Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
JULIANE KOKOTT
föredraget den 23 december 2015 [1]

Mål C-358/14

Republiken Polen
mot
Europaparlamentet
och

Europeiska unionens råd

”Talan om ogiltigförklaring — Tillnärmning av lagstiftning — Direktiv 2014/40/EU — Tillverkning, presentation och försäljning av tobaksvaror och liknande produkter — Mentolcigaretter — Valet av artikel 114 FEUF som rättslig grund — Proportionalitetsprincipen — Subsidiaritetsprincipen”

I – **Inledning**

1. Frågan uppkommer huruvida unionslagstiftaren kan förbjuda försäljning av mentolcigaretter på den inre marknaden från och med den 20 maj 2020. Denna känslomässigt laddade fråga [2] är i huvudsak det rättsliga problem som Republiken Polen har bett domstolen att ta ställning till i det aktuella fallet genom sin talan om ogiltigförklaring av direktiv 2014/40/EU. [3] Talan ingår i en rad tvister som har uppkommit under åren avseende olika bestämmelser om tillverkning, presentation och försäljning av tobaksvaror och relaterade produkter på den inre marknaden vilka under åren har antagits på unionsnivå. [4]

2. Till skillnad från vad som var fallet i tidigare mål har det i förevarande mål i princip inte ifrågasatts huruvida artikel 114 FEUF (tidigare artikel 95 EG eller artikel 100a EEG-fördraget) utgör lämplig rättslig grund för det nya direktivet, utan enbart vissa detaljer avseende denna fråga har berörts. Lagstiftningskompentensen har således inte längre en lika central roll här som tidigare. I centrum står numera frågan huruvida ett förbud mot mentolcigaretter inom unionen är förenligt med proportionalitetsprincipen. Därutöver rör det sig om de krav som följer av subsidiaritetsprincipen för en bestämmelse som den här omtvistade.

1 — Originalspråk: tyska.

2 — I media har det till exempel redogjorts för de farhågor som en av Tysklands tidigare förbundskansler uttryckt i fråga om ett förbud mot mentolcigaretter: ”Drohendes EU-Verbot: Helmut Schmidt hortet angeblich 200 Stangen Mentholzigaretten” (*Spiegel Online*– Politik – 9 juli 2013).

3 — Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/40/EU av den 3 april 2014 om tillnärmning av medlemsstaternas lagar och andra författningar om tillverkning, presentation och försäljning av tobaksvaror och relaterade produkter och om upphävande av direktiv 2001/37/EG (EGT L 127, 2001, s. 1), nedan kallat direktivet.

4 — Se i detta avseende särskilt dom Tyskland/parlamentet och rådet (C-376/98, EU:C:2000:544), dom British American Tobacco (Investments) och Imperial Tobacco (C-491/01, EU:C:2002:741), dom Arnold André (C-434/02, EU:C:2004:800), dom Swedish Match (C-210/03, EU:C:2004:802), dom Tyskland/parlamentet och rådet (C-380/03, EU:C:2006:772) och dom kommissionen/Danmark (C-468/14, EU:C:2015:504).

3. Bakom dessa rättsfrågor som med all sannolikhet i synnerhet i Polen är förenade med stora ekonomiska intressen och för övrigt dagligen påverkar flera miljoner unionsmedborgares liv döljer sig en mycket grundläggande problematik, nämligen det utrymme för skönsmässig bedömning som unionslagstiftaren fortfarande förfogar över för att säkerställa att produkter kan saluföras i unionen under enhetliga förhållanden, utan att det härvid bortses från det grundläggande målet att bidra till en hög hälsoskyddsnivå, som är förankrad i primärrätten (artiklarna 9 FEUF, 114.3 FEUF, 168.1 FEUF och 35 andra meningen i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna).

4. Utöver förevarande talan om ogiltigförklaring som väckts av Polen har även två förfaranden för förhandsavgörande anhängiggjorts genom vilka en brittisk domstol har frågat EU-domstolen om direktiv 2014/40 är giltigt. Ett av dessa förfaranden [5] avser enbart den nya bestämmelsen om elektroniska cigaretter i artikel 20 i direktivet. Inom ramen för detta uppkommer rättsfrågor om proportionalitetsprincipen, subsidiaritetsprincipen och Europeiska unionens grundläggande rättigheter. Det andra förfarandet [6] avser flera enskilda bestämmelser i direktivet och därvid diskuteras särskilt valet av artikel 114 FEUF som rättslig grund, subsidiaritetsprincipen, proportionalitetsprincipen och rättssäkerhetsprincipen, frågor om Europeiska unionens grundläggande rättigheter samt problem i samband med artiklarna 290 FEUF och 291 FEUF avseende delegering av lagstiftningsbefogenheter och genomförandebefogenheter till kommissionen. I de båda fallen presenterar jag mitt förslag till avgörande i dag.

