

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA  
DE 5 DE OCTUBRE DE 2000 (\*)

«DIRECTIVA 98/43/CE - PUBLICIDAD Y PATROCINIO DE LOS PRODUCTOS  
DEL TABACO - BASE JURÍDICA - ARTÍCULO 100 A DEL TRATADO CE  
(ACTUALMENTE ARTÍCULO 95 CE, TRAS SU MODIFICACIÓN)»

En el asunto C-376/98,  
República Federal de Alemania, representada por el Sr. C.-D. Quassowski,  
Regierungsdirektor del Bundesministerium der Finanzen, en calidad de  
Agente, asistido por el Sr. J. Sedemund, Abogado de Berlín, Bundesminis-  
terium der Finanzen, Referat EC2 Graurheindorfer Straße 108, D-53117  
Bonn,

parte demandante,

contra

Parlamento Europeo, representado por los Sres. C. Pennera, Jefe de Divi-  
sión del Servicio Jurídico, y N. Lorenz, miembro del mismo Servicio, en  
calidad de Agentes, que designa como domicilio en Luxemburgo la Se-  
cretaría General del Parlamento Europeo, Kirchberg,

y

Consejo de la Unión Europea, representado por los Sres. R. Gosalbo Bono,  
Director del Servicio Jurídico, A. Feeney y S. Marquardt, miembros del

---

\* Lengua de procedimiento: alemán.

mismo Servicio, en calidad de Agentes, que designa como domicilio en Luxemburgo el despacho del Sr. A. Morbilli, Director General de la Dirección de Asuntos Jurídicos del Banco Europeo de Inversiones, 100, boulevard Konrad Adenauer,

partes demandadas,

apoyadas por

República Francesa, representada inicialmente por el Sr. J.-F. Dobelle, directeur adjoint de la direction des affaires juridiques del ministère des Affaires étrangères, y la Sra. R. Loosli-Surrans, chargé de mission de la misma Dirección, y después por las Sras. K. Rispal-Bellanger, sous-directeur de la misma Dirección, y R. Loosli-Surrans, en calidad de Agentes, que designa como domicilio en Luxemburgo la sede de su Embajada, 8 B, boulevard Joseph II,

por

República de Finlandia, representada por el Sr. H. Rotkirch y la Sra. T. Pynnä, valtioneuvoston lakimies, en calidad de Agentes, que designa como domicilio en Luxemburgo la sede de su Embajada, 2, rue Heinrich Heine,

por

Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, representado por la Sra. M. Ewing, del Treasury Solicitor's Department, en calidad de Agente, asistida por el Sr. N. Paines, QC, que designa como domicilio en Luxemburgo la sede de su Embajada, 14, boulevard Roosevelt,

y por

Comisión de las Comunidades Europeas, representada por la Sra. I. Martínez del Peral y el Sr. U. Wölker, miembros del Servicio Jurídico, en calidad de Agentes, que designa como domicilio en Luxemburgo el despacho del Sr. C. Gómez de la Cruz, miembro del mismo Servicio, Centre Wagner, Kirchberg,

partes coadyuvantes,

que tiene por objeto la anulación de la Directiva 98/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 1998, relativa a la aproxima-

ción de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad y de patrocinio de los productos del tabaco (DO L 213, p. 9),

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA,

integrado por el Sr. G.C. Rodríguez Iglesias, Presidente; los Sres. J. C. Moitinho de Almeida (Ponente), D. A. O. Edward, L. Sevón y R. Schintgen, Presidentes de Sala; los Sres. P. J. G. Kapteyn, C. Gulmann, A. La Pergola, J.-P. Puissochet, P. Jann, H. Ragnemalm y M. Wathelet y la Sra. F. Macken, Jueces;

Abogado General: Sr. N. Fennelly;

Secretarios: Sr. H. von Holstein, Secretario adjunto, y Sra. L. Hewlett, administradora;

habiendo considerado el informe para la vista;

oídos los informes orales de las partes en la vista celebrada el 12 de abril de 2000, en la que la República Federal de Alemania estuvo representada por el Sr. C.-D. Quassowski, asistido por el Sr. J. Sedemund; el Parlamento por los Sres. C. Pennera y N. Lorenz; el Consejo por los Sres. R. Gosalbo Bono, A. Feeney y S. Marquardt; la República Francesa por la Sra. R. Loosli-Surrans; la República de Finlandia por la Sra. T. Pynnä; el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte por la Sra. G. Amodeo, del Treasury Solicitor's Department, en calidad de Agente, asistida por el Profesor R. Cranston, QC, MP, Her Majesty's Solicitor General for England & Wales, y por el Sr. N. Paines, y la Comisión por la Sra. I. Martínez del Peral y el Sr. U. Wölker;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 15 de junio de 2000;  
dicta la siguiente

*Sentencia*

1. Mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 19 de octubre de 1998, la República Federal de Alemania solici-

tó, con arreglo al artículo 173 del Tratado CE (actualmente artículo 230 CE, tras su modificación), la anulación de la Directiva 98/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad y de patrocinio de los productos del tabaco (DO L 213, p. 9; en lo sucesivo, «Directiva»).

2. Mediante autos del Presidente del Tribunal de Justicia de 30 de abril de 1999, se admitió la intervención de la República Francesa, de la República de Finlandia, del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y de la Comisión de las Comunidades Europeas en apoyo de las pretensiones del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea.

3. La Directiva se adoptó sobre la base de los artículos 57, apartado 2, del Tratado CE (actualmente artículo 47 CE, apartado 2, tras su modificación), 66 del Tratado CE (actualmente artículo 55 CE) y 100 A del Tratado CE (actualmente artículo 95 CE, tras su modificación).

4. La Directiva prevé, en su artículo 2:

«A efectos de la presente Directiva se entenderá por:

- 1) productos del tabaco: los productos destinados a ser fumados, inhalados, chupados o masticados, siempre que estén constituidos, aunque sólo sea en parte, por tabaco;
- 2) publicidad: cualquier tipo de comunicación comercial cuyo objetivo o efecto directo o indirecto sea la promoción de un producto del tabaco, incluida la publicidad que, sin mencionar directamente un producto del tabaco, intente eludir la prohibición de la publicidad utilizando nombres, marcas, símbolos u otros elementos distintivos de productos del tabaco;
- 3) patrocinio: cualquier contribución, pública o privada, a un acontecimiento o actividad cuyo objetivo o efecto directo o indirecto sea la promoción de un producto del tabaco;
- 4) punto de venta de tabaco: cualquier lugar en el que se vendan productos del tabaco.»

5. Según el artículo 3 de la Directiva:

- «1. Sin perjuicio de lo dispuesto en la Directiva 89/552/CEE, queda prohibida en la Comunidad toda clase de publicidad o de patrocinio del tabaco.

2. Lo dispuesto en el apartado 1 no será óbice para que un Estado miembro pueda permitir que un nombre que ya se utilice de buena fe a la vez para productos del tabaco y para otros bienes o servicios que hayan sido comercializados u ofrecidos por una misma empresa o por empresas distintas antes del 30 de julio de 1998, pueda utilizarse para la publicidad de los otros bienes o servicios.

Sin embargo, dicho nombre sólo podrá utilizarse bajo un aspecto claramente distinto del del producto del tabaco y siempre que no lleve ningún otro elemento distintivo ya usado para un producto del tabaco.

