



LUNDS UNIVERSITET
Ekonomihögskolan

Är rökförbudet lagligt?

En undersökning av hur det svenska rökförbudet förhåller sig till bestämmelserna om fri rörlighet för varor inom EU.

Beatrice Hedlund

Kandidatuppsats i handelsrätt

HARH13

HT-2019

Handledare: Johan Axhamn

"It is my firm belief that each and every European merits full protection from tobacco smoke. There is a wave of support from the general public and we will work with Member States to make this a reality. "

Androulla Vassiliou,

European Commissioner for Health, Bryssel den 30 juni 2009

Innehållsförteckning

Abstract	5
Sammanfattning	6
Förord	7
Förkortningar	8
1. Inledning	9
1.1 Introduktion till ämnet	9
1.2 Syfte och frågeställning	11
1.3 Avgränsningar	12
1.4 Metod och material	12
1.4.1 Inledning	12
1.4.2 Metod och material för undersökning av utformning av det svenska rökförbudet.....	13
1.4.3 Metod och material för undersökning av rökförbudets förenlighet med tobaksproduktdirektivet, fördragsbestämmelserna om fri rörlighet av varor, rekommendationen om rökfria miljöer.....	14
1.4.4 Metod och material för undersökning av rökförbudets förenlighet med WHO:s ramkonvention om tobakskontroll	17
1.5 Forskningsläge	18
1.6 Disposition	20
2. Rökförbudet och tobaksproduktdirektivet	22
2.1 Inledning	22
2.2 Tobaksproduktdirektivet 2014/40/EU	23
2.2.1 Tobaksproduktdirektivets bakgrund	23
2.2.2 Tobaksproduktdirektivets innehåll.....	24
2.3 Lag om tobak och liknande produkter	26
2.3.1 Krönikan om rökning.....	26
2.3.2 De tobakspolitiska målsättningarna	28

2.3.3	Lagen om tobak och liknande produkters innehåll	28
2.4	Rökförbudet och tobaksproduktdirektivet	30
2.4.1	Inledning	30
2.4.2	Ett utvidgat rökförbud	31
2.4.3	Rökfria utomhusmiljöer	33
2.5	Sammanfattning	35
3.	Rökförbudet och fri rörlighet av varor	37
3.1	Allmänt om EU:s regelverk och normhierarki	37
3.2	EU:s primärrätt om reglering av fri rörlighet av varor	38
3.2.1	Artikel 34 FEUF-fördraget förbudet	38
3.2.2	Artikel 36 FEUF-fördraget undantaget	41
3.2.3	Rökförbudet och artikel 34 FEUF-fördraget	42
3.2.4	Rökförbudet och artikel 36 FEUF-fördraget	47
3.3	EU:s sekundärrättsliga reglering och rökförbudet	50
3.3.1	Rökförbudet och Rekommendationen	50
3.3.2	Rökförbudet och WHO:s ramkonvention om tobakskontroll	52
3.4	Sammanfattning	55
4.	Avslutande diskussion och slutsatser	58
4.1	Inledning	58
4.2	Hur är det svenska rökförbudet utformat?	58
4.3	Är det svenska rökförbudet förenligt med tobaksproduktdirektivet, fördragsbestämmelserna om fri rörlighet av varor och rekommendationen om rökfria miljöer?	59
4.4	Är det svenska rökförbudet förenligt med WHO:s ramkonvention om tobakskontroll?	60
4.5	Egen reflektion	61
	Käll- och litteraturförteckning	62
	Rättsfallsförteckning	67

Abstract

The aim of this thesis is to examine whether the Swedish prohibition of smoking complies with EU law. In order to do so, the questions that the paper aims to answer are firstly how the provision of smoking is designed, secondly, how the Swedish prohibition of smoking relates to EU-law and, thirdly, how it complies with the Convention of tobacco control. The paper will thus focus on the rules of free movement of goods, the EU Tobacco Directive, the recommendation on smoke-free environments and the Convention on Tobacco Control.

Article 34 of the TFEU Treaty states that quantitative restrictions on imports and measures of equivalent effect are prohibited. The complex scope of the article was analysed using secondary law and case law of the European Court of Justice. According to the case law of the European Court, measures of equivalent effect can be equated with national regulations restricting the use of commodity. However, the enforcement requires that the national regulations do not have a 'limited interest', should not be 'greatly restricting', and should not have a 'considerable influence on the behaviour of consumers'. Thus, for a national prohibition such as the law in question to be compatible with EU law, a justification of imperative public interest is required. Hence, the Swedish law lies beyond the scope of the Tobacco Directive.

The research concludes that the Swedish regulation of smoking is contrary to article 34 of the TFEU Treaty, and is therefore not compatible with EU law. However, the law's compatibility with the Tobacco Product Directive, the purpose of the regulation in combination with the Council's recommendation, and the WHO Convention shows that Swedish law can be exempted in accordance with article 36 TFEU Treaty if certain compliance measurements are made.

Sammanfattning

Syftet med förevarande uppsats är att undersöka om den nya svenska tobakslagen gällande rökförbud är förenlig med EU-rätten. Den rättsliga undersökningen avser att besvara frågor kring hur det svenska rökförbudet är utformat och hur lagen förhåller sig till EU-rätten. Uppsatsen analyserar den svenska lagen, lagens förenlighet med tobaksproduktdirektivet, bestämmelserna om fri rörlighet i FEUF-fördraget, Europaparlamentet och rådets rekommendation om rökfria miljöer samt WHO:s ramkonvention om tobakskontroll för att besvara uppsatsens forskningsfrågor och därmed uppfylla syftet med utredningen.

Enligt artikel 34 FEUF-fördraget är kvantitativa importrestriktioner samt åtgärder med motsvarande verkan förbjudna. För lagrummets tillämpning råder det en viss komplexitet, vilket gör det nödvändigt att analysera denne i ljuset av EU:s sekundärrätt och rättspraxis. Av EU-domstolens praxis på området kan det utläsas att nationella regleringar som begränsar en varus användning kan anses vara ett handelshinder enligt artikel 34 FEUF-fördraget. Det föreligger dock ett krav på att de nationella åtgärderna inte bör ha en *begränsad räckvidd*, ej vara *kraftigt begränsade* och får i tillägg inte *påverka en konsuments vilja*. För att en nationell bestämmelse som ifrågavarande lag ska kunna undantas ett förbudet som framhålls av artikel 34 FEUF-fördraget krävs en motivering av tvingande allmänintresse. Det föreligger således en harmonisering utöver vad tobaksproduktdirektivet kräver.

Framställningen visar att det svenska rökförbudet enligt artikel 34 FEUF-fördraget inte är förenlig med EU-rätten. Lagens förenlighet med tobaksproduktdirektivet, målbilden av ett rökfritt Sverige med beaktning av rådets rekommendationen och WHO:s konventionen visar emellertid att den svenska lagen kan undantas enligt artikel 36 FEUF-fördraget under förutsättning att vissa genomförandeåtgärder är uppfyllda.

Förord

Först och främst vill jag tacka min handledare Johan Axhamn som inspirerar och vägleder mig till fördjupade kunskaper inom den juridiska disciplinen. Eric Klingener, Amanda Melander och Emma Barnell vill jag även rikta ett stort tack till för deras korrekturläsning och stöd under den skrivande processen.

Lund, 10 januari 2020,
Beatrice Anna Hedlund

Förkortningar

EU	Europeiska Unionen
EU-domstolen	Europeiska unionens domstol
FEU-fördraget	Fördraget om Europeiska unionen
FEUF-fördraget	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
EU-kommissionen	Europeiska kommissionen
FCTC	Världshälsoorganisationens (WHO) ramkonvention om tobakskontroll
LTLP	Lag (2018:2088) om tobak och liknande produkter.
Rådet	Europeiska unionens råd
SOU	Statlig Offentlig Utredning
WHO	Världshälsoorganisationen

1. Inledning

1.1 Introduktion till ämnet

Den 1 juni 2019 infördes lagen (2018:2088) om tobak och liknande produkter (LTLP) som bland annat utvidgar rökförbudet till att omfatta flera produkter (6 kap. 1 § LTLP) och rökfria platser (6 kap. 2 § LTLP) i Sverige.¹ Den nya lagen genomför Europaparlamentet och rådets direktiv 2014/40/EU² som harmoniserar medlemsstaternas bestämmelser om tobaksvaror i syfte att underlätta fri rörlighet av tobaksvaror och relaterade produkter på den inre marknaden.³ Dessutom innehåller lagen bestämmelser som går utöver direktivets krav genom att införa rökfria utomhusområden. Lagen handlar om att minska de stora hälsorisker som tobaksanvändandet medför. För närvarande uppskattas en tiondel av Sveriges befolkning att röka, inklusive var fjärde gymnasieelev.⁴ För att minska de skadeeffekter och samhällskostnader som rökning medför, utvidgades rökförbudet till att omfatta fler tobaksprodukter (6 kap. 1 § LTLP), och att förbjuda rökning på vissa allmänna platser såsom uteserveringar och entréer till lokaler avsedda för allmänheten (6 kap. 2 § LTLP).

Från ett EU-rättsligt perspektiv kan regler om rökförbud anses störa marknadstillträdet, oavsett om dessa är diskriminerande eller ej. Artikel 34 FEUF-fördraget framhåller att ”Kvantitativa importrestriktioner samt åtgärder med motsvarande verkan ska vara förbjudna mellan medlemsstaterna”⁵. Tillämpningsområdet för den fria rörligheten av varor har ett vidsträckt tillämpningsområde. Alla åtgärder som *direkt*, *indirekt*, *faktiskt* eller *potentiellt* påverkar handeln omfattas av bestämmelsen. Störs varors sammansättning, utformning, märkning och

¹ Regeringens proposition 2017/18:156, *Ny lag om tobak och liknande produkter*, av den 8 mars 2018. [Prop. 2017/18:156]

² Europaparlamentet och rådets direktiv 2014/40/EU av den 3 april 2014 om tillnärmning av medlemsstaternas lagar och andra författningar om tillverkning, presentation och försäljning av tobaksvaror och relaterade produkter och om upphävande av direktiv 2001/37/EG [tobaksproduktdirektivet].

³ Prop. 2017/18:156 s. 47.

⁴ Prop. 2017/18:156 s. 1, 45.

⁵ Artikel 34 FEUF-fördraget.

försäljning anses även dessa att falla under bestämmelsens omfång. Som varor anses allt som kan värderas monetärt, något som kan vara föremål för kommersiella transaktioner⁶ och något som även bör ha en fysisk egenskap.⁷ Som till exempel en tobaksprodukt. Handelshinder är förbjudet enligt artikel 34 och artikel 35 FEUF-fördraget. Dock finns det undantag i artikel 36 FEUF-fördraget som handlar om att skydda folkhälsan.

I samband med införandet av den nya tobakslagen och bestämmelserna om rökförbud gjorde den svenska regeringen vissa uttalanden om rökförbudets förenlighet med bestämmelserna om fri rörlighet för varor. I propositionen till den nya lagen uttalade regeringen att lagen om tobak och liknande produkter inte utgjorde någon begränsning av tobaksanvändningen, varken när det kommer till tobaksvarans räckvidd eller omfång. Detta eftersom regeringen menar att förbudet inte kraftigt begränsar en konsuments beteende.⁸ Av propositionen framhålls det vidare att förbudet endast omfattar några allmänna platser och är motiverat av de tobakspolitiska målen som regeringen skapat om ett rökfritt Sverige 2025.⁹ Regeringen anser att det utvidgade rökförbudet inte är en diskriminering mot utländska varor enligt artikel 34 FEUF-fördraget och är dessutom motiverad med hänsyn till att skydda människors hälsa och liv enligt artikel 36 FEUF-fördraget. Av den anledningen gjorde regeringen bedömningen att det utvidgade rökförbudet uppfyller rekvisiten om proportionalitet och nödvändighet. Lagen är enligt regeringen förenlig med EU-rätten eftersom förbudet till sin utformning inte gör skillnad på inhemska eller utländska varor.¹⁰

Diskussionen kring de stora hälsorisker som tobaksanvändningen medför har även varit ett föremål för den globala arenan som lett till utfärdandet av Världshälsoorganisationens (WHO) Ramkonvention om tobakskontroll och rådets rekommendation 2009/C 296/02 om rökfria miljöer.¹¹ Det handlar om att uppmantra medlemsstaterna att skapa lagar som kan skydda dess befolkning från att bli exponerade mot tobaksrök.¹² Att etablera en gemensam tobaksmarknad

⁶ Dom av den 10 december 1968 i mål 7/68, *Europeiska kommissionen mot Italien*, ECR 424, p. 428.

⁷ Dom av den 22 oktober 1999 i mål C-97/98, *Jägerskiöld mot Gustafsson*, I-7321.

⁸ Prop. 2017/18:156 s. 153f.

⁹ Prop. 2017/18:156 s. 44.

¹⁰ Prop. 2017/18:156 s. 154.

¹¹ Rådets rekommendation av den 30 november 2009 om rökfria miljöer, 2009/C 296/02. [Rådets rekommendation].

¹² MEMO/11/349.

inom EU, att öka kontrollen av konsumtionen och att öka medvetenheten om hälsorisker som rökning medför är en gemensam målbild på såväl internationell, regional och nationell nivå.¹³

Ett utvidgat rökförbud skulle utifrån ovanstående anses vara i linje med målbilden om en rökfri värld. EU-domstolen har genom dess rättspraxis gjort bedömningen att medlemsstater kan göra avsteg från huvudregeln om fri rörlighet för varor med hänsyn till allmän intresse. Är lagen om ett rökförbud som begränsar produktanvändningen en sådan åtgärd som anses hindra den fria cirkulationen eller kan rökförbudet undantas med hänsyn till allmän folkhälsa? Den svenska regleringen omfattar dels produkter som ger upphov till tobaksrök och andra produkter som till användningssättet motsvarar rökning, dels införande av rökfria områden. Frågan är då om användningsregler som i hög grad begränsar en vara i praktiken kan fungera som ett handelshinder om möjligheten att sälja, bruka och köpa varan i staten minskar.

1.2 Syfte och frågeställning

Uppsatsen syftar till att beskriva och analysera om bestämmelserna om rökförbud i den nya tobakslagen är förenliga med bestämmelserna i EU:s tobaksdirektiv, bestämmelserna om fri rörlighet i FEUF-fördraget och Europaparlamentet och rådets rekommendation om rökfria miljöer. För att uppnå uppsatsens syfte kommer följande frågor att besvaras:

- (1) *Hur är det svenska rökförbudet utformat?*
- (2) *Är det svenska rökförbudet förenligt med tobaksproduktdirektivet, fördragsbestämmelserna om fri rörlighet av varor och rekommendationen om rökfria miljöer?*
- (3) *Är det svenska rökförbudet förenligt med WHO:s ramkonvention om tobakskontroll?*

¹³ Obolevich, Viktoria, 'The New EU Tobacco Products Directive and Standardized Packaging: [in the Name of 'Smooth Functioning of the Internal Market']'. *Legal Issues of Economic Integration* 45, no. 1 (2018): 71–94. © 2018 Kluwer Law International BV, The Netherlands. [Obolevich, 2018].

1.3 Avgränsningar

Med tanke på ämnets komplexitet och omfång kräver uppsatsen en tydlig avgränsning och en del förtydligande kring ämnet. Studien kommer inte behandla frågor som rör *fri etablering* enligt artikel 49 – 55 FEUF-fördraget. Etableringsfriheten rör snarare frågan om tillståndsplikten för tobaksförsäljning och fri rörlighet av tjänster. Trots att den fria etableringen har en tydlig koppling till rökförbudet genom den begränsade möjligheten till marknadsföring och förbud mot självbetjäning, faller frågor av dessa slag utanför uppsatsens syfte om det utvidgade rökförbudet samt varors fria rörlighet.

Uppsatsämnet har en del olika rättsliga beröringspunkter såsom vem som bär det yttersta ansvaret för en överträdelse av rökförbudet, hur märkningsdirektivet av tobaksprodukter påverkar den svenska lagstiftningen och även vilken informationsplikt och anmälningsplikt rökförbudet medför. Aspekterna utgör en viktig del för att uppnå en gemensam tobaksmarknad inom unionen, dock kommer dessa områden inte utredas, snarare granskas för att få en bättre förståelse av rättsläget. Grunden till det är framför allt att uppsatsens syfte och begränsade omfång snarare ämnar att utreda själva rökförbudet. Det vill säga vilka produkter och platser lagen omfattar och hur dessa förhåller sig till bestämmelser om fri rörlighet av varor.

1.4 Metod och material

1.4.1 Inledning

Mot bakgrund av att uppsatsen består av tre olika forskningsfrågor som är av både nationell och EU-rättslig och internationell karaktär, kommer uppsatsen använda sig av en traditionell rättsdogmatisk metod, en EU-rättslig metod och en folkrättslig metod. Följande avsnitt kommer ge en presentation av metoderna, vilka tillvägagångssätt som används för att besvara forskningsfrågorna och en redogörelse för relevant material. Första forskningsfrågan kommer använda sig av en traditionell rättsdogmatisk metod medan den andra forskningsfrågan kommer bearbetas genom att använda en kombination av den EU-rättslig metod och den rättsdogmatiska metoden. Till sist presenteras val material och metod för uppsatsens tredje forskningsfråga som

kommer utgå från en EU-rättslig och folkrättslig metod. Uppsatsens valda metoder och inhämtat material har sin grund i att rättsliga problem kan kategoriseras och på ett rättvist sätt besvaras.

1.4.2 Metod och material för undersökning av utformning av det svenska rökförbudet

För att kunna besvara uppsatsens första forskningsfråga behöver det göras en beskrivning och analys av gällande rätt, *de lege lata*. Därav kommer uppsatsens första fråga bygga på en traditionell rättsdogmatisk metod. Metoden som sådan går ut på att systematisera och analysera innehållet i relevanta rättskällor.¹⁴ Det innebär att rättssystemets systematik och enhetlighet står i centrum där rättsreglers olika karaktär ses som auktoriserande regler.¹⁵ Med tanke på att rätten är abstrakt och verkligheten konkret ämnar metoden att söka lösningar på svårbedömda juridiska dilemman utifrån rätten.