II – **De omtvistade bestämmelserna i direktiv 2014/40/EU**

5. Med uttrycket karakteristisk smak avses enligt definitionen i artikel 2 punkt 25 i direktivet följande:

”En tydligt märkbar doft eller smak av annat än tobak, till följd av en tillsats eller kombination av tillsatser, som kan inkludera men som inte begränsas till frukt, kryddor, örter, alkohol, karamell, mentol eller vanilj och som är märkbar före eller under användningen av en tobaksvara.”

6. I artikel 6 i direktivet föreskrivs under rubriken ”Prioritetsförteckning över tillsatser och utökade rapporteringsskyldigheter” att utökade rapporteringsskyldigheter ska tillämpas på vissa tillsatser i cigaretter och rulltobak som ingår i en prioritetsförteckning som fastställs och uppdateras av kommissionen. I detta sammanhang anges följande i artikel 6.2 i direktivet:

”2. Medlemsstaterna ska kräva att tillverkare och importörer av cigaretter och rulltobak, som innehåller en tillsats som införts i den prioritetsförteckning som anges …, genomför omfattande analyser, där det för varje tillsats ska undersökas huruvida den

…

b) resulterar i en karakteristisk smak,

…”

7. Artikel 7 i direktivet innehåller bestämmelser om ”regleringen av ingredienserna” och har i utdrag följande lydelse:

”1. Medlemsstaterna ska förbjuda att tobaksvaror med en karakteristisk smak släpps ut på marknaden.

Medlemsstaterna ska inte förbjuda användning av tillsatser som är nödvändiga vid tillverkning av tobaksvaror, …

5 — Mål C-477/14 (Pillbox 38).

6 — Mål C-547/14 (Philip Morris Brands m.fl.).

...

2. Kommissionen ska på begäran av en medlemsstat eller får på eget initiativ genom genomförandeakter fastställa om en tobaksvara omfattas av punkt 1. Dessa genomförandeakter ska antas i enlighet med det granskningsförfarande som avses i artikel 25.2.

3. Kommissionen ska anta genomförandeakter för att fastställa enhetliga regler beträffande förfarandena för att bestämma om en tobaksvara omfattas av punkt 1. Dessa genomförandeakter ska antas i enlighet med det granskningsförfarande som avses i artikel 25.2.

4. En oberoende rådgivande panel ska inrättas på unionsnivå. Medlemsstaterna och kommissionen får samråda med denna panel innan de vidtar en åtgärd enligt punkterna 1 och 2 i denna artikel. Kommissionen ska anta genomförandeakter för att fastställa förfaranden för inrättandet av denna panel och dess verksamhet.

Dessa genomförandeakter ska antas i enlighet med det granskningsförfarande som avses i artikel 25.2.

5. Om nivån eller koncentrationen av vissa tillsatser eller kombinationer av dessa har lett till förbud enligt punkt 1 i denna artikel i minst tre medlemsstater, ska kommissionen ges befogenhet att anta delegerade akter enligt artikel 27 för att fastställa högsta nivåer av de tillsatser eller kombinationer av tillsatser som resulterar i den karakteristiska smaken.

…

7. Medlemsstaterna ska förbjuda utsläppande på marknaden av tobaksvaror som innehåller smaktillsatser i någon av dess delar, såsom filter, papper, förpackningar, kapslar eller eventuella tekniska detaljer som möjliggör ändring av tobaksvarornas doft eller smak eller rökintensitet. ...

…

12. Andra tobaksvaror än cigaretter och rulltobak ska vara undantagna från de förbud som fastställs i punkterna 1 och 7. Kommissionen ska anta delegerade akter i enlighet med artikel 27 för att upphäva detta undantag för en viss produktkategori, om det i en rapport som har lämnats av kommissionen har fastställts en betydande förändring av omständigheterna.

