

NOTAT om FCTC 5.3

1 Indledning og konklusioner

- 1 Nikotinbranchen har anmodet offersen:christoffersen om vores vurdering af, hvorvidt WHO's rammekonvention om tobakskontrol af 21. maj 2003 artikel 5, stk. 3 (FCTC 5.3), kan anvendes som retlig begrundelse for at udelukke branchen fra deltagelse i lovgivningsprocessen og under centraladministrationens myndighedsudøvelse.
- 2 Nikotinbranchen er en brancheforening, der arbejder for at reducere tobaksrygnings negative konsekvenser for folkesundheden markant ved at tilbyde røgfrie nikotinprodukter. Medlemmerne er BAT Denmark A/S, Swedish Match Denmark A/S og Skruf Snus AB. Nikotinbranchen arbejder for at udbrede viden om røgfrie nikotinprodukters skadesreducerende potentiale og for at bringe røgfrie alternativer ind i den offentlige debat om rygning.
- 3 Sammenfattende er det vores konklusion, at der ikke er oplyste omstændigheder, der efter FCTC 5.3 bør begrunde udelukkelse af Nikotinbranchen fra lovgivningsprocessen eller myndighedsudøvelsen, men FCTC 5.3 kan dog indgå som saglig interesse blandt de andre hensyn, som centraladministrationen skal inddrage ved sin tilrettelæggelse af høringsprocesser og myndighedsudøvelse. Herunder Nikotinbranchens demokratiske interesse i at blive inddraget på lige fod med andre brancheforeninger og berørte organisationer, hvilket er et tungtvejende lod i Nikotinbranchens favør.

- 4 Det er vores opfattelse, at sundhedsministeren overfortolkede FCTC 5.3 i sit svar på folketingsspørgsmål 280 vedrørende Tobaksindustrien, som derfor kan få en afsmittende virkning over for Nikotinbranchen.

2 Sagens baggrund

- 5 I forbindelse med Sundhedsministeriets høring i 2022 over Kommissionens delegerede direktiv om tilbagetrækning af visse undtagelser vedrørende opvarmede tobaksvarer, tilbageholdt sundhedsministeren høringssvar fra Tobaksindustrien, hvilket ministeren i svaret på folketingsspørgsmål 280 begrundede med henvisning til FCTC 5.3 samt guidelines hertil:

”Efter WHO’s rammekonvention om tobakskontrol artikel 5.3 er Danmark forpligtet til i forbindelse med fastlæggelse og gennemførelse af den offentlige politik på folkesundhedsområdet at gøre en indsats for at beskytte denne politik mod tobaksindustriens handelsmæssige og øvrige interesser i overensstemmelse med national lovgivning.

Af WHO’s guidelines til implementering af artikel 5.3 er ét af de guidende principper, at der er en fundamental og uforenelig konflikt mellem tobaksindustriens interesser og den offentlige politik på folkesundhedsområdet. I guidelinen opstilles en række anbefalinger, hvoraf én af dem vedrører etablering af foranstaltninger, der begrænser interaktionen med tobaksindustrien og sikrer transparens om de interaktioner, der opstår. I forlængelse heraf anbefales det bl.a., at man kun interagerer med tobaksindustrien når og i den udstrækning det er strengt nødvendigt for at være i stand til effektivt at regulere tobaksindustrien og tobaksprodukter.

Det har ikke været vurderet, at tobaksindustrien ville kunne bidrage med særlig viden, der er strengt nødvendig for at forholde

sig til den delegerede retsakt. Under hensyn til artikel 5.3 i WHO's rammekonvention for tobakskontrol har forslaget derfor ikke været sendt i høring hos repræsentanter for tobaksindustrien.”

- 6 Den 1. marts 2023 har formanden for Sundhedsudvalget stillet følgende spørgsmål til Sundhedsministeren:

”Det fremgår af WHO rammekonvention om tobakskontrol af 21. maj 2003, jf. bekendtgørelse nr. 43 af 8. december 2005, artikel 5.3, at ”I forbindelse med fastlæggelse og gennemførelse af den offentlige politik på folkesundhedsområdet skal parterne gøre en indsats for at beskytte denne politik mod tobaksindustriens handelsmæssige og øvrige interesser i overensstemmelse med national lovgivning.” Vil ministeren oplyse, hvordan ministeriet fortolker og administrerer denne bestemmelse? Hvilke myndigheder m.v. er omfattet af artiklen, og hvordan kommer det i praksis til udtryk? Hvordan defineres/afgrænses ”tobaksindustrien”, og er f.eks. nikotinbranchen omfattet?”

