FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT L.A. GEELHOED

föredraget den 10 september 2002 [1]

Innehållsförteckning

I — Inledning I-11463

II — Tillämpliga bestämmelser I-11464

A — Direktivets bestämmelser I-11464

B — Den rättsliga grunden och skälen för direktivet I-11471

C — Tobaksreklamdomen av den 5 oktober 2000 ..... I-11473

III — Bakgrund och förfarande I-11475

A — Målet vid den nationella domstolen I-11475

B — Tolkningsfrågorna I-11476

C — Förfarandet vid domstolen I-11477

D — Inledande punkt I-11477

IV — Förfarandets särskilda karaktär och upptagande till sakprövning I-11478

V — Bakgrund till direktivet I-11484

A — Allmänt I-11484

B — Det faktiska sammanhanget I-11484

C — Direktivets tillkomst I-11487

D — Vilka materiella ändringar medför direktivet? I-11488

VI — Bedömning av den första frågan: valet av rättslig grund I-11489

A — Inledning och tillvägagångssätt I-11489

B — Inledande påpekande om den rättsliga grunden I-11491

C — Artikel 95 EG och skyddet för folkhälsan I-11493

1. Anförda argument I-11493

2. Rättspraxis I-11494

3. Allmän bedömning I-11495

1 — Originalspråk: nederländska.

4. Bedömningen av grunden för behörigheten I-11496

5. Bedömning av användandet av behörigheten I-11499

6. Bedömning av skärpningen av redan harmoniserade produktnormer I-11501

7. Det aktuella direktivet I-11502

D — Artikel 95 och tillverkning för export till tredje land I-11504

1. Anförda argument I-11504

2. Tillvägagångssätt I-11505

3. Artiklarna 94 EG och 95 EG och kraven avseende tillverkningsfasen: en kort översikt I-11506

4. Gemenskapslagstiftarens behörighet: märkbarhetskravet I-11508

5. Tobaksdirektivet I-11511

E — Är det tillåtet med två rättsliga grunder? I-11514

F — Artikel 133 EG och export av varor till tredje land I-11518

1. Anförda argument I-11518

2. Artikel 133 EG och export av varor till tredje land: en kort översikt I-11520

3. Bedömning av behörigheten enligt artikel 133 EG I-11522

4. Behörighetens gränser I-11525

5. Direktivet I-11526

G — Rättsföljden av ett felaktigt användande av artikel 133 EG I-11528

VII — Bedömning av den första frågan: huruvida några rättsprinciper har åsidosatts ... I-11529

A — Proportionalitetsprincipen I-11529

1. Allmän bedömning I-11529

2. Bedömning av principens tillämplighet på exporten I-11531

3. Bedömning beträffande artikel 7 i direktivet I-11533

4. Sammanfattning I-11537

B — Inskränkningar i (immateriella) rättigheter I-11537

1. Avgränsning I-11537

2. Äganderätten i gemenskapsrätten I-11538

3. Immateriella rättigheter I-11540

C — Andra rättsprinciper I-11543
1. Motiveringsprincipen I-11543
2. Subsidiaritetsprincipen I-11544
3. Maktmissbruk I-11545
VIII — Bedömning av den andra frågan I-11545
A — Anförda argument I-11545
B — Bedömning I-11547
IX — Förslag till avgörande I-11549

I — Inledning

1. Denna begäran om förhandsavgörande från High Court of Justice (Administrative Court) avser giltigheten och tolkningen av Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/37/EG av den 5 juni 2001 om tillnärmning av medlemsstaternas lagar och andra författningar om tillverkning, presentation och försäljning av tobaksvaror (nedan kallat direktivet).[2]

2. Direktivet skiljer sig på en väsentlig punkt från många andra EG-direktiv som innehåller produktkrav. Direktivet (åtminstone dess artikel 3) är nämligen inte enbart tillämpligt på tobaksvaror som saluförs inom Europeiska unionen, utan även på tobaksvaror som tillverkas i Europeiska unionen och exporteras till tredje land.

3. Det är av avgörande betydelse i detta mål om artikel 95 EG kan vara rättslig grund för direktivet och om artikel 133 EG kan användas som rättslig grund för att reglera export av cigaretter. High Court of Justice (Administrative Court) har dessutom frågat om direktivet möjligen är ogiltigt till följd av att vissa rättsprinciper eller äganderätten har åsidosatts. Den nationella domstolen har slutligen ställt en tolkningsfråga beträffande artikel 7 i direktivet.

4. Detta mål uppvisar likheter med målet Tyskland mot Europaparlamentet och rådet[3] (nedan kallat tobaksreklamdomen).

2 — EGT L 194, s. 26.

3 — Dom av den 5 oktober 2000 i mål C-376/98 (REG 2000, s. I-8419).

I detta mål ogiltigförklarade domstolen ett annat direktiv om tobaksvaror. Det avsåg Europaparlamentets och rådets direktiv 98/43/EG av den 6 juli 1998 om tillnärmning av medlemsstaternas lagar och andra författningar om reklam för och sponsring till förmån för tobaksvaror (nedan kallat direktiv 98/43). [4]

5. Den tyska regeringen har vid domstolen även ifrågasatt giltigheten av det i detta mål aktuella direktivet. [5] Genom beslut av den 17 maj 2002 avvisade domstolen ansökan på grund av att den inte kunde upptas till sakprövning, eftersom ansökan hade inkommit för sent.

6. Detta mål ger tillfälle att ytterligare en gång allmänt belysa gemenskapslagstiftarens behörighet enligt artikel 95 EG. Artikeln ger en behörighet att anta åtgärder som avser upprättandet av den inre marknaden och dess funktion. I detta mål handlar det särskilt om två frågor:

— Omfattar behörigheten även möjligheten att vidta åtgärder som har det huvudsakliga syftet att skydda folkhälsan?

— I vilken utsträckning kan denna rättsliga grund användas för att vidta åtgärder för varor som är tillverkade inom gemenskapen, men som inte är avsedda att saluföras på den inre marknaden?

Även behörigheten enligt artikel 133 EG har aktualiserats ur ett allmänt perspektiv genom frågan huruvida gemenskapslagstiftaren är behörig att besluta om inskränkningar i exporten för vissa varor avsedda för tredje land till följd av de risker som varorna kan medföra för folkhälsan.

II — Tillämpliga bestämmelser

A — *Direktivets bestämmelser*

7. I artiklarna 3 till och med 7 i direktivet anges de skyldigheter som åvilar tillverkare och återförsäljare av tobaksvaror. Artiklarna återges i sin helhet nedan.

4 — EGT L 213, s. 9.

5 — Mål C-406/01 Tyskland mot parlamentet och rådet (REG 2002, s. I-4561).

8. Artiklarna har följande lydelse:

"*Artikel 3*

Cigaretter: högsta tillåtna halter av tjära, nikotin och kolmonoxid

1. Från och med den 1 januari 2004 får de cigaretter som övergår till fri omsättning, saluförs eller tillverkas i medlemsstaterna inte ha halter som överstiger

— 10 mg tjära per cigarett,

— 1 mg nikotin per cigarett,

— 10 mg kolmonoxid per cigarett.

2. Med avseende på cigaretter som tillverkas inom Europeiska gemenskapen med som exporteras därifrån får medlemsstaterna, som ett undantag från det datum som anges i punkt 1, tillämpa de gränsvärden som fastställs i denna artikel från och med den 1 januari 2005, med de skall under alla omständigheter tillämpa dessa senast den 1 januari 2007.

3. För Republiken Grekland skall, som ett tillfälligt undantag, datumet för tillämpningen av den högsta tillåtna halten av tjära enligt punkt 1 i cigaretter som tillverkas och saluförs på landets territorium vara den 1 januari 2007.

Artikel 4

Mätmetoder

1. Halterna av tjära, nikotin och kolmonoxid i cigaretterna, skall mätas med hjälp av ISO-standard 4387 när det gäller tjära, ISO 10315 när det gäller nikotin och ISO 8454 när det gäller kolmonoxid.

Exaktheten av informationen om tjära och nikotin på paketen skall verifieras i enlighet med ISO-standard 8243.

2. De tester som avses i punkt 1 skall utföras eller verifieras av provningslaboratorier som är godkända och övervakas av de behöriga myndigheterna i medlemsstaterna.

Medlemsstaterna skall senast den 30 september 2002 och vid varje ändring till kommissionen överlämna en förteckning över godkända laboratorier, med uppgift om vilka kriterier som använts för godkännandet och vilka metoder för övervakning som tillämpats.

3. Medlemsstaterna får också föreskriva att tillverkare eller importörer av tobaksvaror skall utföra andra tester som får fastställas av de behöriga nationella myndigheterna för att för enskilda tobaksvarumärken och typer av tobaksvaror bedöma halten av andra ämnen som dessa tobaksvaror ger upphov till samt dessa ämnens effekter på hälsan, med beaktande av bland annat faran för beroende av dem. Medlemsstaterna får också föreskriva att sådana tester skall utföras eller verifieras vid godkända provningslaboratorier i enlighet med bestämmelserna i punkt 2.

4. Resultaten av de tester som utförs i enlighet med punkt 3 skall årligen rapporteras till de behöriga nationella myndigheterna. Medlemsstaterna får föreskriva att testresultaten offentliggörs mer sällan då prodikspecifikationen inte har ändrats. De skall dock informeras om ändringar i sådana produktspecifikationer.

Medlemsstaterna skall säkerställa att den i enlighet med denna artikel inlämnade informationen på lämpligt sätt sprids för att informera konsumenterna, i förekommande fall med beaktande av sådan information som utgör företagshemlighet.

5. Medlemsstaterna skall årligen meddela kommissionen alla uppgifter och all information som lämnats i enlighet med denna artikel, och kommissionen skall beakta uppgifterna och informationen när den upprättar den rapport som avses i artikel 11.

Artikel 5

Märkning

1. Uppgifter om halterna av tjära, nikotin och kolmonoxid i cigaretter som mätts i enlighet med artikel 4, skall tryckas på en av cigarettpaketets sidor på det/de officiella språket/språken i den medlemsstat där varan släpps ut på marknaden, så att minst 10 procent av ytan skall täckas.

Denna procentandel skall utökas till 12 procent för medlemsstater med två officiella språk och till 15 procent för medlemsstater med tre officiella språk.

2. Varje styckförpackning med tobaksvaror, utom tobaksvaror för användning i munnen och andra tobaksvaror som inte är avsedda att rökas, måste förses med följande varningstexter:

a) En allmän varningstext:

1) 'Rökning dödar/Rökning kan döda', eller

2) 'Rökning skadar allvarligt dig själv och personer i din omgivning.'

Dessa allmänna varningstexter skall alternera på ett sådant sätt att det garanteras att var och en av dem förekommer regelbundet. Denna varningstext skall tryckas på styckförpackningens mest synliga yta och på alla yttre omslag som förekommer vid detaljförsäljning av varan, med undantag av genomskinliga ytteromslag; samt

b) En kompletterande varningstext från förteckningen i bilaga 1.

De ovannämnda kompletterande varningstexterna skall alterneras på ett sådant sätt att var och en av dem förekommer regelbundet.

Denna varningstext skall tryckas på styckförpackningens andra mest synliga yta och på alla yttre omslag som förekommer vid detaljförsäljning av varan, med undantag av genomskinliga ytteromslag.

Medlemsstaterna får bestämma var på dessa ytor varningstexten skall placeras med tanke på de krav som språken ställer.

3. Kommissionen skall så snart som möjligt och i vilket fall som helst senast den 31 december 2002, i enlighet med förfarandet i artikel 10.2, anta regler för användning av färgfotografier eller andra illustrationer för att skildra eller förklara rökningens följder för hälsan för att säkerställa att bestämmelserna om den inre marknaden inte åsidosätts.

Om medlemsstaterna kräver ytterligare varningar i form av färgfotografier eller andra illustrationer, skall dessa följa ovannämnda regler.

4. Tobak för användning i munnen, i fall då sådana varor får saluföras i enlighet med

bestämmelserna i artikel 8, och tobaksvaror som inte är avsedda att rökas skall förses med följande varningstext: 'Denna tobaksvara kan skada din hälsa och är beroendeframkallande.'

Denna varningstext skall tryckas på styckförpackningens mest synliga yta och på alla yttre omslag som förekommer vid detaljförsäljning av varan, med undantag av genomskinliga ytteromslag.

Medlemsstaterna får bestämma var på dessa ytor varningstexten skall placeras med tanke på de krav som språken ställer.

5. Den allmänna varningstext som avses i punkt 2 a och den varningstext för tobaksvaror som inte är avsedda att rökas och tobak för användning i munnen som avses i punkt 3 skall täcka minst 30 procent av utsidan av den yta på tobaksvarans styckförpackning på vilken den trycks. Denna procentandel skall ökas till 32 procent för medlemsstater med två officiella språk och till 35 procent för medlemsstater med tre officiella språk. Den kompletterande varningstext som avses i punkt 2 b skall täcka minst 40 procent av utsidan av den yta på tobaksvarans styckförpackning på vilken den trycks. Denna procentandel skall ökas till 45 procent för medlemsstater med två officiella språk och till 50 procent för medlemsstater med tre officiella språk.

När det emellertid gäller styckförpackningar avsedda för andra varor än cigaretter, där den mest synliga ytan är större än 75 cm^2, skall ytan för de varningstexter som avses i punkt 2 vara minst 22,5 cm^2 på varje sida. Denna yta skall ökas till 24 cm^2 för medlemsstater med två officiella språk och till 26,25 cm^2 för medlemsstater med tre officiella språk.

6. De varningstexter och uppgifter om halter som krävs enligt denna artikel skall uppfylla följande krav:

a) Texten skall tryckas med typsnittet Helvetica fetstil i svart på vit bakgrund. För att kunna beakta de krav som språken ställer skall medlemsstaterna ha rätt att bestämma storleken på typsnittet, förutsatt att den typsnittsstorlek som fastställs i deras lagstiftning innebär att den täcker största möjliga andel av det område som reserverats för den föreskrivna texten.

b) Texten skall tryckas med gemener, med undantag av första bokstaven i texten och av fall då grammatiskt bruk kräver det.

c) Texten skall centreras på den yta där texten skall tryckas, parallellt med paketets övre kant.

d) Texten skall, för andra varor än de som avses i punkt 4, omges av en svart ram som skall vara minst 3 mm och högst 4 mm bred och inte får inkräkta på varningstexten eller den information som skall ges.

e) Texten skall tryckas på det/de officiella språket/språken i den medlemsstat där varan släppts ut på marknaden.

7. Det skall vara förbjudet att trycka de texter som krävs i denna artikel på skattemärket på styckförpackningarna. De tryckta texterna skall inte kunna avlägsnas eller utplånas och får inte på något sätt döljas, skymmas eller avbrytas av något annat skriftligt eller bildmässigt inslag eller när paketet öppnas. När det gäller andra tobaksvaror än cigaretter får texterna fästas vid förpackningarna med hjälp av klistermärken, under förutsättning att dessa inte kan avlägsnas.

8. Medlemsstaterna får föreskriva att de varningstexter som avses i punkterna 2 och 4 skall åtföljas av en uppgift, utanför den ram som är avsedd för varningstexterna, om vilken myndighet som har utformat varningstexterna.

9. För att säkerställa identifikationen av produkter och dessas spårbarhet skall tobaksvaran märkas på lämpligt sätt genom produktionsnummer eller liknande på styckförpackningen på sådant sätt att platsen och tiden för tillverkning kan fastställas.

De tekniska åtgärderna för att tillämpa denna bestämmelse skall antas i enlighet med förfarandet i artikel 10.2.

Artikel 6

Tilläggsuppgifter om varan

1. Medlemsstaterna skall föreskriva att tillverkare och importörer av tobaksvaror skall lämna dem en förteckning för varje märke och typ över alla ingredienser och kvantiteter av dessa som används vid tillverkningen av dessa tobaksvaror.

Förteckningen skall åtföljas av en förklaring med skälen till att sådana ingredienser ingår i dessa tobaksvaror. Deras funktion och kategori skall anges i förteckningen. Förteckningen skall även åtföljas av de toxikologiska uppgifter som är tillgängliga för tillverkaren eller importören när det gäller dessa ingredienser i deras förbrända eller oförbrända form, enligt vad som är lämpligt, särskilt beträffande deras effekter på hälsan, och med beaktande bland annat

av de beroendeframkallande effekterna. Varje ingrediens som ingår i produkten skall anges i förteckningen i fallande viktordning.

Den information som avses i första stycket skall tillhandahållas årligen med början senast den 31 december 2002.

2. Medlemsstaterna skall säkerställa att den information som lämnas i enlighet med denna artikel på alla lämpliga sätt sprids för att informera konsumenterna. Vederbörlig hänsyn skall emellertid tas till skydd för information om särskilda produktformler som utgör företagshemligheter.

3. Medlemsstaterna skall säkerställa att ingrediensförteckningen för varje produkt, inklusive halterna av tjära, nikotin och kolmonoxid, offentliggörs.

4. Medlemsstaterna skall årligen översända all information som lämnas i enlighet med denna artikel till kommissionen, som skall beakta denna när den upprättar den rapport som avses i artikel 11.

Artikel 7

Produktbeskrivningar

Med verkan ett år från och med den 30 september 2003 och utan att det påverkar tillämpningen av artikel 5.1 får texter, namn, varumärken och figurativa eller andra märken som ger intrycket att en viss tobaksvara är mindre skadlig än andra inte användas på tobaksvarors förpackningar."

9. I artikel 13 i direktivet anges den behörighet och de skyldigheter som gäller efter direktivets ikraftträdande. I artikeln föreskrivs:

"1. Medlemsstaterna får inte av skäl som hänför sig till begränsning av halterna av tjära, nikotin eller kolmonoxid i cigaretter eller till hälsovarningstexter och andra uppgifter eller andra krav i detta direktiv, förbjuda eller begränsa import, försäljning eller konsumtion av tobaksvaror som är förenliga med detta direktiv, med undantag för åtgärder som vidtas för att verifiera uppgifter som lämnats enligt artikel 4.

2. Detta direktiv skall inte påverka medlemsstaternas rätt att i enlighet med fördraget bibehålla eller anta strängare bestämmelser rörande tillverkning, import, försäljning och konsumtion av tobaksvaror, om de anser sådana bestämmelser vara nödvändiga för att skydda folkhälsan, såvitt bestämmelserna inte strider mot bestämmelserna i detta direktiv.

3. Medlemsstaterna kan, särskilt i avvaktan på upprättandet av den gemensamma förteckning över ingredienser som avses i artikel 12, förbjuda användningen av ingredienser som har den verkan att de ökar tobaksvarornas beroendeframkallande egenskaper."

B — *Den rättsliga grunden och skälen för direktivet*

10. Som rättslig grund för direktivet har artiklarna 95 EG och 133 EG valts. Det skall påpekas att artikel 133 EG lades till av Europaparlamentet i ett sent skede av lagstiftningsproceduren. Kommissionsförslaget hade endast en rättslig grund, nämligen artikel 95 EG.

11. Av skälen framgår att artikel 95 är en avgörande rättslig grund, åtminstone vad gäller undanröjandet av hinder för den inre marknaden. I skälen 2 och 3 anges att medlemsstaternas lagar och andra författningar om tillverkning, presentation och försäljning av tobaksvaror fortfarande är mycket olika, vilket hindrar den inre marknadens sätt att fungera. Dessa hinder måste undanröjas. Vidare anges i skäl 4 att i enlighet med artikel 95.3 EG bör, med beaktande av tobakens särskilt skadliga verkningar, hälsoskyddet prioriteras.

12. Även i ett stort antal andra skäl uppmärksammas de (potentiella) hindren för den inre marknadens funktion. Jag vill särskilt ange följande skäl:

— Skäl 7, första meningen: "Flera medlemsstater har meddelat att om åtgärder för att fastställa de högsta tillåtna kolmonoxidhalterna inte antas på gemenskapsnivå kommer de att anta sådana åtgärder på nationell nivå."

— Skäl 9, första och andra meningarna: "Medlemsstaternas lagar och andra författningar om högsta tillåtna niko-

tinhalt i cigaretter är olika. Dessa olikheter kan leda till handelshinder och till att den inre marknaden inte fungerar väl."

13. Enbart skäl 11 i direktivet har betydelse för exporten och härmed även för artikel 133. I detta skäl anges följande:

"Detta direktiv kommer också att ha konsekvenser för tobaksvaror som exporteras från Europeiska gemenskapen. Exportordningen är en del av den gemensamma handelspolitiken. Hälsokrav skall, enligt artikel 152.1 i fördraget och enligt rättspraxis från Europeiska gemenskapernas domstol, utgöra en integrerad del av gemenskapens övriga politik. Det bör antas regler för att säkerställa att bestämmelserna för den inre marknaden inte åsidosätts."

14. Motiven för införandet av högsta tillåtna halter av vissa skadliga ämnen (artikel 3 i direktivet) belyses i skälen 5, 7 och 9. Vad gäller tjära föreskrivs i direktiv 90/239/EEG, av den 17 maj 1990 (nedan kallat direktiv 90/239) [6] de högsta tillåtna tjärhalterna för cigaretter som saluförs i medlemsstaterna. En ytterligare minskning beror på att tjära är cancerframkallande. Vad gäller kolmonoxid "har det visats att cigaretter ger upphov till kolmonoxidmängder som är skadliga för människors hälsa och som kan bidra till hjärt- och kärlsjukdomar och andra sjukdomar". Nikotin medför, enligt nionde skälet, särskilda problem för folkhälsan.

15. I skäl 19 ges en motivering till artikel 5 i direktivet, vilken har följande lydelse: "Varningstexterna och uppgifter om halter anges fortfarande på olika sätt i de olika medlemsstaterna. Därför kan det hända att konsumenterna i en medlemsstat känner till riskerna med tobaksvaror bättre än i en annan. Sådana olikheter är inte godtagbara och kan sannolikt leda till handelshinder och till att den inre marknaden för tobaksvaror inte fungerar väl, och de bör därför undanröjas. Det är därför nödvändigt att förstärka och förtydliga den befintliga lagstiftningen, varvid en hög hälsoskyddsnivå måste säkerställas."

16. För tolkningen av artikel 7 i direktivet, som utgör föremål för den hänskjutande

6 — EGT L 237, s. 36.

domstolens andra fråga är skäl 27 av intresse. Det har följande lydelse: "Användning av viss text på förpackningar med tobaksvaror, såsom 'låg tjärhalt' (*low tar*), 'mycket lätt' (*ultra light*), 'lätt' (*light*), 'mild' (*mild*), namn, bilder och figurativa eller andra tecken kan vilseleda konsumenten till att tro att sådana produkter är mindre skadliga, och ger upphov till ändringar i konsumtionen. Det är rökvanorna och beroendet och inte bara innehållet av vissa ämnen i produkten före konsumtion som avgör hur höga nivåer av ämnena som inhaleras. Detta faktum avspeglas inte i användningen av sådana uttryck och kan därför undergräva märkningskraven i detta direktiv. För att säkerställa en väl fungerande inre marknad och med hänsyn till utvecklingen av föreslagna internationella regler bör sådan användning förbjudas på gemenskapsnivå, varvid tillräcklig tid för att införa denna regel måste ges."

C — *Tobaksreklamdomen av den 5 oktober 2000*

17. Tobaksreklamdomen av den 5 oktober 2000, som ledde till att direktivet om tobaksreklam och sponsring ogiltigförklarades, spelar en väsentlig roll för bedömningen av det aktuella målet. Frågan är nu vilken betydelse domstolens dom i ovannämnda mål har för det aktuella direktivet som också har till syfte att minska tobakskonsumtionen och åtminstone i allt väsentligt också grundas på artikel 95 EG. Jag behandlar nedan, som en del av de tillämpliga bestämmelserna, de väsentligaste skälen i domen.

18. I sin dom angav domstolen villkoren för att använda artikel 95 EG som rättslig grund vid harmonisering av produktkrav.[7] Kortfattat har dessa villkor följande lydelse:

— Åtgärderna skall faktiskt ha till syfte att förbättra villkoren för upprättandet av den inre marknaden och dess funktion. Artikel 95 EG innehåller ingen generell behörighet att reglera den inre marknaden.

— Åtgärderna måste syfta till att undanröja hinder för de grundläggande friheterna eller snedvridningar av konkurrensen.

— Det måste föreligga en konkret risk. Artikel 95 EG kan användas för att

7 — Se punkterna 83, 84, 86, 88 och 100 i domen.

förebygga att framtida handelshinder uppstår till följd av en olikartad utveckling av nationella lagar. Det skall emellertid vara sannolikt att sådana hinder kan uppstå och åtgärden i fråga skall syfta till att förebygga dem.

— Ett direktiv kan innehålla bestämmelser som endast indirekt bidrar till att undanröja hinder. Det gäller då bestämmelser som är nödvändiga för att förebygga att vissa förbud med ett sådant syfte kringgås.

— Snedvridningar av konkurrensen är enligt fast rättspraxis endast relevanta om de är märkbara.

— Domstolen betraktade en inskränkning av konkurrensmöjligheterna som en snedvridning av konkurrensen som berörde samtliga marknadsaktörer i en medlemsstat, såsom att en viss handling är förbjuden. En sådan störning motiverar inte i sig att artikel 95 används som rättslig grund för att ett långtgående förbud som finns i en medlemsstat blir allmänt tillämpligt i hela Europeiska unionen.

19. Om villkoren för användande av artikel 95 är uppfyllda kan skyddet för folkhälsan vara avgörande för de val som skall göras.

20. För varje åtgärd måste det prövas om den faktiskt bidrar till att undanröja hinder för den fria rörligheten och snedvridningar av konkurrensen.

21. Prövningen avseende den fria rörligheten gav följande resultat. Domstolen ansåg att reklamregler för tryckta media var tillåtna med stöd av artikel 95, medan förbudet mot reklam på bland annat affischer, parasoller och askkoppar samt förbudet mot reklaminslag på bio inte skulle bidra till den fria rörligheten. Tydligen utgick domstolen från antagandet att det i de sistnämnda fallen var fråga om mer eller mindre lokala marknader, vilket enligt min mening, till följd av tobaksmarknadens internationella karaktär, vilken också innefattar tillverkning av och handel med reklam, inte framstår som självklart. Domstolen fäste även avseende vid att bestämmelserna om reklam hade en minimikaraktär varvid medlemsstaterna fick införa strängare krav. Här saknas emellertid en bestämmelse om fri rörlighet. Härmed kunde, som jag förstår domstolens dom, direktivet faktiskt inte bidra till att undanröja hinder för den fria rörligheten.

22. Prövningen på konkurrensområdet ledde till följande slutsats: artikel 95 är inte lämplig för att undanröja en konkurrenssnedvridning utan att det innebär en långtgående inskränkning av konkurrensen i hela gemenskapen.

23. En sista punkt av intresse är att domstolen i detta fall inte ansåg sig behörig att ogiltigförklara en del av direktivet med hänsyn till att det genom direktivet införda förbudet hade en allmän karaktär.

III — Bakgrund och förfarande

A — *Målet vid den nationella domstolen*

24. Klagandena i målet vid den nationella domstolen, British American Tobacco (Investments) Limited och Imperial Tobacco Limited (nedan kallade klagandena), tillverkar tobaksvaror i Förenade kungariket. Klagandena tillhör världens största tillverkare av tobaksvaror. De bedriver affärsverksamhet i 180 länder och har en global marknadsandel på 15,1 procent. Klagandena har mer än 80 fabriker i 64 länder och tillverkar 800 miljarder cigaretter om året. På världsbasis arbetar 80 000 personer i företaget. Dess främsta internationella varumärken är Lucky Strike, Kent, Dunhill och Pall Mall. Andra väsentliga varumärken är bland annat Rothmans, Peter Stuyvesant, Benson & Hedges och John Player Gold Leaf. [8] Klagandena har hävdat att ett införlivande av direktivet har betydande konsekvenser för dem och deras dotterbolag.