Den rättsdogmatiska metoden är ett strikt förhållningssätt till vilket material som ska och bör bearbetas. Lag, förarbete, praxis men även kompletterande juridisk doktrin bryts ner och analyseras för att få en bättre överblick över rättsläget. Lagar *ska* åberopas och har därmed en auktoritet som medför ett anspråk på att de ska utgöra empiriskt stöd för uttalanden i rättsfrågor.¹⁶ Förarbeten och rättsfall *bör* åberopas och doktrin *får* åberopas. Materialet som har inhämtats har studerats och tolkats *de lege lata* i ett försök att beskriva rättsläget så som det är idag.¹⁷

Utgångspunkten för uppsatsens första forskningsfråga är främst lag (2018:2088) om tobak och liknande produkter som beskriver lagens tillämpningsområde och syftet med förevarande lag. 6 kap. 1 – 2 §§ LTLP är i detta sammanhang av relevans eftersom paragraferna behandlar det utvidgade rökförbudet. Det vill säga vilka produkter som omfattas av lagen och vilka platser som numera är rökfria. Med tanke på att lagen är relativt ny så spelar förarbeten en stor roll för att besvara frågan om hur det svenska rökförbudet ser ut eftersom att det finns bristande

¹⁴ Kleineman, 2018 s. 27, 36f.

¹⁵ Sandgren, 2009 s. 118, 124.

¹⁶ Kleineman, 2018 s. 33.

¹⁷ Kleineman, 2018 s. 36 – 38.

rättspraxis inom området. Lagberedningen har studerats för att få förståelse om bakgrunden till regeringens ståndpunkt om behovet av att skärpa den äldre tobakslagen.

Läsaren kommer få en tydlig bild av lagens innebörd genom att väga samman lagen samt tillhörande förarbeten och övrig juridisk litteratur. Avslutningsvis analyseras det som framkommit med den juridiska argumentationen där olika lösningar ställs mot varandra genom rättskällorna.¹⁸

1.4.3 Metod och material för undersökning av rökförbudets förenlighet med tobaksproduktdirektivet, fördragsbestämmelserna om fri rörlighet av varor, rekommendationen om rökfria miljöer

EU-rätt och svensk rätt samspelar inom områden som rör fri rörlighet av varor. Av den anledningen kommer uppsatsens andra forskningsfråga hanteras genom en kombination av EU-rättslig metod och den traditionella rättsdogmatiska metoden. Kombinationen av metoder är lämplig då frågan som ska besvaras är hur den svenska lagen om rökförbud är förenlig med tobaksproduktdirektivet, fördragsbestämmelserna om fri rörlighet av varor och rådets rekommendationen om rökfria miljöer.

En styrka med den rättsdogmatiska metoden är dess systematiserande natur medan den EU-rättsliga metoden generellt sett är mer ändamålsinriktad genom att tolka ordalydelsen av en viss bestämmelse i ett visst sammanhang.¹⁹ Det handlar om att tolka det lilla men även det stora sammanhanget för att uppnå föredragarnas mål.²⁰ Metodvalens samspel är därav bäst ämnat för att kunna utreda hur rökförbudet 'rent rättsligt' förhåller sig till EU-rätten. Bestämmelserna i den svenska lagen om tobak och liknande produkter bryts ner, analyseras och tolkas i ljuset av omständigheter och ändamål inom EU-rätten. På så sätt kommer syftet mötas på ett rättvist sätt där metodvalen hanterar det juridiska området som ett istället för två separata tillvägagångssätt.²¹

¹⁸ Kleineman, 2018 s. 36f.

¹⁹ Hettne & Otken Eriksson, 2011 s. 49.

²⁰ Hettne & Otken Eriksson, 2011 s. 158.

²¹ Reichel, 2013 s.109.

För att kunna möta uppsatsens syfte kommer uppsatsen utgå från dels den svenska lagen om rökförbudet, dels EU:s *primärrätt* och *sekundärrätt*. EU:s rättssystem utgår från en normhierarki, där primärrätten återfinns högst upp i denna rättshierarki. Primärrätten består av EU:s grundläggande *unionsfördrag* med tillhörande *protokoll*, *de allmänna rättsprinciperna* och *Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna*. Av dessa fördrag kan EU-rättens materiella och institutionella bestämmelser utläsas.²² För uppsatsen kommer fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF-fördraget) och Europeiska unionens fördrag (FEU-Fördraget) vara av relevans eftersom det är här den inre marknaden och dess funktionssätt till stor del regleras. Framför allt kommer bestämmelserna som rör fri rörlighet av varor (artikel 35 – 36 FEUF-fördraget) och den inre marknads funktion analyseras.

För att kunna förstå och tolka domar från EU-domstolen behöver även relevanta bestämmelser inom EU:s fördrag och allmänna rättsprinciper beaktas och redogöras för.²³ Reichel²⁴ framhåller att de allmänna principerna har tre funktioner. Den första handlar om att fylla eventuella luckor inom EU-rätten, den andra avser att tolka sekundärrätt i samma riktning som de allmänna principerna och till sist att de allmänna principerna utgör en bedömningsgrund om huruvida sekundärlagstiftning är att anses som giltig eller ej.²⁵ För att kunna reda ut det komplexa rättsområdet och analysera interaktionen mellan primärrätt och sekundärrätt kommer de allmänna principerna användas som ett tolkningsunderlag i uppsatsen.

Sekundärrätten består av lagstiftning genom *förordningar*, *direktiv* och *beslut*. Direktiv införlivas i medlemsstatens nationella lagstiftning och anger ett visst resultat som ska uppnås inom en förutbestämd tid. De bindande rättsakterna överlåtes dock åt medlemsstaterna att bestämma dess form och tillvägagångssätt för genomförandet (artikel 288 FEUF-fördraget). På så sätt har direktiv en form av flexibilitet och låter medlemsstaterna implementera direktivet med hänsyn till nationella omständigheter.²⁶ Europaparlamentet och rådets direktiv 2014/40/EU om tillnärmning av tobak har varit av stor relevans för framställningen eftersom

²² Hettne & Otken Eriksson, 2011 s. 41f.

²³ Hettne & Otken Eriksson, 2011 s. 22.

²⁴ Reichel, 2018.

²⁵ Reichel, 2018 s. 126f.

²⁶ Derlén, Ingmanson, Lindholm, 2017 s. 42.

genomförande av direktivet ligger till grund för varför Sverige etablerade den uppdaterade lagen om rökförbud.²⁷

Vidare kommer även relevant rättspraxis på området utgöra en stor del av framställningen. Det har sin grund i att det främst är genom analyser av dessa som det går att dra en slutsats av hur regler kring det svenska rökförbudet skulle kunna betraktas av EU-domstolen. EU-domstolen tolkar enskilda rättsfall i ljuset av tidigare rättsfall. De inhämtade rättspraxisen är en vägledning från äldre och betydelsefulla domar inom ämnet²⁸ såsom *Dassonville*²⁹, *Keck och Mithouard*³⁰, och *Cassis de Dijon*³¹. Detta eftersom rättsfallen är tre vägledande domar som haft stor betydelse för den inre marknadens funktion och fri rörlighet av varor. Vidare har målen *Mickelsson och Roos*³², *kommissionen mot Italien*³³ och *Kommissionen mot Portugal*³⁴ visat sig ha en stor betydelse för uppsatsens syfte. I målen har EU-domstolen att tolka om en viss nationell begränsningsbestämmelse är att anses förenlig med fördragen men även om en begränsningsreglering kan motiveras av tvingande hänsyn. I rättsfallen belyses likaså samspelet mellan primärrätt och sekundärrätt. För att kunna utreda rökförbudet och tobaksproduktdirektivets förenlighet har detta samspel analyserats och tolkats.

Rekommendationer och yttranden har ett mindre rättskällevärde (se artikel 288 FEUF-fördraget), dock är källor av detta slag viktig för uppsatsen för att kunna tolka och tillämpa EUrätten på ett korrekt sätt.³⁵ Av den anledningen kommer rådets rekommendation av den 30 november 2009 om rökfria miljöer att analyseras och meddelande från kommissionen om rökfria miljöer och den gemensamma tobakspolitiken granskas, för att få en djupare förståelse

²⁷ Hettne & Otken Eriksson, 2011 s. 188f.

²⁸ Hettne & Otken Eriksson, 2011 s. 49.

²⁹ Dom av den 11 juli 1974 i mål 8/74, *Dassonville*, REG 1974, s. 837. [*Dassonville*]

³⁰ Dom den 24 november 1993 i de förenade målen C-267/91 och C-268/91, *Keck och Mithouard*, REG 1993, s. I-6097. [*Keck och Mithouard*]

³¹ Dom av den 20 februari 1979 i mål 120/78, *Rewe-Zentral (Cassis de Dijon)*, REG 1979, s. 649. [*Cassis de Dijon*]

³² Dom av den 4 juni 2009 i mål C-142/05, *Åklagaren v Percy Mickelsson och Joakim Roos*, ECLI:EU:C:2009:336. [*Mickelsson och Roos*]

³³ Dom av den 10 april 2009 i mål C-110/05, *Kommissionen mot Italien*, ECLI:EU:C:2009:66. [*Kommissionen mot Italien*]

³⁴ Dom av den 10 april 2008 i mål C-265/06, *Kommissionen mot Portugal*, ECLI:EU:C:2008:210. [*Kommissionen mot Portugal*]

³⁵ Hettne & Otken Eriksson, 2011 s. 46.

av omständigheter och ändamålet. Det inhämtade sekundärrättsliga materialet kommer tolkas i ljuset av primärrätten.

Utöver det kommer doktrin att användas för att få en djupare förståelse av rättsläget. På grund av att doktrinen har ett mindre värde inom svensk rätt och EU-tolkning, bör information emellertid inhämtas med objektivitet.³⁶

Mot bakgrund av den normhierarki som föreligger, kommer fokus främst vara på det svenska rökförbudet, fördragens rättsregler och rättsliga principer. Likväl möjliggör det sekundärrättsliga materialet en djupare förståelse av helheten som leder till en generalisering och systematisering av rättsläget för att till sist kunna göra en slutsats.

1.4.4 Metod och material för undersökning av rökförbudets förenlighet med WHO:s ramkonvention om tobakskontroll

För att kunna besvara uppsatsens tredje forskningsfråga och uppfylla uppsatsens syfte kommer en kombination av den EU-rättsliga metoden och den folkrättsliga metoden att användas. Eftersom WHO:s ramkonvention är en internationell överenskommelse som ratificerats av Sverige men även av EU, ter sig en kombination av ovanstående valda metoder bäst. Lagstiftningsåtgärder på unionsnivå och nationell nivå är nödvändiga för att genomföra de bestämmelser som unionen och dess medlemsstater genom ratifikation är bundna av, vilket gör att folkrättens och EU-rättens tolkningsstrategier är att föredra.

Inom folkrätten är staterna det främsta rättssubjektet och även dess främsta lagstiftare. För att ett internationellt avtal ska vara gällande behöver stater, internationella organisationer eller andra internationella organ ratificera avtalet. Det blir svårare att fastställa gällande rätt eftersom överenskommelsen bygger på staternas samtycke som skapar regler och normer.³⁷ De folkrättsliga källorna, såsom internationella konventioner, internationell sedvanerätt och allmänna rättsgrundsatser, tolkas av den anledningen mot bakgrund av traktatens ändamål och

³⁶ Hettne & Otken Eriksson, 2011 s. 120.

³⁷ Linderfalk, 2012 s. 23.

syfte.³⁸ Inom den EU-rättsliga metoden tillhör internationella överenskommelser sekundärrätten och är därmed underställd primärrätten. Trots att denna form av avtal tillhör sekundärrätten bör det observeras att avtalet har sin grund i staters självbestämmande. WHO:s ramkonvention om tobakskontroll har därför en form av mellanställning: sekundärrätt och primärrätt.³⁹

För att kunna besvara ifrågavarande frågeställning kommer förhållandet mellan rättskällorna tolkas utifrån dess ändamål och syfte genom att se till ordalydelse i de berörda lagarna, det vill säga en teleologisk lagtolkning. Det svenska rökförbudet kommer tolkas i ljuset av WHO:s ramkonvention om tobakskontroll och FEUF-fördraget. För att förstå sammanhanget kommer ett rättsfall från EU-domstolen granskas. Detta för att se vilken rättsordning som har företräde i en konflikt mellan EU-rätten och folkrätten.

1.5 Forskningsläge

Mot bakgrund av att förevarande lag är en relativt ny lag finns det en avsaknad av forskning kring rökfria miljöer. Däremot har förhållandet av principen om fri rörlighet av varor och tobaksproduktdirektivet varit ett återkommande föremål inom den juridiska disciplinen. Följande avsnitt kommer därmed presentera några framträdande författare. Forskningen har granskats dels för att få en djupare förståelse av ämnet, dels för att kunna identifiera eventuella tillkortakommande inom forskningen om förhållandet mellan fri rörlighet av varor och det svenska rökförbudet.

Av relevans är regeringens uttalande genom propositionen. Regeringen framhåller bland annat att lagen om ett utvidgat rökförbud inte är diskriminerande och uppfyller rekvisiten om proportionalitet. Det anförs bland annat att tobaksvaran inte är begränsad, varken till dess räckvidd eller dess omfång samtidigt som en konsuments beteende inte anses vara så pass långtgående att förbudet kraftigt begränsar varans användningsområde. I tillägg försäkras regeringen att förbudet även är motiverade av folkhälsoskäl och därmed förenad med EU-

³⁸ Artikel 31 i Wienkonventionen om traktaträtten antogs 1969, trädde i kraft 1980.

³⁹ Hettne & Okten Eriksson, 2011 s. 42.

rätten.⁴⁰ Trots att regeringens bedömning inte är att anse som forskning är regeringen uttalanden av stor vikt för uppsatsen som bör tas i beaktning.

Viktorija Obolevich⁴¹ fokuserar på kraven om förpackning och märkning av tobaksprodukter. Skribenten gör denna analys genom att se hur direktivets åtgärdsförslag är att anse giltig i relation till principen om subsidiaritet, proportionalitetsprincipen och fundamentala rättigheter. Det utreds vilka möjligheter medlemsstaterna har att vidareutveckla den inhemska lagstiftningen angående regler kring märkning som är mer långtgående än vad direktivet kräver.⁴² Obolevich framhåller att direktivet har en partiell harmonisering vilket medför ett nytt tillvägagångssätt att märka och packa tobaksvaror. En nackdel är dock att resultaten för minimum- eller partiell harmonisering uppnår samma resultat. Hon avslutar artikeln med att betona att nya regler för harmonisering bör införas för att uppnå de effektiva resultatet som eftersträvas.⁴³

Likt Obolevich analyserar även Marco Inglese⁴⁴ proportionalitetsprincipen och principen om subsidiaritet i ljuset av tobaksprodukt direktivet. Författaren identifierar att en rättsutveckling skett från en strikt tillämpning av artikel 114 FEUF-fördraget till de allmänna principernas relevans. I detta har hälsoaspekten fått en större betydelse för den inre marknadens funktion. Professor Donald W. Zeigler⁴⁵ publicerade en artikel om hur internationella handelsavtal påverkar tobaks- och alkoholkontrollen. Skribenten förklarar att avtal generellt sett handlar om att uppmuntra konkurrens, minska priser och på så sätt öka konsumtion medan alkohol- och tobakskontroll eftersträvar att minska marknadstillträdet och konsumtion. Detta eftersom det eftersträvas att öka folkhälsan och minska sociala ojämlikheter i samhället. Zeigler konstaterar att det finns en konflikt mellan handeln och skadeprodukterna. Det förespråkas att produkter av detta slag bör undantas från avtal som har med fri rörlighet av varor att göra. Resultatet av det

⁴⁰ Prop. 2017/18:156 s. 153f.

⁴¹ Obolevich, 2018.

⁴² Obolevich, 2018 s. 71.

⁴³ Obolevich, 2018 s. 94.

⁴⁴ Inglese, Marco, 2018, "Pease Smoke Your E-Cigarette Proportionally", *European Journal of health law* 25 (2018) 75 – 87.

⁴⁵ Zeigler, Donald W., 2006, "International trade agreements challenges tobacco and alcohol control politics", *Trade agreements and tobacco and alcohol control policies*, November 2006, 567 – 180. [Zeigler, 2006].

skulle leda till att stater inte behöver anta åtgärder för folkhälsan i relation till hinder för marknadstillträdet.⁴⁶

I likhet med Zeigler gör David Sweanor⁴⁷ en bedömning om huruvida den globala tobakskontrollen kan minska tobaksrelaterade sjukdomar eller ej. I sin studie framhåller författaren att det finns fyra tillvägagångssätt för att uppnå målet om att dels minska passiv rökning samt minska början till att röka, dels att uppmuntra människor att sluta röka. Det första målet handlar om att minska tillgängligheten av tobak,⁴⁸ det andra rör skyldigheten att informera rökaren och den eventuella rökaren med avsikt att minska konsumtionen.⁴⁹ Vidare menar han för det tredje att det handlar om att skydda människor som blir exponerade mot tobaksrök genom att jämföra hur rattfylleri kan påverka tredje man.⁵⁰ Den fjärde och sista punkten handlar om att lagföra tobak. Artikeln konkluderar att oavsett vilken metod som används är den legala strategin den mest effektiva eftersom den kommer diktera hur folkhälsomålet uppnås.⁵¹

1.6 Disposition

Uppsatsen är indelad i fyra kapitel. I *första kapitlet* redovisas de problematiseringar, metodval och materialval som uppsatsen ämnar att utreda. Därefter ger det *andra kapitlet* en introduktion till tobaksproduktdirektivet och den svenska lagstiftningen. Kapitlet kommer redogöra gällande rätt i relation till vilka produkter som omfattas av lagen men även klargöra behovet av ett utvidgat rökförbud samt hur lagen förhåller sig till tobaksproduktdirektivet.

