

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT

FRANCIS G. JACOBS

föredraget den 16 december 2004¹

1. Detta mål avser en medlemsstats skyldighet enligt direktivet om tekniska standarder² att till kommissionen (och, genom den, till övriga medlemsstater) anmäla förslag till tekniska föreskrifter. Gäller denna skyldighet närmare bestämt för det fall det sker en ändring av nationell lagstiftning som innebär ett förbud mot att anordna spel på en särskild typ av spelautomat?

eller standarder som kan orsaka handels hinder såvida de inte är nödvändiga för att uppfylla väsentliga krav och har ett mål av allmänt intresse som de är den huvudsakliga garantin för. Om en medlemsstat planerar att vidta en sådan åtgärd skall kommissionen och de andra medlemsstaterna följaktligen informeras och ges tillräcklig tid att föreslå ändringar för att avskaffa eller minska de hinder som åtgärden kan skapa för den fria rörligheten för varor eller, i kommissionens fall, att föreslå eller anta gemenskapsdirektiv på området. Domstolen har angett att detta syfte består i att "genom en förebyggande kontroll skydda den fria rörligheten för varor, som utgör en av gemenskapens grundvalar".⁴

I — Direktivet

2. Syftet med direktivet, såsom det slås fast i ingressen till direktivet,³ är att hindra antagandet av nationella tekniska föreskrifter

1 — Originalspråk: engelska.

2 — Vid tidpunkten för de aktuella omständigheterna i detta mål, det vill säga med hänsyn till de föreskrifter som antogs år 1996, utgjordes den version som var tillämplig av rådets direktiv 83/189/EEG av den 28 mars 1983 om ett informationsförfarande beträffande tekniska standarder och föreskrifter (EGT L 109, s. 8; svensk specialutgåva, område 13, volym 12, s. 154), i dess lydelse enligt direktiv 88/182/EG av den 22 mars 1988 (EGT L 81, s. 75; svensk specialutgåva, område 13, volym 17, s. 36) och Europaparlamentets och rådets direktiv 94/10/EG av den 23 mars 1994 (EGT L 100, s. 30; svensk specialutgåva, område 13, volym 26, s. 32) (nedan kallat direktivet).

3 — Se andra-sjunde skälen.

3. I artikel 1 i direktivet ges flera relevanta definitioner.

4 — Se exempelvis dom av den 20 mars 1997 i mål C-13/96, *Bic Benelux* (REG 1997, s. I-1753), punkt 19, och av den 6 juni 2002 i mål C-159/00, *Sapod Audic*, (REG 2002, s. I-5031), punkt 34.

4. Enligt artikel 1.9 i den version som var tillämplig vid tidpunkten för de faktiska omständigheterna omfattar uttrycket teknisk föreskrift tre typer av bestämmelser.

7. För det tredje innefattar detta uttryck "lagar och andra författningar som förbjuder tillverkning, import, saluföring eller användning av produkten".

5. För det första omfattar detta uttryck "tekniska specifikationer", som är rättsligt eller faktiskt tvingande vid saluföring eller användning av en produkt i en medlemsstat eller en större del därav. Enligt artikel 1.2 är en "teknisk specifikation" en specifikation som "fastställer de egenskaper som krävs av en produkt, exempelvis kvalitetsnivåer, prestanda, säkerhet eller dimensioner, inbegripet sådana krav på produkten som avser varubeteckning, terminologi, symboler, provning och provningsmetoder, förpackning, märkning eller etikettering och förfaranden för bedömning av överensstämmelse".

8. I dessa definitioner avses med uttrycket produkt "alla industriellt framställda produkter och alla jordbruksprodukter" (artikel 1.1).

9. Slutligen avser uttrycket förslag till teknisk föreskrift i huvudsak texten till en teknisk specifikation som befinner sig på ett sådant förberedande stadium att väsentliga ändringar fortfarande kan göras (artikel 1.10).

6. För det andra täcker detta uttryck "andra krav", inbegripet tillämpliga administrativa bestämmelser, som har samma tvingande verkan. Enligt artikel 1.3 avses med uttrycket "annat krav" "ett krav som inte är en teknisk specifikation och som ställs på en produkt framför allt för att skydda konsumenterna eller miljön och som påverkar dess livscykel efter det att den har släppts ut på marknaden, t.ex. villkor för användning, återvinning, återanvändning eller omhändertagande, om dessa föreskrifter på ett väsentligt sätt kan påverka produktens sammansättning, natur eller saluföring av den".

10. Enligt artikel 8.1 skall medlemsstaterna till kommissionen anmäla alla förslag till tekniska föreskrifter som omfattas av direktivets tillämpningsområde, såvida inte föreskriften endast utgör en överföring av en internationell eller europeisk standard, då det är tillräckligt med information om vilken den aktuella standarden är. Förslaget skall anmälas ännu en gång, bland annat om det efter anmälan ändras på ett sådant sätt att dess tillämpningsområde i väsentlig grad förändras eller specifikationer läggs till eller skärps.

11. Enligt artikel 9 får medlemsstaterna inte anta sådana förslag till tekniska föreskrifter före utgången av ett visst antal månader, för att kommissionen skall kunna kontrollera huruvida de är förenliga med gemenskapsrätten eller föreslå ett direktiv i frågan.

