

DOMSTOLENS DOM (Store Afdeling)

14. december 2004^{*}

I sag C-210/03,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 234 EF, indgivet af High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Administrative Court) (Det Forenede Kongerige), ved afgørelse af 17. april 2003, indgået til Domstolen den 15. maj 2003, i sagen:

The Queen, ex parte:

Swedish Match AB,

Swedish Match UK Ltd

mod

Secretary of State for Health,

^{*} Processprog: engelsk.

har

DOMSTOLEN (Store Afdeling)

sammensat af præsidenten, V. Skouris, afdelingsformændene P. Jann, C.W.A. Timmermans og K. Lenaerts samt dommerne C. Gulmann, J.-P. Puissechet, N. Colneric, S. von Bahr og J.N. Cunha Rodrigues (refererende dommer),

generaladvokat: L.A. Geelhoed

justitssekretær: assisterende justitssekretær H. von Holstein, derefter ekspeditionssekretær M.-F. Contet,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 8. juni 2004,

efter at der er afgivet indlæg af:

- Swedish Match AB og Swedish Match UK Ltd ved G. Barling, QC, og barrister M. Lester for solicitors S. Kon og D. Roy samt S. Turnbull
- Det Forenede Kongeriges regering ved C. Jackson, som befuldmægtiget, bistået af N. Paines, QC, og barrister T. Ward

- den franske regering ved G. de Bergues og R. Loosli-Surrans, som befuldmægtigede
- den irske regering ved D.J. O'Hagan, som befuldmægtiget
- den finske regering ved T. Pynnä, som befuldmægtiget
- den svenske regering ved A. Kruse, som befuldmægtiget
- Europa-Parlamentet ved J.L. Rufas Quintana og M. Moore, som befuldmægtigede
- Rådet for Den Europæiske Union ved E. Karlsson og J.-P. Hix, som befuldmægtigede
- Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved I. Martínez del Peral og N. Yerrell, som befuldmægtigede,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 7. september 2004,

afsagt følgende

Dom

- 1 Anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører 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 (EFT L 194, s. 26) og fortolkningen af artikel 28 EF-30 EF, samt hvorvidt et nationalt forbud mod markedsføring af tobak, der indtages oralt, er foreneligt med disse bestemmelser og med grundlæggende fællesskabsretlige principper.
- 2 Anmodningen er blevet fremsat i forbindelse med en sag anlagt af selskaberne Swedish Match AB og Swedish Match UK Ltd (herefter samlet benævnt »Swedish Match«) mod Secretary of State for Health vedrørende forbuddet mod markedsføring i Det Forenede Kongerige af tobak, der indtages oralt.

Retsforskrifter

Fællesskabsbestemmelser

- 3 Artikel 8a i Rådets direktiv 89/622/EØF af 13. november 1989 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes love og administrative bestemmelser om mærkning af tobaksvarer (EFT L 359, s. 1), som ændret ved Rådets direktiv 92/41/EØF af 15. maj 1992 (EFT L 158, s. 30, herefter »direktiv 89/622«), bestemmer, at

medlemsstaterne forbyder markedsføring af tobaksvarer, som indtages oralt, hvilke defineres i dette direktivs artikel 2, stk. 4, som »alle varer, der er bestemt til oral indtagelse, med undtagelse af varer bestemt til at ryges eller tygges, og som helt eller delvis 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«.

- 4 Det anføres i betragtning 11 til direktiv 92/41, at »det er bevist, at røgfri tobak udgør en faktor, der indebærer en betydelig kræftisiko, og denne tobak bør derfor være forsynet med en specifik advarsel om denne risiko«. I direktivets betragtning 12 hedder det, at »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«.

- 5 Betragtning 13 til direktiv 92/41 lyder således:

»[...] nye tobaksvarer, som indtages oralt, og som dukker op på markedet i visse medlemsstater, [udøver] en særlig tiltrækning på de unge, og i de medlemsstater, hvor problemet er størst, er der allerede indført eller påtænkes der indført et totalt forbud mod disse nye varer«.

- 6 Direktivets betragtning 14 lyder:

»[...] for så vidt angår disse varer er der forskelle i medlemsstaternes love og administrative bestemmelser, og de bør derfor undergives fælles regler«.

7 Betragtning 15 til direktiv 92/41 lyder således:

»[...] der består en reel risiko for, at disse nye varer, der indtages oralt, især anvendes af de unge, som derved bliver afhængige af nikotin, hvis der ikke træffes restriktive foranstaltninger i tide«.

8 I betragtning 16 til nævnte direktiv hedder det, at

»[...] i henhold til konklusionerne i de undersøgelser, som Det Internationale Kræftforskningscenter har udført, indeholder tobak, som indtages oralt, særligt store mængder kræftfremkaldende stoffer; disse nye varer kan især give kræft i mundhulen«.

9 Direktivets betragtning 17 har følgende indhold:

»[...] 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; det er derfor nødvendigt med udgangspunkt i et højt niveau for sundhedsbeskyttelse at foretage en indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes love og administrative bestemmelser på dette område; den eneste hensigtsmæssige foranstaltning er et fuldstændigt forbud; dette forbud omfatter dog ikke traditionelle tobaksvarer, som indtages oralt, og som fortsat er undergivet de bestemmelser i direktiv 89/622/EØF, som ændret ved nærværende direktiv, der gælder for røgfrie tobaksvarer«.

