz. I-3723, punt 33).

104 — Aangehaald in voetnoot 85, punten 17-20, met name punt 19.



artikel 130 S niet als alternatieve rechtsgrondslag beschikbaar was geweest. Het Hof maakte onderscheid tussen wetgeving met als hoofddoel een doelmatig beheer van afvalstoffen in de Gemeenschap, ongeacht de oorsprong ervan, en die slechts zijdelingse effecten op mededinging en handel met inbegrip van de productiekosten heeft, en de richtlijn die het voorwerp van het arrest Titaandioxide was, „die de harmonisatie beoogt van de nationale regels inzake de productievoorwaarden in een bepaalde industriële sector teneinde een einde te maken aan de mededingingsdistorties in die sector”.<sup>105</sup> Ik kom tot de slotsom dat de bijdrage van een zekere maatregel tot de onderlinge afstemming van concurrentievoorwaarden in de sector die wordt geacht ervan te profiteren, hoe ruim die ook mag zijn gedefinieerd, voor die sector specifiek en niet incidenteel moet zijn. Hieruit volgt dat gemeenschapsvoorschriften waarvan het enige gevolg in een bepaalde bedrijfstak bestaat uit een verbod op de betrokken zakelijke activiteit, niet kunnen worden geacht de concurrentievoorwaarden in die sector onderling aan te passen, ongeacht de eventuele gevolgen ervan voor de mededinging in een aanverwant gebied.

duidelijke steun in artikel 100 A of in de algemene verdragsbepalingen over de doelstellingen en de activiteiten van de Gemeenschap en de definitie van de interne markt. Het is onverenigbaar met het horizontale karakter van artikel 100 A. Bovendien roept het minstens zoveel problemen op als het pretendeert op te lossen. Tot de materieel gedefinieerde bevoegdheidsgebieden van de Gemeenschap behoren die, waarvoor de bevoegdheden zeer uitgebreid zijn, zoals landbouw, en die waarvoor de bevoegdheden relatief gering zijn, zoals volksgezondheid. Tenzij dit criterium nader wordt gepreciseerd, en aangezien de uitsluiting van harmonisatie in artikel 129, lid 4, zoals ik reeds zei, geen uitwerking kan hebben op de bevoegdheid op grond van artikel 100 A, kan dit argument niet aldus worden verstaan dat het de harmonisatie van concurrentievoorwaarden in een bedrijfstak die voor de volksgezondheid van groot belang is, uitsluit. Zoals hieronder echter nog zal blijken, hoef ik over dit argument geen definitief standpunt in te nemen.

#### Internemarkt doelstellingen — concrete beoordeling

92. Verzoekers hebben verwezen naar een andere mogelijke grens, namelijk dat de toepassing van artikel 100 A van het Verdrag tegen verstoringen van de mededinging moet worden beperkt tot gebieden waarvoor de Gemeenschap ook een uitdrukkelijke bevoegdheid *ratione materiae* heeft, zoals milieubescherming. Dit argument overtuigt mij niet. Het vindt geen

93. Om te bepalen of een gemeenschapsmaatregel internemarkt doelstellingen heeft, is een onderzoek in twee stappen noodzakelijk. In de eerste plaats moet worden bepaald of is voldaan aan de voorafgaande voorwaarden voor harmonisatie, namelijk uiteenlopende nationale wetten die hetzij

105 — Aangehaald in voetnoot 51, punt 20, mijn cursivering.

belemmeringen vormen voor de uitoefening van de vier vrijheden, hetzij de concurrentievoorwaarden in een economische sector verstoren.<sup>106</sup> In de tweede plaats moet de concrete maatregel die daadwerkelijk door de Gemeenschap wordt genomen, verenigbaar zijn met de instelling en de werking van de interne markt. Hiervoor moet worden nagegaan, hoe de gemeenschaps-wetgever heeft getracht de belangrijkste eis van bepalingen zoals de artikelen 57, lid 2, en 100 A, namelijk dat maatregelen die op grond daarvan worden vastgesteld het vrije verkeer in een bepaalde sector vergemakkelijken of concurrentievoorwaarden onderling afstemmen, te verenigen met zijn plicht om rekening te houden met overwegingen van algemeen belang, die voor een aanzienlijke beperking van bepaalde economische activiteiten kunnen pleiten.

94. Met name de Commissie heeft naar voren gebracht, dat dit in wezen de vraag opwerpt of een maatregel passend of opportuun is, hetgeen meer een evenredigheids- dan een bevoegdheidskwestie is, en dat het Hof daarom in dit stadium niet moet ingrijpen. Deze opvatting deel ik niet. Indien de uitoefening van de bevoegdheid van de Gemeenschap vatbaar is voor rechterlijke toetsing, is het niet voldoende om na te gaan of aan de voorafgaande voorwaarden voor harmonisatie is voldaan, aangezien de artikelen 57, lid 2, en 100 A van het Verdrag niet zijn bedoeld voor het verlenen van een universele harmonisatiebevoegdheid als doel op zichzelf, zodra aan die voorwaarden is voldaan. Dat de daadwerkelijk vastgestelde harmonisatiemaatregel concreet moet worden getoetst, blijkt

uit de herhaalde verklaringen van het Hof dat het onderzoek van de bevoegdheid met name op het doel en de inhoud van de maatregel moet zijn toegespitst. In zaken als de onderhavige moet bij een concrete analyse van de gemeenschapsbevoegdheid uitsluitend worden bepaald of de maatregel gericht is op de internemarkt doelstellingen waarvoor de bevoegdheid was verleend, en moet er daarbij rekening mee worden gehouden dat dit verenigbaar kan zijn met het gelijktijdig bereiken van andere, aanvullende doelstellingen van algemeen belang die op zichzelf de toepassing van de artikelen 57, lid 2, en 100 A van het Verdrag niet rechtvaardigen.

95. Het Hof heeft een dergelijke concrete toetsing toegepast in de arresten Spanje en Depositogaranties, waarin lidstaten de bevoegdheid van de Gemeenschap betwisten om te handelen op basis van respectievelijk de artikelen 100 A en 57, lid 2.<sup>107</sup> In het arrest Spanje is het argument dat verordening nr. 1768/92<sup>108</sup> bijdroeg aan de opdeling van de gemeenschapsmarkt, ook na afloop van de duur van het nationale basisoctrooi, en vrije mededinging tussen de fabrikanten van generieke geneesmiddelen met octrooigerechtigde ondernemingen verhinderde, door het Hof onderzocht en verworpen.<sup>109</sup> Het verklaarde dat de geharmoniseerde verlenging van de duur van de octrooibescherming door de verordening fragmentatie van de geneesmiddelenmarkt tegenging door een heterogene

106 — Dit zijn de twee gronden die in de onderhavige zaken ter verdediging van de reclamerechtlijn zijn ingeroepen. Ik neem geen standpunt in over de vraag of er geen andere gronden voor actie op grond van de betrokken bepalingen zijn.

107 — Een dergelijke concrete toetsing is ook kenmerkend voor de werkwijze van het Hof wanneer het onderzoekt welke van twee rechtsgrondslagen van toepassing is, zoals in het arrest Titaandioxide, aangehaald in voetnoot 51, en de twee hierboven besproken Afvalstoffen-arresten.

108 — Aangehaald in voetnoot 58.

109 — Arrest Spanje, aangehaald in voetnoot 58, punten 30 en 31.

ontwikkeling van de nationale wetten te voorkomen<sup>110</sup>, hoewel een dergelijke verlenge bescherming in de meeste lidstaten onbekend was.<sup>111</sup> Ook onderzocht het Hof de afweging tussen de belangen van octrooigerechtigde ondernemingen en die van de fabrikanten van generieke geneesmiddelen.<sup>112</sup> Hoewel dit natuurlijk ook bij de toetsing van de evenredigheid belangrijk is, lijkt het Hof dit in de onderhavige zaak als een bevoegdheidskwestie te hebben beschouwd, die door de „in [artikel 7 A van het Verdrag] genoemde doelstellingen”<sup>113</sup> wordt vereist, en daarmee te hebben geïmpliceerd dat voor de vraag of een harmonisatiemaatregel kan worden geacht op internemarkt doelstellingen te zijn gericht, in beginsel relevant is of een economische activiteit (in het betrokken geval die van fabrikanten van generieke geneesmiddelen) wordt beperkt en hoezeer zij wordt beperkt.<sup>114</sup> Ik voel mij in mijn algemene benadering in de onderhavige zaken gesteund door het feit dat het Hof, na de internemarkt doelstelling van de betwiste verordening te hebben bevestigd, nergens heeft verwezen naar het relatieve gewicht van de aanvullende doelstelling, namelijk de bevordering van het farmaceutisch onderzoek in de Gemeenschap, in het door de verordening ingevoerde stelsel.

96. In het arrest *Depositogaranties* ging het Hof in op de stelling dat het in de betwiste

110 — *Ibidem*, punten 35 en 36.

111 — *Ibidem*, punt 34.

112 — *Ibidem*, punten 37-39.

113 — *Ibidem*, punt 37.

114 — Zie de bespreking in de punten 83-87 van de vraag of de vaststelling van handelsbeperkende maatregelen verenigbaar is met het streven naar internemarkt doelstellingen.

maatregel<sup>115</sup> vervatte verbod voor bijkantoren van banken in andere lidstaten om te werven voor de voordelen van nationale depositogarantiestelsels die de klanten beter beschermden dan die welke in de richtlijn waren voorgeschreven, onverenigbaar was met de doelstelling van artikel 57, lid 2, van het Verdrag. Het Hof concludeerde dat het maximumniveau voor de bescherming van deposito's die door bijkantoren in andere lidstaten wordt aangeboden „minder zwaar [weegt] dan de verplichting om zich in verschillende lidstaten van ontvangst te onderwerpen aan verschillende wettelijke regelingen”, zodat zelfs kon worden gesteld dat de betrokken richtlijn de toegang voor de bijkantoren van Duitse kredietinstellingen tot bankwerkzaamheden en de uitoefening daarvan in andere lidstaten heeft vergemakkelijkt.<sup>116</sup>

97. Een dergelijke beoordeling verschilt van de evenredigheidsbeoordeling. Om vast te stellen of is voldaan aan de voorwaarden om van een voor functionele doeleinden verleende bevoegdheid gebruik te maken, moet de vraag worden beantwoord of de maatregel op de ingeroepen internemarkt doelstellingen is gericht, en niet of deze maatregel verder gaat dan noodzakelijk om deze te bereiken. Bovendien let ik, zoals reeds opgemerkt, in dit stadium uitsluitend op het bereiken van deze doelstellingen, aangezien dit het doel is waarvoor de bevoegdheid was toegekend. Bij de evenredigheidsbeoordeling moet echter ook rekening worden gehouden met de overige inhoudelijke doelstellingen die door internemarktmaatregelen moeten worden bereikt, met inbegrip van het bereiken van

115 — Richtlijn 94/19/EG van het Europees Parlement en de Raad van 30 mei 1994 inzake de depositogarantiestelsels (PB L 135, blz. 5).

116 — Punt 44.

een hoog niveau van bescherming van de volksgezondheid.

98. Het is duidelijk dat het Hof bij de concrete toetsing van complexe beslissingen op wetgevingsgebied waarmee verschillende economische en andere belangen zijn gemoeid, gewoonlijk het oordeel van de wetgever moet aanvaarden, dat de doelmatigheid van een maatregel wat de instelling of de werking van de interne markt betreft, of de hierdoor ontstane belemmeringen rechtvaardigt.<sup>117</sup> Het Hof kan zijn beoordeling niet in de plaats stellen van die van de wetgever, of de doelmatigheid van een bepaald beleidsinitiatief toetsen.<sup>118</sup> Ook al gaat het hier om het vaststellen van de grenzen van de wetgevende bevoegdheid van de Gemeenschap, de noodzakelijke concrete beoordeling van het verband tussen de vastgestelde maatregel en de aangegeven doelstellingen brengt naar mijn mening mee, dat het Hof de gebruikelijke maatstaf voor de toetsing van de uitoefening van een ruime wetgevende bevoegdheid door de gemeenschapsinstellingen moet toepassen. Wanneer de instellingen „over een ruime beoordelingsbevoegdheid [beschikken], met name wat de aard en de omvang van de door [hen] genomen maatregelen betreft, [moet] de toetsing door de gemeenschapsrechter zich (...) beperken tot de vraag of bij de uitoefening van die bevoegdheid geen sprake is van een kennelijke dwaling of misbruik van bevoegdheid, dan wel of de [instellingen] de grenzen van [hun] beoordelingsvrijheid niet klaarlijklijk [hebben] overschreden.”<sup>119</sup>

99. Niettemin is de taak van het Hof bij wetgeving met extreme gevolgen in de betrokken sector, zoals bij een verbod, eenvoudiger. Het is niet aannemelijk dat het feitelijke verbod van een bepaalde economische activiteit door de gemeenschapswetgever in strijd is met de doelstellingen van de interne markt. Anderzijds zijn de gevolgen van een dergelijk verbod, en de juridische consequenties die eruit moeten worden getrokken, gemakkelijker te herkennen voor een gerechtelijke instantie, die zich veel terughoudender zou opstellen bij delicate afwegingen van verschillende materiële belangen door de wetgever.<sup>120</sup> Hierdoor is gemakkelijker te beoordelen of de noodzakelijke overeenstemming is bereikt tussen de *inhoud* van het verbod en de *internemarkt doelstelling*, zoals deze met name wordt vermeld in de considerans van de maatregel en in materiële bepalingen (zoals artikel 1 van de reclamerichtlijn) die uitdrukkelijk, dan wel impliciet maar noodzakelijkerwijze, naar de doelstellingen ervan verwijzen. Deze overeenstemming moet uiteindelijk worden beoordeeld aan de hand van de herkenbare gevolgen van de betwiste maatregel. De precieze internemarkt doelstelling die wordt nagestreefd, moet uit de maatregel zelf blijken en kan naar mijn mening niet worden aangevuld met verwijzingen naar ruimere of andere doelstellingen in een later stadium.<sup>121</sup> Indien de gevolgen van de maatregel niet overeenstemmen met de internemarkt doelstellingen die door de gebruikte *en daadwerkelijk door de wetgever ingeroepen* rechtsgrondslagen worden

117 — Zie de conclusie van advocaat-generaal Léger bij arrest Depositogaranties, aangehaald in voetnoot 52, punt 113.

118 — Zie arrest Arbeidstijd, aangehaald in voetnoot 80, punt 23.

119 — Arresten van 5 mei 1998, Verenigd Koninkrijk/Commissie (C-180/96, Jurispr. blz. I-2265; hierna: „arrest BSE”, punt 60), en 25 januari 1979, Racke (98/78, Jurispr. 69, punt 5). Ik herhaal, dat misbruik van bevoegdheid in de onderhavige zaken mijns inziens niet bewezen is.

120 — Zie bijvoorbeeld arrest Spanje, aangehaald in voetnoot 58, punten 38 en 39.

121 — Hiermee is niet gezegd dat de motivering voor de maatregel, met inbegrip van relevante kwalitatieve en kwantitatieve informatie gedetailleerder dan gebruikelijk in de maatregel zelf moet worden uitgewerkt. Het gaat mij hier niet om de juistheid van de in de reclamerichtlijn gegeven redenen [besproken in onderstaande paragraaf V (vii)], maar het gaat mij erom dat de aard van die redenen en de nagestreefde doelstellingen duidelijk worden vastgelegd om de richtlijn aan de hand van het doel en de inhoud ervan inhoudelijk te kunnen beoordelen.

gediend, dan heeft de gemeenschapswetgever zich kennelijk vergist of zijn bevoegdheid overschreden.

producenten of leveranciers van goederen en diensten van aan tabak gerelateerde merken en van soortgelijke goederen en diensten van overige merken. Aan het slot van de overweging wordt verklaard dat de genoemde belemmeringen en verstoringen van de mededinging de werking van de interne markt kunnen belemmeren.