12. I artikel 10 medges ett antal begränsade undantag från omfattningen av någon av eller båda dessa skyldigheter. I synnerhet skall artiklarna 8 och 9 i huvudsak inte tillämpas på bestämmelser som endast bringar nationell lagstiftning i överensstämmelse med gemenskapsrätten (artikel 10.1), och artikel 9 skall bland annat inte tillämpas på bestämmelser som förbjuder tillverkning men som inte hindrar varornas fria rörlighet (artikel 10.2).

13. Det kan noteras att denna version av direktivet numera är upphävd och situationen regleras för närvarande av direktiv 98/34.⁵ Sistnämnda direktiv ändrades nästan omedelbart genom direktiv 98/48/EG,⁶ varigenom direktivets tillämpningsområde utsträcktes till att även omfatta "informationssamhällets tjänster", nämligen

sådana som "vanligtvis utförs mot ersättning på distans, på elektronisk väg och på individuell begäran av en tjänstemottagare".⁷

14. Domstolen har slagit fast att ett åsidosättande av anmälningsskyldigheten medför att de tekniska föreskrifterna i fråga inte kan tillämpas och därmed inte kan göras gällande mot enskilda samt att nationella domstolar skall låta bli att tillämpa en nationell teknisk föreskrift som inte har anmälts i enlighet med direktivet.⁸

II — De nationella förfarandena och bestämmelserna i fråga

15. Lars Erik Staffan Lindberg har åtalats för att mellan januari 1997 och april 1998 ha anordnat olovligt spel för allmänheten på förbjudna spelautomater i Sverige. Sedan överklagande skett till Högsta domstolen skall det nu avgöras huruvida förbudet mot att anordna spel för allmänheten på den aktuella typen av automat inte får tillämpas, eftersom det utgör en teknisk föreskrift som inte har anmälts i enlighet med direktivet.

5 — Europaparlamentets och rådets direktiv 98/34/EG av den 22 juni 1998 om ett informationsförfarande beträffande tekniska standarder och föreskrifter (EGT L 204, s. 37).

6 — Europaparlamentets och rådets direktiv 98/48/EG av den 20 juli 1998 (EGT L 217, s. 18).

7 — Se artikel 1.2 i direktiv 98/48.

8 — Dom av den 30 april 1996 i mål C-194/94, CIA Security International (REG 1996, s. I-2201), punkterna 54 och 55 samt punkt 2 i domslutet.

16. Automaterna i fråga förefaller vara av det vanliga slag där spelaren kan vinna ett pris om automaten visar vissa symboler i rad, en utgång som i hög grad beror på slumpen. Det som särskiljer dessa automater från andra sådana automater är, med avseende på detta mål, att vinster inte i någon form betalas ut genom själva automaten. Eventuella vinster lämnas endast ut manuellt av den person som ansvarar för driften av automaterna.

17. Det följer av den svenska brottsbalken att det är brottsligt att anordna spel för allmänheten som beror på slumpen om insatserna uppgår till ett betydande ekonomiskt värde, såvida inte spelformen i fråga antingen 1) inte kräver tillstånd enligt lotterilagen eller 2) kan tillåtas enligt nämnda lag och anordnaren har beviljats tillstånd.

18. Före den 1 januari 1995 var det helt förbjudet att anordna automatspel, med undantag för sådant spel som anordnades på fartyg i internationell trafik. Därefter är det, enligt en ny lotterilag som antogs år 1994 (nedan kallad 1994 års lag), möjligt att få tillstånd för att anordna vissa sådana automatspel i Sverige.

19. Det är enligt 1994 års lag förbjudet att anordna lotterier för allmänheten utan tillstånd. I definitionen av lotteri ingår även "bingospel, automatspel, roulettspel, tärningsspel, kortspel, kedjebrevsspel och liknande spel", och i dessa fall utsträcks förbudet till att omfatta alla situationer där spel anordnas i förvärvssyfte, oavsett om det är tillgängligt för allmänheten eller inte.

20. Enligt lagens ursprungliga lydelse definierades automatspel på ett uttömmande sätt såsom en automat som betalar ut vinst i form av varor, pengar, värdebevis, spelpoletter eller liknande, och där vinstmöjligheterna beror på slumpen, eller som betalar ut vinst i form av pengar och där vinstmöjligheterna beror på spelarens skicklighet.

21. Tillstånd för att anordna sådant automatspel kan ges på vissa villkor, som särskilt avser insatsernas och prisernas värden.

22. Det var inte uppenbart hur dessa bestämmelser skulle tolkas, när det gällde automater från vilka det inte gjordes någon direktutbetalning vid vinst. Några hovrätter tolkade 1994 års lag så att den inte alls var

tillämplig på sådana automater och att spelen därför varken var förbjudna eller omfattades av tillståndskrav.

ändringen gjordes emellertid efter tiden för de faktiska omständigheterna i detta mål, som ägde rum mellan januari 1997 och april 1998.