Kapitel tre ger en grundläggande introduktion om EU-rätt såsom den inre marknaden och EU:s normhierarki för att i sin tur kunna få en djupare förståelse av principen av fri rörlighet av varor.

⁴⁶ Zeigler, 2006 s. 556f.

⁴⁷ Sweanor, David, 2003, ”Invited review series: Tobacco and lung health – Legal strategies to reduce tobacco-caused disease”, *Respirology* 2003, 8 s. 413 – 418. [Sweanor, 2003]

⁴⁸ Sweanor, 2003 s. 414.

⁴⁹ Sweanor, 2003 s. 415.

⁵⁰ Sweanor, 2003 s. 416.

⁵¹ Sweanor, 2003 s. 417.

I förevarande kapitel kommer även relevant rättspraxis behandlas vars bedömning är av hög relevans för uppsatsens syfte. Det förs i tillägg en diskussion i det tredje kapitlet kring hur rådets rekommendation om rökfria områden och WHO:s ramkonvention förhåller sig till det svenska rökförbudet och bestämmelserna om fri rörlighet av tobaksprodukter. Kapitlet avser att besvara uppsatsens andra och tredje forskningsfråga.

I *kapitel fyra* avslutas uppsatsen i en avslutande diskussion tillsammans med en egen reflektion. Uppsatsens forskningsfrågor besvaras här och uppsatsens syfte uppfyllas.

2. Rökförbudet och tobaksproduktdirektivet

2.1 Inledning

Den nya lagen om tobak och liknande produkter ersätter den äldre tobakslagen (1993:581) och lagen (2017:425) om elektroniska cigaretter och påfyllningsbehållare. En del bestämmelser har förts över utan någon ändring i sak, medan andra bestämmelser är nya. Följande avsnitt ämnar att klargöra hur rökförbudet är utformat, detta görs genom att bryta ner och analysera bestämmelserna för att se vilka produkter som lagen omfattar och vilka miljöer som numera är rökfria. Kapitlet kommer även redogöra för tobaksproduktdirektivet. De gemensamma reglerna som framhålls av tobaksproduktdirektivet syftar till att inte snedvrída konkurrensvillkoren inom unionen. Av den anledningen kommer en diskussion om den svenska lagen om tobak och liknande produkter och tobaksdirektivets förenlighet föras.

Kapitlet är uppdelat i tre delar. Den första delen fokuserar på hur det tobaksproduktdirektivet är utformat genom att redogöra lagens innehåll. Därefter behandlas det svenska rökförbudet. Likt redogörelsen av det tobaksproduktdirektivet, presenteras lagens syfte och tillämplighet. Till sist förs en diskussion om en harmonisering föreligger och om en sådan krävs, som sedan avslutas med en sammanfattning och slutsats. Kapitlet kommer därmed besvara hur det svenska rökförbudet är utformat och om lagen är förenlig med tobaksproduktdirektivet.

2.2 Tobaksproduktedirektivet 2014/40/EU

2.2.1 Tobaksproduktedirektivets bakgrund

Enligt ett meddelande från Europeiska kommissionen⁵² uppskattades så mycket som 80 000 personer inom EU dö av sjukdomar som har en anknytning till tobaksprodukter år 2002. Av dessa uppskattades 20 000 personer vara icke-rökare. Det framhölls att de flesta dödsfallen beror på rökning i hemmet och rökning på arbetsplatsen.⁵³ För att möta problemet skapade Europaparlamentet och rådets direktiv 2014/40/EU som kräver att alla tobaksprodukter som säljs inom EU ska innehålla varningstexter och att gränsöverskridande reklam ska förbjudas i hopp om att minska rökning och därmed tobaksrelaterade skador. Direktivet är ett sätt för EU att etablera en gemensam tobaksmarknad inom EU för öka kontrollen av konsumtionen, och för att öka medvetenheten om de hälsorisker som rökning medför.⁵⁴ Det finns således en gemensam målbild att skapa en kontroll av rökning inom EU.

För att öka kontrollen över illegal handel av tobaksvaror som unionen enligt WHO:s ramkonvention är skyldiga att bekämpa, harmoniseras även ändringar om spårbarhet och säkerhetsmärkning.⁵⁵ Av ingressen till ifrågavarande direktiv anges att det fortfarande finns stora skillnader mellan medlemsstaters lagar och andra författningar om tillverkning, presentation och försäljning av tobaksvaror och relaterade produkter. Vilket enligt EU även anses utgöra ett hinder för den inre marknaden. Ett sätt för EU att underlätta fri rörlighet av tobaksprodukter är att undanröja eventuella hinder på ett nationellt plan. Det framhålls emellertid att utgångspunkten bör vara att uppnå en hög skyddsnivå för folkhälsa.⁵⁶

⁵² Hädanefter EU-kommissionen.

⁵³ Europeiska kommissionen, Q&A: The Fight Against Tobacco in the EU, Brussels, 27 May 2011, MEMO/11/349. [MEMO/11/349].

⁵⁴ Obolevich, 2018.

⁵⁵ Prop. 2017/18:156 s. 109.

⁵⁶ Prop. 2015/16:82 s. 17.

2.2.2 Tobaksprodukt direktivets innehåll

Tobaksprodukt direktivets bestämmelser är av övergripande slag där den första artikeln stadgar när direktivet ska tillämpas vid utsläpp från tobak och vid märkning av produkterna.

Artikel 1

Syftet med detta direktiv är att tillnärma medlemsstaternas lagar och andra författningar om

- a) ingredienser i och utsläpp från tobaksvaror och därmed sammanhängande rapporteringsskyldigheter, inklusive högsta tillåtna utsläppsnivåer av tjära, nikotin och kolmonoxid för cigaretter,
- b) vissa aspekter av märkning och förpackning av tobaksvaror, inbegripet de hälsovarningar som ska finnas på styckförpackningar med tobaksvaror och eventuella ytterförpackningar samt spårbarhet och säkerhetsmärkning som tillämpas på tobaksvaror för att säkerställa att de är förenliga med detta direktiv,
- c) förbudet mot utsläppande på marknaden av tobak för användning i munnen,
- d) gränsöverskridande distansförsäljning av tobaksvaror,
- e) skyldigheten att göra en anmälan om nya tobaksvaror, och
- f) utsläppandet på marknaden och märkning av vissa produkter som liknar tobaksvaror, nämligen elektroniska cigaretter och påfyllningsbehållare samt örtprodukter

för rökning för att underlätta att den inre marknaden för tobaksvaror och relaterade produkter fungerar smidigt, med utgångspunkt i en hög skyddsnivå för folkhälsan, särskilt för ungdomar, och för att uppfylla unionens skyldigheter enligt WHO:s ramkonvention om tobakskontroll.

Medlemsstaterna uppmuntras genom direktivet att utgångspunkten för lagstiftningsförslagen bör vara en hög hälsoskyddsnivå där vetenskaplig fakta särskilt bör beaktas. Tobaksvaror är inte vanliga varor med tanke på att produkten har särskilt skadliga verkningar på människans hälsa. Ett förstärkt skydd bör därmed prioriteras vid lagstiftningsprocessen, främst i relation till att minska rökning bland ungdomar.⁵⁷ Ungdomar är en viktig målgrupp för att uppnå den svenska målbilden eftersom de allra flesta börjar röka i tonåren där framför allt användning av elektroniska cigaretter uttrycks som en oro.⁵⁸

Av artikel 23 framhålls hur tobaksprodukt direktivet ska genomföras samt hur ett samarbete mellan medlemsstaterna ska verkställas. Det kan utläsas att behöriga myndigheter ska informeras om vad som krävs enligt direktivet, där importörer har en rapporteringsskyldighet.

⁵⁷ Skäl 8 i direktiv 2014/40/EU.

⁵⁸ Prop. 2017/18:156 s. 45.

Artikel 23 Samarbete och genomförande

1. Medlemsstaterna ska se till att tillverkare och importörer av tobaksvaror och relaterade produkter förser de behöriga myndigheterna i medlemsstaterna och kommissionen med fullständiga och riktiga uppgifter som krävs enligt detta direktiv och inom de tidsfrister som anges i direktivet. Skyldigheten att tillhandahålla de uppgifter som krävs faller i första hand på tillverkaren om denne är etablerad i unionen. Det är i första hand importören som ska vara skyldig att tillhandahålla de uppgifter som krävs om tillverkaren är etablerad i ett tredjeland och importören är etablerad i unionen. Om såväl tillverkaren som importören är etablerade i ett tredjeland ska de gemensamt vara skyldiga att tillhandahålla de uppgifter som krävs.

2. Medlemsstaterna ska se till att tobaksvaror och relaterade produkter som inte uppfyller kraven i detta direktiv, inbegripet de genomförandeakter och delegerade akter som föreskrivs i direktivet, inte släpps ut på marknaden. Medlemsstaterna ska se till att tobaksvaror och relaterade produkter inte släpps ut på marknaden om de rapporteringsskyldigheter som anges i detta direktiv inte är uppfyllda.

3. Medlemsstaterna ska föreskriva sanktioner som är tillämpliga på överträdelse av nationella bestämmelser som har antagits i enlighet med detta direktiv och ska vidta de åtgärder som krävs för att se till att dessa sanktioner verkställs. Sanktionerna ska vara effektiva, proportionella och avskräckande. Ekonomiska administrativa sanktioner som kan införas vid avsiktliga överträdelse får vara sådana att de uppväger den ekonomiska fördel som eftersträvas genom överträdelsen.

4. Behöriga myndigheter i medlemsstaterna ska samarbeta med varandra och med kommissionen för att se till att detta direktiv tillämpas och verkställs korrekt och ska till varandra översända all information som krävs för en enhetlig tillämpning av detta direktiv.

Artikel 24 i tobaksprodukt direktivet framställer reglering av fri rörlighet i relation till regleringar av tobak eller relaterade produkter. Medlemsstaterna får inte förbjuda eller begränsa tillgången på marknaden av tobaksvaror som uppfyller direktivet. Enligt artikelns andra punkt ska direktivet inte påverka medlemsstaternas rätt att införa ytterligare krav när det gäller standardisering av förpackning eller att förbjuda en viss typ av tobakskategori. Emellertid krävs en motivering utifrån folkhälsoskäl. Åtgärderna ska vara proportionella och får inte utgöra ett medel för godtycklig diskriminering eller dold begränsning av handeln mellan medlemsstaterna. För att ytterligare begränsning ska kunna göras gällande måste dessa således vara proportionerliga, det vill säga motiverade, nödvändiga, lämpliga och stå i proportion till dess syfte.⁵⁹

Sammantaget handlar direktivet till mångt och mycket om att införa en gemensam reglering rörande tobak och liknande produkter. Fokus ligger främst på att harmonisera produkternas

⁵⁹ SOU 2016:14 s.109.

märkning, styckeförpackning och aktörernas skyldigheter. En viktig funktion för direktivet är att en hög folkhälsa ska beaktas vid lagstiftningen. Produkterna definieras enligt artikel 2 i tobaksproduktdirektivet. Direktivet återger dock ingen rekommendation om att medlemsstaterna ska utvidga rökförbudet genom att införliva rökfria miljöer utomhus vilket är precis det som den svenska lagen bidragit till.

2.3 Lag om tobak och liknande produkter

2.3.1 Krönikan om rökning

Diskussionen om rökfria miljöer har varit aktuellt i Sverige sedan 1970-talet. Tobakskommittén lämnade bland annat ett delbetänkande (Ds S 1978:7) med förslag till en lag som begränsar rökning i offentliga lokaler. Senare under 1980-talet vidtogs ett antal åtgärder i hopp att få tillstånd för rökfria miljöer där den dåvarande Arbetskyddsstyrelsen och Socialstyrelsen gav ut allmänna råd om att begränsa rökning på allmänna platser. Det resulterades i en del förändring inom det svenska samhället där kommun och landsting införde rökfria miljöer, såsom rökförbud på tågstationerna och rökfria utrymmen på flygplatser mellan flygningar inom Norden.⁶⁰

Som en naturlig följd tillsattes ytterligare en tobaksutredning som i ett slutbetänkande (SOU 1990:29) lämnade förslaget om att begränsa rökning i vissa lokaler. Den bakomliggande motiveringen var att den passiva rökningen medför en risk för hälsoskador, såsom risk för lungcancer och hjärt- och kärlsjukdom. Det framhölls att rökfria miljöer hade funktionen att stödja dem som vill sluta att röka och att avnormalisera rökning i samhället, främst i relation till att motverka barn och ungdomars syn på att rökning är ett accepterat inslag av samhället.⁶¹ Utredningen resulterade i genomförandet av tobakslagen (1993:581)⁶² där bestämmelser om rökförbud infördes i lokaler om barn- och ungdomsverksamhet, hälso- och sjukvård samt på färdmedel inrikes. Likaså infördes den så kallade 50-regeln vilket innebär att restauranger med

⁶⁰ SOU 2016:14 s. 218.

⁶¹ SOU 1990:29 s. 101f.

⁶² Regeringens proposition 1992/93:185 om tobakslag, *Stockholm 1993*.

mer än femtio sittplatser måste ha rökfria zoner.⁶³ Lagen omfattades endast av inomhusmiljöer som ansågs vara av en ”speciell karaktär”, vilket inte skulle omfatta rökning utomhus.⁶⁴

1 januari 2003 avskaffades ovannämnda 50-reglen för att införliva rökfria miljöer på alla serveringslokaler.⁶⁵ Regeringen tillkallade därefter en särskild utredare med uppdraget att ge förslag på ett nationellt genomförande av WHO:s ramkonvention om tobakskontroll. En central fråga var om rökfria platser utomhus bör regleras eftersom behovet av ett förstärkt skydd mot exponering för tobaksrök på vissa allmänna utomhusplatser föreligger. I detta sammanhang framhölls att skydd för exponering av tobaksrök knappast går att lösa genom lagstiftning i konflikten mellan de som vill röka och de som inte vill bli besväras av tobaksrök. Att öka rökarens medvetenhet om att tobaksröken kan vara skadlig för andra människor och att rökaren har ett ansvar för att inte utsätta andra för tobaksrök mot deras vilja blev utredningens bestämmelseförslag. Påbudet skulle på så sätt bidra till att skapa en ”allmän omfattad norm” om hänsyn till andra.⁶⁶

Med flera remissinstansers motsättningar inför införlivandet av en icke-sanktionerande hänsynsregel, ansåg regeringen att exponering av tobaksrök är ett folkhälsoproblem som även drabbar icke-rökare och bör därmed minskas så långt som möjligt.⁶⁷ Utifrån det tillsatte regeringen en särskild utredare med uppdrag att analysera och utreda förekomsten av passiv rökning i Sverige och lämna ett förslag på åtgärder för att minska den passiva rökningen. I *Utredningen om framtida rökfria miljöer på allmänna platser, i synnerhet där barn vistas*, av Folkhälsomyndigheten 2014, bedömdes det finnas goda skäl att med legala medel införa rökfria allmänna platser utomhus. Detta eftersom de positiva effekterna med stor sannolikhet skulle överväga de negativa.⁶⁸

⁶³ SOU: 2016:14 s. 219.

⁶⁴ Regeringens proposition 1993/94:98 om vissa ändringar i tobakslagen, *Stockholm 1993* s. 12.

⁶⁵ Regeringens proposition 2001/02:64 om vissa tobaksfrågor, *Stockholm 2001*.

⁶⁶ SOU 2004:88 s. 144f., se även SOU 2016:14 s.220f.

⁶⁷ Regeringens proposition 2004/05:118 Tobakskontroll – genomförande av WHO:s ramkonvention om tobakskontroll m.m. *Stockholm 2005* s. 45f.

⁶⁸ SOU 2016:14 s. 217.

2.3.2 De tobakspolitiska målsättningarna

Målbilden är att Sverige ska bli rökfritt år 2025. Detta eftersom tobaksrökning är det enskilt största folkhälsoproblemet i västvärlden.⁶⁹ Produkter som innehåller tobak är idag många, till exempel cigaretter, snus, vattenpipor och tuggtobak, där normen av att röka och samhällskostnaderna ses som ett likastort problem som själva skadeverkningarna.⁷⁰ År 2015 utfördes en studie av de samhällsekonomiska kostnaderna för rökning av Institutet för Hälso- och Sjukvårdsekonomi (IHE).⁷¹ Studien beräknar den totala samhällskostnaden för rökning till 31,5 miljarder kronor.⁷² För att minimera kostnaderna och exponeringen menar regeringen att det krävs rökfria miljöer och bättre efterlevnad av tobakslagen.

2.3.3 Lagen om tobak och liknande produkters innehåll

Av 1 kap. 1 § LTLP framhålls syftet med lag om tobak och liknande produkter. Lagen handlar om att begränsa de hälsorisker och olägenheter som är förbundna med bruk av tobak och liknande produkter samt att begränsa exponering och utsläpp från rök av tobak och liknande produkter. Det vill säga att det finns ett långtgående syfte med att främst minska tobaksrelaterade skador och minska den passiva rökningen. I lagens andra paragraf framhålls när lagen ska tillämpas. Bestämmelser omfattar tobak, elektroniska cigaretter och påfyllningsbehållare, örtprodukter för rökning och om användningen av njutningsmedel som till användningssättet motsvarar rökning men som inte innehåller tobak. Lagen har därav utvidgat betydelsen av rökning från endast ”tobak” till ”tobak och liknande produkter”.

1 kap. Inledande bestämmelser

Lagens syfte och innehåll

1 § Denna lag syftar till att begränsa de hälsorisker och olägenheter som är förbundna med bruk av tobak och liknande produkter samt med exponering för rök från tobak och utsläpp från liknande produkter.

⁶⁹ Prop.2017/18:156 s. 44.

⁷⁰ Prop. 2017/18:156 s. 44.

