



Datum van inontvangstneming : 22/08/2017

Zaak C-439/17

Verzoek om een prejudiciële beslissing

Datum van indiening:

20 juli 2017

Verwijzende rechter:

Verwaltungsgericht Hamburg (Duitsland)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

13 juni 2017

Verzoekende partij:

British American Tobacco (Germany) GmbH

Verwerende partij:

Freie und Hansestadt Hamburg

[OMISSIS] Verwaltungsgericht Hamburg

Beslissing

In het bestuursrechtelijke geding tussen

British American Tobacco (Germany) GmbH,
[OMISSIS] Hamburg,

verzoekster,

[OMISSIS] tegen

Freie und Hansestadt Hamburg,
[OMISSIS]

verweerster,

heeft het Verwaltungsgericht Hamburg, derde kamer, na de terechtzitting van 13 juni 2017 [OMISSIS]

beslist:

[Or. 2]

De behandeling van de zaak wordt geschorst.

Het Hof van Justitie van de Europese Unie wordt overeenkomstig artikel 267 VWEU verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

1) Dient artikel 7, lid 7, eerste zin, van richtlijn 2014/40/EU van het Europees Parlement en de Raad betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten inzake de productie, de presentatie en de verkoop van tabaks- en aanverwante producten en tot intrekking van richtlijn 2001/37/EG (hierna: „de richtlijn”), aldus te worden uitgelegd dat het verbod op het in de handel brengen van tabaksproducten met bestanddelen die geur- of smaakstoffen bevatten, geen betrekking heeft op tabaksproducten die als gevolg van de in de bestanddelen daarvan aanwezige geur- en smaakstoffen een kenmerkend aroma in de zin van de definitie van artikel 2, punt 25, van de richtlijn hebben?

2) Indien de eerste vraag ontkennend moet worden beantwoord:

Dient artikel 7, lid 14, van de richtlijn aldus te worden uitgelegd dat die overgangsbepaling enkel ziet op het verbod op het in de handel brengen van tabaksproducten met een kenmerkend aroma als vervat in artikel 7, lid 1, eerste zin, van de richtlijn of – mede – op het verbod op het in de handel brengen van tabaksproducten met bestanddelen die geur- of smaakstoffen bevatten als vervat in artikel 7, lid 7, eerste zin, van de richtlijn?

3) Indien de eerste vraag bevestigend moet worden beantwoord of de tweede vraag aldus moet worden beantwoord dat artikel 7, lid 14, van de richtlijn mede ziet op het verbod op het in de handel brengen van tabaksproducten met bestanddelen die geur- of smaakstoffen bevatten als vervat in artikel 7, lid 7, eerste zin, van de richtlijn:

hoe dienen dan de bewoordingen „tabaksproducten met een kenmerkend aroma” en „bepaalde productcategorie” in artikel 7, lid 14, van de richtlijn te worden opgevat?

[Rechtsmiddelenclausule]

[OMISSIS] **[Or. 3]**

Motivering

I.

Verzoekster komt op tegen een beslissing van verweerster waarbij haar het in de handel brengen van het product Lucky Strike Click Flow Switch-sigaretten is verboden.

Verzoekster is een dochteronderneming van een internationaal tabaksconcern en verhandelt onder meer sigaretten met een mentholcapsule van de merken Lucky Strike en Pall Mall. De capsules bevinden zich in het filter van de sigaretten en bevatten een mentholhoudende vloeistof, die door knijpen wordt afgegeven.