23. För att täppa igen vad som således framstod som en oavsiktlig lucka i lagen ändrades 1994 års lag med verkan från och med den 1 januari 1997 (nedan kallad 1996 års ändring). Definitionen av begreppet automatspel utvidgades så att det omfattade spel på alla "mekaniska eller elektroniska spelautomater", medan tillstånd alltså endast skulle kunna ges för de tidigare angivna kategorierna av spelautomater, från vilka det görs direktutbetalning vid vinst. Följaktligen förbjöds spel som i förvärvssyfte anordnas för allmänheten på sådana automater som är i fråga.

26. Lars Erik Staffan Lindberg har i målet vid den nationella domstolen hävdade att 1996 års ändring, som åtalet grundas på, skulle ha anmälts enligt direktivet och att ändringen, eftersom detta inte skedde, inte kan göras gällande mot honom.

24. 1996 års ändring anmäldes inte till kommissionen som förslag till teknisk föreskrift. Den svenska regeringen intog ståndpunkten att ändringen endast utgjorde ett förtydligande av de bestämmelser som redan gällde och att den inte behövde anmälas i enlighet med direktivet.

27. Denna ståndpunkt förefaller ha accepterats av åklagaren, som har förklarat sig inte ha något att erinra mot att åtalet för dobbleri ogillas.

25. Vissa myndigheter ifrågasatte emellertid riktigheten av denna ståndpunkt. Även om den svenska regeringen inte hade ändrat sitt ursprungliga ställningstagande, ledde detta till att regeringen likväl beslutade att skicka en anmälan. Efter anmälan antogs ändringen på nytt, med verkan från och med den 1 februari 2002. Anmälan och den senare

28. Innan Högsta domstolen avgör saken har den emellertid begärt ett förhandsavgörande angående följande frågor:

"1) Kan införande i nationell lagstiftning av ett förbud mot användning av en produkt utgöra en sådan teknisk föreskrift som skall anmälas enligt direktivet?

- 2) Kan införande i nationell lagstiftning av ett förbud mot en tjänst som påverkar användningen av produkten utgöra en sådan teknisk föreskrift som skall anmälas enligt direktivet?

— respektive en ny nationell bestämmelses effekt på användningen, dvs. om effekten blir ett totalförbud mot användning respektive om användningen förbjuds eller begränsas inom ett av flera tänkbara användningsområden?"

- 3) Kan en omdefiniering i nationell lagstiftning av en tjänst som har samband med konstruktionen av en produkt utgöra en sådan teknisk föreskrift som skall anmälas enligt direktivet, om den nya definitionen påverkar användningen av produkten?

29. Skriftliga yttranden har avgivits av Lars Erik Staffan Lindberg (som har hänvisat till de argument som han har anfört vid de nationella domstolarna), den portugisiska och den svenska regeringen, Förenade kungarikets regering och kommissionen. Företrädare för Lars Erik Staffan Lindberg, den franska och den portugisiska regeringen samt kommissionen har yttrat sig muntligen vid förhandlingen.

- 4) Vilken betydelse för anmälningsskyldigheten enligt direktivet har sådana omständigheter som

— en övergång i nationell lagstiftning från tillståndskrav till förbud,

III — Bedömning

— produktens/tjänstens större eller mindre värde,

— marknadens storlek för produkten/tjänsten

30. Innan den nationella domstolens fyra frågor prövas i tur och ordning är det ändamålsenligt att bedöma två inledande aspekter, nämligen i vilken mån dessa frågor berör aktuella eller potentiella handelsrestriktioner och medlemsstaternas rätt att reglera spelverksamhet samt relevansen av tidpunkten för införandet av det omtvistade förbudet i den nationella lagstiftningen.

A — *Frågornas räckvidd*

31. Den nationella domstolen önskar klarhet i huruvida 1996 års ändring omfattas av den definition av teknisk föreskrift som fanns i den version av direktivet som då var tillämplig.

32. Skyldigheten att göra en anmälan enligt direktivet beror på denna definition och inte på huruvida ändringen leder till en aktuell eller potentiell begränsning av handeln inom gemenskapen.

33. Det är visserligen riktigt att syftet med direktivet är att skydda den fria rörligheten för varor.

34. Genom direktivet tillämpas emellertid ett förebyggande kontrollsystem. Medlemsstaternas skyldighet att delta i denna kontroll kan inte vara avhängig av att åtgärden i fråga faktiskt är oförenlig med bestämmelserna i fördraget om fri rörlighet.

35. Vid fastställandet av huruvida en åtgärd är förenlig med bestämmelserna i fördraget

om fri rörlighet är det nödvändigt att pröva inte bara om det rör sig om en handelsrestriktion, utan också om restriktionen kan motiveras med hänsyn till något av de skäl som anges i fördraget eller slås fast i rättspraxis och om den står i proportion till det syfte som eftersträvas. Det skulle emellertid inte vara lämpligt att bedöma dessa omständigheter före avgörandet av huruvida en åtgärd skall anmälas inom ramen för ett förebyggande kontrollsystem. Kontrollsystemet är i sig utformat för att ta hänsyn till dessa omständigheter och systemet skulle allvarligt försvagas om det inte togs någon sådan hänsyn. Såsom jag tidigare har haft tillfälle att påpeka⁹ skulle varje behov av en föregående analys av effekten av en åtgärd göra det svårare att fastställa vilka åtgärder som berörs.

36. Det är riktigt att det i artikel 10.2 föreskrivs ett undantag för åtgärder som inte hindrar den fria rörligheten för varor.