3. a) Los Estados miembros velarán por que ningún producto del tabaco lleve el nombre, la marca, el símbolo o cualquier otro elemento distintivo de cualquier otro bien o servicio, salvo que dicho producto del tabaco estuviera ya comercializado con ese nombre, marca, símbolo o cualquier otro elemento distintivo en la fecha establecida en el apartado 1 del artículo 6.
- b) La prohibición establecida en el apartado 1 no podrá eludirse respecto de ningún bien o servicio que se introduzca en el mercado a partir de la fecha fijada en el apartado 1 del artículo 6 mediante la utilización de nombres, marcas, símbolos u otros elementos distintivos ya utilizados para un producto del tabaco.

A tal fin, la presentación del nombre, marca, símbolo o cualquier otro elemento distintivo del bien o servicio deberá ser claramente diferente de la utilizada para el producto del tabaco.

4. Queda prohibida la distribución gratuita cuyo objetivo o efecto directo o indirecto sea la promoción de un producto del tabaco.

5. La presente Directiva no se aplicará:

- a las comunicaciones destinadas exclusivamente a los profesionales que intervienen en el comercio del tabaco,
- a la presentación de los productos del tabaco puestos a la venta ni a los carteles indicadores de sus precios en los puntos de venta de tabaco,

- a la publicidad destinada al comprador en establecimientos especializados en la venta de productos de tabaco o en los escaparates de éstos o, cuando se trate de establecimientos de venta de artículos o servicios varios, en los emplazamientos destinados a la venta de productos del tabaco; tampoco afectará a los puntos de venta que, en Grecia, están sujetos a un sistema particular de concesión de licencias por razones de carácter social (denominados periptera),
- a la venta de publicaciones que contengan publicidad de productos del tabaco editadas e impresas en países terceros, siempre que dichas publicaciones no estén destinadas principalmente al mercado comunitario.»

6. Según el artículo 4 de la Directiva:

«Los Estados miembros velarán por que existan medios adecuados y eficaces para garantizar y controlar la aplicación de las disposiciones nacionales que se hayan adoptado en el marco de la presente Directiva. Entre estos medios podrán figurar disposiciones que permitan a las personas u organizaciones que, según la legislación nacional, tengan un interés legítimo en la retirada de publicidad incompatible con la presente Directiva, entablar acciones judiciales contra dicha publicidad o dirigirse a un órgano administrativo competente para que se pronuncie sobre las demandas o incoe las diligencias judiciales oportunas.

7. El artículo 5 de la Directiva dispone:

«La presente Directiva no afectará a la facultad de los Estados miembros de establecer, dentro de los límites del Tratado, requisitos más estrictos con respecto a la publicidad o al patrocinio de productos del tabaco, cuando los consideren necesarios para proteger la salud de las personas.»

8. Según el artículo 6 de la Directiva:

- «1. Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias

para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a más tardar el 30 de julio de 2001. Los Estados miembros informarán inmediatamente de ello a la Comisión.

Cuando los Estados miembros adopten dichas disposiciones, éstas incluirán una referencia a la presente Directiva o irán acompañadas de dicha referencia en su publicación oficial. Los Estados miembros establecerán las modalidades de la mencionada referencia.

2. Los Estados miembros comunicarán a la Comisión el texto de las principales disposiciones de Derecho interno que adopten en el ámbito regulado por la presente Directiva.
3. Los Estados miembros podrán aplazar la puesta en aplicación del apartado 1 del artículo 3,
  - en un año respecto de la prensa escrita,
  - en dos años respecto del patrocinio.

En casos excepcionales y por razones debidamente justificadas, los Estados miembros podrán seguir autorizando el patrocinio ya existente de acontecimientos o actividades organizados a escala mundial durante un período adicional de tres años que, en cualquier caso, deberá concluir a más tardar el 1 de octubre de 2006, siempre que:

- las sumas dedicadas a dicho patrocinio vayan disminuyendo durante el período transitorio,
- se establezcan medidas de limitación voluntaria para reducir la visibilidad de la publicidad en dichos acontecimientos o actividades.»

9. En apoyo de su recurso, la República Federal de Alemania formula siete motivos basados, respectivamente, en el hecho de que el artículo 100 A del Tratado no constituye una base jurídica adecuada para la Directiva, en la infracción de los artículos 57, apartado 2, y 66 del Tratado, en la violación del principio de proporcionalidad, en la violación del principio de subsidiariedad, en la vulneración de derechos fundamentales, en la infracción de los artículos 30 y 36 del Tratado CE (actualmente artículos 28 CE y 30 CE, tras su modificación), y en la infracción del artículo 190 del Tratado CE (actualmente artículo 253 CE).

10. La demandante y las partes demandadas estiman que sus consideraciones sobre el artículo 100 A se aplican también a la interpretación de los artículos 57, apartado 2, y 66 del Tratado.

11. Procede, por tanto, apreciar conjuntamente los motivos basados en la elección errónea de los artículos 100 A, 57, apartado 2, y 66 del Tratado como base jurídica de la Directiva.

*Sobre los motivos basados en la elección errónea de la base jurídica*

*Alegaciones de las partes*

12. La demandante considera que el artículo 100 A del Tratado no constituye una base jurídica adecuada para la Directiva, apoyándose para ello tanto en las características del mercado de la publicidad de los productos del tabaco como en el análisis del artículo 100 A.

13. Por lo que se refiere, en primer lugar, a las características del mercado, la demandante sostiene que la publicidad de los productos del tabaco es, en esencia, una actividad cuyos efectos no traspasan las fronteras de cada Estado miembro.

14. A este respecto, señala que, si bien es a menudo el fabricante el que concibe la publicidad de los productos del tabaco, la presentación concreta del soporte publicitario al consumidor resulta de una estrategia orientada a las particularidades de cada mercado. En su opinión, la forma concreta de la publicidad, el fondo musical, la elección de los colores así como otros elementos de los productos publicitarios adaptados a las especificidades culturales de cada Estado miembro se determinan a nivel nacional.

15. Por lo que se refiere a los soportes publicitarios denominados «estáticos», como los carteles, el cine o los utilizados en el sector de la hostelería, como los parasoles y los ceniceros, se trata de mercancías cuyo comercio entre los Estados miembros es prácticamente inexistente y que, hasta el momento, no ha estado sujeto a ninguna restricción. Por motivos fiscales, la práctica publicitaria consistente en realizar distribuciones gratuitas también se limita a los mercados nacionales.

16. Por lo que respecta a los soportes publicitarios denominados «no estáticos», la demandante sostiene que sólo reviste importancia, en el plano económico, la prensa escrita. En su opinión, es cierto que las revistas y los periódicos constituyen soportes para la publicidad de los productos del tabaco, pero el comercio intracomunitario de estos productos es muy pe-



queño. El porcentaje de revistas que se exportan a otros Estados miembros es claramente inferior al 5 %. Por lo que se refiere a los periódicos, éstos se utilizan mucho menos que las revistas como soporte de este tipo de publicidad. En Alemania, la parte correspondiente a la publicidad de los productos del tabaco en los ingresos publicitarios globales de los periódicos fue, en 1997, del 0,04 %.