- 10 Artikel 151, stk. 1, i akten vedrørende villkårene for Republikken Østrigs, Republikken Finlands og Kongeriget Sveriges tiltrædelse og tilpasningerne af de traktater, der danner grundlag for Den Europæiske Union (EFT 1994 C 241, s. 21, og EFT 1995 L 1, s. 1, herefter »tiltrædelsesakten«), bestemmer:

»De retsakter, som er opført [på] listen i bilag XV til denne akt, anvendes i forholdet til de nye medlemsstater på de i dette bilag fastsatte villkår.«

- 11 Kapitel X med overskriften »Diverse« i nævnte bilag, som indeholder den liste, der er nævnt i tiltrædelsesaktens artikel 151, bestemmer:

»a) Forbuddet i artikel 8a i direktiv 89/622/EØF, som ændret [...], vedrørende markedsføring af det produkt, der er defineret i artikel 2, nr. 4, i direktiv [...], finder ikke anvendelse i Kongeriget Sverige [...], med undtagelse af forbuddet mod markedsføring af det pågældende produkt i en form, der minder om et levnedsmiddel.

b) Kongeriget Sverige [...] træffer alle nødvendige foranstaltninger for at sikre, at det i litra a) nævnte produkt ikke markedsføres i de medlemsstater, hvor direktiv 89/622/EØF og 92/41/EØF finder anvendelse fuldt ud.

[...]

- 12 Direktiv 2001/37 blev vedtaget i henhold til artikel 95 EF og 133 EF, og det har til formål at sammenlægge direktiv 89/622 med Rådets direktiv 90/239/EØF af 17. maj 1990 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes love og administrative bestemmelser om maksimalt tilladt tjæreindhold i cigaretter (EFT L 137, s. 36).

- 13 Betragtning 28 til direktiv 2001/37 har følgende indhold:

»[D]irektiv 89/622/EØF forbød markedsføring af visse typer tobak, der indtages oralt. Sverige er ifølge tiltrædelsesaktens artikel 151 [...] undtaget fra nævnte direktivs bestemmelser herom.«

- 14 Artikel 2 i direktiv 2001/37 med overskriften »Definitioner« bestemmer:

»I dette direktiv forstås ved:

- 1) »tobaksvarer«: varer, der er bestemt til at ryges, indsnuses, suttes eller tygges, hvis de, også kun delvis, er fremstillet af tobak, uanset om den er genetisk modificeret

[...]

- 4) »tobak, som indtages oralt«: varer, der er bestemt til oral indtagelse, med undtagelse af varer bestemt til at ryges eller tygges, og som helt eller delvis 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

[...]«

15 Direktivets artikel 5, stk. 4, bestemmer:

- »4. Tobak, der indtages oralt, for så vidt det må markedsføres i henhold til artikel 8, og røgfri tobak skal være forsynet med følgende advarsel:

»Denne tobaksvare kan være sundhedsskadelig og er vanedannende.«

[...]«

16 I artikel 8 i direktiv 2001/37, der har overskriften »Tobak, der indtages oralt«, fastsættes:

»Medlemsstaterne forbyder markedsføring af tobak, som indtages oralt, jf. dog tiltrædelsesaktens artikel 151 [...].«

17 Nævnte direktivs artikel 13, stk. 1, har følgende indhold:

»Medlemsstaterne må ikke af grunde, der vedrører begrænsning af tjære-, nikotin- eller kulilteindholdet i cigaretter, advarsler om sundhedsrisici eller andre krav i dette direktiv, forbyde eller begrænse import, salg eller forbrug af tobaksvarer, der er i overensstemmelse med dette direktiv, med undtagelse af foranstaltninger til efterprøvelse af oplysninger, der er meddelt i medfør af artikel 4.«

18 Direktivets artikel 15 bestemmer bl.a., at direktiv 89/622 ophæves, og at henvisninger til dette direktiv skal forstås som henvisninger til direktiv 2001/37.

De nationale bestemmelser

19 I Det Forenede Kongerige er forbuddet i artikel 8a i direktiv 89/622 gennemført i national ret ved Tobacco for Oral Use (Safety) Regulations 1992 (herefter »1992-bestemmelserne«).

Twisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

20 Swedish Match ønskede at markedsføre »snus« i Det Forenede Kongerige. Snus består af fint malet eller fintskåret tobak, der sælges i løs vægt eller i form af små portionsbreve og er bestemt til indtagelse ved, at det anbringes mellem tandkødet og læben.

- 21 Den 18. marts 2002 sendte Swedish Match en skrivelse til UK Department of Health (Det Forenede Kongeriges sundhedsministerium), hvori virksomheden redegjorde for grundene til, at den anså det i 1992-bestemmelserne indeholdte forbud mod markedsføring af tobak, der indtages oralt, for ulovligt. I sit svar af 24. april 2002 oplyste ministeriet, at det anså forbuddet for at være lovligt. Den 8. maj 2002 anlagde Swedish Match sag, hvorunder virksomheden gjorde gældende, at forbuddet tilsidesatte forskellige bestemmelser i fællesskabsretten. High Court of Justice (England and Wales), Queen's Bench Division (Administrative Court), besluttede at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Skal artikel 28 EF-30 EF, når de anvendes i overensstemmelse med de almindelige principper om proportionalitet, forbud mod forskelsbehandling og grundlæggende rettigheder (særligt ejendomsretten), fortolkes således, at de er til hinder for nationale bestemmelser, der forbyder enhver person at levere, tilbyde eller indvillige i at levere, udbyde eller besidde varer, som helt eller delvis består af tobak i form af pulver eller fine partikler eller enhver kombination af disse former, eller er varer, der minder om et levnedsmiddel og er bestemt til at indtages oralt på anden måde end ved at ryges eller tygges?

2) Er artikel 8 i direktiv 2001/37/EF ugyldig, helt eller delvist, fordi

a) der er sket en tilsidesættelse af princippet om forbud mod forskelsbehandling

b) der er sket en tilsidesættelse af artikel 28 EF og/eller 29 EF

c) der er sket en tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet

d) artikel 95 EF og/eller artikel 133 EF ikke giver tilstrækkelig hjemmel

e) der er sket en tilsidesættelse af artikel 95, stk. 3, EF

f) der er sket magtfordrejning

g) der er sket en tilsidesættelse af artikel 253 EF og/eller begrundelsespligten

h) der er sket en tilsidesættelse af den grundlæggende ejendomsret?

