



CANCERMÄRKNINGEN PÅ SVENSKT SNUS, MOT ALLA PRINCIPER?

- En utredning om lagligheten i varningstexten "Orsakar cancer" ur ett europeiskt och svenskt perspektiv.

PER-OLA BERGQVIST

EXAMENSUPPSATS 20 POÄNG

JURIS KANDIDATPROGRAMMET I LUND

VÅRTERMINEN 1999

HANDLEDARE: TF PROFESSOR HANS HENRIK LIDGARD

"The Swedes have the lowest rate of oral cancer in Europe. In fact the highest rates of oral cancer, as far as we can tell, appear to be connected with Calvados drinking. This is a figure given to us by the Belgian cancer authorities. I can see no proposal from Mr Vernier to put labels on Calvados"

Mr Tom Spencer
(debattinlägg i Europaparlamentet 10 mars 1992)

Sammanfattning

Varningstexten "*Orsakar cancer, Socialstyrelsen*" på svenskt snus saknar, efter det att flera undersökningar publicerats, vetenskaplig grund. Därmed kan också dess existens ifrågasättas. Varningstexten emanerar från gemenskapens direktiv 89/622 och tilläggsdirektivet 92/41 och följaktligen skall också en prövning ta sin början med en undersökning om varningstexten överensstämmer med gemenskapsrätten. Hittills har gemenskapen visat sig negativ till förändringar. Socialstyrelsens föreskrifter utgör den aktuella implementeringsåtgärden och en undersökning kan sålunda också göras huruvida varningstexten överensstämmer med svensk rätt. Det kan konstateras att den vetenskapliga grunden för varningstexten inte ifrågasattes i någon större utsträckning under direktivens tillkomst. Det föreligger, rent processuellt, inget hinder för att varningstexten tas upp till prövning. Det kan sedan bli aktuellt att tolka bort stadgandet samt ogiltigförklara hela direktivet eller bara den artikel som stadgar varningstexten.

Att tolka direktivets innehåll så att regeln ej gäller Sverige eller det svenska snuset är inte troligt. Däremot är det möjligt att ifrågasätta hela direktivet på den grund att kompetens för folkhälsa saknades. Detta är dock villkorat av hur man klassificerar direktivet och det verkar föga sannolikt att direktivet skulle ogiltigförklaras på denna grund. Mycket troligt är emellertid att fel kompetensgrund användes för direktivet och denna väg skulle kunna leda till direktivets ogiltighet. Ett eventuellt brott mot legalitetsprincipen kan alltså konstateras. På rena procedurfel kan direktivet inte ifrågasättas. Att ifrågasätta direktivets giltighet på grund av de fakta som gemenskapen använt är inte särskilt sannolikt, då det torde krävas allvarliga fel, det p.g.a. institutionernas skönsmässiga maktbefogenheter. Däremot är det mycket troligt att varningstexten inte överensstämmer med proportionalitetsprincipen eller icke-diskrimineringsprincipen och därmed skulle innebära ett fördragsbrott. En talan skulle sannolikt grundas på dessa två principer. Det är vidare möjligt att konstatera maktmissbruk eller illojal maktanvändning, problemet med detta är dock att det blir svårt att påvisa uppsåt, och att ogiltighet konstateras på denna grund får ej anses för troligt. Genomgående kan konstateras att de vetenskapliga bevisen, och deras oantastlighet, är direkt avgörande för utgången av en prövning gentemot gemenskapsrätten.

Att under svensk rätt ifrågasätta varningstexten är utifrån ett normprövningsperspektiv är fullt möjligt, åtminstone i teorin. En normkonflikt kan konstateras mellan Socialstyrelsens föreskrifter och tobakslagen. Att föreskriften utgör en implementeringsåtgärd komplicerar emellertid problemet. Att ändra eller bortse från varningstexten vore att bryta mot direktivet, att fortsätta använda densamma strider mot en högre norm. Behovet av att lösa detta dilemma kan inte nog understrykas.

Slutsatsen blir att varningstexten troligen inte överensstämmer med gemenskapsrätten, i alla fall vad det gäller proportionalitets- och icke-diskrimineringsprincipen.

Vid ett domstolsförfarande torde argumenten baseras på dessa två principer. Det kan dock diskuteras om ett domstolsförfarande är den mest effektiva vägen, gemenskapen har hittills visat sig trögrörlig i tobaksfrågor. Det är mer troligt att den politiska vägen är att rekommendera, särskilt som en uppdatering av direktivet är på gång inom en snar framtid.

Innehållsförteckning

| | |
|---|-----------|
| Sammanfattning | 3 |
| Innehållsförteckning | 4 |
| 1. Introduktion | 6 |
| 1.1 Inledning | 6 |
| 1.2 Syfte | 6 |
| 1.3 Metod | 7 |
| 1.4 Avgränsningar | 7 |
| 1.5 Medicinsk och vetenskaplig bakgrund | 7 |
| 2. Gällande lagstiftning och dess tillkomst | 9 |
| 2.1 Gemenskapslagstiftning | 9 |
| 2.1.1 Inledning och bakgrund | 9 |
| 2.1.2 De åtgärder som blev aktuella | 10 |
| 2.1.3 Rådskdirektiv 89/622 | 10 |
| 2.1.4 Rådskdirektiv 92/41 | 10 |
| 2.1.5 Tillkomsten av rådskdirektiv 92/41 | 11 |
| 2.1.5.1 Första direktivförslaget | 11 |
| 2.1.5.2 Ekonomiska och Sociala kommittén | 12 |
| 2.1.5.3 Parlamentets första läsning | 13 |
| 2.1.5.4 Det andra, reviderade direktivförslaget | 13 |
| 2.1.5.5 Rådets gemensamma ståndpunkt | 14 |
| 2.1.5.6 Parlamentets andra läsning | 14 |
| 2.1.6 Liknande gemenskapslagstiftning | 14 |
| 2.2 Svensk rätt | 15 |
| 2.2.1 Lagstiftning | 15 |
| 2.2.2 Implementering | 15 |
| 2.2.3 Förarbeten | 16 |
| 2.2.4 Debatt kring uppsatsens ämne | 16 |
| 3. Går varningstexten att ifrågasätta enligt gemenskapslagstiftningen? | 17 |
| 3.1 Den processuella vägen | 17 |
| 3.1.1 Inledning | 17 |
| 3.1.2 Artikel 173 | 17 |
| 3.1.3 Artikel 177 | 18 |
| 3.1.4 Kan bolaget använda sig av artikel 177? | 19 |
| 3.1.5 Slutsatser av det processuella | 19 |
| 3.2 Går varningstexten att tolka bort? | 20 |
| 3.2.1 Inledning och om domstolens metoder | 20 |
| 3.2.2 Det aktuella fallet | 21 |
| 3.3 Kan direktivets giltighet, helt eller delvis, ifrågasättas? | 22 |
| 3.3.1 Den utfärdande institutionen saknade behörighet | 22 |
| 3.3.1.1 Saknades kompetens för att utfärda direktivet? | 23 |

| | |
|--|-----------|
| 3.3.1.2 Användes fel kompetensgrund? | 25 |
| 3.3.1.3 Kan gemenskapen anta ett nytt, likalydande, direktiv? | 26 |
| 3.3.1.4 Analys | 27 |
| 3.3.2 Institutionen har åsidosatt väsentliga formföreskrifter | 27 |
| 3.3.2.1 Allmänt | 27 |
| 3.3.2.2 Analys | 28 |
| 3.3.3 Åsidosättande av fördraget | 29 |
| 3.3.3.1 Har domstolen överhuvudtaget rätt att pröva fakta? | 29 |
| 3.3.3.1.1 Fördragsbrott genom inkorrekt motivering | 30 |
| 3.3.3.1.2 Analys | 31 |
| 3.3.3.2 Proportionalitetsprincipen | 32 |
| 3.3.3.2.1 Kravet på lämplighet | 33 |
| 3.3.3.2.2 Kravet på nödvändighet | 34 |
| 3.3.3.2.3 Proportionalitet i dess snäva betydelse | 35 |
| 3.3.3.2.4 Vilka slutsatser kan dras utav annan praxis? | 35 |
| 3.3.3.2.5 Vad kan anses som proportionellt vad gäller folkhälsa? | 37 |
| 3.3.3.2.6 Bevisbörda och proportionalitet | 37 |
| 3.3.3.2.7 Analys | 38 |
| 3.3.3.3 Icke-diskrimineringsprincipen | 40 |
| 3.3.3.4 Rättssäkerhetsprincipen (legal certainty) | 41 |
| 3.3.3.4.1 Principen i praxis | 41 |
| 3.3.3.4.2 Analys | 43 |
| 3.3.3.5 Andra aktuella principer? | 43 |
| 3.3.4 Maktmissbruk eller illojal maktanvändning | 44 |
| 3.3.4.1 Allmänt | 44 |
| 3.3.4.2 Analys | 45 |
| 4. Kan varningstexten ifrågasättas under svensk lagstiftning? | 45 |
| 4.1 Inledning | 45 |
| 4.2 Normprövning? | 46 |
| 4.3 Den aktuella varningstexten | 47 |
| 4.4 Analys | 49 |
| 4.5 En annan varningstext? | 51 |
| 4.6 Framtiden för varningstexten? | 52 |
| 5. Sammanfattande analys och egna funderingar | 52 |
| Litteratur- och Källförteckning | 55 |

1. Introduktion

1.1 Inledning

Genom EES-avtalet ålades Sverige att implementera gemenskapens direktiv på tobaksområdet. Liksom andra typer av rökfria tobaksprodukter krävdes att det svenska snuset märktes med en varningstext lydandes: ”*Orsakar cancer*”. Sverige implementerade direktivet. Frågan om det vetenskapliga stödet för en sådan kompromisslös, kategorisk varningstext väcktes nästan omedelbart.

I takt med att vetenskapliga undersökningar publicerats, visandes på att det svenska snuset inte orsakar cancer, har debatten kring varningstexten tilltagit och stundtals varit hetsig och osaklig. Varför då detta engagemang för att en varningstext på en produkt är ifrågasättbar, låt vara att det rör sig om en tobaksprodukt? De emotionella aspekterna kan inte vidare utredas under detta forum. Vi är här lämnade att utreda det rent juridiska.

Intressent i denna fråga är den enda, kommersiellt betydande, tillverkaren av svenskt snus, Swedish Match AB (nedan kallat bolaget). En annan intressent är Socialstyrelsen, som hittills har haft, helt naturligt, en avvaktande attityd till att lyfta en varningstext från en tobaksprodukt. Denna attityd kan förmodligen härledas dels till det faktum att bakom hela lagstiftningen ligger ett gemenskapsdirektiv, dels en mer svårgreppbar negativ inställning till att lyfta regleringar rörande en tobaksprodukt. Varningstexten står kvar oförändrad.

Det kan tyckas att lösningen är enkel; ett omedelbart slopande av varningstexten. Men ett sådant Alexanderhugg låter sig inte göras utan vidare. Hur ser det ut rent juridiskt? Håller varningstexten ”*Orsakar cancer*” för en rättslig undersökning, under gemenskapsrätten och svensk rätt, kring dess tillkomst och utformning? Häri ligger det problem som jag skall söka utreda i föreliggande uppsats. Ytterst är detta dessutom en fråga om att myndigheterna utövar sin makt över medborgarna på ett korrekt sätt, och inte arbiträrt stiftar lagar och regler som saknar materiell grund.

Jag vill rikta ett stort tack de som, med råd och dåd, bidragit till uppsatsens genomförande med material och synpunkter. Främst vill jag tacka Mats Lekman på Swedish Match som givit inspiration till intressanta frågeställningar, men även rikta ett stort tack till Charlotte Lenman på socialdepartementet och Anders Alexandersson på Socialstyrelsen för material och synpunkter på i uppsatsen förekommande problem.

1.2 Syfte

Syftet med föreliggande uppsats är sålunda att utreda om varningstexten ”*Orsakar cancer*” på det svenska snuset är hållbar från en rättslig synvinkel. Detta skulle kunna sammanfattas med att undersökningen rör lagligheten av varningstexten. Finns det någonting i själva märkningskravet som skulle kunna strida mot grundläggande principer för god lagstiftning? Jag anser att det stora flertalet av de möjliga vägar att ifrågasätta varningstexten som presenteras i uppsatsen egentligen är uttryck för just dessa grundläggande principer som reglerar och säkerställer god lagstiftning och jag har därför valt att betitla uppsatsen ”*Cancermärkningen på svenskt snus, mot alla principer?*”.

Syftet är inte att gå någon parts ärende i denna uppsats. Utifrån ett neutralt perspektiv kommer uppsatsen att försöka svara på ovanstående fråga. Intentionen om neutraliteten i uppsatsen kan inte nog understrykas. Utrymmet medger dock inte någon utredning om vad gemenskapen och de svenska myndigheterna har för medel till sitt förfogande för att bevara varningstexten orörd.

1.3 Metod

Till grund för uppsatsen ligger en rättsdogmatisk metod. Den problembaserade diskussionen kommer att ha sin bas i lagstiftning, föreskrifter, praxis och doktrin. Uppsatsen kommer till sin natur att vara både deskriptiv och analytisk. Eftersom det inte kan tas för givet att en läsare av uppsatsen känner till relevant lagstiftning, kommer hela uppsatsen att ta sin början i en presentation av gällande gemenskapsrättslig och svensk sådan. Till detta fogas också en redogörelse för hur denna lagstiftning tillkommit. Jag har vidare valt, för systematikens skull, att följa den processuella väg som skulle kunna bli möjlig vid en eventuell talan mot varningstexten. Läsare som är väl förtrogna med proceduren då gemenskapens rättsakter ifrågasätts, kan läsa det inledande avsnittet om den processuella vägen kursivt. Uppsatsens absoluta tyngdpunkt ligger på det gemenskapsrättsliga planet, vilket torde vara naturligt. Genomgående kommer de gemenskapsrättsliga bestämmelserna att presenteras före de svenska. Det är också i huvudsak på detta plan som man kan förvänta sig att det finns grogrund för att ifrågasätta varningstexten. Uppsatsen kommer att behandla både möjligheterna att ifrågasätta hela direktivet och den del som innehåller den aktuella varningstexten. Vid de ställen där det bedömts lämpligt diskuteras också eventuella framtida varningstexters kompatibilitet med gemenskapsrätten och svensk rätt.

För att inte göra en avslutande analys alltför gigantisk har, efter varje möjlig grund att ifrågasätta varningstexten, fortlöpande fogats en analys av det aktuella området. Jag har också, för den avslutande diskussionens skull, valt att presentera en del av den debatt som förts kring varningstexten i Sverige. De gemenskapsartiklar som kommer att tas upp, kommer genomgående att benämnas som om inte Amsterdamfördraget var i kraft, detta för att underlätta läsarens igenkännande. Genomgående har också termerna domstolen, gemenskapen och bolaget använts för att förenkla texten och förståelsen av densamma.

1.4 Avgränsningar

Den närliggande frågan om det i direktivet intagna förbudet mot försäljning och export av det svenska snuset är inte föremål för utredning i denna uppsats. Förbudet och varningstexten är dock intimt sammanknutna, vilket innebär att förbudet behandlas vid de tillfällen då det kan tänkas att det kan ha betydelse för varningstextens vara eller icke vara.

Utrymmet medger inte att i uppsatsen behandla svenska, grundlagsrättsliga perspektiv och andra, ehuru intressanta, infallsvinklar.¹

Uppsatsen behandlar endast det svenska snusets situation. Det finns ett mycket stort antal variationer på rökfri tobak för nasalt eller oralt bruk runt om i världen. Det svenska snusets särprägel är det som är intressant för uppsatsen (se vidare nedan). Uppsatsen bortser helt från de andra hälsoeffekter som svenskt snus kan tänkas ha och har. För intresserade kan hänvisas till Socialstyrelsens rapport 1997:11, *Hälsorisker med snus*. Flertalet av de källor som redovisas i avsnitt 1.5 är citerade ur denna rapport. Oundvikligt att presentera i uppsatsen är dock den vetenskapliga bevisning (i urval) som ligger bakom påståendet att svenskt snus inte orsakar cancer, med vilket uppsatsen tar sin början.

1.5 Medicinsk och vetenskaplig bakgrund

En grundläggande förutsättning för att den lagstiftning som stadgar den aktuella varningstexten skall kunna ifrågasättas är att den medicinska bevisningen för densamma inte håller, d.v.s. att det saknas belägg för att det svenska snuset orsakar cancer. Vetenskapliga studier rörande snusets hälsorisker är förhållandevis sällsynta till dags dato, och har inte

¹ Se vidare Ulf Bernitz, *"Konsumentskydd och Handelshinder, reflexioner med utgångspunkt i ett regeringsavgörande om varningsmärkning på tobaksförpackningar"*. Ur Festskrift till Bertil Bengtsson, sidan 51-62, 1993. Detta t.ex. rörande varumärken

tillnärmelsevis det omfång och antal som liknande studier vad det gäller cigarettökning. Fram till 1985 hade fem fallkontrollstudier, varav en svensk och resten amerikanska, genomförts. Samtliga hade metodologiska problem. I fyra av dessa undersökningar konstaterades samband mellan snusning och cancer,² så även den amerikanska U.S. Surgeon General's rapport från 1986 och WHO:s rapport från 1988.³ Det måste emellertid påpekas att svensktillverkat snus och amerikanskt snus skiljer sig åt. Det svenska snuset tillverkas i en värmebehandlingsprocess vilket levererar en närmast steril produkt. Det amerikanska snuset är fermenterat, vilket leder till att detta har en högre halt av cancerframkallande ämnen. Det svenska snuset skall alltså särskiljas från annat snus och endast undersökningar på användningen av detsamma torde vara relevanta fakta att basera lagstiftning på.

1987 arrangerades ett expertmöte i Socialstyrelsens regi, med syfte att utvärdera det svenska snusets hälsorisker. En rapport; ”*Snus – en hälsorisk*”, sammanställdes och gavs ut av Socialstyrelsen 1988.⁴ Denna behandlade främst cancerrisk, med betoning på munhålan. Omdömena baserades huvudsakligen på WHO:s cancerforskningsinstitut IARC:s rapport från 1985.⁵ Rapporten var ägnad att sammanställa den tills då publicerade litteraturen på området. En förhöjd cancerrisk kunde generellt konstateras och med bl.a. denna undersökning som bas kom IARC:s arbetsgrupp fram till att det förelåg: ”*sufficient evidence that oral use of snuffs of the types commonly used in North America and western Europe is carcinogenic to humans*”.

I det omfattande materialet ingick ett femtiotal undersökningar, varav två svenska. Båda dessa nekade relationen mellan cancer och snus.⁶

Socialstyrelsen arrangerade i september 1996 ett symposium med syfte att informera sig om den löpande kunskapsutvecklingen om snusets hälsoeffekter. Man bedömde, med anledning av nya undersökningars resultat, att det fanns ett behov för att uppdatera och eventuellt omvärdera riskbedömningen. En annan orsak var att snuskonsumtionen hade fördubblats på femton år. En tredje anledning var att frågan om det vetenskapliga underlaget för varningstexten ”*Orsakar cancer*” hade kommit upp.⁷

Vid symposiet presenterades och redovisades det rådande forskningsläget, samt två helt nya undersökningar genomförda på svensktillverkat snus. Man fokuserade framförallt på svalg- och munhålecancer. Båda studierna drar slutsatsen att det inte finns belägg för att svenskt snus orsakar cancer. I Socialstyrelsens rapport konstateras att båda dessa studier är: - ”*välgjorda och har utnyttjat tillgängliga registerdata på ett sätt som minimerar risken för selektionsfel*”.⁸

Institutet för miljömedicin (IMM) fick i uppdrag att sammanställa symposiets resultat, vilket ledde till den ovan omtalade rapporten från Socialstyrelsen. Författarna slår i förordet fast att forskning om snusets hälsopåverkan är ett eftersatt område och att det var angeläget med ytterligare forskningsinsatser. I anslutning till avsnittet om cancer konstateras att: ”*Vid en sammanvägning av underlaget för måste de senare svenska studierna ges betydande vikt och dessa ger knappast tillräckligt stöd för att slutsatsen att snusning ökar risken för cancer. Data*

² SoS-rapport 1997:11 s.20

³ *The Health consequences of using smokeless tobacco*. A report of the Advisory Committee of the US Surgeon General, US Dep. Of Health and Human Services. NIH Publ. 86.2874 April 1986 och *Smokeless Tobacco Control* WHO Technical Report Series 773. WHO, Genève 1988.

⁴ Socialstyrelsen PM 1988:4, *Snus – en hälsorisk*. Rapport från ett expertmöte.

⁵ IARC (1985), *Monographs on the evaluation of the carcinogenic risk of chemicals to humans*. Volume 37, *Tobacco habits other than smoking; betel quid and avoca nut chewing; and some related nitrosamines*. International Agency for Research on Cancer, Lyon, 1985.

⁶ IARC (1985) och SoS rapport 1997:11

⁷ SoS-rapport 1997:11, Ahlbom m.fl. sidan 7f

⁸ SoS-rapport 1997:11, Ahlbom m.fl. sidan 21f

tillåter dock inte heller slutsatsen att snusning inte ökar risken för cancer. En låg riskförändring är förenlig med slutsatsen från de svenska studierna och särskilt för enskilda lokaliseringar är precisionen i riskskattningarna dålig till följd av låga antal”.⁹

I en artikel bekräftar medicine doktor Gunilla Bolinder, en av Sveriges ledande experter på snus och hälsa, att (rörande en av henne genomförd studie): *”Undersökningen har inte kunnat konstatera något samband mellan snusning och cancer”*. Det mycket omfattande material som hon använt sig av ökar betydligt trovärdigheten av hennes slutsatser och hennes uttalande kan anses vara det slutgiltiga beviset på att svenskt snus inte orsakar cancer.¹⁰

Med stöd av vad som ovan anförts rörande det vetenskapliga underlaget för det svensktillverkade snusets hälsorisker, så finns det inga klara bevis för att detta skulle kunna orsaka cancer, då främst i munhålan och svalget. Emellertid kan det troligen inte heller sägas med etthundraprocentig säkerhet att det svensktillverkade snuset inte orsakar cancer, men vad kan sägas med sådan säkerhet? Bolinders uttalande får dock ligga till grund för denna uppsats utgångspunkt att det svenska snuset inte orsakar cancer.

2. Gällande lagstiftning och dess tillkomst

2.1 Gemenskapslagstiftning

2.1.1 Inledning och bakgrund

Gemenskapsrättsliga åtgärder på tobaksområdet har två syften. Det första är att skapa förutsättningar för att den gemensamma marknaden. Syfte nummer två, inte lika självklart med bakgrund mot fördraget, är att främja utvecklingen mot en bättre folkhälsa inom gemenskapen. Parlamentet och rådet står sedan mitten av 1980-talet bakom ett handlingsprogram mot cancer och propagerar för ytterligare åtgärder för att snabba på kampen mot tobaksbruket inom gemenskapen.¹¹

Det bör tilläggas att flertalet framgångsrika åtgärder har genomförts självständigt av medlemsstaterna och de flesta rättsakter som gemenskapen antagit på tobaksområdet har inte varit bindande för medlemsstaterna. Det finns dock undantag, det för uppsatsen viktiga direktivet 89/622 om märkning av tobaksprodukter och tilläggsdirektivet 92/41. Framtida gemenskapsåtgärder rörandes tobak kan, till sin omfattning och effekt, komma att bli betydelsefulla. Det senaste exemplet på detta är direktivet om marknadsföring och sponsring av tobaksprodukter.¹²

Rådsmötet i Milano i juni 1985 tryckte hårt på behovet av ett handlingsprogram mot cancer. Kampen mot tobaksbruket gavs högsta prioritet. Kommissionen gavs i uppdrag att undersöka möjliga åtgärder som också skulle bidra till att stärka effektiviteten av de nationella kampanjerna. Rådet tog i juli 1986 initiativet till ett handlingsprogram mot cancer inom gemenskapen.¹³ Resultatet blev planer av femårskaraktär. Regler för reklam, märkning, skattefrågor, sponsring, införande av rökfria miljöer och rökförbud skulle undersökas och om nödvändigt skulle gemenskapsåtgärder vidtas. Ett sätt att verka i programmets riktning var alltså att införa regler om märkning och varningstexter.¹⁴

⁹ SoS-rapport 1997:11, Ahlbom m.fl. sidan 23

¹⁰ Tidningen Arbetet 13 mars 1998 och <http://www.itz.se> (21 maj 1999)

¹¹ Askham & Stoneham; ”*EC Consumer safety*”, 1994, s.179.

¹² OJ L213 30.7.1998 s. 9

¹³ OJ C184 23.7.1986 s.19

¹⁴ Askham & Stoneham; a.a., s. 180

2.1.2 De åtgärder som blev aktuella

Vilket åtgärder blev då aktuella på gemenskapsrättsliga planet? Ett övergripande mål var att harmonisera medlemsstaternas regler. Rättslig grund för en rättsakt som har till syfte att etablera den gemensamma, inre marknaden är artikel 100a. Det föreskrivs i mom. 3 av artikeln att utgångspunkten för åtgärder enligt artikeln, skall vara en hög skyddsnivå (*a high level of protection*). På området tillämpas medbeslutandeproceduren, ett förfarande som endast tillämpas inom vissa avgränsade områden.

Gemenskapen har alltså på senare tid antagit direktiv om varningstexter och innehållsdeklaration för tobaksvaror. Enligt detta skall alla tobaksförpackningar ha dels en allmän varningstext, dels en av flera alternativa, särskilda varningstexter. Direktivet heter ursprungligen 89/622¹⁵ och är av den 13 november 1989, men fick genom direktivet 92/41 från den 15 maj 1992¹⁶, en ny, nu gällande lydelse. Direktivets nuvarande namn är *Council Directive (EEC) on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning the labelling of tobacco products and the prohibition of the marketing of certain types of tobacco for oral use*. Direktivet omfattas av EES-avtalet och blev sålunda tidigt tillämpligt i Sverige.¹⁷

2.1.3 Rådskdirektiv EEG 89/622

Det ursprungliga direktivet hade syftet att harmonisera medlemsstaternas regler vad det gällde märkning av tobaksprodukter. En annan aspekt som kommissionen hade att ta med var aktionsprogrammet mot cancer. Grunden för direktivet var sålunda artikel 100a i fördraget. Då det är det tillägg som tillkom 1992 som är intressant för framställningen kommer direktiv 89/622 endast att behandlas översiktligt.

Kommissionen framhöll att man genom sitt förslag ville harmonisera medlemsstaternas regler och hade för avsikt att tillgodose kraven som uppställs i artikel 100a (3) i fördraget med en utgångspunkt från en hög skyddsnivå. I direktivets preambel hänvisades till Milanomötet. Kommissionen ville skydda folkhälsan i allmänhet. I portalartikeln skrevs tydligt ut att man i viljan att minska skadorna som tobaksprodukter orsakar, hade utgått från en hög skyddsnivå. Det svenska snuset omfattades rent materiellt av direktivet då det föll in under definitionen i artikel 2. Direktivet begränsades till att införa bestämmelser kring tryckandet av hälsovarningar på alla sorters konsumentförpackningar av tobak. En allmän varning ålades alltså (art 4, p.1) alla tobaksprodukter. Cigarettpaket skulle dessutom ha en särskild varning (art 4, p.2). I direktivets preambel nummer tolv fanns ett stycke som innehöll en förutsägelse om att ytterligare åtgärder kunde bli aktuella för att i ännu högre utsträckning skydda människors hälsa i framtiden. Så kunde komma att bli fallet allteftersom större kunskap om problemet framkom och allteftersom den medicinska utvecklingen gick framåt.¹⁸

Det svenska snuset berördes alltså förhållandevis lite av detta första direktiv förutom den allmänna varningstexten. Direktivet innebar alltså egentligen bara att svenskt snus fick lov att säljas fritt (förutsatt att inte medlemstaterna själv hade förbjudit snusförsäljning) med den allmänna varningstexten inom gemenskapen.