Met het oog op de inwerkingtreding van bepaalde voorschriften van het Gesetz über Tabakerzeugnisse und verwandte Erzeugnisse (Tabakerzeugnisgesetz – TabakerzG) (wet betreffende tabaksproducten en verwante producten) van 4 april 2016 [OMISSIS] (TabakerzG) heeft verzoekster zich bij brief van 20 april 2016 tot verweerster als de voor haar bevoegde toezichthoudende autoriteit gericht. In deze brief heeft verzoekster haar opvatting uiteengezet dat met de overgangsbepaling van § 47, lid 4, TabakerzG, op grond waarvan het verbod in § 5, lid 1, punt 1, onder a), TabakerzG, om sigaretten en shagtabak met een kenmerkend aroma in de handel te brengen, pas met ingang van 20 mei 2020 van toepassing is, het verdergaande voorschrift als vervat in de overgangsbepaling van artikel 7, lid 14, van richtlijn 2014/40/EU van het Europees Parlement en de Raad van 3 april 2014 betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten inzake de productie, de presentatie en de verkoop van tabaks- en aanverwante producten en tot intrekking van richtlijn 2001/37/EG (PB 2014, L 127, blz. 1; hierna: tabaksrichtlijn of richtlijn 2014/40/EU), niet correct in Duits recht is omgezet. Daardoor mogen op grond van het verbod in § 5, lid 1, punt 1, onder b), TabakerzG sigaretten en shagtabak waarbij de menthol zich bevindt in de bestanddelen niet zijnde het eigenlijke tabaksrolletje, niet meer in de handel worden gebracht, zelfs indien op die manier een kenmerkend aroma in de zin van § 5, lid 1, punt 1, onder a), TabakerzG wordt gecreëerd. Dit is in strijd met het Unierecht. Op deze problematiek heeft ook de Bundesrat in de wetgevingsprocedure gewezen. De verschillende behandeling van de beide productvarianten – mentholsigaretten die door de toevoeging van menthol aan bestanddelen is gementholiseerd, en sigaretten waarbij het tabaksrolletje is gementholiseerd – heeft geen basis in richtlijn 2014/40/EU en is ook niet objectief gerechtvaardigd. Voor zover de Bondsregering het standpunt heeft ingenomen dat in het kader van een discussie tussen de lidstaten over de uitlegging van artikel 7, lid 14, van de tabaksrichtlijn een meerderheid zich heeft uitgesproken tegen toepassing van de overgangsbepaling op **[Or. 4]** tabaksproducten met bestanddelen die geur- of smaakstoffen bevatten, is dit onjuist, zoals bijvoorbeeld blijkt uit de correcte omzetting van de tabaksrichtlijn in het Verenigd Koninkrijk in „The Tobacco and Related Products Regulations 2016”.

Bij brief van 11 mei 2016 heeft verweerster verzoekster na kennisname van het standpunt van het Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft van 4 mei 2016 meegedeeld dat het verbod van § 5, lid 1, punt 1, onder b), TabakerzG met ingang van 20 mei 2016 van toepassing is, aangezien de wetgever voor dit

onderdeel van het verbod in § 47 TabakerzG niet in een overgangstermijn heeft voorzien. Verweerster is niet bevoegd om rechtsvoorschriften buiten toepassing te laten en moet het geldende recht dus toepassen en omzetten.

Bij brief van 23 juni 2016 heeft verzoekster verweerster meegedeeld dat zij voornemens is om een sigarettenproduct met een mentholcapsule dat onder meer in Italië, Oostenrijk, Polen, Spanje en het Verenigd Koninkrijk in de handel is gebracht, ook in de Bondsrepubliek Duitsland te produceren en – eerst in het kader van een proef – in de handel te brengen.

Daarop heeft verweerster haar bij beslissing van 20 juli 2016 het in de handel brengen van die sigaretten verboden. Ter motivering heeft verweerster in essentie gesteld dat het op grond van § 5, lid 1, punt 1, onder b), TabakerzG verboden is om sigaretten in de handel te brengen met bestanddelen die geur- of smaakstoffen bevatten of met technische elementen die de geur, de smaak of de intensiteit van de rook kunnen wijzigen. De overgangsregeling van § 47, lid 4, TabakerzG ziet enkel op het verbod van § 5, lid 1, onder a), TabakerzG. In overeenstemming daarmee is enkel het in de handel brengen van sigaretten met een gementholiseerd tabaksrolletje tot 20 mei 2020 toegestaan. Wordt de menthol op een andere manier verwerkt, dan is het verbod van § 5, lid 1, punt 1, onder b), TabakerzG van toepassing, waarvoor geen overgangstermijn in het Tabakerzeugnisgesetz is opgenomen.

Tegen deze beslissing heeft verzoekster bij brief van 25 juli 2016 bezwaar gemaakt, dat zij onder verwijzing naar haar brief van 20 april 2016 in essentie onderbouwde met de stelling dat het verbod van § 5, lid 1, punt 1, onder b), TabakerzG op grond van Unierechtelijke voorschriften tot 20 mei 2020 niet van toepassing is.

