



## Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT  
H. SAUGMANDSGAARD ØE  
fremsat den 4. juli 2018<sup>1</sup>

**Sag C-220/17**

**Planta Tabak-Manufaktur Dr. Manfred Obermann GmbH & Co. KG  
mod  
Land Berlin**

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Verwaltungsgericht Berlin (forvaltningsdomstolen i Berlin, Tyskland))

»Præjudiciel forelæggelse – tilnærmelse af lovgivningerne – fremstilling, præsentation og salg af tobaksvarer – direktiv 2014/40/EU – artikel 7, stk. 1 og 7 – forbud mod markedsføring af tobaksvarer med en kendetegnende aroma – artikel 7, stk. 14 – overgangsperiode for tobaksvarer med en kendetegnende aroma, hvis salgsvolumen i Den Europæiske Union repræsenterer 3% eller mere inden for en bestemt produktkategori – bedømmelse af gyldigheden – ligebehandlingsprincippet – artikel 13, stk. 1, litra c) – fortolkning – forbud mod elementer eller træk, der henviser til smag, duft, aromastoffer eller andre tilsætningsstoffer eller oplyser, at produktet ikke indeholder sådanne – anvendelse på tobaksvarer med en kendetegnende aroma, som det fortsat har været tilladt at sælge efter den 20. maj 2016«

### I. Indledning

1. Verwaltungsgericht Berlin (forvaltningsdomstolen i Berlin, Tyskland) har ved sine præjudicielle spørgsmål anmodet Domstolen om oplysninger om fortolkningen og gyldigheden i forhold til den primære EU-ret af en række bestemmelser i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/40/EU af 3. april 2014 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes love og administrative bestemmelser om fremstilling, præsentation og salg af tobak og relaterede produkter og om ophævelse af direktiv 2001/37/EF<sup>2</sup>.

2. Spørgsmålene er blevet forelagt i forbindelse med en tvist mellem Planta Tabak-Manufaktur Dr. Manfred Obermann GmbH & Co. KG (herefter »Planta Tabak«), en tobaksfabrikant, og Land Berlin (delstaten Berlin, Tyskland), vedrørende anvendelsen af den tyske lovgivning til gennemførelse af dette direktiv på de produkter, denne virksomhed markedsfører.

1 – Originalsprog: fransk.

2 – EUT 2014, L 127, s. 1.

3. De mange spørgsmål, som den forelæggende ret har stillet, giver Domstolen anledning til på ny at forholde sig til en række aspekter, som den allerede har behandlet i domme af 4. maj 2016, Polen mod Parlamentet og Rådet<sup>3</sup> og Philip Morris Brands m.fl.<sup>4</sup>, herunder navnlig forbuddet mod markedsføring af tobaksvarer med en kendetegnende aroma i artikel 7, stk. 1 og 7, i direktiv 2014/40 og reglerne om præsentation af tobaksvarer i direktivets artikel 13, stk. 1, som forbyder alle elementer og træk, der kan tilskynde til forbrug af sådanne varer.

4. Således som Domstolen har anmodet om, begrænser det foreliggende forslag til afgørelse sig imidlertid til bedømmelsen af de følgende to aspekter. Jeg undersøger først gyldigheden af det førstnævnte forbud i forhold til ligebehandlingsprincippet, for så vidt som EU-lovgiver i artikel 7, stk. 14, i direktiv 2014/40 har fastsat en overgangsperiode for tobaksvarer med en kendetegnende aroma, der har et salgsvolumen i Unionen på 3% eller mere inden for en bestemt produktkategori. Derpå undersøger jeg, hvorledes den sidstnævnte bestemmelse skal fortolkes, med henblik på at afgøre, om den indeholder et forbud mod, at det angives på de tobaksvarer med en kendetegnende aroma, som endnu kan sælges, hvilken aroma de indeholder.

5. Jeg foreslår, at Domstolen svarer dels, at artikel 7, stk. 1, 7 og 14, i direktiv 2014/40 er i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet, dels, at direktivets artikel 13, stk. 1, rent faktisk forbyder en sådan angivelse af en kendetegnende aroma på de varers emballage, som det stadig er tilladt at sælge.

## II. Retsforskrifter

### A. Direktiv 2014/40

6. 16., 25. og 27. betragtning til direktiv 2014/40 har følgende ordlyd:

»(16) Sandsynligheden for indbyrdes afvigelser mellem de forskellige regelsæt øges yderligere af bekymringerne vedrørende tobaksvarer med en kendetegnende aroma af andet end tobak, som kan påvirke antallet af personer, der indleder et tobaksforbrug, eller påvirke forbrugsmønstrene. Tiltag, der resulterer i uberettiget forskelsbehandling mellem forskellige typer aromatiserede cigaretter, bør undgås. Produkter med en kendetegnende aroma med en større salgsvolumen bør dog udfases over en længere periode med henblik på at give forbrugerne tilstrækkelig tid til at skifte til andre produkter.

[...]

(25) Mærkningsbestemmelserne bør ligeledes tilpasses til den seneste videnskabelige evidens. F.eks. har angivelserne af emissionsindholdet for tjære, nikotin og kulilte på enkeltpakninger for cigaretter vist sig at være vildledende, da de giver forbrugerne den opfattelse, at visse cigaretter er mindre skadelige end andre [...]

[...]

(27) Tobaksvarer eller deres emballage kan vildlede forbrugerne, især unge, ved at give indtryk af, at disse produkter er mindre sundhedsskadelige. Dette er f.eks. tilfældet, hvis visse ord eller features anvendes, såsom »lavt tjæreindhold«, »light«, »ultralight«, »mild«, »naturlig«, »økologisk«, »uden tilsætningsstoffer«, »uden aromastoffer« eller »tynd«, eller visse navne, billeder og figurer eller andre tegn. Andre vildledende elementer kan omfatte, men er ikke begrænset til, indlagt

3 – Dom C-358/14, EU:C:2016:323.

4 – Dom C-547/14, EU:C:2016:325.

materiale eller andet medfølgende materiale såsom klistermærker, selvklæbende mærkater, andet påsat materiale, skrabemærker og lommer eller kan være forbundet med selve tobakswarens form. Visse former for emballage og tobaksvarer vil også kunne vildlede ved at give indtryk af fordele i form af vægttab, sexappeal, social status, sociale kontakter eller kvaliteter som femininitet, maskulinitet eller elegance. Tilsvarende kan de individuelle cigaretters størrelse og udseende være vildledende for forbrugerne, som kan få det indtryk, at de er mindre skadelige [...]«

7. Direktivets artikel 1 med overskriften »Genstand« bestemmer:

»Målet med dette direktiv er at gennemføre en indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes love og administrative bestemmelser om:

- a) ingredienser i og emissioner fra tobaksvarer og de relevante indberetningsforpligtelser, herunder grænseværdierne for emissionsindholdet af tjære, nikotin og kulilte i cigaretter
- b) visse aspekter af mærkning og emballering af tobaksvarer [...]

[...]

for at fremme den rette funktion af det indre marked for tobak og relaterede produkter med udgangspunkt i et højt sundhedsbeskyttelsesniveau, navnlig for unge, og for at opfylde Unionens forpligtelser i henhold til WHO's rammekonvention om tobakskontrol (»FCTC«).

8. Direktivets artikel 7 med overskriften »Bestemmelser om ingredienser« har følgende ordlyd:

»1. Medlemsstaterne forbyder markedsføring af tobaksvarer med en kendetegnende aroma.

[...]

7. Medlemsstaterne forbyder markedsføring af tobaksvarer, der indeholder aromastoffer i deres bestanddele såsom filtre, papir, emballage, kapsler eller enhver teknisk funktion, der gør det muligt at ændre de pågældende tobaksvarers duft eller smag eller deres røgudviklingsintensitet. Filtre, papir og kapsler må ikke indeholde tobak eller nikotin.

[...]

12. Andre tobaksvarer end cigaretter og rulletobak er undtaget fra forbuddene i stk. 1 og 7. Kommissionen vedtager delegerede retsakter i overensstemmelse med artikel 27 for at trække denne undtagelse tilbage for en bestemt produktkategori, hvis der sker en væsentlig ændring i forholdene som konstateret i en rapport fra Kommissionen.

[...]

14. For så vidt angår tobaksvarer med en kendetegnende aroma, der har et salgsvolumen i Unionen på 3% eller mere inden for en bestemt produktkategori, finder bestemmelserne i denne artikel anvendelse fra den 20. maj 2020.