2.1.4 Rådskdirektiv EEG 92/41

Kommissionen påbörjade arbetet med att göra ett tillägg till direktiv 89/622. Direktivet skulle innehålla ytterligare särskilda hälsovarningar på förpackningar med tobaksprodukter andra än cigaretter. Produkten av arbetet blev direktiv 92/41. Direktivet har ett outtalat mål att påpeka att allt sorts tobaksbruk innebär hälsorisker och utvidgar användandet av varningstexter till att

¹⁵ OJ L359 8.12.89 s. 1.

¹⁶ OJ L158 11.6.1992 s.30

¹⁷ EES-avtalet, bilaga II, XXV (om tobak), se prop. 1991/92:170, del II, bilaga 4, s.24f

¹⁸ OJ C48 20.2.1988 s. 8

även omfatta även andra typer av tobaksprodukter. Eftersom det under arbetet med direktivet ansågs bevisat att även rökfria tobaksprodukter utgjorde en riskfaktor för cancer, skulle även dessa ha varningstexter om detta. Krav på att även rökfria produkter hade varningstexter var dessutom motiverat i ännu högre grad eftersom det på senare tid i en del medlemsstater hade introducerats ett antal rökfria produkter för muntligt bruk. Gemensamma regler för produkterna saknades och det behövdes omedelbara åtgärder. Vidare anfördes att det enda rätta vore ett totalt förbud, men att ett undantag skulle göras för traditionella, europeiska tobaksprodukter för oralt bruk.¹⁹

Artikel 1 uttrycker syftet med direktivet medan artikel 2 innehåller definitioner. Vad som i direktivet kallas för "*tobacco for oral use*" avser alla tobaksprodukter att brukas i munnen, förutom de som är avsedda att rökas eller tuggas. Artikel 4 föreskriver en allmän hälsovarning på alla tobaksförpackningar. Varningen skall vara på landets officiella språk med innebörden "*Tobacco seriously damages health*". Med direktiv 92/41 tillkom ett andra stycke till artikel 4 som kräver särskilda varningstexter på förpackningar med rökfri tobak. Enligt art. 4.2 (a) mom. (c) skall sålunda styckeförpackningar av rökfria tobaksvaror förses med en varningstext med innebörden; "*Cause cancer*". Artiklarna 5-7 handlar om anpassning av direktivet efter den tekniska utvecklingen. Medlemsstaterna får inte på något sätt begränsa eller förbjuda försäljningen av tobaksvaror vars varningstexter stämmer överens med direktivet. Emellertid är medlemsstaterna obehindrade att vidta andra åtgärder för att begränsa handeln med tobaksprodukter som de anser nödvändiga med hänvisning till skyddet av folkhälsan. Detta enligt artikel 8 som genom direktivet 92/41 utvidgades med ett mom. (a) som innehåller förbudet mot försäljning av tobaksprodukter för oralt bruk såsom de definierats i artikel 2.4, det famösa snusförbudet.

2.1.5 Tillkomsten av direktiv 92/41

Även om förarbeten traditionellt inte tillmäts någon större tyngd inom gemenskapen, finns det för denna uppsats skull, all anledning att närmare studera hur direktivet tillkom. Det första direktivet innehöll som bekant inte några krav på att förpackningar av rökfria tobaksprodukter skulle ha en särskild varning om att de orsakade cancer. Det konkreta skälet till gemenskapens initiativ var dels att en amerikansk tillverkare hade inlett en hårdansering av snus, dels att medlemsstaterna hade börjat komma med lagstiftning. Slutsatsen av detta var att rökfria tobaksprodukter för muntligt bruk var en gemenskapsfråga. Det måste vara tillåtet eller förbjudet överallt. Frågan hänsköts till gruppen *Europe against Cancer*. Detta initierade då ett ytterligare direktivförslag på området.²⁰

2.1.5.1 Det första direktivförslaget

Det första direktivförslaget kom i november 1990. I preambelns första stycke angavs målet, att harmonisera medlemsstaternas regler rörande märkning av tobaksprodukter då de kunde utgöra hinder mot samhandeln och den gemensamma marknaden. De regler som kunde bli aktuella skulle, enligt tredje stycket preambeln, ta hänsyn till folkhälsan i enlighet med artikel 100a (3) i fördraget med utgångspunkt i en hög skyddsnivå. Kommissionen hänvisade också i preambelns fjärde stycke till aktionsprogrammet mot cancer. Det sjätte stycket aviserade att särskild varning borde bli obligatorisk på förpackningar av rökfria tobaksprodukter. Det var nödvändigt att skilja på produkter för rökning och rökfria dito. Det var bevisat (stycke elva) att rökfria tobaksprodukter kunde framkalla cancer och följaktligen skulle ha en varning om detta. De nya typer av rökfria tobaksprodukter som dykt upp på marknaderna i några

¹⁹ Askham & Stoneham; a.a., s. 181.

²⁰ Lidgard; *Swedish snus confronts basic EU principles*, Essays in honour of Lennart Pålsson, 1997, s.127f

medlemsländer var särskilt attraktiva för yngre (stycke tretton). Eftersom det fanns olika regler i medlemsstaterna fanns det all anledning att harmonisera reglerna. Man föreslog ett totalt förbud för dessa nya produkter. Skälet var att de medlemsstater som blivit berörda hade infört ett totalförbud. Eftersom dessa kunde, särskilt för unga människor, komma att användas som ett substitut för röktaobak, skulle omedelbara åtgärder vidtas (stycke femton). Vetenskaplig grund var studier som IARC hade genomfört som visade på att *fuktigt snus för muntligt bruk* innehöll särskilt höga kvantiteter av cancerogena substanser, vilket ledde till muncancer. Den enda konklusionen var att ett totalförbud skulle införas (st. sjutton). I förslaget definierades vad som avsågs med *fuktigt snus för muntligt bruk* (art. 1b) och styckeförpackningar med rökfria tobaksprodukter skulle förses med den särskilda varningstexten "Can cause cancer". Snusförbudet lades i en ny artikel 8a.²¹

Kommissionen lämnade ett förklarande dokument till sitt förslag. Här konstaterades (s.2) att Irland redan infört ett förbud mot tuggtobak och liknande produkter. Grunden för gemenskapsrättsliga åtgärder var sålunda medlemsstaternas önskemål, något som kommissionen instämde i efter att ha inhämtat yttrande från *Europe against cancer*. Man bestämde sig för att göra dessa tillägg för att tillhandahålla särskilda varningstexter på tobaksprodukter, andra än cigaretter. Irland hade ett totalförbud sedan 1988. Vidare hade brittiska myndigheter infört ett förbud i mars 1990. Belgien hade informerat kommissionen om kommande lagstiftning, med ett totalförbud för portionsförpackat snus.

Rättslig grund blev på nytt artikel 100a. Ånyo underströks att utgångspunkten var en hög skyddsnivå och att förslaget baseras på expertutlåtanden från kommittén ovan och IARC (s.4). Mot bakgrund av epidemiologiska studier hade man bevisat att de sistnämnda kunde orsaka cancer, därför skulle det särskilt varnas för detta. Man fann emellertid vidare anledning att skilja på svenskt snus (*oral moist snuff*) och nässnus/tuggtobak. Till Artikel 4.2 (c) förklarades att "Smokeless tobacco products, this group refers in particular to snuff and chewing tobacco".²²

Kommissionen hade vid flera tillfällen varnats av organisationer och vetenskapsmän om riskerna med denna nya typ av produkter. IARC:s och U.S. Surgeon General's undersökningar visade på höga halter av cancerogena ämnen, bl.a. nitrosaminer. Slutsatsen blev att produkterna orsakar muncancer och gav förhöjd cancerrisk i bl.a. svalget. Den enda effektiva åtgärden var ett totalförbud.

En summering av kommissionens skäl är att: a) snuset orsakade muncancer och medförde andra cancerrisker, b) nikotinnehållet påverkade hjärt/kärlverksamheten, c) snuset var attraktivt för unga människor och d) begränsade marknadsföringsåtgärder var inte tillräckliga.

2.1.5.2 Ekonomiska och Sociala kommitténs yttrande

Ekonomiska och sociala kommittén tillfrågades och uppmanades inkomma med ett yttrande om kommissionens förslag. Utskottet för miljö, folkhälsa och konsumentskydd, som givits ansvaret för att utforma ECOSOC:s yttrande, kom fram till ett beslut den 17 maj 1991. ansvarig rapportör var, liksom vid direktiv 89/622, Mr Noordwaal.²³ Slutligt beslut togs vid ECOSOC:s möte den 29 maj. Kommittén konstaterade att skyddsnivån skulle vara hög enligt artikel 100a (3) och menade att frågan om *moist snuff tobacco for oral use* var särskilt viktig. Vidare framhölls att enligt nyligen genomförda hälsostudier, hade det bevisats att dessa

²¹ OJ C029 5.2.1991

²² Explanatory memorandum till COM (90) 538 final SYN 314.

²³ Revised Preliminary Draft Opinion of the Section of the Environment, Public Health and Consumer Affairs on the Proposal for a Council Directive amending Directive 89/622 of 26 March 1991.

produkter var mer skadliga och mer beroendeframkallande än andra rökfria produkter. Kommittén fick inget direkt gehör för sina synpunkter, vilket torde vara kutym vad det gäller kommitténs yttranden.²⁴

2.1.5.3 Parlamentets första läsning

Parlamentet hänsköt frågan till sin kommitté för miljö, hälsa och konsumentskydd som utarbetade ett yttrande. Till rapportör utsågs Mr Vernier. Han avlämnade *Vernier-rapporten*. Miljöutskottet antog en preliminär rättsakt i enlighet med rapporten, vilken förelades parlamentet. Utskottet välkomnade ett totalförbud och ansåg det i allra högsta grad motiverat. Någon tid fick inte förspillas på att få fram ett förbud, man skulle till varje pris förhindra att produkterna oåterkalleligen etablerades på marknaderna, såsom sorgligt nog redan var fallet i Sverige och USA. Att snuset var cancerframkallande ansågs utrett, utskottet hänvisade till U.S. Surgeon General's rapport och till WHO:s. Framförallt gällde detta cancer i munhålan. Utskottet intog en mycket restriktiv hållning gentemot snuset. Utskottet ville också förbjuda tillverkning av snus, men framförde däremot ett förslag om att traditionella produkter skulle vara undantagna, då främst tuggtobak och nässnus, då de var etablerade och utgjorde en liten del av den totala tobakskonsumtionen.²⁵

Förslaget remitterades även till lagutskottet. Utskottet kunde troligen inte enas, någon rapport avgavs därför inte i detta skede. Den tilltänkte rapportören Lord Inglewood menade (i ett pressmeddelande) att: *"As public health does not fall within the scope of the EEC treaty, European legislation pertaining to a ban on marketing a product on the grounds of harmful effects on health is ultra vires"*.²⁶

Under denna första läsning ställdes en skriftlig fråga till den ansvariga kommissionären Mrs Papandreou. Parlamentarikerna Mottola och Gaibisso frågade om kommissionen inte tänkte dra tillbaka förslaget på grund utav det faktum att förbudet inte kunde motiveras med hänvisning till folkhälsa, eftersom det var arbiträrt, diskriminerande och helt oproportionerligt till de förmodade hälsoriskerna. De ifrågasatte alltså den medicinska bevisningen. Det kortfattade svaret blev att skadligheten var inte var ifrågasättbar. Vad det gällde den rättsliga grunden så hänvisade kommissionen till att artikel 100a var ett utmärkt instrument, särskilt som dess tredje stycke aviserade en hög skyddsnivå.²⁷

Den första läsningen inför parlamentet ägde rum den 8 juli 1991 och förslaget antogs.²⁸

2.1.5.4 Det andra, reviderade direktivförslaget

Det slutgiltiga förslaget lades fram av kommissionen i september 1991 och skickades till rådet. Ett i stort oförändrat förslag som innehöll ett par för denna uppsats aktuella ändringar. Genomgående för hela förslaget är att *"oral moist snuff tobacco"* har ändrats till *"new products for oral use"*. Detta torde utesluta allt utom det amerikanska och det svenska snuset. I preambeln ändrades vidare *"can provoke cancer"* till *"are a major risk factor as regards cancer"*. Denna betydligt vassare och mer direkta formulering ledde troligen till den mest intressanta ändringen i förslaget. Lokutionen *"Can cause cancer"* ändrades till *"Cause cancer"*. Svaret står troligen att finna i den gemensamma ståndpunkt som rådet utarbetade.²⁹

²⁴ OJ C191, 22.7.1991 s. 37f

²⁵ A3-0106/91 från den 29 april 1991

²⁶ Pressmeddelande Lord Inglewood, MEP, juli 1991 (ej publicerat, tillgängligt hos författaren)

²⁷ Written question No 2949/90, OJ C164 24.7.1991 s.22

²⁸ OJ C240 16.9.91 s.11

²⁹ OJ C260 5.10.91 s. 9

2.1.5.5 Rådets gemensamma ståndpunkt

Rådet fick i november ett nytt förslag från kommissionen. Samma månad antogs en gemensam ståndpunkt. Kommissionen hade redan innan rådet antog dokumentet förklarat att man godtog detta. Rådet accepterade parlamentets ändringar i preambeln. Man konstaterade alltså att rökfria tobaksprodukter utgjorde ”*a major risk factor as regards cancer*”, och instämde i preambelns stycke om de nya produkternas farlighet. Det totala förbudet tillskyndades alltså av rådet. En för föreliggande uppsats mycket intressant ändring (som redan nämnts ovan) gjordes vad det gällde tillägget av artikel 4.2. Den nya punkten (c) i artikeln skulle istället för lydelsen ”*Can cause cancer*” ha lydelsen ”*Cause cancer*”. Någon förklaring till denna ändring lämnas inte i den tillhörande förklaringen.³⁰

2.1.5.6 Parlamentets andra läsning

När Vernier-rapporten debatterades i parlamentet den 10 mars 1992 gjorde Mr Spencer ett inlägg, i vilket han konstaterade att: ”*The Swedes have the lowest rate of oral cancer in Europe. In fact the highest rates of oral cancer, as far as we can tell, appear to be connected with Calvados drinking. This is a figure given to us by the Belgian cancer authorities. I can see no proposal from Mr Vernier to put labels on Calvados*”.³¹ Reaktionen uteblev.

Direktivförslaget antogs utan några ändringar av betydelse. Parlamentet inkorporerade rådets gemensamma ståndpunkt i sitt beslut.³² Direktivet antogs av EU:s hälsoministrar den 15 maj 1992. Alla medlemsstater har notifierat att direktivet är implementerat.³³

Det vetenskapliga underlaget för en så kategorisk varningstext som den aktuella ifrågasattes alltså bara vid några få tillfällen och då av parlamentariker. Ej heller ifrågasattes på allvar kompetensen för gemenskapen. Fokus hamnade naturligtvis på totalförbudet, vilket gjorde att varningstexterna, som ju egentligen inte var tänkta att omfatta det svenska snuset, kom i skymundan. Några protester hördes inte rörande varningstexterna på de andra rökfria tobaksprodukterna som blev etiketterade ”*Orsakar cancer*”. Det finns sålunda goda möjligheter att utifrån doktrin och praxis diskutera igenom de eventuella frågetecken som kan resas kring direktivet i allmänhet och varningstexten i synnerhet.

2.1.6 Liknande gemenskapslagstiftning

En parallell kan dras till den politik som gemenskapen fört för konsumentskydd. Ett program har utfärdats med allmänna principer och mål på området, som en slags modell för senare sekundär lagstiftning. Första programmet antogs redan 1975 och har fortlöpande uppdaterats. Redan i detta uttalades att ett av syftena var att effektivt skydda konsumenten från risker mot hans/hennes hälsa och säkerhet. Vidare framhölls, under titeln: ”skydd av konsumentens ekonomiska intressen”, att en av de grundläggande rättigheter som konsumenten hade var att all information som tillhandahölls på en varningstext skulle vara, vid tiden för försäljning eller i annonser, sanningsenliga. Intressant är också att i förordningen är en av principerna som åtgärderna skall vila på, att konsumenter skall informeras på ett korrekt sätt om alla risker som kan bli resultatet från en förutsägbart användande av en viss vara, under beaktande av produktens karakteristika. Dessa grundläggande principer bör gälla än idag. Specialregleringen i märkningsdirektivet tar i och för sig överhanden och ämnet kan dessutom anses falla utanför området. Det kan ändå vara av värde att trots allt påpeka att detta torde vara grundläggande principer för gemenskapens konsumentskydd och det är alltså tveksamt

³⁰ C3-0435/91 – SYN 314, - 8657/91

³¹ OJ Debates of the European Parliament 1992-93 Session, Report of proceedings from 10-13 March 1992, p.4f

³² OJ C94 13.4.92 s.76f och 168.

³³ För en lista över de lagar och förordningar som implementerat direktiven i de enskilda medlemsländerna, se http://europa.eu.int/comm/sg/scadplus/leg/en/chm/c92_41.htm (21 Maj 1999)

om märkningsdirektivet står i paritet med dessa. Askham och Stoneham väljer i sin bok, som behandlar konsumentlagstiftning, att redovisa annonsering, märkning och varningstexter för tobaksprodukter, vilket torde tyda på att en konsumentssäkerhetsaspekt på tobaksprodukter åtminstone går att diskutera. Vad detta innebär skulle vara intressant att undersöka men faller utanför denna uppsats ämne, liksom de andra sekundära rättsakter kring märkning av produkter som huvudsakligen hänför sig till produktsäkerhetsaspekten.³⁴

Intressant i sammanhanget är även den s.k. *försiktighetsprincipen* som från början utvecklades i miljörätten. Den innebär att preventiva åtgärder skall vidtas så snart det finns skäl att misstänka att en viss åtgärd skulle kunna utgöra ett hot mot den mänskliga hälsan eller på annat vis skada miljön. Detta även om det saknas övertygande bevisning rörande kausalförhållandet mellan åtgärd och skada. Principen finns efter Maastricht i artikel 130r(2). Principen torde dock kräva att vetenskaplig bevisning presenterats, inte att osäkerheten grundas på allmän okunskap.³⁵

Principen har på senare tid blivit hänvisad till vad det gäller gemenskapens regelverk kring livsmedel, framförallt vad det gäller frågor rörande folkhälsa. Detta gör att den får en viss aktualitet för denna uppsats.³⁶

2.2 Svensk rätt

2.2.1 Lagstiftning

I Sverige regleras märkningen av tobaksprodukter i tobakslagens (SFS 1993:581) 9-11§§. Reglerna tar sikte på konsumentförpackningar av tobaksvaror avsedda att avyttras i näringsverksamhet inom landet. Sådana förpackningar skall i den utsträckning och på det sätt som regeringen föreskriver förses med varningstexter som upplyser om de hälsorisker som är kopplade till tobaksbruk. 9§ tobakslagen stadgar att: *'Förpackning till tobaksvara som är avsedd att i näringsverksamhet tillhandahållas konsumenter inom landet skall i den utsträckning och på det sätt som regeringen föreskriver förses med; 1) texter som upplyser om de hälsorisker som är förbundna med bruk av tobak (varningstexter) (...)*'. Lagstiftaren har markerat att det kan röra sig om flera olika texter som inom gemenskapen. Meningen med regeringens ansvar för texternas utformning är att dessa skall kunna ändras i takt med utvecklingen på området. Enligt 10§ tobakslagen är det tillverkare och importörer som skall svara för att förpackningen till tobaksvara förses med varningstext och innehållsförteckning. 11§ tobakslagen stadgar att: *"En tobaksvara får inte i näringsverksamhet tillhandahållas konsumenter inom landet, om den saknar varningstexter eller innehållsdeklaration eller om text eller deklaration är uppenbart oriktig"*.³⁷

2.2.2 Implementeringen

Socialstyrelsen meddelar föreskrifter till tobakslagen. Senaste uppsättningen regler om varningstexter från Socialstyrelsen kom 1994. De är utformade i enlighet med och bygger på gemenskapsdirektivet som Sverige redan enligt EES-avtalet hade förbundit sig att tillämpa. De utgör den aktuella implementeringsåtgärden. Föreskriftens 9§ föreskriver en särskild varningstext med lydelsen *"Orsakar cancer"* på alla konsumentförpackningar med snus som säljs efter den 1 januari 1995. Detta förutom den allmänna varningen (*Tobak skadar din hälsa*

³⁴ Se vidare Askham & Stoneham; a.a.

³⁵ Pagh; *EU miljöret*, 1996, s.60ff

³⁶ Streintz; *"The Precautionary Principle in Food Law"*, *European Food Law Review*, Vol 8, nr 4, dec 1998.

³⁷ Magnusson & Nordgren; *"Om tobak, Bakgrund och kommentarer till tobakslagen"*, 1994, s.109f

allvarligt) enligt 6§. Till varningstexten fogas också en slags avsändarhänvisning, följaktligen lyder varningstexten: ”*Orsakar cancer, Socialstyrelsen*”.³⁸

2.2.3 Förarbeten

Bestämmelserna i tobakslagen överensstämmer med de regler som fanns i 1975 års lag om varningstext och innehållsdeklaration på tobaksvaror (1975:1154). Tobaksreklamutredningen avlämnade 1975 ett PM om varningstexter. Utredningen ansåg att behov fanns av särskild lagstiftning vad det gällde informationen kring riskerna med tobaksbruk. Inte något tobaksbruk skulle undantas, men det fanns inte behov av att använda sig av den föreslagna lagens hela tillämpningsområde. T.ex. tyckte inte utredningen att det fanns behov av några särskilda varningstexter på tuggtobak och snus, men att lagen i princip också skulle anses omfatta dessa. Utredningen var däremot inte beredd att i lagen detaljföreskriva utan lade vikt vid att flexibilitet skulle råda, lagens tillämpning skulle snabbt kunna anpassas till nya rön.³⁹

Socialministern tillsatte 1988 en utredning om åtgärder för minskat tobaksbruk som avgav sitt yttrande i mars 1990. Utredningen underströk i sitt betänkande att varningstexterna utgjorde ett viktigt inslag i strävandena efter att informera om tobakens farlighet, och efterhand som allt fler forskningsresultat på området presenterats hade deras betydelse ökat. Vidare nämnde man att man inom EG nyligen hade antagit ett direktiv om varningstexter. Det fanns, enligt utredningen, dock ingen brådska med att anpassa det svenska systemet till EG eftersom det skulle ta flera år innan det kom i bruk. Man föreslog därför att de då gällande lagreglerna överfördes med i stort sett samma innehåll till den nya tobakslagen och hänvisade till cancerkommitténs bedömning att bruket av snus var förbundet med en viss ökad risk för cancer, främst i munhålan. Det fanns, enligt utredningen, svenska epidemiologiska studier som tydde på att 5-6 fall av cancer i munhålan varje år berodde på snusningen.⁴⁰

2.2.4 Debatten kring uppsatsens ämne

I ett pressmeddelande som generaldirektör Örtendahl gick ut med i februari 1997 redovisades IMM:s slutsatser. Socialstyrelsen konstaterade att det för närvarande inte fanns någon grund för att påstå att snusning ökade risken för cancer. Forskningsresultaten bedömdes dock som både motstridiga och ofullständiga. På grund av detta kunde heller inte uteslutas att snusning medförde förhöjd cancer risk.⁴¹

I ett brev till regeringen påpekades att IMM:s rapport skapade tvivelsmål om det vetenskapliga underlaget för varningstexten. Man ansåg försiktigt att rapporten ”kunde aktualisera” en förändring av direktivet och att rapporten tillsammans med annat material i så fall skulle kunna ligga till grund för ett initiativ. Generaldirektören påpekade dock att en eventuell förändring inte fick tolkas att snus skulle anses som icke-hälsofarligt. I brevet tillades att ytterligare undersökningar pågick kring det svenska snusets hälsofarlighet. I väntan på dessa framförde Socialstyrelsen att man avsåg att avvakta innan det kunde bli dags att ta ställning till huruvida ett svenskt initiativ till en förändring av direktivet skulle ske, då i form av en framställan till EU från den svenska regeringen.⁴²

Flera motioner har inlämnats till riksdagen av enskilda riksdagsmän. Ingen av dem har emellertid lett till något resultat. Socialminister Engqvist svarade på en interpellation i riksdagen den 28 januari att ett nytt direktiv var på gång och upplyste att det vid

³⁸ SOSFS 1994:9 (M)

³⁹ Ds H 1975:2

⁴⁰ SOU 1990:29 sidan 130

⁴¹ Socialstyrelsens pressmeddelande nr 4 1997, 97-02-06

⁴² Brevet till regeringen överensstämmer till sitt innehåll med pressmeddelandet. (Dnr 30-6007/96)

hälsoministerrådet den 12 november hade informerats att kommissionen avsåg att uppdatera direktivet. Kommissionären Flynn tog bl.a. upp frågan om varningstexternas innehåll och nämnde att svenska företrädare till kommissionen framfört att svensk forskning inte kunde belägga påståendet att svenskt snus var cancerframkallande. Samma företrädare hade framfört önskemål att det vid omarbetningen av direktivet togs hänsyn till dessa synpunkter. Han fortsatte att det var ”angeläget att det nya direktivet får en utformning som inte strider mot otvetydiga och oberoende forskningsresultat”. Fanns det ett behov av detta borde Sverige, enligt ministern, verka för att direktivet ändrades och fick en utformning som stämde överens med forskningens resultat. Socialministern tillade emellertid, att eftersom svenskt snus innehåller cancerframkallande ämnen, så fanns det anledning till försiktighet. Det fick inte framstå som om snus var hälsosamt. Han tillade dock att det var viktigt att varningstexter är korrekta, särskilt som en statlig myndighet står som garant för den.⁴³

Barbro Westerholm tog ånyo upp frågan i kammaren i mars 1999. Hon manade till försiktighet och ansåg att varningstexten kunde ändras till att redovisa att snus innehåller cancerframkallande ämnen. Socialministern framhöll igen att om man skall tvinga en offentlig myndighet att skriva under en information, skall den vara alldeles korrekt. Det fanns idag inget tydligt samband mellan svenskt snus och cancer på det sätt som människor kunde tro, om de får läsa varningstexten. Han ville därför verka för ett alternativ till varningstexten, som sade något som var ovedersägligt, antingen att snus innehåller cancerogena ämnen, eller allvarligt skadar hälsan. Hans synpunkter på detta handlade alltså snarast om omsorgen om den statliga myndighetskulturen. Den information som myndigheter tvingades att sätta sitt namn under skulle man vara alldeles säker på.⁴⁴

En attitydförändring kan alltså märkas hos myndigheter och beslutsfattare. Dock finns det ingen registrerad aktivitet som talar för att en förändring av direktivet är på gång. De synpunkter Leif Engqvist framförde kommer att diskuteras längre fram i uppsatsen.

