Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
J. KOKOTT
fremsat den 23. december 2015 [1]

Sag C-358/14

Republikken Polen
mod
Europa-Parlamentet
og

Rådet for Den Europæiske Union

»Annullationssøgsmål — tilnærmelse af lovgivningerne — direktiv 2014/40/EU — fremstilling, præsentation og salg af tobak og tobaksrelaterede produkter — mentolcigaretter — valg af artikel 114 TEUF som hjemmel — proportionalitetsprincippet — nærhedsprincippet«

I – **Indledning**

1. Måtte EU-lovgiver forbyde salget af mentolcigaretter på det europæiske indre marked fra den 20. maj 2020? Dette særdeles følelsesladede spørgsmål [2] er det centrale punkt i det retlige spørgsmål, som Republikken Polen i den foreliggende sag har indbragt for Domstolen ved sit søgsmål om annullation af direktiv 2014/40/EU [3]. Dette søgsmål er ét i en række af retstvister, der i årenes løb er opstået i kølvandet på de forskellige bestemmelser, der på EU-plan er blevet vedtaget om fremstilling, præsentation og salg af tobak og relaterede produkter på det europæiske indre marked [4].

2. I modsætning til tidligere sager stilles der i den foreliggende sag som udgangspunkt ikke spørgsmålstegn ved artikel 114 TEUF's (tidligere artikel 95 EF eller artikel 100a EØF-traktaten) egnethed som hjemmel for det nye direktiv, idet egnetheden kun inddrages i forhold til nogle delaspekter. I overensstemmelse hermed spiller lovgivningskompetencen ikke længere så central en rolle som tidligere. Interessen samler sig nu i stedet om spørgsmålet om, hvorvidt et forbud mod mentolcigaretter på EU-plan er foreneligt med proportionalitetsprincippet. Derudover drejer sagen sig om de krav til en ordning som den i sagen omhandlede, der følger af nærhedsprincippet.

1 — Originalsprog: tysk.

2 — Medierne har f.eks. berettet om en i mellemtiden afdød tidligere tysk forbundskanslers bekymring for mentolcigaretternes endeligt: „Drohendes EU-Verbot: Helmut Schmidt hortet angeblich 200 Stangen Mentholzigaretten“ (*Spiegel Online* – Politik – 9.7.2013).

3 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/40/EU af 3.4.2014 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes love og administrative bestemmelser om fremstilling, præsentation og salg af tobak og relaterede produkter og om ophævelse af direktiv 2001/37/EF (EUT L 127, s. 1), herefter »direktivet«.

4 — Jf. herom navnlig dommene Tyskland mod Parlamentet og Rådet (C-376/98, EU:C:2000:544), British American Tobacco (Investments) og Imperial Tobacco (C-491/01, EU:C:2002:741), Arnold André (C-434/02, EU:C:2004:800), Swedish Match (C-210/03, EU:C:2004:802), Tyskland mod Parlamentet og Rådet (C-380/03, EU:C:2006:772) og Kommissionen mod Danmark (C-468/14, EU:C:2015:504).

3. Bag disse retlige spørgsmål, der navnlig i Polen ser ud til at være forbundet med betydelige økonomiske interesser, og som desuden har konsekvenser for millioner af EU-borgeres liv hver eneste dag, ligger i sidste ende en meget grundlæggende problemstilling: Hvilket råderum har EU-lovgiver til at sikre, at produkter kan markedsføres på ensartede betingelser i hele Den Europæiske Union, uden at det fundamentale mål om et højt sundhedsbeskyttelsesniveau, som indtager en fremtrædende plads i den primære ret (artikel 9 TEUF, artikel 114, stk. 3, TEUF, artikel 168, stk. 1, TEUF og artikel 35, andet punktum, i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder), tilsidesættes?

4. Foruden det foreliggende annullationssøgsmål, der er anlagt af Polen, verserer der i øjeblikket også to præjudicielle sager, hvorved en domstol i Det Forenede Kongerige stiller spørgsmål til Domstolen om gyldigheden af direktiv 2014/40. Den ene af disse sager [5] omhandler udelukkende den nye bestemmelse om elektroniske cigaretter i direktivets artikel 20. Den rejser retlige spørgsmål vedrørende proportionalitetsprincippet, nærhedsprincippet og EU's grundlæggende rettigheder. Den anden [6] vedrører en lang række enkeltbestemmelser i direktivet og omhandler navnlig valget af artikel 114 TEUF som hjemmel, nærhedsprincippet, proportionalitetsprincippet og retssikkerhedsprincippet, spørgsmål om EU's grundlæggende rettigheder samt problemer i forbindelse med artikel 290 TEUF og 291 TEUF vedrørende delegationen af lovgivnings- og gennemførelsesbeføjelser til Kommissionen. I begge sager fremsætter jeg ligeledes mine forslag til afgørelse i dag.

II – **De omtvistede bestemmelser i direktiv 2014/40/EU**

5. Ved »kendetegnende aroma« forstås i henhold til den definition, der er anført i direktivets artikel 2, nr. 25),

»en fremtrædende duft eller smag af andet end tobak, som er resultatet af et tilsætningsstof eller en kombination af tilsætningsstoffer, herunder blandt andet frugt, krydderier, urter, alkohol, slik, mentol eller vanilje, og som bemærkes før eller under forbruget af tobaksvaren«.

6. I direktivets artikel 6 bestemmes under overskriften »Prioriteret liste over tilsætningsstoffer og udvidede indberetningsforpligtelser«, at der gælder udvidede indberetningsforpligtelser for visse tilsætningsstoffer, der er indeholdt i cigaretter og rulletobak, og som er omfattet af en prioriteret liste, der fastlægges og ajourføres af Kommissionen. I denne forbindelse bestemmer direktivets artikel 6, stk. 2, følgende:

»2. Medlemsstaterne pålægger fabrikanter eller importører af cigaretter og rulletobak, der indeholder et tilsætningsstof, som er opført på den prioriterede liste, [...] at udføre omfattende undersøgelser, der for hvert tilsætningsstof skal undersøge, om det

[…]

b) giver en kendetegnende aroma

[…]«

7. Direktivets artikel 7 indeholder »[b]estemmelser om ingredienser« og har bl.a. følgende ordlyd:

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

Medlemsstaterne må ikke forbyde brug af tilsætningsstoffer, der er af afgørende betydning for fremstillingen af tobaksvarer, [...]

5 — Sag C-477/14 (Pillbox 38).

6 — Sag C-547/14 (Philip Morris Brands m.fl.).

[…]

2. Kommissionen afgør ved hjælp af gennemførelsesretsakter efter anmodning fra en medlemsstat eller på eget initiativ, hvorvidt en tobaksvare er omfattet af stk. 1. Disse gennemførelsesretsakter vedtages efter undersøgelsesproceduren i artikel 25, stk. 2.

3. Kommissionen vedtager gennemførelsesretsakter om fastsættelse af fælles regler for de procedurer, der skal anvendes for at fastslå, hvorvidt en tobaksvare er omfattet af stk. 1. Disse gennemførelsesretsakter vedtages efter undersøgelsesproceduren i artikel 25, stk. 2.

4. Der nedsættes et uafhængigt rådgivende panel på EU-plan. Medlemsstaterne og Kommissionen kan høre dette panel, inden de vedtager en foranstaltning i henhold til denne artikels stk. 1 og 2. Kommissionen vedtager gennemførelsesretsakter om fastsættelse af procedurer for panelets nedsættelse og arbejde.

Disse gennemførelsesretsakter vedtages efter undersøgelsesproceduren i artikel 25, stk. 2.

5. Kommissionen tillægges beføjelse til at vedtage delegerede retsakter i overensstemmelse med artikel 27 vedrørende fastsættelse af grænseværdier for indholdet af visse tilsætningsstoffer eller den pågældende kombination af tilsætningsstoffer, der giver den kendetegnende aroma, når værdierne for indholdet eller koncentrationen af de pågældende tilsætningsstoffer eller kombinationen heraf har medført forbud i henhold til nærværende artikels stk. 1 i mindst tre medlemsstater.

[…]

7. Medlemsstaterne forbyder markedsføring af tobaksvarer, der indeholder aromastoffer i deres bestanddele såsom filtre, papir, emballage, kapsler eller enhver teknisk funktion, der gør det muligt at ændre de pågældende tobaksvarers duft eller smag eller deres røgudviklingsintensitet. [...]

[…]

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

13. Medlemsstaterne og Kommissionen kan opkræve forholdsmæssige gebyrer af fabrikanter og importører for vurdering af, om en tobaksvare har en kendetegnende aroma, om der er anvendt forbudte tilsætningsstoffer eller aromastoffer [...]

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

[…]«

8. Direktivets artikel 13 indeholder følgende bestemmelse om »[p]roduktpræsentation«:

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

[…]

c) henviser til smag, duft, aromastoffer eller andre tilsætningsstoffer eller oplyser, at produktet ikke indeholder sådanne

[…]«

III – **Retsforhandlinger og parternes påstande**

9. Ved stævning af 22. juli 2014 har Polen på grundlag af artikel 263 TEUF anlagt nærværende annullationssøgsmål mod Europa-Parlamentet og Rådet for Den Europæiske Union.

10. Rumænien har fået tilladelse til at indtræde som intervenient på sagsøgerens side, og Irland, Den Franske Republik, Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland samt Europa-Kommissionen har fået tilladelse til at indtræde som intervenienter på sagsøgtes side.

11. Polen har nedlagt følgende påstande:

— Artikel 2, nr. 25), artikel 6, stk. 2, litra b), artikel 7, stk. 1-5, artikel 7, stk. 7, første punktum, og artikel 7, stk. 12-14, samt artikel 13, stk. 1, litra c), i direktiv 2014/40 annulleres.

— Parlamentet og Rådet tilpligtes at betale sagens omkostninger.

12. Rumænien har nedlagt påstand om, at artikel 7, stk. 1-5, artikel 7, stk. 7, første punktum, og artikel 7, stk. 12-14, i direktiv 2014/40 annulleres.

13. Parlamentet og Rådet har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— Polen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

14. Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

15. Irland, Frankrig og Det Forenede Kongerige har hver især nedlagt påstand om frifindelse af Parlamentet og Rådet. Irland har desuden nedlagt påstand om, at Polen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

16. Såfremt Domstolen skulle give Polen medhold, har Parlamentet, Rådet og Frankrig desuden subsidiært nedlagt påstand om, at virkningerne af de bestemmelser i direktiv 2014/40, der eventuelt annulleres, opretholdes, indtil et nyt direktiv, inden for en rimelig frist, træder i kraft.

17. I den af Polen anlagte sag blev der forhandlet skriftligt for Domstolen, og den 30. september 2015 blev der forhandlet mundtligt.

IV – **Bedømmelse**

A – *Formaliteten*

18. Inden jeg behandler indholdet af de af Polen rejste klagepunkter, skal jeg kort berøre spørgsmålet om, hvorvidt dette annullationssøgsmål kan antages til realitetsbehandling. For det første er spørgsmålet, om bestemmelserne om kendetegnende aromaer kan anfægtes alene. For det andet skal det undersøges, om sagsøgerens argumentation vedrørende enkelte af de omtvistede direktivbestemmelser er tilstrækkeligt underbygget. Og for det tredje vil jeg se nærmere på Rådets indsigelse om, at Polens bemærkninger om ligebehandlingsprincippet inden for rammerne af anden runde af processkrifter – nærmere betegnet i Polens replik – skal afvises som nye anbringender, da de er fremsat for sent.

1. Begrænsning af annullationssøgsmålet til enkelte artikler i direktivet

19. Polen har – med støtte fra Rumænien – nedlagt påstand om annullation, ikke af direktiv 2014/40 i dets helhed, men alene af enkelte bestemmelser i dette direktiv, nemlig alle dem, der vedrører kendetegnende aromaer eller blot aromaer.

20. Ifølge fast retspraksis kan en EU-retsakt imidlertid kun annulleres delvist, hvis de elementer, der påstås annulleret, kan udskilles fra den øvrige del af retsakten (det såkaldte krav om elementernes udskillelighed)[7]. Dette krav om, at elementerne skal kunne udskilles, er ikke opfyldt, når en delvis annullation af en akt bevirker, at aktens materielle indhold ændres[8].

21. De forskrifter i direktiv 2014/40, der anfægtes i den foreliggende sag, indeholder specifikke bestemmelser om tobaksvarer med kendetegnende aromaer, der gælder uafhængigt sideløbende med de øvrige forskrifter. For Domstolen er der ikke fremkommet holdepunkter for, at direktivets bestemmelser om sådanne aromaer og direktivets øvrige bestemmelser er uløseligt forbundne. Selv om Domstolen i den foreliggende sag skulle erklære enkelte bestemmelser vedrørende aromaer for ugyldige, ville de øvrige bestemmelser i direktivet fortsat have deres eksistensberettigelse, og rækkevidden af disse ville ikke ændres.

22. På denne baggrund må det lægges til grund, at bestemmelserne om kendetegnende aromaer udgør et udskilleligt element i direktiv 2014/40, og at en eventuel annullation af disse ikke ville ændre direktivets materielle indhold.

23. Af samme grunde er der – modsat Polens forklaring under retsmødet – rent teoretisk intet til hinder for kun delvist at annullere bestemmelserne i direktiv 2014/40 om kendetegnende aromaer, nemlig for så vidt som der af disse bestemmelser følger et forbud mod mentolcigaretter.

2. Spørgsmålet om, hvorvidt sagsøgerens argumentation er tilstrækkeligt underbygget

24. Det er påfaldende, at Polen ganske vist har nedlagt påstand om annullation af en hel række enkeltbestemmelser i direktivet, men ikke har fremsat nærmere bemærkninger om flere af dem, nemlig artikel 6, stk. 2, litra b), artikel 7, stk. 12 og 14, samt artikel 13, stk. 1, litra c).

7 — Domme Jamet mod Kommissionen (37/71, EU:C:1972:57, præmis 11), Kommissionen mod Verhuizingen Coppens (C-441/11 P, EU:C:2012:778, præmis 38), Kommissionen mod Parlamentet og Rådet (C-427/12, EU:C:2014:170, præmis 16) og Kommissionen mod Rådet (C-425/13, EU:C:2015:483, præmis 94).

8 — Domme Frankrig mod Parlamentet og Rådet (C-244/03, EU:C:2005:299, præmis 13), Kommissionen mod Verhuizingen Coppens (C-441/11 P, EU:C:2012:778, præmis 38), Kommissionen mod Parlamentet og Rådet (C-427/12, EU:C:2014:170, præmis 16) og Kommissionen mod Rådet (C-425/13, EU:C:2015:483, præmis 94). I samme retning allerede dom Frankrig m.fl. mod Kommissionen (C-68/94 og C-30/95, EU:C:1998:148, præmis 257-259).