17. La escasa importancia del comercio transfronterizo de prensa escrita explica, según la demandante, que no se vea obstaculizado por los Estados miembros que prohíben a su prensa nacional aceptar publicidad de los productos del tabaco. Las leyes belga e irlandesa autorizan expresamente la importación de productos de prensa que contengan tal publicidad, y las solicitudes de prohibición de esta importación ante los órganos jurisdiccionales franceses no han prosperado.

18. En relación con los productos denominados de «diversificación», que son objeto del artículo 3, apartado 2, de la Directiva, la demandante sostiene que la imprecisión de esta disposición puede dar lugar a interpretaciones diferentes que supongan nuevos obstáculos a los intercambios comerciales. En cualquier caso, la Directiva no contiene una cláusula de libre comercio que impida a los Estados miembros que no utilicen la posibilidad que ofrece dicha disposición oponerse a la comercialización de productos procedentes de Estados miembros que hayan hecho uso de dicha posibilidad.

19. En cuanto a los servicios que prestan las agencias de publicidad, la demandante sostiene que la actividad consistente en elaborar estrategias publicitarias centralizadas, así como el trabajo intelectual que presupone la publicidad, no entran en el ámbito de aplicación de la Directiva. Afirma, en efecto, que el artículo 2, punto 2, de la Directiva sólo define la publicidad como el empleo efectivo de medios publicitarios dirigidos al consumidor.

20. Por lo que respecta al patrocinio, la demandante considera, por una parte, que las relaciones entre el patrocinador y el organizador se producen, en gran medida, a escala nacional, ya que uno y otro se hallan normalmente establecidos en el mismo Estado miembro. Además, incluso cuando no es así, no existe ningún obstáculo al patrocinio que resulte de las legislaciones nacionales, ya que la puesta a disposición de las superficies publicitarias en el lugar del acontecimiento se realiza a nivel local. Por otra parte, la retransmisión por televisión del acontecimiento patrocinado tampoco está sujeta a obstáculos.

21. Con respecto a las distorsiones de la competencia que resultan de las divergencias entre las legislaciones nacionales, la demandante sostiene que, a la vista del primer considerando de la Directiva, el objetivo de ésta no es eliminar tales distorsiones en el sector de la industria tabaquera.

22. Por lo que respecta a los fabricantes de productos publicitarios, la demandante afirma que su actividad más allá de las fronteras es insignificante, y que no existe ninguna relación de competencia entre ellos debido a la orientación fundamentalmente nacional de las estrategias publicitarias a favor del tabaco. Y por lo que respecta a la prensa, que los productos importados no compiten con los medios de comunicación escritos locales, y en ningún caso alcanzan, en el Estado miembro de destino, una cuota de mercado que pueda considerarse significativa.

23. Por lo que se refiere, en segundo lugar, al análisis del artículo 100 A del Tratado, la demandante sostiene, primeramente, que este artículo atribuye competencia al legislador comunitario para armonizar las legislaciones nacionales en la medida en que la armonización sea necesaria para favorecer el mercado interior. En su opinión, no basta con una mera alusión a este artículo en los considerandos del acto adoptado, so pena de hacer imposible cualquier control jurisdiccional de la elección del artículo 100 A como base jurídica. Es necesario que el acto contribuya efectivamente a mejorar el mercado interior.

24. Pues bien, la demandante considera que no ocurre esto en el presente caso. Dado que la única publicidad que se admite, a saber, la que se realiza en los lugares de venta, sólo representa el 2 % de los gastos en publicidad de la industria tabaquera, la Directiva supone, en la práctica, una prohibición total de esta publicidad. Por consiguiente, en vez de favorecer el comercio de los soportes de la publicidad de los productos del tabaco y la libre prestación de servicios en este ámbito, la Directiva suprime casi por completo estas libertades. Además, según la demandante, la Directiva crea nuevos obstáculos a los intercambios comerciales que no existían anteriormente. Así, la prohibición de publicidad hace casi imposibles, en el mercado de los productos del tabaco, la importación y comercialización de nuevos productos y conduce, por tanto, a paralizar el comercio entre Estados.

25. Respecto de la cuestión de si la armonización que persigue la Directiva era necesaria para suprimir distorsiones de la competencia, la demandante añade a las consideraciones precedentes sobre el mercado de la

publicidad de los productos del tabaco que la Directiva crea, además, distorsiones de la competencia hasta entonces inexistentes en mercados ajenos a la industria tabaquera.

26. Es el caso, en su opinión, de los productos de diversificación a que se refiere el artículo 3, apartado 2, de la Directiva. Esta disposición contiene requisitos tan restrictivos que las empresas que fabrican estos productos deberían o bien cerrar sus establecimientos, o bien soportar grandes costes adicionales, lo que podría provocar importantes trasvases de cuotas de mercado en beneficio de los competidores.

27. Según la demandante, es cierto que, como resulta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la aproximación de las legislaciones puede legítimamente tener como objetivo evitar la aparición de futuros obstáculos a los intercambios comerciales derivados de una evolución heterogénea de las legislaciones nacionales. Sin embargo, la Directiva no hace más que introducir, de manera definitiva y para el futuro, nuevos obstáculos al comercio.

28. Por lo que se refiere a las demás Directivas que se basan en el artículo 100 A del Tratado y que prohíben determinadas actividades, la demandante sostiene que estos actos se diferencian de la Directiva impugnada. Así, la prohibición de la publicidad engañosa persigue favorecer los intercambios comerciales transfronterizos, garantizando una publicidad leal a nivel comunitario; asimismo, la prohibición de utilización de componentes de productos, de procedimientos de fabricación o de formas de comercialización nocivos para la salud persigue crear un mercado interior para los productos afectados, permitiendo su fabricación, su comercialización o su consumo sin riesgos para la salud.

29. La demandante sostiene también que sólo se puede elegir el artículo 100 A como base jurídica en el caso de que los obstáculos a las libertades fundamentales y las distorsiones de la competencia sean sensibles. A este respecto, señala que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a los artículos 30 y 36 del Tratado, según la cual estas disposiciones prohíben incluso los obstáculos mínimos a los intercambios comerciales, no es aplicable en un ámbito en el que se trata de delimitar las competencias entre la Comunidad y los Estados miembros. Si el legislador comunitario pudiese armonizar las legislaciones nacionales aunque no exista una incidencia sensible en el mercado interior, sería posible adoptar Directivas en cualquier ámbito, y el control jurisdiccional del respeto del artículo 100 A se convertiría en superfluo.

30. Por otra parte, esta interpretación del artículo 100 A se apoya en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (sentencias de 18 de marzo de 1980, Comisión/Italia, 91/79, Rec. p. 1099, apartado 8, y de 11 de junio de 1991, Comisión/Consejo, «Dióxido de titanio», C-300/89, Rec. p. I-2867, apartado 23).

31. Pues bien, las consideraciones de la demandante resumidas en los apartados 13 a 22 de la presente sentencia demuestran, en su opinión, que no existen obstáculos sensibles a los intercambios comerciales de los soportes publicitarios para los productos del tabaco y a la libre prestación de servicios por parte de las agencias de publicidad, así como tampoco distorsiones sensibles de la competencia entre éstas.

32. Por último, la demandante sostiene que no es posible recurrir al artículo 100 A cuando el «centro de gravedad» de una medida no consiste en favorecer el mercado interior sino en proteger la salud pública.