3. Går varningstexten att ifrågasätta enligt gemenskapslagstiftningen?

3.1 Den processuella vägen

3.1.1 Inledning

Enskilda har ett berättigat intresse av att den makt som unionen utövar sker med iakttagande av allmänna rättsprinciper och med hänsynstagande till grundläggande fri- och rättigheter. De grundläggande fördragen anger i huvudsak principer för gemenskapernas handlande inom de olika politiska samarbetsområdena.

Först och främst gäller det emellertid att ta reda på hur man processuellt skall gå till väga för att få överprövning av en rättsakt. Gemenskapen har ett system av överprövning som medger olika vägar. Här kommer dock endast tas upp de två för uppsatsen intressanta, dvs. möjligheten till s.k. *annullationstalan* enligt artikel 173 och möjligheten att få ett prejudiciellt avgörande enligt artikel 177.⁴⁵

3.1.2 Artikel 173

De rättsakter som påstås inte stå i överensstämmelse med fördraget, kan angripas med hjälp av artikel 173. Det bör tilläggas att domstolen, med stöd av artikeln endast kan annullera och ej tolka rättsakter. I princip företar domstolen endast en laglighetsprövning, som anknyter till

⁴³ Riksdagens snabbprotokoll 1998/99:46, anförande 152-154.

⁴⁴ Riksdagens snabbprotokoll 1998/99:64, fredagen den 5 mars, anförande 8-9

⁴⁵ Melin a.a., s.96f

de i artikeln angivna kriterierna. Dessa är a) bristande behörighet, b) åsidosättande av väsentlig formföreskrift, c) åsidosättande av fördraget eller rättsregler som är tillämpliga ifråga om fördraget och d) maktmissbruk. Om så är fallet, den förda talan är grundad, annulleras den omstridda rättsakten. Artikeln innebär alltså inte någon möjlighet till lämplighets- och skälighetsbedömningar annat än i den mån de kan tänkas ha samband med någon allmän rättsgrundsats som skall beaktas vid fördragets genomförande. När det rör sig om ett enskilt rättssubjekt som för talan mot rättsakt från gemenskapen, är möjligheten att föra talan starkt begränsad. Enskilda rättssubjekt utgör s.k. ”icke-privilegierade rättssubjekt” och kan endast föra talan förutsatt att det rör sig om ett beslut riktat till den enskilde eller att denne är direkt och omedelbart berörd av detta. Kraven på att vara berörd är ganska stränga.⁴⁶ En vidare undersökning synes onödig eftersom det inte är troligt att bolaget skulle ha *locus standi* att ifrågasätta direktivet genom att föra direkt talan. Artikeln kräver dessutom att talan anhängiggjorts inom två månader från det att rättsakten offentliggjorts. Tidsfristen i densamma gör en prövning enligt artikeln omöjlig.

3.1.3 Artikel 177

Det existerar dock ytterligare en möjlighet att resa invändningar mot giltigheten och tolkningen av en rättsakt genom att använda sig av det förfarandet i artikel 177(1)b. Förfarandet har egentligen till syfte att säkra uniformiteten i gemenskapsrätten, men erbjuder en alternativ väg för att föra talan angående ogiltigheten av rättsakter. Fördelen med detta förfarande är att den enskilde inte behöver uppfylla de strikt kraven på *locus standi* som uppställs i artikel 173.

En enskild kan när en rättsakt från gemenskapen blivit implementerad föra talan mot den nationella rättsakten inför en nationell domstol, som i sin tur ställer en fråga till gemenskapens domstol om giltigheten i dess rättsakt. Det rör sig sålunda om en *indirekt* metod. Metoden kan enligt doktrin vara mycket användbar för enskilda klaganden och har blivit frekvent utnyttjad. Domstolen skall lämna *förhandsbesked* angående tolkningen och giltigheten. Vilken typ av rättsakter omfattas då av detta förfarande? Till skillnad från artikel 173 som försöker begränsa antalet rättsakter som artikeln kan användas mot, torde artikel 177 vara tillämplig på i stort sett alla typer av gemenskapslagstiftning. En känslig fråga var om även de rättsakter som endast riktar sig till medlemsstaterna för vidare implementering skulle kunna dras upp inför domstolen. Domstolen ansåg det logiskt. Domstolen har i praxis slagit fast att alla sorters åtgärder, oavsett vad de har för formellt namn, kan bli föremål för talan förutsatt att åtgärden har en rättslig effekt. Det är endast den nationella domstolen som kan föra upp talan till domstolen. Det är intressant att inte den klagande individen själv är iblandad i målet, utan den nationella domstolen. Parterna utesluts alltså mer eller mindre från processen, även om de kan bli inkallade och avhörda.⁴⁷

Vilka bedömningsgrunder har domstolen enligt artikel 177? I artikeln hänvisas till att en undersökning av *giltigheten* av en rättsakt från gemenskapen skall ske utan att redogöra för grunderna, medan artikel 173 talar om att *lagligheten* av en rättsakt och räknar uttömmande upp de grunderna. En viktig skillnad? Nej, inte enligt domstolen, som i sin praxis avvisat att det skulle vara någon skillnad och bekräftat att det rör sig om en vid formulering och att gemenskapens rättsakter kan bli föremål för talan på vilken ogiltighetsgrund som helst. Normalt torde det vara så att, då nationella domstolar begär ett förhandsbesked, kommer att ställa frågan så om inte rättsakten är ogiltig enligt de samma grunder som finns i artikel 173.

⁴⁶ Pålsson & Quitzow; ”EG-rätten, ny rättskälla i Sverige”, första upplagan, 1993, s. 111f och Bright; ”EU, understanding the Brussels process”, 1995, s. 63

⁴⁷ Albors-Llorens; ”Private parties in European Community Law”, 1996, s.177ff

Domstolen har själv indikerat att det går att göra en analogi mellan de grunder som blir tillämpliga vid annullationstalan om giltighet och de regler som blir tillämpliga vid förhandsbesked rörande giltigheten av en rättsakt.⁴⁸

Domstolen har exklusiv kompetens att ogiltigförklara rättsakter för att bevara uniformiteten i gemenskapsrätten och i revisionssystemet. Effekten av en ogiltigförklaring blir att dokumentet blir en nullitet. Detta även om förhandsbeskedet egentligen endast riktar sig till den nationella domstolen. Det ogiltigförklarade dokumentet kommer emellertid att betraktas som ogiltigt inom hela gemenskapen. Andra nationella domstolar kan åberopa förhandsbeskedet. När en rättsakt befunnits ogiltig är det dessutom högst sannolikt att den utfärdande institutionen skyndsamt ersätter den. Det finns dock ytterligare en fördel med artikel 177(1)b. Domstolen har på senare tid funnit att en nationell domstol kan interimistiskt medge underlåtenhet att tillämpa rättsakten, förutsatt att vissa förutsättningar är uppfyllda.⁴⁹

3.1.4 Kan bolaget använda sig av artikel 177?

En intressant fråga är om inte bolaget skulle kunna förvägras att använda sig av artikel 177 då man faktiskt skulle kunna ha använt sig av artikel 173:s metod med direkt talan? Detta kom upp i fallet 188/92 *TWD*. Här ställdes frågan; kunde *TWD* använda sig av artikel 177 för att åberopa ogiltighet av rättsakten trots att de kunde ha använt sig av artikel 173? Generaladvokaten sade nej. Emellertid skulle detta inte utropas till en allmän princip utan endast gälla när det rör sig om ett beslut riktat till ett enskilt land eller enskild. Att mera generellt uttala detta vore att göra artikel 177 subsidiär till artikel 173, ett oönskat resultat. Domstolen gick på generaladvokatens linje och tillät inte *TWD* att använda sig av artikel 177. När en rättsakt riktar sig till hela gemenskapen, som t.ex. ett direktiv, gäller inte principen. Detta följer bl.a. av rättsfallet 216/82 *Universität Hamburg*. I fallet riktades rättsakten till hela gemenskapen, det förelåg ingen informationsplikt till de berörda, alltså kunde man inte hindra någon som faktiskt kunde ha använt sig av artikel 173 att använda sig av artikel 177. Detta följde bl.a. av principen om berättigade förväntningar.⁵⁰

Ett problem är emellertid de situationer då den enskilde, för att kunna få upp talan i en nationell domstol, först måste bryta mot gemenskapsrätten. Förfarandet bedöms som icke-önskvärt. Ett klart exempel på att denna situation kan leda till problem är rättsfallet 55/86 *ARPOSOL*. Företaget förvägrades *locus standi* tills dess att det verkligen hade brutit mot gemenskapsrätten, och kunde sålunda inte föra talan mot att förordningen bröt mot grundläggande principer.⁵¹

3.1.5 Slutsatser av det processuella

Slutsatsen av ovanstående blir att ett förfarande enligt artikel 173 är uteslutet och att det istället torde bli ett förhandsbesked i enlighet med artikel 177(1)b. Den nationella domstolen har en rättighet och en skyldighet att begära förhandsavgörande från domstolen beträffande direktivets giltighet överhuvudtaget eller i här aktuell del. Då direktivet 89/622 (med ändringar i 92/41) är ett generellt dokument torde bolaget inte ha något att frukta. Om inte annat så har en del av medicinska bevisen framkommit efter direktivets tillkomst. Bolaget skulle alltså med all sannolikhet kunna använda sig av förfarandet i artikel 177.

Hur skall då bolaget bära sig åt för att få saken upp till prövning i domstol? Bolaget skulle kunna genom att börja sälja snus utan (eller med andra) föreskrivna varningstexterna få upp

⁴⁸ Wyatt & Dashwood ; "European Community Law", tredje upplagan, 1993, s.148.

⁴⁹ Albors-Llorens; a.a., s. 180ff

⁵⁰ 188/92 *TWD* (1994) ECR I-883, s. 845-46 och 216/82 *Universität Hamburg* ./ *Hauptzollamt Hamburg-Kehrwieder* (1983) ECR 2271

⁵¹ 55/86 *ARPOSOL* ./ *Rådet* (1988) ECR 2151

saken i nationell domstol. Häri ligger ett problem, det är möjligt att själva brottets natur kan ha betydelse för huruvida förfarandet anses önskvärt eller inte. Om bolaget lyckas få upp saken till prövning kan den nationella domstolen alltså inte själv ogiltigförklara direktivet. Domstolen har här en exklusiv kompetens. Skulle domstolen förklara direktivet ogiltigt, helt eller delvis, skulle detta för bolaget innebära att det svenska snuset inte behöver påföras varningstexten och eventuellt kunna marknadsföras inom hela gemenskapen. Detta förutsatt att förbudet i artikel 8(a) upphävs samtidigt. Om så inte blir fallet kan bolaget endast börja sälja sina produkter inom det område som undantaget till fördraget medger.

Eftersom ovan nämnda förfarande är oerhört tidskrävande, skulle bolaget kanske försöka utnyttja den möjlighet som finns för nationella domstolar att förklara gemenskapens rättsakter ogiltiga i ett förfarande om nationella interimåtgärder. Domstolen har inte uteslutit möjligheten, se rättsfallet 314/85 *Foto-Frost*.⁵²

Det finns alltså kanske en möjlighet att snabbt få bort varningstexten, möjligen kan emellertid frågans komplexitet förhindra att en nationell domstol tar ett sådant beslut utan att ha hört domstolens utlåtande. Bolaget står annars inför ett förfarande av långbänkskaraktär.

3.2 Går varningstexten att tolka bort?

3.2.1 Inledning och om domstolens metoder.⁵³

Vid en förfrågan från den nationella domstolen om förhandsbesked skulle fråga också resas kring tolkningen av direktivet. Fördelen skulle vara att det kan tänkas vara lättare att få ett stadgande borttolkat än ogiltigförklarat. Frågan skulle då formuleras sålunda: Skall direktivet 89/622, med den ändring som skedde genom direktiv 91/42 tolkas så att det krav på varningstext som uppställs i artikel 4.2 (a) mom.(c) inte gäller det svenska snuset? Det är tänkbart att domstolen skulle kunna tolka direktivet så att det svenska snuset faller utanför. Även om det är svårt att spå hur domstolens ledamöter skulle tolka det aktuella stadgandet, finns det jordmån för en diskussion. En kort redogörelse för domstolens tolkningsmetoder får som repetition inleda detta avsnitt.

Domstolen tillämpar allmänna principer för tolkning som den själv har kommit fram till genom praxis. Utifrån denna utgår domstolen från en integrationsvänlig aspekt och strävar efter en uniform tillämpning av gemenskapsrätten. Domstolen utgår inte från en *bokstavstolkning*. Det inbördes sammanhanget och behovet av enhetlighet bedöms som en tyngre vägande. Domstolen kan också sägas tillämpa en ändamålsinriktad, *teleologisk* tolkningsmetod. I metoden ligger också att en regel tolkas så att den blir nyttig och meningsfull i förhållande till sitt ändamål. Ändamålet och syftet blir avgörande för hur rättsakterna tolkas. Vad det gäller sekundära rättsakter anger dessa ofta i preambeln vilket eller vilka syften som de anser uppnå. Domstolen använder sig av dessa, hänvisar till dem, och tolkar sedan rättsakten i ljuset av dessa. Ett uttalande om att preambeln utgör dock inte i sig en rättsregel men kan användas för att förklara. Om det vidare finns utrymme för mer än en tolkning av sekundärrätten skall företräde ges till den tolkning som gör reglerna kompatibla med fördraget istället för det konträra. Domstolen kan också använda sig av s.k. *historisk* tolkning. Man söker utröna lagstiftarens vilja och vänder sig till de förarbeten som föregått lagstiftningen, en metod som domstolen har använt sig av i ganska liten utsträckning. En annan, av domstolen frekvent använd metod, är *kontextuell* tolkning. Metoden, som innebär att rättsakten ses i ljuset av sitt sammanhang, har använts både vad det gäller tolkning

⁵² 314/85 *Foto-Frost* ./ Hauptzollamt Lübeck-Ost (1987) ECR 4199, s. 4232

⁵³ Se vidare i Rasmussen; "EU-ret i kontekst", tredje upplagan, 1998, s. 396ff och Brown & Jacobs; "The Court of Justice of the European Communities", tredje upplagan, 1989, s.307ff

av fördragen och sekundära rättsakter. Den omstridda regeln placeras in i sitt regelverk och ses i det förhållande den står till andra stadganden.⁵⁴

3.2.2 Det aktuella fallet

Frågan är alltså om det svenska snuset överhuvudtaget omfattas av direktivets regler. En intressant fråga vore huruvida det svenska snuset egentligen inte är att anse som en sådan ”traditionell” produkt som åtnjuter undantag från direktivet, en fråga som emellertid faller utanför uppsatsens ämne.⁵⁵

Målet med ett tolkningsförfarande skulle vara att direktivet i den del som handlar om kravet på varningstext inte skulle vara tillämplig på det svenska snuset. Sverige har, som bekant, ett undantag från snusförbudet. De två stadganden som vi har att laborera med är alltså för det första att det i artikel 8(a) i direktivet står att medlemsstaterna är skyldiga att förbjuda omsättning av tobaksprodukter avsedda att användas i munnen, utom produkter avsedda att tuggas eller rökas. Det svenska snuset är alltså generellt förbjudet. Genom en samläsning med artikel 2.4 som innehåller definitionen är detta ett stadgande som inte kan missförstås. Stadgande nummer två är artikel 4.2 (a) mom. (c) som föreskriver varningstexten, även detta ett klart och tydligt stadgande. Slutsatsen av det första stadgandet blir att snus för användning i munnen överhuvudtaget inte får omsättas i medlemsstaterna. Man skulle kunna dra den ytterligare slutsatsen, eller snarare tolka stadgandet så, att stadgandet i artikel 4.2 (a) mom. (c) då rimligen inte kan vara tillämplig på dessa produkter (som är förbjudna inom gemenskapen) utan torde ha sitt tillämpningsområde på, och vara begränsad till, andra rökfria tobaksvaror som får omsättas inom gemenskapen, t.ex. tuggtobak och s.k. nässnus. Denna tolkning kan inte anses som orimlig.

Vad som komplicerar det hela är att enligt Sveriges anslutningsfördrag till den Europeiska unionen så skall artikel 8(a) i direktivet 89/622, med tilläggen i direktiv 92/41, inte omfatta Sverige. Försäljning av snus för muntligt bruk är alltså tillåtet i Sverige. Artikel 4.2 (a) mom. (c) nämns överhuvudtaget inte i anslutningsfördraget. Den slutsats man rimligen kan uttolka är att stadgandet som till sitt innehåll faktiskt avser alla rökfria tobaksvaror, i de medlemsstater där omsättningsförbudet gäller kommer att sakna betydelse för det svenska snuset. Ytterligare ett argument för att så skulle vara fallet är att undantaget i anslutningsfördraget är ett undantag från ett i ett direktiv stadgat förbud. Undantaget torde här, liksom i den övriga gemenskapsrätten, tolkas restriktivt.⁵⁶

Vad som möjligen skulle kunna tala för att snuset inte skulle omfattas av artikel 4.2 (a) mom. (c) är att i kommissionens förklarande dokument till direktivförslaget omtalas att: *”Smokeless tobacco products, this group refers in particular to snuff and chewing tobacco”*.⁵⁷ Innebär detta att svenskt snus inte omfattas, det har ju tidigare ansetts vara *”oral moist snuff tobacco”* och sedermera *”new products for oral use”*? I artikel 4.2 (a) mom. (c) står det att *”unit products of smokeless tobacco”* skall ha den aktuella varningstexten. Detta synes mig inte vara någon rimlig tolkning. Visserligen har inte gemenskapen traditionen att tillmäta förarbete av detta slag större betydelse vid tolkning och dessutom är skillnaden hårfin. Det beror på om man anser att lokutionen *”snuff”* omfattar även det svenska snuset, vilket vore ett rimligt antagande. Att dessutom ägna sig åt bokstavstolkning utifrån förarbete torde vara främmande för gemenskapsrätten. Med en kontextuell tolkning undanröjs alla tvivel, det är inte möjligt att anse att det svenska snuset inte faller in under artikel 4.2 (a) mom. (c).

⁵⁴ Pålsson & Quitzow; a.a., s.118f

⁵⁵ Se vidare i Lidgard; a.a., s.135ff

⁵⁶ Wiklund; *”EG-domstolens tolkningsutrymme”*, 1997, s.334f och OJ C241 29.8.1994 s.341

⁵⁷ Explanatory memorandum till COM (90) 538 final SYN-314, s. 11

Det anses som en väl etablerad grundsats att när sekundär gemenskapsrättslig lagstiftning kan tolkas på mer än ett sätt skall företräde ges åt den tolkning som gör reglerna överensstämmande med fördraget. Mer generellt, med bakgrund av de tolkningsmetoder som domstolen tillämpar, verkar det inte särskilt troligt att Sverige skulle åtnjuta ett undantag från kravet på en varningstext. Detta trots att det är svårt att sia domstolens utslag. Om direktivet tolkas ändamålsenligt med utgångspunkt i vad som har angivits som syfte och mål i preambeln kan direktivet säkerligen inte tolkas så att svenskt snus skulle falla utanför direktivet. Ej heller en kontextuell tolkning skulle förmodligen leda till detta resultat. När artikel 4.2 (a) mom. (c) ses i sitt sammanhang så tycks den utgöra en icke-särskiljbar del av ett större regelverk. Ytterligare något som talar mot detta är den uniformitet som domstolen har eftersträvat i sin tolkning och dess integrationism. Att utifrån ovanstående dra slutsatsen att Sverige och svenska myndigheter skulle kunna bortse från kravet på varningstext är alltså inte särskilt realistiskt. Den tolkning som skulle kunna leda till att det svenska snuset inte omfattas, skulle i mångt och mycket röra sig om att angripa ordalydelsen, något som domstolens negativa inställning till bokstavstolkning försvårar. Den tolkning av direktivet som synes som den mest realistiska blir istället att art. 4.2 (a) mom. (c) blir tillämplig överallt, men kommer att sakna betydelse för snus då försäljning är förbjuden utom just i Sverige.

3.3 Kan direktivets giltighet, helt eller delvis, ifrågasättas?

Det finns möjlighet att ifrågasätta giltigheten av gemenskapens rättsakter. Vid en sådan prövning, då hela direktivet ifrågasätts eller endast delar av detsamma är man hänvisad till de grundläggande principer som domstolen tillämpar. Dessa är: 1) den institution som har utfärdat rättsakten har saknat behörighet att utfärda den., 2) den beslutande institutionen har åsidosatt väsentliga formföreskrifter i fördraget, 3) institutionen har åsidosatt fördraget eller varje bestämmelse rörande dess tillämpning och 4) institutionen ifråga har gjort sig skyldig till maktmissbruk eller illojal maktanvändning. Det är viktigt att nämna att de angivna grunderna i mångt och mycket överlappar varandra och att domstolen inte har ursinnigt särskilt dem åt. Det kan bli aktuellt att använda sig av ogiltighetsgrunderna i kombination.⁵⁸ Jag kommer nu att systematiskt gå igenom ogiltighetsgrunderna och pröva huruvida direktivet, helt eller delvis, och då särskilt märkningskravet, kan ifrågasättas.

3.3.1 Den utfärdande institutionen saknade behörighet

Vad det här skulle röra sig om är att den institution som beslutat rättsakten har saknat behörighet att utfärda den. Institutionen skall ha haft en konstitutionell rättighet att utfärda en rättsakt. Det är naturligtvis dessutom tänkbart att domstolen skulle kunna anse att en utfärdad rättsakt går utöver de befogenheter som institutionerna har tilldelats. Något sådant fall har hittills inte skett eftersom domstolen i de fall då ett sådant behörighetsöverskridande påståtts ha ägt rum har funnit att åtgärden varit befogad genom doktrinen om förutsatta befogenheter. Domstolen har heller aldrig funnit att ett beslut som medlemsstaterna enhälligt fattat med stöd av artikel 235 inneburit ett överskridande av de givna befogenheterna. Det skulle alltså kunna tänkas att man skulle kunna ifrågasätta gemenskapens kompetens på området överhuvudtaget. Frågan är avhängig av om gemenskapen skall anses ha kompetens att lagstifta på folkhälsoområdet. Märkning av tobaksprodukter faller under detta område. Gemenskapen fick egentligen först med Maastrichtfördraget särskilda befogenheter rörande folkhälsan som därmed blev ett av gemenskapens formella samarbetsområden. Vad det här handlar om är alltså att ifrågasätta gemenskapens kompetens att utfärda det aktuella direktivet

⁵⁸ Wyatt & Dashwood; a.a., s.130ff

överhuvudtaget. Det är möjligt att, då det saknas kompetens för gemenskapens institutioner att utfärda en rättsakt, skulle förklara denna vara *ultra vires*, d.v.s. kompetensöverskridande. Det är också möjligt att man här skulle kunna ifrågasätta om inte fel kompetensgrund har använts. Ytterligare en fråga är om något harmoniseringsbehov överhuvudtaget förelåg. Det är här alltså tal om tre frågor, med utgångspunkt i att söka få hela direktivet ogiltigförklarat.⁵⁹

3.3.1.1 Saknades kompetens för gemenskapen att utfärda direktivet?

Det blir här aktuellt att utvärdera huruvida gemenskapen överhuvudtaget hade kompetens att utfärda direktivet. Kommissionen menade i direktivförslaget att bestämmelsen som ger kompetens i frågor rörande folkhälsa fanns i artikel 100a (3) och att en rättsakt rörande folkhälsa på detta sätt kan föras in under artikel 100a. Man framhöll alltså behovet av harmonisering och dessutom att man genom artikel 100a (3) kunde lagstifta på folkhälsoområdet. Är detta med sanningen överensstämmande?

Artikel 100a, som tillkom genom Enhetsakten, föreskriver att förslag till åtgärder för att upprätta den inre marknaden skall utgå ifrån en hög skyddsnivå ifråga om bl.a. hälsa. De grundprinciper som finns för den inre marknaden har kompletterats med restriktioner som syftar till att skydda liv och hälsa, ett exempel på detta är att den fria rörligheten för varor enligt artikel 36 begränsas så att vissa restriktioner tillåts i syfte att skydda människors hälsa.⁶⁰

Vad är den egentliga meningen med artikel 100a när det gäller att upprätta den inre marknaden? Artikel 100a tillhandahåller en kvalificerad majoritet, för att kunna uppnå målen i artikel 8(a) i fördraget (stycke 2 deklarerar att den inre marknaden skall bestå av fri rörlighet för varor, personer, tjänster och kapital, för att uppnå målet i artikel 3). Artikel 100a har två delar; för det första ställs det rättsliga syftet med artikeln upp i paragraf 1, de andra paragraferna anvisar metoden för att uppnå detta. Artikel 100a skall uppfylla kraven i artikel 8a (fri rörlighet för varor, personer, tjänster och kapital) i fördraget och får endast användas då. Tredje punkten i artikel 100a är riktad till kommissionen och anger att dess förslag skall utgå från en hög skyddsnivå vad det gäller hälsa, säkerhet samt miljö- och konsumentskydd. Det bör dock tilläggas att artikel 100a (3) endast är tillämplig om det allmänna kriteriet i artikel 100a (1) uppfylls.

Regeln i artikel 100a (3) infördes under förhandlingarna för att övertyga de medlemsstater som hade uttryckt oro för att harmoniseringen av lagstiftningen med kvalificerad majoritet inte lades på en alltför låg nivå, jämfört med de nationella skyddssystemen för livskvalitet.⁶¹

När harmoniseringsåtgärder vidtas på områden som berör folkhälsa, säkerhet samt miljö- och konsumentskydd så kan det förekomma att enskilda medlemsstater upprätthåller en högre skyddsnivå än i de utfärdade bestämmelserna. Detta är orsaken till att artikel 100a (3) innehåller en allmänt hållen bestämmelse om att kommissionen i sina förslag skall utgå från en hög skyddsnivå. En mycket intressant sak i sammanhanget är att artikel 100a(3), som heter artikel 95a efter Amsterdamfördragets tillkomst, innehåller en ny mening efter den om att en hög skyddsnivå skall iaktas, nämligen att "särskilt beakta ny utveckling som grundas på vetenskapliga fakta". Detta innebär ytterligare en begränsning för gemenskapen. Enligt det ovan anförda torde det stå klart att bara för att gemenskapen kan visa på ett harmoniseringsbehov så kan den inte med stöd av artikel 100a(3) ge sig in på folkhälsoområdet.⁶²

⁵⁹ Melin; a.a., s.119

⁶⁰ Se Publica: EU-häfte nummer 30 "Folkhälsa"

⁶¹ de Ryut; "L'Acte Unique Européen", commentaire, 1987, s.166ff

⁶² Reinholdsson & Wichman; "Den Europeiska Enhetsakten", 1987, s.41f och Duff; "The Treaty of Amsterdam", text and commentary, (Ed), 1997. s.241.