25. Jeg skal erindre om, at sagsøgerens argumentation i dennes stævning skal være tilstrækkeligt underbygget. I medfør af artikel 120, litra c), i Domstolens procesreglement og af retspraksis herom skal stævningen angive søgsmålets genstand, de fremførte anbringender og argumenter og en kort fremstilling af søgsmålsgrundene. Disse angivelser skal være tilstrækkeligt klare og præcise til, at sagsøgte kan tilrettelægge sit forsvar, og Domstolen kan udøve sin kontrol. De væsentlige faktiske og retlige omstændigheder, som et søgsmål støttes på, skal følgelig fremgå af selve stævningen på en sammenhængende og forståelig måde, og påstandene heri skal være utvetydigt formuleret for at undgå, at Domstolen træffer afgørelse ultra petita eller undlader at tage stilling til et klagepunkt [9] .

26. I den foreliggende sag indeholder stævningen ingen angivelser af, hvorfor Polen navnlig har nedlagt påstand om annullation af artikel 6, stk. 2, litra b), artikel 7, stk. 12-14, og artikel 13, stk. 1, litra c), i direktiv 2014/40. Heller ikke Polens annullationssøgsmål som helhed giver noget fingerpeg herom.

27. Tværtimod tager Polens påstand ifølge de anbringender, der er fremsat i stævningen, og Polens mundtlige forklaringer for Domstolen alene sigte på det EU-retlige forbud mod mentolcigaretter. Det pågældende forbud er imidlertid som sådan slet ikke indeholdt i de nævnte direktivbestemmelser.

28. Ganske vist kan man argumentere for, at en eventuel ophævelse af forbuddet mod mentolcigaretter fra Domstolens side nødvendigvis også skal omfatte de direktivbestemmelser, der er uløseligt forbundet med dette forbud. Af de nævnte forskrifter gælder dette dog højst for direktivets artikel 13, stk. 1, litra c), der forbyder henvisninger til smag, duft og aromastoffer på cigaretpakninger. Såfremt det også i fremtiden skal være muligt at sælge mentolcigaretter – sådan som Polen og Rumænien ønsker det – skal det være tilladt at anføre mentol som ingrediens på disse cigaretters emballage. Hvordan skulle forbrugeren ellers kunne vælge mellem mentolcigaretter og cigaretter uden aroma?

29. De andre direktivbestemmelser, der er nævnt, har dog ikke en sådan nær tilknytning til forbuddet mod mentolcigaretter, at de nødvendigvis står og falder med dette forbud. For eksempel skal fabrikanter og importører af cigaretter og rulletobak i henhold til direktivets artikel 6, stk. 2, litra b), pålægges at udføre visse undersøgelser. Dette har ikke umiddelbart noget at gøre med et forbud mod mentolcigaretter. Det samme gælder for direktivets artikel 7, stk. 12, der fastsætter *undtagelser* fra forbuddet mod markedsføring af tobaksvarer med en kendetegnende aroma. Endelig for så vidt angår direktivets artikel 7, stk. 14, indeholder denne bestemmelse ligeledes ikke noget forbud mod mentolcigaretter, men udskyder alene ikrafttrædelsen af visse forbud, herunder forbuddet mod mentol, til den 20. maj 2020.

30. Polens søgsmål kan således ikke antages til realitetsbehandling, idet det ikke er tilstrækkeligt underbygget, for så vidt som det er rettet imod direktivets artikel 6, stk. 2, litra b), og artikel 7, stk. 12 og 14.

3. Påstanden om, at anbringendet om ligebehandlingsprincippet er nyt og fremsat for sent

31. Rådet har, med henvisning til procesreglementets artikel 127, stk. 1, gjort gældende, at Polen i den anden runde af processkrifter – nærmere betegnet i replikken – har fremsat et nyt anbringende for sent, med hvilket Polen har påberåbt sig en tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet, der skulle bero på, at direktivet behandler mentolcigaretter på nøjagtig samme måde som andre tobaksvarer med aroma på trods af objektive forskelle.

9 — Jf. fast retspraksis, herunder, blandt mange, domme Kommissionen mod Parlamentet og Rådet (C-411/06, EU:C:2009:518, præmis 27), Det Forenede Kongerige mod Rådet (C-209/13, EU:C:2014:283, præmis 30) og Parlamentet mod Rådet (C-540/13, EU:C:2015:224, præmis 9).

32. Denne indsigelse fra Rådets side er klart baseret på en urigtig fortolkning af sagsøgerens anbringende i den skriftlige procedure. Ganske vist fremhæver Polen rent faktisk forskellige steder i sine skriftlige bemærkninger de påståede forskelle mellem mentolcigaretter og andre tobaksvarer med aromaer. Denne argumentation er imidlertid – som det også klart fremgik af retsmødet – *ikke* et særskilt anbringende, men derimod argumenter, der er fremført til støtte for de tre egentlige anbringender, som sagsøgeren har gjort gældende. Sådanne argumenter blev anført første gang allerede i stævningen. Som det derudover klart fremgår af replikken, har Polen i den anden runde af processkrifter med en mere udførlig udgave af denne argumentation blot svaret på et specifikt anbringende fra Parlamentets og Rådets side og bestræbt sig på at uddybe sagens genstand. En sådan fremgangsmåde er uden videre tilladt.

33. Derfor må dette anbringende fra Rådet forkastes.

4. Foreløbig konklusion

34. Polens søgsmål kan ikke antages til realitetsbehandling, idet det ikke er tilstrækkeligt underbygget, for så vidt som det er rettet imod direktivets artikel 6, stk. 2, litra b), og artikel 7, stk. 12 og 14. I øvrigt kan sagen antages til realitetsbehandling.

B – *Realiteten*

35. Republikken Polens annullationssøgsmål er rettet mod en række enkeltbestemmelser i direktiv 2014/40, der alle vedrører anvendelsen af kendetegnende aromaer i tobaksvarer. Målet med Polens søgsmål er at anfægte forbuddet mod markedsføring af mentolcigaretter på det europæiske indre marked, der i henhold til direktivets artikel 7, stk. 14, skal gælde fra den 20. maj 2020[10].

36. Med henblik herpå gøres tre anbringender gældende: For det første er Polen af den opfattelse, at forbuddet mod mentolcigaretter ikke kan støttes på artikel 114 TEUF. For det andet har Polen gjort gældende, at proportionalitetsprincippet er blevet tilsidesat. For det tredje har Polen anført, at nærhedsprincippet er blevet tilsidesat.

1. Valget af artikel 114 TEUF som hjemmel (det første anbringende)

37. Med sit første anbringende har Polen gjort gældende, at artikel 114 TEUF ikke kan anvendes som hjemmel for et forbud mod mentolcigaretter på EU-plan.

38. Hertil skal det bemærkes, at en retsakt, der er vedtaget med hjemmel i denne forskrift, for det første skal indeholde foranstaltninger vedrørende tilnærmelse af medlemsstaternes love og administrative bestemmelser, og for det andet skal vedrøre det indre markeds oprettelse og funktion[11]. Desuden skal de foranstaltninger, som er omhandlet i artikel 114 TEUF, reelt have til formål at forbedre vilkårene for det indre markeds oprettelse og funktion[12].

10 — Datoen den 20. maj 2020 følger af direktivets artikel 7, stk. 14, da salgsvolumen for mentolcigaretter i Unionen ifølge parternes overensstemmende oplysninger overstiger 3%.

11 — Dom Det Forenede Kongerige mod Rådet og Parlamentet (C-270/12, EU:C:2014:18, præmis 100).

12 — Domme British American Tobacco (Investments) og Imperial Tobacco (C-491/01, EU:C:2002:741, præmis 60), Vodafone m.fl. (C-58/08, EU:C:2010:321, præmis 32) og Inuit Tapiriit Kanatami m.fl. mod Kommissionen (C-398/13 P, EU:C:2015:535, præmis 26).

39. Med henblik herpå giver artikel 114 TEUF i henhold til fast praksis EU-lovgiver beføjelse til at forbyde markedsføring af en bestemt vare på hele det europæiske indre marked, såfremt dette har til formål at afvikle handelshindringer for en gruppe af varer eller blot at forebygge, at sådanne handelshindringer opstår [13].

40. På grundlag af eksemplet med de her omhandlede tobaksvarer kan dette illustreres som følger: Det EU-retlige forbud mod visse former for tobak har til formål at skabe ensartede handelsvilkår for alle tobaksvarer i hele Den Europæiske Union. Dermed er det EU-dækkende forbud mod tobaksvarer, der er tilsat en kendetegnende aroma, på sin vis prisen for, at »normale« tobaksvarer, der opfylder direktivets krav, frit kan markedsføres samtidig med, at der tages hensyn til det høje sundhedsbeskyttelsesniveau [14]. Tobaksvarer må med andre ord ganske vist principielt fortsat markedsføres i Den Europæiske Union, men blot uden kendetegnende aromaer.

41. I overensstemmelse hermed synes Polen i den foreliggende sag da heller ikke at drage i tvivl, at artikel 114 TEUF i princippet kan være egnet som hjemmel for foranstaltninger vedrørende tobaksvarer til harmonisering af det indre marked, herunder for et forbud mod markedsføring af nogle varer ud af en større gruppe af tobaksvarer.

42. Navnlig med hensyn til mentolcigaretter forelå der imidlertid efter Polens opfattelse på tidspunktet for direktivets vedtagelse ikke nogen divergens mellem de nationale love og administrative bestemmelser [det første anbringendes første led, jf. herom nedenfor i afsnit a)], ej heller var der grund til at forvente, at de pågældende bestemmelser ville udvikle sig forskelligt [det første anbringendes andet led, jf. herom nedenfor i afsnit b)]. Heraf udleder Polen, at det omtvistede forbud mod mentolcigaretter ikke kunne støttes på artikel 114 TEUF [15].

a) Afvikling af eksisterende handelshindringer (det første anbringendes første led)

43. Det første anbringendes første led er i det væsentlige støttet på det argument, at de omtvistede retsforskrifter i direktivet ikke er egnede til at afvikle eksisterende handelshindringer, men tværtimod vil føre til etablering af nye handelshindringer.

i) Divergens mellem de nationale love og administrative bestemmelser

44. Ifølge fast retspraksis kan EU-lovgiver benytte sig af artikel 114 TEUF bl.a. i tilfælde af forskelle mellem nationale lovgivninger, der kan medføre hindringer for de grundlæggende friheder og således have en direkte indvirkning på det indre markeds funktion [16] eller medføre væsentlige konkurrenceforvridninger [17].

45. Polen har med støtte fra Rumænien gjort gældende, at der, da direktivet blev vedtaget, slet ikke var divergenser mellem medlemsstaternes love og administrative bestemmelser *om mentolcigaretter*.

13 — Domme Arnold André (C-434/02, EU:C:2004:800, præmis 34 og 35) og Swedish Match (C-210/03, EU:C:2004:802, præmis 33 og 34). Også i den nyligt afsagte dom Inuit Tapiriit Kanatami m.fl. mod Kommissionen (C-398/13 P, EU:C:2015:535) var grundlaget faktiske omstændigheder, hvor artikel 95 EF (nu artikel 114 TEUF) tjente som hjemmel for forbuddet mod markedsføring af varer på det europæiske indre marked.

14 — Jf. direktivets artikel 24, stk. 1.

15 — I det omfang Polen gør de samme argumenter gældende i forbindelse med det andet anbringende med hensyn til proportionalitetsprincippet, behandler jeg dem under ét i det følgende, hvorefter jeg ikke behandler dem igen.

16 — Domme Tyskland mod Parlamentet og Rådet (C-380/03, EU:C:2006:772, præmis 37), Vodafone m.fl. (C-58/08, EU:C:2010:321, præmis 32) og Inuit Tapiriit Kanatami m.fl. mod Kommissionen (C-398/13 P, EU:C:2015:535, præmis 26).

17 — Domme Tyskland mod Parlamentet og Rådet (C-376/98, EU:C:2000:544, præmis 84 og 106), Vodafone m.fl. (C-58/08, EU:C:2010:321, præmis 32) og Inuit Tapiriit Kanatami m.fl. mod Kommissionen (C-398/13 P, EU:C:2015:535, præmis 26).

46. Dette argument er ikke holdbart. Det er nemlig klart baseret på den fejlagtige antagelse, at EU-lovgiver kun havde haft beføjelse til at vedtage bestemmelser om anvendelsen af mentol som kendetegnende aroma i tobaksvarer i henhold til artikel 114 TEUF, såfremt der specielt med hensyn til mentolcigaretter havde været forskelle mellem medlemsstaternes ordninger.

47. En sådan »salamitaktik«, der betragter ethvert markedssegment, der er omfattet af en harmoniseringsforanstaltning vedrørende det indre marked, og muligvis endda enkelte produktelementer særskilt, bør forkastes. Det afgørende er, om direktivet som helhed kan støttes på artikel 114 TEUF.

– Der var ikke anledning til at betragte mentolcigaretter isoleret

48. En isoleret betragtning af mentolcigaretter, sådan som Polen og Rumænien forestiller sig den, kunne højst komme på tale, såfremt mentolcigaretter indtog en særstilling i forhold til andre tobaksvarer med aromaer.

49. Det må medgives, at Polen i sagen for Domstolen netop har forsøgt at godtgøre, at mentolcigaretter indtager en sådan særstilling. En sådan argumentation er imidlertid ikke overbevisende. Tværtimod findes der tilstrækkeligt mange lighedspunkter mellem mentolcigaretter på den ene side og cigaretter med aromaer på den anden side til, at EU-lovgiver var berettiget til at anvende en ensartet tilgang i direktivet.

50. Dette følger af en sammenligning af de to typer cigaretter under hensyntagen til alle relevante omstændigheder. I denne forbindelse skal der både tages hensyn til, at de to varer ligner hinanden med hensyn til deres objektive egenskaber [18], og til, at de, henset til målene med de omhandlede ordninger, befinder sig i en sammenlignelig situation [19].

51. Hvis man først betragter de forskellige cigarettypers fysiske egenskaber, kan der ikke konstateres nævneværdige forskelle mellem mentolcigaretter og andre cigaretter med aromaer. Måden, hvorpå de forbruges, er ligeledes den samme: I alle tilfælde forbrændes tobak, der ryges med eller uden inhalation [20].