Bij beslissing op bezwaar van 26 oktober 2016 heeft verweerster verzoeksters bezwaar ongegrond verklaard. Het filter van de Lucky Strikes Click Flow Switch-sigaretten, die verzoekster van plan was om in de handel te brengen, bevat een capsule met de smaakstof menthol. Ingevolge § 5, lid 1, punt 1, onder b), TabakerzG is het verboden om sigaretten met bestanddelen die geur- of smaakstoffen bevatten, in de handel te brengen. De **[Or. 5]** overgangsregeling van § 47, lid 4, TabakerzG, op grond waarvan het in de handel brengen van de in § 5, lid 1, punt 1, onder a), TabakerzG bedoelde sigaretten nog tot 20 mei 2020 is toegestaan, is niet van toepassing op de in geding zijnde sigaretten, die onder § 5, lid 1, punt 1, onder b), TabakerzG vallen. Een Unierechtsconforme uitlegging van § 47, lid 4, TabakerzG is niet mogelijk, aangezien die niet wordt gedekt door richtlijn 2014/40/EU. Het verbod op het in de handel brengen is het mildste middel om te voorkomen dat de sigaretten die op grond van de smaakstof in de bestanddelen ervan verboden zijn, in de handel worden gebracht, en verzoekster wordt daardoor ook niet onevenredig belast.

Op 10 november 2016 heeft verzoekster tegen deze beslissingen beroep ingesteld. Ter onderbouwing herhaalt en verdiept zij in essentie haar betoog in de

bestuurlijke procedure. De op § 29, lid 2, eerste zin, in samenhang met de tweede zin, punt 4, TabakerzG gebaseerde verbodsbeslissing is volgens haar onrechtmatig. Weliswaar is het op grond van § 5, lid 1, punt 1, onder b) TabakerzG, verboden om sigaretten met bestanddelen die geur- of smaakstoffen bevatten, in de handel te brengen, hetgeen bij sigaretten met een mentholcapsule het geval is, maar het verbod is op grond van rechtstreeks toepasselijk andersluidend Unierecht pas vanaf 20 mei 2020 van toepassing, zodat nu geen schending van § 5, lid 1, punt 1, onder b), TabakerzG kan worden vastgesteld. Met artikel 7, lid 14, van de tabaksrichtlijn is een verplicht om te zetten overgangsregeling gecreëerd, die op het gehele artikel 7 van de tabaksrichtlijn ziet. In overeenstemming daarmee mocht de Duitse wetgever de Unierechtelijk voorgeschreven overgangsregeling niet beperken tot het geval van § 5, lid 1, punt 1, onder a), TabakerzG, zoals hij dit terecht ook niet bij de omzetting van het verbod uit artikel 7, lid 6, van de tabaksrichtlijn in de Zweite Verordnung zur Änderung der Tabakerzeugnisverordnung (TabakerzV) van 17 mei 2017 heeft gedaan. Daarin heeft de Duitse wetgever met §34, lid 3, TabakerzV, zoals deze in de huidige versie luidt, een nationale overgangsregeling voor het verbod op het gebruik van menthol als bedoeld in artikel 7, lid 6, van de tabaksrichtlijn gecreëerd en dit gemotiveerd met de stelling dat de nader aangeduide stoffen niet enkel als additieven gelden die de inhalatie of de opname van nicotine faciliteren, maar tegelijkertijd ook als kenmerkende aroma's als bedoeld in artikel 7, lid 14, van de tabaksrichtlijn moeten worden aangemerkt.

Verzoekster kan zich ten slotte ook inhoudelijk op de rechtstreeks toepasselijke overgangsbepaling van artikel 7, lid 14, van de tabaksrichtlijn beroepen, omdat het bij de in geding zijnde sigaretten met mentholcapsule om tabaksproducten met een kenmerkend aroma gaat waarvan het verkoopvolume in de gehele Unie 3 % of meer van de productcategorie „sigaretten” vertegenwoordigt. In de Europese Unie stijgt het marktaandeel van mentholsigaretten sinds 2000 gestaag en bedroeg dit aandeel in 2012, zoals blijkt uit **[Or. 6]** een „fact sheet” van de Europese Commissie, directoraat-generaal Gezondheid en Voedselveiligheid, 5 %. Voor de toepassing van artikel 7, lid 14, van de tabaksrichtlijn is enkel van belang het verkoopvolume in de gehele Unie van alle mentholsigaretten gezamenlijk, dus zowel sigaretten waarvan het tabaksrolletje is gementholiseerd, als sigaretten met gementholiseerde bestanddelen. Ook de Uniewetgever is hiervan uitgegaan, aangezien artikel 7, lid 14, van de tabaksrichtlijn in het licht van het feit dat er geen ander tabaksproduct met een kenmerkend aroma is waarvan het verkoopvolume in de gehele Unie de vereiste 3 % bereikt, feitelijk enkel voor mentholsigaretten is geschreven. Enkele lidstaten, zoals het Verenigd Koninkrijk, hebben de overgangsregeling daarom zodanig omgezet dat reeds de formulering hiervan uitsluitend op mentholsigaretten toepasselijk is. In 21 van de in totaal 28 lidstaten van de Unie worden de in geding zijnde sigaretten verhandeld.