25. Den 3 september 2001 har klagandena ingivit en ansökan vid High Court of Justice i vilken de har ifrågasatt Förenade kungarikets regerings avsikt och/eller skyldighet att införliva direktivet i nationell rätt. Vid förhandlingen i domstolen aktualiserades i detta sammanhang frågan om innebörden av artikel 2.2 i European Communities Act. Klagandena förklarade att artikel 2.2 i European Communities Act ger den brittiska regeringen behörighet att verkställa sina gemenskapsåtaganden. Klagandena har vid den nationella domstolen yrkat att den skall fastställa att den brittiska regeringen vid utövandet av denna behörighet med stöd av European Communities Act har handlat utanför sitt lagliga kompetensområde, eftersom direktivet i sig var ogiltigt. Således fanns det inget gemenskapsåtagande som skulle kunna motivera att den brittiska regeringen utövade sin behörighet.

26. Genom beslut av den 26 februari 2002 har High Court of Justice tillåtit Japan Tobacco Inc. och JT International SA att intervenera i målet vid den nationella domstolen.

8 — Uppgifter som är hämtade från klagandenas webbsida.

27. Japan Tobacco Inc. har förklarat att företagets anmärkningar avser artikel 7 i direktivet och särskilt avseende de grunder som klagandena i målet vid den nationella domstolen har anfört.

28. Japan Tobacco Inc. är en av de största cigarettillverkarna i världen. JT International SA är ett dotterbolag till Japan Tobacco Inc. JT International SA tillverkar cigaretter vid sin fabrik i Tyskland och distribuerar cigaretterna till gemenskapens femton medlemsstater. Japan Tobacco Inc. är vidare innehavare av varumärket Mild Seven. Enligt företagets egna påstående är Mild Seven ett av världens största cigarettmärken. JT International SA innehar en exklusiv licens för detta varumärke. Försäljningen av Mild Seven utgör mer än 40 procent av Japan Tobacco Inc.:s totala försäljning. [9]

29. Klagandena har anfört sju ogiltighetsgrunder avseende direktiv 2001/37, vilka återges i de sju delfrågorna till den första tolkningsfrågan.

9 — Japan Tobacco Inc. och JT International SA benämns hädanefter i detta förslag till avgörande Japan Tobacco.

B — *Tolkningsfrågorna*

30. High Court of Justice (Administrative Court) har därefter genom beslut av den 6 december 2001, som inkom till domstolens kansli den 19 december 2001, begärt ett förhandsavgörande avseende följande tolkningsfrågor:

"1) Är direktiv 2001/37/EG helt eller delvis ogiltigt på grund av

a) att artikel 95 EG och/eller artikel 133 EG inte utgör en giltig rättslig grund,

b) att artiklarna 95 EG och 133 EG har använts som kombinerad rättslig grund,

c) att proportionalitetsprincipen har åsidosatts,

d) att artikel 295 EG, den grundläggande äganderätten och/eller artikel 20 i avtalet om handelsrelaterade aspekter av immaterialrätter har åsidosatts,

e) att artikel 253 EG och/eller motiveringsskyldigheten har åsidosatts,

f) att subsidiaritetsprincipen har åsidosatts, eller

g) maktmissbruk?

2) Om direktivet är giltigt, är artikel 7 i parlamentets och rådets direktiv 2001/37/EG då tillämplig endast på tobaksvaror som saluförs inom Europeiska gemenskapen, eller är den även tillämplig på tobaksvaror som förpackats inom Europeiska gemenskapen för export till tredje land?"

C — *Förfarandet vid domstolen*

31. Enligt artikel 20 i domstolens stadga har skriftliga yttranden ingivits av: klagandena, Japan Tobacco, Europaparlamentet, rådet, kommissionen och regeringarna i Belgien, Tyskland, Finland, Frankrike, Grekland, Italien, Luxemburg, Nederländerna, Förenade kungariket och Sverige. Vid förhandlingen i domstolen den 2 juli 2002 har klagandena, Japan Tobacco, Europaparlamentet, rådet, kommissionen och regeringarna i Belgien, Tyskland, Finland, Frankrike, Grekland, Irland, Italien, Luxemburg, Nederländerna och Förenade kungariket muntligen framfört sina ståndpunkter.

D — *Inledande punkt*

32. Europaparlamentet har pekat på att klagandena i målet vid den nationella domstolen har anfört att deras argumentation har stöd av ett förtroligt yttrande från parlamentets rättstjänst om direktivförslaget. Även två särskilda yttranden från rättstjänsten har fogats till klagandenas vittnesmål vid den nationella domstolen. Klagandena har vidare underbyggt sin åsikt med ett yttrande från Europaparlamentets utskott för rättsliga frågor.

33. Parlamentet har begärt att domstolen skall lämna dessa yttranden, jämte de delar i vilka yttrandena har citerats eller hänvisats till, utan avseende. Parlamentet har i detta sammanhang hänvisat till generaladvokat Jacobs förslag till avgörande i målet Spanien mot rådet [10] i vilket generaladvokaten hävdade att om ett uttryckligt god-

10 — Förslag till avgörande inför dom av den 13 juli 1995 i mål C-350/92 (REG 1995, s. I-1985). Generaladvokaten anser för övrigt att samma princip gäller för det fall att inga dokument från rättstjänsten har lagts fram, men där det i vissa delar har hänvisats till åsikter som rättstjänsten skulle ha intagit.

kännande av en gemenskapsinstitution saknats kan inte ett yttrande från den berörda institutionens rättstjänst varken direkt eller indirekt åberopas i domstolen. Det skulle nämligen vara till men för det allmänna intresset av att ha tillgång till oberoende juridisk rådgivning. Parlamentet har också pekat på beslutet av förstainstansrättens ordförande i målet Carlsen [11], av vilket framgår att spridning av yttranden från rättstjänsten kan leda till osäkerhet om lagligheten av gemenskapsrättsakter och ha en negativ inverkan på gemenskapsinstitutionernas funktion. Gemenskapsrättens stabilitet och den väl fungerande verksamheten vid institutionerna — som är ett allmänt intresse som utan tvivel skall säkerställas — skulle annars kunna ta skada.

34. Jag anser inte att juridiska yttranden som utgör en del av gemenskapslagstiftningens tillkomst alltid måste förbli hemliga. Offentlighet kring sådana yttranden innebär dessutom en väsentlig fördel, eftersom den ökar insynen vid gemenskapslagstiftningens tillkomst. Det innebär emellertid inte att alla betänkanden skall vara offentliga. Jag gör i detta sammanhang en åtskillnad mellan å ena sidan interna yttranden från rättstjänsterna som fritt måste kunna cirkulera till stöd för den interna åsiktsbildningen i en institution och å andra sidan mer formella, externa yttranden, som i ett antal medlemsstater ges av ett lagråd. Vid den senare typen av yttranden ser jag inga skäl för ett hemlighållande. Även för de interna yttrandena gäller att de kan bli offentliga, om det finns skäl för det. I så fall får parterna fritt i ett förfarande som det förevarande utnyttja de argument som har använts i ett sådant yttrande. En annan sak är att en institution inte är bunden av sin rättstjänsts åsikter.

35. I detta fall kan de ifrågavarande dokumenten lämnas utan avseende vid bedömningen av gemenskapslagstiftarens vilja. Jag hävdar vidare att domstolen vid bedömningen av det aktuella målet skall beakta att dessa yttranden inte representerar Europaparlamentets åsikt. I övrigt kan Europaparlamentets begäran lämnas utan avseende.

IV — Förfarandets särskilda karaktär och upptagande till sakprövning

36. Det aktuella målet har en särskild karaktär, eftersom domstolen för första gången skall uttala sig om huruvida tolkningsfrågor som rör ett direktivs giltighet kan tas upp till sakprövning, när tolkningsfrågorna har uppkommit under införlivandeperioden av intressenter i ett förfarande vid nationell domstol. Den i målet upp-

11 — Beslut av den 3 mars 1998 i mål T-610/97, Carlsen m.fl. mot rådet (REG 1998, s. II-485). Se även dom av den 8 november 2000 i mål T-44/97 (REGP 2000, s. I.A-223 och s. II-1023).

komna situationen förelåg även i målet Imperial Tobacco m.fl., [12] men i det målet behövde emellertid domstolen inte uttala sig om huruvida målet kunde upptas till sakprövning, eftersom processföremålet hade bortfallit på grund av att det i ovannämnda mål aktuella direktivet hade ogiltigförklarats genom dom av den 5 oktober 2000. [13] Förvisso har domstolen i domen i målet SMW Winzersekt [14] besvarat en i visst avseende jämförbar fråga. Saken gällde en bestämmelse i en förordning som först var tillämplig efter en övergångsperiod hade löpt ut. Enligt domstolen behövde sökanden i målet vid den nationella domstolen i detta mål inte vänta till att övergångsperioden löpt ut innan sökanden inför nationell domstol kunde göra gällande att den aktuella bestämmelsen inte var tillämplig.

37. Den franska regeringen och kommissionen har gjort gällande att talan inte kan upptas till sakprövning. Den franska regeringen har påpekat att ett direktiv inte i sig kan medföra skyldigheter för en enskild. Denna regering har särskilt nämnt förstainstansrättens dom i målet Salamander m.fl. mot parlamentet och rådet [15], varav framgår att ett direktiv som ålägger medlemsstaterna att föreskriva skyldigheter för ekonomiska aktörer inte i sig direkt kan påverka dessa ekonomiska aktörers rättsliga ställning förrän nationella genomförandeåtgärder har vidtagits. Den skada som enskilda kan lida under genomförandefristen beror därigenom på en faktisk omständighet och inte på gemenskapsrätten. Kommissionen anser inte heller att det är nödvändigt att uttala sig om giltigheten och tolkningen av ett direktiv innan genomförandefristen har utlöpt. Om en enskild hade kunnat bestrida giltigheten hos ett direktiv inför nationell domstol innan genomförandefristen har löpt ut, skulle det för övrigt kunna anses som ett kringgående av bestämmelsen i artikel 230 EG och som ett åsidosättande av bestämmelserna i EG-fördraget om väckande av talan.

38. Enligt min bedömning ger domstolens fasta rättspraxis om förutsättningarna för att uppta tolkningsfrågor till sakprövning svaret i detta mål på de frågor som rör ett direktivs giltighet, vars genomförandeperiod fortfarande löper.

39. Sammantaget innebär domstolens fasta rättspraxis att när de av en nationell domstol ställda frågorna har betydelse för tolkningen av en gemenskapsrättslig bestämmelse så är domstolen i princip skyldig att besvara dem. En begäran från en nationell domstol kan endast avvisas, om det framgår att förfarandet enligt artikel 234 EG missbrukas, antingen

12 — Dom av den 5 oktober 2000 i mål C-74/99 (REG 2000, s. I-8599).

13 — Mål C-376/98 (ovan fotnot 3).

14 — Dom av den 13 december 1994 i mål C-306/93 (REG 1994, s. I-5555).

15 — Dom av den 27 juni 2000 i de förenade målen T-172/98, T-175/98—T-177/98 (REG 2000, s. II-2487), punkt 54.

genom att få domstolen att meddela ett förhandsavgörande i en konstruerad tvist, eller om det är uppenbart att gemenskapsrätten varken direkt eller indirekt är tillämplig på omständigheterna i fallet. [16]

40. Domstolen anser således att den har en vidsträckt skyldighet att besvara en tolkningsfråga, genom att ständigt påpeka att förfarandet enligt artikel 234 EG är ett medel för samarbete mellan domstolen och de nationella rättsliga organen. Härav följer enligt domstolen att det ankommer uteslutande på de nationella domstolarna, vid vilka tvisten anhängiggjorts och som har ansvaret för det rättsliga avgörandet, att mot bakgrund av de särskilda omständigheterna i varje enskilt mål bedöma såväl om ett förhandsavgörande är nödvändigt för att döma i saken som relevansen av de frågor som ställs till domstolen.

41. Det är med andra ord den nationella domstolen — och inte domstolen — som skall bedöma lämpligheten av att ställa tolkningsfrågor. Den enda begränsningen är att de inte får avse en konstruerad tvist och att frågorna avser tillämpningen av gemenskapsrätten.

42. Enligt min mening är dessa två villkor utan tvekan uppfyllda i det förevarande fallet. För det första finns det i nationell rätt en verklig tvist som har betydelse för den brittiska regeringens behörighet att använda artikel 2.2 i European Communities Act. För det andra avser frågorna gemenskapsrättens tillämplighet. Tvisten avser inte heller ett förslag till rättsakt, utan ett antaget direktiv vilket i enlighet med artikel 16 i direktivet trädde i kraft samma dag som det offentliggjordes. Direktivets innehåll är således klart liksom vilka skyldigheter som följer av direktivet efter att genomförandefristen har löpt ut.

43. Domen i målet Vaneetveld [17] som kommissionen har åberopat omfattar inte denna situation. I domen i detta mål ansåg domstolen att ett direktiv endast får göras gällande av enskilda vid de nationella domstolarna efter att den frist som fastställts för att införliva direktivet med nationell rätt löpt ut. Innan fristen löpt ut kan nämligen inte ett direktiv skapa rättigheter för enskilda som den nationella domstolen måste upprätthålla. Under denna period kan inte heller några skyldigheter för enskilda följa av ett direktiv. Endast medlemsstaterna har under denna period väldefinierade skyldigheter. De måste införliva direktivet med den nationella lagstiftningen och dessutom skall de avhålla sig från alla åtgärder som allvarligt skulle kunna äventyra det i direktivet föreskrivna målet. [18]

16 — Se exempelvis dom av den 17 juli 1997 i mål C-130/95, Giloy (REG 1997, s. I-4291), punkt 20 m.fl.

17 — Dom av den 3 mars 1994 i mål C-316/93 (REG 1994, s. I-763).

18 — Dom av den 18 december 1997 i mål C-129/96, Inter-Environnement Wallonie (REG 1997, s. I-7411).

44. Det innebär emellertid inte att det saknas ett objektivt behov [19] av att erhålla ett svar på de tolkningsfrågor som har ställts och att det således skulle vara fråga om en konstruerad tvist beträffande vilken domstolen inte behöver lämna något svar.

45. Inte nog med det, det råder inget tvivel om att klagandena har ett intresse av att få de tolkningsfrågor som har ställts besvarade. Detta intresse består i att de måste vara säkra på vilka de kommande rättigheter och skyldigheter, som är väsentliga för deras näringsverksamhet är. Det är dessutom troligt att de redan innan genomförandefristen har löpt ut måste vidta vissa åtgärder i sina verksamheter. Domstolen skall inte göra en bedömning av innehållet i och räckvidden av detta intresse, utan denna bedömning är vid en begäran om förhandsavgörande förbehållen den nationella domstolen. Det är precis detta som är skillnaden mellan en begäran om förhandsavgörande och en direkt talan vid gemenskapsdomstolen med stöd av artikel 230 EG. [20] I fullständighetens intresse vill jag även påpeka att osäkerhet råder i frågan om klagandena har ett väsentligt intresse i saken. Likaså i fullständighetens intresse behandlar jag den franska regeringens argument att klagandenas intresse grundas på faktiska omständigheter och inte på gemenskapsrätten. Detta argument förefaller mig inte endast felaktigt [21], utan det är dessutom irrelevant för domstolen, då denna bedömning skall göras av den nationella domstolen.

46. Jag drar härmed slutsatsen att domstolen skall besvara de tolkningsfrågor som High Court of Justice har ställt i sin begäran om förhandsavgörande. Jag vill påpeka att denna slutsats överensstämmer med vad domstolen ansåg i det jämförbara målet Winzersekt. [22]

47. Det är således viktigt att påpeka att en annan slutsats — som innebär att sakprövning inte kunde ske — skulle ha medfört att gemenskapens rättsordning inte kunde ge klagandena ett verksamt rättsligt skydd. Därmed skulle det saknas rättsskydd för den viktiga allmänna rättsprincip som ständigt har erkänts av domstolen [23] som en del av medlemsstaternas gemensamma rättstradition. Denna rättsprincip är fastslagen i artiklarna 6 och 13 i Europakonventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna och som för Europeiska unionens vidkommande återfinns i artikel 47 i stadgan om de grundläggande friheterna.

19 — Domstolen använde detta kriterium i dom av den 15 december 1995 i mål C-415/93, Bosman (REG 1995, s. I-4921), punkt 65.

20 — Se, för ett liknande resonemang, generaladvokaten Fennellys förslag till avgörande till domen i målet Imperial Tobacco m.fl., (ovan fotnot 12), punkt 32.

21 — Se punkt 37 i detta förslag till avgörande.

22 — Se punkt 36 i detta förslag till avgörande.

23 — Se exempelvis domstolens dom av den 15 maj 1986 i mål C-222/84, Johnston (REG 1986, s. 1651; svensk specialutgåva, volym 8, s. 597).

48. För det första vill jag vad avser kraven på ett verksamt rättsligt skydd påpeka följande. Det förfarande som gäller vid begäran om förhandsavgörande utgör en del i ett fullständigt system för väckande av talan som syftar till att säkerställa ett nödvändigt rättsskydd för medborgarna. Förutom begäran om förhandsavgörande finns också en möjlighet för alla fysiska och juridiska personer att under vissa förutsättningar direkt väcka talan vid förstainstansrätten.

49. Ett direktivs giltighet kan med stöd av artikel 230 EG emellertid endast aktualiseras genom en direkt talan som väckts av en medlemsstat, rådet eller kommissionen.[24] Fysiska och juridiska personer kan inte med stöd av denna artikel väcka talan vid domstolen angående ett direktivs giltighet. I fjärde stycket i artikel 230 nämns endast beslut och, i ett särskilt fall, förordningar.

50. På grund av att artikel 230 fjärde stycket EG på ett otvetydigt sätt beskriver de situationer i vilka fysiska och juridiska personer har talerätt måste man därav dra slutsatsen att fördragslagstiftaren uttryckligen har valt att i ett mål som det förevarande inte ge en möjlighet att direkt väcka talan vid gemenskapsdomstolen. Det överensstämmer även med domstolens rättspraxis, i vilken det ställs stränga krav på det personliga intresse som enskilda måste ha för att kunna inleda ett förfarande vid gemenskapsdomstolen.[25] Enskilda har enbart talerätt om "detta beslut angår dem på grund av vissa egenskaper som är utmärkande för dem eller på grund av en faktisk situation som särskiljer dem i förhållande till andra personer och därigenom försätter dem i en ställning som motsvarar den som gäller för en person som ett beslut är riktat till".[26] Enligt denna rättspraxis har klagandena i målet vid den nationella domstolen inte rätt att väcka talan, eftersom de inte skiljer sig från andra tillverkare av tobaksvaror som berörs av direktivet. Kort sagt hade klagandena inte haft talerätt med stöd av artikel 230 fjärde stycket EG, även om direktiv hade upptagits i detta stycke.

51. Domstolens restriktiva tolkning motiveras bland annat med att enskilda har möjlighet att vända sig till den nationella domstolen, vilken därefter kan ställa tolkningsfrågor till domstolen. Enskildas krav på ett verksamt rättsligt skydd säkerställs genom möjligheten att begära förhandsavgöranden.[27] Detta innebär att gemenskapsrätten givetvis inte får avskära möj-

24 — I vissa fall även Europaparlamentet, revisionsrätten och ECB.

25 — Se för en översikt av denna rättspraxis generaladvokaten Jacobs förslag till avgörande av den 25 juli 2002 i mål C-50/00P, Unión de Pequeños Agricultores mot rådet (REG 2002, s. I-6677).

26 — Dom av den 2 april 1998 i mål C-321/95, Greenpeace Council m.fl. mot kommissionen (REG 1998, s. I-1651), punkt 7. Rättspraxis har nyligen bekräftats i domen i målet Unión de Pequeños Agricultores mot rådet (ovan fotnot 25) punkt 44.

27 — Såvitt avser motiveringen, se domen i det ovannämnda målet Unión de Pequeños Agricultores mot rådet, punkt 38 och följande punkter. Domstolen har antagit rakt motsatt ståndpunkt i förhållande till kommissionen, vilken har påstått att möjligheten att begära ett förhandsavgörande strider mot det system för väckande av talan som har införts genom fördraget.

ligheten att begära förhandsavgöranden och därigenom skapa ett rättsligt tomrum. Jag ser emellertid detta fristående, utan att besvara frågan om domstolens restriktiva tolkning av artikel 230 fjärde stycket EG ger ett tillfredsställande skydd av enskildas grundlagsskyddade rätt till domstolsprövning. I denna fråga har generaladvokaten Jacobs i sitt förslag till avgörande i målet Unión de Pequeños Agricultores mot rådet[28], enligt min bedömning med rätta framfört allvarliga tvivel.

52. För det andra spelar enligt min bedömning rättssäkerhetsprincipen en roll. I en väl fungerande rättsordning skall den berörda personen i största möjliga mån vara säker på sina rättigheter och skyldigheter. Detta gäller i ännu högre grad när det gäller rättigheter och skyldigheter som kan ha en avsevärd betydelse för den berördas näringsverksamhet. Jag anser att det då saknar intresse att det gäller rättigheter och skyldigheter, som vid ett visst givet ögonblick ännu inte har trätt i kraft, men där det är klart att de inom en kort tid kommer att träda i kraft.

53. Det är obestridbart att en berörd person som har ett välgrundat tvivel om ett direktivs rättsliga giltighet kan få detta prövat av domstolen med stöd av EG-fördraget genom att den nationella domstolen begär ett förhandsavgörande. Jag anser att det strider mot rättssäkerhetsprincipen om gemenskapsrätten tolkas på så sätt att en berörd person måste vänta tills att genomförandefristen har löpt ut innan vederbörande har denna möjlighet att få saken prövad.

54. För det tredje skulle det förhållandet att talan inte kan upptas till sakprövning i det aktuella målet kunna medföra att de berörda lider skada, eftersom de redan nu måste vidta åtgärder för att anpassa sin tillverkning, trots att det eventuellt senare skulle visa sig att direktivet var ogiltigt. De berörda skulle då kunna försöka att begära skadestånd för den uppkomna skadan från den medlemsstat som har antagit genomförandelagstiftningen eller direkt från Europeiska gemenskapen. I artikel 288 andra stycket EG ges denna möjlighet.

55. Enligt fast rättspraxis ställer domstolen stränga krav för beviljande av skadestånd till följd av felaktig lagstiftning. Jag skall inte här mer ingående gå in på huruvida en skadeståndstalan mot Europeiska gemenskapen har möjlighet att vinna bifall. Jag anser det inte uteslutet, framförallt inte om ogiltigheten har uppkommit genom att gemenskapslagstiftaren har antagit en bestämmelse som denne enligt EG-fördraget inte har behörighet att anta på grund av att det saknas en rättslig grund.

28 — Ovan fotnot 25. I domen av den 3 maj 2002 i mål T-177/01, Jégo-Quéré mot kommissionen (REG 2002, s. II-2365) har förstainstansrätten för övrigt redan gjort en vidare tolkning.

56. Väsentligare är att om en talan inte kan upptas till sakprövning, och direktivet senare ogiltigförklaras i ett nytt förfarande, skulle det leda till en skada för de berörda som står utanför deras kontroll. Beslutet att vidta nödvändiga åtgärder för att uppfylla direktivets krav — innan dess ogiltighet har fastslagits — utgör inte företagarens fria val utan det utgör en rättslig skyldighet.

57. Ett system för rättsligt skydd skall således vara utformat så att det i största möjliga utsträckning förhindrar att skada uppkommer eller åtminstone begränsar skadans omfattning. Med andra ord, skulle det inte vara korrekt att tolka bestämmelserna i EG-fördraget om rätt till domstolsprövning på ett sådant sätt att de avskär enskilda från möjligheten att begränsa sin skada.

V — Bakgrund till direktivet

A — *Allmänt*

58. Detta mål utgör inte ett isolerat mål och bedömningen av målet styrs i väsentliga delar av dess sammanhang. För det första är det faktiska sammanhanget i vilket tillverkning, handel och användning av tobaksvaror sker. Detta faktiska sammanhang låg till grund för direktivets tillkomst. Direktivets tillkomst aktualiseras som en andra punkt nedan. Den tredje punkt som jag anser vara av intresse är de materiella förändringar som följer av direktivet. Tobaksvarors sammansättning och märkning är redan sedan lång tid tillbaka föremål för gemenskapslagstiftarens inblandning.

B — *Det faktiska sammanhanget*

59. I detta förfarande har domstolen erhållit mycket information om riskerna med tobakskonsumtion, bland annat i form av omfångsrika medicinskt-vetenskapliga rapporter och foton av rökningens offer. Jag anser inte att det är domstolens uppgift att göra en djupgående bedömning av rökningens exakta konsekvenser. Det är tillräckligt att fastställa att allvaret i rökningens följder inte längre seriöst bestrids och att de samhälleliga uppfattningarna om tobakskonsumtion påtagligt har förändrats. Båda utvecklingarna är en följd av nämnda vetenskapliga insikt om rökningens skadliga följder. Icke desto mindre är rökningen fortfarande omfattande, särskilt bland ungdomar. [29]

29 — Meddelandet från kommissionen till rådet och Europaparlamentet av den 18 december 1996 om gemenskapens nuvarande och dess planerade roll när det gäller bekämpning av tobak (KOM(96) 609 slutlig) grundar sig på det faktum att mer än 40 procent av den vuxna befolkningen i Europeiska unionen fortfarande rökte år 1996.

60. Såväl på unionsnivån som i många medlemsstater vilar politiken nu på två pelare. Den första pelaren, som särskilt riktar sig till ungdomar, innehåller åtgärder som syftar till att så långt som möjligt avskräcka från att röka, och den andra pelaren avser åtgärder som så långt som möjligt skall begränsa rökningens skadliga följder. Direktivets märkningsskyldighet utgör ett exempel på politiken i den förstnämnda pelaren, och skyldigheten att ange cigaretternas sammansättning är ett utslag av den andra pelaren. Vidare har kommissionen påpekat att en längre gående åtgärd — ett totalförbud av tobaksvaror — kanske kunde motiveras med hänsyn till den fara rökning innebär, men är ogenomförbart av praktiska skäl och av fiskala och politiska orsaker.

61. Det leder mig till marknaden för tobaksvaror, och då framför allt cigaretter. Denna har i stigande utsträckning blivit gränsöverskridande. [30] Lokala preferenser spelar en ständigt mindre roll; ett begränsat antal större cigarettmärken behärskar marknaden. Koncentrationen inom tobaksindustrin är ännu större: [31] de stora marknadsaktörerna har ofta flera märken på marknaden. Cigarettmarknadens gränsöverskridande karaktär innebär inte att det har uppstått en marknad med en *level playing field* (där lika villkor gäller). Tvärtemot är marknaden i hög grad reglerad av de nationella myndigheterna. Bland annat till följd av de nationella punktskattesatserna råder stora prisskillnader och även reglerna för tobaksreklam varierar kraftigt.

62. De stora prisskillnaderna har medfört att denna marknad är känslig för illegal handel och smuggling. I en rapport från år 1999 från Världsbanken [32] uppskattas att 30 procent av alla internationellt exporterade cigaretter, det vill säga 355 miljarder cigaretter, går förlorade till smuggling.

