Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
E. TANCHEV
fremsat den 15. juli 2021 [1]

**Sag C-370/20**

**Pro Rauchfrei e.V.**
**mod**
**JS e.K.**

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Bundesgerichtshof (forbundsdomstol, Tyskland))

»Direktiv 2014/40/EU – sundhedsadvarsler, der skal angives på enkeltpakninger med tobaksvarer og eventuel ydre emballage – automat til salg af tobaksvarer – artikel 2, nr. 40) – begrebet »markedsføring« – artikel 8, stk. 3 – forbud imod, at sundhedsadvarsler er »skjult af andre elementer« – artikel 8, stk. 8 – begrebet »billeder« af enkeltpakninger eller eventuel ydre emballage, der henvender sig til forbrugere i Unionen«

1. Tvisten i hovedsagen angår mærkning og emballering af tobaksvarer, der sælges via en automat. Det er et krav i henhold til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/40/EU [2], at hver enkeltpakning med en tobaksvare er forsynet med de ved reguleringen påbudte sundhedsadvarsler. Det præciseres i direktivets artikel 8, stk. 3, at advarslerne skal være fuldt synlige, herunder at de ikke må være skjult bag visse elementer. Problemstillingen, der behandles ved Bundesgerichtshof (forbundsdomstol, Tyskland) er, hvorvidt præsentationen af cigaretter, hvor de påtrykte sundhedsadvarsler ikke er synlige, når de opbevares i den omhandlede automat, er i strid med forbuddet mod at skjule sundhedsadvarslerne. Det er alene tilfældet, hvis automaten kan anses for et element, der skjuler advarslerne i lighed med f.eks. indpakningsmateriale og omslag, som nævnes direkte i direktivets artikel 8, stk. 3, hvilket er usikkert.

2. Den forelæggende ret ønsker også svar på, hvorvidt der handles i strid med reglen i medfør af artikel 8, stk. 8, i direktiv 2014/40, hvorefter også *billeder* af enkeltpakninger og eventuel ydre emballage skal være forsynet med sundhedsadvarsler. Ved tasterne til produktvalg på den relevante automat i hovedsagen er der da også billeder af forskellige cigaretmærker. Spørgsmålet er, hvorvidt disse billeder kan anses for at være billeder som omhandlet i direktivets artikel 8, stk. 8, hvorved der ville være krav om, at de er forsynet med sundhedsadvarsler, hvilket de ikke er.

[1] – Originalsprog: engelsk.

[2] – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 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 2014, L 127, s. 1, berigtiget i EUT 2015, L 150, s. 24).

3. Den foreliggende sag giver således, med udgangspunkt i en cigaretautomat, Domstolen anledning til at tage stilling til rækkevidden af kravet om, at ikke alene hver enkeltpakning med en tobaksvare, men også billeder af pakningen, skal være forsynet med sundhedsadvarslerne i overensstemmelse med direktiv 2014/40.

## I. Retsforskrifter

### *A. EU-retten*

4. Artikel 2 i direktiv 2014/40 foreskriver:

»I dette direktiv forstås ved:

[…]

40) »markedsføring«: tilrådighedsstillelse af produkter, uafhængigt af deres fremstillingssted, til forbrugere i Unionen mod eller uden vederlag, herunder ved fjernsalg; i tilfælde af fjernsalg på tværs af grænser anses produktet for at være blevet markedsført i den medlemsstat, hvor forbrugeren befinder sig

[…]«

5. Følgende fremgår af artikel 8 i direktiv 2014/40:

»1. Hver enkeltpakning og eventuel ydre emballage om en tobaksvare skal være forsynet med sundhedsadvarslerne omhandlet i dette kapitel på det eller de officielle sprog i den medlemsstat, hvor produktet markedsføres.

[…]

3. Medlemsstaterne sikrer, at sundhedsadvarslerne på en enkeltpakning og eventuel ydre emballage er påtrykt på en sådan måde, at de ikke kan fjernes eller slettes og er fuldt synlige, herunder at de ikke er helt eller delvist skjult eller brydes af banderoler, prismærkater, sikkerhedsfeatures, indpakningsmateriale, omslag, æsker/kasser eller andre elementer, når tobaksvaren markedsføres. På enkeltpakninger af andre tobaksvarer end cigaretter og rulletobak i punge kan sundhedsadvarslerne påklæbes ved hjælp af mærkater, hvis disse ikke kan fjernes. Sundhedsadvarslerne skal forblive intakte ved åbning af enkeltpakningen, undtagen på pakninger med et flip-top-låg, hvor sundhedsadvarslerne må brydes ved åbning af pakken, men kun på en måde, der sikrer den grafiske integritet og synligheden af teksten, fotografierne og rygestopoplysningerne.

[…]

8. Billeder af enkeltpakninger og eventuel ydre emballage, der henvender sig til forbrugere i Unionen, skal være i overensstemmelse med bestemmelserne i dette kapitel.«

### *B. Tysk ret*

6. § 11 i Verordnung über Tabakerzeugnisse und verwandte Erzeugnisse (bekendtgørelse om tobak og relaterede produkter, herefter »tobaksbekendtgørelsen«), der har overskriften »Generelle bestemmelser om mærkning af tobaksvarer«, foreskriver:

»1) Følgende generelle kriterier gælder for tobaksvarernes indpakning og ydre emballage for så vidt angår udformning og anbringelse af de sundhedsadvarsler, der er omhandlet i §§ 12 til 17: Sundhedsadvarslerne

[…]

4. må ikke helt eller delvist skjules eller brydes, når tobaksvaren markedsføres, herunder udbydes til salg; for så vidt angår pakninger med flip-top-låg, hvor sundhedsadvarslerne brydes ved åbning af pakken, skal det ske på en måde, der sikrer den grafiske integritet og synligheden af teksten

[…]

2) Udformningen af indpakning og ydre emballage i forbindelse med salgsfremmende aktiviteter, der henvender sig til forbrugere i Unionen, skal være i overensstemmelse med bestemmelserne i dette stk. 3« [3].

## II. De faktiske omstændigheder i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

7. JS driver to supermarkeder i München (Tyskland). Ved kasserne i disse supermarkeder udbød JS efter den 20. maj 2017 cigaretter til salg i den nedenfor afbildede automat (herefter »den omhandlede automat«):

[3] – Det »stk. 3«, der henvises til i tobaksbekendtgørelsens § 11, stk. 2, er samme bekendtgørelses § 11, stk. 3, der vedrører emballage og advarsler.




8. Enkeltpakningerne med cigaretter i automaten kunne ikke ses af kunderne. Automatens taster viste ganske vist forskellige cigaretmærker, men gengav ikke de ved lov påbudte sundhedsadvarsler.

9. Salget foregik på den måde, at kunden først bad personalet ved kassen om at åbne automaten og derefter aktiverede automatens taster for det ønskede cigaretmærke. Dernæst blev enkeltpakningen med cigaretter skubbet ud på kassebåndet af automaten. Betalingen for enkeltpakningen med cigaretter skete derefter ved kassen, såfremt kunden fortsat ønskede at gennemføre købet. Den pågældende tilrettelæggelse af salgstransaktionen via en automat havde til formål at forhindre tyveri og at forhindre salg til mindreårige.

10. Pro Rauchfrei e.V., der er en almennyttig forening, har anlagt søgsmål ved Landgericht München I (regional ret i første instans, München I, Tyskland) med principal påstand om, at JS under trussel om tvangsbøder meddeles forbud mod at udbyde tobaksvarer til salg, særligt cigaretter, på en sådan måde, at de sundhedsadvarsler, der vises på enkeltpakninger eller på disses ydre emballage, skjules som beskrevet i punkt 8 og 9 ovenfor. Subsidiært har Pro Rauchfrei nedlagt påstand om, at JS under trussel om tvangsbøder meddeles forbud mod at udbyde tobaksvarer til salg, særligt cigaretter, på en sådan måde, at enkeltpakninger uden sundhedsadvarsler vises i stedet for enkeltpakninger med advarsler som beskrevet i ovennævnte punkter.

