

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT

L. A. GEELHOED

föredraget den 7 september 2004¹

I — Inledning

1. Den centrala frågan som uppkommer i dessa två mål är giltigheten av artikel 8 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/37/EG av den 5 juni 2001 om tillnärmning av medlemsstaternas lagar och andra författningar om tillverkning, presentation och försäljning av tobaksvaror (nedan kallat direktiv 2001/37).² Mål C-434/02 rör en begäran om förhandsavgörande från Verwaltungsgericht Minden (Tyskland), och mål C-210/03 rör en begäran om förhandsavgörande från High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Förenade kungariket).
2. Enligt artikel 8 i direktiv 2001/37 skall medlemsstaterna förbjuda utsläppandet på marknaden av tobak för användning i munnen utan att det påverkar tillämpningen av bestämmelserna i artikel 151 i Anslutningsakten för Österrike, Finland och Sverige. I Sverige får snus fortfarande säljas.
3. Dessa mål kan ses som en fortsättning på mål C-491/01, British American Tobacco (Investments) och Imperial Tobacco (nedan kallat målet British American Tobacco),³ i vilket domstolen prövade giltigheten av direktiv 2001/37 i allmänhet. Domstolen fastställde att det vid denna prövning inte hade framkommit någon omständighet som var av sådant slag att den kunde påverka giltigheten av direktivet. Med hänsyn till den nationella domstolens begäran i det målet, gjorde domstolen emellertid inte någon särskild prövning av artikel 8 i direktiv 2001/37.
4. Artikel 8 i direktiv 2001/37 förbjuder utsläppandet på marknaden av en tobaksvara som används endast i väldigt liten skala, huvudsakligen i en medlemsstat (Sverige), medan det fortfarande är tillåtet att saluföra alla andra, mer vanliga tobaksvaror, med förbehåll för ett visst antal stränga krav. Det

1 — Originalspråk: engelska.

2 — EGT L 194, s. 26.

3 — Domstolens dom av den 10 december 2002 i mål C-491/01, British American Tobacco (REG 2002, s. I-11453).

har dessutom gjorts gällande vid domstolen att det är mindre skadligt för hälsan med tobak för användning i munnen än cigaretter och cigarrer, och detta påstående finner stöd i åtskilliga vetenskapliga rapporter.

— Är förbudet mot tobak för användning i munnen förenligt med proportionalitetsprincipen?

5. En annan viktig faktor i de förevarande målen är att förbudet mot tobak för användning i munnen infördes år 1992 som en del av ett sammanhängande paket av åtgärder med syftet att motverka tobakskonsumtion. Förbudet motiverades med att det rörde varor som ännu inte var kända på gemenskapsmarknaden och som kunde vara attraktiva för ungdomar. Förbudet bekräftades i direktiv 2001/37, trots att ett antal relevanta förändringar hade ägt rum på området. För det första hade Sverige, där användningen av snus är traditionell och omfattande, anslutit sig till Europeiska unionen. För det andra tenderade gemenskapens politik i fråga om andra rökfria tobaksvaror än tobak för användning i munnen att blir mer flexibel, i motsats till politiken med avseende på cigaretter.

— I vilken utsträckning krävs det enligt gemenskapsrätten att liknande varor behandlas lika?

— Har gemenskapslagstiftaren uppfyllt skyldigheten att motivera förbudet?

6. Mot denna bakgrund har domstolen ombetts att besvara följande frågor:

— Kan ett totalt saluföringsförbud grundas på artikel 95 EG?

7. I de nu aktuella målen har även tillämpligheten av en rad andra principer ifrågasatts, huvudsakligen av klagandena i målen vid de nationella domstolarna (nedan tillsammans kallade Arnold André och Swedish Match). Här kan i första hand nämnas de grundläggande rättigheter som skyddas av Europeiska konventionen om mänskliga rättigheter, i synnerhet rätten till egendom och rätten att fritt utöva näringsverksamhet och, i andra hand, konsumenternas valfrihet, eftersom konsumenterna förvägras rätten att välja mindre skadliga tobaksvaror. Dessa frågor kan prövas genom en enkel hänvisning till domen i målet British American Tobacco och övrig rättspraxis från domstolen angående begränsningar av den fria rörligheten för varor. Jag kommer inte att diskutera dem i mitt förslag till avgörande.

8. Arnold André och Swedish Match har även argumenterat med stöd av den fria rörligheten för varor i sig och påpekat att snus får saluföras fritt i en medlemsstat. Enligt Arnold André och Swedish Match utgör det förhållandet att snus får saluföras endast i Sverige ett hinder för den inre marknaden. Det kan emellertid konstateras att detta hinder har fastställts på fördragsnivå, närmare bestämt i Sveriges anslutningsfördrag, varför domstolen inte behöver pröva huruvida detta hinder kan motiveras med hänsyn till allmänintresset.

definierades "tobak för användning i munnen" som "alla produkter för användning i munnen, utom sådana som är avsedda att rökas eller tuggas, och som helt eller delvis är framställda av tobak i pulver eller partikelform eller i någon kombination av dessa former — särskilt i portionspåsar eller porösa påsar — eller i en form som påminner om ett livsmedel". Denna definition kvarstår oförändrad i direktiv 2001/37 och omfattar snus.⁵

II — Tillämpliga bestämmelser

9. Förbudet mot saluföring av tobak för användning i munnen infördes genom rådets direktiv 92/41/EEG av den 15 maj 1992 (nedan kallat direktiv 92/41) om ändring av direktiv 89/622/EEG av den 13 november 1989 om tillnärmning av medlemsstaternas lagar och andra författningar om märkning av tobaksvaror (nedan kallat direktiv 89/622).⁴

11. I ingressen till direktiv 92/41 angavs att förbudet mot tobak för användning i munnen grundas på följande överväganden om hälsoriskerna med de aktuella varorna:

— Det har bevisats att rökfria tobaksvaror är en betydande riskfaktor i fråga om cancer.

10. I artikel 8a i direktiv 89/622 (i dess lydelse enligt direktiv 92/41) föreskrevs att medlemsstaterna skulle förbjuda utsläppandet på marknaden av tobak för användning i munnen. I artikel 2.4 i detta direktiv

— De vetenskapliga experterna anser att det beroende som orsakas av tobakskonsumtion är en fara som motiverar en särskild varningstext på samtliga tobaksvaror.

4 — EGT L 158, s. 30; svensk specialutgåva, område 15, volym 11, s. 47.

5 — Se artikel 2.4 i direktiv 2001/37.

- De nya tobaksvaror för användning i munnen som har uppträtt på marknaden i vissa medlemsstater är dessutom särskilt attraktiva för ungdomar. EG i ändrad lydelse) hänvisades det i ingressen även till den inre marknaden. I synnerhet angavs att "de försäljningsförbud för denna form av tobak som redan införts av tre medlemsstater direkt påverkar upprättandet av den inre marknaden och dess funktionssätt".

- Det finns en uppenbar risk för att nya produkter för användning i munnen framför allt kommer att användas av ungdomar med nikotinberoende som följd, om inte restriktioner införs i tid. 13. Direktiv 89/622 (i dess lydelse enligt direktiv 92/41) upphävdes och ersattes med direktiv 2001/37. Som nämnts i inledningen till detta förslag till avgörande, innehåller artikel 8 i detta direktiv ett förbud mot att släppa ut tobak för användning i munnen på marknaden, med undantag för Sverige. I ingressen till direktivet motiveras inte detta förbud, förutom att det erinras om att direktiv 89/622 (i dess lydelse enligt direktiv 92/41) innehöll ett förbud mot att saluföra vissa tobakstyper för användning i munnen (med undantag för Sverige).

- Enligt resultaten av de studier som utförts av Internationella cancerforskningsinstitutet innehåller tobak för användning i munnen särskilt stora mängder cancerogena ämnen. Dessa nya produkter orsakar i synnerhet cancer i munhålan. 14. I Förbundsrepubliken Tyskland införlivades artikel 8a i direktiv 89/622 (i dess lydelse enligt direktiv 92/41) med nationell rätt genom § 5a i den tyska förordningen om tobaksvaror.⁶ Enligt denna bestämmelse är det förbjudet att yrkesmässigt saluföra tobaksvaror för användning i munnen, med undantag för sådana som är avsedda att rökas eller tuggas.

12. Eftersom direktiv 92/41 antogs med stöd av artikel 100a i EG-fördraget (nu artikel 95

⁶ — Verordnung über Tabakerzeugnisse (Tabakverordnung).

15. I Förenade kungariket införlivades förbudet genom Tobacco for Oral Use (Safety) Regulations 1992 (1992 års förordning om tobak för användning i munnen, nedan kallad 1992 års förordning), där det föreskrivs att "ingen får tillhandahålla eller erbjuda sig att tillhandahålla tobak för användning i munnen eller inneha sådan tobak i tillhandahållande syfte". 1992 års förordning antogs med stöd av befogenheter i nationell lag som anges i Consumer Protection Act 1987 (1987 års lag om konsumentskydd).

16. Vad slutligen gäller bestämmelserna om märkning av rökfria tobaksvaror som inte omfattas av saluföringsförbudet kan följande anges. I direktiv 92/41 föreskrevs att styckförpackningar med rökfria tobaksvaror skulle förses med följande särskilda varningstext: "Orsakar cancer". Enligt direktiv 2001/37 är det emellertid tillräckligt med en mildare varningstext. I artikel 5.4 i detta direktiv föreskrivs att "[t]obak för användning i munnen, i fall då sådana varor får saluföras i enlighet med bestämmelserna i artikel 8, och tobaksvaror som inte är avsedda att rökas skall förses med följande varningstext: 'Denna tobaksvara kan skada din hälsa och är beroendeframkallande.' " I ingressen till direktiv 2001/37 motiveras inte denna ändring.

III — Bakgrund och förfarande

A — *Mål C-434/02*

17. Klaganden i målet vid den nationella domstolen, Arnold André GmbH & Co. KG (nedan kallat Arnold André), är ett bolag med säte i Tyskland som förutom cigarrer och piptobak även säljer rökfria tobaksvaror, bland annat olika varor med beteckningen "snus".

18. Genom beslut av den 12 september 2002 förbjöd Landrat des Kreises Herford (nedan kallat Landrat), som är motpart i målet vid den nationella domstolen, Arnold André att yrkesmässigt saluföra tobaksvaror med beteckningen "Röda Lacket Snus", "Ljunglöfs Ettan Snus" och "General Snus" från importören Swedish Match. Landrat ålade samtidigt Arnold André att genomföra ett återkallande inom bolaget. Vidare fastställde Landrat ett vitesbelopp för det fall att Arnold André skulle överträda förbudet samt förordnade om omedelbar verkställighet av beslutet. Arnold André överklagade detta beslut till Verwaltungsgericht Minden den 27 september 2002.

19. Verwaltungsgericht har, genom beslut av den 14 november 2002 som inkom till domstolens kansli den 29 november samma år, ställt en fråga angående giltigheten av artikel 8 i direktiv 2001/37.

B — *Mål C-210/03*

20. Den första klaganden i målet vid den nationella domstolen, Swedish Match AB, är ett svenskt bolag som tillverkar och distribuerar snus. Den andra klaganden, Swedish Match AB UK Ltd, bedriver verksamhet avseende parti- och detaljhandel med tobaksvaror i Förenade kungariket.

21. De två klagandebolagen (nedan tillsammans kallade Swedish Match) väckte den 8 maj 2002 talan vid High Court of Justice (Queen's Bench Division, Administrative Court) mot Secretary of State for Health och ansökte om "judicial review" (en form av lagenlighetsprövning). Swedish Match ifrågasatte lagenligheten av förbudet mot snus och yrkade att rätten skulle begära förhandsavgörande enligt artikel 234 EG beträffande en rad frågor, vilka avsåg grunderna för ifrågasättandet av förbudets lagenlighet.

22. High Court beslutade, efter att förhandling hade hållits den 15 och den 16 oktober 2002, att bevilja Swedish Match tillstånd att ansöka om judicial review, och parterna kom därefter överens om att det var nödvändigt att begära förhandsavgörande. High Court har, genom beslut av den 2 april 2003 som inkom till domstolens kansli den 15 maj samma år, ställt en rad frågor till domstolen. I korthet rör dessa frågor tolkningen av

artiklarna 28 EG och 30 EG, huruvida förbudet i artikel 8 i direktiv 2001/37 är giltigt och vilka följderna blir om 1992 års förordning eventuellt förklaras ogiltig.

