

Sag C-370/20**Sammendrag af anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 98, stk. 1, i Domstolens procesreglement****Dato for indlevering:**

7. august 2020

Forelæggende ret:

Bundesgerichtshof (Tyskland)

Afgørelse af:

25. juni 2020

Sagsøger og revisionsappellant:

Pro Rauchfrei e. V.

Sagsøgte og revisionsindstævnt:

JS

Hovedsagens genstand

Søgsmål med påstand om forbud mod udbud til salg af cigaretter i automat, fordi dette er i strid med forbuddet mod tildækning af de på enkeltpakningerne med cigaretter påtrykte sundhedsadvarsler, og fordi der dermed bliver vist billeder af enkeltpakninger med cigaretter uden sådanne advarsler

Genstand og retsgrundlag for anmodningen om præjudiciel afgørelse

Anmodning, jf. artikel 267 AEUV, om fortolkning af artikel 8, stk. 3, første punktum (begreberne »markedsføring« og »at skjule«), og artikel 8, stk. 8 (begrebet »billeder af enkeltpakninger«), i direktiv 2014/40

Præjudicielle spørgsmål

- 1) Omfatter begrebet markedsføring som omhandlet i artikel 8, stk. 3, første punktum, i direktiv 2014/40/EU 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/EU 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/EU 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/EU 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?

Anførte EU-retlige forskrifter

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, særligt 48. og 60. betragtning samt artikel 2, nr. 40), og artikel 8

Europa Parlamentets og Rådets direktiv 2009/22/EF af 23. april 2009 om søgsmål med påstand om forbud på området beskyttelse af forbrugernes interesser, særligt artikel 3 og 4

Anførte nationale forskrifter

Lov om illoyal konkurrence (herefter lov om illoyal konkurrence), særligt §§ 3, 3a, 5a, 8

Lov om tobak og relaterede produkter (herefter »tobaksloven«), særligt § 6

Bekendtgørelse om tobak og relaterede produkter (herefter »tobaksbekendtgørelsen«), særligt § 11, stk. 1, første punktum, nr. 4, og stk. 2

Kort fremstilling af de faktiske omstændigheder og retsforhandlingerne i hovedsagen

Den sagsøgte driver to supermarkeder i München. Ved kasserne i disse supermarkeder udbød han efter den 20. maj 2017 cigaretter til salg i den nedenfor afbildede automat:



- 1 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.
- 2 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 beskytte mindreårige.
- 3 Sagsøgeren indbragte for Landgericht (regional ret i første instans) en sag om udbud af cigaretter til salg i de af sagsøgte drevne automater. Landgericht (regional ret i første instans) frifandt sagsøgte. Sagsøgeren fik ikke medhold i sin anke. Den forelæggende ret træffer afgørelse i sagsøgerens revisionsankesag.

Kort fremstilling af begrundelsen for forelæggelsen

- 4 Den forelæggende ret er af den opfattelse, at fortolkningen af artikel 8, stk. 3, første punktum, og artikel 8, stk. 8, i direktiv 2014/40 er afgørende for, om revisionsappellen kan tages til følge. For det første er det afgørende, om præsentationen af cigaretter i den omhandlede automat er i strid med forbuddet

mod at skjule de på enkeltpakninger med tobaksvarer påtrykte sundhedsadvarsler, jf. artikel 8, stk. 3, første punktum, i direktiv 2014/40. For det andet er der behov for at få præciseret, om der på automaten vises billeder af enkeltpakninger med cigaretter, der i strid med kravet i 8, stk. 8, i direktiv 2014/40 ikke viser sundhedsadvarsler.

Om fortolkningen af artikel 8, stk. 3, første punktum, i direktiv 2014/40

Om kriteriet markedsføring (det første præjudicielle spørgsmål)