11. Ved dom af 5. juli 2018 frifandt Landgericht München I (regional ret i første instans, München I) sagsøgte.

12. Ved dom af 25. juli 2019 forkastede Oberlandesgericht München (den regionale appeldomstol i München, Tyskland) den af Pro Rauchfrei iværksatte appel mod dommen ved Landgericht München I (regional ret i første instans, München I)

13. Pro Rauchfrei har iværksat en appel (*revisionsappel*) ved Bundesgerichtshof (forbundsdomstol) til prøvelse af dommen fra Oberlandesgericht München (den regionale appeldomstol i München)

14. Bundesgerichtshof (forbundsdomstol) er af den opfattelse, at afgørelsen af appellen (*revisionsappellen*) afhænger af fortolkningen af artikel 8, stk. 3, første punktum, og artikel 8, stk. 8, i direktiv 2014/40. Den forelæggende ret har derfor besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Omfatter begrebet markedsføring som omhandlet i artikel 8, stk. 3, første punktum, i [direktiv 2014/40] udbud af tobaksvarer til salg i automater på den måde, at enkeltpakningerne med cigaretter i automaten ganske vist er påtrykt de ved lov påbudte advarsler, men disse pakninger i første omgang ikke er synlige i automaten for forbrugeren, og advarslerne på de nævnte pakninger først kan ses, når den forinden af personalet ved kassen åbnede automat bliver aktiveret af kunden, og enkeltpakningen med cigaretter derved kommer ud på kassebåndet før betalingstransaktionen?

2) Omfatter forbuddet i artikel 8, stk. 3, første punktum, i [direktiv 2014/40] imod, at advarslerne er »skjult [af] andre elementer«, det tilfælde, at hele tobaksemballeringen er skjult i forbindelse med præsentationen af varen i en automat?

3) Kan kriteriet »billeder af enkeltpakninger« i artikel 8, stk. 8, i [direktiv 2014/40] også betragtes som opfyldt, såfremt der ved et billede ganske vist ikke er tale om en naturtro gengivelse af originalemballeringen, men forbrugeren på grund af billedets udformning hvad angår omrids, proportioner, farver og varemærke bliver bragt til at associere til en emballering af tobak?

4) Kan kravene i artikel 8, stk. 8, i [direktiv 2014/40] uafhængigt af den anvendte gengivelse betragtes som opfyldt, såfremt forbrugeren før indgåelse af købsaftalen har lejlighed til at se emballeringen af cigaretterne med de påbudte advarsler?«

15. JS og Europa-Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg. Der er ikke afholdt retsmøde i sagen.

## III. Bedømmelse

### *A. Det første spørgsmål*

16. Med det første spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om begrebet »markedsfør[ing]« som omhandlet i artikel 8, stk. 3, første punktum, i direktiv 2014/40 omfatter udbud af tobaksvarer til salg i automater på den måde, at pakningerne i automaten i første omgang ikke er synlige for forbrugeren, og advarslerne på de nævnte pakninger først kan ses, når automaten bliver aktiveret af kunden, og enkeltpakningen med cigaretter derved kommer ud på kassebåndet før betalingstransaktionen.

17. Som anført i punkt 1 ovenfor skal hver enkeltpakning og eventuel ydre emballage om en tobaksvare i henhold til artikel 8, stk. 1, i direktiv 2014/40 være forsynet med sundhedsadvarslerne omhandlet i direktivets afsnit II, kapitel II (herefter »de påbudte sundhedsadvarsler«). Direktivets artikel 8, stk. 3, fastsætter bl.a., at disse sundhedsadvarsler ikke må skjules helt eller delvist eller brydes af visse elementer.

18. Det skal bemærkes, at forpligtelsen til at forsyne varerne med de påbudte sundhedsadvarsler og forbuddet mod at lade dem blive afbrudt eller skjult alene finder anvendelse, »når tobaksvaren markedsføres«, jf. artikel 8, stk. 3, i direktiv 2014/40[4]. Begrebet »markedsføring« defineres på følgende måde i artikel 2, nr. 40), i direktiv 2014/40: »tilrådighedsstillelse af produkter, uafhængigt af deres fremstillingssted, til forbrugere i Unionen mod eller uden vederlag, herunder ved fjernsalg […]«.

19. Den forelæggende ret ønsker med det første spørgsmål nærmere bestemt oplyst, om en enkeltpakning med cigaretter skal anses for at blive markedsført: i) når den udbydes til salg gennem den omhandlede automat, dvs. før kunden træffer beslutning om køb, eller ii) på det tidspunkt, hvor den faktiske, fysiske rådighed over denne pakning overgår fra sælgeren til kunden efter betalingstransaktionen.

20. Det bør understreges, at Oberlandesgericht München (den regionale appeldomstol i München) ifølge forelæggelseskendelsen har givet udtryk for den opfattelse, at udbud af cigaretpakker til salg gennem en automat falder uden for anvendelsesområdet for direktiv 2014/40, da denne præsentation udgør en »salgsordning[…]«, der i henhold til 48. betragtning til direktivet ikke er harmoniseret gennem direktivet[5]. Jeg finder det derfor nødvendigt at undersøge, hvorvidt direktiv 2014/40 finder anvendelse i den foreliggende sag, før jeg bedømmer det første præjudicielle spørgsmål.

*1. Om spørgsmålet om, hvorvidt direktiv 2014/40 finder anvendelse i den foreliggende sag*

21. I modsætning til Oberlandesgericht München (den regionale appeldomstol i München) synes den forelæggende ret at hælde mod den opfattelse, at direktiv 2014/40 finder anvendelse. Den forelæggende ret har i særdeleshed bemærket, at selv om direktiv 2014/40 ganske vist, som anført i 48. betragtning hertil, ikke harmoniserer bestemmelser om »nationale reklamer«, regulerer 43. betragtning til og artikel 20, stk. 5, i direktivet dog reklamer for elektroniske cigaretter. Den forelæggende ret har tillige anført, at det fremgår af 60. betragtning til direktiv 2014/40 samt af direktivets titel, at direktivet harmoniserer regulering af bl.a. præsentation af tobaksvarer, der kan anses for tillige at omfatte forhold relateret til præsentationen af varerne.

22. I den sammenhæng har JS gjort gældende, at i) 48. betragtning til direktiv 2014/40 ikke alene finder anvendelse på elektroniske cigaretter, men også på tobaksvarer, at ii) salg af enkeltpakninger med cigaretter gennem en automat udgør en salgsordning som omhandlet i denne betragtning, og at iii) salget af enkeltpakninger med cigaretter gennem en automat dermed falder uden for direktivets anvendelsesområde.

23. Kommissionen er af den modsatte opfattelse. Ifølge Kommissionen følger det ganske vist af 48. betragtning til direktiv 2014/40, at salgsordninger såsom salg af tobaksvarer via en automat er omfattet af medlemsstaternes kompetence, men sundhedsadvarslerne, der skal påtrykkes tobaksvarerne, falder dog inden for direktivets anvendelsesområde og er fuldt harmoniseret heri. Kommissionen har særligt gjort gældende, at det hører under Unionens beføjelser at sikre

4 – »[H]vor produktet markedsføres, jf. artikel 8, stk. 1, i direktiv 2014/40.

5 – Det blev ifølge forelæggelsesafgørelsen »fastslået ved [Oberlandesgericht München (den regionale appeldomstol i München)], at opbevaringen af enkeltpakningerne med cigaretter i den omhandlede automat alene udgjorde en salgsordning. Ifølge denne ret fremgår det af 48. betragtning til direktiv 2014/40, at direktivets formål om tilnærmelse af nationale regler ikke omfatter salgsordninger og reklame. De relevante bestemmelser i direktivet fandt dermed ikke anvendelse i forbindelse med udbud af cigaretter til salg i automater som omhandlet i denne sag«.

indbyrdes tilnærmelse i tilfælde, hvor national regulering ikke er i overensstemmelse med foranstaltninger, der har til formål at sikre det indre markeds funktion såsom reguleringen af mærkning i medfør af direktiv 2014/40 [6].

