FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT L.A. GEELHOED

fremsat den 10. september 2002 [1]

Indhold

I — Indledning I-11463

II — De relevante bestemmelser I-11464

A — Direktivets dispositive del I-11464

B — Direktivets hjemmel og præambel I-11471

C — Tobaksreklamedommen I-11473

III — Faktiske omstændigheder og retsforhandlinger I-11475

A — Tvisten i hovedsagen I-11475

B — De præjudicielle spørgsmål I-11476

C — Retsforhandlinger for Domstolen I-11477

D — Indledende bemærkninger I-11477

IV — Sagens særlige karakter og formalitetsspørgsmålet I-11478

V — Kontekstbestemte faktorer I-11484

A — Generelle bemærkninger I-11484

B — Den faktuelle kontekst I-11484

C — Baggrund for direktivet I-11487

D — Spørgsmålet om, hvilke faktiske ændringer, der følger af direktivet I-11488

VI — Gennemgang af det første spørgsmål: valg af hjemmel I-11489

A — Indledning og fremgangsmåde I-11489

B — Indledende bemærkninger om hjemmelen I-11491

C — Artikel 95 EF og beskyttelsen af folkesundheden I-11493

1. Fremførte argumenter I-11493

2. Retspraksis I-11494

3. Almindelige bemærkninger I-11495

1 — Originalsprog: nederlandsk.

4. Kernen i kompetencen I-11496

5. Udøvelsen af denne kompetence I-11499

6. Skærpelse af produktnormer, der allerede er blevet harmoniseret I-11501

7. Direktivet I-11502

D — Artikel 95 EF og fremstilling med henblik på eksport til tredjelande I-11504

1. Fremførte argumenter I-11504

2. Fremgangsmåde I-11505

3. Artikel 94 EF og 95 EF samt kravene i fremstillingsfasen: en kort oversigt I-11506

4. Fællesskabslovgivers kompetence: kravet om, at en fordrejning skal være mærkbar I-11508

5. Direktivet I-11511

E — Spørgsmålet, om dobbelt hjemmel kan tillades I-11514

F — Artikel 133 EF og eksport af varer til tredjelande I-11518

1. Fremførte argumenter I-11518

2. Artikel 133 EF og eksport af varer til tredjelande: en kort oversigt I-11520

3. Kompetencen i henhold til artikel 133 EF I-11522

4. Grænserne for kompetencen i henhold til artikel 133 EF I-11525

5. Direktivet I-11526

G — Retlig konsekvens af en urigtig anvendelse af artikel 133 EF I-11528

VII — Gennemgang af det første spørgsmål: mulig tilsidesættelse af retsprincipper I-11529

A — Proportionalitetsprincippet I-11529

1. Almindelige bemærkninger I-11529

2. Anvendelighed på eksport I-11531

3. Direktivets artikel 7 ..... I-11533

4. Sammenfatning I-11537

B — Begrænsning af (intellektuelle) ejendomsrettigheder I-11537

1. Afgrænsning I-11537

2. Ejendomsretten i forhold til fællesskabsretten I-11538

3. Intellektuelle ejendomsrettigheder I-11540

C — Andre retsprincipper I-11543
1. Begrundelsespligten I-11543
2. Subsidiaritetsprincippet I-11544
3. Magtfordrejning I-11545
VIII — Det andet spørgsmål I-11545
A — Fremførte argumenter I-11545
B — Vurdering I-11547
IX — Forslag til afgørelse I-11549

I — Indledning

1. Denne anmodning om præjudiciel afgørelse, der er indgivet af High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Administrative Court) (Det Forenede Kongerige), vedrører gyldigheden og fortolkningen af 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] (herefter »direktivet«).

2. På et væsentligt punkt afviger dette direktiv fra mange andre EF-direktiver, der fastsætter produktkrav. Direktivet (eller i det mindste direktivets artikel 3) finder nemlig ikke alene anvendelse på tobaksvarer, der markedsføres inden for Den Europæiske Union, men ligeledes på tobaksvarer, som fremstilles i Den Europæiske Union og eksporteres til tredjelande.

3. Sagens kerne er, om artikel 95 EF og/eller artikel 133 EF kan anvendes som hjemmel for direktivet. High Court of Justice (Administrative Court) ønsker endvidere oplyst, om direktivet eventuelt er ugyldigt, fordi det tilsidesætter visse retsprincipper eller er i strid med ejendomsretten. Endelig stiller High Court et spørgsmål om fortolkningen af direktivets artikel 7.

4. Den foreliggende sag er beslægtet med sagen Tyskland mod Parlamentet og Rådet[3] (herefter »tobaksreklamedom-

2 — EFT L 194, s. 26.

3 — Dom af 5.10.2000, sag C-376/98, Sml. I, s. 8419.

men«), i hvilken Domstolen annullerede et andet direktiv om tobaksvarer. Det drejede sig om Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 98/43/EF af 6. juli 1998 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes love og administrative bestemmelser om reklame for tobaksvarer og sponsorering til fordel for disse (herefter »direktiv 98/43«)[4].

5. For så vidt angår det direktiv, der omhandles i den foreliggende sag, har også den tyske regering anfægtet dets gyldighed over for Domstolen. Ved kendelse af 17. maj 2002 afviste Domstolen imidlertid sagen[5], fordi den var anlagt for sent.

6. Den foreliggende sag giver mulighed for på ny at foretage en generel gennemgang af den kompetence, der tillægges fællesskabslovgiver ved artikel 95 EF. Denne artikel giver beføjelse til at vedtage regler, der vedrører det indre markeds oprettelse og funktion. Især to spørgsmål har betydning for den foreliggende sag:

— Indebærer denne kompetence tillige mulighed for at vedtage regler, der primært har til formål at beskytte folkesundheden, og

— i hvilket omfang kan denne hjemmel anvendes til at vedtage regler for produkter, der er fremstillet inden for Fællesskabet, men som ikke er bestemt til at blive markedsført i det indre marked?

Generelt vedrører den foreliggende sag også kompetencen i henhold til artikel 133 EF, nærmere bestemt hvorvidt denne artikel berettiger fællesskabslovgiver til at indføre begrænsninger for eksporten af visse produkter til tredjelande som følge af de risici for folkesundheden, disse produkter frembyder.

II — De relevante bestemmelser

A — *Direktivets dispositive del*

7. I direktivets artikel 3-7 fastlægges de forpligtelser, der påhviler fabrikanter og forhandlere af tobaksvarer. Artiklerne gengives nedenfor in extenso.

4 — EFT L 213, s. 9.

5 — Sag C-406/01, Tyskland mod Parlamentet og Rådet, Sml. I, s. 4561.

8. Artikel 3-7 er affattet således:

»*Artikel 3*

Grænseværdier for maksimalt indhold af tjære, nikotin og kulilte i cigaretter

1. Fra [den] 1. januar 2004 må cigaretter, der overgår til fri omsætning, markedsføres eller fremstilles i medlemsstaterne, ikke indeholde mere end

— 10 mg tjære pr. cigaret

— 1 mg nikotin pr. cigaret

— 10 mg kulilte pr. cigaret.

2. Som en undtagelse fra datoen i stk. 1 kan medlemsstaterne for så vidt angår cigaretter, der fremstilles i, men eksporteres til lande uden for Det Europæiske Fællesskab, anvende de i denne artikel fastlagte grænseværdier for indhold fra [den] 1. januar 2005, men skal under alle omstændigheder anvende dem senest fra [den] 1. januar 2007.

3. For Den Hellenske Republik gælder det som en midlertidig undtagelse, at den i stk. 1 omhandlede ikrafttrædelsesdato for så vidt angår det maksimale tjæreindhold i cigaretter, som fremstilles og markedsføres inden for landets grænser, er 1. januar 2007.

Artikel 4

Målemetoder

1. Indholdet af tjære, nikotin og kulilte i cigaretter måles efter ISO-standarderne 4387 (tjære), 10315 (nikotin) og 8454 (kulilte).

Nøjagtigheden af de angivelser vedrørende tjære og nikotin, der står anført på cigaretpakkerne, kontrolleres ved hjælp af ISO-standard 8243.

2. De prøver, der er omhandlet i stk. 1, udføres eller kontrolleres af prøvningslaboratorier, som er godkendt af medlemsstaternes kompetente myndigheder og overvåges af disse.

Medlemsstaterne meddeler Kommissionen listen over godkendte laboratorier senest den 30. september 2002, samt enhver ændring heraf, idet de præciserer, hvilke kriterier der er lagt til grund for godkendelsen, samt hvilke midler der anvendes til overvågning af dem.

3. Medlemsstaterne kan endvidere kræve, at tobaksfabrikanter eller -importører udfører enhver anden prøve, som de kompetente nationale myndigheder fastsætter, med henblik på at vurdere indholdet af andre stoffer, der afgives af deres tobaksvarer, opdelt pr. handelsnavn og type og disse stoffers sundhedsmæssige virkning, bl.a. under hensyntagen til deres vanedannende virkning. Medlemsstaterne kan desuden kræve, at sådanne prøver udføres eller kontrolleres i godkendte prøvningslaboratorier, jf. stk. 2.

4. Resultaterne af prøver, der udføres i henhold til stk. 3, forelægges årligt de relevante nationale myndigheder. Medlemsstaterne kan fastsætte længere intervaller mellem meddelelserne af resultaterne af prøverne, når varespecifikationerne ikke er ændret. Medlemsstaterne skal underrettes om ændringer i sådanne varespecifikationer.

Medlemsstaterne sørger på enhver relevant måde for formidling af de oplysninger, som er meddelt i medfør af denne artikel, for at underrette forbrugerne, idet der dog skal tages hensyn til oplysninger, der udgør en produktionshemmelighed.

5. Medlemsstaterne sender hvert år Kommissionen de data og oplysninger, der indgives i medfør af denne artikel; Kommissionen tager hensyn til oplysningerne ved udarbejdelsen af den i artikel 11 omhandlede rapport.

Artikel 5

Mærkning

1. Cigaretters indhold af tjære, nikotin og kulilte målt i overensstemmelse med artikel 4 skal være påtrykt den ene side af cigaretpakkerne på det eller de officielle sprog i den medlemsstat, hvor varen markedsføres, således at mindst 10% af den pågældende flade er dækket.

Denne procentsats forhøjes til 12% i medlemsstater med to officielle sprog og til 15% i medlemsstater med tre officielle sprog.

2. Alle tobaksvarepakker — undtagen pakninger til tobak, der indtages oralt, og anden røgfri tobak — skal være forsynet med følgende advarsler:

Denne advarsel trykkes på pakkens anden lige så synlige side og på eventuel ydre emballage, undtagen gennemsigtig yderemballage, der anvendes ved detailsalg af varen.

a) Generelle advarsler:

1. »Rygning dræber/Rygning kan dræbe«, eller

Medlemsstaterne kan fastsætte, hvor advarslerne skal anbringes på de pågældende flader, for at sproglige krav kan imødekommes.

2. »Rygning er yderst skadeligt for dig og dine omgivelser«.

Ovennævnte generelle advarsler skal alternere, således at det sikres, at de påtrykkes regelmæssigt. Advarslen trykkes på den mest synlige af pakkens sider og på eventuel ydre emballage, undtagen gennemsigtig yderemballage, der anvendes ved detailsalg af varen, og

3. Kommissionen skal snarest muligt og under alle omstændigheder senest den 31. december 2002 efter proceduren i artikel 10, stk. 2, vedtage regler for brugen af farvefotografier eller andre illustrationer for at vise og forklare de sundhedsmæssige følger af rygning med henblik på at sikre, at det indre markeds bestemmelser ikke undermineres.

b) en supplerende advarsel fra listen i bilag I.

Hvis medlemsstaterne kræver yderligere advarsler i form af farvefotografier eller andre illustrationer, skal disse være i overensstemmelse med de regler, der er nævnt i første afsnit.

Ovennævnte supplerende advarsler skal alternere, således at det sikres, at de påtrykkes regelmæssigt.

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 vanedannende«.

Advarslen trykkes på den mest synlige af pakkens sider og på eventuel ydre emballage, undtagen gennemsigtig yderemballage, der anvendes ved detailsalg af varen.

Medlemsstaterne kan fastsætte, hvor advarslen skal anbringes på denne flade, for at sproglige krav kan imødekommes.

5. Den generelle advarsel, der er nævnt i stk. 2, litra a), og advarslen vedrørende røgfri tobak og tobak, der indtages oralt, der er nævnt i stk. 4, skal dække mindst 30% af ydersiden af den pågældende flade af den tobakspakke, den er påtrykt. Denne procentsats forhøjes til 32% i medlemsstater med to officielle sprog og til 35% i medlemsstater med tre officielle sprog. Den supplerende advarsel, der er nævnt i stk. 2, litra b), skal dække mindst 40% af ydersiden af den pågældende flade af den tobakspakke, den er påtrykt. Denne procentsats forhøjes til 45% i medlemsstater med to officielle sprog og til 50% i medlemsstater med tre officielle sprog.

På pakker bestemt til andre produkter end cigaretter, hvis mest synlige overflade er større end 75 cm^2, skal den i stk. 2 omhandlede advarsel dække mindst 22,5 cm^2 af hver overflade. Dette areal forhøjes til 24 cm^2 i medlemsstater med to officielle sprog og til 26,25 cm^2 i medlemsstater med tre officielle sprog.

6. De advarsler og indholdsoplysninger, der skal angives ifølge denne artikel, anføres således:

a) trykt med sort, fed skrift i skrifttypen Helvetica på hvid baggrund. For at sproglige krav kan imødekommes, kan medlemsstaterne selv fastsætte skrifttypens punktstørrelse, under forudsætning af at den skriftstørrelse, der fastsættes i deres lovgivning, sikrer, at den størst mulige andel af det område, der er forbeholdt den pågældende tekst, bliver udfyldt

b) med små bogstaver, undtagen tekstens begyndelsesbogstav, og når det er krævet af grammatiske grunde

c) centreret på det område, hvor den pågældende tekst skal trykkes, parallelt med pakkens overkant

d) for så vidt angår andre varer end de i stk. 4 omhandlede, omkranset af en sort kant, der er mindst 3 mm og højst 4 mm bred, og som på ingen måde forstyrrer den pågældende advarsel eller information

mer eller tilsvarende på de enkelte pakker, således at sted og tidspunkt for fremstillingen kan fastslås.

De tekniske gennemførelsesforanstaltninger til denne bestemmelse vedtages efter proceduren i artikel 10, stk. 2.

e) på det eller de officielle sprog i den medlemsstat, hvor varen markedsføres.

Artikel 6

7. Det er forbudt at trykke de tekster, der kræves i henhold til denne artikel, på pakkernes banderole. Teksterne skal trykkes på en sådan måde, at de ikke kan fjernes eller slettes, og de må under ingen omstændigheder skjules, tildækkes eller brydes af andre påskrifter eller billeder eller ved åbning af pakken. Ved andre tobaksvarer end cigaretter kan teksterne anbringes ved hjælp af selvklæbende mærkater, forudsat at disse mærkater ikke kan fjernes.

Yderligere vareoplysninger

1. Medlemsstaterne anmoder alle tobaksfabrikanter og -importører om at indgive en liste over alle de ingredienser — og mængden heraf — som anvendes ved fremstillingen af deres tobaksvarer, opdelt pr. handelsnavn og type.

8. Medlemsstaterne kan fastsætte, at der i forbindelse med de i stk. 2 og 4 anførte advarsler uden for rammen med advarslen skal oplyses om, hvilken myndighed den hidrører fra.

Listen skal ledsages af en erklæring om, hvorfor de pågældende ingredienser indgår i disse tobaksvarer. Den skal oplyse om ingrediensernes funktion og kategori. Listen skal også indeholde alle de toksikologiske oplysninger, producenten eller importøren har til rådighed om disse ingredienser, før og efter forbrændingen, alt efter hvad der er relevant, med særlig henvisning til deres sundhedsmæssige virkning, bl.a. med hensyn til alle de risici for

9. For at sikre, at varerne kan identificeres og spores, skal tobaksvaren mærkes på passende måde ved anførelse af batchnum-

afhængighed, de indebærer. Alle de ingredienser, der indgår i den pågældende tobaksvare, skal opføres på listen i rækkefølge efter faldende vægt.

De oplysninger, der er nævnt i første afsnit, indgives en gang om året, første gang senest den 31. december 2002.

2. Medlemsstaterne sørger på enhver relevant måde for formidling af de oplysninger, der er meddelt i medfør af denne artikel, med henblik på underretning af forbrugerne. Der skal dog tages behørigt hensyn til beskyttelse af oplysninger om specifikke produktformler, som udgør en produktionshemmelighed.

3. Medlemsstaterne sikrer, at ingredienslisten for hver vare, med angivelse af tjære-, nikotin- og kulilteindholdet, offentliggøres.

4. Medlemsstaterne sender hvert år Kommissionen de data og oplysninger, der indgives i medfør af denne artikel. Kommissionen tager hensyn til oplysningerne ved udarbejdelsen af den i artikel 11 omhandlede rapport.

Artikel 7

Varebetegnelser

Med virkning fra [den] 30. september 2002, og med forbehold af artikel 5, stk. 1, må tekst, navne, varemærker, billeder og figurer eller andre tegn, der antyder, at en bestemt tobaksvare er mindre skadelig end andre, ikke anvendes på tobaksvarers indpakning.«

9. I direktivets artikel 13 fastsættes de beføjelser og forpligtelser, der gælder efter direktivets ikrafttrædelse. Artiklen bestemmer:

»1. Medlemsstaterne må ikke af grunde, der vedrører begrænsning af tjære-, nikotin- eller kulilteindhold 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.

2. Dette direktiv berører ikke medlemsstaternes mulighed for, under overholdelse af traktaten, at bibeholde eller fastsætte strengere bestemmelser om produktion, import, salg og forbrug af tobaksvarer, som de finder nødvendige for at beskytte befolkningens sundhed, for så vidt disse bestemmelser ikke strider mod de bestemmelser, der er fastsat i dette direktiv.

3. Indtil der er udarbejdet en fælles ingrediensliste, som omhandlet i artikel 12, kan medlemsstaterne navnlig forbyde brugen af ingredienser, der forstærker tobaksvarernes vanedannende egenskaber.«

B — *Direktivets hjemmel og præambel*

10. Artikel 95 EF og 133 EF er valgt som hjemmel for direktivet. Det skal her bemærkes, at artikel 133 EF først sent i vedtagelsesproceduren blev tilføjet af Europa-Parlamentet. I Kommissionens forslag var der alene anført ét retsgrundlag, nemlig artikel 95 EF.

11. Som hjemmel har artikel 95 EF eller i hvert fald fjernelsen af hindringerne for det indre markeds funktion fået en central placering i præamblen. Ifølge anden og tredje betragtning er der endnu væsentlige forskelle mellem medlemsstaternes love og administrative bestemmelser om fremstilling, præsentation og salg af tobaksvarer, hvilket hæmmer det indre markeds funktion. Disse hindringer bør fjernes. I fjerde betragtning anføres videre, at i henhold til artikel 95, stk. 3, EF og som følge af tobaks yderst skadelige virkninger bør sundhedsbeskyttelse have særlig prioritet.

12. Også i mange andre betragtninger henvises der til (potentielle) hindringer for det indre marked. Jeg skal særlig nævne:

— første punktum i syvende betragtning: »Flere medlemsstater har tilkendegivet, at hvis der ikke træffes foranstaltninger til fastsættelse af maksimumsgrænser for cigaretters kulilteindhold på fællesskabsplan, vil de træffe sådanne foranstaltninger på nationalt plan.«

— første og andet punktum i niende betragtning: »Der er en række forskelle mellem medlemsstaternes love og

administrative bestemmelser om begrænsning af det maksimalt tilladte nikotinindhold i cigaretter. Disse forskelle er af en sådan art, at de skaber visse handelshindringer og dermed hæmmer det indre markeds funktion.«

13. Det er alene 11. betragtning til direktivet, der vedrører eksport og dermed også artikel 133 EF. Denne betragtning er affattet således:

»Dette direktiv vil også berøre tobaksvarer, der eksporteres fra Det Europæiske Fællesskab. Eksportordningen er et led i den fælles handelspolitik. Hensynet til sundhedsbeskyttelsen skal ifølge traktatens artikel 152, stk. 1, samt De Europæiske Fællesskabers Domstols retspraksis være et integreret led i Fællesskabets andre politikker. Der bør vedtages regler for at sikre, at det indre markeds bestemmelser ikke undermineres.«

14. Begrundelserne for at fastsætte grænseværdier for maksimalt indhold af visse skadelige stoffer (direktivets artikel 3) fremgår af femte, syvende og niende betragtning. Med hensyn til tjære fastsætter Rådets direktiv 90/239/EØF af 17. maj 1990 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes love og administrative bestemmelser om maksimalt tilladt tjæreindhold i cigaretter (herefter »direktiv 90/239«)[6] et maksimalt tjæreindhold i cigaretter, der markedsføres i medlemsstaterne. Tjæres kræftfremkaldende egenskaber gør det nødvendigt at nedsætte tjæreindholdet yderligere. Hvad angår kulilte »er det påvist, at cigaretter afgiver kulilte i et omfang, der er skadeligt for menneskers sundhed, og som kan medvirke til hjertesygdomme og andre lidelser«. Ifølge niende betragtning rejser nikotin specifikke folkesundhedsproblemer.

15. I 19. betragtning begrundes direktivets artikel 5: »I medlemsstaterne har det fortsat været forskelligt, hvordan advarsler og indhold er blevet anført. Forbrugere kan således være bedre informeret om risici ved tobaksvarer i én medlemsstat end i en anden. Disse forskelle er uacceptable, og de kan skabe handelshindringer og dermed hæmme et velfungerende indre marked for tobaksvarer og bør derfor fjernes. Det er i den forbindelse nødvendigt, at de gældende bestemmelser strammes og gøres klarere, idet der bør sikres et højt niveau for sundhedsbeskyttelse.«

16. I forbindelse med fortolkningen af direktivets artikel 7 — den forelæggende

6 — EFT L 137, s. 36.

rets andet spørgsmål — er 27. betragtning relevant: »Anvendelse på pakninger til tobaksvarer af visse tekster som »lavt tjæreindhold«, »light«, »ultra-light«, »mild«, af navne, billeder og figurer og andre tegn kan vildlede forbrugeren til at tro, at disse produkter er mindre skadelige, og give anledning til forbrugsændringer. Rygeadfærden og afhængighed, og ikke kun indholdet af visse stoffer i tobaksvaren inden forbruget, er også bestemmende for mængden af inhalerede stoffer. Dette forhold fremgår ikke af anvendelsen af sådanne udtryk og kan derfor undergrave mærkningskravene i dette direktiv. For at sikre, at det indre marked fungerer korrekt, og henset til udviklingen med hensyn til foreslåede internationale regler, bør der på fællesskabsplan indføres forbud mod denne anvendelse, idet der må gives tilstrækkelig tid til indførelse af denne regel.«

C — *Tobaksreklamedommen*

17. Tobaksreklamedommen af 5. oktober 2000, hvorved Domstolen annullerede direktiv 98/43 om reklame for tobaksvarer og sponsorering, spiller en væsentlig rolle ved vurderingen af den foreliggende sag. Spørgsmålet er, hvilken betydning denne dom har for det omtvistede direktiv, som også har til formål at nedsætte tobaksforbruget, og som — i hvert fald hovedsageligt — er baseret på artikel 95 EF. Derfor vil jeg som et led i gennemgangen af de relevante bestemmelser fremlægge hovedkonklusionerne i dommen.

18. Domstolen fastlagde i sin dom betingelserne for, at artikel 95 EF kan tjene som hjemmel for harmonisering af produktkrav [7]. Disse betingelser kan sammenfattes således:

— Foranstaltningerne skal forbedre vilkårene for det indre markeds oprettelse og funktion. Artikel 95 EF giver ikke fællesskabslovgiver en generel kompetence til at regulere det indre marked.

— Foranstaltningerne skal have til formål at fjerne hindringer for de grundlæggende friheder eller fjerne konkurrencefordrejninger.

— Der skal være tale om en konkret risiko. Artikel 95 EF kan anvendes

7 — Se dommens præmis 83, 84, 86, 88 og 100.

med henblik på at undgå, at der opstår fremtidige hindringer for samhandelen, der skyldes en uensartet udvikling af de nationale lovgivninger. Det skal dog være sandsynligt, at sådanne hindringer vil opstå, og den pågældende foranstaltning skal have til formål at forebygge dem.

— Et direktiv kan indeholde bestemmelser, der kun indirekte bidrager til fjernelsen af hindringer, når de er nødvendige for at undgå omgåelse af visse forbud, der har et sådant formål.

— Efter fast retspraksis har konkurrencefordrejninger alene betydning, hvis de er mærkbare.

— Domstolen betragter enhver begrænsning af konkurrencemåderne, der gælder for alle erhvervsdrivende i en medlemsstat, f.eks. et forbud mod en bestemt handlemåde, som konkurrencefordrejning. En sådan fordrejning kan ikke i sig selv begrunde anvendelsen af artikel 95 EF som hjemmel for at udstrække et strengt forbud, der gælder i én medlemsstat, til generelt at omfatte hele Den Europæiske Union.

19. Hvis betingelserne for at anvende artikel 95 EF er opfyldt, kan beskyttelsen af folkesundheden være afgørende for det valg, der skal træffes.

20. Hvad angår den vedtagne foranstaltning må det kontrolleres, om den bidrager effektivt til fjernelsen af hindringer for den frie bevægelighed og til fjernelse af konkurrencefordrejninger.

21. Hvad angår den frie bevægelighed fandt Domstolen, at artikel 95 EF tillader vedtagelse af regler, der forbyder reklame for tobaksvarer i den skrevne presse, mens forbuddet mod reklamer på bl.a. plakater, parasoller og askebægre samt forbuddet mod reklamespots i biografer ikke påvirker den frie bevægelighed. Tilsyneladende byggede Domstolens konstatering på den antagelse, at sidstnævnte tilfælde involverede mere eller mindre lokale markeder, hvilket efter min opfattelse i betragtning af den internationale karakter af tobaksmarkedet, som produktion af og handel med reklamemedier er en del af, synes tvivlsomt. Domstolen tillagde det betydning, at bestemmelserne vedrørende reklamemedier er minimumsbestemmelser, idet medlemsstaterne kan stille strengere krav. Der er ingen bestemmelser om fri bevægelighed. Hvis jeg har forstået Domstolen ret, kunne direktivet ikke bidrage effektivt til fjernelsen af hindringerne for den frie bevægelighed.

22. Domstolens behandling af konkurrencespørgsmålet førte til følgende konklusion: Artikel 95 EF ikke er egnet til at fjerne en konkurrencefordrejning, hvis dette indebærer en yderligere begrænsning af konkurrencen inden for hele Fællesskabet.

23. Endelig skal det fremhæves, at Domstolen på grund af den generelle karakter af direktivets forbud ikke fandt sig kompetent til at annullere direktivet delvist.

III — Faktiske omstændigheder og retsforhandlinger

A — *Tvisten i hovedsagen*

24. Sagsøgerne i hovedsagen, British American Tobacco (Investments) Ltd og Imperial Tobacco Ltd (herefter »sagsøgerne«) er tobaksvarefabrikanter, der er etableret i Det Forenede Kongerige. Sagsøgerne er blandt de førende tobaksvarefabrikanter i verden. De udøver virksomhed i 180 lande og har en global markedsandel på 15,1%. Sagsøgerne har over 80 fabrikker i 64 lande og fremstiller 800 milliarder cigaretter om året. Sagsøgerne beskæftiger 80 000 personer globalt. Deres vigtigste internationale mærker er Lucky Strike, Kent, Dunhill og Pall Mall. Af andre større mærker kan nævnes Rothmans, Peter Stuyvesant, Benson & Hedges og John Player Gold Leaf[8]. Ifølge sagsøgerne vil en gennemførelse af direktivet i væsentlig grad påvirke deres og deres datterselskabers aktiviteter.

25. Den 3. september 2001 anlagde sagsøgerne sag ved High Court of Justice med henblik på at få tilladelse til at anlægge et søgsmål til prøvelse af lovligheden (»judicial review«) af Det Forenede Kongeriges regerings planer om og/eller forpligtelse til at gennemføre direktivet i national ret. Under retsmødet rejstes i denne forbindelse spørgsmålet om betydningen af section 2(2) i European Communities Act. Sagsøgerne gjorde gældende, at denne bestemmelse bemyndiger Det Forenede Kongeriges regering til at opfylde sine forpligtelser i henhold til fællesskabsretten. Sagsøgerne anmodede derfor den nationale ret om at fastslå, at Det Forenede Kongeriges regering ved at udøve sine beføjelser i henhold til European Communities Act havde handlet *ultra vires*, idet direktivet i sig selv var ugyldigt, således at Det Forenede Kongeriges regering ikke var bundet af nogen fællesskabsretlig forpligtelse, der kunne begrunde udøvelsen af disse beføjelser.