37. Detta undantag skall emellertid endast tillämpas på bestämmelser genom vilka tillverkning av en vara förbjuds och avser endast skyldigheten att inte anta en bestämmelse före utgången av en viss tid, däremot inte skyldigheten att anmäla bestämmelsen. Denna artikel saknar följaktligen relevans för omständigheterna i detta mål.

9 — Se punkt 48 i mitt ovan i fotnot 4 nämnda förslag till avgörande i målet Sapod Audic.

38. Det är slutligen riktigt att medan domstolen i målet CIA Security intog ståndpunkten att "ett åsidosättande av anmälningsskyldigheten utgör ett väsentligt förfarandefel av den arten att det kan medföra att de tekniska föreskrifterna i fråga inte får tillämpas på enskilda"¹⁰ bedömde den därefter i domen i målet van der Burg att det inte var nödvändigt att avgöra om skyldigheten att inte tillämpa en föreskrift skulle utsträckas till samtliga fall eller om den bara skulle omfatta de fall där det faktiskt hade uppkommit ett hinder för handeln eller för den fria rörligheten för varor i det enskilda fallet. Generaladvokaten Ruiz-Jarabo var i sistnämnda mål emellertid av den uppfattningen att tillämpningen av en teknisk föreskrift som inte har anmälts endast skall underlåtas när den kan leda till att användningen eller saluföringen av produkten i fråga hindras,¹¹ vilket även förefaller ha varit domstolens uppfattning i den tidigare domen i målet Lemmens.¹²

följaktligen importen av varorna till — denna stat.¹³ Sistnämnda fråga verkar därför inte uppkomma under de omständigheter som är aktuella i förevarande mål.

40. Flera av den portugisiska regeringens synpunkter, som allmänt rör frågan huruvida de åtgärder som medlemsstaterna vidtar med utövande av deras suveräna rätt att reglera spelverksamhet med hänsyn till allmänintresset är förenliga med bestämmelserna i fördraget om fri rörlighet, och som avser huruvida sådana åtgärder är motiverade mot bakgrund av spelverksamhetens natur, saknar följaktligen direkt relevans för den fråga som skall avgöras.

41. Jag framhåller här endast att domstolen nyligen har bekräftat att nationella bestämmelser genom vilka anordnande av spelverksamhet begränsas kan motiveras av överordnade hänsyn till allmänintresset.¹⁴

39. Den nationella domstolens frågor grundas emellertid på förutsättningen att den nationella bestämmelsen i fråga påverkar användningen av vissa automatspel i Sverige och det förefaller vara uppenbart att en bestämmelse som påverkar användningen av en viss produkt i en medlemsstat även kan påverka saluföringen av sådana varor i — och

B — *Tidpunkten då förbudet i fråga infördes*

42. Den nationella domstolens frågor grundas vidare på förutsättningen att ett förbud

10 — Punkt 48 i den ovan i fotnot 8 nämnda domen.

11 — Dom av den 8 mars 2001 i mål C-278/99, van der Burg (REG 2001, s. I-2015), punkterna 17 och 23 i domen och punkterna 20–24 i förslaget till avgörande.

12 — Dom av den 16 juni 1998 i mål C-226/97, Lemmens (REG 1998, s. I-3711), punkt 36.

13 — Jämför domen av den 14 juli 1998 i mål C-284/95, Safety Hi-Tech (REG 1998, s. I-4301), punkterna 29–32.

14 — Dom av den 11 september 2003 i mål C-6/01, Anomar (REG 2003, s. I-8621), punkterna 62–75.

mot att anordna spelverksamhet på vissa automater infördes genom 1996 års ändring och dessförinnan inte föreskrevs i 1994 års lag.

43. Den svenska regeringen har i sitt skriftliga yttrande emellertid hävdade att ändringen inte utgjorde en materiell ändring av lagen och att förbudet i fråga redan gällde från och med år 1995. Den svenska regeringen har därför begärt att domstolen skall ange att det inte föreligger någon skyldighet att anmäla en teknisk föreskrift som inte medför någon ändring av rättsläget.

44. Det är uppenbart att EG-domstolen inte är behörig att tolka svensk lagstiftning. Det är bara den nationella domstolen som kan avgöra om förbudet i fråga infördes genom 1994 års lag eller genom 1996 års ändring. De uppkomna frågorna skall följaktligen anses ha ställts mot bakgrund av den nationella domstolens antagande att det var genom ändringen som förbudet infördes.

45. Jag kommer därför endast att göra två kommentarer med anledning av den motsatta uppfattning som framhållits av den svenska regeringen.

46. Det är för det första rimligt att en anmälan enligt direktivet inte behöver göras,

när ändringen endast påverkar ordalydelsen i en teknisk föreskrift, utan att den medför någon ändring av rättsläget. Såsom domstolen slog fast i domen i målet Colim,¹⁵ "[kan en] nationell åtgärd som innebär att redan befintliga tekniska föreskrifter återges eller ersätts, utan att några nya eller ytterligare specifikationer läggs till, och som antagits efter det att [direktivet] trädde i kraft, ... inte anses utgöra 'förslag' till teknisk föreskrift ... och [den] kan följaktligen inte heller omfattas av underrättelseskyldigheten".