C — *De två målen*

23. Den 8 juni 2004 höll domstolen en gemensam förhandling för bägge målen. Vid förhandlingen avgavs yttranden av Arnold André, Swedish Match, Landrat, Förenade kungarikets regering, den franska, den irländska, och den finska regeringen, parlamentet, rådet samt kommissionen. Skriftliga yttranden har även ingivits av den belgiska och den svenska regeringen.

IV — En första inledande anmärkning: Domen i målet British American Tobacco ger inte något definitivt svar angående giltigheten av artikel 8 i direktiv 2001/37

24. I domen i målet British American Tobacco fastställde domstolen, efter att ha prövat direktiv 2001/37 i sin helhet, att det vid denna prövning inte hade framkommit någon omständighet som påverkar giltigheten av detta direktiv.

25. Kommissionen har i sitt skriftliga yttrande förklarat att syftet med direktiv 2001/37 är att förhindra att det på nationell nivå antas olika normer för tobaksanvändning. Förbudet mot snus i artikel 8 i direktivet ger endast uttryck för en aspekt av genomförandet av detta syfte. Man kan ha olika uppfattning om huruvida detta verkligen är det huvudsakliga syftet med direktivet, i vilket fastställs en rad åtgärder för att motverka användning av tobaksvaror. Ett sådant argument är emellertid inte relevant för den fråga som kommissionen har väckt: När domstolen prövade direktiv 2001/37 i sin helhet, gjorde den då även en prövning av giltigheten av artikel 8 i detsamma?

26. Om denna fråga besvaras jakande, står det utom allt rimligt tvivel att artikel 8 i detta direktiv är giltig. Domstolen skulle då kunna besvara frågorna från de nationella domstolarna genom att endast hänvisa till domen i målet *British American Tobacco*.

27. Jag anser dock att domstolen inte bör förfara på detta sätt. Frågorna i nämnda mål, liksom domstolens svar, rörde visserligen direktiv 2001/37 i allmänhet, men enligt min uppfattning är det av större betydelse att argumenten i det målet nästan uteslutande rörde artiklarna 3, 5 och 7 i direktivet. Detsamma gäller för domstolens prövning.

Denna omfattade nästan uteslutande dessa tre artiklar. Målet gällde bestämmelserna om sammansättning och märkning av cigaretter, vilket jag anser vara det centrala i direktivet, när det gäller ekonomiskt intresse och betydelse för folkhälsan.

28. Domstolen prövade inte artikel 8 i direktiv 2001/37, och denna artikel måste anses vara en specialbestämmelse som syftar till att förbjuda saluföringen av en särskild vara. Enligt min uppfattning kan giltigheten av artikel 8 i direktivet prövas oberoende av giltigheten av de andra bestämmelserna i detta. Även om jag anser att direktivet innehåller en sammanhängande uppsättning åtgärder för att motverka tobaksanvändning, kan varje enskild åtgärd ha verkan utan att den påverkas av att de andra åtgärderna ogiltigförklaras.

29. Sammanfattningsvis anser jag att det inte skulle vara lämpligt att tolka domen i målet *British American Tobacco* på så sätt att den gäller giltigheten av varje enskild aspekt av direktivet. Jag hänvisar till den exakta ordalydelsen av domslutet i domen: "Vid prövningen av den första frågan har det inte framkommit någon omständighet som påverkar giltigheten av ... direktiv 2001/37."

V — En andra inledande anmärkning: I artikel 2.4 i direktiv 2001/37 fastställs vilka varor som är förbjudna

30. Under förfarandet vid domstolen har särskilt Arnold André ifrågasatt exaktheten i definitionen av förbjudna varor. Bolagets tvivel grundas på följande omständigheter:

- Ingressen till direktiv 92/41, där det anges att förbudet inte skall påverka traditionella varor för användning i munnen.
- Påståendet att det inte är någon skillnad mellan tuggtobak och snus.
- En bristande överensstämmelse mellan den tyska och den engelska språkversionen.

31. Härvid erinrar jag om att ingressen till direktiv 92/41 inte har överförts till direktiv 2001/37. Eftersom direktiv 2001/37 inte innehåller någon motivering i det här

avseendet anser jag att de överväganden som ledde fram till ingressen till direktiv 92/41 fortfarande gäller, varvid de emellertid även saknar betydelse. Definitionen av en vara bestäms nämligen inte av en ingress, utan av en rättslig bestämmelse. I de aktuella rättsliga bestämmelserna (artikel 2.4 i direktiv 92/41 och artikel 2.4 i direktiv 2001/37) görs ingen åtskillnad mellan traditionella och icke-traditionella varor, utan i dessa bestämmelser görs en åtskillnad på grundval av hur varorna är avsedda att användas.

32. Längre fram i detta förslag till avgörande kommer jag att diskutera de yttranden som har inkommit till domstolen rörande skillnaden mellan tuggtobak och snus när det gäller hur dessa varor faktiskt används. Som nämnts ovan, kan det inte uteslutas att användarna ofta inte tuggar tuggtobak, utan suger på den. Detta är emellertid inte relevant för att fastställa förbudets tillämpningsområde. I direktivet görs åtskillnad mellan varorna på grundval av hur de är avsedda att användas och inte hur de faktiskt används.

33. När det slutligen gäller den påstådda skillnaden mellan den engelska och den tyska språkversionen, anser jag att det inte finns någon sådan skillnad. I den tyska lydelsen används formuleringen "die zum ... Kauen bestimmt sind" (som är avsedda att tuggas).

34. Det kan således fastslås att förbudets tillämpningsområde bestäms i artikel 2.4 i direktivet och att lydelsen är tillräckligt klar.

VI — Bakgrund: Fakta om snus

A — *En allmän anmärkning*

35. En bedömning av de rättsliga aspekterna av dessa mål blir meningsfull endast om man besitter viss kännedom om de faktiska omständigheterna. Vad är snus? Vem använder det? Hur påverkar snus folkhälsan? Betydelsen av dessa faktiska omständigheter visas av antalet och omfattningen av handlingar som har ingivits till domstolen. Dessa handlingar är avsedda att utgöra grunderna för de motstående uppfattningar som har framförts i de förevarande målen. De har i själva verket ingivits i syfte att bevisa antingen att förbudet mot snus bidrar till att förbättra folkhälsan eller att förbudet skadar folkhälsan.

B — *Vad är snus, hur används det och vem använder det?*

36. Jag skall för det första redogöra för vad snus är. I begäran om förhandsavgörande i

mål C-210/03 beskrivs snusets sammansättning och fysiska egenskaper på följande sätt: "[t]obak förekommer i en rad former. Kategorierna delas normalt in i undergrupperna 'röktobak' och 'rökfri' tobak (vilket omfattar snus). 'Rökfri' tobak omfattar näs-snus, fuktigt snus, tuggtobak och ett stort antal andra varor. Alla dessa varor består av malda eller rivna tobaksblad med någon form av smaksättning. I detta avseende är de i stort sett identiska varor. Det finns emellertid skillnader mellan varorna som beror på vilken typ av tobak som används, hur denna behandlas och vilken smaksättning som används. Dessa faktorer har en väsentlig inverkan på graden av tobaksspecifika nitrosaminer och benzpyren, vilka båda anses vara cancerogena ämnen. Snus anses innehålla mycket låga nivåer av nitrosaminer och benzpyren i jämförelse med många av de tillåtna rökfria tobaksvarorna."

37. I gemenskapslagstiftningen definieras snus som en särskild typ av "tobak för användning i munnen". "Tobak för användning i munnen" är väsentligen samma sak som "tuggtobak", förutom att den inte komprimeras till bitar och att partikelstorleken är en annan. Härtill kommer att "tobak för användning i munnen" innehåller mer vatten.

38. I motsats till vad som anges i begäran om förhandsavgörande i mål C-210/03 har det vid domstolen gjorts gällande att snus

innehåller relativt höga halter av nitrosaminer och detta påstående har inte bestritts av Arnold André och Swedish Match. Nitrosaminer är cancerframkallande. Dessutom har det gjorts gällande vid domstolen att nikotinhalten i snus också är relativt hög. Rådet har till exempel angivit att 1 gram snus innehåller 8–10 milligram nikotin. Nikotin är giftigt, särskilt när det kommer i kontakt med huden, och beroendeframkallande.

lingen vid domstolen. Sammanfattningsvis rörde denna debatt Arnold Andrés och Swedish Matchs påstående att varor som säljs som tuggtobak inte tuggas och kanske inte heller är avsedda att tuggas. Enligt min uppfattning har denna debatt en begränsad betydelse för lösningen av de förevarande målen, med hänsyn till varudefinitionen i direktiv 2001/37. Det avgörande är huruvida en tobaksvara är avsedd att tuggas. Om en rökfri tobaksvara saluförs som "tuggtobak", men det samtidigt är uppenbart att varan inte är avsedd att tuggas, omfattas den av förbudets tillämpningsområde enligt artikel 8 i direktiv 2001/37. Om varan är avsedd att tuggas är den enligt direktivet en annan slags vara, som får släppas ut på marknaden.

39. För det andra skall jag säga något om användningen av snus. Arnold André och Swedish Match har vid domstolen hävdats att snus kan jämföras med "tuggtobaksvaror", vilka inte omfattas av förbudet i artikel 8 i direktiv 2001/37. Dessa varor består ofta av rivna tobaksblad som komprimerats till bitar. Bitarna placeras i munnen, närmare bestämt i munhålan mellan tandköttet och läppen. Många varor som saluförs som "tuggtobak" är inte avsedda att tuggas alls. På förpackningen till vissa "tuggtobaksvaror" finns följande anvisning till användaren: "Tugga inte". Tobaken läggs antingen mellan läppen och tandköttet eller så flyttas den helt enkelt runt i munnen. Detta konsumtionsmönster gäller även för tuggtobaksvaror i lösare form.

40. Skillnaden mellan snus och tuggtobak har debatterats ingående under förhand-

41. För det tredje skall jag redogöra för vilka som använder snus. Inom gemenskapen får snus saluföras enbart i Sverige. Ungefär 20 procent av den manliga befolkningen i Sverige använder snus regelbundet. Ursprungligen användes inte snus ofta av kvinnor, men under de senaste åren har kvinnors snusanvändning ökat mer och mer. Lösningen för att göra snus mer attraktivt för kvinnor har varit att förpacka snuset i små "tepåsar" för att göra användningen mer hygienisk. Kommissionen har lämnat uppgifter om användarnas medelålder och deras (tidigare) rökvanor. År 1976 använde 10 procent av svenska män mellan 18 och 24 år fuktigt snus, medan denna siffra hade ökat till 37 procent år 1986 för män mellan 16 och 24 år.

42. Det som är viktigt att framhålla när det gäller användningen av snus är att den i Sverige är utbredd bland befolkningen och att produkten är attraktiv för ungdomar. Som Europaparlamentet anförde under förhandlingen anses snus vara "häftigt" ("cool factor"). I detta avseende skiljer sig snus från andra tuggtobaksprodukter och tobaksprodukter för användning i näsan, eftersom dessa produkter — för att citera ett uttalande av kommissionen som inte har bestritts — "inte har någon marknad utanför vissa samhälls- och yrkesgrupper (sjömän, gruvarbetare och delar av försvaret) och regioner". Dessutom har denna marknad krympt stadigt under hela 1900-talet.

- Själva följderna för hälsan: Orsakar snusanvändning allvarliga sjukdomar, som till exempel cancer?
- En jämförelse med hälsoriskerna med annan tobaksanvändning, det vill säga rökning och användning av tuggtobak, som är en rökfri tobaksvara som inte är förbjuden.

43. Sammanfattningsvis kan snus jämföras med andra rökfria tobaksvaror när det gäller sammansättning och fysiska egenskaper samt användningssätt. De huvudsakliga skillnaderna hänför sig till användargrupper.

- Substitut eller inkörsport? Får tillgängligheten av snus människor att sluta röka, har snusanvändning ingenting att göra med en persons rökvanor eller, vilket är värre, attraherar snus främst ungdomar som inte röker och gör snus det lättare för dem att börja använda nikotin och bli beroende av det?