26. Ved kendelse af 26. februar 2002 gav High Court of Justice Japan Tobacco Inc. og JT International SA tilladelse til at intervenere i hovedsagen.

8 — Oplysningerne er hentet fra sagsøgernes hjemmeside.

27. Japan Tobacco Inc. har anført, at selskabets klagepunkter vedrører direktivets artikel 7 og især de anbringender, sagsøgerne har gjort gældende i hovedsagen.

28. Japan Tobacco Inc. er en af de største cigaretfabrikanter i verden. JT International SA, der er et datterselskab af Japan Tobacco Inc., producerer cigaretter på sin fabrik i Tyskland og distribuerer cigaretter til de 15 EF-medlemsstater. Japan Tobacco Inc. er tillige indehaver af varemærket Mild Seven og hævder, at Mild Seven er det næststørste cigaretmærke i verden. JT International SA er eneindehaver af licensen til dette varemærke. Salget af Mild Seven udgør over 40% af Japan Tobacco Inc.'s samlede salg [9].

29. Sagsøgerne har gjort syv anbringender gældende til støtte for deres påstand om, at direktivet er ugyldigt, og disse syv anbringender støtter de syv underpunkter i det første præjudicielle spørgsmål.

9 — Japan Tobacco Inc. og JT International SA vil i resten af dette forslag til afgørelse blive benævnt »Japan Tobacco«.

B — *De præjudicielle spørgsmål*

30. Ved kendelse af 6. december 2001, der er indgået til Domstolens Justitskontor den 19. december 2001, har High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Administrative Court) anmodet Domstolen om at tage stilling til følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Er direktiv 2001/37/EF ugyldigt helt eller delvist, fordi

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

b) artikel 95 EF og 133 EF er anvendt som dobbelt hjemmel

c) der er sket en tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet

d) der er sket en tilsidesættelse af artikel 295 EF, princippet om beskyttelse af ejendomsretten og/eller TRIPs-aftalens artikel 20

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

f) der er sket en tilsidesættelse af subsidiaritetsprincippet

g) der er sket magtfordrejning?

2) Såfremt direktivet er gyldigt, finder artikel 7 i Parlamentets og Rådets direktiv 2001/37/EF da kun anvendelse på tobaksvarer, der markedsføres inden for Det Europæiske Fællesskab, eller finder bestemmelsen også anvendelse på tobaksvarer, der indpakkes inden for Det Europæiske Fællesskab med henblik på eksport til tredjelande?«

C — *Retsforhandlinger for Domstolen*

31. I henhold til artikel 20 i protokollen vedrørende EF-statten for Domstolen har følgende indgivet skriftlige indlæg: sagsøgerne, Japan Tobacco, Europa-Parlamentet, Rådet og Kommissionen samt den belgiske, den tyske, den finske, den franske, den græske, den italienske, den luxembourgske og den nederlandske regering samt Det Forenede Kongeriges regering og den svenske regering. Under retsmødet den 2. juli 2002 har sagsøgerne, Japan Tobacco, Europa-Parlamentet, Rådet og Kommissionen samt den belgiske, den tyske, den finske, den franske, den græske, den irske, den italienske og den nederlandske regering samt Det Forenede Kongeriges regering afgivet mundtlige indlæg.

D — *Indledende bemærkninger*

32. Parlamentet har bemærket, at sagsøgerne i hovedsagen har gjort gældende, at deres argumenter støttes af en fortrolig udtalelse om direktivudkastet, der er afgivet af Parlamentets Juridiske Tjeneste. Endvidere var to særskilte udtalelser fra Den Juridiske Tjeneste vedlagt sagsøgernes vidneforklaringer under hovedsagen som bilag. Sagsøgerne har desuden underbygget deres synspunkt med en udtalelse fra Parlamentets Udvalg om Retlige Anliggender.

33. Parlamentet har anmodet Domstolen om ikke at tage hensyn til disse udtalelser eller til de dokumenter, der citerer eller henviser til disse udtalelser. Parlamentet har her henvist til generaladvokat Jacobs' forslag til afgørelse i sagen Spanien mod Rådet [10], hvori generaladvokaten fastslog, at anvisninger fra en EF-institutions Juri-

10 — Sag i hvilken Domstolen afsagde dom den 13.7.1995, sag C-350/92, Sml. I, s. 1985. Generaladvokat Jacobs finder i øvrigt, at samme princip finder anvendelse i tilfælde, hvor der ikke er fremlagt noget dokument fra Den Juridiske Tjeneste, men hvor der i indlæggene blot henvises til det standpunkt, Den Juridiske Tjeneste påstås at have indtaget.

diske Tjeneste ikke uden denne institutions udtrykkelige tilladelse kan påberåbes direkte eller indirekte for Domstolen. Dette ville være til skade for den almene interesse i at kunne indhente uafhængig juridisk rådgivning. Parlamentet har tillige henvist til kendelsen afsagt af præsidenten for Retten i Første Instans i sagen Carlsen m.fl. mod Rådet [11], hvori det fastslås, at offentliggørelse af udtalelser fra Den Juridiske Tjeneste vil kunne skabe usikkerhed med hensyn til lovligheden af Fællesskabets retsakter og dermed have en negativ virkning på fællesskabsinstitutionernes funktion. En sådan offentliggørelse vil skade fællesskabsrettens stabilitet og institutionernes korrekte funktion. Der er her tale om almene interesser, som det er absolut nødvendigt at beskytte.

34. Efter min opfattelse er det ikke i alle tilfælde nødvendigt at hemmeligholde juridiske udtalelser, der er afgivet i forbindelse med vedtagelsen af fællesskabslovgivning. Offentliggørelse af sådanne udtalelser har den store fordel, at den øger gennemsigtigheden af lovgivningsprocessen. Dette betyder dog ikke, at alle udtalelser og al rådgivning skal offentliggøres. Hvad dette angår sondrer jeg mellem på den ene side intern rådgivning fra juridiske tjenester, som disse skal være i stand til at yde frit med henblik på at fastslå en institutions interne synspunkt, og på den anden side mere formel, ekstern rådgivning i lighed med den, der i visse medlemsstater ydes af den øverste forvaltningsdomstol. Er der tale om sidstnævnte form for rådgivning, kan jeg på ingen måde se nogen grund til at hemmeligholde den. Jeg finder dog også, at offentliggørelse af intern rådgivning kan være begrundet. I så fald vil parter i sager som den foreliggende naturligvis frit kunne gøre brug af argumenterne i udtalelserne, men dette betyder dog ikke, at en institution kan være bundet af de interne synspunkter, dens juridiske tjeneste giver udtryk for.

35. I den foreliggende sag er de pågældende dokumenter ikke nødvendige for, at Domstolen kan vurdere fællesskabslovgivers hensigt. Derfor foreslår jeg endvidere Domstolen, at den ved behandlingen af denne sag tager hensyn til, at disse udtalelser ikke er udtryk for Europa-Parlamentets synspunkt. I øvrigt kræver Europa-Parlamentets anmodning ikke yderligere overvejelser.

IV — Sagens særlige karakter og formalitetsspørgsmålet

36. Den foreliggende sag er særlig derved, at det er første gang Domstolen bliver anmodet om at tage stilling til, om præjudicielle spørgsmål vedrørende et direktivs gyldighed, som inden udløbet af fristen for direktivets gennemførelse er blevet rejst af berørte parter i en sag ved en national ret, kan antages til besvarelse. Samme situation

11 — Kendelse af 3.3.1998, sag T-610/97 R, Sml. II, s. 485. Se tillige dom af 8.11.2000, sag T-44/97, Ghignone m.fl. mod Rådet, Sml.Pers. I-A, s. 223, og II, s. 1023.

gjorde sig gældende i Imperial Tobacco-dommen [12], hvori Domstolen dog ikke behøvede at træffe afgørelse om formaliteten, idet sagen ikke længere tjente noget formål, da det pågældende direktiv var blevet erklæret ugyldigt ved dommen af 5. oktober 2000 [13]. I SMW Winzersekt-dommen [14] besvarede Domstolen et lignende spørgsmål. Sagen vedrørte en bestemmelse i en forordning, som først fandt anvendelse efter udløbet af en overgangsperiode. Domstolen fastslog i denne sag, at sagsøgeren i hovedsagen ikke var forpligtet til at vente indtil udløbet af overgangsperioden, før selskabet for de nationale retter kunne påberåbe sig den pågældende bestemmelses uanvendelighed.

37. Den franske regering og Kommissionen har bestridt, at den foreliggende sag kan antages til realitetsbehandling. Den franske regering har anført, at et direktiv ikke i sig selv kan skabe forpligtelser for borgerne, og specifikt henvist til dommen i sagen Salamander m.fl. mod Parlamentet og Rådet [15], hvori Retten i Første Instans fastslog, at et direktiv, der påbyder medlemsstaterne at pålægge erhvervsdrivende forpligtelser, ikke i sig selv, før og uafhængig af, om der er vedtaget statslige gennemførelsesforanstaltninger, kan berøre disse erhvervsdrivendes retsstilling umiddelbart. En eventuel skade, som borgerne måtte lide under gennemførelsesperioden, vedrører således alene deres faktiske situation og kan ikke tilskrives fællesskabsretten. Kommissionen er også af den opfattelse, at det ikke er nødvendigt at tage stilling til gyldigheden og fortolkningen af et direktiv, før fristen for direktivets gennemførelse er udløbet. Hertil kommer, at hvis en borger før udløbet af gennemførelsesfristen kan anfægte et direktivs gyldighed for nationale retter, vil dette kunne anses for en omgåelse af artikel 230 EF og en tilsidesættelse af den søgsmålsordning, der er oprettet ved traktaten.

38. Efter min opfattelse følger det af Domstolens faste praksis vedrørende spørgsmålet, om præjudicielle spørgsmål kan antages til realitetsbehandling, som er omhandlet i den foreliggende sag, for så vidt angår spørgsmål om et direktivs gyldighed, der er stillet inden udløbet af gennemførelsesfristen for dette direktiv.

39. Sammenfattende har Domstolen i denne faste praksis fastslået, at når spørgsmål forelagt af den nationale ret vedrører fortolkningen af en bestemmelse i fællesskabsretten, er Domstolen i princippet forpligtet til at besvare spørgsmålene. En anmodning fra en national ret vil derfor kun kunne afvises, såfremt det er klart, at proceduren efter artikel 234 EF er blevet anvendt i strid med sit formål og i virkeligheden tilsigter at foranledige Domstolen

12 — Dom af 5.10.2000, sag C-74/99, Sml. I, s. 8599.

13 — Nævnt i fodnote 3.

14 — Dom af 13.12.1994, sag C-306/93, Sml. I, s. 5555.

15 — Dom af 27.6.2000, forenede sager T-172/98 og T-175/98 — T-177/98, Sml. II, s. 2487, præmis 54.

til at træffe afgørelse om en konstrueret tvist, eller såfremt det er åbenlyst, at fællesskabsretten ikke finder anvendelse i den foreliggende sag, hverken direkte eller indirekte [16].

40. Domstolen fortolker således sin forpligtelse til at besvare et præjudicielt spørgsmål vidt, idet den konsekvent henviser til, at proceduren efter artikel 234 EF er et middel til samarbejde mellem Domstolen og de nationale retter. Ifølge Domstolen tilkommer det således alene den nationale ret, der har fået forelagt en sag og er ansvarlig for den retsafgørelse, der skal træffes, på baggrund af de særlige omstændigheder i den konkrete sag at bedømme dels, om en præjudiciel afgørelse er nødvendig for, at den kan afsige dom, dels om de spørgsmål, den forelægger Domstolen, har retlig relevans.

41. Med andre ord er det den nationale ret — og således ikke Domstolen — der bedømmer hensigtsmæssigheden af at forelægge Domstolen spørgsmål til præjudiciel afgørelse. De eneste betingelser er, at tvisten ikke må være konstrueret, og at spørgsmålene skal vedrøre anvendelsen af fællesskabsretten.

42. Efter min opfattelse er der ingen tvivl om, at disse betingelser er opfyldt. For det første er der efter national ret tale om en reel tvist vedrørende Det Forenede Kongeriges regerings kompetence til at anvende section 2(2) i European Communities Act. For det andet vedrører spørgsmålene anvendelsen af fællesskabsretten. Tvisten vedrører nemlig ikke et forslag til fællesskabslovgivning, men derimod et direktiv, der er blevet vedtaget, og som i henhold til artikel 16 deri trådte i kraft på dagen for offentliggørelsen. Indholdet af direktivet og de forpligtelser, der i medfør af direktivet opstår ved udløbet af gennemførelsesfristen, ligger således fast.

43. Denne konstatering berøres ikke af Domstolens dom i Vaneetveld-sagen [17], som Kommissionen har henvist til. I denne dom fastslog Domstolen, at borgerne først kan påberåbe sig et direktiv ved de nationale domstole efter udløbet af fristen for at gennemføre dette i national ret. Før udløbet af denne frist kan et direktiv ikke skabe rettigheder for borgerne, som de nationale domstole skal beskytte. Før fristen for gennemførelsen er udløbet, kan et direktiv ikke pålægge borgerne nogen forpligtelser. I denne periode påhviler der alene medlemsstaterne klart afgrænsede forpligtelser. De skal gennemføre direktivet i national ret og må ikke træffe foranstaltninger, som indebærer, at der er alvorlig fare for, at det i direktivet foreskrevne resultat ikke kan virkeliggøres [18].

16 — Jf. f.eks. dom af 17.7.1997, sag C-130/95, Giloy, Sml. I, s. 4291, præmis 20 ff.

17 — Dom af 3.3.1994, sag C-316/93, Sml. I, s. 763.

18 — Dom af 18.12.1997, sag C-129/96, Inter-Environnement Wallonie, Sml. I, s. 7411.

44. Dette er dog ikke ensbetydende med, at der ikke er et objektivt behov [19] for et svar på de præjudicielle spørgsmål, eller at der er tale om en konstrueret tvist, i hvilket tilfælde det ikke er nødvendigt for Domstolen at besvare spørgsmålene.

45. Der kan ej heller være nogen tvivl om, at sagsøgerne har en interesse i at få de forelagte spørgsmål besvaret. De har nemlig brug for vished med hensyn til de rettigheder og forpligtelser, der vil gælde for dem i den nærmeste fremtid, og som har afgørende betydning for deres virksomhed. Det kan endvidere antages, at de endog før udløbet af fristen for direktivets gennemførelse vil skulle træffe en række driftsmæssige foranstaltninger. Domstolen behøver ikke at vurdere omfanget eller rækkevidden af deres interesse, idet denne vurdering efter den præjudicielle procedure er forbeholdt de nationale retter. Dette er netop forskellen mellem den præjudicielle forelæggelsesprocedure og direkte søgsmål anlagt ved Fællesskabets retsinstanser i henhold til artikel 230 EF [20]. For fuldstændighedens skyld skal jeg endvidere påpege, at der ikke er nogen tvivl om, at sagsøgernes interesse er betydelig. Også for fuldstændighedens skyld vil jeg nævne den franske regerings argument om, at sagsøgernes interesse har en faktisk karakter og ikke bygger på fællesskabsretten. Dette argument forekommer mig ikke alene at være urigtigt [21], men også at være irrelevant for Domstolen, idet det er den nationale ret, der skal vurdere denne interesse.

46. Herved kommer jeg til den konklusion, at Domstolen skal besvare de spørgsmål, High Court har forelagt den til præjudiciel afgørelse. Det skal tilføjes, at denne konklusion ligger på linje med Domstolens konklusion i SMW Winzersekt-dommen [22], som er meget lig den foreliggende sag.

47. Det skal dog anføres, at enhver anden konklusion — som ville føre til en afvisning af spørgsmålene — ville indebære, at Fællesskabets retsorden ikke yder sagsøgernes rettigheder en effektiv beskyttelse. Resultatet ville være, at der ikke tages hensyn til dette væsentlige generelle retsprincip, der konsekvent er blevet anerkendt af Domstolen [23] som en del af medlemsstaternes fælles forfatningstraditioner. Dette retsprincip er fastlagt i artikel 6 og 13 i den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder (herefter »menneskerettighedskonventionen«) og er af Den Europæiske Union gengivet i artikel 47 i charteret om grundlæggende rettigheder.

19 — Domstolen behandler dette kriterium i sin dom af 15.12.1995, sag C-415/93, Bosman, Sml. I, s. 4921, præmis 65.

20 — Jf. i denne retning tillige generaladvokat Fennellys forslag til afgørelse i Imperial Tobacco-dommen (nævnt i fodnote 12, punkt 32).

21 — Jf. punkt 37 i dette forslag til afgørelse.

22 — Jf. punkt 36 i dette forslag til afgørelse.

23 — Jf. f.eks. dom af 15.5.1986, sag 222/84, Johnston, Sml. s. 1651.

48. Med hensyn til kravet om effektive retsmidler skal jeg for det første bemærke, at den præjudicielle procedure er en del af en helhed af bestemmelser, der skal sikre borgerne den nødvendige retsbeskyttelse. Ud over den præjudicielle procedure er der en bestemmelse om direkte søgsmål, som enhver fysisk eller juridisk person under bestemte betingelser kan anlægge ved Retten i Første Instans.

49. I henhold til artikel 230 EF kan gyldigheden af et direktiv dog kun prøves ved et direkte søgsmål anlagt af en medlemsstat, Rådet eller Kommissionen [24]. Denne artikel giver ikke fysiske og juridiske personer ret til at anlægge sag ved Domstolen til prøvelse af et direktiv. Artikel 230, stk. 4, EF henviser alene til beslutninger og — i et bestemt tilfælde — forordninger.

50. Det må udledes af den omstændighed, at artikel 230, stk. 4, EF utvetydigt angiver de tilfælde, hvor fysiske og juridiske personer er søgsmålsberettigede, at fællesskabslovgiver udtrykkeligt har valgt ikke at give direkte adgang til Fællesskabets retsinstanser i en sag som den foreliggende. Dette er også i overensstemmelse med Domstolens praksis, hvorefter Domstolen stiller strenge krav med hensyn til den særlige interesse, borgerne skal kunne påberåbe sig for at kunne anlægge sag ved Fællesskabets retsinstanser [25]. De pågældende personer har alene søgsmålskompetence, »hvis beslutningen rammer dem på grund af visse egenskaber, som er særlige for dem, eller på grund af en faktisk situation, der adskiller dem fra alle andre og derfor individualiserer dem på lignende måde som adressaten« [26]. Ifølge denne retspraksis er sagsøgerne i hovedsagen ikke søgsmålsberettigede, idet de ikke adskiller sig fra andre tobaksvarefabrikanter, der berøres af direktivet. Kort sagt ville sagsøgerne, selv om artikel 230, stk. 4, EF havde henvist til direktiver, stadig ikke have haft søgsmålskompetence i henhold til denne bestemmelse.

51. Domstolens indskrænkende fortolkning støttes bl.a. på, at en borger kan indbringe en sag for de nationale retter, som derefter kan forelægge Domstolen spørgsmål til præjudiciel afgørelse. Borgernes ret til effektiv domstolsbeskyttelse af deres rettigheder kan sikres gennem den præjudicielle procedure [27]. Men det er klart, at fællesskabsretten ikke kan spærre for adgangen til præjudicielle afgørelser og derved skabe et juridisk tomrum. Jeg

24 — Og i særlige tilfælde Europa-Parlamentet, Revisionsretten eller Den Europæiske Centralbank.

25 — Denne retspraksis er gennemgået i generaladvokat Jacobs' forslag til afgørelse af 21.3.2002 i sagen Unión de Pequeños Agricultores mod Rådet (dom af 25.7.2002, sag C-50/00 P, Sml. I, s. 6677).

26 — Dom af 2.4.1998, sag C-321/95 P, Greenpeace Council m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 1651, præmis 7, der for nylig er blevet stadfæstet ved dommen i sagen Unión de Pequeños Agricultores mod Rådet (der er nævnt i fodnote 25, præmis 44).

27 — Domstolens begrundelse herfor fremgår af dommen i sagen Unión de Pequeños Agricultores mod Rådet, præmis 38 ff. Domstolen anlægger her et synspunkt, der er diametralt modsat Kommissionens synspunkt, hvorefter adgangen til præjudicielle afgørelser faktisk griber forstyrrende ind i det retsmiddelsystem, der er indført ved EF-traktaten.

behandler dette spørgsmål uafhængigt af spørgsmålet, om Domstolens restriktive fortolkning af artikel 230, stk. 4, EF fuldt ud opfylder borgernes grundlæggende ret til at anlægge sag ved domstolene. Generaladvokat Jacobs har i sit forslag til afgørelse i sagen Unión de Pequeños Agricultores mod Rådet[28] efter min opfattelse med rette rejst alvorlige tvivl herom.

52. For det andet spiller retssikkerhedsprincippet en rolle. I en velfungerende retsorden bør en berørt part være så sikker som muligt på, hvilke rettigheder og forpligtelser der gælder for ham. Dette gælder ikke mindst de rettigheder og forpligtelser, der kan have en væsentlig indflydelse på den måde, hvorpå den pågældende part driver sin virksomhed. Jeg tillægger det ingen betydning, at sagen vedrører rettigheder og forpligtelser, der på et givet tidspunkt endnu ikke er i kraft, men som med sikkerhed vil træde i kraft kort tid efter.

53. Det står fast, at traktaten giver ret til i en præjudiciel sag at lade gyldigheden af et direktiv prøve af Domstolen, hvis en berørt part, der nærer begrundet tvivl om direktivets gyldighed, har anlagt sag ved en national ret. Efter min opfattelse vil det stride mod retssikkerhedsprincippet, hvis fællesskabsretten fortolkes således, at en berørt part skal vente indtil udløbet af gennemførelsesfristen, før end vedkommende kan gøre brug af dette retsmiddel.

54. For det tredje vil en afvisning af at antage spørgsmålene til besvarelse i den foreliggende sag kunne skade sagsøgerne, idet de allerede nu må træffe foranstaltninger for at tilpasse deres produktion, selv om det senere viser sig, at direktivet er ugyldigt. De skadelidte vil da skulle forsøge at få eventuelle tab erstattet enten af den medlemsstat, der har vedtaget lovgivningen til gennemførelse af direktivet, eller direkte af Fællesskabet. Dette giver artikel 288, stk. 2, EF mulighed for.

55. Ifølge fast praksis stiller Domstolen strenge krav til ydelsen af erstatning som følge af ulovlig lovgivning. Det er ikke nødvendigt at komme nærmere ind på spørgsmålet om, hvad mulighederne er for at vinde en sådan erstatningssag rettet mod Fællesskabet. Efter min opfattelse er denne mulighed ikke udelukket, i hvert fald ikke hvis ugyldigheden skyldes, at fællesskabslovgiver har vedtaget en foranstaltning, som lovgiver efter traktaten ikke har kompetence til at vedtage på grund af manglende hjemmel.

28 — Jf. fodnote 25. I øvrigt har Retten i Første Instans allerede anlagt en videre fortolkning heraf i dommen af 3.5.2002, sag T-177/01, Jégo-Quéré mod Kommissionen, Sml. II, s. 2365.

56. Det er vigtigere, at hvis Domstolen afviser de præjudicielle spørgsmål, og direktivet herefter i en ny sag kendes ugyldigt, vil dette kunne volde sagsøgerne en skade, som ligger uden for deres kontrol. Afgørelsen af spørgsmålet, om der — før et direktiv er kendt ugyldigt — er truffet de foranstaltninger, der er nødvendige for at gennemføre direktivet, beror ikke på virksomhedens valg, men på en retlig forpligtelse.

57. Et retsmiddelsystem bør være således indrettet, at det så vidt muligt forhindrer skader i at opstå eller i det mindste begrænser skadens omfang. Med andre ord kan det ikke være rigtigt at fortolke de bestemmelser i EF-traktaten, der sikrer adgangen til domstolsprøvelse, således, at de udelukker borgerne fra muligheden for at begrænse sådanne skader.

V — Kontekstbestemte faktorer

A — *Generelle bemærkninger*

58. Denne sag kan ikke betragtes isoleret, og den afgørelse, der skal træffes i sagen, vil i vid udstrækning blive bestemt af sagens kontekst. For det første er der den faktuelle kontekst, hvori fremstilling, markedsføring og forbrug af tobaksvarer finder sted. Det var denne faktuelle kontekst, der var baggrunden for vedtagelsen af direktivet. For det andet skal det undersøges, hvorledes direktivet blev vedtaget. For det tredje finder jeg det relevant at se på, hvilke væsentlige ændringer direktivet har medført, idet sammensætningen og mærkningen af tobaksvarer nemlig i lang tid har været genstand for fællesskabslovgivning.

B — *Den faktuelle kontekst*

59. Domstolen har i denne sag modtaget et omfangsrigt materiale om de risici, der er forbundet med tobaksforbrug, f.eks. fyldige lægerapporter og videnskabelige rapporter samt fotografier af ofre. Jeg mener ikke, at det er Domstolens opgave at foretage en dybtgående vurdering af de nøjagtige konsekvenser af rygning. Det må være tilstrækkeligt her at bekræfte, at konsekvensernes alvorlige karakter ikke længere kan diskuteres, og at samfundets holdning til tobaksforbrug har ændret sig væsentligt. Denne udvikling er en følge af det øgede videnskabelige kendskab til rygnings skadelige følger. Alligevel fortsætter mange, især unge, med at ryge [29].

29 — Kommissionens meddelelse til Rådet og Europa-Parlamentet om Fællesskabets nuværende og foreslåede rolle i bekæmpelsen af tobaksforbruget (KOM(96) 0609 endelig udg.) af 18.12.1996 bygger på, at der — i 1996 — stadig var over 40% af den voksne befolkning i Den Europæiske Union, der røg.

60. Både i Den Europæiske Union og i flere medlemsstater bygger politikken til bekæmpelse af rygning på to søjler. Den første søjle omfatter foranstaltninger, der har til formål at begrænse rygning så meget som muligt, med særlig sigte på unge, mens den anden søjle omfatter foranstaltninger, der skal begrænse de skadelige følger af rygning så meget som muligt. Mærkningsforpligtelsen i direktivet hører til den første søjle, mens forpligtelsen til at oplyse om sammensætning hører til den anden søjle. Kommissionen påpeger endvidere, at en mere vidtrækkende foranstaltning — et fuldstændigt forbud mod tobaksvarer — kan være berettiget som følge af de farer, rygning repræsenterer, men ikke vil være gennemførligt af praktiske, afgiftsmæssige og politiske årsager.

61. Hermed er jeg nået frem til markedet for tobaksvarer, især cigaretter. Dette marked er ved at blive stadig mere grænseoverskridende [30]. Lokale præferencer spiller en stadig mindre rolle, idet markedet domineres af et begrænset antal af store cigaretmærker. Koncentrationen inden for tobaksindustrien er endnu større [31], idet de store erhvervsdrivende ofte markedsfører adskillige mærker. Cigaretmarkedets grænseoverskridende karakter betyder ikke, at der er skabt ét homogent marked. Tværtimod er markedet i høj grad reguleret af de nationale myndigheder. Der består bl.a. som følge af de nationale punktafgifter væsentlige prisforskelle, og også reglerne for reklame er meget forskellige.

62. De betydelige prisforskelle har givet grobund for ulovlig handel og smugleri. Ifølge en rapport udarbejdet i 1999 af Verdensbanken [32] bliver skønsmæssigt 30% af verdenseksporten af cigaretter, dvs. ca. 355 milliarder cigaretter, smuglet.

63. I samhandelen mellem EU-medlemsstater og tredjelande udgør ulovlig handel og smugleri også en væsentlig aktivitet, hvilket ikke er bestridt i den foreliggende sag. Derimod er der uenighed om, hvorvidt dette smugleri omfatter cigaretter fremstillet i Den Europæiske Union og derefter

30 — Ifølge Eurostats statistikker for 1999 har samhandelen mellem medlemsstaterne nået et væsentligt omfang (eksportværdi inden for EU: 3 626 419 070 ECU), hvilket skal ses i forhold til den samlede værdi af cigaretter solgt inden for EU, nemlig 14 275 426 293 ECU. Eksporten af cigaretter fra EU til tredjelande har også en forholdsvis høj værdi, nemlig 1 667 025 670 ECU. Importen til EU fra tredjelande er imidlertid meget begrænset (10 627 240 ECU). Jf. *ep16va, Annual value data (NACE 16: Manufacture of tobacco products)*, Eurostat, 1999.

31 — Det fremgår endvidere af Eurostats statistikker, at der i EU var 46 fabrikker, heraf fire i Belgien, syv i Tyskland, seks i Grækenland, seks i Spanien, tre i Irland, en i Luxembourg, fire i Nederlandene, tre i Portugal og fire i Det Forenede Kongerige.