63. Även i handeln mellan medlemsstaterna i Europeiska unionen och tredje land utgör illegal handel och smuggling en väsentlig verksamhet, vilket inte har bestridits i detta förfarande. Förvisso skiljer sig åsikterna om i vilken utsträckning cigaretter som är tillverkade i Europeiska unionen är föremål för smuggling och därefter (vare

30 — Av Eurostats siffror för 1999 framgår att handeln mellan medlemsstaterna inom Europeiska unionen har en betydande omfattning (värdet av exporten inom EU: 3 626 419 070 ecu), att jämföra med det totala värdet av de cigaretter som säljs i Europeiska unionen som uppgår till 14 275 426 293 ecu. Även exporten från Europeiska unionen till tredje land representerar ett relativt högt belopp, nämligen 1 667 025 670 ecu. Importen till Europeiska unionen från tredje land har däremot en betydligt mindre omfattning (10 627 240 ecu). Se *ep16va, Annual value data (NACE 16: Manufacture of tobacco products)*, Eurostat, 1999.

31 — Det framgår även av siffror från Eurostat att år 2000 fanns det 46 tillverkningsenheter i Europeiska unionen. Av dessa fanns 4 i Belgien, 7 i Tyskland, 6 i Grekland, 6 i Spanien, 3 i Irland, 1 i Luxemburg, 4 i Nederländerna, 3 i Portugal och 4 i Förenade kungariket.

32 — *Curbing the epidemic, Governments and the Economics of Tobacco Control*, Washington D.C., 1999, s. 63.

sig de har exporterats och därefter återimporterats eller inte) illegalt hamnar på den europeiska marknaden, eller om det snarare är fråga om cigaretter med ursprung i tredje land.

64. Den luxemburgska regeringen har hävdat att 97 procent av alla cigaretter som olagligt importeras till Europeiska unionen har sitt ursprung i tredje land. Den tyska regeringen har nämnt en motsvarande siffra för den olagliga importen till Tyskland. Klagandena i målet vid den nationella domstolen har hävdat att 85 procent av de cigaretter som olagligt befinner sig i Europeiska unionen har sitt ursprung i tredje land. Kommissionen har däremot hävdat att bland de illegala cigaretter som påträffas i Europeiska unionen är den andel som är tillverkad i unionen väsentligt högre än 15 procent.

65. Cigarettsmuggling är, enligt den senaste verksamhetsrapporten från OLAF, för samtliga medlemsstater och många tredje länder ett problem som medför stora bortfall för gemenskapsbudgeten och de nationella budgetarna. [33] De som ägnar sig åt bedrägerier på cigarettområdet opererar på världsplan och förfogar över mycket stora resurser och en avancerad infrastruktur. Bedrägerier med cigaretter sker i praktiken oftast på samma sätt. Det handlar oftast om felaktiga uppgifter, kringgående av reglerna och ren smuggling. Om det i en viss medlemsstat eller tredje land sker en strängare kontroll av cigaretternas ursprung, omlokaliserar bedragarna sin verksamhet till en annan medlemsstat eller ett annat tredje land. Eftersom det går att göra enorma vinster är bedragarna beredda att förvara cigaretterna under lång tid eller att förflytta dem, i hopp om att tullmyndigheternas vaksamhet skall avmattas, så att de olagligen skall kunna importera cigaretterna till gemenskapen. [34] Av verksamhetsrapporten framgår vidare att cigaretterna vid cigarettsmuggling först lagras i Europeiska unionen innan de exporteras till tredje land (eller anges som exporterade).

66. I detta förfarande beaktas även det ekonomiska intresset för tobakssektorn i Europeiska unionen, och särskilt odling av tobak — som framför allt sker i ett antal sydliga medlemsstater — och dess industriella förädling. Direktivet kan ha en negativ inverkan på denna sektor. Enligt klagandena medför direktivets tillämpning på exporten ett bortfall på 1 800 till 3 000 arbetstillfällen, och det endast i deras egen verksamhet.

33 — Rapport från Europeiska byrån för bedrägeribekämpning, Verksamhetsrapport för perioden den 1 juni 2000—den 31 maj 2001, s. 26—27.

34 — Av verksamhetsrapporten för år 1998 framgår att Andorra sedan 1996 är det viktigaste landet för cigarettsmuggling till Europeiska unionen. Se *Protecting the Communities' financial interests and the fight against fraud, Annual Report 1998*, s. 19.

C — *Direktivets tillkomst*

67. Direktivet har en lång förhistoria. De väsentligaste åtgärderna i direktivet (artiklarna 3 till och med 7) fanns angivna som valmöjligheter redan i kommissionens meddelande av den 18 december 1996.[35] Kommissionen föreslog i detta meddelande ett antal åtgärder för att intensifiera kampen mot rökning i gemenskapen.

68. Detta meddelande följdes upp av bland annat en resolution från parlamentet[36], i vilken parlamentet insisterade på en vaksam bevakning av utvecklingen av den på förpackningen angivna nikotinhalten i hela unionen. Parlamentet begärde även att kommissionen skulle utvärdera genomslagskraften av förpackningarnas varningstexter. Vidare förkastade parlamentet påståendet att Europeiska unionen exporterade tobak av sämre kvalitet, som inte levde upp till europeisk standard, till tredje land och att unionen härmed bidrog till att ytterligare förvärra den redan inte alltför goda folkhälsosituationen i ett antal länder.

69. I anslutning till Europaparlamentets och rådets påpekanden lämnade kommissionen i oktober 1999 en rapport[37] avseende uppföljningen av meddelandet från år 1996. Detta förslag innehöll en analys av medlemsstaternas politik och praxis med avseende på ett antal åtgärder för att bekämpa tobaksrökning.

70. I rådets slutsatser om kampen mot tobakskonsumtion[38] underströk rådet vikten av att utveckla en allmän strategi som innehåller ett effektivt system för att bevaka tobakskonsumtionen, tobakspolitiken och dess konsekvenser i hela unionen, liksom genomförandet av den gemenskapsrättsliga lagstiftningen. Ett antal av de i slutsatserna föreslagna åtgärderna återfinns i ett nyligen framlagt förslag från kommissionen[39] om kampen mot tobakskonsumtion. Detta förslag innehåller bland annat några initiativ för att skydda minderåriga, exempelvis genom reglering av tobaksförsäljningsvillkor, elektronisk försäljning och automatförsäljning.

71. Europeiska gemenskapens ansträngningar i kampen mot rökningen går ännu längre tillbaka i tiden. Redan i juni 1985 lyfte Europeiska rådet i Milano upp frågan

35 — Ovan fotnot 29.

36 — Resolution om kommissionens meddelande till rådet och Europaparlamentet om gemenskapens nuvarande och dess planerade roll när det gäller bekämpning av tobak och rökning (EGT C 14, 1998, s. 197).

37 — Rapport från kommissionen till rådet, Europaparlamentet, Ekonomiska och sociala kommittén och Regionkommittén: Framsteg som har gjorts när det gäller skyddet mot tobakskonsumtionens skadliga inverkan på folkhälsan, KOM(1999) 407 slutlig.

38 — Rådets slutsatser av den 18 november 1999 om kampen mot tobakskonsumtionen (EGT C 86, 2000, s. 4).

39 — Förslag till rådets rekommendation om förebyggande av rökning och om initiativ för en effektiv bekämpning av rökning och annat tobaksbruk, KOM(2002) 303 slutlig.

genom att införa ett europeiskt handlingsprogram för bekämpande av cancer. Handlingsprogrammet kom till stånd den 7 juli 1986[40] och syftade till att bidra till en förbättring av hälsan hos och livskvaliteten för EG-medborgarna genom att minska antalet cancerfall. Detta handlingsprogram fastslog att kampen mot rökning skulle ges företräde. För att genomföra handlingsprogrammet tillkom de första harmoniseringsdirektiven med avseende på tobakskonsumtion.

72. Direktivets tillkomst måste även ses mot bakgrund av den internationella utvecklingen. Vissa västländer utanför Europeiska unionen har under senare år väsentligt skärpt sin lagstiftning. I detta förfarande har ofta Kanada lyfts fram som förebild och särskilt att dess hälsovarningstexter är avsevärt strängare än motsvarande bestämmelser i direktivet.

73. Vidare förhandlas det inom Världshälsoorganisationen om en ramkonvention för att minska rökningen.[41] I dessa förhandlingar deltar såväl kommissionen som medlemsstaterna. Av protokoll[42] från förhandlingarna framgår att tobaksindustrin fullt ut deltar i förhandlingarna om en ramkonvention och att de har möjlighet att framföra sina åsikter angående denna.

74. Sammanfattningsvis har de begränsningar som anges i direktivet om tobaksvarors sammansättning, märkning och beskrivning inte fallit ned från himlen. De har en lång förhistoria i vilken tobaksindustrin har varit nära delaktig. Sammantaget innebär det att tobakstillverkarna i Europeiska unionen — och även tobaksimportörerna — befinner sig i en situation i vilken de har haft god tid att vidta erforderliga åtgärder för att begränsa den skada som direktivet eventuellt kan medföra för dem.

D — *Vilka materiella ändringar medför direktivet?*

75. Saluförandet av tobaksvaror är redan nu underkastat gemenskapsrättsliga regler på grund av rökningens hälsorisker. Dessa regler återfinns i följande direktiv:

— Rådets direktiv 89/622/EEG av den 13 november 1989 om tillnärmning

40 — EGT C 184, s. 19.

41 — Se WHO:s hemsida för mera omfattande information, www.who.int.

42 — Finns på WHO:s hemsida.

av medlemsstaternas lagar och andra författningar om märkning av tobaksvaror (nedan kallat direktiv 89/622).[43]

— Rådets direktiv 90/239/EEG av den 17 maj 1990 om tillnärmning av medlemsstaternas lagar och andra författningar om högsta tillåtna tjärhalt i cigaretter.

— Europaparlamentets och rådets direktiv 89/552/EEG av den 3 oktober 1989 om samordning av vissa bestämmelser som fastställts i lagar och andra författningar om utförandet av sändningsverksamhet för television, kallat direktivet television utan gränser,[44] i vilket tevereklam för tobaksvaror förbjuds.

Dessutom fanns direktiv 98/43/EG om reklam och sponsring för tobaksvaror. Detta direktiv har som tidigare nämnts ogiltigförklarats av domstolen.

76. Den bestående lagstiftningen på gemenskapsnivå har skärpts genom det aktuella direktivet. Det gäller såväl märkningsreglerna — de varningar som riktar sig till rökaren blir något allvarligare — som sammansättningsreglerna. Förutom en skärpning av högsta tillåtna halt av tjära införs också högsta tillåtna halter av nikotin och kolmonoxid. Dessutom — och det är ett helt nytt inslag i bestämmelserna — är de högsta tillåtna halterna nu även tillämpliga på cigaretter som har framställts i gemenskapen för export till tredje land.

77. Dessutom innehåller direktivet även ett par skyldigheter som måste betraktas som nya. I artikel 6 föreskrivs ett offentliggörande av varusammansättningen av medlemsstaternas myndigheter. I artikel 7 förbjuds användandet av vissa beskrivningar som skulle kunna ge intryck av att en viss tobaksvara är mindre skadlig, såsom "mild", "light" eller "ultra-light". Förbudet gäller även om beskrivningarna utgör ett varumärke eller del av ett varumärke.

VI — Bedömning av den första frågan: valet av rättslig grund

A — *Inledning och tillvägagångssätt*

78. Den hänskjutande domstolens första fråga är av avgörande betydelse i detta

43 — EGT L 359, s. 1; svensk specialutgåva, område 15, volym 9, s. 141. Detta direktiv har varit föremål för omfattande ändringar genom direktiv 92/41/EEG (EGT L 158, s. 30; svensk specialutgåva, område 15, volym 11, s. 47).

44 — EGT L 298, s. 23, svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 3, i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 97/36/EG av den 30 juni 1997 (EGT L 202, s. 60).

förfarande. Den hänskjutande domstolen har i frågan angivit ett antal delfrågor som skulle kunna ge upphov till tvivel om direktivets giltighet.

79. Regeringarna i Förenade kungariket, Belgien, Finland, Frankrike, Irland, Italien, Nederländerna och Sverige samt parlamentet, rådet och kommissionen har bedömt att direktivet är giltigt. Däremot menar klagandena i målet vid den nationella domstolen och de grekiska och luxemburgska regeringarna att direktivet är ogiltigt i dess helhet. Klagandena har hävdat att direktivet inte syftar till att förbättra villkoren för upprättandet av den inre marknaden och dess funktion. Inte heller har direktivet, såvida artikel 133 EG används som rättslig grund, enligt klagandena till syfte att upprätta en gemensam handelspolitik. Den luxemburgska regeringen menar att direktivet enbart syftar till att skydda folkhälsan. För detta syfte är harmonisering inte tillåten. Den grekiska regeringen betvivlar direktivets giltighet såvitt avser exporterade cigaretter. Enligt Japan Tobacco är artikel 7 i direktivet ogiltig. Den tyska regeringen anser, utan att uttala sig om giltigheten av andra bestämmelser i direktivet, att artikel 3 första och andra styckena är ogiltiga, eftersom artikeln innehåller ett förbud mot tillverkning av cigaretter som är avsedda för export.

80. Vad gäller den första frågan behandlar jag inledningsvis den rättsliga grunden, delfrågorna a och b i frågan. Är Europaparlamentet och rådet behöriga att harmonisera varureglerna på ett sådant sätt som föreskrivs i direktivet? Frågan huruvida direktivets innehåll möjligen åsidosätter vissa rättsprinciper prövas nedan under avdelning VII.

81. Genom denna ordning följer jag den hänskjutande domstolens frågeställning. En väsentlig del av detta förfarande avser huruvida flera av skyldigheterna i artiklarna 3 till och med 7 i direktivet är rättsligt giltiga och inte så mycket huruvida direktivet i dess helhet är giltigt. Det valda angreppssättet innebär att vissa av dessa skyldigheter ges större utrymme. Innehållsmässigt skiljer jag emellertid mellan sammansättningskraven (artikel 3 och i samband härmed artikel 4 i direktivet), där den valda rättsliga grunden diskuteras och som en härledning från denna även bland annat proportionaliteten och märknings- och informationsskyldigheterna (artiklarna 5 till och med 7), där diskussionen koncentreras till proportionalitet och äganderätt.

82. I förlängningen av detta har jag infört ytterligare en begränsning. Jag anser inte att domstolen behöver pröva artiklarna 4 och 6 i direktivet för sig.

83. Vad avser artikel 4 är fastställandet av mätmetoder en nödvändig konsekvens av sammansättningskravet i artikel 3. Om inte mätmetoder har fastställts saknas anledning att bestämma högsta tillåtna halter av tjära, nikotin och kolmonoxid i cigaretter. Detta utgör inte ett hinder för medlemsstaterna att i enlighet med artikel 4.3 föreskriva om mätningar även för andra ämnen. Tvärtemot vad klaganden har anfört blir följden av detta inte att artikel 4.3 utgör ett självständigt handelshinder. I artikeln föreskrivs enbart ett handlingsutrymme för medlemsstaterna i en del som inte harmoniseras genom direktivet.

84. Skälet att inte pröva artikel 6 i direktivet för sig är av annat slag. Det har inte under förfarandet anförts några specifika invändningar mot artikel 6. Klagandenas argument att artikeln inte avser den inre marknaden, utan snarare syftar till att skydda folkhälsan [45], behandlas tillräckligt nedan under avdelning VI C, och det oberoende av innehållet i artikel 6 i direktivet.

45 — Klagandena har pekat på att skäl 22 nämner insyn som ett av direktivets mål.

B — *Inledande påpekande om den rättsliga grunden*

85. Som anförts är direktivet grundat såväl på artikel 95 EG som på artikel 133 EG. Dessa båda rättsgrunder kan i detta fall inte betraktas som likvärdiga. Gemenskapslagstiftarens utgångspunkt var artikel 95 EG. Eftersom gemenskapslagstiftaren inte var säker på att artikel 95 EG även kunde användas som rättslig grund för regleringen av cigaretter som exporteras från Europeiska unionen, tillfogades artikel 133 EG som rättslig grund för denna specifika del av direktivet.

86. Lagstiftarens motivering för direktivets tillämplighet på export återfinns i skäl 11. Av vad som sägs i skälet är enbart sista meningen relevant som motivering för en reglering. Den sista meningen hänvisar till behovet av att förebygga att bestämmelserna om den inre marknaden åsidosätts. Vid förhandlingen har rådet och parlamentet givit en kompletterande motivering. De båda lagstiftarna har anfört att artikelns tillämplighet på export har två syften som är oskiljaktigt förbundna med varandra. Det första syftet, som utgör motivet för att artikel 95 EG har använts som rättslig grund, är önskan att bekämpa den illegala handeln och skydda den inre marknaden. Det andra syftet avser exporten av cigaretter som sådan. För detta syfte utgör artikel 133 EG rättslig grund. Jag utgår från att enbart det första syftet har stöd i skälen i direktivet.

87. Domstolen bör vid undersökningen av om valet av rättslig grund var korrekt beakta att de två rättsgrunderna inte är jämbördiga, samt den av gemenskapslagstiftaren anförda motiveringen avseende detta val. Allra först måste det undersökas om direktivet i dess helhet kan grundas på artikel 95 EG. Vid denna undersökning uppkommer två frågor:

— Kan en åtgärd som (även) syftar till skydd för folkhälsan grundas på artikel 95 EG?

— Kan en åtgärd som grundas på artikel 95 EG även avse tillverkning av varor som är avsedda för export till tredje land?

Ett nekande svar på den första frågan innebär att direktivet är ogiltigt och vid ett nekande svar på den andra frågan är svaret inte utan vidare givet. Då aktualiseras följdfrågan, nämligen huruvida artikel 133 EG kan utgöra en kompletterande rättslig grund för export till tredje land. Vidare måste domstolen, även vid ett jakande svar på den andra frågan, bedöma artikel 133 EG. Oberoende av frågan om det var nödvändigt för gemenskapslagstiftaren att använda artikel 133 EG som kompletterande rättslig grund, står det klart att så faktiskt har skett.

88. Prövningen av användandet av artikel 133 som rättslig grund omfattar följande frågor:

— Var det i detta fall tillåtet att använda två rättsliga grunder då artikel 133 EG användes som komplement till artikel 95 EG tillåten?

— Kan artikel 133 EG i detta fall utgöra rättslig grund för bestämmelser som avser tillverkning av varor som är avsedda för export till tredje land? I vilket fall som helst bör domstolen iaktta innehållet i skäl 11 i direktivet.

— Vilken är rättsföljden av ett eventuellt felaktigt användande av artikel 133 EG, för det fall att artikel 95 EG kan utgöra rättslig grund för hela direktivet?

C — *Artikel 95 EG och skyddet för folkhälsan*

1. Anförda argument

89. Klagandena har hävdat att gemenskapslagstiftaren inte är behörig att anta harmoniseringsåtgärder på folkhälsoområdet. I artikel 152.1 EG föreskrivs att en hög skyddsnivå för människors hälsa skall säkerställas vid utformning och genomförande av all gemenskapspolitik och alla gemenskapsåtgärder. I artikel 152 anges närmare de särskilda åtgärder som kommissionen får vidta avseende folkhälsan, i samverkan med och som komplettering till medlemsstaternas åtgärder. Enligt artikel 152.4 c är harmoniseringsåtgärder uteslutna. Den luxemburgska regeringen delar klagandenas åsikt.

90. Den rättsliga grunden i artikel 95 EG får enligt klagandena enbart användas för syftet att förbättra villkoren för upprättandet av den inre marknaden och dess funktion. De menar att de syften som nämns i artikel 95 EG skall främja handeln, inte inskränka den. De har erinrat om att direktiv 98/43/EG ogiltigförklarades, trots att det i skälen i detta direktiv nämndes att den inre marknaden särskilt skulle beaktas. I själva verket påstår klagandena att det aktuella direktivet är en förtäckt folkhälsoåtgärd, som inspirerats av samma tankar som har utgjort grund för WHO:s förslag till ramkonvention om kampen mot tobak, och till vilket det hänvisas i skäl 13 i direktivet.

91. Förverkligandet av den inre marknaden kan enligt klagandena ändå inte användas som argument för direktivets bestämmelser avseende tjärhalter. Genom direktiv 90/239 har reglerna för högsta tillåtna halt av tjära fullständigt harmoniserats. Handelshinder kan inte längre förekomma och sålunda saknas behörighet att använda förverkligandet av den inre marknaden som argument för att ytterligare sänka den högsta tillåtna halten av tjära. Klagandena har dessutom tillagt följande. Även om gemenskapslagstiftaren skulle vara behörig att anta nya regler om tjärhalten på grund av folkhälsoskäl, så måste sådana regler åtminstone baseras på ny utveckling som grundas på vetenskapliga fakta.

92. Avseende de högsta tillåtna halterna av nikotin och kolmonoxid skulle det likaså, enligt klagandena, saknas behörighet, eftersom det inte föreligger någon konkret risk för handelshinder till följd av att medlemsstaterna vidtar ensidiga åtgärder. Dessutom

tillkommer att de i skäl 9 nämnda olikheterna i den i lag föreskrivna högsta tillåtna halten av nikotin är felaktig i sak.

93. Klagandenas argument avseende gemenskapslagstiftarens behörighet att med stöd av artikel 95 EG vidta harmoniseringsåtgärder till skydd för folkhälsan har inte fått stöd av övriga som yttrat sig i detta förfarande. Med stor samstämmighet har dessa argument tillbakavisats. Det gäller såväl de argument som avser behörigheten i allmänhet som de argument som specifikt avser direktivet. Visserligen finns olika åsikter om vad som är direktivets huvudsakliga syfte, förverkligandet av den inre marknaden, skyddet för folkhälsan eller, som den irländska regeringen har uttryckt det under förhandlingen, båda två.

2. Rättspraxis

94. I domen i målet Nederländerna mot Europaparlamentet och rådet (nedan kallad bioteknikdomen)[46] gjorde domstolen en vid tolkning av möjligheten att använda artikel 95 EG som rättslig grund i de fall åtgärden inte enbart syftade till att undanröja hinder för den inre marknaden. Domstolen ansåg följande: "En rättsakts huvudsyfte avgör på vilken rättslig grund denna skall antas. Direktivet har till syfte att främja forskning och utveckling på genteknikområdet inom Europeiska gemenskapen. Sättet på vilket det bidrar till att uppnå detta syfte består i att undanröja de rättsliga hinder som följer av att det på den inre marknaden finns skillnader mellan medlemsstaternas lagstiftning och rättspraxis som kan hindra och ha negativa effekter på forsknings- och utvecklingsverksamheten på detta område. Harmoniseringen av medlemsstaternas lagstiftning är således inte ett underordnat eller kompletterande syfte med direktivet, utan utgör själva grunden för det. Att det syfte som direktivet skall uppnå även omfattas av artiklarna 130 och 130f i fördraget[47] innebär under dessa omständigheter inte att det var olämpligt att använda artikel 100a i fördraget[48] som rättslig grund för direktivet."

95. Vad beträffar syftet med en åtgärd för att skydda folkhälsan är gemenskapslagstiftarens behörighet att med stöd av artikel 95 EG anta bestämmelser minst lika vid. Denna behörighet är emellertid inte obegränsad, vilket framgår av domen i tobaksreklammålet. Åtgärderna måste, även om de inte syftar till att helt undan-

46 — Dom av den 9 oktober 2001 i mål C-377/98, Nederländerna mot parlamentet och rådet (REG 2001, s. I-7079), punkterna 27 och 28.

47 — Nu artiklarna 157 EG och 163 EG.

48 — Nu artikel 95 EG.

röja hinder för den fria rörligheten för varor, i varje fall faktiskt bidra till att undanröja hindren. Det kan därvidlag vara fråga om framtida hinder, men det skall vara sannolikt att hinder kan uppstå.

96. Domstolen förefaller härmed lägga större vikt vid åtgärdens innehåll (föremålet) än det av lagstiftaren eftersträvade syftet. I detta sammanhang vill jag som exempel hänvisa till relativiseringen av skillnaden mellan syfte och föremål som generaladvokaten Tesauro gör i sitt förslag till avgörande i titandioxinmålet.[49] Han betraktade slutligen skillnaden som enbart terminologisk. Vidare, vid fastställandet av föremålet beaktas även åtgärdens syfte och syftet med en åtgärd kan å andra sidan enbart förstås i ljuset av dess innehåll och verkningar, i avsikt att minska risken för (och anklagelsen) att bedömningen vilar på ett subjektivt kriterium (nämligen en institutions uppfattning om åtgärdens syfte).

3. Allmän bedömning

97. Många av de anförda yttrandena avser det huvudsakliga syftet med direktivet. Är det fråga om den inre marknaden eller är syftet snarare att skydda folkhälsan? Vid ett första påseende anser jag att direktivet har det andra syftet, till viss del beroende på att direktivet är en del av en åtgärdsplan på gemenskapsnivå med syfte att bekämpa tobakskonsumtionen.[50] Jag anser det i detta sammanhang vara av mindre intresse att skälen utförligt hänvisar till den inre marknaden. Hänvisningarna har enbart inkluderats för att motivera att artikel 95 har använts och har inte så mycket med direktivets egentliga syfte att göra. Vad jag nedan påstår angående den rättsliga grunden för artikel 95 skall då även ses mot denna bakgrund.

98. Med beaktande av de anförda yttrandena under förfarandet i domstolen och av rättspraxis drar jag slutsatsen att skingra det möjliga tvivel som föreligger om gemenskapslagstiftarens behörighet att besluta om det aktuella direktivet måste följande fråga besvaras: Innebär det som föreskrivs i artikel 95 att en åtgärd som rör upprättandet av den inre marknaden och dess funktion även måste ha den inre marknaden som huvudsakligt syfte? Eller gäller vad den brittiska regeringen har anfört med hänvisning till domen i tobaksreklammålet, nämligen att artikel 95 EG kan utgöra grund även när tyngdpunkten i en åtgärd inte består i att förbättra den inre marknaden, utan att skydda folkhälsan?

49 — Förslag till avgörande inför dom av den 11 juni 1991 i mål C-300/89, kommissionen mot rådet (REG 1991, s. I-2867; svensk specialutgåva, volym 11, s. 199).

50 — Se punkterna 65—77.

99. För att besvara dessa frågor ämnar jag ur allmän synvinkel granska gemenskapslagstiftarens behörighet enligt artikel 95 EG.

100. Huvudsakligen handlar det om att gemenskapen måste kunna vidta åtgärder om ett (potentiellt) handelshinder uppstår. Åtgärderna måste, enligt min tolkning av domen i bioteknikmålet, bestå i att hindret undanröjs. [51] Artikel 95 EG tillhandahåller en sådan behörighet. Det är därvidlag inte avgörande att handelshindret även skall utgöra huvudskälet för gemenskapslagstiftarens åtgärder. Det utgör inte heller ett hinder att det i fördraget finns särskilda behörigheter för gemenskapslagstiftaren att vidta åtgärder på vissa politikområden, såsom på folkhälsoområdet med stöd av artikel 152 EG.

101. Behörigheten är emellertid därmed inte obegränsad. Även när det kan fastställas att en åtgärd utgör ett handelshinder kan domstolen i det enskilda fallet pröva om gemenskapslagstiftaren har använt sin behörighet i enlighet med gemenskapsrätten. Denna prövning kan i varje fall avse frågan huruvida åtgärden verkligen har syftat till att uppfylla ett av gemenskapsrätten erkänt allmänt intresse. Sedan prövar domstolen om lagstiftarens åtgärd i ett visst fall verkligen är lämplig för att undanröja handelshindret. Ett eventuellt missbruk av den i fördraget tillerkända behörigheten kan också aktualiseras jämte de andra rättsprinciper som den hänskjutande domstolen har nämnt i sina frågor. Dessa rättsprinciper behandlas senare i detta förslag till avgörande. [52]

4. Bedömningen av grunden för behörigheten

102. Jag skulle vilja utveckla dessa utgångspunkter ytterligare och börjar med grunden för behörigheten enligt artikel 95 EG.