[...]«

9. Samme direktivs artikel 13 med overskriften »Produktpræsentation« har følgende ordlyd:

»1. Mærkningen af en enkeltpakning og eventuel ydre emballage og selve tobaksvaren må ikke indeholde noget element eller træk, som:

- a) fremmer en tobaksvare eller opfordrer til brug af den ved at give et fejlagtigt indtryk af produktets karakteristika, sundhedsmæssige virkning, risici eller emissioner; mærkningen må ikke omfatte oplysninger om tobaksvarens indhold af nikotin, tjære eller kulilte
- b) giver indtryk af, at en bestemt tobaksvare er mindre skadelig end andre eller har til formål at reducere virkningen af bestemte skadelige bestanddele i røgen eller har vitaliserende, energigivende, helbredende, foryngende, naturlige, økologiske egenskaber eller andre positive sundheds- eller livsstilmæssige virkninger
- c) henviser til smag, duft, aromastoffer eller andre tilsætningsstoffer eller oplyser, at produktet ikke indeholder sådanne

[...]

3. De elementer og træk, der er forbudte i henhold til stk. 1 og 2, kan omfatte, men er ikke begrænset til, tekst, symboler, navne, varemærker, figurer eller andre tegn.«

### **B. Tysk ret**

10. Direktiv 2014/40 er i Tyskland navnlig blevet gennemført ved Gesetz über Tabakerzeugnisse und verwandte Erzeugnisse (lov om tobaksvarer og relaterede produkter) af 4. april 2016 (BGBl. 2016 I, s. 569, herefter »TabakerzG«), der trådte i kraft den 20. maj 2016.

11. § 5 i TabakerzG med overskriften »Ingredienser« bestemmer:

»(1) Det er forbudt at markedsføre:

1. cigaretter og rulletobak, som indeholder:

- a) en kendetegnende aroma eller
- b) aromaer i deres bestanddele eller tekniske funktion, som gør det muligt at ændre duften, smagen eller røgudviklingsintensiteten [...]

12. § 18 i TabakerzG med overskriften »Forbud med henblik på at beskytte forbrugerne mod vildledning« bestemmer:

»[...]

(2) Det er forbudt at markedsføre tobaksvarer med vildledende reklameoplysninger på enkeltpakningerne, den ydre emballage eller selve tobaksvaren. Dette gælder navnlig:

[...]

3. når reklameoplysningerne henviser til smag, duft eller aromastoffer eller angiver, at produktet ikke indeholder sådanne.

[...]«

13. § 47 i TabakerzG med overskriften »Overgangsbestemmelser« bestemmer i stk. 4:

»For cigaretter og rulletobak med et salgsvolumen i Unionen, der repræsenterer 3% eller mere inden for en bestemt produktkategori, anvendes § 5, stk. 1, nr. 1, litra a), fra den 20. maj 2020.«

### III. Tvisten i hovedsagen, de præjudicielle spørgsmål og retsforhandlingerne for Domstolen

14. Planta Tabak er en familievirksomhed, der fremstiller og sælger forskellige former for tobaksvarer. Før direktiv 2014/40 trådte i kraft, var aromatiseret rulletobak en af virksomhedens specialiteter. Størstedelen af denne produktion bestod af tobak med mentol. Virksomheden solgte ligeledes et mindre sortiment af cigaretter, for størstepartens vedkommende aromatiserede, vandpipetobak samt, i mindre udstrækning, cigarillos, cigarer og artikler for rygere.

15. Den 4. april 2016 vedtog den tyske lovgiver TabakerzG for at gennemføre direktiv 2014/40. Den 25. april 2016 anlagde Planta Tabak en sag ved Verwaltungsgericht Berlin (forvaltningsdomstolen i Berlin), hvori Planta Tabak rejste indsigelse mod anvendelsen af lovens bestemmelser om forbud mod markedsføring af tobaksvarer med en kendetegnende aroma, om sundhedsadvarsler og om produktpræsentation på de varer, virksomheden fremstiller og sælger. Den nævnte ret er i tvivl om gyldigheden og fortolkningen af de tilsvarende bestemmelser i direktiv 2014/40.

16. På den baggrund har Verwaltungsgericht Berlin (forvaltningsdomstolen i Berlin) ved afgørelse af 21. april 2017, som indgik til Domstolen den 27. april 2017, udsat sagen og forelagt Domstolen bl.a. følgende spørgsmål:

»1) [...] [<sup>5</sup>]

- b) Er artikel 7, stk. 1 og 7, i direktiv [2014/40], sammenholdt med artikel 7, stk. 14, i direktiv [2014/40], i strid med ligebehandlingsprincippet og følgelig ugyldige, idet der i disse bestemmelser for så vidt angår de forbud, som medlemsstaterne skal udstede, foretages en skelnen på grundlag af salgsvolumen, selv om der ikke er nogen begrundelse for at gøre dette?

[...]

- 3) a) Skal artikel 13, stk. 1, litra c), sammenholdt med artikel 13, stk. 3, i direktiv [2014/40], fortolkes således, at disse bestemmelser pålægger medlemsstaterne også at forbyde anvendelse af oplysninger, der henviser til smag, duft, aromastoffer eller andre tilsætningsstoffer, når der ikke er tale om reklameoplysninger, og det stadig er tilladt at anvende de pågældende indholdsstoffer?

- b) Er artikel 13, stk. 1, litra c), i direktiv [2014/40] ugyldig, idet denne bestemmelse tilsidesætter artikel 17 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder [<sup>6</sup>]?«

17. Planta Tabak, den spanske, den franske og den ungarske regering, Det Forenede Kongeriges regering og den norske regering samt Europa-Parlamentet, Rådet for Den Europæiske Union og Europa-Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg til Domstolen.

18. Planta Tabak, den spanske regering og Det Forenede Kongeriges regering samt Parlamentet, Rådet og Kommissionen deltog i retsmødet, som blev afholdt den 21. marts 2018.

5 – Da dette forslag til afgørelse retter sig mod nogle bestemte aspekter af den foreliggende sag, gengives af den i forslagets punkt 4 anførte grund på dette sted kun de relevante spørgsmål. Samtlige præjudicielle spørgsmål findes på internet og i *Den Europæiske Unions Tidende* (EUT 2017, C 239, s. 25).

6 – Herefter »chartret«.

## IV. Bedømmelse

### A. Gyldigheden af artikel 7, stk. 1, 7 og 14, i direktiv 2014/40 i forhold til ligebehandlingsprincippet [spørgsmål 1, litra b)]

#### 1. Indledende bemærkninger

19. Af direktiv 2014/40's forskellige bidrag til EU-lovgivningen om tobak indtager forbuddet mod markedsføring af produkter med en kendetegnende aroma<sup>7</sup> i direktivets artikel 7, stk. 1, en fremtrædende plads. Endvidere forbyder artiklens stk. 7 tobaksvarer, der indeholder aromastoffer i deres bestanddele såsom filtre, papir, emballage, kapsler eller enhver teknisk funktion, der gør det muligt at ændre de pågældende tobaksvarers duft eller smag eller deres røgudviklingsintensitet. De nævnte forbud omfatter for nærværende ikke cigaretter og rulletobak<sup>8</sup>.

20. EU-lovgivers hensigt med at vedtage forbuddene var at fjerne tobak med vanilje- eller chokoladearoma eller mentol fra markedet. Motiverne hertil angives i 16. betragtning til direktiv 2014/40. Lovgiver fandt i det væsentlige, at de nævnte produkter kan fremme indledningen af et tobaksforbrug, navnlig blandt unge, og påvirke forbrugsmønstrene. Således som Domstolen har anført, skjuler eller mildner sådanne aromaer tobaksrøgens bitterhed og bidrager til at fremme og opretholde tobaksafhængighed<sup>9</sup>.

21. Forbuddene trådte i princippet i kraft den 20. maj 2016, på hvilket tidspunkt medlemsstaterne skulle have gennemført direktiv 2014/40<sup>10</sup>. Det bestemmes dog i direktivets artikel 7, stk. 14, at tobaksvarer med en kendetegnende aroma, der har et salgsvolumen i Unionen på 3% eller mere inden for en bestemt produktkategori<sup>11</sup>, fortsat kan markedsføres indtil den 20. maj 2020<sup>12</sup>.