### Het doel van de reclamerichtlijn

100. Volgens artikel 1 van de richtlijn heeft deze „de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten op het gebied van reclame en sponsoring voor tabaksproducten” ten doel. Volgens de eerste overweging van de considerans kunnen de voordien bestaande verschillen tussen de nationale voorschriften op dit gebied niet alleen belemmeringen vormen voor het vrije verkeer van diensten op het gebied van reclame en sponsoring voor tabaksproducten, maar ook voor het vrije verkeer tussen lidstaten van producten die dienen als drager van dergelijke reclame en sponsoring. Deze verschillen verstoorden ook de mededinging. Deze verklaring kan alleen aldus worden verstaan, dat zij betrekking heeft op de mededinging tussen de verrichters van bovengenoemde diensten — reclame en sponsoring voor tabaksproducten — en tussen producenten en leveranciers van de dragers van deze reclame en sponsoring. In deze context heeft zij duidelijk geen betrekking op de mededinging in de reclame- en sponsoringsector in het algemeen, die nergens in de richtlijn worden genoemd. Bovendien wijst niets in deze overweging of elders in de reclamerichtlijn erop, dat deze betrekking heeft op belemmeringen van de handel in tabak of diversificatieproducten of op verstoringen van de mededinging tussen producenten of leveranciers van deze producten, of tussen

101. De eerste overweging kan aldus worden opgevat, dat zij is bedoeld om aan de voorafgaande voorwaarde voor harmonisatie op gemeenschapsniveau op basis van de artikelen 57, lid 2, en 100 A van het Verdrag te voldoen. De tweede overweging bevat de meest expliciete verklaring over het verband tussen de bestaande situatie, het bereiken van de doelstellingen van de interne markt — het beweerde *doel* van een maatregel die wordt vastgesteld op basis van de artikelen 57, lid 2, en 100 A — en de daadwerkelijk vastgestelde maatregel — de *inhoud* ervan<sup>122</sup>:

„Overwegende dat deze belemmeringen moeten worden weggenomen en dat daartoe de regels betreffende de reclame en de sponsoring voor tabaksproducten onderling moeten worden aangepast (...).”

Imperial Tobacco betoogt dat tot de doelstellingen van de richtlijn niet het wegemen van andere verstoringen van de

122 — Ik wil natuurlijk geen strikt onderscheid maken tussen doel en inhoud. Het doel van een maatregel kan zowel uit de materiële bepalingen als uit de considerans worden afgeleid — zie bijvoorbeeld arrest Bescherming van de bossen, aangehaald in voetnoot 67, punt 13. In de onderhavige zaken bieden de andere bepalingen van de reclamerichtlijn echter geen aanvullende aanwijzingen.

mededinging behoort dan de handelsbelemmeringen waarnaar in de tweede overweging wordt verwezen. Deze uitlegging acht ik te strikt. In de achtste overweging is er sprake van interdependentie tussen alle vormen van reclame en wordt gesteld dat de richtlijn moet gelden voor alle reclamevormen en -media (behalve televisiereclame) „teneinde elk risico van verstoring van de mededinging (...) te voorkomen.”

102. Ik zal eerst de internemarkt doelstellingen van de richtlijn onderzoeken wat het wegnemen van belemmeringen van de vrije handel in goederen en diensten in verband met de reclame en sponsoring voor tabaksproducten betreft. Vervolgens richt ik mij op de kwestie van de onderlinge aanpassing van de concurrentievoorwaarden in dezelfde specifieke bedrijfssectoren.

Belemmeringen van de handel in goederen en diensten in verband met tabakspromoting

103. De vraag of er sprake is van enige, of van enige aanmerkelijke, grensoverschrijdende handel in goederen en diensten in verband met tabakspromoting, of van enige belemmering hiervan, is in de processtukken uitvoerig besproken.

104. Het Hof heeft duidelijk gemaakt, dat er geen minimumgrens bestaat voor het in het Verdrag vervatte verbod op handels-

belemmeringen die uit uiteenlopende nationale wetten voortkomen: in de context van het vrije verkeer van goederen bijvoorbeeld wordt een nationale maatregel geacht een belemmering te vormen indien deze de intracommunautaire handel al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel kan belemmeren, zelfs „indien de belemmering van geringe omvang is en er andere afzetmogelijkheden voor de ingevoerde producten bestaan”.<sup>123</sup> Het feit dat een nationaal voorschrift een kleine markt betreft, in geografisch opzicht of gezien de omvang van de grensoverschrijdende handel die door het voorschrift wordt geraakt, is ook irrelevant voor de toepassing van artikel 30 van het Verdrag.<sup>124</sup> De rechtspraak betreffende diensten lijkt erop te wijzen dat dezelfde beginselen op dat gebied van toepassing zijn.<sup>125</sup> De Gemeenschap is bevoegd om belemmeringen voor de handel in goederen en diensten weg te nemen door middel van harmonisatiemaatregelen op basis van de artikelen 57, lid 2, en 100 A van het Verdrag, die rekening houden met de overwegingen van algemeen belang die tot de vaststelling van nationale voorschriften hebben geleid. Daaruit volgt echter niet, dat dergelijke maatregelen zonder meer door de geringste handelsbelemmeringen worden gerechtvaardigd. Het is minstens verdedigbaar dat harmonisatiemaatregelen betrekking moeten hebben op nationale voorschriften die de handel meer dan slechts marginaal raken. Deze kwestie

123 — Arrest van 5 april 1984, Van de Haar en Kaveka de Meern (177/82 en 178/82, Jurispr. blz. 1797, punt 14). Zie ook arrest van 18 mei 1993, Yves Rocher (C-126/91, Jurispr. blz. I-2361, punt 21).

124 — Zie arrest van 3 december 1998, Bluhme (C-67/97, Jurispr. blz. I-8033, punten 18-20 en 22), en de punten 18 en 19 van mijn conclusie in die zaak.

125 — Zie bijvoorbeeld arrest van 10 mei 1995, Alpine Investments (C-384/93, Jurispr. blz. I-1141). Uit het eerder aangehaalde arrest Bluhme, punt 22, blijkt duidelijk dat de uitsluiting van de toepassing van de relevante bepalingen van het Verdrag in onder meer het arrest van 14 juli 1994, Peralta (C-379/92, Jurispr. blz. I-3453), op slechts indirecte of toevallige belemmeringen van het goederen- en dienstenverkeer verband houdt met de geringe waarschijnlijkheid van de gevolgen ervan voor de handel, en niet op de omvang van die gevolgen.

is in deze zaak niet aan de orde, omdat uiteenlopende nationale voorschriften — waarvan sommige zeer restrictief zijn — duidelijk rechtstreekse en aanmerkelijke gevolgen hebben voor de handel in diensten en media die tabaksreclame bevatten. De vraag of de grensoverschrijdende handel in de betrokken goederen of diensten aanzienlijk wordt geraakt, in absolute zin of in verhouding tot de louter interne handel, kan in beginsel ook relevant zijn. Die vraag is echter niet zozeer van belang voor de analyse van de bevoegdheid, als wel voor de toepassing van het evenredigheidsbeginsel bij het bepalen of de werkingssfeer van een maatregel te ruim is (bijvoorbeeld omdat deze zowel een aanzienlijke binnenlandse handel als relatief beperkte grensoverschrijdende handel raakt) en daarmee of de overmatige beperkende werking van de maatregel zwaarder weegt dan de voordelen ervan voor de interne markt.

105. Ik ben niet overtuigd door het argument van Duitsland, dat er eigenlijk geen grensoverschrijdende reclame- en sponsoringdiensten met het oog op tabakspromoting<sup>126</sup> worden verricht, die door de verschillen in nationale voorschriften ter zake van een dergelijke activiteit kunnen worden benadeeld.<sup>127</sup> Dergelijke diensten kunnen bijvoorbeeld worden verricht door een in

een lidstaat gevestigd internationaal reclamebureau voor gebruik in de gehele of in een deel van de Gemeenschap<sup>128</sup> of door een plaatselijk bureau met het oog op plaatselijk gebruik, ten behoeve van een internationale klant (mogelijk met inbegrip van een internationaal reclamebureau) en kunnen betrekking hebben op het ontwerpen van merknamen, reclamethema's, slagzinnen en campagnes; het bestellen van illustratiemateriaal of het aanwerven van modellen en acteurs en anderen om reclameafbeeldingen, films en dergelijke te maken; het plaatsen van advertenties in verschillende media en van sponsoring bij verschillende sport-, kunst- en andere organisaties, evenementen of teams, en het organiseren van rechtstreekse uitdelingen van gratis geschenken of reclamemateriaal aan het publiek. De verrichting van dergelijke diensten tegen betaling is duidelijk commercieel van aard. Alleen indien een bepaalde dienst om redenen van algemeen belang in alle lidstaten volledig verboden zou zijn, zou deze buiten de werkingssfeer van het Verdrag vallen<sup>129</sup>, en dat is bij tabakspromoting niet het geval. De sponsoring van teams of evenementen in ruil voor de vermelding van de bijdrage van de sponsor of het tonen van reclamemateriaal (dat ook bij televisie- of radio-uitzendingen van een gesponsord evenement kan worden gebruikt), vormt ook een betaalde dienstverrichting door eerstgenoemden aan laatstgenoemde.<sup>130</sup> Blijkens de aan het Hof voorgelegde bewijsstukken zijn dergelijke activiteiten tamelijk gebruikelijk.

126 — De aanprijzing van diversificatieproducten, die door artikel 3, lid 3, sub b, van de richtlijn wordt geregeld — niet-tabaksproducten met de naam, het merk, het symbool en enig ander onderscheidend teken van tabaksproducten — wordt beschouwd als een onrechtstreekse vorm van tabakspromoting en wordt daarom bij het onderstaande onderzoek van de aanprijzing van tabaksproducten inbegrepen, tenzij deze wordt uitgezonderd en apart wordt onderzocht.

127 — Wat niet-discriminerende beperkingen van de dienstverrichting betreft, zie arrest van 24 maart 1994, Schindler (C-275/92, Jurispr. blz I-1039, punt 43), en arrest van 25 juli 1991, Säger (C-76/90, Jurispr. blz. I-4221, punt 12).

128 — Een dienst die in lidstaat B door een bureau gevestigd in lidstaat A wordt verricht voor een klant die eender waar in de Gemeenschap is gevestigd, met inbegrip van lidstaat A, valt onder de verdragsbepalingen over diensten. Zie bijvoorbeeld arrest van 26 februari 1991, Commissie/Frankrijk (C-154/89, Jurispr. blz. I-659, punt 9), betreffende de werkzaamheden van toeristengidsen.

129 — Schindler, aangehaald in voetnoot 127, punt 32.

130 — Zie arrest van 11 april 2000, Deliège (C-51/96 en C-191/97, Jurispr. blz. I-2549, punt 57).

106. Beperkingen van diensten in de zin van artikel 59 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 49 EG) kunnen ontstaan indien een reclamebureau dat rechtmatig diensten verricht om tabaksproducten in een lidstaat aan te prijzen, dit in een andere lidstaat op grond van meer beperkende nationale voorschriften voor de reclame en sponsoring voor tabaksproducten niet kan doen. Ook de verrichting van diensten door bijvoorbeeld sportteams, orkesten, reizende tentoonstellingen of sportwedstrijden die op verschillende plaatsen worden gehouden, wordt beperkt indien sponsoring die zij in de ene lidstaat kunnen aanvaarden en bekendmaken, in de andere is verboden of aan aanvullende voorwaarden onderworpen. Ook grensoverschrijdende radio-uitzendingen kunnen worden geraakt door nationale voorschriften betreffende de reclame-inhoud van de uitzendingen.<sup>131</sup>

107. De categorie van goederen die onder de reclamerichtlijn vallen en waarvoor handelsbelemmeringen kunnen bestaan, lijkt mij kleiner. Naar mijn oordeel kan deze beperkt blijven tot tussen lidstaten verhandelde goederen die niet uitsluitend dienen als medium voor reclame voor tabaksproducten of sponsoring in een bepaald geval. Het meest voor de hand liggende voorbeeld is dat van kranten of tijdschriften, die gewoonlijk zowel andere

reclame als redactionele inhoud bevatten, waarvan de verspreiding in andere lidstaten werkelijk of potentieel wordt bedreigd doordat tabaksreclame die in de lidstaat van oorsprong rechtmatig is, in andere lidstaten is verboden of onderworpen aan andere voorwaarden. Naar mijn mening kan in de context van vrij verkeer van goederen niet worden gesproken over voor reclamedoelinden gratis uitgereikte sigaretten (die vermoedelijk door de producent worden geleverd) of over mobiele dragers van reclame of sponsoring, zoals raceauto's of de kleding van sportteams die bij internationale evenementen wordt gebruikt, aangezien deze hier niet het voorwerp van intracommunautaire *handel* zijn, zelfs indien zij grenzen overschrijden.<sup>132</sup> De organisatie van de uitdelingsactie of van een sponsoringovereenkomst (en het aannemen van sponsoring voor reclamedoelinden) kan niettemin grensoverschrijdende aspecten hebben die door uiteenlopende nationale voorschriften kunnen worden geraakt. Voorwerpen die in alle gevallen uitsluitend drager van tabaksreclame zijn — affiches, brochures, folders enz. — kunnen waarschijnlijk beter worden onderzocht vanuit het gezichtspunt van de reclamediensst waarvan zij de tastbare uiting zijn<sup>133</sup>, zelfs al zijn zij in zekere zin op zichzelf het voorwerp van handel (bijvoorbeeld de levering van drukwerk door een drukker aan een reclamebureau).

131 — Zie bovenstaande bespreking van richtlijn 89/552/EEG. Grensoverschrijdende uitzending van reclame tegen vergoeding is een dienstverrichting in de zin van artikel 59 van het Verdrag, zoals werd verklaard in het arrest van 26 april 1988, Bond van Adverteerders e.a. (352/85, Jurispr. blz. 2085).

132 — De verdragsbepalingen over het vrije verkeer van goederen zouden echter van toepassing zijn op de onafhankelijke handel in replica-sportartikelen, waarop vaak dezelfde sponsoringlogos zijn afgedrukt en die kunnen worden beschouwd als „dragere van dergelijke reclame en sponsoring”.

133 — Zie arrest Schindler, aangehaald in voetnoot 127, punt 22.



108. Ik ben er dan ook van overtuigd dat in de onderhavige zaak is voldaan aan de voorafgaande voorwaarden voor uitoefening van de harmonisatiebevoegdheid van de Gemeenschap met het oog op de handel in goederen en de verrichting van grensoverschrijdende diensten. Daarom moet worden onderzocht, hoe de reclamerichtlijn de bovengenoemde niet-discriminerende belemmeringen van de handel in goederen en diensten behandelt.