3) Under omstændigheder, hvor:

— en national foranstaltning til gennemførelse af artikel 8a i direktiv 89/622/EØF blev vedtaget i 1992

— den nævnte nationale foranstaltning blev vedtaget i henhold til beføjelser i national lov, der ikke er afhængig af nogen pligt til at udstede gennemførelsesbestemmelser i overensstemmelse med direktivet

- direktiv 89/622/EØF (som siden ændret ved [...]) tiltrædelsesakt(en)) ophæves og erstattes af direktiv 2001/37/EF, hvori artikel 8 gentager artikel 8a, i direktiv 89/622/EØF, og
- artikel 8 i direktiv 2001/37/EF er ugyldig på baggrund af de i spørgsmål 2, litra a), c) og h), anførte principper,

skal disse principper da fortolkes således, at de også forbyder den omhandlede nationale foranstaltning?»

Vedrørende anmodningen om, principalt, tilladelse til at indgive bemærkninger som svar på generaladvokatens forslag til afgørelse, subsidiært, genåbning af den mundtlige forhandling

²² Ved skrivelse indleveret til Domstolens Justitskontor den 4. oktober 2004 har Swedish Match anmodet Domstolen om:

- principalt, at give Swedish Match tilladelse til at indgive skriftlige bemærkninger som svar på generaladvokatens forslag til afgørelse
- subsidiært, at træffe bestemmelse om genåbning af den mundtlige forhandling i medfør af procesreglementets artikel 61.

- 23 Swedish Match ønsker at kommentere generaladvokatens bemærkninger om, at direktiv 2001/37's virkninger bør opretholdes, såfremt Domstolen eventuelt skulle fastslå, at direktivet er ugyldigt.
- 24 I denne forbindelse bemærkes, at hverken statuten for Domstolen eller Domstolens procesreglement åbner mulighed for, at parterne kan afgive bemærkninger som svar på generaladvokatens forslag til afgørelse (jf. kendelse af 4.2.2000, sag C-17/98, Emesa Sugar, Sml. I, s. 665, præmis 2). Følgelig skal anmodningen om tilladelse til at indgive skriftlige bemærkninger som svar på generaladvokatens forslag til afgørelse forkastes.
- 25 Desuden kan Domstolen ex officio, efter at have hørt generaladvokaten eller på parternes begæring i overensstemmelse med artikel 61 i Domstolens procesreglement træffe bestemmelse om genåbning af den mundtlige forhandling, såfremt den finder, at sagen er utilstrækkeligt oplyst, eller at sagen skal afgøres på grundlag af et argument, som ikke har været drøftet af parterne (jf. dom af 19.2.2002, sag C-309/99, Wouters m.fl., Sml. I, s. 1577, præmis 42, og af 29.4.2004, sag C-470/00 P, Parlamentet mod Ripa di Meana m.fl., Sml. I, s. 4167, præmis 33). I det foreliggende tilfælde er Domstolen, efter at have hørt generaladvokaten, imidlertid af den opfattelse, at den har kendskab til alle de omstændigheder, der er nødvendige for at besvare de forelagte præjudicielle spørgsmål. Herefter skal anmodningen om genåbning af den mundtlige forhandling forkastes.

Om de præjudicielle spørgsmål

Det andet spørgsmål

- 26 Med det andet spørgsmål, som skal behandles først, ønsker den forelæggende ret oplyst, om artikel 8 i direktiv 2001/37 er helt eller delvist ugyldig, fordi der er sket en tilsidesættelse af bestemmelser i EF-traktaten eller af almindelige principper i fællesskabsretten, eller fordi der er sket magtfordrejning.

— Valget af artikel 95 EF og 133 EF som hjemmel

- 27 Spørgsmålet har til formål at få fastslået, om artikel 95 EF er rette hjemmel for artikel 8 i direktiv 2001/37, og, såfremt dette er tilfældet, om anvendelsen af artikel 133 EF som direktivets anden hjemmel var nødvendig eller mulig i det foreliggende tilfælde.
- 28 Ifølge artikel 95, stk. 1, EF vedtager Rådet de foranstaltninger med henblik på indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes love og administrative bestemmelser, der vedrører det indre markeds oprettelse og funktion.
- 29 I denne forbindelse bemærkes, at selv om den blotte konstatering af forskelle mellem de nationale lovgivninger ikke er tilstrækkelig til at begrunde valget af artikel 95 EF som hjemmel (jf. i denne retning dom af 5.10.2000, sag C-376/98, Tyskland mod Parlamentet og Rådet, Sml. I, 8419, præmis 84), forholder det sig anderledes i tilfælde af forskelle mellem medlemsstaternes love og administrative bestemmelser, der kan medføre hindringer for de grundlæggende friheder og således have en direkte indvirkning på det indre markeds funktion (jf. i denne retning dommen i sagen Tyskland mod Parlamentet og Rådet, præmis 95, og dom af 10.12.2002, sag C-491/01, British American Tobacco (Investments) og Imperial Tobacco, Sml. I, 11453, præmis 60).
- 30 Det følger endvidere af Domstolens praksis, at selv om anvendelsen af artikel 95 EF som hjemmel er mulig med henblik på at undgå fremtidige hindringer for samhandelen, der skyldes en uensartet udvikling af de nationale lovgivninger, skal det være sandsynligt, at sådanne hindringer vil opstå, og den pågældende foranstaltning skal have til formål at forebygge dem (jf. i denne retning dom af

13.7.1995, sag C-350/92, Spanien mod Rådet, Sml. I, s. 1985, præmis 35, dommen i sagen Tyskland mod Parlamentet og Rådet, præmis 86, dom af 9.10.2001, sag C-377/98, Nederlandene mod Parlamentet og Rådet, Sml. I, s. 7079, præmis 15, samt dommen i sagen British American Tobacco (Investments) og Imperial Tobacco, præmis 61).