3 Lovgivningsprocessen og myndighedsudøvelse

3.1 Almindelige offentligtretlige grundsætninger

- 7 Alle statslige myndigheder er omfattet af den offentlige forvaltning og ifølge Niels Fenger er *”Utviivlsomme forvaltningsmyndigheder [...] således bl.a. ministerierne og disses departementer [...]”*, jf. Niels Fenger m.fl., Forvaltningsret (2018), s. 113. Virkningen af at der er tale om en offentlig forvaltning er, at organet bl.a. skal overholdes reglerne i forvaltningsloven og offentlighedsloven.
- 8 Særligt skal det om udstrækningen af offentlig forvaltning anføres, at den også omfatter sager om lovgivning, således som det f.eks. forudsætningsvis fremgår af offentlighedslovens § 20 om undtagelse fra aktindsigt før et lovforslag er blevet fremsat for folketinget.

9 A.st., s. 114, fremgår følgende:

"I visse tilfælde fastsættes det i særlovgivning, at en forvaltningsmyndighed er helt eller delvist undtaget fra offentlighedsloven, forvaltningsloven og/eller ombudsmandsloven. Sådanne bestemmelser har ingen betydning for de pågældende organers grundlæggende status som forvaltningsmyndigheder. [...] Almindelige offentligretlige regler og grundsætninger om saglighed mv. gælder således stadig for sådanne myndigheder, i den udstrækning der ikke er gjort udtrykkelig undtagelse her fra i særloven."

10 Al myndighedsudøvelse i centraladministration skal dermed respektere grundlæggende offentligretlige principper som lighedsgrundsætningen, saglig forvaltning og forbuddet mod magtfordrejning.

11 Ligebehandlingsgrundsætningen betyder, at der ikke må ske usaglig forskelsbehandling, mens forbuddet mod magtfordrejning betyder, at der ikke må tages uvedkommende hensyn eller inddrages usaglige kriterier, når der træffes afgørelse. Kravene til ligebehandling og saglighed beror på, hvad der er genstand for myndighedsudøvelsen.

12 Det vil kunne overvejes, om inddragelse af internationale menneskeretlige retskilder ville kunne inddrages, herunder retten til ytringsfrihed, der tillige gælder for kommercielle ytringer, som det følger af retspraksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, der i sagen *Casado Coca mod Spanien* fandt, at: *"The Court would first point out that Article 10 (art. 10) guarantees freedom of expression to "everyone". No distinction is made in it according to whether the type of aim pursued is profit-making or not"*.

13 Retten til at fremsætte kommercielle ytringer er imidlertid ikke absolut, da det følger af EMRK artikel 10, stk. 2, at udøvelsen af retten til ytringsfrihed tillige medfører pligter og ansvar og kan underkastes sådanne formaliteter, betingelser, restriktioner eller straffebestemmelser, som er foreskrevet ved

lov og er nødvendige i et demokratisk samfund, såfremt det kan begrundes i saglige hensyn. Beskyttelsesniveauet med hensyn til kommerciel ytringsfrihed er lavere end beskyttelsesniveauet i forhold til ytringer af politisk karakter i bred forstand, endelig tilkommer der konventionsstaterne en bred skønsmargin i forhold til vurderingen af hvilke ytringer, der ønskes tilladt.

3.2 Særligt om høringsfasen

- 14 Høringsprocessen er det første tidspunkt, hvor offentligheden inddrages i forbindelse med ny lovgivning. Udgangspunktet for den danske høringsproces over lovforslag er at skabe klarhed over, hvilken indstilling de myndigheder og organisationer mv., som vil blive berørt af en lovregulering, har til det påtænkte lovforslag for at sikre, at de berørte parter inddrages i udarbejdelsen af lovgivning, som vedrører deres forhold.
- 15 Dette overordnede princip genfindes også på Høringsportalen, hvor det fremgår, at portalen har til formål at give offentligheden én digital indgang til lovforslag, udkast til bekendtgørelser mv. samt høringssvar, så der skabes mere åbenhed i lovgivningsprocessen. Interesserede borgere, virksomheder, organisationer mv. kan dermed se, hvilke forslag til regler der er på vej, hvilke organisationer der høres, og hvilke høringssvar der er afgivet.
- 16 Af Justitsministeriets Lovkvalitetsvejledning afsnit 6.1.3 fremgår det uddybende, at det ikke er nærmere fastlagt, hvem der skal høres i en høringsproces. Dog fremgår det, at alle organisationer der berøres af et lovforslag bør høres:

”Det er selvsagt ikke muligt generelt at angive, hvem der bør høres over lovudkast. I almindelighed kan det siges, at alle offentlige myndigheder og organisationer mv., der – praktisk eller mere principielt eller ideelt – vil blive berørt af lovforslaget, bør høres”.