32 — *Curbing the Epidemic, Governments and the Economics of Tobacco Control*, Washington D.C. 1999, s. 63.

afsat ulovligt på det europæiske marked (eventuelt efter først at være eksporteret og derefter reimporteret), eller om der snarere er tale om cigaretter fra tredjelande.

64. Således har den luxembourgske regering gjort gældende, at 97% af de cigaretter, der indsmugles i Den Europæiske Union, hidrører fra tredjelande. Hvad angår den ulovlige import til Tyskland har den tyske regering nævnt det samme procenttal. Sagsøgerne har hævdet, at 85% af de cigaretter, der omsættes ulovligt i Den Europæiske Union, hidrører fra tredjelande. Kommissionen fastholder derimod, at langt over 15% af de smuglede cigaretter, der er i cirkulation i Den Europæiske Union, er fremstillet i Unionen.

65. Ifølge den seneste aktivitetsrapport fra OLAF[33] er cigaretsmugleri for samtlige medlemsstater og mange tredjelande et problem, der medfører store tab for Fællesskabets og de nationale budgetter. Over hele verden opererer svigagtige erhvervsdrivende i cigaretsektoren, som råder over betydelige midler og en meget avanceret infrastruktur. Svigagtig handel med cigaretter følger i praksis generelt samme mønster, og i de fleste tilfælde er der tale om falske angivelser, omgåelse af regler og decideret smugleri. Hvis en medlemsstat eller et tredjeland indfører strengere kontrol med cigaretters oprindelse, flytter de svigagtige erhvervsdrivende blot deres aktiviteter til en anden medlemsstat eller et andet tredjeland. Da lovovertrædere har udsigt til meget store fortjenester, er de rede til meget længe at holde cigaretter tilbage eller flytte deres aktiviteter i håb om, at efterforskernes opmærksomhed vil blive svækket, før de ulovligt importerer cigaretterne til Fællesskabet[34]. Af rapporten fremgår tillige, at i tilfælde af cigaretsmugleri oplagres cigaretterne først i Den Europæiske Union, før de eksporteres til tredjelande (eller angives som værende eksporteret).

66. I denne sag skal man også være opmærksom på tobakssektorens økonomiske betydning for Den Europæiske Union, og her tænkes især på tobaksdyrkning — som navnlig finder sted i en række af de sydeuropæiske medlemsstater — og den industrielle forarbejdning af tobakken. Direktivet kan have negative følger for denne sektor. Ifølge sagsøgerne vil det, hvis direktivet anvendes på eksport, medføre tab af 1 800-3 000 arbejdspladser alene i deres egne selskaber.

33 — Rapport fra Det Europæiske Kontor for Bekæmpelse af Svig, aktivitetsrapport for perioden 1.6.2000-31.5.2001, s. 26 og 27.

34 — Ifølge årsrapporten for 1998 har Andorra siden 1996 været det land, hvorfra der smugles flest cigaretter ind i Den Europæiske Union. Jf. *Protecting the Communities' financial interests and the fight against fraud, Annual Report 1998*, s. 19.

C — *Baggrund for direktivet*

67. Direktivet har en lang forhistorie. De vigtigste foranstaltninger i direktivet (artikel 3-7 inklusive) var allerede nævnt som valgmuligheder i Kommissionens meddelelse af 18. december 1996[35]. I denne meddelelse foreslog Kommissionen en række foranstaltninger til intensivering af indsatsen for at bekæmpe rygning inden for Fællesskabet.

68. Meddelelsen blev efterfulgt af bl.a. en parlamentsbeslutning[36], hvori Parlamentet anbefalede en nøje kontrol med udviklingen med hensyn til det nikotinindhold, der anføres på cigaretpakkerne i hele Unionen. Kommissionen blev også anmodet om at vurdere effektiviteten af advarsler om sundhedsrisici på emballage. Yderligere fordømte Parlamentet EU's eksport af tobak af dårlig kvalitet, som ikke lever op til den europæiske standard, til tredjelande, hvorved EU bidrager til at øge de sundhedsmæssige problemer i lande, der i forvejen har et lavt sundhedsniveau.

69. I fortsættelse af bemærkningerne fra Europa-Parlamentet og Rådet fremlagde Kommissionen i oktober 1999 en beretning[37] om opfølgningen af Kommissionens meddelelse af 1996. Beretningen indeholder en analyse af medlemsstaternes politik og praksis med hensyn til en række foranstaltninger til bekæmpelse af tobaksforbrug.

70. I Rådets konklusioner om bekæmpelse af tobaksforbruget[38] understregedes behovet for at udvikle en samlet strategi omfattende et effektivt system til overvågning af tobaksforbruget og tobakspolitikkerne og virkningerne heraf i hele Fællesskabet samt gennemførelsen af fællesskabslovgivningen. En række af de foranstaltninger, der blev foreslået i disse konklusioner, er blevet yderligere behandlet i et nyere kommissionsforslag[39] om bekæmpelse af tobaksforbruget. Forslaget indeholder bl.a. en række initiativer til beskyttelse af mindreårige, herunder bestemmelser om salgsbetingelser, elektronisk handel og salg fra automater.

71. Fællesskabets indsats i kampen mod rygning begyndte langt tidligere. Helt tilbage i 1985 understregede Det Europæiske Råd på sit møde i Milano nødvendigheden af at iværksætte et handlingsprogram til

35 — Jf. fodnote 29.

36 — Beslutning om meddelelse fra Kommissionen til Rådet og Europa-Parlamentet om Fællesskabets nuværende og foreslåede rolle i bekæmpelsen af tobaksforbruget (EFT 1998 C 14, s. 197).

37 — Beretning fra Kommissionen til Rådet, Europa-Parlamentet, Det Økonomiske og Sociale Udvalg og Regionsudvalget — om, hvilke fremskridt der er gjort for beskyttelse af folkesundheden mod skadevirkninger af tobaksforbrug (KOM(1999) 407 endelig udg.).

38 — Rådets konklusioner af 18.11.1999 om bekæmpelse af tobaksforbruget (EFT 2000 C 86, s. 4).

39 — Forslag til Rådets henstilling om forebyggelse af rygning og om initiativer til forbedring af bekæmpelse af tobaksrygning (KOM(2002) 303 endelig).

bekæmpelse af kræft. Handlingsprogrammet trådte i kraft den 7. juli 1986 [40] med det formål at bidrage til at forbedre fællesskabsborgernes sundhedstilstand og livskvalitet ved at mindske antallet af kræfttilfælde. Af programmet fremgik det, at der skulle gives høj prioritet til bekæmpelse af rygning. De første harmoniseringsdirektiver vedrørende tobaksforbrug blev vedtaget i medfør af dette handlingsprogram.

72. Baggrunden for vedtagelsen af direktivet skal også ses i lyset af udviklingen på internationalt plan. En række vestlige lande uden for Den Europæiske Union har strammet deres lovgivning væsentligt i de senere år. Canada nævnes ofte som eksempel i denne forbindelse, idet Canadas advarsler om sundhedsrisici er væsentligt strengere end dem, der er foreslået i direktivet.

73. For tiden finder der endvidere drøftelser sted i Verdenssundhedsorganisationen om en rammekonvention om kontrol med tobak [41]. Såvel Kommissionen som medlemsstaterne deltager i disse drøftelser. Det fremgår af referaterne af forhandlingerne [42], at tobaksindustrien holdes løbende underrettet om drøftelserne om rammekonventionen og har mulighed for at fremføre sine synspunkter vedrørende denne.

74. Sammenfattende kan siges, at de begrænsninger, direktivet lægger på sammensætningen, mærkningen og betegnelsen af tobaksvarer, ikke har været helt uventede. Begrænsningerne har en lang forhistorie, som tobaksindustrien har været dybt involveret i. Alt dette betyder, at tobaksfabrikanterne i Den Europæiske Union — samt importørerne af tobaksvarer — har haft mulighed for i god tid at træffe de foranstaltninger, der er nødvendige for at begrænse direktivets eventuelle skadelige følger for deres interesser.

D — *Spørgsmålet om, hvilke faktiske ændringer, der følger af direktivet*

75. Handel med tobaksvarer er allerede omfattet af fællesskabsbestemmelser om sundhedsrisiciene i forbindelse med rygning. Bestemmelserne er indeholdt i følgende direktiver:

— Rådets direktiv 89/622/EØF af 13. november 1989 om indbyrdes til-

40 — EFT C 184, s. 19.

41 — Nærmere oplysninger herom findes på WHO's hjemmeside www.oms.int.

42 — Disse referater findes på WHO's hjemmeside.

nærmelse af medlemsstaternes love og administrative bestemmelser om mærkning af tobaksvarer (herefter »direktiv 89/622«)[43].

— Rådets direktiv 90/239/EØF af 17. maj 1990 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes love og administrative bestemmelser om maksimalt tjæreindhold i cigaretter.

— Rådets direktiv 89/552/EØF af 3.10.1989 om samordning af visse love og administrative bestemmelser i medlemsstaterne vedrørende udøvelse af tv-spredningsvirksomhed, det såkaldte »direktiv om fjernsyn uden grænser«[44], som forbyder fjernsynsreklamer for tobaksvarer.

Hertil kommer direktiv 98/43 om reklamer for tobaksvarer og sponsorering til fordel for disse, der, som nævnt ovenfor, nu er blevet annulleret af Domstolen.

76. Direktivet indebærer en stramning af denne eksisterende fællesskabslovgivning. Dette gælder såvel med hensyn til mærkningsbestemmelserne — advarslerne til rygerne er blevet alvorligere — som bestemmelserne om sammensætning. Ud over et lavere maksimalt tilladt tjæreindhold er der nu også indført en maksimumsgrænse for nikotin- og kulilteindholdet. Som noget helt nyt i lovgivningen gælder maksimumsgrænserne endvidere nu også for cigaretter fremstillet i Fællesskabet med henblik på eksport til tredjelande.

77. Direktivet indeholder tillige to forpligtelser, der må anses for nye. Artikel 6 bestemmer, at produktsammensætningen skal offentliggøres via medlemsstaternes myndigheder. Artikel 7 forbyder brugen af en række varebetegnelser, der kan have suggestiv virkning, som f.eks. »mild«, »light« eller »ultra-light«. Dette forbud gælder også, selv om den pågældende varebetegnelse er blevet registreret som varemærke eller som en del af et varemærke.

VI — Gennemgang af det første spørgsmål: valg af hjemmel

A — *Indledning og fremgangsmåde*

78. Den nationale rets første spørgsmål har central betydning for den foreliggende sag.

43 — EFT L 359, s. 1. Direktivet blev væsentligt ændret ved Rådets direktiv 92/41/EØF af 15.5.1992 (EFT L 158, s. 30).

44 — EFT L 298, s. 23, som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/36/EF af 30.6.1997 (EFT L 202, s, 60).

High Court nævner i sit spørgsmål en række forhold, der kan skabe tvivl om direktivets gyldighed.

79. Det Forenede Kongeriges regering, den belgiske, finske, franske, irske, italienske, nederlandske og svenske regering har sammen med Parlamentet, Rådet og Kommissionen indtaget det standpunkt, at direktivet er gyldigt. Derimod har sagsøgerne i hovedsagen samt den græske og den luxembourgske regering den opfattelse, at direktivet er ugyldigt i sin helhed. Sagsøgerne har gjort gældende, at formålet med direktivet ikke er at forbedre vilkårene for det indre markeds oprettelse og funktion. For så vidt artikel 133 EF er anvendt som hjemmel, tjener direktivet ej heller til at fremme indførelsen af en fælles handelspolitik. Den luxembourgske regering har hævdet, at det eneste formål med direktivet er at beskytte folkesundheden. Dette kan ikke begrunde en harmonisering. Den græske regering drager direktivets gyldighed i tvivl for så vidt angår bestemmelserne om cigareteksport. Efter Japan Tobaccos opfattelse er direktivets artikel 7 ugyldig. Uden at tage stilling til gyldigheden af andre direktivbestemmelser har den tyske regering gjort gældende, at bestemmelserne i artikel 3, stk. 1 og 2, er ugyldige, fordi denne artikel forbyder fremstillingen af cigaretter med henblik på eksport.

80. Hvad angår det første spørgsmål vil jeg begynde med en gennemgang af hjemmelen, som der stilles spørgsmål om i punkt a) og b). Har Europa-Parlamentet og Rådet beføjelse til at harmonisere produktnormer på den i direktivet omhandlede måde? Spørgsmålet, om direktivet i kraft af sit indhold eventuelt tilsidesætter visse retsprincipper, vil blive behandlet i afsnit VII nedenfor.

81. Jeg vil gennemgå spørgsmålene i den rækkefølge, de er stillet af High Court. En væsentlig del af sagen vedrører ikke så meget direktivet som helhed som retsgyldigheden af de forskellige forpligtelser, der er fastlagt i artikel 3-7 inklusive. Den valgte fremgangsmåde bevirker, at nogle af disse forpligtelser vil blive behandlet flere steder. Dog vil jeg i det væsentlige sondre mellem på den ene side kravene vedrørende sammensætning (direktivets artikel 3 sammenholdt med artikel 4), hvor jeg vil analysere valget af hjemmel og i forbindelse hermed bl.a. bestemmelsernes proportionalitet, og på den anden side mærknings- og oplysningsforpligtelserne (artikel 5-7 inklusive), hvor min gennemgang vil være koncentreret om principperne om proportionalitet og ejendomsret.

82. I forlængelse heraf vil jeg foreslå en yderligere begrænsning, idet jeg ikke finder, at Domstolen behøver at behandle direktivets artikel 4 og 6 særskilt.

83. Med hensyn til artikel 4 er fastlæggelsen af målemetoder en nødvendig følge af artikel 3's krav til sammensætning. Hvis der ikke fastlægges nogen målemetoder, giver det ikke mening at fastsætte det maksimale tjære-, nikotin- og kulilteindhold i cigaretter. Denne konklusion ændres ikke af, at artikel 4, stk. 3, giver medlemsstaterne mulighed for at foreskrive andre målinger for andre stoffer. I modsætning til, hvad der synes at være essensen i sagsøgernes argument, udgør artikel 4, stk. 3, ikke en særskilt handelshindring. Denne bestemmelse bekræfter blot det råderum, medlemsstaterne har for så vidt angår et punkt, der ikke er blevet harmoniseret ved direktivet.

84. Grunden til, at jeg ikke finder, at direktivets artikel 6 skal behandles særskilt, er af en anden art. Der er ikke under sagen fremført specifikke klagepunkter rettet mod artikel 6. Sagsøgernes argument om, at denne artikel ikke kan begrundes med hensynet til det indre marked, men snarere med beskyttelse af folkesundheden[45], vil blive nærmere behandlet i afsnit VI — C uden sammenhæng med direktivets artikel 6.

45 — Sagsøgerne har tillige henvist til 22. betragtning, hvoraf det fremgår, at gennemsigtighed er et af målene for direktivet.

B — *Indledende bemærkninger om hjemmelen*

85. Direktivet er vedtaget med hjemmel i såvel artikel 95 EF som artikel 133 EF, men de to hjemler kan ikke betragtes som ligeværdige i denne sag. Udgangspunktet for fællesskabslovgiver var artikel 95 EF, men da lovgiver ikke var sikker på, at denne artikel også kunne tjene som hjemmel for en regulering af situationen for cigaretter beregnet til eksport til tredjelande, blev artikel 133 EF føjet til som hjemmel for dette særlige aspekt af direktivet.

86. Fællesskabslovgivers begrundelse for at lade direktivet finde anvendelse på eksport fremgår af direktivets ellevte betragtning. Det er kun det sidste punktum i denne betragtning, der kan begrunde en regulering, idet der heri henvises til ønsket om at sikre, at det indre markeds bestemmelser ikke undermineres. Under retsmødet har Rådet og Parlamentet givet en yderligere begrundelse. De to institutioner har hævdet, at bestemmelsen om, at direktivet skal finde anvendelse på eksport, tjener to formål, som hænger uløseligt sammen. Det første, som begrunder anvendelsen af artikel 95 EF som hjemmel, er at bekæmpe ulovlig handel og derved beskytte det indre marked. Det andet formål vedrører selve cigareteksporten, og her er det artikel 133 EF, der er hjemmel. Jeg vil basere min gennemgang på, at kun det første formål er fastlagt i betragtningen.

87. Når Domstolen undersøger berettigelsen af den valgte hjemmel, bør den tage hensyn til, at de to hjemler ikke er ligeværdige, og til fællesskabslovgivers begrundelse for valget af hjemmel. For det første må det undersøges, om direktivet som helhed kunne være baseret på artikel 95 EF. De to centrale spørgsmål i denne forbindelse er:

— Kan en lovgivning, der (bl.a.) har til hensigt at beskytte folkesundheden, have hjemmel i artikel 95 EF?

— Kan en lovgivning med hjemmel i artikel 95 EF også vedrøre fremstilling af produkter med henblik på eksport til tredjelande?

Besvares det første spørgsmål benægtende, vil dette indebære, at direktivet er ugyldigt, mens et benægtende svar på det andet spørgsmål ikke i sig selv vil have denne konsekvens. Spørgsmålet vil da være, om artikel 133 EF kan tjene som supplerende hjemmel for en regulering af eksporten til tredjelande. Men selv om det andet spørgsmål besvares bekræftende, vil Domstolen stadig skulle behandle spørgsmålet om artikel 133 EF. Uafhængigt af svaret på, om fællesskabslovgiver havde brug for artikel 133 EF som supplerende hjemmel, ligger det fast, at fællesskabslovgiver faktisk anvendte artiklen som sådan.

88. Gennemgangen af anvendelsen af artikel 133 EF som hjemmel omfatter følgende spørgsmål:

— Er det i den foreliggende sag lovligt i sig selv at benytte dobbelt hjemmel, således at artikel 133 EF supplerer artikel 95 EF?

— Kan artikel 133 EF her anvendes som hjemmel for regler om fremstilling af produkter med henblik på eksport til tredjelande? I denne forbindelse bør Domstolen under alle omstændigheder have direktivets ellevte betragtning for øje.

— Hvad er de retlige følger af en forkert brug af artikel 133 EF, hvis det antages, at artikel 95 EF kan tjene som hjemmel for hele direktivet?

C — *Artikel 95 EF og beskyttelsen af folkesundheden*

1. Fremførte argumenter

89. Sagsøgerne har gjort gældende, at fællesskabslovgiver ikke har kompetence til at harmonisere reglerne på folkesundhedsområdet. Ifølge artikel 152, stk. 1, EF skal der sikres et højt sundhedsbeskyttelsesniveau ved fastlæggelsen og gennemførelsen af alle Fællesskabets politikker og aktiviteter. Artikel 152 EF fastlægger nærmere, hvad Fællesskabet sammen med medlemsstaterne og som et supplement til disses indsats kan gøre på folkesundhedsområdet. Artikel 152, stk. 4, litra c), udelukker harmoniseringsforanstaltninger. Den luxembourgske regering deler dette synspunkt.

90. Efter sagsøgernes opfattelse kan artikel 95 EF alene anvendes som hjemmel for foranstaltninger, der har til formål at forbedre vilkårene for det indre markeds oprettelse og funktion, idet de finder, at de i artikel 95 EF omhandlede mål skal betragtes som et middel til at fremme og ikke til at begrænse handelen. De har anført, at direktiv 98/43 blev annulleret til trods for, at hensynet til folkesundhedsområdet er nævnt i direktivets præambel. Sagsøgerne har nærmere bestemt gjort gældende, at direktivet er en skjult folkesundhedsforanstaltning, der bygger på samme tankegang som udkastet til den rammekonvention om kontrol med tobak, der er udarbejdet af Verdenssundhedsorganisationen, og som der henvises til i 13. betragtning til direktivet.

91. Virkeliggørelsen af det indre marked kan ifølge sagsøgerne på ingen måde benyttes som et argument til støtte for direktivets krav med hensyn til tjæreindhold. Faktisk er reglerne om det maksimale tjæreindhold blevet fuldt ud harmoniseret ved direktiv 90/239. Der må ikke længere forekomme handelshindringer, hvilket betyder, at fællesskabslovgiver ikke har kompetence til at reducere det maksimale tjæreindhold yderligere med det formål at virkeliggøre det indre marked. Sagsøgerne har tilføjet, at selv om fællesskabslovgiver havde beføjelse til af sundhedshensyn at fastsætte nye regler for tjæreindhold, vil sådanne regler i det mindste skulle være baseret på en ny udvikling, der støttes på videnskabelige kendsgerninger.

92. Sagsøgerne har gjort gældende, at lovgiver ej heller havde kompetence til at fastsætte det maksimale nikotin- og kulilteindhold, idet ensidige foranstaltninger truffet af medlemsstaterne ikke må medføre nogen konkret trussel om handelshindrin-

ger. Direktivets niende betragtning, som vedrører forskelle i det ved lov eller forskrift indførte maksimale nikotinindhold, er således faktuelt forkert.

93. Disse argumenter, som sagsøgerne har fremført om fællesskabslovgivers kompetence til med hjemmel i artikel 95 EF at vedtage harmoniseringsforanstaltninger med henblik på beskyttelse af folkesundheden, støttes ikke af de mange andre intervenerende parter i denne sag. Tværtimod har næsten alle intervenienter afvist argumenterne, og dette gælder såvel argumenterne om kompetence i almindelighed og de argumenter, der specifikt vedrører direktivet. Der er imidlertid delte meninger om, hvad hovedformålet med direktivet er, om det er virkeliggørelsen af det indre marked, beskyttelsen af folkesundheden eller, som hævdet af den irske regering under retsmødet, en kombination heraf.

2. Retspraksis

94. I dommen i sagen Nederlandene mod Parlamentet og Rådet (herefter »bioteknologidommen«) [46] anlagde Domstolen en vid fortolkning af muligheden for at anvende artikel 95 EF som hjemmel, når en bestemmelse ikke kun har til formål at fjerne hindringerne i det indre marked. Jeg citerer: »Det er ud fra en retsakts formål, at den retshjemmel, i henhold til hvilken den skal vedtages, skal vælges [...] Når det i denne forbindelse er ubestridt, at direktivet forfølger det formål at fremme forskningen og udviklingen inden for det genteknologiske område i Det Europæiske Fællesskab, består den måde, hvorpå direktivet bidrager hertil, i at fjerne retlige hindringer, der i det indre marked udgøres af forskelle i medlemsstaternes lovgivninger og retspraksis, hvilket kan hæmme og forstyrre ligevægten i forsknings- og udviklingsaktiviteter inden for dette område. Den indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning udgør således ikke et tilfældigt eller underordnet formål med direktivet, men er selve dets grundindhold. Det forhold, at direktivet ligeledes forfølger et formål, der er omfattet af traktatens artikel 130 og 130 F [47], er under disse omstændigheder ikke ensbetydende med, at traktatens artikel 100 A [48] ikke kan være retshjemmel for direktivet.«

95. Når formålet med en lovgivning er at beskytte folkesundheden, er fællesskabslovgivers kompetence til at vedtage regler med hjemmel i artikel 95 EF i det mindste lige så udstrakt. Kompetencen er dog ikke ubegrænset, hvilket fremgår af tobaksreklamedommen. Selv om foranstaltningerne

46 — Dom af 9.10.2001, sag C-377/98, Sml. I, s. 7079, præmis 27 og 28.

47 — Nu henholdsvis artikel 157 EF og efter ændring artikel 163 EF.

48 — Efter ændring nu artikel 95 EF.

ikke har fjernelse af hindringer for frie bevægelser som deres mål, skal de i hvert fald bidrage væsentligt til fjernelsen heraf. Er der tale om eventuelle fremtidige hindringer, skal det være sandsynligt, at sådanne hindringer vil opstå.

96. Domstolen synes således at tillægge lovgivningens indhold (målsætning) større vægt end det mål, der forfølges af lovgiver. For at illustrere dette skal jeg henvise til den relativisering af forskellen mellem formål og målsætning, som generaladvokat Tesauro foretog i sit forslag til afgørelse i titandioxid-dommen [49]. Når det kommer til stykket, finder generaladvokaten dog, at forskellen kun er af ren terminologisk art. Men ved fastlæggelsen af målsætningen tages der også hensyn til formålet med en lovgivning, mens på den anden side formålet med en lovgivning kun kan forstås ud fra lovgivningens indhold og virkninger, netop for at undgå risikoen (og beskyldningen) for, at analysen baseres på et subjektivt kriterium (nemlig institutionens opfattelse af retsaktens målsætninger).

3. Almindelige bemærkninger

97. Mange af de indgivne indlæg omhandler det primære formål med direktivet. Tager direktivet sigte på at virkeliggøre det indre marked eller beskytte folkesundheden? Umiddelbart hælder jeg til sidstnævnte mulighed, ikke mindst fordi direktivet er en del af en »pakke« af fællesskabsforanstaltninger til bekæmpelse af tobaksforbruget [50]. Jeg finder det i denne forbindelse mindre væsentligt, at betragtningerne til direktivet i vid udstrækning beskæftiger sig med det indre marked, idet henvisningerne til det indre marked netop er medtaget for at begrunde anvendelsen af artikel 95 EF og ikke så meget for at angive det reelle formål med direktivet. Det er derfor på denne baggrund, mine nedenstående betragtninger om artikel 95 EF som hjemmel skal vurderes.

98. Jeg udleder af de indlæg, der er indgivet under sagens behandling, og af retspraksis, at eventuel tvivl med hensyn til fællesskabslovgivers kompetence til at udstede et direktiv som det, der er tale om i den foreliggende sag, kan sammenfattes i følgende spørgsmål: Indebærer kravet i artikel 95 EF om, at en foranstaltning skal vedrøre det indre markeds oprettelse og funktion, at det indre marked skal være hovedsigtet med foranstaltningen? Eller skal man i det spørgsmål følge det argument, Det Forenede Kongeriges regering har fremført under henvisning til tobaksreklamedommen, nemlig at artikel 95 EF også kan anvendes som hjemmel, når en foranstaltnings hovedsigte ikke er fremme af det indre marked, men beskyttelse af folkesundheden?

49 — Dom af 11.6.1991, sag C-300/89, Kommissionen mod Rådet (titandioxid-sagen), Sml. I, s. 2867.

50 — Se punkt 67-77.

99. For at besvare disse spørgsmål vil jeg nu gennemgå de beføjelser, artikel 95 EF generelt tillægger fællesskabslovgiver.

100. Spørgsmålet kan sammenfattes således: Hvis der opstår en (potentiel) handelshindring, må Fællesskabet være i stand til at handle. Som jeg udlægger bioteknologidommen [51], består denne handling i at fjerne disse hindringer. Dette kan gøres med hjemmel i artikel 95 EF, og i denne forbindelse er det ikke afgørende, om handelshindringen også er hovedbegrundelsen for fællesskabslovgivers handling. Denne konklusion berøres ej heller af, at traktaten tillægger fællesskabslovgiver specifik kompetence til at gribe ind på særlige politikområder, f.eks. folkesundhedsområdet i henhold til artikel 152 EF.

101. Dermed er kompetencen imidlertid ikke ubegrænset. Selv hvis det er fastslået, at en foranstaltning vedrører en handelshindring, kan en ret i et konkret tilfælde vurdere, om fællesskabslovgiver har udøvet sin kompetence i overensstemmelse med fællesskabsretten. Denne vurdering vil i hvert enkelt tilfælde omfatte en vurdering af, hvorvidt foranstaltningen faktisk har til formål at beskytte en af fællesskabsretten anerkendt offentlig interesse. Retten vil således undersøge, om lovgivers indgreb i en bestemt sag reelt kan bidrage til fjernelse af handelshindringen. Retten kan endvidere behandle dels spørgsmålet om et eventuelt misbrug af den kompetence, traktaten tillægger lovgiver, dels de øvrige retsprincipper, der er nævnt af High Court i de forelagte spørgsmål. Retsprincipperne vil blive behandlet nedenfor [52].

4. Kernen i kompetencen

102. Jeg vil nu uddybe dette udgangspunkt og begynde med kernen i den kompetence, der tillægges fællesskabslovgiver ved artikel 95 EF.

103. Artikel 95 EF giver ikke fællesskabslovgiver generel kompetence til at harmonisere nationale bestemmelser, men kun til at vedtage harmoniseringsforanstaltninger, der har til formål at virkeliggøre det indre marked [53]. Ifølge artikel 3, stk. 1, litra c), EF oprettes det indre marked ved fjernelse af hindringerne for den frie bevægelighed for varer, personer, tjenesteydelser og kapital mellem medlemsstaterne. EF-traktaten

51 — Nævnt i fodnote 46.

52 — Se punkt 223 ff.