Verweerster heeft het beroep bestreden en voert daartoe in essentie het volgende aan: het feit dat in § 47, lid 4, TabakerzG de overgangstermijn tot 2020 is beperkt tot sigaretten met een kenmerkend aroma, is niet in strijd met artikel 7, lid 14, van de tabaksrichtlijn. De Duitse regeling neemt juist letterlijk de bewoordingen van

die bepaling over. Een richtlijnconforme uitlegging die afwijkt van de duidelijke bewoordingen komt niet in aanmerking. De sigaretten die verweerster in de handel wenst te brengen, vallen uitsluitend binnen de werkingssfeer van § 5, lid 1, punt 1, onder b), TabakerzG en niet onder § 5, lid 1, punt 1, onder a), TabakerzG. Reeds artikel 7, lid 1, van de tabaksrichtlijn moet namelijk zo worden opgevat dat tabaksproducten enkel een kenmerkend aroma hebben indien het tabaksrolletje zelf is gearomatiseerd.

II.

De behandeling van de zaak dient [OMISSIS] te worden geschorst teneinde het Hof van Justitie van de Europese Unie op grond van artikel 267, tweede alinea, VWEU te verzoeken om een prejudiciële beslissing over de in het dictum geformuleerde vragen. Deze vragen betreffen de uitlegging van richtlijn 2014/40/EU van het Europees Parlement en de Raad van 3 april 2014 betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten inzake de productie, de presentatie en de verkoop van tabaks- en aanverwante producten en tot intrekking van richtlijn 2001/37/EG. Aangezien het op dit punt gaat om de uitlegging van het Unierecht, is het Hof op grond van artikel 267, lid 1, eerste zin, onder b), VWEU bevoegd.

[Or. 7]

1.

De beoordeling van de rechtmatigheid van de door verzoekster bestreden verbodsbeslissing vindt wat het nationale recht betreft plaats op basis van het grotendeels op 20 mei 2016 in werking getreden Tabakserzeugnisgesetz. De in deze procedure relevante bepalingen van de wet luiden als volgt:

§ 1 Definities; toepasselijkheid van andere bepalingen

- 1) Voor de toepassing van deze wet en de op grond van deze wet vastgestelde regelingen gelden de definities van artikel 2 van richtlijn 2014/40/EU van het Europees Parlement en de Raad van 3 april 2014 betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten inzake de productie, de presentatie en de verkoop van tabaks- en aanverwante producten en tot intrekking van richtlijn 2001/37/EG (PB 2014, L 127, blz. 1) [...]

[...]

§ 5 Ingrediënten

- 1) Het is verboden de volgende producten in de handel te brengen:
 1. Sigaretten en shagtabak

- a) die een kenmerkend aroma hebben of
- b) waarvan de bestanddelen geur- of smaakstoffen bevatten of die technische elementen bevatten die de geur, de smaak of de intensiteit van de rook kunnen wijzigen;

[...]

[...]

§ 29 Maatregelen voor markttoezicht

[...]

- (2) De toezichthoudende autoriteiten treffen de nodige maatregelen indien zij een redelijke verdenking hebben dat een product niet voldoet aan de eisen van deze wet, van de op grond van deze wet vastgestelde regelingen en van rechtstreeks toepasselijke handelingen van de Europese Gemeenschap of de Europese Unie binnen de werkingssfeer van deze wet. Zij zijn met name bevoegd om

[...]

- 4. te verbieden dat een product in de handel wordt gebracht,

[...]

[...]

§ 47 Overgangsbepalingen

[...]