52. Der fremkommer heller ikke nævneværdige forskelle, når man sammenligner mentolcigaretter og andre cigaretter med aromaer med henblik på det overordnede mål med direktiv 2014/40, som er at sikre tobaksvarers frie bevægelighed på det europæiske indre marked kombineret med et højt sundhedsbeskyttelsesniveau [21]. Alle kendetegnende aromaer kan nemlig – uanset om det drejer sig om mentol eller om andre aromaer – som udgangspunkt føre til, at den i reglen ret bitre, ja endog svidende, smag af tobaksrøg, mildnes eller skjules. Derved opstår der alvorlig risiko for, at cigaretter med aromaer øger antallet af ikke-rygere, der indleder et tobaksforbrug [22], og gør det vanskeligere for personer, der allerede har et tobaksforbrug, eller i al fald nogle af dem, at komme ud af nikotinafhængigheden [23].

18 — Domme Rewe-Zentrale des Lebensmittel-Großhandels (45/75, EU:C:1976:22, præmis 12), John Walker (243/84, EU:C:1986:100, præmis 11), Arnold André (C-434/02, EU:C:2004:800, præmis 69) og Swedish Match (C-210/03, EU:C:2004:802, præmis 71).

19 — Domme Arcelor Atlantique et Lorraine m.fl. (C-127/07, EU:C:2008:728, præmis 25 og 26), Association belge des Consommateurs Test-Achats m.fl. (C-236/09, EU:C:2011:100, præmis 29), Ziegler mod Kommissionen (C-439/11 P, EU:C:2013:513, præmis 167) og Feakins (C-335/13, EU:C:2014:2343, præmis 51).

20 — I så henseende adskiller den foreliggende sag sig grundlæggende fra sagen Pillbox 38 (C-477/14; jf. mit forslag til afgørelse af dags dato i den pågældende sag, præmis 47-49), i hvilken det ikke er forskellige typer af traditionelle tobaksvarer, der skal sammenlignes indbyrdes, men traditionelle tobaksvarer på den ene side og elektroniske cigaretter på den anden side, der skal sammenholdes, hvorved der i den pågældende sag fremkommer betydelige forskelle.

21 — Jf. navnlig direktivets artikel 1 in fine og 5., 6., 8. og 36. betragtning til direktivet.

22 — Jf. herom også 16. betragtning til direktivet.

23 — Jf. herom henvisningen til forbrugsmønsteret i 16. betragtning til direktivet.

53. Polen har i denne sammenhæng uden held gjort gældende, at mentolcigaretter er et »traditionelt« produkt, der har været på markedet i mange år og er mindre attraktivt for unge end andre cigaretter med aromaer [24].

54. For det første findes der ingen saglig begrundelse for at sætte en lavere standard med hensyn til sundhedsbeskyttelsen for angiveligt »traditionelle« produkter, der er etableret på markedet, end for nye produkter. Det kan ganske vist eventuelt være begrundet at behandle visse produkter strengere specielt på grund af deres nyhedskarakter eller fastsætte en særordning for sådanne produkter [25]. Deraf kan der dog ikke sluttes modsætningsvis og udledes, at der normalt skal gælde mindre strenge regler for produkter, der allerede er etableret på markedet, end for nye.

55. For det andet ses der i Polens argumentation helt bort fra, at direktivets mål om et højt sundhedsbeskyttelsesniveau på det europæiske indre marked på ingen måde er begrænset til beskyttelsen af unge, om end direktivet primært har fokus på denne gruppe af personer [26]. Som nævnt ovenfor [27] er formålet med direktivet nemlig også helt generelt at sikre et højt niveau for beskyttelse af menneskers sundhed (jf. f.eks. direktivets artikel 1), hvilket så absolut også indbefatter at tilskynde personer, der allerede har et tobaksforbrug, til at komme ud af deres nikotinafhængighed.

56. På denne baggrund er det således ikke afgørende, om det omtvistede forbud mod mentolcigaretter særligt har en positiv indflydelse på unges sundhed. For selv hvis dette ikke skulle være tilfældet i noget nævneværdigt omfang, kunne forbuddet mod mentolcigaretter få indvirkning på andre grupper af forbrugere [28] og derved som helhed bidrage til en forbedring af sundhedsbeskyttelsesniveauet på det europæiske indre marked. Dette begrunder allerede i sig selv vedtagelsen af et generelt forbud mod markedsføring af mentolcigaretter og andre cigaretter med aromaer i direktivet.

57. Alt i alt må Polens og Rumæniens antagelse om, at mentolcigaretter indtager en særstilling, der adskiller dem fra andre cigaretter med kendetegnende aromaer og kræver en undtagelse fra direktivets forbud mod markedsføring af denne gruppe af tobaksvarer i hele Unionen, forkastes [29].

– Der var tilstrækkeligt med divergenser mellem de nationale ordninger

58. Det afgørende for anvendelsen af artikel 114 TEUF er således ene og alene, om der på tidspunktet for vedtagelsen af direktivet skulle fjernes forskelle mellem medlemsstaternes lovgivninger og administrative bestemmelser, der kunne indebære handelshindringer på det europæiske indre marked, med hensyn til anvendelsen af kendetegnende aromaer i tobaksvarer, uanset om der var tale om mentol eller andre aromaer.

24 — Deraf udleder Polen, at unge ikke i nævneværdigt omfang fristes til at indlede et tobaksforbrug på grund af mentolcigaretter.

25 — Domme Arnold André (C-434/02, EU:C:2004:800, præmis 69) og Swedish Match (C-210/03, EU:C:2004:802, præmis 71).

26 — Direktivets artikel 1 in fine og 8. og 19. betragtning til direktivet.

27 — Jf. ovenfor, punkt 40 og 52 i dette forslag til afgørelse.

28 — Jf. herom konsekvensanalysen (»Impact Assessment«) fremlagt af Kommissionens tjenestegrene den 19.12.2012, dok. SWD (2012) 452 final, navnlig del 1, s. 101. Heri anføres det i forbindelse med det planlagte forbud mod kendetegnende aromaer: »[…] a certain impact is also expected for established smokers«.

29 — I samme retning WTO's stående appelinstans' beretning af 4.4.2012 (WT/DS406/AB/R, »United States – Measures affecting the production and sale of clove cigarettes«, tilgængelig på WTO's hjemmeside www.wto.org), hvor det antages, at cigaretter med nellikearoma og cigaretter med mentolaroma er sammenlignelige (jf. navnlig konklusionerne i denne beretnings punkt 298).

59. Som navnlig Rådet og Det Forenede Kongerige under sagen for Domstolen har redegjort udførligt for, og uden at dette er blevet bestridt, havde en række medlemsstater allerede reguleret anvendelsen af kendetegnende aromaer, mens andre ikke havde. I de medlemsstater, der havde nationale bestemmelser, var der stor forskel på indholdet af disse, og de vedrørte ikke nødvendigvis de samme aromaer [30]. Dette kludetæppe af nationale ordninger kunne medføre væsentlige handelshindringer på det indre marked for tobaksvarer, der er præget af livlig handel på tværs af grænserne [31].

60. Selv hvis der specielt med hensyn til mentolcigaretter ikke skulle have foreligget nævneværdige handelshindringer, ville dette være uden betydning for anvendelsen af artikel 114 TEUF. Anvendelsen af artikel 114 TEUF er nemlig ikke betinget af, at hver enkelt detailbestemmelse i en harmoniseringsforanstaltning vedrørende det indre marked, der er støttet på denne hjemmel, skal indeholde svaret på konkrete divergenser mellem de nationale lovgivninger og administrative bestemmelser. Det afgørende er derimod en betragtning af den samlede ordning [32].

61. Som de sagsøgte EU-organisationer og nogle af deres intervenienter med rette har bemærket, kunne EU-lovgiver i den foreliggende sag også tage hensyn til, at forbuddet mod cigaretter med kendetegnende aromaer havde bidraget betydeligt mindre til at opnå et højt sundhedsbeskyttelsesniveau, hvis aktuelle eller potentielle forbrugere af tobaksvarer med aromaer fortsat havde haft mulighed for at gribe til mentolcigaretter som alternativ [33].

62. Bortset herfra gjaldt der på tidspunktet for vedtagelsen af direktivet endda allerede et forbud mod visse mentolkapsler i cigaretter i mindst to medlemsstater, Belgien og Tyskland, hvorfor denne konkrete variant af mentolcigaretter i al fald ikke måtte markedsføres i disse medlemsstater [34]. Derimod fandtes på det pågældende tidspunkt, så vidt det fremgår, ingen sammenlignelige forbud i andre medlemsstater. Polens argument om, at der ikke forelå divergenser mellem de nationale ordninger specielt med hensyn til mentolcigaretter, er således ikke blot generelt lidet holdbart, henset til, hvordan artikel 114 TEUF fungerer, men er i det konkrete tilfælde også materielt ukorrekt.

63. I denne forbindelse skal det desuden bemærkes, at antallet af medlemsstater, der har lovgivet eller haft til hensigt at lovgive på det omhandlede område på tidspunktet for Kommissionens forslag, ikke i sig selv er afgørende for vurderingen af lovligheden af EU-lovgivers anvendelse af artikel 114 TEUF, når betingelserne for at anvende denne bestemmelse var opfyldt på tidspunktet for vedtagelsen af den omhandlede retsakt [35].

64. Betingelserne for EU-lovgivers indgriben i henhold til artikel 114 TEUF er nemlig ikke af kvantitativ, men derimod af kvalitativ art. Med hensyn til vedtagelsen af en harmoniseringsforanstaltning er det ikke så afgørende, om og i hvor mange medlemsstater et bestemt produkt er omfattet af bestemmelser eller endog af forbud. Enhver eksisterende eller konkret

30 — Eksempelvis forbød Tyskland anvendelse af alle kapsler med aromaer i cigaretter, hvorimod Belgien kun forbød anvendelse af mentolkapsler. Frankrig fastsatte grænseværdier for anvendelse af tilsætningsstoffer, der giver en sødlig eller syrlig smag. Litauen forbød fuldstændig visse aromaer, f.eks. alle, der giver en smag af vanilje eller nellike. Et samlet overblik over dette spørgsmål findes i konsekvensanalysen (»Impact Assessment«), fremlagt af Kommissionens tjenestegrene den 19.12.2012, dok. SWD (2012) 452 final, navnlig del 1, s. 34, og del 4, s. 6.

31 — Sjette betragtning til direktivet. I samme retning allerede domme British American Tobacco (Investments) og Imperial Tobacco (C-491/01, EU:C:2002:741, præmis 64), Arnold André (C-434/02, EU:C:2004:800, præmis 39) og Swedish Match (C-210/03, EU:C:2004:802, præmis 38).

32 — Med Domstolens ord forudsætter den omstændighed, at artikel 114 TEUF anvendes som hjemmel for en retsakt, ikke, at der rent faktisk i enhver af de situationer, der er omfattet af den pågældende retsakt, skal foreligge en tilknytning til den frie bevægelighed mellem medlemsstaterne. Det er derimod afgørende for, om retsakten, der støttes på artikel 114 TEUF, som helhed faktisk har til formål at skabe bedre vilkår for det indre markeds oprettelse og funktion (jf. dom Tyskland mod Europa-Parlamentet og Rådet, C-380/03, EU:C:2006:772, præmis 80).

33 — Jf. herom også 16. betragtning til direktivet, hvoraf det kan udledes, at EU-lovgivers særlige bekymring gælder kendetegnende aromaer, der kan påvirke forbrugsmønsteret.

34 — Jf. herom henvisningerne i konsekvensanalysen (»Impact Assessment«), fremlagt af Kommissionens tjenestegrene den 19.12.2012, dok. SWD (2012) 452 final, navnlig del 1, s. 34.

35 — Dom Inuit Tapiriit Kanatami m.fl. mod Kommissionen (C-398/13 P, EU:C:2015:535, præmis 24). I samme retning domme Arnold André (C-434/02, EU:C:2004:800, præmis 38) og Swedish Match (C-210/03, EU:C:2004:802, præmis 37).

forventelig forstyrrelse af samhandelen på det indre marked kan begrunde en harmoniseringsforanstaltning, forudsat at de almindelige principper for udøvelsen af harmoniseringsbeføjelserne – navnlig nærhedsprincippet og proportionalitetsprincippet (artikel 5, stk. 3 og 4, TEU) [36] – overholdes [37].

65. Det følger heraf, at Polens første klagepunkt inden for rammerne af det første anbringendes første led skal forkastes.

ii) Den påståede skabelse af nye handelshindringer

66. Endvidere har Polen med støtte fra Rumænien inden for rammerne af det første anbringendes første led gjort gældende, at det materielle anvendelsesområde for forbuddet mod markedsføring af tobaksvarer med en kendetegnende aroma ikke er defineret tilstrækkeligt præcist i direktivets artikel 7, stk. 1, da det ikke indeholder en liste over tilladte eller forbudte aromarelevante substanser. Ifølge Polen fører dette ikke til en afvikling af eventuelle eksisterende handelshindringer, men derimod til, at der skabes nye handelshindringer, da der er risiko for, at medlemsstaterne på dette punkt ved gennemførelsen vil gøre brug af deres skønsbeføjelse på forskellig måde.

67. Denne kritik er imidlertid heller ikke overbevisende.

68. For det første ligger det i sagens natur, at der anvendes ubestemte retsbegreber i retsforskrifter. Dette gælder i særlig grad for forskrifter i direktiver, der altid skal gennemføres i national lovgivning (jf. artikel 288, stk. 3, TEUF). I denne forbindelse har EU-lovgiver et skøn vedrørende den mest hensigtsmæssige metode for indbyrdes tilnærmelse med henblik på at opnå det ønskede resultat [38].

69. For det andet er det under alle omstændigheder svært at forestille sig, hvordan et forbud mod *alle* tobaksvarer med kendetegnende aromaer, sådan som direktivets artikel 7, stk. 1, fastsættes det på EU-plan, skal føre til så betydelige forskelligheder ved gennemførelsen i medlemsstaterne, at der for alvor er risiko for nye handelshindringer.

70. Selv hvis der skulle forekomme forskelligheder i så henseende, har EU-lovgiver i direktivet imidlertid truffet passende foranstaltninger med henblik på at undgå sådanne. Direktivets artikel 7, stk. 2-5, giver således Europa-Kommissionen mulighed for, under de deri nærmere angivne betingelser, at vedtage gennemførelsesretsakter og delegerede retsakter med henblik på at fjerne eventuelle resterende uklare punkter.