- 31 Domstolen har desuden fastslået, at når betingelserne for anvendelse af artikel 95 EF som hjemmel er opfyldt, kan fællesskabslovgiver ikke forhindres i at anvende denne hjemmel, selv om beskyttelsen af folkesundheden er afgørende for lovgivers valg (jf. dommen i sagen British American Tobacco (Investments) og Imperial Tobacco, præmis 62).
- 32 Endvidere bemærkes, at artikel 152, stk. 1, første afsnit, EF bestemmer, at der skal sikres et højt sundhedsbeskyttelsesniveau ved fastlæggelsen og gennemførelsen af alle Fællesskabets politikker og aktiviteter, og artikel 95, stk. 3, EF kræver udtrykkeligt et højt beskyttelsesniveau for menneskers sundhed ved gennemførte harmoniseringsforanstaltninger (jf. dommen i sagen British American Tobacco (Investments) og Imperial Tobacco, præmis 62).
- 33 Det følger af det ovenstående, at når der foreligger hindringer for samhandelen, eller det er sandsynligt, at sådanne hindringer vil opstå fremover, fordi medlemsstaterne har truffet eller er ved at træffe forskellige foranstaltninger med hensyn til en vare eller en varekategori, således at der sikres forskellige beskyttelsesniveauer, og således at de pågældende varer af denne grund forhindres i at bevæge sig frit i Fællesskabet, indeholder artikel 95 EF en bemyndigelse for fællesskabslovgiver til at gribe ind og vedtage de nødvendige foranstaltninger under overholdelse af dels artikel 95, stk. 3, dels af de retlige principper, der er nævnt i traktaten, eller opstillet i retspraksis, bl.a. proportionalitetsprincippet.

34 Afhængig af de faktiske omstændigheder kan disse nødvendige foranstaltninger bestå i at forpligte samtlige medlemsstater til at tillade markedsføring af den eller de pågældende varer, at knytte visse betingelser til en sådan forpligtelse til at tillade markedsføring, eller helt at forbyde, midlertidigt eller permanent, markedsføring af den eller de bestemte varer (jf. med hensyn til Rådets direktiv 92/59/EØF af 29. juni 1992 om produktsikkerhed i almindelighed (EFT L 228, s. 24) dom af 9.8.1994, sag C-359/92, Tyskland mod Rådet, Sml. I, s. 3681, præmis 4 og 33).

35 Det er i lyset af disse principper det skal undersøges, om betingelserne for at anvende artikel 95 EF som hjemmel er opfyldt for så vidt angår artikel 8 i direktiv 2001/37.

36 Indledningsvis bemærkes, at artikel 8 blot gentager bestemmelserne i artikel 8a i direktiv 89/622, hvorefter medlemsstaterne forbyder markedsføring af tobaksvarer, som indtages oralt. Disse defineres i direktiv 2001/37, såvel som i direktiv 89/622, som »alle varer, der er bestemt til oral indtagelse, med undtagelse af varer bestemt til at ryges eller tygges, og som helt eller delvis 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«.

37 Det er ubestridt, at der, som det anføres i betragtning 14 til direktiv 92/41, på tidspunktet for direktivets vedtagelse var forskelle i medlemsstaternes love og administrative bestemmelser hvad angår disse varer. To af medlemsstaterne havde faktisk allerede forbudt markedsføringen af disse varer, og en tredje havde vedtaget bestemmelser, der, selv om de endnu ikke var trådt i kraft, havde det samme formål. De havde ifølge deres ophavsmænd til formål at forhindre et øget forbrug af sundhedsskadelige varer, der var nye på medlemsstaternes markeder, og som ansås for at være særligt attraktive for unge mennesker.

- 38 Da markedet for tobaksvarer er et marked, hvor handelen mellem medlemsstaterne udgør en relativt betydelig del (jf. dommen i sagen British American Tobacco (Investments) og Imperial Tobacco, præmis 64), ville disse markedsføringsforbud føre til en heterogen markedsudvikling og ville derfor kunne udgøre hindringer for de frie varebevægelser.
- 39 Når henses til borgernes øgede bevidsthed om tobaksvarers skadelige virkning på helbredet, var det desuden sandsynligt, at der ville opstå hindringer for disse varers frie bevægelighed som følge af medlemsstaternes vedtagelse af nye regler, der genspejler denne udvikling, og som havde til formål at hæmme forbruget af disse varer (jf. dommen i sagen British American Tobacco (Investments) og Imperial Tobacco, præmis 67).
- 40 Med hensyn til de hindringer for de frie varebevægelser, der allerede var på tobaksvaremarkedet på grund af den uensartede udvikling af betingelserne for at markedsføre tobaksvarer, som indtages oralt, i de forskellige medlemsstater, blev artikel 8 i direktiv 2001/37 ikke vedtaget i en sammenhæng, der var anderledes end den, som artikel 8a i direktiv 89/622 blev vedtaget i. Det skal tilføjes, at tiltrædelsesakten ikke har nogen betydning ved vurderingen af denne sammenhæng. Tiltrædelsesakten placerede således ikke blot Kongeriget Sverige uden for anvendelsesområdet for artikel 8a, men krævede tillige, at denne medlemsstat traf alle de foranstaltninger, der var nødvendige for at sikre, at tobaksvarer, som indtages oralt, ikke blev markedsført i andre medlemsstater.
- 41 Det var således berettiget, at fællesskabslovgiver greb ind under henvisning til artikel 95 EF for så vidt angik tobaksvarer, der indtages oralt.

42 Det følger af det ovenfor anførte, at forbuddet i artikel 8 i direktiv 2001/37 kunne vedtages med hjemmel i artikel 95 EF. Senere skal det undersøges, om vedtagelsen af denne foranstaltning foregik under overholdelse af artikel 95, stk. 3, EF og de retlige principper, som den forelæggende rets spørgsmål vedrører.

43 Hvad angår spørgsmålet om, hvorvidt det i det foreliggende tilfælde var nødvendigt eller muligt at anvende artikel 133 EF som den anden hjemmel for artikel 8, er det tilstrækkeligt at bemærke, at Domstolen i præmis 97 i dommen i sagen British American Tobacco (Investments) og Imperial Tobacco udtalte, at artikel 95 EF er eneste rette hjemmel for direktiv 2001/37, og at det er med urette, at direktivet også nævner artikel 133 EF som hjemmel.