13. Medlemsstaterna och kommissionen får ta ut proportionella avgifter av tillverkare och importörer av tobaksvaror för bedömning av om en tobaksvara har en karakteristisk smak, om förbjudna tillsatser eller smakämnen används …

14. När det gäller tobaksvaror med en viss karakteristisk smak vilkas försäljningsvolym i hela unionen utgör minst 3 % i en viss produktkategori, ska bestämmelserna i denna artikel gälla från och med 20 maj 2020.

…”

8. När det gäller ”[p]roduktpresentation” innehåller artikel 13 i direktivet bland annat följande bestämmelse:

”1. Märkningen av styckförpackningar och eventuella ytterförpackningar eller själva tobaksvaran får inte innehålla någon beståndsdel eller något inslag som

…

c) hänvisar till smak, doft, eventuella smaktillsatser eller andra tillsatser eller avsaknaden därav,

…”

III – **Förfarandet och parternas yrkanden**

9. Genom skrivelse av den 22 juli 2014 har Polen med stöd av artikel 263 FEUF väckt förevarande talan om ogiltigförklaring mot Europaparlamentet och Europeiska unionens råd.

10. Rumänien har tillåtits intervenera till stöd för sökanden, och Irland, Republiken Frankrike, Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland och Europeiska kommissionen har tillåtits intervenera till stöd för motparten.

11. Polen yrkar att domstolen ska

— ogiltigförklara artiklarna 2.25, 6.2 b, 7.1–7.5, 7.7 första meningen, 7.12-7.14 och 13.1 c i direktiv 2014/40/EU, och

— förplikta parlamentet och rådet att ersätta rättegångskostnaderna.

12. Rumänien har yrkat att domstolen ska ogiltigförklara artiklarna 7.1–7.5, 7.7 första meningen, och artikel 7.12–7.14 i direktiv 2014/40/EU.

13. Parlamentet och rådet har yrkat att domstolen ska

— ogilla talan, och

— förplikta Polen att ersätta rättegångskostnaderna.

14. Kommissionen har yrkat att domstolen ska

— ogilla talan, och

— förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna.

15. Irland, Frankrike och Förenade kungariket har yrkat att talan ska ogillas. Irland har dessutom yrkat att Polen ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna.

16. För det fall domstolen skulle bifalla Polens talan har parlamentet, rådet och Frankrike därutöver i andra hand yrkat att verkningarna av den ogiltigförklarade bestämmelsen i direktiv 2014/40 ska upprätthållas till dess att ett nytt direktiv träder i kraft inom en skälig frist.

17. Efter det att skriftliga yttranden hade ingetts hölls muntlig förhandling vid domstolen den 30 september 2015 avseende Polens talan.

IV – **Bedömning**

A – *Huruvida talan kan tas upp till sakprövning*

18. Innan jag går in på de invändningar i sak som Polen framfört, finns det anledning att i korthet behandla frågan om denna talan om ogiltigförklaring kan tas upp till sakprövning. För det första uppkommer frågan om bestämmelsen om karakteristiska smaker kan angripas separat. Det ska för det andra prövas om sökandens argumentation avseende enskilda omtvistade direktivbestämmelser är

tillräckligt precis. För det tredje kommer jag att ta ställning till rådets kritik att Polens yttranden avseende likabehandlingsprincipen inom ramen för den andra omgången skriftväxling – närmare bestämt i Polens replik – är en ny grund som inte kan tas upp till sakprövning, på grund av att den framställts för sent.

1. Begränsning av talan om ogiltigförklaring till enskilda artiklar i direktivet

19. Polen har, med stöd av Rumänien, yrkat att direktiv 2014/40 inte ska ogiltigförklaras i dess helhet, utan har enbart angripit enskilda bestämmelser i direktivet, nämligen de som avser karakteristiska smaker eller enbart smaker.

20. Enligt fast rättspraxis är en ogiltigförklaring av en del av en unionsrättsakt endast möjlig under förutsättning att de delar beträffande vilka det yrkas en ogiltigförklaring kan avskiljas från rättsakten i övrigt (det så kallade kravet på avskiljbarhet).[7] Detta krav på avskiljbarhet är inte uppfyllt om en ogiltigförklaring av en del av den ifrågasatta rättsakten får till följd att dess kärninnehåll ändras.[8]

21. De bestämmelser i direktiv 2014/40 som förevarande talan avser innehåller specifika bestämmelser för tobaksvaror med karakteristiska smaker vid sidan av de övriga bestämmelserna i direktivet. Det har vid EU-domstolen inte anförts att bestämmelserna avseende sådana smaker i direktivet är knutna till övriga direktivbestämmelser. Även om domstolen i förevarande mål skulle ogiltigförklara vissa bestämmelser som avser smaker behåller de övriga bestämmelserna i direktivet sin ändamålsenliga verkan och deras räckvidd ändras inte.