71. Den vedtagelse af en liste over tilladte eller forbudte aromarelevante substanser på EU-plan (en form for »positivliste« eller »negativliste«), som Polen har anført som alternativ til direktivets artikel 7, ville have den afgørende ulempe, at en sådan lovgivningsteknik ville være svær at håndtere og let at omgå, og listen ville – henset til den hurtige udvikling i denne sektor – desuden hele tiden skulle opdateres. En sådan fremgangsmåde ville også begrænse det resterende råderum for de nationale myndigheder urimeligt i strid med proportionalitetsprincippet (artikel 5, stk. 4, TEU).

72. Det første anbringendes første led er derfor ubegrundet.

36 — Jf. herom mine bemærkninger i forbindelse med det andet og det tredje anbringende.

37 — Jf. mit forslag til afgørelse Inuit Tapiriit Kanatami m.fl. mod Kommissionen (C-398/13 P, EU:C:2015:190, punkt 51).

38 — Domme Det Forenede Kongerige mod Parlamentet og Rådet (C-66/04, EU:C:2005:743, præmis 45), Det Forenede Kongerige mod Parlamentet og Rådet (C-217/04, EU:C:2006:279, præmis 43) og Vodafone m.fl. (C-58/08, EU:C:2010:321, præmis 35).

b) Risikoen for en fremtidig forskellig udvikling i de nationale lovgivninger og administrative bestemmelser (det første anbringendes andet led)

73. Med første anbringendes andet led har Polen gjort gældende, at det er »højst usandsynligt«, at der fremover vil forekomme handelshindringer på det europæiske indre marked som følge af nationale forbud mod mentolcigaretter.

74. Denne problemstilling vil jeg i det følgende kun behandle subsidiært. Det følger nemlig af min behandling af det første anbringendes første led, at der allerede på tidspunktet for vedtagelsen af direktivet eksisterede nævneværdige handelshindringer, henset til de på daværende tidspunkt bestående divergenser mellem medlemsstaternes lovgivninger og administrative bestemmelser vedrørende tobaksvarer med kendetegnende aromaer. Dermed er spørgsmålet om *fremtidige* handelshindringers opståen egentlig besvaret.

75. Desuden forekommer det mig, at Polen modsiger sig selv. Polens påstand inden for rammerne af det første anbringendes andet led om, at de nationale lovgivninger og administrative bestemmelser ikke kan forventes at udvikle sig forskelligt, er næppe forenelig med den bekymring for, at de nationale fremgangsmåder i forbindelse med forbuddet mod kendetegnende aromaer vil blive forskellige, der er givet udtryk for i det første anbringendes første del [39].

76. Hvorom alting er: Ifølge fast retspraksis kan artikel 114 TEUF anvendes som hjemmel for at undgå, at der opstår sådanne hindringer for samhandelen, der skyldes en uensartet udvikling af de nationale lovgivninger, såfremt det er sandsynligt, at sådanne hindringer vil opstå, og den pågældende foranstaltning har til formål at forebygge dem [40].

77. Præcis sådan forholder det sig i den foreliggende sag, navnlig hvis man i overvejelserne, i international kontekst, inddrager det arbejde, som Verdenssundsorganisationen (WHO) har udført.

78. De sagsøgte EU-institutioner og nogle af deres intervenienter har på overbevisende måde godtgjort, at Unionen og dens medlemsstater i henhold til WHO's rammekonvention om tobakskontrol [41] var forpligtet til at begrænse eller forbyde anvendelsen af ingredienser i tobaksvarer, der kan forbedre smagen af disse, også anvendelsen af mentol. Det må ganske vist medgives, at dette ikke fremgår af selve rammekonventionens ordlyd, men det følger af retningslinjerne for gennemførelsen af konventionens artikel 9 og 10, som for nogle år siden blev vedtaget på konferencen for konventionens parter [42].

79. Selv om disse retningslinjer som sådan ikke er retligt bindende, har de dog karakter af global anbefaling for konventionsparternes gennemførelse af WHO's rammekonvention [43]. De er således også vejledende for Den Europæiske Unions medlemsstater, der har været med til at indgå denne rammekonvention.

39 — Jf. herom ovenfor, punkt 66 i dette forslag til afgørelse.

40 — Domme Alliance for Natural Health m.fl. (C-154/04 og C-155/04, EU:C:2005:449, præmis 29), Tyskland mod Parlamentet og Rådet (C-380/03, EU:C:2006:772, præmis 38 og 41) og Irland mod Parlamentet og Rådet (C-301/06, EU:C:2009:68, præmis 64).

41 — Godkendt ved Rådets afgørelse 2004/513/EF af 2.6.2004 (EUT L 213, s. 8).

42 — Jf. herom »Delvise retningslinjer for gennemførelse af artikel 9 og 10«, vedtaget på konferencen for parterne i WHO's rammekonvention om tobakskontrol i anledning af dens fjerde møde i Punta del Este (2010), FCTC/COP/4(10), og ændret i anledning af dens femte møde i Seoul (2012), FCTC/COP/5(6); herefter også »retningslinjer« eller »WHO's retningslinjer«. I disse retningslinjers punkt 3.1.2.2, der udtrykkeligt også vedrører mentol som aromastof, anføres: »Parties should regulate, by prohibiting or restricting, ingredients that may be used to increase palatability in tobacco products.«

43 — Ibidem, punkt 1.1.

80. På denne baggrund kunne EU-lovgiver gå ud fra, at der på nationalt plan meget hurtigt ville blive vedtaget ordninger vedrørende brugen af mentol og andre kendetegnende aromaer i tobaksvarer, såfremt der ikke blev fastlagt en ensartet ordning på EU-plan. Irland og Frankrig har under sagen for Domstolen bekræftet dette på overbevisende måde med hensyn til deres nationale praksis. Den af Polen fremhævede kendsgerning, at der i realiteten over en længere periode stort set ikke var blevet vedtaget nationale ordninger herom i Den Europæiske Unions medlemsstater, kan antagelig alene tilskrives den omstændighed, at Kommissionen [44] internt i Unionen mere eller mindre samtidigt med offentliggørelsen af WHO's retningslinjer havde forberedt og iværksat lovgivningsproceduren med henblik på vedtagelsen af det anfægtede direktiv [45].

81. Derudover kunne EU-lovgiver med rimelighed antage, at eventuelle nationale ordninger til gennemførelse af WHO's rammekonvention ville variere fra medlemsstat til medlemsstat og således ville føre til, at der opstod nye handelshindringer på det indre marked, medmindre der blev vedtaget en harmoniseringsforanstaltning på EU-plan. De pågældende retningslinjer pålægger nemlig ikke konventionsparterne konkrete foranstaltninger, men indrømmer dem det størst tænkelige råderum. Navnlig lader de parterne vælge mellem forbud og rene begrænsninger med hensyn til anvendelsen af aromastoffer i tobaksvarer og indeholder kun eksempler på ingredienser.

82. På denne baggrund skal det første anbringendes andet led ligeledes forkastes.

c) Foreløbig konklusion

83. Det første anbringende bør derfor forkastes i sin helhed.

2. Proportionalitetsprincippet (det andet anbringende)

84. Det andet anbringende vedrører proportionalitetsprincippet. Polen har gjort gældende, at de omtvistede bestemmelser i direktivet ikke er forenelige med proportionalitetsprincippet, således som dette er forankret i artikel 5, stk. 4, TEU.

a) Generelle betragtninger vedrørende proportionalitetsprincippet

85. Proportionalitetsprincippet hører ifølge fast retspraksis til EU-rettens almindelige grundsætninger og er specielt med henblik på EU-institutionernes udøvelse af kompetence forankret i artikel 5, stk. 4, TEU. Dette princip kræver, at EU-institutionernes retsakter skal være egnede til at nå de legitime mål, der forfølges med den omhandlede lovgivning, og ikke må gå ud over, hvad der er nødvendigt for at nå disse mål [46]. Såfremt der herved kan vælges mellem flere egnede foranstaltninger, skal den mindst restriktive foranstaltning anvendes, og de pålagte byrder må ikke være uforholdsmæssige i forhold til de forfulgte mål [47].

44 — Kommissionens forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes love og administrative bestemmelser om fremstilling, præsentation og salg af tobak og relaterede produkter, COM(2012) 788 final, blev fremlagt den 19.12.2012. Kommissionens interne forberedelser og høringer fandt således sted før dette tidspunkt.

45 — I samme retning mit forslag til afgørelse Inuit Tapiriit Kanatami m.fl. mod Kommissionen m.fl. (C-398/13 P, EU:C:2015:190, punkt 34, sidste punktum).

46 — Domme Maizena m.fl. (137/85, EU:C:1987:493, præmis 15), Det Forenede Kongerige mod Rådet (C-84/94, EU:C:1996:431, præmis 57), British American Tobacco (Investments) og Imperial Tobacco (C-491/01, EU:C:2002:741, præmis 122), Digital Rights Ireland (C-293/12 og C-594/12, EU:C:2014:238, præmis 46) og Gauweiler m.fl. (C-62/14, EU:C:2015:400, præmis 67).

47 — Domme Schräder HS Kraftfutter (265/87, EU:C:1989:303, præmis 21), Jippes m.fl. (C-189/01, EU:C:2001:420, præmis 81) og ERG m.fl. (C-379/08 og C-380/08, EU:C:2010:127, præmis 86). I samme retning også dom Gauweiler m.fl. (C-62/14, EU:C:2015:400, præmis 91).

86. I forbindelse med domstolskontrollen af EU-retsakters forholdsmæssighed skal det tages i betragtning, at rækkevidden af EU-lovgivers skønsbeføjelse kan være begrænset under hensyn til en række faktorer, når der er tale om indgreb i grundlæggende rettigheder, herunder navnlig det omhandlede område, karakteren af den omhandlede grundlæggende rettighed, karakteren og alvoren af indgrebet samt formålet hermed [48].

87. I den foreliggende sag berøres friheden til at oprette og drive egen virksomhed (artikel 16 i chartret om grundlæggende rettigheder). Friheden til at oprette og drive egen virksomhed kan ifølge fast retspraksis undergives en række myndighedsindgreb, som af hensyn til den almene interesse kan sætte begrænsninger for udøvelsen af erhvervsvirksomhed [49], idet EU-lovgiver er tillagt et vidt skøn, når der er tale om et område, der indebærer valg af både politisk og økonomisk og social karakter, og der skal foretages komplekse vurderinger [50].

88. Det er ubestrideligt, at EU-lovgiver ved vedtagelsen af direktiv 2014/40 netop stod over for sådanne komplekse spørgsmål af økonomisk, social og politisk karakter, og der er i øvrigt heller ikke for alvor blevet rejst tvivl herom af nogen af sagens parter. EU-lovgiver har derfor et vidt skøn med hensyn til de vurderinger, der ligger til grund for direktivet, ikke mindst med henblik på de foranstaltninger, med hvilke det høje sundhedsbeskyttelsesniveau, der er foreskrevet på det europæiske indre marked (artikel 9 TEUF, artikel 114, stk. 3, TEUF, artikel 168, stk. 1, TEUF og artikel 35, andet punktum, i chartret om grundlæggende rettigheder), bedst kan opnås. Dette gælder også, fordi prognoser om markedets fremtidige funktion i sagens natur højst kan undersøges med henblik på deres plausibilitet.

89. Dette skøn indebærer, at EU-lovgiver kun kan antages at have tilsidesat proportionalitetsprincippet, såfremt den pågældende EU-retsakt er *åbenbart urimelig*, altså såfremt den er åbenbart uegnet til at nå de tilsigtede legitime mål, åbenbart går ud over, hvad der er nødvendigt for at nå dem, eller kan medføre ulemper, der åbenbart er uforholdsmæssige i forhold til de tilsigtede mål [51]. Det er derimod uden betydning, om den ved retsakten trufne foranstaltning er det eneste tænkelig mulighed eller den mest formålstjenlige.

90. På denne baggrund skal de omtvistede direktivbestemmelsers proportionalitet i det følgende underkastes en domstolskontrol.

b) Egnethed og nødvendighed af et salgsforbud (det andet anbringendes første og andet led)

91. Med dette andet anbringendes første to led har Polen gjort gældende, at et forbud mod mentolcigaretter hverken er egnet eller nødvendigt for at opnå det høje sundhedsbeskyttelsesniveau, som EU-lovgiver tilstræber.

i) Indledende bemærkning vedrørende forsigtighedsprincippet

92. Indledningsvis bemærkes, at ingen af parterne i sagen bestrider de sundhedsrisici, der er forbundet med rygning [52]. Alle parter anerkender som udgangspunkt også, at kendetegnende aromaer letter eller understøtter rygning og derfor kan medføre sundhedsrisici [53].

48 — Dom Digital Rights Ireland (C-293/12 og C-594/12, EU:C:2014:238, præmis 47).

49 — Dom Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28, præmis 46).

50 — Domme British American Tobacco (Investments) og Imperial Tobacco (C-491/01, EU:C:2002:741, præmis 123), S.P.C.M. m.fl. (C-558/07, EU:C:2009:430, præmis 42), Vodafone m.fl. (C-58/08, EU:C:2010:321, præmis 52) og Gauweiler m.fl. (C-62/14, EU:C:2015:400, præmis 67).

51 — Dom Gauweiler m.fl. (C-62/14, EU:C:2015:400, præmis 74, 81 og 91). I samme retning allerede domme Vodafone m.fl. (C-58/08, EU:C:2010:321, præmis 52), S.P.C.M. m.fl. (C-558/07, EU:C:2009:430, præmis 42) og Afton Chemical (C-343/09, EU:C:2010:419, præmis 46).

52 — Domstolen har anerkendt, at nikotinen i tobaksvarer skaber afhængighed og ubestridt er giftig (domme Arnold André, C-434/02, EU:C:2004:800, præmis 50, og Swedish Match, C-210/03, EU:C:2004:802, præmis 52).

53 — Jf. herom ovenfor, punkt 52 i dette forslag til afgørelse.

93. Parterne diskuterer derimod intenst, hvordan et forbud mod mentolcigaretter vil påvirke nuværende og potentielle rygeres forbrugsmønster. Begge sider støtter deres antagelser på videnskabelige undersøgelser og kritiserer modparten for, at dennes redegørelser savner tilstrækkeligt videnskabeligt grundlag.

94. Med henblik på vurderingen af, om direktiv 2014/40 er lovligt, og navnlig af, om de omtvistede bestemmelser er forholdsmæssige, er det afgørende imidlertid slet ikke, om de sundhedsmæssige overvejelser vedrørende mentolcigaretter, som EU-lovgiver har fremført – overvejelser, som jeg personligt finder yderst plausible – på den videnskabelige forsknings nuværende udviklingstrin kan dokumenteres med tilstrækkelig præcision.