103. Artikel 95 EG innehåller ingen allmän behörighet för gemenskapslagstiftaren att harmonisera nationella bestämmelser. I artikel 95 EG föreskrivs enbart en behörighet att besluta om harmoniseringsåtgärder som rör upprättandet av den inre marknaden. [53] Upprättandet av den inre marknaden förverkligas, enligt vad som föreskrivs i artikel 3.1 c genom att hinder för

51 — Ovan fotnot 46.

52 — Se punkt 223 och följande punkter.

53 — I artikel 95 EG nämns dessutom den inre marknadens funktion. Denna del av artikel 95 EG kommer jag först att behandla senare (från och med punkt 133) i detta förslag till avgörande i samband med behörigheten att även anta regler med stöd av artikel 95 EG som avser tillverkning av cigaretter.

den fria rörligheten för varor, personer, tjänster och kapital mellan medlemsstaterna undanröjs. För att undanröja dessa hinder föreskrivs i EG-fördraget två kompletterande möjligheter. Om jag dessutom begränsar mig till den fria rörligheten för varor är den första möjligheten förbudet i artiklarna 28 EG och 29 EG mot kvantitativa import- och exportrestriktioner och åtgärder med motsvarande verkan, inklusive de undantag som framgår av artikel 30 EG eller som erkänns i domstolens rättspraxis. Den andra möjligheten är gemenskapslagstiftarens behörighet enligt artikel 95 EG att undanröja kvarvarande — eller uppkomna — hinder, när lagstiftaren på nationell nivå har använt något av undantagen från förbudet i artiklarna 28 EG och 29 EG. Nationella åtgärder som föreskrivs genom lag till skydd för särskilda erkända allmänna intressen som folkhälsan utgör i allra högsta grad en orsak till handelshinder.

104. Enligt domstolens rättspraxis uppstår dessutom gemenskapslagstiftarens behörighet så snart sådana hinder har visats, åtminstone så snart uppkomsten av framtida hinder är sannolik.

105. Vad gäller det aktuella målet är en nationell åtgärd som innehåller inskränkningar i sammansättning eller beskrivning av tobaksvaror i sig en kvantitativ exportbegränsning i den mening som avses i artikel 29 EG. Enligt artikel 30 EG kan dock en sådan nationell åtgärd vara motiverad om den syftar till att skydda folkhälsan. Enligt domstolens rättspraxis måste den nationella åtgärden vidare uppfylla ytterligare ett antal villkor, bland annat avseende dess proportionalitet. I detta fall, när syftet är att bekämpa rökning, kan en sådan nationell åtgärd enkelt godtas.

106. Med utgångspunkt i att en nationell åtgärd av det slag som beskrevs i förra punkten kan motiveras med stöd av artikel 30 EG har ett handelshinder därmed uppkommit. I syfte att undanröja detta handelshinder har gemenskapslagstiftaren rätt att vidta åtgärder. Åtgärderna innebär att gemenskapslagstiftaren övertar skyddet för allmänintresset (i detta fall folkhälsan) från den nationella lagstiftaren. Med andra ord kan förverkligandet av den inre marknaden medföra att ett visst allmänintresse — som i detta fallet folkhälsan — tillgodoses på unionsnivå. Härmed är den inre marknaden inte längre huvudsyftet med gemenskapsåtgärden. Genom förverkligandet av den inre marknaden anges enbart den nivå på vilken ett allmänintresse tillgodoses.

107. En sådan behörighet för gemenskapslagstiftaren är oumbärlig för integrationen i

gemenskapen. Jag vill i detta sammanhang hänvisa till artikel 2 EU i vilken tillkomsten av ett område utan inre gränser formuleras som ett huvudsyfte för Europeiska unionen, samt artikel 2 EG som utgör grund för att genomföra den inre marknaden. På ett område utan inre gränser som i detta fall den inre marknaden kan handeln mellan medlemsstaterna inte vara underkastad inskränkande villkor. Om gemenskapslagstiftaren inte hade behörighet att vidta åtgärder i ett sådant fall skulle ett viktigt medel saknas för att undanröja dessa villkor. Jag vill gå ytterligare ett steg längre: fördraget förpliktigar gemenskapslagstiftaren att vidta åtgärder som är nödvändiga för upprättandet av den inre marknaden och dess funktion.

108. Som nämnts ovan är det inte syftet bakom åtgärden som är avgörande. I detta sammanhang är gemenskapsbehörigheten jämförbar med de federala myndigheternas behörighet i Förenta staterna avseende handeln mellan delstaterna. Den amerikanska Högsta domstolen har ansett följande: "Det spelar ingen roll om det anförda syftet (i vårt fall folkhälsan) är det huvudsakliga eller avgörande syftet för den federala åtgärden (i vårt fall EG-direktivet) — så länge som ett berättigat syfte (i vårt fall: den inre marknaden) tillgodoses i tillräcklig grad." [54] Jag betraktar gemenskapslagstiftarens behörighet som en funktionell behörighet, som är nödvändig för genomförandet av den inre marknaden.

109. För att sammanfattningsvis besvara frågan om Europeiska gemenskapen är behörig att vidta en viss åtgärd som avser upprättandet av den inre marknaden undersöker domstolen om denna åtgärd direkt berör handeln mellan medlemsstaterna. På denna punkt hänvisar jag till punkt 84 och följande punkter i domen i tobaksreklammålet.

110. Klagandena i målet vid den nationella domstolen har gjort en koppling till gemenskapens specifika behörighet på folkhälsoområdet. De har särskilt pekat på att artikel 152.4 c utesluter harmonisering av nationell lagstiftning. Om en harmonisering av lagstiftningen kan ske med stöd av artikel 95 skulle det innebära att artikel 152 kringgås.

111. Denna tolkning av artikel 152 är inte riktig. Vid Maastrichtfördragets tillkomst, när folkhälsokapitlet infördes i EG-fördraget, var syftet faktiskt att tillerkänna gemenskapslagstiftaren en behörighet på områden där en sådan behörighet hittills saknades. Bland annat avsågs åtgärder på folkhälsoområdet som inte hade ett direkt samband med den inre marknaden.

54 — Oklahoma ex. rel. Phillips mot Guy F. Atkinson CO., 313 U.S. 508, 533—34 (1941), citerad i Engdahl, David E., *Constitutional Federalism*, St. Paul, Minnesota 1987.

112. Införandet av denna nya behörighet i fördraget kan givetvis aldrig få till konsekvens att Europeiska gemenskapen skulle förlora ett lagstiftningsinstrument som den tidigare hade och som även innebär att folkhälsan kan skyddas på ett effektivt sätt. Denna följd skulle inte enbart strida mot syftet med artikel 152 EG att tillerkänna gemenskapen vissa behörigheter på folkhälsoområdet (och inte att beröva gemenskapen behörighet), men den skulle dessutom skada den i artikel 152.1 EG uttalade principen att en hög hälsoskyddsnivå skall säkerställas inom samtliga områden för gemenskapspolitik.

taget i artikel 152.4 c EG innebär enbart att artikel 152 EG inte kan utgöra rättslig grund för harmonisering, men undantaget säger inget om andra i fördraget angivna rättsliga grunder. Artikel 152.4 c inskränker inte det materiella tillämpningsområdet *ratione materiae*, för behörigheten att harmonisera nationella åtgärder på folkhälsoområdet. [56]

5. Bedömning av användandet av behörigheten

113. Inte nog med det, om behörigheten i artikel 95 EG inte skulle kunna användas för att harmonisera reglerna på folkhälsoområdet skulle det därigenom även saknas ett viktigt instrument för förverkligandet av den inre marknaden. Det är, som jag redan har hävdat, ofta berättigade nationella åtgärder för att skydda folkhälsan som leder till handelshinder. [55]

115. Under denna punkt behandlar jag gemenskapslagstiftarens användande av behörigheten.

114. Kort sagt utgör artikel 152 EG ett komplement till befintliga behörigheter i EG-fördraget såsom artikel 95 EG. Undan-

116. Inledningsvis skall följande påpekas. Som redan nämnts ålägger EG-fördraget gemenskapslagstiftaren en skyldighet att anta nödvändiga bestämmelser för upprättandet av den inre marknaden och dess funktion. Vid utövandet av denna skyldighet förfogar gemenskapslagstiftaren över ett nödvändigt utrymme för skönsmässig bedömning. Gemenskapslagstiftaren gör själv avvägningen i vilka fall det är lämpligt att vidta harmoniseringsåtgärder på gemenskapsnivå. I avvägningen ingår en bedömning av vilket rättsligt instrument som är

55 — Se i detta hänseende även punkt 23 i domen i titandioxinmålet, i vilken domstolen pekade på de verkningar som nationella bestämmelser, antagna av hälso- och miljöskäl, har på den inre marknaden.

56 — Jag stöder mig här på den argumentation som generaladvokaten Fennelly använde i sitt förslag till avgörande till dom i tobaksreklammålet (ovan fotnot 3), punkt 78.

mest effektivt för att skydda det särskilda allmänintresset och en bedömning av den önskade skyddsnivån. Domstolen ingriper inte i lagstiftarens avvägning, men kontrollerar i efterhand att gemenskapslagstiftaren inte har överskridit gränserna för sitt utrymme för skönsmässig bedömning.

117. Den första gränsen avser den förväntade verkan av en åtgärd. Enligt domstolens rättspraxis måste en åtgärd som har vidtagits med stöd av artikel 95 EG medföra ett väsentligt bidrag till upprättandet av den inre marknaden.[57] I det konkreta fallet handlar det då om huruvida en åtgärd är lämplig för att bidra till undanröjandet av bestående eller åtminstone sannolika handelshinder. Jag erinrar om att direktiv 98/43 ogiltigförklarades i domen i tobaksreklammålet, eftersom inte samtliga bestämmelser i direktivet uppfyllde detta kriterium. Enligt domstolen hade inte alla bestämmelser ett samband med handeln mellan medlemsstaterna. I detta fall är det annorlunda. Med undantag för det tillverkningsförbud som skall behandlas nedan har samtliga åtgärder betydelse för handeln med varor mellan medlemsstaterna.

118. Den andra gränsen avser (huvud)syftet för åtgärden enligt artikel 95 EG, som i detta fall är skyddet för folkhälsan. Genom att använda sig av artikel 95 EG fråntar gemenskapslagstiftaren den nationella lagstiftarens behörighet på detta område.[58] Att den nationella lagstiftaren fråntas sin behörighet avseende skyddet för ett i EG-fördraget erkänt allmänintresse, som i detta fall, folkhälsan[59], får emellertid inte medföra att detta intresse får ett sämre skydd därför att gemenskapslagstiftaren enbart skall beakta marknadens intressen.

119. I grund och botten står gemenskapslagstiftaren inför samma avvägning som den nationella lagstiftare i vars position gemenskapslagstiftaren inträder. Avvägningen kommer att leda till att vissa krav begränsar marknadsaktörernas ekonomiska frihet, varvid såväl marknadsaktörernas frihet som nödvändigheten av att skydda vissa allmänintressen skall beaktas.

120. Gemenskapslagstiftaren har vid sin bedömning ett stort mått av frihet, särskilt när det gäller hälsoskydd. I detta avseende skiljer sig gemenskapslagstiftaren alltså inte från den nationella lagstiftare som använder sig av det handlingsutrymme som artikel 30 EG lämnar. Vid lagstiftarens bedömning skall åtskilliga aspekter beaktas. Nödvändigheten av skyddsåtgärder är

57 — Se bland annat punkt 23 i domen i titandioxinmålet (ovan fotnot 49).

58 — Generaladvokaten Fennelly talar i detta sammanhang i punkt 65 i förslaget till avgörande i tobaksreklammålet om substitution (ovan fotnot 3).

59 — Se bland annat artiklarna 3.1 p EG och 152 EG.

nämligen inte enbart beroende av de vetenskapliga insikterna om vissa hälsorisker, utan även av en samhällelig och politisk bedömning av riskerna. Det samma gäller valet av åtgärd. Dessutom, och det är de enda minimivillkor såvitt avser åtgärdernas innehåll som kan härledas ur EG-fördraget, måste gemenskapslagstiftaren beakta försiktighetsprincipen och utgå från en hög skyddsnivå (artikel 95.3 EG). Gemenskapslagstiftaren måste under alla omständigheter beakta en eventuell vetenskaplig utveckling.

121. Den tredje gränsen utgörs av de rättsprinciper, och då särskilt proportionalitetsprincipen, som jag skall behandla under avdelning VII A.

122. Jag sammanfattar på nytt vad som har anförts ovan. Gemenskapslagstiftaren har erhållit sin behörighet för att genomföra den inre marknaden. Utövandet av denna behörighet kan emellertid ske med syftet att skydda ett allmänintresse, såsom i detta fall hälsoskyddet. De avsedda åtgärderna måste faktiskt vara lämpliga för att undanröja bestående eller åtminstone sannolika hinder för den fria rörligheten. Vid utövandet av sin behörighet står gemenskapslagstiftaren inför samma avvägning som den nationella lagstiftaren när den till skydd för ett allmänintresse skall besluta om krav som begränsar marknadsaktörernas ekonomiska frihet.

6. Bedömning av skärpningen av redan harmoniserade produktnormer

123. Klagandena i målet vid den nationella domstolen har bestridit gemenskapslagstiftarens behörighet att med stöd av artikel 95 EG skärpa redan harmoniserade produktnormer. Enligt deras åsikt garanterar de rådande produktnormerna redan marknadens enhet och således saknar en skärpning samband med förverkligandet av den inre marknaden. Ur ett isolerat perspektiv är klagandenas åsikt inte felaktig. Det finns inte längre en risk att medlemsstaternas lagstiftning varierar. Det finns emellertid inget stöd för denna åsikt i domstolens rättspraxis, vilket även följer av min tidigare redogörelse.

124. Efter en harmonisering har skyddet av allmänintresset blivit en uppgift för gemenskapslagstiftaren. Den nationella lagstiftaren är inte längre behörig. Gemenskapslagstiftaren kan endast utföra denna uppgift på ett tillfredsställande sätt om det står gemenskapslagstiftaren fritt att anpassa lagstiftningen efter ändrade kunskaper eller förhållanden.

Sammantaget har gemenskapslagstiftarens utövande av denna uppgift inte en statisk utan en dynamisk karaktär.

125. Även i fördraget beaktas denna dynamiska karaktär. I artikel 95.3 krävs att institutionerna beaktar all ny vetenskaplig utveckling. [60] I motsats till vad klagandena har påstått krävs i artikel 95 inte att ny vetenskaplig utveckling har tillkommit. I artikeln föreskrivs enbart att eventuell vetenskaplig utveckling skall beaktas. Jag har redan behandlat detta i punkt 120.

126. Generellt gäller att lagstiftning är en dynamisk verksamhet. Lagstiftarens uppgift är inte enbart att anta ny lagstiftning, utan även att anpassa lagstiftningen till ändrade samhällsförhållanden. Görs inte en sådan anpassning blir lagstiftningen föråldrad och uppfyller inte längre de krav som kan ställas på den.

127. Vid förhandlingen i domstolen har, framför allt Förenade kungarikets regering, träffande betecknat möjligheten att gemenskapslagstiftaren enbart får lagstifta vid en tidpunkt som endera "fossilisation" eller förstening. Redan denna term anger att det som klagandena har hävdat i praktiken skulle få en absurd konsekvens.

7. Det aktuella direktivet

128. I praktiken bör domstolen begränsa sin prövning till frågan om rimligheten i gemenskapslagstiftarens bedömning. Jag lämnar för ögonblicket tillverkningskraven åt sidan.

129. Jag nämner i första hand direktivets sammanhang. Kampen mot tobakskonsumtion är i många medlemsstater en uppgift som ägnas stort politiskt och policymässigt intresse. Visserligen tycks — framför allt som en följd av den ökande kunskapen om rökningens skadlighet — det i medlemsstaterna finnas en större samstämmighet om att anta allt strängare regler för tobaksrökning, vilket dock inte innebär att det även finns en samstämmighet kring det faktiska förfarandet. Det framgår även av det faktum att medlemsstaternas åsikter i detta förfarande vid domstolen har varierat. Åsikterna tycks uppvisa en stor variation i förhållande till tid och plats, vilket innebär en konkret fara för att nationella bestämmelser varierar, bland annat när det gäller de tillåtna halterna av skadliga ämnen i cigaretter.

130. Det är enligt min bedömning då även självklart med ett positivt svar på frågan avseende rimligheten i gemenskapslagstif-

60 — Ett bra exempel i den sekundära gemenskapslagstiftningen är lagstiftningen om farliga ämnen i samband med rådets direktiv 76/769/EEG av den 27 juli 1976 om tillnärmning av medlemsstaternas lagar och andra författningar om begränsning av användning och utsläppande på marknaden av vissa farliga ämnen och preparat (beredningar) (EGT L 262, s. 201; svensk specialutgåva, område 13, volym 5, s. 229). I denna lagstiftning föreskrivs bland annat en obligatorisk periodisk och systematisk bedömning av vissa farliga ämnen och preparat och dessutom ett förenklat förfarande för att anpassa lagstiftningen till ändrade vetenskapliga rön.

tarens intresseavvägning. För det första finns en behörighet, eftersom åtgärden avser handeln med varor mellan medlemsstaterna. För det andra skyddas ett av EG-rätten erkänt allmänintresse och när nu kraven på sammansättning och beskrivning av cigaretter avsevärt har skärpts finns inget tvivel om den höga skyddsnivån. För det tredje är det sannolikt — eller åtminstone ett konkret hot — att skillnader i medlemsstaternas bestämmelser som fastställts genom lagar eller andra författningar. I skäl 7 till direktivet hävdas att flera medlemmar har låtit förstå att om inte åtgärder vidtas på gemenskapsnivå kommer de ensidigt att vidta sådana åtgärder på nationell nivå.

131. Skäl 7 förtjänar för övrigt särskild uppmärksamhet. Detta skäl tycks nämligen vara grundat på en enkät som medlemsstaterna har besvarat på kommissionens begäran. En genomgång av svaren från denna enkät [61] leder inte direkt till uppfattningen att det finns konkreta planer på nationell lagstiftning. Ingen av medlemsstaterna har planer på att ändra sin nationella lagstiftning. Inte desto mindre finner jag inga skäl att betvivla gemenskapslagstiftarens behörighet enligt artikel 95 EG. Situationen är nämligen följande:

— Av enkäten framgår att ett antal medlemsstater — Frankrike, Italien, Nederländerna, Förenade kungariket och Sverige — uttryckligen stöder önskemålet om en ytterligare skärpning av varulagstiftningen för tobak. De föredrar i detta sammanhang en åtgärd på europeisk nivå.

— Det råder inget tvivel om medlemsstaternas stöd. Den vikt som läggs vid åtgärder för att bekämpa tobakskonsumtionen är stor liksom omfattningen av det politiska och samhälleliga intresset för denna fråga.

Om gemenskapslagstiftaren i en sådan situation skulle förbli passiv är det fullt troligt att medlemsstaterna då skulle välja det för dem mest lockande alternativet, nämligen en skärpning av bestämmelserna på nationell nivå. Jag tillfogar i detta

61 — Se förslag från kommissionen till rådet, Europaparlamentet, Ekonomiska och sociala kommittén och Regionkommittén: Framsteg som har gjorts när det gäller skyddet mot tobakskonsumtionens skadliga inverkan på folkhälsan (KOM(1999) 407 slutlig, sidan 22 och följande sidor.

sammanhang ännu ett skäl som har att göra med den möjliga följden av att inta en annan åsikt. Medlemsstaternas preferens för en gemensam åtgärd — och deras avstående från nationella handelsbegränsande åtgärder — skulle då medföra att gemenskapslagstiftaren blir obehörig, eftersom det inte skulle förekomma några nationella handelsbegränsande åtgärder.

132. I fullständighetens intresse påpekar jag att det vid tidpunkten för direktivets tillkomst redan fanns högsta tillåtna halter för nikotin i den nationella lagstiftningen i Belgien, Spanien och Portugal. Klagandena har också pekat på detta, men anger att denna nationella lagstiftning i praktiken varit verkningslös, eftersom de högsta tillåtna halter som anges i de nationella lagarna inte kan överskridas till följd av det biokemiska sambandet mellan tjär- och nikotinhalterna. Dessa bestämmelser i lag kan således inte ge upphov till handelshinder. Jag finner klagandenas åsikt — vars innehåll inte har bestridits — möjlig. Den motivering som ges i de två första meningarna skäl 9 i direktivet kan inte heller motivera en harmoniseringsåtgärd. Denna brist har emellertid ingen betydelse i detta förfarande, eftersom det är tillräckligt sannolikt att det finns möjliga handelshinder.

D — *Artikel 95 och tillverkning för export till tredje land*

1. Anförda argument

133. Den huvudsakliga invändning som har framförts i detta förfarande[62] mot tillverkningsförbudet, som innebär att (en del av) direktivet skulle bli tillämpligt på cigaretter som är avsedda för tredje land, är följande. Detta förbud bidrar inte på något sätt till att hinder för den fria rörligheten för varor avlägsnas eller till att säkerställa att bestämmelserna om den inre marknaden inte kringgås. Den grekiska regeringen har därvidlag hänvisat till artikel 14 EG. Den tyska regeringen har tillagt att ett tillverkningsförbud i regel enbart är användbart om det är själva produkten i sig som är farlig. I detta fall är ett förbud vare sig i den inre marknadens intresse, eller i folkhälsans i Europeiska unionen intresse.

134. Andra intervenienter har givit en tolkning till förmån för ett tillverkningsförbud, då det enligt deras bedömning finns en konkret fara för att cigaretter som är avsedda för tredje land ändå kommer ut på marknaden i Europeiska unionen, antingen genom olaglig återimport eller genom att

62 — Framförd av klagandena och regeringarna i Tyskland, Grekland och Luxemburg.

de aldrig lämnar Europeiska unionen. I grunden har argumenten vid domstolen i stor utsträckning handlat om förväntningarna på att illegal handel skall uppstå och lämpligheten av ett tillverkningsförbud för att komma till rätta med denna handel.

135. Om jag bortser från de många och ofta motstridiga siffror som har anförts i detta förfarande, såväl avseende den lagliga som den olagliga handeln med cigaretter, kan invändningarna mot ett tillverkningsförbud hänföras till följande punkter:

— Åtgärden är inte lämplig, eftersom största delen av de cigaretter som olagligen konsumeras i Europeiska unionen kommer från tredje land.

— I den mån det sker en olaglig handel med cigaretter är det framför allt för att undgå de höga punktskattesatserna. Olaglig handel har inget samband med sammansättning eller märkning av cigaretter.

— Olaglig handel kan bekämpas genom noggrannare kontroll.

136. Mot dessa invändningar står följande argument som stöder ett tillverkningsförbud:

— Framför allt rådet har hävdat att även om den andel av cigaretterna som olagligen saluförs är liten uttryckt i procent, innebär det inte att omfattningen av den olagliga handeln också är liten.

— OLAF:s verksamhetsrapport [63] bekräftar allvaret i cigarettsmugglingen.

— En ökad kontroll genom medlemsstaternas försorg är inget lämpligt alternativ inom Europeiska unionens gränser.

2. Tillvägagångssätt

137. Den fråga som har uppkommit rör huruvida gemenskapslagstiftaren med stöd av artikel 95 EG är behörig att anta bestämmelser om cigarettillverkning, även

63 — Se punkt 65 i detta förslag till avgörande.

när denna tillverkning sker för export av cigaretter från Europeiska unionen. Föremålet för åtgärderna avser därmed varor som aldrig kommer ut på den inre marknaden, eller som åtminstone inte är avsedda att göra det.

138. Vid besvarandet av denna fråga har jag valt följande tillvägagångssätt. För det första ger jag en översikt över de sätt på vilka gemenskapslagstiftaren vid tidigare tillfällen har använt artikel 95 EG — och den jämförbara artikel 94 EG — för att anta bestämmelser angående tillverkningsfasen. Översikten mynnar ut i en analys av den behörighet som gemenskapslagstiftaren har enligt artikel 95, vad beträffar bestämmelser som inte direkt avser handeln mellan medlemsstaterna. Jag finner denna analys nödvändig för att fastställa att artikel 95 ger en vid, om än inte obegränsad, harmoniseringsbehörighet. Till sist gör jag en bedömning av huruvida gemenskapslagstiftarens användande av behörigheten i detta fall ligger inom de föreskrivna ramarna.

3. Artiklarna 94 EG och 95 EG och kraven avseende tillverkningsfasen: en kort översikt

139. Krav som avser varors tillverkningsfas kan syfta såväl till att påverka varornas kännetecken som deras tillverkningsförhållanden, till exempel miljön eller arbetsmiljön.

140. Egentliga produktkrav som även gäller under tillverkningsfasen utgör undantag i gemenskapslagstiftningen. Största delen av den lagstiftning som grundas på artikel 95 EG har enbart betydelse för utsläppandet på den inre marknaden och berör inte tillverkningsfasen, även när det gäller hälsofarliga varor. Jag nämner som exempel de godkännandeförfaranden som gäller för läkemedel, veterinärmedicinska läkemedel och växtskyddsmedel. [64] Lagstiftaren har uppenbarligen inte funnit det nödvändigt att göra godkännandeförfarandena tillämpliga även på tillverkningen och därmed på varor som skall exporteras från Europeiska unionen. Produktkrav uppkommer dessutom i ett tidigt skede av tillverkningsfasen. Den europeiska livsmedelslagstiftningen är därför tillämplig på alla

64 — Se Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/83/EG av den 6 november 2001 om upprättande av gemenskapsregler för humanläkemedel (EGT L 311, s. 67), Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/82/EG av den 6 november om upprättande av gemenskapsregler för veterinärmedicinska läkemedel (EGT L 311, s. 1) och rådets direktiv 91/414/EEG av den 15 juli 1991 om utsläppande av växtskyddsmedel på marknaden (EGT L 230, s. 1; svensk specialutgåva, område 13, volym 20, s. 236). Men jag tänker även på varulagstiftning som avser helt andra varutyper, som — för att nämna ett godtyckligt exempel — rådets direktiv 88/378/EEG av den 3 maj 1988 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om leksakers säkerhet (EGT L 187, s. 1), som enbart avser saluförande i gemenskapen.

skeden i livsmedelstillverkningen. [65] Detta vida tillämpningsområde följer av det faktum att alla skeden i tillverkningsprocessen i slutändan kan vara av betydelse för livsmedlets säkerhet som sådant. [66]

141. Jag skall nu behandla de krav som gäller för tillverkningen. Jag nämner först titandioxindirektivet. [67] Detta direktiv kom till stånd efter att domstolen hade ogiltigförklarat det tidigare titandioxindirektivet på grund av ett felaktigt val av rättslig grund. [68] Kommissionen anförde följande motivering för valet att grunda sitt förslag till ersättningsdirektiv på artikel 95 EG fastän de befintliga nationella reglerna hade tillkommit med syfte att skydda miljön följer behovet av en harmonisering av nödvändigheten av att undanröja konkurrensstörningar. [69] I direktivet föreskrivs bland annat regler för tillverkningsprocessen, och i synnerhet behandlingen av avfallsprodukter.