47. Det förefaller emellertid vara sällan som en ändring av ordalydelsen av en bestämmelse inte påverkar dess materiella innehåll. Om en sådan verkan är möjlig — och det förefaller som om inte alla svenska myndigheter delade uppfattningen att 1996 års ändring inte innebar en ändring av gällande lagstiftning — framstår det som nödvändigt att göra en anmälan i enlighet med syftet avseende förebyggande kontroll, vilket utgör *le raison d'être* för det system som införts genom direktivet. Det kan erinras om att medlemsstaterna, enligt artikel 8.1 tredje stycket, på nytt skall översända ett förslag om de gör väsentliga ändringar i detsamma.

48. Även om förbudet i fråga föreskrevs i 1994 års lag från och med tidpunkten då lagen ursprungligen antogs och även om

¹⁵ — Dom av den 3 juni 1999 i mål C-33/97, Colim (REG 1999, s. I-3175), punkt 22.

detta antagande skedde efter det att avtalet om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet hade trätt i kraft den 1 januari 1994, vid en tidpunkt då Sverige var medlemsstat, skall för det andra noteras att — till skillnad från den uppfattning som den allmänne åklagaren uppenbarligen har gett uttryck för — det förefaller som om direktivet vid den aktuella tidpunkten redan var tillämpligt på Sverige.¹⁶

49. Den version av direktivet som då var tillämplig skulle emellertid kräva en annan analys. Fristen för att genomföra de ändringar som införts genom direktiv 94/10, som är tillämpligt på nationell lagstiftning som har antagits år 1996, löpte inte ut förrän den 1 juli 1995. Genom ändringarna gjordes väsentliga tillägg till definitionen av en teknisk föreskrift. En bedömning av den svenska regeringens skyldigheter och följderna av att dessa inte uppfyllts skulle dessutom snarare ha skett mot bakgrund av Sveriges ställning år 1994 som medlemsstat i Europeiska ekonomiska samarbetsområdet än i Europeiska unionen, som Sverige anslöt sig till den 1 januari 1995.

C — Den första frågan

50. Den nationella domstolen har ställt sin första fråga för att få klarhet i huruvida

införande i nationell lagstiftning av ett förbud mot användning av en produkt kan utgöra en sådan teknisk föreskrift som skall anmälas enligt direktivet.

51. När frågan ställs i dessa allmänna ordalag är det uppenbart att den skall besvaras jakande. I artikel 1.9 i direktivet anges att tekniska föreskrifter innefattar "lagar och andra författningar som förbjuder ... användning av produkten". Ett sådant förbud omfattas följaktligen av den tredje kategorin av tekniska föreskrifter, som det hänvisas till i artikel 1.9 i direktivet och i punkt 7 ovan.

52. Det kan emellertid förhålla sig så att den aktuella bestämmelsen i de nationella förfarandena inte i så hög grad innebär förbud mot användningen av en vara som, mer indirekt, mot tillhandahållandet av en tjänst som påverkar denna användning. Det är enligt rättspraxis¹⁷ uppenbart att det rör sig om en tjänst när allmänheten ges möjlighet att använda spelautomater.

53. Den nationella domstolen har beaktat denna möjlighet i den andra och den tredje frågan.

¹⁶ — Se artiklarna 3, 7, 8, 23 och 129.3 i EES-avtalet, jämförda med punkt 11 i protokoll 1 och punkt 1 i kapitel XIX i bilaga II till avtalet (EGT L 1, 1994, s. 3; svensk version i SÖ 1993:24), på sidorna 9–11, 30, 38, 263 och 313–315.

¹⁷ — Se exempelvis dom av den 21 september 1999 i mål C-124/97, Läära (REG 1999, s. I-6067), och domen i det ovan i fotnot 14 nämnda målet Anomar, särskilt punkt 56.

D — Den andra frågan

Den nationella domstolen har ställt sin andra fråga för att få klarhet i huruvida införande i nationell lagstiftning av ett förbud mot en tjänst som påverkar användningen av produkten kan utgöra en sådan teknisk föreskrift som skall anmälas enligt direktivet.

I den version av direktivet som är tillämplig skall kravet på anmälan endast tillämpas med avseende på tekniska föreskrifter som avser produkter, däremot inte tjänster. Det var först när direktiv 98/34, i dess lydelse enligt direktiv 98/48, trädde i kraft som denna skyldighet utsträcktes till att även avse vissa typer av tjänster, dock ännu inte den typ av tjänst som är i fråga i detta mål.¹⁸

56. Denna omständighet är emellertid inte relevant i detta fall, eftersom frågan inte gäller handel med tjänster, utan snarare den effekt på handeln med varor som ett förbud mot tillhandahållande av en viss tjänst kan få. Det är uppenbart att en bestämmelse som förbjuder en tjänst genom vilken en viss produkt används också innebär förbud mot att använda produkten för att tillhandahålla tjänsten. Såvida inte produkten kan användas utan begränsning för andra ändamål, kan

förbudet följaktligen ha den vidare effekten att det antingen innebär att all användning av produkten förbjuds eller att produkten skall uppfylla vissa tekniska kriterier för att kunna användas för något annat, tillåtet, ändamål.