95. Ved vedtagelsen af direktivet skulle EU-lovgiver nemlig overholde forsigtighedsprincippet [54]. Netop hvis det viser sig ikke at være muligt med sikkerhed at fastslå, om og i givet fald i hvilket omfang den påståede risiko foreligger som følge af, at resultaterne af de foretagne undersøgelser er utilstrækkelige, ikke er overbevisende eller er upræcise, men at sandsynligheden for en reel skade på folkesundheden varer ved, dersom risikoen indtræder, begrunder forsigtighedsprincippet restriktive foranstaltninger på betingelse af, at de ikke er forskelsbehandlende og er objektive [55].

96. Opfordringen i WHO's rammekonvention til på globalt plan at begrænse eller forbyde anvendelsen af ingredienser i tobaksvarer, der kan forbedre smagen af disse, herunder også anvendelsen af mentol [56], er ligeledes blot et udtryk for forsigtighedsprincippet.

97. Forsigtighedsprincippet kræver ganske vist, at EU-lovgiver altid træffer sine beslutninger under hensyntagen til de mest pålidelige videnskabelige data, der er til rådighed, og de seneste internationale forskningsresultater [57] (i denne retning også artikel 114, stk. 3, TEUF). Hverken Polen eller Rumænien har dog for alvor stillet spørgsmålstegn ved, om EU-lovgiver har opfyldt denne forpligtelse i det foreliggende tilfælde [58]. Parterne er alene uenige om, hvilke konklusioner der burde drages af de veldokumenterede videnskabelige beviser. I så henseende havde EU-lovgiver imidlertid et vidt skøn, hvis grænser den på ingen måde har overskredet i det foreliggende tilfælde.

98. På denne baggrund var det ifølge forsigtighedsprincippet helt forsvarligt og muligvis endog påkrævet generelt at fastsætte strenge regler for anvendelsen af kendetegnende aromaer i tobaksvarer, eftersom der i henhold til de primærretlige krav skulle tilstræbes et *højt* sundhedsbeskyttelsesniveau (artikel 9 TEUF, artikel 114, stk. 3, TEUF, artikel 168, stk. 1, TEUF og artikel 35, andet punktum, i chartret om grundlæggende rettigheder).

54 — Jf. i denne retning dom Alliance for Natural Health m.fl. (C-154/04 og C-155/04, EU:C:2005:449, præmis 68), hvori Domstolen fremhæver »behovet for [EU-]lovgiver for at tage hensyn til forsigtighedsprincippet, når den vedtager foranstaltninger til beskyttelse af menneskers sundhed inden for rammerne af politikken for det indre marked«.

55 — Domme Det Forenede Kongerige mod Kommissionen (C-180/96, EU:C:1998:192, præmis 99), Kommissionen mod Danmark (C-192/01, EU:C:2003:492, præmis 52 og 53), Kommissionen mod Frankrig (C-333/08, EU:C:2010:44, præmis 93), Afton Chemical (C-343/09, EU:C:2010:419, præmis 60-62) og Acino mod Kommissionen (C-269/13 P, EU:C:2014:255, præmis 57).

56 — Jf. herom ovenfor, punkt 77-79 i dette forslag til afgørelse.

57 — Domme Kommissionen mod Danmark (C-192/01, EU:C:2003:492, præmis 51), Kommissionen mod Frankrig (C-333/08, EU:C:2010:44, præmis 92) og Afton Chemical (C-343/09, EU:C:2010:419, præmis 60). Jf. også dom Monsanto Agricoltura Italia m.fl. (C-236/01, EU:C:2003:431, præmis 113).

58 — WHO's retningslinjer (nævnt ovenfor i fodnote 42), som EU-lovgiver ifølge direktivets artikel 1 og syvende betragtning til direktivet har taget udgangspunkt i, er baseret på »parternes bedste foreliggende videnskabelige dokumentation og erfaringer« (jf. herom punkt 1.1 i de nævnte retningslinjer).

ii) Egnetheden af et salgsforbud (det andet anbringendes første led)

99. Egnetheden af forbuddet mod markedsføring af mentolcigaretter med henblik på at opnå den øgede sundhedsbeskyttelse, som direktivet tager sigte på, bestrides – navnlig for så vidt angår unge – af Polen med tre argumenter: For det første er mentolcigaretter et »traditionelt« produkt, der er mindre attraktivt for unge end andre tobaksvarer med aromaer. For det andet er det ikke objektivt godtgjort, at et forbud mod mentolcigaretter i det hele taget er egnet til at nedbringe antallet af unge, der begynder at ryge, eller antallet af rygere generelt. Og for det tredje vil det sorte marked for mentolcigaretter blomstre op.

– Den sundhedsmæssige effekt af et forbud mod mentolcigaretter

100. For så vidt angår Polens første to argumenter har jeg allerede ovenfor i forbindelse med artikel 114 TEUF redegjort for, at der ikke findes nogen saglig begrundelse for at sætte en lavere standard med hensyn til sundhedsbeskyttelsen for angiveligt »traditionelle« produkter, der er etableret på markedet, end for nye produkter[59]. Som Frankrig meget rigtigt har anført, kan et produkts traditionelle karakter ikke begrunde dets forbliven på markedet, hvis det derved bliver vanskeligere at opnå et højt sundhedsbeskyttelsesniveau.

101. Derudover forekommer Polens argumentation mig forfejlet, når det gøres gældende, at EU-institutionerne objektivt skal godtgøre, at færre unge vil begynde at ryge, eller at antallet af rygere som helhed vil falde, i tilfælde af et forbud mod mentolcigaretter.

102. Som allerede nævnt er det afgørende for vurderingen af de omtvistede bestemmelsers egnethed nemlig egentlig ikke så meget, om de virkninger, som EU-lovgiver antager, at et forbud mod kendetegnende aromaer vil have på (nuværende og potentielle) rygeres forbrugsmønster, kan dokumenteres videnskabeligt med tilstrækkelig nøjagtighed. Prognoser om markedets fremtidige funktion kan i sagens natur ikke bevises i egentlig forstand, men kan højst undersøges med henblik på deres plausibilitet.

103. Det forekommer absolut plausibelt, at et forbud mod mentolcigaretter og andre cigaretter med aromaer, som antaget af EU-lovgiver, vil gøre det mindre attraktivt for unge at indlede et tobaksforbrug og samtidig også vil gøre det lettere for personer, der allerede har et tobaksforbrug, at komme ud af deres nikotinafhængighed. Kort sagt: Hvis kendetegnende aromaer letter eller understøtter rygning, fordi de kan mildne eller skjule den i reglen ret bitre, ja endog svidende, smag af tobaksrøg, er det nærliggende at antage, at en fjernelse af sådanne aromaer kan have den omvendte virkning og derved bidrage til en bedre sundhedsbeskyttelse.

104. Et forbud mod kendetegnende aromaer i tobaksvarer kan under ingen omstændigheder anses for *åbenbart uegnet* med henblik på at nå det nævnte mål og derved bidrage til et højt sundhedsbeskyttelsesniveau på det europæiske indre marked. Dette gælder så meget mere, henset til forsigtighedsprincippet og det vide skøn, som EU-lovgiver er tillagt med hensyn til valget af foranstaltninger, hvormed det høje sundhedsbeskyttelsesniveau, der kræves på det indre marked, bedst kan opnås.

– Den påståede opblomstring af det sorte marked for mentolcigaretter

105. For så vidt angår den opblomstring af det sorte marked for mentolcigaretter, som Polen forudser, er dette intet andet end en påstand, der oven i købet er blevet fremført i lidet underbygget form.

59 — Jf. ovenfor, punkt 53 i dette forslag til afgørelse.

106. De sagsøgte EU-institutioner og nogle af deres intervenienter har forsøgt at imødegå denne påstand ved navnlig at henvise til de nye bestemmelser i direktivets artikel 15 og 16, hvori der opstilles detaljerede krav til cigaretpakningers sporbarhed samt til de sikkerhedsfeatures, der skal anbringes på disse pakninger.

107. Man må ganske vist give Polen ret i, at sådanne foranstaltninger i sig selv ikke er egnede til på sikker måde at forhindre en eventuel indsmugling af mentolcigaretter fra tredjelande og salg af ulovligt indførte eller forhandlede mentolcigaretter på det sorte marked inden for Den Europæiske Union.

108. Efter min opfattelse kan det imidlertid på ingen måde være afgørende, om smugling og handel på det sorte marked kan forhindres effektivt på denne måde [60]. Afgørende er derimod to faktorer. For det første vanskeliggør direktivets artikel 15 og 16 ulovlige aktiviteter og letter afsløringen af sådanne. For det andet – og vigtigst – bliver det, efter at forbuddet mod markedsføring af tobaksvarer med kendetegnende aromaer er trådt i kraft, vanskeligere for forbrugere at få fat på mentolcigaretter og andre cigaretter med aromaer. Dette forhold giver i sig selv grund til at antage, at et sådant forbud ikke kan undgå at bidrage til at sikre et højt sundhedsbeskyttelsesniveau. At forbud muligvis i enkelte tilfælde omgås, taler ikke principielt imod, at de er egnede med henblik på at nå det tilsigtede mål.

109. Det følger heraf, at det andet anbringendes første led ikke er begrundet.

iii) Nødvendigheden af et salgsforbud (det andet anbringendes andet led)

110. Endvidere bestrider Polen, at et forbud mod markedsføring af mentolcigaretter er nødvendigt for at opnå det høje sundhedsbeskyttelsesniveau på det europæiske indre marked, som tilstræbes med direktivet.

111. De argumenter, som Polen har fremført i denne forbindelse, kan deles op i to aspekter. For det første drejer det sig om spørgsmålet om, hvorvidt et generelt forbud mod alle kendetegnende aromaer, herunder mentol, var nødvendigt, og for det andet om spørgsmålet om, hvorvidt EU-lovgiver ikke kunne have anvendt mildere, mindre indgribende foranstaltninger end et forbud.

– Nødvendigheden af et generelt forbud mod alle kendetegnende aromaer

112. For så vidt angår det første af disse aspekter har jeg allerede ovenfor – i forbindelse med artikel 114 TEUF – redegjort for, at Polens argumentation om mentolcigaretters påståede særstilling inden for markedssegmentet for cigaretter med aromaer er lidet overbevisende [61].

113. Navnlig er den »traditionelle« karakter, som mentolcigaretter ifølge Polen har i forhold til andre typer cigaretter med aromaer, selv hvis man antager, at påstanden er sand, ikke egnet som begrundelse for på nogen måde at slække på det høje sundhedsbeskyttelsesniveau på det indre marked for tobaksvarer, der skal tilstræbes som helhed.

114. Med forbuddet mod alle kendetegnende aromaer følger direktivet, som det ikke mindst fremgår af dets artikel 1 og præamblen hertil [62], de krav, der er udarbejdet i WHO's regi [63].

60 — I samme retning dom British American Tobacco (Investments) og Imperial Tobacco (C-491/01, EU:C:2002:741, præmis 129). Et tilsvarende ræsonnement findes desuden i mine forslag til afgørelse CHEZ Razpredelenie Bulgaria (C-83/14, EU:C:2015:170, punkt 123) og Belov (C-394/11, EU:C:2012:585, punkt 107 og 108).

61 — Jf. herom ovenfor, punkt 48-57 i dette forslag til afgørelse.

62 — Jf. herom også syvende betragtning til direktivet.

63 — Jf. herom ovenfor, punkt 77-79 samt punkt 96 i dette forslag til afgørelse.

115. Hvis EU-lovgiver havde undladt at inddrage mentol i forbuddet mod kendetegnende aromaer, havde direktivet kunnet bidrage betydeligt mindre til at opnå et højt beskyttelsesniveau. I så fald ville nuværende eller potentielle forbrugere af tobaksvarer med aromaer på det indre marked fortsat have haft mulighed for at gribe til mentolcigaretter, hvilket kunne øge antallet af unge, der indleder et tobaksforbrug, og gøre det vanskeligere for personer, der allerede har et tobaksforbrug, at komme ud af nikotinafhængigheden [64].

116. Desuden havde Den Europæiske Union muligvis risikeret en retssag i Verdenshandelsorganisationens (WTO) regi, hvis den ikke havde forbudt mentolcigaretter på samme måde som andre cigaretter med aromaer. WTO's Tvistbilæggelsesorgan anså det således i en rapport fra 2012 for en tilsidesættelse af WTO's regler, at Amerikas Forenede Stater forbød salg af cigaretter med nellikearomaer, hvorimod mentolcigaretter fortsat måtte markedsføres [65]. I modsætning til Polens opfattelse forekommer det på ingen måde udelukket, men endog særdeles nærliggende, at denne rapport fra WTO er relevant for den omhandlede problemstilling i den foreliggende sag, i og med at det i denne rapport udtrykkeligt lægges til grund, at cigaretter med nellikearoma og cigaretter med mentolaroma er sammenlignelige (som såkaldte »lignende varer« som omhandlet i WTO's aftale om tekniske handelshindringer).

117. Hvis man tager hensyn til disse omstændigheder, kan det ikke for alvor drages i tvivl, at det var nødvendigt at forbyde *alle* kendetegnende aromaer, inklusive mentol [66]. Under alle omstændigheder går et sådant generelt forbud ikke *åbenbart* ud over, hvad der er nødvendigt for at opnå et højt sundhedsbeskyttelsesniveau på det europæiske indre marked.

– De påståede mindre indgribende midler, som Polen har gjort gældende

118. For så vidt angår det andet af de to nævnte aspekter har Polen i det væsentlige fremført tre alternativer, som efter Polens opfattelse skulle tages i betragtning som mindre indgribende midler end et totalt forbud mod mentolcigaretter, nemlig indførelse af aldersgrænser for salg af sådanne cigaretter, anbringelse af særlige advarsler på pakningerne og målrettede oplysningskampagner.

119. Hertil skal det bemærkes, at der i forbindelse med undersøgelsen af forholdsmæssigheden kun kan tages hensyn til eventuelle mindre indgribende midler set i forhold til den af EU-lovgiver fastsatte foranstaltning, såfremt de er lige så egnede til at nå det mål, der forfølges med den pågældende EU-retsakt [67].

120. Dette er ikke tilfældet med de nævnte aldersgrænser. Som de EU-institutioner, der deltager i sagen, og flere af de deltagende medlemsstater på overbevisende måde har godtgjort, kan aldersgrænser let omgås i detailhandlen, og det er yderst vanskeligt at kontrollere, om de overholdes.