22. Planta Tabak har, hvilket den forelæggende ret tilslutter sig, gjort gældende, at artikel 7, stk. 14, i direktiv 2014/40 medfører en ubegrundet forskelsbehandling mellem ensartede tobaksvarer og derfor strider imod ligebehandlingsprincippet. Mens det nærmere bestemt er almindelig anerkendt, at mentolcigaretter er omfattet af den overgangsperiode, der fastsættes i denne bestemmelse<sup>13</sup>, gælder bestemmelsen ifølge de oplysninger, Planta Tabak råder over, ikke for rulletobak med mentol<sup>14</sup>. Desuden finder overgangsperioden ikke anvendelse på tobaksvarer med andre aromaer såsom vanilje eller eukalyptus. Alle sådanne varer udviser imidlertid de samme objektive kendetegn og indebærer de samme risici for menneskers sundhed.

7 – I henhold til den definition af dette begreb, som gives i artikel 2, nr. 25), i direktiv 2014/40, drejer det sig om »en fremtrædende duft eller smag af andet end tobak, som er resultatet af et tilsætningsstof eller en kombination af tilsætningsstoffer, herunder blandt andet frugt, krydderier, urter, alkohol, slik, mentol eller vanilje, og som bemærkes før eller under forbruget af tobaksvarer«.

8 – EU-lovgiver har i artikel 7, stk. 12, i direktiv 2014/40 fastsat en undtagelse for andre tobaksvarer – såsom pipetobak, cigarer og cigarillos – der vil blive opretholdt, så længe der ikke sker en væsentlig ændring i forholdene med hensyn til salgsvolumen eller forbrugsmønstrene blandt de unge.

9 – Dom af 4.5.2016, Polen mod Parlamentet og Rådet (C-358/14, EU:C:2016:323, præmis 44 og 54).

10 – I henhold til artikel 29, stk. 1, i direktiv 2014/40.

11 – Begrebet »produktkategori« defineres ikke i direktiv 2014/40. Betydningen af det kan imidlertid udledes af direktivets artikel 2, nr. 14), litra a), hvori der henvises til de »kategorier«, som cigaretter, rulletobak, pipetobak, vandpipetobak, cigarer, cigarillos, tyggetobak, tobak, der indtages nasalt, og tobak, der indtages oralt, udgør. Eftersom direktivets artikel 7, stk. 12, for nærværende begrænser forbuddet mod kendetegnende aromaer til cigaretter og rulletobak, er det kun disse to kategorier, der kan falde ind under samme direktivs artikel 7, stk. 14.

12 – Derudover fastsættes der i artikel 30 i direktiv 2014/40 en ordning for afvikling af lagrene, hvorefter medlemsstaterne indtil den 20.5.2017 kan tillade markedsføring af tobaksvarer, der er fremstillet eller overgået til fri omsætning før direktivets ikrafttrædelsesdato.

13 – Domstolen har allerede fastslået, at cigaretter med mentol er omfattet af denne overgangsperiode (jf. i denne retning dom af 4.5.2016, Polen mod Parlamentet og Rådet, C-358/14, EU:C:2016:323, præmis 100). Den støttede sig i denne henseende på parternes overensstemmende oplysninger i den sag, der dannede baggrund for den nævnte dom (jf. generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse Polen mod Parlamentet og Rådet, C-358/14, EU:C:2015:848, fodnote 10).

14 – I modsætning til sagsøgeren i hovedsagen har Rådet gjort gældende, at rulletobak med mentol, på samme måde som mentolcigaretter, er omfattet af den overgangsperiode, der fastsættes i artikel 7, stk. 14, i direktiv 2014/40. Det er dog ufornuddent at afgøre dette spørgsmål inden for rammerne af nærværende forslag til afgørelse.

23. Det skal bemærkes, at Domstolen i dommen i sagen Polen mod Parlamentet og Rådet<sup>15</sup> og i sagen Philip Morris Brands m.fl.<sup>16</sup> tidligere har udtalt sig om gyldigheden af forbuddene mod markedsføring af tobaksvarer med en kendetegnende aroma i artikel 7, stk. 1 og 7, i direktiv 2014/40 i forhold til proportionalitetsprincippet. Spørgsmålet om gyldigheden af de nævnte bestemmelser, sammenholdt med direktivets artikel 7, stk. 14, i relation til ligebehandlingsprincippet er derimod ikke blevet behandlet før.

24. Hvad dette angår bemærkes, at ligebehandlingsprincippet, der er et generelt princip i EU-retten, kræver, at ensartede situationer ikke behandles forskelligt, og forskellige situationer ikke behandles ens, medmindre forskelsbehandlingen er objektivt begrundet<sup>17</sup>.

25. Af de bestemmelser, hvortil den forelæggende ret henviser i sit spørgsmål, indføres en sådan forskelsbehandling i artikel 7, stk. 14, i direktiv 2014/40. I bestemmelsen etableres en sondring mellem tobaksvarer med en kendetegnede aroma, der bygger på salgsvolumenet for hver enkelt vare inden for en bestemt produktkategori. Dette medfører f.eks., at på den ene side mentolcigaretter, for hvilke salgsvolumenet i Unionen er større end 3% inden for kategorien »cigaretter«, og på den anden side cigaretter med en mindre udbredt aroma, for hvilket salget ikke når denne tærskel, behandles forskelligt. De førstnævnte kan bringes i omsætning indtil 20. maj 2020, mens de sidstnævnte skulle have været fjernet fra markedet den 20. maj 2016.

26. Det skal følgelig først klarlægges, om tobaksvarer med en kendetegnende aroma, som ikke når tærsklen på 3% i artikel 7, stk. 14, i direktiv 2014/40, og tobaksvarer, som når denne tærskel, befinder sig i ensartede situationer (2). Hvis dette er tilfældet, skal det derpå vurderes, om den forskellige behandling, de således er genstand for, er objektivt begrundet (3).

## 2. Spørgsmålet om, hvorvidt situationerne er ensartede

27. Ifølge Domstolens praksis skal »[s]pørgsmålet om den ensartede karakter af forskellige situationer [...] vurderes under hensyn til alle de forhold, som kendetegner dem. Disse omstændigheder skal navnlig fastlægges og vurderes på grundlag af indholdet af og formålet med den EU-retsakt, der indfører en forskellig behandling. Endvidere skal der tages hensyn til de principper, der gælder inden for det område, som den pågældende retsakt henhører under, og de formål, der forfølges på det pågældende område«<sup>18</sup>.

28. Anvendelsen af denne »test« på den foreliggende sag rejser på baggrund af de fremførte standpunkter<sup>19</sup> et indledende spørgsmål: Skal det vurderes, om de omhandlede situationer er ensartede, på baggrund af *de generelle formål med direktiv 2014/40*, *de specifikke formål med direktivets artikel 7, stk. 14*, eller begge disse faktorer?

15 – Dom af 4.5.2016 (C-358/14, EU:C:2016:323, præmis 78-104).

16 – Dom af 4.5.2016 (C-547/14, EU:C:2016:325, præmis 168-191).

17 – Jf. bl.a. dom af 14.12.2004, Arnold André (C-434/02, EU:C:2004:800, præmis 68), af 16.12.2008, Arcelor Atlantique og Lorraine m.fl. (C-127/07, EU:C:2008:728, præmis 23), og af 4.5.2016, Pillbox 38 (C-477/14, EU:C:2016:324, præmis 35).

18 – Dom af 12.5.2011, Luxembourg mod Parlamentet og Rådet (C-176/09, EU:C:2011:290, præmis 32 og den deri nævnte retspraksis).

19 – Ifølge Planta Tabak befinder de forskellige tobaksvarer, der kan falde ind under artikel 7, stk. 14, i direktiv 2014/40, sig i ensartede situationer i forhold til det med direktivet tilsigtede formål om beskyttelse af menneskers sundhed. Derimod befinder de nævnte varer sig efter Parlamentets, Rådets og Kommissionens opfattelse ikke i ensartede situationer i relation til formålene med denne bestemmelse, herunder at give forbrugerne mere tid (jf. punkt 39 ff. i dette forslag til afgørelse).

29. Den analyse i to trin, som Domstolen foretager i sin praksis – er situationerne ensartede, og foreligger der en objektiv begrundelse? – mener jeg har følgende konsekvens. Når det undersøges, om de pågældende situationer er ensartede, skal det fastslås, om de *i princippet* er ensartede i relation til de generelle formål med det omhandlede instrument. I bekræftende fald gør undersøgelsen af begrundelsen det muligt at klarlægge, om der på trods af denne principielle ensartethed, *hvis der er tale om særlig bestemmelse i instrumentet*, findes specifikke hensyn, som kan begrunde en forskellig behandling, og som er forenelige med instrumentets genstand og formål.