- 5 Spørgsmålet er for det første, om der med præsentationen af enkeltpakninger med cigaretter i automaten er tale om »markedsføring« som omhandlet i artikel 8, stk. 3, første punktum, i direktiv 2014/40. Det første præjudicielle spørgsmål vedrører afklaringen af dette fortolkningsproblem.
- 6 Betegnende for udbuddet til salg i den omhandlede automat er, at enkeltpakningerne med cigaretter, som opbevares i automaten, ganske vist er påtrykt de ved lov påbudte advarsler, men i første omgang ikke er synlige for forbrugeren. Enkeltpakningerne med cigaretter og advarslerne på enkeltpakningerne med cigaretter kan først 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. Spørgsmålet om, hvorvidt kriteriet markedsføring som omhandlet i artikel 8, stk. 3, første punktum, i direktiv 2014/40 er opfyldt i forbindelse med denne i tidsmæssig henseende udstrakte købstransaktion, ved hvilken sundhedsadvarslerne på enkeltpakningerne med cigaretter kun kan ses en del af tiden, kan efter den forelæggende rets opfattelse ikke besvares entydigt.
- 7 Ordlyden i artikel 8, stk. 3, første punktum, i direktiv 2014/40 taler imod en indskrænkende fortolkning, hvorefter alene den reelle overgang af den faktiske rådighed fra sælgeren til kunden efter betalingstransaktionen er omfattet af begrebet markedsføring. I henhold til artikel 2, nr. 40), i direktiv 2014/40 betegner udtrykket »markedsføring« tilrådhedsstilling af produkter mod eller uden vederlag. Begrebet »tilrådhedsstilling« må antages også at omfatte det her omhandlede udbud af cigaretter til salg i automater, hvor udleveringsprocessen kan iværksættes af kunden selv.
- 8 Regelsammenhængen giver ikke mulighed for en entydig fortolkning af begrebet markedsføring. Appelretten fandt, at opbevaringen af enkeltpakninger med cigaretter i den omhandlede automat alene skulle betragtes som en salgsordning. Af 48. betragtning til direktiv 2014/40 fremgår det således, at direktivets harmoniseringsformål ikke havde fokus på salgsordninger og reklamer. Af denne grund er det omhandlede udbud af cigaretter til salg i automater ikke omfattet af de i direktivet fastsatte bestemmelser. Den forelæggende ret finder det tvivlsomt, om denne fortolkning er korrekt. Det fremgår af 48. betragtning til direktiv 2014/40, at direktivet ikke harmoniserer bestemmelserne om røgfrie miljøer eller nationale salgsordninger eller nationale reklamer eller »brand stretching«

(anvendelse af tobaksvaremærker i forbindelse med ikke-tobaksrelaterede varer eller tjenesteydelser), og direktivet indfører heller ikke en aldersgrænse for elektroniske cigaretter eller genopfyldningsbeholdere. Ud fra dette har appelretten konkluderet, at direktiv 2014/40 alene omfatter selve produktets udformning, men ikke salgsordningerne for tobaksvarer som f.eks. præsentationen i automater. Der må tages hensyn til, at det fremgår af 48. betragtning, at direktivet foruden »salgsordninger» også undtager »reklamer« fra direktivets harmoniseringsformål, men at direktiv 2014/40 for så vidt angår reklame vedrørende elektroniske cigaretter fastsætter udtrykkelige bestemmelser i direktivets artikel 20, stk. 5, og i 43. betragtning til direktivet. Derudover fremgår det af 60. betragtning til direktivet, at det hører til direktivets mål at gennemføre en indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes love og administrative bestemmelser om bl.a. »præsentationen» af tobaksvarer. Det kunne følge af det i den engelske sprogversion af direktivet benyttede begreb »presentation«, at ikke alene præsentationen af selve enkeltpakningen med tobaksvarer, men også omstændighederne i forbindelse med præsentationen af enkeltpakningen inden for rammerne af salgssituationen er genstand for reguleringen i direktiv 2014/40.