142. Äldre miljödirektiv som tillkom före Enhetsakten, i vilken bland annat ett särskilt miljökapitel infördes i fördraget, ger en inblick i möjligheterna att ställa krav på tillverkningsprocessen med stöd av artiklarna 94 EG och 95 EG. [70] Gemenskapslagstiftaren anser därvidlag konstant att skillnader i nationell lagstiftning avseende till exempelvis tillåtna utsläpp i vatten och luft kan medföra olika konkurrensvillkor och på det viset direkt inverka på den inre marknadens funktion. Artikel 94 EG kunde i sådana fall utgöra rättslig grund. Å andra sidan var det enligt lagstiftaren även nödvändigt att använda artikel 308 EG, eftersom det i EG-fördraget inte föreskrevs någon behörighet såvitt avser skyddet för miljön. Den gränsdragning som gemenskapslagstiftaren tillämpade i denna situation var inte helt klar och motiverades inte heller.

65 — Se artikel 4 i Europaparlamentets och rådets förordning nr 178/2002 om allmänna principer och krav för livsmedelslagstiftningen, om inrättande av Europeiska myndigheten för livsmedelssäkerhet och om förfaranden i frågor som gäller livsmedelssäkerhet (EGT L 31, s. 1).

66 — I detta sammanhang hänvisar jag även till rådets direktiv 89/107/EEG av den 21 december 1988 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om livsmedelstillsatser som är godkända för användande i livsmedel (EGT L 40, s. 27; svensk specialutgåva, område 13, volym 17, s. 200). Direktivet ställer inga krav på själva tillverkningen (inte på tillsatserna och inte på livsmedlen i vilka dessa tillsatser används), men innebär ändå indirekt krav på tillverkningen av livsmedel.

67 — Rådets direktiv 92/112/EEG av den 15 december 1992 om åtgärder för harmonisering av programmen för att minska och slutligen eliminera förorening genom avfall från titandioxidindustrin (EGT L 409, s. 11; svensk specialutgåva, område 15, volym 12, s. 32).

68 — Dom av den 11 juni 1991 (ovan fotnot 49).

69 — KOM(91) 358 slutlig.

70 — Se exempelvis rådets direktiv 76/464/EEG av den 4 maj 1976 om förorening genom utsläpp av vissa farliga ämnen i gemenskapens vattenmiljö (EGT L 129, s. 23; svensk specialutgåva, område 15, volym 1, s. 165), rådets direktiv 85/203/EEG av den 7 mars 1985 om luftskvalitetsnormer för kvävedioxid (EGT L 87, s. 1; svensk specialutgåva, område 15, volym 6, s. 213) och rådets direktiv 87/217/EEG av den 19 mars 1987 om att hindra och minska asbestförorening i miljön (EGT L 85, s. 40; svensk specialutgåva, område 15, volym 7, s. 211).

143. På arbetsmiljöområdet föreföll artikel 94 EG att ge en behörighet för ett gemenskapsdirektiv till skydd för arbetstagare mot risker vid exponering för kemiska, fysiska och biologiska agenser. [71] Enligt lagstiftaren var det här fråga om åtgärder som direkt inverkade på den inre marknadens funktion.

144. Efter tillkomsten av ett särskilt miljökapitel och den särskilda behörigheten i artikel 137 EG på arbetsmiljöområdet har gemenskapslagstiftaren mindre behov av artikel 94 EG eller artikel 95 EG för att anta tillverkningsföreskrifter. Det betyder dock inte att behörigheten enligt artikel 95 EG skulle ha bortfallit. [72]

145. Sammantaget har gemenskapslagstiftaren framför allt i samband med konkurrensstörningar använt sig av sin behörighet att anta regler avseende tillverkningsfasen. I det aktuella direktivet gäller det produktkrav som gäller redan innan varorna har kommit ut i handeln. Av denna korta översikt framgår att det aktuella direktivet är en nyhet, såtillvida att ett tillverkningsförbud har införts med avsikt att förebygga att bestämmelserna om den inre marknaden åsidosätts.

4. Gemenskapslagstiftarens behörighet: märkbarhetskravet

146. I artikel 95 EG föreskrivs för det första en behörighet att vidta åtgärder som rör upprättandet av den inre marknaden och i detta syfte kan med stöd av denna artikel åtgärder antas som direkt undanröjer hinder för handeln mellan medlemsstaterna. Jag begränsar mig till varulagstiftningen och harmonisering av nationella regler som avser handeln med varor på den inre marknaden. Tillsammans med artiklarna 28 EG till och med 30 EG utgör denna behörighet för gemenskapslagstiftaren ett resultat av artikel 3.1 c EG. I punkt 103 i detta förslag till avgörande behandlade jag detta närmare. För att undanröja dessa hinder föreskrivs i EG-fördraget således två kompletterande instrument.

147. Genom en kompletterande tillämpning av å ena sidan artikel 95 EG och å

71 — Rådets direktiv 80/1107/EEG av den 27 november 1980 om skydd för arbetstagare mot risker vid exponering för kemiska, fysiska och biologiska agenser i arbetet (EGT L 327, s. 8; svensk specialutgåva, område 5, volym 2, s. 126).

72 — Som exempel nämner jag även Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/18/EG av den 12 mars 2001 om avsiktlig utsättning av genetiskt modifierade organismer i miljön och med upphävande av rådets direktiv 90/220/EEG (EGT L 106, s. 1). Direktivet reglerar inte enbart saluförande i gemenskapen av genetiskt modifierade organismer, såsom varor eller i varor, utan även en avsiktlig spridning av dessa organismer i miljön för andra syften än saluförande i EU. Syftet med detta tillägg är tydligt, nämligen att skydda miljön i EU. Likafullt utgör artikel 95 rättslig grund.

andra sidan artiklarna 28 EG till och med 30 EG upprättas en intern marknad. Därmed är det emellertid inte säkert att den sålunda uppkomna marknaden även fungerar som gemenskapsmarknad. Ofta är kompletterande harmoniseringsåtgärder nödvändiga. Fördragets upphovsmän har erkänt detta problem och har fogat ett andra delmoment till behörigheten enligt artikel 95 EG. Det materiella tillämpningsområdet för artikel 95 EG medför att behörigheten utsträcks till att omfatta harmoniseringsåtgärder som inte rör den inre marknaden, men som rör dess funktion. [73] Detta är följden av artikel 3 h i EG-fördraget i vilken det föreskrivs att ett närmande av de nationella lagstiftningarna skall ske i den utsträckning som det är nödvändigt för den inre marknadens funktion.

148. Jag vill därtill anföra följande. Efter det att den inre marknaden är fullbordad, genom att hinder för den gränsöverskridande handeln mellan medlemsstaterna ständigt minskar bland annat genom en harmonisering av varulagstiftningarna kommer tonvikten alltmer att ligga på den inre marknadens funktion. För en genuin marknadsintegration är det inte tillräckligt att undanröja gränsbarriärerna. I detta sammanhang vill jag påpeka att det i gemenskapen med stöd av artikel 95 EG har antagits en uppsättning bestämmelser med det precisa syftet att stärka den inre marknadens funktion. Bra exempel på detta är de direktiv som jag nämnde i punkterna 141 till och med 143.

149. Detta utgör ett område där behörigheten att anta regler i princip tillkommer medlemsstaterna. Det saknas en generell förbudsbestämmelse som är jämförbar med artikel 28 EG. Det gäller åtgärder som kan antas av den nationella lagstiftaren och som inte medför några kvantitativa import- eller exportbegränsningar. Det gäller nämligen åtgärder som reglerar tillverkningskraven och inte krav på de varor som befinner sig på den inre marknaden. Det måste av detta skäl finnas ett kvalificerat intresse för gemenskapen att överta medlemsstaternas behörighet. Med den formulering som domstolen använde i fråga om störningar i konkurrensen måste det vara fråga om en märkbar störning i marknadens funktion. [74]

150. Märkbarhetskravet har även medfört att det i artikel 95 EG saknas en allmän, obegränsad behörighet att vidta harmoniseringsåtgärder. Annars skulle fallet vara att varje störning, och även mindre störningar, av den inre marknadens funktion skulle kunna vara ett skäl för harmonisering. Kort sagt, eftersom detta är ett

73 — I praxis har gemenskapslagstiftaren för övrigt inte strikt upprätthållit skillnaden mellan upprättande och funktion. Undanröjandet av handelshinder benämns i skälen för många gemenskapsåtgärder som marknadens "funktion". Så även i det aktuella direktivet.

74 — Se bland annat domen i tobaksreklammålet (ovan fotnot 3), punkt 106.

område där medlemsstaterna har en självständig lagstiftningsbehörighet som inte heller begränsas av någon allmän förbudsbestämmelse, kan gemenskapslagstiftaren enbart anta bestämmelser vid en märkbar störning. Det är kanske även orsaken till att gemenskapslagstiftaren har grundat det i punkt 142 nämnda miljödirektivet på artikel 308 EG.

151. Detta märkbarhetskrav utgör således även en väsentlig del för gemenskapslagstiftaren, såvitt det handlar om bestämmelser avseende tillverkningsfasen som har antagits med stöd av artikel 95 EG. Frågan är nu när det föreligger en märkbar störning. Enligt min bedömning kan två slags störningar vara relevanta.

152. Den första störningen avser risken för att bestämmelser som direkt rör handeln på den inre marknaden helt enkelt äventyras. Gemenskapslagstiftaren kan då anta kompletterande bestämmelser avseende tillverkningsfasen som syftar till att hindra denna effekt. Om gemenskapslagstiftaren inte fick besluta om dessa regler, hade visserligen den inre marknaden upprättats, men den skulle inte fungera effektivt. I det förevarande fallet gäller det bestämmelser som syftar till att bidra till att bestämmelserna om handeln på den inre marknaden får ändamålsenlig verkan. Genomförandet och tillämpningen av dessa bestämmelser kan äventyras om de innehåller en möjlighet att kringgå dem. Det är dessa skäl som gemenskapslagstiftaren i förevarande fall har anfört i skäl 11 i direktivet.

153. Den andra störningen som kan utgöra grund för bestämmelser avseende tillverkningsfasen avser olikheter i konkurrensförhållandena. Denna situation inträffar om skillnaderna mellan de villkor på vilka olika medlemsstater deltar på den inre marknaden blir för stora, som följd av att de nationella krav som ställs på tillverkningen av vissa varor varierar. En harmoniseringsåtgärd med stöd av artikel 95 EG kan undanröja dessa olikheter.

154. På denna punkt är titandioxinmålet av intresse. I detta mål anförde domstolen följande argument. Nationella bestämmelser som i detta mål grundades på hälso- och miljöskäl kan utgöra en börda för de företag på vars verksamhet de är tillämpliga.[75] Vid avsaknad av harmonisering av nationella bestämmelser kan konkurrensen allvarligt snedvridas. En åtgärd för att harmonisera de nationella bestäm-

75 — Ovan fotnot 49, se särskilt punkt 23 i domen.

melserna om tillverkningsvillkoren inom en viss industri med syftet att undanröja konkurrensstörningar inom denna industri bidrar således till förverkligandet av den inre marknaden och faller därmed inom tillämpningsområdet för artikel 95 EG. I titandioxinmålet handlade det om bestämmelser avseende avfallshantering. Domstolen ansåg därmed att nationella bestämmelser som gäller lika för alla ekonomiska aktörer på marknaden inom en viss sektor kan skada konkurrensen.

5. Tobaksdirektivet

155. Nu skall jag behandla frågan om gemenskapslagstiftaren genom att anta tobaksdirektivet undanröjde en märkbar störning av den inre marknadens funktion.

156. Under förfarandet vid domstolen har gemenskapslagstiftaren som stöd för att direktivet skulle vara tillämpligt på tillverkning av cigaretter avsedda för export angivit att bestämmelserna om den inre marknaden inte har åsidosatts. Vid målets handläggning i domstolen har framgått att lagstiftaren [76] såväl har åsyftat den olagliga återimporten av cigaretter som inte uppfyller kraven i direktivet som att hindra att cigaretter olagligen direkt kommer ut på marknaden i Europeiska unionen. Det gäller sålunda den första formen av störning av den inre marknaden, såsom jag har beskrivit den i punkt 152.

157. Enligt min bedömning är gemenskapslagstiftaren i en sådan situation behörig att anta åtgärder under följande villkor:

— Den skada som kan bli följden av att bestämmelserna kringgås måste vara allvarlig. Kravet på att skadan skall vara allvarlig är en konkretisering av det ovannämnda märkbarhetskravet.

— Skadan kan rimligtvis endast hindras om det med säkerhet fastställs att alla medlemsstater agerar på samma sätt. Med andra ord, om nationella genomförandebestämmelser och praxis varierar eller det åtminstone finns en konkret risk för att de nationella bestämmelserna kommer att variera råder ingen fullständig säkerhet för att verkligt effektiva åtgärder kan vidtas mot ett kringgående av bestämmelserna.

76 — Särskilt rådet har hävdat detta under förhandlingen i domstolen.

— Avsaknaden av kompletterande bestämmelser medför en oproportionerligt stor belastning för genomförande och tillämpning.

158. Vid bedömningen av hur allvarlig en möjlig skada är gäller det att värdera risken för att en illegal marknad kan uppstå. Enligt min mening skall följande beaktas: Cigaretter är ett njutningsmedel och är därför spännande för konsumenten. Det gäller framför allt för de yngre konsumenterna, mot vilka rökningsbekämpningspolitiken i väsentlig utsträckning riktar sig. Under sådana omständigheter är det fullt rimligt att det uppstår en illegal marknad för cigaretter som är förbjudna i Europeiska unionen, men som är möjliga att få tag på utanför unionens gränser. Den olagliga karaktären kan i sig medföra att denna vara finner en marknad. Påståendet att den olagliga handeln för närvarande enbart sker med syfte att kringgå de höga punktskattesatserna anser jag inte vara avgörande i detta sammanhang. För att det skall uppstå en illegal marknad är det först och främst nödvändigt att det finns en lagstiftning som gör handeln lagstridig. Därtill kommer dessutom att allt eftersom reglerna blir strängare ökar benägenheten att kringgå dem. Det är således det aktuella direktivet som har möjliggjort uppkomsten av och således kanske attraktionskraften hos en illegal marknad.

159. Det andra villkoret avser behovet av gemenskapsåtgärder. Ett ensidigt nationellt tillverkningsförbud med syfte att bekämpa den olagliga återimporten är inte verkningsfullt, mot bakgrund av att kontrollen sker vid gemenskapsmarknadens yttre gränser. Om det finns skillnader i lagstiftningen mellan medlemsstaterna — och därmed även i de kontroller som sker vid de olika yttre gränserna — förflyttar sig den olagliga handeln till en yttre gräns där detta förbud inte gäller. Åtgärder på gemenskapsnivå är därmed nödvändiga. Men även om cigaretterna inte lämnar Europeiska unionen kan en nationell åtgärd vara ineffektiv på grund av att det finns en öppen intern marknad. En medlemsstat kan inte på den inre marknaden verkningsfullt hindra att cigaretter, som har sitt ursprung i en annan medlemsstat där tillverkningsförbudet inte gäller, (olagligt) saluförs på dess territorium.

160. Jag skall nu behandla det tredje villkoret. Eftersom återimporten sker på olagligt sätt, och det ofta är turister som återimporterar varorna till Europeiska unionen, är kontroll ogenomförbar. Åtminstone medför verkställandet av en sådan kontroll oproportionell börda. Vid olaglig handel inom Europeiska unionen förhåller det sig inte annorlunda.

161. På den här punkten drar jag slutsatsen att gemenskapslagstiftaren i detta fall undanröjer en märkbar störning i den inre marknadens funktion. Vidare anser jag att ett tillverkningsförbud även kan grundas på ett annat argument. Även en konkret risk

för en märkbar störning av konkurrensen, den andra typen av störning av den inre marknadens funktion, kan enligt min bedömning utgöra en grund för EG-bestämmelser.

162. För mig framstår det ställt utom tvivel att de tillämpliga bestämmelserna om cigaretters sammansättning och förväntningarna på hur reglerna kommer att utvecklas har ett väsentligt inflytande på investeringsbesluten hos de tobakstillverkare som (även) tillverkar för export till tredje land. Företrädesvis skulle tillverkarna investera i de länder där lagstiftningen är minst restriktiv. Dessutom tillkommer att de i tredje land måste konkurrera med varor som har sitt ursprung utanför Europeiska unionen och som inte heller är bundna av stränga sammansättningskrav. Kort sagt är det rimligt att förvänta sig att olika nationella bestämmelser kan påverka var i Europeiska unionen investeringar görs och av det skälet orsaka en märkbar störning av den inre marknaden. Klagandenas uppgift att de som en följd av direktivet skall omlokalisera sin tillverkning ger stöd för min bedömning.

163. Härmed är ett ensidigt nationellt tillverkningsförbud inte enbart verkningslöst, utan även helt omöjligt. En medlemsstat kan nämligen inte ensidigt förbjuda tillverkning av cigaretter med syfte att upprätthålla förbudet mot saluföring på den inre marknaden. I ett sådant fall skulle ju konsekvensen bli att en cigarettillverkare omlokaliserade sin tillverkning till en medlemsstat där tillverkningsförbudet inte gällde. En sådan ensidig åtgärd har alltså inte någon verkan och medför enbart ekonomisk skada för den berörda medlemsstaten.

164. Direktivet bidrar redan på denna grund genom att harmonisera bestämmelserna för tobaksvaror som har tillverkats i Europeiska unionen, oberoende av bestämmelseort till att förebygga allvarliga olikheter i de villkor som gäller för tobakstillverkarnas deltagande på marknaden i de olika medlemsstaterna.

165. I fullständighetens intresse vill jag påpeka att direktivet på denna punkt skiljer sig från tobaksreklamdirektivet. I fråga om det sistnämnda direktivet kunde enligt domstolen olika konkurrensvillkor mellan medlemsstaterna inte utgöra grund för en harmoniseringsåtgärd, eftersom en sådan åtgärd eliminerade konkurrensen i hela gemenskapen eller skulle åtminstone innebära en långtgående begränsning av den. Jag anser att domstolens avgörande i tobaksreklammålet måste ses mot bak-

grund av tobaksreklamdirektivets specifika sammanhang. Direktivet innebar en långtgående begränsning av reklamen för tobaksvaror och berövade därmed i allra högsta grad tobakstillverkarna ett konkurrensmedel. Till följd av direktivet hade de färre möjligheter att presentera sin vara för konsumenten. Det aktuella direktivet har däremot inte en sådan specifik verkan på konkurrensen.

166. Sammantaget kan artikel 95 EG utgöra rättslig grund för bestämmelser i vilka det uppställs villkor för tillverkningen av tobaksvaror, och det oberoende av för vilken bestämmelseort varorna har tillverkats.

E — *Är det tillåtet med två rättsliga grunder?*

167. Det handlar huvudsakligen om följande. För det första, det materiella provet som avser under vilka omständigheter en åtgärd kan grundas på flera rättsliga grunder? Krävs det därutöver att de rättsliga grunderna, med beaktande av åtgärdens syfte, är av jämförbar art? För det andra, står det den gemenskapslagstiftare som vill reglera flera frågor som inte faller under samma rättsliga grund fritt att uppta de olika frågorna i samma åtgärd? För det tredje vad gäller förfarandet för att anta direktivet, är de förfaranden som föreskrivs i artiklarna 95 EG och 133 EG utbytbara?

168. Vid bedömningen av den första punkten ger gemenskapsrätten god vägledning. En rättsakt, såsom ett direktiv, måste grundas på en specifik rättslig grund, vilket framgår av artikel 5 första stycket EG. Domstolens fasta rättspraxis återges i domstolens yttrande rörande Cartagenaprotokollet: [77]

"Enligt fast rättspraxis beror valet av rättslig grund för en rättsakt, inte enbart på dess upphovsmäns övertygelse, utan skall ske utifrån objektiva kriterier som kan bli föremål för domstolsprövning. Bland dessa kriterier ingår bland annat rättsaktens syfte och innehåll. Om det av bedömningen av en gemenskapsrättsakt framgår att den har ett dubbelt syfte eller har två beståndsdelar och en av dessa kan identifieras som huvudsaklig eller avgörande beståndsdel, medan den andra beståndsdelen endast är underordnad, skall rättsakten ha en enda rättslig grund, nämligen den som krävs av den huvudsakliga eller avgörande beståndsdelen eller det huvudsakliga eller avgörande syftet om det visas att en rättsakt har flera syften, vilka har ett sådant samband att de inte kan åtskiljas, utan att det ena

77 — Yttrande 2/00 av den 6 december 2001 (REG 2001, s. I-9713), punkterna 22 och 23.

syftet är sekundärt och indirekt i förhållande till det andra, kan en sådan rättsakt i undantagsfall ha flera rättsliga grunder som motsvarar syftena."

169. Vid flera syften av mer eller mindre lika vikt gäller huvudregeln från domen i målet kommissionen mot rådet avseende den gemensamma tulltaxan [78], att "när en institutions behörighet grundar sig på två bestämmelser i fördraget måste institutionen anta de relevanta rättsakterna på grundval av dessa båda bestämmelser".

170. Denna rättspraxis ger gemenskapslagstiftaren det nödvändiga utrymmet för att grunda en åtgärd på flera artiklar i EG-fördraget, men under förutsättning att de rättsliga grunderna faktiskt används. Överväganden av sidoordnad art är inte tillräckliga för att en rättslig grund skall få användas. I förtydligande syfte hänvisar jag på denna punkt till generaladvokaten Fennellys förslag till avgörande i tobaksreklammålet. [79] I punkt 68 i sitt förslag till avgörande klargjorde Fennelly, och här delar jag hans uppfattning, att begreppet "tyngdpunkten" i en åtgärd enbart har en betydelse om en kombination av rättsliga grunder är utesluten och de lagstiftningsförfaranden som är tillämpliga för de båda rättsgrunderna är oförenliga.

171. Om man utgår från att detta särskilda fall inte föreligger här, jag återkommer till detta nedan, behöver domstolen inte beakta olikheterna hos de båda i det förevarande fallet använda rättsliga grunderna. Det är tillräckligt om artikel 133 EG utgör den faktiska rättsliga grunden för en del av direktivet, hur liten denna del nu än är. I synnerhet gäller det då att avgöra om gemenskapslagstiftaren genom att även förklara direktivet tillämpligt på export av cigaretter från Europeiska unionen har eftersträvat ett syfte som ryms inom ramen för gemenskapens handelspolitik.

172. Den andra punkten som jag har antytt ovan framgår av klagandenas och den tyska regeringens yttranden. De har hävdat, med hänvisning till lagstiftningen om modersmjölksersättning [80], att gemenskapslagstiftaren borde ha fastlagt bestämmelserna om cigarettexporten i en separat reglering.

173. I rättspraxis bekräftas den lagstiftningspraxis enligt vilken flera rättsliga grunder ofta samtidigt används för en EG-åtgärd. [81] En åtgärd innehåller ofta flera delar eller beståndsdelar, med domstolens terminologi i det ovannämnda yttrandet och syftar till att samtidigt uppfylla flera syften. Med utgångspunkt i lagstift-

78 — Domstolens dom av den 27 september 1988 i mål 165/87 (REG 1988, s. 5545; svensk specialutgåva, volym 9, s. 721) punkt 11.

79 — Ovan fotnot 3.

80 — Se punkt 191 och följande punkter i detta förslag till avgörande.

81 — Ett bra exempel i detta sammanhang är Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 178/2002 om allmänna principer och krav för livsmedelslagstiftningen, om inrättande av Europeiska myndigheten för livsmedelssäkerhet och om förfaranden i frågor som gäller livsmedelssäkerhet (EGT L 31, s. 1), ovan punkt 65. Denna förordning grundas på artiklarna 37 EG, 95 EG och 133 EG samt artikel 152.4 b EG.

ningens systematik är det också en fördel. Det är inte särskilt meningsfullt att särskilja bestämmelser som har utformats för en särskild typ av varor i förhållande till det syfte eller de syften som skall uppnås. Om bestämmelserna är integrerade blir de tydligare för de berörda, och dessutom undviks onödiga skillnader vid tolkning eller tillämpning. [82] Jag finner inte den lösning som exempelvis har valts för bestämmelserna om modersmjölksersättning särskilt lyckosam, där två direktiv har antagits vars tillämplighet beror på varans bestämmelseort.

174. Den tredje punkten avser frågan om lagstiftningsförfarandena är förenliga med varandra.

175. Det finns, som framgår av domen i titandioxinmålet [83], ett undantag från huvudregeln att två rättsliga grunder är tillåtna enligt gemenskapsrätten. Det gäller det tillfälle när de bestämmelser i EG-fördraget som har använts inbördes innehåller olika och oförenliga lagstiftningsförfaranden.

176. Parlamentet, kommissionen och rådet, liksom ett antal regeringar som yttrat sig, har hävdat att en kumulation av artiklarna 95 EG och 133 EG är möjlig, eftersom det förevarande fallet i grunden skiljer sig från titandioxinmålet. Enligt klagandena är däremot de rättsliga förfaranden som gemenskapslagstiftaren måste följa enligt artiklarna 95 EG respektive 133 EG oförenliga med varandra. Även den tyska regeringen har intagit ståndpunkten att de båda rättsliga grunderna inte är förenliga med varandra. Det faktum att det aktuella direktivet har tillkommit i enlighet med medbeslutandeförfarandet, fastän rådet beslutar ensamt enligt artikel 133.4 EG, äventyrar den institutionella balansen. [84]

177. Vid bedömningen nämner jag först de för denna punkt bärande övervägandena från domen i titandioxinmålet: [85] "Artikel 100 A föreskriver en användning av det samarbetsförfarande varom stadgas i artikel 149.2 i fördraget medan den andra bestämmelsen det vill säga artikel 130 s kräver ett enhälligt beslut av rådet efter en enkel förfrågan hos Europaparlamentet. I samarbetsförfarandet beslutar (vanligen) [86] rådet med kvalificerad majoritet Detta

82 — Ett sådant val motsvarar dessutom bättre vad som föreskrivs i det interinstitutionella avtalet av den 22 december 1998 om gemensamma riktlinjer för gemenskapslagstiftningens redaktionella kvalitet (EGT C 73, 1999, s. 1).

83 — Ovan fotnot 49, punkt 17 och följande punkter.

84 — Klagandenas argument avseende artikel 300.3 EG är i viss mån jämförbart. Det har pekats på att det i denna bestämmelse enbart föreskrivs att parlamentet skall höras. Det skulle därför vara olämpligt ur konstitutionell synvinkel att utvidga parlamentets roll i lagstiftningsförfarandet. Jag lämnar detta argument utan avseende eftersom den ifrågavarande bestämmelsen enbart gäller ingåendet av internationella konventioner.

85 — Ovan fotnot 49, punkterna 18—20 i domen.

86 — Parentesen har tillagts av undertecknad.

viktiga element i samarbetsförfarandet skulle undermineras om på grund av den samtidiga hänvisningen till artiklarna 100 a och 130 s rådet under alla omständigheter skulle vara tvunget att träffa ett enhälligt avgörande. Själva syftet med samarbetsförfarandet, som är att stärka Europaparlamentets deltagande i gemenskapens lagstiftningsprocess, skulle därmed ifrågasättas. Domstolen har dock påpekat att detta deltagande är en avspegling på gemenskapsnivå av en grundläggande demokratisk princip enligt vilken folken deltar i maktutövandet genom en representativ församling."

178. Av det föregående är två delar väsentliga, nämligen möjligheten att (i vissa fall) fatta beslut med kvalificerad majoritet och Europaparlamentets deltagande i lagstiftningsförfarandet. Dessa båda delar saknar betydelse i detta fall. Visserligen hänvisas det i artikel 95 EG till medbeslutandeförfarandet vilket inte görs i artikel 133 EG, men det innebär inte att de båda rättsgrunderna inte kan användas samtidigt. Jag kan dock utläsa ur domen i titandioxinmålet att det under dessa förhållanden är medbeslutandeförfarandet som skall användas. I annat fall kränks Europaparlamentets rätt att delta i lagstiftningsförfarandet. [87]

179. Vad avser den tyska regeringens åsikt angående den institutionella balansen vill jag påpeka följande. Jag gör bedömningen att denna åsikt vilar på en felaktig tolkning av domen i titandioxinmålet. I domstolens dom spelade den institutionella balansen en väsentlig roll. Domstolen ansåg att det förelåg ett direkt samband mellan Europaparlamentets deltagande i lagstiftningsförfarandet och de demokratiska principer som ligger till grund för detta deltagande.

