

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

L.A. GEELHOED

fremSAT den 7. september 2004¹

I — Indledning

Republikken Østrigs, Republikken Finlands og Kongeriget Sveriges tiltrædelse. I Sverige må der stadig sælges »snus«.

1. Hovedspørgsmålet i disse to sager er gyldigheden af artikel 8 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/37/EF af 5. juni 2001 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes love og administrative bestemmelser om fremstilling, præsentation og salg af tobaksvarer (herefter »direktivet«)². Sag C-434/02 er en forelæggelse fra Verwaltungsgericht Minden i Tyskland, og sag C-210/03 er en forelæggelse fra High Court of Justice of (England & Wales, Queen's Bench Division).

3. Sagerne kan ses som en opfølgning på sag C-491/01, British American Tobacco (Investments) og Imperial Tobacco³, hvor Domstolen undersøgte direktivets generelle gyldighed. Undersøgelsen afslørede ikke forhold, der kunne rejse tvivl om direktivets gyldighed. Domstolen behandlede dog ikke specifikt direktivets artikel 8 grundet anmodningen fra den forelæggende ret i den sag.

2. I henhold til direktivets artikel 8 skal medlemsstaterne forbyde markedsføring af tobak, som indtages oralt, dog med forbehold for artikel 151 i akten vedrørende

4. Direktivets artikel 8 forbyder markedsføring af en tobaksvarer, der kun bruges i meget lille omfang i Den Europæiske Union, nemlig i én medlemsstat (Sverige), mens markedsføringen af alle andre mere almindelige tobaksvarer fortsat er tilladt under forbehold af en række strenge betingelser. Endvidere er brugen af tobak, som indtages

1 — Originalsprog: engelsk.

2 — EFT L 194, s. 26.

3 — Dom af 10.12.2002, Sml. I, s. 11453.

oralt — således som det er gjort gældende for Domstolen med støtte i mange videnskabelige rapporter — mindre sundhedsskadelig end at ryge cigaretter og cigarer.

— Er forbuddet mod tobak, som indtages oralt, i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet?

5. En anden vigtig faktor i denne sag er, at forbuddet mod tobak, som indtages oralt, blev indført i 1992 som en del af en samlet pakke af foranstaltninger til tobaksbekæmpelse. Forbuddet blev begrundet med, at det vedrørte varer, der endnu ikke var kendt på fællesskabsmarkedet, og som kunne tiltrække unge mennesker. Forbuddet blev opretholdt i 2001-direktivet, selv om der var sket en række relevante ændringer i sammenhængen. For det første var Sverige, hvor brugen af snus er traditionel og vidt udbredt, tiltrådt Den Europæiske Union. For det andet var der en tendens til, at Fællesskabets politik for andre røgfrie tobaksvarer end tobak, som indtages oralt, blev mere fleksibel, i modsætning til politikken vedrørende cigaretter.

— I hvilket omfang kræves det i henhold til fællesskabsretten, at ensartede varer behandles ens?

— Opfyldte fællesskabslovgiver forpligtelsen til at angive de grunde, som forbuddet støttes på?

6. Domstolen skal i denne sammenhæng besvare følgende spørgsmål:

— Kan et fuldstændigt forbud mod markedsføring af bestemte varer have hjemmel i artikel 95 EF?

7. Der er i disse sager også stillet spørgsmål om anvendelse af en række andre retsprincipper, navnlig fra sagsøgernes side. Jeg vil for det første nævne de grundlæggende rettigheder, der er beskyttet i den europæiske menneskerettighedskonvention, nærmere bestemt ejendomsretten og retten til at drive virksomhed, og for det andet forbrugers frihed til at vælge, for så vidt forbrugeren nægtes retten til at vælge mindre skadelige tobaksvarer. Disse forhold kan bedømmes blot ved at henvise til sag C-491/01 og Domstolens øvrige praksis vedrørende de frie varebevægelser. Jeg vil ikke behandle disse forhold i dette forslag til afgørelse.

8. Sagsøgerne har også fremført et argument, der vedrører de frie varebevægelser som sådan, i relation til, at snus lovligt kan markedsføres i en medlemsstat. Sagsøgerne har gjort gældende, at det forhold, at snus er lovligt tilgængeligt i Sverige, er en hindring for det indre marked. Da denne hindring imidlertid er indført på traktatniveau, nemlig i akten vedrørende Sveriges tiltrædelse, skal Domstolen ikke tage stilling til, om denne hindring kan være berettiget ud fra almene hensyn.

II — De relevante retsregler

9. Forbuddet mod markedsføring af tobak, som indtages oralt, blev indført i Rådets direktiv 92/41/EØF af 15. maj 1992 (herefter »1992-direktivet«) om ændring af direktiv 89/622/EØF om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes love og administrative bestemmelser om mærkning af tobaksvarer (herefter »1989-direktivet«)⁴.

10. 1989-direktivets artikel 8a (som ændret i 1992) bestemmer, at medlemsstaterne skal forbyde markedsføring af tobak, som indtages oralt. Ifølge artikel 2, stk. 4, betyder »tobak, som indtages oralt«, »alle varer, der

er bestemt til oral indtagelse, med undtagelse af varer bestemt til at ryges eller tygges, og som helt eller delvist består af tobak i form af pulver eller fine partikler eller enhver kombination af disse former — navnlig varer i portionsbreve eller porøse breve — eller i en form, der minder om et levnedsmiddel«. Denne definition blev ikke ændret i 2001-direktivet og omfatter snus⁵.

11. I henhold til betragtningerne til 1992-direktivet bygger forbuddet mod tobak, som indtages oralt, på følgende betragtninger, der er knyttet til sundhedsrisiciene ved de pågældende varer:

— Det er bevist, at røgfrie tobaksvarer udgør en faktor, der indebærer en betydelig kræftisiko.

— Videnskabelige eksperter mener, at den afhængighed, der opstår ved brug af tobak, udgør en fare, der berettiger, at den gøres til genstand for en specifik advarsel på alle tobaksvarer.

4 — EFT L 158, s. 30.

5 — Jf. 2001-direktivets artikel 2, stk. 4.

- Nye tobaksvarer, som indtages oralt, og som er dukket op på markedet i visse medlemsstater, udøver en særlig tiltrækning på de unge.
gerne også til det indre marked. Det er specifikt anført, at »de forbud mod markedsføring, som allerede er indført af tre medlemsstater for så vidt angår disse tobaksvarer, har en direkte indvirkning på det indre markeds gennemførelse og funktion«.

- Der består en reel risiko for, at disse nye varer, der indtages oralt, især vil blive anvendt af de unge, som derved bliver afhængige af nikotin, hvis der ikke træffes restriktive foranstaltninger i tide.

- I henhold til konklusionerne i de undersøgelser, som Det Internationale Kræftforskningscenter har udført, indeholder tobak, som indtages oralt, særlig store mængder kræftfremkaldende stoffer; disse nye varer kan især give kræft i mundhulen.
13. 1989-direktivet (som ændret i 1992) blev ophævet og erstattet af direktiv 2001/37. Som det er nævnt i indledningen til dette forslag til afgørelse, forbyder direktivets artikel 8 markedsføring af tobak, som indtages oralt, dog med en undtagelse for Sverige. Betragtningerne til direktivet begrunder ikke forbuddet, bortset fra en henvisning til, at direktiv 89/622 forbød markedsføring af visse former for tobak, som indtages oralt (med en undtagelse for Sverige).

- Den eneste hensigtsmæssige foranstaltning er et fuldstændigt forbud; dette forbud skal dog ikke omfatte traditionelle tobaksvarer, som indtages oralt.
14. I Forbundsrepublikken Tyskland blev artikel 8a i direktiv 89/622 gennemført i national ret ved § 5a i den tyske bekendtgørelse om tobaksvarer⁶, der forbyder erhvervsmæssig markedsføring af tobaksvarer, der er bestemt til anden oral indtagelse end rygning eller tygning.

12. Da artikel 95 EF udgør hjemmelen for 1992-direktivet, henvises der i betragtning-

6 — Verordnung über Tabakerzeugnisse (Tabakverordnung).

15. I Det Forenede Kongerige blev forbuddet gennemført i Tobacco for Oral Use (Safety) Regulations 1992 (herefter »1992-bestemmelserne«), der bestemmer, at »ingen må levere, tilbyde at levere, indvillige i at levere, udbyde til levering eller besidde tobak, som indtages oralt«. 1992-bestemmelserne blev vedtaget i henhold til beføjelser i national lov med hjemmel i Consumer Protection Act 1987.

16. Jeg skal endelig nævne, at reguleringen af mærkningen af røgfrie tobaksvarer ikke er omfattet af forbuddet mod markedsføring. I henhold til 1992-direktivet skulle pakninger til røgfri tobak forsynes med følgende specifikke advarsel »Kræftfremkaldende«. Ifølge 2001-direktivet er det imidlertid tilstrækkeligt med en mildere advarsel. I henhold til dette direktivs artikel 5, stk. 4, skal »[t]obak, der indtages oralt, for så vidt det må markedsføres i henhold til artikel 8, og røgfri tobak [...] være forsynet med følgende advarsel: »Denne tobaksvarer kan være sundhedsskadelig og er vanedannende««. Betragtningerne til 2001-direktivet giver ingen begrundelse for denne ændring.

III — Faktiske omstændigheder og retsforhandlinger

A — Sag C-434/02

17. Sagsøgeren, Arnold André GmbH & Co. KG, der har hjemsted i Tyskland, markedsfører — ud over cigarer og pibetobak — røgfrie tobaksvarer, herunder forskellige varer med betegnelsen snus.

18. Ved afgørelse af 12. september 2002 forbød Landrat des Kreises Herford, der er sagsøgt i hovedsagen, sagsøgeren erhvervs-mæssigt at markedsføre tobaksvarer med betegnelserne »Röda Lacket-Snus«, »Ljunglöf's Ettan-Snus« og »General Snus« fra importøren Swedish Match. Sagsøgeren blev samtidig pålagt at iværksætte en intern tilbagekaldelse, truet med tvangsbøder ved overtrædelser og pålagt omgående fuldbyr-delse af afgørelsen. Sagsøgeren anlagde sag til prøvelse af denne afgørelse den 27. september 2002.

19. Ved kendelse af 14. november 2002, indkommet til Domstolens Justitskontor den 29. november 2002, forelagde Verwaltungsgericht Minden et præjudicielt spørgsmål vedrørende gyldigheden af direktivets artikel 8.

B — *Sag C-210/03*

vedrører kort sagt fortolkningen af artikel 28 EF og 30 EF, gyldigheden af forbuddet i 2001-direktivets artikel 8 og følgerne af 1992-bestemmelsernes mulige ugyldighed.

20. Sagsøger 1, Swedish Match AB, er en svensk producent og distributør af tobaksvarer, som indtages oralt og betegnes snus. Sagsøger 2, Swedish Match AB UK Ltd, er engros- og detailhandler af tobaksvarer i Det Forenede Kongerige.

C — *De to sager*

21. Den 8. maj 2002 anlagde sagsøgerne sag mod sagsøgte til prøvelse af lovmæssigheden af forbuddet mod snus og anmodede i henhold til artikel 234 EF om en præjudiciel afgørelse af en række spørgsmål vedrørende de forhold, som søgsmålet byggede på.

23. Den 8. juni 2004 afholdt Domstolen retsmøde i de to sager. Under retsmødet blev der afgivet indlæg af sagsøgerne i begge sagerne, af sagsøgte i sag C-434/02, af Det Forenede Kongeriges regering, af den franske, irske og finske regering, af Europa-Parlamentet og Rådet samt af Kommissionen. Der er endvidere indgivet skriftlige indlæg af den belgiske og svenske regering.

**IV — Første indledende bemærkning:
Dommen i sag C-491/01 giver ikke et
endeligt svar vedrørende gyldigheden af
artikel 8**

22. Efter et retsmøde den 15. og 16. oktober 2002 antog High Court (Queen's Bench Division, Administrative Court) sagsøgernes anmodning om domstolsprøvelse til realitetsbehandling, og parterne blev herefter enige om, at det var nødvendigt med en præjudiciel afgørelse. Ved kendelse af 2. april 2003 forelagde High Court en række spørgsmål til præjudiciel afgørelse. Spørgsmålene

24. Domstolen fandt i dommen i sag C-491/01, efter at den havde vurderet direktivet i sin helhed, at dens undersøgelse intet havde frembragt, der kunne rejse tvivl om gyldigheden af direktiv 2001/37.