De onderlinge aanpassing door de reclamerichtlijn

109. Het hoofdelement van de reclamerichtlijn is een veelomvattend verbod van rechtstreekse en onrechtstreekse reclame en van sponsoring ten bate van tabaksproducten. Dit verbod is, onverminderd het bestaande verbod op televisiereclame op grond van richtlijn 89/552/EEG, in algemene termen geformuleerd in artikel 3, lid 1 van de reclamerichtlijn, maar in artikel 3, lid 5, is een aantal uitdrukkelijke uitzonderingen op de toepassing van de richtlijn vastgelegd.

110. Er is uitgebreid gediscussieerd over de betekenis uit economisch en reclameoogpunt van deze uitzonderingen in verhouding tot de totale reclameactiviteiten voor tabaksproducten. De discussie over de vraag of de richtlijn in een „volledig verbod” op tabaksreclame resulteert, is semantisch van aard. Naar mijn mening zijn de uitzonderingen in de context van de reclame voor tabaksproducten in zijn geheel minimaal. Het verbod kan redelijkerwijze als veelomvattend worden be-

schouwd. Het omvat alle tot de consument gerichte reclame buiten de verkooppunten door marktdeelnemers in de Gemeenschap.

111. In het licht van dit veelomvattende verbod moet worden bepaald, welk nut de reclamerichtlijn voor de interne markt heeft. Doorslaggevend is — zoals met name Imperial Tobacco heeft betoogd — dat de richtlijn geen poging doet tot harmonisatie van de bestaande nationale voorschriften betreffende de beperkte vormen van reclame die zij zelf niet verbiedt. In overigens gelijke omstandigheden zou het standpunt verdedigbaar zijn geweest, dat de handel in diensten en goederen in de uitgezonderde gebieden impliciet was geliberaliseerd door de vaststelling van een maatregel die — door middel van een verbod — veel gebieden van de betrokken economische activiteit harmoniseerde. Maar dat doet de richtlijn niet. Artikel 5 maakt zonder meer duidelijk, dat de richtlijn niet is gericht op zulke liberaliserende gevolgen, of zelfs op het toestaan van dergelijke reclame onder bepaalde voorwaarden, aangezien het de lidstaten nadrukkelijk toestaat om op de uitgezonderde gebieden strengere eisen vast te stellen ter bescherming van de volksgezondheid. Hoewel zulke nationale maatregelen aan het Verdrag moeten blijven voldoen, raakt de richtlijn in geen enkel opzicht de voortdurende toepasselijkheid ervan op de aspecten van tabaksreclame die buiten haar eigen veelomvattende geharmoniseerde verbod vallen.

112. Hierbij zie ik niet over het hoofd dat lidstaten, zelfs indien er geharmoniseerde voorschriften betreffende de niet door de

richtlijn verboden vormen van reclame zouden zijn, zich op artikel 100 A, lid 4, van het Verdrag hadden kunnen beroepen om met het oog op de volksgezondheid restrictievere nationale maatregelen te blijven toepassen. In de eerste plaats zij eraan herinnerd, dat deze procedure niet van toepassing kan zijn op aspecten van een maatregel die betrekking heeft op belemmeringen van de verrichting van diensten, waarvoor artikel 57, lid 2, van het Verdrag, en niet artikel 100 A, de specifieke rechtsgrondslag biedt. In ieder geval zou de hypothetische situatie die ik zojuist heb geschetst, heel anders zijn dan de situatie waarin de nationale voorschriften op de in artikel 3, lid 5, van de richtlijn genoemde gebieden niet zijn geharmoniseerd. In de eerste plaats is voor de toepassing van artikel 100 A, lid 4, een speciale bevestigingsprocedure nodig waarin het door de Commissie te nemen besluit op verzoek van de andere lidstaten rechterlijk kan worden getoetst.<sup>134</sup> De lidstaten kunnen niet eenzijdig handelen zonder goedkeuring van de Commissie.<sup>135</sup> Indien de Commissie bevestiging weigert, moet de aanmeldende lidstaat dit besluit laten nietig verklaren voordat hij kan handelen.<sup>136</sup> Indien zij een harmonisatierichtlijn bij het ontbreken van een dergelijke bevestiging niet tijdig implementeren, kan deze voor de nationale rechter rechtstreekse werking hebben.<sup>137</sup> Gezien al het bovenstaande kan niet zonder het nut van een gemeenschapsactie op grond van artikel 100 A van het Verdrag in veel situaties in twijfel te trekken, worden gesteld dat enige vorm van geharmoniseerde — volledige of voorwaardelijke — liberalisering van de in artikel 3,

lid 5, van de richtlijn genoemde gebieden onvermijdelijk zou hebben geleid tot een vergelijkbaar resultaat als dat wat door de richtlijn is ontstaan.

113. Uit het voorgaande blijkt mij duidelijk, dat de reclamerichtlijn geen belemmeringen wegneemt voor de handel in diensten die inhoudelijk uitsluitend de reclame of sponsoring van tabaksproducten dienen — met inbegrip van diensten met tastbare uitingen in de vorm van goederen zoals gedrukte brochures, folders of affiches en de dienstelementen van gratis uitreiking van tabaksproducten. De enige werking van de richtlijn binnen haar ruime werkingssfeer is het verbod op de handel in de betrokken diensten. Er zijn geen compenserende voordelen voor ondernemingen die dergelijke diensten produceren of leveren. Bestaande belemmeringen als gevolg van uiteenlopende nationale voorschriften blijven bestaan op gebieden die niet onder de richtlijn vallen. Hoewel dit doel niet uitdrukkelijk wordt vermeld, blijkt zowel uit de inhoud van de richtlijn als uit het aanvullende doel om rekening te houden met de gezondheidsbescherming van individuen<sup>138</sup>, dat zij is bedoeld om de handel in de betrokken diensten radicaal terug te dringen, of dat een dergelijk resultaat op zijn minst onvermijdelijk is. Uit juridisch oogpunt kan van een maatregel waarvan de enige werking een verbod van een economische activiteit is, naar mijn mening niet worden gezegd dat deze de handelsbelemmeringen *die deze activiteit betreffen*, wegneemt. Ik concludeer hieruit, dat de gemeenschapswetgever zich kennelijk heeft vergist of zijn bevoegdheid kennelijk heeft

134 — Zie arrest van 17 mei 1994, Frankrijk/Commissie (C-41/93, Jurispr. blz. I-1829).

135 — Arrest van 1 juni 1999, Kortas (C-319/97, Jurispr. blz. I-3143, punten 28 en 36).

136 — Arrest Kortas, reeds aangehaald, punt 27. Zie bijvoorbeeld de aanhangige zaken Duitsland/Commissie (C-512/99) en Denemarken/Commissie (C-3/00).

137 — Arrest Kortas, reeds aangehaald, punt 22.

138 — Zie de vierde overweging van de considerans van de richtlijn.

overschreden bij zijn beoordeling van de waarschijnlijke voordelen voor de het betrokken gebied actieve ondernemingen en voor de instelling en de werking van de interne markt.

114. Deze analyse zou anders zijn indien de reclamerichtlijn alleen betrekking zou hebben op de handel in die diensten en goederen die weliswaar als dragers van reclame en sponsoring dienen, maar ook andere functies en economische waarde hebben. Eén van die diensten is de grensoverschrijdende uitzending van radioprogramma's. De reden voor het verbod van aan tabak gerelateerde reclame of sponsoring van programma's op de radio is precies dezelfde als die voor het eerdere verbod daarvan op televisie. Een ander voorbeeld zijn sponsoringdiensten verricht door teams of door de sportorganisatie zelf, in rondreizende sporten zoals Formule-1 autoracen. Twee reeds genoemde uiteenlopende voorbeelden van relevante goederen zijn enerzijds kranten en tijdschriften en anderzijds replica-sportartikelen. In al deze gevallen kan de winstgevendheid van de activiteit weliswaar worden aangetast door het verbod op reclame en sponsoring voor tabaksproducten in de richtlijn, maar staat zeker niet vast dat de gemeenschapswetgever zich heeft vergist of zijn bevoegdheid heeft overschreden, door te concluderen dat het vrije verkeer of de grensoverschrijdende levering ervan zou worden vergemakkelijkt door eenvormige voorschriften voor de inhoud van reclame en sponsoring die daadwerkelijke of potentiële beperkingen

als gevolg van uiteenlopende nationale regelingen wegnamen.<sup>139</sup>

115. Dezelfde analyse geldt mutatis mutandis voor het verbod op grond van artikel 3, lid 3, sub b, van de richtlijn, op reclame en sponsoring ten behoeve van niet-tabaksproducten met namen, merken, symbolen of andere onderscheidende tekens die voor tabaksproducten worden gebruikt (diversificatieproducten). Ingewikkelder is de situatie bij reclame voor goederen en diensten die vóór 30 juli 1998 reeds te goeder trouw in de handel werden gebracht of aangeboden onder een merknaam die ook voor tabaksproducten werd gebruikt.<sup>140</sup> Lidstaten kunnen op grond van artikel 3, lid 2, van de reclamerichtlijn toelaten dat die merknaam wordt gebruikt voor reclame voor die goederen of diensten. Daardoor zijn de voorschriften voor de verrichting van reclamediensten op dit gebied nog niet volledig geharmoniseerd. Er worden bepaalde voorwaarden voor het toestaan van dergelijke reclame opgelegd — dat de merknaam wordt gebruikt in een duidelijk andere presentatievorm dan die waarin hij voor het tabaksproduct gebruikt wordt, met uitsluiting van enig ander onderscheidend teken dat reeds voor een tabaksproduct gebruikt wordt — maar dit dient alleen om alle niet-toegelaten vormen van verkoopbevordering te verbieden, zonder aandacht te besteden aan verschillen in de nationale voorschriften betreffende deze vormen van reclame voor de betrokken producten en diensten die buiten dat verbod vallen. Aldus vormt deze bepaling een merkwaardige combinatie van de voorkeur

139 — Zie bijvoorbeeld artikel 5 van het eerste richtlijnvoorstel dat aan de vaststelling van de reclamerichtlijn voorafging en dat de lidstaten verbood om de handel in door het voorstel toegestane publicaties te beperken.

140 — In artikel 3, lid 2, van de richtlijn wordt niet over sponsoring gesproken.

voor enerzijds een verbod en anderzijds voor niet-harmonisatie die de hele regeling kenmerkt. Aangezien de lidstaten vrij blijven om reclame die aan de bovengenoemde voorwaarde betreffende merkdifferentiatie voldoet, toe te staan of te verbieden, draagt deze bepaling zelfs niet bij tot het wegnemen van belemmeringen voor grensoverschrijdende dienstverrichtingen en handel in goederen die niet uitsluitend media voor tabaksreclame zijn, zoals radio en kranten. Bovendien betekent het feit dat artikel 3, lid 2, een extra uitzondering op een door het gemeenschapsrecht ingesteld verbod creëert, waarschijnlijk dat de daaruit voortkomende verschillen tussen nationale wetten aan een toetsing aan de artikelen 30 en 59 van het Verdrag ontsnappen. Ik concludeer daaruit, dat de bepaling op geen enkele wijze bijdraagt tot het wegnemen van belemmeringen van de handel in goederen en diensten die samenhangen met reclame voor tabaksproducten en dat de artikelen 57, lid 2, en 100 A van het Verdrag daardoor geen juiste rechtsgrondslagen voor de vaststelling ervan vormen.

116. Bijzondere aandacht verdient ook artikel 3, lid 3, sub a, van de reclamerichtlijn. Op grond van deze bepaling moeten de lidstaten er zorg voor dragen dat geen enkel tabaksproduct de naam, het merk, het symbool of enig ander onderscheidend teken van een ander product of een andere dienst draagt, tenzij dit tabaksproduct reeds op die basis in de handel was vóór 30 juli 2001, de datum waarop de richtlijn in de nationale wetgeving moet zijn omgezet. Het doel van deze bepaling blijkt niet

onmiddellijk uit de overwegingen in de considerans van de richtlijn, aangezien deze nergens specifiek wordt genoemd. Een dergelijk naamgeving van tabaksproducten valt als zodanig zelfs niet onder de ruime definitie van reclame in artikel 2, lid 2, van de richtlijn. Hoogstens kan worden gezegd dat artikel 3, lid 3, sub a, moet verhinderen dat tabaksproducten indirect profiteren van onbeperkte reclame voor niet-tabaksproducten waarmee ze door omgekeerde diversificatie de merknaam gemeen hebben.<sup>141</sup> Dit kon relevant zijn voor de interne markt voor reclamediensdiensten en media in het algemeen, indien het artikel was bedoeld voor het voorkomen van uiteenlopende nationale voorschriften over de toelating van reclame voor niet-tabaksproducten die op deze wijze een merk delen, maar dit doel is door de gemeenschapswetgever niet genoemd en blijkt ook niet op andere wijze. De bepaling lijkt geen rechtstreeks verband te hebben met het bereiken van de interne markt voor diensten en goederen die verband houden met reclame en sponsoring voor tabaksproducten; voor deze economische activiteit geldt, zoals we hebben gezien, een verbod met zeer weinig uitzonderingen, ongeacht het merk van de betrokken tabaksproducten. Ik concludeer dan ook dat de gemeenschapswetgever, gezien de internemarkt doelstellingen waarop hij zich beroept, niet bevoegd was om artikel 3, lid 3, sub a, van de richtlijn vast te stellen op basis van de artikelen 57, lid 2, en 100 A van het Verdrag.

141 — Het is ook een geharmoniseerd voorschrift voor een product betreffende de presentatie ervan, dat relevant kan zijn voor het vrije verkeer van tabaksproducten in de Gemeenschap, maar zoals we hebben gezien, maakt dit geen deel uit van de doelstellingen van de richtlijn. Gezien de parallelle volksgezondheidsdoelstelling van de richtlijn, die met name in de vierde overweging wordt genoemd, is het moeilijk voor te stellen dat de richtlijn de handel in tabaksproducten beoogt te vergemakkelijken.

## Verstoring van de mededinging

117. Nu kom ik toe aan de vraag of de richtlijn de verstoringen van de mededinging wegneemt die het gevolg zijn van de toepassing van uiteenlopende nationale voorschriften op tabakspromoting in een andere vorm dan via niet-uitsluitende reclamemedia. Ik ga niet meer in op de positie van niet-uitsluitende reclamemedia en sponsoringdraggers zoals radioprogramma's, kranten en reizende sport- en kunst-evenementen, sportteams, orkesten enzovoort, aangezien ik reeds heb geconcludeerd dat de gemeenschapswetgever om de genoemde redenen op grond van de artikelen 57, lid 2, en 100 A van het Verdrag bevoegd zou zijn geweest om reclame en sponsoring voor tabaksproducten in zulke gevallen te verbieden. Ik beperk mijn opmerkingen ook tot de werking van het in artikel 3, lid 1, van de richtlijn opgenomen centrale verbod op reclame en sponsoring voor tabaksproducten. De werking van artikel 3, leden 2 en 3, kan men uit deze analyse afleiden, zoals ik zelf al heb gedaan met betrekking tot het wegnemen van handelsbelemmeringen.

118. Ik herinner nogmaals aan mijn hierboven getrokken conclusies, dat de bevoegdheid van de Gemeenschap op

grond van artikel 100 A van het Verdrag om nationale voorschriften te harmoniseren met het oog op een onverstoorde mededinging, is beperkt tot maatregelen die meer dan alleen bijkomstig voorwaarden in een specifieke sector betreffen<sup>142</sup> en dat de economische sector waarop de reclamerichtlijn is gericht, die van reclame en sponsoring voor tabaksproducten en de aanverwante handel in mediaproducten is.<sup>143</sup> Er hoeft dus niet te worden onderzocht óf, dan wel hoe, de mededinging in de betrokken sector was verstoord, dan wel of zulke verstoringen merkbaar waren of een andere toepasselijke drempel overschreden. Naar mijn oordeel kan van de richtlijn eenvoudigweg niet worden gezegd dat zij bijdraagt tot de onderlinge aanpassing van de concurrentievoorwaarden in de betrokken sector, om de eenvoudige, hierboven uiteengezette reden, dat de richtlijn de betrokken sector voor een zeer groot deel opheft en, voor zover dit niet het geval is, geen harmonisatie van voorwaarden bereikt.