180. Jag kan inte se vilket intresse som har skadats av att medbeslutandeförfarandet har använts i förevarande fall. Tvärtom har det svåraste lagstiftningsförfarandet valts så att så många intressen som möjligt har kunnat beaktas. Vad gäller den institutionella balansen kan anföras att om det finns ett förfarande i gemenskapsrätten som syftar till att uppnå en optimal institutionell balans mellan olika behörigheter så förefaller det mig att vara medbeslutandeförfarandet. Fördragets upphovsmän har bekräftat att de föredrar detta förfarande genom att vid de senaste fördragsändringarna i Amsterdam och Nice välja att göra medbeslutandeförfarandet tillämpligt på ytterligare områden.

181. Jag vill slutligen ännu en gång påpeka följande: Även om skada har åsamkats rådets erkända intresse att ensamt kunna besluta var det ett val som gemenskapslagstiftaren själv gjorde och sålunda även rådet att inte beakta detta intresse. Gemen-

87 — Det medför att det förevarande fallet är jämförbart med titandioxinmålet. De i domen i titandioxinmålet nämnda bestämmelserna i EG-fördraget har antingen ändrats (särskilt artikel 130 s, nu artikel 175 EG) eller bortfallit (artikel 149.2).

skapslagstiftaren kunde annars ha använt samma teknik som vid lagstiftningen om modersmjölksersättning och ha utformat en separat reglering för exporten. Att jag inte förordar en sådan teknik saknar betydelse.

182. Sammantaget och tillämpat på det aktuella målet anser jag att domstolens rättspraxis principiellt inte hindrar att artikel 95 EG används som rättslig grund vid sidan av artikel 133 EG, eftersom lagstiftningsförfarandena i båda artiklarna är förenliga med varandra. Om det i detta fall är möjligt eller rentav nödvändigt att lägga till artikel 133 EG beror på det syfte som gemenskapslagstiftaren vill uppnå.

F — *Artikel 133 EG och export av varor till tredje land*

183. Jag har tidigare slagit fast att artikel 95 EG kan utgöra rättslig grund för direktivets tillämplighet på tillverkning av cigaretter oberoende av deras bestämmelseort. Härmed kan hela direktivet grundas på artikel 95 EG. Eftersom artikel 133 EG emellertid även har använts som rättslig grund för direktivet är det även nödvändigt att bedöma frågan om denna artikel kan utgöra rättslig grund för att begränsa exporten av cigaretter från Europeiska unionen. Jag vill påpeka att gemenskapslagstiftaren först i detta förfarande — det vill säga efteråt — faktiskt även har angivit sin önskan att reglera exporten. I slutet av denna avdelning behandlar jag frågan om en motivering i efterhand kan utgöra grund för en åtgärd. I övrigt är mitt tillvägagångssätt jämförbart med det i avdelning VI D. Jag börjar med en kort översikt över den befintliga gemenskapslagstiftningen, gör därefter en analys av gemenskapslagstiftarens, enligt min mening, vida behörighet att lagstifta och behandlar därefter frågan om gemenskapslagstiftaren har hållit sig inom de givna ramarna.

1. Anförda argument

184. Under förhandlingen i domstolen har som nämnts parlamentet och rådet hävdat att direktivet även syftar till att reglera exporten. Således är det enligt dem riktigt att lägga till artikel 133 EG som rättslig grund. Denna åsikt stöds av kommissionen och ett antal regeringar som yttrat sig. Härav har följande argument framträtt som är av vikt för bedömningen:

— Den brittiska regeringen anser att artikel 133 EG är berättigad som rätts-

lig grund, eftersom artiklarna 3 och 7 i direktivet fastställer entydiga principer för gemenskapens handelspolitik. För tillverkning av cigaretter avsedda för export till tredje land utgör artikel 95 EG enbart en sekundär rättslig grund.

— Den nederländska regeringen har hänvisat till skäl 11 i direktivet i vilket det antas att exportordningen är en del av gemenskapens handelspolitik. Det faktum att det med direktivet även eftersträvas icke-handelspolitiska syften (eller även om de inte direkt eftersträvas ändå uppnås) saknar betydelse i sammanhanget. [88]

— Enligt kommissionens bedömning skall tillämpningen av kvalitetsstandarder vid export av varor ses som ett handelsintresse för Europeiska unionen, eftersom det förhindrar att varor av sämre kvalitet dumpas på världsmarknaden. Redan av dessa skäl kan artikel 133 EG utgöra rättslig grund.

88 — Dom av den 29 mars 1990 i mål 62/88, Grekland mot rådet (REG 1990, s. 1527), punkterna 17—20.

185. De väsentligaste invändningarna mot att använda artikel 133 EG är följande:

— Enligt klagandena har gemenskapens behörighet avseende den gemensamma handelspolitiken som främsta syfte att säkerställa att handeln mellan medlemsstaterna och tredje land inte medför störningar i handeln mellan medlemsstaterna.

— Klagandena har påpekat att syftet med direktivet är att skydda folkhälsan. Därmed kan inte direktivet grundas på artikel 133 EG. I artikel 133 EG ges en behörighet att befrämja och inte att begränsa handeln. Den grekiska regeringen har gjort uttalanden med motsvarande innebörd.

— Den tyska regeringen har hävdat att i förlängningen av detta måste åtgärder som grundas på artikel 133 EG syfta till att påverka handeln med tredje land. Liberaliseringen av handeln kommer främst, inte begränsningar. Begränsande åtgärder är enligt

artikel 133 EG förvisso tillåtna, men då som del av en åtgärd som syftar till liberalisering.

— Såväl den tyska som den luxemburgska regeringen har uppmärksammat att skyddet för folkhälsan i tredje land blir en följd av direktivet. Därmed har direktivet en extraterritoriell verkan, och detta fastän med avsteg från internationell standard det är importlandet som skall anta hälsoskyddsregler.

2. Artikel 133 EG och export av varor till tredje land: en kort översikt

186. Lagstiftning på gemenskapsnivå som har betydelse för varor avsedda för export och som grundas på artikel 133 EG förekommer på flera områden och med skilda syften. Ofta ligger internationella konventioner till grund för denna lagstiftning. Jag nämner exempelvis sanktionslagstiftningen [89], jämte förordningar som skall motverka export av droger eller plagierade varor. [90] Ibland förekommer även ensidig gemenskapslagstiftning, som är fallet med tobaksdirektivet. Ett färskt exempel är ramförordningen för livsmedelslagstiftningen [91] som omtalas nedan i punkt 190.

187. I övrigt förekommer bestämmelser som berör varor avsedda för export även utanför tillämpningsområdet för artikel 133 EG. Kommissionens beslut, [92] i vilket det med hjälp av en akutåtgärd för bekämpandet av BSE antogs ett exportförbud för brittisk nötkreatur och oxkött, utgör ett exempel från jordbruksområdet. Denna åtgärd var även tillämplig på export till tredje land. Det är anmärkningsvärt eftersom de bakomliggande rådsförordningarna enbart har betydelse för handeln på den

89 — Exempelvis rådets förordning (EEG) nr 990/93 av den 26 april 1993 om handel mellan Europeiska ekonomiska gemenskapen och Federala republiken Jugoslavien (Serbien och Montenegro) (EGT L 102, s. 14; svensk specialutgåva, område 11, volym 22, s. 3), som behandlades i domen i målet Bosphorus (dom av den 30 juli 1996 i mål C-84/95, REG 1996, I-3953).

90 — Rådets förordning (EEG) nr 3677/90 av den 13 december 1990 om åtgärder för att försvåra avledningar av vissa ämnen för olaglig framställning av narkotika och psykotropa ämnen (EGT L 357, s. 1; svensk specialutgåva, område 15, volym 10, s. 26). Även om de härmed reglerade varorna har verkningar som i viss mån är jämförbara med tobaksvaror är åtgärden såvitt avser innehållet långt från det aktuella direktivet. Se vidare rådets förordning nr 3295/94 av den 22 december 1994 om åtgärder för att förhindra övergång till fri omsättning, export, återexport eller hänförande till ett suspensivt arrangemang av varumärkesförfalskade och pirattillverkade varor (EGT L 341, s. 8: svensk specialutgåva, område 2, volym 16, s. 77). Enligt denna förordning skall varor som är varumärkesförfalskade eller pirattillverkade inte övergå till fri omsättning, exporteras eller återexporteras.

91 — Europaparlamentets och rådets förordning nr 178/2002 (ovan fotnot 65). Denna förordning har artiklarna 37 EG, 95 EG, 133 EG och 152.4 b EG som rättslig grund.

92 — Kommissionens beslut 96/239/EG av den 27 mars 1996 om vissa nödåtgärder vad beträffar skydd mot bovin spongiform encefalopati (EGT L 78, s. 47).

inre marknaden. Åtgärden motiverades med risken för återimport.[93]

188. Tre åtgärder som rör bedömningen av det aktuella målet förtjänar särskild uppmärksamhet.

189. Grundreglerna för tillämpningen av artikel 133 EG på export är fastlagda i rådets förordning (EEG) nr 2603/69 av den 20 december 1969 om upprättandet av gemensamma exportregler.[94] I huvudregeln i artikel 1 föreskrivs att exporten i princip inte är underkastad kvantitativa begränsningar. I artikel 11 ges medlemsstaterna en möjlighet att fastställa nationella exportbegränsningar till skydd för något av de intressen som nämns i artikel 30 EG.

190. Artikel 133 EG utgör den rättsliga grunden för de gemensamma produktkraven som berör export i den omfattande ramförordningen för livsmedelslagstiftningen.[95] I denna förordning är skyddet för hälsa och säkerhet hos EG-medborgarna och medborgare i tredje land av avgörande betydelse. Livsmedel som är avsedda för export till ett tredje land och som saluförs där skall uppfylla de tillämpliga bestämmelserna i livsmedelslagstiftningen som gäller för varor avsedda för inhemsk konsumtion. Dessutom får de inte vara skadliga för hälsan, och beträffande djurfoder, inte innebära en säkerhetsrisk.

191. Rådets direktiv 92/52/EEG av den 18 juni 1992 om export till tredje land av modersmjölksersättningar och tillskottsnäring utformades med det precisa syftet att reglera exporten.[96] Detta direktiv, som grundas på artikel 133 EG, utgör en komplettering av tidigare direktiv som innehöll (liknande) produktkrav för modersmjölksersättningar och tillskottsnäring avsedda för den inre marknaden.[97] Syftet med direktiv 92/52 var att skydda hälsan hos spädbarn i tredje land. Produktkraven i fråga skall stå i överensstämmelse med den

93 — Domstolen har ogillat talan om ogiltigförklaring av detta beslut i dom av den 5 maj 1998 i mål C-180/96, Förenade kungariket mot kommissionen (REG 1998, s. I-2265). Se vidare punkt 234 i detta förslag till avgörande. Se även lagstiftningen på miljöområdet som antagits med stöd av artikel 175 EG, såsom rådets förordning nr 2455/92 av den 23 juli 1992 om export och import av vissa farliga kemikalier (EGT L 251, s. 13; svensk specialutgåva, område 11, volym 20, s. 3). Syftet med förordningen i fråga är att skydda människor och miljö såväl i gemenskapen som i tredje land. Bestämmelserna härleds delvis från samarbetet med internationella organisationer, såsom Förenta nationernas miljöprogram (UNEP) och Förenta nationernas livsmedels- och jordbruksorganisation (FAO).

94 — EGT L 324, s. 25; svensk specialutgåva, område 11, volym 1, s. 37.

95 — Ovan fotnot 65.

96 — EGT L 179, s. 129; svensk specialutgåva, område 11, volym 19, s. 216.

97 — Rådets direktiv 89/398/EEG av den 3 maj 1989 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om specialdestinerade livsmedel (EGT L 186, s. 27; svensk specialutgåva, område 13, volym 19, s. 51) och kommissionens direktiv 91/321/EEG av den 14 maj 1991 om modersmjölksersättningar och tillskottsnäring (EGT L 175, s. 35; svensk specialutgåva, område 15, volym 10, s. 107).

gemenskapsåtgärd som gäller för den inre marknaden eller med de internationellt tillämpliga regler som har utformats inom ramen för Codex Alimentarius. [98]

192. Sammantaget har det med stöd av artikel 133 EG antagits regler för varor avsedda att exporteras med avsikt att uppnå olika syften. Det handlar då bestämt inte enbart om handelspolitik i den snäva meningen handelsbefrämjande, utan faktiskt även om åtgärder som begränsar exporten av vissa varor för att uppnå andra syften som rör ett allmänintresse.

3. Bedömning av behörigheten enligt artikel 133 EG

193. Den första fråga som skall besvaras är om artikel 133 EG kan vara rättslig grund för en åtgärd som främst syftar till att skydda folkhälsan. I grunden skiljer sig inte denna fråga från den som besvarades beträffande artikel 95 EG. Med andra ord lyder frågan om även artikel 133 EG skall betraktas som en funktionell behörighet som gemenskapslagstiftaren måste ha för att kunna anta åtgärder med extern verkan.

194. Det framgår av rättspraxis att gemenskapslagstiftarens behörighet skall tolkas vitt. Jag erinrar om domstolens yttrande 1/78 i vilket angavs att "[a]rtikel 113 i EEG-fördraget kan därför inte ges en tolkning som innebär att den gemensamma handelspolitiken begränsas till användandet av sådana instrument som endast är avsedda att påverka utrikeshandelns traditionella delar". Domstolen tillade dessutom, att "uppräkningen i artikel 113 av handelspolitikens ämnen... inte är uttömmande". [99] Visserligen angavs att "(ä)ven om det kan antas att liberaliseringen av handelsutbytet var den förhärskande idén vid tidpunkten för utarbetandet av fördraget", har stegvis även andra syften kommit att spela en roll, som exempelvis utvecklingsproblematiken. [100]

195. Detta yttrande visar att artikel 133 EG inte enbart sträcker sig till att befrämja Europeiska unionens handel med tredje

98 — Gemenskapslagstiftaren har använt en motsvarande teknik i lagstiftningen om radioaktivitet i livsmedel och djurfoder. I rådets förordning nr 2219/89 av den 18 juli 1989 om särskilda villkor för export av livsmedel och djurfoder efter en kärnenergiolycka eller annan radiologisk nödsituation (EGT L 211, s. 4; svensk specialutgåva, område 15, volym 9, s. 88), som grundas på artikel 133 EG, förbjuds export av livsmedel och djurfoder där radioaktiviteten överskrider de högsta tillåtna nivåerna som gäller för varor för inhemsk förbrukning. De högsta tillåtna nivåerna av radioaktivitet i livsmedel och djurfoder har fastställts i förordning (Euratom) nr 3954/87 av den 22 december 1987 om gränsvärden för radioaktivitet i livsmedel och djurfoder efter en kärnenergiolycka eller annan radiologisk nödsituation (EGT L 371, s. 11), i dess lydelse enligt förordning (Euratom) nr 2218/89 (EGT L 211, s. 1; svensk specialutgåva, område 15, volym 9, s. 85).

99 — Yttrande av den 4 oktober 1979 (REG 1979, s. 2871; svensk specialutgåva, volym 4, s. 527), punkterna 44 och 45.

100 — Se även dom av den 26 mars 1987 i mål 45/86, kommissionen mot rådet (REG 1987, s. 1493; svensk specialutgåva, volym 9, s. 55).

land. Även vid tillämpningen av artikel 133 EG skall andra allmänintressen kunna ha betydelse, exempelvis genom att gemenskapslagstiftaren uppställer kvalitativa krav på handeln. Domstolens rättspraxis styrker härmed den vida tolkning av begreppet gemensam handelspolitik, vilket stöds av utformningen av gemenskapslagstiftningen.

196. Behörigheten att låta andra tungt vägande allmänintressen spela en roll kan även härledas ur förordning nr 2603/69. Genom förordningen bemyndigas medlemsstaterna att begränsa exporten till skydd för de allmänintressen som nämns i artikel 30 EG. Förekomsten av denna behörighet för medlemsstaterna medför att gynnandet av dessa intressen även kan bli föremål för gemenskapsåtgärder. Ensidiga åtgärder av medlemsstaterna kan undergräva den gemensamma handelspolitiken beträffande vilken Europeiska gemenskapen har ensam behörighet. Gemenskapslagstiftaren måste i handelns intresse således kunna ersätta ensidiga nationella åtgärder med gemenskapsåtgärder. Å andra sidan får inte gemenskapsåtgärderna medföra att andra allmänintressen får ett svagare skydd. Vad avser skydd av folkhälsan är skyldigheten enligt artikel 152.1 EG av intresse, det vill säga skyldigheten att vid varje gemenskapsåtgärd säkerställa en hög skyddsnivå. Även här kan en jämförelse med handeln på den inre marknaden göras. Eftersom artikel 30 EG möjliggör handelshinder, måste gemenskapen med stöd av artikel 95 EG kunna vidta åtgärder.

197. Kort sagt, Europeiska gemenskapens behörighet att anta externa åtgärder med stöd av artikel 133 EG liknar i stor utsträckning gemenskapslagstiftarens behörighet att anta interna åtgärder med stöd av artikel 95 EG. [101] Det handlar även här om en funktionell behörighet.

198. I detta sammanhang vill jag påpeka att det även i artikel XX i GATT-avtalet föreskrivs undantag för vissa allmänintressen såsom skydd för folkhälsan. Det är också logiskt. Främjandet av frihandel innebär att det även måste kunna uppställas krav på handeln. Det är felaktigt att förväxla sådana krav med handelshinder, som klagandena förefaller att ha gjort.

199. De tyska och luxemburgska regeringarna har aktualiserat frågan om direktivets extraterritoriella verkan, i den meningen att kraven på export av cigaretter i grunden

101 — Jag nämner som exempel generaladvokaten Jacobs förslag till avgörande i målet Werner, i vilket han hävdade att artikel 11 i förordning nr 2603/69 till största delen skall tolkas på samma sätt som artikel 30 EG (dom av den 17 oktober 1995 i mål C-70/94, REG 1995, s. I-3189).

går ut på att skydda folkhälsan i tredje land. Jag delar dessa regeringars uppfattning att detta skydd i varje fall i första hand är en uppgift för regeringarna i importländerna. Frågan är emellertid då om det betyder att det inte längre får ställas några krav på exporten överhuvudtaget.

200. Denna fråga befinner sig inom det känsliga område som rör extraterritoriella skyddsåtgärder. Uppfattningarna huruvida sådana åtgärder är tillåtna varierar, beroende på den innebörd som ges begreppet handelspolitik. Domstolen har inte uttryckligen uttalat sig om huruvida sådana åtgärder är tillåtna. Även i Världshandelsorganisationen råder det ingen enighet på denna punkt, åtminstone inte vad avser exportåtgärder. [102]

201. Jag besvarar frågan enligt följande. De krav som antas på exportvaror kan delas in i tre kategorier. Den första kategorin avser de krav som fastställs i internationella konventioner, den andra kategorin utgörs av ensidiga gemenskapsrättsliga krav som gäller den inre marknaden och som även är tillämpliga på export och den tredje kategorin avser krav som enbart ställs på exporten.

202. Enligt min bedömning är de krav som hör till de första och andra kategorierna generellt tillåtna, med beaktande av den vida tolkning som ges begreppet gemensam handelspolitik såväl i domstolens rättspraxis som i själva lagstiftningen.

203. Vad avser den första kategorin finns det i varje fall inget hinder mot extraterritoriella skyddsåtgärder om dessa grundas på internationella standarder. Artikel 133 EG utgör det instrument varmed gemenskapen verkställer internationella konventioner om handel. Denna typ av standard utgör grunden för exportåtgärden för modersmjölksersättning.

204. Jag övergår nu till den andra kategorin av krav till vilka kraven i tobaksdirektivet måste räknas. Gemenskapslagstiftaren får förbjuda export av undermåliga varor som även är förbjudna på den inre marknaden. Det är nämligen av intresse för handelns trovärdighet att inga undermåliga varor kommer ut på marknaden. För den inre marknadens del godtog domstolen detta skäl i domen i målet Alpine Investments. [103] Det saknar därvidlag betydelse om det gäller undermåliga eller farliga

102 — En GATT-panel har visserligen i två mål rörande tonfisk bedömt att import inte får förbjudas till skydd för miljön i andra länder. Se www.wto.int, Committee on Trade and Environment, GATT/WTO Dispute Settlement Practice relating to Article XX, Paragraphs (b), (d) and (g) of GATT, document symbol WT/CTE/W/53.

103 — Dom av den 10 maj 1995 i mål C-384/93 (REG 1995, s. I-1141). I punkt 43 fastslog domstolen att skyddet för konsumenter i andra medlemsstater inte i sig ankommer på en medlemsstat. Skyddets utformning och räckvidd har likväl en direkt inverkan på handelns goda rykte.

varor eller, som i det aktuella fallet, varor som kan medföra hälsorisker. I denna del stöder jag den åsikt som anförts i det i punkt 184 nämnda argument som kommissionen har anfört. Detta skäl utgör grunden för förbudet att exportera skadliga livsmedel.

205. I det förevarande fallet innebär min uppfattning att frågan huruvida extraterritoriella skyddsåtgärder är tillåtna endast behöver besvaras vad avser ensidiga åtgärder som vidtas av Europeiska gemenskapen (eller en medlemsstat) och som enbart rör exporten utan att därvid också avse den inre marknaden. Med hänsyn till tobaksdirektivets innehåll kan frågan i detta fall lämnas utan avseende.

4. Behörighetens gränser

206. Domstolen påpekade i sitt yttrande om Cartagenaprotokollet[104] att gemenskapslagstiftarens vida tolkning inte får innebära att ett stort antal av de specifika fördragsbestämmelserna om i det fallet miljöskyddspolitiken urholkas genom att artikel 133 EG skulle bli tillämplig, så snart det fastställs att gemenskapens åtgärder skulle kunna inverka på handeln. Domstolens bedömning är dessutom endast av intresse för de fall i vilka det är nödvändigt att välja rättslig grund till följd av skillnader i förfarandena.[105] I dessa fall måste det beaktas vilket område åtgärden huvudsakligen avser. Ofta är dessutom en kombination av rättsliga grunder möjlig.

207. Detta yttrande avsåg gränsen mellan den gemensamma handelspolitiken och gemenskapens behörigheter beträffande särskilda allmänintressen. Det går även att dra ytterligare en gräns, nämligen gränsen mellan den gemensamma handelspolitiken, i betydelsen handel med tredje land, och den inre marknaden.

208. Enligt domstolen är enbart den omständigheten att en åtgärd även avser import till gemenskapen inte tillräcklig för att artikel 133 EG skall vara tillämplig.[106] Målet gällde en enhetlig reglering av handeln med vissa charkuterivaror. Det enda skäl varför även importen kom att ingå var att åtgärden inte skiljde mellan varor med ursprung i tredje land och varor med ursprung i Europeiska gemenskapen. Vad som gäller för import gäller enligt min bedömning även för export. Enbart den

104 — Ovan fotnot 77, punkt 40.

105 — I den meningen är yttrandet en förlängning av titandioxinmålet (ovan fotnot 49).

106 — Dom av den 16 november 1989 i mål 131/87, kommissionen mot rådet (REG 1989, s. 3743), punkt 28.

omständigheten att en för den inre marknaden gällande varubestämmelse är tillämplig på varor som tillverkats för export till tredje land innebär inte med automatik att artikel 133 EG kan användas som rättslig grund.

209. Förordningen som reglerade importen av jordbruksvaror till EU i samband med Tjernobylolyckan kunde däremot mycket väl grundas på artikel 133 EG.[107] Domstolen utgick framför allt från förordningens syfte. De gemensamma bestämmelserna skulle säkerställa konsumenternas hälsa, upprätthålla marknadens enhet och hindra omdestineringar av handeln, utan att onödigt hindra handeln mellan gemenskapen och tredje land.

210. I domstolens yttrande av den 15 november 1994[108] bedömdes gemenskapens behörighet att ingå TRIPS-avtalet.[109] I yttrandet hävdade domstolen att immateriella rättigheter inte hade ett specifikt samband med handeln med tredje land, utan lika mycket om inte mer, avsåg den inre marknaden. Således utgjorde artikel 133 EG i detta fall ingen lämplig rättslig grund.

211. Sammanfattningsvis gäller följande. Begränsningen i artikel 133 EG har två dimensioner. Den första gränsen är vid och artikel 133 EG kan användas för andra allmänintressen än den internationella handeln i sig. Användandet av behörigheten får vidare inte strida mot de särskilda behörigheter som har givits gemenskapsinstitutionerna. Den andra gränsen är snävare. Om en åtgärd huvudsakligen syftar till att reglera handeln på den inre marknaden är artikel 133 EG inte tillämplig även om importerade och exporterade varor berörs i samma utsträckning.

212. Med detta sagt betraktar jag behörigheterna i artikel 95 EG och artikel 133 EG som jämförbara, kompletterande behörigheter. Vad artikel 95 EG är för den inre marknaden är artikel 133 EG för marknaden utanför gemenskapen. Artikel 133 EG kan endast utgöra rättslig grund för en åtgärd som även har en faktisk betydelse för marknaden utanför gemenskapen och där följderna av åtgärden för denna handel med tredje land är mer än bara sidoordnade verkningar.

5. Direktivet

213. Om jag tar den av parlamentet och rådet — vid förhandlingen och således i efterhand — angivna motiveringen som

107 — Dom av den 29 mars 1990, Grekland mot rådet (ovan fotnot 88), punkterna 14—16.

108 — Yttrande 1/94 (REG 1994, s. I-5267; svensk specialutgåva, volym 16, s. 233), punkt 57.

109 — Detta avtal har som bilaga 1 C fogats till avtalet om upprättande av Världshandelsorganisationen och godkändes på Europeiska gemenskapens vägnar genom rådets beslut 94/800/EG av den 22 december 1994 (EGT L 336, s. 1).

utgångspunkt gör jag bedömningen att artikel 133 EG kan utgöra rättslig grund för bestämmelser med verkan utanför gemenskapen. I detta hänseende anser jag åtgärdens syfte vara avgörande. I det förevarande fallet är gemenskapslagstiftarens faktiska syfte med tillverkningsförbudet att reglera cigarettexporten till tredje land.

214. Denna bedömning har gjorts utifrån följande skäl:

— Artikel 133 EG ger en funktionell behörighet som kan användas för att ställa kvalitativa krav på exporten av varor.

— Skyddsåtgärdernas extraterritoriella verkan motiveras av deras innehåll, nämligen att enbart förbjuda export av cigaretter av undermålig kvalitet, vilka inte är tillåtna på den inre marknaden.

— En kombination av de rättsliga grunderna i artikel 95 EG och artikel 133 EG är i princip möjlig.

— Åtgärden har en faktisk betydelse för marknaden utanför gemenskapen. Verkningarna utanför gemenskapen är mer än bara sidoordnade verkningar.