24. Det er min opfattelse, at direktiv 2014/40 finder anvendelse i den foreliggende sag.

25. Det er angivet i første punktum i 48. betragtning til direktiv 2014/40, at »[…] dette direktiv ikke [harmoniserer] bestemmelserne om røgfri miljøer *eller nationale salgsordninger eller nationale reklamer* eller brand stretching, og det indfører heller ikke en aldersgrænse for elektroniske cigaretter eller genopfyldningsbeholdere« [7].

26. Det er min opfattelse, at første punktum i 48. betragtning til direktiv 2014/40 alene finder anvendelse på elektroniske cigaretter og genopfyldningsbeholdere og ikke på tobaksvarer såsom cigaretter [8]. Det skyldes for det første, at dette første punktum direkte henviser til »elektroniske cigaretter og genopfyldningsbeholdere«. For det andet henvises i de forudgående betragtninger – i samtlige lige fra 36. til 47. betragtning – til elektroniske cigaretter eller nikotinholdig væske [9] uden reference til tobaksvarer. Fortolkningen bekræftes for det tredje af forarbejderne til direktiv 2014/40. Det anføres i et dokument fra formandskabet for Rådet for Den Europæiske Union [10], at betragtning a) til m) – der svarer til 36. til 48. betragtning til direktiv 2014/40 – er »betragtninger, der vedrører artikel 18« – nu artikel 20 i direktiv 2014/40, der har overskriften »Elektroniske cigaretter«. Det kan særligt bemærkes, at betragtning l) stort set er identisk med 48. betragtning til direktiv 2014/40.

27. Uanset om første punktum i 48. betragtning til direktiv 2014/40 faktisk omfatter tobaksvarer, kan direktivet dog efter min opfattelse ikke anses for at harmonisere nationale regler om salg af tobaksvarer gennem automater eller nationale regler om reklame for produkter i automater med tobaksvarer.

28. For det første harmoniserer direktiv 2014/40 ikke nationale regler om salg af tobaksvarer gennem automater. Der er da heller ingen henvisning til salg gennem automater eller nogen anden salgsordning [11] i artikel 1 i direktiv 2014/40, der angiver direktivets genstand. Samtidig blev forbud imod eller begrænsninger af salg gennem automater overvejet og forkastet i forbindelse med

6 – Kommissionen har støttet sig til dom af 5.10.2000, Tyskland mod Europa-Parlamentet og Rådet (C-376/98, EU:C:2000:544, præmis 100).

7 – Min fremhævelse.

8 – For fuldstændighedens skyld bør jeg præcisere, at elektroniske cigaretter ikke er at anse for tobaksvarer. I henhold til artikel 2, stk. 4, i direktiv 2014/40 skal tobaksvarer »helt eller delvis bestå[…] af tobak«. Det er ikke tilfældet for elektroniske cigaretter, der, som angivet i artikel 2, stk. 16, anvendes til »forbrug af nikotinholdig damp«. Elektroniske cigaretter anvendes ikke til forbrug af tobak, jf. definitionen i artikel 2, stk. 1, hvorefter tobak er »blade og andre naturlige, forarbejdede eller uforarbejdede dele af tobaksplanter« (jf. tillige dom af 4.5.2016, Pillbox 38, C-477/14, EU:C:2016:324, præmis 37 og 38).

9 – Det gælder imidlertid ikke 42. og 45. betragtning. I 42. betragtning anvendes dog betegnelsen »[d]isse produkter«, hvilket alene kan forstås som en henvisning til de produkter, der er beskrevet i den foregående betragtning, dvs. elektroniske cigaretter. Henvisningen i 45. betragtning til »formodede skadelige virkninger« på menneskers sundhed genspejler artikel 20, stk. 9, der udelukkende finder anvendelse på elektroniske cigaretter, og henvisningen i samme betragtning til en »beskyttelsesklausul« modsvarer artikel 20, stk. 11), der tillige alene finder anvendelse på elektroniske cigaretter.

10 – Jf. Rådets dok. 17727/13, bilag, af 17.12.2013 (s. 15).

11 – Med undtagelse af »fjernsalg af tobaksvarer på tværs af grænser« i artikel 1, litra d) – som netop ikke udgør »nationale« ordninger, der i medfør af første punktum i 48. betragtning til direktiv 2014/40 falder uden for direktivets anvendelsesområde.

konsekvensanalysen vedrørende direktiv 2014/40[12]. Endelig hører salg af tobaksvarer gennem automater under anvendelsesområdet for Rådets henstilling 2003/54/EF[13], der i henhold til 16. betragtning til henstillingen vedrører »andre« former for reklame- og markedsføringsforanstaltninger end de former, der er omfattet af bl.a. Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/37/EF[14] (som nu er ophævet og erstattet af direktiv 2014/40). I den sammenhæng bør henvises til artikel 1, litra c), i henstilling 2003/54, hvori henstilles til medlemsstaterne enten at »begrænse adgangen til salgsautomater med tobaksvarer ved at anbringe automaterne på steder, hvor der kun er adgang for personer over den i den nationale lovgivning fastsatte alder for køb af tobaksvarer«, eller, hvis en sådan aldersgrænse ikke findes, »på anden måde regulere adgangen til produkter, som sælges fra sådanne automater, på en lige så effektiv måde«.

29. For det andet harmoniserer direktiv 2014/40 ikke nationale regler om tobaksreklamer på salgsautomater for tobaksvarer. Artikel 1 i direktiv 2014/40, der angiver direktivets genstand, indeholder da heller ingen henvisning til reklamer på salgsautomater eller til nogen anden form for reklame for tobaksvarer uafhængigt af mediet herfor. Tobaksreklamer på automater med tobak falder tillige inden for anvendelsesområdet for henstilling 2003/54, der som angivet i punkt 28 ovenfor vedrører andre former for reklame- og markedsføringsforanstaltninger end de former, der er omfattet af direktiv 2014/40. I den sammenhæng bør henvises til punkt 2, litra d), i henstilling 2003/54, der henstiller til medlemsstaterne at »vedtage […] foranstaltninger med henblik på i overensstemmelse med nationale forfatninger eller forfatningsmæssige principper […] at forbyde […] anvendelse af […] inden- eller udendørs reklamemidler (f.eks. reklamer på salgsautomater for tobaksvarer)«[15].

30. Selv om direktiv 2014/40 ikke harmoniserer nationale regler om salg af tobaksvarer via automater eller om reklamer på sådanne automater, medfører det dog ikke, at direktivet ikke finder anvendelse i den foreliggende sag.