33. La demandante recuerda que, según reiterada jurisprudencia, la Comunidad no puede basarse en el artículo 100 A cuando el acto que ha de adoptarse sólo tiene accesoriamente el efecto de armonizar las condiciones del mercado en el interior de la Comunidad (sentencias de 4 de octubre de 1991, Parlamento/Consejo, C-70/88, Rec. p. I-4529, apartado 17; de 17 de marzo de 1993, Comisión/Consejo, C-155/91, Rec. p. I-939, apartado 19; de 28 de junio de 1994, Parlamento/Consejo, C-187/93, Rec. p. I-2857, apartado 25, y de 12 de noviembre de 1996, Reino Unido/Consejo, C-84/94, Rec. p. I-5755, apartado 45).

34. Pues bien, en su opinión, tanto la génesis de la Directiva como el análisis de su contenido y de su objetivo demuestran que el «centro de gravedad» de este acto es la protección de la salud pública.

35. Por lo que se refiere a la sentencia Dióxido de titanio, antes citada, la demandante señala que la Directiva impugnada difiere de la que se impugnaba en dicha sentencia. Considera, en efecto, que los objetivos perseguidos en el asunto Dióxido de titanio eran tanto la política de medio ambiente como la realización del mercado interior, y cada uno de estos objetivos de la Comunidad tiene una base jurídica propia, el artículo 130 R del Tratado CE (actualmente artículo 174 CE, tras su modificación) y el artículo 100 A del Tratado, respectivamente, que permiten la armonización de las regulaciones nacionales. Pues bien, no ocurre esto en el presente caso, en el que el «centro de gravedad» de la Directiva es la política de salud pública, ámbito en el que las medidas de armonización están expresamente prohibidas por el artículo 129, apartado 4, primer guión, del

Tratado CE (actualmente artículo 152 CE, apartado 4, párrafo primero, tras su modificación).

36. El Parlamento, el Consejo y las partes que intervienen en su apoyo consideran que la Directiva se adoptó válidamente sobre la base del artículo 100 A del Tratado, apoyándose para ello, por una parte, en la existencia de un mercado interior en el sector de la publicidad de los productos del tabaco y, por otra, en el análisis del artículo 100 A.

37. El Parlamento, el Consejo y la Comisión sostienen que existe un mercado interior en el sector de la publicidad de los productos del tabaco, en el que las campañas publicitarias a menudo están centralizadas y concebidas por agencias establecidas en la Comunidad. Aunque la ejecución de las estrategias publicitarias y de los temas publicitarios elegidos se realice a nivel nacional, la elección de los temas, la selección de los símbolos, de los logotipos y otros elementos se elaboran y ofrecen a nivel transfronterizo, y alcanzan a los consumidores en distintos Estados miembros.

38. Por lo que se refiere al sector de la hostelería, el Consejo sostiene que, aunque el efecto de la publicidad se limita al público local, pueden utilizarse soportes publicitarios idénticos en distintos Estados miembros, ya que la lengua utilizada es a menudo el inglés.

39. Por lo que respecta a la distribución gratuita, el Parlamento y el Consejo destacan los aspectos transfronterizos de esta clase de publicidad, que se inscribe en un concepto publicitario definido y aplicado de manera uniforme por una marca. El Parlamento añade que su prohibición se justifica por la necesidad de evitar que se eluda la normativa.

40. La libre circulación de las revistas, en particular las que las compañías aéreas ponen a disposición de sus pasajeros en los vuelos intracomunitarios, así como de los periódicos, publicados en un Estado miembro y que circulan en otros Estados miembros, que contienen publicidad de los productos del tabaco, también puede verse obstaculizada por las divergencias legislativas existentes.

41. Por lo que se refiere a los productos de diversificación, el Parlamento y el Consejo señalan que, a diferencia de lo que sostiene la demandante, el artículo 3, apartado 2, de la Directiva es una disposición precisa y debe interpretarse en el sentido de que un Estado miembro no puede impedir la comercialización de un producto comercializado de manera legal en otro Estado miembro que haya utilizado la posibilidad que le ofrece dicha disposición.

42. El Parlamento y el Consejo sostienen que el patrocinio también contiene elementos transfronterizos. A este respecto, señalan que los soportes publicitarios utilizados en acontecimientos patrocinados, como coches, trajes de pilotos y paneles instalados a lo largo del circuito, no sólo alcanzan al público local. En cualquier caso, según el Consejo, basta, para crear un contexto transfronterizo, con que el patrocinador y la empresa patrocinada estén establecidos en Estados miembros diferentes.

43. Por último, el Parlamento, el Consejo y la Comisión destacan que las divergencias entre las legislaciones nacionales impiden a las agencias publicitarias concebir y ofrecer conceptos publicitarios uniformes a escala comunitaria.

44. En su opinión, la Directiva, que, a través de la aproximación de las disposiciones legales, crea un marco uniforme para la publicidad de los productos del tabaco en el mercado interior, podía adoptarse válidamente sobre la base del artículo 100 A del Tratado.

45. A este respecto, el Parlamento, el Consejo y la Comisión sostienen que la competencia que esta disposición atribuye al Consejo no persigue necesariamente la liberalización de los intercambios comerciales, sino la regulación del mercado. Esto explica que hayan podido adoptarse sobre la base del artículo 100 A *Directivas que contienen ciertas prohibiciones*.

46. Así, la Directiva 92/41/CEE del Consejo, de 15 de mayo de 1992, por la que se modifica la Directiva 89/622/CEE relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de etiquetado de los productos del tabaco (DO L 158, p. 30), prohíbe la comercialización de los tabacos de uso oral, y la Directiva 91/339/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1991, por la que se modifica por undécima vez la Directiva 76/769/CEE relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que limitan la comercialización y el uso de determinadas sustancias y preparados peligrosos (DO L 186, p. 64), contiene una prohibición total del empleo de las sustancias que se mencionan en ella.

47. En materia de publicidad, Directivas como la Directiva 97/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de octubre de 1997, por la que se modifica la Directiva 84/450/CEE sobre publicidad engañosa, a fin de incluir en la misma la publicidad comparativa (DO L 290, p. 18), y la Directiva 92/28/CEE del Consejo, de 31 de marzo de 1992, relativa a la

publicidad de los medicamentos para uso humano (DO L 113, p. 13), tampoco tienen como objetivo la liberalización de los intercambios comerciales. Esta última Directiva contiene, en particular, amplias prohibiciones de publicidad, en concreto la de los medicamentos para los que no se haya otorgado una autorización de comercialización de conformidad con el Derecho comunitario (artículo 2, apartado 1) y la de los medicamentos que sólo pueden dispensarse por prescripción facultativa (artículo 3, apartado 1, primer guión).

48. El Parlamento, el Consejo y la Comisión mencionan también otras Directivas, que contienen prohibiciones parciales, como la de la publicidad televisada de los productos del tabaco [Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva (DO L 298, p. 23)], así como medidas que tienen una relación indirecta con las libertades fundamentales, como las que se refieren a la hora de verano [Directiva 94/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 1994, Séptima Directiva relativa a las disposiciones sobre la hora de verano (DO L 164, p. 1)] o al acceso a la red telefónica internacional en la Comunidad [Decisión 92/264/CEE del Consejo, de 11 de mayo de 1992, relativa a la introducción de un prefijo común de acceso a la red telefónica internacional en la Comunidad (DO L 137, p. 21)].