- 17 I den statsforfatningsretlige litteratur fremgår det bl.a., at centraladministrationen altid søger at inddrage de anerkendte organisationer, der berøres af deres interesse, men at det har ”*politisk betydning, hvilke organisationer der kommer i betragtning, og herom findes der ikke almindelige regler*”, jf. Zahle, Dansk forfatningsret 1, Institutioner og regulering (1995), s. 249.
- 18 Høringsprocessen gennemføres af ministerierne før lovforslaget fremsættes af ministeren i Folketinget. Høringsprocessen skal respektere dealmindelige offentligtretlige grundsætninger.

4 FCTC og tilhørende guidelines til FCTC 5.3

- 19 Ved FCTC-rammekonventionen om tobakskontrol forpligter de deltagende stater sig til at prioritere deres ret til at beskytte folkesundheden mod tobaksepidemien, hvilket efter overvejelser i præamblen om tobakskontrolprogrammer, herunder i udviklingslande, fører til følgende anerkendelse fra deltagerne: ”*anerkender behovet for at være opmærksom på ethvert tiltag fra tobaksindustrien, som har til hensigt at underminere eller afværge tobakskontrolbestrebelse, samt behovet for at blive informeret om aktiviteter i tobaksindustrien, som har negative indvirkninger på tobakskontrolindsatsen.*”
- 20 Af FCTC 3 fremgår: ”*Formålet med denne konvention og dens protokoller er at beskytte nuværende og kommende generationer mod de katastrofale sundhedsmæssige, sociale, miljømæssige og økonomiske konsekvenser af tobaksforbrug og udsættelse for tobaksrøg ved at etablere en ramme for tobakskontrolforanstaltninger, som parterne skal gennemføre på nationale, regionale og internationale niveauer med henblik på vedvarende og i væsentlig grad at begrænse udbredelse af tobaksbrug og udsættelse for tobaksrøg.*”
- 21 FCTC 4 opregner de vejledende principper, hvoraf skal fremhæves FCTC 4.3: ”*Internationalt samarbejde, især overførsel af teknologi og viden samt økonomisk bistand og tilvejebringelse af den relevante ekspertise for*

at etablere og gennemføre effektive tobakskontrolprogrammer under hensyntagen til lokal kultur og til sociale, økonomiske, politiske og juridiske faktorer, er et væsentligt element i konventionen.”

- 22 FCTC 5 fastlægger de deltagende staters generelle forpligtelser. Ifølge FCTC 5.1 skal de deltagende stater udvikle, gennemføre og regelmæssigt opdatere og revidere omfattende tværsektorielle nationale strategier, planer og programmer til tobakskontrol i overensstemmelse med konventionen. Senere følger FCTC 5. 3, der har følgende ordlyd: *”I forbindelse med fastlæggelse og gennemførelse af den offentlige politik på folkesundhedsområdet skal parterne gøre en indsats for at beskytte denne politik mod tobaksindustriens handelsmæssige og øvrige interesser i overensstemmelse med national lovgivning.”*
- 23 I FCTC 23 er givet bestemmelser om, at de deltagende stater på konferencer regelmæssigt skal gennemgå forhold vedrørende konventionens gennemførelse og træffe nødvendige beslutninger til at fremme en effektiv implementering af konventionen. I overensstemmelse hermed fastsattes i 2008 WHO’s guidelines til implementering af rammekonventionen om tobakskontrol artikel 5.3.
- 24 Retskildemæssigt har WHO’s guidelines karakter af *soft law* i EU- og folkeretlig terminologi. Begrebet genfindes ikke i dansk ret. Under dansk ret vil sådanne guidelines inddrages i fortolkningen af ordlyden, såfremt den måtte frembryde fortolkningstvív. Det vil derfor være ét blandt flere mulige fortolkningslementer, herunder konventionens præambel, retspraksis mv., jf. Bekendtgørelse af Wienerkonventionen af 23. maj 1969 om traktatretten, navnlig artikel 31 og 32 om supplerende fortolkningsmidler.
- 25 Et vigtigt fortolkningsmoment i retningslinjerne er de guidende principper, hvor navnlig princip 2 og 3 skal fremhæves:

”Principle 2: Parties, when dealing with the tobacco industry or those

working to further its interests, should be accountable and transparent.