C — *Hur farligt är snus?*

44. Detta är en fråga där de yttranden som avgivits vid domstolen skiljer sig åt. Enligt min uppfattning bör denna fråga delas upp i följande tre delfrågor:

45. Jag skall inledningsvis behandla själva följderna för hälsan. I de handlingar som har ingivits till domstolen nämns en rad sjukdomar i samband med snusanvändning. I synnerhet är snus förknippat med cancer i munhålan. Enligt de skäl som angavs av gemenskapslagstiftaren var det bland annat

detta samband som ledde till förbudet mot snus. I ingressen till direktiv 92/41 hänvisades till studier från International Agency for Research on Cancer (IARC).

46. Arnold André och Swedish Match har bestritt riktigheten av dessa studier, eftersom de menar att studierna huvudsakligen omfattade varor från USA och Asien. Rapporten från IARC grundades främst på en studie rörande "torrt" snus, vilket inte kan jämföras med snus på grund av skillnaderna i användningsmönster och varuegenskaper, som främst beror på vilken metod som används för att torka tobaken. I IARC-rapporten beaktades inte verkningarna av snus, eftersom det vid den tiden inte förelåg några utförliga studier om ett möjligt samband mellan snus och cancer i munhålan. Enligt Arnold André och Swedish Match har det i senare rapporter tvärtom förnekats att det skulle finnas ett samband mellan användning av snus och cancer i munhålan.

47. Det skall påpekas att Arnold Andrés och Swedish Matches bedömning i detta avseende inte delas av de övriga parter som har inkommit med yttranden till domstolen och den fick inte heller något stöd vid förhandlingen. I korthet bör de rapporter som Arnold André och Swedish Match har hänvisat till tolkas på ett mer balanserat sätt. De innehåller trots allt uttalanden som innebär ett medgivande av att det finns en ökad risk för cancer i munhålan till följd av intensiv användning av snus. Kommissionen

har dessutom hänvisat till en aktuell rapport från Uppsala universitet,⁷ där det konstateras att tumörer som studerats på vissa patienter som behandlades för cancer i munhålan faktiskt hade orsakats av snus användning. Vidare har det till domstolen ingivits handlingar där det anges att användare av rökfri tobak löper en högre risk att drabbas av bland annat hjärt- och kärlsjukdomar än icke-tobaksanvändare. Härtill kommer att ingen uttryckligen påstår att snus är ofarligt. Snus innehåller relativt höga halter av nikotin, vilket gör varan beroende-framkallande.

48. När det gäller den andra punkten krävs det att man gör en jämförelse mellan hälsorisker med andra tobaksvaror, vilka inte är förbjudna. Det råder inga tvivel om rökningens skadeverkningar för hälsan. Arnold André och Swedish Match har anfört att alla tillgängliga uppgifter klart visar att cigaretter är betydligt farligare än snus. De har hänvisat till uppskattningar att cigaretter är 100 gånger farligare än snus och att rökfria tobaksvaror av skandinavisk typ ("Scandinavian smokeless tobaccos") är 90–99 procent mindre farliga än cigaretter. De har nämnt en rapport från år 2002 från ledamöterna i Tobacco Advisory Group of the Royal College of Physicians of London, där det anges att rökfri tobak är "ungefär 10–1000 gånger mindre farlig än rökning." Även om det kan ifrågasättas huruvida dessa siffror stämmer, förefaller det inte råda skilda upp-

7 — Jan-M. Hirsch et al., Oral Cancer in Swedish Snuff-Dippers, ingiven av kommissionen till domstolen.

fattningar om att påståendet i sig är riktigt, det vill säga att cigaretter är betydligt farligare än snus. I en vetenskaplig rapport som åberopats av Swedish Match förekommer följande uttalande: "Snus är ett mini-monster jämfört med cigaretter" ("Snuff is a mini-monster in comparison to cigarettes").

49. För att sammanfatta de två punkter som hittills behandlats kan man säga att snus är en vara som i sig själv är skadlig för användarens hälsa, men som är långt mindre farlig än cigaretter.

50. Jag skall nu behandla den tredje punkten. För att fastställa huruvida förbudet mot snus är ett lämpligt bidrag till folkhälsan är det viktigt att närmare undersöka förhållandet mellan snusning och cigarettrökning, det vill säga huruvida snus är ett substitut till eller en inkörsport till rökning.

51. Det skulle kunna hävdas att snus främst fungerar som ett substitut till rökning. Eftersom det är svårt att sluta röka, som många människor vet av egen erfarenhet, kan rökare uppmuntras att sluta om det finns ett attraktivt alternativ på marknaden. I detta avseende skulle förekomsten av nikotin i snus till och med kunna vara fördelaktigt för folkhälsan. Detta är vad Arnold André

och Swedish Match anser. De har försett domstolen med uppgifter som visar att Sverige, där användning av snus är utbredd bland män, vid en internationell jämförelse har en låg frekvens av tobaksrelaterade sjukdomar bland män. De har också påpekat att andelen rökare i Sverige är extremt låg jämfört med andra medlemsstater och har hävdats att det finns ett direkt samband med det svenska snusbruket. Giltigheten av det sistnämnda påståendet kan emellertid ifrågasättas, eftersom — som den finska regeringen har påpekat — andelen rökare i Finland är relativt låg, trots att användningen av snus eller liknande alternativ inte är utbredd.

52. Det motsatta resonemanget bygger på antagandet att substitutionseffekten inte spelar en viktig roll. Användningen av snus hindrar inte människor från att röka och — ännu värre — tillgängligheten av snus på marknaden attraherar (unga) människor som under andra omständigheter skulle avhålla sig från att använda tobak. Enligt denna uppfattning sänker snus tröskeln till användning av tobak. Som kommissionen har gjort gällande i sitt skriftliga yttrande skall snus betraktas som en inkörsport till tobaksvaror som är avsedda att rökas.

53. Båda dessa ståndpunkter har försvarats vid domstolen i de förevarande målen. Arnold André och Swedish Match samt den svenska regeringen har försvarat den första ståndpunkten, medan de andra regeringar som har inkommit med yttranden samt gemenskapsinstitutionerna har försvarat den andra. Jag anser att bägge ståndpunkterna kan försvaras samtidigt. De utesluter inte varandra. Snus kan betraktas som ett substitut till rökning i den mån det hjälper människor att sluta röka. Samtidigt attraherar snus emellertid ungdomar som (ännu) inte röker och som inte tänker börja röka. Bägge ståndpunkterna stöds dessutom av det förhållandet att snus marknadsförs som en attraktiv vara till unga konsumenter, i motsats till traditionella tuggtobaksvaror.

54. Det är inte lätt att avgöra vilken av effekterna som är avgörande. Särskilt när ungdomar lockas av snus och avstår från att röka cigaretter innebär detta inte att de annars — om snus inte fanns tillgängligt på marknaden — skulle börja röka. Vissa indikationer kan urskiljas ur de svenska erfarenheterna, men de är inte entydiga, vilket har visats av siffrorna om cigarettrökning i Sverige och Finland.

VII — Europeiska unionens (och medlemsstaternas) tobakspolitik

55. Grunden för politiken i fråga om kontroll av tobaksanvändningen är, vilket har påpekats av rådet vid upprepade tillfällen,⁸ en övergripande politik som syftar till att motverka all slags tobaksanvändning genom att vidta ett flertal omfattande åtgärder. Gemenskapens och medlemsstaternas åtgärder är tänkta att komplettera varandra.

56. Tobakspolitiken är naturligtvis mest inriktad på rökning och inte på rökfri tobak. Tobakspolitiken är främst inriktad på att bekämpa rökning. Åtgärderna mot rökning har blivit mer och mer restriktiva under årens lopp. Denna tendens beror på ökad kunskap om rökningens skadeverkningar, men också på förändrade attityder i samhället mot rökning och rökare.

57. I mitt förslag till avgörande i målet British American Tobacco,⁹ påpekade jag

8 — Rådets rekommendation av den 2 december 2002 om förebyggande av rökning och om initiativ för en effektivare tobakskontroll (EGT L 22, 2003, s. 31) och de tidigare rådsdokument som det hänvisas till i denna rekommendation.

9 — Fotnot 3 ovan, punkt 60 i förslaget.

att medlemsstaternas tobakspolitik för närvarande vilar på två pelare. Den första pelaren, som särskilt riktar sig till ungdomar, innehåller åtgärder som syftar till att så långt som möjligt avskräcka från att röka, och den andra pelaren avser åtgärder som så långt som möjligt skall begränsa rökningens skadliga följder.

59. Tillämpningsområdet för gemenskapens politik om rökning är begränsat, eftersom det är underkastat subsidiaritets- och proportionalitetsprinciperna och de villkor som domstolen fastställde i tobaksreklammålet.¹¹ Vid sidan av gemenskapens politik har medlemsstaterna utvecklat sin egen politik. De har bland annat infört begränsningar av försäljningen av tobaksvaror och begränsat de områden där det fortfarande är tillåtet att röka.

58. När det gäller den första pelaren, har målet att avskräcka från att röka genomförts genom artikel 5 i direktiv 2001/37, som innehåller bestämmelser om märkning av tobaksvaror som är avsedda att rökas. Som bekant måste förpackningar med tobaksvaror vara märkta med skarpa varningstexter. I direktiv 2003/33¹⁰ finns dessutom bestämmelser om begränsningar av reklam för och marknadsföring av tobaksvaror. Artikel 3 i direktiv 2001/37 är ett exempel på den andra pelaren i gemenskapens politik. I denna bestämmelse fastställs högsta tillåtna halter av tjära, nikotin och kolmonoxid.

60. Det är viktigt att påpeka att såväl gemenskapen som medlemsstaterna gradvis stärker åtgärderna för att motverka användning av tobaksvaror. Den mest restriktiva av alla möjliga åtgärder — ett totalförbud mot alla tobaksvaror — övervägs emellertid inte. Som kommissionen har angett, skulle en sådan åtgärd mycket väl kunna motiveras av farorna med rökning, men den skulle inte vara genomförbar av praktiska skäl samt av fiskala och politiska skäl. Jag skulle snarare uttrycka det på så sätt att ett totalförbud mot tobaksvaror ännu inte skulle vara genomförbart. Med hänsyn till de förändrade attityderna i samhället gentemot rökning och rökare kan detta emellertid komma att förändras under de kommande åren.

10 — Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/33/EG av den 26 maj 2003 om tillnärmning av medlemsstaternas lagar och andra författningar om reklam för och sponsring till förmån för tobaksvaror (EGT L 152, s. 16). Detta direktiv ersätter Europaparlamentets och rådets direktiv 98/43/EG av den 6 juli 1998 om tillnärmning av medlemsstaternas lagar och andra författningar om reklam för och sponsring till förmån för tobaksvaror (EGT L 213, s. 9), vilket ogiltigförklarades av domstolen i dom av den 5 oktober 2000 i mål C-376/98, Tyskland mot parlamentet och rådet (nedan kallat tobaksreklammålet) (REG 2000, s. I-8419).

11 — Se ovan fotnot 10.

61. I korthet kan man säga att kommissionen har angett två slags skäl till att gemenskapslagstiftaren inte skulle göra det som lagstiftaren borde göra om det enbart togs hänsyn till skyddet av rökarnas (och de "passiva" rökarnas") hälsa.

hälsan, givetvis inom ramen för proportionalitetsprincipen.

62. Det råder ingen oklarhet om de praktiska skälen. Ett totalförbud mot tobaksvaror skulle medföra orimliga anpassningskostnader, samtidigt som det ändå inte skulle medföra att människor slutade röka. Det skulle uppstå en olaglig marknad.

VIII — Bedömning: Kan ett totalförbud mot vissa varor grundas på artikel 95 EG?