57. I detta hänseende har den portugisiska regeringen inte desto mindre hävdatt att föreskrifter som innebär förbud mot eller begränsning av en tjänst som påverkar användningen av en produkt som med nödvändighet är accessorisk till tillhandahållandet av tjänsten, i enlighet med principen *accessorium sequitur principale* inte kan utgöra en teknisk föreskrift i förhållande till själva produkten.

58. Domstolen har emellertid i det ovan nämnda målet Anomar klaggjort att medan anordnande av automatspel omfattas av bestämmelserna i fördraget om frihet att tillhandahålla tjänster omfattas import av automaterna av bestämmelserna om den fria rörligheten för varor, trots sambandet mellan de två verksamheterna.¹⁹

59. Det måste följaktligen vara möjligt att bedöma en bestämmelse som påverkar såväl anordnande av automatspel som spelauto-

18 — Se ovan punkt 13.

19 — Punkt 55 i den ovan i fotnot 14 nämnda domen.

maternas användning (som i sin tur påverkar handeln med automaterna) i förhållande till både friheten att tillhandahålla tjänster, såvitt avser det förra, och den fria rörligheten för varor (däribland möjligheten att den kan utgöra en teknisk föreskrift), såvitt avser den senare.

60. En bestämmelse enligt vilken det är förbjudet att anordna spelverksamhet, för allmänheten och/eller i förvärvssyfte, på spelautomater från vilka det inte görs någon direktutbetalning vid vinst kan i detta mål följaktligen anses utgöra antingen ett förbud mot att använda sådana automater eller ett krav på att alla spelautomater skall vara konstruerade så att de betalar ut priser i form av varor, pengar, värdebevis, spelpoletter eller liknande.

61. Vad beträffar den första möjligheten har Förenade kungarikets regering anført att den svenska lagstiftningen i fråga endast innebär att användningen av automaterna i fråga begränsas, däremot inte att den förbjuds. Denna lagstiftning kan därför inte omfattas av definitionen av en teknisk föreskrift på denna grund.

62. Enligt mitt synsätt är det emellertid nödvändigt att närmare undersöka vilka möjligheter till användning som förbudet ger utrymme för.

63. I vilken omfattning kan en spelautomat tjäna det syfte som den är avsedd för om det inte kan anordnas spel på den i förvärvssyfte och om den inte kan göras tillgänglig för allmänheten? Vissa slag av privat användning kan antagligen alltjämt tillåtas, men man skall komma ihåg att enligt den svenska lotterilagen förefaller privata klubbar omfattas av definitionen av allmänheten.²⁰

64. Ett förbud mot användning av en produkt som inte utgör ett förbud mot innehav därav kommer i praktiken aldrig att utgöra ett förbud mot varje tänkbar användning (en spelautomat skulle kunna användas som en dörrstoppare, även om det är få människor som skulle vilja förvärva en automat för det ändamålet).

65. Vid bedömningen av huruvida ett förbud mot en tjänst som påverkar användningen av produkten är detsamma som ett förbud mot användning av produkten är det, enligt min mening, nödvändigt att bortse från rent marginell användning som produkten alltjämt kan bli föremål för men som den inte har utformats för.²¹ Om endast sådan användning förblir tillåten skall det anses röra sig om ett förbud mot användning, som således omfattas av den tredje kategorin av tekniska föreskrifter som det hänvisas till i artikel 1.9 i direktivet och i punkt 7 ovan.

²⁰ — 1 § andra stycket i lagen.

²¹ — Jämför punkt 25 i den ovan i fotnot 12 nämnda domen i målet Lemmens.

Om den användning som alltså kan komma i fråga däremot bara är begränsad, och inte rent marginell, delar jag Förenade kungarikets uppfattning att det inte rör sig om ett förbud mot användning enligt direktivet.

66. Jag delar också den uppfattning som den portugisiska regeringen redogjorde för vid förhandlingen, enligt vilken det inte heller rör sig om ett förbud mot användning i den mening som avses i direktivet, om produkten i fråga är en automat som kan programmeras för olika funktioner och förbudet endast avser en av dessa funktioner.

67. Beträffande den andra möjligheten — att en bestämmelse enligt vilken det är förbjudet att anordna spelverksamhet på automater från vilka det inte görs någon direktutbetalning vid vinst kan anses utgöra ett krav på att alla spelautomater skall vara konstruerade så att de betalar ut priser — gör sig flera av samma överväganden gällande. I synnerhet skall det bortses från rent marginell användning som produkten kan bli föremål för men som den inte har utformats för.

68. I stället för att bedöma huruvida förbudet mot tjänsten i fråga kan anses förbjuda

all användning av en viss produkt, skulle det kunna prövas huruvida det skulle vara liktydigt med ett förbud mot denna användning på grund av att produkten inte uppfyllde vissa tekniska kriterier (som i det enskilda fallet gäller för annan, tillåten, användning). Detta skulle motsvara ett krav enligt vilket produkten för att kunna användas skall uppfylla dessa kriterier, och det skulle följaktligen kunna innebära att förbudet utgjorde en teknisk specifikation som fastställer de egenskaper som krävs av en produkt, som omfattas av den första kategorin av tekniska föreskrifter som det hänvisas till i artikel 1.9 i direktivet och i punkt 5 ovan och som definieras i artikel 1.2 i direktivet.