Parties should ensure that any interaction with the tobacco industry on matters related to tobacco control or public health is accountable and transparent.

Principle 3: Parties should require the tobacco industry and those working to further its interests to operate and act in a manner that is accountable and transparent. The tobacco industry should be required to provide Parties with information for effective implementation of these guidelines.”

- 26 Disse principper ses udmøntet i de anbefalinger, der er til guidelines' enkelte underpunkter, herunder til (2) Establish measures to limit interactions with the tobacco industry and ensure the transparency of those interactions that occur, hvoraf det fremgår, at:

”2.1 Parties should interact with the tobacco industry only when and to the extent strictly necessary to enable them to effectively regulate the tobacco industry and tobacco products.

2.2 Where interactions with the tobacco industry are necessary, Parties should ensure that such interactions are conducted transparently.

Whenever possible, interactions should be conducted in public, for example through public hearings, public notice of interactions, disclosure of records of such interactions to the public.”

5 EU-rettens krav om forrang

- 27 FCTC-rammekonventionen har karakter af en mellemfolkelig aftale. EU er part i aftalen og dermed forpligtet, hvorfor det er nødvendigt at undersøge kompetenceforholdene mellem EU og medlemsstaterne.

- 28 EU's kompetenceforhold knytter sig til, hvilket politisk område der reguleres. Kompetencefordelingen opdeles normalt i tre kategorier; enekompetence, delt kompetence og supplerende kompetence. Inden for de områder, hvor der er delt kompetence, kan både EU og de enkelte medlemsstater fastsætte regler. Såfremt EU udnytter kompetencen, hvor der er delt kompetence, har EU-reguleringen forrang over national lov, og national regulering er udelukket.
- 29 FCTC-rammekonventionen er et område med hhv. ene- og delt kompetence efter EU-retten. Det fremgår bl.a. af bilag til Rådets afgørelse om indgåelse på Den Europæiske Unions vegne af protokollen om eliminering af ulovlig handel med tobaksvarer til WHO-rammekonventionen om bekæmpelse af tobaksrygning.
- 30 Af Rådets afgørelse fremgår det, at EU har enekompetence på dele af traktatens anvendelsesområde, men alene hvor bestemmelserne regulerer den fælles handelspolitik og oprettelse af eller sikring af det indre markeds funktion. På øvrige områder, som konventionen dækker er der delt kompetence, hvilket således også angår bestemmelsen i artikel 5, stk. 3. Bestemmelsen er derfor gældende i Danmark i kraft af ratificeringen og den danske bekendtgørelse, hvorfor forrangsprincippet ikke er relevant for spørgsmålet om anvendelsen af konventionen i dansk ret.
- 31 FCTC-rammekonventionen har med andre ord ikke forrang over anden dansk lovgivning.

6 Analyse

- 32 FCTC 5.3 giver hverken efter sin ordlyd eller formål belæg for, at de deltagende stater skulle være forpligtet til at udelukke Nikotinbranchen fra høringsprocesser ved forslag til ny lovgivning eller udvalgsbehandling heraf eller ved anden myndighedsudøvelse fra centraladministrationens side.

- 33 Der findes ikke danske afgørelser om fortolkningen af FCTC 5.3, men EU-Domstolen har bl.a. i sin afgørelse *Stichting Rookpreventie Jeugd m.fl., C-160/20*, påpeget, at bestemmelsen ”*ikke forbyder enhver deltagelse fra tobaksindustriens side i definitionen og anvendelsen af lovgivningen om tobakskontrol, men alene har til formål at forhindre, at den tobakskontrolpolitik, der føres af parterne i denne konvention, påvirkes af denne industris interesser*, jf. pr. 59, og med henvisning til de nævnte retningslinjer anføres det videre, at ”*samspejlet med tobaksindustrien bliver begrænset og gennemsigtigt.*”
- 34 Det fremgår endvidere af dommen, at ”*WHO’s rammekonventions artikel 5, stk. 3, understøttes af retningslinjerne for gennemførelsen af denne bestemmelse, som ikke selv er bindende, men som i henhold til WHO’s rammekonventions artikel 7 og 9 har til formål at hjælpe de kontraherende stater ved anvendelsen af denne konventions bindende bestemmelser. Disse retningslinjer blev vedtaget enstemmigt, herunder med tilslutning fra Unionen og dens medlemsstater, som det anføres i syvende betragtning til direktiv 2014/40.*”, jf. pr. 60.
- 35 Som i EU-dommen vil fortolkningen af FCTC 5.3 også under dansk ret skulle ske under inddragelse af guidelines, selv om de ikke er ratificerede, men også med inddragelse af andre relevante fortolkningsbidrag. Herunder som anført i Wienerkonventionen af 23. maj 1969 om traktatrettens artikel 31, fortolkes traktater loyalt i overensstemmelse med deres sædvanlige betydning, herunder dens hensigt og formål ved inddragelse af præambel og bilag til traktaten.
- 36 Det fremgår af guidelines til FCTC 5.3, jf. pkt. 25 og 26, at der er tale om, at interaktionen mellem lovgiver og branchen skal begrænses til forhold, hvor det er strengt nødvendigt for at muliggøre effektiv regulering af branchen. Der vil med andre ord ikke på forhånd kunne opstilles en regel om, hvornår det er nødvendigt, og i hvert fald ikke at al interaktion er udelukket.