30. Jeg mener kort sagt, at man, når man sammenligner situationen for henholdsvis tobaksvarer med en kendetegnende aroma, der overskrider tærsklen på 3% af salget inden for en bestemt produktkategori, og varer, som ikke når denne tærskel, skal hæfte sig ved de generelle formål med direktiv 2014/40. De specifikke formål med direktivets artikel 7, stk. 14, mener jeg i givet fald skal undersøges i forbindelse med klarlæggelsen af, om der foreligger en objektiv begrundelse.

31. Hvad formålene med direktiv 2014/40 angår skal det bemærkes, at direktivet i henhold til artikel 1 har et dobbelt eller endog et tredobbelt formål. Det består i at fremme den rette funktion af det indre marked for tobak og relaterede produkter med udgangspunkt i et højt sundhedsbeskyttelsesniveau, navnlig for unge, og at opfylde Unionens forpligtelser i henhold til Verdenssundhedsorganisationens rammekonvention om tobakskontrol (FCTC)<sup>20</sup>.

32. Henset til dette tredobbelte formål har EU-lovgiver bestemt, at alle tobaksvarer med en kendetegnende aroma principielt<sup>21</sup> skal være undergivet den samme retlige ordning. EU-lovgiver har fundet, at alle sådanne varer kan fremme indledningen af et tobaksforbrug og påvirke forbrugsmønstrene. I denne henseende tog vedtagelsen af harmoniseringsforanstaltninger på grundlag af artikel 114 TEUF netop sigte på at undgå »[t]iltag, der resulterer i uberettiget forskelsbehandling mellem forskellige typer aromatiserede cigaretter«<sup>22</sup>. Foranstaltningerne havde til formål generelt at fjerne alle forskelle mellem de nationale retsforrifter om anvendelse af ingredienser, der giver tobak en kendetegnende aroma.

33. I øvrigt sondres der i FCTC, som EU-lovgiver tog sigte på at gennemføre, ikke mellem forskellige tobaksvarer, der har en kendetegnende aroma. I de delvise retningslinjer for gennemførelse af konventionens artikel 9 og 10 opfordres der til afskaffelse af ingredienser, der bl.a. anvendes til at forbedre produktets smag, men der foretages ikke nogen form for sondring mellem de forskellige aromaer, der kan tilsættes tobaksvarerne<sup>23</sup>.

34. Domstolen anlagde den samme holdning i domme af 4. maj 2016 i sagen Polen mod Parlamentet og i sagen Philip Morris Brands m.fl.<sup>24</sup>, hvori den fandt, at de forskellige former for tobaksvarer med en kendetegnende aroma dels har de samme objektive kendetegn, dels de samme virkninger med hensyn til at indlede et tobaksforbrug og at opretholde en tobaksafhængighed.

35. Ovenstående betragtninger bringer mig til den konklusion, at alle de aromatiserede tobaksvarer, som er omfattet af forbuddene mod kendetegnende aromaer i artikel 7, stk. 1 og 7, i direktiv 2014/40, befinder sig i ensartede situationer i relation til anvendelsen af ligebehandlingsprincippet, og at deres salgsvolumen i Unionen ikke har nogen betydning i denne henseende.

20 – Undertegnet i Genève den 21.5.2003.

21 – Med forbehold af den undtagelse, der fastsættes i artikel 7, stk. 12, i direktiv 2014/40.

22 – 16. betragtning til direktiv 2014/40.

23 – Retningslinjernes punkt 3.1.2.2. Dokumentet findes på følgende internetadresse:

[http://www.who.int/fctc/treaty\\_instruments/guidelines\\_articles\\_9\\_10\\_2017\\_english.pdf](http://www.who.int/fctc/treaty_instruments/guidelines_articles_9_10_2017_english.pdf) (senest besøgt den 25.6.2018).

24 – Domme af 4.5.2016 (C-358/14, EU:C:2016:323, præmis 48-54) og (C-547/14, EU:C:2016:325, præmis 114).



### 3. Spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger en objektiv begrundelse

36. Ifølge Domstolens faste praksis er en forskellig behandling af ensartede situationer begrundet, »når den er baseret på et objektivt og rimeligt kriterium, dvs. når den beror på et med den pågældende lovgivning lovligt tilstræbt formål, og når forskellen står i rimeligt forhold til det formål, som tilstræbes med denne behandling«<sup>25</sup>.

37. Da direktiv 2014/40 er en EU-lovgivningsakt, påhviler det EU-lovgiver at godtgøre, at der foreligger et sådant objektivt kriterium, og at forelægge Domstolen de oplysninger, som er nødvendige i denne henseende<sup>26</sup>.

38. Der indrømmes dog EU-lovgiver et vidt skøn inden for et område som det, der er omhandlet i den foreliggende sag, som for lovgiver involverer valg af politisk, økonomisk og social karakter, og hvor lovgiver skal foretage komplekse vurderinger. Domstolen ønsker ikke at sætte sit eget skøn i stedet for lovgivers. Den foretager kun en begrænset retslig prøvelse, hvorved den søger at konstatere, om en foranstaltning er *åbenbart uegnet* i forhold til det mål, den nævnte lovgiver har ønsket at forfølge<sup>27</sup>. Hvad mere specifikt angår efterprøvelsen af, om ligebehandlingsprincippet er overholdt, underkendes *vilkårlige* forskelle i behandlingen, dvs. forskelle, som *åbenbart* ikke bygger på objektive kriterier, og som ikke står i rimeligt forhold til det forfulgte mål<sup>28</sup>.

39. I det foreliggende tilfælde gives der i 16. betragtning til direktiv 2014/40 en første begrundelse for den forskellige behandling, der indføres i direktivets artikel 7, stk. 14. Det anføres i denne betragtning, at udfasningen af tobaksvarer med en kendetegnende aroma med et større salgsvolumen bør ske over en længere periode »med henblik på at give forbrugerne tilstrækkelig tid til at skifte til andre produkter«<sup>29</sup>.

40. Hvad dette angår har Parlamentet, Rådet og Kommissionen i deres skriftlige indlæg påpeget, at lovgiver ønskede at tage hensyn til, at visse kendetegnende aromaer er veletablerede blandt forbrugerne og derfor har væsentlig betydning for deres forbrugsmønstre. Sådanne vaner kan kun forsvinde gradvis.

41. Endvidere henviste Domstolen i dommen i sagen Polen mod Parlamentet og i sagen Philip Morris Brands m.fl.<sup>30</sup> til yderligere en begrundelse for den overgangsperiode, som fastsættes i artikel 7, stk. 14, i direktiv 2014/40. Inden for rammerne af sin undersøgelse vedrørende gyldigheden af forbuddet mod markedsføring af tobak med en kendetegnende aroma i forhold til proportionalitetsprincippet fandt Domstolen, at overgangsperioden *ligeledes har til formål at give tobaksindustrien tid til at tilpasse sig*<sup>31</sup>.

25 – Jf. i denne retning dom af 16.12.2008, Arcelor Atlantique og Lorraine m.fl. (C-127/07, EU:C:2008:728, præmis 47 og den deri nævnte retspraksis).

26 – Jf. i denne retning dom af 16.12.2008, Arcelor Atlantique og Lorraine m.fl. (C-127/07, EU:C:2008:728, præmis 48 og den deri nævnte retspraksis).

27 – Jf. bl.a. dom af 14.3.1973, Westzucker (57/72, EU:C:1973:30, præmis 14), af 10.12.2002, British American Tobacco (Investments) og Imperial Tobacco (C-491/01, EU:C:2002:741, præmis 123), og af 17.12.2015, Neptune Distribution (C-157/14, EU:C:2015:823, præmis 76). Jf. ligeledes i denne retning mit forslag til afgørelse Swedish Match (C-151/17, EU:C:2018:241, punkt 41).

28 – Jf. i denne retning dom af 16.12.2008, Arcelor Atlantique og Lorraine m.fl. (C-127/07, EU:C:2008:728, præmis 58 og den deri nævnte retspraksis).

29 – Min fremhævelse.

30 – Domme af 4.5.2016 (C-358/14, EU:C:2016:323, præmis 99, 100 og 102) og (C-547/14, EU:C:2016:325, præmis 187, 188 og 190).