215. I detta sammanhang konstaterar jag än en gång att det aktuella direktivet, när det gäller verkningarna utanför gemenskapen är jämförbart med annan varulagstiftning, vars syfte är att skydda folkhälsan för medborgare i tredje land. Ovan nämnde jag ramförordningen för livsmedel och lagstiftningen om modersmjölksersättningar. [110]

216. Jag anser mig emellertid bunden av den motivering som gemenskapslagstiftaren har givit i skäl 11 i direktivet. Enligt domstolens fasta rättspraxis beträffande artikel 253 EG skall gemenskapslagstiftarens skäl klart och tydligt framgå av motiveringen, så att de som berörs därav kan få kännedom om skälen för den vidtagna åtgärden och så att domstolen ges möjlighet att utöva sin prövningsrätt. [111] Med beaktande av denna funktion hos motiveringsskyldigheten är det inte tillräckligt att ge en motivering i efterhand, efter det att ett mål av en slump har anhängiggjorts vid domstolen. Visserligen kan vid ett förfarande i domstolen gemenskapslagstiftarens motivering förtydligas, men det innebär inte att en helt ny motivering kan anges.

217. Som nämnts i punkt 86 skall enligt skäl 11 i direktivet åtgärdens tillämplighet på export säkerställa att de för den inre marknaden gällande bestämmelserna inte

110 — Se punkterna 190 och 191.

111 — Se exempelvis dom av den 8 november 2001 i mål C-228/99, Silos (REG 2001, s. I-8401), punkt 27.

åsidosätts. Härmed utgör direktivets följder för handeln med tredje land inte mer än sidoordnade verkningar. Dessa verkningar är en del av åtgärden för den inre marknaden och redan av dessa skäl kan inte artikel 133 EG vara rättslig grund.

218. Syftet med åtgärden är som framgår av skälen emellertid inte att införa begränsningar i handeln med cigaretter med tredje land. Åtgärden skall således inte heller betraktas som en del av den gemensamma handelspolitiken. Att åtgärden förvisso har konsekvenser för handeln med tredje land saknar betydelse. Jag hänvisar på denna punkt till domstolens formulering i domen i bioteknikmålet. [112] Sammanfattningsvis är tillämpligheten på cigaretter avsedda för export ett ovidkommande eller underordnat syfte med direktivet och sammanfaller inte med själva grunden för det.

219. Det ovanstående leder mig till slutsatsen att artikel 133 EG felaktigt utgör en andra rättslig grund för direktivet. Även exportbestämmelserna kan och skall grundas på artikel 95 EG.

112 — Ovan fotnot 46.

G — *Rättsföljden av ett felaktigt användande av artikel 133 EG*

220. Den följande frågan är då vilken som är rättsföljden av detta formfel. Medför formfelet att direktivet är ogiltigt? Jag anser att denna fråga skall besvaras nekande. Även efter att artikel 133 EG har bortfallit som rättslig grund kvarstår en tillräcklig rättslig grund, artikel 95 EG. Med beaktande av lagstiftningsbakgrunden är det dessutom motiverat att anse att det var onödigt att lägga till artikel 133 EG som rättslig grund. När denna onödiga rättsliga grund har bortfallit kvarstår den ursprungliga rättsliga grunden.

221. Dessutom innebär formfelet endast att direktivet har en felaktig motivering. En felaktighet i direktivets skäl får inte förväxlas med en felaktighet i lagstiftningdelen. En felaktighet i lagstiftningsdelen medför att ifrågavarande bestämmelse inte får tillämpas. I ett sådant fall är domstolen skyldig att, helt eller delvis, ogiltigförklara direktivet. En felaktighet i skälen innebär endast att ifrågavarande skäl eller den ifrågavarande rättsliga grunden inte kan motivera åtgärden. Domstolen får därefter bedöma om det utan detta skäl eller rättsliga grund kvarstår en tillräcklig motivering.

222. Inte desto mindre gör jag bedömningen att en fortsatt giltighet av ett direktiv som det aktuella vid en motive-

ringsbrist inte behöver utgöra en uppmaning till gemenskapslagstiftaren att motivera sina rättsakter så brett som möjligt. Varje motivering förblir nämligen underkastad domstolens prövning. Vid denna prövning utgår domstolen naturligtvis från ett av gemenskapsrättens grundläggande särdrag, nämligen att EG-fördraget tilldelar gemenskapslagstiftaren ett antal begränsade befogenheter. Denna tilldelning av befogenheter utgör kärnan i kompetensfördelningen mellan gemenskapen och medlemsstaterna. Det korrekta användandet av befogenheterna är precist avgränsat och står under gemenskapsdomstolens kontroll. Inte för inte stadgas i artikel 7 EG som EG-rättslig princip att en institution skall handla inom ramen för de befogenheter som den har tilldelats.

VII — Bedömning av den första frågan: huruvida några rättsprinciper har åsidosatts

223. Även om det har framgått att en korrekt rättslig grund har valts har det inte fastställts att direktivet är giltigt. Det kan finnas andra skäl för ogiltighet, såsom att vissa rättsprinciper har åsidosatts. Den hänskjutande domstolen har frågat om detta i delfrågorna c till och med g i den första tolkningsfrågan. Jag fäster i det aktuella målet störst vikt vid ett möjligt åsidosättande av proportionalitetsprincipen, eftersom det är enbart i samband med denna rättsprincip som allvarligt tvivel kan uppkomma angående direktivets giltighet. Avseende de andra rättsprinciperna som har åberopats är det uppenbart att de inte — åtminstone inte självständigt — kan medföra denna rättsföljd. Det gäller även för äganderätten, trots den mer utförliga diskussion jag ägnar detta ämne.

A — *Proportionalitetsprincipen*

224. Till att börja med skall jag nedan behandla proportionalitetsprincipens betydelse för direktivet i dess helhet. Därefter behandlar jag mera specifikt proportionaliteten hos de bestämmelser som gäller för export av cigaretter och till sist behandlas proportionaliteten hos artikel 7 i direktivet.

1. Allmän bedömning

225. Prövningen av proportionalitetsprincipen består i det aktuella målet av flera delar. Inledningsvis skall påpekas att gemenskapslagstiftarens uppgift att erbjuda ett adekvat skydd för allmänintressen är oomtvistligt vid skyddet för folkhälsan. I detta hänseende skiljer sig inte gemenskapslagstiftaren från den nationella lagstiftaren. Som kommissionen även har påpekat i detta förfarande är domstolsprövningen begränsad. Domstolen får endast kontrollera att gemenskapslagstiftaren inte har överskridit gränserna för sin behörighet.

En av dessa gränser är proportionalitetsprincipen. Härvid hänvisar jag till punkterna 120 och 121 i detta förslag till avgörande.

226. I mitt förslag till avgörande i målet Hahn [113] hänvisade jag till domstolens fasta rättspraxis enligt vilken människors hälsa och liv intar förstaplatsen bland den egendom och de intressen som skyddas enligt artikel 30 EG. Det ankommer på medlemsstaterna att besluta på vilket sätt de önskar att säkerställa skyddet för människors hälsa och liv när en uttömmande harmonisering saknas. Medlemsstaterna har därvidlag ett utrymme för skönsmässig bedömning, men de måste dock beakta kraven på fri rörlighet för varor. I synnerhet omfattas inte en nationell reglering eller praxis av undantaget i artikel 30 EG om folkhälsan kan skyddas på ett lika ändamålsenligt sätt genom åtgärder som innebär färre restriktioner i handeln mellan medlemsstaterna.

227. Den särskilda karaktären hos folkhälsoskyddet kommer även till uttryck i artikel 152.1 EG, enligt vilken hälsoskyddskraven utgör en del av gemenskapens politik på andra områden. Domstolen har preciserat syftet med denna bestämmelse, bland annat i anslutning till den gemensamma jordbrukspolitiken. [114]

228. I samma förslag till avgörande i målet Hahn behandlade jag försiktighetsprincipen. Försiktighetsprincipen och principen om förebyggande åtgärder finns upptagna i miljökapitlet i EG-fördraget, men har även av domstolen erkänts som principer som kan ligga till grund för folkhälsoskyddsåtgärder. Domstolen godtog således att dessa principer låg till grund för lagstiftningsåtgärderna till skydd mot BSE. [115]

229. Sammanfattningsvis utgör skyddet för folkhälsan ett allmänintresse som måste kunna skyddas fullt ut av lagstiftaren. Betydelsen av detta allmänintresse är så stort, att andra intressen såsom marknadsaktörernas frihet måste underordnas detta intresse vid lagstiftarens avvägning. Detta gäller såväl för den nationella lagstiftaren som för gemenskapslagstiftaren i den mån gemenskapslagstiftaren har övertagit folkhälsoskyddet från den nationella lagstiftaren. [116]

113 — Förslag till avgörande av den 13 december 2001 i mål C-121/00 REG 2002, s. I-9193, s. I-9195, punkt 34. Den nämnda rättspraxisen går tillbaka till dom av den 20 maj 1976 i mål 104/75, De Peijper (REG 1976, s. 613; svensk specialutgåva, volym 3, s. 91).

114 — Dom av den 5 maj 1998 i mål C-180/96, Förenade kungariket mot kommissionen (ovan fotnot 93), punkt 120. Fördraget innehåller en motsvarande bestämmelse för miljöskydd (artikel 6 EG).

115 — Se domen (ovan fotnot 114). Domstolen anförde i detta sammanhang att enligt artikel 174.1 EG är hälsoskydd en del av miljöpolitiken och att denna princip från miljöområdet följaktligen även gäller hälsoskydd.

116 — Se även punkt 118 och följande punkter i detta förslag till avgörande.

230. Mot denna bakgrund skall jag även pröva proportionalitetsprincipens räckvidd. Principen innebär inte att två intressen måste vägas mot varandra, utan beaktar endast valet av åtgärd som har antagits eller skall antas till skydd för folkhälsan. Är denna åtgärd lämplig och finns inte en annan — mindre ingripande — åtgärd som skyddar folkhälsan lika bra? Domstolen gör en begränsad prövning av dessa frågor.

231. För mig är det självklart att de skyldigheter som föreskrivs i det aktuella direktivet uppfyller dessa kriterier. Inte nog med det, de ifrågavarande bestämmelserna förefaller mig särdeles lämpade för det avsedda syftet, skydd för folkhälsan. Genom åtgärder som syftar till att begränsa (följderna av) rökning försöker lagstiftaren göra en avvägning mellan å ena sidan åtgärder som driver saken framåt och som kan förväntas vara verkningsfulla och å andra sidan åtgärder genom vilka det faktum beaktas att tobakskonsumtion inte kan förbjudas helt och hållet, åtminstone inte utan att ett sådant förbud skulle medföra en omfattande illegal marknad. Gemenskapslagstiftaren förefaller i detta fall ha lyckats göra denna avvägning. Enligt min mening finns det inte någon mindre ingripande åtgärd som skyddar folkhälsan lika bra.

2. Bedömning av principens tillämplighet på exporten

232. Domstolen bör särskilt undersöka huruvida proportionalitetsprincipen har iakttagits vid tillämpningen av (artikel 3) i direktivet på cigaretter som skall exporteras från Europeiska unionen. Jag har tidigare fastslagit (punkt 213 och följande punkter) att ett förbud huvudsakligen syftar till att bekämpa den olagliga handeln med cigaretter i Europeiska unionen. Frågan är nu om inte detta syfte lika väl hade kunnat uppnås med åtgärder som är mindre ingripande för handeln. Enligt klagandena skulle förbudet i artikel 3 i direktivet att tillverka och därmed att exportera cigaretter som inte överensstämmer med de i gemenskapen fastställda högsta tillåtna halterna strida mot proportionalitetsprincipen.

233. Huruvida denna åtgärd är proportionell framgår inte vid ett första påseende. Det finns en assymetri mellan dels innehållet i och verkan av åtgärden och dels det med åtgärden avsedda syftet. Man måste emellertid utgå från att export av cigaretter i normalfallet sker för försäljning och även slutförbrukning i tredje land och att slutförbrukningen i de flesta fall faktiskt även sker i tredje land. Exporten i dess helhet begränsas nu i syfte att förebygga en sidoordnad verkning i form av illegal handel med dessa cigaretter i Europeiska unionen.

234. Till att börja med har såväl klagandena som den tyska regeringen betvivlat åtgärdens lämplighet. De har gjort en jämförelse med exportförbudet för nötkreatur från Förenade kungariket i samband med BSE-smittan, som domstolen bekräftade giltigheten av i domen i målet Förenade kungariket mot kommissionen. [117] Enligt klagandena och den tyska regeringen var förbudet i det fallet lämpligt i förhållande till det avsedda syftet, eftersom ursprunget till hälsofaran som åtgärden syftade till att bekämpa befann sig i Förenade kungariket, medan ursprunget i detta mål till stor del befinner sig utanför Europeiska unionen. Rådet har i anslutning till denna argumentation gjort följande påpekande. De åtgärder som behandlades i BSE-målet var även betydligt mera långtgående än tobaksdirektivet. Med andra ord, eftersom åtgärden inte är lämplig för att verkningsfullt och fullständigt eliminera hälsofaran, har gemenskapslagstiftaren nöjt sig med en mera begränsad åtgärd.

235. Jag gör bedömningen att klagandena och den tyska regeringen har valt en felaktig utgångspunkt för sin bedömning av åtgärdens lämplighet. Om syftet vore att eliminera den olagliga konsumtionen av cigaretter som inte uppfyller gemenskapsrättens krav, skulle åtgärden inte vara lämplig med beaktande av att en stor del av cigaretterna har sitt ursprung utanför Europeiska unionen. Åtgärden har emellertid ett mera begränsat syfte, nämligen att förebygga att bestämmelserna om den inre marknaden åsidosätts på grund av att cigaretter som har tillverkats inom Europeiska unionen, men som inte får saluföras där, åter kommer ut på den inre marknaden. Med beaktande av detta begränsade syfte är åtgärden lämplig.

236. Jag anser frågan om det i detta fall inte föreligger någon annan mindre ingripande åtgärd svårare att besvara. På denna punkt spelar rådets påpekande en roll. Jag delar inte fullständigt innehållet i påpekandet, på grund av att åtgärden inte har en begränsad räckvidd. Som redan nämnts medför åtgärden ett fullständigt förbud att exportera cigaretter som inte uppfyller kraven. Å andra sidan, och det anser jag vara väsentligare, bör syftet med förbudet inte övervärderas. Ett antal importländer har själva antagit jämförbara — eller rentav strängare — krav på cigaretter, det förbereds internationella regler för cigaretter och dessutom kan det faktum att Europeiska unionen garanterar att inga undermåliga cigaretter saluförs på världsmarknaden även öka det förtroende som konsumenter i tredje land har för europeiska cigaretter.

237. För mig är det klart att det krävs ett tillverkningsförbud för att nå det med

117 — Ovan fotnot 93.

åtgärden eftersträvade syftet. Jag vill erinra om följande: [118]

— Det finns en sannolik risk för att det skall uppstå en illegal marknad, antingen genom återimport eller genom att varorna direkt kommer i omsättning på den illegala marknaden.

— Gemensamma åtgärder krävs för att motverka detta. Ensidiga nationella kontrollåtgärder är inte verkningsfulla.

— Ensidiga nationella åtgärder medför dessutom en märkbar störning av den inre marknaden.

238. Jag kan inte se vilken mindre ingripande åtgärd som ger samma skydd som ett tillverkningsförbud. Med mindre ingripande åtgärder skulle exempelvis kunna tänkas en skyldighet att åtskilja tillverkningsflödena, eventuellt kompletterat med ingripande bevisföring för tillverkaren att cigaretterna faktiskt även har exporterats. Vare sig sådana åtgärder är verkningsfulla eller inte kan de inte i sig fullständigt motverka uppkomsten av en illegal marknad. En del av denna illegala marknad har sitt ursprung i återimport. Anta att en situation skulle ha uppnåtts, på grund av gemenskapslagstiftning som är enkel att verkställa, där vilken alla — eller de flesta — för export avsedda cigaretterna verkligen exporterades, då skulle den olagliga återimportens attraktionskraft bara tillta.

3. Bedömning beträffande artikel 7 i direktivet

239. Klagandena i målet vid den nationella domstolen, Japan Tobacco och den grekiska regeringen har gjort gällande att artikel 7 i direktivet, såsom artikeln tolkas i skäl 27, inte är proportionell. De anförda argumenten går i första hand ut på att åtgärden inte skulle vara lämplig för att skydda hälsan och i andra hand att det finns mindre betungande alternativ.

240. Det viktigaste argumentet avseende lämpligheten av artikel 7 går ut på att artikeln skulle strida mot artiklarna 3 och 5 i direktivet. I huvudsak avses att, då artiklarna 3 och 5 innehåller åtgärder som har till syfte att rökarna skall välja mildare cigaretter, medför artikel 7 i själva verket att rökaren begränsas i sitt val. Japan

118 — Se punkterna 159—163 i detta förslag till avgörande.

Tobacco har i detta sammanhang hävdat att de uppgifter som förbjuds i artikel 7 — även kallade beskrivande uttryck — har ett gott syfte. De ger nämligen konsumenten information om tjär- och nikotinhalten i tobaksvaran. Eftersom användandet av beskrivande uttryck förbjuds i artikel 7 undanhålles konsumenten korrekt information.

241. Sammantaget skulle detta medföra att åtgärden inte är lämplig för att skydda folkhälsan. Dessa argument vederläggs framför allt av insikten att uppgifterna som förbjuds i artikel 7 inte innehåller någon objektiv information, utan vilseleder rökaren, eftersom de ger intryck av att en viss tobaksvara är mindre skadlig än andra tobaksvaror.

242. Till grund för denna diskussion ligger bland annat de motstridiga åsikter som råder kring frågan huruvida cigaretter med lägre tjärhalt är mindre skadliga än cigaretter med en högre halt. De argument och bevis som har framförts i detta förfarande löser inte denna fråga. Å ena sidan förefaller det mig vara tillfredsställande klarlagt att en cigarett med en lägre tjärhalt är mindre skadlig än en cigarett med en högre tjärhalt. Det är även utgångspunkten för gemenskapslagstiftaren. Det är skälet till att högsta tillåtna halt av tjära i artikel 3 har skärpts. I skäl 5 i direktivet framhålls sambandet mellan denna skärpning och att tjära är cancerframkallande. Å andra sidan har bland annat kommissionen i detta förfarande anfört att cigaretter med en lägre tjärhalt mycket väl kan innehålla en hög halt av andra skadliga ämnen och därför vara än skadligare. Dessutom är det inte osannolikt att en rökare röker flera cigaretter om dessa har en lägre tjärhalt. I skäl 27 i direktivet anges följande: "Det är rökvanorna och beroendet och inte bara innehållet av vissa ämnen i produkten före konsumtion som avgör hur höga nivåer av ämnena som inhaleras." Sammanfattningsvis kan det betvivlas att en uppdelning av rökare efter om de röker starkare eller svagare cigaretter alltid ger en betydande hälsovinst.

243. I detta sammanhang finns det ytterligare motstridiga åsikter. Nämligen vilken effekt som åtgärden kan förväntas ha på folkhälsan. Åsikterna om dessa förväntningar varierar, såsom har framgått av de olika yttrandena i detta förfarande. Det överraskar mig inte heller att det inte finns några entydiga förväntningar. Det handlar ju om huruvida rökaren anpassar sitt beteende som följd av att uppgifter som "light" och "mild" försvinner.

244. Båda meningsskiljaktigheterna rör åtgärdens sammanhang. För att kunna ge

ett fullgott svar på frågan om åtgärden är lämplig för att skydda folkhälsan skall jag närmare behandla innehållet i åtgärden.

245. För det första begränsas inte möjligheten att skaffa objektiv information om tobaksvarors sammansättning. För det andra — vilket bland annat den franska regeringen har framfört — förbjuds inte i artikel 7 i direktivet alla presentationer av och benämningar på cigaretter som kan vilseleda konsumenterna och vinna deras förtroende, utan endast de uppgifter som ger intryck av att en viss tobaksvara är mindre skadlig än andra tobaksvaror. Med andra ord, det handlar om ett förbud mot suggestiva benämningar som kan förvirra konsumenten. Dessa beskrivande uttryck används för att understryka olika egenskaper hos cigaretterna, ibland till och med utan samband med tjärhalten i en cigarett. Så kan, såsom den nederländska regeringen har påpekat under förhandlingen, uttrycket "mild" även användas som beskrivning av en smakupplevelse. En ytterligare omständighet som kan skapa förvirring är att även "svagare" cigaretter har en tjärhalt. Rökare skulle kunna vilseledas, eftersom de ges det felaktiga intrycket av att det handlar om ofarliga varor, vilket är felaktigt, framför allt eftersom cigaretter även innehåller andra giftiga ämnen som inte regleras av direktivet.

246. Sammanfattningsvis handlar det om en bestämmelse i vilken ett begränsat antal gängse uppgifter förbjuds som kan väcka förvirring hos konsumenten, särskilt i fråga om varans skadlighet. En sådan bestämmelse förefaller mig generellt sett att vara ett lämpligt instrument för att skydda folkhälsan.

247. Detta instrument är särskilt lämpligt med beaktande av det allvarliga tvivel som finns huruvida konsumenternas övergång till cigaretter med lägre tjärhalt medför en hälsovinst. Gemenskapslagstiftaren kunde av dessa skäl ha gjort avvägningen att förbjuda användandet av beskrivande uttryck, eftersom dessa indirekt innehåller en uppmaning att röka cigaretter med en lägre tjärhalt.

248. Men även om jag godtar att cigaretter med en lägre tjärhalt är mindre skadliga för folkhälsan skulle gemenskapslagstiftaren rimligen kunna ha kommit fram till avvägningen att ett användande av dessa beskrivande uttryck måste motverkas. Det handlar om förskönande beskrivningar vars syfte är att uppmuntra konsumenten att röka, fastän det är klarlagt att även cigaretter med en lägre tjärhalt — visserligen i mindre utsträckning — är skadliga för folkhälsan. Dessutom, och det är väsentligare, är användandet av dessa beskrivningar på intet sätt kopplat till objektiva fakta som tjärhalten. Även här skiljer sig de

beskrivande uttrycken från uppgiften om halterna av tjära, nikotin och kolmonoxid som enligt artikel 5.1 skall finnas på paketet. Även om information om halterna enbart tillhandahålls konsumenten på objektivt sätt, innehåller de beskrivande uttrycken som nämnts ändå förskönande uppgifter och därmed begränsar de sig inte till att tillhandahålla objektiv information.

249. Ovan berörde jag — som den andra punkten som givit upphov till meningsskiljaktigheter — den förväntade verkan av artikel 7 i direktivet. En verkan i form av en ändring i rökningsbeteendet är svår att påvisa. Enligt min bedömning behöver gemenskapslagstiftaren inte påvisa denna verkan. Gemenskapslagstiftaren har stor frihet i sin avvägning av valet av instrument för att skydda folkhälsan, och är vid detta val bunden av försiktighetsprincipen och åtgärden ryms dessutom inom gemenskapens politik mot rökning. Dessutom skulle avskräckningspolitiken hindras om uppgifter tilläts som faktiskt uppmuntrade medborgarna att röka.

250. Sammanfattningsvis anser jag att artikel 7 är lämplig för att skydda folkhälsan. Den följande frågan är då om det finns någon annan åtgärd som skulle skydda folkhälsan lika bra. Härvid har den i Konungariket Spanien gällande regleringen nämnts, enligt vilken användandet av uppgifter som "light" och "ultra light" enbart är tillåtna för cigaretter med särskilt låga, eller i förekommande fall mycket låga tjärhalter. Framför allt den grekiska regeringen har framfört att användandet av beskrivande uttryck — som är tillåtet i spansk lagstiftning — faktiskt bidrar till direkt och objektiv konsumentinformation utan att tillverkarnas ekonomiska intressen allvarligt skadas.

251. Enligt min bedömning behöver domstolen inte till fullo undersöka om en sådan åtgärd, som obestridligen begränsar den fria rörligheten mindre även skyddar folkhälsan lika bra. Gemenskapslagstiftaren har ett utrymme för fri bedömning vid valet av det mest lämpliga instrumentet. Domstolen skall endast bedöma om gemenskapslagstiftaren rimligen hade kunnat göra bedömningen att den spanska varianten inte skyddar folkhälsan lika bra. Med beaktande av vad jag har anfört ovan om de beskrivande uttryckens förskönande karaktär är jag övertygad om svaret. Även om beskrivande uttryck används på ett objektivt sätt genom att användandet kopplas till föreskrivna tjärhalter förblir det uppgifter som kan uppmuntra till rökning.

4. Sammanfattning

252. Direktivet är förenligt med proportionalitetsprincipen. Det gäller för alla delar av direktivet.

B — *Inskränkningar i (immateriella) rättigheter*

1. Avgränsning

253. Klagandena har hävdat att artiklarna 5 och 7 i direktivet strider mot artikel 295 EG i vilken det föreskrivs att EG-fördraget inte i något hänseende ingriper i medlemsstaternas egendomsordning. Dessa bestämmelser i direktivet skulle även åsidosätta äganderätten, som bland annat är fastslagen i Europakonventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna och/eller i artikel 20 i TRIPS-avtalet [119].

254. Klagandena betraktar särskilt artiklarna 5 och 7 i direktivet, som rör storleken på varningstexterna på cigarrettpaketen, som ett allvarligt intrång i deras immateriella rättigheter. Direktivet skulle därmed omöjliggöra ett rättmätigt utnyttjande och förminskar den goodwill som märkena har förvärvat. Även Japan Tobacco har hävdat att cigarettillverkarna genom förbudet i artikel 7 inte längre kan utöva sina rättigheter till ett antal registrerade varumärken. Japan Tobacco anser att bestämmelsen i artikel 7 i direktivet förbjuder företaget att utöva sina immateriella rättigheter, eftersom företaget inte längre kan använda varumärket "Mild Seven" som varumärke i gemenskapen. [120] Härigenom kan företaget inte dra ekonomisk fördel av sina exklusiva licenser för varumärket. Vid förhandlingen har Japan Tobacco även anfört att företaget genom bestämmelsen i artikel 7 har berövats en av sina mest väsentliga tillgångar. Den grekiska regeringen delar åsikten att förbudet utgör en inskränkning av cigarettillverkarnas immateriella rättigheter.

255. Jag behandlar nedan innebörden av att den (immateriella) äganderätten möjligen har kränkts. Dessförinnan fastslår jag att två rättsregler har åberopats som inte är relevanta för detta mål. Det är artikel 295 EG och TRIPS-avtalet.

256. Vad avser artikel 295 EG har den brittiska, den franska och den belgiska regeringen med rätta hävdat att direktivets

119 — Ovan fotnot 109.

120 — Vid förhandlingen har Japan Tobacco anfört att termen "mild" i Mild Seven i ett färskt beslut av den nederländska reklammyndigheten har betraktats som icke-förväxlingsbart.

bestämmelser saknar betydelse för medlemsstaternas egendomsordning i den mening som avses i artikel 295 EG. Direktivet medför enbart en inskränkning såvitt avser användandet av vissa av cigarettillverkarnas rättigheter. Artikel 295 EG kan inte åberopas för att hindra en begränsning av utövandet av äganderätter som följer av en tillämpning av gemenskapsrätten. [121]

257. Med avseende på TRIPS-avtalet vill jag påpeka följande. Domstolen har mer än en gång uttalat att WTO-avtalen, med beaktande av deras beskaffenhet och systematik, i princip inte ingår bland de regler som domstolen skall pröva med avseende på lagligheten av gemenskapsinstitutionernas rättsakter. [122] Domstolen har visserligen medgivit att det finns några få undantag från denna princip — domstolen nämner de inom ramen för WTO åtagna "särskilda skyldigheterna" — men i domen i målet Dior [123] fastslog domstolen att TRIPS-avtalet inte är av den beskaffenheten att det skapar rättigheter för enskilda som denna kan göra gällande inför domstol med stöd av gemenskapsrätten.