25. Kommissionen har i sit skriftlige indlæg forklaret, at direktivets formål er at forhindre, at der på nationalt plan vedtages forskellige standarder for brugen af tobak. Ved at forbyde snus afspejler artikel 8 blot ét aspekt ved gennemførelsen af dette formål. Det kan drøftes, om dette virkelig er hovedformålet med direktivet, der fastlægger en række foranstaltninger til tobaksbekæmpelse. Dette argument er dog ikke relevant for det spørgsmål, som Kommissionen har rejst: Foretog Domstolen, da den vurderede direktivet i sin helhed, også en vurdering af gyldigheden af artikel 8?

26. Hvis den gjorde det, er der ingen begrundet tvivl om gyldigheden af direktivets artikel 8. Domstolen kan besvare de af de nationale retter forelagte spørgsmål ved blot at henvise til dommen i sag C-491/01.

27. Dette er imidlertid ikke min opfattelse af, hvordan Domstolen skal behandle sagerne. Jeg godtager, at spørgsmålene i sag C-491/01 vedrørte direktivet generelt, ligesom Domstolens besvarelse gjorde, men jeg lægger større vægt på, at argumenterne i den sag næsten udelukkende vedrørte direktivets artikel 3, 5 og 7. Det samme gælder for

Domstolens vurdering: Den vedrørte næsten udelukkende disse tre artikler. Spørgsmålet gik på foranstaltninger vedrørende cigaretters indhold og mærkning, hvilket jeg anser for at være direktivets kerne for så vidt angår økonomisk betydning og påvirkning af folkesundheden.

28. Domstolen tog ikke stilling til direktivets artikel 8, der må anses for en bestemmelse, der specifikt har til formål at forbyde markedsføringen af en særlig vare. For mig at se kan gyldigheden af artikel 8 behandles uafhængigt af spørgsmålet om gyldigheden af direktivets øvrige bestemmelser. Selv om det er min opfattelse, at direktivet indeholder en sammenhængende række foranstaltninger til tobaksbekæmpelse, kan hver enkelt foranstaltning have virkning, uden at den påvirkes af, at andre foranstaltninger annulleres.

29. Det vil kort sagt ikke være hensigtsmæssigt at fortolke dommen i sag C-491/01 således, at den vedrører gyldigheden af hvert enkelt aspekt ved direktivet. Jeg kan henvise til Domstolens præcise formulering: »Det første spørgsmål må samlet besvares således, at undersøgelsen heraf intet har frembragt, der kan rejse tvivl om direktivets gyldighed.«

V — Anden indledende bemærkning:
Artikel 2, stk. 4, bestemmer, hvilke varer der er forbudt

30. Under retsforhandlingerne for Domstolen har navnlig sagsøgeren i sag C-434/02 sat spørgsmålstegn ved, om definitionen af de forbudte varer er præcis. Sagsøgerens tvivl bygger på følgende forhold:

— betragtningerne til 1992-direktivet, hvori det er anført, at forbuddet ikke bør påvirke traditionelle varer, som indtages oralt

— at der ifølge sagsøgeren ikke er nogen forskel mellem tobak, der tygges (skråtobak), og tobak, der suges

— en uoverensstemmelse mellem den tyske og den engelske sprogversion.

31. Hvad angår betragtningerne til 1992-direktivet er ordlyden som ovenfor anført ikke gentaget i 2001-direktivet. Selv om der ikke er nogen passende begrundelse i 2001-

direktivet, anser jeg ikke desto mindre de betragtninger, der førte til formuleringen af betragtningerne til 1992-direktivet, for fortsat at være gyldige, men også irrelevante. Definitionen af en vare fastlægges jo ikke i en betragtning, men i selve lovbestemmelsen. De pågældende lovbestemmelser (1992-direktivets artikel 2, stk. 4, og 2001-direktivets artikel 2, stk. 4) sonderer ikke mellem traditionelle og ikke-traditionelle varer, men sonderer i forhold til den påtænkte brug.

32. Jeg vil senere i dette forslag til afgørelse drøfte de indlæg, der er indgivet til Domstolen, vedrørende forskellen i den faktisk brug af skråtobak og tobak, der suges. Som det er anført, kan det ikke udelukkes, at tobak, der er beregnet til at blive tygget, ofte ikke tygges, men suges på. Dette er imidlertid ikke relevant ved fastlæggelsen af forbuddets omfang. Direktivet sonderer i henhold til den påtænkte brug, ikke den faktiske brug.

33. Hvad endelig angår den påståede forskel mellem den engelske og den tyske sprogversion mener jeg ikke, at der er en sådan forskel. Den tyske tekst har ordlyden »die zum Kauen bestimmt sind« (der er beregnet til at blive tygget).

34. Min konklusion er, at artikel 2, stk. 4, fastlægger forbuddets rækkevidde, og at ordlyden er tilstrækkeligt klar.

VI — Baggrund: værd at vide om snus

A — *En generel bemærkning*

35. Det giver kun mening at vurdere de retlige aspekter i disse sager, hvis man har kendskab til sagens faktiske baggrund. Hvad er snus? Hvem bruger snus? Hvilke virkninger har snus på folkesundheden? Betydningen heraf kan ses af antallet og omfanget af de dokumenter, der er fremlagt for Domstolen. Dokumenterne skal støtte de indbyrdes modstridende synspunkter, der er i denne sag. De skal således bevise enten, at forbuddet bidrager til at forbedre folkesundheden, eller at forbuddet mod snus skader folkesundheden.

B — *Hvad er snus, hvordan bruges det, og hvem bruger det?*

36. Forelæggelseskendelsen i sag C-210/03 beskriver snus' væsentlige kendetegn og

fysiske beskaffenhed på denne måde: »Tobak findes i en række former. De forskellige former underopdeles i tobak »bestemt til at ryges« og »røgfri« tobak (der omfatter snus). »Røgfri« tobak omfatter snus, der indtages nasalt, snus, der indtages oralt, skråtobak og en lang række andre produkter. Alle disse produkter består af malet eller finskårne tobaksblade med en form for smagstilsætning. I denne henseende er der i det væsentlige tale om identiske produkter. Forskellen mellem produkterne består imidlertid i typen af den anvendte tobak, dens behandling og den anvendte smagstilsætning, hvilket har en betydelig indvirkning på mængderne af tobaksspecifikke nitrosaminer og benzopyrener, som begge anses for kræftfremkaldende. Det er anerkendt, at snus indeholder meget små mængder af nitrosaminer og benzopyrener i forhold til mange af de tilladte røgfri tobaksvarer.«

37. Ifølge fællesskabslovgivningen er snus en bestemt slags »tobak, som indtages oralt«. »Tobak, som indtages oralt«, indeholder grundlæggende de samme bestanddele som skråtobak bortset fra, at det ikke er presset i klumper, og at tobakken har en anden partikelstørrelse. Herudover indeholder »tobak, som indtages oralt«, mere vand.

38. I modsætning til i forelæggelseskendelsen i sag C-210/03 er det for Domstolen blevet fremhævet — og ikke bestridt af

sagsøgerne — at indholdet af nitrosaminer i snus er forholdsvis højt. Nitrosaminer er et kræftfremkaldende stof. Endvidere er det for Domstolen blevet anført, at nikotinindholdet også er ganske højt. For eksempel har Rådet anført, at et gram snus indeholder 8-10 milligram nikotin. Nikotin er giftigt, navnlig når det kommer i kontakt med huden, og det er vanedannende.

Drøftelserne har været koncentreret om sagsøgernes påstand om, at varer, der sælges som skråtobak, ikke tygges eller måske slet ikke er beregnet til at blive tygget. Drøftelserne er efter min opfattelse af begrænset betydning for afgørelsen af de foreliggende sager på grund af varedefinitionen i 2001-direktivet. Den afgørende faktor er, om en tobaksvarer er beregnet til at blive tygget. Hvis en røgfri tobaksvarer markedsføres som »skråtobak«, og det samtidig er åbenbart, at varen ikke er beregnet til at blive tygget, er den omfattet af forbuddet i 2001-direktivets artikel 8. Hvis den er beregnet til at blive tygget, er den i henhold til direktivet en anden slags vare, der lovligt kan sælges.

39. Min anden bemærkning angår brugen af snus. Sagsøgerne har for Domstolen gjort gældende, at snus kan sammenlignes med »skråtobak«, der ikke er omfattet af forbuddet i 2001-direktivets artikel 8. Skråtobak består ofte af finskåren tobak, der er formet i klumper, som placeres i munden, nærmere bestemt mellem gummen og læben. Det er påstået, at mange gamle varer, der sælges under betegnelsen »skråtobak«, slet ikke er beregnet på at blive tygget, og nogle af dem kan slet ikke tygges. På nogle »skråtobaksvarer« vejledes brugeren om, at varen »ikke må tygges«. Tobakken har brugeren enten mellem læben og gummen, eller man bevæger den simpelthen rundt i munden. Dette anvendelsesmønster gælder også for skråtobaksvarer, der sælges i en mere løs form.

40. Den forskellige brug af snus og skråtobak er blevet grundigt drøftet for Domstolen.

41. Hvem er for det tredje brugerne? I EU må snus kun markedsføres i Sverige. Ca. 20% af den mandlige befolkning tager snus regelmæssigt. Oprindeligt tog kvinder sjældent snus, men i de senere år har kvinder taget snus i stigende omfang. Kvinder er blevet tiltrukket af, at snus er blevet pakket i små »teposer« for at gøre det renere at bruge. Hvad angår brugernes gennemsnitsalder og deres (tidligere) rygevaner har Kommissionen fremlagt oplysninger. I 1976 anvendte 10% af svenske mænd mellem 18 og 24 år våd snus, mens procentdelen i 1986 var steget til 37% for de 16 til 24-årige.

42. Den afgørende omstændighed omkring brugen af snus er, at det i Sverige er vidt udbredt i befolkningen at snuse, og at snus tiltrækker unge mennesker. Det er, således som Europa-Parlamentet har anført under retsmødet i disse sager, »cool« at tage snus. Snus er i denne forbindelse anderledes end anden tobak, som indtages nasalt, eller skråtobak, da — for at citere en udtalelse fra Kommissionen, der ikke er blevet bestridt — disse varer »reelt ikke har et marked uden for visse socio-professionelle grupper (sømænd, mindreårige og dele af hæren) og regioner«. Dette marked er endvidere løbende mindsket gennem det 20. århundrede.

— Helbredskonsekvenserne i sig selv: fremkalder brugen af snus alvorlige sygdomme såsom kræft?

— En sammenligning med sundhedsrisiciene ved brug af anden tobak, navnlig rygning og brug af skråtobak, som er en røgfri tobaksvarer, der ikke er forbudt.

43. Alt i alt kan snus sammenlignes med andre røgfrie tobaksvarer på grund af dets væsentlige kendetegn og friske beskaffenhed samt den måde, som snus bruges på. Den væsentligste forskel er bruger kredsen.

— Erstatning eller springbræt? Opmuntrer det forhold, at der findes snus, folk til at holde op med at ryge, er brugen af snus uden sammenhæng med rygevaner, eller værre — tiltrækker snus hovedsageligt unge mennesker, som ikke ryger, og sænker det for dem grænsen for nikotinbrug og afhængighed?

C — Hvor farligt er snus?

44. Her kommer vi til et forhold, hvor der ikke er enighed i de indlæg, der er indgivet til Domstolen. Efter min opfattelse må der sondres mellem tre ting:

45. Lad mig begynde med helbredskonsekvenserne i sig selv. I de dokumenter, der er fremlagt for Domstolen, er der nævnt forskellige sygdomme i forbindelse med brugen af snus. Snus er navnlig forbundet med kræft i mundhulen. I henhold fællesskabslovgivers begrundelse var det bl.a. denne sammenhæng, der førte til forbuddet

mod snus. Betragtningerne til 1992-direktivet henviser til undersøgelser foretaget af Det Internationale Kræftforskningscenter (IARC).