31 – Det kan i øvrigt nævnes i denne forbindelse, at de omtalte to domme efter min opfattelse ikke skal fortolkes således, at EU-lovgiver systematisk skal fastsætte en overgangsperiode, når den forbyder fremstilling og markedsføring af bestemte produkter. Ganske vist gør en sådan periode det muligt at mildne de økonomiske og sociale konsekvenser af forbuddet og bidrager derved til dets forholdsmæssighed. Der er imidlertid ikke tale om en *conditio sine qua non*, idet et forbud uden en overgangsperiode kan være fuldt begrundet og nødvendig på grund af tvungende hensyn, såsom beskyttelsen af menneskers sundhed.

42. Ovennævnte to begrundelser udspringer af samme logik, nemlig at undgå visse økonomiske og sociale konsekvenser, som et pludseligt forbud mod produkter, der fremstilles og forbruges i stort omfang i Unionen, kan medføre.

43. Ligeledes fremgår det af forarbejderne til direktiv 2014/40, at der under lovgivningsprocessen blev stillet forslag om ikke at forbyde tobaksvarer med mentol, som ansås for veletablerede blandt forbrugerne. Den overgangsperiode, der fastsættes i artikel 7, stk. 14, i direktiv 2014/40, forekommer således i det mindste delvis at være resultatet af et politisk kompromis mellem på den ene side dem, der ønskede en fuldstændig undtagelse af sådanne varer fra forbuddet mod kendetegnende aromaer, og på den anden side tilhængerne af, at de ikke skulle være omfattet af det<sup>32</sup>.

44. Den forelæggende ret tvivler på, at sådanne begrundelser er forenelige med det af direktiv 2014/40 tilsigtede formål om beskyttelse af menneskers sundhed. Ikke desto mindre mener jeg ikke, at EU-lovgiver på et så komplekst, følsomt og økonomisk vigtigt område, som regulering af tobak udgør, overskred det skøn, lovgiver råder over, fordi den indførte et gradvist forbud mod markedsføring af tobaksvarer med en kendetegnende aroma.

45. I den forbindelse er det forhold, at EU-lovgiver kun foretog en midlertidig udskydelse af ikrafttrædelsen af forbuddet mod bestemte tobaksvarer med en kendetegnende aroma, betydningsfuldt. Efter min opfattelse havde lovgiver ret til at gennemføre formålet om beskyttelse af menneskers sundhed gradvis ved at fastsætte undtagelser med en begrænset rækkevidde og en passende overgangsperiode<sup>33</sup>.

46. Desuden følger der af Domstolens faste praksis, at EU-lovgiver kan benytte en etapevis fremgangsmåde, når en kompleks situation skal reguleres, for så vidt som EU-lovgivers valg er baseret på kriterier, som er objektive, og som står i rimeligt forhold til de mål, der forfølges<sup>34</sup>.

47. Jeg mener, at disse betingelser opfyldes ved, at først nicheprodukterne og derpå de veletablerede produkter blandt forbrugerne fjernes fra markedet, idet salgsvolumenet inden for en bestemt produktkategori lægges til grund i dette øjemed.

32 – Det skal nævnes, at Kommissionens forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes love og administrative bestemmelser om fremstilling, præsentation og salg af tobak og tobaksrelaterede produkter (COM(2012) 788 final) ikke indeholdt nogen bestemmelse svarende til artikel 7, stk. 14. Den nævnte bestemmelse fremkom under førstebehandlingen af forslaget i Parlamentet. På dette stadium var der i Parlamentets udvalg blevet foreslået en række ændringer med henblik på fuldstændig at undtage tobaksvarer med mentol fra forbuddet mod kendetegnende aromaer. Udvalget om det Indre Marked og Forbrugerbeskyttelse havde således stillet forslag om en ændring, hvorefter medlemsstaterne fortsat kunne undtage »visse tobaksvarer, som ikke kan klassificeres med de andre tobaksaromaer. Mentol skal betragtes som en traditionel tobaksaroma«. Udvalget om International Handel og Udvalget om Landbrug og Udvikling af Landdistrikter havde stillet lignende forslag (jf. betænkning fra Udvalget om Miljø, Folkesundhed og Fødevarerikkerhed og udtalelserne fra Udvalget om International Handel og Udvalget om Industri, Forskning og Energi, Udvalget om det Indre Marked og Forbrugerbeskyttelse, Udvalget om Landbrug og Udvikling af Landdistrikter samt Retsudvalget (A7-0276/2013)). En af de ændringer, Parlamentet vedtog den 8.10.2013 (P7\_TA (2013) 398), bestod i tilføjesen af en bestemmelse, hvorefter forbuddet mod kendetegnende aromaer ikke skulle gælde for »[a]nvendelsen af mentol i alle de kommercielle former, der er kendt på datoen for offentliggørelsen af dette direktiv, skal være undtaget fra anvendelsesområdet for nærværende artikel i en periode på fem år«. Endelig stillede Parlamentet i sin holdning fastlagt ved førstebehandlingen den 26.2.2014 (EP-PE\_TC1-COD (2012) 366) forslag om, at der til 16. betragtning og artikel 7, stk. 14, blev føjet et sidste punktum i den nuværende affattelse, idet disse bestemmelser blev opretholdt ved afslutningen af lovgivningsproceduren.

33 – Jf. analogt dom af 1.3.2011, Association belge des Consommateurs Test-Achats m.fl. (C-236/09, EU:C:2011:100, præmis 21-23).

34 – Jf. bl.a. i denne retning dom af 29.2.1984, Rewe-Zentrale (37/83, EU:C:1984:89, præmis 20), af 16.12.2008, Arcelor Atlantique og Lorraine m.fl. (C-127/07, EU:C:2008:728, præmis 63), af 17.10.2013, Schaible (C-101/12, EU:C:2013:661, præmis 91), og af 4.5.2016, Philip Morris Brands m.fl. (C-547/14, EU:C:2016:325, præmis 63 og 134).

48. For det første er et sådant kriterium *objektivt* i relation til de omhandlede produkter. Hvilket som helst produkt, uanset dets kendetegn, kan være omfattet af den overgangsperiode, der fastsættes i artikel 7, stk. 14, i direktiv 2014/40, forudsat at dets salgsvolumen når den fastsatte tærskel. Som nævnt<sup>35</sup> forholder det sig ganske vist således, at de af Parlamentet foreslåede ændringer, som denne bestemmelse er en følge af, udtrykkeligt tog sigte på mentol og produkter, der indeholder denne aroma. Det må imidlertid konstateres, at lovgiver ændrede holdning og i sidste instans valgte et neutralt kriterium.

49. Endvidere er kriteriet om salgsvolumenet neutralt for så vidt angår fabrikanterne. Lovgiver fokuserede ikke på deres respektive markedsandele, men på det samlede salg af hvert enkelt produkt. Med hensyn til Planta Tabaks anbringende om, at de tobaksvarer, der overskrider den tærskel på 3%, der fastsættes i artikel 7, stk. 14, i direktiv 2014/40, overvejende markedsføres af nogle få multinationale tobaksvirksomheder, hvorimod nicheprodukter i det store og hele fremstilles af små og mellemstore virksomheder, gør de sagsakter, som Domstolen råder over, det ikke muligt at efterprøve dens rigtighed. Det fremgår af disse sagsakter, at sagsøgeren i hovedsagen selv fremstiller aromatiserede cigaretter, og Rådet har uimodsagt gjort gældende, at de multinationale virksomheder ligeledes sælger nicheprodukter. Under alle omstændigheder mener jeg ikke, at anbringendet ville være afgørende, selv hvis det kunne bekræftes. Enhver politik medfører ulemper for visse personer. Det afgørende for Unionens retsinstanser er – således som jeg anførte i punkt 38 i dette forslag til afgørelse – at sondringen mellem dem, som politikken kommer til gavn, og dem, som den er til ulempe for, ikke bygger på et vilkårligt kriterium. I det foreliggende tilfælde giver valget af salgsvolumenet som kriterium ikke anledning til en sådan kritik.

50. For det andet er kriteriet *egnet* i forhold til de forskellige angivne mål, nemlig at give forbrugerne tid til at ændre deres veletablerede vaner og industrien til at tilpasse sig<sup>36</sup>. I denne henseende afspejler salgsvolumenet forholdet mellem efterspørgsel og udbud såvel de veletablerede forbrugsmønstre som den økonomiske betydning af den produktion i Unionen, der berøres af forbuddet mod kendetegnende aromaer.