44 Denne ukorrekte henvisning til artikel 133 EF som den anden hjemmel for direktivet medfører imidlertid ikke i sig selv, at direktivet bliver ugyldigt (jf. dommen i sagen British American Tobacco (Investments) og Imperial Tobacco, præmis 98). En sådan fejl i angivelsen af hjemmelen for en fællesskabsretsakt udgør således kun en rent formel mangel, medmindre den har gjort proceduren for denne retsacts vedtagelse mangelfuld (jf. i denne retning dom af 27.9.1988, sag 165/87, Kommissionen mod Rådet, Sml. s. 5545, præmis 19, og af 9.9.2004, forenede sager C-184/02 og C-223/02, Spanien og Finland mod Parlamentet og Rådet, Sml. I, s. 7789, præmis 44). Imidlertid har Domstolen også i præmis 111 i dommen i sagen British American Tobacco (Investments) og Imperial Tobacco fastslået, at anvendelsen af artikel 95 EF og 133 EF som dobbelt hjemmel ikke har gjort proceduren for vedtagelsen af direktivet mangelfuld, og at det ikke er ugyldigt som følge heraf.

45 Herefter er artikel 8 i direktiv 2001/37 ikke ugyldig på grund af manglende retlig hjemmel.

— Artikel 95, stk. 3, EF og proportionalitetsprincippet

- ⁴⁶ Artikel 95, stk. 3, EF bestemmer, at Kommissionen, såvel som Parlamentet og Rådet, skal tage udgangspunkt i et højt beskyttelsesniveau inden for sundhed navnlig under hensyntagen til enhver ny udvikling baseret på videnskabelige kendsgerninger.
- ⁴⁷ Det bemærkes endvidere, at proportionalitetsprincippet, der hører til fællesskabsrettens almindelige grundsætninger, indeholder et krav om, at de foranstaltninger, som iværksættes med en fællesskabsbestemmelse, skal være egnede til at nå det tilsigtede mål og ikke må gå ud over, hvad der er nødvendigt for at nå det (jf. bl.a. dom af 18.11.1987, sag 137/85, Maizena, Sml. s. 4587, præmis 15, af 7.12.1993, sag C-339/92, ADM Ölmühlen, Sml. I, s. 6473, præmis 15, og af 11.7.2002, sag C-210/00, Käserei Champignon Hofmeister, Sml. I, s. 6453, præmis 59).
- ⁴⁸ For så vidt angår domstolskontrollen med de betingelser, der er nævnt i den foregående præmis, må der indrømmes fællesskabslovgiver et vidt skøn inden for et område som det, der omhandles i den foreliggende sag, der for lovgiver indebærer valg af politisk, økonomisk og social karakter, og hvor lovgiver skal foretage komplekse vurderinger. Kun såfremt en foranstaltning på dette område er åbenbart uhensigtsmæssig i forhold til det mål, som vedkommende institutioner forfølger, vil en sådan foranstaltning kunne kendes ulovlig (jf. i denne retning dom af 12.11.1996, sag C-84/94, Det Forenede Kongerige mod Rådet, Sml. I, s. 5755, præmis 58, af 13.5.1997, sag C-233/94, Tyskland mod Parlamentet og Rådet, Sml. I, s. 2405, præmis 55 og 56, af 5.5.1998, sag C-157/96, National Farmers' Union m.fl., Sml. I, s. 2211, præmis 61, og dommen i sagen British American Tobacco (Investments) og Imperial Tobacco, præmis 123).

- 49 Hvad angår artikel 8a, som blev indsat i direktiv 89/622 ved direktiv 92/41, fremgår det af betragtningerne til sidstnævnte direktiv, at et forbud mod markedsføring af tobaksvarer, som indtages oralt, var den eneste hensigtsmæssige foranstaltning, der kunne dæmme op for den reelle risiko for, at disse nye varer anvendes af de unge, som derved bliver afhængige af nikotin, uagtet at disse varer især kan give kræft i mundhulen.
- 50 Swedish Match har i det væsentlige gjort gældende, at når henses til de videnskabelige oplysninger, som fællesskabslovgiver havde til rådighed i 2001 i forbindelse med vedtagelsen af artikel 8 i direktiv 2001/37, og som fællesskabslovgiver i øvrigt baserede sig på ved ændringen af advarselsreglen i direktivets artikel 5, stk. 4, var en opretholdelse af forbuddet mod markedsføring af tobaksvarer, som indtages oralt, uforholdsmæssigt i forhold til det forfulgte mål, ligesom en sådan opretholdelse ikke tog hensyn til den videnskabelige udvikling.
- 51 I denne forbindelse bemærkes, at selv om visse eksperter allerede i 1999 betvivlede udsagnet i betragtning 16 til direktiv 92/41, hvorefter »disse nye varer [især kan] give kræft i mundhulen«, var enhver uenighed dog ikke fjernet på dette punkt ved vedtagelsen af direktiv 2001/37. Selv om en del af det videnskabelige miljø medgav, at tobaksvarer, som indtages oralt, kunne anvendes som erstatning for cigaretter, bestred en anden del, at dette skulle være tilfældet. Heraf kan det udledes, at de videnskabelige oplysninger, som fællesskabslovgiver havde til rådighed i 2001, ikke gjorde det muligt at konkludere, at forbruget af de omhandlede varer ikke var sundhedsskadelig.
- 52 Ligesom alle andre tobaksvarer indeholder de, der indtages oralt, desuden nikotin, der skaber afhængighed, og som ingen bestrider er giftigt.