- 4) § 5, lid 1, punt 1, onder a), is voor sigaretten en shagtabak waarvan de verkoopvolumes 3 % of meer van een bepaalde productcategorie vertegenwoordigen, van toepassing met ingang van 20 mei 2020.

[...]

[Or. 8]

2.

De prejudiciële vragen zijn overeenkomstig artikel 267, tweede alinea, VWEU van belang voor de beslechting van het geschil en het is nodig dat deze door het Hof van Justitie van de Europese Unie worden beantwoord.

- a) De rechtsbasis voor de door verzoekster bestreden verbodsbeslissing van 20 juli 2016 is § 29, lid 2, TabakerzG. Ingevolge die bepaling treffen

toezichhoudende autoriteiten de nodige maatregelen indien zij een redelijke verdenking hebben dat een product niet voldoet aan de eisen van het Tabakserzeugnisgesetz, van de op grond van deze wet vastgestelde regelingen en van rechtstreeks toepasselijke handelingen van de Europese Gemeenschap of de Europese Unie binnen de werkingssfeer van deze wet. Zij zijn met name bevoegd om te verbieden dat een product in de handel wordt gebracht.

b) De formeel rechtmatige verbodsbeslissing zou ook materieel rechtmatig zijn indien het op grond van de bepalingen van het Tabakserzeugnisgesetz of rechtstreeks toepasselijke handelingen van de Europese Unie verboden is om de in de verbodsbeslissing bedoelde sigaretten met een mentholcapsule in de handel te brengen.

aa) Dat verbod volgt in dit geval op het eerste gezicht uit § 5, lid 1, punt 1, onder b), TabakerzG. Op grond daarvan is het verboden om sigaretten en shagtabak met bestanddelen die geur- of smaakstoffen bevatten of met technische elementen die de geur, de smaak of de intensiteit van de rook kunnen wijzigen, in de handel te brengen. De sigaretten die verzoekster in de handel wenst te brengen, hebben in het filter een capsule met menthol. Menthol is een smaakstof in de zin van § 1, lid 1, TabakerzG in samenhang met artikel 2, punten 23 en 24, van richtlijn 2014/40/EU, aangezien het daarbij om een smaaktoevoegende stof gaat, niet zijnde de tabak zelf. Begripsmatig vallen de sigaretten daarmee onder § 5, lid 1, punt 1, onder b), TabakerzG, die strekt tot omzetting in nationaal recht van artikel 7, lid 7, eerste zin, van richtlijn 2014/40/EU.

Kwestieus is evenwel of § 5, lid 1, punt 1, onder b), TabakerzG respectievelijk artikel 7, lid 7, eerste zin, van richtlijn 2014/40/EU bij een systematische uitlegging van artikel 7 van richtlijn 2014/40/EU toepasselijk is indien hetzelfde tabaksproduct ook onder het verbod van § 5, lid 1, punt 1, onder a), TabakerzG valt, waarin artikel 7, lid 1, eerste zin, van richtlijn 2014/40/EU is omgezet. Op grond daarvan is het verboden om sigaretten en shagtabak met een kenmerkend aroma in de handel te brengen. Begripsmatig voldoen de in geding zijnde sigaretten van verzoekster ook aan de voorwaarden van dit andere verbod, aangezien het daarbij gaat om een tabaksproduct met **[Or. 9]** een kenmerkend aroma. Volgens § 1, lid 1, TabakerzG, in samenhang met artikel 2, punt 25, van richtlijn 2014/40/EU, betekent de uitdrukking „kenmerkend aroma” een duidelijk waarneembare andere geur of smaak dan die van tabak en die het resultaat is van een additief of combinatie van additieven, met inbegrip van, maar niet beperkt tot, fruit, specerijen, kruiden, alcohol, snoepgoed, menthol of vanille, die kan worden waargenomen voor of bij de consumptie van het tabaksproduct. De in de in geding zijnde sigaretten aanwezige smaakstof menthol is een additief dat een andere smaak dan die van tabak creëert en in ieder geval bij de consumptie van de sigaret kan worden waargenomen. Dat het additief dat het kenmerkende aroma creëert, aan het tabaksrolletje moet zijn toegevoegd, valt niet af te leiden uit artikel 7, lid 1, eerste zin of aan artikel 2, punt 25, van richtlijn 2014/40/EU.