53 — I artikel 95 EF er også det indre markeds funktion nævnt. Jeg vil først behandle dette aspekt af artikel 95 EF senere i dette forslag (punkt 133 ff.) i forbindelse med kompetencen i henhold til artikel 95 EF til også at vedtage regler om cigaretfremstilling.

foreskriver to komplementære instrumenter til fjernelse af disse hindringer. Hvis jeg begrænser mig til de frie varebevægelser består det første instrument i forbuddet i artikel 28 EF og 29 EF mod kvantitative indførsels- og udførselsrestriktioner og foranstaltninger med tilsvarende virkning, inklusive de undtagelser fra forbuddet, der er fastlagt i artikel 30 EF og Domstolens praksis. Det andet instrument er fællesskabslovgivers kompetence til i henhold til artikel 95 EF at fjerne de hindringer, der fortsat består — eller som skabes — fordi den nationale lovgiver anvender en af undtagelserne fra forbuddene i artikel 28 EF og 29 EF. Nationale lovbestemmelser til beskyttelse af specifikke og anerkendte offentlige interesser som f.eks. folkesundhed er et udmærket eksempel på foranstaltninger, der skaber handelshindringer.

104. Ifølge Domstolens praksis opstår fællesskabslovgivers kompetence først, når der faktisk er indført hindringer, eller i hvert fald først når det kan sandsynliggøres, at der vil opstå hindringer i fremtiden.

105. For at vende tilbage til den foreliggende sag udgør en national foranstaltning, der fastlægger begrænsninger for tobaksvarers sammensætning og betegnelse, som sådan en kvantitativ udførselsrestriktion i artikel 29 EF's forstand. Ifølge artikel 30 EF kan en sådan national foranstaltning dog begrundes, hvis den har til formål at beskytte folkesundheden. Ifølge Domstolens praksis skal den nationale foranstaltning endvidere opfylde en række supplerende betingelser og bl.a. overholde proportionalitetsprincippet. I den foreliggende sag, hvor formålet er at bekæmpe rygning, kan en sådan national foranstaltning umiddelbart accepteres.

106. Selv om en national foranstaltning som den ovenfor beskrevne kan begrundes i henhold til artikel 30 EF, er der dog stadig tale om en handelshindring. For at fjerne denne handelshindring er fællesskabslovgiver berettiget til at vedtage foranstaltninger, hvorved fællesskabslovgiver overtager beskyttelsen af den offentlige interesse (in casu folkesundheden) fra den nationale lovgiver. Med andre ord kan virkeliggørelsen af det indre marked bevirke, at et bestemt spørgsmål af offentlig interesse — her folkesundheden — behandles på fællesskabsplan. Hermed gøres virkeliggørelsen af det indre marked dog ikke til hovedformålet med en fællesskabsbestemmelse. Virkeliggørelsen af det indre marked er blot bestemmende for, på hvilket niveau en anden offentlig interesse skal beskyttes.

107. Denne kompetence, der er tillagt fællesskabslovgiver, er afgørende for integra-

tionen inden for rammerne af Fællesskabet. Jeg henviser i denne forbindelse til artikel 2 EU, hvori etableringen af et område uden indre grænser beskrives som et af hovedformålene med Den Europæiske Union, samt til artikel 2 EF, hvorved det fælles marked blev oprettet. I et område uden indre grænser eller i et fælles marked bør samhandelen mellem medlemsstaterne ikke være underlagt restriktioner. Hvis fællesskabslovgiver ikke kan gribe ind i en sådan situation, vil Fællesskabet mangle et vigtigt middel til at fjerne disse restriktioner. Jeg vil endog gå så vidt som til at påstå, at traktaten pålægger selve fællesskabslovgiveren en forpligtelse til at træffe de nødvendige foranstaltninger med henblik på det indre markeds oprettelse og funktion.

108. Som nævnt ovenfor er formålet med handlingen uden betydning. I denne forbindelse kan Fællesskabets kompetence sammenlignes med de amerikanske føderale myndigheders kompetence med hensyn til handel mellem delstaterne. Som US Supreme Court har fastslået, »It makes no difference if the extraneous objective (i vores tilfælde: folkesundheden) is the principle or dominant objective of the federal measure (i vores tilfælde: direktivet) — so long as a legitimate objective (i vores tilfælde: det indre marked) is sufficiently served« [54]. Jeg betragter fællesskabslovgivers kompetence som en funktionel kompetence, der er nødvendig for at virkeliggøre det indre marked.

109. Konklusionen er, at Domstolen for at besvare spørgsmålet, om Fællesskabet har kompetence til at vedtage en specifik foranstaltning, der tager sigte på virkeliggørelsen af det indre marked, må undersøge, om denne foranstaltning har direkte forbindelse med en hindring for samhandelen mellem medlemsstater. Jeg vil her henvise til præmis 84 ff. i tobaksreklamedommen.

110. Sagsøgerne i hovedsagen har henvist til den specifikke kompetence, Fællesskabet råder over på folkesundhedsområdet. De har især anført, at artikel 152, stk. 4, litra c), EF udelukker harmonisering af national lovgivning. Hvis der alligevel sker en harmonisering af lovgivningen med hjemmel i artikel 95 EF, vil dette ifølge sagsøgerne indebære omgåelse af bestemmelsen i artikel 152, stk. 4, litra c), EF.

111. Denne fortolkning af artikel 152 EF kan ikke accepteres. Da Maastricht-traktatens forfattere indføjede et afsnit om folkesundhed i EF-traktaten, var det netop i den hensigt at tillægge fællesskabslovgiver kompetence på områder, hvor lovgiver ikke tidligere havde haft nogen kompetence. Dette vedrørte bl.a. folkesundhedsforanstaltninger, der ikke har direkte forbindelse med det indre markeds funktion.

54 — Oklahoma ex rel. Phillips/Guy F. Atkinson Co., 313 U.S. 508, 533-34 (1941), der er citeret i David E. Engdahl, *Constitutional Federalism*, St. Paul, Minnesota, 1987.

112. Indføjelsen af denne nye kompetence i traktaten kan naturligvis aldrig medføre, at Fællesskabet fratages et tidligere eksisterende lovgivningsinstrument, der også gør det muligt effektivt at beskytte folkesundheden. Hvis dette var tilfældet, ville det nemlig ikke alene stride mod formålet med artikel 152 EF, nemlig at pålægge (og ikke fratage) Fællesskabet specifik kompetence på folkesundhedsområdet, men ville tillige modvirke princippet i artikel 152, stk. 1, EF, nemlig at alle Fællesskabets politikker skal sikre et højt sundhedsbeskyttelsesniveau.

113. Hvis kompetencen i henhold til artikel 95 EF ikke kan anvendes til at harmonisere bestemmelser på folkesundhedsområdet, vil desuden et væsentligt middel til virkeliggørelsen af det indre marked herved blive gjort uanvendeligt. Som jeg allerede har nævnt, er det ofte netop de begrundede nationale foranstaltninger, som de nationale myndigheder vedtager med henblik på at beskytte folkesundheden, der skaber handelshindringer[55].

114. Kort sagt supplerer artikel 152 EF den kompetence, der allerede består ifølge EF-traktaten, f.eks. i kraft af artikel 95 EF. Undtagelsen i artikel 152, stk. 4, litra c), EF betyder blot, at artikel 152 EF ikke kan tjene som hjemmel for en harmonisering, men vedrører ikke den hjemmel, der gives andetsteds i traktaten. Artikel 152, stk. 4, litra c), EF begrænser ikke ratione materiae kompetencen til at harmonisere nationale foranstaltninger på folkesundhedsområdet[56].

5. Udøvelsen af denne kompetence

115. Under dette punkt vil jeg gennemgå fællesskabslovgivers udøvelse af den tillagte kompetence.

116. Indledningsvis vil jeg, som jeg allerede har nævnt, anføre, at EF-traktaten pålægger fællesskabslovgiver en forpligtelse til at træffe de foranstaltninger, der er nødvendige for det indre markeds oprettelse og funktion. Ved opfyldelsen af denne forpligtelse råder fællesskabslovgiver over det nødvendige skøn og kan selv vurdere, hvornår det er hensigtsmæssigt at vedtage harmoniseringsforanstaltninger på fællesskabsplan. Fællesskabslovgiver skal i denne

55 — Jf. i denne retning præmis 23 i titandioxid-dommen, hvori Domstolen henviser til de eventuelle følger for det indre marked af nationale bestemmelser, der er foranlediget af sundheds- og miljøhensyn.

56 — Her støtter jeg mig også til generaladvokat Fennellys argumentation i forslaget til afgørelse i tobaksreklame-dommen der er nævnt i fodnote 3, punkt 78.

forbindelse bl.a. vurdere, om det valgte instrument er det mest effektive middel til at sikre beskyttelsen af en bestemt offentlig interesse, og hvilken beskyttelsesgrad der ønskes. Domstolen griber ikke ind i disse vurderinger, men undersøger, om lovgiver har overskredet grænserne for sit skøn.

117. Den første begrænsning vedrører de forventede virkninger af en lovgivning. Ifølge Domstolens praksis skal en foranstaltning vedtaget i henhold til artikel 95 EF bidrage effektivt til tilvejebringelsen af det indre marked [57]. Spørgsmålet i den foreliggende sag er, om en foranstaltning kan forventes at bidrage til fjernelsen af handelshindringer, der eksisterer eller i hvert fald kan forventes at opstå. Jeg skal her bemærke, at direktiv 98/43 blev annulleret ved tobaksreklamedommen med den begrundelse, at ikke alle direktivets bestemmelser opfyldte dette kriterium. Domstolen fastslog, at ikke alle bestemmelserne vedrørte samhandelen mellem medlemsstater. Situationen er en anden i den foreliggende sag, idet samtlige foranstaltninger bortset fra det fremstillingsforbud, jeg vil vende tilbage til nedenfor, vedrører tobaksvarehandelen mellem medlemsstater.

118. Den anden begrænsning har forbindelse med (hoved)formålet med den ved artikel 95 EF hjemlede foranstaltning, i den foreliggende sag beskyttelse af folkesundheden. Ved at anvende artikel 95 EF har fællesskabslovgiver fjernet beskyttelsen af denne offentlige interesse fra de nationale lovgiveres kompetenceområde [58]. At beskyttelsen af et anliggende, der også i EF-traktaten anerkendes som værende af offentlig interesse, som f.eks. folkesundhed i den foreliggende sag [59], fjernes fra de nationale lovgiveres kompetenceområde, kan imidlertid ikke føre til, at denne interesse nyder en mindre grad af beskyttelse, fordi fællesskabslovgiver alene måtte tage hensyn til markedsinteresser.

119. Fællesskabslovgiver skal i det væsentlige foretage samme afvejninger som de nationale lovgivere, som fællesskabslovgiver træder i stedet for. Disse afvejninger skal føre til, at der knyttes visse betingelser til markedsdeltagernes økonomiske frihed, hvor der i lige høj grad tages hensyn til markedsdeltagernes frihed og nødvendigheden af at beskytte specifikke offentlige interesser.

120. Fællesskabslovgiver har en stor grad af frihed i forbindelse med sin afvejning, i hvert fald når det drejer sig om beskyttelse af folkesundheden. Hvad dette angår adskiller fællesskabslovgiver sig således ikke fra de nationale lovgivere, som udnytter den frihed, der tillægges dem ved artikel 30 EF. Mange aspekter spiller ind

57 — Se bl.a. præmis 23 i titandioxid-dommen, der er nævnt i fodnote 49.

58 — Generaladvokat Fennelly taler i punkt 65 i sit forslag til afgørelse i tobaksreklamesagen, der er nævnt i fodnote 3, om substitution i denne forbindelse.

59 — Se bl.a. artikel 3, stk. 1, litra p), EF og artikel 152 EF.

ved denne afvejning. Nødvendigheden af beskyttelsesforanstaltninger afhænger ikke alene af den videnskabelige indsigt i specifikke sundhedsrisici, men også af den sociale og politiske vurdering af disse risici. Det samme gælder for valget af foranstaltning. De eneste minimumsbestemmelser, fællesskabslovgiver i henhold til traktaten skal overholde med hensyn til indholdet af de trufne foranstaltninger, er kravet om at overholde forsigtighedsprincippet og søge at sikre et højt beskyttelsesniveau (artikel 95, stk. 3, EF). Fællesskabslovgiver skal under alle omstændigheder tage hensyn til den videnskabelige udvikling.

121. Den tredje begrænsning udgøres af retsprincipperne, især proportionalitetsprincippet, som jeg vil vende tilbage til i afsnit VII — A.

122. Sammenfattende henter fællesskabslovgiver sin kompetence fra virkeliggørelsen af det indre marked. Kompetencen kan ikke desto mindre udøves med henblik på at beskytte en offentlig interesse som f.eks. folkesundheden i den foreliggende sag. De trufne foranstaltninger skal reelt være egnede til at fjerne eksisterende eller i hvert fald potentielle hindringer for den frie bevægelighed. Fællesskabslovgiver skal ved udøvelsen af sin kompetence foretage de samme afvejninger som den nationale lovgiver, når denne for at beskytte en offentlig interesse overvejer at underkaste markedsdeltageres økonomiske frihed visse betingelser.

6. Skærpelse af produktnormer, der allerede er blevet harmoniseret

123. Sagsøgerne i hovedsagen har anfægtet fællesskabslovgivers kompetence til at skærpe de allerede harmoniserede produktnormer i henhold til artikel 95 EF. Efter deres opfattelse sikrer de eksisterende produktnormer allerede markedets enhed, og en yderligere skærpelse af normerne har derfor intet at gøre med det indre marked. Isoleret set er sagsøgernes påstand ikke forkert. Der er faktisk ikke længere nogen risiko for afvigende lovgivning i medlemsstaterne. Men dette synspunkt finder ikke støtte i Domstolens praksis, hvilket heller ikke ville være muligt, jf. ovenfor.

124. Efter harmoniseringen af de nationale bestemmelser er beskyttelsen af den offentlige interesse blevet fællesskabslovgivers opgave. De nationale lovgivere har ikke længere kompetence på dette område. Fællesskabslovgiver kan dog kun udføre denne opgave korrekt, hvis det er muligt for fællesskabslovgiver at tilpasse lovgivningen til samtlige ændrede omstændigheder eller ny viden.

Med andre ord skal opgaven varetages på en dynamisk og ikke på en statisk måde.

125. Opgavens dynamiske karakter fremgår tillige af traktaten, idet institutionerne ifølge artikel 95, stk. 3, EF skal tage hensyn til enhver ny udvikling baseret på videnskabelige kendsgerninger [60]. I modsætning til, hvad sagsøgerne har påstået, kræver artikel 95 EF ikke, at der skal være sket en ny videnskabelig udvikling, men kun, at der, som jeg allerede har nævnt i punkt 120, skal tages hensyn til enhver eventuel videnskabelig udvikling.

126. Mere generelt gælder det, at udfærdigelse af lovgivning er en dynamisk proces. Lovgiver skal ikke alene udarbejde lovgivning, men også ændre denne for at tage hensyn til ændrede samfundsmæssige omstændigheder. Gør lovgiver ikke det, vil resultatet blive en forældet lovgivning, der ikke længere opfylder de krav, der må stilles til den.

127. Under retsforhandlingerne omtalte især Det Forenede Kongeriges regering meget rammende den mulighed, at fællesskabslovgiver kun kan handle én gang, som »fossilisation« eller forstening. Dette udtryk viser i sig selv, at hvis man følger sagsøgernes synspunkt, vil det i praksis få absurde konsekvenser.

60 — Et godt eksempel fra den afledte fællesskabsret er reglerne om farlige stoffer i Rådets direktiv 76/769/EØF af 27.7.1976 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes administrativt eller ved lov fastsatte bestemmelser om begrænsning af markedsføring og anvendelse af visse farlige stoffer og præparater (EFT L 262, s. 201). Direktivet foreskriver bl.a. en obligatorisk, periodisk og systematisk vurdering af visse farlige stoffer og præparater og en forenklet procedure for at tilpasse reglerne til den tekniske udvikling.

7. Direktivet

128. I den konkrete sag bør Domstolen nøjes med at undersøge, om fællesskabslovgiver kunne foretage den fornødne, rimelige afvejning. I første omgang vil jeg se bort fra kravene til produktionen.

129. Jeg vil for det første se på den sammenhæng, hvori direktivet blev vedtaget. I mange medlemsstater er bekæmpelse af tobaksforbrug et emne, som politikere og myndigheder tillægger stor betydning. Selv om der i medlemsstaterne synes at være en vis enighed om at skærpe reglerne vedrørende tobaksforbrug — især som følge af et bedre kendskab til rygningens skadelige virkninger — betyder dette ikke, at der er enighed om, hvorledes problemet specifikt skal løses, hvilket i øvrigt fremgår af de afvigende synspunkter, medlemsstaterne har givet udtryk for under retsforhandlingerne. Opfattelserne synes at variere meget afhængig af tid og sted, hvilket medfører en konkret risiko for divergerende nationale bestemmelser bl.a. om det tilladte indhold af skadelige stoffer i cigaretter.

130. Jeg finder det derfor klart, at spørgsmålet, om fællesskabslovgiver kunne foretage en rimelig afvejning af de involverede

interesser, skal besvares bekræftende. For det første er fællesskabslovgiver kompetent, idet bestemmelserne vedrører varehandelen mellem medlemsstaterne. For det andet beskyttes en offentlig interesse, der er anerkendt i fællesskabsretten; og der kan ikke herske nogen tvivl om det høje beskyttelsesniveau, idet bestemmelserne om sammensætningen og mærkningen af cigaretter er blevet væsentligt skærpet. For det tredje må det formodes, at der var — eller kunne opstå — forskelle mellem medlemsstaternes love og administrative bestemmelser på dette område. Det fremgår af direktivets syvende betragtning, at flere medlemsstater havde tilkendegivet, at hvis der ikke blev truffet foranstaltninger til fastsættelse af maksimumsgrænser for cigaretters kulilteindhold på fællesskabsplan, ville de træffe sådanne foranstaltninger på nationalt plan.

131. Syvende betragtning er i øvrigt interessant derved, at den tilsyneladende er baseret på et spørgeskema, som medlemsstaterne har udfyldt efter anmodning fra Kommissionen. En gennemgang af resultaterne af denne undersøgelse[61] fører ikke direkte til den konklusion, at der er konkrete lovgivningsplaner på nationalt plan. Ingen af medlemsstaterne har svaret, at de har til hensigt at ændre den eksisterende nationale lovgivning. Alligevel ser jeg ingen grund til at betvivle, at fællesskabslovgiver har kompetence til at gribe ind på dette område med hjemmel i artikel 95 EF. Situationen er nemlig følgende:

— Det fremgår af spørgeskemaet, at en række medlemsstater — Frankrig, Italien, Nederlandene, Det Forenede Kongerige og Sverige — er varme fortalere for en yderligere skærpelse af produktlovgivningen for tobaksvarer, men dog foretrækker en regulering på europæisk plan.

— Der er ingen tvivl om medlemsstaternes holdning på dette punkt. De prioriterer bekæmpelsen af tobaksforbrug meget højt og tillægger dette spørgsmål stor politisk og social betydning.

Hvis fællesskabslovgiver undlader at gribe ind i en sådan situation, tyder alt på, at medlemsstaterne vil vælge det for dem mest attraktive alternativ, nemlig en skærpelse af normerne på nationalt plan. Jeg har endnu en bemærkning til de mulige konsekvenser af at indtage det modsatte synspunkt. Hvis

61 — Jf. den beretning fra Kommissionen til Rådet, Europa-Parlamentet, Det Økonomiske og Sociale Udvalg og Regionsudvalget om, hvilke fremskridt der er gjort for beskyttelse af folkesundheden mod skadevirkninger af tobaksforbrug, der er nævnt i fodnote 37, s. 22 ff.

medlemsstaterne foretrækker en fællesskabsregulering — og således afstår fra at træffe nationale handelshindrende foranstaltninger — vil dette medføre, at fællesskabslovgiver ikke har nogen kompetence, netop fordi der i så fald ikke vil være nogen nationale foranstaltninger, der hindrer samhandelen.

132. For fuldstændighedens skyld skal jeg tilføje, at da direktivet blev udarbejdet, var der i Belgien, Spanien og Portugal allerede indført national lovgivning om maksimumsindhold af nikotin. Sagsøgerne har også nævnt dette, men de har anført, at disse nationale bestemmelser i praksis ikke har nogen betydning, fordi det alligevel ikke er muligt at overskride det maksimumsindhold, der er fastsat i den nationale lovgivning, som følge af den biokemiske forbindelse mellem tjære- og nikotinindhold. De eksisterende lovbestemmelser kan således ikke medføre handelshindringer. Jeg finder denne påstand plausibel — og den er da heller ikke blevet faktuelt bestridt. Begrundelsen i de to første punktummer i direktivets niende betragtning kan således heller ikke begrunde harmoniseringsforanstaltningen. Denne mangel behøver dog ikke at få konsekvenser i den foreliggende sag, idet det er tilstrækkeligt sandsynliggjort, at der består potentielle handelshindringer.

D — *Artikel 95 EF og fremstilling med henblik på eksport til tredjelande*

1. Fremførte argumenter

133. Den væsentligste indsigelse, der er fremsat under sagen [62], mod fremstillingsforbuddet i direktivet, som (i hvert fald delvis) finder anvendelse på cigaretter bestemt til eksport til tredjelande, lyder således: Forbuddet bidrager på ingen måde til at fjerne hindringerne for de frie varebevægelser eller sikre, at reglerne for det indre marked ikke omgås. Den græske regering har i denne forbindelse endvidere henvist til artikel 14 EF. Den tyske regering har tilføjet, at et fremstillingsforbud principielt kun kan accepteres, hvis selve fremstillingen indebærer en risiko. Men i den foreliggende sag er forbuddet hverken til fordel for det indre marked eller for folkesundheden i Den Europæiske Union.

134. Derimod har andre intervenienter fortolket dette fremstillingsforbud positivt, fordi der ifølge dem er en reel risiko for, at de cigaretter, der er bestemt til eksport til tredjelande, alligevel markedsføres i Den Europæiske Union, enten ved ulovligt at blive reimporteret, eller fordi de aldrig har

62 — Af sagsøgerne samt den tyske, græske og luxembourgske regering.

forladt Den Europæiske Union. En væsentlig del af de for Domstolen fremførte argumenter vedrørte udsigterne til, at der ville opstå en ulovlig handel, og fremstillingsforbuddets egnethed til at hindre denne handel.

135. Hvis jeg ser bort fra de mange og ofte indbyrdes modstridende tal, der er fremlagt under retsforhandlingerne, og som vedrører såvel den lovlige som den ulovlige handel med cigaretter, kan indsigelserne mod fremstillingsforbuddet sammenfattes således:

— Foranstaltningen er uegnet, fordi langt den overvejende del af de cigaretter, der ryges ulovligt i Den Europæiske Union, hidrører fra tredjelande.

— Det er de høje punktafgifter og ønsket om at undgå disse, der har ført til den ulovlige handel med cigaretter. Problemet har intet at gøre med sammensætningen og mærkningen af cigaretterne.

— Den ulovlige handel kan bekæmpes ved intensiv kontrol.

136. Der kan heroverfor anføres andre argumenter, der taler for et fremstillingsforbud:

— Rådet har bl.a. gjort gældende, at selv om det kun er en minimal procentdel af cigaretterne, der markedsføres ulovligt, betyder dette ikke, at den ulovlige handel målt i absolutte mængder også er lille.

— OLAF's aktivitetsrapport [63] bekræfter, at cigaretsmugleri er et alvorligt problem.

— En skærpelse af medlemsstaternes kontrol er ikke et hensigtsmæssigt alternativ inden for Den Europæiske Unions åbne rum.

2. Fremgangsmåde

137. Spørgsmålet er her, om fællesskabslovgiver i den foreliggende sag er kompetent til at regulere cigaretfremstillingen med hjemmel i artikel 95 EF, selv om cigaret-

63 — Jf. punkt 65 ovenfor.

terne er fremstillet med henblik på eksport. Lovgivningens genstand bliver dermed varer, som aldrig vil blive markedsført i det indre marked, eller som i det mindste ikke er tiltænkt det indre marked.

138. I besvarelsen af dette spørgsmål vil jeg gå frem som følger. For det første vil jeg kort redegøre for, hvorledes fællesskabslovgiver tidligere har anvendt artikel 95 EF — og den lignende artikel 94 EF — for at regulere fremstillingsfasen. Redegørelsen vil blive afsluttet med en analyse af, hvilken kompetence der tillægges fællesskabslovgiver ved artikel 95 EF, når der er tale om regler, der ikke direkte vedrører samhandelen mellem medlemsstater. Analysen er nødvendig for at fastslå, at artikel 95 EF tillægger fællesskabslovgiver vide beføjelser på harmoniseringsområdet, men bestemt ikke ubegrænset kompetence. Endelig vil jeg undersøge, om fællesskabslovgiver i den foreliggende sag har udøvet denne kompetence inden for de fastlagte grænser.

3. Artikel 94 EF og 95 EF samt kravene i fremstillingsfasen: en kort oversigt

139. De krav, der stilles i fremstillingsfasen kan vedrøre såvel kendetegnene ved selve produkterne som produktionsvilkårene, f.eks. med hensyn til miljø og arbejdsvilkår.

140. De egentlige produktkrav, der gælder i fremstillingsfasen, er en undtagelse i fællesskabslovgivningen. De fleste regler, der udstedes med hjemmel i artikel 95 EF, vedrører alene markedsføringen af varerne i det indre marked og berører ikke fremstillingsfasen, end ikke hvis der er tale om sundhedsmæssigt følsomme varer. Som eksempel skal jeg blot nævne godkendelsesordningerne, f.eks. dem, der gælder for humanmedicinske lægemidler, veterinærlægemidler samt plantebeskyttelsesmidler[64]. For disse produkter har lovgiver åbenbart ikke fundet det hensigtsmæssigt at udvide godkendelsesordningerne til også at omfatte fremstillingsfasen og derved også produkter, der er bestemt til eksport til tredjelande. Vel findes der produktkrav, der skal opfyldes i fremstillingsfasen. Såle-

64 — Jf. Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/83/EF af 6.11.2001 om oprettelse af en fællesskabskodeks for humanmedicinske lægemidler (EFT L 311, s. 67), Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/82/EF af 6.11.2001 om oprettelse af en fællesskabskodeks for veterinærlægemidler (EFT L 311, s. 1) samt Rådets direktiv 91/414/EØF af 15.7.1991 om markedsføring af plantebeskyttelsesmidler (EFT L 230, s. 1). Jeg tænker dog tillige på bestemmelser, der vedrører en helt anden type produkter, og jeg kan som vilkårligt eksempel nævne Rådets direktiv 88/378/EØF af 3.5.1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om sikkerhedskrav til legetøj (EFT L 187, s. 1), der alene vedrører markedsføringen inden for Fællesskabet.

des finder fællesskabsbestemmelser om levnedsmidler anvendelse på alle led i produktionskæden [65]. At der er valgt et så bredt anvendelsesområde skyldes, at samtlige led i produktionskæden i sidste instans kan påvirke fødevaresikkerheden [66].

141. Jeg vil nu behandle produktionsnormerne. Som det første vil jeg nævne titandioxid-direktivet [67], som blev vedtaget, efter at Domstolen havde måttet annullere det tidligere titandioxid-direktiv, fordi dette var blevet vedtaget med forkert hjemmel [68]. Kommissionen begrundede sit valg af artikel 95 EF som hjemmel for et erstatningsdirektiv med, at selv om de eksisterende nationale bestemmelser var indført for at beskytte miljøet, var en harmonisering påkrævet med henblik på at fjerne konkurrencefordrejningen [69]. Ved direktivet reguleres bl.a. fremstillingsprocessen og især forarbejdningen af restprodukter og affald.

142. Tidligere miljødirektiver, der blev vedtaget før den europæiske fælles akt, hvorved der blev indføjet et særligt miljøafsnit i traktaten, giver et indtryk af muligheden for at fastsætte bestemmelser vedrørende fremstillingsprocessen med hjemmel i artikel 94 EF og 95 EF [70]. I disse direktiver har fællesskabslovgiver konsekvent indtaget det standpunkt, at forskelle i de nationale lovgivninger f.eks. med hensyn til tilladte udledninger i vand eller luft kan føre til ulige konkurrencevilkår og således direkte påvirke fællesmarkedets funktion. Artikel 94 EF kunne tjene som hjemmel for vedtagelse af sådanne direktiver. Men på den anden side fandt lovgiver det endvidere nødvendigt at anvende artikel 308 EF, fordi traktaten ikke indeholder nogen bestemmelse om kompetence på miljøbeskyttelsesområdet. Den grænse, lovgiver opererede med her, er ikke helt klar og blev i øvrigt ikke nærmere begrundet.

65 — Jf. artikel 4 i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 178/2002 af 28.1.2002 om generelle principper og krav i fødevarelovgivningen, om oprettelse af Den Europæiske Fødevaresikkerhedsautoritet og om procedurer vedrørende fødevaresikkerhed (EFT L 31, s. 1).