- 53 Imidlertid blev det i forbindelse med vedtagelsen af direktiv 2001/37 dels ikke bevist, at disse varer havde mindre skadelige virkninger end andre tobaksvarer. Dels blev det fastslået, at disse varer udgjorde en alvorlig sundhedsrisiko, som fællesskabslovgiver burde tage hensyn til.
- 54 Under disse omstændigheder kan det ikke hævdes, at forbuddet i artikel 8 i direktiv 2001/37 blev vedtaget uden hensyntagen til den videnskabelige udvikling i strid med bestemmelsen i artikel 95, stk. 3, EF.
- 55 Ingen af de elementer, der er forelagt Domstolen til bedømmelse, gør det i øvrigt muligt at antage, at tobaksvarer, som indtages oralt, ikke var nye varer på medlemsstaternes markeder på tidspunktet for vedtagelsen af direktiv 92/41.
- 56 Med henblik på at overholde sin forpligtelse i medfør af artikel 95, stk. 3, EF til at tage udgangspunkt i et højt beskyttelsesniveau inden for sundhed kunne fællesskabslovgiver — uden at overskride grænserne for det skøn, den havde på området — således med rette antage, at et forbud mod markedsføring af tobaksvarer, som indtages oralt, var nødvendigt, og i særdeleshed, at der ikke fandtes en alternativ foranstaltning, hvormed man ligeså effektivt kunne nå dette mål.
- 57 Som generaladvokaten har anført i punkt 116-119 i forslaget til afgørelse, ville alle andre foranstaltninger med det formål at pålægge producenterne tekniske standarder for at nedbringe varens skadelige virkninger, eller at regulere mærkningen af varens emballage og betingelserne for salg heraf, navnlig til mindreårige, ikke have den samme forebyggende sundhedsbeskyttende virkning, for så vidt som disse foranstaltninger ikke ville forhindre, at en vare, der under alle omstændigheder er skadelig, blev sat på markedet.

- 58 Det følger af de ovenfor anførte bemærkninger, at det omtvistede forbud — i lyset af det formål, som fællesskabslovgiver skal opnå i medfør af bestemmelsen i artikel 95, stk. 3, EF, nemlig at sikre et højt sundhedsbeskyttelsesniveau, samt fællesskabsgivers forpligtelse til at overholde proportionalitetsprincippet — ikke kan anses for åbenbart uegnet.

— Artikel 28 EF og/eller artikel 29 EF

- 59 Ifølge fast retspraksis gælder forbuddet mod kvantitative restriktioner og foranstaltninger med tilsvarende virkning i artikel 28 EF og 29 EF ikke blot for nationale foranstaltninger, men også for foranstaltninger, der udgår fra fællesskabsinstitutionerne (jf. i denne retning dom af 17.5.1984, sag 15/83, Denkvit Nederland, Sml. s. 2171, præmis 15, af 9.8.1994, sag C-51/93, Meyhui, Sml. I, s. 3879, præmis 11, og af 25.6.1997, sag C-114/96, Kieffer og Thill, Sml. I, s. 3629, præmis 27).
- 60 Som det er fastsat i artikel 30 EF, er bestemmelserne i artikel 28 EF og 29 EF imidlertid ikke til hinder for sådanne forbud eller restriktioner vedrørende indførsel, udførsel eller transit, som bl.a. er begrundet i hensynet til beskyttelse af menneskers liv og sundhed.
- 61 Forbuddet i artikel 8 i direktiv 2001/37 mod markedsføring af tobaksvarer, som indtages oralt, er en restriktion som omhandlet i artikel 28 EF og 29 EF, men kan dog, som anført i denne doms præmis 58, begrundes i hensynet til beskyttelse af menneskers sundhed. Herefter kan forbuddet under ingen omstændigheder anses for at tilsidesætte bestemmelserne i artikel 28 EF og 29 EF.

- 62 Desuden fremgår forbuddet for Kongeriget Sverige mod at markedsføre tobaksvarer, som indtages oralt, i andre medlemsstater, af bestemmelserne i kapitel X, litra b), i bilag XV til tiltrædelsesakten, og ikke af bestemmelserne i direktiv 2001/37.

— Artikel 253 EF

- 63 Det bemærkes, at selv om det af den begrundelse, der kræves efter artikel 253 EF, klart og utvetydigt skal fremgå, hvilke betragtninger den fællesskabsmyndighed, som har udstedt den omhandlede retsakt, har lagt til grund, således at de berørte kan gøre sig bekendt med baggrunden for den trufne foranstaltning, og Domstolen kan udøve sin kontrol, kræves det ikke, at en retsakts begrundelse angiver alle de forskellige relevante faktiske og retlige momenter (jf. bl.a. dom af 29.2.1996, sag C-122/94, Kommissionen mod Rådet, Sml. I, s. 881, præmis 29).
- 64 Spørgsmålet om, hvorvidt begrundelsespligten er overholdt, skal desuden ikke blot vurderes i forhold til retsaktens ordlyd, men ligeledes i forhold til den sammenhæng, hvori den indgår, samt alle de retsregler, som gælder på det pågældende område. Hvis det mål, der forfølges af institutionen, i det væsentlige fremgår af den anfægtede retsakt, vil det være overflødigt at kræve en særlig begrundelse for de enkelte afgørelser af teknisk art, som institutionen har truffet (jf. bl.a. dom af 5.7.2001, sag C-100/99, Italien mod Rådet og Kommissionen, Sml. I, s. 5217, præmis 64, samt i denne retning dommen i sagen Spanien og Finland mod Parlamentet og Rådet, præmis 79).
- 65 Betragtningerne til direktiv 92/41 angiver klart årsagerne til, at der skulle indsættes et forbud mod markedsføring af tobaksvarer, som indtages oralt, i direktiv 89/622. Efter særligt at have bemærket, at videnskabelige eksperter var af den opfattelse, at alle tobaksvarer indebar en sundhedsrisiko, og at røgfri tobak udgjorde en faktor, der indebar en betydelig kræftirisiko, konstaterede lovgiver desuden, at nye tobaksvarer, som blev indtaget oralt, og som dukkede op på markedet i visse medlemsstater,

udøvede en særlig tiltrækning på de unge, som derved ville blive afhængige af nikotin, hvis der ikke blev truffet restriktive foranstaltninger i tide. Endvidere anførtes det, at de medlemsstater, hvor problemet var størst, allerede havde indført eller påtænkte at indføre et totalt forbud mod disse nye varer.