121. Dels er der mulighed for, at mindreårige får myndige personer i deres familie eller venne- og bekendtskabskreds til at forsyne dem med cigaretter med aromaer. Dels kan det selv med et krav om, at man skal være myndig for at købe cigaretter med aromaer, ikke sikres, at unge forbrugere, der først lige har overskredet den pågældende aldersgrænse, beskyttes mod risiciene ved nikotinforbrug på

64 — Det ændres ikke af, at mentol ifølge en undersøgelse, som Polen har henvist til, var den mindst hyppigt nævnte grund til, at personer begynder at ryge. En eliminering af selv den mindste årsag kan bidrage til at opnå et højt sundhedsbeskyttelsesniveau på det indre marked for tobaksvarer.

65 — Rapport fra WTO's stående appelinstans' beretning af 4.4.2012 (WT/DS406/AB/R, »United States – Measures affecting the production and sale of clove cigarettes«, tilgængelig på WTO's websted www.wto.org), navnlig beretningens punkt 298.

66 — Jf. i samme retning – vedrørende forbuddet mod markedsføring af tobaksvarer, der indtages oralt – domme Arnold André (C-434/02, EU:C:2004:800, præmis 47) og Swedish Match (C-210/03, EU:C:2004:802, præmis 49).

67 — Domme Arnold André (C-434/02, EU:C:2004:800, præmis 55) og Swedish Match (C-210/03, EU:C:2004:802, præmis 56).

hensigtsmæssig vis. Som det imidlertid på overbevisende måde er blevet fremført i sagen for Domstolen, er ikke kun mindreårige, men også unge, der har nået myndighedsalderen (navnlig aldersgruppen mellem 18 og 25 år), særligt udsatte, fordi det ofte ses, at unge i alderen op til 25 år påbegynder et forbrug af nikotinholdige produkter.

122. Tilsvarende kan en forpligtelse for fabrikanter og importører til at anbringe advarsler på pakninger med mentolcigaretter ikke anses for at være lige så egnet som et forbud mod markedsføring af alle tobaksvarer med kendetegnende aromaer, henset til målet om et højt beskyttelsesniveau. For selv hvis man udarbejdede specielle advarsler med det budskab, at cigaretter med aromaer ikke er mindre farlige end cigaretter uden aromaer, ville dette ikke ændre på, at disse produkter fortsat ville stå til rådighed for forbrugerne. Salget af cigaretter med kendetegnende aromaer kunne derfor fortsat virke som en hæmsko i forhold til at opnå et højt sundhedsbeskyttelsesniveau på det europæiske indre marked. Og det er ikke alt: Som Irland med rette har anført, kan specifikke aromarelaterede advarsler endog virke mod hensigten, fordi de muligvis – ikke ulig et reklamebudskab – særligt og mere end blot en indholdsangivelse henleder forbrugerens opmærksomhed på tilstedeværelsen af kendetegnende aromaer.

123. Det samme gælder for Polens idé om oplysningskampagner om risiciene ved tobaksvarer med kendetegnende aromaer. Desuden ville sådanne oplysningskampagner, som Kommissionen meget rigtigt har anført, slet ikke være egnede til at afvikle eksisterende handelshindringer som følge af divergerende nationale ordninger vedrørende anvendelsen af kendetegnende aromaer som omhandlet i artikel 114 TEUF eller at forhindre sådanne i at opstå.

124. Følgelig kan det andet anbringendes første to led ikke tiltrædes.

c) Forholdsmæssighed i snævrere forstand (det andet anbringendes tredje led)

125. Med det andet anbringendes tredje led har Polen rejst spørgsmålet om forholdsmæssigheden i snævrere forstand. Her påpeges økonomiske og sociale byrder, der efter Polens opfattelse vil ramme denne medlemsstat som følge af forbuddet mod mentolcigaretter og det i langt større omfang end andre medlemsstater. Desuden har Polen i denne forbindelse kritiseret, at EU-lovgiver ikke har foretaget en cost-benefit-analyse, i al fald ikke en, der specifikt tager sigte på mentolcigaretter.

126. I modsætning til Det Forenede Kongeriges opfattelse er undersøgelsen af forholdsmæssigheden i snævrere forstand et selvstændigt tredje trin i forbindelse med proportionalitetsprincippet. Ifølge dette må de byrder, der er forbundet med en EU-retsakt, som allerede nævnt indledningsvis, ikke være uforholdsmæssige i forhold til de tilsigtede mål [68]. Derfor er EU-lovgiver altid forpligtet til at sikre sig, at de formål, der forfølges med den valgte foranstaltning, kan begrunde, at foranstaltningerne har væsentlige negative økonomiske følger for visse erhvervsdrivende [69] (jf. også – for så vidt angår udkast til lovgivningsmæssige retsakter – artikel 5, sidste punktum, i protokollen om anvendelse af nærhedsprincippet og proportionalitetsprincippet [70]).

127. I det foreliggende tilfælde kunne Parlamentet og Rådet i deres egenskab af Unionens lovgivende institutioner navnlig støtte sig på Kommissionens konsekvensanalyse [71], hvori også de økonomiske og sociale følger af de foranstaltninger, der indføres ved direktivet, behandles [72].

68 — Domme Schräder HS Kraftfutter (265/87, EU:C:1989:303, præmis 21), Jippes m.fl. (C-189/01, EU:C:2001:420, præmis 81) og ERG m.fl. (C-379/08 og C-380/08, EU:C:2010:127, præmis 86). I samme retning også dom Gauweiler m.fl. (C-62/14, EU:C:2015:400, præmis 91).

69 — Domme Arcelor Atlantique et Lorraine m.fl. (C-127/07, EU:C:2008:728, præmis 59), Vodafone m.fl. (C-58/08, EU:C:2010:321, præmis 53) og Luxembourg mod Parlamentet og Rådet (C-176/09, EU:C:2011:290, præmis 63).

70 — Protokol nr. 2 til EU-traktaten og EUF-traktaten (herefter »protokol nr. 2«).

71 — »Impact Assessment«, fremlagt af Kommissionens tjenestegrene den 19.12.2012, dok. SWD (2012) 452 final, navnlig del 1, s. 98 ff. og 120 ff.

72 — Også Domstolen tager undertiden hensyn til en sådan konsekvensanalyse fra Kommissionen ved undersøgelsen af EU-retsakters gyldighed (jf. f.eks. dom Vodafone m.fl., C-58/08, EU:C:2010:321, præmis 55 og 65).

128. Da mentolcigaretter, som allerede nævnt, *ikke* indtager nogen særstilling inden for markedssegmentet for cigaretter med aromaer[73], var en konsekvensanalyse, der var udformet med henblik på disse specifikke produkter, modsat Polens opfattelse ikke nødvendig.

129. Det er muligt, at mentolcigaretters forsvinden fra markedet som følge af det EU-retlige forbud mod tobaksvarer med kendetegnende aromaer midlertidigt kan have negative konsekvenser for den økonomiske situation for visse landbrugere, der dyrker tobak, og visse virksomheder, der beskæftiger sig med fremstilling og distribution af tobaksvarer, og i værste fald endog kan føre til tab af nogle arbejdspladser.

130. Det skal dog tages i betragtning, at beskyttelsen af menneskers sundhed blandt EU-rettens værdinormer prioriteres langt højere end sådanne overvejende økonomiske interesser (jf. herom 9 TEUF, artikel 114, stk. 3, TEUF, artikel 168, stk. 1, TEUF samt artikel 35, andet punktum, i chartret om grundlæggende rettigheder), hvorfor sundhedsbeskyttelsen kan begrunde de endog betydelige negative økonomiske konsekvenser for visse erhvervsdrivende[74].

131. Den omstændighed, at den polske økonomi muligvis rammes hårdere af forbuddet mod mentolcigaretter end økonomien i andre medlemsstater, gør i øvrigt ikke forbuddet mod kendetegnende aromaer i direktivet uforholdsmæssigt. Set i lyset af forskellighederne i medlemsstaternes økonomiske strukturer kan man næppe forestille sig et tilfælde, hvor en lovgivningsmæssig EU-retsakt vil påvirke alle medlemsstater på nøjagtigt samme måde[75]. Som de EU-institutioner, der deltager i sagen for Domstolen, med rette har fremhævet, ville en tilnærmelse af lovgivningerne på det europæiske indre marked i vidt omfang miste sit indhold, hvis den kun kunne finde sted i tilfælde, hvor forholdene allerede i forvejen i vid udstrækning er lig hinanden i alle medlemsstater.

132. I øvrigt forekommer de tab inden for medlemsstatens landbrug og tobakshandel, som Polen forudser[76] – hvis man går ud fra, at de er korrekte – forholdsvis moderate og tålelige, i og med der åbenbart kun er tale om fald i omsætningen og ikke f.eks. om nedgang i nettoindtjeningen.

133. Bortset herfra afbødes eventuelle økonomiske og sociale byrder, der måtte være forbundet med forbuddet mod mentolcigaretter, af den lange overgangsperiode frem til den 20. maj 2020 – dvs. en periode på fire år efter fristen for gennemførelse af direktivet. Specielt hvad de berørte landbrugere angår kan disse desuden eventuelt få indkomststøtte inden for rammerne af den fælles landbrugspolitik.

134. Alt i alt var det således fra EU-lovgivers side helt forsvarligt – og i al fald ikke *åbenbart uforholdsmæssigt* – at prioritere det tilsigtede høje sundhedsbeskyttelsesniveau højere end økonomiske og sociale overvejelser, som dem, Polen forfægter i den foreliggende sag, i forbindelse med vedtagelsen af direktivet.

135. Der kan derfor heller ikke gives medhold i det andet anbringendes tredje led.

73 — Jf. ovenfor, punkt 48-57 i dette forslag til afgørelse.

74 — I denne retning dom Nelson m.fl. (C-581/10 og C-629/10, EU:C:2012:657, præmis 81) vedrørende forbrugerbeskyttelse.

75 — Eksempelvis påvirker EU-retlige miljøkrav til biler i højere grad de medlemsstater, hvor bilindustrien spiller en vigtig rolle. Tilsvarende ville EU-retsakter vedrørende fremstilling og markedsføring af øl have større konsekvenser i de medlemsstater, der har en større produktion af denne drik, og hvor forbruget af drikken er størst.

76 — I stævningen anføres det, at Polen er en af de medlemsstater, hvor mentolcigaretter tegner sig for en forholdsvis stor andel af både produktionen og forbruget. I tilfælde af et forbud mod mentolcigaretter forventer Polen en nedgang i omsætningen pr. tobaksproducerende landbruger på 400-500 EUR årligt. Desuden anser Polen det for sandsynligt, at omsætningen hos de overvejende små og mellemstore salgssteder for tobaksvarer vil falde, uden dog at sætte tal på dette fald.

d) Foreløbig konklusion

136. Alt i alt kan det andet anbringende således ikke tiltrædes.

3. Nærhedsprincippet (det tredje anbringende)

137. Polens tredje og sidste anbringende er støttet på nærhedsprincippet, således som det er forankret i artikel 5, stk. 1, andet punktum, TEU, sammenholdt med artikel 5, stk. 3, TEU.

138. I medfør af dette nærhedsprincip handler Unionen på de områder, der ikke hører ind under dens enekompetence, kun hvis og i det omfang målene for den påtænkte handling ikke i tilstrækkelig grad kan opfyldes af medlemsstaterne på centralt, regionalt eller lokalt plan, men på grund af den påtænkte handlings omfang eller virkninger bedre kan nås på EU-plan (artikel 5, stk. 3, TEU).

139. Da EU-lovgiver ikke har nogen generel kompetence til at regulere det indre marked[77], og det indre marked hører ind under den delte kompetence mellem Unionen og dens medlemsstater [artikel 4, stk. 2, litra a), TEUF], finder nærhedsprincippet anvendelse på harmoniseringsforanstaltninger i henhold til artikel 114 TEUF – og dermed også på det foreliggende direktiv[78].

140. Overholdelsen af nærhedsprincippet er undergivet Unionens retsinstansers prøvelsesret[79]. Denne prøvelse omfatter navnlig to aspekter: for det første EU-retsakters indholdsmæssige forenelighed med nærhedsprincippet [jf. herom nedenfor i afsnit a)], og for det andet deres begrundelse, henset til nærhedsprincippet [jf. herom under afsnit b)]. Polen berører begge aspekter inden for rammerne af sit tredje anbringende.

a) Direktivets indholdsmæssige forenelighed med nærhedsprincippet

141. For det første har Polen, med støtte fra Rumænien, kritiseret, at EU-lovgiver ikke har gennemført en »efterprøvelse af sammenlignelig effektivitet« før vedtagelsen af direktivet.

142. Dermed hentyder Polen til den efterprøvelse i to etaper, der i henhold til artikel 5, stk. 3, TEU er gældende for den praktiske gennemførelse af nærhedsprincippet.

— For det første skal EU-institutionerne sikre sig, at de kun handler, hvis og i det omfang målene for den påtænkte handling ikke i tilstrækkelig grad kan opfyldes af medlemsstaterne (efterprøvelsens *negative komponent*).

— For det andet må Unionen kun handle, hvis og i det omfang målene for den påtænkte handling på grund af den påtænkte handlings omfang eller virkninger bedre kan nås på EU-plan (efterprøvelsens *positive komponent*).

Disse to komponenter i nærhedsundersøgelsen belyser i sidste ende ét og samme spørgsmål ud fra to forskellige synsvinkler, nemlig spørgsmålet om, hvorvidt der skal handles på EU-plan eller på medlemsstaternes plan med henblik på at nå de tilsigtede mål.

77 — Dom Tyskland mod Parlamentet og Rådet (C-376/98, EU:C:2000:544, præmis 83).

78 — Således også den hidtidige retspraksis vedrørende tiden før Lissabontraktatens ikrafttræden. Jf. domme British American Tobacco (Investments) og Imperial Tobacco (C-491/01, EU:C:2002:741, præmis 179) og Vodafone m.fl. (C-58/08, EU:C:2010:321, præmis 75).

79 — Jf. navnlig domme Tyskland mod Parlamentet og Rådet (C-233/94, EU:C:1997:231, præmis 23-29), Nederlandene mod Parlamentet og Rådet (C-377/98, EU:C:2001:523, præmis 30-34), British American Tobacco (Investments) og Imperial Tobacco (C-491/01, EU:C:2002:741, præmis 177-185), Vodafone m.fl. (C-58/08, EU:C:2010:321, præmis 72-79) og Estland mod Parlamentet og Rådet (C-508/13, EU:C:2015:403, præmis 44-55).

143. I modsætning til opfattelsen hos de EU-institutioner, der deltager i sagen, er denne efterprøvelse på ingen måde altid afsluttet, når betingelserne for at anvende artikel 114 TEUF som hjemmel for at vedtage foranstaltninger til harmonisering af det indre marked er opfyldt. Det er ganske vist korrekt, at en stor del af de betragtninger, der skal anlægges inden for rammerne af artikel 5, stk. 3, TEU, ligner dem, der ligeledes spiller en rolle inden for rammerne af artikel 114 TEUF. Fuldstændig identiske er de derimod ikke.