46. Sagsøgerne har bestridt, at disse undersøgelser er korrekte, da de pågældende undersøgelser ifølge sagsøgerne hovedsagelig vedrørte varer fra USA og Asien. IARC-rapporten tog først og fremmest udgangspunkt i en undersøgelse om »tør« snus, som ikke kan sammenlignes med snus på grund af forskellene i anvendelsesmønsteret og varens egenskaber, der hovedsageligt udspringer af tobakkens konservering. IARC-rapporten tog ikke hensyn til virkningen af snus, fordi der på det tidspunkt ikke forelå nogen omfattende undersøgelser af den mulige sammenhæng mellem snus og kræft i mundhulen. Tværtimod afvises det ifølge sagsøgerne i nyere rapporter, at der er en forbindelse mellem brugen af snus og kræft.

47. Det skal bemærkes, at sagsøgernes vurdering ikke deles af de øvrige parter, der har indgivet med indlæg til Domstolen, ligesom den heller ikke fandt støtte under retsmødet. De rapporter, som sagsøgerne har henvist til, bør kort sagt fortolkes på en mere afbalanceret måde: De indeholder udtalelser, der anerkender en forhøjet risiko for kræft i mundhulen som følge af intensiv brug af snus. Kommissionen har endvidere henvist

til en nyere rapport fra Uppsala Universitet⁷, hvori det er anført, at kræft i mundhulen hos visse patienter, der er blevet behandlet for sygdommen, faktisk er opstået på grund af brugen af snus. Endvidere er der fremlagt dokumenter for Domstolen, hvori det er anført, at brugere af røgfri tobak løber en større risiko for bl.a. at dø af hjerte-karsygdomme end personer, der ikke nyder tobak. Herudover siger ingen af undersøgelserne udtrykkeligt, at snus er uskadeligt. Snus indeholder forholdsvis store mængder nikotin. Dette nikotindhold gør snus vanedannende.

48. Det andet aspekt nødvendiggør en sammenligning med sundhedsrisiciene ved andre tobaksvarer, der ikke er forbudt. Der er ikke tvivl om, at rygning er skadeligt for rygerens helbred. Sagsøgerne har anført, at alt tilgængeligt materiale tydeligt viser, at cigaretter er langt mere skadelige end snus. Sagsøgerne har henvist til vurderinger af, at cigaretter er 100 gange mere skadelige end snus, og at skandinaviske røgfrie tobaksvarer er 90-99% mindre skadelige end cigaretrykning. Sagsøgerne har omtalt en nyere rapport fra medlemmer af Tobacco Advisory Group of the Royal College of Physicians of London (2002), hvori det er anført, at røgfri tobak er »mellem 10 og 1 000 gange mindre skadelig end rygning«. Selv om der kan sættes spørgsmålstegn ved, om disse tal er korrekte,

⁷ — Jan-M. Hirsch m.fl.: *Oral Cancer in Swedish Snuff-Dippers*, som Kommissionen har fremlagt for Domstolen.

synes der ikke at være uenighed om, at udtalelsen i sig selv er korrekt, nemlig at cigaretter er mere skadelige end snus. Ifølge en videnskabelig rapport, som sagsøgerne i sag C-210/03 har omtalt, er »snus [...] et mini-monster i forhold til cigaretter«.

49. Som en sammenfatning af de to første aspekter kan det siges, at snus er en vare, der i sig selv skader brugerens helbred, men som er langt mindre skadelig end cigaretter.

50. Dette bringer mig videre til det tredje aspekt. For at afgøre, om forbuddet mod snus er et hensigtsmæssigt bidrag til folkesundheden, er det afgørende at se nærmere på forholdet mellem brugen af snus og cigaretrygning. Med de ord, jeg brugte ovenfor: Er snus en erstatning for rygning, eller er det et springbræt til rygning?

51. Der kan argumenteres for, at snus hovedsagelig er en erstatning for rygning. Da det ikke er let at holde op med at ryge, som mange ved af erfaring, kan afhængige blive tilskyndet til at holde op med at ryge, hvis der er tiltrækkende alternativer på

markedet. I denne forbindelse kan det måske endda være gunstigt for folkesundheden, at der er nikotin i snus. Dette er sagsøgernes argument. Sagsøgerne har for Domstolen fremlagt tal, der viser, at Sverige, hvor brugen er snus er meget udbredt blandt mænd, internationalt har en lav forekomst af tobaksrelaterede sygdomme blandt mænd. Sagsøgerne har også understreget, at procentdelen af rygere i Sverige er meget lav sammenlignet med andre medlemsstater, og har anført, at der er en direkte sammenhæng med, at svenskere tager snus. Denne sidste påstand er imidlertid tvivlsom, idet — således som det er anført af den finske regering — der også er relativt få rygere i Finland, selv om brugen af snus eller lignende alternativer ikke er udbredt.

52. Den modsatte argumentation bygger på, at erstatningsvirkningen ikke spiller en væsentlig rolle. Brugen af snus forhindrer ikke folk i at ryge og — endnu værre — det forhold, at der findes snus på markedet, tiltrækker (unge) mennesker, der under andre omstændigheder ikke ville ryge tobak. I henhold til denne opfattelse sænker snus tærsklen for brug af tobak. Som Kommissionen har påstået i sit skriftlige indlæg, skal snus anses for et springbræt til at ryge tobak.

53. Begge synspunkter er blevet forsvaret for Domstolen i de foreliggende sager. Sagsøgerne i begge sager og den svenske regering har forsvaret det første synspunkt, mens de andre regeringer, der har indgivet indlæg, og fællesskabsinstitutionerne har forsvaret det andet synspunkt. Efter min opfattelse kan begge synspunkter forsvares samtidigt. De udelukker ikke hinanden. Snus kan anses for en erstatning for at ryge, for så vidt snus hjælper folk til at holde op med at ryge, men samtidig tiltrækker det unge mennesker, som (endnu) ikke ryger og ikke har til hensigt at begynde at ryge. Endvidere finder begge synspunkter støtte i, at snus markedsføres som en vare, der er tiltrækkende for unge forbrugere, i modsætning til traditionel skråtobak.

54. Det er ikke let at afgøre, hvilken virkning der er den fremherskende. Det forhold, at unge mennesker tiltrækkes af snus og afholder sig fra at ryge cigaretter, er ikke ensbetydende med, at de ellers — hvis der ikke var snus på markedet — ville begynde at ryge. Der kan udledes visse indikationer af erfaringerne fra Sverige, men de er ikke utvetydige, således som det fremgår af de statistiske oplysninger om cigaretrykning i Sverige og Finland.

VII — Tobakspolitikken i Den Europæiske Union (og medlemsstaterne)

55. Politikken om kontrol med brugen af tobak bygger, således som det ofte er blevet understreget af Rådet⁸, på en overordnet politik, der har til formål effektivt at bekæmpe alle former for brug af tobak gennem en række omfattende foranstaltninger. Det Europæiske Fællesskabs og medlemsstaternes handlinger skal supplere hinanden.

56. I tobakspolitikken er der naturligvis lagt størst vægt på rygning, ikke røgfri tobak. Tobakspolitikken er i det væsentlige en anti-rygepolitik. De foranstaltninger, der er truffet mod rygning, er blevet mere og mere restriktive med årene. Denne tendens er resultatet af et øget kendskab til rygningens skadelige virkninger, men skyldes også en ændret holdning i samfundet til rygning og rygere.

57. I mit forslag til afgørelse i sag C-491/01, British American Tobacco⁹, anførte jeg, at

⁸ — Rådets henstilling af 2.12.2002 om forebyggelse af rygning og om initiativer til forbedring af bekæmpelse af tobaksrygning, EFT 2003 L 22, s. 31, og de tidligere rådsdokumenter, der er henvist til heri.

⁹ — Sagen er omtalt i fodnote 3. Punkt 60 i mit forslag til afgørelse.

regeringspolitikken bygger på to søjler. Den første søjle omfatter foranstaltninger, der har til formål at begrænse rygning så meget som muligt, med særligt sigte på unge, mens den anden søjle omfatter foranstaltninger, der skal begrænse de skadelige følger af rygning så meget som muligt.

59. Rækkevidden af fællesskabspolitikken vedrørende rygning har begrænsninger, da den er underlagt subsidiaritets- og proportionalitetsprincippet samt de betingelser, Domstolen opstillede i tobaksreklamesagen¹¹. Ud over fællesskabspolitikken har medlemsstaterne udviklet deres egne politikker og bl.a. indført begrænsninger for salget af tobaksvarer og de områder, hvor rygning fortsat er tilladt.

58. Hvad angår den første søjle er formålet med at modvirke rygning navnlig gennemført i 2001-direktivets artikel 5, der indeholder bestemmelser om mærkning af rygetobaksvarer. Som det er fremgået ovenfor, skal tobaksvarernes pakninger påføres kraftige advarsler. Endvidere begrænser direktiv 2003/33¹⁰ reklameringen for tobaksvarer og deres markedsføring. 2001-direktivets artikel 3 er et eksempel på den anden søjle i fællesskabspolitikken: Der er fastsat grænseværdier for det maksimale indhold af tjære, nikotin og kullite.

60. Det er vigtigt at bemærke, at både Fællesskabet og medlemsstaterne løbende styrker foranstaltningerne mod brugen af tobaksvarer. Den mest restriktive af alle foranstaltninger — et fuldstændigt forbud mod tobaksvarer — er dog ikke blevet overvejet. Som Kommissionen har anført, kan en sådan foranstaltning være berettiget på grund af den fare, som rygning udgør, men det er ikke tænkeligt af praktiske, skattemæssige og politiske årsager. Jeg vil relativere denne udtalelse: Et fuldstændigt forbud mod tobaksvarer er endnu ikke tænkeligt. Dette vil dog måske ændre sig i de kommende år, henset til udviklingen i samfundets holdning til rygning og rygere.

10 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2003/33/EF af 26.5.2003 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes love og administrative bestemmelser om reklame for tobaksvarer og sponsorering til fordel for disse, EUT L 152, s. 16. Direktivet afløser Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 6.7.1998 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes love og administrative bestemmelser om reklame for tobaksvarer og sponsorering til fordel for disse (EFT L 213, s. 9), som Domstolen annullerede ved dom af 5.10.2000, sag C-376/98, Tyskland mod Parlamentet og Rådet, Sml. I, s. 8419.

11 — Sag C-376/98, som er omtalt i fodnote 10.

61. Kommissionen har kort sagt angivet to årsager til, at fællesskabslovgiver ikke handler, som fællesskabslovgiver burde, hvis der kun blev taget hensyn til beskyttelsen af rygernes sundhed (og de passive rygeres sundhed).

følger, alt naturligvis inden for grænserne af proportionalitetsprincippet.

62. De påståede praktiske årsager er åbenbare. Et fuldstændigt forbud mod tobaksvarer vil føre til urimelige omkostninger for at kontrollere overholdelsen af forbuddet, men ville heller ikke medføre, at folk holdt op med at ryge. Der ville opstå et illegalt marked.

VIII — Stillingtagen: Kan et fuldstændigt forbud mod bestemte varer have hjemmel i artikel 95 EF?

A — Rækkevidden af Fællesskabets kompetence i henhold til artikel 95 EF

63. I sammenhæng med de foreliggende sager anser jeg det andet argument (de skattemæssige og politiske årsager) for at være mere interessant. Som det er fremgået ovenfor, har regeringspolitikken vedrørende tobak altid til en vis grad været tvetydig. Afgifterne på tobaksvarer er en kilde til indtægter for det offentlige, og produktionen og distributionen af tobaksvarer skaber arbejdspladser. Disse argumenter spiller naturligvis en mindre væsentlig rolle, når der er tale om varer, der har mindre økonomisk betydning. Under sådanne omstændigheder behøver lovgiver ikke tage hensyn til de store udgifter til en vidtrækkende politik, såsom et fuldstændigt forbud mod varerne. Lovgiver kan undlade at foretage en vanskelig cost-benefit-analyse og kan blot foretage en vurdering af den påtænkte foranstaltningens sundhedsmæssige

64. Artikel 95 EF er den generelle hjemmel for foranstaltninger, hvis formål er det indre markeds oprettelse og funktion. Som Domstolen har udtalt, giver artikel 95 EF ikke fællesskabslovgiver en generel beføjelse til at regulere det indre marked. Endvidere skal en foranstaltning, der vedtages med hjemmel i artikel 95 EF, reelt have til formål at forbedre vilkårene for det indre markeds oprettelse og funktion. Ifølge Domstolens dom i sag C-491/01 skal foranstaltningen faktisk »bidrage til at fjerne hindringer for de frie varebevægelser og for den frie udveksling af tjenesteydelser samt medvirke til at ophæve konkurrencefordrejninger [...], selv om anvendelsen af artikel 95 EF som hjemmel er mulig med henblik på at undgå, at der opstår fremtidige hindringer for samhande-

len, der skyldes en uensartet udvikling af de nationale lovgivninger, skal det [endvidere] være sandsynligt, at sådanne hindringer vil opstå, og den pågældende foranstaltning skal have til formål at forebygge dem»¹².