66 — I denne forbindelse henviser jeg ligeledes til Rådets direktiv 89/107/EØF af 21.12.1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om tilsætningsstoffer, som må anvendes i levnedsmidler (EFT 1989 L 40, s. 27). Dette direktiv fastsætter ikke nogen bestemmelser vedrørende selve produktionen (hvadenten der er tale om produktion af tilsætningsstoffer eller produktion af levnedsmidler, hvori der indgår tilsætningsstoffer), men stiller ikke desto mindre indirekte visse krav til levnedsmiddelfremstillingen.

67 — Rådets direktiv 92/112/EØF af 15.12.1992 om fastsættelse af nærmere regler for harmonisering af programmer for nedbringelse af forureningen fra affald fra titandioxidindustrien med henblik på at bringe den til ophør (EFT L 409, s. 11).

68 — Titandioxid-dommen, der er nævnt i fodnote 49.

69 — KOM(91) 358 endelig udg.

70 — Jf. f.eks. Rådets direktiv 76/464/EØF af 4.5.1976 om forurening, der er forårsaget af udledning af visse farlige stoffer i Fællesskabets vandmiljø (EFT L 129, s. 23), Rådets direktiv 85/203/EØF af 7.3.1985 om luftkvalitetsnormer for så vidt angår nitrogendioxid (EFT L 87, s. 1), og Rådets direktiv 87/217/EØF af 19.3.1987 om forebyggelse af miljøforurening med asbest (EFT L 85, s. 40).

143. Med hensyn til arbejdsmiljø har fællesskabslovgiver med hjemmel i artikel 94 EF ment at kunne udstede direktiver om beskyttelse af arbejdstagere mod farerne ved at være udsat for kemiske, fysiske og biologiske agenser under arbejdet [71]. Ifølge lovgiver er der her tale om foranstaltninger, der direkte påvirker fællesmarkedets funktion.

144. Efter optagelsen af et særligt miljøafsnit i traktaten og indføjelsen af artikel 137 EF, der tillægger lovgiver en specifik kompetence på arbejdsmiljøområdet, har fællesskabslovgiver mindre behov for at anvende artikel 94 EF og 95 EF med henblik på at udstede produktionsforskrifter. Dette betyder dog ikke, at kompetencen i henhold til artikel 95 EF er forsvundet [72].

145. Sammenfattende kan anføres, at fællesskabslovgiver især har udøvet sin kompetence til at vedtage produktionsnormer med henblik på at hindre konkurrencefordrejninger. I det omtvistede direktiv er der tale om bestemmelser, der allerede gælder for produkter, inden de bringes på markedet. Det fremgår af min korte redegørelse, at direktivet er en nyskabelse, for så vidt det indfører et fremstillingsforbud, der skal forhindre, at reguleringen af det indre marked undermineres.

4. Fællesskabslovgivers kompetence: kravet om, at en fordrejning skal være mærkbar

146. For det første hedder det i artikel 95 EF, at fællesskabslovgiver kan vedtage foranstaltninger med henblik på virkeliggørelsen af det indre marked og med henblik herpå træffe foranstaltninger, der kan fjerne direkte handelshindringer mellem medlemsstaterne. Hvis jeg holder mig til produktlovgivningen, drejer det sig om en harmonisering af de nationale bestemmelser vedrørende varehandelen i det indre marked. Sammen med artikel 28 EF-30 EF er denne kompetence, der tillægges fællesskabslovgiver, en videreudvikling af artikel 3, stk. 1, litra c), EF. I punkt 103 i dette forslag til afgørelse kom jeg nærmere ind på dette spørgsmål. Traktaten giver således mulighed for at anvende to instrumenter, der supplerer hinanden, til at fjerne handelshindringer.

147. Ved samtidig anvendelse af artikel 95 EF på den ene side og artikel 28 EF-30 EF

71 — Rådets direktiv 80/1107/EØF af 27.11.1980 om beskyttelse af arbejdstagere mod farerne ved at være udsat for kemiske, fysiske og biologiske agenser under arbejdet (EFT L 327, s. 8).

72 — Som et yderligere eksempel henviser jeg til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/18/EF af 12.3.2001 om udsætning i miljøet af genetisk modificerede organismer og om ophævelse af Rådets direktiv 90/220/EØF (EFT L 106, s. 1). Dette direktiv regulerer ikke alene markedsføringen i Fællesskabets indre marked af genetisk modificerede organismer, der udgør eller indgår i produkter, men også udsætning i miljøet af sådanne organismer i ethvert andet øjemed end markedsføring i Den Europæiske Union. Selv om formålet med en sådan tilføjelse klart er beskyttelse af EU's miljø, er artikel 95 EF dog valgt som hjemmel.

på den anden side oprettes der således et indre marked. Men dette giver dog stadig ikke nogen garanti for, at det således etablerede marked også fungerer som et fælles marked. Det er ofte nødvendigt med yderligere harmoniseringsforanstaltninger. Oprindelig var forfatterne til traktaten sig ikke dette problem bevidst, og fællesskabslovgiver har derfor føjet yderligere et element til kompetencen i henhold til artikel 95 EF, således at denne kompetence udvides ratione materiae til også at omfatte harmoniseringsforanstaltninger, der ikke tager sigte på det indre markeds oprettelse, men på dets funktion [73]. Det drejer sig således om en videreudvikling af EF-traktatens artikel 3, litra h), der foreskriver indbyrdes tilnærmelse af de nationale lovgivninger, i det omfang dette er nødvendigt for det fælles markeds funktion.

148. Jeg skal tilføje, at efterhånden som virkeliggørelsen af det indre marked skrider frem som følge af den gradvise fjernelse af hindringerne for den grænseoverskridende samhandel mellem medlemsstaterne, som bl.a. er opnået ved at harmonisere produktlovgivningerne, vil der blive lagt stadig større vægt på dette indre markeds funktion. Et ægte enhedsmarked kræver mere end en ophævelse af toldskrankerne ved grænserne. Fællesskabet har i øvrigt med hjemmel i artikel 95 EF vedtaget en hel række foranstaltninger, der netop har til formål at styrke det indre markeds funktion. De direktiver, jeg har nævnt i punkt 141-143 ovenfor, er gode eksempler herpå.

149. Vi kommer her ind på et område, hvor det principielt er medlemsstaterne, der har kompetence til at udstede reglerne. Der findes ingen generelle forbud, der kan sammenlignes med forbuddet i artikel 28 EF. Der er tale om foranstaltninger, som, hvis de var vedtaget af den nationale lovgiver, ikke ville medføre nogen kvantitativ indførsels- eller udførselsrestriktion. Foranstaltningerne regulerer nemlig produktionsvilkårene uden at være produktkrav, der finder anvendelse på produkter fremstillet eller markedsført i selve fællesmarkedet. For at kunne gribe ind på dette område, der henhører under medlemsstaternes kompetence, skal Fællesskabet således kunne påvise en kvalificeret interesse, eller der skal i henhold til Domstolens formulering i forbindelse med konkurrencefordrejninger være tale om en mærkbar forstyrrelse af markedets funktion [74].

150. Dette krav om en mærkbar forstyrrelse indebærer tillige, at artikel 95 EF ikke tillægger lovgiver en generel og ubegrænset kompetence på harmoniseringsområdet, hvilket ville være tilfældet, hvis enhver — også ganske ubetydelig — forstyrrelse af det fælles markeds funktion kunne give anledning til harmonisering. Kort sagt kan fællesskabslovgiver, da vi her befinder os

73 — I praksis skelner fællesskabslovgiver dog ikke helt skarpt mellem det indre markeds oprettelse og funktion. I mange af Fællesskabets retsakter er fjernelse af handelshindringer anført, som om det drejer sig om det indre markeds »funktion«. Dette gælder i øvrigt også det omtvistede direktiv.

74 — Jf. bl.a. tobaksreklamedommen, der er nævnt i fodnote 3, præmis 106.

på et område, hvor medlemsstaterne har selvstændig lovgivningskompetence, der heller ikke begrænses af noget generelt forbud, kun gribe ind, hvis der er tale om en mærkbar forstyrrelse. Dette er formentlig også grunden til, at fællesskabslovgiver ligeledes har baseret de miljødirektiver, jeg har nævnt i punkt 142, på artikel 308 EF.

151. Dette krav om en mærkbar forstyrrelse er således ligeledes en del af fællesskabslovgivers kompetence, når der er tale om regulering af fremstillingsfasen med hjemmel i artikel 95 EF. Spørgsmålet er herefter, hvornår der er tale om en mærkbar forstyrrelse. Jeg finder, at to former for forstyrrelse kan være relevant.

152. Den ene form for forstyrrelse vedrører risikoen for, at de regler, der direkte regulerer samhandelen i det indre marked, ganske enkelt bliver undermineret. Fællesskabslovgiver kan så vedtage supplerende regler for fremstillingsfasen for at forhindre dette. Hvis fællesskabslovgiver ikke havde kompetence til at udstede sådanne regler, ville der ganske vist stadig være et indre marked, men dette ville ikke kunne fungere effektivt. Der er således nærmere bestemt tale om regler, der tager sigte på at bidrage til, at formålet med reglerne for samhandelen inden for det indre marked opnås. Gennemførelsen og håndhævelsen af sådanne regler kan blive bragt i fare, hvis en foranstaltning indebærer mulighed for omgåelse. Dette er den begrundelse, der er anført i det omtvistede direktivs ellevte betragtning.

153. Den anden form for forstyrrelse, der kan begrunde vedtagelse af regler for fremstillingsfasen, er den forstyrrelse, der skyldes ulige konkurrencevilkår. Denne situation opstår, hvis forskellen mellem betingelserne, hvorunder de erhvervsdrivende i de forskellige medlemsstater kan deltage i det fælles marked, bliver for stor som følge af forskellene mellem nationale krav til fremstilling af bestemte produkter. Fællesskabslovgiver kan da med hjemmel i artikel 95 EF vedtage en harmoniseringsforanstaltning med henblik på at fjerne denne forskel.

154. Titandioxid-dommen er interessant i denne forbindelse. Domstolen fastslog heri, at nationale bestemmelser — som i den sag var begrundet i hensyn til sundhed og miljø — kan skade de virksomheder, som de gælder for [75], hvilket kan medføre en mærkbar fordrejning af konkurrencen, såfremt de nationale bestemmelser herom ikke harmoniseres. Det følger heraf, at en foranstaltning, der tilsigter at harmonisere nationale bestemmelser om produktionsvilkårene inden for en bestemt industrisek-

75 — Dom nævnt i fodnote 49, præmis 23.

tor med henblik på at fjerne konkurrencefordrejninger inden for denne sektor, kan bidrage til oprettelsen af det indre marked, og derfor henhører under anvendelsesområdet for artikel 95 EF. Titandioxid-sagen vedrørte lovgivningen om behandling af restprodukter og affald. Domstolen anerkendte således, at nationale bestemmelser, der uden forskel gælder for samtlige markedsdeltagere i en bestemt sektor, kan fordreje konkurrencen.

5. Direktivet

155. Jeg er nu nået frem til spørgsmålet, om fællesskabslovgiver ved at vedtage direktivet har bragt en mærkbar forstyrrelse af det indre markeds funktion til ophør.

156. Under retsforhandlingerne har fællesskabslovgiver som begrundelse for, at direktivet finder anvendelse på fremstilling af cigaretter med henblik på eksport, anført, at reguleringen af det indre marked ikke svækkes som følge heraf. Det fremgår af den måde, hvorpå sagen er blevet behandlet for Domstolen, at lovgiver[76] har ønsket at forhindre såvel ulovlig reimport af cigaretter, der ikke opfylder direktivets krav, som ulovlig markedsføring af cigaretter inden for Den Europæiske Union. Der er således tale om den første form for forstyrrelse af det indre marked, som jeg har beskrevet i punkt 152.

157. Efter min opfattelse kan fællesskabslovgiver gribe ind i en sådan situation, såfremt følgende betingelser er opfyldt:

— Omgåelsen skal kunne skade bestemmelsernes virkninger i alvorlig grad. Dette krav om en alvorlig skade er en konkretisering af ovennævnte krav om, at en forstyrrelse skal være mærkbar.

— Skaden kan med rimelighed alene undgås, hvis der er sikkerhed for, at alle medlemsstater vil gribe ind på samme måde. Med andre ord vil der, hvis der er en forskel mellem de nationale gennemførelsesforanstaltninger og måder, hvorpå disse anvendes, eller i det mindste en reel risiko for, at de nationale bestemmelser vil være forskellige, ikke være tilstrækkelig sikkerhed for, at der også kan gribes effektivt ind over for omgåelse.

76 — Især Rådet benyttede disse argumenter under retsmødet.

— Manglende vedtagelse af supplerende regler vil medføre uforholdsmæssigt store udgifter til gennemførelse og håndhævelse.

158. For at vurdere den eventuelle skades omfang er det nødvendigt at vurdere risikoen for, at der opstår et ulovligt marked. Efter min opfattelse skal der tages hensyn til følgende forhold. Cigaretter er en stimulans, og forbrugeren finder det derfor »spændende« at ryge. Dette gælder især for unge rygere, som er målgruppen for en stor del af indsatsen mod tobaksforbrug. Under disse omstændigheder er det nærliggende at tro, at der vil opstå et ulovligt marked for cigaretter, der er forbudt i Den Europæiske Union, men som kan købes uden for Unionen. Alene det, at et produkt er ulovligt, kan føre til, at der skabes et marked for det. Påstanden om, at den ulovlige handel alene skyldes et ønske om at undgå høje punktafgifter, forekommer mig ikke at være overbevisende. Et ulovligt marked kan nemlig kun opstå, hvis der er indført en lovgivning, som gør markedet ulovligt, og jo strengere reglerne er, desto større er fristelsen til at begå besvigelser. Det er således alene vedtagelsen af det omtvistede direktiv, der har gjort det muligt — og måske tillokkende — at skabe et ulovligt marked.

159. Den anden betingelse vedrører nødvendigheden af et fællesskabsindgreb. Et ensidigt nationalt fremstillingsforbud for at bekæmpe ulovlig reimport har ingen effekt, idet der skal foretages kontrol ved det fælles markeds ydre grænser. Hvis der er forskelle mellem medlemsstaternes lovgivninger — og således mellem den kontrol, der gennemføres ved de forskellige ydre grænser — vil de ulovlige handelsstrømme blot flytte til en ydre grænse, hvor det pågældende forbud ikke gælder. Der er således helt åbenbart behov for et indgreb fra fællesskabslovgivers side. Men selv om cigaretterne ikke forlader Den Europæiske Unions område, kan rent nationale foranstaltninger heller ikke være effektive, idet vi har et åbent indre marked. Inden for dette marked kan en medlemsstat ikke effektivt bekæmpe den (ulovlige) markedsføring på sit område af cigaretter med oprindelse i en anden medlemsstat, hvor det ikke er forbudt at fremstille dem.

160. Jeg er nu nået til den tredje betingelse. I praksis er det næppe muligt at kontrollere ulovlig reimport, idet det som oftest er individuelle rejsende, der reimporterer varerne til Den Europæiske Union. Gennemførelsen af en sådan kontrol vil i hvert fald medføre uforholdsmæssigt store udgifter, og det samme gælder i øvrigt, hvis der er tale om den ulovlige handel inden for Unionen.

161. På dette punkt kommer jeg frem til den konklusion, at fællesskabslovgiver i den foreliggende sag har fjernet en mærkbar forstyrrelse af det indre markeds funktion. Jeg mener dog også, at fremstillingsforbuddet kan støttes på et andet argument.

En konkret risiko for en mærkbar fordrejning af konkurrencen, som er den anden form for forstyrrelse af det indre markeds funktion, kan nemlig efter min opfattelse også danne grundlag for fællesskabslovgivning.

162. Jeg er ikke i tvivl om, at bestemmelserne vedrørende sammensætningen af cigaretter — og forventningerne angående udviklingen af disse bestemmelser — i væsentlig grad påvirker de investeringsbeslutninger, der træffes af tobaksvarefabrikanter, der (bl.a.) producerer med henblik på eksport til tredjelande. Det siger sig selv, at disse fabrikanter primært vil investere i lande, hvor reglerne er smidigst, især da de i disse tredjelande skal konkurrere med varer, der er fremstillet i tredjelande, som heller ikke har særlig strenge regler for tobaksvarers sammensætning. Kort sagt må det forventes, at disse forskelle mellem de nationale bestemmelser kan medføre en flytning af investeringerne inden for Den Europæiske Union og således forårsage en mærkbar forstyrrelse af fællesmarkedet. Sagsøgerne har ved at erklære, at direktivet vil tvinge dem til at flytte deres produktion, blot bekræftet min vurdering.

163. Dette viser, at et ensidigt nationalt fremstillingsforbud ikke alene er ineffektivt, men også ret utænkeligt. En medlemsstat kan nemlig ikke ensidigt forbyde fremstilling af cigaretter for at sikre overholdelsen af markedsføringsforbuddet i det indre marked, idet en sådan foranstaltning ville medføre en flytning af cigaretproduktionen til en medlemsstat, hvor dette fremstillingsforbud ikke gælder. En sådan ensidig foranstaltning vil ikke påvirke håndhævelsen af markedsføringsforbuddet, men vil blot påføre den pågældende medlemsstat et økonomisk tab.

164. Da direktivet harmoniserer produktnormerne for tobaksvarer fremstillet inden for Den Europæiske Union uafhængigt af varernes bestemmelsessted, bidrager det af ovenstående grunde til at forebygge store forskelle mellem de vilkår, hvorunder de forskellige medlemsstaters tobaksvarefabrikanter kan deltage på markedet.

165. For fuldstændighedens skyld vil jeg tilføje, at der i denne henseende skal skelnes mellem det omtvistede direktiv og direktiv 98/43 om tobaksreklamer. Angående sidstnævnte direktiv fandt Domstolen, at ulige konkurrencevilkår i medlemsstaterne ikke kunne danne grundlag for en harmoniseringsforanstaltning, idet en sådan foranstaltning fjerner eller i hvert fald væsentligt begrænser konkurrencen i hele Fællesskabet. Denne konklusion skal efter min opfattelse vurderes på baggrund af den særlige situation, der gjorde sig gældende,

da direktiv 98/43 blev vedtaget. Dette direktiv begrænser i væsentlig grad tobaksvarereklamerne og fratager herved fabrikanterne et væsentligt konkurrenceinstrument. Direktivet begrænser deres muligheder for at præsentere varerne for forbrugerne. Det i den foreliggende sag omtvistede direktiv har derimod ikke nogen særlig indflydelse på konkurrencen.

166. Sammenfattende kan jeg sige, at artikel 95 EF kan tjene som hjemmel for vedtagelse af besstemmelser, der undergiver fremstilling af tobaksvarer betingelser, uafhængigt af, varernes bestemmelsessted.

E — *Spørgsmålet, om dobbelt hjemmel kan tillades*

167. Kernen i spørgsmålet er følgende. Først den materielle prøve: Under hvilke omstændigheder kan en foranstaltning vedtages med mere end en hjemmel? Kræver dette, at der er tale om ligeværdige retsgrundlag, når der henses til formålet med foranstaltningen? For det andet, kan fællesskabslovgiver, hvis denne ønsker at regulere flere aspekter, der ikke kan reguleres med samme hjemmel, samle disse forskellige aspekter i én bestemmelse? For det tredje er der vedtagelsesproceduren: Er procedurerne efter artikel 95 EF og artikel 133 EF forenelige?

168. Ved vurderingen af det første punkt kan der hentes megen støtte i fællesskabsretten. Ifølge artikel 5, stk. 1, EF skal en fællesskabsretsakt som f.eks. direktivet have en specifik hjemmel. Domstolens faste praksis fremgår af dens udtalelse om Cartagena-protokollen [77]:

»[...] ifølge fast retspraksis skal valget af hjemmel for en retsakt [...] ikke foretages alene på grundlag af ophavsmandens opfattelse, men skal ske på grundlag af objektive forhold, der kan undergives en domstolsprøvelse. Disse forhold omfatter navnlig retsaktens formål og indhold [...] Hvis en gennemgang af en fællesskabsretsakt viser, at den har to formål, eller at den består af to led, og det kan fastslås, at det ene af disse er det primære eller fremherskende, mens det andet kun er sekundært, skal retsakten have en enkelt hjemmel, nemlig den, der kræves af hensyn til det primære eller fremherskende formål eller led [...] Hvis det godtgøres, at der med retsakten samtidig forfølges flere formål, der på uadskillelig måde er indbyrdes forbundne, uden at et

77 — Udtalelse 2/00 af 6.12.2001, Sml. I, s. 9713, præmis 22 og 23.

af disse formål er sekundært og indirekte i forhold til et andet, kan en sådan retsakt dog undtagelsesvis vedtages med de dertil svarende forskellige hjemmelsgrundlag.«

169. Når retsakten har flere formål af stort set samme betydning, gælder den generelle regel, der er fastlagt af Domstolen i dommen i sagen Kommissionen mod Rådet om varenomenklatursystemet [78], nemlig at »i det omfang en institutions kompetence hviler på to bestemmelser i traktaten, skal institutionen anvende begge disse bestemmelser som hjemmel, når den udsteder retsakter på området«.

170. Denne retspraksis overlader fællesskabslovgiver det nødvendige skøn til, at den kan basere en lovgivning på flere artikler i traktaten. Betingelsen herfor er dog, at der skal være tale om en faktisk anvendelse af hver enkelt hjemmel. Lovgiver kan ikke nøjes med at basere valget af hjemmel på accessoriske overvejelser. For at uddybe mit synspunkt vil jeg her henvise til generaladvokat Fennellys forslag til afgørelse i tobaksreklamesagen [79]. I forslagets punkt 68 anfører han — og jeg er enig med ham — at i de tilfælde, hvor der ikke må anvendes dobbelt hjemmel, giver udtrykket foranstaltningens »tyngdepunkt« alene mening, hvis de lovgivningsprocedurer, der er knyttet til de to retsgrundlag, er uforenelige.

171. Antages det, at denne særlige situation ikke er aktuel her — og det vil jeg vende tilbage til senere — behøver Domstolen ikke være betænkelig ved »uligeværdigheden« af de to retsgrundlag, der er anvendt i den foreliggende sag. Det er tilstrækkeligt, at artikel 133 EF er den reelle hjemmel for en — nok så lille — del af direktivet. Spørgsmålet er således nærmere bestemt, om fællesskabslovgiver ved at erklære, at direktivet også finder anvendelse på cigaretter bestemt til eksport til tredjelande, har forfulgt et af den fælles handelspolitiks mål.

172. Det andet punkt, som jeg nævnte ovenfor, blev rejst af sagsøgerne og den tyske regering. De har under henvisning til bestemmelserne om spædbørnsmad [80] hævdet, at fællesskabslovgiver burde have vedtaget reglerne om eksport af cigaretter i en særskilt retsakt.

173. Retspraksis bekræfter den lovgivningspraksis, der består i at anvende flere retsgrundlag på samme tid for at vedtage en enkelt foranstaltning [81]. Det sker ofte, at en retsakt omfatter flere dele — eller led for at benytte det udtryk, Domstolen anvendte i ovennævnte udtalelse 2/00 — og forfølger flere mål på samme tid. Dette er også ønskeligt ud fra et lovgivningsøkonomisk synspunkt. At sondre mellem de regler, der

78 — Dom af 27.9.1988, sag 165/87, Sml. s. 5545, præmis 11.

79 — Nævnt i fodnote 3.

80 — Jf. punkt 191 ff. nedenfor.

81 — Forordning nr. 178/2002 (jf. fodnote 65) er et godt eksempel herpå. Denne forordning har hjemmel i artikel 37 EF, 95 EF, 133 EF og artikel 152, stk. 4, litra b), EF.

gælder for et bestemt produkt, efter hvilket formål eller målgruppe der søges nået, giver ikke mening. Bedre integrerede regler er lettere forståelige for borgerne og gør det endvidere muligt at forhindre uhensigtsmæssige forskelle i reglernes fortolkning eller anvendelse [82]. I denne forbindelse finder jeg den løsning, der er valgt f.eks. med hensyn til reglerne for spædbørnsmad, hvor der blev vedtaget to direktiver, hvis anvendelse afhang af produktets bestemmelsessted, utilfredsstillende.

174. Endelig vedrører det tredje punkt foreneligheden af de omhandlede procedure for beslutningstagning.

175. Som det fremgår af titandioxid-dommen [83], er der en undtagelse fra hovedreglen om, at fællesskabsretten tillader anvendelse af dobbelt hjemmel. Denne undtagelse gælder, når der i de traktatbestemmelser, der anvendes som hjemmel, er fastlagt forskellige og uforenelige procedurer.

176. Parlamentet, Kommissionen og Rådet samt en række af de regeringer, der har afgivet indlæg, har hævdet, at artikel 95 EF og 133 EF kan anvendes samtidigt som hjemmel, fordi situationen i den foreliggende sag afviger grundlæggende fra situationen i titandioxid-sagen. Derimod har sagsøgerne gjort gældende, at de lovgivningsprocedurer, som fællesskabslovgiver skal følge i henhold til artikel 95 EF og 133 EF, er uforenelige. Den tyske regering finder heller ikke, at de to retsgrundlag kan forenes. Den omstændighed, at det omtvistede direktiv er vedtaget efter den fælles beslutningsprocedure, mens det i artikel 133, stk. 4, EF bestemmes, at Rådet træffer afgørelse alene, bringer den institutionelle ligevægt i fare [84].

177. For at lette vurderingen af dette tredje punkt vil jeg citere titandioxid-dommens præmisser vedrørende dette spørgsmål [85]: »[...] artikel 100 A foreskriver anvendelse af den samarbejdsprocedure, der er fastsat i traktatens artikel 149, stk. 2, mens den anden bestemmelse, nemlig artikel 130 S, foreskriver, at Rådet skal træffe afgørelse med enstemmighed efter en simpel høring af Europa-Parlamentet [...] I henhold til samarbejdsproceduren træffer Rådet [som hovedregel] [86] afgørelse med kvalificeret

82 — Dette er i også i bedre overensstemmelse med bestemmelserne i den interinstitutionelle overenskomst af 22.12.1998 om fælles retningslinjer for EF-lovgivningens affattelse (EFT 1999 C 73, s. 1).

83 — Nævnt i fodnote 49, præmis 17 ff.

84 — Det argument, sagsøgerne har fremført vedrørende artikel 300, stk. 3, EF, kan i et vist omfang sammenlignes hermed. De har gjort gældende, at denne bestemmelse alene foreskriver en høring af Parlamentet. Det vil ikke være passende ud fra et konstitutionelt synspunkt at styrke Parlamentets rolle i beslutningsprocessen. Jeg vil ikke komme nærmere ind på dette argument, da den pågældende bestemmelse alene vedrører indgåelse af internationale aftaler.

85 — Nævnt i fodnote 49, præmis 18-20.

86 — Min tilføjelse.

flertal [...] Dette grundlæggende element i samarbejdsproceduren ville blive overflødiggjort, såfremt Rådet, på grund af den samtidige henvisning til artikel 100 A og artikel 130 S, under alle omstændigheder var forpligtet til at træffe afgørelse med enstemmighed. Selve formålet med samarbejdsproceduren, som er at styrke Europa-Parlamentets deltagelse i Fællesskabets lovgivningsproces, ville således blive bragt i fare. Domstolen har imidlertid [...] udtalt, at denne deltagelse på fællesskabs[plan] er en afspejling af et grundlæggende demokratisk princip, hvorefter folkene deltager i udøvelsen af magten ved hjælp af en repræsentativ forsamlings medvirken.«

178. To grundlæggende forhold er her på spil, nemlig dels muligheden for (i visse tilfælde) at træffe afgørelse med kvalificeret flertal, dels Parlamentets prærogativer. Ingen af disse forhold har betydning for den foreliggende sag. Ganske vist henviser artikel 95 EF til den fælles beslutningsprocedure, og det gør artikel 133 EF ikke, men dette betyder ikke, at disse to hjemler ikke kan anvendes på samme tid. Jeg udleder af titandioxid-dommen, at det faktisk er den fælles beslutningsprocedure, der skal anvendes, og at lovgiver ved ikke at gøre dette tilsidesætter Parlamentets prærogativer [87].

179. Med hensyn til den tyske regerings synspunkt vedrørende den institutionelle ligevægt har jeg følgende bemærkning. Efter min opfattelse bygger dette synspunkt på en urigtig fortolkning af titandioxid-dommen. Selv om den institutionelle ligevægt spiller en væsentlig rolle i Domstolens afgørelse, henviser den imidlertid direkte til Parlamentets prærogativer og de demokratiske principper, disse bygger på.