119. Ik wijs iedere suggestie af, dat zelfs indien lidstaten uiteenlopende voorschriften kunnen blijven vaststellen over de vormen van reclame die op grond van artikel 3, lid 5, van de richtlijn worden uitgezonderd, de mededinging op deze gebieden niettemin grotendeels is geharmoniseerd doordat alle adverteerders van de verboden gebieden worden uitgesloten. Dit argument gaat uit van potentiële gevolgen voor de mededinging bij de uitgezonderde

142 — Zie de bespreking van het arrest Titaandioxide (aangehaald in voetnoot 51) en het arrest Afvalstoffen I (aangehaald in voetnoot 85), punt 91.

143 — Zie punten 99-102.

vormen van reclame — dat geen van de marktdeelnemers schaalvoordelen geniet doordat zij allen van een groot deel van de markt worden uitgesloten — welke gevolgen in het beste geval indirect en gering zijn. Het is irrelevant voor degenen die daadwerkelijk reclameruimte ter beschikking stellen — branchepublicaties, detailhandelaren en publicaties in derde landen — aangezien deze in ieder geval geen noodzakelijke band met de geboden media hebben. Wat de verrichters van algemene reclamediensten voor de tabaksbranche — zoals reclamebureaus — betreft, is de onderlinge aanpassing van voorwaarden in de overige activiteitengebieden door een simpel verbod van louter *nevenactiviteiten* slechts een zeer gering voordeel voor de mededinging. Het is naar mijn mening niet te vergelijken met geharmoniseerde regulering (met inbegrip van verboden) van de input, de output of de omgeving van een specifieke sector waarop eenvormige mededingingsvoorwaarden van toepassing zijn, zoals in de zaak Titaandioxide. Ik beschouw dit als een duidelijk geval voor de toepassing van de uitspraak in het arrest Afvalstoffen I<sup>144</sup>, dat zich aldus van de eerstgenoemde zaak onderscheidt, dat hoewel de betrokken wetgeving de werking van de interne markt betrof, deze werking niet voldoende was voor de toepassing van artikel 100 A van het Verdrag, aangezien de werking slechts bijkomstig was. Ik heb reeds gesuggereerd dat dit een geval was waarin de gevolgen van de maatregel voor de mededingingsvoorwaarden in de betrokken sectoren te gering waren om te worden vastgesteld op basis van artikel 100 A, zelfs indien een andere rechtsgrondslag ontbrak. In de onderhavige zaak neem ik hetzelfde standpunt in, waarbij artikel 129 van het Verdrag uiteraard niet een dergelijk alternatief biedt.

120. Hieruit volgt dat de gemeenschapswetgever een kennelijke fout heeft gemaakt, of zijn bevoegdheid kennelijk heeft overschreden, door de reclamerichtlijn voor te stellen als een maatregel tegen de verstoring van de mededinging in de sector van reclame en sponsoring voor tabaksproducten.

Gevolgen: ongeldigheid en scheidbaarheid

121. Ik ben tot de slotsom gekomen, dat de gemeenschapswetgever niet bevoegd was om de richtlijn vast te stellen op een van de door hem ingeroepen gronden — het wegnemen van belemmeringen van de handel in goederen en diensten of onderlinge aanpassing van concurrentievoorwaarden — voor zover het gaat om reclame in media die, in ieder afzonderlijk geval, uitsluitend reclame voor tabaksproducten bevatten. Indien het Hof aanvaardt dat de reclamerichtlijn niet rechtsgeldig is vastgesteld op de ervoor genoemde rechtsgrondslag, volgt uit artikel 174 EG-Verdrag (thans artikel 231 EG) dat „de betwiste handeling door het Hof van Justitie nietig [wordt] verklaard”.

122. Anderzijds zou de gemeenschapswetgever naar mijn mening — om de redenen van vrij verkeer die in de richtlijn worden genoemd — bevoegd zijn geweest tot het verbieden van reclame en sponsoring voor tabaksproducten via media die ook een andere, onafhankelijke, inhoud hebben en die een eigen diensten- of handelselement hebben, zoals kranten en radioprogramma's. Welke gevolgen heeft deze conclusie, zo zij wordt aanvaard, voor de beslissing

144 — Aangehaald in voetnoot 85, punten 18 en 19.

van het Hof in deze zaken? Het Hof kan ongetwijfeld een deel van de maatregel nietig verklaren, zoals het vaak doet. Het Hof heeft geen algemene richtsnoeren over de scheidbaarheid van de geldige en de ongeldige gedeelten van een wettelijke maatregel vastgesteld. Het schijnt mij echter toe, dat het Hof de weg van gedeeltelijke nietigverklaring heeft gekozen wanneer aan twee voorwaarden is voldaan: wanneer in de eerste plaats een bijzondere bepaling op zichzelf kan staan en daarom zonder wijziging van de rest van de tekst daarvan kan worden gescheiden, en in de tweede plaats de nietigverklaring van die bepaling de onderlinge samenhang van de regeling waarvan zij deel uitmaakt, niet aantast.

123. Het arrest *Arbeidstijd*<sup>145</sup> geeft een bruikbaar voorbeeld. Het Hof verklaarde de tweede zin van artikel 5 van richtlijn 93/104/EG van 23 november 1993 betreffende bepaalde aspecten van de organisatie van de arbeidstijd<sup>146</sup> nietig, waarin de zondag in principe als wekelijkse rustdag werd gekozen. Deze zin werd juist nietig verklaard omdat de Raad niet had vermeld waarom rust op deze dag een nauwer verband zou hebben met de gezondheid en de veiligheid van de werknemers — het doel van de betwiste richtlijn — dan een andere dag van de week. Het Hof vermeldde uitdrukkelijk dat deze zin van de andere bepalingen kon worden losgemaakt en het was duidelijk niet van mening dat de verwijdering ervan de opzet van de regeling zou aantasten, aangezien de

bepaling geen verband hield met de doelstelling van de regeling.

124. Het Hof heeft de kwestie van de gedeeltelijke nietigverklaring ook buiten de context van de wetgeving genoemd. In het arrest *Consten en Grundig* stelde het Hof bijvoorbeeld dat de Commissie in het betrokken geval in de bestreden beschikking geen redenen had gegeven om een hele overeenkomst tussen ondernemingen als mededingingsverstoring te verbieden, en niet slechts bepaalde delen die er geen onverbreekelijk geheel mee vormen, maar verklaarde het ook dat een dergelijke verbod kon gelden „voor de overeenkomst in haar geheel — indien deze delen met de overeenkomst zelve een onverbreekelijk geheel vormen”.<sup>147</sup> In het arrest *Transocean Marine Paint/Commissie* verklaarde het Hof alleen de bepaling van een ruimere beschikking van de Commissie die door de benadeelde handelsvereniging was aangevochten, nietig, hoe belangrijk het onderwerp ervan ook was, omdat zij van de overige bepalingen kon worden losgemaakt en omdat de beschikking, in haar geheel genomen, in het belang van de betrokken ondernemingen was.<sup>148</sup> Dit betekent naar mijn mening dat het Hof lette op de samenhang van de overblijvende bepalingen nadat het voor een slechts gedeeltelijke nietigverklaring had gekozen.

125. Nuttige aanwijzingen voor de kwestie van de samenhang van een wettelijke bepaling zijn naar mijn mening ook te vinden in de rechtsstelsels waar de rechterlijke instan-

145 — Aangehaald in voetnoot 80, punt 37.

146 — PB L 307, blz. 18.

147 — Arrest van 13 juli 1966 (56/64 en 58/64, Jurispr. blz. 449, op blz. 518).

148 — Arrest van 23 oktober 1974 (17/74, Jurispr. blz. 1063, punt 21).

ties bevoegd zijn om wetten nietig te verklaren op grond van bepalingen van een geschreven grondwet.

126. De Ierse Supreme Court verklaarde het volgende:

„Er bestaat een vermoeden dat een wet of een verordening niet slechts als geheel grondwettig kan zijn. Dit vermoeden is echter weerlegbaar (...) Indien het overblijvende gedeelte zo onverbrekkelijk met het nietig verklaarde gedeelte is verbonden, dat het niet onafhankelijk kan voortbestaan, of indien dit gedeelte niet met de bedoeling van de wetgever overeenkomt, wordt het overblijvende gedeelte niet afgescheiden en wordt er geen grondwettelijke geldigheid aan gegeven. Het gaat in wezen om de uitlegging van de wil van de wetgever in het licht van de relevante constitutionele bepalingen. (...) Indien de rechter een gedeelte van de wettelijke bepaling als ongrondwettig afsplitst, en het resterende gedeelte geldig verklaart *en daarmee een gevolg beoogt dat in strijd is met het beleid van de wetgever*, zou hij een uitsluitende bevoegdheid van de wetgever schenden en aldus zijn bevoegdheid overschrijden.”<sup>149</sup>

In de Supreme Court van de Verenigde Staten verklaarde rechter Brandeis in de zaak Lynch/US:

„Het is waar dat een wet die gedeeltelijk ongrondwettig is, niet noodzakelijkerwijze

geheel nietig is. Een in het kader van de wetgevende bevoegdheid vastgestelde bepaling kan behouden blijven, indien zij van het ongrondwettige gedeelte kan worden afgescheiden. Maar geen bepaling, hoe weinig er op zichzelf op aan te merken is, kan worden gehandhaafd indien niet duidelijk is dat de bepaling zelfstandig rechtsgeldig kan zijn en dat de wetgever de bedoeling had, de onberispelijke bepaling te handhaven indien de andere, als ongrondwettig beschouwde bepalingen nietig worden verklaard.”<sup>150</sup>

Ik pleit ervoor, dat een dergelijke benadering uitdrukkelijk in het gemeenschapsrecht wordt vastgelegd.

127. In de onderhavige zaken is aan geen van de hierboven genoemde voorwaarden voldaan. In de eerste plaats is een mogelijk gerechtvaardigd reclameverbod in bepaalde media niet terug te vinden in aparte, afscheidbare bewoordingen in de reclamerichtlijn. Artikel 2, leden 1 en 2, van de richtlijn geeft een algemene definitie van reclame en sponsoring en artikel 3, lid 1, bevat een algemeen en veelomvattend verbod op al deze reclame en sponsoring. Specifieke reclame- of sponsoringmedia worden alleen in verband met de bijzondere behandeling in artikel 3, lid 5, genoemd. Iedere gedeeltelijke nietigverklaring door het Hof zou dan ook neerkomen op een creatieve herschrijving van de maatregel bij wege van uitlegging. Er is geen duidelijk

149 — Maher/Attorney General, IR 1973, 140.

150 — 292 US 571 (1934). Blijkbaar houden de gerechten van de Verenigde Staten zich niet aan de eerste bovenvermelde voorwaarde, volgens welke zij een algemeen toepasselijke wet of wettelijke bepaling voor bepaalde toepassingen nietig kunnen verklaren en voor andere toepassingen niet. Hun engagement om zich aan de wil van de wetgever te houden, geldt des te meer nu de afscheidbaarheid van wettelijke bepalingen strikter wordt benaderd.



scheidbare bepaling die als zodanig kan worden nietig verklaard.

128. In de tweede plaats zouden de resterende delen slechts een gedeelte zijn van het voorwerp van het verbod dat de gemeenschapswetgever duidelijk in algemene termen heeft willen uitvaardigen. Het Hof zou de hele boom omhakken maar proberen een paar takken te redden, in weerwil van het feit dat in de achtste overweging van de considerans van de richtlijn wordt gewezen op de interdependentie tussen alle vormen van reclame en op het risico van verstoring van de mededinging tussen deze vormen. Wat hier ook van zij, uit deze overweging en uit de artikelen 2, lid 2, en 3, lid 1, blijkt duidelijk dat de gemeenschapswetgever (met de in artikel 3, leden 2 en 5, vastgelegde uitzonderingen) een maatregel van algemene en ongedifferentieerde toepassing voor ogen had, en niet een maatregel die was toegesneden op de bijzonderheden van bepaalde reclamemedia of sponsoringdiensten. Iedere poging van het Hof om de richtlijn te herschrijven zou ook in strijd zijn met de rechtszekerheid: het zou bijzonder moeilijk zijn om voor de gedeelten van het reclameverbod die behouden moeten blijven (ervan uitgaande dat zij niet om een van de andere in deze zaken aangevoerde gronden nietig moeten worden verklaard), een juiste formulering te vinden, aangezien deze in de richtlijn niet voorkomt.

129. Ik geeft het Hof daarom in overweging, de reclamerichtlijn in haar geheel nietig te verklaren.

130. Ik ben genoodzaakt, de overige door verzoekers aangevoerde gronden voor nietigverklaring beknopter te bespreken dan de hoofdvraag. Ik kan niet voorzien welke benadering het Hof zal kiezen indien het mijn eerste conclusie verwerpt. Dit geldt in het bijzonder voor de evenredigheid, waarvoor anders veel verschillende alternatieve hypothesen zou moeten worden overwogen.

## ii) *Subsidiariteit*

131. Hoewel er een verband bestaat tussen rechtsgrondslag en subsidiariteit, is de gestelde vraag verschillend. Het gaat er niet om, of de Gemeenschap bevoegd was om de betwiste maatregel vast te stellen, maar of zij deze bevoegdheid had moeten uitoefenen.<sup>151</sup>

132. Het subsidiariteitsbeginsel dook voor het eerst in het Verdrag op in het beperkte verband van de nieuwe bevoegdheid van de Gemeenschap op milieugebied, die met de Europese Akte is ingevoerd.<sup>152</sup> Meer in het algemeen is het bij het Verdrag betreffende

151 — Zie voor een soortgelijke maar niet identieke analyse, de conclusie van advocaat-generaal Léger bij het arrest *Arbeidstijd*, aangehaald in voetnoot 80, punten 126 en 127.

152 — Artikel 130 R, lid 4, van het EEG-Verdrag luidde: „Op milieugebied treedt de Gemeenschap op wanneer de (...) doelstellingen beter op het niveau van de Gemeenschap dan op dat van de lidstaten afzonderlijk kunnen worden verwezenlijkt.” Deze bepaling is bij de inwerkingtreding van het Verdrag betreffende de Europese Unie op 1 november 1993 ingetrokken.

de Europese Unie ingevoerd in artikel 3 B EG-Verdrag. De tweede alinea van artikel 3 B luidt:

„Op gebieden die niet onder haar exclusieve bevoegdheid vallen, treedt de Gemeenschap, overeenkomstig het subsidiariteitsbeginsel, slechts op indien en voorzover de doelstellingen van het overwogen optreden niet voldoende door de lidstaten kunnen worden verwezenlijkt en derhalve vanwege de omvang of de gevolgen van het overwogen optreden beter door de Gemeenschap kunnen worden verwezenlijkt.”