- 9 Formålet med reguleringen i artikel 8, stk. 3, første punktum, i direktiv 2014/40 giver heller ikke noget entydigt svar på spørgsmålet om, hvorvidt den omhandlede præsentation af enkeltpakninger med cigaretter i automater er omfattet af begrebet markedsføring. Forbuddet mod at skjule advarslerne, jf. artikel 8, stk. 3, første punktum, i direktiv 2014/40 skal som anført i 28. betragtning til direktivet sikre integriteten og synligheden af sundhedsadvarslerne og medvirke til at opnå den maksimale effekt af disse (jf. EU-Domstolens dom af 4.5.2016, Philip Morris Brands m.fl., C- 547/14, EU:C:2016:325). Forbuddet mod at skjule advarslerne har dermed endvidere ligesom kravet om sundhedsadvarsler sigte på et højt sundhedsbeskyttelsesniveau ved hjælp af advarsler om et produkts sundhedsskadelige virkninger for den menneskelige sundhed eller om andre uønskede konsekvenser ved forbrug heraf (jf. artikel 1 og 2, nr. 32), i direktiv 2014/40). Det følger heraf, at det med forbuddet mod at skjule advarslerne, jf. artikel 8, stk. 3, første punktum, i direktiv 2014/40, søges sikret, at sundhedsadvarslerne kan ses af forbrugeren, således at denne har mulighed for at tage hensyn til advarslerne i forbindelse med sin beslutning om køb. Ifølge appelrettens konklusioner bliver købsaftalen ikke indgået allerede ved aktivering af valgtasten på automaten, men først – kort derefter – med den efterfølgende betaling for cigaretterne. Forbrugeren har derved, at cigaretapakken ved aktivering af valgtasten på automaten kommer ud på kassebåndet, forud for den endelige indgåelse af købsaftalen uindskrænket adgang til at se hele enkeltpakningen med cigaretter fra alle sider og kan dermed træffe beslutning om sit køb med fuldt kendskab til de på emballeringen påtrykte og ikke skjulte advarsler eller afholde sig herfra. På denne baggrund kunne det antages, at formålet med bestemmelsen om forbud mod at skjule advarslerne i forbindelse med salg af cigaretter i den omtalte automat ikke er berørt i tilstrækkelig grad, fordi sundhedsadvarslerne på enkeltpakningerne kommer uindskrænket til syne under købstransaktionen i tilstrækkeligt god tid inden den endelige beslutning om køb. I betragtning af sundhedsadvarslernes betydning for beskyttelsen af det tungtvejende retsgode,

som udgøres af sundhed, og for det derudover i artikel 1 i direktiv 2014/40 fastsatte formål om tobakskontrol er det på den anden side ikke utænkeligt, at sundhedsadvarslerne alene vil kunne anses for at have en tilstrækkeligt effektiv virkning, såfremt forbrugeren har mulighed for at se dem allerede ved præsentationen af cigaretterne i automaten og dermed på et tidspunkt, hvor der tages et første vigtigt skridt i retning af at træffe beslutning om at købe eller at undlade at købe cigaretter. Dette kunne tale for at betragte den pågældende præsentation i automaten allerede ved starten af købstransaktionen som omfattet af begrebet markedsføring og dermed af forbuddet mod at skjule sundhedsadvarslerne.

Om kriteriet at skjule med andre elementer (det andet præjudicielle spørgsmål)

- 10 Spørgsmålet er også, om kriteriet at skjule med andre elementer som omhandlet i artikel 8, stk. 3, første punktum, i direktiv 2014/40 under de her omhandlede omstændigheder er opfyldt. Det andet præjudicielle spørgsmål vedrører afklaringen af dette fortolkningsproblem.
- 11 Det er omtvistet, hvorvidt den omstændighed, at sundhedsadvarslerne, der er påtrykt enkeltpakningerne, som følge af det forhold, at enkeltpakninger med cigaretter opbevares i en automat, ikke er synlige, indebærer, at der er tale om at skjule advarslerne som omhandlet i artikel 8, stk. 3, første punktum, i direktiv 2014/40. Efter én opfattelse omfatter forbuddet mod at skjule advarslerne også det at skjule hele enkeltpakningen i en automat, eftersom formålet med artikel 8, stk. 3, første punktum, i direktiv 2014/40 er at sikre synligheden af advarslerne allerede ved præsentationen af varerne. Den modsatte opfattelse går ud på, at artikel 8, stk. 3, første punktum, i direktiv 2014/40 i henhold til 48. betragtning til direktivet alene vedrører den pågældende vare eller emballeringsudformningen og ikke præsentationen af denne eller andre salgsordninger og dermed ikke andet end selve enkeltpakningen. Opbevaringen af tobaksvarerne i automater eller på hylder skal i efter denne opfattelse betragtes som rene salgsordninger, som ikke vedrører den med direktivet regulerede udformning af enkeltpakningen. Dermed kan dette heller ikke sidestilles med at skjule advarslerne, jf. artikel 8, stk. 3, første punktum, i direktivet.
- 12 Det omtvistede spørgsmål lader sig efter den forelæggende rets opfattelse ikke besvare entydigt.
- 13 Ordlyden i artikel 8, stk. 3, første punktum, i direktiv 2014/40 er ikke til hinder for den opfattelse, at den omstændighed, at sundhedsadvarslerne, der er påtrykt enkeltpakningerne, som følge af det forhold, at enkeltpakninger med cigaretter opbevares i en automat, ikke er synlige, kan sidestilles med det at skjule advarslerne med andre elementer, jf. samme bestemmelse. Såfremt ikke alene en sundhedsadvarsel, men hele emballeringen er skjult af et andet element, så må dette nødvendigvis være ensbetydende med, at sundhedsadvarslen på en enkeltpakning skjules.