258. Domstolen medgav visserligen i domen i målet Dior att TRIPS-avtalet kan ha en viss betydelse för förfarandet vid nationell domstol. [124] Jag hänvisar i detta sammanhang även till själva TRIPS-avtalet i sig. TRIPS-avtalet utgör inte ett hinder för att en part till avtalet begränsar användande av ett varumärke på grund av ett tvingande allmänintresse. Den bedömning som enligt TRIPS-avtalet följaktligen skall ske vid nationell domstol tillför dessutom inget nytt till den bedömning som ändå skall ske med stöd av EG-fördraget. Kort sagt saknar TRIPS-avtalet redan på grund av dessa skäl betydelse vid bedömningen av om ett ingrepp i äganderätten är lagenligt.

2. Äganderätten i gemenskapsrätten

259. Äganderätten är inte en rättighet som erkänns i EG- eller EU-fördragen som sådan. Visserligen erkänns äganderätten (och skyddet för immateriella rättigheter) i artikel 17 i stadgan om de grundläggande rättigheterna. [125] Större vikt tillmäter jag däremot artikel 6 EU med hänsyn till den nuvarande synen i gällande rätt. Europeiska unionen respekterar enligt denna artikel de grundläggande rättigheterna, såsom de bland annat säkerställs genom Europakonventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna såsom allmänna gemenskapsrättsliga principer. En av dessa grundläggande rättigheter är äganderätter i den mening som avses i artikel 1 i första tilläggsprotokollet till Europakonventionen om skydd för de

121 — Se i detta sammanhang dom av den 6 november 1984 i mål 182/83, Fearon (REG 1984, s. 3677; svensk specialutgåva, volym 8, s. 679), punkt 7. I denna dom fastslog domstolen att medlemsstaternas rätt att reglera äganderätten inte har någon betydelse för inskränkningar som följer av icke-diskrimineringsprincipen, vilken skyddas i EG-fördraget.

122 — Se bland annat dom av den 23 november 1999 i mål C-149/96, Portugal mot rådet (REG 1999, s. I-8395), punkt 47.

123 — Dom av den 14 december 2000 i de förenade målen C-300/98 och C-392/98, Dior m.fl. (REG 2000, s. I-11307), punkt 44.

124 — Se särskilt punkterna 47 och 48 i domen i målet (ovan fotnot 123).

125 — Stadga om de grundläggande rättigheterna i Europeiska unionen (EGT C 364, 2000, s. 1).

mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

260. Domstolen har för övrigt vid flera tillfällen uttryckligen erkänt äganderättens betydelse i gemenskapens rättsordning. [126] Enligt domstolens fasta rättspraxis kan äganderättens utövande emellertid begränsas, förutsatt att dessa begränsningar faktiskt svarar mot mål av allmänintresse som gemenskapen eftersträvar. Dessutom skall begränsningarna, mot bakgrund av det eftersträvade målet, inte utgöra ett orimligt och oacceptabelt ingripande som påverkar själva innehållet i dessa rättigheter. [127]

261. Det är i förevarande mål obestridligt att begränsningarna i äganderätten har antagits med hänsyn till allmänintresset. Vid besvarandet av frågan om det i denna situation är fråga om ett orimligt och oacceptabelt ingripande måste enligt min mening följande bedömning göras. Först måste det fastställas om ingripandet, med beaktande av dess omfattning, i sig är motiverat. Därefter aktualiseras, om ingripandet i sig är motiverat, frågan om det trots detta är fråga om ett åsidosättande av rättssäkerhetsprincipen, i detta fall principen om skydd för berättigade förväntningar.

262. Jag börjar med ingripandets omfattning. I vilken utsträckning inskränks en ägares åtnjutande av sin egendom med följd att äganderätten som sådan därmed kränks? Utan att gå in i detalj på denna punkt (jag lämnar ett eventuellt varumärkesintrång utan beaktande) anser jag att åtnjutandet inte inskränks på ett särskilt sätt eller att äganderätten som sådan kränks. Åtnjutandet av den äganderätt som utgörs av en tillverkningsenhet för cigaretter kränks inte. Det är, även efter direktivets genomförande, fortfarande möjligt att utnyttja denna enhet och att där tillverka cigaretter. Enbart sammansättning och märkning av dessa cigaretter måste anpassas. Inte heller åtnjutande av den äganderätt som utgörs av själva varan kränks, såsom ofta är fallet vid varulagstiftning måste de berörda vara beredda att anpassa sammansättning och märkning av sin vara, och därvidlag gäller en övergångsperiod, vilken gör det möjligt att avyttra bestående varulager. De tobaksvaror som därefter tillverkas och saluförs måste uppfylla de föreskrivna sammansättnings- och märkningsskraven. Dessa krav har inget med en begränsning av äganderätten till varorna att göra.

263. Sammanfattningsvis, kommer de nämnda åtgärderna med hänsyn till det eftersträvade syftet, inte i närheten av ett orimligt och oacceptabelt ingripande i äganderätten. Vad avser bedömningen av huruvida ett åsidosättande av rättssäkerhetsprincipen har skett, i detta fall principen om skydd för berättigade förväntningar, behöver detta därför inte prövas.

126 — Bland annat i dom av den 13 december 1979 i mål 44/79, Hauer (REG 1979, s. 3727; svensk specialutgåva, volym 4, s. 621), punkt 17.

127 — Denna rättspraxis har utvecklats inom ramen för den gemensamma jordbrukspolitiken. Se dom av den 13 juli 1989 i mål 5/88, Wachauf (REG 1989, s. 2609), punkt 18, och senare i dom av den 13 april 2000 i mål C-292/97, Karlsson m.fl. (REG 2000, s. I-2737), punkt 45.

3. Immateriella rättigheter

264. Jag skall nu använda detta resonemang på immateriella rättigheter, och då särskilt varumärkesrätten. Intrånget i varumärkesrätt kan, som följd av att direktivet träder ikraft, vara betydande. Vissa varumärken kan på grund av artikel 7 i direktivet överhuvudtaget inte användas, och storleken på varningstexterna enligt artikel 5 kan medföra att märkets särskiljningsförmåga på ett cigarettpaket minskar avsevärt. Sammantaget minskar möjligheten att få ett ekonomiskt utbyte av den investering som har gjorts i etablerandet av varumärket och kan sålunda medföra en betydande skada.

265. Även för varumärkesrätten gäller att utövandet får begränsas på grund av ett allmänintresse [128], men rättigheten som sådan får inte kränkas.

266. Jag kan inte se hur de skyldigheter som föreskrivs i artikel 5 skulle kunna betraktas som ett angrepp på varumärkesrätten som sådan. Varumärket får normalt förekomma på paketet. Endast en del av paketet — som uppgår till mindre än 50 procent — skall reserveras för de uppgifter och varningar som föreskrivs i artikel 5. Dessutom består varumärkesrätten som sådan inte av en rättighet att gentemot myndigheterna oberoende av offentligrättsliga bestämmelser kunna använda ett varumärke. Tvärtom är varumärkesrätten som sådan en rättighet som utövas gentemot andra enskilda om de gör intrång i varumärkesinnehavarens nyttjande. Endast om det till följd av offentligrättsliga bestämmelser inte längre är möjligt att normalt nyttja varumärket, kan en situation uppstå i vilken dessa bestämmelser utgör en kränkning av varumärkesrätten som sådan.

267. Avseende förbudet i artikel 7 är det lite mer komplicerat. I artikel 7 förbjuds användandet av vissa ordmärken för tobaksvaror, såsom det av Japan Tobacco använda varumärket Mild Seven eller delar av varumärken, såsom ordet "light" som del i ett varumärke. För varumärket Mild Seven gäller dessutom, såsom Japan Tobacco också har påpekat, att varumärket inte kan anpassas genom att tillägget "mild" slopas. Jag vill för övrigt även peka på [129] att det just är ordet "mild" som del i varumärket Mild Seven som kan vara vilseledande för konsumenten. I detta förfarande har det nämligen framgått att det under varumärket Mild Seven erbjuds cigaretter med mycket olika tjärhalter.

128 — Såsom jag även har angivit i punkt 261 diskuteras inte detta intresse i detta sammanhang.

129 — Såsom även kommissionen har hävdat under förhandlingen.

268. Jag gör bedömningen att artikel 7 trots detta inte står i strid med äganderätten till (immateriella) rättigheter. Jag grundar inte denna bedömning på en uppfattning i frågan om nyttjandet av varumärkesrätten som sådan i detta fall har kränkts, utan argumenterar utifrån själva varumärkesrätten. Denna rättighet är nämligen inte i sig en okränkbar rättighet. I gemenskapslagstiftningen på varumärkesrättens område föreskrivs redan flera grunder för att ett varumärke är ogiltigt.

269. I detta fall är framför allt artikel 3.1, inledningen, och 3.1 g i varumärkesdirektivet 89/104 av intresse. [130] Ett varumärke som kan vilseleda allmänheten kan ogiltigförklaras enligt denna bestämmelse. För gemenskapsvarumärket föreskrivs denna möjlighet i artikel 51, inledningen, och 51 a, jämförd med artikel 7.1, inledningen, och 7.1 g i rådets förordning (EG) nr 40/94 av den 20 december 1994 om gemenskapsvarumärke. [131]

270. I artikel 7 i direktivet, som för övrigt uttryckligen hänvisar till varumärken, förbjuds vissa beteckningar som har en suggestiv betydelse, det vill säga beskrivningar som kan vilseleda allmänheten. Härmed förbjuds i artikel 7 endast utövandet av varumärkesrätten i en situation där denna rättighet i sig inte är okränkbar.

271. I ett sådant fall kan det inte vara fråga om rättsstridig kränkning av varumärkesrätten som sådan. Jag har ännu inte bedömt ingripandets omfattning för att avgöra om ingripandet möjligen är orimligt eller oacceptabelt.

272. Jag vill även tillägga följande. Båda de omnämnda gemenskapsregleringarna avseende varumärkesrätten innehåller en relevant ogiltighetsgrund, nämligen åsidosättande av allmän ordning eller allmän moral. Ett varumärke som faller under det offentligrättsliga beskrivningsförbudet i direktivets artikel 7 till skydd för folkhälsan är enligt min bedömning ogiltigt därför att det strider mot allmän ordning.

273. Jag vill i fullständighetens intresse påpeka att jag inte heller är övertygad om att ingripandets omfattning är orimligt eller oacceptabelt. Rådet har i detta sammanhang åberopat domen i målet Estée Lauder [132] som avsåg en kosmetikvara som innehöll ordet "lifting". Domstolen godtog här en nationell bestämmelse som förbjöd

130 — Rådets första direktiv 89/104/EEG av den 21 december 1988 om tillnärmning av medlemsstaternas varumärkeslagar (EGT L 40, s. 1; svensk specialutgåva, område 13, volym 17, s. 178).

131 — EGT L 11, s. 11; svensk specialutgåva, område 17, volym 2, s. 3).

132 — Dom av den 13 januari 2000 i mål C-220/98 (REG 2000, s. I-117). Målet avsåg för övrigt inte varumärkesrätt.

import och försäljning av denna kosmetikvara. Liksom i detta mål avsågs i ovannämnda mål ett förbud mot att använda vissa specifika beteckningar som har en viss laddad betydelse. Ingripandet i varumärkesrätten är endast en sidoordnad verkan av bestämmelsen när beteckningen utgör en del av ett varumärke. Denna verkan medför av dessa skäl inte att bestämmelsen skulle vara otillåten. Vidare måste enligt fast rättspraxis det eftersträvade syftet beaktas. Syftet kan i detta fall motivera ett långtgående ingripande. Slutligen fäster jag även vikt vid att det i det aktuella direktivet har föreskrivits en övergångsperiod till och med 30 september 2003 såvitt avser artikel 7. Det ger företagen tid att investera i nya varumärken.

274. Är det då — genom ett tillåtet ingripande, såsom ovan fastställts — möjligen fråga om ett åsidosättande av rättssäkerhetsprincipen, och då särskilt principen om skydd för berättigade förväntningar? En företagare måste generellt kunna förlita sig på den lagstiftning som gällde när han fattade ett ekonomiskt beslut. Principen om skydd för berättigade förväntningar, hävdade jag i mitt förslag till avgörande i målet Silos [133], yttrar sig i två former av förväntningar som båda kan behöva skyddas. För det första avses ett skydd mot åsidosättande av förvärvade rättigheter. Jag fastslog i det nämnda förslaget till avgörande att denna rättighet inte är absolut. För det andra har principen betydelse för skyddet för berättigade förväntningar.

275. Om vi nu tillämpar denna princip på det aktuella målet innebär det att följande fråga skall besvaras. Frågan är huruvida en cigarettillverkare kan grunda sina ekonomiska beslut på förväntningar på att lagstiftningen om sammansättning och märkning förblir oändrad?

276. Denna fråga har en i det närmaste retorisk karaktär. En företagare som tillverkar en vara måste beakta att de för honom gällande produktnormerna inte förblir oändrade under obegränsad tid. Sådana — tekniska — regler är på grund av sin art beroende av förändringar i förhållande till tiden och rummet. *A fortiori* gäller det även regler för cigaretter. Den vetenskapliga kunskapen om rökningens skadlighet och den samhälleliga värderingen av denna kunskap utvecklas snabbt. Det är då inte mer än logiskt att även lagstiftningen ändras med korta intervall. Tobaksindustrin är mer välinformerad om detta än någon annan.

133 — Förslag till avgörande av den 3 april 2001 inför dom av den 8 november 2001 (ovan fotnot 111), punkt 46 och följande punkter.

277. Även i förhållande till varumärkesrätten är det inte fråga om ett åsidosättande av rättssäkerhetsprincipen eller principen om skydd för berättigade förväntningar. För det första har inte direktivet — och särskilt förbudet i artikel 7 — fallit ner från himlen. De väsentligaste bestämmelserna i direktivet, däribland artikel 7, förekom redan i kommissionens meddelande av den 18 december 1996.[134] En normalt upplyst företagare hade således kunnat förändra sin marknadsstrategi och valt ett varumärke som innebar mindre risker. För det andra tog företagaren redan vid valet av ett varumärke som gav intryck av att det inte handlade om en skadlig vara en viss risk, även om inte företagaren medvetet har velat förmedla detta intryck. Enligt det varumärkesrättsliga skydd som gemenskapsrätten ger är rätten att bruka ett varumärke i sig inte okränkbar om varumärket kan vilseleda allmänheten. Jag behandlade detta redan under punkt 268 och följande punkter.

278. Som ett exempel vill jag anföra Japan Tobaccos ställningstagande, vilket är det företag som det förefaller svårast att tro att det skulle ha blivit överrumplat av artikel 7 i direktivet. Vid förhandlingen har det påstått och inte motsagts att varumärket Mild Seven introducerades i Europeiska unionen först vid tiden för direktivets tillkomst, och i vilket fall som helst efter kommissionens meddelande av den 18 december 1996. Dessutom var varumärket endast tillgängligt i en medlemsstat. I en sådan situation kan det hur som helst inte vara fråga om ett åsidosättande av rättssäkerhetsprincipen eller principen om skydd för berättigade förväntningar.

134 — Se punkt 67 i detta förslag till avgörande.

C — *Andra rättsprinciper*

279. Den hänskjutande domstolen har nämnt tre rättsprinciper som kan vara relevanta för direktivets giltighet, nämligen motiveringsskyldigheten, subsidiaritetsprincipen och maktmissbruk.

1. Motiveringsskyldigheten

280. De argument som har anförts till stöd för att motiveringsskyldigheten möjligen skulle ha åsidosatts är av två slag. Den första typen av argument avser den faktiska och vetenskapliga grunden för direktivet. Jag nämner klagandenas uppfattning att ny lagstiftning skall baseras på ny utveckling som grundas på vetenskapliga fakta, och att direktivets skäl inte hänvisar till vetenskapliga fakta. Den andra typen av argument avser den motivering som ges i skäl

11 i direktivet. Den grekiska regeringen har bland annat pekat på att hänvisningen till artikel 133 EG inte anger vilken aspekt av den gemensamma handelspolitiken som uppnås genom förbudet mot tillverkning för export. Enligt den tyska regeringen anger det skälet inte hur skyddet av hälsan i gemenskapen påverkas av illegal återimport av tobaksvaror som är tillverkade i gemenskapen.

281. Mot denna tolkning har framför allt anförts att det inte krävs att gemenskapslagstiftaren motiverar varje enskilt val. Dessutom behöver gemenskapslagstiftaren inte hänvisa till vetenskapliga fakta.

282. Motiveringsskyldigheten har på en väsentlig punkt redan behandlats i detta förslag till avgörande. Den utgjorde för mig skälet till varför artikel 133 EG inte kunde vara rättslig grund för direktivet. Jag delar i denna del den grekiska regeringens argument.

283. Vidare har motiveringen till skäl 11 mera generellt behandlats i samband med tillverkningsförbudet (se avdelning VI D). Den — kortfattade — motivering som ges i skäl 11 kan motivera tillverkningsförbudet. Enligt domstolens fasta rättspraxis behöver inte alla fakta anges särskilt. Jag vill i detta sammanhang dessutom påpeka att skälet inte hänvisar till risken för störningar i konkurrensen som grund för direktivet. Av dessa skäl har det som har anförts i punkt 161 och följande punkter karaktären av en bedömning som gjorts i fullständighetens intresse.

284. I övrigt ger skälen en utförlig motivering av de motiv som ledde till direktivets tillkomst. Det är inte nödvändigt att därvidlag hänvisa till vetenskapliga fakta, framför allt inte när det gäller åtgärder mot rökning. Därtill medverkar även att lagstiftaren inte enbart väger in vetenskapliga fakta, utan även en samhällelig värdering.

2. Subsidiaritetsprincipen

285. Frågan om subsidiaritet finner jag kan besvaras entydigt. Liksom i domen i bioteknikmålet [135] kan domstolen utan en alltför utförlig motivering konstatera att subsidiaritetsprincipen inte har åsidosatts. Subsidiaritetsprincipen är ett dynamiskt begrepp som lämnar nödvändigt utrymme för den europeiska lagstiftarens bedömning, därefter motiveras utförligt nödvän-

135 — Ovan fotnot 46, punkt 30 och följande punkter.

digheten av ett ingripande på gemenskapsnivå [136] och slutligen ryms direktivet inom riktlinjerna för subsidiaritetsprotokollet. [137] Då jag i detta mål har kommit till slutsatsen, att gemenskapslagstiftarens åtgärd, med stöd av artikel 95, var nödvändig saknar subsidiaritetsprövningen betydelse. Beträffande detta direktiv vill jag särskilt framhålla följande punkter:

— Punkt 130 i detta förslag till avgörande, i vilken jag har fastslagit att åtgärden har sin grund i att det finns skillnader — eller åtminstone ett konkret hot att skillnader kan uppstå — i lagstiftningen mellan medlemsstaterna som kunde förorsaka störningar i handeln.

— Punkterna 159—163 i detta förslag till avgörande i vilka jag slog fast att ett nationellt tillverkningsförbud varken skulle vara verkningsfullt eller möjligt.

3. Maktmissbruk

286. Slutligen har frågan om maktmissbruk anförts. Enligt domstolens rättspraxis kan en rättsakt endast innebära maktmissbruk om det på grundval av objektiva, relevanta och samstämmiga uppgifter kan antas att den har antagits uteslutande, eller åtminstone huvudsakligen för att uppnå andra mål än dem som angetts eller för att kringgå ett förfarande som särskilt föreskrivs i fördraget för att bemöta svårigheter i det enskilda fallet.

287. Om jag tillämpar denna rättspraxis på det aktuella målet drar jag slutsatsen att i ett fall som det förevarande, där den rättsliga grunden för en gemensam åtgärd är uppe till diskussion, har principen om maktmissbruk ingen självständig betydelse. Domstolen kan fastställa att den korrekta rättsliga grunden har valts, varvid det står klart att gemenskapslagstiftaren har använt sin behörighet på ett korrekt sätt. Det är således inte tal om maktmissbruk. Domstolen kan även fastställa att den korrekta rättsliga grunden inte har valts och på denna grund ogiltigförklara åtgärden. Domstolen behöver då inte samtidigt pröva om det förekommit maktmissbruk.

VIII — Bedömning av den andra frågan

A — *Anförda argument*

288. Enligt klagandena, Japan Tobacco, den grekiska, den irländska, den lux-

136 — Se skälen, i synnerhet skäl 33.

137 — Protokoll om tillämpningen av subsidiaritets- och proportionalitetsprinciperna, fogade till Amsterdamfördraget.

emburgska, den nederländska och den svenska regeringen samt parlamentet, rådet och kommissionen är artikel 7 i direktivet enbart tillämplig på tobaksvaror som saluförs inom Europeiska gemenskapen. Förenade kungarikets regering, den belgiska, den franska, den italienska och den finska regeringen anser däremot att artikel 7 även är tillämplig på tobaksvaror som framställs inom gemenskapen för export till tredje land.

289. De väsentligaste argumenten som den första gruppen har anfört till stöd för en restriktiv tolkning är följande:

— Av ordalydelsen av artikel 7 framgår inte att en extraterritoriell verkan är åsyftad, vilket innebär att förbudet inte heller kan ha denna verkan. Rådet har emellertid medgivit att den territoriella verkan av förbudet inte uttryckligen begränsas i artikel 7.

— En utvidgning av förbudet till tobaksvaror avsedda för export är inte en lämplig åtgärd för att hindra att bestämmelserna om den inre marknaden åsidosätts.

— Artikel 7 kan inte betraktas fristående från artikel 5, eftersom artikel 7 har till syfte att hindra att märkningskraven i artikel 5 åsidosätts. Det skulle innebära att den territoriella räckvidden av artikel 7 är jämförbar med den territoriella räckvidden av artikel 5 kan på grund av språkkraven enbart vara tillämplig på tobaksvaror på den inre marknaden.

290. De väsentligaste argumenten som den andra gruppen har anfört till stöd för en vid tolkning är följande:

— Av ordalydelsen av artikel 7, enligt vilken vissa uppgifter inte längre får användas på tobaksvarors förpackningar, framgår inte att denna artikel är begränsad till cigaretter avsedda för den inre marknaden.

— Tillämpning av artikel 7 på exporten är motiverad på grund av den faktiska risken för olaglig handel.

— Artikel 7 utgör en nödvändig komplettering till artiklarna 3 och 5. Utan artikel 7 äventyras verkan av dessa artiklar. Därför har artikel 7 samma tillämpningsområde som artiklarna 3 och 5.

— Enligt artikel 152.1 EG krävs att en hög nivå på hälsoskyddet säkerställs i gemenskapens åtgärder och politik. Denna skyldighet omfattar även den gemensamma handelspolitiken. Enligt Förenade kungarikets regering medför det att om gemenskapslagstiftaren hade önskat särskilja export till tredje land skulle det uttryckligen ha angivits i artikel 7 i direktivet.

B — *Bedömning*

291. Enligt min mening ger direktivets lydelse för det första inte något definitivt svar på frågan om artikel 7 är tillämplig på export av cigaretter till tredje land. Lydelsen är inte otvetydig, vilket visas av det faktum att såväl de som stöder att bestämmelsen har verkan utanför gemenskapen som de som underkänner denna verkan åberopar direktivets ordalydelse. I en sådan situation står olika tolkningsmetoder till gemenskapsdomstolens förfogande.

292. Enligt min bedömning ger en lagsystematisk tolkning mest vägledning. Den lagsystematiska tolkningen kan utföras på de två väsentligaste skyldigheterna som härleds ur artikel 7 i direktivet. Dessa är sammansättningsskyldigheten i artikel 3 och märkningsskyldigheten i artikel 5. Artikel 3 har även betydelse för tillverkning för export, vilket även uttryckligen föreskrivs i artikeln. Lydelsen av artikel 5 är oklar såvitt avser tillämpningsområdet. Likafullt framgår vid en noggrann läsning att artikel 5 inte är avsedd att även omfatta export till tredje land. De varningstexter som enligt artikel 5 skall finnas på cigarettpaketen skall nämligen vara avfattade på ett i en medlemsstat officiellt språk. Detta språkkrav, som är en viktig del av skyldigheten enligt artikel 5, saknar mening när det gäller export till tredje land.

293. Artikel 7 liksom artikel 5, men i motsats till artikel 3, saknar föreskrifter om tillämpningsområdet, och kan redan av detta skäl lättare tolkas analogt med artikel 5. Vidare står artikel 7 till följd av sitt innehåll närmare artikel 5 än artikel 3. Artikel 7 har betydelse för beteckningen av tobaksvaror och inte för deras sammansättning. Än väsentligare anser jag vara att artiklarna 5 och 7 även innehållsmässigt är nära förbundna med varandra. Såsom även den belgiska regeringen anförde vid förhandlingen kan artiklarna 5 och 7 ses som

kompletterande bestämmelser. I artikel 5 stadgas skyldigheten att på paketet ange uppgifter avseende objektiva fakta som bland annat tjärhalt, i artikel 7 förbjuds anbringandet av suggestiva uppgifter som kan skada det värde som konsumenten tillmäter de objektiva fakta som föreskrivs i artikel 5. Jag anser således också att verkan av artikel 5 skulle kunna äventyras utan artikel 7.

294. Kort sagt leder den lagsystematiska tolkningen till slutsatsen att artikel 7 inte är tillämplig på cigaretter avsedda för export.

295. Inte heller den teleologiska tolkningsmetoden leder till ett annat resultat. För det första innebär artikel 7 att vissa marknadsaktörer åläggs en ganska långtgående skyldighet. I ett sådant fall är det inte domstolens uppgift att, för den händelse att bestämmelsen i sig är oklar, tolka dess tillämpningsområde så vitt som möjligt. En inskränkning av marknadsaktörernas frihet måste grundas på lagstiftarens uttryckliga val.

296. Artikel 152.1 EG saknar i detta sammanhang betydelse. Artikel 152.1 EG innehåller en viktig princip för att vägleda gemenskapslagstiftaren, men den är ingen tolkningskälla i gemenskapsrätten när lagstiftaren är helt tyst på en viss punkt. Därtill kommer, vilket följer av mitt förslag till avgörande och i motsats till vad jag nämnde under punkt 290, fjärde strecksatsen, att direktivet inte berör den gemensamma handelspolitiken.

297. Slutligen skall jag — som tredje tolkningsmetod — bedöma arten och innehållet i artikel 7 i direktivet. Även då gör jag bedömningen att denna artikel inte är tillämplig på export från Europeiska unionen. Artikeln berör beteckningen och därmed märkningen av cigaretter. Märkningen av cigaretter skiljer sig åt beroende på vilket land cigaretterna är avsedda för, vilket bland annat beror på de varningstexter som enligt artikel 3 i direktivet skall anges på förpackningen. När nu etiketteringen av cigaretter, i motsats till sammansättningen, till sin art skiljer sig åt beroende på var cigaretterna är avsedda att konsumeras ser jag ingen anledning att ge artikel 7 en sådan tolkning som undanröjer den skillnaden. Jag vill än en gång erinra om argumenten avseende risken för olaglig handel. Jag delar åsikten att en utvidgning av förbudet i artikel 7 till tobaksvaror som är avsedda för export inte är lämpligt för att hindra att bestämmelserna om den inre marknaden åsidosätts. Som jag redan nämnt skiljer sig märkningen av cigaretter per definition åt beroende på vilket land cigaretterna är avsedda för.

IX — Förslag till avgörande

298. Mot bakgrund av vad som ovan anförts föreslår jag att domstolen skall besvara High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Administrative Court) tolkningsfrågor enligt följande:

1) Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/37/EG av den 5 juni 2001 om tillnärmning av medlemsstaternas lagar och andra författningar om tillverkning, presentation och försäljning av tobaksvaror är giltigt.

2) Artikel 7 i direktiv 2001/37/EG är inte tillämpligt på tobaksvaror som inte saluförs i Europeiska gemenskapen.