⁷¹ Institutet för Hälso- och Sjukvårdsekonomi, Samhällskostnaden för rökningrelaterad sjuklighet i Sverige, IHE Rapport 2017:4.

⁷² Prop. 2017/18:156 s. 45.

2 § Denna lag innehåller bestämmelser om tobak, elektroniska cigaretter och påfyllningsbehållare, örtprodukter för rökning och om användningen av njutningsmedel som till användningssättet motsvarar rökning men som inte innehåller tobak.

Vidare i lagens sjätte kapitel framhålls reglering av rökfria miljöer. Med rökning avses i lagen rökning av tobak, inhalering efter förångning eller annan upphettning av tobak, användning av elektroniska cigaretter, rökning av örtprodukter och användning av njutningsmedel som till användningssättet motsvarar rökning men som inte innehåller tobak (6 kap. 1 § LTL).⁷³

6 kap. Rökfria miljöer

1 § Med rökning avses vid tillämpningen av bestämmelserna i detta kapitel

1. rökning av tobak,
2. inhalering efter förångning eller annan upphettning av tobak,
3. användning av elektroniska cigaretter,
4. rökning av örtprodukter för rökning, och
5. användning av njutningsmedel som till användningssättet motsvarar rökning men som inte innehåller tobak.

6 kap. 2 § LTLP behandlar själva platserna där rökförbudet ska införlivas. Av paragrafen framgår att rökningen är förbjuden i lokaler för barnomsorg, sjukvård, områden som är avsedda för inrikes kollektivtrafik, på restauranger eller andra serveringsställen, på platser med offentliga tillställningar, där allmänheten har tillträde till en rökfri lokal, lekplatser, idrottsplatser samt entréer till lokaler som allmänheten har tillträde till. De rökfria platserna omfattar således en begränsning av var produkter enligt kapitlets första paragraf får användas. Rökning kan numera inte ske på vissa utomhusplatser.

Rökförbud

2 § Rökning är förbjuden

1. i lokaler avsedda för barnomsorg, skolverksamhet eller annan verksamhet för barn eller ungdom samt på skolgårdar och på motsvarande områden utomhus vid förskolor och fritidshem,
2. i lokaler som är avsedda för hälso- och sjukvård,
3. i lokaler som är avsedda för gemensamt bruk i bostäder och inrättningar med särskild service eller vård,

⁷³ Prop. 2017/18:156 s. 200.

4. på färdmedel i inrikes kollektivtrafik eller i lokaler och andra utrymmen som är avsedda att användas av den som reser med sådana färdmedel och på motsvarande områden utomhus,
5. i restauranger och på andra serveringsställen,
6. i andra lokaler än sådana som avses i 1-5 när en allmän sammankomst eller en offentlig tillställning som avses i 2 kap. 1-3 §§ ordningslagen (1993:1617) anordnas och i lokaler som är avsedda att användas av den som deltar i sammankomsten eller tillställningen,
7. i andra lokaler än sådana som avses i 1-6 om allmänheten har tillträde till lokalerna,
8. på inhägnade platser utomhus huvudsakligen avsedda för idrottsutövning,
9. på lekplatser som allmänheten har tillträde till, och
10. vid entréer till sådana lokaler och andra utrymmen som avses i 1-7 som allmänheten har tillträde till.

6 kap. 8 – 10 §§ LTLP avslutar kapitlet om rökfria miljöer med vem som ansvarar för att upprätthålla rökförbudet. Den som är ”i egenskap av ägare” eller den som på annan grund ”disponerar över en lokal eller annat utrymme” (6 kap. 8 § st. 1 LTLP) presumeras att ansvara för att bestämmelserna i lagen efterlevs. Den som ansvarar för det rökfria området ska genom skyltning tydligt informera om rökförbudet och vid behov ingripa med information och tillsägelse. Personer som brukar tobaksprodukter på rökfria områden trots tillsägelse får avvisas från området (6 kap. 9 § LTLP). I fall om rökfri arbetsmiljö är det arbetsgivaren som svarar för att arbetstagare inte mot sin vilja utsätts för tobaksrök eller utsläpp av produkterna (6 kap. 10 § LTLP).

Det utvidgade rökförbudet omfattar således dels fler produkter än tidigare lag, dels begränsade områden om var produkterna kan brukas. Lagen tillämpas endast när det handlar om tobak och liknande produkter, i syfte att minska tobaksrelaterade skador och passiv rökning.

2.4 Rökförbudet och tobaksproduktdirektivet

2.4.1 Inledning

Det utvidgade rökförbudet omfattar följaktligen rökfria områden och fler produkter. Det vill säga produkter som ger upphov till tobaksrök och andra produkter som till användningssättet

motsvarar rökning trots att varan inte innehåller tobak.⁷⁴ För att kunna utreda om den svenska lagen är förenlig med tobaksproduktdirektivet kommer följande avsnitt handla om hur bestämmelserna förhåller sig till varandra och om en fullharmonisering föreligger. Bestämmelserna om det utvidgade rökförbudet kommer brytas ner och analyseras.

Det bör tas i beaktning att utgångspunkten för all lagstiftning bör vara en hög hälsoskyddsnivå, vilket även är en viktig funktion med tobaksproduktdirektivet.⁷⁵ Samtidigt eftersträvar direktivet att underlätta för fri rörlighet av tobaksprodukter på den inre marknaden. Målet är därmed att undanröja olikheter mellan medlemsstaternas tobaksregleringar för att harmonisera en gemensam marknad på området.⁷⁶

2.4.2 Ett utvidgat rökförbud

Som ovan nämnt omfattar 6 kap. 1 § LTLP vilka produkter som avses med termen rökning. Paragrafens första punkter omfattar produkter som innehåller tobak (1 § 6 kap. LTLP punkt 1-2) medan de senare punkterna innehåller produkter som motsvarar normen av att röka, det vill säga produkter som inte innehåller någon tobak (6 kap. 1 § LTLP punkt. 3-5). Skillnaden mellan de två första punkterna är dock att den förstnämnda handlar om produkter som definieras i artikel 2.10 - 2.13 i tobaksproduktdirektivet, såsom cigarett, cigarr och tobak för vattenpipor. De senare punkterna avser produkter som elektroniska cigaretter. Dessa produkter innehåller tobak men når aldrig förbränningspunkten, även kallad "heat-not-burn"-produkter.⁷⁷

När det kommer till punkterna 3-5 i ovannämnda lagrum, omfattas även användningen av produkter som inte innehåller tobak. I detta avseende återkopplar paragrafen till lagens 1 kap. 3 § LTLP där det finns en begreppsdefinition av elektroniska cigaretter och örtprodukter för rökning. Det framhålls att produkter av detta slag används som nikotinånga vilket innebär att det inte finns en förbränningspunkt. Användningen av dessa produkter omfattar därmed inhalering av produkten vilket medför att användning av produkterna överensstämmer med definitionen som återges i lagens 1 kap. 3 § LTLP men även av vad som definieras i artikel 2.16

⁷⁴ Prop. 2017/18:156 s. 153.

⁷⁵ Skäl 8 i direktiv 2014/40/EU, Artikel 114.3 FEUF-fördraget.

⁷⁶ Skäl 23 i direktiv 2014/40/EU.

⁷⁷ Prop. 2017/18:156 s. 200f.

i tobaksproduktdirektivet.⁷⁸ Enligt ingressen till tobaksproduktdirektivet bör speciell hänsyn tas vid regler av elektroniska cigaretter. Produkter av detta slag efterliknar och normaliserar rökning vilket leder till att de elektroniska cigaretterna inte utgör konsumtion av ett vanligt slag och bör därav ha en särskild reglering. Det handlar framför allt om att individer kan utveckla ett nikotinberoende som i sin tur skulle kunna resultera i en tobakskonsumtion.⁷⁹

I tillägg till ovanstående omfattar den utvidgade definitionen av rökning även användning av elektroniska cigaretter som inte innehar nikotinånga. Motiveringen till beslutet är att elektroniska produkter av detta slag är ett njutningsmedel som faller under lagrummets femte punkt. Detta kan exemplifieras genom användningen av en vattenpipa där inhaleringen sker efter upphettandet av rökstenar. Dessa rökstenarna är en mineralmassa som har besprutats med nikotin eller liknande substans. Bestämmelsen i punkterna 1 och 5 samt förbudet i 6 kap. 2 § p. 5 LTLP medför således att caféer och serveringsställen som bedriver service om rökning av vattenpipa med stor sannolikhet kommer läggas ner oavsett om produkten innehåller tobak eller ej.⁸⁰

Genom tobaksdirektivet harmoniseras bestämmelser om tobaksvaror, elektroniska cigaretter och örtprodukter för rökning inom EU. Av vad som framgått ovan, föreligger en harmonisering av den svenska lagen och direktivet i fråga om vilka produkter medlemsstaterna ska begränsa. Tobaksproduktdirektivets första artikel föreskriver att medlemsstaterna ska anpassa dess lagar och författningar i syfte att vissa tobaksprodukter för rökning ska tillnärmas. En viktig funktion med tobaksproduktdirektivet är att underlätta för den inre marknads funktion, med hänsyn till folkhälsa och unionens skyldigheter enligt WHO:s ramkonvention om tobakskontroll. Det kan fastställas att bestämmelser om rökningens omfång som sådan är välmotiverad eftersom ett viktig mål med tobaksproduktdirektivet även är att skydda människors liv och hälsa.

⁷⁸ Prop. 2017/18:156 s. 200f.

⁷⁹ Skäl 36 och 43 i direktiv 2014/40/EU.

⁸⁰ Prop. 2017/18:156 s. 156.

2.4.3 Rökfria utomhusmiljöer

Regleringar om rökfria miljöer framhålls av 6 kap. 2 § LTLP. En förändring jämfört med den äldre lagen är framför allt att förbudet utvidgas till att omfatta rökfria områden utomhus. Bland dem är serveringsställen, busshållplatser och entréer till lokaler för allmänt bruk inkluderade av bestämmelsen. Detta innebär att förbudet medför en begränsning av varans användning. Av propositionen till den nämnda lagen kan det utläsas att det råder delade meningar kring bestämmelsen. För de parter som ställer sig negativa till att lagstifta om rökfria miljöer framhålls att det främst kommer påverka den personliga friheten samt att sekundära konsekvenser är oordning, nedskräpning, risk för trängsel och tillgänglighet. De positiva effekterna av bestämmelsen är att den högst troligt kommer att bidra till en bättre arbetsmiljö och folkhälsa.⁸¹

För att möta de olika perspektiven framhåller regeringen att en skärpning av tobakslagen kommer vara det mest effektiva skyddet för att uppnå målet om att minska exponering av tobaksrök. Regeringen framhåller att frivilliga initiativ om rökfria område gett blandade resultat som gör det svårare att upprätthålla det tobakspolitiska målet. Det presumerades att förbudet om rökfria utomhusmiljöer bidrar till att minska risken för tobaksrelaterade sjukdomar. Detta eftersom tidigare förbudsregler och vetenskapliga studier om införandet av rökfria inomhusmiljöer visade detta resultat. Samtidigt hänvisas det till WHO:s rekommendationer kring att det krävs lagstiftning för att skydda människor mot exponering av tobaksrök. Målbilden kan enligt regeringen motiveras av syftet och eftersträvan att avnormalisera rökningen, framför allt bland barn och ungdomar som är särskilt känsliga för visuella signaler och sociala normer. Regeringen påpekar även att möjligheten för rökare att röka kvarstår, fast utanför det rökfria området. Regeringen konstaterar att förbud mot rökning ökar tillgängligheten för personer som inte bör eller vill utsättas för tobaksrök eller rök eller utsläpp från andra produkter.⁸²

En problematisk aspekt i detta avseende är att kravet på förutsägbarhet och tydlighet inte preciseras av målbilden om att minska hälsofaran med passiv rökning. Lagen kan av den anledningen medföra att den praktiska tillämpningen försvåras eftersom rökområdena inte är

⁸¹ Prop. 2017/18:156 s. 93.

⁸² Prop. 2017/18:156 s. 90 - 95.

omringade eller markerade till skillnad från krav på markering för förbudet om rökning inomhus eller inhägnade idrottsplatser. Regeringen anser här att varje enskilt fall får bedöma hur långt förbudet ska sträcka sig. I detta avseende väcks även frågan kring huruvida en säkerhetszon bör eller ska inrättas. En eventuell markering av sådant slag skulle kunna inkräkta på privat egendom men skulle även kunna anses som ett angrepp mot den personliga friheten. Motsättningar kring lagen kan ifrågasättas av bestämmelserna kring proportionalitet i detta avseende. Det vill säga att lagen inte är tillräckligt motiverad eftersom det finns en avsaknad av den geografiska yttre gränsen. Det kan skapa en viss osäkerhet vid tillämpning av bestämmelserna i lagen och kan därmed inte vara den minst ingripande åtgärden.⁸³

Utgångspunkten är att den som är i egenskap av ägare eller på annan grund disponerar över en rökfri miljö i första hand ska ansvara för att rökförbudet upprätthålls på det rökfria området.⁸⁴ Personalingångar eller föreningslokaler omfattas inte av rökförbudet med tanke på att tillträdet endast är för en begränsad krets personer.⁸⁵ Kontroller över att de rökfria utomhusområdena efterlevs ska sedan utövas av kommunen.⁸⁶ Det finns trots det en gränsdragningsproblematik då det inte finns en yttre gräns kring var förbudet om rökning börjar eller slutar, och vem som faktiskt ska ansvara för den geografiska platsen. Till exempel är en entré ett mycket vidsträckt begrepp som omfattas av lagrummets tionde punkt, men även ”på inrikes kollektivtrafik” som omfattar dels på busshållplatsen, dels utomhusområden i anslutning till kollektivtrafik. Bland dem taxizoner, perronger, biljettområden och gångbanor i anslutning till spårområde. Lagrådet avstyrker förslaget eftersom områdena som åsyftas inte är preciserade. Som ovan nämnt är en konsekvens diskussionen kring vem som bär ansvaret för utrymmet, framför allt när det kommer till områden som ligger i anslutning till privat mark som ägs av någon annan, till exempel trottoarer eller gator.⁸⁷ Regeringen framhåller att förbudet har en mycket begränsad inskränkning för samtliga parter samtidigt som folkhälsan väger tyngre.⁸⁸

⁸³ Prop. 2017/18:156 s. 89 – 91.

⁸⁴ Prop. 2017/18:156 s. 163.

⁸⁵ Prop. 2017/18:156 s. 203.

⁸⁶ Prop. 2017/18:156 s. 128.

⁸⁷ Prop. 2017/18:156 s. 93, 94 – 96.

⁸⁸ Prop. 2017/18:156 s. 163.

Av tobaksprodukt direktivet framhålls att direktivet inte harmoniserar rökfria miljöer.⁸⁹ I detta sammanhang kan det konstateras att den svenska lagen sträcker sig längre än vad tobaksprodukt direktivet förespråkar. Trots att direktivet talar för ett högt folkhälsoskydd bör åtgärder inte äventyra för den inre marknadens funktion. Att det finns undantagsregler för bestämmelser som har ett högt skyddsvärde kan endast göras om de är nödvändiga och svarar mot de samhällsintresse som erkänns av unionen.⁹⁰ För att kunna bedöma om huruvida den svenska lagen om rökfria områden är att anses i enlighet med EU-rätten bör det därav göras en analys av dess förenlighet med EU:s primärrätt, det vill säga: Är det utvidgade rökförbudet förenligt med bestämmelserna om fri rörlighet av varor?

2.5 Sammanfattning

Av vad som framhållits av förevarande kapitel syftar lagen om tobak och liknande produkter till att minska tobakskonsumtionen och att effektivt motverka passiv rökning. Den nyinstitfödda lagen har även sin grund i direktiv 2014/40/EU som är ett försök från unionen att få en gemensam lagstiftning om sådant som har en anknytning till tobaksprodukter och dess konsumtion. Tobaksprodukt direktivet ämnar således att få en harmoniserad lagstiftning inom unionen för att underlätta för den inre marknadens funktion. Detta vill säga att inte snedvräda konkurrensvillkor och underlätta gränsöverskridande handel med en hög hälsoskyddsnivå.

Det utvidgade rökförbudet omfattar numera fler tobaksprodukter än tidigare lagstiftning och begränsar även vilket geografiskt område som dessa produkter får användas på. Det vill säga att förbudet avser rökning av tobaksprodukter och andra produkter som till njutningssättet normaliserar rökning, på offentliga platser utomhus. Bland dem, entréer och uteserveringar.

Genom tobaksprodukt direktivet harmoniseras bland annat bestämmelser om ingredienser och utsläpp av tobaksvaror, rapporteringsskyldigheter, märkning och förpackningsskyldigheter. Direktivet omfattar även olika sorter av tobaksvaror, såsom elektroniska cigaretter och örtprodukter för rökning.

⁸⁹ Skäl 48 i direktiv 2014/40/EU.

⁹⁰ SOU 2016:14 s. 83.

Vilka produkter som omfattas av lagen och hur dessa ska hanteras framhålls tydligt av direktivet, emellertid nämns inget om att förbjuda rökning på vissa utomhusplatser. Den svenska regleringen kring att ha rökfria områden utomhus har således gått längre än vad tobaksproduktdirektivet godkänner. Beträffande artikel 24 i tobaksproduktdirektivet så har medlemsstaterna rätt att göra ytterligare begränsningar av tobak och relaterade produkter. Dessa avser emellertid endast lagstiftning om förpackning och att inrätta ytterligare förbud om tobakskategorier. Det utvidgade rökförbudet om rökfria områden bör därav bedömas mot bakgrund av EU:s primärrätt med beaktning av sekundärrättsligt material.

Vidare föreligger även en del tillämpningssvårigheter. För att ett förbud av detta slag ska kunna tillgodose det grundläggande syftet med lagen krävs det en precision av lagen. Att de rökfria områdena inte har en yttre gräns försvårar dels efterlevandet av förbudet, dels för kontrollmyndigheten som behöver kontrollera lagens efterlevnad.