65. Det følger i det væsentlige af denne argumentation, at der stilles to krav. Der skal være hindringer (eller i det mindste hindringer, der sandsynligvis vil opstå) for den frie bevægelighed, og fællesskabsforanstaltningen skal bidrage til at fjerne disse hindringer. Hvis man ser nærmere på disse to krav, er der en parallel til det kriterium, som Domstolen bruger ved vurderingen af en medlemsstats kompetence i henhold til artikel 28 EF og 30 EF til at forbyde eller begrænse de frie varebevægelser (eller i henhold til artikel 52 EF og 59 EF for så vidt angår tjenesteydelser). Foranstaltningerne skal være begrundet i tvingende samfundsmæssige hensyn og være egnede til at sikre virkeliggørelsen af det formål, de forfølger¹³. Kompetencen i henhold til artikel 95 EF skal dog være berettiget i mangler ved det indre marked i sig selv.

66. I de foreliggende sager er der ingen tvivl om, at det første krav er opfyldt, da det er åbenbart, at der er en alvorlig risiko for meget forskellig udvikling af de nationale

lovgivninger. Som det er anført i betragtningerne til 1992-direktivet, havde tre medlemsstater¹⁴ allerede vedtaget forbud mod salg af sådanne tobaksvarer. Hvis forbuddet var blevet ophævet på fællesskabsplan, da 2001-direktivet blev vedtaget, ville medlemsstaterne måske selv have forbudt snus, men der ville ikke have været nogen garanti for, at medlemsstaterne ville have koordineret deres selvstændige kompetencer.

67. I denne del af mit forslag til afgørelse vil jeg nu analysere det andet krav, der er forbundet med forbuddet mod markedsføring af bestemte varer i henhold til artikel 95 EF. Jeg vil drøfte følgende:

— lovgivningspraksis

— grænserne som følge af tobaksreklamen

— forbuddet mod varer

12 — Sag C-491/01, præmis 60 og 61.

13 — Jf. kriteriet i dom af 30.11.1995, sag C-55/94, Gebhard, Sml. I, s. 4165.

14 — Næmlig Belgien, Irland og Det Forenede Kongerige.

- Iovligheden af 2001-direktivets artikel 8. 69. Det tredje eksempel, som den franske regering har omtalt, er direktiv 2001/83 om humanmedicinske lægemidler¹⁷. Direktivet regulerer hovedsagelig de betingelser, der skal være opfyldt, for at et lægemiddel må markedsføres: Intet lægemiddel må markedsføres i en medlemsstat, uden at der er udstedt en tilladelse til markedsføring. Markedsføringsstilladelsen kan kun udstedes efter en produktvurdering vedrørende produktets forskellige aspekter.

B — *Fællesskabets lovgivningspraksis*

68. Det er sjældent, at fællesskabslovgiver har indført et fuldstændigt forbud mod markedsføring af bestemte varer. Den franske regering har i sit skriftlige og mundtlige indlæg nævnt tre eksempler. Den har for det første nævnt direktiv 76/768 om kosmetiske midler¹⁵. Direktivet forbyder markedsføring af kosmetiske midler, der indeholder bestemte stoffer eller farvestoffer. Direktivet forbyder ikke generelt markedsføringen af bestemte typer kosmetiske midler, f.eks. midler, der er beregnet til at blive brugt på en bestemt måde. Direktivet bestemmer ikke desto mindre, at der skal ske tilpasning af kravene i henhold til de tekniske fremskridt. Det kan være en følge af denne tilpasning, at varer skal trækkes tilbage fra markedet. Der er i direktiv 76/769 indført en ordning med tilsvarende virkning for så vidt angår farlige stoffer og præparater¹⁶.

70. De direktiver, den franske regering har omtalt, vedrører bl.a. varernes sammensætning. De (kan) føre til forbud mod markedsføring af visse varer, hvis de indeholder ulovlige stoffer. Selv om ingen af de udtrykkeligt nævnte bestemmelser forbyder nogen specifik varegruppe, kan de alle hvad angår deres resultat sammenlignes med 2001-direktivets artikel 8. De forhindrer den lovlige markedsføring af varegrupper, hvis visse betingelser er opfyldt.

15 — Rådets direktiv 76/768/EØF af 27.7.1976 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om kosmetiske midler, EFT L 262, s. 169.

16 — Rådets direktiv 76/769/EØF af 27.7.1976 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes administrativt eller ved lov fastsatte bestemmelser om begrænsning af markedsføring og anvendelse af farlige stoffer og præparater, EFT L 262, s. 201.

17 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/83/EF af 6.11.2001 om oprettelse af en fællesskabskodeks for humanmedicinske lægemidler, EFT L 311, s. 67.

71. Det er tankevækkende, at et udtrykkeligt forbud mod markedsføring af bestemte varer ikke findes selv i specifikke ordninger i henhold til artikel 95 EF, og som vedrører farlige varer, såsom narkotika og psykotrope stoffer¹⁸ eller eksplosivstoffer til civil brug¹⁹. Hvad angår våben kan medlemsstaterne dog i henhold til et direktiv, der udelukkende har hjemmel i artikel 95 EF²⁰, træffe alle hensigtsmæssige foranstaltninger for at forbyde erhvervelsen og besiddelsen af våben og ammunition, der er klassificeret i bestemte kategorier. Fællesskabslovgiver forklarer anvendelsen af artikel 95 EF som hjemmel med henvisning til, at den fuldstændige afskaffelse af kontrol og formaliteter ved Fællesskabets indre grænser er en grundlæggende betingelse, der skal være opfyldt for at oprette det indre marked²¹.

C — Grænserne i henhold til tobaksreklamedommen

72. I tobaksreklamedommen²² udtalte Domstolen, at artikel 95 EF ikke giver

18 — Rådets direktiv 92/109/EØF af 14.12.1992 om fremstilling og markedsføring af visse stoffer, der benyttes ved ulovlig fremstilling af narkotika og psykotrope stoffer, EFT L 370, s. 76.

19 — Rådets direktiv 93/15/EØF af 5.4.1993 om harmonisering af bestemmelserne om markedsføring af og kontrol med eksplosivstoffer til civil brug, EFT L 121, s. 20.

20 — Rådets direktiv 91/477/EØF af 18.6.1991 om erhvervelse og besiddelse af våben, EFT L 256, s. 51.

21 — Jf. betragtningerne til Rådets direktiv 91/477.

22 — Sag C-376/98, der er omtalt i fodnote 10, præmis 83.

fællesskabslovgiver en generel kompetence til at regulere det indre marked. En generel kompetence er i strid med selve ordlyden af artikel 95 EF og er ligeledes uforenelig med det i traktatens artikel 5, stk. 1, EF stadfæstede princip. I henhold til dommens præmis 95 er det nødvendigt at efterprøve, om en bestemmelse reelt bidrager til at fjerne hindringer for de frie varebevægelser og for den frie udveksling af tjenesteydelser samt at ophæve konkurrencefordrejninger. Domstolen udtalte endvidere, at forbuddet mod reklamer på plakater, parasoller, askebægre og andre genstande, der anvendes på hoteller, restauranter og caféer, samt forbuddet mod reklamespots i biografen på ingen måde kunne bidrage til at fremme handelen med de pågældende varer²³.

73. Lad mig minde om, at Domstolen anser artikel 95 EF for at give — med mine ord — en funktionel kompetence. Det er uden betydning, om en foranstaltnings endelige formål er at fremme handelen; det afgørende er, om en foranstaltning er egnet til at fremme handelen. Det fremherskende politiske mål kan meget vel være at beskytte folkesundheden.

74. Domstolen har således opregnet hovedelementerne ved denne funktionelle kompetence: (1) Formålet skal være at forbedre betingelserne for det indre markeds opret-

23 — Dommens præmis 99.

telse og funktion, (2) bestemmelserne skal bidrage til at fjerne hindringer, (3) konkurrencefordrejninger skal fjernes, og (4) bestemmelserne skal fremme handelen.

brugerbeskyttelse. Fællesskabslovgivers ansvar er udtrykkeligt fastlagt i artikel 95, stk. 3, EF, der kræver et højt beskyttelsesniveau.

D — *Forbuddet mod varer*

75. Ifølge artikel 14, stk. 2, EF indebærer det indre marked et område uden indre grænser. Det er væsentligt for det indre markeds funktion, at betingelserne for markedsføring af varer er lige i de forskellige medlemsstater. De indre grænser kan kun fjernes, hvis denne lighed opnås.

77. Hvis en eller flere medlemsstater forbyder markedsføring af visse varer af hensyn til folkesundheden, mens andre medlemsstater tillader salget af disse varer, opstår der indre grænser, og det indre markeds funktion påvirkes. Indgreb fra fællesskabslovgivers side, der har til formål at harmonisere de forskellige nationale lovgivninger, kan føre til, at hindringerne ved Fællesskabets indre grænser fjernes. Hvis der er forskel mellem de nationale lovgivninger, ligger det inden for fællesskabslovgivers skøn at afgøre, om der skal indføres restriktioner for visse varers sammensætning, eller om der skal indføres et fuldstændigt forbud mod markedsføringen af disse varer. Hvis der kun kan sikres et højt sundhedsbeskyttelsesniveau, således som det også kræves i henhold til artikel 152, stk. 1, EF, ved et fuldstændigt forbud, er fællesskabslovgiver helt sikkert forpligtet til at vælge denne mulighed.

76. Dette er den grundlæggende baggrund for fællesskabslovgivers kompetence til at harmonisere medlemsstaternes forskellige lovgivning. Fællesskabslovgivers ansvar går endda længere end dette. Fællesskabslovgiver skal ikke kun skabe betingelserne for et indre marked for varer, men skal også garantere, at de varer, der kommer ind på dette marked, ikke skader andre almene interesser, såsom sundhed, sikkerhed, miljøbeskyttelse og for-

78. Det kan naturligvis indvendes, at et forbud mod salg af en vare ikke i sig selv kan forbedre betingelserne for markedsføring af denne vare. Varen udelukkes faktisk fra markedet. Som sagsøgerne har anført i deres skriftlige indlæg, er det tvivlsomt, om et fuldstændigt forbud af denne art nogensinde ville kunne bidrage til det indre markeds oprettelse og funktion. Et sådant

forbud kan næppe anses for at fjerne hindringer for markedsføringen af disse varer, da det gør det umuligt for markedet at eksistere. Forbuddet forhindrer med andre ord, at der opstår et lovligt marked, og derved skabes der en handelshindring. Sagsøgerne synes endog at fortolke Domstolens dom i tobaksreklamesagen²⁴ på denne måde, idet de har påstået, at et fuldstændigt forbud mod reklame for bestemte varer ikke på nogen måde kan anses for at fremme handelen med disse varer.

Hvis snus kort sagt ikke er på markedet i Den Europæiske Union, kan kontrollen med markedsføringen af andre røgfrie tobaksvarer mindskes. Det kan i den forbindelse siges, at 2001-direktivets artikel 8 bidrager til at fjerne handelshindringer for andre varer.

79. Denne indvending afspejler imidlertid ikke den egentlige betydning af artikel 95 EF. Selv om fællesskabsforanstaltninger skal forbedre vilkårene for det indre markeds oprettelse og funktion, indebærer det ikke, at de skal gøre det for hver enkelt vare. Fællesskabslovgiver kan forbyde markedsføringen af en vare, således som jeg har anført ovenfor. Varerne kan under disse omstændigheder ikke lovligt komme ind på markedet inden for Det Europæiske Fællesskabs område, hvilket mindsker omkostningerne ved at gennemføre forbuddet og endog kan mindske omkostningerne ved gennemførelse af reguleringer af tilsvarende varer.