49. Afirman que el recurso al artículo 100 A del Tratado no está limitado a los casos en que las divergencias legislativas dan lugar efectivamente a obstáculos a las libertades fundamentales o a distorsiones de la competencia. Como señaló el Tribunal de Justicia en su sentencia de 13 de julio de 1995, España/Consejo (C-350/92, Rec. p. I-1985), apartado 33, basta con que las disparidades existentes entre los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros puedan obstaculizar las libertades fundamentales. También es posible recurrir al artículo 100 A con el fin de evitar una evolución heterogénea de las legislaciones nacionales que cree nuevas disparidades (sentencia España/Consejo, antes citada, apartado 35).

50. Por lo que se refiere a la alegación formulada por la demandante según la cual sólo se puede recurrir al artículo 100 A como base jurídica en el caso de que las divergencias legislativas creen obstáculos sensibles a los intercambios comerciales o distorsiones sensibles de la competencia, el Consejo sostiene que esta delimitación, basada en el Derecho de la competencia, no puede utilizarse en el ámbito del artículo 100 A. La

delimitación de las competencias debe obedecer a criterios objetivos y universales.

51. La Comisión sostiene además que, en el presente caso, existen distorsiones reales de la competencia. A este respecto, señala que, habida cuenta de las divergencias legislativas existentes, las agencias de publicidad no tienen las mismas oportunidades de obtener ganancias según su lugar de establecimiento o el mercado en el que ejercen su actividad. En los casos de simple tolerancia de los diarios o periódicos de otros Estados miembros a pesar de una legislación restrictiva para la prensa del Estado miembro de que se trate, se producen distorsiones de la competencia en este mismo Estado.

52. Por lo que se refiere al patrocinio, tales divergencias influyen en la elección del lugar en que se organizan los acontecimientos patrocinados por los fabricantes de tabaco, lo que provoca consecuencias económicas importantes cuando se trata de competiciones deportivas como las carreras de Fórmula 1.

53. Por último, los productores y los vendedores de los productos del tabaco no disfrutaban de las mismas condiciones de competencia para influir en su posición en el mercado. En efecto, en los Estados miembros que tienen una legislación restrictiva, los operadores económicos sólo pueden mantener o mejorar su posición en el mercado mediante una competencia basada en los precios.

54. Respecto a la alegación de la demandante según la cual la protección de la salud pública constituye el «centro de gravedad» de la Directiva, el Parlamento, el Consejo y la Comisión afirman que de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que el elemento esencial en el que procede basarse para apreciar la elección de la base jurídica de un acto es el tenor de dicho acto. Pues bien, de la formulación y del lugar que ocupan los considerandos tercero y cuarto de la Directiva se desprende que la protección de la salud de las personas es un objetivo de ésta, que se persigue en el contexto de las disposiciones del artículo 100 A, apartados 3 y 4, del Tratado, pero que no es su objetivo principal.

55. Asimismo, el segundo considerando y el artículo 5 de la Directiva, al reconocer el derecho de los Estados miembros a establecer disposiciones más estrictas que las previstas en la Directiva para proteger la salud pública, demuestran también, de manera clara, el carácter accesorio y subordinado de la exigencia de protección de la salud de las personas.

56. La Comisión señala, a este respecto, que la gran importancia de



la protección de la salud pública en la Directiva se explica por el hecho de que era el objetivo principal, e incluso único, de las medidas nacionales que fueron objeto de la armonización, pero que, en el marco de ésta, se convierte en un objetivo secundario.

57. El Parlamento, el Consejo y la Comisión sostienen, por último, que el hecho de que la Directiva imponga una amplia prohibición de la publicidad de los productos del tabaco resulta de la obligación impuesta por el artículo 100 A, apartado 3, del Tratado de basarse en un nivel de protección elevado de la salud de las personas, así como de la necesidad de prevenir el riesgo de que se eluda la prohibición.

58. Según el Gobierno del Reino Unido, la demandante yerra al sostener que la Directiva se basa incorrectamente en el artículo 100 A del Tratado porque su objetivo principal no es la eliminación de los obstáculos al comercio para los soportes publicitarios y las correspondientes prestaciones de servicios, sino la protección de la salud de las personas.

59. A este respecto, señala que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la elección de la base jurídica de un acto debe fundarse en elementos objetivos susceptibles de control jurisdiccional, entre ellos, en especial, la finalidad y el contenido del acto.

60. Pues bien, este Gobierno considera que, objetivamente, la Directiva persigue, de manera indisociable, objetivos relacionados con la protección de la salud humana y otros relacionados con la eliminación de las disparidades en las condiciones de competencia y de los obstáculos a los intercambios económicos. El enfoque de la demandante consistente en determinar cuál de estos objetivos es más importante no sólo es contrario al criterio objetivo establecido por el Tribunal de Justicia, sino también impracticable.

61. El Gobierno del Reino Unido sostiene que el artículo 100 A del Tratado atribuye competencia al Consejo y al Parlamento para adoptar medidas que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior, y considera que en el presente caso se da esta situación.

62. Según este Gobierno, para que una medida se funde válidamente en el artículo 100 A, no es necesario demostrar que tiene por efecto aumentar el volumen de los intercambios comerciales transfronterizos. Basta con que dicha medida elimine las desigualdades en las condiciones de competencia.

63. Pues bien, la Directiva pretende suprimir distorsiones de competencia no sólo en el mercado de la publicidad, sino también en el merca-

do de los productos del tabaco, armonizando las condiciones en las que los fabricantes pueden promocionar sus productos. También armoniza las condiciones en las que la industria tabaquera puede patrocinar acontecimientos culturales y deportivos.

64. A este respecto, el Gobierno del Reino Unido señala que los clubes de deporte profesional son empresas, que compiten unas con otras, y que las condiciones de esta competencia se verían afectadas si los clubes de los diferentes Estados miembros no pudiesen recibir las mismas contribuciones económicas de la industria tabaquera, particularmente proclive a patrocinar los acontecimientos deportivos para contrarrestar el hecho de que estos productos se asocian a una mala salud.

65. Este Gobierno añade que, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, puede adoptarse un acto para prevenir la aprobación de normas nacionales dispares que puedan obstaculizar los intercambios comerciales. La situación actual de tolerancia respecto de las publicaciones que contienen publicidad de productos del tabaco podría cambiar a la vista de la evolución de las regulaciones nacionales, que se han vuelto cada vez más estrictas. Existe, por tanto, un riesgo de que aumenten los obstáculos a los intercambios comerciales que la Directiva pretende eliminar.

66. Por lo que se refiere a la alegación de la demandante según la cual sólo se puede recurrir al artículo 100 A del Tratado en el caso de obstáculos sensibles a las libertades fundamentales o de distorsiones sensibles de la competencia, el Gobierno del Reino Unido señala que ningún criterio preciso permite llevar a cabo esta delimitación.

67. Este Gobierno destaca que la interpretación del artículo 100 A que propone viene confirmada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, según la cual sobre la base de este artículo puede adoptarse una Directiva que se limite a prohibir determinadas actividades con el fin de suprimir distorsiones de la competencia (sentencia Dióxido de titanio, antes citada).

68. El Gobierno francés considera que la Directiva se adoptó válidamente sobre la base del artículo 100 A del Tratado. A este respecto, formula alegaciones basadas en los antecedentes legislativos en materia de armonización en el sector de la salud pública, en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el artículo 129 del Tratado y, por último, en la base jurídica elegida para los nuevos trabajos de armonización en curso.