51. Desuden har, således som Kommissionen har gjort gældende, kriteriet om salgsvolumenet i Unionen ligeledes betydning i relation til retsgrundlaget for direktiv 2014/40, nemlig artikel 114 TEUF, og direktivets harmoniseringsformål. Virkningen af forbuddet mod visse varer for det indre markeds funktion afhænger nemlig i en vis udstrækning af størrelsen af samhandelen mellem medlemsstaterne. Også i denne henseende giver kriteriet en vis indikation for denne samhandel.

52. Jeg er ligeledes af den opfattelse, at lovgiver ikke overskred sit skøn ved at vælge en tærskel på 3% af salgsvolumenet i Unionen inden for en bestemt produktkategori. Lovgiver kunne med rimelighed lægge til grund, at et salgsvolumen på 3% inden for en bestemt produktkategori repræsenterer væsentlige forbrugsmønstre og en væsentlig produktion.

53. I betragtning af det ovenstående i det hele er jeg af den opfattelse, at den forskellige behandling af ensartede tobaksvarer, der fastlægges i artikel 7, stk. 14, i direktiv 2014/40, er objektivt begrundet. Jeg mener følgelig, at denne bestemmelse er gyldig i forhold til ligebehandlingsprincippet.

35 – Jf. fodnote 32 i dette forslag til afgørelse.

36 – Også andre hensyn kan begrunde, at veletablerede produkter og nicheprodukter behandles forskelligt. I det foreliggende tilfælde har Kommissionen gjort gældende, at hvis aromatiserede tobaksvarer, der forbruges i stort omfang, tages ud af omsætning uden en overgangsperiode, kan det have den sekundære virkning, at der udvikler sig en ulovlig handel med sådanne varer. Risikoen for noget sådant er derimod begrænset, når der er tale om aromatiserede tobaksvarer, der kun sælges i begrænset omfang i Unionen. Mulighederne for at opnå en fortjeneste ved at handle ulovligt med sidstnævnte produkter er ubetydelige, da de kun efterspørges i ringe omfang. Det skal dog bemærkes, at Domstolen forkastede et lignende argument i dom af 4.5.2016, Polen mod Parlamentet og Rådet (C-358/14, EU:C:2016:323, præmis 88).

**B. Fortolkningen af artikel 13, stk. 1, litra c), i direktiv 2014/40 [spørgsmål 3, litra a)]**

54. Fra ikrafttrædelsen af forbuddene i artikel 7, stk. 1 og 7, i direktiv 2014/40 den 20. maj 2016 kan størstedelen af de tobaksvarer, som indeholder en kendetegnende aroma, ikke længere sælges i Unionen.

55. Nogle af disse varer har imidlertid fortsat kunnet fremstilles og sælges lovligt i Unionen efter denne dato. Dels forbydes tobaksvarer med en kendetegnende aroma, der har et salgsvolumen i Unionen på 3% eller mere inden for en bestemt produktkategori – dvs. navnlig mentolcigaretter – først med virkning fra den 20. maj 2020, således som jeg anførte i forbindelse med spørgsmål 1, litra b)<sup>37</sup>. Dels kan andre tobaksvarer end cigaretter og rulletobak – dvs. navnlig pibetobak, cigarer og cigarillos – stadig bringes i omsætning i en ikke nærmere bestemt periode<sup>38</sup>.

56. Det bestemmes endvidere i artikel 13, stk. 1, litra c), i direktiv 2014/40, at mærkningen af en enkeltpakning, den ydre emballage og selve tobaksvareren ikke må indeholde »noget element eller træk«, som »henviser til smag, duft, aromastoffer eller andre tilsætningsstoffer eller oplyser, at produktet ikke indeholder sådanne«. I artiklens stk. 3 bestemmes, at de således forbudte elementer og træk bl.a. omfatter »tekst, symboler, navne, varemærker, figurer eller andre tegn«<sup>39</sup>.

57. Planta Tabak har, på samme måde som den forelæggende ret, gjort gældende, at dette fører til den paradoksale situation, at tobaksfabrikanterne ganske vist lovligt kan sælge bestemte tobaksvarer med en kendetegnende aroma, men desuagtet ikke angive den aroma, de indeholder, på mærkningen af enkeltpakningerne, den ydre emballage og selve tobaksvareren<sup>40</sup>.

58. Uden en sådan angivelse kan forbrugerne ikke vide, hvilke tobaksvarer der er aromatiserede, eller omvendt hvilke der ikke er det. Ud over disse praktiske hensyn medfører forbuddet i artikel 13, stk. 1, litra c), i direktiv 2014/40 et problem af økonomisk art. Eftersom de således forbudte elementer og træk omfatter varemærker<sup>41</sup>, tvinges tobaksfabrikanterne til at opgive de af deres varemærker, som henviser til en smag, en duft, et aromastof eller et andet tilsætningsstof.

59. Den forelæggende ret har i denne forbindelse anmodet Domstolen om at oplyse, om artikel 13, stk. 1, litra c), i direktiv 2014/40 kun gælder for elementer eller træk *med et salgsfremmende formål eller et reklameformål*, der gør mere end blot at oplyse, at en given tobaksvarer indeholder en smag, en duft, et aromastof eller et andet tilsætningsstof, eller om *selve det at give en sådan oplysning er forbudt*<sup>42</sup>.

60. Domstolen fastslog i dommen i sagen Philip Morris Brands m.fl.<sup>43</sup>, at forbuddet i artikel 13, stk. 1, litra c), i direktiv 2014/40 mod ethvert element eller træk på mærkningen af enkeltpakningerne, den ydre emballage eller selve tobaksvareren, som henviser til smag, duft, aromastoffer eller andre tilsætningsstoffer, finder anvendelse, uanset om de pågældende oplysninger er faktisk korrekte.

37 – Jf. navnlig punkt 21 i dette forslag til afgørelse.

38 – Jf. artikel 7, stk. 12, i direktiv 2014/40. Endvidere kan nævnes tobaksvarer, der er omfattet af den i direktivets artikel 30 fastsatte ordning for afvikling af lagrene (jf. fodnote 12 i dette forslag til afgørelse). På grund af deres marginale betydning behandler jeg ikke disse produkter i den resterende del af dette forslag til afgørelse.

39 – Min fremhævelse.

40 – Planta Tabak sælger således sine produkter under navne og mærker, der, ganske logisk, henviser til den aroma, de indeholder, herunder rulletobakkerne »Rum and Maple« og »PL 88 Menthol«, pibetobakkerne »Danish Black Vanilla Mixture« og »McLintock Wild Cherry« og cigaretterne »Unitas Excellent Lemon Mint« og »Black Vanilla«. Nogle af disse produkter kan stadig markedsføres efter den 20.5.2016, bl.a. pibetobakkerne.

41 – Ifølge artikel 13, stk. 3, i direktiv 2014/40.

42 – Generaladvokat Kokott stiller sig i sine forslag til afgørelse Polen mod Parlamentet og Rådet (C-358/14, EU:C:2015:848, punkt 28) og Philip Morris Brands m.fl. (C-547/14, EU:C:2015:853, punkt 224) positivt til en indskrænkende fortolkning af artikel 13, stk. 1, litra c), i direktiv 2014/40. Efter hendes opfattelse gør denne bestemmelse det muligt at forsyne emballagen med en neutral, ikke-fremmede angivelse af aromastoffer, som det undtagelsesvis stadig er tilladt at anvende, således at forbrugerne kan kende de pågældende produkter.

43 – Dom af 4.5.2016 (C-547/14, EU:C:2016:325, præmis 141).

61. På samme måde er der efter min opfattelse næppe nogen tvivl om, at denne bestemmelse forbyder selv neutrale og ikke-reklamerende angivelser, eftersom dens ordlyd ikke kan fortolkes anderledes.

62. Således som Kommissionen har gjort gældende, indeholder ordlyden af den nævnte artikel 13, stk. 1, litra c), ikke nogen form for begrænsning til salgsfremmende eller reklamerende oplysninger. Bestemmelsen gælder for ethvert (»noget«) element eller træk, der »henviser« til smag, duft, aromastoffer eller andre tilsætningsstoffer. Ordlyden af artiklens stk. 3, hvori det angives, at de således forbudte elementer og træk omfatter, »men [ikke er] begrænset til«, tekst, symboler, navne, varemærker, figurer eller andre tegn, styrker dette indtryk af almengyldighed.