80. Kort sagt er det hovedformålet med EF-traktatens bestemmelser om det indre marked, at der opstår ét enkelt marked, der ikke er opdelt på grund af forskellige nationale bestemmelser. Dette formål har ikke til følge, at alle mulige varer kan sælges på markedet, selv hvis de skader brugernes sundhed. En bestemmelse, der udtrykkeligt forbyder markedsføringen af en bestemt vare, bidrager måske ikke til at fjerne hindringer for denne konkrete vare, men bestemmelsen kan ikke desto mindre bidrage til det indre markeds oprettelse og funktion i henhold til artikel 95 EF.

E — *Bedømmelse af lovligheden af artikel 8*

81. Der er tvivl om, hvorvidt 2001-direktivets artikel 8 må anses for et fuldstændigt forbud mod en bestemt kategori af varer, som det var tilfældet med våbendirektivet, eller hvorvidt forbuddet i artikel 8 svarer til

24 — Sag C-376/98, der er omtalt i fodnote 10, præmis 95-100.

en begrænsning med hensyn til varers sammensætning ligesom 2001-direktivets artikel 3.

IX — Hvordan anvendes Fællesskabets kompetence: kravet i artikel 95, stk. 3, EF og proportionalitetsprincippet

A — Indledende bemærkninger

82. Artikel 8 forbyder ikke generelt markedsføring af tobaksvarer. Forbuddet vedrører kun tobaksvarer, der skal anvendes på en bestemt måde. Forbuddets rækkevidde adskiller sig ikke i det væsentlige fra et forbud mod varer med en bestemt sammensætning. På den anden side kan det synspunkt forsvares, at artikel 8 forbyder markedsføringen af en vis kategori af tobaksvarer, der har et marked, som kan adskilles fra markedet for andre tobaksvarer (idet der så ses bort fra den »erstatningsvirkning«, der er drøftet ovenfor i dette forslag til afgørelse).

84. Som anført ovenfor kan fællesskabslovgiver anvende sin kompetence i henhold til artikel 95 EF, hvis der er hindringer (eller i det mindste alvorligt truende hindringer) for den frie bevægelighed, og fællesskabsforanstaltninger bidrager til at fjerne disse hindringer. Fællesskabslovgiver har et vidt skøn, men ikke et ubegrænset skøn. I dette afsnit vil jeg vurdere de grænser, inden for hvilke fællesskabslovgiver skal udøve sit skøn.

83. Det er ikke nødvendigt nærmere at udvikle argumentet i ovenstående punkt. Som det er anført ovenfor, er fællesskabslovgiver bemyndiget til at forbyde bestemte kategorier af varer i henhold til artikel 95 EF. 2001-direktivet forbyder kun en specifik, begrænset varekategori — der adskiller sig fra andre tilladte varer på grund af den måde, den bruges på, og ikke på grund af dens sammensætning — hvorfor der ikke kan være tvivl om, at artikel 95 EF kan tjene som hjemmel.

85. For det første kræver artikel 152, stk. 1, EF, at der skal sikres et højt sundhedsbeskyttelsesniveau ved fastlæggelsen og gennemførelsen af alle Fællesskabets politikker. Artikel 95, stk. 3, EF er endnu mere specifik, når det gælder lovgivningsbeføjelsen i henhold til artikel 95 EF og henviser til enhver ny udvikling baseret på videnskabelige kendsgerninger. Mens en national regerings handlinger, der begrænser markedsføringen af varer i overensstemmelse med artikel 28 EF og 30 EF, skal være begrundet i tvingende

almene hensyn, skal fællesskabslovgivers handlinger sikre et højt beskyttelsesniveau. Som jeg anførte i mit forslag til afgørelse i sag C-491/01²⁵, er det fællesskabslovgiver, der beskytter folkesundheden, hvis der er en hindring for den frie bevægelighed. Fællesskabslovgivers handlinger adskiller sig — fra et sundhedsbeskyttelsessynspunkt — ikke fra en national regerings handlinger, der begrænser markedsføringen af varer i overensstemmelse med artikel 28 EF og 30 EF.

87. For det tredje skal fællesskabslovgiver overholde andre retsprincipper, der er udviklet i Domstolens praksis eller er nævnt i traktaten, såsom princippet om, at der skal udvises omhu, at der skal tages hensyn til berettigede forventninger, og at der er begrundelsespligt. Som jeg anførte i indledningen til dette forslag til afgørelse, vil jeg ikke komme nærmere ind i disse retsprincipper, undtagen for så vidt angår begrundelsespligten (jf. nedenfor).

B — *Et højt sundhedsbeskyttelsesniveau*

1) Sagens særlige art

86. For det andet skal proportionalitetsprincippet overholdes. Ifølge artikel 5 EF må Fællesskabets handlinger ikke gå ud over, hvad der er nødvendigt for at nå det forfulgte formål. Hvis en fællesskabsforanstaltnings hovedformål er at beskytte folkesundheden — som det er tilfældet med 2001-direktivets artikel 8 — adskiller vurderingen af proportionalitetsprincippet sig ikke fra vurderingen af en medlemsstats foranstaltning, der har til formål at beskytte folkesundheden i overensstemmelse med artikel 28 EF og 30 EF. Det skal fastslås, om foranstaltningen er hensigtsmæssig for at beskytte folkesundheden, og om det samme resultat ikke kan nås med mindre restriktive foranstaltninger.

88. De foreliggende sager er særegne. Der er ingen tvivl om, at fællesskabslovgiver sigter til et højt sundhedsbeskyttelsesniveau ved at forbyde snus. Det er dog usikkert, om foranstaltningen er passende med henblik på at nå dette politiske mål, og man kan endog forestille sig, at det politiske mål ville være bedre tjent med, at fællesskabslovgiver havde tilladt markedsføring af snus.

89. Det centrale spørgsmål i disse sager er, at 2001-direktivets artikel 8 forbyder en ny vare, der endnu ikke markedsføres i medlemsstaterne, undtagen i Sverige. De dokumenter, der er fremlagt for Domstolen,

25 — Navnlig punkt 106.

støtter den opfattelse, at brugen af snus kan medføre kræft i mundhulen. Denne opfattelse begrundes dog ikke i sig selv forbuddet mod snus. Mit andet synspunkt er, at de skadelige virkninger ved at tage snus er meget mindre end farerne ved at ryge. Sidst, men ikke mindst, er det usikkert, om den væsentligste virkning ved at sælge snus er at tilskynde folk til at holde op med at ryge («erstatningsvirkningen») eller at gøre det lettere at begynde at bruge tobak («springbræt»)²⁶.

90. Jeg vil nu drøfte henvisningen i artikel 95, stk. 3, EF til enhver ny udvikling baseret på videnskabelige kendsgerninger, til forsigtighedsprincippet, da der ikke er konsensus om effektiviteten af en foranstaltning, der skal fremme folkesundheden, samt til princippet om forebyggende indsats.

2) Bemærkninger vedrørende beviserne

91. Under retsforhandlingerne for Domstolen er der ofret meget opmærksomhed på de (videnskabelige) beviser, der ligger bag forbuddet mod snus.

26 — Jf. punkt 44-54 i dette forslag til afgørelse.

92. For det første har sagsøgerne (og den svenske regering) fremført interessante retlige argumenter vedrørende betydningen af nye videnskabelige beviser. De har anført, at fællesskabslovgiver er forpligtet til at tage hensyn til ny videnskabelig udvikling. Proportionalitetsprincippet indebærer en forpligtelse til løbende at efterprøve, om en foranstaltning fortsat er forholdsmæssig²⁷. Sagsøgerne har henvist til artikel 95, stk. 3, EF og også til Domstolens praksis.

93. Sagsøgerne har navnlig omtalt fællesskabsforanstaltningerne inden for det veterinære og zootekniske område, f.eks. de foranstaltninger, der er truffet for at bekæmpe BSE, og som var omtvistet i sag C-180/96, Det Forenede Kongerige mod Kommissionen²⁸. I denne sag blev det anerkendt, at foranstaltninger, der skal træffes, skal underkastes en dyberegående videnskabelig undersøgelse, og at der skal tages hensyn til nye oplysninger. På den ene side er jeg enig med sagsøgerne, for så vidt de har anført, at lovgivningen skal revideres, når nye videnskabelige oplysninger rejser tvivl om fordelene ved lovgivningen. Alle lovgivere har en forpligtelse til løbende at foretage revideringer. Denne forpligtelse bliver endnu

27 — Sagsøgerne har i denne forbindelse foretaget en sammenligning med retspraksis vedrørende socialpolitikken, hvor Domstolen har anerkendt, at der er en pligt til periodisk at vurdere de pågældende aktiviteter i lyset af den sociale udvikling med henblik på at afgøre, om en undtagelse fortsat skal opretholdes (dom af 11.1.2000, sag C-285/98, Kreil, Sml. I, s. 69).

28 — Dom af 5.5.1998, Sml. I, s. 2265, præmis 101.

vigtigere, når en specifik foranstaltning er medtaget i en fællesskabsforordning eller et fællesskabsdirektiv, der ændres på grund af ny udvikling på det relevante område. Kort sagt skal der ved en grundlæggende ændring af lovgivningen vedrørende brug af tobaksvarer tages hensyn til alle foranstaltninger, der vedrører de forskellige tobaksvarer.

der har til formål at beskytte folkesundheden, hvis de bygger på reelle og nye videnskabelige undersøgelser. Det er ikke nødvendigt, at resultatet af undersøgelserne giver utvetydige videnskabelige beviser. Det er tilstrækkeligt med vægtige indikationer.

94. På den anden side er jeg ikke enig i, at en revidering i den foreliggende sag nødvendigvis ville have ført til en ændring af fællesskabslovgivningen om snus. De videnskabelige rapporter, der er fremlagt for Domstolen, viser — således som jeg har anført i punkt 47 i dette forslag til afgørelse — de skadelige virkninger ved at tage snus, og, i modsætning til, hvad sagsøgerne synes at hævde, indeholder rapporterne ikke udtrykkeligt et grundlæggende nyt syn på sundhedsrisiciene. Jeg skal understrege, at det følger af Domstolens praksis vedrørende artikel 30 EF, at der kan træffes foranstaltninger vedrørende folkesundheden, der begrænser de frie varebevægelser, uden at der er videnskabelig konsensus. Jeg kan nævne Domstolens dom i De Peijper-sagen og i sagen National Farmers' Union m.fl.²⁹. Kort sagt anerkender fællesskabsretten restriktive foranstaltninger,

95. For det andet er der beviserne for effektiviteten af artikel 8 i sig selv. Det er ikke videnskabeligt bevist, at snus hovedsageligt er et springbræt til at bruge tobak og ikke en erstatning for at ryge. Disse manglende beviser og den videnskabelige usikkerhed vedrører faktisk ikke det forbudte stof i sig selv, men forventningerne til folks adfærd. Spørgsmålet er, om forbuddet mod snus under disse omstændigheder kan anses for en effektiv foranstaltning til at beskytte folkesundheden. Dette er netop grunden til, at jeg tager hensyn til forsigtighedsprincippet og princippet om forebyggende indsats.

3) Forsigtighedsprincippet

96. Som jeg har understreget ovenfor, er det usikkert, om forbuddet mod snus er en effektiv foranstaltning til at beskytte folkesundheden. Jeg vil drøfte, om fællesskabslovgiver under disse omstændigheder er forpligtet til at undlade at handle, eller om fællesskabslovgiver kan basere sine handlinger på forsigtighedsprincippet.

29 — Dom af 20.5.1976, sag 104/75, De Peijper, Sml. s. 613, og af 5.5.1998, sag C-157/96, National Farmers' Union m.fl., Sml. I, s. 2211.

97. Forsigtighedsprincippet er ikke defineret i traktaten, der kun henviser til det én gang, nemlig i forbindelse med fællesskabspolitikken for miljøbeskyttelse i artikel 174 EF. Princippet finder dog anvendelse på meget mere end miljøbeskyttelsen. Den 2. februar 2000 offentliggjorde Kommissionen en meddelelse om forsigtighedsprincippet³⁰. I meddelelsen er Kommissionen af den opfattelse, at forsigtighedsprincippet er et generelt princip, der især skal tages hensyn til på miljøområdet samt på områderne for menneskers, dyrs og planters sundhed. Ifølge Kommissionen finder forsigtighedsprincippet kun anvendelse, når der er identificeret en mulig risiko, der er blevet videnskabeligt undersøgt, men hvor resultaterne af de videnskabelige undersøgelser er blandede eller ikke overbevisende.