69. Por lo que se refiere a los antecedentes legislativos, este Gobierno alude a las Directivas en materia de productos farmacéuticos, desde la

Directiva 65/65/CEE del Consejo, de 26 de enero de 1965, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, sobre especialidades farmacéuticas (DO 1965, 22, p. 369; EE 13/01, p. 18), a la Directiva 90/220/CEE del Consejo, de 23 de abril de 1990, sobre la liberación intencional en el medio ambiente de organismos modificados genéticamente (DO L 117, p. 15), así como a la Directiva 76/768/CEE del Consejo, de 27 de julio de 1976, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de productos cosméticos (DO L 262, p. 169; EE 15/01, p. 206). En estas Directivas, la finalidad de protección de la salud pública coexiste con el objetivo de la libre circulación de los productos y de la supresión de las distorsiones de la competencia, y nadie ha cuestionado la validez de las disposiciones de éstas que armonizan las legislaciones nacionales en materia de salud pública.

70. En relación con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el artículo 129 del Tratado, el Gobierno francés cita las sentencias de 5 de mayo de 1998, Reino Unido/Comisión (C-180/96, Rec. p. I-2265), y de 4 de abril de 2000, Comisión/Consejo (C-269/97, aún no publicada en la Recopilación), en las que el Tribunal de Justicia precisó que las exigencias en materia de protección de la salud de las personas son un componente de las demás políticas de la Comunidad y, en particular, de la política del mercado interior.

71. Por último, este Gobierno señala que la base jurídica de la propuesta de Directiva relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de fabricación, presentación y venta de los productos del tabaco es el artículo 100 A del Tratado. Además, en el marco de la Organización Mundial de la Salud se han iniciado negociaciones para, en particular, celebrar un protocolo sobre la publicidad de los productos del tabaco. Pues bien, la base jurídica del mandato otorgado a la Comisión para participar en las negociaciones es el artículo 228 del Tratado CE (actualmente artículo 300 CE, tras su modificación).

72. El Gobierno finlandés sostiene que, habida cuenta de los obstáculos a los intercambios comerciales y de las distorsiones de la competencia causadas por las divergencias entre las legislaciones nacionales, la Directiva pudo adoptarse válidamente sobre la base del artículo 100 A del Tratado.

73. A este respecto, dicho Gobierno destaca los elementos transfron-

terizos del mercado de la publicidad y del patrocinio de los productos del tabaco, invocados por el Parlamento, el Consejo y la Comisión, y añade que la comunicación electrónica, en particular la publicidad por Internet, acentúa la internacionalización de este mercado. Al beneficiarse de medios de comunicación como la televisión, la publicidad de los productos del tabaco logra penetrar en los Estados miembros en los que está prohibida. Así, en un Estado miembro como Finlandia, donde la publicidad directa de los productos del tabaco está prohibida desde 1976, ciertos estudios demuestran que, por ejemplo, en 1996, los programas deportivos emitidos en las tres cadenas de televisión nacionales durante un mes incluían cuatro horas de publicidad de tales productos.

74. El Gobierno finlandés menciona también las distorsiones de la competencia en el sector de los productos del tabaco y del patrocinio. Esta forma de mercadotecnia, que es inaccesible para las pequeñas empresas, crea situaciones de desigualdad incompatibles con el mercado común.

75. Por lo que se refiere a la importancia de la protección de la salud en la Directiva, la argumentación del Gobierno finlandés es idéntica, en esencia, a la desarrollada por el Parlamento, el Consejo y la Comisión, y resumida en los apartados 54 a 57 de la presente sentencia.

#### *Análisis del Tribunal de Justicia*

##### *La elección de los artículos 100 A, 57, apartado 2, y 66 del Tratado como base jurídica y su control jurisdiccional*

76. La Directiva tiene por objeto la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad y de patrocinio de los productos del tabaco. Se trata de medidas nacionales que se inspiran en gran medida en objetivos de política de salud pública.

77. Pues bien, el artículo 129, apartado 4, primer guión, del Tratado excluye toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros destinadas a proteger y mejorar la salud humana.

78. Esta disposición no implica, sin embargo, que medidas de armonización adoptadas sobre la base de otras disposiciones del Tratado no puedan tener una incidencia sobre la protección de la salud humana. Por otra parte, el artículo 129, apartado 1, párrafo tercero, prevé que las exigen-

cias en materia de protección de la salud constituirán un componente de las demás políticas de la Comunidad.

79. No obstante, el recurso a otros artículos del Tratado como base jurídica no puede ser utilizado para eludir la exclusión expresa de toda armonización enunciada en el artículo 129, apartado 4, primer guión, del Tratado.

80. En el presente caso, la aproximación de las regulaciones nacionales en materia de publicidad y de patrocinio de los productos del tabaco, prevista por la Directiva, se efectuó sobre la base de los artículos 100 A, 57, apartado 2, y 66 del Tratado.

81. El artículo 100 A, apartado 1, del Tratado atribuye competencia al Consejo para adoptar, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 189 B del Tratado CE (actualmente artículo 251 CE, tras su modificación) y previa consulta al Comité Económico y Social, las medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior.

82. Según el artículo 3, letra c), del Tratado CE [actualmente artículo 3 CE, apartado 1, letra c), tras su modificación], el mercado interior se caracteriza por la supresión, entre los Estados miembros, de los obstáculos a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales. El artículo 7 A del Tratado CE (actualmente artículo 14 CE, tras su modificación), que prevé las medidas que deben adoptarse para establecer el mercado interior, precisa, en su apartado 2, que este mercado implica un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones del Tratado.

83. De la interpretación conjunta de estas disposiciones se desprende que las medidas contempladas en el artículo 100 A, apartado 1, del Tratado están destinadas a mejorar las condiciones de establecimiento y funcionamiento del mercado interior. Interpretar este artículo en el sentido de que atribuye al legislador comunitario una competencia general para regular el mercado interior sería no sólo contrario al propio tenor literal de las disposiciones antes citadas, sino también incompatible con el principio establecido en el artículo 3 B del Tratado CE (actualmente artículo 5 CE), según el cual las competencias de la Comunidad son competencias de atribución.

84. Además, un acto adoptado sobre la base del artículo 100 A del

Tratado debe tener efectivamente por objeto la mejora de las condiciones de establecimiento y funcionamiento del mercado interior. Si la mera comprobación de disparidades entre las regulaciones nacionales y de un riesgo abstracto de aparición de obstáculos a las libertades fundamentales o de distorsiones de la competencia que puedan resultar de tales disparidades bastase para justificar la elección del artículo 100 A como base jurídica, el control jurisdiccional del respeto de la base jurídica podría quedar privado de toda eficacia. Se impediría entonces al Tribunal de Justicia ejercer la función, que le incumbe en virtud del artículo 164 del Tratado CE (actualmente artículo 220 CE), de garantizar el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación del Tratado.

85. Por ello, el Tribunal de Justicia debe, al controlar el respeto de la base jurídica del artículo 100 A, verificar si el acto cuya validez se cuestiona persigue efectivamente los objetivos invocados por el legislador comunitario (véanse, en particular, las sentencias España/Consejo, antes citada, apartados 25 a 41, y de 13 de mayo de 1997, Alemania/Parlamento y Consejo, C-233/94, Rec. p. I-2405, apartados 10 a 21).