22. Det kan mot bakgrund av vad som anförts ovan slås fast att bestämmelserna om karakteristiska smaker kan avskiljas från direktiv 2014/40 och att en eventuell ogiltigförklaring av dessa bestämmelser inte påverkar direktivets kärninnehåll.

23. Av samma anledning finns det – i motsats till vad Polen har hävdat under förhandlingen – rent teoretiskt inget som talar mot att ogiltigförklara bestämmelserna i direktiv 2014/40 avseende karaktäristiska smaker enbart i den del de rör ett förbud mot mentolcigaretter.

2. Frågan om sökandens argumentation är tillräckligt detaljerad

24. Det är påfallande att Polen har yrkat ogiltigförklaring av en hel rad enskilda bestämmelser i direktivet, men inte har gjort några närmare uttalanden avseende artiklarna 6.2 b, 7.12 och 7.14 och artikel 13.1c.

25. Det ska erinras om att de argument som sökanden framfört i sin ansökan måste vara tillräckligt detaljerade. Det följer av artikel 120 c i domstolens rättegångsregler och av rättspraxis avseende denna artikel att en ansökan ska innehålla uppgifter om saken, de grunder och argument som åberopas samt en kortfattad framställning av dessa grunder. Uppgifterna ska vara så klara och precisa att svaranden kan förbereda sitt försvar och domstolen kan utföra sin prövning. Av detta följer att de väsentliga,

7 — Dom Jamet/kommissionen (37/71, EU:C:1972:57, punkt 11), dom kommissionen/Verhuizingen Coppens (C-441/11 P, EU:C:2012:778, punkt 38), dom kommissionen/parlamentet och rådet (C-427/12, EU:C:2014:170, punkt 16) och dom kommissionen/rådet (C-425/13, EU:C:2015:483, punkt 94).

8 — Dom Frankrike/parlamentet och rådet (C-244/03, EU:C:2005:299, punkt 13), dom kommissionen/Verhuizingen Coppens (C-441/11 P, EU:C:2012:778, punkt 38), dom kommissionen/parlamentet och rådet (C-427/12, EU:C:2014:170, punkt 16) och dom kommissionen/rådet (C-425/13, EU:C:2015:483, punkt 94), se, för ett liknande resonemang dom Frankrike m.fl./kommissionen (C-68/94 och C-30/95, EU:C:1998:148, punktera 257–259).

faktiska och rättsliga, omständigheter på vilka talan grundas på ett konsekvent och begripligt sätt ska framgå av innehållet i själva ansökan och att yrkandena i ansökan ska vara tydligt utformade för att undvika att domstolen dömer utöver vad som har yrkats (ultra petita) och för att förhindra att en anmärkning inte blir prövad. [9]

26. I förevarande fall anges inte i ansökan varför Polen särskilt har yrkat ogiltigförklaring av artiklarna 6.2 b, 7.12 och 7.14 samt artikel 13.1. c i direktivet. Det kan i detta avseende inte heller dras några slutsatser av det allmänna sammanhang i vilket Polens talan om ogiltigförklaring ingår.

27. Tvärtom framgår av de grunder som anfördes i ansökan och av Polens muntliga förklaringar att Polens yrkande vid domstolen enbart avser förbudet mot mentolcigaretter inom unionen. De nämnda direktivbestämmelserna innehåller emellertid inte något sådant förbud.

28. Det kan visserligen hävdas att domstolens eventuella upphävande av förbudet mot mentolcigaretter nödvändigtvis även måste utvidgas till att omfatta sådana direktivbestämmelser som är oupplösligt förbundna med förbudet. Av ovannämnda bestämmelser gäller detta emellertid på sin höjd artikel 13.1 c i direktivet, enligt vilken det är förbjudet att ange smak, doft och smaktillsatser på cigarettpaket. För det fall att det – såsom Polen och Rumänien önskar – även ska vara möjligt att saluföra mentolcigaretter i framtiden, måste det vara tillåtet att ange mentol som ingrediens på dessa cigarettpaket. Hur ska konsumenten annars kunna välja mellan mentolcigaretter och icke smaksatta cigaretter?