180. Jeg kan ikke se, hvorledes anvendelse af den fælles beslutningsprocedure i den foreliggende sag skulle kunne tilsidesætte nogen hensyn. Tværtimod er det den mest krævende procedure, der er blevet fulgt, og det er den, der giver mulighed for at tage hensyn til det størst mulige antal interesser. Hvad angår den institutionelle ligevægt forekommer det mig, at hvis der i fællesskabsretten er en procedure, der tager sigte på at sikre en optimal ligevægt mellem myndighederne, så er det netop den fælles beslutningsprocedure. Traktatens forfattere har i øvrigt også bekræftet, at denne procedure foretrækkes. I forbindelse med de seneste traktatændringer i Amsterdam og Nice er denne procedure blevet valgt i stadig flere tilfælde.

181. Endelig skal jeg anføre, at selv om der skulle være sket en tilsidesættelse af Rådets anerkendte interesse i at kunne træffe afgørelser alene, er det fællesskabslovgiver selv — og dermed også Rådet — der har valgt ikke at tage hensyn til denne interesse. Fællesskabslovgiver kunne nemlig have

87 — Dermed kan den foreliggende sag sammenlignes med titandioxid-sagen. De traktatbestemmelser, der citeres i titandioxid-dommen, er enten blevet ændret (nemlig artikel 130 S, nu artikel 175 EF) eller ophævet (artikel 149, stk. 2).

anvendt samme teknik som i direktivet om spædbørnsmad og vedtaget et særskilt direktiv for de varer, der er bestemt til eksport. At jeg er mindre glad for denne fremgangsmåde, er uden betydning.

182. For at vende tilbage til den foreliggende sag konkluderer jeg, at Domstolens praksis i princippet ikke er til hinder for, at artikel 133 EF anvendes som hjemmel samtidig med artikel 95 EF, idet procedurerne for vedtagelse af retsakter i disse to bestemmelser er indbyrdes forenelige. For at vurdere, om det virkelig var muligt for ikke at sige nødvendigt også at anvende artikel 133 EF som hjemmel i den foreliggende sag, må man se på det mål, fællesskabslovgiverne havde sat sig.

F — *Artikel 133 EF og eksport af varer til tredjelande*

183. I det foregående har jeg fastslået, at artikel 95 EF kan anvendes som hjemmel til at lade direktivet gælde for fremstilling af cigaretter uafhængigt af cigaretternes bestemmelsessted. Følgelig kunne hele direktivet have været vedtaget med hjemmel i artikel 95 EF. Men da lovgiver ligeledes har valgt artikel 133 EF som hjemmel, er det nødvendigt at afgøre, om denne artikel kan anvendes som hjemmel til at begrænse cigareteksporten til tredjelande. Jeg skal her nævne, at fællesskabslovgiver først under den foreliggende sag — dvs. efterfølgende — har angivet, at det faktisk også var hensigten at regulere eksporten. I slutningen af dette afsnit vil jeg vende tilbage til spørgsmålet, om en foranstaltning kan bygge på en efterfølgende begrundelse. I øvrigt vil jeg følge nogenlunde samme fremgangsmåde som i afsnit VII — D. Jeg begynder med en kort oversigt over gældende fællesskabslovgivning og giver derefter en analyse af fællesskabslovgivers lovgivningsbeføjelser, som efter min opfattelse er vide. Endelig vil jeg undersøge, om fællesskabslovgiver har holdt sig inden for sit kompetenceområde.

1. Fremførte argumenter

184. Som nævnt ovenfor har Parlamentet og Rådet under retsmødet erklæret, at direktivet også tager sigte på at regulere eksporten. Derfor finder de, at det har været berettiget at tilføje artikel 133 EF som hjemmel. Dette synspunkt er blevet støttet af Kommissionen og nogle af de regeringer, der har afgivet indlæg. Der er i denne forbindelse fremkommet en række argumenter, der har betydning for min vurdering af spørgsmålet:

— Det Forenede Kongeriges regering har gjort gældende, at det var berettiget at

anvende artikel 133 EF som hjemmel, idet direktivets artikel 3 og 7 fastlægger entydige principper, der vedrører den fælles handelspolitik. Artikel 95 EF er blot en sekundær hjemmel for fremstilling af cigaretter med henblik på eksport til tredjelande.

185. De væsentligste indsigelser mod anvendelse af artikel 133 EF som hjemmel er følgende:

— Ifølge sagsøgerne er hovedformålet med den kompetence, der er tillagt Fællesskabet på den fælles handelspolitiks område, at sikre, at samhandelen mellem medlemsstaterne og tredjelande ikke medfører forstyrrelser af handelen inden for Fællesskabet.

— Den nederlandske regering har henvist til direktivets ellevte betragtning, ifølge hvilken eksportordningen er et led i den fælles handelspolitik. At direktivet samtidig forfølger (eller utilsigtet opnår) formål, der ikke vedrører handelspolitik, ændrer ikke noget ved denne situation [88].

— Sagsøgerne har ligeledes gjort gældende, at direktivet har til formål at beskytte sundheden, og at det således ikke kan have hjemmel i artikel 133 EF. Artikel 133 EF giver Fællesskabet kompetence til at fremme handelen og ikke til at begrænse den. Den græske regering har udtrykt sig i samme retning.

— Kommissionen finder, at det er i EU's handelsmæssige interesse at anvende kvalitetsstandarder for eksportvarer, idet sådanne standarder gør det muligt at forhindre dumping af produkter af ringere kvalitet på verdensmarkedet. Alene af denne grund kan artikel 133 EF tjene som hjemmel.

— I forlængelse heraf finder den tyske regering, at foranstaltninger med hjemmel i artikel 133 EF skal have til formål at påvirke handelsstrømmene med tredjelande. Det primære er liberalisering og ikke begrænsning af handelen. Selv om artikel 133 EF faktisk giver mulighed for at træffe restriktive for-

88 — Dom af 29.3.1990, sag C-62/88, Grækenland mod Rådet, Sml. I, s. 1527, præmis 17-20.

anstaltninger, må dette alene ske som led i en foranstaltning, der tager sigte på liberalisering.

— Såvel den tyske som den luxembourgske regering har nævnt den beskyttelse af folkesundheden i tredjelande, som direktivet sikrer. Herved får direktivet ekstraterritoriale virkninger, selv om det — idet der ikke findes internationale standarder — må være importlandene selv, der skal fastsætte sundhedsnormer.

2. Artikel 133 EF og eksport af varer til tredjelande: en kort oversigt

186. Der findes fællesskabslovgivning, der vedrører eksport af varer, og som har hjemmel i artikel 133 EF på mange områder og med mange forskellige formål. Lovgivningen er ofte baseret på internationale aftaler. Som eksempel kan jeg nævne forordninger, der pålægger visse lande sanktioner [89], samt de forordninger, der fastsatte bestemmelserne til modvirkning af eksport af narkotika eller varemærkeforfalskede varer [90]. Ofte kan der også være tale om ensidig fællesskabslovgivning, således som tilfældet er med direktiv 98/43 om tobaksvarer. Et nyere eksempel er rammeforordningen vedrørende fødevarelovgivningen [91], som jeg vil vende tilbage til i punkt 190 nedenfor.

187. I øvrigt findes der også forordninger vedrørende eksport af varer, der falder uden for området for artikel 133 EF. Eksempelvis på landbrugsområdet har Kommissionen vedtaget en beslutning [92], der som en hasteforanstaltning som led i bekæmpelsen af kogalskab forbyder enhver eksport af britisk kvæg og kød af kvæg. Denne foranstaltning finder tillige anvendelse på eksport til tredjelande, hvilket er bemærkelsesværdigt, idet de rådsforordninger, der danner grundlag for denne beslutning, alene vedrører handelen inden for Fællesskabet. Kommissionen begrundede

89 — F.eks. Rådets forordning (EØF) nr. 990/93 af 26.4.1993 om handel mellem Det Europæiske Økonomiske Fællesskab og Den Føderative Republik Jugoslavien (Serbien og Montenegro) (EFT L 102, s. 14), som var genstand for Bosphorus-sagen (dom af 30.7.1996, sag C-84/95, Sml. I, s. 3953).

90 — Rådets forordning (EØF) nr. 3677/90 af 13.12.1990 om foranstaltninger til modvirkning af ulovlig anvendelse af visse stoffer til fremstilling af narkotika og psykotropiske stoffer (EFT L 357, s. 1). Selv om de varer, der er omfattet af denne forordning, har virkninger, der til en vis grad kan sammenlignes med tobaksvarers, ligger forordningen dog indholdsmæssigt langt fra det direktiv, der er anfægtet i den foreliggende sag. Se desuden Rådets forordning (EF) nr. 3295/94 af 22.12.1994 om foranstaltninger med henblik på at forbyde overgang til fri omsætning, udførsel, genudførsel og henførsel under en suspensionsprocedure af varemærkeforfalskede og piratkopierede varer (EFT L 341, s. 8). Ved denne forordning forbydes overgang til fri omsætning, udførsel og genudførsel af varemærkeforfalskede og piratkopierede varer.

91 — Forordning nr. 178/2002 (jf. fodnote 65). Denne forordning har hjemmel i artikel 37 EF, 95 EF, 133 EF og artikel 152, stk. 4, litra b), EF.

92 — Kommissionens beslutning 96/239/EF af 27.3.1996 om visse hasteforanstaltninger til beskyttelse mod bovinspongiform encephalopati (EFT L 78, s. 47).

denne foranstaltning med, at der var risiko for reimport [93].

188. Tre retsakter har særlig interesse for vurderingen af den foreliggende sag.

189. Grundreglerne for anvendelsen af artikel 133 EF på eksport blev fastlagt i Rådets forordning (EØF) nr. 2603/69 af 20. december 1969 om fastlæggelse af en fælles udførselsordning [94]. Hovedreglen, der findes i artikel 1, siger, at udførsel principielt ikke er undergivet kvantitative restriktioner. Artikel 11 giver imidlertid medlemsstaterne mulighed for at indføre nationale udførselsrestriktioner med henblik på at beskytte en af de i artikel 30 EF omhandlede interesser.

190. Artikel 133 EF er hjemmelen for de EF-produktionskrav, der gælder for eksport inden for den — vide — rammeforordning om fødevarelovgivningen [95]. Et centralt element i denne forordning er beskyttelsen af EU- og tredjelandsborgernes sundhed og sikkerhed. Fødevarer, der skal eksporteres til tredjelande og markedsføres dér, skal opfylde samme krav som dem, der gælder for fødevarer bestemt til internt forbrug. Fødevarer må ikke være sundhedsskadelige eller, hvis der er tale om foder, farlige.

191. Rådets direktiv 92/52/EØF af 18. juni 1992 om eksport til tredjelande af modermælkserstatninger og tilskudsblandinger til spædbørn og småbørn [96] blev netop vedtaget med henblik på at regulere eksporten. Direktivet, der har hjemmel i artikel 133 EF, supplerer tidligere direktiver indeholdende (lignende) produktkrav for modermælkserstatninger og tilskudsblandinger til spædbørn og småbørn bestemt til det indre marked [97]. Formålet med dette direktiv er at beskytte spædbørnssundheden i tredjelande. De i direktivet fastsatte produktkrav er i overensstemmelse med de fællesskabsregler, der finder anvendelse på det indre

93 — Det Forenede Kongerige anlagde sag mod Kommissionen ved Domstolen med påstand om annullation af denne beslutning, og Kommissionen blev frifundet ved dom af 5.5.1998, sag C-180/96, Sml. I, s. 2265. Jf. tillige punkt 234 nedenfor. Jf. ligeledes de miljøforordninger, der er vedtaget med hjemmel i artikel 175 EF, f.eks. Rådets forordning (EF) nr. 2455/92 af 23.7.1992 om udførsel og indførsel af visse farlige kemikalier (EFT L 251, s. 13). Denne forordning har til formål at beskytte folkesundheden og miljøet såvel i Fællesskabet som i tredjelande. Forordningens bestemmelser er til dels resultatet af et samarbejde med internationale organisationer som f.eks. De Forenede Nationers Miljøprogram (UNEP) og De Forenede Nationers Levnedsmiddel- og Landbrugsorganisation (FAO).

94 — EFT 1969 II, s. 573.

95 — Jf. fodnote 65.

96 — EFT L 179, s. 129.

97 — Rådets direktiv 89/398/EØF af 3.5.1989 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om levnedsmidler bestemt til særlig ernæring (EFT L 186, s. 27) og Kommissionens direktiv 91/321/EØF af 14.5.1991 om modermælkserstatninger og tilskudsblandinger til spædborn og småborn (EFT L 175, s. 35).

marked, og med de internationale Codex Alimentarius-normer [98].

192. Sammenfattende kan jeg fastslå, at fællesskabslovgiver med hjemmel i artikel 133 EF fastsætter regler for eksport af varer med forskellige mål for øje. Der har uden tvivl ikke alene været tale om handelspolitik i snæver forstand og forstået som handelsfremme, men netop også om at begrænse eksporten af bestemte varer for at tilgodese andre almene hensyn.

3. Kompetencen i henhold til artikel 133 EF

193. Det første spørgsmål, der skal besvares, er, om artikel 133 EF kan anvendes som hjemmel for en lovgivning, hvis primære formål er at beskytte folkesundheden. Dette spørgsmål er ikke væsentligt forskelligt fra det spørgsmål, jeg stillede i forbindelse med artikel 95 EF. Med andre ord er spørgsmålet, om også artikel 133 EF skal anses for at tillægge fællesskabslovgiver en funktionel kompetence, som den har brug for med henblik på at vedtage foranstaltninger med eksterne virkninger.

194. Det fremgår af retspraksis, at fællesskabslovgivers kompetence kan fortolkes vidt. Domstolen fastslog i sin udtalelse 1/78, at »EØF-traktatens artikel 113 [ikke kan] påtrykkes en fortolkning, hvis virkning ville være, at den fælles handelspolitik begrænses til anvendelse af midler, som alene påvirker de traditionelle dele af den ydre handel«. Domstolen tilføjede, at »opregningen i artikel 113 af den fælles handelspolitiks formål [...] er udformet som en ikke-udtømmende opregning« [99]. Selv om »liberaliseringen af samhandelen var det vigtigste formål på det tidspunkt, da traktaten blev udarbejdet«, er også andre formål, f.eks. udviklingsformål, kommet til at spille en væsentlig rolle [100].

195. Udtalelsen viser, at artikel 133 EF ikke alene har til formål at fremme Den Europæiske Unions samhandel med tredje-

98 — Lovgiver har anvendt samme teknik i lovgivningen vedrørende radioaktiv kontamination af levnedsmidler og foder. Rådets forordning (EØF) nr. 2219/89 af 18.7.1989 om særlige betingelser for udførsel af levnedsmidler og foder efter nukleare ulykker eller i andre tilfælde af strålingsfare (EFT L 211, s. 4), der har hjemmel i artikel 133 EF, forbyder eksport af levnedsmidler og foder, hvor radioaktivitetsniveauet overstiger de maksimalt tilladte niveauer, der er fastsat for produkter bestemt til internt forbrug. De maksimalt tilladte niveauer for radioaktivitet i levnedsmidler og foder er fastsat i Rådets forordning (Euratom) nr. 3954/87 af 22.12.1987 om fastsættelse af de maksimalt tilladte niveauer for radioaktivitet i levnedsmidler og foder som følge af nukleare ulykker eller andre tilfælde af strålingsfare (EFT L 371, s. 11), som ændret ved forordning (Euratom) nr. 2218/89 (EFT L 211, s. 1).

99 — Udtalelse af 4.10.1979, Sml. s. 2871, præmis 44 og 45.

100 — Jf. i denne forbindelse tillige dom af 26.3.1987, sag 45/86, Kommissionen mod Rådet, Sml. s. 1493.

lande. Lovgiver kan tillige anvende artiklen som hjemmel for at fremme andre offentlige interesser f.eks. ved at undergive handelen kvalitative betingelser. Domstolens praksis bekræfter således, at begrebet fælles handelspolitik skal fortolkes vidt, hvilket det også bliver i praksis i fællesskabslovgivningen.

196. Kompetencen til at lade andre højtprioriterede offentlige interesser spille en rolle, kan også udledes af forordning nr. 2603/69. Forordningen tillader, at medlemsstaterne begrænser eksporten, når det sker for at beskytte almene hensyn som omhandlet i artikel 30 EF. Den omstændighed, at medlemsstaterne har fået en sådan kompetence, indebærer i sig selv, at Fællesskabet også må kunne gribe ind for at fremme sådanne interesser. Et ensidigt indgreb fra medlemsstaternes side vil nemlig kunne bringe den fælles handelspolitik, der henhører under Fællesskabets enekompetence, i fare. Fællesskabslovgiver skal således af hensyn til handelen kunne erstatte disse ensidige nationale foranstaltninger med fællesskabsforanstaltninger. Men fællesskabsindgrebet må heller ikke have til følge, at andre offentlige interesser beskyttes mindre godt. Hvad angår beskyttelsen af folkesundheden har artikel 152, stk. 1, EF stor betydning, idet det heri kræves, at der ved fastlæggelsen og gennemførelsen af alle Fællesskabets politikker og aktiviteter skal sikres et højt sundhedsbeskyttelsesniveau. Også her er det relevant at sammenligne med den interne samhandel. Det er netop, fordi artikel 30 EF giver mulighed for at indføre handelshindringer, at Fællesskabet skal kunne gribe ind — med hjemmel i artikel 95 EF.

197. Sammenfattende må det fastslås, at artikel 133 EF tillægger Fællesskabet en kompetence til at gribe ind på eksternt plan, der stort set svarer til den kompetence, artikel 95 EF giver til at gribe ind på internt plan [101]. Der er også her tale om en funktionel kompetence.

198. Jeg skal i den forbindelse bemærke, at der også i GATT-overenskomstens artikel XX er fastsat undtagelser med henblik på visse offentlige interesser som f.eks. sundhedsbeskyttelse. Dette er også helt logisk. Fremme af frihandel indebærer, at der også må kunne stilles forhåndsbetingelser, der skal opfyldes af denne handel. Det er forkert at forveksle disse forhåndsbetingelser med handelshindringer, således som sagsøgerne synes at gøre.

199. Den tyske og den luxembourgske regering har rejst spørgsmålet om direktivets ekstraterritoriale rækkevidde og påpeget, at de krav, der er fastsat for cigaretter

101 — For at illustrere dette henviser jeg til generaladvokat Jacobs' forslag til afgørelse i Werner-sagen, hvori han anfører, at artikel 11 i forordning nr. 2603/69 for størstedelens vedkommende skal fortolkes på samme måde som artikel 30 EF (dom af 17.10.1995, sag C-70/94, Sml. I, s. 3189).

bestemt til eksport, i realiteten indebærer en beskyttelse af folkesundheden i tredjelande. Jeg finder ligesom disse regeringer, at denne beskyttelse — i hvert fald primært — er en opgave for regeringerne i de importerende lande. Spørgsmålet er imidlertid, om dette betyder, at eksport ikke længere kan underlægges nogen krav.

200. Her kommer vi ind på det følsomme område for ekstraterritoriale beskyttelsesforanstaltninger. Holdningerne til sådanne foranstaltningers lovlighed er meget varierende afhængig af, hvorledes begrebet handelspolitik opfattes. Domstolen har endnu ikke udtrykkeligt taget stilling til sådanne foranstaltningers lovlighed. Heller ikke Verdenshandelsorganisationen formår at give et entydigt billede af situationen, i hvert fald ikke når der er tale om eksportforanstaltninger [102].

201. Mit svar på dette spørgsmål er som følger. De krav, der stilles til produkter bestemt til eksport, kan inddeles i tre kategorier. Den første kategori omfatter krav, der udspringer af internationale aftaler, den anden kategori udgøres af ensidige fællesskabskrav, der gælder for det indre marked, og som ligeledes kan anvendes på eksport, og til den tredje kategori hører de krav, der udelukkende stilles til eksport.

202. Efter min opfattelse er de krav, der tilhører den første og anden kategori, normalt lovlige som følge af den vide fortolkning af begrebet fælles handelspolitik, der fremgår såvel af Domstolens praksis som af lovgivningspraksis.

203. Hvad angår første kategori er der i hvert fald intet til hinder for ekstraterritoriale beskyttelsesforanstaltninger, såfremt disse bygger på internationale standarder. Artikel 133 EF er det instrument, der giver Fællesskabet mulighed for at gennemføre internationale handelsaftaler. Denne type standarder udgør grundlaget for reguleringen af eksporten af spædbørnsmad.

204. Så er der den anden kategori af krav, hvortil kravene i tobaksdirektivet må henregnes. Fællesskabslovgiver kan forbyde eksport af produkter af dårlig kvalitet, der også er forbudte i det indre marked. Hvis handelen skal bevare sin troværdighed, er det vigtigt, at sådanne produkter af dårlig kvalitet ikke trænger ind på markedet. Hvad angår det indre marked anerkendte Domstolen i øvrigt denne begrundelse i Alpine Investments-dommen [103]. Det er i denne forbindelse uden betydning, om

102 — Der er dog to sager, hvor et GATT-panel har fastslået, at tunimport ikke kan forbydes for at beskytte miljøet i et andet land. Jf. www.wto.int, Committee on Trade and Environment, GATT/WTO Dispute Settlement Practice relating to Article XX, Paragraphs (b), (d) and (g) of GATT, document symbol WT/CTE/W/53.

103 — Dom af 10.5.1995, sag C-384/93, Sml. I, s. 1141. Domstolen fastslog i dommens præmis 43, at uagtet forbrugerbeskyttelsen på andre medlemsstaters område ikke som sådan påhviler en medlemsstats myndigheder, har denne beskyttelses karakter og omfang dog direkte indvirkning på handelssektorens omdømme.

sagen vedrører defekte eller farlige produkter eller — som i den foreliggende sag — produkter, der udgør en sundhedsrisiko. I denne forstand er jeg enig med Kommissionen, hvis argumenter jeg har behandlet i punkt 184 ovenfor. Det er sådanne overvejelser, der ligger til grund for forbuddet mod at eksportere skadelige levnedsmidler.

205. Helt konkret indebærer min opfattelse, at det kun er nødvendigt at besvare spørgsmålet om lovligheden af ekstraterritoriale beskyttelsesforanstaltninger for så vidt angår de ensidige foranstaltninger, der vedtages af Fællesskabet (eller en medlemsstat), og som alene vedrører eksport og således ikke samtidig gælder i det indre marked. Der kan i betragtning af direktivets indhold ses bort fra dette spørgsmål i den foreliggende sag.

4. Grænserne for kompetencen i henhold til artikel 133 EF

206. I udtalelse 2/00 om Cartagena-protokollen [104] fastslog Domstolen, at en vid fortolkning fra fællesskabslovgivers side ikke kan medføre, at traktatens særlige bestemmelser om — i det tilfælde — miljøbeskyttelsespolitikken vil miste en stor del af sit indhold som følge af, at artikel 133 EF vil finde anvendelse, så snart det konstateres, at fællesskabsaktionen kan få konsekvenser for samhandelen. Denne udtalelse fra Domstolen er endvidere alene relevant i de tilfælde, hvor det som følge af procedureforskelle er nødvendigt at vælge hjemmel [105]. I sådanne tilfælde er det nødvendigt at overveje, hvilket område en foranstaltning i hovedsagen henhører under. Ofte er det dog muligt at anvende flere hjemler samtidigt.

207. Udtalelse 2/00 vedrørte grænsen mellem den fælles handelspolitik og Fællesskabets kompetence til at beskytte særlige offentlige interesser. Men der skal fastlægges endnu en grænse, nemlig grænsen mellem den fælles handelspolitik forstået som samhandel med tredjelande og det indre marked.

208. Ifølge Domstolen er den omstændighed, at en foranstaltning også vedrører import til Fællesskabet, ikke i sig selv tilstrækkelig til, at artikel 133 EF kan anvendes [106]. Sagen vedrørte ensartede regler for handel med bestemte kødprodukter. Den eneste grund til, at også import blev berørt, var, at der i foranstaltningen ikke sondredes mellem produkter med oprindelse i tredjelande og produkter med oprindelse i Det Europæiske Fællesskab. Hvad der gælder for import, gælder efter

104 — Nævnt i fodnote 77, præmis 40.

105 — I denne forstand ligger udtalelsen i forlængelse af titandioxid-dommen, der er nævnt i fodnote 49.

106 — Dom af 16.11.1989, sag C-131/87, Kommissionen mod Rådet, Sml. s. 3743, præmis 28.

min opfattelse tillige for eksport. Den blotte omstændighed, at en produktforskrift, der gælder for det indre marked, finder anvendelse på produkter, der fremstilles med henblik på eksport til tredjelande, indebærer ikke automatisk, at artikel 133 EF kan anvendes som hjemmel.

209. Derimod var der intet til hinder for at basere forordningen om begrænsning af importen af landbrugsprodukter til Den Europæiske Union umiddelbart efter Tjernobyl-katastrofen på artikel 133 EF[107]. Domstolens afgørelse var primært baseret på forordningens formål. Fællesskabsbestemmelserne skulle sikre forbrugernes sundhed, opretholde markedets enhed og forebygge fordrejninger i samhandelen uden at gribe utilbørligt ind i samhandelen mellem Fællesskabet og tredjelande.

210. Den 15. november 1994 afgav Domstolen en udtalelse[108] om Fællesskabets kompetence til at indgå TRIPs-aftalen[109]. Domstolen udtalte, at intellektuelle ejendomsrettigheder ikke specielt vedrører den internationale samhandel, lige så lidt som de specielt vedrører det indre marked, og at artikel 133 EF derfor ikke var rette hjemmel i det tilfælde.

211. Jeg opsummerer: Afgrænsningen af artikel 133 EF har to dimensioner. Den første grænse er vid: Artikel 133 EF kan anvendes for at beskytte andre offentlige interesser end den internationale handels interesser i sig selv. Udøvelsen af denne kompetence må imidlertid ikke komme i konflikt med de særlige beføjelser, der er tildelt fællesskabsinstitutionerne. Den anden grænse er snævrere: Når en foranstaltning i hovedsagen tager sigte på at regulere den interne handel, kan artikel 133 EF ikke finde anvendelse, end ikke hvis der er såvel importvarer som eksportvarer involveret.

212. Når dette er sagt, finder jeg, at kompetencen i henhold til artikel 95 EF og kompetencen i henhold til artikel 133 EF er sammenlignelige og supplerer hinanden. Hvad artikel 95 EF er for det indre marked, er artikel 133 EF for det eksterne marked. Artikel 133 EF kan alene tjene som hjemmel for en lovgivning, som reelt også vedrører det eksterne marked, og hvis konsekvenser for det eksterne marked er mere end blot bivirkninger.

5. Direktivet

213. Tager jeg de begrundelser, som Parlamentet og Rådet har fremført under retsmødet — dvs. efterfølgende — som

107 — Dommen i sagen Grækenland mod Rådet (der er nævnt i fodnote 88, præmis 14-16).

108 — Udtalelse 1/94, Sml. I, s. 5267, præmis 57.

109 — Denne aftale findes i bilag I C til overenskomsten om oprettelse af Verdenshandelsorganisationen, der blev godkendt på Det Europæiske Fællesskabs vegne ved Rådets afgørelse 94/800/EF af 22.12.1994 (EFT L 336, s. 1).

udgangspunkt, når jeg til den konklusion, at artikel 133 EF kan tjene som hjemmel for de eksterne virkninger. I denne forbindelse anser jeg lovgivningens formål for afgørende. Helt konkret har fællesskabslovgiver ved at fastsætte et fremstillingsforbud haft til hensigt at underkaste cigareteksporten til tredjelande reelle betingelser.

214. Denne vurdering bygger på følgende forhold:

— Artikel 133 EF indfører en funktionel kompetence, der kan udøves for at underlægge vareeksport kvalitative forhåndsbetingelser.

— Beskyttelsesforanstaltningernes ekstraterritoriale virkning retfærdiggøres af deres indhold, idet det kun er eksporten af cigaretter af dårlig kvalitet, som ikke er tilladte i det indre marked, der forbydes.

— Principielt kan artikel 95 EF og artikel 133 EF anvendes samtidigt som hjemmel.

— Foranstaltningen vedrører faktisk det eksterne marked, og de eksterne virkninger er mere end bivirkninger.

215. Jeg skal her endnu en gang fastslå, at direktivet hvad angår eksterne virkninger kan sammenlignes med anden produktlovgivning, hvorved borgernes sundhed i tredjelande beskyttes. Jeg har allerede nævnt rammeforordningen om fødevarer og lovgivningen om spædbørnsmad [110].