98. Forsigtighedsprincippet tillægger hovedsageligt fællesskabslovgiver et vidt, men ikke ubegrænset, skøn. Når lovgiver har til hensigt at bruge dette udvidede skøn, er lovgiver underlagt en tung bevisbyrde for at sikre, at den påståede risiko ikke blot er hypotetisk.

99. Domstolen har haft mange lejligheder til at efterprøve anvendelsen af forsigtighedsprincippet i sager vedrørende helbreds-spørgsmål og de frie varebevægelser. Sag C-236/01, Monsanto Agricoltura Italia³¹, vedrørte Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 258/97 af 27. januar 1997 om nye levnedsmidler og nye levnedsmiddelingredienser³², navnlig dens artikel 12. I sag C-192/01, Kommissionen mod Danmark, sag C-24/00, Kommissionen mod Frankrig, og sag C-95/01, Greenham og Abel³³, skulle Domstolen behandle forskellige nationale love, der begrænsede tilsætningsstoffer i madvarer, såsom vitaminer og mineraler.

100. En korrekt anvendelse af forsigtighedsprincippet forudsætter for det første en fastlæggelse af de potentielt negative konsekvenser, som en bestemt situation kan have for sundheden, og for det andet en omfattende evaluering af risikoen for sundheden på grundlag af de mest pålidelige videnskabelige data, der er til rådighed, og de seneste internationale forskningsresultater³⁴. At der er en sundhedsrisiko, skal med andre ord være sandsynliggjort³⁵. Domstolen udtalte, at »[h]vis det viser sig ikke at være muligt med sikkerhed at fastslå om, og i givet

30 — Meddelelse fra Kommissionen om forsigtighedsprincippet, KOM(2000) 1 endelig udg. Formålet med meddelelsen er at beskrive Kommissionens strategi for anvendelse af forsigtighedsprincippet, at fastlægge Kommissionens retningslinjer for anvendelsen, at opbygge en fælles forståelse af, hvordan man vurderer, evaluerer, styrer og videreformidler risici, som videnskaben endnu ikke har kortlagt fuldt ud, og at undgå en uhensigtsmæssig anvendelse af forsigtighedsprincippet som en skjult form for protektionisme.

31 — Dom af 9.9.2003, Sml. I, s. 8105, præmis 113.

32 — EFT L 43, s. 1.

33 — Dom af 23.9.2003, sag C-192/01, Sml. I, s. 9693, af 5.2.2004, sag C-24/00, Sml. I, s. 1277, og af 5.2.2004, sag C-95/01, Sml. I, s. 1333.

34 — Jf. Domstolens argumentation i dommen i sag C-192/01, Kommissionen mod Danmark, der er nævnt i fodnote 33, præmis 51-55.

35 — Jf. generaladvokat Mischos forslag til afgørelse i sag C-192/01, Kommissionen mod Danmark, der er omtalt i fodnote 33, punkt 102.

fald i hvilket omfang, den påståede risiko foreligger, som følge af, at resultaterne af de foretagne undersøgelser er utilstrækkelige, ikke er overbevisende eller er upræcise, men at sandsynligheden for en reel skade på folkesundheden varer ved, dersom risikoen indtræder, begrundet forsigtighedsprincippet restriktive foranstaltninger»³⁶. Ifølge denne dom er forsigtighedsprincippetets nøgleelement videnskabelig usikkerhed. Der kan træffes foranstaltninger, når det ønskede miljø- eller sundhedsbeskyttelsesniveau er i fare.

101. Forsigtighedsprincippet spiller generelt en rolle, hvis en regering ønsker risikostyring. Det er anført i Rio de Janeiro-erklæringen i forbindelse med Verdenstopmødet om bæredygtig udvikling, at princippet finder anvendelse, når der er risiko for alvorlig eller uoprettelig skade, og hvor der er videnskabelig usikkerhed om denne risiko. Det forhold, at der ikke er bevis for skade, er ikke ensbetydende med, at der ikke er skade³⁷.

102. Det er usikkert, om kompetencen i henhold til forsigtighedsprincippet til at risikostyre kan anvendes til at forbyde alle risici. Retten i Første Instans har i sag

T-13/99, Pfizer Animal Health mod Rådet³⁸, udtalt, at en fællesskabsforanstaltning i henhold til forsigtighedsprincippet på den ene side ikke må bygge på et »nul-risikoniveau«. På den anden side skal fællesskabsinstitutionerne tage hensyn til deres forpligtelse efter artikel 152, stk. 1, første afsnit, EF til at sikre, at menneskers sundhed beskyttes på et højt niveau.

103. Der er efter min opfattelse ingen tvivl om, at fællesskabslovgiver kan basere sine handlinger på forsigtighedsprincippet, hvis tre kumulative betingelser er opfyldt. Der skal være videnskabelig usikkerhed om risikoen, risikoen skal være analyseret og bevist at være realistisk, og risikoen skal have væsentlige følger for almene interesser. Hvad angår en foranstaltnings indhold, må en foranstaltning, der støttes på forsigtighedsprincippet, ikke gå så vidt som til at forbyde alle risici.

104. Dette bringer mig videre til de foreliggende sager. Sagsøgerne har anført, at forsigtighedsprincippet ikke finder anvendelse. De har henvist til visse principper, som Retten i Første Instans anvendte i dommen i sagen Pfizer Animal Health mod Rådet³⁹, og som tjener til at sikre, at forsigtighedsprincippet ikke anvendes vilkårligt. Endvidere er forsigtighedsprincippet kun relevant i sager, hvor

36 — Dommens præmis 52.

37 — Jf. nærmere: E. Fischer: »Is the precautionary principle justifiable?« i *Journal of Environmental Law*, Vol. 13, nr. 3, s. 315.

38 — Dom af 11.9.2002, Sml. II, s. 3305, præmis 152.

39 — Dommen er omtalt i fodnote 38.

der er videnskabelig usikkerhed om visse stoffers virkning eller adfærd. Princippet påberåbes, når der er foretaget en analyse af alle tilgængelige videnskabelige oplysninger, men der fortsat er usikkerhed.

ninger, om forbuddet mod markedsføring af snus vil forhindre rygere i at holde op med at ryge eller afholde unge ikke-rygere fra at begynde at ryge.

105. Sagsøgerne har benægtet, at der er nogen usikkerhed om sundhedsrisiciene ved snus. De har understreget, at snus ikke er en ny vare, men en vare, der traditionelt er blevet markedsført i nogle af de nordiske lande. Sundhedsrisiciene er således kendte. Jeg er enig i sagsøgernes bemærkninger: forsigtighedsprincippet er ikke relevant i forhold til virkningerne af snus i sig selv, der er en traditionel vare i nogle af de nordiske lande. Selv om de videnskabelige rapporter, der er fremlagt for Domstolen, ikke er enige med hensyn til vurderingen af risiciene ved at tage snus, som det måske vil være fremgået af mine tidligere bemærkninger, er der ingen videnskabelig usikkerhed i den ovennævnte forstand. Domstolen kan derfor basere sin vurdering på formodningen om, at brugen af snus kan medføre kræft i mundhulen.

106. Virkningen af markedsføringen af snus i hele Fællesskabet på — navnlig unge — menneskers adfærd er imidlertid meget usikker. Her kommer vi til betydningen af de bemærkninger, der er gjort ovenfor: usikkerheden vedrørende forbuddets virk-

107. Efter min opfattelse kan forsigtighedsprincippet ikke anvendes under disse omstændigheder:

— Usikkerheden om den risiko, der begrunder forbuddet, afhænger af forventninger til brugen af snus. Dette er ikke en risiko af videnskabelig art, der begrunder anvendelsen af forsigtighedsprincippet. Kilden til usikkerhed har intet med forsigtighedsprincippet at gøre.

— Hvad angår bevisbyrden er skaden på folkesundheden, hvis snus sættes på markedet, ikke plausibel. Jeg kan nævne erstatningsvirkningen⁴⁰. Fællesskabslovgiver var ikke i en situation, hvor foranstaltningerne kunne baseres på en sandsynlig reel skade på folkesundheden⁴¹, uden at utvetydige videnskabelige beviser var til rådighed.

⁴⁰ — Jf. punkt 50-53 ovenfor.

⁴¹ — Kriteriet er udviklet af Domstolen og er omtalt ovenfor i punkt 100.

- Den tredje betingelse, der er nævnt i punkt 103 ovenfor, er imidlertid opfyldt: Risikoen, hvis den opstår, har alvorlige følger for folkesundheden.

4) Forebyggende indsats

108. EF-traktatens afsnit XIX om miljø omtaler også, at der skal ske en forebyggende indsats. Princippet i artikel 174, stk. 2, EF er også blevet anerkendt i forbindelse med beskyttelse af folkesundheden, nærmere bestemt i retspraksis om BSE⁴². Princippet nævnes sædvanligvis i forbindelse med forsigtighedsprincippet. For eksempel tillagde Domstolen i sin praksis om BSE ikke princippet om, at der skal ske en forebyggende indsats, en særskilt rolle.

109. Efter min opfattelse spiller princippet en væsentlig rolle i de foreliggende sager. Fællesskabslovgiver skal ikke, når der er potentielle sundhedsrisici på grund af mar-

kedsføringen af snus, vente, indtil »springbræt«-teorien er blevet bevist som sand. Fællesskabslovgiver kan handle forebyggende. Man kan endvidere forestille sig den situation, at Fællesskabet ikke havde kunnet handle forebyggende. Snus ville i så fald være kommet på markedet, og folk ville være begyndt at tage det. Efter nogle år kunne det have vist sig, at snus ofte blev taget af unge mennesker, der ikke tidligere havde røget (og for hvem tærsklen til rygning var forsvundet eller mindsket). Det ville have været fællesskabslovgivers ansvar at fjerne en vare, der var blevet tiltrækkende og vanedannende for forbrugerne. Det er tvivlsomt, om en sådan foranstaltning ville have været lige så effektiv som et forbud mod en vare, der endnu ikke havde fundet vej til forbrugerne. Jeg kan nævne risikoen for, at der opstår et illegalt marked. Herudover kan et forbud mod en vare, der allerede markedsføres, skade producentens berettigede forventninger og føre til betaling af erstatning og/eller overgangsforanstaltninger.

110. Kort sagt er det nødvendigt at handle forebyggende, for hvis snus tillades at komme på markedet, kan det have uigenkaldelige virkninger. Hvis regeringer tillod markedsføring af og reklamering for snus i en periode, ville et virkningsfuldt forbud mod snus ikke længere være plausibelt.

⁴² — Domme af 5.5.1998, sag C-180/96, Det Forenede Kongerige mod Kommissionen, Sml. I, s. 2265, og sag C-157/96, National Farmers' Union, Sml. I, s. 2211, nævnt i fodnote 29.

C — *Proportionalitetsprincippet*

1) Generelt

111. Domstolen har i dommen i sag C-491/01 behandlet proportionalitetsprincippet i forhold til 2001-direktivet, idet den tog hensyn til betydningen af, at fællesskabslovgiver sikrer en tilstrækkelig beskyttelse af folkesundheden. Jeg kan henvise til Domstolens omfattende bemærkninger. På dette sted vil jeg nævne de afgørende forhold, der har særlig relation til de foreliggende sager.

— Foranstaltningerne skal være hensigtsmæssige til at nå det forfulgte formål, dvs. at beskytte folkesundheden ved at gøre brugen af tobaksvarer mindre tiltrækkende.

— Fællesskabslovgiver har et vidt skøn, der omfatter politiske, økonomiske og sociale valg. En foranstaltnings lovlighed kan kun påvirkes, hvis foranstaltningen er åbenbart uhensigtsmæssig i forhold til det forfulgte formål (jf. dommens præmis 123).

— Selv vidtrækkende foranstaltninger såsom forbuddet mod produktion af cigaretter, der indeholder visse stoffer, og forbuddet mod eksisterende, men sandsynligvis vildledende, udtalelser anses for at være i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet.