Det finns dock en möjlighet att artikel 100a skulle kunna användas för att utfärda ett direktiv som det aktuella, möjligen med förbehåll att förbudet i direktivet lyftes ut (detta kan inte tolkas som något annat än en ren folkhälsoåtgärd). Varningstexter och maxgränser är en vanlig åtgärd vid harmonisering. Kan sedan gemenskapen visa att ett verkligt harmoniseringsbehov föreligger så torde detta vara möjligt. Det skulle då helt falla utanför folkhälsoområdet. Man skulle t.ex. kunna tänka sig att använda artikel 100a som bas för lagstiftning om det rörde sig om att införa restriktioner vad det gällde placeringen på marknaden för svenskt snus, t.ex. genom att införa maxgränser för ämnen, alltså ett mer tekniskt krav. Varningstexterna skulle troligen föras hit och inte anses som en folkhälsoåtgärd utan som en teknisk harmoniseringsåtgärd (detta skulle i och för sig kunna diskuteras, åtminstone med bakgrund i att varningstexterna, framförallt "*Orsakar cancer*", om inte dessa egentligen är ett folkhälsopolitiskt tilltag).

Det kan dock resas ytterligare frågetecken kring om direktivet verkligen kan karakteriseras som ett harmoniseringsdirektiv. Detta om man hävdar att det egentligen går ut på att skydda människors hälsa, något det inte finns särskild gemenskapskompetens för. Kommissionen har angivit harmoniseringsbehov som grund. Hur kan man då argumentera för att rättsakten egentligen är hälsopolitisk? I detta fall måste innehållet närmare studeras. Intressant är att i preambeln till direktivet, där grunderna för att rättsakten utfärdats skall anges, finns det endast två stycken rörande harmonisering. De övriga styckena behandlar folkhälsoaspekten.⁶³ Ett annat exempel på detta är direktivet som innebär att tobaksreklam förbjuds i tryckta media. Rasmussen tar upp tobaksreklamdirektivet som ett typiskt exempel. Även om förslaget grundar sig på artikel 100a, så är det, enligt hans åsikt, tydligt att det närmast rörde sig om ett rent hälsopolitiskt tilltag, detta efter att innehållet studerats. Den enda icke-hälsopolitiska grunden för direktivet var ett stycke i preambeln, alltför generellt formulerat. Det var så formulerat att med hjälp av denna skulle artikel 100a ge nästan obegränsade möjligheter att lagstifta om i stort sett allt. Legalitetsprincipen talar emot detta. Det gäller alltså för kommissionen att hitta en hälsopolitisk bestämmelse som skulle kunna användas som kompetensgrund.⁶⁴

Det skulle alltså här röra sig om ett brott mot legalitetsprincipen, direktivet om märkning av tobaksvaror var i verkligheten (vilket dock torde bli svårt att bevisa) baserat på hälsofrågor som inte var en del av gemenskapens kompetens. Man kan också ifrågasätta om gemenskapen numera har kompetens att utfärda den här typen av rättsakter. Artikel 129 ger troligen inte gemenskapen kompetens att ge sig in och lagstifta på området utan endast kompetens att stödja medlemsstaterna och samordna deras förfarande. Legalitetsprincipen är erkänd som en grundläggande rättsprincip i gemenskapsrätten och utsäger i artikel 3b att: "*The Community shall act within its limits of the powers conferred upon it by the Treaty and the objectives assigned to it therein*".⁶⁵

Detta uppmärksammades tidigt under arbetet med direktivet 92/41. Parlamentets lagutskott fördröjde sitt uttalande, den utsedde rapportören Lord Inglewood uttalade däremot, i ett pressmeddelande att "*as public health does not fall within the scope of the EEC Treaty, European legislation pertaining to a ban on marketing a product on the grounds of harmful effects is ultra vires*". Även om Lord Inglewood främst tar sikte på förbudet torde hans uttalande om att folkhälsofrågor faller utanför fördraget gälla även varningstexterna, om man

⁶³ OJ L158 11.6.1992 s.30 (preambeln)

⁶⁴ Rasmussen; a.a., s.62f och OJ L213 30.7.1998 s.9

⁶⁵ Lidgard; a.a., s.132 (noten 18)

väljer att klassificera hela direktivet som ett folkhälsodirektiv. Detta uttalande var det enda som ifrågasatte gemenskapens kompetens, men ledde inte till några åtgärder.⁶⁶

3.3.1.2 Användes fel kompetensgrund?

Kommissionen använde sig av artikel 100a som syftar till att upprätta den inre marknaden och få den att fungera. Argumentationen kan föras med utgångspunkt att i direktivet föreslår kommissionen det rakt motsatta, ett totalförbud, vilket är en avvikelse från den inre marknads fria rörlighet. Artikel 100a (1) täcker inte ett sådant syfte. Den enda användbara grunden för ett totalt snusförbud vore följaktligen artikel 235. Man kan dessutom fråga sig om det verkligen föreligger ett harmoniseringsbehov. Vad det gäller övrig rökfri tobak, som tillåts marknadsföras inom hela eller stora delar av unionen, kan det säkerligen konstateras ett behov för samordning av regler kring varningstexter, maxgränser osv. Frågan är om tobaksdirektivet överhuvudtaget kan anses riktat till Sverige eftersom Sverige är det enda medlemsland i vilket snus för användning i munnen såväl i lös som i portionsförpackad form får säljas. Det finns inte någon grund för harmonisering enligt artikel 100a för en produkt, med vilken handel mellan medlemsstaterna inte finns. Detta är i mångt och mycket en tolkningsfråga och ett alltför kategoriskt svar synes lönlöst, då det är svårt att sia om vad domstolen skulle komma fram till.

Redan under parlamentets första läsning inför direktiv 92/41, hade frågan tagits upp av några ledamöter. Som beskrivits ovan avfärdades kompetensfrågan med att den enda passande rättsliga grunden var artikel 100a med tillhörande artiklar.⁶⁷

Parlamentets miljöutskott ifrågasatte inte den rättsliga grunden för direktivförslaget till 92/41.⁶⁸

Lagutskottet under den nye rapportören Leonhardt, levererade senare ett yttrande kring direktiv 92/41. Utskottet diskuterade att ersätta artikel 100a med artikel 235 som grund för direktivet, och alltså göra ett tillägg, på initiativ av en Mr Wijsenseek. Förslaget röstades dock ned och diskuterades inte då han inte var närvarande vid omröstningen i utskottet. Vidare kom utskottet fram slutsatsen att artikel 100a var en lämplig och tillräcklig rättslig grund. Det fanns ett harmoniseringsbehov. Artikel 235 befanns inte vara nödvändig. Utskottet kom fram till att artikel 100a klart gav befogenhet för tillnärmning av folkhälso- och konsumentskyddsregler. Vidare anfördes, rörande om artikel 100a och det i direktivet föreskrivna förbudet, att det verkade som domstolen i fallet 331/88 *FEDESA* hade förklarat att det inte fanns några problem med förbud av det aktuella slaget.⁶⁹

Det första fallet som handlar om användandet av artikel 100a är 300/89 *Titandioxid* och generaladvokaten yttrande. Här sägs det att när en föreslagen förordning grundas på en särskild kompetens i fördraget (i detta fall artikel 130) och har effekt på konkurrensen på den inre marknaden, så prevalerar (eller är åtminstone tillräcklig som rättslig grund) artikel 100a framför den särskilda kompetensgrunden. Domstolen höll med. Motsatsvis, när den föreslagna förordningen rättfärdigas med en policy för vilken fördraget inte tillhandahåller någon särskild kompetens och som påverkar den inre marknaden, så kan inte artikel 100a användas utan artikel 235. Generaladvokaten påpekade skillnaden mellan artikel 100 och artikel 100a (som han sade inte bygger på subsidiaritet, däremot skall de ”*be directed towards high levels of protection*”). Han fortsatte med att konstatera att valet av en inkorrekt rättslig grund för en åtgärd är inte bara en formellt fel utan även ”*an infringement of essential*

⁶⁶ Pressmeddelande från Lord Inglewood, MEP, juli 1991, (tillgängligt hos författaren).

⁶⁷ OJ C164 24.6.1991, s. 22.

⁶⁸ Se A3-0106/91 från den 29 april 1991.

⁶⁹ Opub. rapport från Parlamentets lagutskott, Maj 1991, (tillgängligt hos förf.).

procedural requirements of such a kind as to render the measure unlawful". Parlamentet anförde att för att komma fram till ett "passande" och "objektivt" kriterium vid valet av grund, så skall man först undersöka verkliga innehållet i åtgärden och sedan undersöka det eftersträvade målet.⁷⁰

Vad det gäller märkningsdirektivet kan det konstateras att det saknades direkt kompetens i fördraget, såsom t.ex. artikel 130s. Artikel 129 ger inte gemenskapen direkt kompetens på folkhälsoområdet. Om en sådan utredning som parlamentet föreslog i 300/89 företogs skulle detta visa på att det verkliga innehållet var folkhälsopolitiskt. Det förbud som direktivet innehåller påverkar definitivt den inre marknaden. Artikel 235 skulle, i enlighet med 300/89, ha använts istället.

Direktivet 92/41 grundades på artikel 100a i stället för, såsom ovan anförts vore rimligt, på artikel 235. Varför? Kommissionen förväntade sig troligen mothugg från minst ett medlemsland (Tyskland). Rasmussen menar att kommissionen har ägnat sig åt systematisk kompetensmanipulation. Metoden tas i bruk när kommissionen misstänker/förstår att den saknar kompetens att grunda sitt direktivförslag på. Kommissionen föreslår då rådet att grunda sig på en annan bestämmelse som tillåter normgivning, dock med ett annat syfte eller mål. Denna tvivelaktiga metod tas också i bruk när kommissionen bara skulle kunna få igenom sitt förslag grundat på en bestämmelse om total enighet, och några medlemsstater är kända motståndare av rättsakten. I så fall använder man sig istället av en kompetensregel som innebär att ett beslut kan tas med hjälp av kvalificerad majoritet.⁷¹

3.3.1.3 Kan gemenskapen anta ett nytt, likalydande, direktiv?

I enlighet med vad som ovan anförts skulle det alltså vara fullt möjligt för gemenskapen att kunna anta ett nytt direktiv om märkning av tobaksvaror med likalydande innehåll. Detta genom att antingen använda sig av artikel 129 eller 235. Först genom Maastrichtfördraget tillkom den artikel 129 som ger Gemenskapen rätt att föra hälsopolitik på unionsnivå. Artikel 129 genomför den politiska målsättningen i artikel 3(o) som anger att gemenskapens verksamhet, på de villkor och i den takt som anges i fördraget, skall innefatta bidrag till att uppnå en hög hälsoskyddsnivå. Gemenskapen skall bidra till att säkerställa en hög hälsoskyddsnivå för människor genom att främja samarbetet mellan medlemsstaterna och vid behov stödja deras insatser. Artikel 129 innehåller således dels en definition och dels en begränsning av de direkta folkhälsoinsatserna som kan bli aktuella.⁷²

Fjärde punkten i artikel 129 utesluter eller eventuellt direkt förbjuder dock, enligt doktrin, att åtgärder för att harmonisera medlemsstaternas lagar och regler vidtas på det område som 129 omfattar. Rent juridiskt så denna regel lika begränsande som den öppnar möjligheter. Ett stort antal åtgärder som tidigare var möjliga under artikel 235 eller någon annan mer generell kompetensgrund, är nu explicit uteslutna.⁷³

Dehousse menar t.ex. att ett direktiv som 89/622, inte skulle kunna antas under artikel 129. Huruvida författaren då anser att ett sådant direktiv inte skulle kunna antas ens utan ett ingående totalförbud är oklart. Det är dock rimligt att anta att författaren avser att direktivet i sin helhet inte skulle kunna antas under nuvarande lagstiftning. Det finns alltså anledning att anta att gemenskapen inte skulle kunna anta ett nytt, likalydande direktiv, varken med artikel

⁷⁰ 300/89 Kommissionen ./ rådet (1991) ECR I- 2867, s.2878

⁷¹ Rasmussen; a.a., s.67

⁷² Public Health in Europe, European Commission, DG for Employment, Social affairs & Industrial relations, Direktorat F, 1997.

⁷³ Joerges; "Europe after Maastricht, an ever closer union" (Ed. Renaud Dehousse), 1994. s.57.

129 eller artikel 253 som grund. Gemenskapen har alltså inte befogenhet att självständigt lagstifta på folkhälsoområdet.⁷⁴

3.3.1.4 Analys

Betydelsen av ogiltighetsgrunden att kompetens saknades skall, till sin betydelse, inte överdrivas men kan mycket väl ingå i en mer generell bedömning som domstolen skulle kunna göra. Som solitär ogiltighetsgrund tycks mig emellertid möjligheterna små. Det kan rimligen antagas att kommissionen saknade kompetens att utfärda det aktuella direktivet då artikel 100a inte omfattar folkhälsopolitiska tilltag. Gemenskapen kan alltså inte luta sig mot artikel 100a för att lagstifta på folkhälsoområdet.

För att på denna grund ifrågasätta direktivet krävs emellertid att direktivet klassificeras som folkhälsopolitiskt, vilket inte får anses för omöjligt men troligen svårt. Det torde också vara ganska svårt att åberopa detta vad det gäller just varningstexterna som faktiskt innebär en harmoniseringsåtgärd. Eventuellt skulle det kategoriska i varningstexten kunna göra domstolen mer benägen att se hela direktivet såsom avhandlandes folkhälsa. Däremot indikerar totalförbudet att det rör sig om ett folkhälsotilltag. Det är tänkbart att denna, vid prövning, skulle lyftas ut (vilket bolaget säkert inte har något emot) medan varningstexterna kvarstod. Det saknas sålunda grund för hälsa, däremot skulle artikel 100a troligen kunna användas om det rörde sig om maxgränser för tillåtna ämnen och varningstexter, men ej för det i direktivet ingående förbudet. Vad som skulle kunna tala för att det fanns en möjlighet att angripa direktivet på denna grund är att den tyska regeringen har (i juni 1998) bett domstolen annullera det ovan nämnda tobaksreklamdirektivet på grund av att kompetens saknades. Att märka är dock att även detta direktiv innehåller ett totalförbud, vilket gör det svårt att säga om de övriga reglerna i direktivet kan leda till att det klassas som folkhälsopolitiskt.⁷⁵ Slutsatsen blir att det torde finnas mycket små möjligheter att angripa direktivet på denna grund.

Större möjligheter borde ett ifrågasättande utifrån att fel kompetensgrund använts kunna ha. Problemet med detta är att en sådan talan nästan uteslutande bygger på att förbudet ingår i direktivet. Det skulle kunna tänkas att domstolen konstaterade att kompetens saknades för just denna. Det skulle kunna bli så att artikel 8(a) i direktivet förklarades ogiltig, istället för hela direktivet. Själva varningstexten tycks mig svårare att ifrågasätta under denna rubrik om man inte väljer att sortera in denna under begreppet folkhälsa, vilket som ovan anförts, torde bli svårt. Detsamma gäller invändningen att harmoniseringsgrund saknades, argumentet att ingen handel sker på grund av förbudet (snuset säljs faktiskt i Danmark) tycks mig föga hållbart. Dessutom bör väl det svenska snuset, ehuru särpräglad, anses tillhöra en större grupp av produkter; de rökfria tobaksprodukterna.

Däremot kan konstateras att gemenskapen inte skulle kunna anta ett nytt, likalydande direktiv utan att gå utöver den kompetens som medges i fördraget.

3.3.2 Institutionen har åsidosatt väsentliga formföreskrifter

3.3.2.1 Allmänt

Ogiltighetsgrunden kan vara aktuell t.ex. när en institution har brutit mot procedurkrav. En annan betydelsefull brist i en institutions förfarande kan vara att man har underlåtit att motivera en rättsakt. Den aktuella regeln om motivering finns i artikel 190. Föremålet med artikeln framgår inte klart av ordalydelsen. Det kan därför, rent formellt, röra sig om att göra

⁷⁴ Dehousse; ”*Europe after Maastricht, an ever closer union*” (Ed. Renaud Dehousse), 1994. s.106f.

⁷⁵ Rasmussen; a.a., s.71

beslutsprocessen tillgänglig för medborgarna genom att myndigheterna föreläggs att presentera sina motiv. Rättspraxis indikerar att bestämmelsen går vidare i det att motiven skall möjliggöra för parterna att tillvarata deras rättigheter samt säkerställa en effektiv domstolskontroll. Frågan är om motiven i detta fallet kan anses tillräckliga. Rättspraxis ger här föga vägledning och talar inte om vilka kvalitetskrav motiven skall uppfylla. Domstolen har i sin praxis fastslagit att nivån på kravet, på att avge skälen som ligger till grund för en rättsakt beror på den aktuella åtgärdens natur och på omständigheterna då den antogs.⁷⁶

Domstolens praxis visar vidare att fakta på vilken åtgärden baseras skall nämnas liksom de argument som har varit avgörande för rättsaktens antagande. Detta dock ses i ljuset av den begränsning som finns av rättslig kontroll av maktbefogenheter som till sin natur är skönsmässiga. Det just i dessa fall som man skall ha rigorösa krav för "riktigheten". Vad det gäller de individuella besluten har på senare tid en skärpning skett från domstolens sida. Huruvida denna skärpning också omfattar de mer generella rättsakterna är mer osäkert. En hel del talar emellertid för att större krav kommer att uppställas på rättsakternas förberedelse vad det gäller fakta och rättslig grund. En rättsakt som rådet eller kommissionen antagit skall utsäga motiven som de grundas på och referera till de yttranden och förslag som krävs i enlighet med fördraget, för att rättsakten skall kunna antas. Detta gör det möjligt att kontrollera om den föreskrivna beslutsproceduren följts. Vad som normalt krävs för att motivera en rättsakt är det som anges i preambeln. Institutionerna har utformat en praxis innebärandes att motiveringen sätts i preambeln. Det torde vara så att beslut och andra individuella rättsakter kräver en grundligare, mer ingående motivering än andra mer allmänna rättsakter som t.ex. förordningar som egentligen bara förklarar innehållet i åtgärden, det är inte ett krav på att alla detaljer skall redovisas som lett fram till rättsakten.⁷⁷

Alla de grundläggande fördragen innehåller regler om att bindande rättsakter från gemenskapen måste ange, motivera de skäl, grunder som de baseras på. Att inte ange skälen innebär ett brott mot fördraget, i detta fall ett procedurkrav. Om det inte finns några skäl angivna eller de skäl som ges är inadekvata, så är detta ett brott mot ett procedurkrav, en grund för att annullera en rättsakt. Motiveringen som ett grundläggande procedurkrav refererar till den formella biten, medan ett fördragsbrott skulle vara för handen om skälen visar att grunderna som rättsakten baseras på är felaktiga eller otillräckliga eller om skälen (ehuru klara och fylliga) är vilseledande.

I 331/88 *FEDESA* togs detta upp till diskussion då kärändena menade att de resonemang som hade förts i preambeln till direktivet, nämligen konsumenternas oro, harmonisering och en ökning av köttkonsumtionen, egentligen var sekundära i förhållande till det egentliga syftet som var att bli av med det s.k. "köttberget". Eftersom detta inte nämnades i preambeln skulle direktivet inte anses motiverat. Domstolen menade dock att direktivets motiv gav en tillräckligt klar bild av de eftersökta syftena och avslutade med att konstatera: "*it follows from the foregoing that the directive at issue is not vitiated by infringement of essential procedural requirements*".⁷⁸

3.3.2.2 Analys

Några rena procedurfel kan inte konstateras. De motiv som har angivits för de båda direktiven får anses tillräckliga vad det gäller omfång då det rör sig om generella rättsakter. Under rubriken finns det alltså intet att anmärka på institutionernas förfarande. Möjligen skulle man

⁷⁶ Rasmussen; a.a., s.321ff.

⁷⁷ Schermers & Waelbroeck; "*Judicial protection in the European Communities*", femte upplagan, 1992, s.204f och Kapteyn & Verloren; "*Introduction to the law of the European communities*", tredje upplagan, 1998, s.335f

⁷⁸ 331/88 *FEDESA* (1990) ECR I-4023, s.4066f

kunna fråga sig om det i direktivet finns ett mer konkret krav på att institutionerna skall uppdatera sin lagstiftning. Ej heller finns det något dolt syfte som inte angivits i preambeln. I enlighet med FEDESA har kommissionen talat klartext.

I direktivet finns, i artikel 5-7, regler om förändringar i direktivet i enlighet med den tekniska utvecklingen. Askham & Stoneham konstaterar att: *'However, as experience is gained and medical knowledge continues to develop, there are provisions for reviewing this directive so that greater protection of individuals can be achieved in the future'*.⁷⁹

De avser då utan tvekan de ovan nämnda artiklarna. Dessa artiklar skulle kunna anses ligga till grund för ett krav på institutionerna att förändra lagstiftningen i enlighet med utvecklingen. Så är emellertid inte fallet. Även om artikel 5 talar om att *'adopt to technical progress(...) to measurement and verification methods referred to article 3(1) and (2)*, så innebär detta att artiklarna endast är tillämpliga på mätningen av nikotin- och tjärhalter enligt ISO-standard. Artiklarna 5-7 är alltså begränsade till detta, och kan ej anses vara tillämpliga på varningstexternas utformning. Annars skulle man kunna tänka sig att det vore ett brott mot fördraget från institutionernas sida, om dessa artiklarna kan anses som tvingande för institutionerna. Frågan är dock inte intressant vad det gäller varningstexterna.

3.3.3 Åsidosättande av fördraget?

Domstolen har i praxis valt att tolka bestämmelsen så att det föreligger ett materiellt fel om en rättsakt strider mot en rättsregel av högre dignitet. De överordnade rättsregler som här avses är inte bara fördraget utan också av domstolen åberopade grundläggande rättsprinciper. Då särskilt de som gäller för en god administration såsom likabehandlingsprincipen, proportionalitetsprincipen, principen om berättigade förväntningar m.fl. Artikeln är den vidaste av de fyra ogiltighetsgrunderna och kan, i många fall, absorbera de andra tre.⁸⁰

Nedan följer en genomgång av de principer som kan bli aktuella vid ifrågasättandet av den aktuella varningstexten. Till skillnad från de ovan anförda möjligheterna till ogiltigförklaring av direktivet tar den följande framställningen främst sikte på den konkreta varningstexten. Först dock ett avsnitt om domstolens rätt att överhuvudtaget pröva fakta som ligger till grund för rättsakter. Detta för att lägga grunden för den vidare diskussionen. Efter detta följer ett avsnitt om fördragsbrott med anledning av felaktig motivering.

3.3.3.1 Har domstolen överhuvudtaget rätt att pröva fakta?

Legalitetsprincipen innebär att domstolen endast kan pröva lagligheten i en administrativ rättsakt, inte de politiska syftena bakom. Även om dessa inte går att ifrågasätta finns det ingen anledning att inte pröva den rättsliga och materiella grunden. Detta dock i ljuset av de institutionernas skönsmässiga maktbefogenheter. Domstolen återvänder ofta till det faktum att eftersom institutionerna har stora åligganden kan de också tillåta sig större skön. Institutionerna åtnjuter skön både vad det gäller värderingen av fakta och metoden när de vidtager åtgärder. Desto större maktbefogenheter och handlingsfrihet som gemenskapen får desto viktigare torde det vara att reglerna kring dess rättsakter blir mer rigorösa. För att en effektiv kontroll skall kunna upprätthållas är det av vikt att även de mer skönsmässiga maktbefogenheterna och de rättsakter som emanerar från dessa kan bli föremål för överprövning. Generaladvokaten Roemer uttryckte sig så att; *'there appears (...) no doubt, that the facts upon a discretionary decision is based are subject to judicial review'*.⁸¹

⁷⁹ Askham & Stoneham; a.a., s.181-83

⁸⁰ Brown & Jacobs; a.a., s.323f.

⁸¹ C-34/62 Tyskland ./ kommissionen (1963) ECR 131, s.152

Frågan är i vilken utsträckning som domstolen kan pröva den materiella grunden. Domstolen har visat sig försiktig i att utvärdera underliggande ekonomiska fakta och omständigheter som en rättsakt, beslutad av politiska institutioner, grundas på. Domstolen har försökt skilja mellan en prövning av den materiella riktigheten i fakta och konsekvenserna. Myndigheterna måste värdera grundläggande data korrekt. Domstolens roll är annorlunda då den värderar de konsekvenser som har dragits och hurvida dessa är hållbara i ljuset av primära fakta. Först kommer alltså domstolen att undersöka bevisen framförda av institutionen för att sedan undersöka om den har begått ett materiellt misstag rörande fakta. Detta för att sedan titta på konsekvenserna. Det bör dock tilläggas att en sådan begrundan av de grundläggande fakta ibland kan få värderande inslag.⁸²

I 55/75 *Balkan-Import-Export* fastslogs att när det handlar om att bedöma en komplicerad ekonomisk situation så åtnjuter institutionerna en bred marginal av skön. När det handlar om att överpröva utövat av ett sådant skön skall domstolen begränsa sig till att undersöka om rättsakten *innehåller ett manifest fel (manifest error) eller innebär maktmissbruk eller om hurvida institutionen klart överskrider gränserna för dess befogenheter (clearly exceed the bounds of its discretion)*. Alltså endast flagranta och uppenbara fel.⁸³

Lasok menar att begreppet "manifest error" innebär att en viss en viss grad av allvarighet först skall uppnås vad det gäller fördragsbrottet. Sedan skall det röra sig om en "obvious error in evaluation" som brottet grundar sig på. Individuella omständigheter kan dock vara ursäktande. Som t.ex. i fallen 57/72 *Westzucker* där det konstaterades att kommissionen ägde en betydande frihet vad det gällde bedömningen.⁸⁴

När den aktuella institutionen gör en bedömning av de faktiska omständigheterna beror det på om det handlar om en normativ eller administrativ rättsakt. Vid en normativ rättsakt som behandlar en allmän situation abstrakt bör underliggande fakta vara av samma natur. Här kan direkt konstateras att domstolen har lagt sig på en mindre nogräknad nivå. När institutionerna har uttryckt sig i form av allmänna åtgärder har domstolen visat sig mindre benägen att ta ställning till och göra en bedömning av den faktiska situationen. När det däremot rör sig om individuella beslut har man ställt sig mer positiv. Ett bra exempel på detta är 40/72 *Schroeder* där en förordning inte underkändes med hänvisning till att det fanns politiska mål att uppfylla för institutionerna.⁸⁵

I praxis har domstolen markerat att man endast undersöker riktigheten i de ifrågasatta, bakomliggande fakta, om dessa har ett nära samband med legaliteten av rättsakten. Detta endast inom ramarna för dess kompetens att pröva legaliteten. Utöver detta är det upp till de politiska institutionerna att hitta och bestämma relevanta fakta. Ett ifrågasatt faktum kan vara relevant för ett speciellt argument men är kanske inte tillräckligt för att vara avgörande.⁸⁶

3.3.3.1 Fördragsbrott genom inkorrekt motivering

Enligt ovanstående redogörelse kan alltså domstolen pröva fakta. I fallet 34/62 *Tyskland ./.* *kommissionen* resonerade domstolen kring misstag vad det gäller bedömningen av fakta. Klaganden anförde att det ifrågasatta beslutet saknade korrekt grund i fakta och att de fakta som förts fram av kommissionen inte var korrekta/relevanta. Domstolen kom fram till att även om en del av motiveringen för beslutet var överdriven, så hade det inte bevisats att den

⁸² Emiliou; "The principle of proportionality in European Law", 1996, s.177

⁸³ 55/75 *Balkan-Import-Export* (1976) ECR 19, sidan 30

⁸⁴ K.P.E. Lasok; "The European Court of Justice, Practice and Procedure", 2 uppl., 1994. Se även fallen 57/72 *Westzucker* (1973) ECR 321.