66 Desuden må det konstateres, at forbuddet i artikel 8 i direktiv 2001/37 mod markedsføring af tobaksvarer, som indtages oralt, blot bekræfter den i 1992 vedtagne identiske foranstaltning inden for rammerne af den omdannelse af de tidligere retsakter, der var et af direktivets formål. Den forskellige behandling, som disse varer i 1992 blev undergivet i forhold til andre røgfrie tobaksvarer, skyldtes omstændigheder, som at de varer, der var omfattet af forbuddet, var nye på det daværende indre marked, at de var attraktive for de unge, og at der i visse medlemsstater fandtes nationale forbud.

67 Disse omstændigheder havde dog ikke ændret sig i 2001. Det er ganske vist ubestridt, at der er i Sverige er en lang tradition for markedsføring af tobaksvarer, som indtages oralt, og at disse varer ikke kunne anses for nye på det marked, som svarede til Sveriges område ved denne medlemsstats tiltrædelse i 1995. Da tiltrædelsesaktens artikel 151 udtrykkeligt udelukker Kongeriget Sverige fra anvendelsesområdet for det forbud, der blev vedtaget i 1992, skal denne medlemsstats område ikke tages i betragtning ved afgrænsningen af det marked, som er omhandlet i artikel 8 i direktiv 2001/37, og følgelig heller ikke ved bedømmelsen — vedrørende dette marked — af, om de varer, hvis markedsføring er forbudt i medfør af denne bestemmelse, er nye.

68 Eftersom det præciseres i betragtning 28 til direktiv 2001/37, at direktiv 89/622 forbød markedsføring i medlemsstaterne af visse typer tobak, som indtages oralt, samt at Sverige ifølge tiltrædelsesaktens artikel 151 er undtaget fra sidstnævnte

direktivs bestemmelser herom, fremgår det ikke, at bekræftelsen af dette forbud i artikel 8 i direktiv 2001/37 kræver, at der i direktivet nærmere angives andre relevante retlige eller faktiske omstændigheder for at anse begrundelsespligten i artikel 253 EF for overholdt.

- 69 Det følger af disse bemærkninger, at artikel 8 i direktiv 2001/37 overholder begrundelsespligten i artikel 253 EF.

— Princippet om forbud mod forskelsbehandling

- 70 Ifølge fast retspraksis kræver ligebehandlingsprincippet, at ensartede forhold ikke må behandles forskelligt, og at forskellige forhold ikke må behandles ensartet, medmindre en sådan forskellig behandling er objektivt begrundet (jf. i denne retning dom af 9.9.2004, sag C-304/01, Spanien mod Kommissionen, Sml. I, s. 7655, præmis 31).
- 71 Selv om tobaksvarer, der indtages oralt, som defineret i artikel 2 i direktiv 2001/37, ikke er grundlæggende forskellige fra tobaksvarer bestemt til at tygges med hensyn til indhold og endog målgruppe, befinder de sig ikke i samme situation som sidstnævnte varer. De tobaksvarer, som indtages oralt, og som var omfattet af forbuddet i artikel 8a i direktiv 89/622, nu gentaget i artikel 8 i direktiv 2001/37, var nye varer på det marked i medlemsstaterne, som denne foranstaltning vedrørte. Følgelig bevirkede denne særlige situation, at disse varer kunne behandles forskelligt, uden at man dog herved med føje kan påberåbe sig, at princippet om forbud mod forskelsbehandling er blevet tilsidesat.

— Retten til fri erhvervsudøvelse og ejendomsretten

72 Det bemærkes, at retten til fri erhvervsudøvelse såvel som ejendomsretten ifølge Domstolens praksis hører til fællesskabsrettens almindelige principper. Disse rettigheder er imidlertid ikke absolutte rettigheder, men skal ses i sammenhæng med deres funktion i samfundet. Retten til frit at udøve et erhverv kan ligesom anvendelsen af ejendomsretten derfor underlægges begrænsninger, forudsat at sådanne begrænsninger reelt er nødvendige for at tilgodesee almene hensyn, og forudsat at begrænsningerne ikke, når henses til deres formål, indebærer et uforholdsmæssigt og uantageligt indgreb i det centrale indhold af de beskyttede rettigheder (jf. dom af 11.7.1989, sag 265/87, Schräder, Sml. s. 2237, præmis 15, af 5.10.1994, sag C-280/93, Tyskland mod Rådet, Sml. I, s. 4973, præmis 78, af 29.4.1999, sag C-293/97, Standley m.fl., Sml. I, s. 2603, præmis 54, og af 15.7.2004, forenede sager C-37/02 og C-38/02, Di Lenardo og Dilexport, Sml. I, s. 6911, præmis 82, samt dommen i sagen Spanien og Finland mod Parlamentet og Rådet, præmis 52).

73 Det er korrekt, at forbuddet mod markedsføring af tobaksvarer, som indtages oralt, i artikel 8 i direktiv 2001/37 kan hindre den frie erhvervsudøvelse for producenter af disse varer, såfremt de har til hensigt at iværksætte markedsføringen inden for forbuddets geografiske anvendelsesområde. De erhvervsdrivendes ejendomsret anfægtes dog ikke ved en sådan foranstaltning. Ingen erhvervsdrivende kan nemlig gøre krav på ejendomsret til en markedsandel, heller ikke selv om han havde denne andel på et tidspunkt før indførelsen af en foranstaltning, som påvirker markedet, da en sådan markedsandel blot er en midlertidig økonomisk position, som er undergivet de vilkår, der følger af skiftende omstændigheder (dom af 5.10.1994 i sagen Tyskland mod Rådet, præmis 79). En erhvervsdrivende kan heller ikke gøre gældende, at han har en velerhvervet rettighed eller blot en berettiget forventning om opretholdelse af en bestående situation, som kan ændres ved beslutninger truffet af fællesskabsinstitutionerne inden for rammerne af deres skøn (jf. dom af 28.10.1982, sag 52/81, Faust mod Kommissionen, Sml. s. 3745, præmis 27).