Het lijkt de rechter – mede gelet op de andere verboden in artikel 7 van richtlijn 2014/40/EU – meer voor de hand te liggen dat de beide verboden in artikel 7, lid 1, eerste zin, en lid 7, eerste zin, van richtlijn 2014/40/EU ten opzichte van elkaar exclusief zijn, dat wil zeggen dat artikel 7, lid 7, eerste zin, van richtlijn 2014/40/EU enkel ziet op tabaksproducten waarbij in een bestanddeel daarvan geur- of smaakstoffen aanwezig zijn zonder dat hierdoor een kenmerkend aroma in de zin van artikel 7, lid 1, eerste zin, respectievelijk artikel 2, punt 25, van richtlijn 2014/40/EU ontstaat, aangezien zij anders ook, dan wel reeds, zouden vallen onder artikel 7, lid 1, eerste zin, van richtlijn 2014/40/EU en er geen redenen lijken te zijn voor een „dubbelverbod”. Wat betreft de beperking van de werkingssfeer tot tabaksproducten met een kenmerkend aroma dient artikel 7, lid 1, van richtlijn 2014/40/EU ten opzichte van artikel 7, lid 7, eerste zin, van richtlijn 2014/40/EU, dat deze nadere kwalificatie van de toegevoegde geur- of smaakstof niet bevat, waarschijnlijk als de meer bijzondere regeling te worden aangemerkt, die overeenkomstig de uitleggingsregel „lex specialis derogat legi generali” artikel 7, lid 7, eerste zin, van richtlijn 2014/40/EU terzijde schuift. Indien het Unierecht in deze zin zou moeten worden uitgelegd, dan zou in dit geval het verbod van § 5, lid 1, punt 1, onder b), TabakerzG, waarop de verbodsbeslissing is gebaseerd, reeds niet aan de orde zijn.

bb) Indien artikel 7, lid 1, eerste zin, en lid 7, eerste zin, van richtlijn 2014/40/EU respectievelijk de desbetreffende omzettingsbepalingen in het nationale recht [§ 5, lid 1, punt 1, onder a) en b), TabakerzG] echter naast elkaar van toepassing zijn, dan zou het door verzoekster beoogde in de handel brengen van sigaretten met een mentholcapsule op grond van § 5, lid 1, punt 1, onder b), TabakerzG met ingang van 20 mei 2016 verboden zijn, wanneer de nationale overgangsbepaling in § 47, lid 4, TabakerzG zonder in strijd te komen met artikel 7, lid 14, van richtlijn 2014/40/EU kon worden beperkt tot het verbod op het in de handel brengen van tabaksproducten met een kenmerkend aroma overeenkomstig § 5, lid 1, punt 1, onder a), TabakerzG [**Or. 10**]. Daarentegen zou het in de handel brengen van de sigaretten niet (rechtsgeldig) verboden zijn indien de Duitse wetgever artikel 7, lid 14, van richtlijn 2014/40/EU zodanig had moeten omzetten dat de overgangsbepaling in § 47, lid 4, TabakerzG mede het verbod van § 5, lid 1, punt 1, onder b), TabakerzG omvat, voor zover de in een bestanddeel van een tabaksproduct aanwezige geur- of smaakstoffen hieraan een kenmerkend aroma verlenen en de verkoopvolumes in de gehele Unie 3 % of meer van een bepaalde productcategorie vertegenwoordigen. In dit geval zou verzoekster zich waarschijnlijk rechtstreeks op artikel 7, lid 14, van richtlijn 2014/40/EU kunnen beroepen. Aan de voorwaarden van deze overgangsbepaling zou dan waarschijnlijk, gelet op het betoog van verzoekster tot dusverre, dat zij onder meer door overlegging van een in opdracht van de Europese Commissie opgesteld marktanalyserapport (zie bijlage K 17) heeft geadstrueerd, in ieder geval zijn voldaan indien sigaretten met een mentholcapsule tezamen met op andere wijze gementholiseerde sigaretten in hun geheel genomen als „tabaksproduct met een kenmerkend aroma” in de zin van de genoemde bepaling gelden en het begrip „productcategorie” zo moet worden opgevat dat daarmee een bepaalde productvorm – hier: sigaretten – is bedoeld.