112. Det følger af Domstolens bemærkninger, at en fællesskabsforordning vedrørende brugen af tobak, der har til formål at beskytte folkesundheden, ikke let kan annulleres, fordi den ikke er i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet. Som allerede anført må proportionalitetsprincippet ikke forveksles med en sammenlignende vurdering af beskyttelsen af folkesundheden og private virksomheders forretningsmæssige interesser. Forbuddet mod snus er i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet, hvis

— den foranstaltning, der forbyder varen fra markedet, er hensigtsmæssig for at fjerne eller i det mindste mindske truslen mod folkesundheden

— en mindre restriktiv foranstaltning ikke ville sikre det samme sundhedsbeskyttelsesniveau.

113. I slutningen af dette afsnit vil jeg behandle et spørgsmål, sagsøgerne har rejst, nemlig om foranstaltningen pålægger visse virksomheder en uforholdsmæssig økonomisk byrde.

— For det andet, at fællesskabslovgiver har »foretaget en samlet vurdering af fordelene og ulemperne ved det system, der skulle indføres, og [...] denne politik [...] åbenbart uhensigtsmæssig i forhold til formålet om at bekæmpe mund- og klovtsyge«.

2) Hensigtsmæssighed: kompetencen til at regulere, når fordelene herved er usikre

114. Usikkerheden om forbuddets fordele for folkesundheden kan sammenlignes med den usikkerhed, som fællesskabslovgiver tog stilling til ved at vælge at forbyde en forebyggende vaccination i forbindelse med bekæmpelsen af mund- og klovtsyge. I sag C-189/01, Jippes⁴³, udtalte Domstolen følgende:

— For det tredje, at det derfor » [u]nder hensyn til Rådets vide skøn på området skal fastslås, at det forbud mod forebyggende vaccination [...] ikke overskrider grænserne for, hvad der er hensigtsmæssigt og nødvendigt for gennemførelsen af det formål, der forfølges med Fællesskabets ordning«.

— For det første, at »[n]år fællesskabslovgiver ved fastlæggelsen af en ordning må vurdere dennes fremtidige virkninger, og disse ikke kan forudses med nøjagtighed, kan det af fællesskabslovgiver udøvede skøn kun tilsidesættes, såfremt det er åbenbart fejlagtigt, når henses til de oplysninger, som fællesskabslovgiver rådede over på tidspunktet for vedtagelsen af den pågældende ordning«.

115. Domstolen har med disse udtalelser opstillet tre kriterier. Fællesskabslovgiver har et vidt skøn. Lovgiver skal foretage en helhedsvurdering af fordelene og ulemperne ved en planlagt ordning, men en fællesskabsforanstaltning kan kun annulleres, såfremt der er udøvet et åbenbart urigtigt skøn. Hvis disse kriterier overføres på de foreliggende sager, er det åbenbart, at forbuddet mod snus må anses for hensigtsmæssigt. Jeg kan henvise til mine bemærkninger vedrørende princippet om, at der skal ske en forebyggende indsats til støtte for, at fællesskabslovgivers vurdering ikke var åbenbart fejlagtig.

43 — Dom af 12.7.2001, Sml. I, s. 5689, navnlig præmis 84, 85, 95 og 100.

Hvis snus blev tilladt på fællesskabsmarkedet, ville det have uigenkaldelige virkninger. Forsigtighedsprincippet er ikke relevant.

ikke disse virkninger fuldstændigt, medmindre alle de farlige stoffer fjernes fra varen, herunder den nikotin, der gør varen tiltrækkende for brugeren. Intet tyder på at en så vidtrækkende teknisk standard — der ikke er foreslået af sagsøgerne i de foreliggende sager — ville være mindre restriktiv for handelen end det forbud, der findes i den nuværende fællesskabsret.

3) Effektiviteten af mindre restriktive foranstaltninger

116. Sagsøgerne har opregnet en række foranstaltninger af mindre restriktiv art. De har henvist til, at der kan fastlægges tekniske standarder, såsom standarderne i Canada, eller standarder, der bygger på de principper, som Swedish Match selv anvender. Endvidere har sagsøgerne nævnt mærkningskrav, muligheden for at indføre en aldersgrænse samt restriktioner for detailhandlende.

119. De andre ovennævnte alternativer har ikke den samme virkning som et forbud. Eftersom snus anses for at være en vare, der tiltrækker unge mennesker, kan selve det forhold, at snus findes på markedet, tilskynde dem til at bruge det. Man kan endda anlægge det synspunkt, at lovlige restriktioner, såsom mærkningsbestemmelser og aldersgrænser, kan gøre snus endnu mere tiltrækkende.

117. Under hensyn til det politiske mål bag forbuddet — som forklaret i betragtningerne til 1992-direktivet — kan alternative foranstaltninger ikke være lige så effektive som et fuldstændigt forbud. Da fællesskabslovgivers formål er at hindre indførelsen af nye varer på markedet, er det åbenbart, at dette mål ikke kan nås med foranstaltninger, der er mindre restriktive end et fuldstændigt forbud.

118. Jeg skal understrege, at tekniske standarder kan begrænse de skadelige virkninger af brugen af en bestemt vare, men de fjerner

4) Den uforholdsmæssige byrde for visse virksomheder

120. Min sidste bemærkning vedrører spørgsmålet om, hvorvidt den byrde, der pålægges producenterne og sælgerne af snus, er uforholdsmæssig. Sagsøgerne har rejst dette spørgsmål i de foreliggende sager. Som jeg allerede har anført, er forbuddet mod snus en foranstaltning, der kan træffes i

henhold til artikel 95 EF, og det er i sig selv i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet. Dette udelukker dog ikke, at Det Europæiske Fællesskab har en forpligtelse til at opveje den skade, som retsaktens forvolder, i henhold til bestemmelsen om erstatningsansvar uden for kontraktforhold i artikel 288, stk. 2, EF.

121. Denne forpligtelse opstår imidlertid kun, hvis der er en væsentlig skade, og/eller berettigede forventninger er tilsidesat. Jeg kan fatte mig i korthed vedrørende dette forhold. Snus findes endnu ikke på fællesskabsmarkedet (undtagen i Sverige), og producenterne af snus kan derfor ikke have haft en berettiget forventning om, at de ville få lov til at fremstille og sælge snus på fællesskabsmarkedet. Forbuddet mod snus blev allerede indført med 1992-direktivet (før Sveriges tiltrædelse til Den Europæiske Union).

X — Ligebehandlingsprincippet

122. Ligebehandlingsprincippet er i disse sager præsenteret som et princip, der ikke må forveksles med proportionalitetsprincippet, selv om virkningerne af princippernes anvendelse efter omstændighederne er nogenlunde de samme. Forbuddet mod snus

anses for at være uforholdsmæssigt, netop fordi det tolereres, at der er andre lige så og endog mere skadelige varer på markedet.

123. De mange indlæg, der er indgivet for Domstolen vedrørende dette princip, kræver særskilt behandling. Ligebehandlingsprincippet kræver, at ensartede forhold ikke må behandles forskelligt, og at forskellige forhold ikke må behandles ensartet, medmindre en sådan behandling er objektivt begrundet⁴⁴.

124. Der kan argumenteres for, at dette princip udgør en væsentlig begrænsning af fællesskabslovgivers skønsbeføjelse, nærmere bestemt med hensyn til foranstaltninger, der har til formål at begrænse eller endog forbyde markedsføringen af visse varer. Hvis man forfølger dette argument yderligere, kræver det en vurdering af risiciene ved markedsføringen af alle andre sammenlignelige varer, før en fællesskabsforanstaltning vedtages.

125. Jeg er ikke enig i, at ligebehandlingsprincippet har så vidtrækkende følger. Hvis der f.eks. på et givet marked — lad mig holde mig til et veldefineret marked såsom marke-

⁴⁴ — Jf. f.eks. dom af 13.4.2000, sag C-292/97, Kjell Karlsson m.fl., Sml. I, s. 2737, præmis 39.

det for tobaksvarer — findes fem forskellige varer, der er yderst sundhedsskadelige, skal lovgiver inden for sit skøn afgøre, hvilke af disse varer — og i hvilken rækkefølge — der skal forbydes fra markedet eller underlægges andre restriktive foranstaltninger. Den eneste begrænsning for lovgiver i denne henseende er, at der ikke må træffes vilkårlige valg. Lovgiver skal begrunde, hvorfor en specifik vare er genstand for strenge bestemmelser. En del af denne begrundelse kan være en sammenligning med andre varer på markedet.

ken sammenlignes: Hvad angår de sundhedsskadelige virkninger ved at tage røgfri tobak, gør det ingen grundlæggende forskel, om tobakken suges eller tygges. Ligheden mellem varerne er imidlertid ikke ensbetydende med, at ligebehandlingsprincippet er tilside-sat. Den forskellige behandling bygger nemlig ikke på virkningerne for den enkelte bruger, men på forskellen i (potentielle) brugergrupper. Hvor skråtobak i det væsentlige er tiltrækkende for veldefinerede socio-professionelle grupper, er snus efter sigende tiltrækkende for en bred gruppe af brugere, som der er tilfældet i Sverige. Den forskellige behandling er kort sagt ikke begrundet i varernes egne iboende kendetegn, men i den person, der (potentielt) bruger varen.

126. Dette bringer mig videre til sagsøgernes to væsentligste indvendinger i forbindelse med ligebehandlingsprincippet. Den første indvending er, at lignende varer ikke er forbudt. Ifølge sagsøgerne er skråtobak ikke forbudt, selv om det i praksis anvendes på samme måde som snus: Selv om det sædvanligvis kaldes tobak til at tygge, tygges det ganske ofte ikke, men suges på.

127. Sagsøgerne kan have ret i denne opfattelse. Forskellen mellem de to varer er ikke åbenbar, selv om der kan være en mindre forskel hvad angår indholdet af nitrosaminer og nikotin⁴⁵. Selv hvis sagsøgernes bemærkninger om brugen af skråtobak ikke afspejler virkeligheden, kan virkningerne på helbredet ved brugen af tobak-

128. Den anden indvending vedrører det forhold, at varen i modsætning til fællesskabslovgivers forklaring ikke er ny, men er en traditionel vare, i det mindste i visse nordiske lande. Sagsøgerne anvender begrebet »ny« anderledes end fællesskabslovgiver og dem, der har indgivet indlæg i sagerne. Sagsøgerne anvender ordet i forbindelse med varen som sådan, mens de andre anvender ordet i forbindelse med det relevante marked.

45 — Jf. ovenfor i punkt 38.

129. Jeg kan godtage, at da fællesskabslovgiver henviste til nye varer på markedet i betragtningerne til 1992-direktivet, var der ingen henvisning til det indre marked. Det er dog åbenbart, at fællesskabslovgiver henviste til varer, der ikke fandtes på fællesskabsmarkedet, og ikke til nye varer som sådan, idet 1992-direktivet — ligesom det nuværende direktiv — kun vedrører det indre marked for tobaksvarer og ikke varer, der er produceret og tilgængelige i tredjelande. Nærmere bestemt blev ordet »nye« anvendt i sammenhæng med det politiske formål at forhindre unge indbyggere i Den Europæiske Union i at begynde at bruge tobaksvarer eller — værre — begynde at bruge tobaksvarer, der ikke tidligere havde været tilgængelige for dem. Snus var ikke tilgængeligt for unge mennesker i Den Europæiske Union. Det kunne sammenlignes med andre tobaksvarer, der jævnligt blev anvendt på andre kontinenter, men ikke i Europa.

130. Eftersom Kongeriget Sverige endnu ikke var en medlemsstat, da 1992-direktivet blev vedtaget, kunne fællesskabslovgiver anvende begrebet »nye« ubetinget, idet varene overhovedet ikke blev markedsført inden for Det Europæiske Fællesskabs område. Først da Kongeriget Sverige tiltrådte Fællesskabet, ændrede denne sammenhæng sig. Der var dog fortsat den forskel, at snus ikke er forbudt i den eneste medlemsstat, hvor det traditionelt bruges.

131. Efter min opfattelse peger ingen af de to indvendinger i retning af en tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet. Som anført ovenfor spiller ligebehandlingsprincippet en rolle, for så vidt som det kræver, at fællesskabslovgiver skal begrunde en forskellig behandling af lignende varer.