3. Rökförbudet och fri rörlighet av varor

3.1 Allmänt om EU:s regelverk och normhierarki

Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt reglerar frågor om bland annat inrättandet och upprätthållandet av den inre marknadens funktion inom EU. Målet med att ha en inre marknad handlar om att bidra till en god ekonomisk och hållbar utveckling som bygger på prisstabilitet och en social marknadsekonomi där sociala framsteg eftersträvas (artikel 3.3 FEU-fördraget). Principerna om fri rörlighet är i detta en grundsten för att uppnå en välfungerande marknad, där en kategorisering gjorts genom fri rörlighet av *varor, personer, tjänster* och *kapital*. Principen är en viktig del för att upprätthålla och säkerställa fördragets efterlevnad och mål (artikel 26 FEUF-fördraget).⁹¹ För uppsatsen är det framför allt fri rörlighet av varor som aktualiseras eftersom tobak som produkt är att anses som en vara, det vill säga något som har ett ekonomiskt värde, är konkret och som är ett föremål för kommersiella transaktioner. Utgångspunkten är att medlemsstaterna i detta sammanhang inte får vidta åtgärder som är att anses vara ett hinder för den fria rörligheten. Dock kan denna huvudregel undantas om åtgärden är av en *icke-diskriminerande, proportionerlig* och *välmotiverad* natur.⁹² *Proportionalitetsprincipen* är en princip som har en stor betydelse inom EU-rätten. Att en åtgärd är proportionerlig innebär att handlingen inte sträcker sig längre än vad som anses nödvändigt. Åtgärder ska stå i proportion med sitt syfte (artikel 5.4 FEU-fördraget).

EU:s rättsakter har företräde framför nationell rätt. Samarbetet inom EU har sin grund i *principen om tilldelad befogenhet*. Principen avgränsar samarbetets omfång till att endast omfatta sådant som anges i EU-fördragen. Med tanke på att medlemsstaterna skapat EU genom primärrätten bör denna tillerkännas (artikel 5.2 FEU-fördraget).⁹³ Om en nationell domstol

⁹¹ Foster, 2018 s. 254, 260f.

⁹² Prop. 2017/18:156 s. 48f.

⁹³ Hettne & Otken Eriksson, 2011 s. 43.

skulle finna att en nationell rättsregel som strider mot EU-rätten ska den nationella domstolen inte tillämpa bestämmelsen. En konsekvens av denna företrädesprincip medför att EU-rätten ska tillämpas framför nationell rätt oavsett vad som föreskrivs i den nationella rättsordningen.⁹⁴ Medlemsstaterna har således gett upp en del av sin suveräna rätt och ska därav inte besluta *ensidigt* om något som strider mot rättsordningen inom EU.⁹⁵ Att harmonisera EU-rätt och nationell rätt bidrar till att uppfylla EU:s värderingar och målen med fördragsbestämmelserna (artikel 4.3 FEUF-fördraget) är ett upprätthållande av diskrimineringsförbudet (artikel 18 FEUF-fördraget). EU-rätten har alltså företräde oavsett vad som föreskrivs i svensk grundlag eller senare tillkommen nationell lag, såsom lagen om tobak och liknande produkter.

Kapitlet kommer redogöra för huvudregeln och undantagsregeln enligt EU:s primärrätt. Bestämmelsernas förenlighet med det svenska rökförbudet kommer sedan analyseras och tolkas med hjälp av EU-domstolens rättspraxis och det sekundärrättsliga materialet om rådets rekommendation om rökfria områden och WHO:s ramkonvention om tobakskontroll. Kapitlet avslutas med den sammanfattning av vad som uppdagats.

3.2 EU:s primärrätt om reglering av fri rörlighet av varor

3.2.1 Artikel 34 FEUF-fördraget förbudet

Som ovan nämnt är fri rörlighet en viktig del i arbetet om en gemensam marknad där varor är en av de grundläggande friheterna som främjas. Huvudregeln om principen om fri rörlighet av varor regleras i artikel 34 och artikel 35 i FEUF-fördraget. Bestämmelsen i artikel 34 FEUF-fördraget framhåller att kvantitativa *importrestriktioner* och åtgärder med motsvarande verkan är förbjudna. Likaså förbjuder artikel 35 FEUF-fördraget åtgärder som är kvantitativa *exportrestriktioner* och med motsvarande verkan. Enligt *likabehandlingsprincipen* följer att lika ska behandlas lika och olika fall ska behandlas olika om det inte finns någon objektiv grund

⁹⁴ Hettne & Otken Eriksson, 2011 s. 173.

⁹⁵ Hettne & Otken Eriksson, 2011 s. 174.

för särbehandling. Det innebär att inhemska varor och utländska varor ska få samma behandling.⁹⁶

”Kvantitativa restriktioner” är ett förbud som avser åtgärder som har karaktären av totala eller partiella förbud mot import eller export⁹⁷ medan ”åtgärder med motsvarande verkan” har en större räckvidd i kontrast till kvantitativa restriktioner, vilken fastställdes genom rättsfallen *Dassonville*⁹⁸ och senare i målet *Cassis de Dijon*⁹⁹. Av *Dassonville*-målet definierade EU-domstolen att åtgärder med motsvarande verkan är alla handelsregler antagna av medlemsstaterna som kan utgöra ett hinder *direkt* eller *indirekt*, *faktiskt* eller *potentiellt* för handeln inom unionen. Den så kallade *Dassonville*-formeln medför att en åtgärd som *faktiskt* hindrar den fria rörligheten inte behöver bevisas utan att det är tillräckligt med att en *potentiell* påverkan av samhandeln föreligger.¹⁰⁰

Det senare målet rör en tysk reglering angående en ”lägsta alkoholhalt” för likörer. Målet rör en fransk likör vid namn *Cassis de Dijon*, som inte kunde importeras till Tyskland mot bakgrund av att alkoholvånen var för låg enligt den tyska lagen.¹⁰¹ Rättsfrågan i målet var således om den tyska regleringen är förenlig med EU-rätten eller om den utgjorde ett hinder för den fria rörligheten av varor. EU-domstolen fastslog att nationella regler som inte är diskriminerande ändå kan ha en effekt på handeln. Regler som formellt sätt framstår som icke-diskriminerande kan således i praktiken ändå påverka utländska varor negativt.¹⁰² Det innebär att åtgärder som av dessa slag har någon form av handelshindrande effekt – oavsett i vilken rättslig form den ter sig – är att anses i strid mot principen om fri rörlighet av varor. Artikel 34 FEUF-fördraget omfattar på det sättet nationella åtgärder som är diskriminerande gentemot importerade varor, men även åtgärder som omfattas av *dubbelbördes-resonemanget*.

I detta sammanhang är *principen om ömsesidigt erkännande* relevant eftersom principen presumerar att det som lagligen tillverkats och saluförts i ett land ska även tillåtas i övriga

⁹⁶ Hettne & Otken Eriksson, 2011 s. 100f.

⁹⁷ Dom av den 12 juli 1973 i mål 2/73, *Geddo* (REG 1973), s. 865 p. 7.

⁹⁸ Mål 8/74, *Dassonville*.

⁹⁹ Mål 120/78, *Cassis de Dijon*.

¹⁰⁰ Mål 8/74, *Dassonville* p.5, se även Weiss & Kaupa, 2014 s. 56 f.

¹⁰¹ C-120/78 *Cassis de Dijon* p. 2.

¹⁰² Mål C-120/78, *Cassis de Dijon* p.14f.

medlemsstater.¹⁰³ Den syftar sålunda till att undvika bördor för utländska varor och underlättar för marknadstillträdet. Det ställs ett långtgående krav på ömsesidigt förtroende mellan medlemsstaterna.¹⁰⁴ Hinder mot den fria rörligheten för varor, oavsett om en harmonisering av EU-rätten saknas, kan således uppstå om bestämmelser om villkor på varorna måste uppfyllas. Varor som lagligen saluförts och tillverkats inom en annan unionsstat, ska även anses vara lagliga i övriga medlemsstater. EU-domstolen har bland annat redogjort för detta diskrimineringskrav i mål C-110/05 *Kommissionen mot Italien*.¹⁰⁵

Vissa former av åtgärder faller emellertid utanför denna formulering. I de förenade målen C-267/91 och C-268/91, *Keck och Mithouard* konstaterade EU-domstolen att försäljningsformer är en sådan åtgärder som faller utanför artikelns räckvidd, även den så kallade *Keck-doktrinen*.¹⁰⁶ Målet rör två män (Keck och Mithouard) som sålt utländska varor till underpris i Frankrike vilket stred mot den nationella lagstiftningen. Rättsfrågan i målet är därav om förbudet mot att sälja varor till underpris är förenligt med fri rörlighet av varor eller ej.¹⁰⁷ I och med målet begränsades artikel 34 FEUF-fördragets räckvidd till att inte omfatta *tidpunkten* när en viss produkt får säljas, *platsen* för försäljning eller restriktioner kring *vem* som får sälja produkten.¹⁰⁸ Förutsättningarna för bestämmelsernas tillämpningsområde är att en åtgärd måste röra samhandeln, det vill säga påverka försäljning av utländska och inhemska produkter på samma sätt, både rättsligt och faktiskt.

Beviskravet för att vissa åtgärder har en diskriminerande effekt bedöms dock i det enskilda fallet. I mål C-405/98 *KO mot Gourmet International Products*¹⁰⁹ konstaterade EU-domstolen bland annat att ett visst förbud var en försäljningsform men ansåg ändock att ett total reklamförbud för all alkohol, riktad mot konsumenter, försvårar marknadstillträdet för andra medlemsstaters varor.¹¹⁰

¹⁰³ Weiss & Kaupa, 2014 s. 70f.

¹⁰⁴ Se Mål 120/78, *Cassis de Dijon*; SOU 2016:14 s. 92; Jmf Prop. 2017/28:156 s. 147.

¹⁰⁵ Mål C-110/05, *kommissionen mot Italien* p. 35.

¹⁰⁶ Mål C-267/91 och C-268/91, *Keck och Mithouard*.

¹⁰⁷ Mål C-267/91 och C-268/91, *Keck och Mithouard* p.10f.

¹⁰⁸ SOU 2016:14 s. 94.

¹⁰⁹ Dom av den 8 mars 2001 i mål C-405/98 *Konsumentombudsmannen (KO) mot Gourmet International Products AB(GIP)*, REG 2001 s. I-1795.

¹¹⁰ SOU 2016:14 s. 94.

3.2.2 Artikel 36 FEUF-fördraget undantaget

I relation till ovanstående avsnitt innehåller bestämmelserna om fri rörlighet ett undantag som kan ske i två olika hänseende. Det första undantaget framhålls av artikel 36 FEUF-fördraget. Bestämmelsen är uttömmande och ska tolkas restriktivt.¹¹¹ Bestämmelsen handlar om att förbud eller andra åtgärder kan undantas om de kan motiveras av allmän moral, ordning, säkerhet eller intresset att skydda människors och djurs hälsa och liv. I förhållande till denna uppsats är undantag av den allmänna folkhälsan den mest förekommande. Avvikelser från huvudregeln får emellertid inte användas som ett medel för att godtyckligt diskriminera eller omfatta en dold begränsning av handeln, som konstaterat i mål C-120/78 *Cassis de Dijon*. I förevarande fall motiverade den tyska regeringen sin lag mot bakgrund av folkhälsan med argumentet att alkoholhaltiga drycker med lägre alkoholprocent lättare kan skapa ett alkoholmissbruk.¹¹² Det fastslogs i domen att konsumenter lätt kan informeras genom krav på förpackningsmarkering som anger vilket ursprung och alkoholhalt produkten har, vilket medför att en sådan reglering inte har företräde framför fri rörlighet av varor.¹¹³

Det andra undantaget är av icke-diskriminerande handelshinder är doktrinen om den *tvingande hänsynen*. Att undanta en viss regel på grund av tvingande hänsyn utvecklades genom EU-domstolens praxis och kan ses som ett tillägg till artikel 36 FEUF-fördraget. Det senare undantaget ger på så sätt en större möjlighet för medlemsstater att rättfärdiga ett visst handlande.¹¹⁴ Likt ovanstående möjliggör således undantagsregeln att diskriminerande nationella åtgärder i detta avseende kan behandlas olika. Restriktioner måste emellertid vara proportionerliga. Det medför att specifika åtgärder, oavsett om det är ett förbud enligt artikel 36 FEUF-fördraget eller ett undantag med tvingande hänsyn, måste bedömas utifrån om det inte finns ett mindre ingripande sätt att uppnå samma ändamål.¹¹⁵ Som ovan nämnt kring *Cassis de Dijon*. Medlemsstaterna har i och med det uppdraget att avgöra i vilken omfattning

¹¹¹ Se dom av den 17 juni 1981 i mål 113/80, *kommissionen mot Irland* (REG 1981, s. 1625; svensk specialutgåva, volym 6, s. 145) p. 7.

¹¹² Mål C-120/78, *Cassis de Dijon* p.10 – 12.

¹¹³ Mål C-120/78, *Cassis de Dijon* p. 13f.

¹¹⁴ Weiss & Kaupa, 2014 s. 67ff.

¹¹⁵ Se dom av den 20 maj 1976 i mål 104/75, *De Peijper*, REG 1976 s. 613, se även Prop. 2017/18:156 s. 147.

folkhälsan ska skyddas och kontrolleras, men har även ett krav att vara inom ramen av EU-fördragen och proportionalitetsprincipen.¹¹⁶

Vid en bedömning om en åtgärd är att anse som proportionerlig ser EU-domstolen främst till om åtgärder är *lämpliga* och *nödvändiga*.¹¹⁷ För att en åtgärd ska anses vara lämplig ska den vara välgrundad det vill säga, grundas på tillräckliga bevis, data (bland annat tekniska, vetenskapliga, statistiska och näringsmässiga), samt övrig relevant information.¹¹⁸ En åtgärd ska vara ett hot mot folkhälsan och inte en hypotetisk risk.¹¹⁹ För att en åtgärd ska uppfylla kravet om nödvändighet måste den vara begränsad till vad som krävs för att uppnå det legitima målet om att skydda folkhälsan.¹²⁰ I detta sammanhang är även den så kallade försiktighetsprincipen relevant som visar under vilka omständigheter en lagstiftare kan vidta skyddsåtgärder. Principen tillämpas av medlemsstaterna om det råder en osäkerhet i relation till att människors hälsa riskerar att skadas. Medlemsstaterna måste tillta skyddsåtgärder utan att behöva vänta där medlemsstaterna har bevisbördan för den så kallade riskbedömningen. Kravet på beviset ställs allmänt lågt.¹²¹ En så kallad riskbedömningen kan således godkännas om det råder ett osäkert forskningsläge. Kopplingen mellan forskning och hälsan behöver ej påvisas men åtgärden kan inte baseras på en hypotetisk risk.¹²² Vidare ska en åtgärd inte vara ett medel för godtycklig diskriminering och vara den minst ingripande åtgärden, det vill säga den minst ingripande åtgärden för att uppfylla målet.¹²³

3.2.3 Rökförbudet och artikel 34 FEUF-fördraget

Med beaktning av ovanstående kommer förevarande avsnitt att utgå från följande:

1) Påverkar rökförbudet tillgången till marknaden i verksamhetslandet och;

¹¹⁶ Hettne & Otken Eriksson, 2011 s. 102f.

¹¹⁷ Weiss & Kaupa, 2014 s. 69.

¹¹⁸ SOU 2016:14 s. 95.

¹¹⁹ Chalmers, Davies & Monti, 2012 s. 901ff.

¹²⁰ Se dom av den 5 februari 2004 i mål C-270/02, *kommissionen mot Italien*, REG 2004 s. 1559.

¹²¹ SOU 2016:14 s. 96.

¹²² Fri rörlighet för varor – Handledning för tillämpningen av fördragets bestämmelser om fri rörlighet för varor, Europeiska kommissionen, 2010 s. 27.

¹²³ Chalmers, Davies & Monti, 2012 s. 911, 914f.

2) Utgör rökförbudet en så kallad dubbel börda eller ej.

I tre fall har EU-domstolen dömt kring rättsfrågan om ett begränsat användande kan medföra att marknadsstillträdet försvåras. I mål C-142/05, *Mickelsson och Roos*¹²⁴ dömde EU-domstolen om huruvida förordningen (1993:1053) om användning av vattenskotter (hädanefter vattenskotterförordningen) är i enlighet med EU-regleringar kring fri rörlighet av varor.

Fallet rör två män som åtalades vid Luleå tingsrätt för att ha kört vattenskottrar inom ett område som är förbjudet enligt 2 § i vattenskotterförordningen. Användning av vattenskottrar begränsades till att endast få användas i allmän farled och andra vattenområdet som framhålls genom lag. *Mickelsson och Roos* försvarade sitt handlande genom att anföra att reglerna stred mot artikel 34 FEUF-fördraget och mot fritidsbåtsdirektivet¹²⁵. Mot denna bakgrund begärde Luleå tingsrätt ett förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF-fördraget, rörande om fritidsbåtsdirektivet och bestämmelserna om fri rörlighet av varor är att anse utgöra ett hinder för den nationella lagstiftningen som begränsar användningen av vattenskottrar.¹²⁶

Vid en granskning av EU-domstolens resonemang, konstateras det att om nationella regler syftar eller leder till att varor från andra medlemsstater behandlas mindre förmånligt, är det att anses som en åtgärd med motsvarande verkan oavsett om det föreligger eller saknas en harmonisering på området.¹²⁷ EU-domstolen menade att varans användning blev begränsad eftersom det råder en bristande information om vilka vattenområden som vattenskottrar får användas på samt att de allmänna farlederna är avsedda för tung yrkessjöfart. Trots att vattenskotterförordningen som sådan är i enlighet med fritidsbåtsdirektivet kan en begränsning ha en inverkan på saluföring av vattenskottrar i Sverige eftersom användandet av varan lagligen är begränsad. Begränsningens räckvidd kan ha en avsevärd inverkan på konsumenters beteende, vilket i sin tur påverkar varans tillträde på marknaden.¹²⁸

¹²⁴ Se mål C-142/05, *Mickelsson och Joakim Roos*.