A — Omfattningen av gemenskapens behörighet enligt artikel 95 EG

63. Inom ramen för de förevarande målen anser jag att de andra skälen (de fiskala och politiska skälen) är mer intressanta. Det är allmänt känt att medlemsstaternas politik i tobaksfrågor alltid har varit tvetydig i viss mån. Punktskatterna på tobaksvaror är en offentlig inkomstkälla och tillverkning och distribution av tobaksvaror ger arbetstillfällena. Dessa argument är naturligtvis mindre viktiga när det gäller varor som har ringa ekonomisk betydelse. Under dessa omständigheter behöver lagstiftaren inte beakta de höga kostnaderna för att välja en långtgående politikåtgärd, som till exempel ett totalförbud. Lagstiftaren kan avstå från att göra en svår kostnads- och nyttoanalys och kan begränsa sig till att göra en bedömning av den planerade åtgärdens konsekvenser för

64. Artikel 95 EG är den allmänna rättsliga grunden för åtgärder som syftar till att upprätta den inre marknaden och få den att fungera. Det följer av domstolens rättspraxis att artikel 95 EG inte innebär att gemenskapslagstiftaren ges en generell befogenhet att reglera den inre marknaden. Vidare måste en åtgärd som vidtas med stöd av artikel 95 EG verkligen ha till syfte att förbättra villkoren för upprättandet av den inre marknaden. Enligt domstolens dom i målet *British American Tobacco* måste åtgärden faktiskt bidra "till att undanröja hinder för den fria rörligheten för varor eller friheten att tillhandahålla tjänster eller till att undanröja snedvridningar av konkurrensen. [Även] om artikel 95 EG kan användas som rättslig grund för att förebygga att framtida handels hinder uppstår till följd av en olikartad

utveckling av nationell lagstiftning, måste det emellertid vara sannolikt att sådana hinder kan komma att uppstå och åtgärden i fråga måste ha till syfte att förebygga dem.”¹²

65. Det följer huvudsakligen av detta resonemang att två krav måste vara uppfyllda. Det måste föreligga hinder (eller åtminstone nära förestående hinder) för den fria rörligheten, och gemenskapsåtgärden måste bidra till att undanröja dessa hinder. Om man tittar närmare på dessa två krav, ser man en parallell till de kriterier som domstolen använder när den prövar en medlemsstats befogenheter enligt artiklarna 28 EG och 30 EG att förbjuda eller begränsa den fria rörligheten för varor (eller enligt artiklarna 52 EG och 59 EG när det gäller tjänster). Åtgärderna skall vara motiverade av tvingande hänsyn till allmänintresset och de skall vara ägnade att säkerställa förverkligandet av det mål som eftersträvas genom dem.¹³ Gemenskapens behörighet enligt artikel 95 EG måste emellertid vara motiverad av brister i den inre marknaden.

66. I de förevarande målen är det ställt utom tvivel att det första kravet är uppfyllt, eftersom det är uppenbart att det finns en allvarlig risk för en olikartad utveckling av

nationell lagstiftning. Såsom anges i ingressen till direktiv 92/41, hade tre medlemsstater¹⁴ redan infört försäljningsförbud för sådana varor. Om förbudet hade upphävts på gemenskapsnivå när direktiv 2001/37 antogs, skulle medlemsstaterna själva självständigt ha kunnat förbjuda snus, men det skulle inte ha funnits några garantier för att medlemsstaterna skulle ha använt sina självständiga befogenheter på ett samordnat sätt.

67. I denna del av mitt förslag till avgörande skall jag i det följande undersöka det andra kravet, specifikt med avseende på förbudet mot saluföring av vissa varor enligt artikel 95 EG. Jag kommer att diskutera följande frågor:

— Lagstiftningspraxis

— De begränsningar som följer av domen i tobaksreklammålet

— Förbud mot varor

12 — Punkterna 60 och 61 i domen i målet *British American Tobacco*.

13 — Se kriterierna hämtade från dom av den 30 november 1995 i mål C-55/93, *Gebhard* (REG 1995, s. I-4165).

14 — Dessa länder är Belgien, Irland och Förenade kungariket.

— Lagenligheten av artikel 8 i direktiv 2001/37.

69. Det tredje exemplet som den franska regeringen har nämnt är direktiv 2001/83 om humanläkemedel.¹⁷ I detta direktiv regleras huvudsakligen de villkor som skall uppfyllas innan ett läkemedel får saluföras. Inget läkemedel får släppas ut på marknaden i en medlemsstat utan att ett godkännande för försäljning har utfärdats. Ett sådant godkännande för försäljning kan endast utfärdas efter en bedömning av olika aspekter av den berörda varan.

B — Gemenskapens lagstiftningspraxis

68. Det har varit ovanligt att gemenskapslagstiftaren har föreskrivit ett totalförbud mot saluföring av vissa varor. Den franska regeringen har i sina skriftliga och muntliga yttranden anfört tre exempel. Det första exemplet är direktiv 76/768 om kosmetiska produkter.¹⁵ I detta direktiv föreskrivs ett förbud mot saluföring av kosmetiska produkter som innehåller vissa ämnen eller färgämnen. Direktivet innebär inte ett generellt förbud mot vissa slags kosmetiska produkter, till exempel de som är avsedda att appliceras på ett visst sätt. I direktivet föreskrivs emellertid att kraven kan anpassas till följd av tekniska framsteg. En följd av en sådan anpassning kan vara att en vara måste dras tillbaka från marknaden. Ett system som har en liknande verkan på saluföringen av varor har införts i direktiv 76/769 om vissa farliga ämnen och preparat (beredningar).¹⁶

70. De direktiv som den franska regeringen har nämnt rör bland annat varornas sammansättning. Dessa direktiv medför (potentiellt sett) ett förbud mot saluföring av vissa varor, om dessa innehåller otillåtna ämnen. Visserligen innehåller ingen av de nämnda bestämmelserna ett uttryckligt förbud mot någon särskild kategori varor, men de är alla, när det gäller deras resultat, jämförbara med artikel 8 i direktiv 2001/37. De innebär ett hinder mot lagenlig saluföring av kategorier av varor om vissa villkor är uppfyllda.

15 — Rådets direktiv 76/768/EEG av den 27 juli 1976 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om kosmetiska produkter (EGT L 262, s. 169; svensk specialutgåva, område 13, volym 5, s. 198).

16 — Rådets direktiv 76/769/EEG av den 27 juli 1976 om tillnärmning av medlemsstaternas lagar och andra författningar om begränsning av användning och utsläppande på marknaden av vissa farliga ämnen och preparat (beredningar) (EGT L 262, s. 201; svensk specialutgåva, område 13, volym 5, s. 229).

17 — Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/83/EG av den 6 november 2001 om upprättande av gemenskapsregler för humanläkemedel (EGT L 311, s. 67).

71. Det är anmärkningsvärt att det inte finns ett uttryckligt förbud mot saluföring av vissa varor ens i de särskilda produktbestämmelser som har antagits med stöd av artikel 95 EG angående farliga varor, som till exempel narkotika och psykotropa ämnen¹⁸ eller explosiva varor för civilt bruk.¹⁹ Det kan emellertid konstateras, när det gäller skjutvapen, att medlemsländerna enligt ett direktiv som är grundat enbart på artikel 95 EG²⁰ skall vidta alla lämpliga åtgärder för att förbjuda förvärv och innehav av skjutvapen och ammunition som tillhör en viss kategori. Gemenskapslagstiftaren har motiverat användningen av artikel 95 EG som rättslig grund med att ett fullständigt avskaffande av kontroll och formaliteter vid gemenskapens inre gränser är ett grundläggande villkor som måste vara uppfyllt för att upprätta en inre marknad.²¹

C — Gränserna enligt domen i tobaksreklamålet

72. I domen i tobaksreklamålet²² fastställde domstolen att artikel 95 EG inte

innebär att gemenskapslagstiftaren ges en generell befogenhet att reglera den inre marknaden. En generell befogenhet skulle strida mot den uttryckliga lydelsen i artikel 95 EG och skulle dessutom vara oförenlig med den princip som fastställs i artikel 5.1 EG. Enligt punkt 95 i denna dom är det nödvändigt att pröva huruvida en bestämmelse faktiskt bidrar till att undanröja hinder för den fria rörligheten för varor eller friheten att tillhandahålla tjänster eller till att undanröja snedvridningar av konkurrensen. Domstolen fastställde vidare att förbudet mot reklam på affischer, parasoll, askkoppar och andra föremål som används på hotell, restauranger och kaféer samt förbudet mot reklamslag på bio inte på något sätt kunde bidra till att underlätta handeln med de aktuella varorna.²³

73. Det skall erinras om att domstolen anser att artikel 95 EG ger — detta är min terminologi — en funktionell behörighet. Det saknar betydelse huruvida det slutgiltiga målet med en åtgärd är att underlätta handeln. Det som har betydelse är huruvida en åtgärd är ägnad att underlätta handeln. Det dominerande politiska målet kan mycket väl vara skyddet av folkhälsan.

74. Domstolen har således angett några centrala delar i denna funktionella behörighet: 1) syftet skall vara att förbättra villkoren för att upprätta den inre marknaden och få

18 — Rådets direktiv 92/109/EEG av den 14 december 1992 om tillverkning och utsläppande på marknaden av vissa ämnen som används vid illegal tillverkning av narkotiska preparat och psykotropa ämnen (EGT L 370, s. 76; svensk specialutgåva, område 15, volym 12, s. 7).

19 — Rådets direktiv 93/15/EEG av den 5 april 1993 om harmonisering av bestämmelserna om utsläppande på marknaden och övervakning av explosiva varor för civilt bruk (EGT L 121, s. 20; svensk specialutgåva, område 15, volym 12, s. 185).

20 — Rådets direktiv 91/477/EEG av den 18 juni 1991 om kontroll av förvärv och innehav av vapen (EGT L 256, s. 51; svensk specialutgåva, område 15, volym 10, s. 145).

21 — Se ingressen till rådets direktiv 91/477.

22 — Domen i målet Tyskland mot parlamentet och rådet (ovan fotnot 10), punkt 83.

23 — Punkt 99 i domen.

den att fungera, 2) bestämmelserna skall bidra till att undanröja hinder, 3) snedvridningar av konkurrensen skall undanröjas och 4) bestämmelserna skall underlätta handeln.

skydd. Att gemenskapslagstiftaren har ett sådant ansvar framgår uttryckligen av artikel 95.3 EG, där det uppställs ett krav på en hög skyddsnivå.

D — *Förbud mot varor*

75. Enligt artikel 14.2 EG skall den inre marknaden omfatta ett område utan inre gränser. För att denna marknad skall fungera är det av grundläggande betydelse att det råder lika villkor för saluföring av varor i de olika medlemsstaterna. Det är endast om denna likhet uppnås som de inre gränserna kan tas bort.

76. Detta är det främsta skälet till att gemenskapslagstiftaren har behörighet att harmonisera lagstiftning som skiljer sig åt från en medlemsstat till en annan. Gemenskapslagstiftarens ansvar går emellertid ännu längre. Lagstiftaren skall inte endast skapa villkoren för en inre marknad för varor, utan denne måste även garantera att varor som släpps ut på denna marknad inte skadar andra allmänintressen, som till exempel hälsa, säkerhet, miljöskydd och konsument-

77. Om en eller flera medlemsstater förbjuder saluföringen av vissa varor av folkhälsoskäl, medan andra medlemsstater tillåter att dessa varor säljs, uppstår inre gränser och den inre marknads funktion påverkas. Ett ingripande från gemenskapslagstiftaren med syftet att harmonisera lagstiftning som skiljer sig åt från en medlemsstat till en annan kan leda till att hinder vid gemenskapens inre gränser undanröjs. Beroende på hur skillnaderna mellan de nationella lagstiftningarna ser ut, ligger det inom gemenskapslagstiftarens utrymme för skönsmässig bedömning att besluta huruvida det skall föreskrivas inskränkningar i vissa varors sammansättning eller ett totalförbud mot saluföring av dessa varor. Om en hög folkhälsoskyddsnivå — ett krav som uppställs även i artikel 152.1 EG — endast kan säkerställas genom ett totalförbud, är gemenskapslagstiftaren definitivt skyldig att välja detta alternativ.

78. Man kan naturligtvis invända att ett förbud mot att sälja en vara i sig inte kan förbättra villkoren för att saluföra denna vara. Varan utesluts faktiskt från marknaden. Som Arnold André och Swedish Match har gjort gällande i sina skriftliga yttranden, kan det ifrågasättas huruvida ett totalförbud av detta slag någonsin skulle kunna bidra till upprättandet av den inre marknaden och

dess funktion. Ett sådant förbud kan knappast betraktas som ett undanröjande av hindren mot saluföring av dessa varor, eftersom det omöjliggör en marknad. Med andra ord innebär ett totalförbud att en laglig marknad inte kan uppstå, och därigenom uppstår ett handelshinder. Arnold André och Swedish Match förefaller även tolka domstolens dom i tobaksreklammålet²⁴ på detta sätt, varvid de har anfört att ett absolut förbud mot att göra reklam för vissa varor inte på något sätt kan anses underlätta handeln med dessa varor.