⁸⁵ Emiliou; a.a., s.180f och 40/72 *Schroeder* (1972) ECR 125

⁸⁶ Emiliou; a.a., s.181f

grundläggande motiveringen var felaktig. De skäl som kommissionen lyfte fram kunde motivera beslutet. Klaganden skulle visa på att de grunder som kommissionen hade använt var felaktiga, vilket inte lyckades.⁸⁷

Lagregler är fattade för att omfatta vissa faktiska omständigheter. En missbedömning av fakta kan därför leda till oriktig tillämpning av lagen eller ett brott mot fördraget. I en studie som Michel Waelbroeck har gjort kring domstolens praxis nämns exempel på fall där domstolen annullerat beslut p.g.a. en oriktig bedömning av fakta. I 18/62 *Barge* hade Höga myndigheten uppskattat den mängd av råvaror som klaganden använde med hjälp av deras elräkningar. När det senare visade sig att uppskattningen var inkorrekt så annullerade domstolen beslutet. Här ifrågasattes både sättet som använts och själva uträkningarna. Waelbroeck har kommit till den slutsatsen att domstolen, när den värderar fakta, varierar sig från fall till fall. Om det rör sig om ett fall där t.ex. en särskild teknisk kunskap krävs, t.ex. under artikel 85(3), eller om det rör sig om en värdering av mänskliga faktorer såsom vid anställningar, så lämnas ganska stor frihet åt den beslutande institutionen. Domstolens kontroll är striktare om det rör sig om fakta som domstolen själv kan tolka.⁸⁸

I ett antal personalfall har domstolen annullerat ett antal nomineringar av tjänstemän på den grunden att deras ansökningar blivit otillräckligt undersökta, med resultatet att kommissionen har grundat sina beslut på otillräckliga fakta. Vanligtvis blir legaliteten av en rättsakt inte berörd av förändringar i fakta efter att rättsakten trätt i kraft. Det kan emellertid vara så att när en förordning fortsatt tillämpas efter en fundamental förändring av omständigheterna, så kan institutionerna vara tvungna att anpassa dem till den nya situationen. Att inte göra tillägg till förordningen kan vara en olaglig handling. Huruvida direktiv omfattas av principen är oklart. Domstolen har erkänt principens existens, men dock låtit förstå att det skall röra sig om en ganska sträng behandling, t.ex. befanns inte i ett rättsfall en drastisk devalvering av den italienska liran var tillräcklig förändring för att man skulle ändra på en förordning som handlade om låsta valutakurser(248/80 *Glunz*).⁸⁹

I *FEDESA* framförde käranden, vad det gällde förarbetena och de skäl som angavs där, att det vore på sin plats med ett nytt förslag från kommissionen och ett nytt yttrande från parlamentet eftersom nya medlemsländer tillkommit och eftersom vetenskapen hade utvecklats sedan de förberedande dokumenten antogs. Domstolen svarade att den första grunden var utesluten och sade att det var upp till institutionerna själva att bestämma huruvida förändringar i omständigheter, av vilken natur de än må vara, kunde föranleda att en ny inställning antogs.⁹⁰

3.3.3.1.2 Analys

Det föreligger alltså inget hinder för en materiell prövning av grunden för direktivet och dess konsekvenser. Prövningen har emellertid arbiträra drag och dessutom måste hänsyn tas till de institutionernas skönmässiga befogenheter. Prövningen blir således svår att förutse. Institutionerna åtnjuter skön både vad det gäller värderingen av fakta och metoden när den vidtager åtgärder. Det breda skön som tillåtits vid komplicerade ekonomiska spørsmål skulle troligen också kunna appliceras på medicinsk/vetenskapliga spørsmål. Detta innebär att ett

⁸⁷ 34/62 *Tyskland ./.* Kommissionen (1963) ECR 131

⁸⁸ Waelbroeck, Michel; "Examen de Jurisprudence 1955 à 1971, Communautés Européennes, Revue Critique de Jurisprudence Belge", 1971, s. 541f och 18/62 *Barge v höga myndigheten* (1963) ECR 259

⁸⁹ Schermers & Waelbroeck; a.a., s.216f och 248/80 *Glunz* (1982) ECR 197

⁹⁰ 331/88 *FEDESA* (1990) ECR I-4023 s.4067

slags uppenbarhetsrekvisit uppkommer för att institutionen skall lastas för sitt fel. Ribban sänks troligen ytterligare då det är fråga om en normativ rättsakt.⁹¹

Det torde vara svårt att argumentera för att institutionerna använt sig av inkorrekta fakta vid direktivens tillkomst. Detta var den då existerande vetenskapliga sanningen. Ej heller kan man framföra att de framförda fakta var irrelevanta. De behandlade snus, om än i begränsad omfattning det svenska (IARC:s rapport innehöll som bekant två svenska undersökningar). För att nå det överordnade målet var de inte irrelevanta. Ej heller kan fakta ansetts ha varit otillräckliga, i alla fall inte utifrån en rimlighetsaspekt. IARC, WHO och U.S. Surgeon General's rapporter är ett mycket omfattande material, även om de i begränsad utsträckning behandlade svenskt snus. Att fakta skulle ha bedömts på ett felaktigt sätt är också osannolik som grund för prövning. Det breda skön som institutionerna har torde sänka detta argument. Visserligen gav de två svenska undersökningarna i IARC:s material ingen grund för att det svenska snuset skulle orsaka cancer, dessa två undersökningar är dock troligen behäftade med metodologiska problem, vilket gör deras tillförlitlighet låg. Detsamma gäller troligen den undersökning som Nordgren och Ramström genomfört och presenterat 1985. Däremot skulle man, möjligen med framgång kunna argumentera för att institutionerna dragit en alltför kategorisk slutsats med bakgrund av de fakta som ligger till grund för direktiven och att de vid denna bedömning gjort ett uppenbart fel. Detta skulle i så fall vara ett typexempel på en felaktig bedömning av fakta och argumentationen från bolaget skulle, enligt min mening, vila på detta. Dock skall det inte saluterats över detta, ty ånyo torde det stora skön som institutionerna har fälla argumentet. Någon tvång att anpassa sig till den vetenskapliga utvecklingen ligger troligen inte heller på institutionerna. Det är möjligt att domstolen inte använder sig av *FEDESA*, utan istället hänvänder sig till de fall där man godkänt en dylik princip. Emellertid har jag svårt att se att den nya vetenskapliga bevisning som tillkommit är av den revolutionerande typ som tycks krävas enligt praxis (se 248/80 *Glunz*).

3.3.3.2 Proportionalitetsprincipen

En utgångspunkt för att ifrågasätta varningstexten är att argumentera för en icke-överensstämmelse med proportionalitetsprincipen. Principen, som tidigare ej varit direkt fördragsfäst, har efter Maastrichtfördraget sin hemvist i artikel 3(b) 3st.⁹²

En intressant fråga i sammanhanget är huruvida det kan anses att varningstexten blivit oproportionell med anledning av senare inträffade händelser (i detta fall med den nya medicinska bevisningen som kommit fram), eller var oproportionell redan vid rättsaktens antagande. Det får dock anses som rimligt att om det inte föreligger en plikt för institutionerna att revidera sina rättsakter i takt med den vetenskapliga utvecklingen, att en proportionalitetsbedömning kan ha sin utgångspunkt i dagens vetenskapliga situation.

En diskussion om det oproportionella i förbudet rymms inte i denna uppsats.⁹³

Domstolen slog i sin tidigaste praxis fast att principen var tillämplig på gemenskapens rättsakter och på de åtgärder som medlemsstaterna företog med anledning av gemenskapens rättsakter, d.v.s. då de administrerade gemenskapsrättsliga regler. Vad principen i sig innebär, och framförallt vad den kan tänkas ha för betydelse för denna uppsats är däremot inte lika förhållandevis enkla att reda ut. Kort sagt kan principen sägas innebära att gemenskapen inte

⁹¹ Detta skulle kunna stödjas på generaladvokat Mischos uttalande i *FEDESA* 331/88 (1990) ECR-I 4023, s. 4042. Han jämför här den situation som institutionen befunnit sig i vid värderingen av vetenskapligt material, med "en komplex politisk eller ekonomisk situation".

⁹² Proportionalitetsprincipens framtida roll stakades ut vid rådsrådet i Wien i december 1998, ett annex tillfogades Amsterdamfördraget om principens tillämpning. Se vidare http://europa.eu.int/comm/dg1a/daily/12_98/doc_98_12.htm (21 maj 1999)

⁹³ Se vidare om detta i Lidgard; a.a., s.133

skall vidta någon åtgärd som går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå målen i detta fördraget. Medlen skall vara nödvändiga för att uppnå målet för åtgärden. Principen innebär alltså, förutom skyddet som ges i gemenskapsrättsliga regler mot ”överdrivna” nationella åtgärder, också att en bastion skapas som skyddar enskilda från att i en alldeles för hög utsträckning påverkas av gemenskapslagstiftning med syfte att etablera den gemensamma marknaden.⁹⁴

I sammanhanget är det viktigt att bestämma och utkristallisera målet med en åtgärd/rättsakt. Det är endast när ett bestämt mål ställs i relation till den åtgärd som undersöks som en proportionalitetsbedömning blir aktuell. Domstolen börjar alltid med att utreda vilket målet är. Ett av gemenskapsrätten godkänt intresse eller mål måste alltid finnas. Om inte något mål kan utrönas finns det här en annan grund för ett juridiskt förfarande, nämligen det ovan nämnda bristen på kompetens. Gemenskapens institutioner kan endast verka inom sin lagsfär och domstolen söker bland intressen etablerade i fördragen eller i praxis. Något krav på att målet verkligen nås är inte för handen. Det är dock mycket svårt att i praktiken utröna gemenskapens kompetens p.g.a. av dess rätts dynamiska process. Domstolen finner ofta att institutionerna har kompetens på alla möjliga områden. Det har också talats om att principen kan användas som ett medel för att utvidga gemenskapens kompetens. Ett intresse skall dessutom identifieras hos en enskild. Man måste skilja mellan allmänna och individuella intressen. Tilläggas bör att principen endast är tillämplig på individuella intressen (alltså ej medlemsstater), något som inte innebär att man måste vara ensam. Det kan mycket väl vara fråga om ett helt kollektiv, förutsatt att det kan särskiljas.⁹⁵

Principen kan sägas bestå av ett prov, huruvida rättsakten eller åtgärden är kompatibel med principen, som utförs i tre steg. En genomgång torde vara motiverad för att förstå principens innebörd. Det första är att åtgärden skall vara lämplig (*suitable*) för uppnåendet av målet, nummer två ställer krav på nödvändighet (*necessity*) och som nummer tre att den skall vara proportionell i ordets snäva betydelse (*proportionate stricto sensu*). För att åtgärden skall anses vara proportionell skall alla tre underprinciperna vara uppfyllda.⁹⁶

3.3.3.2.1 Kravet på lämplighet

Det första kravet är att åtgärden skall vara lämplig (*suitable, appropriate*). Vad som ligger i begreppet torde vara oklart, domstolen har inte använt någon enhetlig terminologi. Det handlar om att åtgärden skall vara ägnad för att nå det mål som uppställts. Det skall röra sig om ett erkänt intresse i gemenskapsrätten och endast åtgärder som är lämpliga för att uppnå ändamålet med åtgärden anses vara godkända.⁹⁷

I *OBEA*-fallet fastslogs att när man avgör om en rättakt från gemenskapen överensstämmer med proportionalitetsprincipen skall först undersökas om medlen som använts för att nå målet korrelerar till dess betydelse och sedan om dess nödvändighet (se nedan) för att nå detta mål. I 66/82 *Fromançais* konstateras att om konsekvenserna av en åtgärd överstiger målets betydelse, eller om åtgärden är klart olämplig för att uppnå målen så är detta ett brott mot principen. Framförallt inom de gemensamma politikområdena torde det finnas ganska vida marginaler för den normgivning som kan bli aktuell. Domstolen har på dessa områden endast

⁹⁴ Gydal; ”*The Principle of proportionality*”, 1996, s.19f

⁹⁵ Gydal; a.a., s.30f och Hansen-Jensen; ”*Proportionalitetsprincippet i EF-retlig belysning*”, 1990, s.34f

⁹⁶ Gydal; a.a., s.1f och Hansen-Jensen; a.a., s.33

⁹⁷ Gydal; a.a., s.32 och Hansen-Jensen; a.a., s.33f.

ogiltigförklarat sådana åtgärder som bedöms vara uppenbart olämpliga (*manifestly unsuitable*) för sitt ändamål.⁹⁸

Eftersom de flesta åtgärder som gemenskapen företar är lämpliga för sitt ändamål finns dåligt med praxis men det kan konstateras att endast uppenbart olämpliga åtgärder dömts ut. Ofta finner domstolen åtgärder som olämpliga bara när kommissionen gjort uttryckliga fel i sitt förfarande, använt felaktiga fakta eller bedömt dessa på ett felaktigt sätt, samt klart missbrukat sin makt. Bedömningarna skall ha varit objektiva. Det krävs dock att institutionen har gjort ett klart fel (*manifest error*). Med detta menas att desto mer komplex den speciella situationen är eller har varit för institutionen, desto mindre är det möjligt att talan om dess ogiltighet skall kunna föras inför domstolen. Grunden för ett dylikt påstående är troligen att institutionerna har en tyngre börda att bära vad det gäller upprättandet av den inre marknaden. De har därför tillåtits genomföra åtgärder som i och för sig varit opassande men i alla fall lett till att målen uppnåtts. Det är dessa som skall ta beslut och lagstifta medan medlemsstaterna endast har att implementera. Domstolen har därför understrukit att institutionerna måste ha större skön än medlemsstaterna för att kunna uppfylla sina åtaganden. Domstolen har sålunda tillåtet ganska mycket såsom lämpligt.⁹⁹

En begränsning är dock att legaliteten av en rättsakt inte kan bero på retroaktiva begrundelser rörande dess effektivitet. När gemenskapslagstiftning måste värdera de framtida effekterna av regler som skall antas, och dessa effekter inte kan förutses korrekt, så är dess värdering öppen för kritik endast om den var manifest inkorrekt i ljuset av den tillgängliga informationen vid tidpunkten för antagandet av de aktuella reglerna. Därför är överprövning i enlighet med lämplighet troligen endast aktuell när åtgärden tillgreps arbiträrt.¹⁰⁰

3.3.3.2 Kravet på nödvändighet

Krav nummer två är att åtgärden skall vara nödvändig. Underprincipen kan också kallas för ”*principen om användandet av de minst ingripande medlen*”. Innebörden är att gemenskapens institutioner skall välja den minst restriktiva metoden och den som orsakar minst skada. Av flera metoder som kan vara lika passande för att nå målet, skall den minst ingripande väljas. Ett ”nödvändighetsprov” ger domstolen möjlighet att bestämma på vilken nivå de administrativa institutionerna rimligen skall agera. För att denna del av principen skall bli meningsfull krävs att det finns ett urval av medel att välja mellan för att uppnå målet, vilket kan vara mycket svårt och abstrakt att utvärdera. Denna del av principen riktas mer mot medlemsstaternas än mot gemenskapens åtgärder. Eftersom en grundläggande princip skall ha ett objektivt innehåll så är det här det enda sättet på vilket domstolen kan ge institutionerna en mindre restriktivt proportionalitetstest. Här inträder det skön som institutionerna tillerkänts. Domstolen har alltid understrukit att det minst betungande medlet skall användas. Då det gäller institutioner har domstolen visat sig vara mer flexibel och har i större utsträckning gått på principens tredje momentet istället för att använda sig av nödvändighetstestet.¹⁰¹

De flesta fall som når domstolen om denna fråga är förhandsbesked från nationella domstolar är det inte upp till domstolen att applicera fakta och sedan komma med ett förslag. Domstolen har endast att utvärdera hur åtgärden står i förhållande till gemenskapsrätten och kan sålunda inte, när den applicerar ett nödvändighetstest eller avgör om åtgärden är proportionell i ordets

⁹⁸ 125/83 *Office belge de l'économie et de l'agriculture (OBEA) ./ Sa Corman et fils* (1985) ECR 3039 och 66/82 *Fromançais* (1983) ECR 395

⁹⁹ Gydal; a.a., s.32f

¹⁰⁰ 40/72 *Schroeder* (1973) ECR 125 p.142 och Emiliou s.192

¹⁰¹ Gydal; a.a., s.76f

snäva betydelse, komma med förslag på vad som skulle utgöra ett tillräckligt skydd i det aktuella fallet. Man kan bara säga att det är upp till den nationella domstolen att avgöra denna fråga. Ibland har domstolen uttalat vad den skulle anse vara resultatet av fallet i enlighet med de fakta som förelagts. Det är sedan upp till den nationella domstolen att utvärdera fakta.¹⁰²

3.3.3.2.3 Proportionalitet i dess snäva betydelse

Det tredje momentet är det minst konkreta men kanske det mest betydelsefulla. Här skall en avvägning göras om åtgärden är proportionell i ordets snäva bemärkelse. Bedömningen går här över till att bli mer skönsmässig. Det handlar om att hitta en balans mellan nyttan av åtgärden för kollektivet på ena sidan och rättigheterna som gemenskapen skyddar å den andra. Alltså sker en avvägning av fördelar och nackdelar med åtgärden. Under denna prövning är nivån på vilken institutionen handlar utslagsgivande. Generellt sett har kommissionen och rådet givits mer utrymme vad det gäller lagstiftning, efter som dessa oftast är av mer allmän art än beslut riktade direkt mot individer. I de senare fallen kan man också lättare skilja på individuella och allmänna intressen. Till principen kan emellertid läggas ett antal faktorer som kan bli av avgörande betydelse då man bedömer proportionaliteten i en åtgärd. Det kan vara så att skyddsvärdet av åtgärden resultat kan anses överväga de i och för sig olämpliga medlen, åtgärdens intensitet kan ursäktas på denna grund. Det kan också vara så att man bedömer allmänhetens intresse av att målets uppnås kan vara mycket större än en enskilds intresse kränkts. Det är alltså inte säkert att en mycket vittgående åtgärd när den läggs i en vågskål bedöms som oproportionell, hur orättvis den än kan verka.¹⁰³

Det är dock inte säkert att en åtgärd som inte är förenlig med de tre kraven anses vara inkompatibel med principen, detta ifall en översiktlig värdering eller bedömning ger utfallet att åtgärden var lämplig. Detta bedöms då i ljuset av vilken åtgärden är och de fakta som föregick denna. Detta hänger ånyo ihop med att domstolen tillerkänt institutionerna ganska stora skönsmässiga befogenheter. Domstolen understryker dessutom behovet av effektivitet, och om en åtgärd bedöms vara effektiv, så kan detta prevalera över ett enskilt intresse. I det andra *Schlüter*-fallet resonerade domstolen kring proportionalitetsprincipen och deklarerade att: *"In exercising their powers, the institutions must ensure that the amounts which commercial operators are charged with are no greater than is required to achieve the aim which the authorities are to accomplish; however, it does not necessarily follow that obligation must be measured in relation to the individual situation of any particular group of operators. Given the multiplicity and complexity of economic circumstances, such an evaluation would not only be impossible to achieve, but would also create perpetual uncertainty on the law"*.¹⁰⁴

3.3.3.2.4 Vilka slutsatser kan dras utav annan praxis?

Även vad det gäller proportionalitetsprincipen är det för denna uppsats de medicinska bevisen som blir avgörande. I några fall har medicinska bevis kommit upp i samband med en proportionalitetsbedömning vad det gällde en gemenskapsåtgärd. I *FEDESA* gjordes en klar indelning av proportionalitetstestet med dess tre steg. Kärandena hade anfört att direktivet var olagligt p.g.a. att det bröt mot principens tre aspekter. I fallet argumenterade klagandena först att åtgärden var *"inappropriate"* för att uppnå det avsedda syftet. Det var här fråga om ett totalförbud av en hormonsubstans. Ej heller var förbudet nödvändigt, det fanns andra sätt att informera allmänheten, särskilt som det i de olika medlemsstaterna fanns olika uppfattningar om säkerheten av substansen. Det tredje argumentet var att förbudet innebar en överdriven

¹⁰² Gydal; a.a., s.34 och Hansen-Jensen; a.a., s.35.

¹⁰³ Gydal s.34f

¹⁰⁴ Gydal; a.a., s.37 och 9/73 *Schlüter* (1973) ECR 1135, s. 1155-56

(*excessive*) nackdel jämfört med dess förtjänster, genom att det ledde till avsevärda ekonomiska förluster för de klagande näringsidkarna. Fördelarna vägdes alltså inte upp av nackdelarna. Motsatta intressen kunde klart utkristalliseras. Det fanns inga samstämmiga vetenskapliga bevis för farligheten med substansen. Vad det gällde det tredje momentet pekade kändarna på att vad det gällde den verkliga risken som fanns för människors hälsa som direktivet grundades på, saknade denna all grund och de ansåg att den inte kunde uppväga åtgärdens nackdelar.¹⁰⁵

Rådet framhöll att mindre radikala medel inte hade varit effektiva eftersom ett system av kontrollerad användning skulle bli väldigt dyrt och inte kunde ge några garantier om dess effektivitet. Kommissionen menade att åtgärderna som det ifrågasatta direktivet föreslog, med all säkerhet inte anses vara ”*manifestly unsuitable*” för syftet. Det hade framhållits i fallet att eftersom hälsoriskerna inte fanns hade mindre ingripande åtgärder varit lämpligare än ett förbud, vilket sålunda skulle vara ett brott mot principen. Generaladvokaten konstaterar att åtgärden definitivt inte var ”*manifestly unsuitable*” för att uppnå syftet. Han ansåg också att omsorgen om hälsa fick ta överhand över alla andra intressen då man vägde proportionalitet i det snäva bemärkelse.¹⁰⁶

På frågan rörande åtgärdens effektivitet, svarade domstolen att det för att underkänna en åtgärd på denna grund krävdes det att åtgärden var ”*manifestly inappropriate*”. Man hänvisade till *Schroeder* (265/87) och att man i dessa fall sökte klar ineffektivitet eller ”*unsuitability*”. Åtgärden uppfyllde inte dessa krav. Ej heller kunde det bevisas att åtgärden ej var nödvändig och att det hade funnits mindre ingripande metoder att ta till. Vad det gällde det tredje steget så kom domstolen fram till att klagandens intresse av att få marknadsföra den aktuella substansen inte var en grundläggande rättighet eller intresse. Domstolen fann alltså här att trots att en viss ekonomisk förlust tillfogades näringsidkaren så ansågs inte detta uppväga ändamålet med åtgärden. Domstolen slog sålunda fast att för att en åtgärd inte skulle vara proportionell så skulle den vara: 1) olämplig för att uppnå de önskade målen, 2) ej nödvändig och 3) skada de inblandade näringsidkarna onödigt mycket. Intet av detta kunde konstateras.¹⁰⁷

Generaladvokaten var ännu tydligare i sin förklaring att: ”*as regards proportionality in the narrow sense, that is to say weighing the damage caused to individual rights against the benefits accruing to the general interest, it should be stated that the maintenance of public health must take precedence over any other consideration. Once the Council had taken its view, in the context of its discretionary power, that it could not ignore the doubts felt by many member States, it was entitled to impose financial sacrifices on the persons concerned*”.¹⁰⁸

Det förefaller alltså som om de flesta åtgärder skulle kunna ursäktas med hänvisning till institutionernas skönsmässiga befogenheter, i alla fall enligt *FEDESA*. Domstolen har här tillämpat en slags *försiktighetsprincip*.

Generaladvokaten manar i 31/70 *Deutsche Getriede* till försiktighet och menar att gemenskapens skönsmässiga maktbefogenheter inte alls är obegränsade och att ”*it must be permissible to examine whether the use of this discretionary power is based on proper consideration*”. Något hinder för att pröva en åtgärd enligt proportionalitet *stricto sensu*, trots att gemenskapens institutioner har ett vitt skön att arbeta med torde alltså inte föreligga. En prövning av den för denna uppsats aktuella rättsakt kan alltså äga rum. Det finns dock inget

¹⁰⁵ 331/88 *FEDESA* (1990) ECR I-4023 s.4031f

¹⁰⁶ 331/88 *FEDESA* (1990) ECR 4023, s.4049f

¹⁰⁷ 331/88 *FEDESA* (1990) ECR I-4023 s.4063ff

¹⁰⁸ 331/88 *FEDESA* (1990) ECR I-4023 s.4051

som helst rättsfall som liknar den för denna uppsats aktuella frågan, ett rättsfall där en av gemenskapen föreskriven varningstext har prövats enligt principen mot bakgrund av medicinska bevis. För att utröna proportionaliteten på området har vi därför att vända oss till den praxis som utbildats kring proportionaliteten i medlemsstaternas åtgärder på folkhälsoområdet.¹⁰⁹

3.3.3.2.5 Vad kan anses som proportionellt vad det gäller folkhälsa?

Här handlar det om att kunna göra en analogi till när proportionalitetsprincipen har tillämpats gentemot medlemsstaterna, d.v.s. då de har använt sig av artikel 36 för att kunna ursäka sina undantag från artikel 30 och 34. Artikel 36 medger undantag som motiveras av tungt vägande hänsyn utvecklade i praxis. Ett av dessa är människors liv och hälsa. Undantagen tolkas restriktivt. Det ställs emellertid också krav på proportionalitet och nödvändighet. Ofta underkänns åtgärden då den inte är överensstämmande med proportionalitetsprincipen. I flera fall rörande artiklarna 30 och 36 har märkning (frågor härom har ofta hamnat på domstolens bord) ansetts vara ett av de bästa sätten att försäkra sig om att konsumenter skyddas. Domstolen har i praxis godkänt märkningskrav men alltid sagt att dessa skall vara överensstämmande med proportionalitetsprincipen. I fallet 4/75 *Rewe-Zentralfinanz* underströk domstolen att för att medlemsstaterna skulle kunna göra ett undantag krävdes att en verklig hälsorisk förelåg. Dessutom skulle åtgärden vara proportionell och nödvändig. Det är vidare upp till medlemsstaterna att visa att det föreligger en hälsorisk, detta fastslogs i rättsfallet 227/82 *VanBennekom*.¹¹⁰

Det verkar som om domstolen, i fall av vetenskaplig osäkerhet vad det gäller effekterna av en viss tillsats, ger medlemsstaterna ett ganska stort skön. Ett exempel på detta är 53/80 *Eyssen*. Här ställdes frågan om ett tillsatsförbud i ost för försäljning på den holländska marknaden inte var en förtäckt begränsning av samhandeln som artikel 36 stadgar. Förbudet ansågs inte utgöra en förtäckt begränsning. Tillsatsen Nisin är en slags antibiotika som det fanns vetenskaplig osäkerhet kring den eventuella skadligheten av. Både FAO och WHO hade förklarat att tillsatsen inte var skadlig upp till vissa nivåer, och en del medlemsstater hade förbjudit tillsatsen. Den vetenskapliga osäkerheten gav medlemsstaterna frihet att tillåta eller förbjuda tillsatsen. Även om det ej utskrevs i rättsfallet så ansågs alltså åtgärden, ett förbud, proportionell i förhållande till det mål som angavs, nämligen att skydda människors liv och hälsa. Detta trots osäkerhet kring skadligheten hos ämnet.¹¹¹

I några få fall har domstolen tittat på de medicinska bevisen, samtliga har emellertid varit personalärenden, och torde inte vara av relevans. Här har proportionalitetsprincipen begränsat den skönmässiga makt som medlemsstaterna fått på området och också givit regeln dess innehåll.¹¹²

3.3.3.2.6 Bevisbörda och proportionalitet?

Bevisbördan är mycket viktig för denna uppsats, då det är de vetenskapliga bevisen som är direkt avgörande för fallets utgång. När det handlar om att bevisa icke-proportionaliteten hos en rättsakt inför domstolen har domstolen visat sig villig att bedöma av bakomliggande fakta. Bevis för att gemenskapsåtgärden inte tjänar det allmänna och inte uppnår det önskvärda målet är upp till sökanden. Domstolen undersöker ofta om principen har blivit bruten men kommer mycket sällan fram till att så varit fallet, eftersom det visat sig mycket svårt att visa

¹⁰⁹ 31/70 *Deutsche Getride- und Futtermittelhandels-gesellschaft* (1970) ECR 1055, s. 1070.