31. For det første er spørgsmålet, der er forelagt Domstolen, ikke, hvorvidt tobaksvarer må sælges gennem salgsautomater (eller hvorvidt salg af tobaksvarer gennem automater kan begrænses til personer, der er over den i lovgivning fastsatte alder for køb af sådanne varer). Spørgsmålet er, hvorvidt det er tilladt at anvende en automat, *når det, som det synes at være tilfældet i Tyskland, i henhold til national lovgivning er lovligt at sælge tobaksvarer gennem en automat*, der på den ene fuldstændig skjuler de påbudte sundhedsadvarsler på tobaksvarerne i automaten og på den anden side på tasterne fremviser billeder af produkterne, der ikke er forsynet med advarslerne. Den problemstilling er omfattet af omvendelsesområdet for direktiv 2014/40, da et af direktivets

[12] – Den af Kommissionen udarbejdede konsekvensanalyse af 19.12.2012, der ledsagede forslaget til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes love og administrative bestemmelser om fremstilling, præsentation og salg af tobak og tobaksrelaterede produkter (SWD(2012) 452 endelig) (herefter »konsekvensanalysen vedrørende direktiv 2014/40«). I henhold til del 1, punkt 4.1, i konsekvensanalysen vedrørende direktiv 2014/40 blev »tilnærmelsen af medlemsstaternes« lovgivning om salgsautomater for tobaksvarer (TVM) forkastet i konsekvensanalysen og under offentlig høring. Dette politikområde blev forkastet af hensyn til spørgsmål vedrørende nærhedsprincippet og som følge af den positive udvikling, der allerede var på området« (jf. s. 50). Jf. tillige undersøgelsen ved RAND Europe med titlen »Konsekvensanalyse i forbindelse med revision af tobaksvaredirektivet« af september 2010 (herefter »RAND-undersøgelsen«). Ifølge RAND-undersøgelsen omfattede tre af de fem muligheder, som Kommissionen overvejede, foranstaltninger vedrørende automater til salg af tobaksvarer: Den tredje mulighed omfattede foranstaltninger, hvorved »mindreårige blev hindret adgang til salgsautomaterne«, mens den fjerde og den femte mulighed indeholdt forslag om et fuldstændigt »forbud [mod] salgsautomater« (jf. s. 189, 219, 227 og 235). RAND-undersøgelsen er tilgængelig på Europa-Kommissionens hjemmeside.

[13] – Rådets henstilling af 2.12.2002 om forebyggelse af rygning og om initiativer til forbedring af bekæmpelse af tobaksrygning (EFT 2003, L 22, s. 31).

[14] – Direktiv 2001/37/EF af 5.6.2001 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes love og administrative bestemmelser om fremstilling, præsentation og salg af tobaksvarer (EFT 2001, L 194, s. 26). Direktiv 2001/37 nævnes i niende betragtning til henstilling 2003/54.

[15] – Der skal tillige henvises til 14. betragtning til henstilling 2003/54, hvorefter automater til salg »ikke [bør] forsynes med reklame bortset fra, hvad der er strengt nødvendigt for at angive, hvilke produkter der sælges«.

formål i henhold til dettes artikel 1, litra b), er tilnærmelse af nationale regler om »visse aspekter af mærkning og emballering af tobaksvarer, herunder […] sundhedsadvarsler«. Intet tyder på, at harmoniseringen af de relevante »aspekter« af mærkning og emballering af tobaksvarer er begrænset til salg på visse måder.

32. For det andet er hensigten med det præjudicielle spørgsmål ikke at afgøre, om tobaksreklamer er tilladte. Det er i særdeleshed ikke et spørgsmål om, hvorvidt automater må være forsynet med reklamer for tobak. Spørgsmålet er, hvorvidt der, *når reklame for tobak er tilladt, som det synes at være tilfældet i Tyskland*, er krav om, at billeder på en salgsautomats taster, der viser forskellige cigaretmærker, skal gengive de ved lov påbudte sundhedsadvarsler. Det spørgsmål falder inden for anvendelsesområdet for direktiv 2014/40, da et af direktivets formål i henhold til dettes artikel 1, litra b), er tilnærmelse af nationale regler om de sundhedsadvarsler, der skal forefindes på enkeltpakninger med tobaksvarer og i henhold til artikel 8, stk. 8), på billeder af enkeltpakninger.

33. Det er min konklusion, at i modsætning til, hvad JS har gjort gældende, finder direktiv 2014/40 anvendelse i den foreliggende sag.

*2. Om spørgsmålet om, hvorvidt præsentation af tobaksvarer ved hjælp af den omhandlede automat udgør markedsføring*

34. Som anført ovenfor under punkt 19 ønsker den forelæggende ret i det væsentlige oplyst, hvorvidt en enkeltpakning med cigaretter i den foreliggende sag skal anses for at være markedsført, når den udbydes til salg gennem den omhandlede automat eller på det tidspunkt, hvor der reelt sker overgang af den faktiske, fysiske rådighed over denne pakning fra sælgeren til kunden efter betalingstransaktionen.

35. JS har gjort gældende, at opbevaringen af tobaksvarer i den omhandlede automat, uafhængigt af, om direktiv 2014/40 finder anvendelse i den foreliggende sag, ikke kan anses for at udgøre markedsføring.

36. Kommissionen har som følge af sin bedømmelse af det tredje og det fjerde spørgsmål anført, at der ikke er behov for at vurdere denne problemstilling. Kommissionen har dog gjort gældende, at det, såfremt Domstolen er uenig i den fortolkning af artikel 8, stk. 8, i direktiv 2014/40, som Kommissionen har præsenteret, faktisk må anses for markedsføring, når enkeltpakningen med cigaretter kommer ud på kassebåndet. Det tilkommer den forelæggende ret at afgøre, om pakningen blev markedsført på et tidligere tidspunkt.

37. Efter min opfattelse markedsføres en enkeltpakning med cigaretter på det tidspunkt, hvor den udbydes til salg gennem den omhandlede automat.

38. Artikel 2, nr. 40), i direktiv 2014/40 foreskriver en bred definition af begrebet »markedsføring« af tobaksvarer. Et produkt anses for at være markedsført, når det stilles til rådighed til forbrugere i Unionen (hvorved engroshandel er undtaget).

39. Når artikel 2, nr. 40), i direktiv 2014/40 ikke indeholder undtagelser for så vidt angår måder, hvorpå et produkt stilles til rådighed for forbrugere, må metoderne dermed anses for at være irrelevante. Når en tobaksvare stilles til rådighed til forbrugere gennem en automat, markedsføres varen som omhandlet i bestemmelsen. Det er i den sammenhæng uden betydning, at Europa-Parlamentet undlod at følge forslaget fra Retsudvalget om at ændre artikel 2, nr. 40),

således at »markedsføring« blev defineret som: »tilrådighedsstillelse af produkter til forbrugere i Unionen mod eller uden vederlag, herunder ved fjernsalg *eller gennem anvendelse af automater* […]« [16]. En begrundelse for, at forslaget ikke blev fulgt, kan da også være, at formuleringen kunne forstås således, at salg af tobaksvarer gennem automater er tilladt, selv om den problemstilling som anført i punkt 28 ovenfor falder uden for anvendelsesområdet for direktiv 2014/40.

40. Et produkt anses tillige i henhold til artikel 2, nr. 40), i direktiv 2014/40 for at være markedsført, når det stilles til rådighed til forbrugere »mod eller uden vederlag«. Tobaksvarer stilles således til rådighed til forbrugere uden vederlag, når de markedsføres som omhandlet i bestemmelsen (hvor gratis uddeling af tobaksvarer selvfølgelig kun er tilladt, hvis uddelingen ikke sker i forbindelse med sponsorering af arrangementer eller aktiviteter med virkninger på tværs af grænserne med den direkte eller indirekte virkning, at afsætningen af varerne fremmes) [17]. Det er med andre ord ikke en betingelse, at tobaksvarer udbydes til salg. Det er tilstrækkeligt, at de stilles til rådighed til forbrug. Det medfører, at tobaksvarer skal anses for at være markedsført, når de udbydes til salg, dvs. før købet og før betaling for varen.

41. Det følger i den foreliggende sag af punkt 39 og 40 ovenfor, at enkeltpakningen med cigaretter markedsføres, så snart den udbydes til salg gennem den omhandlede automat og ikke i forbindelse med betalingen for pakningen og den reelle overgang af den faktiske, fysiske rådighed herover fra sælgeren til kunden.

42. Det første spørgsmål bør dermed besvares således, at en tobaksvare, der udbydes til salg gennem en automat, som skal aktiveres af kunden, hvorved varen kommer ud på kassebåndet før betalingen for varen, skal anses for at være markedsført som omhandlet i artikel 2, nr. 40), i direktiv 2014/40 på det tidspunkt, hvor den udbydes til salg gennem den omhandlede automat og ikke i forbindelse med betalingen for varen, hvor den faktiske, fysiske rådighed over denne vare overgår fra sælgeren til kunden.