79. Denna invändning speglar emellertid inte den rätta innebörden av artikel 95 EG. Även om gemenskapsåtgärder måste förbättra villkoren för upprättandet av den inre marknaden och dess funktion och underlätta handeln, innebär detta inte att åtgärderna måste ha detta resultat med avseende på varje enskild vara. Som jag nämnt ovan, får gemenskapslagstiftaren förbjuda saluföringen av en vara. Under dessa förhållanden kan dessa varor inte lagligen släppas ut på marknaden inom Europeiska gemenskapen. Detta medför minskade tillämpningskostnader och kan även medföra minskade kostnader för att tillämpa bestämmelser om liknande varor. Om snus inte finns på

marknaden i Europeiska unionen, kan man således minska ansträngningarna att kontrollera saluföringen av andra rökfria tobaksvaror. I detta avseende kan man säga att artikel 8 i direktiv 2001/37 bidrar till att undanröja hinder i handeln med andra varor.

80. Sammanfattningsvis är det primära målet med bestämmelserna om den inre marknaden i EG-fördraget att det uppstår en enda marknad, som inte splittras av bestämmelser som skiljer sig åt från en medlemsstat till en annan. Detta mål medför inte att alla möjliga varor får säljas på denna marknad, även om de skadar användarnas hälsa. En bestämmelse som innehåller ett uttryckligt förbud mot att saluföra en viss vara kanske inte bidrar till att undanröja hinder rörande den specifika varan, men den kan ändå bidra till att upprätta den inre marknaden och få den att fungera i den mening som avses i artikel 95 EG.

E — Bedömning av lagenligheten av artikel 8 i direktiv 2001/37

81. Det är osäkert huruvida artikel 8 i direktiv 2001/37 verkligen skall anses utgöra ett totalförbud mot en viss kategori varor, såsom var fallet enligt direktivet om skjutvapen, eller huruvida förbudet i artikel 8 kan

24 — Domen i målet Tyskland mot parlamentet och rådet (ovan fotnot 10), punkterna 95–100.

jämföras med en inskränkning som rör varornas sammansättning, som till exempel artikel 3 i direktiv 2001/37.

IX — Hur gemenskapens behörighet används: Kravet i artikel 95.3 EG och proportionalitetsprincipen

A — Inledning

82. Artikel 8 i direktiv 2001/37 innebär inte ett förbud mot tobaksvaror i allmänhet. Förbudet omfattar endast tobaksvaror som är avsedda att användas på ett visst sätt. Förbudets tillämpningsområde skiljer sig inte väsentligt från tillämpningsområdet för ett förbud mot varor med en viss sammansättning. Man kan å andra sidan hävda att artikel 8 innebär ett förbud mot saluföring av en viss kategori tobaksvaror som har en marknad som mycket väl skulle kunna vara åtskild från marknaden för andra tobaksvaror (här bortses från "substitutionseffekten", som diskuteras på annan plats i detta förslag).

84. Som nämnts ovan, får gemenskapslagstiftaren använda sin behörighet enligt artikel 95 EG om det föreligger hinder (eller åtminstone nära förestående hinder) för den fria rörligheten och gemenskapsätgården bidrar till att undanröja dessa hinder. Gemenskapslagstiftaren har ett stort utrymme för skönsmässig bedömning. Detta utrymme är emellertid inte obegränsat. I denna del skall jag undersöka gränserna för gemenskapslagstiftarens behörighet.

83. Det är inte nödvändigt att gå in närmare på de argument som redovisas i föregående punkt. Som nämnts ovan, har gemenskapslagstiftaren rätt att förbjuda vissa kategorier av varor med stöd av artikel 95 EG. Eftersom direktiv 2001/37 förbjuder endast en särskild, avgränsad kategori av varor — vilka skiljer sig från andra tillåtna varor genom sättet de används på och inte genom deras sammansättning — råder det inte något tvivel om att artikel 95 EG kan användas som rättslig grund.

85. För det första krävs enligt artikel 152.1 EG en hög hälsoskyddsnivå för människor vid utformning av all gemenskapspolitik. Artikel 95.3 EG är ännu mer specifik när det gäller användning av lagstiftningsbefogenheten i artikel 95 EG och i denna punkt hänvisas till ny utveckling som grundar sig på vetenskapliga fakta. Medan nationella åtgärder som begränsar saluföringen av varor enligt artiklarna 28 EG och 30 EG måste vara motiverade av tvingande hänsyn till allmänintresset, måste gemenskapslagstiftarens åtgärder säkerställa en hög skyddsnivå. Som

jag konstaterade i mitt förslag till avgörande i målet *British American Tobacco*,²⁵ är det gemenskapslagstiftarens uppgift att ombesörja folkhälsoskyddet om det föreligger ett hinder för den fria rörligheten för varor. Ur hälsoskyddssynpunkt skiljer sig inte gemenskapslagstiftarens åtgärder från nationella åtgärder som innebär begränsningar av saluföringen av varor enligt artiklarna 28 EG och 30 EG.

87. För det tredje skall gemenskapslagstiftaren iakttä andra rättsprinciper som har fastslagits i domstolens rättspraxis eller som anges i fördraget, som till exempel omsorgsprincipen och principen om skydd för berättigade förväntningar samt motiveringskyldigheten. Som jag nämnt i inledningen till detta förslag, kommer jag inte att behandla dessa rättsprinciper, med undantag för motiveringskyldigheten (se nedan).

B — *En hög folkhälsoskyddsnivå*

1. Målens speciella karaktär

86. För det andra skall proportionalitetsprincipen iakttas. Enligt artikel 5 EG får gemenskapens åtgärder inte gå utöver vad som krävs för att uppnå det eftersträlvade målet. Om det huvudsakliga syftet med en gemenskapsåtgärd är att skydda folkhälsan — vilket är fallet med artikel 8 i direktiv 2001/37 — skiljer sig bedömningen av proportionalitetsprincipen inte från bedömningen av en åtgärd som en medlemsstat vidtagit med syftet att skydda folkhälsan i enlighet med artiklarna 28 EG och 30 EG. Det måste fastställas huruvida åtgärden är ägnad att skydda folkhälsan och huruvida samma resultat inte skulle kunna uppnås med mindre ingripande åtgärder.

88. De förevarande målen är speciella. Det råder inte något tvivel om att gemenskapslagstiftaren, genom att förbjuda snus, har avsett att uppnå en hög hälsoskyddsnivå. Det är emellertid osäkert huruvida åtgärden är ägnad att uppnå detta politiska mål, och det är även möjligt att det skulle ha gagnat det politiska målet om gemenskapslagstiftaren hade tillåtit saluföring av snus.

89. Den centrala frågan i de förevarande målen är att artikel 8 i direktiv 2001/37 innehåller ett förbud mot en vara som ännu inte saluförs i medlemsstaterna, med undantag för Sverige. De handlingar som ingivits

25 — Särskilt punkt 106 i förslaget.

till domstolen ger stöd för påståendet att snus kan orsaka cancer i munhålan. Enbart detta påstående motiverar emellertid inte förbudet mot snus. Mitt andra påstående är att snusningens skadeverkningar är betydligt mindre än farorna med rökning. Slutligen är det osäkert huruvida den huvudsakliga effekten av att göra snus tillgängligt på marknaden kommer att vara att få folk att sluta röka ("substitutionseffekten") eller att göra det lättare att börja använda tobak ("inkörsport").²⁶

90. Jag skall nu i tur och ordning diskutera hänvisningen i artikel 95.3 EG till ny utveckling som grundar sig på vetenskapliga fakta, försiktighetsprincipen i fall där det råder oenighet om huruvida en åtgärd är verksam för att gynna folkhälsan och principen att förebyggande åtgärder bör vidtas.

2. Anmärkningar om bevisningen

91. Under förfarandet vid domstolen har mycket uppmärksamhet ägnats åt de (vetenskapliga) bevis som ligger till grund för förbudet mot snus.

92. För det första har Arnold André och Swedish Match (och den svenska regeringen) anfört intressanta rättsliga argument om betydelsen av nya vetenskapliga bevis. De har gjort gällande att gemenskapslagstiftaren är skyldig att beakta den vetenskapliga utvecklingen. Proportionalitetsprincipen innefattar en skyldighet att över tiden göra en översyn av huruvida en åtgärd har blivit oproportionerlig.²⁷ Arnold André och Swedish Match har hänvisat till artikel 95.3 EG och till domstolens rättspraxis.

93. De har särskilt nämnt gemenskapens åtgärder på det veterinära och avelstekniska området, som till exempel åtgärderna för att bekämpa BSE, vilka var i fråga i mål C-180/96, Förenade kungariket mot kommissionen.²⁸ I domen i detta mål fastställde domstolen att en vetenskaplig djupundersökning skall göras av de åtgärder som bör vidtas och att nya rön skall beaktas. Å ena sidan håller jag med Arnold André och Swedish Match i den mån de har gjort gällande att lagstiftning måste ses över när nya vetenskapliga uppgifter ger upphov till tvivel angående fördelarna med denna lagstiftning. Fortlöpande översyn är en skyldighet för varje lagstiftare. Denna skyldighet blir

²⁷ — I detta avseende har Arnold André och Swedish Match gjort en jämförelse med domstolens rättspraxis om socialpolitik, av vilken följer att det finns en skyldighet att med jämna mellanrum utvärdera verksamheten i fråga för att mot bakgrund av den sociala utvecklingen avgöra om ett undantag alljämt kan bibehållas (dom av den 11 januari 2000 i mål C-285/98, Kreil, REG 2000, s. I-69).

²⁸ — Domstolens dom av den 5 maj 1998 i mål C-180/96, Förenade kungariket mot kommissionen (REG 1998, s. I-2265), punkt 101.

²⁶ — Se punkterna 44–54 i detta förslag till avgörande.

än mer betydelsefull när en särskild bestämmelse införs i en gemenskapsförordning eller i ett gemenskapsdirektiv som lagstiftaren är i färd med att ändra på grund av nya utvecklingstendenser inom det relevanta området. Vid en grundläggande ändring av lagstiftningen om användning av tobaksvaror, måste lagstiftaren således ompröva alla åtgärder rörande de olika tobaksvarorna.

förutsättning att dessa åtgärder grundas på seriösa och aktuella vetenskapliga undersökningar. Som en följd av dessa undersökningar behövs det inte entydiga vetenskapliga belägg för hälsoriskerna. Det räcker med allvarliga tecken.

94. Å andra sidan håller jag inte med om att en översyn i förevarande fall nödvändigtvis skulle ha medfört en ändring av gemenskapslagstiftningen om snus. Som jag nämnt ovan i punkt 47 i detta förslag, innehåller de vetenskapliga rapporter som har ingivits till domstolen uppgifter som visar på skadeverkningsarna av snusning och — i motsats till vad Arnold André och Swedish Match förefaller anse — dessa rapporter ger inte uttryck för en helt ny ståndpunkt i fråga om hälsoriskerna. Jag vill framhålla att det följer av domstolens rättspraxis rörande artikel 30 EG att folkhälsoåtgärder som innebär inskränkningar i den fria rörligheten för varor kan vidtas, även om det inte råder vetenskaplig enighet. Här kan domstolens domar i målen *De Peijper* och *National Farmers Union* m.fl. nämnas.²⁹ Enligt gemenskapsrätten är det således tillåtet att vidta restriktiva åtgärder med syftet att skydda folkhälsan, under

95. För det andra, när det gäller beläggen för den ändamålsenliga verkan av artikel 8 i direktiv 2001/37, kan det konstateras att det inte är vetenskapligt belagt att snus främst utgör en inkörsport till tobaksanvändning snarare än ett substitut till rökning. Avsaknaden av belägg och den vetenskapliga osäkerheten rör faktiskt inte den förbjudna varan i sig, utan förväntningarna om människors beteende. Den fråga som måste besvaras är huruvida man under dessa förhållanden kan anse att förbudet mot snus är en verksam åtgärd för att skydda folkhälsan. Det är just av detta skäl som jag avser att behandla försiktighetsprincipen och principen att förebyggande åtgärder bör vidtas.

3. Försiktighetsprincipen

96. Som jag har påpekat ovan, är det osäkert huruvida förbudet mot snus är en verksam åtgärd för att skydda folkhälsan. Jag skall i det följande diskutera huruvida gemenskapslagstiftaren under sådana förhållanden är skyldig att avstå från att vidta åtgärder eller huruvida lagstiftaren kan grunda sina åtgärder på försiktighetsprincipen.

²⁹ — Dom av den 20 maj 1976 i mål 104/75, *De Peijper* (REG 1976, s. 613, svensk specialutgåva, volym 3, s. 91), och av den 5 maj 1998 i mål C-157/96, *National Farmers' Union* m.fl. (REG 1998, s. I-2211).