133. Het beginsel betreft alleen de keuze tussen een optreden door de Gemeenschap of door de lidstaten. Om deze reden alleen al<sup>153</sup> is het hoogstens een gedeeltelijke weergave van de in de preambule en artikel A van het Verdrag betreffende de Europese Unie (thans, na wijziging, artikel 1 EU) geformuleerde wens, dat „de besluiten zo dicht mogelijk bij de burger worden genomen”. Bij een optreden door de lidstaten is de vraag hoe dicht bij de burger een besluit wordt genomen, afhankelijk van de grondwet en de interne procedures van de betrokken lidstaat. Om dezelfde reden lijkt het mij niet nuttig, te spreken over de inhoud of de toepassing van de ruimere stelling dat het een verstoring van de juiste orde is, „datgene, wat door kleine lichamen van ondergeschikte

rang kan verricht en verschaft worden, over te dragen op grotere van hogere orde”.<sup>154</sup> Om deze en één bijkomende reden zal mijn bespreking van het subsidiariteitsbeginsel zeer beperkt zijn.

134. De onderhavige zaken betreffen de juridische reikwijdte en de toepasselijkheid van het in het EG-Verdrag neergelegde beginsel. Dit is gedefinieerd en beperkt door de eerste woorden van artikel 3 B, tweede alinea: „Op gebieden die niet onder haar exclusieve bevoegdheid vallen (...)”.

135. De toepassing van het beginsel in de onderhavige zaken hangt af van de vraag of harmonisatie overeenkomstig de artikelen 57, lid 2, en 100 A van het Verdrag onder de uitsluitende bevoegdheid van de Gemeenschap valt. Indien dat het geval is, is het beginsel niet van toepassing. Anderzijds lijken de verzoekers in beide zaken ervan uit te gaan, dat de rechtsgrondslag waarop de richtlijn is vastgesteld, niet onder de uitsluitende bevoegdheid van de Gemeenschap viel. Indien die veronderstelling onjuist is, zoals ik denk, behoeft niet te worden nagegaan of er in feite aan het beginsel is voldaan.

153 — Artikel L van het Verdrag betreffende de Europese Unie (thans, na wijziging, artikel 46 EU) noemt noch artikel A, noch artikel B van het Verdrag betreffende de Europese Unie (thans, na wijziging, artikel 2 EU) op grond waarvan de Unie zich aan het subsidiariteitsbeginsel moet houden, als voorschriften met betrekking waartoe het Hof bevoegd is.

154 — Pauselijke Encycloek, Quadragesimo Anno (1931), punt 79.

136. Om te beginnen bespreek ik het karakter van de harmonisatie van nationale voorschriften. Ik stem in met het argument dat ter terechtzitting met nadruk door het Parlement naar voren is gebracht, dat de lidstaten elkaars wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen op gebieden die binnen de werkingssfeer van het Verdrag vallen, eenvoudigweg niet kunnen harmoniseren. Individueel optreden is logischerwijze uitgesloten en gezamenlijk optreden door de 15 lidstaten (bijvoorbeeld door middel van een volkenrechtelijk verdrag) is naar mijn mening om juridische redenen, met name op grond van artikel 5 EG-Verdrag (thans artikel 10 EG) uitgesloten.<sup>155</sup> Zo heeft het Hof in het arrest *Arbeidstijd* in een passage waarop ik hierna nog zal ingaan, verklaard dat zodra harmonisatie van de voorwaarden noodzakelijk is op grond van artikel 118 A EG-Verdrag (de artikelen 117-120 EG-Verdrag zijn vervangen door de artikelen 136 EG-143 EG), dit „slechts mogelijk [is] door een actie op communautair niveau”.<sup>156</sup>

137. Dit betekent niet dat het subsidiariteitsbeginsel niet van toepassing is bij de uitoefening van *ratione materiae* aan de

155 — Ik doel hier niet op de rechtmatigheid van coördinatie op deze gebieden tussen een kleiner aantal lidstaten, aangezien dat geen alternatief voor harmonisatie op communautair niveau voor de hele Gemeenschap vormt; zie voor een bijzonder geval, artikel 233 EG-Verdrag (thans artikel 306 EG). Om dezelfde reden ga ik niet in op de kwestie van externe verplichtingen van lidstaten jegens derde landen, die voor zover de Gemeenschap intern nog niet is opgetreden, wellicht moet worden beoordeeld met inachtneming van de beperktere externe bevoegdheid van de Gemeenschap.

156 — Aangehaald in voetnoot 80, punt 47. Zie ook de opmerking in punt 129 van de conclusie van advocaat-generaal Léger in die zaak, dat voor harmonisatie „een actie op supranationaal niveau nodig is”.

Gemeenschap toegekende bevoegdheden, waarvan het doel is, bepaalde resultaten op het betrokken gebied te bereiken, zoals behoud, bescherming en verbetering van de kwaliteit van het milieu.<sup>157</sup> Hoewel de Gemeenschap op die gebieden een uitsluitende bevoegdheid heeft om harmonisatiemaatregelen vast te stellen, is deze bevoegdheid niet verleend met het expliciete doel om eenvormigheid te bereiken.<sup>158</sup> De vaststelling van uniforme gemeenschapsvoorschriften is integendeel voorgeschreven om bepaalde materiële doelstellingen te bereiken die ook door de lidstaten bij de uitoefening van hun eigen bevoegdheden worden nagestreefd. In deze zin zijn de *materiële* bevoegdheid van de Gemeenschap en die van de lidstaten concurrerend. Er kan worden gekozen tussen een optreden door de Gemeenschap en door de lidstaten om dezelfde doelen te bereiken. Het subsidiariteitsbeginsel is van toepassing, maar hieraan lijkt te zijn voldaan wanneer is aangetoond dat er gemeenschappelijke geharmoniseerde maatregelen moeten worden vastgesteld, hetgeen alleen op gemeenschapsniveau kan gebeuren.

138. Zo stelde het Hof in het arrest *Arbeidstijd* dat de in artikel 3 B van het Verdrag vastgelegde tweede voorwaarde om aan het subsidiariteitsbeginsel te voldoen, namelijk dat de betrokken doelstellingen beter op gemeenschapsniveau dan op

157 — Artikel 130 R, lid 1, eerste alinea, EG-Verdrag.

158 — Ik ga hier niet in op materiële bevoegdheden die de vaststelling van een gemeenschappelijk beleid inhouden. Onderstaande analyse van het uitsluitende karakter van de internemarktbevoegdheden van de Gemeenschap kan hiervoor van meer belang zijn.

nationaal niveau kunnen worden verwezenlijkt, was vervuld doordat de gemeenschapsactie noodzakelijk was.<sup>159</sup> Het Hof verklaarde:

„Dienaangaande moet worden vastgesteld, dat artikel 118 A de Raad opdraagt om minimumvoorschriften vast te stellen, ten einde door middel van harmonisatie bij te dragen tot de verwezenlijking van de doelstelling van de verhoging van de graad van bescherming van de veiligheid en de gezondheid van de werknemers, waarvoor op grond van lid 1 van die bepaling in de eerste plaats de lidstaten verantwoordelijk zijn. Zodra de Raad heeft vastgesteld dat de huidige graad van bescherming van de veiligheid en de gezondheid van de werknemers moet worden verbeterd en dat de op dit gebied bestaande omstandigheden op de weg van de vooruitgang moeten worden geharmoniseerd, is de verwezenlijking van een dergelijke doelstelling door middel van minimumvoorschriften slechts mogelijk door een actie op communautair niveau, die overigens, gelijk in casu, de vaststelling van de noodzakelijke uitvoeringsbepalingen grotendeels aan de lidstaten overlaat.”<sup>160</sup>

139. Het arrest *Arbeidstijd* betrof een gebied van gedeelde bevoegdheid, zodat

159 — Aangehaald in voetnoot 80, punt 55. Zie ook de conclusie van advocaat-generaal Léger in die zaak, punt 131. De verzoeker in die zaak deed een zekere verwarring ontstaan door het subsidiariteitsbeginsel niet als nietigheidsmiddel aan te voeren, maar er in zijn argumenten wel regelmatig een beroep op te doen (zie de conclusie van advocaat-generaal Léger, punt 124, en punt 46 van het arrest); het Hof lijkt de kwestie echter te hebben behandeld alsof deze was opgeworpen.

160 — *Ibidem*, punt 47.

het Hof het begrip „uitsluitende bevoegdheid” niet behoefde uit te leggen. De zaak ligt anders en naar mijn mening duidelijker bij de uitoefening van de bevoegdheid van de Gemeenschap om harmonisatiemaatregelen vast te stellen teneinde de doelstellingen van de interne markt te bereiken. Ik heb reeds uitgelegd, dat de artikelen 57, lid 2, en 100 A van het Verdrag een algemene gemeenschapsbevoegdheid van horizontale, functionele aard scheppen.<sup>161</sup> Wanneer uiteenlopende nationale voorschriften leiden tot belemmeringen van de handel in goederen of de verrichting van diensten of tot verstoringen van de mededinging, heeft de Gemeenschap belang bij het bereiken van eenvormigheid van handelsvoorwaarden, hetgeen iets heel anders is dan haar belang bij de wezenlijke inhoud van de vastgestelde eenvormige voorschriften. De coördinatie of onderlinge aanpassing van nationale voorschriften die economische activiteiten raken, is het wezen zelf van deze bevoegdheden, *mits* deze de doelstellingen van de interne markt dient, en is niet slechts een instrument om een apart, materieel omschreven doel te bereiken. Het is duidelijk dat alleen de Gemeenschap maatregelen kan vaststellen die aan deze eisen voldoen. De lidstaten kunnen proberen, sommige gevolgen van de uiteenlopende wetten op te heffen door bijvoorbeeld bepalingen betreffende wederzijdse erkenning in te voeren, maar zij kunnen zelf geen eenvormigheid op het betrokken gebied bereiken. Dat de lidstaten bevoegd zijn op een inhoudelijk gebied dat door internemarktmaatregelen kan worden geraakt, zoals dat van gezondheidsbescherming, impliceert niet dat de internemarktbevoegdheden van de Gemeenschap ermee concurreren. Net zoals de nagestreefde

161 — Zie punten 62-66.

doelstellingen van een andere orde zijn <sup>162</sup>, zijn ook de onderliggende bevoegdheden dat. <sup>163</sup>

140. Advocaat-generaal Léger heeft in de zaak Depositogaranties dezelfde benaderingswijze gekozen. Hij merkte op, dat artikel 57 van het Verdrag — de rechtsgrondslag van de in die zaak betwiste richtlijn — nergens de bevoegdheid van de lidstaten vermeldt en dat die bepaling „de coördinatie van de op dit gebied bestaande nationale normen uitsluitend aan de Gemeenschap toe[vertrouwt], hetgeen aantoon, dat *vanaf het begin* de auteurs van het Verdrag van mening waren, dat de coördinatie inzake de toegang tot werkzaamheden, anders dan in loondienst, en de uitoefening daarvan beter door een communautaire maatregel dan door een nationale maatregel kon worden bereikt”. <sup>164</sup> Daarom is de zaak Depositogaranties voor de onderhavige zaken wellicht relevanter dan de zaak Arbeidstijd, die een gedeelde materiële bevoegdheid betrof.

141. Duitsland heeft betoogd dat het Hof zich niet heeft uitgesproken over de kwestie van de uitsluitende bevoegdheid, en de

advocaat-generaal op dit punt niet heeft gevolgd. Dit standpunt berust echter op een verkeerde uitlegging van het arrest. Het Hof heeft duidelijk verklaard, dat Duitsland in die zaak niet stelde dat de betwiste richtlijn tegen het subsidiariteitsbeginsel indruiste, „maar de gemeenschapswetgever enkel verwijt dat hij niet heeft aangegeven om welke redenen zijn optreden met dit beginsel strookt”. <sup>165</sup> Het argument betrof met andere woorden niet de inachtneming van het beginsel op zichzelf, maar de motiveringsplicht. Het arrest moet in deze context worden uitgelegd. Bovendien heeft het Hof aan zijn oordeel dat aan de motiveringsplicht was voldaan, de woorden „in elk geval” toegevoegd. <sup>166</sup> Aldus heeft het Hof slechts verklaard, dat de gegeven motivering voldoende was, *ongeacht* of het subsidiariteitsbeginsel van toepassing was, en niet, zoals wordt beweerd, dat het beginsel daadwerkelijk van toepassing was. Het Hof had volstrekt het recht, zich niet uit te spreken over een kwestie van aanzienlijk grondwettelijk belang, die in de stukken bovendien slechts terloops aan de orde was gesteld. Zijn oordeel kan daarom niet als precedent voor de onderhavige zaak worden beschouwd.

142. Ik concludeer dan ook, dat de uitoefening van de gemeenschapsbevoegdheid op grond van de artikelen 57, lid 2, en 100 A van het Verdrag een uitsluitend karakter heeft en dat het subsidiariteitsbeginsel niet van toepassing is. Er kan geen „vergelijkende doelmatigheidstest” worden gehouden tussen een mogelijke actie door de lidstaten of door de Gemeenschap. Indien dit wel zo was, zouden er nog

162 — Zie punt 69.

163 — Daarom wordt de eigen bevoegdheid van de lidstaten op gezondheidsgebied niet beperkt door het uitsluitende karakter van de gemeenschapsbevoegdheid om harmonisatiemaatregelen met het oog op de doelstellingen van de interne markt vast te stellen. Los van de vraag of is voldaan aan verdragsbepalingen zoals de artikelen 30 en 59, is de uitoefening van een nationale bevoegdheid op een gebied zoals de bescherming van de gezondheid alleen uitgesloten voor zover het de daadwerkelijk genomen internemarktmaatregelen kan raken. Zie de conclusie van advocaat-generaal Léger bij het arrest Depositogaranties, aangehaald in voetnoot 52, punt 85, en de omvangrijke rechtspraak over voorrang.

164 — Aangehaald in voetnoot 52, punt 82. In punt 86 verklaarde hij dat de Gemeenschap „niet handelt in het kader van een subsidiaire bevoegdheid, maar wel degelijk krachtens exclusieve bevoegdheden”.

165 — Ibidem, punt 24.

166 — Ibidem, punt 28.

moelijkere principiële vragen ontstaan. De vraag zou vooral zijn, hoe de relatieve voordelen van een door de Gemeenschap genomen harmonisatiemaatregel met het oog op de interne markt zouden moeten worden afgewogen tegen voorschriften van individuele lidstaten met betrekking tot volstrekt uiteenlopende substantiële nationale belangen.

143. Indien het Protocol betreffende de toepassing van het subsidiariteits- en het evenredigheidsbeginsel van kracht was geweest toen de reclamerichtlijn werd vastgesteld, zou dit mijn oordeel niet hebben veranderd. In het Protocol is met name bepaald dat het subsidiariteitsbeginsel „de bij het Verdrag aan de Europese Gemeenschap verleende bevoegdheden zoals uitgelegd door het Hof van Justitie, onverlet [laat]”.<sup>167</sup> Het Protocol herhaalt dat het „betrekking [heeft] op gebieden waarvoor de Gemeenschap geen exclusieve bevoegdheid heeft”.