### *B. Det andet spørgsmål*

43. Med det andet spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om forbuddet i artikel 8, stk. 3, første punktum, i direktiv 2014/40 imod, at de påbudte sundhedsadvarsler skjules af »andre elementer«, omfatter det tilfælde, at hele pakningen, der er forsynet med disse advarsler, er skjult, idet enkeltpakningen med cigaretter ikke er synlig, når den befinder sig i automaten.

44. Artikel 8, stk. 3, første punktum, i direktiv 2014/40 indeholder et udtrykkeligt forbud imod, at sundhedsadvarslerne på en enkeltpakning og eventuel ydre emballage »er helt eller delvist skjult eller brydes af banderoler, prismærkater, sikkerhedsfeatures, indpakningsmateriale, omslag, æsker/kasser *eller andre elementer*« [18], når tobaksvaren markedsføres.

45. JS har i den sammenhæng gjort gældende, at det ikke udgør en overtrædelse af artikel 8, stk. 3, i direktiv 2014/40, at de påbudte sundhedsadvarsler, der er påført enkeltpakningerne, er skjult, fordi pakningen ikke er synlig, når den opbevares i en automat. En automat er ikke et

[16] – Jf. udtalelse fra Retsudvalget af 25.6.2013 i Europa-Parlamentets Rapport om 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 af 24.7.2013 (Ændring 22, s. 273).

[17] – Jf. artikel 5, stk. 2, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2003/33/EF af 26.5.2003 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes love og administrative bestemmelser om reklame for tobaksvarer og sponsorering til fordel for disse (EUT 2003, L 152, s. 16).

[18] – Min fremhævelse.

»element[…]«, der skjuler de påbudte sundhedsadvarsler som omhandlet i bestemmelsen. Sådanne »elementer« kan kun være genstande, der kompromitterer de påbudte sundhedsadvarslers integritet, ikke genstande, der anvendes til salg af tobaksvarer.

46. Kommissionen har anført, at der som følge af dennes bedømmelse af det tredje og det fjerde spørgsmål ikke er behov for at undersøge det andet spørgsmål. Kommissionen har dog gjort gældende, at Domstolen, såfremt den er uenig i den fortolkning af artikel 8, stk. 8, i direktiv 2014/40, som Kommissionen har foreslået, må nå frem til, at den omhandlede automat ikke kan anses for et »element[…]«, der skjuler de påbudte sundhedsadvarsler i medfør af direktivets artikel 8, stk. 3. Det er Kommissionens opfattelse, at der ikke er grundlag for at anlægge en bred fortolkning af bestemmelsen, hvorved der alene sker overtrædelse af artikel 8, stk. 3, i situationer, hvor tobaksvarer, der udbydes til salg i detailhandlen, ikke fremvises i disse lokaler. Effektiviteten af de påbudte sundhedsadvarsler kan sikres på anden måde såsom ved at sikre, at automatens taster er i overensstemmelse med artikel 8, stk. 8, i direktiv 2014/40.

47. Det er min opfattelse, at forbuddet mod at lade de påbudte sundhedsadvarsler være skjult af »andre elementer« som anført i artikel 8, stk. 3, første punktum, i direktiv 2014/40 ikke omfatter en situation, hvor hele pakningen med tobaksvarer er skjult, når disse varer er indeholdt i en automat.

48. Det fremgår for det første af artikel 8, stk. 3, første punktum, i direktiv 2014/40, at *de påbudte sundhedsadvarsler* på enkeltpakninger med tobaksvarer og eventuel ydre emballage ikke må være helt eller delvist skjult. Bestemmelsen foreskriver ikke, at *enkeltpakninger*, der er forsynet med advarslerne, ikke må være skjult i detailforretninger (med henblik på at sikre fuld synlighed af advarslerne) [19].

49. For det andet er hensigten med artikel 8, stk. 3, første punktum, i direktiv 2014/40, idet det fremgår, at de påbudte sundhedsadvarsler skal være »påtrykt på en sådan måde, at de ikke kan fjernes«, og at de ikke er »delvist skjult eller brydes«, at sikre, at opfyldelsen af advarslernes formål ikke bringes i fare. Opbevaringen af enkeltpakningerne, der er forsynet med sundhedsadvarsler, i en automat er uden betydning for opfyldelsen af advarslernes formål.

50. For det tredje foreskriver artikel 8, stk. 3, første punktum, i direktiv 2014/40 ikke alene et forbud imod at skjule de påbudte sundhedsadvarsler. Bestemmelsen fastsætter derimod, at advarslerne ikke må skjules af visse elementer, nemlig »af banderoler, prismærkater, sikkerhedsfeatures, indpakningsmateriale, omslag, æsker/kasser *eller andre elementer*« [20]. En automat er tydeligvis ikke en simpel »æske[…]/kasse[…]« endsige indpakningsmateriale eller et omslag. Efter min opfattelse kan en automat heller ikke anses for at være omfattet af det forbud, der er indeholdt i artikel 8, stk. 3, første punktum, i direktiv 2014/40 som følge af henvisningen til de »andre elementer«, der kan skjule de påbudte sundhedsadvarsler. Det forhold, at disse »andre elementer« ikke defineres i bestemmelsen, medfører dog ikke, at *alt*, der skjuler advarslerne, er omfattet af forbuddet. De elementer, der er oplistet som eksempler, tyder snarere på, at de »andre elementer« enten skal påklæbes pakningen med den relevante tobaksvare (såsom banderoler, prismærkater og sikkerhedsfeatures) eller selv udgøre (en del af) emballagen, herunder den »ydre emballage« som angivet i artikel 2, nr. 29), i direktiv 2014/40 (såsom indpakningsmateriale, omslag og æsker/kasser). Det er ikke tilfældet for så vidt angår en

[19] – Den modsatte tilgang – dvs. indførelse af begrænsninger af eller et fuldstændigt forbud imod fremvisning af tobaksvarer på salgsstedet – blev faktisk foreslået (og forkastet) i forarbejderne til direktiv 2014/40. Jf. i den forbindelse del 1, punkt 4.1, i konsekvensanalysen vedrørende direktiv 2014/40 (s. 50) og RAND-undersøgelsen (s. 227 og 233).

[20] – Min fremhævelse.

automat, der ikke kan anses for at udgøre emballage, idet dens formål (i modsætning til formålet med indpakningsmateriale, omslag og æsker/kasser) ikke er omslutning eller endog opbevaring af en eller flere enkeltpakninger med tobaksvarer, men fremvisning af produkter til salg.