- 14 Regelsammenhængen tillader ikke nogen entydig fortolkning af begrebet at skjule. Som anført kan der ikke gives et klart svar på, om det kan udledes af 48. betragtning til direktivet, at salgsordninger som udbud af cigaretter til salg i en automat af systematiske årsager skulle være undtaget fra anvendelsesområdet for artikel 8, stk. 3, første punktum, i direktivet. Synspunktet kan være relevant ikke bare i relation til begrebet markedsføring, men også i relation til kriteriet »at skjule«. De i artikel 8, stk. 3, første punktum, i direktiv 2014/40 omtalte eksempler på elementer indikerer ikke nogen intention fra direktivgivers side om, at den omstændighed, at advarslerne er skjult ved opbevaringen af enkeltpakningerne med cigaretter i automaten, ikke skulle være omfattet af forbuddet mod at skjule advarslerne som følge af, at der mangler en dertil nødvendig henvisning til udformningen af selve enkeltpakningen. Ganske vist er de i artikel 8, stk. 3, første punktum, i direktiv 2014/40 anførte banderoler, prismærkater og sikkerhedsfeatures elementer, der hyppigt vil være at finde på en enkeltpakning med cigaretter, og som dermed for så vidt vedrører udformningen af selve enkeltpakningen. En enkeltpakning kan også være fuldstændigt indpakket i de ligeledes i artikel 8, stk. 3, første punktum, i direktiv 2014/40 omtalte elementer indpakningsmateriale, omslag, æsker/kasser, som dermed – ligesom den omtalte automat – kan bevirke, at forbrugeren uafhængigt af selve udformningen af en enkeltpakning fratages muligheden for at se sundhedsadvarslerne på enkeltpakningen.
- 15 Formålet med reguleringen i artikel 8, stk. 3, første punktum, i direktiv 2014/40 giver heller ikke noget entydigt svar på spørgsmålet om, hvorvidt begrebet at skjule med andre elementer omfatter den omhandlede præsentation af enkeltpakninger med cigaretter i automater. For så vidt skal her de samme synspunkter tages i betragtning som i forbindelse med fortolkningen af kriteriet »markedsføring«.

Om fortolkningen af artikel 8, stk. 8, i direktiv 2014/40

- 16 I medfør af artikel 8, stk. 8, i direktiv 2014/40 skal billeder af enkeltpakninger og eventuel ydre emballering, der henvender sig til forbrugere i unionen, være i overensstemmelse med bestemmelserne i direktivets Afsnit II (»Tobaksvarer«) Kapitel II (»Mærkning og emballering«).

Om begrebet »billeder af enkeltpakninger« (det tredje præjudicielle spørgsmål)

- 17 Spørgsmålet er for det første, om der er tale om et billede af en enkeltpakning som omhandlet i artikel 8, stk. 8, i direktiv 2014/40, når billedet ikke er 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. Det tredje præjudicielle spørgsmål vedrører afklaringen af dette fortolkningsproblem.
- 18 Det stillede spørgsmål lader sig efter den forelæggende rets opfattelse ikke besvare entydigt.