144. Artikel 114 TEUF viser, om Unionen i det hele taget har kompetence til at vedtage harmoniseringsforanstaltninger vedrørende det indre marked. Derimod er det nærhedsprincippet i henhold til artikel 5, stk. 3, TEU, der afgør, hvorvidt og på hvilken måde Unionen gør brug af denne kompetence i det konkrete tilfælde. Med andre ord fastsættes *kompetencefordelingen* mellem Unionen og medlemsstaterne i henhold til artikel 114 TEUF, hvorimod nærhedsprincippet fastsætter juridisk bindende retningslinjer for EU-institutionerne med hensyn til deres *kompetenceudøvelse* (artikel 5, stk. 1, TEU).

145. Efterprøvelsen af nærhedsprincippets overholdelse skal som udgangspunkt foretages for direktivet som helhed og ikke for hver af dets bestemmelser [80]. I denne forbindelse skal *foranstaltningerne* i direktivet, som ordlyden af artikel 5, stk. 3, TEU indikerer, vurderes under hensyntagen til de dermed forfulgte *mål*. I overensstemmelse hermed skal nærhedsspørgsmålet i den foreliggende sag ikke kun behandles med henblik på *mentolcigaretter*, da forbuddet mod denne specifikke type cigaretter – som jeg allerede har redegjort udførligt for ovenfor [81]– ikke kan anses for en selvstændig og særskilt foranstaltning i forhold til forbuddet mod alle tobaksvarer med kendetegnende aromaer.

146. Hvis det for Unionens retsinstanser er omtvistet, hvorvidt de indholdsmæssige krav i henhold til nærhedsprincippet er blevet overholdt i forbindelse med anvendelsen af artikel 114 TEUF, bør det erindres, at EU-institutionernes kompetenceudøvelse i forbindelse med vedtagelsen af harmoniseringsforanstaltninger vedrørende det indre marked indebærer valg af både politisk, økonomisk og social karakter, inden for rammerne af hvilke der skal foretages komplekse vurderinger. Kontrollen af disse finder i første række sted på det politiske niveau i samarbejde med de nationale parlamenter, og Lissabontraktaten har ved protokol nr. 2 specifikt indført bestemte procedurer for denne kontrol. Ad rettens vej kan sådanne overvejelser derimod, som jeg allerede har redegjort for i forbindelse med proportionalitetsprincippet [82], kun efterprøves i begrænset omfang.

147. Domstolen kan reelt kun kontrollere, om Unionens politiske institutioner ved udøvelsen af deres kompetencer, henset til nærhedsprincippet har holdt sig inden for grænserne af den skønsbeføjelse, som de er blevet tillagt. Med henblik herpå undersøger Unionens retsinstanser, om disse institutioner i det konkrete tilfælde kunne basere deres vurdering af nærhedsspørgsmålet på et tilstrækkeligt faktuelt grundlag, og om de i denne forbindelse har begået et åbenbart fejlagtigt skøn [83].

148. En strengere retslig nærhedskontrol kan være nødvendig, hvis en EU-retsakt undtagelsesvis skulle berøre spørgsmål vedrørende medlemsstaternes nationale identitet (artikel 4, stk. 2, TEU) [84]. I den foreliggende sag er der imidlertid ingen holdepunkter herfor, og kriteriet om et åbenbart urigtigt skøn kan derfor bibeholdes.

80 — I denne retning også dom Estland mod Parlamentet og Rådet (C-508/13, EU:C:2015:403, præmis 51).

81 — Jf. ovenfor, punkt 48-57 i dette forslag til afgørelse.

82 — Jf. herom ovenfor, præmis 89 og 90 i dette forslag til afgørelse.

83 — I denne retning nogle af formuleringerne i nyere retspraksis. Jf. på den ene side dom Estland mod Parlamentet og Rådet (C-508/13, EU:C:2015:403, præmis 54: »[…] når sidstnævnte [EU-lovgiver] [...] på grundlag af udførlige oplysninger og uden at foretage noget urigtigt skøn har vurderet, at EU's overordnede interesser kunne varetages bedre ved en handling på EU-plan«) og på den anden side dom Vodafone m.fl. (C-58/08, EU:C:2010:321, præmis 78, hvori det diskuteres, om EU-lovgiver »med rimelighed kunne skønne«, at det var nødvendigt at vedtage visse ordninger på EU-plan).

84 — I så henseende er det værd at kaste et blik på retspraksis om proportionalitetsprincippet, der afhængigt af det berørte område eller den berørte grundlæggende rettighed lægger et mere eller mindre strengt retsligt kontrolkriterium til grund (jf. f.eks. dels dom Digital Rights Ireland, C-293/12 og C-594/12, EU:C:2014:238, præmis 47, dels dom Sky Österreich, C-283/11, EU:C:2013:28, præmis 46).

i) Den negative komponent i nærhedsundersøgelsen: foranstaltninger, der ikke kan realiseres i tilstrækkelig grad på nationalt plan

149. Først skal det for så vidt angår den negative komponent i nærhedsundersøgelsen diskuteres, om målene med de foranstaltninger, der skulle træffes vedrørende fremstilling, præsentation og salg af tobak, havde kunnet opfyldes i tilstrækkelig grad på nationalt plan.

150. Generelt kan der inden for rammerne af denne negative komponent i nærhedsundersøgelsen tages hensyn til navnlig følgende tre aspekter.

151. For det første er medlemsstaternes tekniske og økonomiske formåen af betydning. Hvis der findes medlemsstater, der slet ikke er i stand til at iværksætte de nødvendige foranstaltninger til løsning af et problem, er dette et tegn på, at den negative komponent i nærhedsundersøgelsen er opfyldt.

152. For det andet skal det undersøges, om særlige nationale, regionale eller lokale forhold står i centrum. Hvis dette er tilfældet, taler dette snarere for, at der skal handles på nationalt plan, og at der skal inddrages myndigheder, der er kendetegnet ved deres større nærhed og ekspertise, henset til de foranstaltninger, der skal træffes.

153. For det tredje skal det undersøges, om det problem, der skal løses, har en rent lokal eller regional dimension, eller om det tværtimod antager grænseoverskridende dimensioner, der i sagens natur ikke kan håndteres effektivt på nationalt, regionalt eller lokalt plan. Eksistensen af grænseoverskridende problemer er et af de væsentligste indicier for, at den negative komponent i nærhedsundersøgelsen er opfyldt[85].

154. Afviklingen af hindringer for den grænseoverskridende samhandel på det europæiske indre marked, der er omdrejningspunktet for artikel 114 TEUF, er et godt eksempel på foranstaltninger, der i hovedreglen ikke kan gennemføres tilstrækkeligt effektivt på nationalt plan[86]. For bortset fra det højst usandsynlige tilfælde, hvor alle berørte medlemsstater inden for rimelig tid vedtager en parallel lovgivning med et indhold, der i det væsentlige er det samme, fører handlinger på nationalt, regionalt eller lokalt plan meget ofte til et kludetæppe af spredte bestemmelser, der ikke fjerner handelshindringer, men derimod muligvis forværrer dem[87].

155. I den foreliggende sag forsøger Polen alligevel at bestride, at der foreligger et problem med en grænseoverskridende dimension, ved at henvise til de forskellige forbrugsvaner og de forskellige økonomiske strukturer i Den Europæiske Unions 28 medlemsstater. Da mentolcigaretter kun har forholdsvis høje markedsandele i tre medlemsstater – nemlig Polen, Slovakiet og Finland – kan sundhedspolitiske foranstaltninger vedrørende anvendelsen af mentol som kendetegnende aroma i tobaksvarer efter Polens opfattelse fastsættes på nationalt plan.

156. Dette argument er ikke holdbart af to grunde.

157. For det første tager Polen fejl med hensyn til den egentlige målsætning med de vedtagne foranstaltninger. Hverken direktivet generelt eller det omtvistede forbud mod mentolcigaretter som sådan er af rent sundhedspolitisk karakter. Formålet er derimod at afvikle handelshindringer for tobaksvarer og samtidig at sikre et højt sundhedsbeskyttelsesniveau. Som tidligere nævnt[88] er forbuddet mod alle kendetegnende aromaer prisen for at sikre tobaksvarers frie bevægelighed på det

85 — I denne retning allerede »det generelle oplæg til anvendelse af nærhedsprincippet« vedtaget af Det Europæiske Råd på dets møde den 11. og den 12.12.1992 (jf. herom formandsskabets konklusioner, del A, bilag 1, afsnit II, punkt ii, gengivet i *EF-Bulletin* 12-1992), hvori der er tale om »tværnationale aspekter«.

86 — Dom Nederlandene mod Parlamentet og Rådet (C-377/98, EU:C:2001:523, præmis 32).

87 — I denne retning også domme British American Tobacco (Investments) og Imperial Tobacco (C-491/01, EU:C:2002:741, præmis 182 og 183) samt Alliance for Natural Health m.fl. (C-154/04 og C-155/04, EU:C:2005:449, præmis 106 og 107).

88 — Jf. ovenfor, punkt 40 i dette forslag til afgørelse.

indre marked kombineret med et højt sundhedsbeskyttelsesniveau. Når et direktiv, som i det foreliggende tilfælde, samtidig forfølger to mål, der desuden er indbyrdes afhængige, kan disse mål inden for rammerne af nærhedsundersøgelsen ikke anskues hver for sig, men skal vurderes under ét [89].

158. For det andet kan den omstændighed, at markedsforholdene varierer fra medlemsstat til medlemsstat, ikke i sig selv indebære, at der ikke kan være tale om en problematik med en grænseoverskridende dimension. Markedssituationen vil sjældent være den samme i alle medlemsstater før vedtagelsen af en harmoniseringsforanstaltning vedrørende det indre marked. Hvilket i øvrigt slet ikke er det afgørende. Det afgørende er derimod, om der inden for den pågældende sektor eksisterer en nævneværdig grænseoverskridende samhandel eller en sådan kan forventes, og om de eksisterende eller forventelige hindringer for denne samhandel kan løses effektivt af medlemsstaterne alene.

159. I det foreliggende tilfælde er det ubestridt, at markedet for tobaksvarer er præget af livlig samhandel på tværs af grænserne [90], at de i medlemsstaterne gældende ordninger vedrørende anvendelse af kendetegnende aromaer er vidt forskellige, og at der må forventes yderligere divergenser [91].

160. Under disse omstændigheder kan EU-lovgiver ikke foreholdes at have foretaget et åbenbart urigtigt skøn, når denne har lagt til grund, at der foreligger en problematik med en grænseoverskridende dimension, der ikke kan løses alene med medlemsstaternes foranstaltninger [92].

ii) Den positive komponent i nærhedsundersøgelsen: foranstaltninger, der på grund af deres omfang eller virkninger bedre kan realiseres på EU-plan

161. For så vidt angår den positive komponent i nærhedsundersøgelsen skal det dernæst undersøges, om målene med de foranstaltninger, der skulle træffes vedrørende fremstilling, præsentation og salg af tobak, på grund af deres omfang eller virkninger bedre kunne nås på EU-plan.

162. Denne anden etape af nærhedsundersøgelsen omhandler således spørgsmålet om, hvorvidt en handling fra EU-institutionernes side skaber en *merværdi* i den forstand, at EU's overordnede interesser kan varetages bedre ved en handling på EU-plan end ved handlinger på nationalt niveau [93].

163. I sidste ende forpligter dette de politiske EU-organisationer til, inden de vedtager enhver retsakt, der ikke hører under deres enekompetence, at begrænse sig til at regulere væsentlige spørgsmål, der er af fælles europæisk interesse.

164. Ganske vist gælder der en stærk formodning for en merværdi af handlinger på EU-plan, når den omhandlede EU-retsakt tager sigte på at løse problemer med en grænseoverskridende dimension, herunder at afvikle handelshindringer og dermed forbedre det europæiske indre markeds funktion (artikel 26, stk. 1, TEUF). En relation til det indre marked må dog ikke automatisk føre til, at den positive komponent i nærhedsundersøgelsen nødvendigvis anses for opfyldt. I modsat fald ville nærhedsprincippet være frataget en stor del af sin effektive virkning i anliggender vedrørende det indre marked.

89 — I denne retning også dom Estland mod Parlamentet og Rådet (C-508/13, EU:C:2015:403, præmis 46-48).

90 — Sjette betragtning til direktivet. I samme retning allerede domme British American Tobacco (Investments) og Imperial Tobacco (C-491/01, EU:C:2002:741, præmis 64), Arnold André (C-434/02, EU:C:2004:800, præmis 39) og Swedish Match (C-210/03, EU:C:2004:802, præmis 38).

91 — Jf. ovenfor, punkt 59 og 62 i dette forslag til afgørelse.

92 — Jf. herom navnlig 60. betragtning til direktivet.

93 — Dom Estland mod Parlamentet og Rådet (C-508/13, EU:C:2015:403, præmis 54).

165. Hvorvidt EU-institutionernes handlinger har en merværdi i den beskrevne forstand, bør derimod bedømmes ud fra både et kvantitativt og et kvalitativt synspunkt – ikke mindst i anliggender vedrørende det indre marked. I kvantitativ henseende er merværdien af en indgriben på EU-plan mere åbenbar, jo mere EU-borgere eller markedsdeltagere er berørt heraf, og jo større det omfattede handelsomfang er. I kvalitativ henseende skal den økonomiske, samfundsmæssige og politiske betydning af det område, der skal reguleres, bedømmes med henblik på Unionens mål, således som de er fastsat i artikel 3 TEU, under hensyntagen til de grundlæggende værdier, som Unionen i henhold til artikel 2 TEU er baseret på. Nyhedskarakteren af et produkt, for hvilket der i mangel af ensartede retlige rammebetingelser endnu slet ikke findes noget marked, kan også tale for en indgriben på EU-plan [94].

166. Alle disse overvejelser bør altid anlægges med henblik på EU's overordnede interesser. I denne forbindelse er situationen i den ene eller den anden medlemsstat isoleret betragtet – i modsætning til Polens opfattelse – normalt ikke udslagsgivende [95]. Det kan undtagelsesvis forholde sig anderledes, når de påtænkte handlinger fra EU-organisationernes side berører en medlemsstats nationale identitet (artikel 4, stk. 2, TEU) eller dennes grundlæggende interesser. I den foreliggende sag er der imidlertid ingen holdepunkter herfor. Det ville også være mere end overraskende, såfremt man for alvor ville anse problematikken om fremstilling, salg og forbrug af mentolcigaretter for et spørgsmål af national interesse.