¹¹⁰ Gydal; a.a., s.52 och 227/82 *VanBennekom* (1983) ECR 3883 och 4/75 *Rewe-Zentralfinanz* ./ *Landwirtschaftskammer* (1975) ECR 843

¹¹¹ 53/80 *Officier van Justisie ./ Koninlijke Kaasfabriek Eyssen BV* (1981) ECR 409 och Gydal; a.a., s.54.

¹¹² 396/93P *Henrichs* (1995) ECR 2611, 346/82 *Favre* (1984) ECR 2269 och 46/71 *Brandau* (1972) ECR 373.

på icke-proportionalitet. Detta, tillämpningen av bevisbördan, har visat sig vara ett sätt att begränsa den juridiska prövningen och stärka handlingsfriheten hos den utfärdande institutionen. Emiliou menar att fallen 26 och 86/79 *Thy Marcinelle* på ett bra sätt illustrerar detta, domstolen konstaterar att; ”*There is no evidence in the applicant’s arguments to show that those imposed restrictions which were keeping out of the common interest and that they constituted a disproportionate measure in relation with the aim which they sought to achieve*”. Den här typen av bevis bara har varit möjliga att få fram i ett fåtal fall.¹¹³

Det kan verka märkligt att tala om en bevisbörda vid förhandsbesked. Den taktiska bevisbördan torde bäras av dem som avger yttranden till domstolen, alltså även parterna. I vissa fall skulle domstolen inte kunna ta något beslut utan att bevis framlagts, t.ex. i fall som rör giltigheten av en rättsakt och där denna ifrågasätts p.g.a. att den grundas på ett materiellt faktafel, kan domstolen tillåta bevis rörande relevant sakfråga. Käranden kan troligen lägga fram bevisen redan i den nationella domstolen. I fallet 166/78 *Italien ./ rådet*, ställdes det höga krav på bevisningen. Fallet rörde annullering av en förordning, i vilken det påstods att rådet hade gjort ett allvarligt misstag i sin värdering av ekonomiska fakta. Domstolen avvisade detta, man ville ha: ”*evidence more definite and less disputable than that adduced by the Italian Governement*”. Det rör sig alltså, vad det gäller faktiska omständigheter om en hög bevisbörda, i alla fall då det rör giltigheten av en av gemenskapens rättsakter.¹¹⁴

3.3.3.2.7 Analys

Först och främst skall alltså målet med åtgärden utrönas. I detta fall kan det, åtminstone teoretiskt, sägas finnas två, dels att skydda folkhälsan och dels att harmonisera medlemsstaternas regler. Nedan följande analys förutsätter att folkhälsa godkänts som ett legitimt mål. Vad det gäller ett individuellt intresse så uppfyller bolaget säkerligen dessa krav.

Vad det gäller lämpligheten av varningstexten kan konstateras att för harmonisering måste bruket av varningstexter anses mycket lämpligt. Vad det gäller att skydda folkhälsan genom att upplysa om hälsorisker förknippade med det svenska snuset är saken en annan. Varningstexter i sig får anses som ett gott instrument vad det gäller skydd av människors hälsa. Det kan argumenteras att en varningstext som inte överensstämmer med verkligheten måste anses vara olämplig, t.o.m. uppenbart olämplig, enligt praxis. Det torde alltså vara klart olämplig för att uppnå syftet att skydda folkhälsan. Detta förutsatt att det kan konstateras att kommissionen använt felaktiga fakta eller bedömt dessa felaktigt. I och för sig är tänkbart, men det är föga troligt att domstolen skulle samtycka. Om så emellertid blir fallet kan kravet på ”uppenbart olämplig” anses uppfyllt. Komplexiteten i frågan kan göra det svårt att konstatera. De höga krav som *FEDESA* uppställt gör det svårt att visa på klar olämplighet. Möjligheten begränsas troligen ytterligare av den praxis som omöjliggör en retroaktiv syn på rättsakten. För att retroaktivt bedöma rättsakten krävs att åtgärden anses antagen arbiträrt. Detta blir också svårt att bevisa. Detta innebär att proportionaliteten, vad det gäller lämpligheten, inte kan ses i ljuset av de nya vetenskapliga rön som presenterats. Ett krav ställs därvid på att rättsakten skulle vara manifest inkorrekt i ljuset av den dåvarande vetenskapliga bevisningen. Min åsikt är att det blir mycket svårt att argumentera för att kommissionen agerat manifest inkorrekt eller arbiträrt. Detta trots att det inte föreligger något krav på institutionerna att uppdatera sina rättsakter i takt med den vetenskapliga utvecklingen. Denna praxis kan enligt mitt tycke kallas inkonsekvent, men leder till att varningstexten inte kan anses vara olämplig.

¹¹³ Emiliou; a.a., s.187ff och 26,86/79 *Thy Marcinelle* (1980) ECR 1083

¹¹⁴ Brealey: ”*The Burden of Proof before the European Court*” *European Law Review*, volym 10, Nr 4, London, 1985, s. 250-262 och 166/78 *Italien ./ rådet*, (1979) ECR 2575, s. 2599.

Vad det gäller kravet på nödvändighet finns inte någon möjlighet till framgång. Åtgärder som syftar till att skydda liv och hälsa tillåts genomgående att vara stränga. I *FEDESA* argumenterades att åtgärden (totalförbudet) inte var nödvändig. Det är möjligt att snusförbudet skulle kunna angripas med referens till detta rättsfall. Man argumenterade för att mindre ingripande åtgärder hade varit lämpligare då det inte fanns någon reell hälsorisk. En liknande argumentation skulle kunna föras av bolaget.

På nytt kommer här frågan in om det är utifrån dåvarande bevis eller utifrån nuvarande vetenskapliga bevisning som det icke-proportionella skall bedömas. När direktivet omarbetas, såsom utlovats, måste gemenskapen vara uppmärksam på att de nya varningstexter som blir aktuella inte går stick i stäv med nuvarande vetenskapliga rön. En varningstext "*May cause cancer*" eller "*Contains carcinogenic substances*" skulle kunna ifrågasättas på flera punkter. Den förstnämnda utifrån lämplighetskravet (eftersom denna skulle införas i ljuset av den nuvarande vetenskapliga informationen) och den sistnämnda utifrån nödvändighetskravet. Att angripa den nuvarande varningstexten på denna grund skulle i enlighet med *FEDESA* vara lönlöst. Detta eftersom det rimligen kan antas att retroaktivitetsförbudet även gäller för nödvändigheten, som är intimt sammankopplad med lämpligheten.

Moment tre, proportionalitet i dess snäva betydelse är desto mer intressant, åtminstone om man väljer att se varningstexten i ljuset av nuvarande vetenskapliga rön. För- och nackdelar skall vägas mot varandra. Nackdelarna torde vara att konsumenterna blir och blivit felaktigt informerade om en produkts hälsorisker samt de problem som bolaget får att avsätta sin produkt. Fördelarna är att människor blir avskräckta från en tobaksprodukt, vilket i och för sig inte säger att man inte vänder sig till en annan tobaksprodukt. Fördelen är alltså ett skydd av folkhälsan. Denna fördel är, enligt mitt tycke, svår att se och konkretisera. Ovan har anförts att även en olämplig åtgärd kan godkännas om målet anses mycket viktigt. Men om det inte finns några fördelar med åtgärden? I detta fall att allmänheten upplyses om hälsorisker som inte finns hos produkten ifråga. I *FEDESA* gavs folkhälsoskydd preferens framför alla andra intressen och det är möjligt att de i och för sig olämpliga medlen och åtgärdens intensitet skulle kunna ursäktas av skyddsvärdet. I detta fall skyddas inte folkhälsan då informationen som lämnas är felaktig. En sådan avvägning skulle mycket väl kunna gå emot varningstexten. Ej heller kan det sägas att åtgärden är effektiv och alltså skulle kunna ursäktas. Härunder skulle en liknande argumentation föras som käranden gjorde i *FEDESA*. Nackdelarna för de iblandade näringsidkarna kan inte uppvägas av de fördelar som uppnås. Detta även om man som i *FEDESA* inte tillerkänt näringsidkarens förluster större betydelse. Det torde alltså här, för en framgångsrik talan, krävas oantastliga bevis för att kunna visa på att absolut inga fördelar uppnås. Vad som skulle bli utgången av en proportionalitetsbedömning med oantastliga bevis är i ljuset av en proportionalitetsbedömningen svårare att säga. Det får hållas för troligt att en sådan bedömning enligt proportionalitet *stricto sensu* skulle utfalla till cancermärkningens nackdel. Att i dagsläget komma med ett sådant kategoriskt uttalande är emellertid en handling som överstiger författaren av denna uppsats kurage. Förutsatt att det retroaktivitetsförbud som uppställdes vid lämplighetskravet inte gäller här, nöjer jag mig dock med att konstatera att det skulle det finns en möjlighet att angripa varningstexten på denna grund.

Det finns dock ytterligare en intressant aspekt att beakta och här kommer de nya medicinska bevisen in. Domstolen har visat sig benägen att ha en helhetssyn på proportionalitetsfrågan. Även om domstolen vid en uppdelning av komponenterna i principen inte skulle finna åtgärden oproportionell så finns det alltså möjlighet till en slags kontextuell bedömning. Vid en sådan eventuell bedömning skulle flera aspekter tas in i bedömningen. Säkerligen skulle de

nuvarande vetenskapliga rönen tas in. En analogi från de regler som gäller för medlemsstaterna som ju måste visa på att det föreligger en verklig hälsorisk så torde egentligen det samma gälla för gemenskapens institutioner. Då det dessutom är upp till medlemsstaterna att bevisa farligheten skulle analogt detsamma gälla för gemenskapen. Det bör emellertid hållas i minnet att det ofta handlat om nödvändigheten av en åtgärd i dessa fall. Medlemsstaterna har vidare tillerkänts en visst skön då det föreligger vetenskaplig osäkerhet kring detta, och dessa åtgärder har inte ansetts strida mot principen. Gemenskapen har gång på gång använt sig av en slags försiktighetsprincip. Om det finns minsta tvivel förutsätts skadlighet. Detta innebär att om gemenskapens institutioner ges samma skön vad det gäller proportionalitetsbedömningen på folkhälsoområdet att den aktuella cancermärkningen inte skulle anses vara oproportionell. Ännu en gång är alltså de medicinska bevisen avgörande.

Så som tidigare anförts är den medicinska bevisningen avgörande för en framgångsrik talan. Bolaget måste upp med kraftfull bevisning, visande på märkningens motsats. Gemenskapens institutioner torde inte behöva, om de ej så önskar, tillägga något till den bevisning som förts i direktiven. Detta i och för sig märkligt, då det borde vara upp till den märkande myndigheten att bevisa skadlighet. Men ett faktum, som måste anses speciellt för tobaksindustrin, är att man antagligen, i alla tänkbara fall, är föremål för en omvänd bevisbörda. I vanliga fall torde det rimligen vara upp till den myndighet som vill förbjuda eller märka en produkt med varningstexter att bevisa detta. Här är det antagligen upp till tillverkarna att visa på att den påstådda risken inte existerar. Vidare måste bolaget förmodligen, trots att det kan verka märkligt, försöka få även experter från andra länder att konstatera att det svenska snuset inte är cancerframkallande. Sammanfattningsvis så blir alltså slutsatsen att det troligtvis finns en möjlighet att varningstexten kan vara inkompatibel med proportionalitetsprincipen.

3.3.3.3 Icke-diskrimineringsprincipen

Icke-diskrimineringsprincipen (eller likhetsprincipen) innebär ett krav på att likartade situationer inte skall behandlas på olika sätt om inte skillnaden kan objektivt rättfärdigas. Principen har sitt ursprung i diskriminering av nationalitet och har i huvudsak använts mot åtgärder från medlemsstaterna. Diskriminering är förbjuden vad det gäller reglerna om fri rörlighet för varor, personer, tjänster och kapital. De aktuella artiklarnas regler är emellertid egentligen bara konkreta uttryck för en generell likhetsprincip. Principen har nu utvidgats till att omfatta hela gemenskapsrätten, se t.ex. 1/72 *Frilli*.¹¹⁵

Olika behandling anses inte vara diskriminering då det är objektivt motiverbart eller, åtminstone i ekonomiska spörsmål, inte är arbiträrt. I denna kontext innebär detta att en orättfärdig miss att särskilja mellan olikartade situationer eller olikartad behandling av jämförbara situationer, måste rättfärdigas av objektiva kriterier. Vid bedömandet av dessa objektiva kriterier så skall dessa ses i ljuset av de mål och syften som satts upp för de aktuella reglerna i den nationella rätten eller i gemenskapsrätten. Principen har alltså utvecklats till att även omfatta likartad behandling av olikartade situationer. Detta framgår av praxis, t.ex. i rättsfallet 13/63 *Italien ./ kommissionen*.¹¹⁶

I fallet 106/83 *Sermide* utvecklade domstolen principen från 13/63 vidare och konstaterade att: ”*comparable situations must not be treated differently and different situations must not be treated in the same way, unless it is objectively justified*”.¹¹⁷

Att här ifrågasätta cancermärkningen på svenskt snus med en direkthänvisning till den ursprungliga likhetsprincipen torde vara svårt. Samtliga dessa rökfria produkter förses ju med

¹¹⁵ 1/72 *Frilli* (1972) ECR 457.

¹¹⁶ Schermers & Waelbroeck; a.a., s.66ff och 13/63 *Italien ./ kommissionen* (1963) ECR 197, stycke fyra

¹¹⁷ 106/83 *Sermide* (1984) ECR 4209, s.4231f

en likadan varningstext. Det är dock fullt tänkbart att talan mot det snusförbudet skulle framgångsrikt kunna föras, detta med hänvisning till att det är en typ av tobaksprodukt och/eller tobaksberedning som diskrimineras. Sådan diskriminering skulle endast kunna accepteras om gemenskapens institutioner bevisat att den förbjudna produkten var mer skadlig. För att föra en framgångsrik argumentering mot cancermärkningen måste man visa på att gemenskapen behandlar olikartade situationer på ett likartat sätt. Det svenska snuset skiljer sig från andra rökfria produkter och skall därför inte behandlas på samma sätt. Det torde dock även här vara upp till bolaget att bevisa att det svenska snuset skiljer sig, dels från andra typer av rökfri tobak, dels från andra typer av snus. Kan bolaget visa detta, rör det sig säkerligen om ett brott mot likhets- eller icke-diskrimineringsprincipen, något som jag inte finner på något sätt osannolikt. Bolaget måste visa på en orättfärdig miss eller arbiträr behandling av institutionerna, åtminstone det först nämnda verkar mycket rimligt. Det torde bli svårt för kommissionen att objektivt motivera en likartad behandling. Den koppling som här finns till nationalitet och åtgärder från medlemstaterna gör det svårt att sia om huruvida en rättsakt från gemenskapen skulle kunna sägas strida mot principen. Däremot skulle ett klart brott mot principen kunna konstateras om gemenskapen bestämde sig för att märka rökfria produkter med etiketterna ”*May cause cancer*” eller ”*Contains carcinogenic substances*”. Detta vore en klar och odiskutabel diskriminering (dessutom direkt), då det finns tiotusentals produkter som innehåller cancerogena ämnen och kring vilka det finns en diskussion om huruvida dessa (ofta relaterat till intaget i volym) orsakar cancer.

3.3.3.4 Rättssäkerhetsprincipen (*legal certainty*)

Principen, vid till sin tillämpning, kan delas upp i två underprinciper, möjligen tre. För det första den så kallade principen om skydd av berättigade förväntningar (*legitimate expectations*), för det andra principen om icke-retroaktivitet och för det tredje principen om skydd för förvärvade rättigheter. Principen om icke-retroaktivitet är inte av intresse för denna uppsats och bortses därför ifrån helt i den kommande utredningen.¹¹⁸

Principen kräver att de som är föremål för en lag, inte skall befinna sig i en situationen i vilken de är osäkra på vilka som är deras rättigheter och skyldigheter. Principen om berättigade förväntningar utgör det viktigaste komplementet till principen. Den som handlar i god tro om att han/hon följer lagens bokstav som den är eller som den verkar vara skall inte bli straffad för detta. De berättigade förväntningar man har skall man inte straffas för. Principen agerar på så sätt att den skyddar enskilda när de har handlat med förtroende för åtgärder som gemenskapens institutioner har stiftat. Domstolen har fastslagit att principen innebär att om det finns oklarhet eller motsägelser i rättsakter som pålägger skyldigheter på en individ skall denne inte lastas för detta och framhållit att medlemsstaterna skall implementera direktiv på ett sätt som klarar uppställda krav på klarhet och otvetydighet.¹¹⁹

3.3.3.4.1 Principen i praxis

Det fall som torde ha störst aktualitet för föreliggande uppsats är åter *FEDESA*. I fallet ställdes frågan om direktivet stred mot principen. Detta med hänvisning till att direktivet saknade vetenskaplig grund som kunde rättfärdiga de folkhälso- och konsumentargument som låg bakom dess antagande. Det framfördes att näringsidkarna fick sina berättigade förväntningar störda då de var i sin fulla rätt att förvänta sig att substansen i fråga inte skulle förbjudas. Detta p.g.a. bristen på en objektiv tvekan om dess säkerhet, effektivitet och kvalitet. Klagandena anförde ett flertal expertrapporter som bevisade att de aktuella substanserna var säkra. Härvidlag så kunde inte konsumenternas hälsofrågor (*consumer*

¹¹⁸ Emiliou; a.a., s.143

¹¹⁹ Wyatt/Dashwood; a.a.; s.91ff och Hansen-Jensen; a.a., s.11

anxiety over health) baseras på vidskeplighet och fördomar och därför inte utgöra grunden för den aktuella rättsakten.¹²⁰

Storbritannien höll i sitt yttrande med om att det inte fanns några vetenskapliga bevis som stödde antagandena som direktivet grundades på, utan att det fanns vetenskapliga bevis som talade för det motsatta förhållandet. Man menade dock att det inte rörde sig om ett brott mot rättsäkerhetsprincipen utan snarare om ett brott mot en berättigad förväntning. Storbritannien fortsatte att ett klart syfte med det direktiv som föregick det ifrågasatta direktivet var att en vetenskaplig undersökning skulle ske om de skadliga eller oskadliga effekterna av de fem hormonsubstanserna. Någon förändring i den policy som fanns, aviserades inte av kommissionen. Alltså var näringsidkarna i branschen berättigade att förvänta sig att de vetenskapliga bevis som fanns för att substanserna inte var skadliga tillät en distribution av produkterna. Spanien, Italien och rådet kom fram till att det ifrågasatta direktivet inte bröt mot varken principen om berättigade förväntningar eller rättssäkerhetsprincipen. Spanien framhöll att eftersom det inte hade bevisats att användandet av substanserna inte var skadliga för människors hälsa, så var gemenskapen, som hade en skyldighet att skydda medborgarnas hälsa, tvungen att vidta de åtgärder de ansåg lämpliga. Rådet medgav att om direktivet var begränsat till att röra hälsofrågor, så skulle det grundas först och främst på vetenskapliga bevis. Direktivet uppfyllde emellertid ett behov av ekonomisk natur för att underlätta den inre marknadens funktion. Rådet ansåg vidare att de vetenskapliga bevisen inte var fullständigt övertygande. Det innebär att rådet, genom antagandet av direktivet, inte överskridit sina skönmässiga maktbefogenheter. Vidare så ansågs att det faktum att rådet inte lagstiftade på ett sätt som överensstämde med en intressegrupps förväntningar inte kunde leda till att direktivet skulle förklaras ogiltigt.¹²¹

Kommissionen ifrågasatte kärandens definition av principen. Principen kunde endast anses ha överträtts om reglerna skapade oklarhet. Vidare var, enligt kommissionen, all lagstiftning inte grundad på vetenskapliga bevis utan på värderingar och mål. Genom att utöva sina skönmässiga maktbefogenheter, hade gemenskapens lagstiftning tagit under betraktande den motvilja som konsumenterna hade mot bruket av hormoner. Kommissionen tillade att ingen vetenskapsman kunde med säkerhet säga att vissa hormonsubstanser inte kunde skada människors hälsa, de kunde vara skadliga om de användes fel, missbrukades, eller handskades med på fel sätt.¹²²

Domstolen anförde att även om principen kräver att en gemenskapsåtgärd skall vara baserade på en rationell och objektiv grund så måste prövningen, i ljuset av de skönmässiga maktbefogenheter som rådet har erhållit när det gäller implementeringen av CAP, vara begränsad till att undersöka huruvida åtgärden ifråga är behäftad med ett uppenbart fel, maktmissbruk eller om institutionen ifråga uttryckligt har överskridit sina befogenheter. Domstolen fortsatte att därför kan inte talan grundad på förekomsten av vetenskapliga bevis som bevisade säkerheten hos de fem hormonella substanserna föras vidare. Det fanns inget behov av att undersöka saken närmare, det räckte med att konstatera att de olika medlemstaterna hade olika uppfattning om saken. Rådet hade sålunda hållit sig inom sina skönmässiga maktbefogenheter då den hade bestämt sig för att förbjuda hormonerna och hade på så sätt endast reagerat på den oro som flera konsumentorganisationer uttryckt. Ej heller hade direktivet ifråga stört näringsidkarna i deras berättigade förväntningar. I och för sig hade det direktiv som föregick det nya direktivet utsagt att man skulle undersöka

¹²⁰ 331/88 FEDESA (1990) ECR I-4023, sidan 4029

¹²¹ 331/88 FEDESA (1990) ECR I-4023, s. 4031

¹²² Ibid.

farligheten i substanserna och att kommissionen skulle initiera vetenskapliga undersökningar. Detta uteslöt emellertid inte att vidare slutsatser kunde dras av rådet under utövan av dess skönsrättsliga befogenheter. Näringsidkarna hade inte rätt att förvänta sig att ett förbud av substanserna kunde vara grundad på enbart vetenskapliga data.¹²³

Generaladvokaten anförde att det egentligen handlade om att *”whether a measure may be deemed to be valid if it is said to be based on the existence of varying assessments by the Member States and anxieties and expectations of consumers, but no scientific evidence has been adduced in support of those assessments and anxieties”*. Generaladvokaten ansåg det här klart, utgående från sammanhanget och preambeln, att rådet vid beslutstidpunkten hade ställts inför ”en av dessa komplexa ekonomiska och politiska situationer i vilka domstolen vanligen tillmäter dem ett vittgående skön.¹²⁴

Han hänvisade till 265/87 *Schröder*: *”consequently, only the manifestly inappropriate nature of a measure in this domain in relation to the objective pursued by the competent institution may affect its legality”*.¹²⁵

Generaladvokaten konstaterade att rådet i fallet utövade sina skönsrättsliga maktbefogenheter och tog sitt politiska ansvar i den aktuella situationen. Rådet hade pekat på den osäkerhet som rådde bland medlemsstaterna och generaladvokaten konstaterade att det i direktivets preambel klart utsades att det finns en viss osäkerhet. Rådet påpekade också att de vetenskapliga bevisen hade avgivits *”in the current state of knowledge”*. Käranden hade påtalat att det var ett uttalande som gällde för alla mediciner. Generaladvokaten ville dock skilja på mediciners användning för terapeutiskt bruk och ett stort bruk som gick ut på att få djur att växa snabbare och ansåg inte att ett manifest fel hade begåtts. Han slog sålunda fast att någon grund för en berättigad förväntning skall ha störts inte kunde konstateras.¹²⁶

3.3.3.4.2 Analys

Parallellerna till det för denna uppsats aktuella problemet är mycket tydliga i *FEDESA*. Här konstaterar domstolen att gemenskapsåtgärder skall vara baserade på en rationell och objektiv grund, men tillägger att detta ånyo skall ses i ljuset av institutionernas skönsrättsliga maktbefogenheter. Kravet på ett uppenbart fel, maktmissbruk eller överskridna befogenheter begränsar dock betydligt vidden av principens tillämplighet som ogiltighetsgrund. Argumentationen som fördes i *FEDESA* under denna princip är ett utmärkt exempel på hur ogiltighetsgrunderna flyter ihop och är svåra att skilja från varandra. Med hänsyn till att domstolen helt ignorerade att det inte fanns klara bevis för substansernas skadlighet i *FEDESA*, så finns det små utsikter till framgång för varningstexten enligt principen. Det var inom deras skönsrättsliga maktbefogenheter att ta upp de bevis de ville. De hade inte äventyrat rättssäkerheten eller stört berättigade förväntningar hos näringsidkarna. Näringsidkarna (bolaget) kunde rimligen inte anses förvänta sig att det svenska snuset skulle undantas från direktivet. Vad det gäller den aktuella varningstexten torde argumentationen bli den samma, och utsikterna till ett undanröjande av varningstexten på denna grund förefaller osannolik.

3.3.3.5 Andra aktuella principer?

Det finns flera andra principer som skulle kunna diskuteras i sammanhanget, exempelvis principer om billighet, *equity*, rätten till domstolsprövning och rätten att inte dömas ohörd. De

¹²³ 331/88 *FEDESA* (1990) ECR I-4023, s. 4061f

¹²⁴ 331/88 *FEDESA* (1990) ECR I-4023, s. 4042

¹²⁵ 265/87 *Schröder* (1989) ECR 2237, stycke 22.

¹²⁶ 331/88 *FEDESA* (1990) ECR I-4023, s.4047

principer som rör rätten till grundläggande mänskliga rättigheter är i och för sig viktiga, men inte för uppsatsen. Dessutom skulle billighet och *equity* kräva ganska abstrakta och svårbevisade antaganden samt appellera till en kunskap om vad domstolen kan tänkas anse som obilligt m.m.