97. Försiktighetsprincipen definieras inte i fördraget. I fördraget hänvisas det endast en gång till denna princip, i samband med gemenskapens politik i fråga om miljöskydd i artikel 174 EG. Principen är emellertid tillämplig på många fler områden än miljöskyddsområdet. Kommissionen offentliggjorde den 2 februari 2000 ett meddelande om försiktighetsprincipen.³⁰ I detta meddelande anser kommissionen att försiktighetsprincipen är en allmän princip som särskilt skall beaktas på områdena för miljöskydd och människors, djurs och växters hälsa. Enligt kommissionen är försiktighetsprincipen endast relevant när en potentiell risk har identifierats och när resultaten av de vetenskapliga undersökningarna av denna risk är blandade eller inkonklusiva.

98. Försiktighetsprincipen innebär i huvudsak att gemenskapslagstiftaren ges ett större, men inte obegränsat, utrymme för skönmässig bedömning. När lagstiftaren avser att använda detta utvidgade handlingsutrymme, har denne en tung bevisbörda för att styrka att den påstådda risken inte enbart är hypotetisk.

30 — Meddelande från kommissionen om försiktighetsprincipen (KOM(2000) 1 slutlig). Syftet med meddelandet är att i huvuddrag ange kommissionens tillvägagångssätt för att tillämpa försiktighetsprincipen, att fastställa riktlinjer för att tillämpa den, att fastställa en gemensam syn på hur man skall bedöma, värdera, hantera och meddela de risker som vetenskapen ännu inte kan värdera fullt ut och att undvika omotiverat åberopande av försiktighetsprincipen som en förklarad form av protektionism.

99. Domstolen har vid ett flertal tillfällen prövat tillämpningen av försiktighetsprincipen i mål rörande hälsofrågor och fri rörlighet för varor. Mål C-236/01, Monsanto,³¹ rörde bland annat tolkningen av artikel 12 i Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 258/97 av den 27 januari 1997 om nya livsmedel och nya livsmedels ingredienser.³² I målen C-192/01, kommissionen mot Danmark, C-24/00, kommissionen mot Frankrike, och C-95/01, Greenham och Abel,³³ hade domstolen att pröva olika nationella lagar om begränsningar av tillsatser, som till exempel vitaminer och mineraler, i livsmedel.

100. För en korrekt tillämpning av försiktighetsprincipen krävs, för det första, att de eventuellt negativa följderna för hälsan av en särskild situation kan identifieras och, för det andra, en utförlig utvärdering av eventuella hälsorisker grundad på de mest tillförlitliga vetenskapliga uppgifter som finns tillgängliga och på de senaste resultaten av den internationella forskningen.³⁴ Med andra ord måste det vara sannolikt att det finns en hälsorisk.³⁵ Domstolen har fastställt följande: "Om resultaten av genomförda under-

31 — Dom av den 9 september 2003 i mål C-236/01, Monsanto (REG 2003, s. I-8105), punkt 113.

32 — EGT L 43, s. 1.

33 — Dom av den 23 september 2003 i mål C-192/01, kommissionen mot Danmark (REG 2003, s. I-9693), samt domar av den 5 februari 2004 i mål C-24/00, kommissionen mot Frankrike (REG 2004, s. I-24100, s. I-1277) och i mål C-95/01, Greenham och Abel (REG 2004, s. I-1333).

34 — Enligt vad domstolen fastställde i punkterna 51–55 i domen i målet kommissionen mot Danmark (ovan fotnot 33).

35 — Se generaladvokaten Mischos förslag till avgörande i målet kommissionen mot Danmark (ovan fotnot 33), punkt 102.

sökningar inte är så fullständiga, övertygande eller exakta att det är möjligt att fastställa förekomsten eller omfattningen av den påstådda risken men det likväl är sannolikt att det skulle uppstå en verklig skada för folkhälsan om risken förverkligades är det enligt försiktighetsprincipen motiverat att vidta restriktiva åtgärder.”³⁶ Enligt denna dom är vetenskaplig osäkerhet den centrala delen i försiktighetsprincipen. Åtgärder kan vidtas när den önskvärda nivån av skydd för miljö eller hälsa äventyras.

101. I allmänhet är försiktighetsprincipen av betydelse om en stat vill vidta riskregleringsåtgärder. I Riodeklarationen, som antogs inom ramen för världstoppmötet om hållbar utveckling i Johannesburg (World Summit on Sustainable Development) anges att principen är tillämplig på fall där det föreligger hot om allvarlig eller oåterkallelig skada, men där det råder vetenskaplig osäkerhet om dessa hot. Det förhållandet att det inte finns några bevis för skada bör inte anses innebära att det inte föreligger någon skada.³⁷

102. Det är osäkert huruvida behörigheten att med stöd av försiktighetsprincipen vidta riskregleringsåtgärder kan användas för att utesluta all risk. Förstainstansrätten fast-

ställde i domen i mål T-13/99, Pfizer Animal Health mot rådet³⁸ dels att en gemenskapsåtgärd som vidtas med stöd av försiktighetsprincipen å ena sidan inte får grundas på ett synsätt om ”nollrisk”, dels att gemenskapens institutioner skall beakta sin skyldighet enligt artikel 152.1 första stycket EG att säkerställa en hög skyddsnivå för människors hälsa.

103. Det står enligt min uppfattning klart att gemenskapslagstiftaren kan grunda sina åtgärder på försiktighetsprincipen, om tre kumulativa villkor är uppfyllda. För det första skall det råda vetenskaplig osäkerhet om risknivån, för det andra skall risken analyseras och framstå som realistisk och för det tredje skall risken ha betydande följder för allmänintresset. När det gäller åtgärdens materiella innehåll, får en åtgärd som grundas på försiktighetsprincipen inte gå så långt som att utesluta all risk.

104. Jag skall nu behandla de förevarande målen. Arnold André och Swedish Match har gjort gällande att försiktighetsprincipen inte är tillämplig. De har hänvisat till vissa principer som förstainstansrätten fastställde i domen i det ovannämnda målet Pfizer Animal Health mot rådet.³⁹ Dessa principer syftar till att säkerställa att försiktighetsprincipen inte används på ett godtyckligt sätt. De anser dessutom att försiktighets-

36 — Punkt 52 i domen.

37 — För närmare detaljer, se ”Is the precautionary principle justiciable?”, Fischer, E., *Journal of Environmental Law*, vol. 13, nr 3, s. 315.

38 — Dom av den 11 september 2002 i mål T-13/99, Pfizer Animal Health mot rådet (REG 2002, s. II-3305), punkt 152.

39 — Se ovan, fotnot 38.

principen endast är relevant i fall där det råder vetenskaplig osäkerhet om vilken verkan ett visst ämne eller beteende har. Den åberopas i fall där det fortfarande råder osäkerhet, trots att det har gjorts en analys av alla tillgängliga vetenskapliga uppgifter.

frågan huruvida förbudet mot saluföring av snus kommer att hindra rökare från att sluta röka eller avskräcka unga icke-rökare från att börja använda tobak.

105. Arnold André och Swedish Match har bestritt att det råder osäkerhet om hälsoriskerna med snus. De har framhållit att snus inte är en ny vara, utan en vara som traditionellt har saluförts i vissa nordiska länder. Hälsoriskerna är således kända. Jag instämmer med Arnold André och Swedish Match i dessa anmärkningar. Försiktighetsprincipen är inte relevant i fråga om verkningarna av snus, som är en traditionell vara i vissa nordiska länder. Även om de vetenskapliga rapporter som har ingivits till domstolen inte är entydiga när det gäller bedömningen av riskerna med snusning, vilket kanske framgår av vad som anförts ovan, råder det inte någon vetenskaplig osäkerhet i den mening som redovisats ovan. Domstolen kan således grunda sin bedömning på antagandet att användning av snus kan orsaka cancer i munhålan.

106. Det är emellertid högst osäkert vilken verkan saluföring av snus inom hela gemenskapen skulle ha på — främst unga — människors beteende. Det är här fråga om följderna av vad som anförts ovan, det vill säga osäkerheten kring förbudets verkan och

107. Enligt min uppfattning kan försiktighetsprincipen inte tillämpas under dessa omständigheter:

- Osäkerheten om den risk som motiverar förbudet beror på förväntningar om hur snus används. Detta är inte en vetenskaplig risk som motiverar att försiktighetsprincipen tillämpas. Grunden för osäkerheten har ingenting att göra med försiktighetsprincipen.
- När det gäller bevisbördan finns det inte en sannolik risk för att folkhälsan skadas om snus släpps ut på marknaden. Här kan substitutionseffekten nämnas.⁴⁰ Gemenskapslagstiftaren var inte i en situation där denne kunde grunda sina åtgärder på sannolikheten för faktisk skada för folkhälsan,⁴¹ utan att ha tillgång till entydiga vetenskapliga belägg.

⁴⁰ — Se punkterna 50–53 ovan.

⁴¹ — Detta är ett villkor som fastställts av domstolen och som nämns i punkt 100 ovan.

- Däremot är det tredje villkoret som jag nämnt i punkt 103 ovan uppfyllt. Risken, om den inträffar, har nämligen betydande följder för folkhälsan.

behöver gemenskapslagstiftaren inte vänta till dess att "inkörsportsteorin" har visat sig vara riktig. Lagstiftaren kan agera förebyggande. Dessutom bör man fråga sig vad som skulle hänt om gemenskapslagstiftaren inte hade haft rätt att agera förebyggande. Snus skulle ha släppts ut på marknaden och människor skulle ha börjat använda det. Efter några år kanske det skulle ha stått klart att snus ofta användes av ungdomar som inte hade rökt förut (och för vilka tröskeln till rökning hade försvunnit eller sänkts). Det skulle ha varit gemenskapslagstiftarens ansvar att göra sig av med en vara som hade blivit attraktiv och beroendeframkallande för konsumenterna. Det är tveksamt om en sådan åtgärd skulle ha varit lika verksam som ett förbud mot en vara som inte ännu hade nått ut till konsumenterna. Härvid kan risken för att en olaglig marknad uppstår nämnas. Härtill kommer att ett förbud mot en vara som redan saluförs kan skada tillverkarens berättigade förväntningar, och ett sådant förbud kan leda till utbetalning av ersättning och/eller övergångsbestämmelser.

4. Förebyggande åtgärder

108. I avdelning XIX i EG-fördraget om miljö omnämns även principen att förebyggande åtgärder bör vidtas. Denna princip, som fastställs i artikel 174.2 EG, har även erkänts när det gäller skydd av människors hälsa, närmare bestämt i domstolens rättspraxis om BSE.⁴² Principen omnämns vanligen i samband med försiktighetsprincipen. Som exempel kan nämnas att domstolen i sin rättspraxis om BSE inte har givit principen att förebyggande åtgärder bör vidtas en självständig roll.

109. Enligt min uppfattning är denna princip av stor betydelse i de förevarande målen. Ställd inför de hälsorisker som eventuellt skulle kunna uppstå om snus fick saluföras,

110. Förebyggande åtgärder behövs således, eftersom det skulle kunna få oåterkalleliga verkningar om snus fick släppas ut på marknaden. Om medlemsstaterna tillät saluföring och marknadsföring under en viss period, skulle det inte längre vara möjligt att införa ett verksamt förbud mot snus.

⁴² — Dom av den 5 maj 1998 i mål C-180/96, Förenade kungariket mot kommissionen (REG 1998, s. I-2265), och den ovan i fotnot 29 nämnda domen i målet National Farmers' Union m.fl.

C — *Proportionalitetsprincipen*

1. Allmänt

111. I domen i målet *British American Tobacco* prövade domstolen proportionalitetsprincipen i förhållande till direktiv 2001/37, med beaktande av vikten av ett adekvat skydd av folkhälsan genom gemenskapslagstiftarens försorg. Domstolen förde ett utförligt resonemang om detta. Jag skall här nämna följande centrala delar, vilka särskilt har samband med de förevarande målen:

- Åtgärderna skall vara ägnade att leda till att det eftersträvade målet uppnås, det vill säga att skydda folkhälsan genom att göra användningen av tobaksvaror mindre attraktiv.
- Gemenskapslagstiftaren har ett vidsträckt utrymme för skönsmässig bedömning, vilket innefattar val av politisk, ekonomisk och social art. Endast om en åtgärd är uppenbart olämplig i förhållande till det mål som eftersträvas, kan dess lagenlighet påverkas (se punkt 123 i domen).