132. Der er ingen tvivl om, at fællesskabslovgiver gav en gyldig begrundelse i betragtningerne til 1992-direktivet, der er omtalt i punkt 5 i dette forslag til afgørelse. Kommissionen, Rådet og Europa-Parlamentet har i deres indlæg givet nogle yderligere forklaringer på forbuddet mod snus. De har for det første fremført betragtninger vedrørende det indre markeds funktion, idet tre medlemsstater overvejede at forbyde snus eller allerede havde indført et sådant forbud. For det andet har de nævnt den stærkt stigende tendens i forbruget. For det tredje har de dokumenteret sundhedsrisiciene, og for det fjerde har de nævnt de relativt små økonomiske omkostninger ved et forbud.

133. Henset til mine bemærkninger ovenfor opfylder 2001-direktivets artikel 8 ligebehandlingsprincippet.

XI — Begrundelsespligten i henhold til artikel 253 EF

A — Ændret sammenhæng

134. Forbuddet mod tobak, som indtages oralt, blev indført med 1992-direktivet og byggede på, at det vedrørte varer, der endnu ikke var kendt på fællesskabsmarkedet, og som kunne tiltrække unge mennesker. Som det fremgår af de synspunkter, jeg ovenfor har givet udtryk for, kan denne begrundelse opretholde forbuddet. Da forbuddet blev opretholdt i 2001-direktivet, var der imidlertid ingen materiel begrundelse. Betragtningerne henviser blot til det forbud, der fandtes i 1992-direktivet.

135. I henhold til Domstolens praksis er begrundelsespligten et væsentligt formkrav, der skal adskilles fra spørgsmålet om, hvorvidt begrundelsen er korrekt, hvilket vedrører den anfægtede retsaks materielle lovlighed. Begrundelsen skal tilpasses karakteren af den pågældende retsakt og klart og utvetydigt angive de betragtninger, som den institution, der har udstedt den anfægtede retsakt, har lagt til grund, således at de berørte parter kan få kendskab til grundlaget for den trufne foranstaltning, og således at Domstolen kan udøve sin prøvelsesret. Det er ikke nødvendigt, at begrundelsen angiver

alle de forskellige relevante faktiske og retlige momenter, da spørgsmålet, om en retsaks begrundelse opfylder kravene efter artikel 253 EF, ikke blot vurderes i forhold til ordlyden, men ligeledes til den sammenhæng, hvori den indgår, samt under hensyn til alle de retsregler, som gælder på det pågældende område⁴⁶.

136. Det skal understreges, at forpligtelsen i henhold til artikel 253 EF er mere end blot en formalitet, således som Det Forenede Kongeriges regering har gjort gældende i disse sager. Domstolen skal kunne efterprøve, om en beslutning er berettiget i henhold til den angivne begrundelse. Endvidere kræves der en mere detaljeret begrundelse, når en beslutning afviger fra sædvanlig praksis, eller hvor andre omstændigheder kræver en mere detaljeret begrundelse for at sikre, at Domstolen kan udøve sin prøvelsesret.

137. I henhold til Domstolens praksis vedrørende artikel 253 EF skal kravene i denne artikel ikke blot vurderes i forhold til ordlyden, men ligeledes til sammenhængen. Det forekommer mig at være åbenbart, at begrundelsen ikke kun skal ses i den sammenhæng, der var, da bestemmelsen blev vedtaget, men også skal tage hensyn til væsentlige ændringer i sammenhængen. Dette krav er endnu vigtigere, når det er

⁴⁶ — Jf. mit forslag til afgørelse i sag C-278/00, Grækenland mod Kommissionen, dom af 29.4.2004, Sml. I, s. 3997, punkt 182, og den i fodnote 43 til forslaget omtalte praksis fra Domstolen.

hele politikken på området, der er genstand for fornyede overvejelser. I de foreliggende sager tog fællesskabslovgiver imidlertid ikke hensyn til ændringen i sammenhængen.

138. I de foreliggende sager kan jeg pege på to væsentlige ændringer i sammenhængen:

— Kongeriget Sverige har tiltrådt Den Europæiske Union.

— Fællesskabspolitikken for tobaksvarer er blevet grundlæggende ændret.

B — *Sveriges tiltrædelse*

139. For det første indebar Sveriges tiltrædelse, at der tiltrådte et land, hvor brugen af snus er traditionel og vidt udbredt. Da dette er tilfældet, vil jeg se nærmere på begrundelsen i betragtningerne til 1992-direktivet, nemlig at forbuddet ikke skal omfatte traditionelle tobaksvarer, som indtages oralt. Forudsætningerne for denne begrundelse var nemlig, at snus er en vare, der ikke skal anses for at være traditionel på det indre fællesskabsmarked.

140. Jeg lægger dog endnu mere vægt på virkningen af Sveriges tiltrædelse af det indre marked for tobaksvarer, som indtages oralt. Fællesskabet reagerede på virkningerne af Sveriges tiltrædelse ved at opdele markedet. Det svenske marked er adskilt fra det indre marked for disse varer. Endvidere er de svenske myndigheder forpligtet til at tage de nødvendige skridt til at forhindre, at varer, der er lovlige på det svenske marked, men forbudt på markedet i resten af Det Europæiske Fællesskab, eksporteres til det sidstnævnte marked.

141. Lovgivers valg støder mod begrebet det indre marked, idet der tillades en opdeling af markedet. Jeg skal i den forbindelse fremhæve vigtigheden af det indre markeds oprettelse og funktion som et instrument til europæisk integration. I de foreliggende sager er en sådan opdeling af markedet så meget desto mere betydningsfuld, idet:

— 2001-direktivet netop har det indre markeds oprettelse og funktion som formål, idet det fjerner hindringer for tobaksvarers frie bevægelighed. Undtagelsen for så vidt angår Sverige skaber dog en ny hindring.

— Opdelingen af markedet ikke er begrænset til en overgangsperiode. Det

gav mening at indføre en undtagelse for Sverige på tiltrædelsestidspunktet, da det kunne være vanskeligt for den svenske regering omgående at stoppe brugen af snus. En tidsmæssig begrænsning af denne virkning på det indre marked ville imidlertid have været i bedre overensstemmelse med det indre markeds betydning. En af de sædvanlige følger af en tiltrædelse af Den Europæiske Union er, at lovgivningen tilpasses Den Europæiske Unions standarder.

142. Kort sagt skaber den manglende begrundelse i forbindelse med Sveriges tiltrædelse to huller. For det første skulle fællesskabslovgiver have været opmærksom på virkningerne af forbuddet mod tobaksvarer, der er traditionelle i én medlemsstat. For det andet skulle fællesskabslovgiver have været opmærksom på tiltrædelsens følger for oprettelsen og funktionen af det indre marked for tobaksvarer.

C — Ændring af fællesskabspolitikken for tobaksvarer

143. Dette bringer mig videre til den grundlæggende ændring af fællesskabspolitikken for tobaksvarer. 2001-direktivet er generelt et udtryk for en tobakspolitik, der er blevet mere og mere restriktiv med årene. Som

anført ovenfor er politikken hovedsagelig en anti-rygepolitik.

144. I modsætning til den generelle tendens i cigaretpolitikken synes politikken for røgfrie tobaksvarer (ud over snus) at være blevet mere fleksibel. Jeg skal erindre om bestemmelserne om mærkning af andre røgfrie tobaksvarer end snus. Pakningerne skal ikke længere være påført advarslen »Kræftfremkaldende«. Det er tilstrækkeligt, at det på pakningerne er anført, at »Denne tobaksvarer kan være sundhedsskadelig og er vanedannende«. Samtidig er de advarsler, der er påført cigaretpakninger, blevet meget strengere både hvad angår størrelse og indhold. De omfatter advarsler såsom »rygning dræber«.

145. Der er alt i alt en generel tendens til, at lovgivningen om tobaksvarer gøres mere restriktiv. Fællesskabslovgiver har indført en undtagelse for en specifik kategori af tobaksvarer (skråtobak). Det ville have været logisk, hvis undtagelsen havde været gældende for alle varer, der er omfattet af denne kategori. Fællesskabslovgiver gjorde imidlertid det modsatte og opretholdt den strengeste foranstaltning af alle i forhold til en specifik undergruppe af varer, der er omfattet af denne kategori.

146. Jeg skal fremhæve, at under disse omstændigheder kan opretholdelsen af forbuddet mod snus ikke anses for blot at være en fortsættelse af den eksisterende politik. Jeg skal erindre om Domstolens praksis, hvorefter en beslutning, der afviger fra sædvanlig praksis, kræver en mere detaljeret begrundelse for at sikre, at Domstolen kan udøve sin prøvelsesret. Endvidere har de berørte parter en ret til at kende begrundelsen for, at fællesskabslovgiver har besluttet at begrænse deres frihedsrettigheder.

D — Følgerne

147. Jo mere en beslutning afviger fra sædvanlig praksis, jo mere udtrykkelig skal fællesskabslovgivers begrundelse være. Under hensyn til de væsentlige ændringer i sammenhængen skal fællesskabslovgivers valg om at opretholde forbuddet mod snus, hvilket i sig selv ikke overskrider lovgivers skønsmæssige beføjelse, gives en vægtig begrundelse. Den manglende begrundelse udgør en klar og åbenbar tilsidesættelse af Fællesskabets forpligtelse i henhold til artikel 253 EF.

148. Jeg konkluderer herudover, at det forhold, at der mangler en begrundelse, som tager hensyn til ændringen i sammenhængen, må anses for en tilsidesættelse af et væsentligt proceduremæssigt krav, hvilket må føre til, at 2001-direktivets artikel 8 er

ugyldig. Jeg foreslår derfor, at Domstolen erklærer 2001-direktivets artikel 8 ugyldig.

149. Det skal ikke desto mindre erindres, at bedømmelsen af de foreliggende sager har bevist, at fællesskabslovgiver — i 1992 — havde gyldige grunde til at forbyde snus. Det skal endvidere bemærkes, at en direkte annullation af den anfægtede bestemmelse sandsynligvis ville indebære en underminering af hovedvirkningerne af forbuddet og i alvorlig grad kunne påvirke det politiske mål at forhindre nye og potentielt tiltrækkende tobaksvarer i at dukke op på markedet. Der skal også tages hensyn til, således som det fremgår af mine bemærkninger ovenfor, at direktivets væsentligste lovgivningsmæssige indhold er lovligt.

150. På baggrund heraf begrundes væsentlige retssikkerhedshensyn, der kan sammenlignes med de hensyn, der findes i sager, hvor visse bestemmelser annulleres i henhold til artikel 231, stk. 2, EF, at Domstolen begrænser annullationens virkninger⁴⁷. Jeg foreslår derfor Domstolen under hensyn til sagernes særegne omstændigheder at beslutte, at alle virkninger af 2001-direktivets artikel 8 oprettholdes, indtil Rådet og Europa-Parlamentet har erstattet artiklen med en ny bestemmelse, der er korrekt begrundet.

⁴⁷ — Begrundelsen for begrænsningen af virkningerne kan være meget lig Domstolens begrundelse i dom af 7.7.1992, sag C-295/90, Europa-Parlamentet mod Rådet, Sml. I, s. 4193.

XII — Forslag til afgørelse

151. Herefter foreslår jeg Domstolen at besvare de af Verwaltungsgericht Minden i sag C-434/02 og af High Court of Justice (England & Wales) i sag C-210/03 forelagte spørgsmål således:

- Artikel 8 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/37/EF af 5. juni 2001 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes love og administrative bestemmelser om fremstilling, præsentation og salg af tobaksvarer, der indeholder et fuldstændigt forbud mod markedsføring af tobaksvarer, som indtages oralt, kan have hjemmel i artikel 95 EF.
- Forbuddet mod tobak, som indtages oralt, i artikel 8 i direktiv 2001/37/EF er i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet.
- Forbuddet mod tobaksvarer, som indtages oralt, i artikel 8 i direktiv 2001/37/EF er i overensstemmelse med princippet om ligebehandling af lignende varer.
- Fællesskabslovgiver opfyldte ikke forpligtelsen til at angive de grunde, som forbuddet støttes på, og artikel 8 erklæres derfor ugyldig.
- Alle virkninger af artikel 8 i direktiv 2001/37/EF opretholdes, indtil Rådet og Europa-Parlamentet har erstattet artiklen med en ny bestemmelse, der er korrekt begrundet.