- 37 Ved bedømmelsen af nødvendigheden må det tages i betragtning, at Nikotinbranchen som brancheorganisation vil blive frataget en grundlæggende demokratisk ret i form af adgangen til at give oplysninger til brug for lovgivningsprocessen på et område, hvor lovgiver vedvarende har og forventeligt fortsat vil pålægge brancheorganisationens medlemmer nye forpligtelser. Dette understøttes af, at kommercielle ytringer tillige er omfattet af beskyttelsesområdet for Menneskerettighedskonventionen, jf. pkt. 12.
- 38 Det må indgå, at der ikke er oplyst konkrete saglige grunde til at fratage Nikotinbranchen sine demokratiske rettigheder, som f.eks. at Nikotinbranchen tidligere har misbrugt retten ved at afgive objektivt forkerte eller misvisende oplysninger.
- 39 Det skal ved bedømmelsen af nødvendigheden også inddrages, at gennemsigtighed og en generel begrænsning i adgangen til usagligt at påvirke lovgivningen er bærende hensyn bag FCTC-rammekonventionen. Det hensyn tilgodeses ved, at Sundhedsstyrelsens interaktion med Tobaksindustrien siden den 22. februar 2018 er blevet offentliggjort på Sundhedsstyrelsens hjemmeside, herunder Sundhedsstyrelsens referater, telefonnotater eller lign. om telefonopkald, henvendelser mv. fra tobaksproducenter og deres interesseorganisationer.
- 40 En forståelse af FCTC 5.3., hvorefter Nikotinbranchen skulle udelukkes fra lovgivningsprocessen vil resultere i en usaglig afskæring af branchens mulighed for at komme til orde i forhold til ny erhvervsrettet lovgivning af direkte betydning for branchen. Det harmonerer ikke med den danske styreform, som er åben og demokratisk. Gennemsigtigheden af en mulig påvirkning af lovgiver er allerede sikret ved den offentliggørelse, som sundhedsmyndighederne foretager.
- 41 Det fremstår derfor som en fordrejning af nødvendighedsangivelsen i guidelines, når sundhedsministeren i svaret på folketingsspørgsmål 280 angav, at ministeriet havde vurderet, at Tobaksindustrien ikke havde strengt nødvendig viden. Som anført følger nødvendigheden af respekten for den

demokratiske proces, herunder parternes mulighed for at komme til orde ved erhvervsrettet regulering.

- 42 Præmisserne for anvendelsen af FCTC 5.3 i folketingsspørgsmål 280 giver potentielt en særdeles vidtstrakt adgang til også at udelukke Nikotinbranchen, eftersom der som det første indrømmes Sundhedsministeriet et skøn, der som det næste angår, om Nikotinbranchen kan bidrage med ”*særlig viden*”, der er ”*strengt nødvendigt*”, for at ministeriet kunne forholde sig til det konkrete spørgsmål. Faktisk giver overfortolkningen ved brug af udtryk fra guidelines reelt mulighed for helt at udelukke Nikotinbranchen.
- 43 Såfremt der kan fremskaffes dokumentation for, at den danske position ikke afspejler andre lande, som vi normalt sammenligner os med, vil det være et argument til støtte for overfortolkning. Et sådant nabotjek er en helt sædvanlig procedure i forhold til fortolkning og implementering af internationale retskilder, herunder navnlig i forbindelse med implementering af erhvervsrettet byrdefuld EU-regulering, jf. Lovkvalitetsvejledningen, afsnit 2.8.9, om forholdet til EU-retten.

København, den 24. marts 2023


René Offersen