86. Es cierto que, como señaló el Tribunal de Justicia en el apartado 35 de la sentencia España/Consejo, antes citada, es posible recurrir al artículo 100 A como base jurídica para evitar la aparición de futuros obstáculos a los intercambios comerciales derivados de la evolución heterogénea de las legislaciones nacionales. No obstante, la aparición de tales obstáculos debe ser probable y la medida de que se trate debe tener por objeto su prevención.

87. Las consideraciones precedentes se aplican a la interpretación del artículo 57, apartado 2, del Tratado en relación con el artículo 66 del Tratado, que se refiere expresamente a las medidas destinadas a facilitar el acceso a las actividades de servicio y a su ejercicio. En efecto, estas disposiciones también tienen por objeto atribuir al legislador comunitario una competencia específica para adoptar medidas destinadas a mejorar el funcionamiento del mercado interior.

88. Además, si se cumplen los requisitos para recurrir a los artículos 100 A, 57, apartado 2, y 66 como base jurídica, no puede impedirse al legislador comunitario que se funde en esta base jurídica por el hecho de que la protección de la salud pública sea determinante en las decisiones que deben tomarse. Por el contrario, el artículo 129, apartado 1, párrafo tercero, prevé que las exigencias en materia de protección de la salud son un componente de las demás políticas de la Comunidad, y el

artículo 100 A, apartado 3, exige expresamente que se garantice un elevado nivel de protección de la salud de las personas en la armonización que se realice.

89. Procede, por tanto, verificar si, teniendo en cuenta cuanto precede, la Directiva podía adoptarse sobre la base de los artículos 100 A, 57, apartado 2, y 66 del Tratado.

### *La Directiva*

90. En el primer considerando de la Directiva, el legislador comunitario constata la existencia de divergencias entre las regulaciones nacionales en materia de publicidad y de patrocinio de los productos del tabaco y señala que, dado que esta publicidad y este patrocinio traspasan las fronteras de los Estados miembros, dichas disparidades pueden dificultar la libre circulación de los productos, que son los medios de soporte de estas actividades, y la libre prestación de servicios en este campo, así como provocar distorsiones de la competencia, obstaculizando de este modo el funcionamiento del mercado interior.

91. A tenor del segundo considerando de la Directiva, procede eliminar tales barreras y, para ello, deben aproximarse las normas relativas a la publicidad y al patrocinio de los productos del tabaco, dejando a los Estados miembros la posibilidad de imponer, en determinadas condiciones, los requisitos que consideren necesarios para proteger la salud de las personas.

92. La Directiva prohíbe, en su artículo 3, apartado 1, toda clase de publicidad o de patrocinio de los productos del tabaco y, en su artículo 3, apartado 4, la distribución gratuita cuyo objetivo o efecto sea la promoción de estos productos. Quedan fuera de su ámbito de aplicación, no obstante, las comunicaciones entre profesionales que intervienen en el comercio del tabaco, la publicidad en los establecimientos de venta y la contenida en publicaciones editadas e impresas en países terceros que no estén destinadas principalmente al mercado comunitario (artículo 3, apartado 5).

93. La Directiva prohíbe también la utilización del mismo nombre a la vez para los productos del tabaco y para otros bienes y servicios a partir del 30 de julio de 1998, salvo para los bienes y servicios comercializados antes de esta fecha con un nombre utilizado también para un producto del tabaco, para los cuales se autoriza la utilización de este nombre

con determinadas condiciones (artículo 3, apartado 2). A partir del 30 de julio de 2001, los productos del tabaco no deberán llevar el nombre, la marca, el símbolo o cualquier otro elemento distintivo de cualquier otro bien o servicio, salvo que dicho producto del tabaco estuviera ya comercializado con ese nombre, marca, símbolo o cualquier otro elemento antes de esa fecha [artículo 3, apartado 3, letra a)].

94. De conformidad con su artículo 5, la Directiva no afecta a la facultad de los Estados miembros de establecer, dentro de los límites del Tratado, requisitos más estrictos con respecto a la publicidad o al patrocinio de productos del tabaco, cuando los consideren necesarios para proteger la salud de las personas.

95. Procede, por tanto, verificar si la Directiva contribuye efectivamente a eliminar obstáculos a la libre circulación de mercancías y a la libre prestación de servicios, así como a suprimir distorsiones de la competencia.

*Eliminación de obstáculos a la libre circulación de mercancías  
y a la libre prestación de servicios*

96. Debe admitirse que, debido a las disparidades existentes entre las legislaciones nacionales en materia de publicidad de los productos del tabaco, existen o es probable que surjan obstáculos a la libre circulación de mercancías o a la libre prestación de servicios.

97. Por lo que se refiere, por ejemplo, a las revistas y periódicos que contienen publicidad de productos del tabaco, es cierto que, como ha demostrado la demandante, no existe hoy en día ningún obstáculo a la importación de tales productos de prensa en los Estados miembros que prohíben esta publicidad. No obstante, teniendo en cuenta la evolución de las legislaciones nacionales en un sentido cada vez más restrictivo en relación con la publicidad de los productos del tabaco, que responde a la convicción de que esta publicidad provoca un aumento significativo del consumo de tabaco, es probable que en el futuro surjan obstáculos a la libre circulación de los productos de prensa.

98. Por tanto, el artículo 100 A del Tratado podría permitir, en principio, la adopción de una Directiva que prohíba la publicidad de los productos del tabaco en las revistas y periódicos, con el fin de garantizar la libre circulación de estos productos de prensa, a semejanza de la Directiva 89/552, que prohíbe, en su artículo 13, la publicidad televisada de los



productos del tabaco con el fin de promover la libre transmisión de los programas de televisión.

99. No obstante, respecto de gran parte de las clases de publicidad de los productos del tabaco, su prohibición, que resulta del artículo 3, apartado 1, de la Directiva, no puede justificarse por la necesidad de eliminar obstáculos a la libre circulación de los soportes publicitarios o a la libre prestación de servicios en el ámbito de la publicidad. Tal es el caso, en particular, de la prohibición de la publicidad en carteles, parasoles, ceniceros y otros objetos utilizados en hoteles, restaurantes y cafés, así como la prohibición de anuncios publicitarios en el cine, prohibiciones que no contribuyen en absoluto a facilitar los intercambios comerciales de estos productos.

100. Es cierto que un acto adoptado sobre la base de los artículos 100 A, 57, apartado 2, y 66 del Tratado puede contener disposiciones que no contribuyan a eliminar obstáculos a las libertades fundamentales, si son necesarias para evitar que se eludan determinadas prohibiciones que tienen este objetivo. No obstante, es evidente que no es éste el caso de las prohibiciones mencionadas en el apartado precedente.

101. Además, la Directiva no garantiza la libre circulación de los productos que se ajusten a sus disposiciones.

102. A este respecto, a diferencia de lo que sostienen el Parlamento y el Consejo, el artículo 3, apartado 2, de la Directiva, relativo a los productos de diversificación, no puede interpretarse en el sentido de que, cuando se cumplen los requisitos previstos en la Directiva, los productos de esta clase cuyo comercio está autorizado en un Estado miembro pueden circular libremente en los demás Estados miembros, incluso en aquellos Estados en que tales productos están prohibidos.