(1) Voor de beslechting van het geschil is in dit kader om te beginnen de werkingssfeer van de overgangsbepaling in artikel 7, lid 14, van richtlijn 2014/40/EU van belang. Reeds de omstandigheid dat de lidstaten die bepaling verschillend hebben opgevat en omgezet, toont aan dat er op dit punt behoefte aan uitlegging bestaat. De Duitse wetgever zelf gaat er bij de omzetting van het verbod in artikel 7, lid 6, onder d), van richtlijn 2014/40/EU in de Zweite Verordnung zur Änderung der Tabakerzeugnisverordnung van 17 mei 2017 [OMISSIS] inmiddels van uit dat de overgangsbepaling van artikel 7, lid 14, van richtlijn 2014/40/EU niet enkel ziet op het verbod van artikel 7, lid 1, eerste zin, van richtlijn 2014/40/EU. Hij heeft namelijk het verbod om voor roken bestemde tabaksproducten met additieven die de inhalatie of de opname van nicotine faciliteren, in de handel te brengen, wat betreft het additief menthol via een bijzondere overgangsregeling in § 34, lid 3, TabakerzG, zoals deze thans luidt, tot 20 mei 2020 opgeschort. De tekst van artikel 7, lid 14, van richtlijn 2014/40/EU suggereert enerzijds dat die overgangsbepaling enkel geldt voor het verbod in artikel 7, lid 1, van richtlijn 2014/40/EU, aangezien in beide leden van dat artikel dezelfde formulering „tabaksproducten met een kenmerkend aroma” wordt gebruikt. Anderzijds laat de tekst van artikel 7, lid 14, van richtlijn 2014/40/EU ook de conclusie toe dat de Uniewetgever voor gevallen waarin is voldaan aan de in de eerste zinshelft genoemde voorwaarden een opschorting van het gehele artikel 7 van richtlijn 2014/40/EU heeft beoogd. Indien namelijk is voldaan aan de voorwaarden, dan is „het bepaalde in dit artikel” – en niet bijvoorbeeld „is lid 1 van dit artikel” – van toepassing vanaf 20 mei 2020. Deze lezing vindt steun in een vergelijking met de Engelse en de Franse taalversie [**Or. 11**] van lid 14, waar sprake is van „de bepalingen van dit artikel” („the provisions of this article” resp. „les dispositions du présent article”). Dat de Uniewetgever zich bewust was van de mogelijkheid om in het kader van uitzonderingsbepalingen gedifferentieerd resp. slechts gedeeltelijk bepalingen van artikel 7 op te schorten, blijkt uit de formulering van artikel 7, lid 12, eerste zin, van richtlijn 2014/40/EU. Op grond daarvan zijn andere tabaksproducten dan sigaretten en shagtabak „vrijgesteld van het verbod bedoeld in de leden 1 en 7”.

(2) Indien artikel 7, lid 14, van richtlijn 2014/40/EU aldus moet worden uitgelegd dat die overgangsbepaling mede het verbod van artikel 7, lid 7, eerste zin, van richtlijn 2014/40/EU omvat, dan dient zich bij de toepassing van deze bepaling een ander aspect aan dat uitlegging behoeft. Het is namelijk onduidelijk hoe de begrippen „tabaksproduct met een kenmerkend aroma” en „bepaalde productcategorie” moeten worden uitgelegd in verband met de vereiste vaststelling of het verkoopvolume in de gehele Unie 3 % of meer bedraagt. De formulering „tabaksproduct met een kenmerkend aroma” zou concreet resp. productspecifiek kunnen worden opgevat, dat wil zeggen dat in relatie tot het verkoopvolume in de gehele Unie rekening zou moeten worden gehouden met het specifieke tabaksproduct, in dit geval de sigaretten met een mentholcapsule die verzoekster in de handel wenst te brengen. Het zou echter ook mogelijk zijn om het begrip abstracter op te vatten in die zin dat binnen dezelfde productcategorie beslissende betekenis wordt toegekend aan het volume van alle tabaksproducten met een kenmerkend aroma, zonder dat de wijze van aromatisering of de concrete

geur- of smaakstof van belang is. Hierbij rijst vervolgens de vraag naar de uitlegging van het begrip „bepaalde productcategorie”, dat bijvoorbeeld alleen een indeling op basis van de abstracte productvorm (zoals sigaret) en/of het type aroma (zoals menthol) toelaat. In dit kader wordt aanvullend naar de prejudiciële verwijzing van het Verwaltungsgericht Berlin van 21 april 2017 [OMISSIS], vraag 1 d), verwezen.

[OMISSIS]