¹²⁵ Europaparlamentet och rådets direktiv 94/25 av den 16 juni 1994 om tillnärmning av medlemsstaternas lagar och andra författningar i fråga om fritidsbåtar. [fritidsbåtsdirektivet].

¹²⁶ Mål C-142/05 p. 16.

¹²⁷ Mål C-142/05 p. 24.

¹²⁸ Mål C-142/05 p. 25 – 26.

Som ovan nämnt, finns det en säkerhetsrisk med att köra vattenskotrar i allmänna farleder samtidigt som det finns ett starkt intresse att skydda miljön med den då nyligen införlivade vattenskoterförordningen. Den användningsbegränsande lagen utgör åtgärd med motsvarande verkan och påverkar marknadstillträdet för produkter av detta slag negativt. Produktens begränsande räckvidd, den kraftiga begränsningen av varan och nödvändigheten för att uppnå målet med förordningen minskar efterfrågan av produkten.¹²⁹

Ett liknande resonemang anfördes av EU-domstolen i mål C-110/05 *Kommissionen mot Italien*¹³⁰ och mål C-265/06 *Kommissionen mot Portugal*¹³¹. Det första fallet handlar om en italiensk reglering som förbjöd motorcyklar att köra med släpvagnar och det andra fallet rör ett portugisiskt förbud om att fästa en ”solskyddsfilm” på fönstret av motorfordon. Även här konstaterade EU-domstolen att varorna lagligen saluförs i samtliga stater men har en begränsad användning av ifrågavarande produkter. Likt målet *Mickelsson och Roos* fastställde EU-domstolen därmed att både det italienska förbudet av användning av en släpvagn och den portugisiska förbudsregeln om skyddsfilm på bilfönster utgjorde en åtgärd med motsvarande verkan. Utgångspunkten var att varans användningsområde minskade och därmed marknadstillträdet för utländska varor, eftersom importenen nästan blev obefintlig. Båda förbuden var således inte förenliga med artikel 34 FEUF-fördraget.

Den svenska lagen om rökning och liknande produkter handlar till mångt och mycket dels om att uppfylla tobaksproduktdirektivet, dels att skärpa lagen genom att minska den passiva rökningen inom Sverige och därmed tobaksrelaterade sjukdomar. Genom att inkludera ytterligare produkter och införa rökfria miljöer kan lagen diskuteras mot bakgrund av EU-domstolens ovannämnda rättspraxis. I enlighet med EU-domstolens resonemang i målen *Mickelsson och Roos*, *Kommissionen mot Italien* och *Kommissionen mot Portugal* är begränsande regleringar som anvisar vilka områden som produkter kan användas på något som kan leda till att användarna hindras att bruka varor eller kraftigt begränsar deras användningsområden. Denna kraftiga begränsning utgör en åtgärd med motsvarande verkan, såvida det inte äventyrar med tvingande hänsyn eller undantaget enligt artikel 36 FEUF-

¹²⁹ Mål C-142/05, *Mickelsson och Roos* p. 28 – 29, 30 – 44.

¹³⁰ Se mål C-110/05, *Kommissionen mot Italien*.

¹³¹ Se mål C-265/06, *Kommissionen mot Portugal*.

fördraget.¹³² Med tanke på att uppsatsen syftar till att utreda om huruvida rökförbudet är förenligt med EU-rätten eller ej, bör EU-domstolens resonemang kring ovanstående rättspraxis tas i beaktning.

Tobaksprodukter är idag en vara som lagligen saluförs, tillverkas och används i andra medlemsstater. Att minska en varas användningsområde för produkten i Sverige försvårar därav marknadstillträdet för utländska varor. Åtgärder som vidtas av medlemsstaterna ska varken syfta till, eller leda till, att varor från andra medlemsstater ska behandlas mindre förmånligt. Det utvidgade rökförbudet om att förbjuda användandet av fler produkter (6 kap. 1 § LTL) samt att dessa endast kan användas på vissa platser (6 kap. 2 § LTL) bidrar till att varans geografiska räckvidd och omfång begränsas. Detta eftersom rökning som även till sättet används som ett ”njutningsmedel” och förutbestämda platser – som dessutom inte har en yttre gräns – tillhör lagens tillämpningsområde. Sådana regleringar skulle därav kunna anses kraftigt begränsa konsumenters vilja att köpa tobaksprodukterna eftersom användningsområdets räckvidd begränsats. Vetskapen om att användningen är begränsad enligt lag leder till att konsumenterna har ett begränsat intresse av att köpa varor av detta slag, detta konstaterades av EU-domstolen i *Mickelsson och Roos*.¹³³ Minskar efterfrågan, påverkas marknadstillträdet.

Generaladvokaten Juliane Kokotts menar emellertid att mål som rör nationella bestämmelser som begränsar eller förbjuder vissa användningsformer, bör bedömas utifrån *Keck-doktrinen*. Det innebär att användningsformerna i analogi med säljformerna för en vara ska falla utanför tillämpningsområdet för artikel 34 FEUF-fördraget.¹³⁴ Detta eftersom båda formerna har en jämförbar påverkan på handeln sett till art och intensitet som inte längre syftar på handeln mellan staterna utan snarare ett förhållande inom staten.¹³⁵ Det vill säga att ”åtgärder som gäller för samtliga berörda näringsidkare som bedriver verksamhet inom det nationella territoriet och förutsatt att de såväl rättsligt som faktiskt påverkar avsättningen av inhemska varor och varor från andra medlemsstater på samma sätt”.¹³⁶

¹³² Mål C-142/05, *Mickelsson och Roos* p. 24 – 28.

¹³³ Mål C-142/05, *Mickelsson och Roos* p. 26, se även ett liknande resonemang i mål C-110/05, *Kommissionen mot Italien* p.56.

¹³⁴ Mål C-142/05, generaladvokaten Juliane Kokotts förslag till avgörande p. 57 – 72.

¹³⁵ Mål C 142/05, generaladvokaten Juliane Kokotts förslag till avgörande p. 46 – 56.

¹³⁶ Mål C-267/91, *Keck*, p. 15.

Den centrala rättsfrågan utifrån Kokotts resonemang är om användningsregler bör bedömas på samma sätt som bestämmelser om försäljningsformer gör. Generaladvokaten Yves Bot ger ett förslag som är i linje med domstolens bedömning i mål C-110/05, *Kommissionen mot Italien*. Bot framhåller att sådana åtgärder som tillhör försäljningsformer är riktade mot affärsverksamhet, vilket inte påverkar en saluföring och inte heller marknadstillträdet.¹³⁷ Varor ska kunna exporteras såsom de är utformade och i detta ha samma ställning som nationella varor. Bot anför att genom rättspraxisens utveckling har nya kriterier av åtgärd lett till att den fria rörligheten tillämpas annorlunda men har en gemensamt kriterium: marknadstillträdet. Att utesluta användningsregler från tillämpningsområdet av artikel 34 FEUF-fördraget skulle enligt Bot gå emot den ändamålsenliga verkan av att ha en gemensam marknad där varor cirkulerar fritt.¹³⁸ Att det råder en skillnad mellan domen om *Mickelsson och Roos* och den Italienska bestämmelsen nekar inte Bot. Den svenska regleringen rör förbud om en varas användning på vissa platser, medan de italienska bestämmelserna rör ett allmänt förbud av användning av en vara.¹³⁹ Ett absolut förbud som den italienska bestämmelsen reglerade, gör varan oanvändbar och utgör uppenbarligen en inskränkning enligt artikel 34 FEUF-fördraget.

Trots att en nationell reglering är icke-diskriminerande kan den nationella åtgärden snedvrída konkurrensen och bör föranleda en tillämpning av artikel 34 FEUF-fördraget. Lagen om tobak och liknande produkter försvårar inte marknadstillträdet som sådan, däremot är regleringen om att begränsa användandet av tobak en åtgärd med motsvarande verkan som enligt artikel 34 FEUF-fördraget är förbjudet. Det utvidgade rökförbudet är därav ej förenlig med EU-rättens mål. Eftersom varans räckvidd kraftigt begränsar konsumentens vilja att köpa produkterna.

I *Mickelsson och Roos* och *Kommissionen mot Italien* kunde de nationella användningsreglerna motiveras av tvingande hänsyn eller undantaget enligt artikel 36 FEUF-fördraget. Det handlade om att åtgärderna vidtogs i syfte att skydda miljön¹⁴⁰ och att skydda allmän säkerhet i trafiken.¹⁴¹ I målet om *Kommissionen mot Portugal* fastslog EU-domstolen däremot att

¹³⁷ Mål C-110/05, generaladvokaten Yves Bot förslag till avgörande p. 39 – 40.

¹³⁸ Mål C-110/05, generaladvokaten Yves Bot förslag till avgörande skäl 2.

¹³⁹ Mål C-110/05, generaladvokaten Yves Bot förslag till avgörande p. 18.

¹⁴⁰ Mål C-142/05, *Mickelsson och Roos* p. 20 – 22.

¹⁴¹ Se mål C-110/05, *Kommissionen mot Italien* p. 69.

importrestriktionen inte kunde rättfärdigas med hänsyn till var som ansågs lämpligt och nödvändigt. Förbudet var ett allmänt förbud som gjorde tillträdet på marknaden obefintligt.¹⁴²

3.2.4 Rökförbudet och artikel 36 FEUF-fördraget

Som ovan konstaterats försvårar den nationella regleringen marknadstillträdet på grund av att användningen av produkterna begränsas. Den svenska regeringen menar emellertid att trots att det föreligger en icke-diskriminerande åtgärd, utgör inte rökförbudet till sin utformning skillnad mellan utländska och inhemska varor. Regeringen finner i detta sammanhang att begränsningens räckvidd och omfång inte kan anses vara så pass långtgående att tobaksprodukterna kraftigt begränsas i relation till ett motiverat intresse av att skydda människors liv och hälsa.¹⁴³ För att kunna utreda om lagen om rökförbud är förenlig med bestämmelserna om fri rörlighet av varor eller motiverad av artikel 36 FEUF-fördraget kommer avsnittet redogöra för:

- 1) Har regleringen om rökförbudet ett motiverat mål av tvingande hänsyn till allmänintresset och;
- 2) Är förbudet om rökning lämpligt, nödvändigt och proportionerligt i förhållande till unionsrättens mål.

I rättsfallet *Mickelsson och Roos* ställdes frågan kring huruvida ett undantag föreligger eller ej. EU-domstolen prövade därav om åtgärden att begränsa användning av vattenskotrar kan motiveras av artikel 36 FEUF-fördraget eller tvingande hänsyn i form av miljöskydd.¹⁴⁴ Vid bedömningen framhölls att användning av vattenskotrar inom vissa områden kan skada djurlivet negativt eftersom användandet var under en längre tid och på en begränsad yta där vattenskotern fördes i hög hastighet.¹⁴⁵ EU-domstolen menar här att själva lydelsen inom vattenskotreförordningen presumerar att användandet av produkten kan ske i områden som anvisas genom åtgärder för genomförande utan att störa miljön. Att lagen skulle anses proportionerlig kräver därav att de nationella myndigheterna vidtar sådana

¹⁴² Se mål C-265/06, *Kommissionen mot Portugal* p. 41.

¹⁴³ Prop. 2017/18:156 s. 153f.

¹⁴⁴ Mål C-142/05, *Mickelsson och Roos* p. 28 – 33.

¹⁴⁵ Mål C-142/05, *Mickelsson och Roos* p. 30.

genomförandeåtgärder.¹⁴⁶ Utifrån det fastställdes att det inte föreligger ett hinder för nationell lagstiftning om behörig myndighet vidtar de genomförandeåtgärder som krävs med motiveringen av att skydda miljön enligt artikel 36 FEUF-fördraget.¹⁴⁷

Av EU-domstolens dom i mål *Kommissionen mot Portugal* kan det även utläsas att den nationella domstolen motiverade förbudet om ”solskyddsfilm” på grund av att förbudet underlättar polisens arbete i trafiken. Det handlade dels om att förenkla kontroll av användandet av säkerhetsbälte, dels om att lättare kunna identifiera individer som var misstänkta för brott.¹⁴⁸ Mot bakgrund av att förbudet underlättade kontrollen i trafiken och därmed säkerheten anförde EU-domstolen att bestämmelsen är ändamålsenlig vilket gör förbudet lämpligt. Emellertid var användningsförbudet inte nödvändigt, eftersom regeln inte betraktas som den minst ingripande åtgärden. Förbudet ansågs vara inkonsekvent eftersom det var tillåtet att köpa och sälja bilar med tonade glasrutor. EU-domstolen anförde att skyddsfilm av detta slag skulle kunna vara mindre transparenta.¹⁴⁹

I tidigare kapitlet konstaterades att det utvidgade rökförbudet handlar om att omfatta fler produkter (6 kap. 1 § LTLP) och införa rökfria områden utomhus (6 kap. 2 § LTLP). I detta sammanhang konstaterades det att lagen begränsar användningsområdet för produkterna och påverkar således tillgången på marknaden. Rekvisiten om ”begränsningens räckvidd”, den ”kraftiga begränsningen” och ”påverkan av konsumenters beteende” som kunde utläsas genom domen av *Mickelsson och Roos* ansågs enligt regeringen inte vara så pass begränsande. Lagens införlivande motiverades därav mot bakgrund av de tobakspolitiska målen och att tobaksrök är hälsovådligt som därav bör begränsas.¹⁵⁰

Likt EU-domstolens dom i *Mickelsson och Roos* fastställdes att vattenskoterförordningen som sådan är att anses välmotiverad eftersom en viktig funktion med fritidsdirektivet var att skydda miljön. I detta sammanhang går det att konstatera att behovet av ett rökförbudet är välmotiverat eftersom det ligger i linje med att skydda folkhälsan som motiveras om ett rökfritt Sverige 2025.

¹⁴⁶ Mål C-142/05, *Mickelsson och Roos* p. 37 – 44.

¹⁴⁷ Mål C-142/05, *Mickelsson och Roos* p. 44.

¹⁴⁸ Mål C-110/05, *Mickelsson och Roos* p. 23.

¹⁴⁹ Mål C-110/05, *Mickelsson och Roos* p. 37 – 48.

¹⁵⁰ Prop. 2017/18:156 s. 154.

Den svenska regeringen har bland annat anfört att vetenskapliga studier visar produktens hälsovådliga skadeverkningar. Lag om tobak och liknande produkter kan betraktas som lämplig mot bakgrund av dess ändamål. Lagen torde minska tobaksrelaterade varor och därmed tobaksrelaterade sjukdomar.

Att införa ett användningsförbuds nödvändighet kan däremot diskuteras. Av vad som tidigare i uppsatsen framställts råder det en oklarhet i relation till de geografiska gränserna samt vem som ska ansvara över det rökfria området när en överträdelse sker. I detta sammanhang går det att diskutera om det är den minst ingripande åtgärden att införa rökfria områden utomhus. I målet *Mickelsson och Roos* går det att utläsa att den svenska begränsningsregeln kan undantas på grund av själva lydelsen i vattenskoterförordningen. Det presumeras att vattenskotrar får användas på cirka 300 allmänna farleder längs med kusten, farleder som inte begränsar varans användning genom lag. Det framhålls även att dessa farleder varken stör eller riskerar vad som anses godtagbart med hänsyn för miljön. EU-domstolen fastställde att det inte är ett allmänt förbud som går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå målet att skydda miljön. Lagstiftningen är proportionerlig under förutsättning att de genomförandeåtgärder som behövs för att myndigheterna skulle kunna utöva den behörighet de enligt lagen getts.¹⁵¹

Regeringen motiverade lagen om rökförbud genom att det endast är ett fåtal platser som varorna kan brukas.¹⁵² Det vill säga att rökförbudet inte är ett allmänt förbud som till exempel den italienska lagen i mål C-110/05, *Kommissionen mot Italien*. Dock saknar förbudet om de rökfria områdena en yttre gräns. För att ett förbud av detta slag ska kunna tillgodose det grundläggande syftet med lagen krävs en precision. Detta eftersom den o-definierade geografiska gränsen försvårar dels för de som ansvarar över att lagen efterlevs, dels tillsynen för kontrollmyndigheten som behöver kontrollera lagens efterlevnad. Till exempel är begreppet entré ett mycket vidsträckt begrepp som omfattas av lagrummets tionde punkt, där det är ytterst oklart var rökförbudet börjar och slutar. En yttre gräns av de rökfria platserna hade möjliggjort att kontrollmyndigheten och den som ansvarar över den rökfria platsen lättare skulle kunna ta hänsyn till de skyldigheter lagen medför. På så sätt skulle lagen vara i proportion till sitt ändamål: att motverka mot exponering av tobaksrök och minska de skadeverkningar produkten medför.

¹⁵¹ Mål C-142/05, *Mickelsson och Roos* p. 38 – 39.

¹⁵² Prop. 2017/18:156 s. 154.

Det utvidgade rökförbudet är proportionerligt och förenligt med artikel 36 FEUF-fördraget under förutsättning att en yttre gräns införlivas, för att de som ansvarar för rökförbudet och för de som ska kontrollera förbudets efterlevnad, ska kunna utöva den behörighet de enligt lagen getts.