69. I detta mål anser jag att det är uppenbart att ett krav på att spelautomater skall vara konstruerade så att de betalar ut priser i vissa angivna former omfattas av den normala innebörden av uttrycket teknisk specifikation, och detta motsägs inte i något avseende av definitionen i artikel 1.2 i direktivet.

70. Om det är förbjudet att tillhandahålla en tjänst genom vilken en viss produkt används, så att det likaledes är förbjudet att använda

produkten vid tillhandahållandet av tjänsten, skall således följande frågor ställas:

E — *Den tredje frågan*

— Får produkten över huvud taget användas för något annat ändamål, för vilket den har utformats och som inte är rent marginellt?

— Om så är fallet, får produkten endast användas för ett sådant ändamål om den uppfyller vissa tekniska specifikationer?

73. Den nationella domstolen har ställt sin tredje fråga för att få klarhet i huruvida en omdefiniering i nationell lagstiftning av en tjänst som har samband med konstruktionen av en produkt kan utgöra en sådan teknisk föreskrift som skall anmälas, om den nya definitionen påverkar användningen av produkten.

71. Om den första frågan besvaras nekande, eller om den andra frågan besvaras jakande, utgör förbudet mot tjänsten en teknisk föreskrift som skall anmälas i enlighet med direktivet.

74. Det skulle inte vara enkelt, och kanske inte ens ändamålsenligt, att försöka besvara frågan i så allmänna ordalag. Frågan skall förstås så att den avser en omdefiniering av en reglerad tjänst (det vill säga en tjänst som endast är tillåten på vissa villkor) som, på grund av att den avser konstruktionen av en produkt som används inom ramen för tjänsten, påverkar användningen av produkten.

72. Det är den nationella domstolen som skall göra bedömningen, men det framstår av handlingarna i målet som sannolikt att den nationella bestämmelsen i fråga skall anses utgöra en teknisk föreskrift som kräver anmälan enligt direktivet, såvida inte automaterna i fråga faktiskt får användas för det ändamål för vilket de har utformats, nämligen spelverksamhet, som inte är rent marginellt och som inte kräver att automaterna skall vara konstruerade så att de betalar ut priser.

75. En betydande del av svaret på frågan följer av svaret på den andra frågan. Om en tjänst har begränsats eller förbjudits på ett sådant sätt att det är förbjudet att använda en viss produkt, antingen över huvud taget eller såvida den inte uppfyller vissa tekniska kriterier, utgör införandet av begränsningen eller förbudet en teknisk föreskrift som skall anmälas på förslagsstadiet.

76. Det nya inslaget i den tredje frågan består i att den avser omdefinieringen av en tjänst och inte införandet av ett förbud mot tjänsten.

heten, kan man *e contrario* dra slutsatsen att en åtgärd genom vilken sådana nya eller ytterligare specifikationer läggs till omfattas av denna skyldighet.

77. Jag har ovan hänvisat till domen i målet Colim och till artikel 8.1 tredje stycket i direktivet²² som, i enlighet med kommissionens påpekanden, anger det synsätt som är korrekt i detta fall.

80. Det är med andra ord omdefinieringens effekt och inte den omständigheten att det är en omdefiniering som är avgörande för huruvida den skall anmälas.

F — Den fjärde frågan

78. Det är i enlighet med den logiska grunden för artikel 8.1 tredje stycket uppenbart att varje omdefiniering av en tjänst som i väsentlig grad förändrar tillämpningsområdet för en teknisk föreskrift, lägger till specifikationer eller andra krav eller skärper dessa skall anmälas till kommissionen. Detta gäller i ännu högre grad om det genom omdefinieringen faktiskt införs en teknisk föreskrift i den mening som avses i direktivet.

81. Den nationella domstolen önskar slutligen få klarhet i huruvida

— en övergång från tillståndskrav till förbud,

79. Om en åtgärd genom vilken en befintlig teknisk föreskrift införs på nytt eller ersätts, utan att nya eller ytterligare specifikationer läggs till, inte omfattas av anmälningsskyldig-

— den aktuella produktens eller tjänstens värde,

— marknadens storlek för produkten eller tjänsten, respektive

²² — Se ovan punkterna 46 och 47.

— den omständigheten att en ny bestämmelses effekt på användningen är att den helt förbjuder användning eller att den förbjuder eller begränsar användningen inom ett av flera tänkbara områden,

melser enligt vilka det krävs ett förhandstillstånd för att få utöva en verksamhet inte utgör tekniska föreskrifter.²³

är omständigheter som har betydelse för anmälningsskyldigheten.

82. Såvitt avser den första och den fjärde omständigheten anser jag att svaret klart framgår av det ovan anförda.

83. Införande av ett förbud mot användning av en produkt omfattas av definitionen i artikel 1.9 i direktivet, medan en begränsning enligt vilken det fortfarande är tillåtet att använda produkten på andra sätt som inte är rent marginella inte gör det.

84. Det saknar härvid betydelse huruvida en nyligen förbjuden användning tidigare var tillåten utan någon begränsning eller omfattades av ett tillståndskrav, eftersom bestäm-

85. Den andra och den tredje omständigheten, vilka det har hänvisats till, förefaller avse frågan om ett möjligt *de minimis*-undantag från kravet på anmälan.