51. For det fjerde er den fortolkning af artikel 8, stk. 3, første punktum, i direktiv 2014/40, der foreslås ovenfor i punkt 47, i overensstemmelse med international ret. Det bør nævnes, at Unionen og dens medlemsstater er parter i Verdenssundhedsorganisationens rammekonvention om tobakskontrol, der blev undertegnet i Genève den 21. maj 2003 (herefter »FCTC«), hvis bestemmelser er bindende for parterne[21]. Det fremgår af artikel 11, stk. 1, i FCTC, at konventionens parter »[…] skal vedtage og gennemføre effektive […] foranstaltninger […] til at sikre, at: […] b) hver pakkeenhed og pakning af tobaksprodukter og enhver ydre emballage og mærkning af sådanne produkter også er mærket med sundhedsadvarsler, som beskriver den skadelige virkning af tobaksbrug […]«. Det bør også nævnes, at parterne i FCTC vedtog et sæt retningslinjer for gennemførelsen af konventionen, der, selv om de ikke er bindende, alligevel vil kunne få afgørende indflydelse på indholdet af de regler, der vedtages i EU inden for det omhandlede område[22]. Punkt 10 i retningslinjer for gennemførelse af konventionens artikel 11 i Verdenssundhedsorganisationens rammekonvention om tobakskontrol (herefter »retningslinjer for gennemførelse af artikel 11 i FCTC«) foreskriver, at »parterne skal sikre, at sundhedsadvarslerne […] ikke skjules af anden nødvendig emballering og angivelse af produktmærke eller af kommercielt indlagt materiale og andet påsat materiale« eller af »anden mærkning såsom banderoler og mærkning i medfør af kravene i konventionens artikel 15«. De eneste elementer, der således i henhold til punkt 10 i retningslinjer for gennemførelse af artikel 11 i FCTC ikke må hindre synligheden af sundhedsadvarslerne, er i) »anden nødvendig emballering og angivelse af produktmærke«[23], herunder den mærkning, der er påbudt i henhold til artikel 15 i FCTC[24] og ii) »kommercielt indlagt materiale og andet påsat materiale«[25]. En automat hører selvsagt ikke til nogen af disse kategorier. Det angives tillige i punkt 54 i disse retningslinjer, at »parterne bør sikre, at klistermærker, selvklæbende mærkater, æsker, omslag, lommer, indpakningsmateriale og tobaksproducenters indlagte markedsføringsmateriale og andet påsat materiale ikke slører, bryder eller underminerer sundhedsadvarsler«. Heller ingen af disse udtryk kan anvendes om en automat. Samtlige elementer, der i henhold til punkt 10 og 54 i retningslinjer for gennemførelse af artikel 11 i FCTC ikke må hindre synligheden af sundhedsadvarslerne, er elementer, der kan påhæftes uden på eller anbringes inde i en pakning.

52. Svaret på det andet spørgsmål bør derfor være, at forbuddet i artikel 8, stk. 3, første punktum, i direktiv 2014/40 imod, at de påbudte sundhedsadvarsler skjules af »andre elementer«, ikke omfatter den situation, hvor hele pakningen med en tobaksvare er skjult, fordi produktet opbevares i en automat på en sådan måde, at produktet ikke er synligt for forbrugeren.

[21] – Jf. syvende betragtning til direktiv 2014/40. Jf. tillige direktivets artikel 1, der fastsætter, at direktivet tilsigter at »opfylde Unionens forpligtelser i henhold til [FCTC]« (min fremhævelse).

[22] – Dom af 4.5.2016, Polen mod Europa-Parlamentet og Rådet (C-358/14, EU:C:2016:323, præmis 47).

[23] – Nemlig »oplysninger om relevante indholdsstoffer og afgivelse af stoffer fra tobaksprodukter«, der skal være påført hver enkelt pakning og alle pakker med tobaksprodukter (jf. FCTC's artikel 11, stk. 2).

[24] – De krav til mærkning, der er fastsat i FCTC's artikel 15, tilsigter at eliminere ulovlig handel med tobaksprodukter. De modsvares i direktiv 2014/40 af det entydige identitetsmærke og af de sikkerhedsfeatures, der er foreskrevet i direktivets artikel 15 og 16.

[25] – Det bør understreges, at »andet påsat materiale« defineres i punkt 6 i retningslinjer for gennemførelse af artikel 11 i FCTC som »enhver kommunikation, der påsættes ydersiden af en enkeltpakning og/eller karton, som en forbruger indkøber i detailhandlen […]«.

## *C. Det tredje spørgsmål*

53. Med det tredje spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, hvorvidt et billede, selv om det ikke er en naturtro gengivelse af originalemballeringen, der på grund af billedets udformning hvad angår omrids, proportioner, farver og varemærke bringer forbrugeren til at associere til en emballering af tobak, udgør et »billede[…] af [en] enkeltpakning[…]« som omhandlet i artikel 8, stk. 8, i direktiv 2014/40.

54. JS har anført, at det tredje spørgsmål bør besvares benægtende. Efter JS' opfattelse falder spørgsmålet om, hvorvidt billeder af cigaretters varemærke, der vises på den omhandlede automats taster, må anses for billeder af enkeltpakninger som omhandlet i artikel 8, stk. 8, i direktiv 2014/40, uden for direktivets anvendelsesområde, da direktivet, i henhold til 48. betragtning hertil, ikke harmoniserer nationale regler om reklame. Under alle omstændigheder udgør billederne af cigaretmærker ikke billeder af enkeltpakninger med cigaretter som omhandlet i artikel 8, stk. 8. De er snarere en del af salgstransaktionen, da de giver forbrugere mulighed for at vælge de cigaretmærker, som de ønsker at købe.

55. Kommissionen har derimod anført, at det tredje spørgsmål bør besvares bekræftende. Det er Kommissionens opfattelse, at begrebet billeder af enkeltpakninger som omhandlet i artikel 8, stk. 8, i direktiv 2014/40 skal fortolkes bredt, således at det omfatter enhver præsentation af en enkeltpakning med cigaretter. Det kan udledes af anvendelsen af de engelske og franske betegnelser »billede«, af kravet, som ved mærkning af fødevarer, hvorefter forbrugeren skal gives de fornødne oplysninger til at kunne foretage et valg med fuldt kendskab til oplysninger om produktet, og af, at forbrugere bør beskyttes imod vildledende anprisninger, af formålet om at sikre et højt sundhedsbeskyttelsesniveau i medfør af artikel 168, stk. 1, TEUF, og af det forhold, at forbrugeren ellers først ville se de påbudte sundhedsadvarsler, når enkeltpakningen med cigaretter er kommet ud på kassebåndet.

56. Det er min opfattelse, at billeder af cigaretmærker, som gennemsnitsforbrugeren associerer med tobaksemballage på grund af billedernes udformning, selv om de ikke er naturtro gengivelser af enkeltpakninger, skal anses for at være billeder af enkeltpakninger som omhandlet i artikel 8, stk. 8, i direktiv 2014/40.

57. Som nævnt i punkt 2 ovenfor fremgår det af artikel 8, stk. 8, i direktiv 2014/40, at »billeder af enkeltpakninger og eventuel ydre emballage, der henvender sig til forbrugere i Unionen«, skal være i overensstemmelse med bestemmelserne i direktivets afsnit II, kapitel II, hvilket først og fremmest vil sige, at de skal være forsynet med de påbudte sundhedsadvarsler. Begrebet billeder af enkeltpakninger og eventuel ydre emballage defineres dog ikke i artikel 8, stk. 8, eller i nogen anden bestemmelse i direktivet.

58. Ifølge retspraksis skal fastlæggelsen af betydningen og rækkevidden af udtryk, som ikke er defineret i EU-retten, ske efter deres normale mening i sædvanlig sprogbrug, idet der tages hensyn til den generelle sammenhæng, hvori de anvendes, og de mål, der forfølges med den lovgivning, som de udgør en del af[26].

59. For det første dækker begrebet »billede« ikke blot en repræsentation af eller lighed med en person eller ting, men også en gengivelse eller efterligning af en persons eller tings form. Det indikerer, at begrebet billede som omhandlet i artikel 8, stk. 8, i direktiv 2014/40 omfatter, men

[26] – Dom af 22.4.2021, Austrian Airlines (C-826/19, EU:C:2021:318, præmis 22).

ikke er begrænset til, naturtro gengivelser af enkeltpakninger eller ydre emballage om tobaksvarer, og i særdeleshed, at begrebet ikke er begrænset til fotografier. Det gælder ikke blot det engelske udtryk »image«, men også det franske udtryk »image«, det italienske udtryk »illustrazione« og det tyske udtryk »Bild«, som anvendes i de pågældende sprogs versioner af artikel 8, stk. 8.