3.3 EU:s sekundärrättsliga reglering och rökförbudet

3.3.1 Rökförbudet och Rekommendationen

Den 30 november 2009 skapades rådets rekommendation om rökfria miljöer. Rekommendationens primära syfte är att minska exponeringen av miljötobaksrök och av andras tobaksrök. Detta eftersom produkter av detta slag utgör en utbredd orsak till dödlighet och tobaksrelaterade sjukdomar.¹⁵³ Det anges tidigt i rekommendationen att frivilliga strategier på nationell nivå har visat saknad verkan när det kommer till att minska den passiva rökningen. Barn och ungdomar är den målgrupp som i en hög utsträckning blir drabbade. För att varje människa ska kunna ha rätt till en hög skyddsnivå för sitt liv, rekommenderar rådet att medlemsstater ska införa lagstiftning om rökfria miljöer eftersom det är det mest effektiva sättet att upprätthålla skyddet mot tobaksrelaterade sjukdomar.¹⁵⁴ Vidare uppmuntras medlemsstater att genom lagstiftning införliva rökfrihetspolitik och stödåtgärder¹⁵⁵, och även tillhandahålla ändamålsenliga verktyg för att genomföra nationella strategier.¹⁵⁶

Rekommendationen som sådan hänvisar vidare till att medlemsstaterna bör erbjuda ett effektivt skydd mot exponering för tobaksrök på arbetsplatser, offentliga miljöer inomhus, allmänna transportmedel och andra berörda offentliga miljöer.¹⁵⁷

¹⁵³ Skäl 3, i rekommendationen 2009/C 296/02.

¹⁵⁴ Skäl 8-9, i rekommendationen 2009/C 296/02.

¹⁵⁵ Artikel 3, i rekommendationen 2009/C 296/02.

¹⁵⁶ Artikel 5, i rekommendationen 2009/C 296/02.

¹⁵⁷ Artikel 1-4, i rekommendationen 2009/C 296/02.

Generellt sett lyfter fördragen unionens funktion medan sekundärrätten lagstiftar om konkreta skyldigheter och rättigheter inom unionen, med beaktning av primärrätten.¹⁵⁸ Den centrala rättskällan inom EU är primärrätten. Medlemsstaterna har skapat primärrätten och därmed tillerkänt dess validitet och legitimitet. Det innebär att oavsett att rekommendationen till mångt och mycket utarbetar strategier för tobakskontroll med hänsyn av folkhälsan, kan dess giltighet inte ifrågasättas av EU-institutioner eftersom fördragsbestämmelser är grunden till dess existens.¹⁵⁹ EU-domstolen saknar befogenheten att bedöma primärrättens laglighet (artikel 263 FEUF-fördraget), men kan genom 267 FEUF-fördraget bedöma giltigheten av ett förhandsavgörande och har dessutom möjlighet att tolka fördraget. Domstolen har således inte befogenhet att förklara fördragsbestämmelser ogiltiga. Emellertid fyller rekommendationer av dessa slag en viktig funktion eftersom rekommendationer kan vara av rättslig betydelse, exempelvis vid tolkning av bindande rättsakter.¹⁶⁰

I mål C-322/88 *Grimaldi mot Fonds* ställer den belgiska domstolen ett förhandsavgörande om hur en fördragsbestämmelse skulle tolkas mot bakgrund av en rekommendation som kommissionen utfört. Tvisten i domen rör en italiensk arbetstagare (Grimaldi) som immigrerade till bolaget Fond i Bryssel. Bolaget nekade Grimaldi ansökan om arbetsskada med motivering att den ifrågavarande sjukdomen inte utgör en arbetsskada enligt belgisk lag. Dock anses sjukdomen som en arbetsskada i kommissionens rekommendation.¹⁶¹

I domen kan det utläsas att rekommendationer inte kan bli föremål för EU-domstolens prövning,¹⁶² men ska tas hänsyn till vid tolkning ”av nationella bestämmelser som antagits för deras genomförande, eller när de har till syfte att utfylla bindande gemenskapsrättsliga bestämmelser.”¹⁶³ Utifrån det kan rådets rekommendation om rökfria miljöer anses vara i linje med den tobakspolitiska målbild som den svenska regeringen ämnar att eftersträva med införlivandet av rökförbudet. Rekommendationen kan användas som tolkningsunderlag av om rökförbudet är förenligt med EU-rätten, den kan däremot inte ge upphov till enskilda

¹⁵⁸ Derlén, Ingmanson, Lindholm, 2017 s. 38f.

¹⁵⁹ Hettne & Otken Eriksson, 2011 s. 42.

¹⁶⁰ Se Domstolens dom av den 13 december 1989 i mål C-322/88 *Salvatore Grimaldi mot Fonds des maladies professionnelles*. [*Grimaldi mot Fond*].

¹⁶¹ Mål C-322/88 *Grimaldi mot Fond* p. 3-5.

¹⁶² Mål C-322/88 *Grimaldi mot Fond* p. 8.

¹⁶³ Mål C-322/88 *Grimaldi mot Fond* p. 18.

rättssubjekts rättigheter eftersom rekommendationen inte är en bindande rättsakt enligt artikel 288 FEUF-fördraget.

3.3.2 Rökförbudet och WHO:s ramkonvention om tobakskontroll

År 2005 ratificerade Sverige WHO:s ramkonvention om tobakskontroll.¹⁶⁴ WHO:s Ramkonvention är den första internationella folkhälsokonventionen som har ett brett juridiskt ramverk med både bindande och icke-bindande rättsakter om tobakskontroll. Den avser att ge stöd till enskilda stater och organisationer för att utveckla sin nationella lagstiftning och politik angående tobakskonsumtion. Detta genom att skapa metoder och strategier för att minska tillgången och efterfrågan av tobak.¹⁶⁵

Genom tobaksproduktdirektivet ska även unionen uppfylla sina skyldigheter enligt WHO:s ramkonvention om tobakskontroll. Utgångspunkten är en hög skyddsnivå för folkhälsa, där barn och ungdomar är en särskilt viktig målgrupp.¹⁶⁶ Bestämmelser om reglering av tobaksvarors innehåll, reglering av information om tobaksvaror, förpackning och märkning, reklam och marknadsföring samt olaglig handel med tobaksvaror är av särskild betydelse.¹⁶⁷ Emellertid rör arbetet främst främjandet av illegal handel av tobaksprodukter och inte begränsning av rökfria utomhusområden i samma utsträckning. Att ratificera ett internationellt avtal av detta slag, medför att avtalet blir en integrerad del av gemenskapsrättsordningen från och med den dagen avtalet träder i kraft. Avtalen räknas till EU:s sekundärrätt eftersom avtalet endast kan ingås med stöd av särskilda bemyndiganden av fördragen.¹⁶⁸ Hur förhåller sig då den svenska lagen gentemot sina förpliktelser mot ramkonventionen, och hur samspelar dessa förpliktelser gentemot EU-rätten. Att effektivt lagstifta om tobaksprodukter har som mål att inrätta ett universellt skydd från exponering av tobaksrök. Enligt WHO:s ramkonvention bör undantag ej göras, men om ett undantag måste övervägas bör de vara begränsade.¹⁶⁹ Samtidigt

¹⁶⁴ Se Prop. 2004/05:118.

¹⁶⁵ Prop. 2017/18:156 s. 44.

¹⁶⁶ Prop. 2017/18:156 s. 47.

¹⁶⁷ Skäl 7 i direktiv 2014/40/EU.

¹⁶⁸ Hettne & Otken Eriksson, 2011 s. 42.

¹⁶⁹ Prop. 2017/18:156 s. 44, 49.

framhålls det genom fördragen att EU saknar behörighet att lagstifta om förbud av tobak.¹⁷⁰ Konflikten som uppstår i detta avseende är vilken rättsordning har företräde i fallet om det svenska rökförbudets legitimitet?

Av artikel 8 WHO:s ramkonventionen (FCTC) beskrivs att medlemsstaterna ska aktivt främja antagande och genomförande av effektiva åtgärder för att minska exponeringen för tobaksrök. Skyddet mot exponering ska ges på arbetsplatser inomhus, allmänna transportmedel, offentliga platser inomhus och i förekommande fall andra offentliga platser.¹⁷¹ Det betonas att ett skydd för den enskilde mot tobaksrök följer av grundläggande mänskliga fri- och rättigheter. Den hälsovådliga faran som inhalering av tobaksrök medför, handlar inte endast om själva tobaksröken utan även skyddet mot tobaksrök som implicit omfattas av rätten till liv och hälsa (artikel 4 (a) FCTC). Enligt konventionen likställs ett effektivt skydd mot tobaksexponering med att tobak helt måste elimineras från specifika platser för att individer ska kunna åtnjuta denna rättighet. Alternativa lösningar såsom ventilation, filtrering eller markerade rökområden har enligt studier visat sig vara ineffektiva.¹⁷²

Att lagstifta om rökfria områden utomhus och begränsa tobakskonsumtionen genom att förbjuda fler produkter bör av den anledningen anses vara i linje med de skyldigheter som konventionen uppmuntrar till. Det kan utläsas av artikel 351 FEUF-fördraget att ”I den mån dessa avtal inte är förenliga med fördragen ska den eller de berörda medlemsstaterna vidta alla lämpliga åtgärder för att undanröja det som är oförenligt med fördragen. Medlemsstaterna ska vid behov bistå varandra i detta syfte och i förekommande fall inta en gemensam hållning.” Detta innebär att EU:s primärrätt har som huvudregel företrädesrätt.¹⁷³ Emellertid får bestämmelsen mindre betydelse eftersom EU är en del av WHO:s ramkonvention och är därmed en integrerad del av EU-rätten.

¹⁷⁰ Artikel 168.5 FEUF-fördragen.

¹⁷¹ Artikel 8 p.2 FCTC.

¹⁷² Artikel 8 i WHO:s ramkonventionen.

¹⁷³ Foster, 2018 s. 146.

EU-domstolen har genom mål C-162/96¹⁷⁴ tolkat hur en internationell avtalsbestämmelse förhåller sig till en fördragsbestämmelse. Det framhålls att en bestämmelse som unionen har ingått skall anses vara direkt tillämplig med hänsyn till dess ordalydelse, syfte och art om den innebär en klar och tydlig skyldighet. Avtalsbestämmelsen ska i tillägg inte vara beroende av fullgörandet av ytterligare rättsakter.¹⁷⁵ Som ovan nämnt handlar WHO:s ramkonvention om att förse konventionsmedlemmarna med metoder och strategier för att utveckla lagar och politik om tobakskonsumtion. Syftet torde handla om skydd för folkhälsan. Dock kan avtal av internationell karaktär undantas trots att det föreligger en ratificering på grundval av en bedömning av dess ändamål, anda, allmänna systematik och ordalydelse.¹⁷⁶ Dessutom ska avtalen ifråga vara tydliga och preciserade. Oavsett om räckvidden inom ramkonventionen har formulerats tydligt, kan bestämmelser om ”andra offentliga miljöer” lätt ge upphov till avvikande tolkningar eftersom omständigheterna kring vad som utgör en offentlig miljö kan tolkas på olika sätt. Till exempel gäller dessa omständigheter endast regleringar inomhus eller omfattar bestämmelsen även utomhus miljöer. Lagens precision och tydlighet kan ifrågasättas mot bakgrund av att de inte är tillräckligt klar och exakt för att ha en direkt effekt.¹⁷⁷

Oavsett om det föreligger en förenlighet med den svenska lagstiftningen om rökförbud och WHO:s ramkonvention, har bestämmelserna inom fördragen företräde med tanke på den rättshierarki som föreligger mellan primärrätt och sekundärrätt. Primärrätten har skapats av medlemsstaterna och tillerkänns därför ett berättigande av ”en betydande grad av politisk och demokratisk legitimitet”.¹⁷⁸ I detta sammanhang framhåller artikel 168.5 FEUF-fördraget om att en hög hälsoskyddsnivå ska säkerställas vid utformning och genomförande av all unionspolitik och alla unionsåtgärder. Lagstiftningsförfarande ska även syfta till att skydda och förbättra människors hälsa samt åtgärder som direkt avser skydd av folkhälsan när det gäller

¹⁷⁴ Dom av den 16 juni 1998 i mål C-162/96, *A Racke GmbH & Co. Och Hauptzollamt Mainz*, ECLI:EU:C:1998:293. [*Racke och Hauptzollamt*].

¹⁷⁵ Mål C-162/96, *Racke och Hauptzollamt* p.31.

¹⁷⁶ Se dom av den 12 december 1972 i de förenade målen 21/72—24/72 *International Fruit Company* m. Fl, REG 1972, s. 1219; svensk specialutgåva, volym 2, s. 51, ECLI:EU:C:1972:115, p.20— 27.

¹⁷⁷ Se dom av den 16 juni 1998 i mål C-162/96, *A Racke GmbH & Co. Och Hauptzollamt Mainz*, ECLI:EU:C:1998:293. Generaladvokaten Francis G, Jacobs förslag till avgörande, p. 82 – 85.

¹⁷⁸ Hettne & Otken Eriksson, 2011 s.42.

tobak och missbruk av alkohol. Dessa får emellertid inte omfatta någon harmonisering av medlemsstaternas lagar och andra författningar.¹⁷⁹

Vid en bedömning hur det svenska rökförbudet förhåller sig till WHO:s ramkonvention kan det konstaterats att det finns en enlighet. Detta eftersom det svenska förbudet om rökning ligger i linje med det universella skyddet som WHO:s ramkonventionen eftersträvar. Emellertid, har EU-rättens fördrag företrädare framför avtal som ingås med internationella överenskommelser vid en konflikt av rättigheter på grund av den att EU:s rättskällehära präglas av en rättshierarki. Av den anledningen ska WHO:s ramkonventionen, liksom rådets rekommendation om rökfria områden, användas som ett tolkningsunderlag för att förstå fördragsbestämmelserna.

3.4 Sammanfattning

Kapitel tre har fokuserat hur det svenska rökförbudet förhåller sig till bestämmelserna om fri rörlighet av varor (artikel 34 och 35 FEUF-fördraget), undantaget enligt lag (artikel 36 FEUF-fördraget) och hur lagstiftningen förhåller sig till sekundärrättsligt material, såsom Europaparlamentets och rådets rekommendation om rökfria miljöer och WHO:s ramkonvention om tobakskontroll.

Sammanfattningsvis kan det konstateras att artikel 34 och 35 FEUF-fördraget ämnar att skydda gränsöverskridande handel mellan EU-stater där man ser till om en viss åtgärd hindrar marknadstillträdet för utländska varor. EU-domstolen har genom dess tolkningsbesked gjort en skillnad mellan ”kvantitativa restriktioner” och ”åtgärder med motsvarande verkan”, då den senare har en större räckvidd. Åtgärder av dessa slag utgör som utgångspunkt ett hinder *direkt* eller *indirekt, faktiskt* eller *potentiellt* för handeln inom unionen. För att avgöra rökförbudets förenlighet med bestämmelserna om fri rörlighet av varor har följande beaktats:

- 1) Påverkar rökförbudet tillgången till marknaden i verksamhetslandet;
- 2) Utgör rökförbudet en så kallad dubbel börda eller ej;

¹⁷⁹ Artikel 168.5 FEUF-fördraget.

- 3) Har regleringen om rökförbudet ett motiverat mål av tvingande hänsyn till allmänintresset och;
- 4) Är förbudet om rökning lämpligt, nödvändigt och därmed proportionerligt i förhållande till unionsrättens mål.

EU-domstolens rättspraxis kring tillämpningen av artikel 34 FEUF-fördraget är emellertid komplex. Rättsutvecklingen från att genom *Dassonville* göra ett försök att precisera innebörden av ”åtgärder med motsvarande verkan” till att vidare begränsa artikelns räckvidd genom *Keck-doktrinen*. Synen utvecklades i sin tur genom den nya definition av ”åtgärder med motsvarande verkan” i *Mickelsson och Roos*. En ”åtgärd med motsvarande verkan” inkluderade därefter nationella rättsregler som kan begränsa användningen av en viss vara. Rekvisiten om ”varans begränsade räckvidd”, om en ”kraftigt begränsning” föreligger och hur begränsningsregel ”påverkar en konsuments vilja” är avgörande.

Det utvidgade rökförbudet omfattar fler produkter än tidigare men även var dessa inte får användas. Lagen bidrar till att varans geografiska räckvidd och omfång begränsas. Det handlar dels om att rökning som även till sättet används som ett ”njutningsmedel” och förutbestämda platser – som dessutom inte har en yttre gräns – tillhör lagens tillämpningsområde. Genom att begränsa dessa varor kan lagen om rökförbudet därav kunna anses kraftigt begränsa konsumenters vilja att köpa tobaksprodukterna. Detta eftersom vetenskapen om att användningen är begränsad enligt lag leder till att konsumenterna har ett begränsat intresse av att köpa varor av detta slag. Minskar efterfrågan, påverkas marknadstillträdet. Brukandebegränsningar utgör ett handelshinder enligt artikel 34 FEUF-fördraget.

Kapitlet har även visat att det finns goda förutsättningar för medlemsstater att undanta förbudet enligt artikel 34 FEUF-fördraget om det finns ett berättigat mål motiverat av tvingande hänsyn av allmänintresse eller genom undantaget i artikel 36 FEUF-fördraget. Vid en bedömning måste den nationella bestämmelsen vara i proportion till dess syfte. Lagen måste vara ägnad att säkerställa det eftersträvande målet vilket inte får gå utöver vad som är nödvändigt och lämpligt för att uppnå detta mål.

För det utvidgade rökförbudet konstaterades det att lagen är lämplig på grund av produktens hälsovådliga natur i kombination med regeringens uttalade mål med lagen. För att det utvidgade rökförbudet ska anses nödvändigt och därmed proportionerligt behöver dock det införas en yttre

gräns på det rökfria platserna. Grunden till det är att de som ansvarar för rökförbudet och för de som ska kontrollera förbudets efterlevnad ska kunna utöva den behörighet de enligt lagen getts. Under dessa förutsättningar är således lagen förenlig med artikel 36 FEUF-fördraget.

I detta sammanhang har rådets rekommendation om rökfria områden ökat förståelsen om hur artikel 36 FEUF-fördraget ska tolkas och kan anses vara i linje med den tobakspolitiska målbild som den svenska regeringen ämnar att eftersträva med införlivandet av rökförbudet. Rekommendationen är emellertid inte en bindande rättsakt men användas som tolkningsunderlag för att avgöra om rökförbudet är förenligt med EU-rätten.