63. Endvidere anvender EU-lovgiver ganske vist i litra a), b) og c) i samme artikel 13, stk. 1, ord, der eventuelt kunne henvise til en vis reklame for et givet produkt (»fremmer«, »opfordrer«, »giver indtryk af«), men det i litra c) anvendte ord »henviser« udtrykker derimod kun, om mærkningen af en enkeltpakning, den ydre emballage eller selve tobaksvareren indeholder oplysninger om smag, duft, aromastoffer eller andre tilsætningsstoffer<sup>44</sup>.

64. I øvrigt underbygges denne fortolkning af 25. og 27. betragtning til direktiv 2014/40. Det fremgår hvad dette angår af disse betragtninger, at lovgiver ønskede at forbyde alle elementer af præsentationen af tobaksvarerne, der kan være vildledende for forbrugerne, navnlig de unge, med hensyn til, hvor skadelige de er. Lovgiver fandt i denne forbindelse på baggrund af de foreliggende videnskabelige data, at visse udtryk (»lavt tjæreindhold«, »light«, »ultralight«, »mild«, »naturlig«, »økologisk«, »uden tilsætningsstoffer«, »uden aromastoffer« osv.) og visse navne, billeder og figurer kan give et sådant fejlagtigt indtryk<sup>45</sup>.

65. EU-lovgiver ønskede med andre ord ikke at begrænse sig til at *regulere* de elementer og træk, der findes på tobaksvarernes emballager, ved kun at tage sigte på salgsfremmende påstande, navnlig urigtige sådanne eller påstande, som tillægger visse ingredienser bestemte virkninger. Lovgiver *forbød* enhver angivelse af bestemte oplysninger, der har en dokumenteret tilskyndende virkning på forbrugerne, også selv om de pågældende oplysninger er sandfærdige og præsenteres på en neutral og ikke-reklamerende måde<sup>46</sup>.

66. I 25. og 27. betragtning til direktiv 2014/40 henvises der ganske vist ikke udtrykkeligt til angivelser af, at en given tobaksvarer indeholder en smag, en duft, et aromastof eller et andet tilsætningsstof – der henvises kun til angivelser om, at den ikke indeholder sådanne elementer. Lovgivers ræsonnement er ikke desto mindre klart: Den *blotte oplysning* på mærkningen af enkeltpakningerne, den ydre emballage eller selve tobaksvareren af, at en given tobaksvarer indeholder en smag, en duft, et aromastof eller et andet tilsætningsstof, kan *i sig selv* bagatellisere produktets skadelige virkninger for menneskers sundhed og derved tilskynde til at forbruge det, hvorfor den forbydes<sup>47</sup>.

44 – I de øvrige sprogversioner af direktiv 2014/40 udtrykker de i direktivets artikel 13, stk. 1, litra c), anvendte ord ligeledes et forbud mod blotte angivelser (jf. bl.a. »henviser« på dansk, »beziehen« på tysk, »refers to« på engelsk, »haga referencia« på spansk, »richiami« på italiensk og »hänvisar« på svensk).

45 – Jf. ligeledes i denne retning dom af 4.5.2016, Philip Morris Brands m.fl. (C-547/14, EU:C:2016:325, præmis 142).

46 – Emissionsniveauerne for tjære, nikotin og kulilte udgør i denne henseende et sigende eksempel. Da det instrument, der gik forud for direktiv 2014/40, nemlig direktiv 2001/37/EF af 5.6.2001 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes love og administrative bestemmelser om fremstilling, præsentation og salg af tobaksvarer (EFT 2001, L 194, s. 26), var gældende, skulle disse niveauer obligatorisk være angivet på den ene side af cigaretpakkerne. På baggrund af de seneste videnskabelige oplysninger anså EU-lovgiver det imidlertid for godtgjort, at den *blotte angivelse* af de nævnte niveauer *i sig selv kan være vildledende*, da de kan give forbrugerne den opfattelse, at nogle cigaretter er mindre skadelige end andre (jf. 25. betragtning til førstnævnte direktiv).

47 – Den forelæggende ret tvivler på, at angivelse på en ikke-reklamerende måde af ingredienser, som lovligt indgår i et givet produkt, har en sådan tilskyndende virkning. Ved fortolkningen af artikel 13, stk. 1, litra c), i direktiv 2014/40 tilkommer det imidlertid ikke Domstolen at anfægte lovgivers vurdering på dette punkt.

67. Ligeledes er der for så vidt angår tobaksvarer med en kendetegnende aroma, som endnu kan fremstilles og sælges lovligt efter den 20. maj 2016<sup>48</sup>, efter min opfattelse næppe nogen tvivl om, at enhver angivelse af den aroma, de indeholder, på enkeltpakningerne, den ydre emballage eller selve tobaksvareren er forbudt i henhold til artikel 13, stk. 1, litra c), i direktiv 2014/40.

68. Som tidligere nævnt skal der nemlig ifølge den i direktivet anførte definition ved en kendetegnende aroma forstås »en fremtrædende duft eller smag [...] som er resultatet af et tilsætningsstof eller en kombination af tilsætningsstoffer [...]«<sup>49</sup>. Denne bestemmelse indeholder således et dobbelt forbud mod at angive en sådan kendetegnende aroma på de pågældende varers emballage: dels ved at henvise til en smag eller duft, dels ved at angive det tilsætningsstof eller de tilsætningsstoffer, som denne smag eller duft hidrører fra.

69. Desuden har EU-lovgiver ikke i direktiv 2014/40 fastsat nogen undtagelse fra direktivets artikel 13, stk. 1, litra c), for de nævnte stadig tilladte produkter<sup>50</sup>. Dette er så meget desto mere bemærkelsesværdigt, som at der modsætningsvis gælder en sådan undtagelse for elektroniske cigaretter og urtebaserede rygeprodukter<sup>51</sup>.

70. At tobaksvarer med en kendetegnende aroma, som det stadig er tilladt at sælge, indgår i anvendelsesområdet for artikel 13, stk. 1, litra c), i direktiv 2014/40, beror således på et bevidst ønske hos lovgiver. Domstolen kan ikke inden for rammerne af sin fortolkningsbeføjelse sætte sig i lovgivers sted og indføre sondringer i dette direktiv, som lovgiver ikke har fastsat<sup>52</sup>.

71. Enhver drøftelse om nødvendigheden af på emballagen for de tobaksvarer, som indeholder en aroma, der endnu er tilladt, at fortsætte med at angive de aromaer, de indeholder, må derfor henskydes til den forelæggende rets spørgsmål 3, litra b)<sup>53</sup>, vedrørende gyldigheden af artikel 13, stk. 1, litra c), i direktiv 2014/40 i forhold til ejendomsretten, der garanteres i chartrets artikel 17. Da dette spørgsmål ikke skal behandles i nærværende forslag til afgørelse, begrænser jeg mig for alle eventualitetens skyld til følgende bemærkninger.

48 – Herunder som tidligere nævnt mentolcigaretter (indtil 2020), pipetobak, vandpipetobak, og aromatiserede cigarer og cigarillos.

49 – Artikel 2, nr. 25), i direktiv 2014/40, som gengives i fodnote 7 i dette forslag til afgørelse (min fremhævelse).

50 – Der findes ganske vist særlige regler for mærkning af anden røgtobak end cigaretter, rulletobak og vandpipetobak – dvs. en række af de produkter, der stadig må indeholde en kendetegnende aroma – i artikel 11 i direktiv 2014/40. Det fastsættes imidlertid kun i denne artikel, at disse andre tobaksvarer kan undtages fra forpligtelserne til at forsyne dem med den informationsmeddelelse, som er omhandlet i direktivets artikel 9, stk. 2, og de i direktivets artikel 10 omhandlede kombinerede sundhedsadvarsler.

51 – I henhold til artikel 20, stk. 4, litra b), i direktiv 2014/40 skal enkeltpakninger og eventuel ydre emballage af elektroniske cigaretter og genopfyldningsbeholdere indeholde en *liste over alle de ingredienser, der indgår i produktet*, og må, uanset denne første forpligtelse, ikke indeholde de elementer eller træk, hvortil der henvises i artikel 13, *bortset fra artikel 13, stk. 1, litra a) og c)*, vedrørende oplysninger om nikotinindhold og *aromastoffer*. Direktivets artikel 21, stk. 4, indeholder lignende bestemmelser for urtebaserede rygeprodukter.

52 – Jf. i denne retning generaladvokat Mischos forslag til afgørelse Cipriani (C-395/00, EU:C:2002:209, punkt 62 og 63), hvori der henvises til den gamle romerske læresætning »ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus« (når der ikke sondres i loven, skal der heller ikke sondres ved fortolkningen).