60. For det andet angives i artikel 10, stk. 1, litra a), i direktiv 2014/40, der foreskriver, at hver enkeltpakning og eventuel ydre emballage om røgtobak skal være forsynet med kombinerede sundhedsadvarsler, at advarslen skal indeholde en tekstadvarsel og »et tilhørende farvefotografi«. I direktivets artikel 2, nr. 33), hvori den kombinerede sundhedsadvarsel defineres, anvendes udtrykket »et tilhørende fotografi eller en tilhørende illustration«. Når der henvises til et fotografi, anvendes udtrykket »billede« ikke i artikel 2, nr. 33), og i artikel 10, stk. 1, litra a), som i artikel 8, stk. 8, men derimod et andet udtryk (»fotografi« eller »illustration«). Det tyder på, at begrebet »billede« som omhandlet i artikel 8, stk. 8, i direktiv 2014/40 ikke er begrænset til fotografier af enkeltpakninger. Det samme gælder den franske version af artikel 2, nr. 33), og artikel 10, stk. 1, litra a), hvori udtrykkene »photo ou […] illustration« og »photographie« anvendes fremfor udtrykket »image«, der anvendes i artikel 8, stk. 8, den tyske version af artikel 2, nr. 33), og artikel 10, stk. 1, litra a), hvori udtrykkene »Fotografie oder Illustration« og »Farbfotografie« anvendes frem for udtrykket »Bild«, der anvendes i artikel 8, stk. 8. Det gælder i mindre grad for den italienske version af artikel 2, nr. 33), og artikel 10, stk. 1, litra a), hvori udtrykkene »fotografia o […] illustrazione« og »fotografia« anvendes, mens udtrykket »illustrazione« anvendes i artikel 8, stk. 8. I de forskellige sproglige versioner af artikel 2, nr. 33), og artikel 10, stk. 1, litra a), synes man dog i vid udstrækning at anvende et andet (eller andre) udtryk, når bestemmelserne henviser til et egentligt fotografi.

61. For det tredje er det min opfattelse, at en bred fortolkning af begrebet billeder af enkeltpakninger eller eventuel ydre emballage som omhandlet i artikel 8, stk. 8, i direktiv 2014/40, hvorefter ikke blot naturtro gengivelser af enkeltpakninger, men også billeder, som forbrugere associerer med tobaksemballage, er i overensstemmelse med direktivets formål og i særdeleshed med formålet i direktivets artikel 8.

62. Ifølge retspraksis har direktiv 2014/40 et dobbelt formål, som består i at fremme den rette funktion af det indre marked for tobak og relaterede produkter med udgangspunkt i et højt sundhedsbeskyttelsesniveau, navnlig for unge [27]. Som den forelæggende ret har bemærket, kan et billede, som forbrugeren associerer med emballage om en tobaksvare på samme måde som en naturtro gengivelse, udløse en købsimpuls hos forbrugeren. Den impuls kan bekæmpes gennem de påbudte sundhedsadvarsler. En bred fortolkning af begrebet »billeder af enkeltpakninger« som omhandlet i artikel 8, stk. 8, hvorved de også omfatter billeder, som forbrugeren associerer med emballage om en tobaksvare, ville medføre, at advarslerne også skulle påføres disse billeder og dermed modvirke køb af tobaksvarer og fremme beskyttelsen af menneskers sundhed.

63. For så vidt angår hensigten med artikel 8, stk. 8, forekommer det mig, at denne bestemmelse sigter mod at undgå omgåelse af reglen, der er indeholdt i artikel 8, stk. 1. Det fremgår da også af artikel 8, stk. 1, at hver enkeltpakning skal være forsynet med de påbudte sundhedsadvarsler. Artikel 8, stk. 3, sikrer denne bestemmelses effektivitet gennem et forbud imod at skjule eller afbryde advarslerne. Artikel 8, stk. 8, vedrører bl.a. den situation, hvor en sælger forsøger at undgå fremvisning af de påbudte sundhedsadvarsler på salgsstedet ved at fremvise billeder af

[27] – Dom af 4.5.2016, Polen mod Europa-Parlamentet og Rådet (C-358/14, EU:C:2016:323, præmis 80); af 4.5.2016, Philip Morris Brands m.fl. (C-547/14, EU:C:2016:325, præmis 171 og 220), af 17.10.2018, Günter Hartmann Tabakvertrieb (C-425/17, EU:C:2018:830, præmis 23), af 30.1.2019, Planta Tabak (C-220/17, EU:C:2019:76, præmis 38), og af 22.11.2018, Swedish Match (C-151/17, EU:C:2018:938, præmis 40).

enkeltpakninger, der ikke er forsynet med advarslerne frem for enkeltpakninger, der er forsynet med disse advarsler. Ved at fremsætte krav om, at billeder af emballage om en tobaksvare også skal være forsynet med advarslerne, sigter artikel 8, stk. 8, mod at hindre den situation og sikrer dermed i lighed med artikel 8, stk. 3, effektiviteten af den regel, der er foreskrevet i artikel 8, stk. 1. En bred fortolkning af begrebet billeder af emballage om en tobaksvare som omhandlet i artikel 8, stk. 8, hvorved de også omfatter billeder, som forbrugeren associerer med enkeltpakninger med tobaksvarer, ville sikre den fulde effektivitet af artikel 8, stk. 1. Dette gælder så meget desto mere i betragtning af, at effektiviteten af artikel 8, stk. 1, i den foreliggende sag ikke kan sikres gennem anvendelse af det forbud, der er indeholdt i artikel 8, stk. 3, første punktum som angivet i punkt 47 til 52 ovenfor.

64. Den ovenfor under punkt 56 foreslåede fortolkning af begrebet »billeder af enkeltpakninger«, som er indeholdt i artikel 8, stk. 8, i direktiv 2014/40, er for det fjerde i overensstemmelse med international ret. Artikel 13, stk. 4, i FCTC foreskriver da også, at »[s]om minimum og i overensstemmelse med sin forfatning og sine forfatningsmæssige principper skal hver part: […] b) kræve, at sundhedsmæssige eller andre passende advarsler eller budskaber følger med al tobaksreklame og, når dette er relevant, salgsfremme og sponsorering«. Udtrykket »tobaksreklame og salgsfremme« defineres i artikel 1, litra c), i FCTC som »enhver forretningsmæssig kommunikation, anbefaling eller handling med det formål eller den virkning eller sandsynlige virkning at fremme et tobaksprodukt eller tobaksbrug enten direkte eller indirekte«. I henhold til punkt 14 i retningslinjer for gennemførelse af artikel 13 i Verdenssundhedsorganisationens rammekonvention om tobakskontrol (herefter »retningslinjer for gennemførelse af artikel 13 i FCTC«) udgør »[s]salgsautomater […] i form af deres blotte tilstedeværelse reklame eller markedsføring i henhold til konventionens bestemmelser«[28]. Det medfører, at en salgsautomat til tobaksvarer i dennes egenskab af en form for tobaksreklame i henhold til artikel 13, stk. 4, litra b), i FCTC skal »følge[…] med« eller snarere være forsynet med sundhedsadvarsler[29].

65. Det er således min opfattelse, at begrebet billeder af enkeltpakninger som omhandlet i artikel 8, stk. 8, i direktiv 2014/40 må omfatte ikke blot naturtro gengivelser af denne emballering, men også billeder, som en gennemsnitsforbruger associerer med enkeltpakninger med tobaksvarer. Som den forelæggende ret har anført, må der, med henblik på at afgøre, om et bestemt billede kan associeres med enkeltpakninger, tages hensyn til billedets udformning hvad angår omrids, proportioner, farver og varemærke.

66. Hvorvidt billederne af cigaretmærker, der vises på den omhandlede automats taster, udgør billeder, som en gennemsnitsforbruger på grund af deres udformning associerer med enkeltpakninger med tobaksvarer, er et spørgsmål, der må afgøres af den forelæggende ret.

[28] – Der bør også henvises til fjerde punkt i bilaget til retningslinjerne under overskriften »Vejledende (ikke-udtømmende) liste over eksempler på reklamer for og markedsføring af tobaksvarer samt sponsorering til fordel for disse i henhold til konventionen«, hvori henvises til »automater til salg af tobaksprodukter«.