- Även vissa långtgående åtgärder, som till exempel förbudet mot tillverkning av cigaretter som innehåller vissa halter och förbudet mot befintlig, men antagligen vilseledande, information anses vara förenliga med proportionalitetsprincipen.

112. Det följer av dessa uttalanden från domstolen att en gemenskapsrättslig bestämmelse om tobaksanvändning, som syftar till att skydda folkhälsan, inte utan vidare kan förklaras ogiltig på grund av att den strider mot proportionalitetsprincipen. Proportionalitetsprincipen skall som bekant inte förväxlas med en jämförande bedömning av skyddet för folkhälsan och privata företags kommersiella intressen. Förbudet mot snus är förenligt med proportionalitetsprincipen om följande villkor är uppfyllda:

- Bestämmelsen som innehåller förbudet mot att släppa ut varan på marknaden är ägnad att undanröja, eller åtminstone minska, hotet mot folkhälsan.
- En mindre ingripande åtgärd skulle inte garantera samma hälsoskyddsnivå.

113. I slutet av denna del skall jag behandla en fråga som tagits upp av Arnold André och Swedish Match, nämligen huruvida åtgärden innebär att en oproportionerligt stor ekonomisk börda läggs på specifika företag.

— "[Gemenskapslagstiftaren] gjorde en samlad bedömning av för- och nackdelarna med [den ordning som skulle införas] och ... denna politik ...[var] i vart fall inte uppenbart olämplig i förhållande till målet att bekämpa mul- och klövsjuka."

2. Lämplighet: behörigheten att reglera när fördelarna är osäkra

114. Den osäkerhet som råder om förbudets fördelar för folkhälsan kan jämföras med den osäkerhet som gemenskapslagstiftaren hanterade när denne beslutade att införa ett förbud mot förebyggande vaccinering för att bekämpa mul- och klövsjuka. I domen i mål C-189/01, Jippes m.fl.,⁴³ fastställde domstolen följande:

— "[Följaktligen går inte förbudet mot vaccinering] utöver vad som är ändamålsenligt och nödvändigt för att uppnå det mål som eftersträvas med de gemenskapsrättsliga bestämmelserna, med hänsyn till att rådet har ett stort utrymme för skönsmässig bedömning ..."

— "Om gemenskapslagstiftaren har att bedöma de framtida verkningarna av bestämmelser som skall antas, trots att dessa verkningar inte exakt kan förutses, kan bedömningen ifrågasättas endast om den framstår som uppenbart felaktig mot bakgrund av de uppgifter som lagstiftaren hade tillgång till när de ifrågavarande bestämmelserna antogs."

115. Domstolen fastställde därmed tre villkor. Lagstiftaren har ett stort utrymme för skönsmässig bedömning, lagstiftaren måste göra en samlad bedömning av för- och nackdelarna med en planerad ordning, men en gemenskapsåtgärd kan endast ogiltigförklaras om bedömningen är uppenbart oriktig. Om man överför dessa villkor på de förevarande målen, står det klart att förbudet mot snus skall anses vara lämpligt. Jag hänvisar till vad som anförts ovan om principen att förebyggande åtgärder bör vidtas för att visa att gemenskapslagstiftaren inte gjorde en uppenbart oriktig bedömning.

⁴³ — Dom av den 12 juli 2001 i mål C-189/01, Jippes m.fl. (REG 2001, s. I-5689), särskilt punkterna 84, 85, 95 och 100.

Det skulle få oåterkalleliga verkningar om snus fick släppas ut på gemenskapsmarknaden. Försiktighetsprincipen är inte relevant.

3. Verkan av mindre ingripande åtgärder

116. Arnold André och Swedish Match har givit exempel på en rad mindre ingripande åtgärder. De har hänvisat till metoden att föreskriva tekniska standarder, som till exempel de standarder som finns i Kanada eller de som grundar sig på de principer som Swedish Match självt använder. Vidare har de nämnt märkningskrav, möjligheten att införa en åldersgräns och restriktioner för detaljhandeln.

117. Med hänsyn till det politiska målet med förbudet — såsom det anges i ingressen till direktiv 92/41 — kan alternativa åtgärder inte vara lika verksamma som ett totalförbud. Eftersom gemenskapslagstiftarens syfte är att förhindra att nya varor introduceras på marknaden är det uppenbart att detta syfte inte kan uppnås genom åtgärder som är mindre ingripande än ett totalförbud.

118. Tekniska standarder kan visserligen medföra att skadeverkningarna av att använda vissa varor begränsas, men jag vill

framhålla att de inte medför att dessa verkningar undanröjs helt, såvida inte alla farliga ämnen måste avlägsnas från varan, inbegripet nikotin, som gör varan attraktiv för användaren. Det finns ingenting som tyder på att en sådan långtgående teknisk standard — detta har inte föreslagits av Arnold André och Swedish Match i de förevarande målen — skulle vara mindre ingripande för handeln än det förbud som föreskrivs i gällande gemenskapsrätt.

119. De andra alternativen som nämns ovan har inte samma verkan som ett förbud. Eftersom snus anses vara en attraktiv vara för ungdomar kan dess blotta existens på marknaden driva dem till att använda den. Man skulle till och med kunna anse att rättsliga restriktioner, som till exempel bestämmelser om märkning och åldersgränser, skulle kunna göra snus ännu mer attraktivt.

4. En oproportionerligt stor börda läggs på specifika företag

120. Jag skall slutligen beröra den omständigheten att en oproportionerligt stor börda läggs på dem som tillverkar och säljer snus. Denna fråga har tagits upp av Arnold André och Swedish Match i de förevarande målen. Som jag nämnt ovan är förbudet mot snus en åtgärd som får viktas med stöd av artikel 95

EG och som — i sig — är förenlig med proportionalitetsprincipen. Detta utesluter likväl inte en skyldighet för Europeiska gemenskapen att gottgöra den skada som orsakats genom denna åtgärd, i enlighet med bestämmelsen om utomobligatoriskt ansvar i artikel 288.2 EG.

121. Denna skyldighet uppstår emellertid endast om det föreligger väsentlig skada och/eller om berättigade förväntningar har skadats. Jag kan fatta mig kort på dessa punkter. Snus har ännu inte släppts ut på gemenskapsmarknaden (förutom i Sverige) och de som tillverkar snus kan inte ha haft berättigade förväntningar på att de skulle tillåtas att tillverka och sälja snus på gemenskapsmarknaden. Förbudet mot snus infördes redan genom direktiv 92/41 (före Sveriges anslutning till Europeiska unionen).

X — Principen om likabehandling

122. Principen om likabehandling framställs i de förevarande målen som en princip som inte skall förväxlas med proportionalitetsprincipen, även om verkan av tillämpningen av dem under omständigheterna är relativt likartad. Förbudet mot snus anses vara

oproportionerligt just eftersom andra varor som är lika farliga eller ännu farligare tolereras på marknaden.

123. De många yttranden som har ingivits till domstolen gör det likväl nödvändigt att göra en separat bedömning. Likabehandlingsprincipen innebär främst att jämförbara situationer inte får behandlas olika och att olika situationer inte får behandlas lika, såvida det inte finns sakliga skäl för en sådan särbehandling.⁴⁴

124. Man skulle kunna hävda att denna princip utgör en grundläggande begränsning av gemenskapslagstiftarens utrymme för skönsmässig bedömning, närmare bestämt när det gäller åtgärder som syftar till att begränsa eller till och med förbjuda saluföringen av vissa varor. Om man fortsätter detta resonemang, innebär det ett krav på att gemenskapslagstiftaren gör en bedömning av riskerna med saluföringen av alla jämförbara varor innan denne vidtar en åtgärd.

125. Jag delar inte uppfattningen att likabehandlingsprincipen har så långtgående följder. Om man till exempel antar att det på en viss marknad — jag håller mig till en väl

⁴⁴ — Se till exempel domstolens dom av den 13 april 2000 i mål C-292/97, Karlsson m.fl. (REG 2000, s. I-2737), punkt 39.

avgränsad marknad, som till exempel marknaden för tobaksvaror — finns fem olika varor som ger upphov till allvarliga hälsorisker; ankommer det i ett sådant fall på lagstiftaren att inom ramen för sitt handlingsutrymme besluta vilka av dessa varor — och i vilken ordning — som skall förbjudas på marknaden eller bli föremål för restriktioner. Den enda begränsning som åligger lagstiftaren i detta avseende är att denne inte får fatta godtyckliga beslut. Lagstiftaren måste motivera varför en viss vara skall omfattas av stränga regler. En del av denna motivering skulle kunna bestå i en jämförelse med andra varor på marknaden.

126. Jag skall nu behandla de två huvudsakliga invändningarna från Arnold André och Swedish Match rörande likabehandlingsprincipen. Den första invändningen är att likvärdiga varor inte är förbjudna. Enligt Arnold André och Swedish Match är tuggtobak inte förbjudet, trots att denna vara i praktiken används på samma sätt som snus. De har anfört att även om varan normalt sett kallas för "tuggtobak", är det ofta så att användaren inte tuggar tobaken, utan suger på den.

127. Arnold André och Swedish Match kan ha rätt på denna punkt. Skillnaden mellan de två varorna är inte uppenbar, även om det skulle kunna tänkas finnas en viss skillnad i sammansättningen när det gäller halterna av nitrosaminer och nikotin.⁴⁵ Även om Arnold Andrés och Swedish Matches redogörelse för

hur tuggtobak används inte speglar verkligheten, går det att jämföra verkningarna på hälsan av sättet denna vara används på. När det gäller skadeverkningarna av användning av rökfria tobaksvaror, gör det ingen större skillnad huruvida man suger eller tuggar på dem. Trots detta innebär inte likheten mellan varorna ett åsidosättande av likabehandlingsprincipen. När allt kommer omkring grundas inte skillnaden i behandling på vilken verkan varorna har på den enskilda användaren, utan på att de (potentiella) användargrupperna är olika. Tuggtobak attraherar huvudsakligen väl avgränsade samhälls- och yrkesgrupper, medan snus är avsett att vara attraktivt för ett brett spektrum av användare, som i Sverige. Skillnaden i behandling motiveras således inte av själva varornas inneboende egenskaper, utan av personerna som (potentiellt sett) använder dem.

128. Den andra invändningen rör det förhållandet att snus, i motsats till vad gemenskapslagstiftaren har angivit, inte är en ny vara, utan en traditionell vara, åtminstone i vissa nordiska länder. Arnold André och Swedish Match använder ordet "nya" på ett annat sätt än gemenskapslagstiftaren och de övriga parter som har inkommit med yttrandet till domstolen. Arnold André och Swedish Match använder detta ord i förhållande till varan som sådan, medan de andra använder det i förhållande till den relevanta marknaden.

45 — Se punkt 38 ovan.

129. Jag medger att gemenskapslagstiftarens hänvisning till nya varor i ingressen till direktiv 92/41 inte åtföljdes av en hänvisning till den inre marknaden. Det är emellertid uppenbart att lagstiftaren hänvisade till varor som ännu inte var tillgängliga på gemenskapsmarknaden och inte till nya varor som sådana, eftersom direktiv 92/41 — liksom direktiv 2001/37 — endast rör den inre marknaden för tobaksvaror och inte varor som tillverkas och är tillgängliga i tredje länder. Ordet "nya" användes i samband med det politiska målet att hindra ungdomar i Europeiska unionen att börja använda tobaksvaror eller — ännu värre — börja använda tobaksvaror som dittills inte hade varit tillgängliga för dem. Snus var inte tillgängligt för ungdomar i Europeiska unionen. Denna vara kunde jämföras med tobaksvaror som ofta användes på andra kontinenter, men inte i Europa.

130. Sverige var ännu inte en medlemsstat när direktiv 92/41 antogs. Därför kunde gemenskapslagstiftaren använda ordet "nya" på ett förbehållslöst sätt, eftersom varorna i fråga över huvud taget inte salufördes inom Europeiska gemenskapen. Det var först senare, när Sverige anslöt sig till gemenskapen, som dessa förhållanden ändrades. Skillnaden bestod dock, eftersom snus inte är förbjudet i den enda medlemsstaten där denna vara traditionellt används.

131. Jag anser således att ingen av de två invändningarna visar på att likabehandlingsprincipen har åsidosatts. Som anförts ovan, är likabehandlingsprincipen av betydelse såtillvida att den innebär ett krav på att gemenskapslagstiftaren motiverar skillnaden i behandling av jämförbara varor.