144. Het kan inderdaad, zoals verzoekers hebben betoogd, verbazing wekken dat het subsidiariteitsbeginsel niet van toepassing is op een gebied dat door zijn aard met zich meebrengt dat de Gemeenschap bevoegd wordt op gebieden die anders onder de bevoegdheid van de lidstaten vallen. In de zaak Depositogaranties betoogde Duitsland dat „erkenning van een uitsluitende bevoegdheid van de Gemeenschap op het gebied van de interne markt erop zou neerkomen dat zij op bijna alle gebieden een dergelijke bevoegdheid zou hebben zodra de betrokken maatregel hinderpalen

voor de interne markt uit de weg ruimt”.<sup>168</sup> Advocaat-generaal Léger wees dit argument af en onderzocht gedetailleerd in welke opzichten een optreden van de lidstaten mogelijk blijft. Aangezien bovendien geen twijfel bestaat over de noodzaak om de instelling en de werking van de interne markt te verzekeren, kom ik tot de slotsom dat de rechterlijke toetsing van de objectieve criteria voor de vaststelling van maatregelen op deze rechtsgrondslagen tot op zekere hoogte de vrees wegneemt voor onnodige gemeenschapsmaatregelen op gebieden waar ook de lidstaten bevoegd zijn, die tot de opname van het subsidiariteitsbeginsel in het Verdrag heeft geleid.

145. Aangezien ik tot de slotsom ben gekomen dat het subsidiariteitsbeginsel niet van toepassing is, lijkt het mij niet noodzakelijk te onderzoeken of er in dit geval aan is voldaan. Daarom stel ik voor deze nietigheidgrond af te wijzen.

### iii) *Evenredigheid*

#### iv) *Schending van artikel 30 van het Verdrag*

#### v) *Schending van economische rechten*

146. Ik zal deze drie middelen gezamenlijk behandelen, omdat mijn betoog ten aanzien

167 — Punt 3 van het Protocol.

168 — Zie punt 79 van de conclusie van advocaat-generaal Léger, aangehaald in voetnoot 52.

van alle drie in wezen draait om de doeltreffendheid van de door de Gemeenschap nagestreefde internemarkt doelstellingen.

147. Artikel 3 B van het Verdrag vereist dat „het optreden van de Gemeenschap niet verder gaat dan wat nodig is om de doelstellingen van dit Verdrag te verwezenlijken”. In het arrest BSE heeft het Hof de volgende driedelige test voor de evenredigheid opgesteld:

„Volgens het evenredigheidsbeginsel (...) [mogen] handelingen van gemeenschapsinstellingen niet buiten de grenzen (...) treden van hetgeen geschikt en noodzakelijk is voor de verwezenlijking van de legitieme doelstellingen die met de betrokken regeling worden nagestreefd, met dien verstande dat, wanneer een keuze mogelijk is tussen meerdere geschikte maatregelen, die maatregel moet worden gekozen die de minste belasting met zich meebrengt, en dat de veroorzaakte nadelen niet onevenredig mogen zijn aan het nagestreefde doel.”<sup>169</sup>

148. Deze test kan zowel worden gebruikt om te bepalen of de reclamerichtlijn in overeenstemming is met het algemene gemeenschapsrechtelijke evenredigheidsbeginsel, waarom het mij hier nu gaat, als om te beoordelen of zij de uitoefening van grondrechten zoals de vrijheid van

meningsuiting rechtmatig beperkt.<sup>170</sup> Deze test zal wegens de verschillende factoren die worden afgewogen, echter niet noodzakelijkerwijze in beide kaders tot dezelfde resultaten leiden.

149. Uit mijn betoog tot dusver volgt, dat de gemeenschapswetgever volstrekt het recht heeft om tegelijkertijd internemarkt doelstellingen en volksgezondheidsdoelstellingen na te streven. De rechtsgrondslag van de reclamerichtlijn behoeft dus niet in twijfel te worden getrokken, indien bescherming van de gezondheid een rol speelt in het onderzoek naar de evenredigheid van die maatregel.<sup>171</sup> De theoretische mogelijkheid om minder beperkende internemarktmaatregelen vast te stellen, bijvoorbeeld de verplichting om nationale beperkingen op de tabakspromoting op te heffen, is daarom niet bruikbaar om aan te tonen dat de richtlijn niet de minst restrictieve wijze is ter bereiking van de doelstellingen van de wetgever, omdat dan het parallelle doel ervan, namelijk bescherming van de gezondheid, buiten beschouwing zou blijven. Anderzijds is ook duidelijk, dat bescherming van de gezondheid niet onafhankelijk als doel kan dienen. Dus, hoe groot de gezondheidsvoordelen van een beperking van de meeste vormen van reclame ook mogen zijn, zelfs uitsluitend in een binnenlands kader, er zou enkel aan de eerste voorwaarde van evenredigheid worden voldaan, indien de richtlijn bijdraagt tot de verwezenlijking van internemarkt doelstellingen; anders zou zij moeten worden afgewezen, omdat niet is voldaan aan een wezenlijke doelstelling die bovendien een voorwaarde is voor de bevoegdheidsuitoefening. Bij de bespreking van de

169 — Aangehaald in voetnoot 119, punt 96; zie ook arrest van 13 november 1990, Fedesa e.a. (C-331/88, Jurispr. blz. I-4023; hierna: „arrest Fedesa”, punt 13).

170 — Zie bijvoorbeeld de analyse in de conclusie van advocaat-generaal Van Gerven in de zaak *Society for the Protection of Unborn Children Ireland* (arrest van 4 oktober 1991, C-159/90, Jurispr. blz. I-4683; hierna: „arrest Grogan”, punt 35).

171 — Zie punt 97.

rechtsgrondslag van de richtlijn hiervóór ging het mij om wat ik beschouw als de kennelijke dwaling van de gemeenschaps-wetgever met betrekking tot het verwezenlijken van het vrije verkeer van goederen en het vrij verrichten van diensten, of van onverstoorde mededinging op het gebied van reclame en sponsoring voor tabaksproducten. Daarom ook beschouw ik de richtlijn als een ondoeltreffend middel ter verwezenlijking van de nagestreefde doeleinden, zodat dus ook niet is voldaan aan het eerste element van de evenredigheidstest.<sup>172</sup> Mocht het Hof beslissen om mijn aanbeveling ten aanzien van het bevoegdheidsprobleem niet te volgen, omdat het anders oordeelt over de algemene bevoegdheidsregels of over de toepassing ervan, zou ik niettemin een beroep willen doen op mijn betoog over die kwestie om subsidiair aan te tonen, dat de richtlijn onevenredig is in de ruimere zin van dat begrip, omdat niet is voldaan aan het eerste van de drie evenredigheidsvereisten.<sup>173</sup> Het heeft geen zin om verder te speculeren over de verschillende mogelijke benaderingswijzen van het Hof bij het onderzoek van de ingewikkelde bevoegdheidsvraagstukken en de gevolgen ervan voor het probleem van de evenredigheid, aangezien dat er louter toe kan leiden, dat ik dan op basis van hypothetische standpunten werk, die uiteindelijk noch mijn eigen standpunt ten aanzien van het bevoegdheidsprobleem, noch die van het Hof vertegenwoordigen.

#### 150. Duitslands betoog met betrekking tot artikel 30 van het Verdrag voegt mijns

172 — In dit opzicht overlappen het bevoegdheids- en het evenredigheidsonderzoek elkaar; zie punt 97.

173 — Daarom hoeft niet te worden ingegaan op de evenredigheid in de enge zin van afweging van belangen, waarop de derde stap in de hierboven voorgestelde evenredigheidstest betrekking heeft.

inzien niets toe aan de reeds besproken punten. Ik ben niet volledig overtuigd van het nut dat het Hof beoordeelt of individuele internemarktmaatregelen van de Gemeenschap aan artikel 30 voldoen<sup>174</sup> wanneer, zoals reeds gezegd<sup>175</sup>, de bij die maatregelen opgelegde beperkingen noodzakelijke bestanddelen kunnen zijn van een handelsbevorderende regeling, waarbij tegelijkertijd bepaalde vereisten van algemeen belang in acht moeten worden genomen.<sup>176</sup> Niettemin, wanneer het Hof dat wel zou doen, dan blijkt uit het arrest in de zaak Kieffer en Thill<sup>177</sup>, dat het onderzoek van de evenredigheid van een kennelijke beperking van de handel in goederen in het licht van de interne markt of van een andere doelstelling van de maatregel identiek is aan het zojuist geschetste onderzoek, zodat de richtlijn ook om die reden nietig zou moeten worden verklaard.

151. Om dezelfde reden geef ik het Hof in overweging, de richtlijn nietig te verklaren wegens inbreuk op het eigendomsrecht en het recht van vrije uitoefening van beroepsactiviteiten. Zoals alle algemene beginselen van gemeenschapsrecht hebben die rechten „geen absolute gelding, maar moeten [zij]

174 — Zie bijvoorbeeld arrest van 9 augustus 1994, Meyhui (C-51/93, Jurispr. blz. I-3879, punten 13 en 14).

175 — Zie punten 86 en 87.

176 — Een beroep op artikel 30 kan nuttig zijn indien de economische activiteit waarvan wordt beweerd dat deze door een internemarktmaatregel wordt geraakt, een andere is dan de activiteit ten gunste waarvan de maatregel is genomen. In het licht van mijn conclusies in paragraaf V(i) en in deze paragraaf, en gezien de nog steeds lopende discussie over de gevolgen van zeer beperkende nationale voorschriften betreffende verkoopregelingen voor de toegang tot de markt, is het noch noodzakelijk, noch nuttig om hier de gevolgen van de richtlijn voor de handel in tabaksproducten te onderzoeken. Zie arrest De Agostini, aangehaald in voetnoot 99, punt 42; arrest van 9 februari 1995, Leclerc-Siplec (C-412/93, Jurispr. blz. I-179), en de conclusie van advocaat-generaal Jacobs in die zaak, punten 37-49, en het arrest van 27 januari 2000, Graf (C-190/98, Jurispr. blz. I-493, punt 23), en de punten 18-20 van mijn conclusie in die zaak.

177 — Arrest van 25 juni 1997 (C-114/96, Jurispr. blz. I-3629, punten 29-37).



in relatie tot hun sociale functie worden beschouwd".<sup>178</sup> Er kunnen dus beperkingen worden opgelegd, die beantwoorden aan door de Gemeenschap nagestreefde doeleinden van algemeen belang en die in verband met het nagestreefde doel geen onevenredige en onduidbare ingreep vormen, waardoor de gewaarborgde rechten in hun kern worden aangetast.<sup>179</sup> Mijns inziens worden bij de richtlijn geen beperkingen opgelegd die beantwoorden aan internemarkt doelstellingen, wat voor de rechtmatige vaststelling ervan noodzakelijk zou zijn.

#### vi) *Vrijheid van meningsuiting*

152. Om twee samenhangende redenen is het beter om bij het onderzoek of de reclamerichtlijn verenigbaar is met het beginsel van de vrijheid van meningsuiting, aan te nemen dat de richtlijn in andere opzichten — en in strijd met mijn bevindingen in de bovenstaande paragrafen V i) en iii) tot en met v) — een rechtmatig en evenredig middel is om internemarkt doelstellingen na te streven, gelet op de daarbij in het geding zijnde individuele economische rechten en belangen. In werkelijkheid is de inmenging van de richtlijn in de vrijheid van meningsuiting vrijwel uitsluitend verdedigd op basis van het streven naar bescherming van de volksgezondheid, waarover ik mij nog niet ten gronde heb uitgesproken. Ik ben mij ook bewust van de mogelijke gevolgen van deze kwestie voor de rechtvaardiging van beperkende gevolgen voor de handel in goederen en diensten

178 — Arrest van 28 april 1998, *Metronome Musik* (C-200/96, Jurispr. blz. I-1953, punt 21).

179 — *Ibidem*.

van *nationale* bepalingen die de tabakspromoting regelen.

153. De grondrechten, die als algemene beginselen van gemeenschapsrecht zijn beschermd, omvatten de vrijheid van meningsuiting.<sup>180</sup> Bij de bepaling van de rechten die door de Gemeenschap worden beschermd en de daaraan verleende omvang van de bescherming komt aan het Europees Verdrag voor de rechten van de mens als inspiratiebron „bijzondere betekenis” toe.<sup>181</sup> Voor zover hier van belang, bepaalt artikel 10, lid 1, EVRM:

„Eenieder heeft recht op vrijheid van meningsuiting. Dit recht omvat de vrijheid een mening te koesteren en de vrijheid om inlichtingen of denkbeelden te ontvangen of te verstrekken, zonder inmenging van enig openbaar gezag en ongeacht grenzen (...).”

Volgens de rechtspraak van het Europees Hof voor de rechten van de mens verdienen alle vormen van meningsuiting bescherming krachtens artikel 10, lid 1, EVRM. Daartoe behoren ook commerciële mededelingen<sup>182</sup>, dat wil zeggen het verstrekken

180 — Arresten van 18 juni 1991, *ERT* (C-260/89, Jurispr. blz. I-2925, punt 44), en 26 juni 1997, *Familiapress* (C-368/95, Jurispr. blz. I-3689, punt 25).

181 — Arrest *ERT*, reeds aangehaald, punt 41, en arrest van 15 mei 1986, *Johnston* (222/84, Jurispr. blz. 1651, punt 18).

182 — Zie bijvoorbeeld de arresten *Markt Intern/Duitsland* van 20 november 1989, serie A, nr. 165, punten 25 en 26; *Groppera/Zwitserland* van 28 maart 1990, serie A, nr. 173, punt 55, en *Casado Coca/Spanje* van 24 februari 1994, serie A, nr. 285, punten 35 en 36.

van inlichtingen, het uiten van denkbelden of het tonen van beelden als onderdeel van de bevordering van een economische activiteit en het bijbehorende recht om dergelijke mededelingen te ontvangen.

154. Commerciële mededelingen moeten ook in het gemeenschapsrecht worden beschermd. Dergelijke mededelingen dragen in een liberale democratische samenleving niet op dezelfde wijze als politieke, journalistieke, literaire of artistieke uitdrukkingen bij tot de verwezenlijking van het maatschappelijke goed, zoals bijvoorbeeld de versterking van een democratische discussie en verantwoordingsplicht of het in twijfel trekken van traditionele standpunten met het oog op de bevordering van verdraagzaamheid of van verandering. Mijns inziens worden persoonlijke rechten echter niet louter als grondrechten erkend wegens hun instrumentele en maatschappelijke functies, maar ook omdat zij noodzakelijk zijn voor de zelfstandigheid, waardigheid en persoonlijke ontwikkeling van particulieren.<sup>183</sup> De vrijheid van particulieren om commerciële activiteiten aan te prijzen, volgt dus niet enkel uit hun recht om economische activiteiten uit te oefenen en uit het feit dat de Gemeenschap een op vrije mededinging gebaseerde markteconomie aanhangt, maar ook uit hun inherente recht als menselijke wezens om standpunten tot uitdrukking te brengen en te ontvangen over *elk* onderwerp, waaronder de kwaliteit van goederen of diensten die zij kopen of verkopen.

183 — Zie voor een verwijzing naar zowel de sociale als de persoonlijke functies van de vrijheid van meningsuiting het arrest *Handyside/Verenigd Koninkrijk* van 7 december 1976, serie A, nr. 24 (hierna: „arrest *Handyside*”), punt 49.

155. Anderzijds is duidelijk dat de uitoefening van de vrijheid van meningsuiting, zoals die van andere rechten en vrijheden, kan worden onderworpen aan evenredige beperkingen teneinde te verzekeren dat anderen van die rechten kunnen profiteren of dat bepaalde doelstellingen van algemeen belang worden bereikt. De bescherming van de gezondheid is een van de gronden waarop artikel 10, lid 2, EVRM beperkingen van de vrijheid van meningsuiting toestaat. Dit voorbeeld moet in de communautaire rechtsorde worden gevolgd. Het Hof heeft aan de bescherming van de gezondheid, onder de in artikel 36 van het Verdrag genoemde algemene belangen, het primaat verleend<sup>184</sup> en die bescherming speelt krachtens de artikelen 3, sub o, 100 A, lid 3, en 129, lid 1, van het Verdrag uiteraard ook een voorname rol op de eigen beleidsterreinen van de Gemeenschap.