216. Alligevel føler jeg mig bundet af de grunde, fællesskabslovgiver har anført i direktivets ellevte betragtning. Det fremgår nemlig af fast retspraksis vedrørende artikel 253 EF, at det klart og utvetydigt skal fremgå af begrundelsen, hvilke betragtninger den institution, som har udstedt retsakten, har lagt til grund, således at de berørte parter kan gøre sig bekendt med baggrunden for den trufne foranstaltning, og Domstolen kan udøve sin kontrol [111]. I betragtning af begrundelsespligtens funktion er det ikke tilstrækkeligt at fremføre begrundelser efterfølgende, når Domstolen tilfældigt får forelagt et spørgsmål. Ganske vist kan lovgiver præcisere sine grunde under en sag anlagt ved Domstolen, men dette er ikke ensbetydende med, at lovgiver kan give en helt ny begrundelse.

217. Som jeg allerede har nævnt i punkt 86 fremgår det af ellevte betragtning, at direktivet finder anvendelse på eksport for at sikre, at det indre markeds bestemmelser ikke undermineres. Direktivets virkninger

110 — Jf. punkt 190 og 191.

111 — Jf. f.eks. dom af 8.11.2001, sag C-228/99, Silos, Sml. I, s. 8401, præmis 27.

for den eksterne handel er således ikke andet end bivirkninger. Disse virkninger er et resultat af lovgivningen vedrørende det indre marked, og allerede derfor kan artikel 133 EF ikke tjene som hjemmel for direktivet.

218. Ifølge begrundelsen er formålet med foranstaltningen nemlig ikke at pålægge cigarethandelen med tredjelande restriktioner. Foranstaltningen kan derfor heller ikke anses for at udgøre en del af den fælles handelspolitik. At foranstaltningen alligevel påvirker handelen med tredjelande, er i denne forbindelse uden betydning. Jeg henviser i denne forbindelse til Domstolens formulering i bioteknologidommen [112]. Kort sagt er direktivets anvendelighed på cigaretter, der er bestemt til eksport, blot et accessorisk eller underordnet formål med direktivet og ikke direktivets »raison d'être«.

219. På dette grundlag konkluderer jeg, at artikel 133 EF med urette er blevet anvendt som anden hjemmel for direktivet. Også eksportreglerne kunne og burde være baseret på artikel 95 EF.

112 — Jf. fodnote 46.

G — *Retlig konsekvens af en urigtig anvendelse af artikel 133 EF*

220. Spørgsmålet er nu, hvilken retsfølge denne formelle mangel har: Medfører den, at direktivet bliver ugyldigt? Det mener jeg ikke, for selv om artikel 133 EF falder væk som hjemmel, har direktivet fortsat tilstrækkelig hjemmel, nemlig artikel 95 EF. Ser man på direktivets tilblivelseshistorie, vil det endvidere fremgå, at artikel 133 EF på en måde ganske overflødigt blev tilføjet som hjemmel. Når denne overflødige hjemmel falder væk, består den oprindelige hjemmel fortsat.

221. Hertil kommer, at den formelle mangel alene betyder, at der ikke er givet en korrekt begrundelse for direktivet. En urigtig formulering i betragtningerne til et direktiv må ikke forveksles med en urigtig formulering i direktivets dispositive del. En urigtig formulering i den dispositive del medfører, at den pågældende bestemmelse ikke kan anvendes. I et sådant tilfælde skal Domstolen helt eller delvis annullere direktivet. En urigtig formulering i betragtningerne betyder alene, at direktivet ikke kan baseres på den pågældende betragtning eller hjemmel. Herefter skal Domstolen afgøre, om direktivet uden denne betragtning eller hjemmel er tilstrækkelig begrundet.

222. Jeg finder dog ikke, at en opretholdelse af et direktiv som det, der er tale om i den foreliggende sag, selv om direktivet er

mangelfuldt begrundet, bør tilskynde fællesskabslovgiver til at begrunde sine retsakter så bredt som muligt. Enhver begrundelse kan nemlig fortsat underkastes domstolsprøvelse. Ved denne domstolsprøvelse vil udgangspunktet være et grundlæggende kendetegn ved fællesskabsretten, nemlig at EF-traktaten på udtømmende måde tillægger fællesskabslovgiver en række beføjelser. Denne tillæggelse af beføjelser er selve kernen i kompetencefordelingen mellem Fællesskabet og medlemsstaterne. Den rette udøvelse af disse beføjelser kræver rettidig omhu og er underkastet Domstolens kontrol. Det er ikke for ingenting, at artikel 7 EF fastlægger det fællesskabsretlige princip, at en institution skal handle inden for rammerne af de beføjelser, som er tillagt den.

VII — Gennemgang af det første spørgsmål: mulig tilsidesættelse af retsprincipper

223. Selv om det må konkluderes, at den rette hjemmel er valgt, betyder dette ikke nødvendigvis, at direktivet er gyldigt. Der kan nemlig være andre ugyldighedsgrunde som f.eks. en tilsidesættelse af retsprincipper. Den forelæggende ret ønsker med sit spørgsmål, punkt c)-g), at opnå Domstolens stillingtagen hertil. Jeg vil i den foreliggende sag især lægge vægt på, om proportionalitetsprincippet eventuelt er blevet tilsidesat, idet det kun er i forbindelse med dette retsprincip, at der kan opstå alvorlig tvivl om direktivets gyldighed. Det er åbenbart, at de øvrige retsprincipper, der er nævnt af den nationale ret, ikke — i hvert fald ikke i sig selv — har samme retlige konsekvens. Det samme gælder for princippet om beskyttelse af ejendomsretten, selv om jeg vil behandle dette spørgsmål nærmere nedenfor.

A — *Proportionalitetsprincippet*

224. Jeg vil først overveje proportionalitetsprincippets betydning for direktivet som helhed. Jeg vil herefter mere specifikt se på proportionaliteten af reglerne for cigaretter bestemt til eksport, og først til sidst vil jeg undersøge proportionaliteten af direktivets artikel 7.

1. Almindelige bemærkninger

225. Vurderingen af proportionalitetsprincippet omfatter i den foreliggende sag flere aspekter. For det første er fællesskabslovgivers forpligtelse til at sørge for tilstrækkelig beskyttelse af offentlige interesser ubestridt for så vidt angår beskyttelsen af folkesundheden. På dette punkt adskiller fællesskabslovgiver sig ikke fra den nationale lovgiver. Som Kommissionen i øvrigt har anført under retsforhandlingerne, har domstolsprøvelsen et begrænset omfang. Domstolen eller Retten alene kan undersøge, om fællesskabslovgiver har overskredet

grænserne for sin kompetence. En af disse grænser sættes af proportionalitetsprincippet, og jeg skal her henvise til punkt 120 og 121 ovenfor.

226. I mit forslag til afgørelse i Hahn-sagen [113] har jeg henvist til Domstolens faste praksis, hvorefter menneskers liv og sundhed [indtager] dens vigtigste plads blandt de goder og hensyn, der er beskyttet i henhold til artikel 30 EF. Når der ikke er sket nogen udtømmende harmonisering, tilkommer det medlemsstaterne at afgøre, i hvilket omfang de vil sikre beskyttelsen af menneskers liv og sundhed. I denne forbindelse har medlemsstaterne et vidt skøn, men de skal dog tage hensyn til de krav, de frie varebevægelser stiller. Navnlig omfattes nationale bestemmelser eller praksis ikke af undtagelsen i artikel 30 EF, når folkesundheden kan beskyttes lige så effektivt ved foranstaltninger, der har mindre restriktive virkninger for samhandelen inden for Fællesskabet.

227. Den særlige karakter, beskyttelsen af folkesundheden har, kommer ligeledes til udtryk i artikel 152, stk. 1, EF, hvorefter kravene med hensyn til sundhedsbeskyttelse er en integrerende del af Fællesskabets politikker på andre områder. Domstolen har fremhævet betydningen af denne bestemmelse, bl.a. i forbindelse med den fælles landbrugspolitik [114].

228. I mit forslag til afgørelse i Hahn-sagen kom jeg også ind på forsigtighedsprincippet. Forsigtighedsprincippet og princippet om forebyggende indsats er fastlagt i EF-traktatens afsnit om miljø, men Domstolen har anerkendt, at disse principper også kan tjene som grundlag for foranstaltninger til beskyttelse af folkesundheden. Således har Domstolen godkendt, at disse principper anvendes som retsgrundlag for lovgivningsforanstaltninger, der skal beskytte mod kogalskab [115].

229. Jeg konkluderer således, at sundhedsbeskyttelse er en offentlig interesse, som lovgiver skal kunne beskytte fuldt ud. Værdien af denne offentlige interesse er så stor, at lovgiver kan give den forrang, når han afvejer den over for andre interesser som f.eks. markedsdeltagernes frihed. Dette gælder såvel for de nationale lovgivere som for fællesskabslovgiver, for så vidt sidstnævnte har overtaget beskyttelsen af folkesundheden fra de nationale lovgivere [116].

113 — Forslag til afgørelse af 13.12.2001 (sag C-121/00, Sml. I, s. 9193, s. 9195, punkt 34). Den her citerede holdning går tilbage til dom af 20.5.1976, sag 104/74, De Peijper, Sml. s. 613.

114 — Dommen i sagen Det Forenede Kongerige mod Kommissionen (der er nævnt i fodnote 93, præmis 120). Traktaten indeholder i øvrigt en tilsvarende bestemmelse vedrørende miljøbeskyttelse (artikel 6 EF).

115 — Jf. den i fodnote 114 nævnte dom. Her fandt Domstolen, at sundhedsbeskyttelse i henhold til artikel 174, stk. 1, EF udgør en del af miljøpolitikken, og at dette miljøpolitiske princip derfor også gælder for sundhedsbeskyttelse.

116 — Jf. ligeledes punkt 118 ff. ovenfor.

230. Det er ud fra denne synsvinkel, at jeg anskuer proportionalitetsprincippets rækkevidde. Dette princip indebærer ikke, at to interesser skal afvejes over for hinanden, men vedrører alene valget af den foranstaltning, der er blevet eller er ved at blive vedtaget for at beskytte folkesundheden. Er denne foranstaltning egnet til at nå det fastsatte mål, og findes der ikke en anden — og mindre restriktiv — foranstaltning, der beskytter folkesundheden lige så godt? Den kontrolbeføjelse, Fællesskabets retsinstanser har på dette område, er begrænset.

231. Efter min opfattelse er det klart, at de forpligtelser, der er fastlagt i direktivet, opfylder disse kriterier. Endvidere forekommer de pågældende bestemmelser mig at være yderst velegnede til at bidrage til opnåelsen af det tilstræbte mål, nemlig at beskytte folkesundheden. Ved vedtagelsen af foranstaltninger til begrænsning af tobaksforbruget (eller følgerne heraf) søger lovgiver at finde en balance mellem på den ene side de foranstaltninger, der fremmer sagen, og som under alle omstændigheder må forventes at være effektive, og på den anden side de foranstaltninger, der tager hensyn til, at tobaksforbrug heller ikke kan forbydes fuldstændigt, eller i hvert fald til, at et sådant forbud vil medføre omfattende ulovlig handel. Fællesskabslovgiver synes at have fundet denne balance i den foreliggende sag. Efter min opfattelse findes der ikke mindre restriktive foranstaltninger, der kan beskytte folkesundheden på en lige så effektiv måde.

2. Anvendelighed på eksport

232. Domstolen skal nærmere bestemt undersøge, om det er i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet at lade (artikel 3 i) direktivet finde anvendelse på cigaretter bestemt til eksport til tredjelande. Ovenfor (punkt 213 ff.) har jeg fastslået, at forbuddet i denne artikel især har til formål at modvirke den ulovlige handel med cigaretter i Den Europæiske Union. Spørgsmålet er nu, om dette mål ikke lige så vel kunne være nået gennem foranstaltninger, der virker mindre handelsbegrænsende. Ifølge sagsøgerne er forbuddet i direktivets artikel 3 mod at fremstille cigaretter, der overskrider de i artiklen fastsatte maksimumsindhold, og således mod at eksportere sådanne cigaretter, der er fremstillet i Fællesskabet, i strid med proportionalitetsprincippet.

233. Det er vanskeligt på forhånd at vurdere en sådan foranstaltnings proportionalitet. Der er en asymmetri mellem på den ene side foranstaltningens indhold og virkninger, og på den anden side formålet med foranstaltningen. Det må nemlig formodes, at cigaretter normalt eksporteres til tredjelande for at blive solgt og forbrugt dér, og at det også er dér, det endelige forbrug finder sted i de fleste tilfælde. Men det er hele denne eksport, der underkastes restriktioner med henblik på at forhindre en bivirkning, nemlig den ulovlige handel med disse cigaretter inden for selve Den Europæiske Union.

234. Indledningsvis har sagsøgerne og den tyske regering sat spørgsmålstegn ved foranstaltningens egnethed. De sammenligner foranstaltningen med forbuddet mod eksport af kvæg fra Det Forenede Kongerige efter udbruddet af kogalskab, hvilket forbud Domstolen stadfæstede i dommen i sagen Det Forenede Kongerige mod Kommissionen [117]. Efter deres opfattelse var forbuddet i det tilfælde helt i overensstemmelse med det forfulgte mål, idet kilden til den sundhedsrisiko, forbuddet skulle modvirke, befandt sig i Det Forenede Kongerige, mens kilden til risikoen i den foreliggende sag primært befinder sig uden for Den Europæiske Union. Rådet har til dette argument bemærket, at den i kogalskabssagen omtvistede foranstaltning var væsentligt strengere og mere restriktiv end den, der er fastsat i tobaksdirektivet. Det kan med andre ord siges, at idet foranstaltningen ikke fuldstændigt og effektivt kan fjerne sundhedsrisikoen, har fællesskabslovgiver her valgt en mere begrænset foranstaltning.

235. Jeg finder, at sagsøgerne og den tyske regering har baseret deres vurdering af foranstaltningens egnethed på et forkert grundlag. Hvis formålet er at eliminere det ulovlige forbrug af cigaretter, der ikke opfylder fællesskabskravene, er foranstaltningen naturligvis uegnet, idet en stor del af disse cigaretter har oprindelse uden for Den Europæiske Union. Foranstaltningen har imidlertid et meget mere begrænset formål, nemlig at forhindre, at det indre markeds bestemmelser undermineres, fordi cigaretter, der er fremstillet inden for Den Europæiske Union, men ikke kan markedsføres dér, alligevel bringes på markedet. I betragtning af dette begrænsede formål kan det fastslås, at foranstaltningen er egnet.

236. Jeg finder det vanskeligere at besvare spørgsmålet, om man kunne have fundet en mindre restriktiv foranstaltning. Selv om Rådets bemærkning er relevant, finder jeg den ikke helt korrekt, idet foranstaltningen ikke har begrænset rækkevidde. Som jeg har nævnt, indebærer foranstaltningen et fuldstændigt forbud mod at eksportere cigaretter, der ikke opfylder produktkravene. På den anden side — og dette finder jeg mere væsentligt — bør forbuddets betydning heller ikke overvurderes. En række importlande har nemlig selv stillet tilsvarende — eller endnu strengere — krav til cigaretter, ligesom der for tiden er ved at blive udarbejdet internationale regler for cigaretter. Hertil kommer, at den omstændighed, at Den Europæiske Union garanterer, at ingen cigaretter af dårlig kvalitet vil blive bragt på verdensmarkedet, også kan øge den tillid, forbrugere i tredjelande har til europæiske cigaretter.

237. Efter min opfattelse er der ingen tvivl om, at et fremstillingsforbud er nødvendigt

117 — Nævnt i fodnote 93.

for at nå det med foranstaltningen forfulgte mål. Som jeg har fastslået ovenfor [118]:

— Er der en begrundet risiko for, at der vil opstå et ulovligt marked, enten som følge af reimport, eller fordi cigaretterne udbydes direkte på det ulovlige marked.

— Kræves der for at modvirke denne risiko en indsats på fællesskabsplan, idet ensidige nationale foranstaltninger ikke tillader en effektiv kontrol.

— Vil ensidige nationale foranstaltninger endvidere medføre mærkbare forstyrrelser af det indre marked.

238. Jeg kan ikke se, hvorledes en mindre vidtgående foranstaltning kan sikre samme beskyttelse som et fremstillingsforbud. Som mindre vidtgående foranstaltninger kunne man f.eks. overveje en forpligtelse til at adskille produktionsstrømme, eventuelt suppleret med strengere krav til fabrikanternes beviser for, at cigaretterne virkelig er blevet eksporteret. Men uanset hvor effektive sådanne foranstaltninger er i sig selv, vil de aldrig helt kunne forhindre en sortbørsøkonomi i at opstå, idet en del af denne sortbørsøkonomi skyldes reimport. Hvis det antages, at der i kraft af fællesskabslovgivning, der er let at anvende, opnås en situation, hvor alle — eller næsten alle — cigaretter bestemt til eksport faktisk eksporteres, vil en ulovlig reimport blot blive så meget mere tillokkende.

3. Direktivets artikel 7

239. Sagsøgerne i hovedsagen, Japan Tobacco samt den græske regering har hævdet, at direktivets artikel 7, således som den er begrundet i direktivets 27. betragtning, er i strid med proportionalitetsprincippet. De har for det første hævdet, at foranstaltningen ikke er egnet til at beskytte sundheden, og for det andet, at der findes en mindre restriktiv løsning.

240. Deres hovedargument vedrørende egnetheden af artikel 7 går ud på, at denne artikel er uforenelig med direktivets artikel 3 og 5. De har i det væsentlige gjort gældende, at selv om artikel 3 og 5 indeholder foranstaltninger, der har til formål at få brugeren til at vælge mildere cigaretter, gør artikel 7 det netop vanskeligere at foretage dette valg. Japan Tobacco

118 — Jf. punkt 159-163.

har gjort gældende, at de tekster, som artikel 7 forbyder — og som undertiden kaldes beskrivende tekster — tjener et nyttigt formål, idet de oplyser forbrugerne om tobaksvarens tjære- og nikotinindhold. Ved at forbyde anvendelsen af beskrivende tekster forhindrer artikel 7 netop forbrugerne i at få sådanne oplysninger.

241. Alle disse forhold bevirker, at denne foranstaltning ikke er egnet til at beskytte folkesundheden. Disse argumenter kan tilbagevises med det argument, at de tekster, artikel 7 forbyder, ikke indeholder objektive oplysninger, men snarere vildleder rygerne ved at antyde, at en bestemt tobaksvare er mindre skadelig end andre tobaksvarer.

242. Bag denne diskussion ligger bl.a. en strid om, hvorvidt cigaretter med et lavere tjæreindhold er mindre skadelige end cigaretter med et højere tjæreindhold. De argumenter og beviser, der er påberåbt under sagen, kan ikke løse denne kontrovers. På den ene side finder jeg det tilstrækkeligt godtgjort, at en cigaret med et lavere tjæreindhold i sig selv er mindre skadelig end en cigaret med et højere tjæreindhold, hvilket fællesskabslovgiver da også har taget som udgangspunkt. Dette er grunden til, at lovgiver i direktivets artikel 3 har sænket maksimumsindholdet af tjære og i femte betragtning fremhævet sammenhængen mellem denne skærpelse og tobakkens kræftfremkaldende egenskaber. På den anden side har bl.a. Kommissionen bemærket, at cigaretter med et lavt tjæreindhold indeholder høje koncentrationer af andre skadelige stoffer, hvorfor de fortsat er skadelige. Det er endvidere ikke utænkeligt, at en ryger, der ryger cigaretter med et lavt tjæreindhold, er tilbøjelig til at ryge flere cigaretter. Jeg citerer direktivets 27. betragtning: »Rygeadfærden og afhængighed, og ikke kun indholdet af visse stoffer i tobaksvaren inden forbruget, er også bestemmende for mængden af inhalerede stoffer.« Kort sagt er der grund til at tvivle på, om den omstændighed, at rygere skifter fra stærkere til mildere cigaretter, konsekvent udgør en sundhedsfordel.

243. Der er også et andet kontroversielt aspekt: Hvorledes kan foranstaltningen tænkes at påvirke folkesundheden? De forskellige intervenerende parters indlæg viser, at der er mange forskellige syn på dette spørgsmål, hvilket i øvrigt ikke overrasker mig. Spørgsmålet er nemlig her, i hvilken udstrækning forbrugeren vil ændre adfærd, hvis udtryk som »light« eller »mild« fjernes.

244. Begge disse aspekter af kontroversen danner baggrunden for denne foranstalt-

ning. For at kunne give et fyldestgørende svar på spørgsmålet, om foranstaltningen er egnet til at beskytte folkesundheden, vil jeg nu nærmere gennemgå indholdet af selve foranstaltningen.

245. For det første begrænser foranstaltningen ikke muligheden for at give objektive oplysninger om tobaksvarers sammensætning. For det andet — og det er bl.a. den franske regering, der har peget på dette punkt — forbyder direktivets artikel 7 ikke alle angivelser og præsentationer af cigaretter, der kan friste forbrugerne og vække disses tillid, men kun de angivelser og præsentationer, der antyder, at en bestemt tobaksvare er mindre skadelig end andre. Med andre ord er der tale om et forbud mod suggestive angivelser, der kan vildlede forbrugeren. Disse beskrivende tekster kan anvendes for at fremhæve forskellige egenskaber ved cigaretterne, som også findes, uden at der er en forbindelse med cigaretternes tjæreindhold. Angivelsen »mild« kan, som den nederlandske regering har bemærket under retsmødet, også anvendes for at angive smagen. Der er i øvrigt endnu et muligt vildledende aspekt, nemlig at selv »mildere« cigaretter indeholder tjære. Rygerne kan blive vildledt, fordi pakningen giver dem det forkerte indtryk, at der er tale om uskadelige varer, hvilket er forkert, især fordi cigaretterne indeholder andre skadelige stoffer, som ikke reguleres i direktivet.

246. Der er kort sagt tale om en bestemmelse, som forbyder anvendelsen af et begrænset antal gængse betegnelser, der kan vildlede forbrugeren især med hensyn til varens skadelighed. En sådan bestemmelse forekommer mig alt i alt at være et velegnet middel til at beskytte folkesundheden.

247. Midlet må bestemt siges at være egnet i betragtning af den alvorlige tvivl med hensyn til, om forbrugere, der går over til cigaretter med et lavere tjæreindhold, virkelig opnår en sundhedsgevinst. Derfor var fællesskabslovgiver i sin gode ret til at konkludere, at beskrivende tekster skal forbydes, idet sådanne tekster implicit tilskynder til at ryge cigaretter med et lavere tjæreindhold.

248. Selv om det antages, at cigaretter med et lavere tjæreindhold er mindre skadelige for folkesundheden, kan fællesskabslovgiver stadig med rimelighed konkludere, at anvendelsen af disse beskrivende tekster skal modvirkes. Teksterne er, når alt kommer til alt, stadig eufemismer, der har til formål at tilskynde forbrugeren til at forbruge disse varer, selv om det er godtgjort, at også cigaretter med et lavere tjæreindhold skader folkesundheden — om end i mindre udstrækning. Endvidere, og dette er væsentligere, er anvendelsen af disse betegnelser på ingen måde knyttet til objektive oplysninger som f.eks. om tjæreindhold.

Også i denne henseende adskiller disse beskrivende tekster sig fra de angivelser af tjære-, nikotin- og kulilteindhold, der i henhold til direktivets artikel 5, stk. 1, skal fremgå af pakningen. Mens disse indholdsangivelser blot giver forbrugerne objektive oplysninger, må de beskrivende tekster som nævnt anses for eufemismer, der ikke kun har til formål at give objektive oplysninger.

249. Jeg har allerede — som det andet kontroversielle aspekt — berørt de forventede virkninger af direktivets artikel 7. Virkningerne, nemlig en ændring af rygevaner, er vanskelige at påvise. Men efter min opfattelse er fællesskabslovgiver heller ikke forpligtet til at påvise sådanne virkninger. Fællesskabslovgiver råder over et vidt skøn ved valget af instrument til beskyttelse af folkesundheden, men er dog bundet af forsigtighedsprincippet. Endvidere udgør foranstaltningen en del af Fællesskabets politik for bekæmpelse af rygning, en politik, der ville blive modarbejdet, hvis man tillod angivelser, der netop kan forventes at tilskynde borgerne til at ryge.

250. Jeg konkluderer således, at artikel 7 er egnet til at beskytte folkesundheden. Spørgsmålet er da, om der findes en anden foranstaltning, der ville beskytte folkesundheden lige så godt. Som eksempel på en sådan foranstaltning er det spanske system blevet nævnt. Det tillader alene anvendelsen af angivelser som f.eks. »light« og »ultra-light« i forbindelse med cigaretter med et bestemt lavt eller meget lavt tjæreindhold. Bl.a. den græske regering har gjort gældende, at anvendelsen af beskrivende tekster som dem, der tillades efter spansk lovgivning, netop bidrager til en direkte og objektiv forbrugeroplysning uden at skade fabrikanternes økonomiske interesser alvorligt.

251. Da fællesskabslovgiver råder over et vidt skøn ved valget af det mest egnede instrument, finder jeg ikke, at Domstolen behøver nærmere at undersøge, om en sådan foranstaltning, der ubestrideligt er mindre restriktiv for samhandelen, er lige så egnet til at beskytte folkesundheden. Domstolen skal alene tage stilling til, om lovgiver med rimelighed kunne forventes at komme til den konklusion, at den spanske variant ikke yder en lige så effektiv sundhedsbeskyttelse. Dette forekommer mig indlysende, jf. min redegørelse ovenfor af de beskrivende teksters eufemistiske karakter. Selv om beskrivende tekster kan være objektive, når de ledsages af en angivelse af et bestemt tjæreindhold, er der ikke desto mindre stadig tale om betegnelser, der kan fremme rygning.

4. Sammenfatning

252. Direktivet er i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet, og dette gælder for alle dele af direktivet.

B — *Begrænsning af (intellektuelle) ejendomsrettigheder*

1. Afgrænsning

253. Sagsøgerne har gjort gældende, at direktivets artikel 5 og 7 er uforenelige med artikel 295 EF, hvorefter traktaten ikke må gribe ind i medlemsstaternes regulering af ejendomsretten. De har endvidere hævdet, at disse bestemmelser er uforenelige med ejendomsretten, således som denne er defineret i bl.a. den europæiske menneskerettighedskonvention og/eller i TRIPs-aftalens artikel 20 [119].

254. Sagsøgerne finder mere specifikt, at artikel 5 og 7 ved at foreskrive, at sundhedsadvarslerne skal optage mindst en vis procentdel af cigaretpakningernes overflade, indebærer en væsentlig begrænsning i deres intellektuelle ejendomsrettigheder. De har hævdet, at direktivet derved forhindrer den lovlige udøvelse af disse rettigheder og reducerer den goodwill, varemærkerne har opnået. Også Japan Tobacco har gjort gældende, at forbuddet i artikel 7 forhindrer cigaretfabrikanterne i at udøve deres rettigheder i henhold til en række registrerede varemærker. Ifølge Japan Tobacco hindrer artikel 7 selskabet i at udnytte sine intellektuelle ejendomsrettigheder, idet selskabet forhindres i at anvende sit varemærke Mild Seven i Fællesskabet [120]. Herved fratages selskabet den økonomiske fortjeneste, der hidrører fra de eksklusive licenser til dette varemærke. Under retsmødet har Japan Tobacco endvidere anført, at artikel 7 fratager selskabet et af dets væsentligste aktiver. Den græske regering er enig i, at forbuddet i denne artikel krænker cigaretfabrikanternes intellektuelle ejendomsrettigheder.

255. Nedenfor vil jeg gennemgå de principielle aspekter af den eventuelle tilsidesættelse af (den intellektuelle) ejendomsret, men først vil jeg vende tilbage til artikel 295 EF og TRIPs-aftalen, der er blevet nævnt i denne forbindelse, men som er uden betydning for den foreliggende sag.

256. Hvad angår artikel 295 EF har Det Forenede Kongeriges regering og den franske og belgiske regering med rette gjort

119 — Jf. fodnote 109.

120 — Japan Tobacco har under retsmødet forklaret, at de nederlandske reklamemyndigheder i en nylig afgørelse har fastslået, at angivelsen »mild« på varemærket Mild Seven ikke er vildledende.

gældende, at direktivets bestemmelser ingen indvirkning har på de ejendomsretlige ordninger i medlemsstaterne som omhandlet i artikel 295 EF. Direktivet begrænser blot cigaretfabrikanternes udøvelse af visse ejendomsrettigheder. Artikel 295 EF kan ikke påberåbes for at fjerne en begrænsning af udøvelsen af ejendomsrettigheder, der er en følge af anvendelsen af fællesskabsbestemmelser [121].

257. For så vidt angår TRIPs-aftalen har Domstolen adskillige gange fastslået, at WTO-aftalerne efter deres art og opbygning ikke udgør regler, hvis overholdelse i fællesskabsinstitutionernes retsakter er genstand for efterprøvelse ved Domstolen [122]. Vel anerkender Domstolen, at der er visse undtagelser fra dette princip og nævner bl.a. de »særlige forpligtelser«, der er indgået inden for rammerne af WTO, men Domstolen fastslog alligevel i Dior m.fl.-dommen [123], at TRIPs-aftalens bestemmelser efter deres karakter ikke skaber nogen rettigheder for borgerne, som disse i medfør af fællesskabsretten kan påberåbe sig direkte for de nationale domstole.