- 19 Begrebet »billeder af enkeltpakninger« som omhandlet i artikel 8, stk. 8, i direktiv 2014/40 kunne give indtryk af, at – ud over sundhedsadvarslerne – alene en naturtro gengivelse af en enkeltpakning med cigaretter er omfattet af kriteriet i artikel 8, stk. 8, i direktiv 2014/40. Begrebet må imidlertid i sin bogstavelige forstand også omfatte gengivelse i form af et stiliseret billede af de væsentligste elementer af en enkeltpakkes udseende.
- 20 Af sammenhængen med artikel 8, stk. 3, i direktiv 2014/40 og denne bestemmelses krav, der skal sikre sundhedsadvarslernes synlighed på enkeltpakninger med tobaksvarer, følger alene, at det i artikel 8, stk. 8, i direktivet drejer sig om billeder af sådanne pakninger. Dette kan således være enten naturtro eller stiliserede gengivelser.
- 21 Det synes imidlertid snarere at følge af formålet med reguleringen i artikel 8, stk. 8, i direktiv 2014/40, at også sådanne gengivelser er omfattet af bestemmelsen, som på grund af billedernes udformning bringer forbrugeren til at associere til en enkeltpakning med cigaretter. Det i artikel 8, stk. 8, i direktiv 2014/40 fastsatte krav om, at også billeder af enkeltpakninger skal leve op til de for selve enkeltpakningerne gældende krav om sundhedsadvarslernes synlighed, skal, ligesom det er formålet med selve sundhedsadvarslerne, sikre et højt sundhedsbeskyttelsesniveau ved hjælp af advarsler om et produkts sundhedsskadelige virkninger for den menneskelige sundhed eller om andre uønskede konsekvenser ved forbrug heraf. Det følger heraf, at det også med artikel 8, stk. 8, i direktiv 2014/40 søges sikret, at sundhedsadvarslerne kan ses af forbrugeren, og at denne kan tage hensyn til advarslerne i forbindelse med sin beslutning om køb. Såfremt et billede, der ganske vist ikke er en naturtro gengivelse, men som på grund af den stiliserede gengivelse af de væsentligste elementer af en enkeltpakkes udseende dog giver associationer til en sådan, udløser en genkendelsesreaktion hos forbrugeren, må det af hensyn til både en effektiv sikring af et højt sundhedsbeskyttelsesniveau og formålet om tobakskontrol være nærliggende at anse en sådan stiliseret gengivelse for omfattet af begrebet billede som omhandlet i artikel 8, stk. 8, i direktiv 2014/40. En sådan gengivelse vil således på samme måde om et naturtro billede kunne udløse en købsimpuls, som, jf. artikel 8 i direktiv 2014/40, skal bekæmpes med sundhedsadvarsler.

Om spørgsmålet om, hvorvidt kravene i artikel 8, stk. 8, i direktiv 2014/40 er opfyldt, når forbrugeren før indgåelse af købsaftalen har lejlighed til at se emballeringen af cigaretterne (det fjerde præjudicielle spørgsmål)

- 22 Spørgsmålet er dernæst, om kravene i artikel 8, stk. 8, i direktiv 2014/40/EU under omstændigheder som de i den foreliggende sag omhandlede allerede kan betragtes som opfyldt derved, at forbrugeren før indgåelse af købsaftalen har lejlighed til at se enkeltpakningerne med cigaretter med de påbudte sundhedsadvarsler. Det fjerde præjudicielle spørgsmål vedrører afklaringen af dette fortolkningsproblem.

- 23 Appelretten har lagt til grund, at artikel 8, stk. 8, i direktiv 2014/40 skal fortolkes således, at der alene gælder et forbud mod at vise forbrugeren billeder af enkeltpakninger med cigaretter, såfremt dette erstatter en præsentation af selve enkeltpakningen før den endelige indgåelse af købsaftalen. Den forelæggende ret finder det tvivlsomt, om appelrettens konklusion er korrekt.
- 24 Ordlyden i artikel 8, stk. 8, i direktiv 2014/40, som henviser til billeder af enkeltpakninger i bred forstand, giver ikke grundlag for appelrettens konklusion om en snæver anvendelse af bestemmelsens anvendelsesområde.
- 25 En fortolkning, der tager hensyn til regelsammenhængen, giver ikke et entydigt resultat. Appelretten har her igen støttet sin konklusion på den antagelse, at det følger af 48. betragtning til direktiv 2014/40, at rene reklameforanstaltninger og salgsordninger ikke er omfattet af direktivet. Denne antagelse er, som allerede ovenfor anført, ikke hævet over enhver tvivl.
- 26 Formålet med bestemmelsen i artikel 8, stk. 8, i direktiv 2014/40 giver heller ikke noget entydigt svar på spørgsmålet om, hvorvidt denne bestemmelse også indeholder et forbud mod billeder af enkeltpakninger med cigaretter uden sundhedsadvarsler, når forbrugeren har mulighed for at se selve enkeltpakningerne med cigaretter med de påbudte sundhedsadvarsler før den endelige indgåelse af købsaftalen. For så vidt skal her igen de samme synspunkter tages i betragtning som i forbindelse med fortolkningen af kriteriet »markedsføring«. Den forelæggende ret henviser til de herom anførte bemærkninger.