156. Gelet op het fundamentele karakter van de vrijheid van meningsuiting, moet het algemeen belang bij de beperking van de uitoefening ervan in bepaalde omstandigheden of voor speciale doeleinden niettemin worden aangetoond door de overheid die een dergelijke beperking voorstelt of vaststelt. In het bijzonder moet dat in overeenstemming zijn met de in de punten 147 en 148 hiervoor uiteengezette driedelige test van evenredigheid. Voor de reclamerichtlijn werd aangevoerd, dat het verbruik van tabaksproducten gevaarlijk is voor de gezondheid van rokers, dat reclame en sponsoring dat verbruik bevorderen en dat het veelomvattende verbod van die vormen van meningsuiting zal leiden tot een vermindering van het tabaksverbruik en dus tot verbetering van de volksgezond-

184 — Arrest van 10 november 1994, *Ortscheit* (C-320/93, Jurispr. blz. I-5243, punt 16).

heid. Dat roken de gezondheid schaadt, is in deze zaken onbetwist en Duitsland beklemtoonde zijn eigen wens om het verbruik te verminderen. Er bestaat echter een aanzienlijk verschil van mening over de vraag, of het verbod van de meeste vormen van reclame voor tabaksproducten het doel van vermindering van het tabaksverbruik zal verwezenlijken, dan wel of het enkel de mededinging tussen tabaksmerken nadelig beïnvloedt.

157. Zoals gezegd, is de taak van het Hof bij de beoordeling van de evenredigheid van wetgevende beslissingen op ingewikkelde gebieden normaliter om te onderzoeken „of bij de uitoefening van die bevoegdheid geen sprake is van een kennelijke dwaling of misbruik van bevoegdheid, dan wel of de [instellingen] de grenzen van [hun] beoordelingsvrijheid niet klaarblijkelijk [hebben] overschreden”.<sup>185</sup> Het lijdt geen twijfel, dat het onderzoek van de gevolgen van reclame voor het niveau van het verbruik van een product en van de waarschijnlijke gevolgen daarvan van een veelomvattend reclameverbod een ingewikkelde aangelegenheid is. Toch is dat mijns inziens niet de juiste maatstaf bij de rechterlijke toetsing van beperkingen op de uitoefening van een fundamenteel persoonlijk recht zoals de vrijheid van meningsuiting.<sup>186</sup>

185 — Arrest BSE, aangehaald in voetnoot 119, punt 60, reeds geciteerd in punt 98.

186 — De situatie is anders voor economische rechten zoals het eigendomsrecht of het recht om een economische activiteit te ontplooiën, alleen al door de onvermijdelijke gevolgen van de uitoefening van dergelijke rechten voor het algemeen economische beleid, met betrekking waartoe de wetgever (of degene aan wie de bevoegdheid is gedelegeerd) een ruime discretionaire bevoegdheid moet hebben. Zie arrest van 17 oktober 1995, Fishermen's Organisations e.a. (C-44/94, Jurispr. blz. I-3115, punten 57-61).

158. Het Europees Hof voor de rechten van de mens verlangt gewoonlijk, dat de Verdragsluitende partijen een *overtuigend bewijs van een dringende sociale noodzaak* voor een beperking van de vrijheid van meningsuiting aantonen.<sup>187</sup> Voor gevallen van commerciële mededelingen heeft dat Hof klaarblijkelijk een andere benadering gekozen: beperkingen van dat recht zijn aanvaardbaar wanneer de bevoegde autoriteiten op „*redelijke gronden* van mening zijn dat de beperkingen noodzakelijk zijn”.<sup>188</sup> Een dergelijke ongelijke behandeling is mijns inziens gerechtvaardigd wegens de verschillende wijze waarop commerciële mededelingen en bijvoorbeeld politieke meningsuitingen inwerken op algemenere openbare belangen. Zoals reeds opgemerkt, dient politieke meningsuiting zelf bepaalde uiterst belangrijke maatschappelijke belangen.<sup>189</sup> Verder dan hun rol om economische activiteiten te bevorderen, ten aanzien waarvan de wetgever terecht over een aanzienlijke discretionaire bevoegdheid beschikt om in het algemeen belang beperkingen op te leggen, hebben commerciële mededelingen daarentegen gewoonlijk geen ruimere maatschappelijke functie van dezelfde betekenis.

159. Ik ben er dan ook voorstander van om in de communautaire rechtsorde dezelfde benadering te kiezen. Wanneer vaststaat, dat een gemeenschapsmaatregel van vrijheid van economische mededelingen beperkt, zoals de reclamerichtlijn duidelijk doet, moet de gemeenschapswetgever ook ver-

187 — Zie arresten Sunday Times/Verenigd Koninkrijk van 26 april 1979, serie A, nr. 30, en Observer en Guardian/Verenigd Koninkrijk van 26 november 1991, serie A, nr. 216, punt 59.

188 — Arresten Markt Intern/Duitsland, aangehaald in voetnoot 182, punt 37, en Groppera/Zwitserland, aangehaald in voetnoot 182, punt 73.

189 — Zie bijvoorbeeld arrest Lingens/Oostenrijk van 8 juli 1986, serie A, nr. 103, punt 41, over het belang van de persvrijheid.

plicht zijn om het Hof genoegzaam aan te tonen dat hij redelijke gronden heeft om de betrokken maatregel in het algemeen belang vast te stellen. Concreet gezegd moet hij overtuigende bewijzen leveren dat de maatregel doeltreffend zal zijn ter verwezenlijking van het gestelde doel van algemeen belang — in de onderhavige zaken een vermindering van het tabaksverbruik ten opzichte van het niveau dat anders zou zijn bereikt — en dat minder beperkende maatregelen niet even doeltreffend zouden zijn geweest.

160. Het verlangde bewijs ter rechtvaardiging van de beperking zal afhangen van de aard van het ingenomen standpunt. In casu gaat het voornamelijk om de objectieve beoordeling van de waarschijnlijke gevolgen van de reclamerichtlijn. De beoordelingsmarge van de wetgever dient niet even ruim te zijn als in het geval van bijvoorbeeld de bescherming van de goede zeden.<sup>190</sup> Het dient de Gemeenschap echter niet verboden te worden om in het algemeen belang te handelen, enkel omdat de rechtvaardiging van haar handelen noodzakelijkerwijze niet op „harde” wetenschappelijke studies berust, maar op bewijzen van sociaalwetenschappelijke aard waarmee op basis van eerder gedrag de toekomstige consumentenreacties op een wijziging van het niveau van de invloed van reclame worden voorspeld.<sup>191</sup> Wanneer de gemeenschapswetgever verder kan aantonen dat hij handelde op basis van

studies van betrouwbare deskundigen op het betrokken gebied, bewijst het feit dat in andere kennelijk betrouwbare studies een andere conclusie wordt getrokken op zich niet, dat de wetgever geen redelijke gronden voor handelen had. In de onderhavige zaken is de beoordeling door de wetgever van de gevolgen van reclame voor tabaksproducten verenigbaar met de verklaring van het Hof zelf dat „de reclame het verbruik [ontegenzeggelijk prikkelt]”.<sup>192</sup> Verder kan reclame meestal niet zo nauwkeurig worden geformuleerd, dat zij zich enkel richt tot rokers die een keuze tussen merken willen maken, en niet tot anderen die eventueel kunnen worden aangemoedigd om met roken te beginnen of af te zien van voornemens om met roken te stoppen.

161. De aan de bewijzen gestelde vereisten kunnen minder streng zijn wanneer de volksgezondheid op het spel staat. In het arrest BSE verklaarde het Hof: „Bij onzekerheid omtrent het bestaan en de omvang van risico's voor de menselijke gezondheid moeten de instellingen evenwel beschermende maatregelen kunnen nemen, zonder te hoeven wachten totdat de realiteit en de ernst van deze risico's volledig zijn aangetoond.”<sup>193</sup> De onderhavige zaken betreffen echter niet het verbod van het op de markt brengen van tabaksproducten zelf, waarvan de schadelijke gevolgen voor de gezondheid onbetwist zijn, maar enkel een veelomvattend verbod op reclame voor dergelijke

190 — Zie arrest *Handyside*, aangehaald in voetnoot 183, punt 48; zaak *Grogan*, aangehaald in voetnoot 170, punt 37 van de conclusie van advocaat-generaal Van Gerven en punt 20 van het arrest.

191 — Het onderscheid tussen deze twee soorten bewijs is niet altijd even duidelijk als het wellicht lijkt: wetenschappelijke conclusies worden normaal gesproken getrokken door — met meer of minder zekerheid — te voorspellen of bepaalde werkingen zich in soortgelijke omstandigheden in de toekomst evenzeer zullen blijven voordoen als in het verleden werd geconstateerd.

192 — Arrest van 10 juli 1980, *Commissie/Frankrijk*, (152/78, Jurispr. blz. 2299, punt 17); zie ook arrest van 25 juli 1991, *Aragonesa de Publicidad Exterior en Publivia (C-1/90 en C-176/90)*, Jurispr. blz. I-4151; hierna: „arrest *Aragonesa*”, punt 17), waarin het Hof oordeelde dat het niet „kennelijk onredelijk” was om „in de strijd tegen het alcoholmisbruik” beperkingen op te leggen aan reclame voor dranken met een alcoholgehalte boven een bepaalde waarde. De kwestie van de vrijheid van meningsuiting kwam in die zaak echter niet aan de orde.

193 — Punt 99. Zie ook arrest *Fedesa*, aangehaald in voetnoot 169, punt 9.

producten. De wetenschappelijke discussie daarover betreft de gevolgen van deze reclame op het algemene verbruiksniveau (en niet de loutere merkkeuze van huidige rokers), wat één stap verwijderd is van de beoordeling van de gezondheidsrisico's die dat verbruik oplevert. Bovendien was het verbod in de BSE-zaak tijdelijk van aard en zou het na een verder onderzoek van de situatie worden herzien.<sup>194</sup> Meningsverschillen over de gevolgen van tabaksreclame bestaan reeds lang en zullen waarschijnlijk niet snel worden opgelost. De in het voorgaande punt voorgestelde maatstaf houdt rekening met het gebrek aan eenstemmigheid in wetenschappelijke kringen; de vrijheid van meningsuiting zou mijns inziens onvoldoende in acht worden genomen, indien verder wordt gegaan en de wetgever wordt toegestaan de uitoefening van dat recht te beperken zonder duidelijke bewijzen dat een dergelijke beperking waarschijnlijk zou leiden tot gedragswijzigingen die dan wellicht de volksgezondheid ten goede komen.

162. Als bewijs heeft de Raad de eindconclusies van twee rapporten overgelegd, het ene opgesteld door het United States National Bureau of Economic Research (NBER)<sup>195</sup>, het andere door het Institut für Therapie- und Gesundheitsforschung te Kiel, in opdracht van het Duitse Bundesministerium für Gesundheit<sup>196</sup>. Hoewel

verzoekers in de zaak Imperial Tobacco aan de nationale rechter gegevens hebben overgelegd die op het tegendeel wijzen, heeft ook het Verenigd Koninkrijk studies overgelegd die in deze procedure niet zijn onderzocht. Ook Frankrijk heeft bewijzen van de gevolgen van zijn nationale beperkingen overgelegd („loi Evin”). Mijns inziens volstaat het om te letten op de studies waarop de instellingen zich beroepen. In de rapporten wordt een verband gelegd tussen zowel reclame voor tabaksproducten en het beginnen met roken, in het bijzonder door jongeren, als tussen het verbod op reclame en een gemiddeld lager verbruik van tabak per hoofd van de bevolking. Het NBER-rapport bevat een op regressie-analyses gebaseerde schatting van de waarschijnlijke gevolgen van de in 1997 gewijzigde versie van het tweede richtlijnvoorstel van de Commissie<sup>197</sup>, waaruit wordt geconcludeerd, dat het tabaksverbruik gedurende de onderzoeksperiode daardoor waarschijnlijk met ongeveer 6,9 % zou zijn gedaald.<sup>198</sup> Verder wordt de conclusie getrokken, dat een ruimer verbod het tabaksverbruik duidelijk vermindert, maar dat beperkte verboden een minimale weerslag hebben op de invloed van reclame, omdat zij vervangende reclame in andere media toestaan en niet leiden tot vermindering van de totale uitgaven voor tabaksreclame of de blootstelling eraan. De mogelijkheid om een verbod dat niet alle reclamevormen dekt te ontduiken, wordt genoemd in de achtste overweging van de considerans van de reclamerichtlijn. Opmerkelijk is, dat de instellingen verwoed hebben gepoogd om te betwisten dat het verbod totaal is, hoewel uit hun bewijzen blijkt, dat een

194 — Ibidem, punt 101.

195 — H. Saffer en F. Chaloupka, „Tobacco Advertising: Economic Theory and International Evidence”, *NBER Working Paper nr. 6958* (Cambridge, MA, 1999).

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

197 — Zie punt 19.

198 — De analyse was gebaseerd op gegevens uit elf lidstaten over de periode van 1986 tot 1992.

onvolledig verbod minder doeltreffend zou zijn.

en er geen bewijs is dat de gevolgen ervan geheel dezelfde zijn.

163. Op grond van deze bewijzen kom ik tot de slotsom, dat de gemeenschapswetgever op redelijke gronden mocht aannemen, dat een veelomvattend verbod van tabaksreclame tot een aanzienlijke vermindering van het verbruik zou leiden en dus zou bijdragen tot de bescherming van de volksgezondheid.

164. Wat het vereiste betreft dat de beperkingen niet verder mogen gaan dan noodzakelijk is, aanvaard ik het argument dat een vrijwel volledig verbod op reclame voor een economische activiteit een bijzonder ernstige inbreuk op de uitoefening van het recht op vrije meningsuiting is.<sup>199</sup> Hoe ingrijpender de gevolgen zijn, des te groter is de bewijslast van de wetgever om aan te tonen dat een minder belastende maatregel niet voldoende zou zijn geweest. Ik kom echter tot de slotsom, dat de wetgever in de onderhavige zaken aan die bewijslast heeft voldaan door aan te tonen dat hij redelijke gronden had om aan te nemen, dat gelimiteerde beperkingen van tabaksreclame niet doeltreffend zijn. Het feit dat andere positieve maatregelen, zoals informatiecampagnes, ook doeltreffend zouden kunnen zijn, toont op zich nog niet aan, dat een veelomvattend reclameverbod te beperkend is, omdat (onverminderd de bevoegdheidsverdeling tussen de Gemeenschap en de lidstaten) de ene optie de andere niet uitsluit

165. Nu volgt de derde fase van mijn onderzoek, namelijk de vraag of de reclamerichtlijn de vrijheid van commerciële mededelingen al dan niet beperkingen oplegt die onevenredig zijn, gelet op de in het algemeen belang beoogde voordelen, ongeacht hoe doeltreffend zij zijn nagestreefd. Gegeven de zeer omvangrijke rol van het tabaksverbruik als doodsoorzaak en als bron van ernstige gezondheidsproblemen in de Gemeenschap, ben ik van mening dat een potentiële vermindering van het verbruiksniveau van 6,9 % aanzienlijke winst voor de volksgezondheid zou opleveren, waardoor waarschijnlijk duizenden levens zouden worden gered.