53 – Dette spørgsmål afspejler den af Planta Tabak fremførte argumentation, hvorefter artikel 13, stk. 1, litra c), i direktiv 2014/40 tilsidesætter virksomhedens grundlæggende ret til ejendom. Ifølge sagsøgeren i hovedsagen forbyder denne bestemmelse indehaverne af de pågældende varemærker at nyde godt af deres ejendom ved at anvende den på rimelig eller relevant måde. Forbuddet kan på grund af sine økonomiske virkninger sidestilles med en formel ekspropriation.

72. Hvad enten man i lighed med Det Forenede Kongeriges regering betragter de rettigheder, registreringen af et varemærke medfører, som *negative* – fordi de forhindrer tredjemand i at handle på en bestemt måde – eller mener, at varemærket ligeledes giver indehaveren en *positiv* ret til at udnytte det, mener jeg, at anvendelsen af et varemærke under alle omstændigheder er betinget af, at loven overholdes, herunder navnlig bestemmelser, der er begrundet i et tvingende hensyn såsom beskyttelsen af menneskers sundhed<sup>54</sup>, som artikel 13, stk. 1, litra c), i direktiv 2014/40 er en del af.

73. Planta Tabak har ganske vist bestridt, at dette hensyn gør den nævnte bestemmelse nødvendig. Eftersom visse tobaksvarer er undtaget fra markedsføringsforbuddene i direktivets artikel 7, stk. 1 og 7, kræver det efter Planta Tabaks opfattelse ikke, at angivelsen af de aromaer, de pågældende varer indeholder, fjernes fra emballagen.

74. Imidlertid taler beskyttelsen af menneskers, navnlig de unges, sundhed ligeledes til støtte for, at enhver angivelse af en kendetegnende aroma fjernes fra de endnu tilladte tobaksvarers emballage.

75. I denne henseende overvåges de produkter, som er omfattet af undtagelsen i artikel 7, stk. 12, i direktiv 2014/40, og som hovedsagelig forbruges af ældre og små grupper i befolkningen<sup>55</sup>, fortsat nøje. Det er i den forbindelse begrundet, at elementer i præsentationen, som kan tilskynde til forbrug af sådanne produkter, fjernes med henblik på at undgå, at cigarillos med vaniljesmag afløser mentolcigaretter som de unges indfaldsport til rygning<sup>56</sup>. Hvad de tobaksvarer angår, som er omfattet af den overgangsperiode, der fastsættes i artiklens stk. 14, skal det bemærkes – således som Parlamentet og den franske regering har gjort – at den ikke har til formål at give tobaksfabrikanterne en yderligere frist til at tiltrække nye forbrugere. Sådanne produkters tiltrækningskraft bør ophøre straks, hvilket bl.a. indebærer, at enhver angivelse af en kendetegnende aroma fjernes fra de pågældende varers emballage.

76. Forholdsmæssigheden af artikel 13, stk. 1, litra c), i direktiv 2014/40 kan heller ikke drages i tvivl under henvisning til et angiveligt nødvendigt krav om fyldestgørende oplysning til forbrugerne. Det er ganske vist på visse områder, herunder fødevarer, væsentligt, at der gives forbrugerne oplysninger om, hvad de produkter, de forbruger, består af, således at de kan identificere en fødevarer, anvende den på passende vis og vælge de fødevarer, der opfylder deres individuelle behov<sup>57</sup>.

77. Tobaksvarer er imidlertid ikke almindelige fødevarer. Det drejer sig ikke om at gøre det lettere for forbrugerne at vælge mellem forskellige produkter. At bibringe dem passende oplysninger er på dette område grundlæggende ensbetydende med at fremhæve tobakkens meget skadelige virkninger for deres sundhed. Således som Det Forenede Kongeriges regering og Kommissionen i det væsentlige har gjort gældende, har formålet om at undgå at give forbrugerne oplysninger, der kan få dem til at overse disse virkninger, forrang for gennemskelighed hvad ingredienserne angår.

54 – Selv hvis Domstolen fastslår, at et varemærke giver indehaveren en sådan positiv ret, og at artikel 13, stk. 1, litra c), i direktiv 2014/40 indebærer en begrænsning af denne ret, skal bestemmelsen efter min opfattelse betragtes som en regulering af anvendelsen af de pågældende varemærker (chartrets artikel 17, stk. 1, tredje punktum) og ikke som en berøvelse af den (chartrets artikel 17, stk. 1, andet punktum), eftersom den ikke påvirker gyldigheden af dem og ikke er til hinder for, at de anvendes i andre sammenhænge end på tobaksvarernes emballager. Desuden krænker artikel 13, stk. 1, litra c), i direktiv 2014/40 ikke selve indholdet af varemærkeretten. Det forbydes kun i bestemmelsen, at der i varemærkerne indgår de elementer, som angives i den. Fabrikanterne kan fortsat individualisere deres produkter ved hjælp af andre kendetegn. Derved iagttages varemærkernes oprindelige funktion (jf. i denne retning dom af 10.12.2002, British American Tobacco (Investments) og Imperial Tobacco, C-491/01, EU:C:2002:741, præmis 152 og 153).

55 – Jf. 19. og 26. betragtning til direktiv 2014/40.

56 – Det fremgår i denne henseende af artikel 7, stk. 12, i direktiv 2014/40, sammenholdt med 19. betragtning til direktivet, at den undtagelse fra forbuddet mod markedsføring, der gælder for disse specifikke produkter, kun bliver opretholdt, så længe der ikke sker en væsentlig ændring i forholdene med hensyn til salgsvolumen eller forbrugsmønstrene blandt de unge.

57 – Jf. f.eks. tredje, fjerde og syttende betragtning til og artikel 3, stk. 1, i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 1169/2011 af 25.10.2011 om fødevarerinformation til forbrugerne, om ændring af Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 1924/2006 og (EF) nr. 1925/2006 og om ophævelse af Kommissionens direktiv 87/250/EØF, Rådets direktiv 90/496/EØF, Kommissionens direktiv 1999/10/EF, Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2000/13/EF, Kommissionens direktiv 2002/67/EF og 2008/5/EF og Kommissionens forordning (EF) nr. 608/2004 (EUT 2011, L 304, s. 18).

78. Desuden skal de praktiske konsekvenser af forbuddet i artikel 13, stk. 1, litra c), i direktiv 2014/40 ikke overdrives. Navnlig kan tobaksfabrikanterne stadig differentiere mellem produkter med en kendetegnende aroma og andre produkter, når blot de ikke anvender et af de elementer, der angives i litra a)-e) i den nævnte artikel 13, stk. 1<sup>58</sup>.

## V. Forslag til afgørelse

79. På baggrund af ovenstående betragtninger i det hele foreslår jeg, at Domstolen besvarer spørgsmål 1, litra b), og spørgsmål 3, litra a), fra Verwaltungsgericht Berlin (forvaltningsdomstolen i Berlin, Tyskland) som følger:

- »1) Undersøgelsen af det første præjudicielle spørgsmåls litra b) har ikke frembragt noget, der kan rejse tvivl om gyldigheden af artikel 7, stk. 1, 7 og 14, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/40/EF af 3. april 2014 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes love og administrative bestemmelser om fremstilling, præsentation og salg af tobak og relaterede produkter og om ophævelse af direktiv 2001/37/EF.
- 2) Artikel 13, stk. 1, litra c), i direktiv 2014/40 skal fortolkes således, at den pålægger medlemsstaterne at forbyde elementer eller træk på mærkningen af enkeltpakningerne, den ydre emballage eller selve tobaksvaren, som henviser til smag, duft, aromastoffer eller andre tilsætningsstoffer, også selv om der er tale om ikke-reklamerende oplysninger, og det fortsat er tilladt at anvende de pågældende ingredienser.«

58 – Det Forenede Kongeriges regering har således nævnt muligheden for at ændre farven på tobaksvarenes emballage og eksempelvis anvende grøn farve på tobaksvarer med mentol. I øvrigt kan forbrugerne også få kendskab til tobaksvarenes indhold på anden måde end ved at se på oplysningerne på deres emballage. De kan indhente oplysning hos detailforhandlerne om, hvilke produkter der er aromatiserede. I øvrigt har Domstolen allerede afvist argumenter af denne art, som bygger på behovet for at give forbrugerne klare og præcise oplysninger (jf. i denne retning dom af 4.5.2016, Philip Morris Brands m.fl., C-547/14, EU:C:2016:325, præmis 160).