103. En efecto, de conformidad con el artículo 5 de la Directiva, los Estados miembros conservan la facultad de establecer, dentro de los límites del Tratado, requisitos más estrictos con respecto a la publicidad o al patrocinio de productos del tabaco, cuando los consideren necesarios para proteger la salud de las personas.

104. Además, la Directiva no contiene ninguna disposición que establezca la libre circulación de los productos que se ajusten a lo dispuesto en ella, a diferencia de otras Directivas que dejan a los Estados miembros la posibilidad de adoptar medidas más estrictas para la protección de un interés general [véanse, en particular, el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 90/239/CEE del Consejo, de 17 de mayo de 1990, relativa a la

aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros respecto al contenido máximo de alquitrán de los cigarrillos (DO L 137, p. 36), y el artículo 8, apartado 1, de la Directiva 89/622/CEE del Consejo, de 13 de noviembre de 1989, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de etiquetado de los productos del tabaco (DO L 359, p. 1)].

105. En estas circunstancias, procede declarar que el legislador comunitario no puede basarse en la necesidad de eliminar obstáculos a la libre circulación de los soportes publicitarios y a la libre prestación de servicios para adoptar la Directiva sobre la base de los artículos 100 A, 57, apartado 2, y 66 del Tratado.

*Eliminación de las distorsiones de la competencia*

106. Al controlar la legalidad de una Directiva adoptada sobre la base del artículo 100 A del Tratado, el Tribunal de Justicia verifica si las distorsiones de la competencia que el acto pretende suprimir son sensibles (sentencia Dióxido de titanio, antes citada, apartado 23).

107. Si no existiese este requisito, la competencia del legislador comunitario prácticamente no tendría límites. En efecto, las regulaciones nacionales difieren a menudo en los requisitos para el ejercicio de las actividades que contemplan, lo que repercute directa o indirectamente en las condiciones de competencia de las empresas afectadas. En consecuencia, interpretar el artículo 100 A, así como los artículos 57, apartado 2, y 66 del Tratado, en el sentido de que el legislador comunitario podría basarse en estos artículos para suprimir distorsiones de la competencia mínimas sería incompatible con el principio, que ya se ha recordado en el apartado 83 de la presente sentencia, según el cual las competencias de la Comunidad son competencias de atribución.

108. Procede, por tanto, verificar si la Directiva contribuye efectivamente a suprimir distorsiones sensibles de la competencia.

109. Por lo que se refiere, en primer lugar, a las agencias de publicidad y a los fabricantes de soportes publicitarios, es cierto que las empresas establecidas en el territorio de los Estados miembros menos restrictivos en relación con la publicidad de los productos del tabaco se ven favorecidas desde el punto de vista de las economías de escala y del aumento de las ganancias. No obstante, los efectos de estas ventajas so-

bre la competencia son remotos e indirectos, y no constituyen distorsiones que puedan calificarse de sensibles. No son comparables a las distorsiones de la competencia provocadas por diferencias en los costes de producción, como las que, en particular, condujeron al legislador comunitario a adoptar la Directiva 89/428/CEE del Consejo, de 21 de junio de 1989, por la que se fijan las modalidades de armonización de los programas de reducción con vistas a la supresión de la contaminación producida por los residuos industriales procedentes del dióxido de titanio (DO L 201, p. 56).

110. Es cierto que las diferencias existentes entre determinadas regulaciones en materia de publicidad del tabaco pueden provocar distorsiones sensibles de la competencia. Como han señalado la Comisión y los Gobiernos finlandés y del Reino Unido, la prohibición del patrocinio en determinados Estados miembros y su autorización en otros dan lugar al traslado, en particular, de determinadas competiciones deportivas, provocando importantes repercusiones en las condiciones de competencia de las empresas vinculadas a estos acontecimientos.

111. No obstante, estas distorsiones, que podrían fundamentar el recurso al artículo 100 A del Tratado para prohibir determinadas clases de patrocinio, no permiten utilizar esta base jurídica para establecer una prohibición general de la publicidad como la que contiene la Directiva.

112. Por lo que se refiere, en segundo lugar, a las distorsiones de la competencia en el mercado de los productos del tabaco, y sin que resulte necesario pronunciarse sobre la cuestión planteada por la demandante según la cual el objetivo de la Directiva no es eliminar estas distorsiones, es obligado señalar que, en este sector, la Directiva tampoco puede suprimir distorsiones sensibles de la competencia.

113. Es cierto que, como ha señalado la Comisión, los productores y los vendedores de productos del tabaco deben recurrir a la competencia basada en los precios para influir en su posición en el mercado en los Estados miembros que tienen una legislación restrictiva. No obstante, este hecho no constituye una distorsión de la competencia, sino una restricción de los modos de competir, que se aplican de la misma manera a todos los operadores económicos en esos Estados miembros. Al prohibir ampliamente la publicidad de los productos del tabaco, la Directiva generalizaría, en el futuro, esta restricción de los modos de competir, limitando en todos los Estados miembros los medios de que disponen los operadores económicos para acceder al mercado o para mantenerse en él.

114. En estas circunstancias, procede declarar que el legislador co-

munitario no puede basarse en la necesidad de suprimir distorsiones de la competencia, bien en el sector de la publicidad, bien en el sector de los productos del tabaco, para adoptar la Directiva sobre la base de los artículos 100 A, 57, apartado 2, y 66 del Tratado.

115. Teniendo en cuenta todas las consideraciones precedentes, una medida como la Directiva no puede adoptarse sobre la base de los artículos 100 A, 57, apartado 2, y 66 del Tratado.

116. En consecuencia, deben considerarse fundados los motivos basados en que los artículos 100 A, 57, apartado 2, y 66 del Tratado no constituyen una base jurídica adecuada para la Directiva.

117. Como se ha señalado en los apartados 98 y 111 de la presente sentencia, el artículo 100 A del Tratado habría permitido adoptar una Directiva que prohíba determinadas clases de publicidad y de patrocinio de los productos del tabaco. No obstante, dado el carácter general de la prohibición de la publicidad y del patrocinio de los productos del tabaco establecida por la Directiva, la anulación parcial de ésta supondría la modificación, por parte del Tribunal de Justicia, de las disposiciones de la Directiva, modificación que incumbe al legislador comunitario. Por tanto, el Tribunal de Justicia no puede anular parcialmente la Directiva.

118. Puesto que los motivos basados en la elección errónea de los artículos 100 A, 57, apartado 2, y 66 del Tratado como base jurídica han sido considerados fundados, no procede examinar los demás motivos formulados por la demandante. La Directiva queda anulada en su totalidad.

#### *Costas*

119. A tenor del artículo 69, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento, la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. Dado que la República Federal de Alemania solicitó la condena en costas del Parlamento y del Consejo, y por haber sido desestimados los motivos formulados por éstos, procede condenarlos en costas. La República Francesa, la República de Finlandia, el Reino Unido y la Comisión cargarán con sus propias costas, con arreglo al artículo 69, apartado 4, del Reglamento de Procedimiento.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA,

decide:

- 1) Anular la Directiva 98/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad y de patrocinio de los productos del tabaco.
- 2) Condenar en costas al Parlamento Europeo y al Consejo de la Unión Europea. La República Francesa, la República de Finlandia, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y la Comisión de las Comunidades Europeas cargarán con sus propias costas.



## **BIBLIOGRAFIA**