166. Ik ga ervan uit dat, indien aan de vereisten van doeltreffendheid en minimaal noodzakelijke belasting is voldaan, rechten zoals de vrijheid van commerciële mededelingen niet onaanvaardbaar worden aangetast door een verbod van reclame voor gevaarlijke producten, wanneer de uitwisseling van wetenschappelijke en andere informatie en van politieke standpunten over de regeling van de betrokken handel niet wordt beperkt. Tabaksproducenten behouden de vrijheid om hun producten, waarop het ingeroepen recht van meningsuiting uiteindelijk betrekking heeft, in de handel te brengen en zij kunnen zelfs op de verkooppunten reclame maken wanneer het nationale recht dat toestaat.

199 — In het arrest *Aragonesa* (aangehaald in voetnoot 192, punt 18) kende het Hof in de context van de beoordeling van de evenredigheid van een belemmering van het vrij verkeer van goederen enige betekenis toe aan het feit dat de betrokken reclamebeperkingen voor alcoholhoudende dranken niet volledig waren.

167. Dat de reclamerichtlijn verbiedt om reclame te maken voor producten die rechtmatig in de Gemeenschap in de handel zijn gebracht, is niet doorslaggevend, maar ook niet irrelevant. In de zaak *Open Door Counselling/Ierland* verklaarde het Europees Hof voor de rechten van de mens, dat de betwiste nationale regels „nauwkeurig onderzoek” vereisten, omdat de in die zaak verboden informatie betrekking had op een activiteit die ter plaatse rechtmatig mocht worden verricht<sup>200</sup>, wat impliceert dat het verstrekken van informatie over rechtmatige activiteiten in bepaalde gevallen terecht zou kunnen worden beperkt. Ik geef het Hof in overweging om de uitvoeringsproblemen en andere problemen die met een rechtstreeks verbod van een verslavende activiteit als roken verbonden zouden kunnen zijn<sup>201</sup> (zoals de daaruit voortvloeiende beperking van de persoonlijke vrijheid van rokers) ter kennis te nemen. De rechtmatigheid van een activiteit (en de onuitvoerbaarheid van een verbod ervan) brengt dus niet mee, dat daarvan geen nadelige gevolgen uitgaan die de wetgever in het algemeen belang kan trachten te beheersen. Bovendien is het niet noodzakelijkerwijze verenigbaar met het vereiste dat ter verwezenlijking van legitieme doelstellingen de minst restrictieve maatregelen moeten worden getroffen, om te stellen dat een activiteit zelf moet worden verboden alvorens beperkingen kunnen worden opgelegd aan reclame ervoor.

168. Ik kan het arrest *Open Door*, waarvan de relevantie tijdens de mondelinge behandeling heftig ter discussie stond, gedeeltelijk omdat het kennelijk ging om een oneven-

redig *totaal* verbod van een meningsuiting, voor de onderhavige zaken niet als een bruikbaar precedent beschouwen.

169. Het Europees Hof voor de rechten van de mens aanvaardde het argument van de Ierse regering, dat „de beperking [die voortvloeide uit een beschikking van de Supreme Court] (...) het wettige doel van bescherming van de goede zeden nastreefde waarvan in Ierland de bescherming van het recht op leven van de ongeborene een aspect is”.<sup>202</sup> Het was echter slechts de in die zaak bij rechterlijke beschikking aan verzoekers opgelegde bijzondere beperking die absoluut van aard werd geacht. Het Hof wees er immers op, dat informatie over buitenlandse abortusdiensten uit een reeks andere bronnen beschikbaar was.<sup>203</sup>

170. Bij de beoordeling van de noodzaak en dus de evenredigheid van die bijzondere beperking betrof het Hof voor de rechten van de mens in zijn afweging de bescherming van de gezondheid van vrouwen, een duidelijk relevante overweging in dat kader, maar één die de rechtstreekse afweging tussen de vrijheid van meningsuiting en een individuele dringende maatschappelijke behoefte moeilijker maakt.

171. De mening van het Hof voor de rechten van de mens werd in het bijzonder

200 — Arrest van 29 oktober 1992, serie A, nr. 246 (hierna: „arrest *Open Door*”), punt 72.

201 — Zie bijvoorbeeld het oordeel van rechter La Forest van de Canadese Supreme Court in de zaak *RJR MacDonald Inc. v Canada (Attorney General)* S.C.R. 1995, 199, punt 34.

202 — Arrest *Open Door*, aangehaald in voetnoot 200, punt 63.

203 — Punten 70-75.

beïnvloed door het feit dat, aangezien sommige vrouwen na de vrijblijvende adviesverlening die in deze zaak aan de orde was, van abortus afzagen, „het verband tussen het verstrekken van informatie en de vernietiging van ongeboren leven niet zo definitief was, als was beweerd”. Wel „was het gerechtelijk bevel zeer ondoel-treffend geweest”, gelet op het grote aantal Ierse vrouwen dat nog steeds in Groot-Brittannië abortus liet plegen.

172. Uiteindelijk loste de meerderheid van het Hof voor de rechten van de mens het evenredigheidsprobleem op door te verwijzen naar zijn eigen standpunt over de met elkaar concurrerende waarden van de gezondheid van vrouwen (in verband met het recht om informatie te ontvangen), de vrijheid van meningsuiting en de bescherming van ongeboren leven. Kennelijk heeft het geen enkel gewicht toegekend aan wat het stilzwijgend beschouwde als een *gedeeltelijk doeltreffende* bescherming van de laatstgenoemde waarde. Wanneer deze analyse letterlijk op de feiten van de onderhavige zaak wordt toegepast, kan nog moeilijk worden gezegd, dat het doel van de vermindering van het roken met slechts 6,9 % een veelomvattend verbod van tabaksreclame zou kunnen rechtvaardigen, ondanks het feit dat daardoor het absolute aantal rokers (en waarschijnlijk de met roken verband houdende ziekten en sterfgevallen) aanzienlijk zou verminderen.

173. In de zaak Grogan, waarin hij in wezen dezelfde vraag onderzocht in het kader van het gemeenschapsrecht, maar

ook in het licht van artikel 10 EVRM, vond advocaat-generaal Van Gerven de beperking evenredig.<sup>204</sup>

174. Hoe dan ook, mijns inziens is het niet mogelijk om de zaak Open Door uit zijn buitengewoon moeilijke en gevoelige verband te lichten of om hieruit definitieve conclusies voor de onderhavige zaken te trekken. Die zaak betrof vrijblijvende informatie over abortus en niet de commerciële bevordering ervan<sup>205</sup>; in de onderhavige zaken gaat het om de beperking van rechtstreekse en zijdelingse *verkoopbevorderende* maatregelen<sup>206</sup> en is er geen sprake van dat niet-verkoopbevorderende informatie over rechtmatige producten zal worden beperkt.<sup>207</sup>

175. Ik kom dan ook tot de slotsom, dat de reclamerichtlijn geen onevenredige beperking van de vrijheid van meningsuiting vormt, voorzover daarbij een ruim verbod

204 — Aangehaald in voetnoot 170, punten 32-38 van de conclusie. Het Hof heeft deze kwestie in zijn arrest niet besproken. Zie ook de afwijkende opvatting van rechter Baka in de zaak Open Door, aangehaald in voetnoot 200.

205 — Ibidem, punt 75. Om die reden leek het Hof voor de rechten van de mens niet van oordeel te zijn dat deze zaak mededelingen van commerciële aard betrof.

206 — Zie de definities van reclame en sponsoring in artikel 2, leden 2 en 3, van de reclamerichtlijn.

207 — Dit is een van de redenen waarom ik hier niet inga op de kwestie van de vrijheid om informatie te *ontvangen*, die aan de orde zou kunnen komen indien een bestaande of potentiële klant van een tabaksproducent of -verkoper informatie over diens producten vraagt. Dat een consument belang heeft bij de ontvangst van *reclamemateriaal*, ligt minder voor de hand.



op reclame voor tabaksproducten wordt opgelegd.<sup>208</sup>

176. Met betrekking tot het verbod op reclame voor diversificatieproducten neem ik echter niet hetzelfde standpunt in. Het is geenszins vanzelfsprekend, dat reclame voor niet-tabaksproducten en diensten die voor tabaksproducten gebruikte merken of andere onderscheidende tekens dragen, gevolgen heeft voor het verbruiksniveau van laatstgenoemde producten *in zijn geheel genomen*.<sup>209</sup> De gemeenschapswetgever heeft geen bewijzen aangevoerd om aannemelijk te maken dat een dergelijk verband bestaat. In die omstandigheden kom ik tot de slotsom, dat hij zich niet heeft gekweten van zijn plicht om aan te tonen, dat hij redelijke gronden had om de in artikel 3, lid 3, sub b, van de richtlijn vervatte beperkingen van dergelijke reclame vast te stellen, en dat die bepaling nietig moet worden verklaard. Dat de werkingssfeer ervan in de praktijk door de lidstaten zal worden beperkt door gebruik te maken van artikel 3, lid 2, van de richtlijn vormt daarvoor geen enkel excuus. Evenmin werden argumenten of bewijzen aangevoerd om te verklaren waarom artikel 3, lid 3, sub a, verbiedt dat tabaksproducten merknamen of andere onderscheidende tekens dragen die reeds voor andere goederen en diensten worden gebruikt. Voorzover het gebruik van een dergelijk merk of onderscheidend teken voor een product ook een uitoefening van de vrijheid

208 — Het is niet duidelijk of het rapport van de NBER bij de berekening van de verwachte gevolgen van de voorgestelde richtlijn, sponsoring tot de algemene categorie van reclame heeft gerekend. Aangezien deze kwestie voor het Hof niet is besproken en ik de vrijheid van meningsuiting slechts bespreek als alternatief voor mijn eerste voorstel om de richtlijn in zijn geheel nietig te verklaren, ga ik hier niet in op het sponsoringverbod.

209 — Het gaat niet om de vraag of zulke reclame de positie van bepaalde tabaksmerken verbetert ten opzichte van die van andere.

van commerciële mededelingen vormt, kom ik tot de slotsom, dat niet is aangetoond dat artikel 3, lid 3, sub a, van de reclamerichtlijn een gerechtvaardigde beperking van die vrijheid is, en dat die bepaling daarom nietig moet worden verklaard. Gelet op de in de punten 122 tot en met 126 uiteengezette criteria kunnen beide onderdelen van artikel 3, lid 3, van de richtlijn mijns inziens van de rest worden losgemaakt.

#### vii) *Ontoereikende motivering*

177. Volgens vaste rechtspraak van het Hof vereist de in artikel 190 neergelegde motiveringsplicht, dat de betrokken handelingen een uiteenzetting van de redenen bevatten op grond waarvan de instelling ze heeft vastgesteld, zodat het Hof zijn toezicht kan uitoefenen en de lidstaten en de belanghebbenden de voorwaarden kennen waaronder de gemeenschapsinstellingen het Verdrag hebben toegepast.<sup>210</sup> Hoe gedetailleerd de motivering moet zijn, is afhankelijk van de aard van de betrokken handeling. Bij een besluit van algemene strekking kan als motivering worden volstaan met het vermelden van enerzijds het geheel der omstandigheden die tot de vaststelling ervan hebben geleid, en anderzijds de algemene doelstellingen die ermee worden nagestreefd. Er is geen opsomming nodig van de soms talrijke en ingewikkelde feiten met het oog waarop het is vastgesteld, en de maatregel behoeft geen min of meer volledige technische beoordeling van die feiten te omvatten.<sup>211</sup>

210 — Arrest Frankrijk/Commissie, aangehaald in voetnoot 134, punt 34.

211 — Arrest van 30 november 1978, Welding (87/78, Jurispr. blz. 2457, punt 11).

178. Zoals uit mijn analyse van de bevoegdheidskwestie blijkt, zijn de overwegingen in de considerans van de reclamerichtlijn naar mijn mening voldoende om rechterlijke toetsing door het Hof mogelijk te maken. De fundamentele opvatting van de gemeenschapswetgever dat het een internemarktaangelegenheid betreft, blijkt duidelijk uit de eerste en de tweede overweging; dat de richtlijn de vermelde doelstellingen niet bereikt, neemt niet weg dat de motivering toereikend is. De wetgever behoefde geen nauwkeurige informatie over de onderzoeken naar de gevolgen van reclame voor tabaksverbruik of over het aandeel van de grensoverschrijdende handel in de reclamediensten en -media op te nemen. Ik stel voor, de richtlijn in haar geheel slechts nietig te verklaren wegens ontoereikende motivering indien het Hof van oordeel is, dat de Gemeenschap bevoegd was de richtlijn vast te stellen op grond van haar gevolgen voor de instelling of de werking van de interne markt in economische sectoren die nergens in de considerans worden genoemd, zoals tabaksproducenten en -handelaren of de reclamebranche in het algemeen. Naar mijn mening mag de wetgever niet worden toegestaan, zich op niet eerder genoemde voordelen voor de interne markt te beroepen wanneer er twijfel bestaat over het bereiken van de aanvankelijk aangevoerde doelstellingen.

179. Ik stel echter voor, artikel 3, lid 3, sub a, van de richtlijn nietig te verklaren

wegens ontoereikende motivering. Er is geen reden aangegeven voor deze uitzonderlijke bepaling over het gebruik van merknamen of andere onderscheidende tekens van andere goederen en diensten voor tabaksproducten, en zoals ik reeds in punt 116 zei, lijkt deze bepaling geen verband te houden met het gestelde doel van de richtlijn om de interne markt van diensten en goederen in verband met de reclame en sponsoring voor tabaksproducten te bereiken.

## VI — Kosten

180. Op grond van artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering dienen de Raad en het Parlement in zaak C-376/98 in de kosten van de Bondsrepubliek Duitsland te worden verwezen. Ten aanzien van de partijen in zaak C-74/99 is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de nationale rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen. In geen van beide zaken kunnen de kosten door de Commissie of door de andere lidstaten wegens tussenkomst of de indiening van opmerkingen bij het Hof gemaakt, voor vergoeding in aanmerking komen. Ik doe geen voorstellen voor de verdeling van de kosten, voor het geval het Hof een van mijn subsidiaire voorstellen tot gedeeltelijke nietigverklaring, of geen van mijn voorstellen opvolgt.

## VII — Conclusie

181. Mitsdien geef ik het Hof in overweging:

- richtlijn 98/43/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 juli 1998 betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten op het gebied van reclame en sponsoring voor tabaksproducten, nietig te verklaren, omdat de Gemeenschap niet bevoegd was, deze op de erin genoemde rechtsgrondslag vast te stellen.

Mocht het Hof mijn voorstel niet volgen, dan geef ik subsidiair in overweging:

- richtlijn 98/43/EG nietig te verklaren wegens schending van het algemene evenredigheidsbeginsel, artikel 30 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 28 EG), het eigendomsrecht en het recht op vrije uitoefening van beroepsactiviteiten.

In beide gevallen geef ik het Hof ook in overweging:

- het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie te verwijzen in de kosten van de Bondsrepubliek Duitsland in zaak C-376/98.

Meer subsidiair geef ik het Hof in overweging:

- artikel 3, lid 3, van richtlijn 98/43/EG nietig te verklaren wegens inbreuk op de vrijheid van meningsuiting; en/of
- artikel 3, lid 3, sub a, van richtlijn 98/43/EG nietig te verklaren wegens ontoereikende motivering.