167. Bortset herfra kan det ikke nægtes, at fremstilling, præsentation og salg af tobak og relaterede produkter vedrører et marked med et betydeligt handelsomfang og påvirker millioner af EU-borgeres dagligliv. Handelen med tobaksvarer er desuden også i kvalitativ henseende et vigtigt emne på tværs af statsgrænserne, ikke mindst på grund af de sundhedsrisici, der er forbundet med rygning, hvorfor der også i denne sammenhæng helt utvivlsomt kan antages at foreligge en fælles europæisk interesse.

168. Under disse omstændigheder kan EU-lovgiver ikke foreholdes at have foretaget et åbenbart urigtigt skøn, når denne har lagt til grund, at der foreligger en problematik med en grænseoverskridende dimension, der bedre kan løses på EU-plan end på nationalt plan [96].

169. Denne opfattelse bestyrkes, når man inddrager WHO's rammekonvention om tobakskontrol i overvejelserne. Som part i denne konvention var Unionen forpligtet til at bidrage til gennemførelsen af denne inden for rammerne af sin kompetence, hvorved den også skulle tage hensyn til de anbefalinger, der fulgte af retningslinjerne for gennemførelsen af konventionens artikel 9 og 10 [97]. I forbindelse med spørgsmålet om, hvorvidt og på hvilken måde EU-institutionerne udøver de kompetencer, de er blevet tillagt, skal der også tages hensyn til en sådan international forpligtelse.

170. Det skal, blot for fuldstændighedens skyld, nævnes, at selv om der foreligger en fælles europæisk interesse og visse internationale forpligtelser, er det ikke nødvendigvis alle aspekter af fremstilling, præsentation og salg af tobak eller relaterede produkter, der på nuværende tidspunkt nødvendigvis kræver en EU-retlig ordning. Gennemførelsen af de fastsatte regler, kontrollen af overholdelsen heraf samt anvendelse af eventuelle sanktioner er eksempler på spørgsmål, hvor Unionen i reglen kan lægge til grund, at de bedre kan løses af de nationale myndigheder under hensyntagen til de særlige nationale, regionale og lokale forhold. I overensstemmelse hermed overlader det i sagen omtvistede direktiv også i videst muligt omfang sådanne opgaver til medlemsstaterne.

94 — Jf. herom mit forslag til afgørelse Inuit Tapiriit Kanatami m.fl. mod Kommissionen (C-398/13 P, EU:C:2015:190, punkt 52).

95 — Jf. atter dom Estland mod Parlamentet og Rådet (C-508/13, EU:C:2015:403, præmis 53 og 54).

96 — Jf. herom også 60. betragtning til direktivet.

97 — Jf. herom ovenfor, punkt 78 og 79 i dette forslag til afgørelse.

171. Alt i alt kan der således ikke konstateres nogen indholdsmæssig tilsidesættelse af nærhedsprincippet i forhold til direktivet – ligesom det var tilfældet med direktivets forgænger [98]. Den omstændighed, at en række nationale parlamenter under lovgivningsproceduren har fremsat begrundede udtalelser som omhandlet i artikel 6 i protokol nr. 2, svækker i øvrigt ikke denne konklusion [99]. Dels var der ikke tilstrækkeligt mange klager vedrørende nærhedsprincippet i de pågældende udtalelser til at udløse »gult kort«-proceduren i henhold artikel 7, stk. 2, i protokol nr. 2, dels beror sådanne klager i mindre grad på en retlig end på en politisk vurdering af det udkast til en lovgivningsmæssig retsakt, som Kommissionen har forelagt.

b) Tilstrækkelig begrundelse af direktivet, henset til nærhedsprincippet

172. For det andet har Polen kritiseret, at der ikke er taget tilstrækkeligt hensyn til nærhedskravene i præamblen til direktivet. Dermed gør Polen i sidste ende gældende, at direktivet er behæftet med en utilstrækkelig begrundelse.

173. Ifølge fast retspraksis skal den begrundelse, som kræves i henhold til artikel 296, stk. 2, TEUF, tilpasses karakteren af den pågældende retsakt og klart og utvetydigt angive de betragtninger, som den institution, der har udstedt den anfægtede retsakt, har lagt til grund, således at de berørte parter kan få kendskab til grundlaget for den trufne foranstaltning, og således at den kompetente ret kan udøve sin prøvelsesret [100].

174. Hvis overholdelsen af nærhedsprincippet skal undersøges, skal det fremgå af begrundelsen i EU-retsakten, om EU-lovgiver i tilstrækkeligt omfang har behandlet de spørgsmål, der er relevante med henblik på nærhedsprincippet, og i bekræftende fald, hvilke konklusioner EU-lovgiver har draget med hensyn til nærhedsprincippet.

175. I så henseende har Polen kritiseret, at der i præamblen til direktivet kun findes en eneste betragtning vedrørende nærhedsprincippet, nærmere betegnet 60. betragtning, der desuden kun indeholder en standardformulering.

176. Rent faktisk fastslår nævnte 60. betragtning blot, at »[m]ålene for dette direktiv, nemlig at gennemføre en indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes love og administrative bestemmelser om fremstilling, præsentation og salg af tobak og relaterede produkter, [...] ikke i tilstrækkelig grad [kan] opfyldes af medlemsstaterne, men [...] på grund af deres omfang og virkninger bedre [kan] nås på EU-plan«, og konkluderer på grundlag heraf, at »Unionen [..] derfor [kan] vedtage foranstaltninger i overensstemmelse med nærhedsprincippet, jf. artikel 5 i traktaten om Den Europæiske Union«.

177. En sådan formulering, der i sidste ende blot gengiver ordlyden af den relevante bestemmelse i EU-traktaten som en slags standardtekst, er ikke just noget lysende eksempel på den meget omtalte teknik til »bedre lovgivning«, som EU-institutionerne gennem længere tid har bekendt sig til.

98 — Jf. herom dom British American Tobacco (Investments) og Imperial Tobacco (C-491/01, EU:C:2002:741, præmis 181-185).

99 — På grundlag af Kommissionens direktivudkast indgik der begrundede udtalelser fra Bulgariens, Den Tjekkiske Republiks, Danmarks, Grækenlands, Italiens, Portugals, Rumæniens og Sveriges parlamenter. Næsten ingen af disse udtalelser indeholdt imidlertid væsentlige bemærkninger vedrørende forbuddet mod mentolcigaretter, der er omtvistet i denne sag.

100 — Domme Atlanta Fruchthandelsgesellschaft m.fl. (II) (C-466/93, EU:C:1995:370, præmis 16), AJD Tuna (C-221/09, EU:C:2011:153, præmis 58) og Gauweiler m.fl. (C-62/14, EU:C:2015:400, præmis 70).

178. Nok bør eksistensen af en sådan standardformulering i præamblen til en EU-retsakt ikke i sig selv føre til forhastede konklusioner med hensyn til overholdelsen af begrundelseskravene. Alligevel indikerer en sådan formulering, at begrundelsen af den pågældende retsakt er mangelfuld. Det kan ganske vist udledes af formuleringen, at EU-lovgiver selv var overbevist om, at nærhedsprincippet var blevet overholdt, men det fremgår ikke klart af denne, hvilke nærmere overvejelser lovgiver har gjort sig med hensyn til nærhedsproblematikken, og hvor intensivt lovgiver har beskæftiget sig med dette emne.

179. En sådan standardformulering som den, 60. betragtning til direktivet i dette tilfælde indeholder, behøver dog ikke nødvendigvis at føre til en annullation af den anfægtede EU-retsakt. Relevante aspekter af spørgsmålet om nærhed kan også findes i andre betragtninger i præamblen, selv om der ikke udtrykkeligt henvises til nærhedsprincippet i disse [101].

180. Dette er tilfældet i den foreliggende sag. Manglerne ved en indgriben på nationalt plan og fordelene ved at vedtage en harmoniseringsforanstaltning vedrørende det indre marked på EU-plan behandles ikke mindst i 4.-7., 15., 16. og 36. betragtning til direktivet. Selv om bemærkningerne i disse betragtninger i første række er møntet på betingelserne for anvendelse af artikel 114 TEUF som hjemmel, kan de dog også anvendes med henblik på nærhedsprincippet. Som tidligere nævnt [102] er der nemlig sammenfald mellem en stor del af de overvejelser, som EU-lovgiver skal anlægge inden for rammerne af artikel 114 TEUF og af artikel 5, stk. 3, TEU.

181. Det bør endvidere tages i betragtning, at det ifølge fast retspraksis ikke kræves, at en retsakts begrundelse angiver alle de forskellige relevante retlige og faktiske forhold. Spørgsmålet om, hvorvidt begrundelsespligten er overholdt, skal desuden ikke blot vurderes i forhold til den anfægtede retsakts ordlyd, men tillige i forhold til den sammenhæng, hvori den indgår, samt alle de retsregler, der gælder på det pågældende område [103]. Dette gælder så meget mere, når hensigten – som i det foreliggende tilfælde – er at vedtage alment gyldige bestemmelser, hvis begrundelsen kun behøver at indeholde en ret generel beskrivelse af de grundlæggende træk ved den pågældende ordning og de mål, der forfølges hermed [104].

182. I det foreliggende tilfælde er det relevant, at EU-lovgiver kunne støtte sig dels på begrundelsen af Kommissionens direktivforslag [105], dels på det omfattende materiale, som Kommissionens tjenestegrene havde udarbejdet i forbindelse med konsekvensanalysen [106] vedrørende det direktiv, der nu anfægtes. Ulemperne ved spredte nationale ordninger og fordelene ved en indgriben på EU-plan behandles indgående, ikke blot i de passager, der specielt omhandler nærhedsprincippet, men også i mange andre dele af de to tekster.

183. Dermed er det tilstrækkeligt dokumenteret, at et omfattende materiale stod til rådighed for de lovgivende instanser, så de kunne støtte deres vurdering af overholdelsen af nærhedsprincippet på dette materiale.

101 — I denne retning domme Tyskland mod Parlamentet og Rådet (C-233/94, EU:C:1997:231, præmis 25-29) og Nederlandene mod Parlamentet og Rådet (C-377/98, EU:C:2001:523, præmis 33).

102 — Jf. ovenfor, punkt 143 i dette forslag til afgørelse.

103 — Jf. atter domme Atlanta Fruchthandelsgesellschaft m.fl. (II) (C-466/93, EU:C:1995:370, præmis 16), AJD Tuna (C-221/09, EU:C:2011:153, præmis 58) og Gauweiler m.fl. (C-62/14, EU:C:2015:400, præmis 70) samt dom Estland mod Parlamentet og Rådet (C-508/13, EU:C:2015:403, præmis 58, 59 og 61).

104 — I denne retning domme Det Forenede Kongerige mod Rådet (C-150/94, EU:C:1998:547, præmis 25 og 26), AJD Tuna (C-221/09, EU:C:2011:153, præmis 59) og Inuit Tapiriit Kanatami m.fl. mod Kommissionen (C-398/13 P, EU:C:2015:535, præmis 29).

105 — COM(2012) 788 final, fremlagt af Kommissionen den 19.12.2012.

106 — »Impact Assessment«, fremlagt af Kommissionens tjenestegrene den 19.12.2012, dok. SWD (2012) 452 final.

184. Det kan i øvrigt heller ikke udledes af artikel 5 i protokol nr. 2, at den »detaljerede analyse«, som Lissabontraktaten som noget nyt har gjort til en betingelse for lovgivningen på EU-plan i forbindelse med nærhedsspørgsmålet, nødvendigvis skulle være indeholdt i præamblen til den retsakt, som Europa-Parlamentet og Rådet endte med at vedtage. Set i lyset af kompleksiteten af de overvejelser, der skal anlægges med henblik herpå, ville dette næppe heller være praktisk muligt, og det kunne let sprænge rammerne for en sådan præambel.

185. Det er derimod afgørende, at den »detaljerede analyse«, der kræves i artikel 5 i protokol nr. 2, står til rådighed for de kompetente EU-institutioner og de nationale parlamenter som grundlag for deres respektive beslutningsprocesser *under* lovgivningsproceduren, som det helt ubestrideligt var tilfældet i det foreliggende tilfælde. Ved nærmere eftersyn fremgår dette endog af ordlyden af artikel 5 i protokol nr. 2. Denne bestemmelse henviser nemlig alene til *udkastene* til lovgivningsmæssige retsakter, men derimod ikke til det endelige resultat af Parlamentets og Rådets lovgivningsvirksomhed, som disse vedtager.

186. På denne baggrund er argumentet om en manglende begrundelse i direktivet med henblik på nærhedsprincippet som helhed ikke holdbart.

c) Foreløbig konklusion

187. Alt i alt kan der således hverken i materiel eller i formel henseende konstateres en tilsidesættelse af nærhedsprincippet. Følgelig kan Polens tredje anbringende heller ikke tages til følge.

188. Alligevel må det indtrængende tilrådes EU-lovgiver fremover at afstå fra at anvende standardformuleringer som dem i 60. betragtning til direktivet og i stedet hæve standarden af præamblen til den pågældende EU-retsakt med tilstrækkeligt væsentlige bemærkninger om nærhedsprincippet, der i højere grad er tilpasset de enkelte foranstaltninger.

C – *Konklusion*

189. Da ingen af de anbringender, som Polen – til dels med støtte fra Rumænien – har gjort gældende, kan tages til følge, skal søgsmålet som helhed forkastes, idet det delvis skal afvises [107] og delvis forkastes som ugrundet.

V – **Sagens omkostninger**

190. I medfør af procesreglementets artikel 138, stk. 1, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da det efter den af mig foreslåede løsning er Polen, der har tabt sagen, og Parlamentet og Rådet har nedlagt påstand herom, pålægges det Polen at betale sagens omkostninger.

191. Derimod bærer Irland, Frankrig, Rumænien, Det Forenede Kongerige og Kommissionen i henhold til procesreglementets artikel 140, stk. 1, som intervenienter deres egne omkostninger.

107 — Om de dele af dette søgsmål, der skal afvises, jf. ovenfor, punkt 24-30 og 34 i dette forslag til afgørelse.

VI – **Forslag til afgørelse**

192. På grundlag af det anførte foreslår jeg Domstolen at træffe følgende afgørelse:

»1) Europa-Parlamentet og Rådet for Den Europæiske Union frifindes.

2) Irland, Den Franske Republik, Rumænien, Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland samt Europa-Kommissionen bærer hver deres egne omkostninger. I øvrigt betaler Republikken Polen sagens omkostninger.«