- 74 Som anført ovenfor forfølger direktiv 2001/37 et formål af almen interesse, idet det garanterer et højt sundhedsbeskyttelsesniveau inden for rammerne af harmoniseringen af de bestemmelser, som gælder for markedsføringen af tobaksvarer. Som anført i denne doms præmis 58, fremgår det ikke, at forbuddet i direktivets artikel 8 er uegnet til at nå dette mål. Under disse omstændigheder kan den hindring, som en foranstaltning af denne art udgør for retten til fri erhvervsudøvelse, ikke anses for at være til uforholdsmæssig skade for denne ret eller for ejendomsretten i forhold til det mål, der forfølges.

— Påstanden om magtfordrejning

- 75 Som det fremgår af Domstolens faste praksis, foreligger der kun magtfordrejning i forbindelse med en retsakt, såfremt det på grundlag af objektive, relevante og samstemmende indicier fremgår, at den må antages at være truffet udelukkende eller dog i det mindste overvejende for at forfølge andre formål end dem, der er angivet, eller for at omgå en fremgangsmåde, der særligt er fastsat ved traktaten for at imødegå konkret foreliggende vanskeligheder (jf. dom af 13.11.1990, sag C-331/88, Fedesa m.fl., Sml. I, s. 4023, præmis 24, og af 22.11.2001, sag C-110/97, Nederlandene mod Rådet, Sml. I, s. 8763, præmis 137).
- 76 For så vidt angår den i EF-traktatens artikel 129, stk. 4, første led (efter ændring nu artikel 152, stk. 4, første afsnit, EF), nævnte udtrykkelige udelukkelse af enhver harmonisering af medlemsstaternes love og administrative bestemmelser, der tilsigter at beskytte og forbedre menneskers sundhed, har Domstolen fastslået, at anvendelsen af andre artikler end denne bestemmelse som hjemmel ikke må bruges til at omgå denne udelukkelse (dommen af 5.10.2000 i sagen Tyskland mod Parlamentet og Rådet, præmis 79). Domstolen har imidlertid præciseret, at når betingelserne for anvendelse af artikel 95, stk. 1, EF som hjemmel er opfyldt, kan fællesskabslovgiver ikke forhindres i at anvende denne hjemmel, selv om beskyttelsen af folkesundheden er afgørende for lovgivers valg (dom af 5.10.2000 i sagen Tyskland mod Parlamentet og Rådet, præmis 88, og dommen i sagen British American Tobacco (Investments) og Imperial Tobacco, præmis 190).

- 77 Med hensyn til artikel 8 i direktiv 2001/37 var betingelserne for at anvende artikel 95 EF opfyldt, og det er på ingen måde blevet godtgjort, at denne bestemmelse skulle være blevet vedtaget med det eneste — eller med det afgørende — formål at opnå et andet mål end at fjerne de hindringer for samhandelen, der er knyttet til den uensartede udvikling af de nationale lovgivninger om tobaksvarer, som indtages oralt.
- 78 Det følger af de ovenfor anførte bemærkninger, at artikel 8 i direktiv 2001/37 ikke er ugyldig på grund af magtfordrejning.

— Samlet besvarelse af det andet spørgsmål

- 79 Det andet spørgsmål må samlet besvares således, at gennemgangen heraf intet har frembragt, der kan rejse tvivl om gyldigheden af artikel 8 i direktiv 2001/37.

Det første spørgsmål

- 80 Med det første spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 28 EF og 29 EF skal fortolkes således, at de er til hinder for en national lovgivning som den, der er omhandlet i hovedsagen.

- 81 Herom bemærkes, at en national foranstaltning inden for et område, der har været genstand for en udtømmende harmonisering på fællesskabsplan, skal bedømmes på grundlag af de harmoniserede bestemmelser og ikke på grundlag af bestemmelser i den primære ret (jf. dom af 12.10.1993, sag C-37/92, Vanacker og Lesage, Sml. I, s. 4947, præmis 9, og af 13.12.2001, sag C-324/99, DaimlerChrysler, Sml. I, s. 9897, præmis 32).
- 82 Da markedsføringen af tobaksvarer, som indtages oralt, er blevet harmoniseret på fællesskabsplan, skal den nationale lovgivning, der er omhandlet i hovedsagen, og som forbyder markedsføring af disse varer, idet den gyldigt gennemfører de fællesskabsretlige bestemmelser, kun bedømmes i forhold til disse fællesskabsretlige bestemmelser og ikke i lyset af bestemmelserne i artikel 28 EF og 29 EF.
- 83 Henset til de ovenfor anførte bemærkninger, skal det første spørgsmål besvares med, at når en national foranstaltning i overensstemmelse med artikel 8 i direktiv 2001/37 forbyder markedsføring af tobaksvarer, som indtages oralt, er det ikke nødvendigt specifikt at undersøge, om denne nationale foranstaltning er forenelig med artikel 28 EF og 29 EF.

Det tredje spørgsmål

- 84 Såfremt artikel 8 i direktiv 2001/37 skulle være ugyldig, ønsker den forelæggende ret med det tredje spørgsmål nærmere bestemt oplyst, om princippet om forbud mod forskelsbehandling, proportionalitetsprincippet og princippet om beskyttelse af ejendomsretten skal fortolkes således, at disse principper er til hinder for en national foranstaltning, der forbyder tobaksvarer, som indtages oralt.

- 85 Det er uforholdent at besvare dette spørgsmål, eftersom gennemgangen af det andet spørgsmål, som anført i denne doms præmis 79, intet har frembragt, der kan rejse tvivl om gyldigheden af artikel 8 i direktiv 2001/37.

Sagens omkostninger

- 86 Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den forelæggende ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagens omkostninger. Bortset fra nævnte parterers udgifter kan de udgifter, som er afholdt i forbindelse med afgivelse af indlæg for Domstolen, ikke erstattes.

På grundlag af disse præmisser kender Domstolen (Store Afdeling) for ret:

- 1) Gennemgangen af det andet spørgsmål har intet frembragt, der kan rejse tvivl om 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.
- 2) Når en national foranstaltning i overensstemmelse med artikel 8 i direktiv 2001/37 forbyder markedsføring af tobaksvarer, som indtages oralt, er det ikke nødvendigt specifikt at undersøge, om denne nationale foranstaltning er forenelig med artikel 28 EF og 29 EF.

Underskrifter