[29] – Det er korrekt, at sidste punktum i punkt 40 i retningslinjer for gennemførelse af artikel 13 i FCTC foreskriver, at »med henblik på at fremme deres effektivitet skal advarsler og anden kommunikation, som parterne påbydes i henhold til konventionens artikel 13, stk. 4, litra b), være i *overensstemmelse med* de advarsler og anden kommunikation på emballage, der er påkrævet i henhold til konventionens artikel 11« (min fremhævelse) – hvilket indikerer, at de sundhedsadvarsler, som automater til salg af tobaksvarer skal være forsynet med i henhold til FCTC's artikel 13, stk. 4, litra b), *ikke er identiske* med de sundhedsadvarsler, som enkeltpakningerne og pakningerne med tobaksvarer skal være forsynet med i henhold til FCTC's artikel 11, stk. 1, litra b). FCTC's artikel 13, stk. 4, litra b), og punkt 14 i retningslinjer for gennemførelse af artikel 13 i FCTC viser dog tydeligt, at automater til salg af tobaksvarer i det mindste skal være forsynet med *en eller anden form* for sundhedsadvarsel.

67. Svaret på det tredje spørgsmål bør derfor være, at begrebet »billeder af enkeltpakninger og eventuel ydre emballage« af tobaksvarer som omhandlet i artikel 8, stk. 8, i direktiv 2014/40 ikke alene omfatter billeder, der er naturtro gengivelser af enkeltpakninger eller eventuel ydre emballage, men også billeder, som gennemsnitsforbrugeren associerer med enkeltpakninger eller eventuel ydre emballage på grund af billedernes udformning hvad angår omrids, proportioner, farver og varemærke.

## *D. Det fjerde spørgsmål*

68. Med det fjerde spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om et billede, som ikke er forsynet med de påbudte sundhedsadvarsler, af en enkeltpakning med cigaretter, der er omfattet af artikel 8, stk. 8, i direktiv 2014/40, er i overensstemmelse med bestemmelsen, hvis forbrugeren har mulighed for at se advarslerne, inden forbrugeren køber pakningen.

69. Ifølge forelæggelseskendelsen vurderede Oberlandesgericht München (den regionale appeldomstol i München), at artikel 8, stk. 8, i direktiv 2014/40 alene forbyder anvendelse af billeder af enkeltpakninger med cigaretter, som ikke er forsynet med de påbudte sundhedsadvarsler, hvis billederne præsenteres i stedet for pakningerne, inden købet foretages. Den forelæggende ret har givet udtryk for tvivl om, hvorvidt Oberlandesgericht München (den regionale appeldomstol i München) har ret i sin antagelse.

70. JS har gjort gældende, at der, selv hvis de billeder af cigaretmærker, der vises på den omhandlede automats taster, anses for billeder af enkeltpakninger som omhandlet i artikel 8, stk. 8, i direktiv 2014/40, ikke foreligger en overtrædelse af bestemmelsen, da forbrugeren ser de påbudte sundhedsadvarsler, når pakningen udleveres til denne. Forbrugeren vil tillige se advarslerne hver gang, han eller hun ryger en cigaret.

71. Kommissionen har givet udtryk for den modsatte opfattelse.

72. Efter min opfattelse, er det, når et billede af en enkeltpakning med cigaretter, der er omfattet af anvendelsesområdet for artikel 8, stk. 8, i direktiv 2014/40, ikke er forsynet med de påbudte sundhedsadvarsler, uden betydning, om forbrugeren har mulighed for at se advarslerne, før forbrugeren køber pakningen.

73. For det første fastlægger artikel 8, stk. 8, i direktiv 2014/40 en generel regel, hvorved billeder af enkeltpakninger skal være i overensstemmelse med kravene i henhold til direktivets afsnit II, kapitel II, hvorefter de først og fremmest skal være forsynet med de påbudte sundhedsadvarsler. Bestemmelsen er ikke underlagt betingelser eller forbehold. Artikel 8, stk. 8, forbyder dermed, uafhængigt af om der foretages en købstransaktion, *anvendelse* af billeder, der ikke er forsynet med de påbudte sundhedsadvarsler. Det er tilstrækkeligt, at billederne »henvender sig til forbrugere«, hvilket absolut er tilfældet for billeder, der anvendes i supermarkeder som i den foreliggende sag.

74. For det andet kan der ikke gøres indsigelser imod, at der, idet artikel 8, stk. 8, i direktiv 2014/40 alene sigter mod at hindre omgåelse af reglen i direktivets artikel 8, stk. 1, hvorefter hver enkeltpakning med cigaretter skal være forsynet med de påbudte sundhedsadvarsler, ikke foreligger en overtrædelse af førnævnte bestemmelse, hvis advarslerne kan ses af forbrugeren, før denne køber enkeltpakningen med cigaretter. En sådan fortolkning ville være i strid med ordlyden af artikel 8, stk. 8, der igen ikke foreskriver en sådan undtagelse til den regel, den fastlægger.

Hensigten med artikel 8, stk. 8, er med andre ord ikke blot at undgå omgåelse af artikel 8, stk. 1, som angivet ovenfor i punkt 63, men tillige at supplere den forskrift, der er fastlagt i bestemmelsen.

75. Svaret på det fjerde spørgsmål bør dermed være, at når et billede af en enkeltpakning eller af eventuel ydre emballage om en tobaksvare som omhandlet i artikel 8, stk. 8, i direktiv 2014/40 ikke er forsynet med de sundhedsadvarsler, der er påbudte i henhold til direktivets afsnit II, kapitel II, er dette i strid med nævnte bestemmelse, selv om forbrugeren har mulighed for at se enkeltpakningen eller den ydre emballage, der er forsynet med advarslerne, inden han eller hun køber produktet.

## IV. Forslag til afgørelse

76. På baggrund af det ovenstående foreslår jeg Domstolen at besvare de spørgsmål, der er forelagt af Bundesgerichtshof (forbundsdomstol, Tyskland), således:

»1) Når en tobaksvare udbydes til salg gennem en automat, som skal aktiveres af kunden, hvorved varen kommer ud på kassebåndet før betalingen for varen, skal varen anses for at være markedsført som omhandlet i artikel 2, nr. 40), i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/40/EU af 3. april 2014 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes love og administrative bestemmelser om fremstilling, præsentation og salg af tobak og relaterede produkter og om ophævelse af direktiv 2001/37/EF på det tidspunkt, hvor den udbydes til salg gennem den omhandlede automat og ikke i forbindelse med betalingen for varen, hvor den faktiske, fysiske rådighed over denne vare overgår fra sælgeren til kunden.

2) Forbuddet i artikel 8, stk. 3, første punktum, i direktiv 2014/40 imod, at sundhedsadvarslerne skjules af »andre elementer«, omfatter ikke den situation, hvor hele pakningen med en tobaksvare er skjult, fordi produktet opbevares i en automat på en sådan måde, at produktet ikke er synligt for forbrugeren.

3) Begrebet »billeder af enkeltpakninger og eventuel ydre emballage« af tobaksvarer som omhandlet i artikel 8, stk. 8, i direktiv 2014/40 omfatter ikke alene billeder, der er naturtro gengivelser af enkeltpakninger eller eventuel ydre emballage, men også billeder, som gennemsnitsforbrugeren associerer med enkeltpakninger eller eventuel ydre emballage på grund af billedernes udformning hvad angår omrids, proportioner, farver og varemærke.

4) Når et billede af en enkeltpakning eller af eventuel ydre emballage om en tobaksvare som omhandlet i artikel 8, stk. 8, i direktiv 2014/40 ikke er forsynet med de sundhedsadvarsler, der er påbudte i henhold til direktivets afsnit II, kapitel II, er dette i strid med nævnte bestemmelse, selv om forbrugeren har mulighed for at se enkeltpakningen eller den ydre emballage, der er forsynet med advarslerne, inden han eller hun køber produktet.«