86. Såsom kommissionen har påpekat föreskrivs inte något sådant undantag i direktivet, utom möjligen ett territoriellt undantag som man kan sluta sig till med hänsyn till innehållet i artikel 1.9. Således omfattas inte tekniska specifikationer och andra krav som inte är tvingande i åtminstone en större del av en medlemsstat av definitionen av en teknisk föreskrift. Eftersom det inte har påståtts att förbudet i fråga på något sätt skulle vara territoriellt begränsat, är denna aspekt inte relevant i detta mål.

87. Frågan huruvida det finns ett utrymme för en *de minimis*-regel vid fastställandet av huruvida det föreligger en handelsrestriktion — en fråga som domstolen ofta har besvarat nekande — förefaller inte heller vara ändamålsenlig inom ramen för ett förebyggande kontrollsystem, eftersom systemet särskilt syftar till att möjliggöra fastställandet av den aktuella eller potentiella effekten på handeln. Av kommissionens yttrande fram-

²³ — Se dom av den 22 januari 2002 i mål C-390/99, Canal Satellite Digital (REG 2002, s. I-607), punkt 45.

går under alla omständigheter att flera klagomål har framställts av svenska operatörer, tillverkare och importörer av den aktuella typen av spelautomater, angående de restriktiva effekterna av 1996 års ändring. En sådan situation pekar på att förekommande effekter inte är försumbara.

91. Jag är exempelvis alltjämt av den uppfattningen att det är förenat med svårigheter att upprätthålla en sådan skyldighet i vissa förfaranden mellan enskilda,²⁴ och jag har ovan hänvisat till generaladvokaten Ruiz-Jarabos uppfattning att tillämpningen av bestämmelser endast skall underlätas när bestämmelserna kan hindra användningen eller saluföringen av en viss produkt²⁵.

Avslutande synpunkter

88. Det förefaller vara möjligt, mot bakgrund av den bedömning jag föreslår, såvida det inte krävs någon ytterligare utredning av de faktiska omständigheterna, att den nationella domstolen kommer att slå fast att 1996 års ändring utgjorde en teknisk föreskrift i den mening som avses i direktivet.

89. Om så är fallet följer det av domstolens rättspraxis att nationella domstolar skall låta bli att tillämpa ändringen, eftersom den inte har anmälts till kommissionen i enlighet med direktivet.

90. Enligt min mening måste denna skyldighet att inte tillämpa sådana bestämmelser emellertid omfattas av vissa begränsningar.

92. Sådana begränsningar verkar emellertid inte uppkomma i detta mål, på vilket det är uppenbart att den i talrika domar etablerade rättspraxisen skall tillämpas som innebär att nationella bestämmelser som är oförenliga med ett direktiv som är tvingande för medlemsstaten inte får tillämpas mot en enskild, och vilket avser en bestämmelse som utan tvivel kan hindra användningen och saluföringen av en viss produkt.

93. Målet är inte heller jämförbart med målet Lemmens,²⁶ i vilket domstolen slog fast att en underlåtenhet att anmäla en teknisk föreskrift om alkometrar inte kan

24 — Se punkterna 99–102 i mitt förslag till avgörande i mål C-443/98, Unilever (REG 2000, s. I-7535).

25 — Ovan fotnot 11.

26 — Nämnt i fotnot 12.

göras gällande till försvar mot ett åtal som väckts med stöd av en annan bestämmelse men som grundas på bevisning som har erhållits med hjälp av en alkometer som godkänts enligt föreskriften i fråga. I det nu

förevarande fallet avser åtalet nämligen en överträdelse av den icke anmälda föreskriften i sig och det måste i ett sådant fall vara möjligt att till sitt försvar göra gällande att anmälan inte har skett.

Förslag till avgörande

94. Jag anser följaktligen att domstolen skall ge Högsta domstolen följande svar:

- "1) Införande i nationell lagstiftning av ett förbud mot användning av en produkt utgör en sådan teknisk föreskrift som skall anmälas enligt rådets direktiv 83/189/EEG av den 28 mars 1983 om ett informationsförfarande beträffande tekniska standarder och föreskrifter.
- 2) Införande i nationell lagstiftning av ett förbud mot en tjänst som påverkar användningen av en produkt utgör en sådan teknisk föreskrift som skall anmälas enligt direktiv 83/189 om effekten av förbudet är att

— produkten över huvud taget inte får användas för något av de icke-marginella ändamål för vilka den har utformats,

eller att

— produkten endast får användas för ett sådant ändamål om den uppfyller vissa tekniska specifikationer.

- 3) En omdefiniering i nationell lagstiftning av en tjänst som har samband med konstruktionen av en produkt utgör en sådan teknisk föreskrift som skall anmälas enligt direktiv 83/189, om den nya definitionen påverkar användningen av produkten på något av de sätt som har angetts ovan.
- 4) En övergång i nationell lagstiftning från tillståndskrav till förbud omfattas av samma anmälningsskyldighet som införande av ett förbud.
- 5) Sådana omständigheter som den aktuella produktens eller tjänstens större eller mindre värde eller marknadens storlek för produkten eller tjänsten saknar betydelse för anmälningsskyldigheten.”