132. Det råder inte något tvivel om att gemenskapslagstiftaren angav giltiga skäl i ingressen till direktiv 92/41, vilka återges i punkt 5 i detta förslag. Kommissionen, rådet och parlamentet har i sina yttranden givit vissa ytterligare förklaringar till förbudet mot snus. För det första har de anført att hänsyn togs till den inre marknadens funktion, eftersom tre medlemsstater övervägde att förbjuda snus eller redan hade infört ett sådant förbud. För det andra har de nämnt en snabbt ökande konsumtionstrend. För det tredje har de underbyggt hälsoriskerna och för det fjärde har de anført att de ekonomiska kostnaderna för förbudet är relativt små.

133. Med hänsyn till vad som anförts ovan, anser jag att artikel 8 i direktiv 2001/37 uppfyller likabehandlingsprincipen.

XI — Motiveringsskyldigheten enligt artikel 253 EG*A — Ändrade förhållanden*

134. Förbudet mot tobak för användning i munnen infördes genom direktiv 92/41 och grundades på att det gällde varor som ännu inte var kända på gemenskapsmarknaden och som kunde vara attraktiva för ungdomar. Med hänsyn till den uppfattning jag förrespråkar i detta förslag, kan denna motivering anses ge stöd åt förbudet. Det kan emellertid konstateras att förbudet inte motiverades i sak när det bekräftades genom direktiv 2001/37. I ingressen till detta direktiv hänvisas endast till det förbud som föreskrevs i direktiv 92/41.

135. Enligt domstolens rättspraxis är motiveringsskyldigheten en väsentlig formföreskrift som skall skiljas från frågan om motiveringens riktighet, som avser den omtvistade rättsaktens materiella laglighet. Det bör erinras om att den motivering som erfordras skall anpassas efter vilket slags rättsakt det är fråga om. Av motiveringen skall klart och tydligt framgå hur den institution som har antagit rättsakten har resonerat, så att de som berörs därav kan få kännedom om skälen för den vidtagna åtgärden och så att domstolen ges möjlighet att utöva sin prövningsrätt. Vidare framgår det av denna rättspraxis att det inte krävs att alla relevanta faktiska och rättsliga omstän-

digheter anges i motiveringen, eftersom bedömningen av om motiveringen av en rättsakt uppfyller kraven i artikel 253 EG inte enbart skall ske endast utifrån rättsaktens ordalydelse utan även utifrån sammanhanget och reglerna på det ifrågavarande området.⁴⁶

136. Jag vill framhålla att skyldigheten enligt artikel 253 EG är mer än bara en formalitet, vilket Förenade kungarikets regering har hävdat i de förevarande målen. Domstolen måste kunna pröva huruvida ett beslut kan motiveras av de skäl som anges i det. Dessutom krävs det en mer ingående motivering när ett beslut avviker från det vanliga förfarandet eller när andra omständigheter gör att det krävs en mer ingående motivering för att domstolen skall kunna göra sin prövning.

137. Det följer av domstolens rättspraxis rörande artikel 253 EG att kraven i denna artikel inte endast skall bedömas mot bakgrund av deras lydelse, utan även mot bakgrund av deras sammanhang. För mig är det uppenbart att motiveringen inte endast skall betraktas mot bakgrund av de förhållanden som rådde när bestämmelsen i fråga antogs. I motiveringen måste även väsentliga ändringar av förhållanden beaktas. Detta krav är desto viktigare när hela politiken inom ett visst område är föremål för

46 — Se mitt förslag till avgörande av den 25 september 2003 i mål C-278/00, Grekland mot kommissionen (REG 2004, s. I-3997), punkt 182, och den rättspraxis som anges i fotnot 42 i det förslaget.

omprövning. I de förevarande målen kan det emellertid konstateras att gemenskapslagstiftaren inte tog hänsyn till de ändrade förhållandena.

138. I de förevarande målen anser jag att man bör uppmärksamma två väsentliga ändringar av förhållandena:

— Sverige anslöt sig till Europeiska unionen.

— Gemenskapens politik om tobaksvaror ändrades väsentligt.

B — Sveriges anslutning till Europeiska unionen

139. För det första innebar Sveriges anslutning att Europeiska unionen fick en medlemsstat där användningen av snus är traditionell och omfattande. Under dessa omständigheter behöver motiveringen i ingressen i direktiv 92/41, nämligen att förbudet inte bör påverka traditionella tobaksvaror för användning i munnen, behandlas ytterligare. Förutsättningen för denna motivering var trots allt att snus är en vara som bör betraktas som en vara som inte har någon tradition på gemenskapens inre marknad.

140. Jag anser emellertid att följderna av Sveriges anslutning för den inre marknaden för tobaksvaror för användning i munnen är av än större betydelse. Gemenskapen reagerade på följderna av Sveriges anslutning genom att avskärma denna marknad. Den svenska marknaden är avskild från den inre marknaden för dessa varor. Dessutom är de svenska myndigheterna skyldiga att vidta de åtgärder som är nödvändiga för att förhindra att varor som är tillåtna på den svenska marknaden, men förbjudna på marknaden i resten av gemenskapen, exporteras till den sistnämnda marknaden.

141. Detta val från gemenskapslagstiftarens sida strider mot begreppet inre marknad, eftersom det innebär att denna marknad avskärmats. I detta avseende vill jag framhålla betydelsen av att upprätta den inre marknaden och få den att fungera som ett instrument för den europeiska integrationen. I de förevarande målen har en sådan avskärmning än mer betydelse av följande skäl:

— Syftet med direktiv 2001/37 är just att upprätta den inre marknaden och få den att fungera, genom att avlägsna hinder för den fria rörligheten för tobaksvaror. Undantaget för Sverige skapar emellertid ett nytt hinder.

— Denna avskärmning är inte begränsad till en övergångsperiod. Det var begrip-

ligt att Sverige gavs ett undantag vid tiden för anslutningen, eftersom det skulle ha kunnat vara svårt för den svenska regeringen att stoppa snusvändningen omedelbart. Det skulle emellertid ha varit mer förenligt med den inre marknadens betydelse att uppställa en tidsmässig begränsning av denna verkan på den inre marknaden. En av de normala följderna av en anslutning till Europeiska unionen är en anpassning av lagstiftningen till Europeiska unionens normer.

142. Det förhållandet att det saknas motivering som rör Sveriges anslutning medför att det uppstår två tomrum. För det första borde gemenskapslagstiftaren ha beaktat förbudets verkningar på tobaksvaror som är traditionella i en medlemsstat. För det andra borde lagstiftaren ha beaktat följderna av Sveriges anslutning för upprättandet av den inre marknaden för tobaksvaror och dess funktion.

C — Ändringen av gemenskapens politik om tobaksvaror

143. Jag skall nu behandla den grundläggande ändringen av gemenskapens politik i fråga om tobaksvaror. Det kan allmänt sägas att direktiv 2001/37 är ett uttryck för en tobakspolitik som har blivit mer och mer restriktiv under årens lopp. Som anförts

ovan, är denna politik främst inriktad på att bekämpa rökning.

144. Det kan likväl konstateras att, i motsats till den allmänna tendensen när det för politiken i fråga om cigaretter, politiken i fråga om rökfria tobaksvaror (med undantag för snus) tycks ha blivit mer flexibel. Jag vill härvid erinra om reglerna om märkning av andra rökfria tobaksvaror än snus. Förpackningarna behöver inte längre vara försedda med varningstexten "Orsakar cancer". Det är numera tillräckligt att det på förpackningarna anges att "denna tobaksvara kan skada din hälsa allvarligt och är beroendeframkallande". Samtidigt har varningstexterna på cigarettpaketet skärpts avsevärt, såväl vad gäller storlek som innehåll. Bland dessa varningstexter ingår till exempel texten "Rökning dödar".

145. Sammanfattningsvis är den allmänna tendensen att göra lagstiftningen om tobaksvaror mer restriktiv. Lagstiftaren har gjort ett undantag för en särskild kategori av tobaksvaror (tobaksvaror som inte är avsedda att rökas). Det skulle ha varit logiskt om detta undantag hade varit tillämpligt på alla varor som tillhör denna kategori. Lagstiftaren gjorde emellertid tvärtom och bekräftade den strängaste åtgärden av alla för en särskild undergrupp av varor som tillhör denna kategori.

146. Jag vill framhålla att det under dessa förhållanden inte kan anses att beslutet att bevara förbudet mot snus enbart utgör en fortsättning av den gällande politiken. Det skall här erinras om att det enligt domstolens rättspraxis krävs en mer ingående motivering när ett beslut avviker från det vanliga förfarandet, så att domstolen skall kunna göra sin prövning. Dessutom har berörda parter rätt att få veta på vilka grunder gemenskapslagstiftaren har beslutat att begränsa deras frihet.

D — *Följderna*

147. Jag anser att ju mer ett beslut avviker från det vanliga förfarandet, desto mer uttryckliga måste de grunder som gemenskapslagstiftaren anger vara. Med hänsyn till att förhållandena ändrats väsentligt, krävs det att lagstiftaren ger en grundlig motivering till beslutet att bibehålla förbudet mot snus, vilket beslut i sig inte går utöver lagstiftarens behörighet. En total avsaknad av motivering utgör ett klart och uppenbart åsidosättande av gemenskapens motiveringskyldighet enligt artikel 253 EG.

148. Om man beaktar de ändrade förhållandena anser jag vidare att denna totala avsaknad av motivering skall anses utgöra ett åsidosättande av väsentliga formföreskrifter, som medför att artikel 8 i direktiv 2001/37 är ogiltigt. Jag föreslår därför att

domstolen skall ogiltigförklara artikel 8 i direktiv 2001/37.

149. Man skall emellertid komma ihåg att prövningen av de förevarande målen har visat att gemenskapslagstiftaren — år 1992 — hade giltiga skäl för att förbjuda snus. Vidare skall det påpekas att en ogiltigförklaring utan förbehåll av den ifrågasatta bestämmelsen skulle kunna vara till men för förbudets huvudsakliga verkan och allvarligt skulle försvåra det politiska målet att förhindra att nya och potentiellt sett attraktiva tobaksvaror släpps ut på marknaden. Det måste även beaktas att det väsentliga normativa innehållet i direktivet är giltigt, vilket framgår av vad som anförts ovan.

150. Mot denna bakgrund motiverar viktiga rättssäkerhetsskäl, jämförbara med dem som uppkommer vid ogiltigförklaring av vissa förordningar med stöd av artikel 231 andra stycket EG, att domstolen begränsar ogiltigförklaringens verkningar.⁴⁷ Jag föreslår därför att domstolen, under de särskilda omständigheter som råder i de förevarande målen, beslutar att alla verkningar av artikel 8 i direktiv 2001/37 tills vidare skall bestå, till dess att rådet och Europaparlamentet har ersatt denna artikel med en ny bestämmelse som är vederbörligen motiverad.

47 — Skälen för att begränsa ogiltigförklaringens verkningar kan ligga mycket nära de skäl som domstolen angav i sin dom av den 7 juli 1992 i mål C-295/90, parlamentet mot rådet (REG 1992, s. I-4193; svensk specialutgåva, volym 8, s. 1).

XII — Förslag till avgörande

151. Med hänsyn till det ovan anförda föreslår jag att domstolen skall besvara de frågor som har ställts av Verwaltungsgericht Minden i mål C-434/02 och av High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division, i mål C-210/03 på följande sätt:

- Artikel 8 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/37/EG av den 5 juni 2001 om tillnärmning av medlemsstaternas lagar och andra författningar om tillverkning, presentation och försäljning av tobaksvaror, som innehåller ett totalförbud mot saluföring av tobaksvaror för användning i munnen, kan grundas på artikel 95 EG.

- Förbudet mot tobaksvaror för användning i munnen i artikel 8 i direktiv 2001/37/EG är förenligt med proportionalitetsprincipen.

- Förbudet mot tobaksvaror för användning i munnen i artikel 8 i direktiv 2001/37/EG är förenligt med principen om att lika varor skall behandlas lika.

- Gemenskapslagstiftaren har inte uppfyllt skyldigheten att motivera förbudet och därför skall artikel 8 i direktiv 2001/37/EG ogiltigförklaras.

- Tills vidare skall alla verkningar av artikel 8 i direktiv 2001/37/EG bestå, till dess att rådet och Europaparlamentet har ersatt denna artikel med en ny bestämmelse som är vederbörligen motiverad.