I *FEDESA* togs upp att näringsidkare hade vissa grundläggande rättigheter, såsom rätten till egendom. Rättigheterna är dock begränsade av de begränsningar som togs upp i fallet 44/79 *Hauer*.¹²⁷ Det förbud som fanns i det aktuella direktivet i *FEDESA*, som hade till syfte att uppfylla mål av allmänt intresse ansågs vara mycket viktigare än de intressen som käranden framförde under denna punkt.¹²⁸

3.3.4 Maktmissbruk eller illojal maktanvändning

3.3.4.1 Allmänt

Begreppet maktmissbruk (*Misuse of powers, Détournement de pouvoir*) refererar till ett koncept känt i alla medlemsstater. Maktbefogenheter har ofta tilldelats gemenskapens institutioner för särskilda syften. Om denna maktbefogenhet används för andra syften, så kan de vidtagna åtgärderna annulleras p.g.a. maktmissbruk. Förfarandet är dessutom användbart då en institution har använt en speciell rättsakt för att undvika en procedur som fördraget tillhandahåller för detta. Innebörden kan också vara att en myndighet har brustit vid utövandet av en skönsmässig befogenhet, genom att avsiktligen använda sig av densamma för andra syften än för dem vilka den erhållit sin befogenhet. Handlandet kan alltså beskrivas som ”subjektivt felaktigt”. Domstolen har i praxis jämställt avsiktligt missbruk med fallet då en institution av grov oaktsamhet har kommit att använda sina befogenheter för obehöriga syften. Själva kärnan i begreppet torde emellertid vara att ställa krav på objektivitet, eller ett förbud mot godtycke, i förvaltningen.¹²⁹

I 8/55 *Fédéchar* drog generaladvokaten upp gränsen mellan maktmissbruk och andra typer av överklaganden. Han drog slutsatsen att, i vilket domstolen instämde, när en institution oriktigt använder sig av klart definierade maktbefogenheter så kan man föra talan mot dessa på grunden maktmissbruk. Endast organ tillerkända skönsmässiga maktbefogenheter kan fällas. Om en institution har vidtagit en åtgärd, inte bara för det ändamål som det har givits maktbefogenheter för, utan även för andra syften, så gör inte detta att åtgärden kan fällas under rubriken maktmissbruk, så länge det inte frångår det huvudsakliga målet. Vidare fördes talan om maktmissbruk fram på den grunden att beslutet hade grundats på felaktiga fakta. Domstolen avfärdade, men höll med om att en del fakta var felaktiga, fast avfärdade ändå maktmissbruk. Detta eftersom det inte objektivt kunde konstateras att Höga myndigheten hade: *”through a serious lack of care or attention amounting to a disregard for the lawful aim, purposes other than those for which the powers (...) were conferred”*. Domstolen har tolkat detta uttryck så att det inkluderar, inte bara att makt används för ett olagligt syfte, men även om makt används för ett syfte, i och för sig lagligt, men som inte var det som makten kunde utövas för i det konkreta fallet.¹³⁰

I *FEDESA* anfördes även detta som en möjlig grund för att annullera direktivet. Kärandena anförde att artikel 100 borde ha använts, istället för artikel 39. Domstolen avvisade med hänvisning till den ovan nämnda definitionen. Vidare utvecklade domstolen ett eget innehåll i begreppet, i det att *”a decision may amount to a misuse of powers only if it appears, on the basis of the objective, relevant and consistent factors, to have been taken with the exclusive*

¹²⁷ 44/79 *Hauer* (1979) ECR 3727

¹²⁸ 331/88 *FEDESA* (1990) ECR I-4023, s.4034 och 4062f

¹²⁹ Kapteyn & Verloren; a.a., s.464f och Pålsson, *EG-rätt*, 1976, s.207

¹³⁰ 8/55 *Fédéchar* (1956) ECR 292, se även 1/54 *Frankrike ./. höga myndigheten* (1954) ECR 7

*purpose, of achieving and end other than that stated or evading a procedure specifically described by the Treaty for dealing with the circumstances of the case”.*¹³¹

Det torde också vara så att denna yttersta bastion mot godtycke skulle kunna anses vara för handen om det kan visas att kommissionen, när den utövat sina skönmässiga maktbefogenheter, har gått över gränsen till godtycke eller möjligen grovt oavsiktligt använt sina befogenheter för obehöriga syften.¹³²

I praxis uttalas; *’The choice of the legal basis for a measure may not depend simply on an institution’s conviction as to the objective but must be based on objective factors which are amenable to judicial review’.*¹³³

3.3.4.2 Analys

Begreppet anses svårt att uppfylla. Maktmissbruk är föga använt som ogiltighetsgrund. Detta framförallt p.g.a. att de andra ogiltighetsgrunderna ofta ”täcker” även detta och delvis p.g.a. bevisproblem. Det är inte möjligt att dra för stora växlar på stadgandet. Ett starkt inslag av illojalitet torde behöva präglade institutionernas beteende. Alltså ett slags uppsåtsrekvisit. Det synes mig svårt att kunna identifiera ett ont uppsåt eller ens grov oaktsamhet hos institutionerna eller deras företrädare. Att anklaga de förutvarande kommissionärerna (t.ex. Mrs Papandreou) för detta anser jag vara väl magstarkt.

För att kunna ifrågasätta den aktuella cancermärkningen så måste ånyo hela direktivet ifrågasättas under rubriken maktmissbruk eller illojal maktanvändning. Argumentet skulle här vara att det inte finns (eller fanns) någon särskild kompetens för folkhälsa i fördraget och att artikel 100a (med ett krav på kvalificerad majoritet) inte är det rätta instrumentet för ett totalförbud, om ett totalförbud är det sökta skulle istället artikel 235 (med enhällighet) ha använts. Artikel 100a kräver att rådet, med kvalificerad majoritet, antar regler med syfte att harmonisera nationella regler, med syftet att etablera den inre marknaden. i enlighet med artikel 8a. Dock skulle detta troligen kräva att man kan visa att institutionerna var medvetna om detta och alltså hade ont uppsåt.

Argumenteringen skulle sålunda lyda att artikel 100a, följaktligen är ett instrument för att reglera t.ex. reklam för tobaksprodukter, ett totalförbud kan däremot inte rättfärdigas med tanke på de mål som artikel 100a är satt att uppfylla, då det (totalförbudet) inte är nödvändigt för att etablera den inre marknaden. Resonemanget om detta är i stort den samma som under ogiltighetsgrunden brist på kompetens och diskussionen som förts där, gäller i mångt och mycket även här. Vad som verkligen skulle kunna framföras under denna punkt är däremot om det som Rasmussen påstår förekommit kompetensmanipulation (se ovan), likväl detta borde vara svårt att bevisa om det inte kan konstateras att kommissionen satt detta i system. Slutsatsen blir att det får anses för mycket osannolikt att direktivet eller varningstexten skulle kunnas angripas på denna grund.

4. Kan varningstexten ifrågasättas under svensk lagstiftning?

4.1 Inledning

Socialstyrelsens föreskrifter bygger som ovan nämnts på gemenskapens direktiv. Omöjliggör detta då att någon som helst prövning av varningstexten ”Orsakar cancer” på nationell nivå? Svaret på denna fråga måste bli nekande. Direktiv riktar sig till medlemsländerna allena och innebär att dessa skall, för direktivets implementering, göra behövliga tillägg och ändringar i deras nationella lagstiftning. Detta i enlighet med de regler som gäller för medlemsstaternas

¹³¹ 331/88 FEDESA (1990) ECR I-4023, sidan 4064f

¹³² Pålsson; a.a., s.207

¹³³ 45/86 Kommissionen ./ rådet (1987) ECR 1493.

interna rättsordning. Vad det gäller Sverige så krävs en av riksdagen beslutad författning. Ett direktiv från gemenskapen kan således inte tillämpas direkt av en svensk myndighet. En svensk myndighet skall istället tillämpa svensk lagstiftning oavsett om denna står i strid med, eller över huvud taget inte har implementerat, ett av gemenskapen utfärdat direktiv. Det kan dock inte bli tal om normprövning i egentlig mening när det handlar om en konflikt mellan direkt gemenskapsrätt och svensk rätt. Gemenskapsrättens normer har företrädare framför svenska rättsregler och skall tillämpas istället för dessa. Däremot finns det inga hinder för prövning om två svenska normer står mot varandra. En föreskrift som står i strid med en författningsregel av överordnad karaktär, skall inte tillämpas. Som grund för detta kan åberopas regeringsformens 11:14 som innehåller en föreskrift om att domstolar eller annan myndighet ej skall tillämpa bestämmelser som står i strid mot överordnad författning: ”*Finner domstol eller annat offentligt organ att en föreskrift står i strid med bestämmelse i grundlag eller annan överordnad författning eller att stadgad ordning i något väsentligt hänseende har åsidosatts vid dess tillkomst, får föreskriften icke tillämpas. Har riksdagen eller regeringen beslutat föreskriften, skall tillämpning dock underlåtas endast om felet är uppenbart*”.¹³⁴

4.2 Normprövning?

I RF 11:14 finner vi den s.k. *lagprövningsrätten*. Lokutionen ”annat offentligt organ” innebär att lagprövningsrätten skall anses tillkomma samtliga, offentliga organ som tillämpar rättsregler under utövande av rättsskipning eller förvaltning. Bestämmelsen torde inte bara gälla förhållandet mellan grundlag och författningar på annan nivå, utan även generellt förhållandet mellan författningar på olika nivåer. I Sverige räknar man med att en indirekt kontroll av författningarnas lagenlighet utförs av myndigheterna i samband med deras handläggning av mål och ärenden. Detta är en uppfattning som trängt igenom först efter lång tid. Myndigheterna iakttog stor försiktighet för att undvika konflikt med lagstiftarna. Man menade också att en i behörig ordning utfärdad lag endast kunde åsidosättas vid tillämpning om den stod i *uppenbar* strid mot grundlag.¹³⁵

Frågan var tidigare inte grundlagsfäst i Sverige. Domstolarna tillerkände emellertid sig efterhand sådan befogenhet. Författningsutredningen hade åsikten att domstolarna hade en viss behörighet att pröva lagars och andra författningsars grundlagsenlighet, men med en restriktiv tillämpning. Högsta domstolen ansåg sig dessutom i NJA 1964 s.471 behörig att pröva en i föreskriven ordning utfärdad lag, med avseende på dess innehåll. Vid nya RF:s tillkomst accepterade statsmakterna det gällande läget. Lagprövningsinstitutet bestod i den utsträckning som det fått i praxis. Efter ytterligare utredning föreslog rättighetsskyddsutredningen (SOU 1978:34) att tiden var mogen för ett lagfästande. I propositionen 1978/79:195 föreslog regeringen en bestämmelse om lagprövning. Resultatet blev RF 11:14.¹³⁶

I Sverige utövas endast s.k. *konkret normkontroll* och hittills bara av domstolarna. Bestämmelsen innehåller i två moment. Det första är när en föreskrift till sitt innehåll står i strid med en bestämmelse i en överordnad författning, t.ex. när en förordning som inte överensstämmer med en lag. Det andra är att stadgad ordning inte har iakttagits vid författningsens tillkomst. Om så är fallet, får författningen inte tillämpas, förutsatt att inte *uppenbarhetsrekvisitet* vid föreskrift beslutad av regering eller riksdag föreligger. Uppenbarhet torde innebära att frågan är klar och odiskutabel. Något liknande krav uppställs däremot inte på föreskrifter av lägre rang, t.ex. föreskrifter från centrala

¹³⁴ Strömberg; ”Sveriges författning”, femtonde upplagan, 1997, s.147

¹³⁵ SOU 1978:34, s.108f och proposition. 1978/79:195 s.42

¹³⁶ Holmberg/Stjernquist, ”Vår författning”, tionde upplagan, 1995 s. 186f

förvaltningsmyndigheter, länsstyrelser och kommuner. Det rättstillämpande organet måste träffa ett val mellan de motstridiga normerna, om man inte lyckas tolka bort icke-överensstämmelsen mellan dem. Om man då låter den högre normen få företräde, innebär det att man betraktar den lägre normen som ogiltig och underlåter att tillämpa den.

Myndigheterna skall, i princip, fullgöra detta sitt uppdrag *ex officio*. Det skulle emellertid, enligt det föredragande statsrådet i motiven till 1976 års rättighetsreform, inte innebära att ”prövning av eventuell motstridighet mellan författningar på olika nivåer ingår som ett mera normalt led i myndigheternas rättstillämpning. Lagprövning kan bli aktuell endast om en påstådd normkonflikt uttryckligen åberopas som grund för ett yrkande, eller om en myndighet i ett visst fall har särskild anledning att förmoda att en normkonflikt föreligger”.¹³⁷

Frågan om en föreskrifts överensstämmelse med normer av högre rang skall alltså endast tas upp efter särskild invändning eller om myndighet annars finner särskild anledning att ifrågasätta föreskriftens giltighet. Någon allmän skyldighet för myndigheterna att undersöka om de rättsregler som de tillämpar står i strid med föreskrifter på högre nivå föreligger inte. Visserligen har fri- och rättigheterna i 2 kap RF vidgat möjligheterna till normprövning, men samtidigt har risken ökat för att normprövningen kommer att innehålla politiska bedömningar. Man kan därför förvänta sig en fortsatt stor restriktivitet vad det gäller normprövningen. Vad det gäller föreskrifter av förvaltningsmyndigheter och kommuner borde rätten till normprövning få en större praktisk betydelse. Frågan om förvaltningsmyndighets föreskrifter har vid flera tillfällen varit uppe på domstolarnas bord, t.ex. i NJA 1977 s.288 och NJA 1987 s.916. Överlag kan sägas att regeringsrätten varit mycket mer aktiv vad det gäller att utöva normprövningsrätten än HD.¹³⁸

4.3 Den aktuella varningstexten

Frågan är om föreligger det en normkonflikt mellan tobakslagen och Socialstyrelsens föreskrifter? Skulle denna normkonflikt kunna leda till att varningstexterna underkändes? Hur skulle man då kunna ifrågasätta varningstexten ”*Orsakar cancer*” utifrån det ovan anförda? Föreskriften finns, som bekant, i SOSFS 1994:9, 9§. Vilken norm av högre rang kan denna då tänkas stå i strid med? Socialstyrelsen utfärdar föreskrifterna med stöd av tobakslagen. Vilka bestämmelser i denna kan anses motstridiga? Frågan blir i allt väsentligt en tolkningsfråga, vilket inte gör en diskussion kring frågan mindre intressant.

I 9§ tobakslagen föreskrivs att förpackning till tobaksvara skall förses med texter som upplyser om de hälsorisker som är förbundna med bruk av tobak. Vad menas då med detta? Först kan konstateras att den delegering som regeringen gjort till Socialstyrelsen innebär att dessa utformar varningstexterna. Det har också hela tiden varit tanken att föreskrifterna skall anpassas efter utvecklingen i Sverige och utomlands.¹³⁹

Fördragande ministern Aspling anförde att: ”*det är därvid angeläget att tillsynsmyndigheten smidigt anpassar denna information till nya vetenskapliga rön*”.¹⁴⁰

Det är dessutom möjligt att Socialstyrelsen på detta sätt ålagts en informell plikt, att i enlighet med utvecklingen, uppdatera varningstexterna. Även om motiven till tobakslagen, eller till 1975 års lag, inte på något sätt utreder vad som direkt läggs i detta begrepp får det tas för givet att man här avser endast verkliga hälsorisker och inte möjliga sådana. Begreppet ”förbundna med” kan inte tolkas på något annat sätt. Varken praxis, doktrin eller ens mycket vidsträckta analogier ger något svar på hur begreppet bör tolkas.

¹³⁷ Proposition 1975/76:209 s.93 se även proposition 1978/79:195 s.40

¹³⁸ Strömberg; a.a., s.142ff

¹³⁹ Magnusson & Nordgren; a.a., s.110

¹⁴⁰ Propositionen 1975/76:49, s.20

Socialstyrelsen har, på författaren av denna uppsats uppmaning, kommit med följande uttalande kring tolkningen av 9§: *'Mot bakgrund av direktiven, då det av propositionen till tobakslagen inte framgår något annat ställningstagande, så torde beviskraven vara tillräckliga om det finns ett vetenskapligt underlag för antagandet att det finns en hälsorisk. Med andra ord de resultat som bedöms klara den "vetenskapliga" nivån är också tillräcklig bevisnivå.'*¹⁴¹

11§ tobakslagen föreskriver att: "En tobaksvara får inte i näringsverksamhet tillhandahållas konsumenter inom landet, om den saknar varningstexter eller innehållsdeklaration eller om text eller deklaration är *uppenbart oriktig*". Den här intressanta lokutionen är *uppenbart oriktig*. Vad ligger i detta stadgande? Då någon praxis eller doktrin inte står att finna återstår förarbetena till tobakslagen och dess föregångare. Vad som avses exakt med denna paragraf antyds vagt i förarbetena. Tobakslagens proposition tillför inte mycket för förståelsen av 11§. Det meddelas endast att man avser justera 1975 års lag, så att *flera* varningstexter kan bli aktuella. Man omtalar att *"Enligt denna skall en förpackning till en tobaksvara som är avsedd att säljas till konsument inom landet vara försedd med varningstext och innehållsdeklaration i den utsträckning regeringen eller myndighet som regeringen utser föreskriver detta. I samma ordning kan meddelas föreskrifter om bl.a. hur en text skall vara avfattad."*¹⁴²

I Tobaksutredningens lagförslag, saknas ordet *uppenbart* framför *oriktig*. Detta hade att göra med att utredningen ville koppla en straffbestämmelse till paragrafen, som innebar att man i ringa fall undgick ansvar.¹⁴³

Vi måste alltså gå till äldre lagstiftning för att förstå den nuvarande, något som i detta inte torde vara halsbrytande ur akademisk synpunkt.

1975 års lag innehåller en del information. I 9§ finns ett uttalande om att ansvar för den som underlät att fullgöra märkningsskyldighet eller vid märkningen *"lämnar uppgift som är i väsentligt hänseende oriktig"*. Uttalandet härstammar från författningsförslaget i Tobaksreklamutredningens promemoria. 10§ i förslaget föreslogs innehålla ett straffansvar för den som (enligt p.1) underlät att fullgöra märkningsskyldighet eller vid märkningen *"lämnar uppgift som är i väsentligt hänseende oriktig"*.¹⁴⁴

Förarbetena till 1975 års lag kastar ej något direkt ljus över paragrafens direkta innebörd. Specialmotiveringen till 3§ (nuvarande 11§) uttalade en avsikt att *'hindra att återförsäljare saluhåller tobaksvaror som saknar föreskriven test eller deklaration eller har försetts med uppenbart oriktig text eller deklaration'*.¹⁴⁵

Förarbetena lämnar alltså inte mycket information kring lokutionen *uppenbart oriktig* och betydelsen av denna paragraf. Det torde dock stå klart att vad man avsåg var att hindra försäljning till konsument av omärkta eller felaktigt märkta varor. Bestämmelsen var alltså riktad mot tillverkaren. Ett förbud uppställdes, detta gällde inte bara omärkt vara, utan även en vara som är uppenbart oriktigt märkt, vilket alltså innebär är i ett väsentligt hänseende oriktig.

Vad betyder då detta?

Socialstyrelsen har, på författaren av denna uppsats uppmaning, gjort följande tolkning av tobakslagens 11§. Man anför att inom begreppet *uppenbart oriktig* faller enligt proposition 1992/93:185 (s.32) om tobakslag, de varnings- eller innehållsdeklarationer som strider mot

¹⁴¹ Enligt Anders Alexandersson, Jurist på enheten för samhällsmedicin och hälsoskydd, Socialstyrelsen.

¹⁴² Propositionen 1992/93:185, s.32f (ej heller specialmotiveringen på sidan 57 är särskilt utförlig)

¹⁴³ SOU 1990:29, s.130 och s.173-176.

¹⁴⁴ Ds H 1975:2, s.7.

¹⁴⁵ Proposition 1975/76:49, s.23

kraven på utformningen enligt lag eller föreskrifter. Av bl.a. samma proposition (s.33) framgår att varningstexter och innehållsdeklarationer som antagits genom EG-direktiv skall följas och implementeras i svensk lagstiftning. Av rådets direktiv 92/41/EEG av den 15 maj 1992 om ändring av direktiv 89/622/EEG om tillnärmning av medlemsstaternas lagar och andra författningar beträffande märkning av tobaksvaror framgår att ”styckeförpackningar av rökfria tobaksvaror skall vara försedda med följande särskilda varningstext: ”*Orsakar cancer*”. Mot denna bakgrund anser Socialstyrelsen att begreppet *uppenbart oriktig* har fått sin uttolkning. De varningstexter och innehållsdeklarationer som inte följer EG-direktiv, tobakslag eller socialstyrelsens föreskrifter är i tobakslagens mening texter som är *uppenbart oriktiga*.¹⁴⁶

Bolaget delar inte denna uppfattning. I ett brev till Socialstyrelsen, daterat den 28 november 1995, argumenterar man för att 9§ skall tolkas så att ”hälsorisker förbundna med bruk av tobak” endast torde innefatta saklig information, dvs. vetenskapligt belagda fakta, och framlägger bevismaterial för att svenskt snus inte orsakar cancer. Bolaget menar i sitt brev att den aktuella varningstexten ”*Orsakar cancer*” såtillvida är närmast osaklig och vilseledande mot konsument. Bolaget anför vidare att föreskrifterna i 9§ SOSFS 1994:9 står i strid med tobakslagens regler och bestämmelser. Man avser då 9 och 11§§. Tobakslagen tillerkänner inte Socialstyrelsen en rätt att utfärda föreskrifter om varningstexter som saknar vetenskapligt stöd. Bolaget hemställde därför, i första hand, att Socialstyrelsen antingen skulle låta bli att tillämpa föreskriften i 9§ SOSFS 1994:9 eller ändra den aktuella regeln i samma förordning. Som ett andra alternativ skulle Socialstyrelsen skulle begära hos regeringen att det likt den tyska regeringen (se nedan) skulle begära undantag från tillämpningen av artikel 4.2 (a) mom. (c) av direktivet 89/622 såsom det ändrats genom direktiv 92/41 på så sätt att styckeförpackningar avseende snus inte skall behöva förses med varningstexten ”*Orsakar cancer*” och att Socialstyrelsen i väntan på kommissionens besked beslutar att inte tillämpa föreskriften i 9§ SOSFS 1994:9 såvitt avser konsumentförpackningar innehållande snus. Bolaget anför vidare att om Socialstyrelsen efter närmare prövning skulle finna att märkningsdirektivets föreskrifter om varningstexter skulle gälla/vara tillämpliga i Sverige också avseende snus och att tobakslagen, trots avsaknaden av vetenskaplig bevisning, medger möjlighet att tillämpa föreskriften i 9§ SOSFS 1994:9, så ber man Socialstyrelsen ta under beaktande utvecklingen i Tyskland (se nedan).¹⁴⁷

Bolaget har ej fått något officiellt svar på sitt brev.

4.4 Analys

Det kan alltså förhållandevis klart konstateras en normkonflikt mellan 9§ tobakslagen och SOSFS 9§, en normkonflikt som inte synes mig möjlig att tolka bort. Socialstyrelsen tolkning av paragrafen konfirmerar påståendet från bolaget om att det endast torde kunna röra sig om verkliga, bevisade hälsorisker. Däremot finns det inte någon anledning att frånga den tolkning av 11§ tobakslagen som Socialstyrelsen har gjort. Syftet med paragrafen är inte att skydda tillverkare och importörer, utan att skydda konsumenterna från att dessa märker sina produkter på ett oriktigt sätt. Det går inte att finna stöd för bolagets tolkning av paragrafen i motiven, å andra sidan kan heller inte motsatsen konstateras. Det är dock föga troligt att 11§ i samläsning med 9§ skulle kunna utgöra en framgångsrik grund för att ifrågasätta märkningskravet. En normkonflikt mellan 11§ tobakslagen och 9§ SOSFS är alltså troligen inte för handen. Enligt tobakslagens 9§, skall varningstexterna endast innehålla upplysningar om de hälsorisker som verkligen är förbundna till, eller ett resultat av tobaksbruk. Dessa skall alltså innehålla saklig och sanningsenlig information. Med andra ord skulle man kunna kalla

¹⁴⁶ Ibid. Not 196.

¹⁴⁷ Brev till Socialstyrelsen, daterat 1995-11-28, Diarienummer 32-9691/95

det för vetenskapligt belagda fakta. Här finns det ingen anledning att frånga bolagets bedömning. Socialstyrelsen kan inte utskriwa vad som helst i sina varningstexter, det måste röra sig om en konstaterad hälsorisk. Motsatsen skulle vara att varningstexterna blev arbiträrt utformade. En lagprövning av huruvida 9§ SOSFS 1994:9 överensstämmer med 9§ tobakslagen vore därför intressant.

Frågan blir då hur långt denna lagprövningsrätt kan anses gå och vad den kommer att innehålla? Lagarna tillerkänner de offentliga organen en viss handlingsfrihet, ett visst skön (som Socialstyrelsen fått i detta fall). De har enligt doktrin, att verka inom det ”fria skönets ram”. Det är dock viktigt att denna handlingsfrihet inte används på ett godtyckligt sätt. RF 1:9 fastslår därför en objektivitetsprincip som är direkt riktad till förvaltningsmyndigheter, som i sin verksamhet skall respektera allas likhet inför lagen, samt iakttaga saklighet och opartiskhet. Myndigheterna har att tillvarata de intressen som ligger till grund för vederbörande författning, och inte några andra eller privata intressen.¹⁴⁸

Socialstyrelsen torde i detta fall vara begränsade av uttrycket *hälsorisker förbundna med tobaksbruk*. Hade Socialstyrelsen haft att verka inom det fria skönets ram, hade säkerligen objektivitetsprincipen kränkts, med nuvarande varningstext. Kan inte Socialstyrelsen bevisa att det svenska snuset orsakar cancer kan de ej heller föreskriva att varningstexten utsäger detta. Varningstexten kan betraktas som direkt osaklig, förutsatt att den medicinska bevisningen håller. En annan viktig begränsning, och den mest betydelsefulla, är att man måste följa gemenskapens direktiv. Det är här vi finner den gordiska knuten. Socialstyrelsen kan inte, hur god viljan än vore, avvika från gemenskapens implementeringskrav. Om en normkollision skulle vara för handen mellan 9§ tobakslagen och SOSFS 1994:9, så skulle i så fall tobakslagen få stryka på foten och ändras till sitt innehåll, vilket vore ett märkligt förfarande.

Bernitz konstaterar att de formellt vida delegationer som givits på området till svenska ämbetsverk och liknande myndigheter, får numera reellt sett ofta sin främsta begränsning, inte av den bakomliggande svenska lagstiftningen utan av hänsynstaganden till det internationella och i första hand europeiska rättsläget.¹⁴⁹

Om en normprövning kommer upp inför svensk domstol så ligger det en plikt hos denna att tolka den nationella rätten direktivskonformt, även om detta skulle kräva en tolkning *contra legem*. En plikt att åsidosätta en klar nationell regel för att genomföra ett direktiv skulle alltså vara en sådan tolkning mot lagen. En svensk nationell domstol som väljer att inte begära förhandsbesked från gemenskapens domstol skulle vara tvungen att utföra en sådan tolkning *contra legem*, dock ett osannolikt beteende och förfarande. En märklig situation vore om svenska rättstillämpare skulle anse sig tvungna att ändra 9§ tobakslagen. Frågan är då en sådan ändring skulle bestå i. Tankegången synes mig rimlig men skulle kunna få bisarra konsekvenser.¹⁵⁰

Redan 1991 så beskars, om än inte officiellt, faktiskt Socialstyrelsens rätt att agera autonomt då regeringen upphävde en uppsättning nya varningstexter som Socialstyrelsen utfärdat,¹⁵¹ med motiveringen att de ej stod i överensstämmelse med ifrågavarande direktiv. Det rörde sig om ett överklagat normbeslut som vunnit bifall efter en materiell överprövning där

¹⁴⁸ Bertil Wennergren ”Förvaltningens fria skön” Förvaltningsrättslig tidskrift, 1984 s.378 och Strömberg; a.a., s.14f

¹⁴⁹ Bernitz; a.a., s.61

¹⁵⁰ Rasmussen; a.a., s.258

¹⁵¹ Beslut 9 januari 1991, diarienummer 344:1081/90

beslutsmotiven klart pekar på en önskvärd överensstämmelse med gemenskapsrätts regler.¹⁵²

Möjligheten att ifrågasätta varningstexten utifrån ett svenskt perspektiv synes mig starkt begränsade, ja nästan omöjliga. Det är också viktigt att poängtera Socialstyrelsens dilemma. Man kan alltså inte, om man så ville, ändra varningstexten självständigt, utan är hänvisade till att ta regeringens hjälp. Socialstyrelsen sitter i en rävsax och har ganska begränsade möjligheter att agera. Det är tänkbart att om man tolkar 9§ tobakslagen såsom stående i normkonflikt med SOSFS 1994:9, att Sverige inte korrekt har implementerat direktivet.¹⁵³

En sådan slutsats förefaller mig dock allt för fantastisk för att kunna åberopas och det enda Socialstyrelsen kan göra är att begära hos regeringen att dessa anhåller om ett undantag från varningstexten.