258. Domstolen anerkendte dog i Dior m.fl.-dommen, at TRIPs-aftalen kan have en vis betydning i sager, der føres ved de nationale domstole [124]. Jeg vil her henvise til selve TRIPs-aftalen, der ikke forbyder, at en aftalepart begrænser anvendelsen af et varemærke som følge af tvingende almene hensyn. Den vurdering, den nationale domstol under alle omstændigheder skal foretage i medfør af TRIPs-aftalen, føjer imidlertid ikke noget til den vurdering, den nationale domstol skal foretage i medfør af EF-traktaten. Sammenfattende har TRIPs-aftalen alene af denne grund ingen indflydelse på vurderingen af, om et indgreb i ejendomsretten er lovlig.

2. Ejendomsretten i forhold til fællesskabsretten

259. Ejendomsretten er ikke som sådan en ret, der er anerkendt i EF-traktaten eller Unionstraktaten, selv om artikel 17 i charteret om grundlæggende rettigheder [125] ganske vist anerkender ejendomsretten (og beskyttelsen af intellektuel ejendomsret). På rettens nuværende udviklingstrin tillægger jeg dog artikel 6 EU større betydning. Heri hedder det, at Unionen respekterer de grundlæggende rettigheder, således som de garanteres ved den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, som generelle principper for fællesskabsretten. En af disse grundlæggende rettigheder er

121 — Jf. i denne forbindelse dom af 6.11.1984, sag 182/83, Fearon, Sml. s. 3677, præmis 7. Domstolen har heri fastslået, at medlemsstaternes ret til at regulere ejendomsrettigheder kan underkastes de begrænsninger, der følger af traktatens forbud mod forskelsbehandling.

122 — Jf. bl.a. dom af 23.11.1999, sag C-149/96, Portugal mod Rådet, Sml. I, s. 8395, præmis 47.

123 — Dom af 14.12.2000, forenede sager C-300/98 og C-392/98, Sml. I, s. 11307, præmis 44.

124 — Jf. bl.a. præmis 47 og 48 i dommen, der er nævnt i fodnote 123.

125 — Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (EFT 2000, C 364, s. 1).

ejendomsretten som omhandlet i artikel 1 i den første protokol til konventionen.

260. Domstolen har endvidere ved flere lejligheder udtrykkeligt anerkendt ejendomsrettens betydning i Fællesskabets retsorden [126]. Ifølge fast retspraksis kan udøvelsen af denne ejendomsret derfor underkastes begrænsninger, såfremt disse begrænsninger faktisk svarer til de fællesskabsformål, der tjener almenvellet, og ikke i lyset af det tilsigtede formål udgør et uforholdsmæssigt og urimeligt indgreb, som berører disse rettigheders egentlige indhold [127].

261. Det er i den foreliggende sag uden for enhver diskussion, at begrænsningerne i ejendomsretten er begrundet i hensynet til almenvellet. For at vurdere, om der er tale om et uforholdsmæssigt og urimeligt indgreb, må det efter min opfattelse for det første afgøres, om indgrebet i betragtning af dets rækkevidde i sig selv er lovligt. Hvis dette er tilfældet, skal det derefter undersøges, om der ikke alligevel er tale om en tilsidesættelse af retssikkerhedsprincippet eller eventuelt princippet om den berettigede forventning.

126 — Jf. bl.a. dom af 13.12.1979, sag 44/79, Hauer, Sml. s. 3727, præmis 17.

127 — Denne retspraksis har udviklet sig inden for rammerne af den fælles landbrugspolitik. Jf. dom af 13.7.1989, sag 5/88, Wachauf, Sml. s. 2609, præmis 18, og den nyere dom af 13.4.2000, sag C-292/97, Karlsson m.fl., Sml. I, s. 2737, præmis 45.

262. Jeg vil begynde med indgrebets rækkevidde. I hvilken udstrækning er udøvelsen af ejendomsretten begrænset, og i hvilken udstrækning underminerer denne begrænsning kernen i denne ret? Uden at gå i detaljer (og idet jeg indtil videre lader den eventuelle tilsidesættelse af varemærkerettigheder ude af betragtning) finder jeg ikke, at udøvelsen af ejendomsretten i den foreliggende sag er blevet særlig begrænset eller at kernen er blevet antastet. Retten til at udnytte ejendomsretten til en cigaretfabrik er ikke blevet begrænset, idet det selv efter direktivets gennemførelse er muligt at drive fabrikken og fremstille cigaretter dér. Kun sammensætningen og mærkningen af cigaretterne skal ændres. Udøvelsen af ejendomsretten til selve produkterne er ej heller blevet begrænset. Som det tit er tilfældet i forbindelse med lovgivninger om produkter, skal rettighedsindehaveren ændre sammensætningen og mærkningen af sit produkt, men indrømmes en frist, således at han i overgangsperioden kan afsætte det eksisterende lager. De tobaksvarer, han fremstiller og markedsfører efter udløbet af denne frist, skal opfylde visse bestemmelser vedrørende sammensætning og mærkning. Disse bestemmelser har intet at gøre med en begrænsning af ejendomsretten til varerne.

263. Kort sagt er de ved direktivet indførte regler i betragtning af deres formål langt fra at være et uforholdsmæssigt og urimeligt indgreb i ejendomsretten. Det er derfor ufornødent at undersøge, om der eventuelt er sket en tilsidesættelse af retssikkerhedsprincippet eller i givet fald princippet om den berettigede forventning.

3. Intellektuelle ejendomsrettigheder

264. Jeg vil nu koncentrere mig om de intellektuelle ejendomsrettigheder, nærmere bestemt varemærkerettighederne. Direktivets ikrafttrædelse kan medføre et væsentligt indgreb i udøvelsen af varemærkerettighederne, idet direktivets artikel 7 kan gøre det umuligt at anvende visse varemærker i deres helhed. Endvidere kan størrelsen af de sundhedsadvarsler, der foreskrives i direktivets artikel 5, betyde, at særpræget for varemærket på cigaretpakningerne reduceres væsentligt. Begge disse begrænsninger mindsker fabrikanternes mulighed for at få kompensation for deres investeringer i varemærkets opbygning og kan således påføre dem et betydeligt tab.

265. Udøvelsen af varemærkerettigheder kan også underkastes begrænsninger, der er begrundet i almene hensyn [128], men selve kernen i disse rettigheder må ikke undermineres.

266. Jeg kan ikke se, hvorledes forpligtelserne i henhold til artikel 5 kan anses for at underminere kernen i varemærkerettigheden. Varemærket kan som altid påføres emballagen og kun en del af denne — ikke en gang 50% af det samlede areal — skal forbeholdes de i artikel 5 foreskrevne advarsler. Hertil kommer, at kernen i en varemærkerettighed ikke er en ret, der kan gøres gældende over for myndighederne, og som gør det muligt uhindret af almindelig lovgivning at anvende et varemærke. Kernen i en varemærkerettighed er derimod en rettighed, der kan gøres gældende over for andre borgere, der hindrer rettighedshaverens udnyttelse af varemærket. Den almindelige lovgivning underminerer alene selve rettighedens kerne, såfremt lovgivningen gør det umuligt at udnytte varemærket normalt.

267. Situationen er mere kompliceret, når der er tale om forbuddet i direktivets artikel 7. Artikel 7 forbyder nemlig anvendelse af visse varemærker i forbindelse med tobaksvarer, som f.eks. Mild Seven-mærket, der anvendes af Japan Tobacco, eller dele af varemærker som f.eks. ordet »light«, når dette anvendes som en del af et varemærke. Hvad angår Mild Seven-mærket kan varemærket ikke tilpasses ved at fjerne ordet »mild«, hvilket Japan Tobacco da også har gjort gældende. Jeg skal imidlertid påpege [129], at det alene er ordet »mild«, der som en del af varemærket Mild Seven kan vildlede forbrugeren. Det har nemlig under sagen vist sig, at cigaretter med vidt forskelligt tjæreindhold markedsføres under Mild Seven-varemærket.

128 — Som nævnt i punkt 261 har dette ingen betydning for den foreliggende sag.

129 — Således som Kommissionen har gjort under retsmødet.

268. Alligevel finder jeg ikke, at artikel 7 er uforenelig med (den intellektuelle) ejendomsret. Dette synspunkt bygger ikke på en vurdering af, om selve kernen i varemærkerettigheden er undermineret i den foreliggende sag, men på argumenter, der kan udledes af selve varemærketen. Denne er nemlig ikke i sig selv uanfægtelig. Fællesskabets varemærkelovgivning angiver selv nogle ugyldighedsgrunde.

269. I den foreliggende sag har artikel 3, stk. 1, litra g), i første direktiv 89/104/EØF om varemærker [130] særlig betydning. Ifølge denne bestemmelse kan et varemærke, der er egnet til at vildlede offentligheden, erklæres ugyldigt. Hvad angår EF-varemærket er denne mulighed for at erklære det ugyldigt fastsat i artikel 51, stk. 1, litra a), sammenholdt med artikel 7, stk. 1, litra g), i Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20. december 1993 om EF-varemærker [131].

270. Direktivets artikel 7, der i øvrigt udtrykkeligt henviser til industrielle varemærker, forbyder bestemte suggestive betegnelser, dvs. betegnelser, der er egnet til at vildlede offentligheden. Artikel 7 forbyder således blot udøvelsen af en varemærkerettighed i en situation, hvor denne rettighed i sig selv ikke er uanfægtelig.

271. Der kan således ikke være tale om nogen ulovlig krænkelse af rettighedens kerne. Det er heller ikke nødvendigt at vurdere, hvor vidtrækkende indgrebet er, og om der er tale om et uforholdsmæssigt eller urimeligt indgreb.

272. Jeg skal tilføje, at de to fællesskabsdirektiver om varemærkerettigheder, som jeg har nævnt, angiver endnu en relevant ugyldighedsgrund, nemlig krænkelse af den offentlige orden eller sædelighed. Et varemærke, der er omfattet af det almindelige forbud mod anvendelse af bestemte betegnelser, der er fastsat i direktivets artikel 7 med henblik på at beskytte folkesundheden, er efter min opfattelse ugyldigt, idet det krænker den offentlige orden.

273. For fuldstændighedens skyld skal jeg tillige påpege, at jeg ikke er overbevist om, at indgrebet er uforholdsmæssigt eller urimeligt. Rådet har i denne forbindelse henvist til Estée Lauder-dommen [132], som vedrører et kosmetisk middel, i hvis betegnelse ordet »lifting« indgår. Domstolen fastslog, at nationale regler, der indeholder et forbud mod indførsel og salg af dette kosmetiske

130 — Rådets direktiv af 21.12.1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker (EFT 1989 L 40, s. 1).

131 — EFT 1994 L 11, s. 1.

132 — Dom af 13.1.2000, sag C-220/98, Sml. I, s. 117. Denne sag vedrørte i øvrigt ikke varemærketen.

middel, ikke er uforenelige med fællesskabsretten. I lighed med Estée Lauder-sagen vedrører den foreliggende sag også forbuddet mod at anvende bestemte betegnelser, der har en særlig betydning. Når betegnelsen er en del af et varemærke, er krænkelsen af varemærkerettigheden blot en bivirkning af foranstaltningen. Foranstaltningen bliver ikke af den grund ulovlig. Ifølge fast retspraksis skal der også tages hensyn til det endelige formål, som i den foreliggende sag kan begrunde et mere vidtrækkende indgreb. Endelig lægger jeg vægt på, at der i direktivet er fastsat en frist for gennemførelsen af artikel 7, der udløber den 30. september 2003, hvilket giver virksomhederne mulighed for at investere i nye varemærker.

274. Kan man da — i tilfælde af et lovligt indgreb, jf. ovenfor — alligevel tale om en tilsidesættelse af retssikkerhedsprincippet og især princippet om berettigede forventninger? En virksomhed må generelt kunne henholde sig til den lovgivning, der gælder på det tidspunkt, den træffer en kommerciel afgørelse. Som anført i mit forslag til afgørelse i Silos-sagen [133] findes princippet om beskyttelse af den berettigede forventning i to varianter, som sikrer, at forventningen nyder beskyttelse. For det første er der beskyttelsen mod, at der sker en begrænsning af bestående rettigheder. Som jeg fastslog i det nævnte forslag til afgørelse, er denne ret ikke absolut. For det andet er princippet om berettigede forventninger forbundet med beskyttelsen af forventninger, der er berettigede.

275. Hvis princippet om berettiget forventning anvendes på den foreliggende sag, skal følgende spørgsmål besvares. I hvilken udstrækning kan en cigaretfabrikant, når han træffer en kommerciel afgørelse, forvente, at lovgivningen vedrørende sammensætningen og mærkningen af cigaretter ikke vil blive ændret?

276. Der er næsten tale om et retorisk spørgsmål. En fabrikant af et hvilket som helst produkt vil altid skulle holde sig for øje, at de gældende produktnormer ikke vil forblive uændrede for tid og evighed. Sådanne — tekniske — normer er nemlig ifølge deres natur tids- og stedspecifikke, og dette gælder ikke mindst produktnormerne for cigaretter. Den videnskabelige indsigt i rygnings skadelige virkninger og samfundets syn på rygning er under hastig udvikling. Det er således meget logisk, at produktnormer ændrer sig i samme takt. Det har tobaksindustrien mere end nogen anden måttet erkende.

133 — Forslag til afgørelse fremsat den 3.4.2001, punkt 46 f. (dommen er nævnt i fodnote 111).

277. Heller ikke i relation til varemærkerettigheder kan der tales om tilsidesættelse af principperne om retssikkerhed eller berettiget forventning. For det første var direktivet — og især forbuddet i artikel 7 — ikke fuldstændig uventet. De vigtigste af direktivets foranstaltninger, herunder artikel 7, fremgik allerede af Kommissionens meddelelse af 18. december 1996[134]. En forsigtig fabrikant kunne således have ændret sin markedsstrategi og valgt et mindre risikobehæftet varemærke. For det andet løb fabrikanten ved at vælge et varemærke, der antyder, at det pågældende produkt ikke er skadeligt, allerede en vis risiko, også selv om antydningen ikke var bevidst. I henhold til Fællesskabets varemærkeret og den beskyttelse, denne ret giver, er retten til at udnytte et varemærke nemlig ikke en i sig selv uanfægtelig ret, hvis varemærket er egnet til at vildlede offentligheden. Dette aspekt er allerede behandlet i punkt 268 ff.

278. Som illustration vil jeg endnu en gang vende tilbage til det synspunkt, der forfægtes af Japan Tobacco, som synes at være den virksomhed, der har mest grund til at føle sig forulempet af direktivets artikel 7. Under høringen kom det uimodsagt frem, at da direktivet blev vedtaget, var Mild Seven-mærket først meget kort tid forinden, og i hvert fald et godt stykke tid efter Kommissionens meddelelse af 18. december 1996, blevet introduceret i Den Europæiske Union. På det tidspunkt kunne dette cigaretmærke endvidere kun købes i en enkelt medlemsstat. I denne situation kan der således overhovedet ikke være tale om tilsidesættelse af retssikkerhedsprincippet eller princippet om berettiget forventning.

C — *Andre retsprincipper*

279. Den forelæggende ret har yderligere nævnt tre andre retsprincipper, hvis tilsidesættelse kan medføre direktivets ugyldighed, nemlig begrundelsespligten, subsidiaritetsprincippet og forbuddet mod magtfordrejning.

1. Begrundelsespligten

280. Der er fremført to typer af argumenter vedrørende en mulig tilsidesættelse af begrundelsespligten. Den første type vedrører direktivets faktuelle og videnskabelige grundlag. Således har sagsøgerne f.eks. hævdet, at enhver ny lovgivning skal bygge på en ny udvikling, der er baseret på videnskabelige kendsgerninger. I direktivets præambel henvises der imidlertid ikke til videnskabelige kendsgerninger. Den anden type af argumenter vedrører de grunde, der er anført i ellevte betragtning. Den græske regering har bl.a. påpeget, at lovgiver

134 — Jf. punkt 67 ovenfor.

henviser til artikel 133 EF, men uden at anføre, hvilket aspekt af den fælles handelspolitik der gennemføres ved forbuddet mod fremstilling af varer med henblik på eksport. Ifølge den tyske regering fremgår det ikke af begrundelsen, hvorfor sundhedsbeskyttelsen i Fællesskabet berøres mærkbart af en ulovlig reimport af tobaksvarer, der er fremstillet i Fællesskabet.

281. Modargumentet lyder, at fællesskabslovgiver ikke er forpligtet til særligt at begrunde hver enkelt af de tekniske valg, der træffes. Endvidere er fællesskabslovgiver heller ikke er forpligtet til at henvise til videnskabelige kendsgerninger.

282. Jeg har tidligere nævnt begrundelsespligten som et væsentligt punkt i dette forslag til afgørelse og anført, at denne pligt efter min opfattelse er grunden til, at artikel 133 EF ikke kan tjene som hjemmel for direktivet. Hermed er den græske regerings argument besvaret.

283. Begrundelsen i ellevte betragtning er endvidere allerede behandlet mere generelt i forbindelse med fremstillingsforbuddet (jf. afsnit VI — D). Den — ganske vist kortfattede — begrundelse i denne betragtning er tilstrækkelig til at retfærdiggøre fremstillingsforbuddet, idet fællesskabslovgiver efter Domstolens faste praksis ikke er forpligtet til nærmere at specificere alle data. Jeg skal i denne forbindelse bemærke, at betragtningen ikke henviser til risikoen for konkurrencefordrejninger som begrundelse for direktivet. Derfor er min behandling af dette spørgsmål i punkt 161 ff. egentlig overflødig.

284. I øvrigt indeholder betragtningerne en nærmere gennemgang af de grunde, der har ført til vedtagelsen af direktivet. Det er i denne forbindelse ikke nødvendigt at henvise til videnskabelige kendsgerninger, især ikke da der er tale om foranstaltninger til bekæmpelse af tobaksforbrug. For at vedtage sådanne foranstaltninger kan lovgiver tage hensyn til ikke alene videnskabelige kendsgerninger, men også samfundets opfattelse af spørgsmålet.

2. Subsidiaritetsprincippet

285. Spørgsmålet om subsidiaritet forekommer mig let at besvare, og Domstolen kan ligesom i bioteknologidommen [135] fastslå, at der i den foreliggende sag ikke er tale om en tilsidesættelse af subsidiaritetsprincippet, uden at skulle begrunde dette nærmere. For det første er subsidiaritetsprincippet et dynamisk begreb, som overlader fællesskabslovgiver det nødvendige skøn. For det andet er behovet for lovgivning på

135 — Nævnt i fodnote 46, præmis 30 ff.

fællesskabsplan fyldestgørende begrundet[136], og endelig overholder direktivet retningslinjerne i subsidiaritetsprotokollen[137]. Da jeg i den foreliggende sag har konkluderet, at fællesskabslovgivers indgreb i henhold til artikel 95 EF var nødvendigt, er der ingen grund til at kontrollere overholdelsen af subsidiaritetsprincippet. Hvad angår direktivet skal jeg især henvise til:

— Punkt 130 ovenfor, hvori jeg har fastslået, at foranstaltningen bygger på lovgivningsmæssige forskelle mellem medlemsstaterne, der kan medføre hindringer for samhandelen, og som enten allerede eksisterer eller vil kunne opstå.

— Punkt 159-163 inklusive, hvor jeg har fastslået, at et nationalt fremstillingsforbud vil være ineffektivt eller utænkeligt.

3. Magtfordrejning

286. Endelig når jeg frem til spørgsmålet om magtfordrejning. Som det fremgår af Domstolens praksis, er en retsakt kun behæftet med magtfordrejning, 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 omstændigheder.

287. På grundlag af denne retspraksis må jeg i den foreliggende sag konkludere, at der i en sag som den foreliggende, hvor det drejer sig om hjemmelen for en fællesskabslovgivning, ikke bør tillægges princippet om, at der ikke må ske magtfordrejning, selvstændig betydning. Hvis Domstolen fastslår, at fællesskabslovgiver har benyttet den rette hjemmel ved vedtagelsen af direktivet, anerkender Domstolen samtidig, at lovgiver har anvendt sine beføjelser korrekt. Der er således ikke udøvet magtfordrejning i den foreliggende sag. Finder Domstolen derimod, at det ikke er den rette hjemmel, der er anvendt, vil den annullere direktivet. Derfor behøver den således ikke at undersøge, om lovgiver har udøvet magtfordrejning.

VIII — Det andet spørgsmål

A — *Fremførte argumenter*

288. Ifølge sagsøgerne og Japan Tobacco, den græske, irske, luxembourgske, neder-

136 — Jf. direktivets betragtninger, særlig 33. betragtning.

137 — Protokol om anvendelse af nærhedsprincippet og proportionalitetsprincippet, der er et bilag til Amsterdamtraktaten.

landske og svenske regering samt Parlamentet, Rådet og Kommissionen finder direktivets artikel 7 kun anvendelse på tobaksvarer, der markedsføres inden for Fællesskabet. Ifølge Det Forenede Kongeriges regering, den belgiske, franske, italienske og finske regering finder artikel 7 derimod også anvendelse på tobaksvarer, der fremstilles i Fællesskabet med henblik på eksport til tredjelande.

289. Den første gruppe af intervenienters vigtigste argumenter til støtte for en restriktiv fortolkning er følgende:

— Det fremgår ikke af affattelsen af artikel 7, at det er meningen, at artiklen skal have ekstraterritorial virkning, hvilket indebærer, at forbuddet i artikel 7 heller ikke kan have en sådan virkning. Rådet har dog i denne forbindelse anerkendt, at artikel 7 heller ikke udtrykkeligt begrænser forbuddets territoriale rækkevidde.

— En udvidelse af forbuddet til at omfatte tobaksvarer bestemt til eksport er ikke egnet som middel til at forhindre en underminering af det indre markeds bestemmelser.

— Artikel 7 kan ikke betragtes adskilt fra artikel 5, idet artikel 7 har til formål at forhindre, at mærkningsreglerne i artikel 5 undermineres. Dette må betyde, at artikel 7 har samme territoriale rækkevidde som artikel 5. Som følge af de sproglige krav i artikel 5 kan bestemmelsen alene anvendes på tobaksvarer, der befinder sig inden for det indre marked.

290. Den anden gruppe af intervenienters vigtigste argumenter til fordel for en vid fortolkning er følgende:

— Det fremgår ikke af ordlyden af artikel 7, hvorefter visse betegnelser ikke længere må anvendes på tobaksvarers indpakning, at denne regel alene finder anvendelse på cigaretter, der er bestemt for det indre marked.

— Det er berettiget at anvende artikel 7 på eksport som følge af den reelle fare for ulovlig handel.

— Artikel 7 er et nødvendigt supplement til artikel 3 og 5, som uden artikel 7 ville blive undermineret. Derfor har artikel 7 samme anvendelsesområde som artikel 3 og 5.

— Artikel 152, stk 1, EF kræver, at der skal sikres et højt sundhedsbeskyttelsesniveau ved fastlæggelsen og gennemførelsen af alle Fællesskabets politikker og aktiviteter. Denne forpligtelse omfatter tillige den fælles handelspolitik, hvilket ifølge Det Forenede Kongeriges regering indebærer, at fællesskabslovgiver, hvis denne havde ønsket at udelukke eksport til tredjelande, ville have angivet dette udtrykkeligt i artikel 7.

B — *Vurdering*

291. Først og fremmest finder jeg ikke, at direktivet svarer på spørgsmålet, om artikel 7 ligeledes finder anvendelse på eksport af cigaretter, der er bestemt til eksport til tredjelande. Teksten er ikke helt entydig, hvilket illustreres af, at både de, der argumenterer for, og de, der argumenterer imod en ekstern virkning, påberåber sig direktivets ordlyd. I en sådan situation råder Fællesskabets retsinstanser over en række forskellige fortolkningsmetoder.

292. Efter min opfattelse er det den systematiske lovfortolkningsmetode, der her er mest anvendelig. En sådan fortolkning kan baseres på de to vigtigste forpligtelser, direktivet pålægger ud over forpligtelsen i artikel 7. Det drejer sig om forpligtelserne vedrørende sammensætning, der er anført i artikel 3, og forpligtelserne vedrørende mærkning, der er anført i artikel 5. Artikel 3 tager bl.a. sigte på varer bestemt til eksport, hvilket udtrykkeligt fremgår af ordlyden. Derimod fremgår artikel 5's anvendelsesområde ikke af artiklens ordlyd. En nærlæsning af denne artikel viser imidlertid, at artiklen ikke tillige kan tage sigte på varer bestemt til eksport til tredjelande. De advarsler, der ifølge artiklen skal påføres cigaretpakningerne, skal nemlig affattes på et af den pågældende medlemsstats officielle sprog. Et sådan sprogligt krav, der er en væsentlig del af forpligtelsen i henhold til artikel 5, ville ikke give mening, hvis kravet tillige gjaldt for varer bestemt til eksport til tredjelande.

293. I lighed med artikel 5, men i modsætning til artikel 3, siger artikel 7 heller ikke noget om artiklens anvendelsesområde, og allerede af denne grund må det foretrækkes at fortolke artiklen på samme måde som artikel 5. Hertil kommer, at artikel 7 i kraft af sit indhold ligger nærmere artikel 5 end artikel 3. Artikel 7 vedrører nemlig tobaksvarers betegnelse og ikke deres sammensætning. Det forekommer mig endnu vigtigere, at artikel 5 og 7 indholdsmæssigt er nært forbundne. Som anført af den belgiske regering under retsmødet kan artikel 5 og 7 anses for at supplere hinanden. I artikel 5 kræves det, at indpakningen påføres objek-

tive oplysninger bl.a. om tjæreindhold, mens artikel 7 forbyder suggestive betegnelser, der kan påvirke den værdi, forbrugerne tillægger de objektive data, der er påført i henhold til artikel 5. Jeg er således enig i, at virkningen af artikel 5 risikerer at blive undermineret, hvis artiklen ikke suppleres af artikel 7.

294. Sammenfattende kan siges, at en systematisk fortolkning af direktivet fører til den konklusion, at artikel 7 ikke finder anvendelse på cigaretter bestemt til eksport.

295. En formålsbestemt fortolkning fører ikke til noget andet resultat. For det første pålægger artikel 7 visse markedsdeltagere en meget vidtgående forpligtelse. I sådanne tilfælde tilkommer det ikke retterne at fortolke en bestemmelses anvendelsesområde så vidt som muligt, hvis bestemmelsen i sig selv er tvetydig. Enhver indskrænkning af markedsdeltagernes frihed skal være baseret på lovgivers udtrykkelige valg.

296. Artikel 152, stk. 1, EF spiller ingen rolle i denne forbindelse. Artiklen indeholder et ledende princip, der skal følges af fællesskabslovgiver, men er ikke en kilde til fortolkning af fællesskabsretten i tilfælde, hvor lovgiver er tavs. Hertil kommer, at direktivet i overensstemmelse med min konklusion, men i modsætning til det standpunkt, jeg har henvist til i punkt 290, fjerde led, ikke vedrører den fælles handelspolitik.

297. Den tredje fortolkningsmetode, der kan anvendes, går ud på at overveje arten og indholdet af direktivets artikel 7. Også denne metode fører til den konklusion, at denne artikel ikke finder anvendelse på tobaksvarer bestemt til eksport til tredjelande. Artikel 7 vedrører cigaretters betegnelse og dermed også deres mærkning. Mærkningen af cigaretterne er forskellig afhængig af bestemmelsesland, bl.a. for så vidt angår de advarsler, der ifølge artikel 3 skal påføres pakningen. Da mærkningen af cigaretter i modsætning til cigaretters sammensætning ifølge sin natur afhænger af cigaretternes bestemmelsesland, ser jeg ingen grund til at give artikel 7 en fortolkning, hvori der ikke foretages denne sondring. Med hensyn til argumenterne om risikoen for ulovlig handel er jeg enig i, at en udvidelse af forbuddet i artikel 7 til at omfatte tobaksvarer bestemt til eksport ikke kan forhindre en underminering af det indre markeds bestemmelser. Som nævnt ovenfor varierer mærkningen af cigaretter pr. definition afhængig af bestemmelseslandet.

IX — Forslag til afgørelse

298. Ud fra ovenstående betragtninger foreslår jeg Domstolen at besvare spørgsmålene fra High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Administrative Order) således:

»1) 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 er gyldigt.

2) Artikel 7 i direktiv 2001/37 finder ikke anvendelse på tobaksvarer, der ikke markedsføres inden for Det Europæiske Fællesskab.«