När det kommer till WHO:s ramkonvention och rökförbudet kan det konstateras att det finns en förenlighet i det att konventionen förespråkar rökfria miljöer och effektiv lagstiftning som ämnar att minska konsumtionen av tobakskonsumtionen. EU-rättens fördrag har dock företräde framför avtal som ingås med internationella överenskommelser vid en konflikt av rättigheter. Artikel 168.5 FEUF-fördraget blir i detta hänseende av relevans eftersom artikeln förbjuder en harmonisering av tobakslagstiftning. Det vill säga att EU inte har kompetens att lagstifta om tobaksbegränsningar, snarare införa insatser som kompletterar den nationella tobakspolitiken. Rådets rekommendation om rökfria områden och tobaksproduktdirektivet är exempel på två förebyggande åtgärder som artikeln omfattar.

4. Avslutande diskussion och slutsatser

4.1 Inledning

Uppsatsen har ämnat att beskriva och analysera om bestämmelserna om rökförbud i den nya tobakslagen är förenlig med bestämmelserna i EU:s tobaksdirektiv, bestämmelserna om fri rörlighet i FEUF-fördraget och Europaparlamentet och rådets rekommendation om rökfria miljöer. Sammanfattningsvis är slutsatsen för denna uppsats att det svenska rökförbudet inte är förenlig med artikel 34 FEUF-fördraget. Dock kan det undantas av artikel 36 i FEUF-fördraget under förutsättningar att vissa åtgärder genomförs för att lagen ska stå i proposition till sitt syfte. I följande kapitel kommer uppsatsens forskningsfrågor mer utförligt besvaras.

4.2 Hur är det svenska rökförbudet utformat?

Det svenska rökförbudet syftar till att minska tobaksrelaterade sjukdomar och exponering av tobaksrök, det vill säga passiv rökning. Lagen handlar även om att uppfylla tobaksproduktdirektivet vars ändamål är att få en harmonisering av tobaksprodukter inom unionen för att på sätt underlätta för den fria rörligheten av varor i den inre marknaden.

Vid en granskning av den nya lagen om tobak och liknande produkter fastställdes framför allt att det utvidgat rökförbudet avser två väsentliga punkter. Den första rör att rökning likställs med fler produkter än tidigare lagar. Det handlar bland annat om rökning av tobak, inhalering efter förångning eller annan upphettning av tobak, användning av elektroniska cigaretter, rökning av örtprodukter, och användning av njutningsmedel som till användningssättet motsvarar rökning men som inte innehåller tobak (6 kap. 1 § LTLP). Den andra punkten handlar om att införa rökfria områden utomhus. Produkterna som framställs i kapitlets första paragraf får inte längre brukas i lokaler avsedda för barnomsorg eller lokaler som är avsedda för hälso- och sjukvård, gemensamt bruk i bostäder, på inrikes kollektivtrafik och på motsvarande områden utomhus, i restauranger och på andra serveringsställen, vid entréer till lokaler som allmänheten har tillträde till, samt idrottsplatser och lekplatser (6 kap. 2 § LTLP).

4.3 Är det svenska rökförbudet förenligt med tobaksproduktdirektivet, fördragsbestämmelserna om fri rörlighet av varor och rekommendationen om rökfria miljöer?

För att besvara uppsatsens andra frågeställning om det nya rökförbudet är förenligt med EU-rättsliga bestämmelser om fri rörlighet av varor var utgångspunkten att tolka den svenska lagen om rökförbud i ljuset av artikel 34 FEUF-fördraget. Därefter gjordes en analys av artikel 36 FEUF-fördraget. I tillägg har en diskussion om lagens förenlighet med tobaksproduktdirektivet och rekommendationen om rökfria miljöer gjorts.

Den nya lagen om tobak och liknande produkter är ett genomförande av tobaksproduktdirektivet. Det föreligger en harmonisering av vilka produkter som lagen ska omfatta, dock framhålls det att direktivet inte harmoniserar rökfria miljöer. En analys bör därför göras av dess förenlighet med EU:s primärrätt.

Genom en analys av bestämmelserna om fri rörlighet av varor och EU-domstolens rättspraxis har det identifierades att lagen i sin helhet inte utgör ett hinder mot varornas fria rörlighet. Detta eftersom lagen är motiverad av sitt ändamål. Dock har det genom rättspraxis urskilts att en åtgärd som hindrar en varas användning är att anses som en åtgärd med motsvarande verkan enligt artikel 34 FEUF-fördraget. Rökförbudet som handlar om att begränsa vilka varor som lagen omfattar samt var dessa inte får brukas hindrar därav marknadstillträdet för utländska varor. Denna slutsats har sin grund i att konsumenters vilja att köpa produkterna minskar i takt med att lagen kraftigt begränsar varans räckvidd. Vetskapen om att en vara har en begränsad användning är enligt EU-domstolen en åtgärd med motsvarande verkan.

I detta sammanhang kan det konstateras att den svenska lagen är att likställas med åtgärder med motsvarande verkan eftersom tobaksprodukter genom lagen begränsas till vissa platser och vissa produkter. Rökförbudet är inte förenligt med artikel 34 FEUF-fördraget. Emellertid kan denna huvudregel undantas enligt artikel 36 FEUF-fördraget.

Den svenska regeringen framhöll att lagen motiveras av mål av allmänintresset med hänsyn till folkhälsan och är därmed proportionerlig i förhållande till artikel 36 FEUF-fördraget. Av ovannämnda rättsfall kan det utläsas att undantag om åtgärder som hindrar marknadstillträdet bedöms mot bakgrund av förbudsregelns lämplighet och nödvändighet. Genom vetenskapliga studier som regeringen presenterat visas produkternas hälsoskadliga verkan och uppfyller därmed rekvisitet om lämplighet. Om rökförbudet däremot uppfyller kravet om nödvändighet och proportionalitet till dess syfte diskuterades genom uppsatsen. Det har identifierats att det finns en skillnad på att ha ett totalt förbud och att ha ett förbud på vissa platser. Ett allmänt förbud leder till att marknadsinträdet blir obefintligt och kan inte motiveras av artikel 36 FEUF-fördraget. Att begränsa produkter till vissa platser går inte utöver vad som är nödvändigt för att uppnå målet att skydda folkhälsan. Trots förbudets lämplighet och nödvändighet är slutsatsen att förbudet kan undantas enligt artikel 36 FEUF-fördraget om en yttre gräns för de rökfria områdena görs. Detta eftersom det skapas en viss osäkerhet vid tillämpning av bestämmelserna i lagen och kan därmed inte anses vara den minst ingripande åtgärden. En yttre markering av de rökfria platserna hade bidragit till att det lättare kunde utläsas vem som ansvarar för platsen i fråga, men även för dem som ska kontrollera att lagen efterlevs.

För att nå denna slutsats har tobaksproduktdirektivet, rekommendationen om rökfria miljöer och WHO:s ramkonvention om tobakskontroll varit en viktig del för att förstå och tolka fördragsbestämmelserna. Av samtliga rättskällor är det tydligt att folkhälsan är den viktigaste skyddsorsaken och att medlemsstaterna genom dessa ges strategier för att uppmuntra en bättre tobakskontroll. De sekundärrättsliga materialen har emellertid en begränsad bindande rättsverkan detta eftersom primärrätten har företräde enligt rättshierarkin.

4.4 Är det svenska rökförbudet förenligt med WHO:s ramkonvention om tobakskontroll?

Den tredje frågan ämnade att undersöka rökförbudets förenlighet med WHO:s ramkonvention om tobakskontroll. Uppsatsen har visat att det finns en förenlighet i att konventionen förespråkar rökfria miljöer och effektiv lagstiftning som ämnar att minska tobakskonsumtionen. EU-rättens fördrag har dock företräde framför avtal som ingås med internationella organisationer, eftersom dessa tillhör EU:s sekundärrätt. Artikel 168 FEUF-fördraget blir i detta

hänseende av relevans eftersom artikeln framhåller att tobakslagstiftning inte tillhör EU:s tilldelade befogenhet. Däremot ska fördragsbestämmelserna tolkas i ljuset av WHO:s ramkonvention om tobakskontroll.

4.5 Egen reflektion

Den gemensamma tobakspolitiska målbilden som analyseras genom den svenska lagen, identifieras både på en regional och internationell nivå. Trots att initiativen om tobaksproduktdirektivet, rekommendationen om rökfria miljöer och WHO:s ramkonvention om tobakskontroll tillhör sekundärrätten, kvarstår problemet om att tobaksanvändningen är en av de största dödsorsakerna i västvärlden. Trots att den svenska lagen skulle kunna anses vara i linje med denna gemensamma målbild kan det emellertid ifrågasättas om det statliga initiativet om rökförbud uppfyller ändamålet. Av tidigare forskning belyses bland annat att tobak och liknande produkter inte bör vara en del av den fria rörligheten eftersom produkter av detta slag bidrar till en konflikt mellan handeln och skadeprodukterna. Detta eftersom medlemsstaterna har det primära ansvaret att lagstifta om tobak. Att exkludera tobak och liknande produkter från principen om fri rörlighet skulle kunna bidra till att stater inte hade haft ett behov att anta åtgärder för folkhälsan i relation till hinder för marknadstillträdet. Likt det som Swenor konkluderar i sin studie kan det konstateras att oavsett vilken metod som används, är den legala strategin den mest effektiva eftersom den kommer diktera hur folkhälsomålet uppnås. Detta område hade varit en intressant aspekt att göra vidare forskning på.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Sverige

Propositioner

Regeringens proposition 2017/2018:156 Ny lag om tobak och liknande produkter, *Stockholm, 2018.*

Regeringens proposition 2015/16:82 Åtgärder för ökad folkhälsa på tobaksområdet - genomförandet av EU:s tobaksproduktdirektiv, *Stockholm, 2016.*

Regeringens proposition 2004/05:118 Tobakskontroll - genomförande av WHO:s ramkonvention om tobakskontroll m.m. *Stockholm, 2005.*

Regeringens proposition 2002/03:35 Mål för folkhälsan, *Harpsund, 2002.*

Regeringens proposition 2001/02:64 om vissa tobaksfrågor, *Stockholm 2001.*

Regeringens proposition 1993/94:98 Vissa ändringar i tobakslagen, *Stockholm, 1993.*

Regeringens proposition 1992/93:185 om tobakslag, *Stockholm, 1993.*

Statens offentliga Utredningar

SOU 2016:14 En över av tobakslagen - Nya steg mot ett minskat tobaksbruk, *Slutbetänkande av Tobaksdirektivet, Stockholm 2016.*

SOU 2015:6 Mer gemensamma tobaksregler, ett genomförande av tobaksdirektivet. *Delbetänkande av Tobaksdirektivet, Stockholm 2015.*

SOU 2004:88 Tobakskontroll i internationellt perspektiv, *Stockholm 2004.*

SOU 1990:29 Tobakslag, *Betänkande, Stockholm 1990.*

SOU 1981:18 Minskat tobaksbruk, *Slutbetänkande från Tobakskommittén, Stockholm 1981.*

Övriga dokument

Riksdagsskrivelse 2002/03:145 Mål för folkhälsan.

Socialutskottets betänkande 2002/03:SOU7 Mål för folkhälsan, *Stockholm, 2003.*

Ds S 1978:7 Rökfria miljöer lagt om förslag till en lag om begränsning av tobaksrökningen i offentliga lokaler, *Delbetänkande, Stockholm, 1978.*

Europeiska unionen

Övriga källor

Europeiska kommissionen, Q&A: The Fight Against Tobacco in the EU, Brussels, 27 May 2011, MEMO/11/349.

Europeiska kommissionen, Fri rörlighet för varor –Handledning för tillämpningen av fördragets bestämmelser om fri rörlighet för varor, 2010.

Internationella överenskommelser

Världshälsoorganisationens (WHO) ramkonvention om tobakskontroll, antagen Genève den 21 maj 2003.

Litteratur

Böcker och antologier

Chalmers, Damian, Davies, Gareth & Monti, Giorgio, European union law, third edition, Cambridge, 2012.

Derlén, Mattias, Ingmanson, Staffan & Lindholm Johan, Grundläggande EU-rätt, Liber, Stockholm, 2017.

Foster, Nigel, Foster on EU law, 7th Revised edition, Oxford University Press, Oxford, 2018.

Hettne, Jörgen & Otken Eriksson, Ida (red.), EU-rättslig metod — Teori och genomslag i svensk rättstillämpning, andra upplagan, Norstedts Juridik AB, 2011.

Kleineman, Jan, Rättsdogmatisk metod. I Nääv, Maria, & Zamboni, Mauro, *Juridisk Metodlära*, 2:a upplagan, Studentlitteratur AB, Lund, 2018, 21 – 46.

Linderfalk, Ulf, Folkrätten i ett nötskal, andra upplagan, Studentlitteratur AB, 2012.

Reichel, Jane, EU-rättslig metod. I Nääv, Maria, & Zamboni, Mauro, *Juridisk Metodlära*, 2:a upplagan, Studentlitteratur AB, Lund, 2018, 109 – 142.

Sandgren, Claes, Vad är rättsvetenskap?, Jure förlag AB, 2009

Weiss, Friedl & Kaupa, Clemens, European Union internal market law, Cambridge University Press, Cambridge, 2014.

Artiklar

Inglese, Marco, "Pease Smoke Your E-Cigarette Proportionally", European Journal of health law 25, 2018, 75-87 [Ingless, 2018]

Obolevich, Viktoria, ‘The New EU Tobacco Products Directive and Standardized Packaging: [in the Name of ‘Smooth Functioning of the Internal Market’]’. *Legal Issues of Economic Integration* 45, no. 1, 2018, 71–94. © 2018 Kluwer Law International BV, The Netherlands, [Obolevich, 2018].

Sweanor, David, 2003,” Invited review series: Tobacco and lung health – Legal strategies to reduce tobacco-caused disease”, *Respirology* 2003, 8 s. 413 – 418. [Sweanor, 2003].

Zeigler Douglas, W., International trade agreements challenge tobacco and alcohol control policies. *Drug Alcohol Rev*, 2006, 25:567 – 579, [Zeigler, 2006]

Övriga källor

Institutet för Hälso- och Sjukvårdsekonomi, Samhällskostnaden för rökningrelaterad sjuklighet i Sverige, IHE Rapport 2017:4.

Rättsfallsförteckning

EU-domstolen

Dom av den 4 juni 2009 i mål C-142/05, *Åklagaren v Percy Mickelsson och Joakim Roos*, ECLI:EU:C:2009:336. [*Mickelsson och Roos*].

Dom av den 10 april 2009 i mål C-110/05, *Kommissionen mot Italien*, REG 2009, s. I-519, ECLI:EU:C:2009:66. [*Kommissionen mot Italien*].

Dom av den 10 april 2008 i mål C-265/06, *Kommissionen mot Portugal*, ECLI:EU:C:2008:210. [*Kommissionen mot Portugal*].

Dom av den 5 februari 2004 i mål C-270/02, *kommissionen mot Italien*, REG 2004, s. 1559. ECLI:EU:C:2004:78. [*kommissionen mot Italien*].

Dom av den 8 mars 2001 i mål C-405/98 *Konsumentombudsmannen (KO) mot Gourmet International Products AB (GIP)*, REG 2001, s. I-1795. ECLI:EU:C:2001:135.

Dom av den 22 oktober 1999 i mål C-97/98, *Jägerskiöld mot Gustafsson*, I-7321. ECLI:EU:C:1999:315.

Dom av den 16 juni 1998 i mål C-162/96, *A Racke GmbH & Co. Och Hauptzollamt Mainz*, ECLI:EU:C:1998:293. [*Racke och Hauptzollamt*].

Dom den 24 november 1993 i de förenade målen C-267/91 och C-268/91, *Keck och Mithouard*, REG 1993, s. I-6097. ECLI:EU:C:1993:905. [*Keck och Mithouard*].

Dom av den 13 december 1989 i mål C-322/88 *Salvatore Grimaldi och Fonds des maladies professionnelles*. ECLI:EU:C:1989:646.

Dom av den 17 juni 1981 i mål 113/80, kommissionen mot Irland, REG 1981, s. 1625, ECLI:EU:C:1981:139.

Dom av den 20 februari 1979 i mål 120/78, Rewe-Zentral (Cassis de Dijon), REG 1979, s. 649. ECLI:EU:C:1979:42. [*Cassis de Dijon*].

Dom av den 20 maj 1976 i mål 104/75, *De Peijper*, REG 1976, s. 613. ECLI:EU:C:1976:67.

Dom av den 11 juli 1974 i mål 8/74, *Dassonville*, REG 1974, s. 837. ECLI:EU:C:1974:82.

Dom av den 12 juli 1973 i mål 2/73, *Geddo*, REG 1973, s. 865. ECLI:EU:C:1973:89.

Dom av den 12 december 1972 i de förenade målen 21/72—24/72 *International Fruit Company* m. Fl, REG 1972, s. 1219; svensk specialutgåva, volym 2, s. 51. ECLI:EU:C:1972:115.

Dom av den 10 december 1968 i mål 7/68, *Europeiska kommissionen mot Italien*, ECLI:EU:C:1968:5.

Förslag till avgöranden

Dom av den 10 april 2009 i mål C-110/05, *Kommissionen mot Italien*, REG 2009, s. I-519, ECLI:EU:C:2009:66. Mål C-110/05, Generaladvokaten Yves Bot förslag till avgörande

Dom av den 4 juni 2009 i mål C-142/05, *Åklagaren v Percy Mickelsson och Joakim Roos*, ECLI:EU:C:2009:336. Mål C-142/05, Generaladvokaten Juliane Kokotts förslag till avgörande.

Dom av den 16 juni 1998 i mål C-162/96, *A Racke GmbH & Co. Och Hauptzollamt Mainz*, ECLI:EU:C:1998:293, Mål C-162/96, Generaladvokaten Francis G, Jacobs förslag till avgörande.