Vad bolaget har att göra är alltså, för att få saken inför svensk domstol för att senare låta denna begära ett förhandsbesked från domstolen, är alltså att börja sälja snus utan varningstexten och därmed bryta mot de föreskrifter som Socialstyrelsen satt upp. Man har då brutit mot 9§ tobakslagen och skall sålunda ställas till ansvar enligt tobakslagens regler.

Har det någon som helst betydelse att Socialstyrelsen står som avsändare för varningstexten? Nej, troligen inte. Vad som möjligen kan diskuteras under denna punkt är inte ett juridiskt spörsmål utan handlar mer om den ”goda myndighetskultur” som Leif Engqvist värnat om i riksdagen. Ett urholkat förtroende för myndigheters föreskrifter gagnar naturligtvis inte någon lagstiftare.

Att Socialstyrelsen står som avsändare torde dock spela en viss roll. Bolaget menar i sitt brev till Socialstyrelsen att varningstexten framstår ”närmast som vilseledande mot konsument”.¹⁵⁴

Det skulle kunna argumenteras att bolaget tvingas bryta mot 6§ punkterna 1 och 2, i marknadsföringslagen (1995:450). Detta synes mig dock ej vara något särskilt bärkraftigt argument. För det första kan konstateras att det är svårt att se att bolaget använder detta i sin marknadsföring och dessutom i sin egen näringsverksamhet. Att Socialstyrelsen står som avsändare torde sänka detta rekvisit. Ej heller torde man kunna föra en argumentation kring konsumentaspekten och det skydd som konsumenterna är berättigat till, i alla fall inte vis-à-vis bolaget. Dock kan en grundlagsmässigt perspektiv läggas på detta. Den negativa yttrandefriheten är när man ålägger en tillverkare att undersöka riskerna med dess produkter för att sedan tala om det på konsumentförpackningen. Detta är en variant på detta, bortsett från att här tvingas tillverkaren etikettera sin produkt med något som man inte alls håller med om, som dessutom har en annan avsändare. Uppsatsens ramar tillåter dock inte en vidare utredning kring detta.

4.5 En annan varningstext?

Det är tänkbart, såsom socialminister Engqvist föreslog, att man skulle kunna ersätta den nuvarande varningstexten med andra utsägnades ”*innehåller cancerframkallande ämnen*” eller kanske t.o.m. ”*Kan orsaka cancer*”. Detta under förutsättning att detta tillåts av gemenskapen och att Socialstyrelsens fria skön återupprättades (vilket får anses föga troligt, åtminstone det sistnämnda). Det är emellertid möjligt att även denna varningstext skulle kunna stöta på patrull. Detta i ljuset av proportionalitetsprincipen. I svensk rätt har diskussionen kring proportionalitetsprincipen varit ganska måttlig och en av dess främsta företrädare Halvar Sundberg, har betecknat den som en avläggare till den numera grundlagsfästa (RF 1:9) *objektivitetsprincipen*. Han menade att myndigheternas

¹⁵² Regeringsbeslut 57, 1991-12-19, s.91/3640/J, se även Bernitz; a.a., s.51ff

¹⁵³ Wiklund; a.a., s.142ff

¹⁵⁴ Se not 202.

maktanvändning skall till sin intensitet och omfattning styras av vad som är behövt för det författningsenliga ändamålets vinnande. Han menade att proportionalitetsprincipen fick anses vara allmängiltig och innebar att större våld inte fick användas än nöden krävde och att starkare ingripande inte fick ske än vad som kunde anses erforderligt. Även innan detta skulle maktutövningen vara objektivt grundad. Vad han menar med detta är något oklart, då hans tidigare argumenterat mot godtycke, och ej direkt ifrågasatt de fakta som ligger till grund för myndigheternas maktutövning.¹⁵⁵

Principens hittillsvarande utbredning i svensk rätt och dess räckvidd får anses vara utredd. Gydal konstaterar att den redan idag är en del av svensk rätt och att svenska myndigheter måste tillämpa den i sin myndighetsutövning.¹⁵⁶

Det står klart att de allmänna principerna har direkt effekt då de utgör en del av gemenskapens rättsordning. Innebar då detta att de kan åberopas av enskilda inför nationella domstolar, då denna ju egentligen också är en gemenskapsdomstol? I ett flertal rättsfall har domstolen slagit fast att så är fallet, och då särskilt proportionalitetsprincipen. En viss koppling till gemenskapsrätten måste dock påvisas, helst skall det handla om tillämpning av substantiell gemenskapsrätt.¹⁵⁷

Bolaget torde alltså kunna åberopa proportionalitetsprincipen redan inför en nationell domstol men då med tanke på den gemenskapsrättsliga regleringen (d.v.s. direktivet). De varningstexter som socialministern föreslog skulle alltså troligen strida mot proportionalitetsprincipen och dessutom vara diskriminerande enligt objektivitetsprincipen (se ovan). Däremot skulle varningstexter utsägas: ”*Innehåller nikotin*” eller ”*Kan orsaka hjärtsjukdom*” inte ha dessa problem.

4.6 Framtiden för varningstexten?

I sitt brev till Socialstyrelsen påpekar bolaget att det tyska hälsovårdsministeriet nyligen konstaterat att bevisning saknas för att påståendet att nässnus orsakar cancer. Den tyska regeringen skrev till kommissionen och begärde ett undantag från att tillämpa varningstexten på styckeförpackningar avseende lössnus. I väntan på kommissionens besked i ärendet har det tyska hälsovårdsministeriet härförleden föreslagit att den i Tyskland gällande lagstiftningen gällande tobak som tidigare anpassats också till rådsdirektiv 92/41 ändras på ett sätt så att den aktuella varningstexten ej skall behöva användas förrän efter den 31 december 1997. En tidpunkt då den tyska regeringen räknar med att ha fått kommissionens besked. Något besked har emellertid ej lämnats till det tyska ministeriet.

Socialstyrelsens rapport om snusets hälsorisker har presenterats för ansvariga tjänstemän inom EU. I det sammanhanget har samma tjänstemän uttryckt önskemål om att formuleringen av varningstexterna för snus ses över i samband med den omarbetning av varningstexter som kommer att ske. Vid hälsoministerrådet den 12 november 1998 informerades medlemsstaterna om att kommissionen avser att revidera och uppdatera direktivet om varningstexter. Något klart förslag föreligger inte och har sålunda inte tagits upp i rådet.¹⁵⁸

5. Sammanfattande analys och egna funderingar

Till att börja med kan konstateras att den aktuella varningstextens tid håller på att rinna ut. Det är föga troligt att, vid den aviserade revisionen av direktivets varningstexter, ”*Orsakar*

¹⁵⁵ Halvar Sundberg: ”Allmän förvaltningsrätt”, 1955 s.119f

¹⁵⁶ Cecilia Gydal: *Proportionalitetsprincipen, en europeisk rättsprincip och dess betydelse för svensk rätt. Förvaltningsrättslig tidskrift* 1997:5 s.228 (Endast citerad på detta ställe)

¹⁵⁷ 237/82, *Jongeneel Kaas* (1984) ECR 483, s.520f och 159/90 *Grogan* (1991) ECR I 4685

¹⁵⁸ Enligt Charlotte Lenman, departementssekreterare på socialdepartementet.

cancer” överlever de politiska krafter som nu tydligen satts i rörelse av det svenska regeringskansliet, åtminstone i dess nuvarande kategoriska form. Det finns alltså en möjlighet för bolaget att ”vänta ut”, och försöka påverka, den politiska processen. Vad som möjligen kan bli ett problem för bolaget är att om gemenskapen väljer att ta bort varningstexten på det svenska snuset så blir det omöjligt för dem att vidmakthålla totalförbudet mot detsamma. Detta torde vara svårsmält för gemenskapen. Att lyfta en varningstext på en produkt som avsätts på en mycket liten del av den gemensamma marknaden måste sägas vara politiskt ofarligt, men skulle kunna öppna dammluckorna. Detta problem är något som gemenskapen säkerligen funderar över. Intressant är också vad det hade inneburit för uppsatsen om gemenskapen hade valt, såsom det var meningen från början, att märka med *”Can cause cancer”* i stället för den nuvarande. Min bedömning är att ändringen varken lagt från eller till vad det gäller möjligheten att ifrågasätta densamma.

Om bolaget skulle välja att föra frågan inför domstolen så möter det inga processuella hinder. Det bör emellertid tilläggas att ett förfarande enligt artikel 177 tar mycket långt tid och troligen hade fått komma till användning om den politiska viljan inom gemenskapen att ändra på direktivet hade varit obefintlig.

Att försöka tolka bort varningstexten är förhållandevis lättare än att försöka få hela eller delar av direktivet ogiltigförklarat, men i ljuset av ovanstående redovisning kring denna möjlighet får inte den vägen anses som särskilt realistisk. Domstolens integrationistiska och fördragskonforma tolkningsmetoder sätter rimligen stopp för en slutsats att direktivet eller en del av direktivet inte skulle vara tillämplig på det svenska snuset.

Att ifrågasätta gemenskapens kompetens att utfärda det direktiv som varningstexten emanerar från synes mig inte heller vara en möjlig väg till framgång, däremot skulle troligen en talan om att fel kompetensgrund använts kunna ha en viss möjlighet till detta, åtminstone så länge förbudet ingår i direktivet. Legalitetsprincipen skulle alltså kunna ha kränkts. Detta är dock beroende av hur direktivet klassificeras, harmonisering eller folkhälsa? Här kan direktivet förmodligen angripas om förbudet ingår, däremot troligen inte på grund av varningstexten. Helt klart är emellertid att gemenskapen inte skulle kunna anta ett nytt, likalydande direktiv utan att klart gå utöver den kompetens som fördraget medger. Ej heller finns det grund att tro att domstolen skulle anse att den beslutande institutionen har åsidosatt väsentliga formföreskrifter.

Vad det gäller institutionernas bedömning och val av fakta, något som domstolen kan pröva och kan utgöra ett fördragsbrott om detta gjorts på ett felaktigt sätt, så punkteras denna ogiltighetsgrund av det vida skön som institutionerna åtnjuter. Det är min åsikt att varken hela direktivet eller delar av detta kan ifrågasättas på detta sätt.

Ej heller finns det en plikt för institutionerna att uppdatera sina rättsakter i takt med den vetenskapliga utvecklingen. Av de grundläggande principer som gemenskapsrätten har erkänt finns det däremot möjlighet att ifrågasätta varningstexten. Framförallt kan denna anses strida mot proportionalitetsprincipen och icke-diskrimineringsprincipen. Den förstnämnda har emellertid svagheten att varningstexten troligen inte skulle anses icke-proportionell i ljuset av den dåvarande vetenskapliga bevisningen medan den helt klart kan anses vara det i dagsläget. Med hjälp av analogier och en helhetsbedömning på varningstexten är det min åsikt att domstolen mycket väl skulle kunna anse varningstexten strida mot proportionalitetsprincipen. En sådan abstrakt bedömning kräver inte icke-diskrimineringsprincipen och här är inkompatibiliteten mer tydlig. Det kan klart konstateras att institutionerna har missat att skilja det svenska snuset från annat snus, något som är ett brott mot principen. Båda de ovannämnda principerna kräver dock att det presenteras oantastlig bevisning, både för att det svenska snuset inte orsakar cancer och att det går att konstatera skillnad mot t.ex. det amerikanska. Övriga principer kan svårligen användas för att ifrågasätta varningstexten, liksom

ogiltighetsgrunden maktmissbruk och illojal maktanvändning. Den grad av uppsåt som torde krävas, kan jag inte se vara för handen. Enligt gemenskapens rättsordning finns det alltså några möjligheter att ifrågasätta varningstexten. Det går dock inte att kategoriskt svara jakande på en fråga om varningstexten är inkompatibel med gemenskapens rättsordning. Jag nöjer mig med att konstatera att det finns möjligheter, möjligen med tillägget ”stora” vad det gäller icke-diskrimineringsprincipen.

Vad som vidare kan diskuteras är, att även om inte domstolen skulle finna någon av de ovan angivna grunderna direkt vara för handen, så kanske däremot en övergripande bedömning, där ogiltighetsgrunderna används i kombination, skulle kunna leda till att domstolen fäller varningstexten eller hela direktivet. Hur denna bedömningen skulle se ut rent konstitutionellt är svårt att säga. Troligen skulle proportionalitetsprincipen användas som den tyngsta grunden även på detta plan. Om man väger in dels den traditionella proportionalitetsprincipen, dels den praxis som råder på konsumentskyddsområdet (se ovan) samt att gemenskapen nu ställer högre krav på att ny vetenskaplig bevisning beaktas vid utarbetande av rättsakter, så skulle domstolens beslut kunna utfalla till varningstextens nackdel. Läggs sedan de frågor som rättmätigt kan ställas om gemenskapens kompetens och val av kompetensgrund till, försvagas varningstextens och direktivets ställning ytterligare.

I vilket fall som helst krävs det att oemotsägbara bevis läggs fram för domstolen, annars kan försiktighetsprincipen (som man med fog kan anse att gemenskapen tillämpar på området, åtminstone är det min åsikt att så är fallet) torpedera ett ifrågasättande. Domstolen torde inte vara mer benägen att lyfta varningstexter från tobaksvaror än de andra institutionerna. Särskilt inte som varningstexten (och förbudet) baserades på att det svenska snuset orsakade cancer och dessutom manifesterade en beslutsamhet från gemenskapens sida att agera på tobaksområdet. Det verkar som om man såg sin chans att tysta kritikerna och på så sätt slippa ta obehagliga beslut kopplat till cigarettrökning. Detta är naturligtvis rena spekulationer från min sida.

Vad det gäller den svenska aspekten på varningstextens vara eller icke-vara så kan det konstateras att det visserligen säkerligen föreligger en normkonflikt mellan tobakslagen och Socialstyrelsens föreskrifter. I normala fall hade detta lett till en prövning som troligen hade utfallit till varningstextens nackdel. Varningstextens ursprung omöjliggör dock en sådan prövning och myndigheterna står maktlösa, hur god viljan än är att ändra varningstexten. Socialstyrelsen kan inte ändra varningstexten utan att bryta mot direktivet. Föreskriften om varningstexten står i konflikt med tobakslagen. Den enda lösningen på detta problem torde vara politisk, att ändra tobakslagen är inte något realistiskt alternativ.

Det finns alltså möjligheter att angripa den nuvarande varningstexten. Större möjligheter torde öppna sig om direktivets nys varningstexter får den utformning som Leif Engqvist föreslagit, då dessa måste ses i ljuset av de nu gällande vetenskapliga rönen. Att därför rekommendera bolaget att agera med ovan angivna möjliga grunderna för ett angrepp på varningstexten eller direktivet, det gör jag inte. Ett råd till gemenskapen blir att gå försiktigt fram vad det gäller de nya varningstexterna. Möjligt är också att en ökad professionalitet hos svenska företrädare inom EU, kan verka som garantier för att det svenska snuset inte behandlas arbiträrt.

Litteratur- och Källförteckning

Litteratur:

- Albors-Llorens, Albertina; "*Private parties in European Community Law*", 1996
- Askham, Tony & Stoneham, Anne; "*EC Consumer safety*", 1994.
- Bernitz, Ulf; "*Konsumentskydd och Handelshinder, reflexioner med utgångspunkt i ett regeringsavgörande om varningsmärkning på tobaksförpackningar*", Ur Festskrift till Bertil Bengtsson, sidan 51-62, 1993.
- Brealey, Mark; "*The Burden of Proof before the European Court*", *European Law Review*, volym 10, Nr 4, London, 1985, sidorna 250-262.
- Bright, Christopher; "*EU, Understanding the Brussels process*", 1995
- Brown, Neville & Jacobs, Francis G.; "*The Court of Justice of the European Communities*", tredje uppl. 1989
- Dehousse, Renaud; "*Europe after Maastricht, an ever closer union*", 1994
- Duff, Andrew; "*The Treaty of Amsterdam, text and commentary*", (Ed), 1997
- Emiliou, Nicolas; "*The principle of Proportionality in European Law*", 1996
- Gydal, Cecilia; "*The principle of proportionality*", Institutet för Europeisk rätt vid Stockholms universitet, 1996. (citerad Gydal)
- Gydal, Cecilia; "*Proportionalitetsprincipen, en europeisk och dess betydelse för svensk rätt*", *Förv.rättslig tidskrift*, 1997:5 s.228 (endast i not 212)
- Hansen-Jensen, Mikael; "*Proportionalitetsprincipen i EF-retlig belysning*", 1990
- Holmberg, Erik och Stjernquist, Nils; "*Vår författning*", 10 uppl. 1995
- Joerges, Christian; "*Europe after Maastricht, an ever closer union*", (ed: Dehousse), s.57f, 1994 (medförfattare)
- Kapteyn, PJG & VerLoren van Themat, Pieter; "*Introduction to the law of the European Communities*", tredje uppl. (tillrättalagd av W. Gormley), 1998.
- Lasok, K. P. E; "*The European Court of Justice, Practice and Procedure*", andra uppl. 1994
- Lidgard, Hans Henrik; "*Swedish snus confronts basic EU principles*", *Essays in honour of Lennart Pålsson*, s.123f, 1997
- Magnusson, Staffan & Nordgren, Magnus; "*Om tobak, Bakgrund och kommentarer till tobakslagen*", 1994.

- Melin, Mats; *"EU:s konstitution"*, tredje uppl. 1998
- Pagh, Peter; *"EU-miljöret"*, 1996
- Publica, EU-häfte 30 (Folkhälsa), Norstedts Juridik, 1996
- Pålsson, Lennart & Quitzow, Carl Michael; *"EG-rätten, ny rättskälla i Sverige"*, första uppl., 1993.
- Pålsson, Lennart; *"EG-rätt"*, 1976
- Rasmussen, Hjalte; *"EU-ret i kontekst"*, tredje uppl., 1998.
- Reinholdsson, Klas & Wichman, Jacob; *"Den europeiska enhetsakten"*, 1987
- de Ryut, Jan; *"L'acte unique Européen"*, 1987
- Schermers, Henry G, & Waelbroeck, Denis, *"Judicial Protection in the European Communities"*, femte uppl., 1992
- Streintz, Rudolf ; *"The Precautionary Principle in Food Law"*, European Food Law Review, Volym 8, nr 4, december 1998.
- Strömberg, Håkan; *"Sveriges författning"*, 15 uppl. 1997
- Sundberg, Halvar; *"Allmän förvaltningsrätt"*, 1955
- Waelbroeck Michel; *"Examen de Jurisprudence, 1955-1971, Revue critique de Jurisprudence belge"*, 1971, s. 541f
- Wennergren, Bertil; *"Förvaltningens fria skön"*, Förv.rättslig tidskrift, 1984, s.378f
- Wiklund, Ola; *"EG-domstolens tolkningsutrymme"*, 1997
- Wyatt, Derrick & Dashwood, Alan; *"European Community Law"*, tredje uppl. 1993

Övrig referenslitteratur (ej citerad i texten) :

- Kendall, Vivianne; *"EU Consumer Law"*, 1994
- Rasmussen, Hjalte; *"European Community Case Law, Summaries of leading EC Court cases"*, 1993
- Usher, John A.; *"General principles of EC Law"*, European Law Series, 1998
- Waelbroeck, Denis & Verheyden, Paul; *"Les conditions de recevabilité des recours en annulation des particuliers contre les actes normatifs communautaires"*, 1995
- Ziller, Jacques; *"Le principe de proportionnalité"*, L'actualité Juridique, Droit administratif, 20 juni 1996.

Källor:

Europa:

- OJ C92 25.4.1975 s.1 (Program för konsumentskydd)
- OJ C184 23.7.1986 s.19 (Handlingsprogram mot cancer)
- OJ C48 20.2.1988 s.8 (Kommissionens förslag till direktiv 89/622)
- OJ L359 8.12.1989 s.1 (Direktiv 89/622)
- OJ C29 5.2.1991 s.5 (Kommissionens första direktivförslag till 92/41)
- OJ C191 22.7.1991 s.37 (ECOSOC:s yttrande över direktiv 92/41)
- OJ C164 24.7.1991 s.22 (Parlamentets första läsning kring direktiv 92/41, del 1)
- OJ C240 16.9.1991 s.11 (Parlamentets första läsning kring direktiv 92/41, del 2)
- OJ C260 5.10.1991 s.9 (Det andra, reviderade direktivförslaget)
- OJ C94 13.4.1992 s.76 och s.168f (Parlamentets andra läsning)
- OJ L158 11.6.1992 s.30 (Direktiv 92/41)
- OJ C241 29.8.1994 s.34 (Sveriges anslutningsfördrag)
- OJ L213 30.7.1998 s.9 (Direktiv om marknadsföring av tobaksprodukter)
- OJ Debates of the European parliament 1992-93 session, report of procedure from 10-13 March 1992, s.47
- A3-0106, 29.4.1991 (Vernierrapporten)
- Explanatory memorandum till COM (90) 538 final SYN-314
- Public Health in Europe, European Commission, DG for Employment, Social affairs & Industrial relations, Direktorat F, 1997
- C3 – 0435/91 SYN-314 8657/91 (Common position)
- Opublicerad rapport från Parlamentets lagutskott, maj 1991, (tillgängligt hos författaren)
- Revised Preliminary Draft Opinion of the Section of the Environment, Public Health and Consumer Affairs on the Proposal for a Council Directive amending Directive 89/622 of 26 March 1991.
- Opublicerat pressmed. Lord Inglewood, MEP, juli 1991 (tillgängligt hos författaren)

Sverige:

- SFS 1975:1154
- SFS 1993:581
- SFS 1993:583
- Regeringens beslut nummer 57, 1991.12.19 s.91/3640/J
- Proposition 1975/76:49
- Proposition 1975/76:209
- Proposition 1978/79:195
- Proposition 1991/92:170
- Proposition 1992/93:185
- SOU 1978:34
- SOU 1990:29
- Ds H 1975:2
- Socialstyrelsens föreskrifter 1994:9 (M)
- Socialstyrelsens beslut 9 januari 1991, diarienummer 344:1081/90
- Riksdagens snabbprotokoll 1998/99:46, anförande 152-154
- Riksdagens snabbprotokoll 1998/99:64, 5 mars, anförande 7-9

- Socialstyrelsens rapport 1997:11 (Ahlbom m.fl.)
- Socialstyrelsens PM 1988:4, rapport från ett expertmöte
- Socialstyrelsens Pressmeddelande 1997:4
- Socialstyrelsens brev till regeringen, diarienummer 30-6007/96
- Swedish Matchs brev till Socialstyrelsen, 28/11 1995, diarienummer: 32-9691/95
- Tidningen Arbetet, 13 mars 1998, artikel om Gunilla Bolinder.

Rättsfall:

Europa:

- C-1/54 *Frankrike ./.* Höga myndigheten (1954) ECR 7
- C-8/55 *Fédéchar* (1954-56) ECR 245
- C-18/62 *Barge* (1963) ECR 259
- C- 34/62 *Tyskland ./.* kommissionen (1963) ECR 131
- C-13/63 *Italien ./.* kommissionen (1963) ECR 197
- C-31/70 *Deutsche Getriede* (1970) ECR 1055
- C-46/71 *Brandau* (1972) ECR 373
- C-1/72 *Frili* (1972) ECR 457
- C-40/72 *Schroeder* (1973) ECR 125
- C-57/72 *Westzucker* (1973) ECR 321
- C-9/73 *Schlüter ./.* Hauptzollamt Lörrach (1973) ECR 1135
- C-4/75 *Rewe Zentralfinanz* (1975) ECR 843
- C-55/75 *Balkan- Import- Export* (1976) ECR 19
- C-166/78 *Italien ./.* rådet (1979) ECR 2575
- C-44/78 *Hauer* (1979) ECR 3727
- C-26 och 86/79 *Thy Marcinelle* (1980) ECR 1083
- C-53/80 *Eyssen* (1981) ECR 409
- C-248/80 *Glunz* (1982) ECR 197
- C-66/82 *Fromancais* (1983) ECR 395
- C-216/82 *Universität Hamburg ./.* Hauptzollamt Hamburg-Kehrwieder. (1983) ECR 2271
- C-227/82 *VanBennekom* (1983) ECR 3883
- C-237/82 *Jongeneel Kaas* (1984) ECR 483
- C-346/82 *Favre* (1984) ECR 2269
- C-106/83 *Sermide* (1984) ECR 4209
- C-125/83 *OBEA* (1985) ECR 3039
- C-314/85 *Foto-Frost ./.* Hauptzollamt Lübeck-Ost (1987) ECR 4199.
- C-55/86 *ARPOSOL ./.* rådet (1988) ECR 2151
- C-45/86 *Kommissionen ./.* rådet (1987) ECR 1493
- C-265/87 *Schröder* (1989) ECR 2237
- C-331/88 *FEDESA* (1990) ECR 1-4023
- C-300/89 *Kommissionen ./.* rådet (1991) ECR 1 – 2867
- C-159/90 *Grogan* (1991) ECR 1-4685
- C-188/92 *TWD* (1994) ECR 1-883
- C-396/93P *Heinrichs* (1995) ECR 2611

Sverige:

- NJA 1964 s.571

- NJA 1977 s.288
- NJA 1987 s.916

Direkta källor:

- Anders Alexandersson, Jurist, Socialstyrelsens enhet för samhällsmedicin och hälsoskydd, E-mail: Anders.Alexandersson@sos.se
- Charlotte Lenman, Departementssekreterare, Socialdepartementet, E-mail: charlotte.lenman@social.ministry.se
- Mats Lekman, Jurist, Corporate Affairs, Swedish Match AB, Mats.Lekman@swedishmatch.se

Nätkällor:

[Http://europe.eu.int/comm/dg1a/daily/12_98/doc_98_12.htm](http://europe.eu.int/comm/dg1a/daily/12_98/doc_98_12.htm) (21 Maj 1999)

[Http://europe.eu.int/comm/sg/scadplus/leg/en/chm/c92_41.htm](http://europe.eu.int/comm/sg/scadplus/leg/en/chm/c92_41.htm) (21 Maj 1999)

[Http://www.itz.se](http://www.itz.se) (21 Maj 1999)