29. De övriga direktivbestämmelser som har anförts uppvisar emellertid inte ett så nära samband med förbudet mot mentolcigaretter att de kan anses knutna till förbudet. Enligt artikel 6.2 b i direktivet är tillverkare och importörer av cigaretter och rulltobak skyldiga att genomföra vissa analyser. Detta har inte direkt något att göra med ett förbud mot mentolcigaretter. Detsamma gäller för artikel 7.12 i direktivet som innehåller *undantag* från förbudet mot att släppa ut tobaksvaror med en karakteristisk smak på marknaden. Vad slutligen beträffar artikel 7.14 i direktivet kan fastställas att den inte heller innehåller något förbud mot mentolcigaretter, utan i denna bestämmelse skjuts enbart tidpunkten upp för när vissa förbud inbegripet mentolförbudet ska börja gälla fram till den 20 maj 2020.

30. Polens talan kan följaktligen inte tas upp till sakprövning, eftersom den inte är tillräckligt detaljerad i den del den avser artiklarna 6.2 b och artikel 7.12 och 7.14 i direktivet.

3. Påståendet om att det föreligger en ny grund för talan som har framförts för sent och som rör principen om likabehandling

31. Rådet har med stöd av artikel 127.1 i rättegångsreglerna gjort gällande att Polen inom ramen för den andra omgången av skriftväxling – närmare bestämt i repliken – har framfört en ny grund som anförts för sent, genom vilken ett åsidosättande av principen om likabehandling har åberopats, till följd av att mentolcigaretter i direktivet behandlas på samma sätt som andra smaksatta tobaksvaror, trots att det föreligger objektiva skillnader.

32. Rådets invändning bygger på en felaktig tolkning av de argument som sökanden framförde under det skriftliga förfarandet. Polen har visserligen på olika ställen i sitt skriftliga yttrande framhållit de skillnader som förmodas föreligga mellan mentolcigarretter och andra smaksatta tobaksvaror. Detta utgör emellertid – vilket även klart framgår av förhandlingen – *inte* en särskild grund, utan ett argument som anförts till stöd för de tre egentliga grunder som sökanden gjort gällande. Sådana

9 — Fast rättspraxis bland annat dom kommissionen/parlamentet och rådet (C-411/06, EU:C:2009:518, punkt 27), dom Förenade kungariket/rådet (C-209/13, EU:C:2014:283, punkt 30) och dom parlamentet/rådet (C-540/13, EU:C:2015:224, punkt 9).

argument anfördes redan för första gången i ansökan. Såsom klart framgår av repliken har Polen inom ramen för den andra omgången av skriftväxling genom den mer utförliga versionen av denna argumentation enbart bemött ett specifikt argument som framförts av parlamentet och rådet och strävat efter att närmare preisera föremålet för talan såsom det definieras i ansökan. Detta är tillåtet.

33. Följaktligen ska inte rådets invändning godtas.

4. Slutsats i denna del

34. Polens talan kan inte tas upp till sakprövning i den del den avser artiklarna 6.2 b och 7.12 och 7.14 i direktivet, eftersom det inte har anförts några tillräckligt utförliga argument. I övriga delar kan talan tas upp till sakprövning.

B – *Prövning i sak av talan*

35. Republiken Polens talan om ogiltigförklaring avser en rad enskilda bestämmelser i direktiv 2014/40, som alla avser användningen av karakteristiska smaker i tobaksvaror. Syftet med Polens talan är att upphäva förbudet mot saluföring av mentolcigaretter på den inre marknaden, som enligt artikel 7.14 i direktivet ska gälla från och med 20 maj 2020.[10]

36. I detta syfte har tre grunder gjorts gällande. Polen har för det första anfört att förbudet mot mentolcigaretter inte borde ha antagits med stöd av artikel 114 FEUF. För det andra har Polen gjort gällande ett åsidosättande av proportionalitetsprincipen. För det tredje har Polen anfört att subsidiaritetsprincipen har åsidosatts.

1. Valet av artikel 114 FEUF som rättslig grund (första grunden)

37. Med den första grunden har Polen gjort gällande att artikel 114 FEUF inte kan tillämpas som rättslig grund för ett förbud mot mentolcigaretter inom unionen.

38. Det ska i detta avseende påpekas att en lagstiftningsakt som antas med stöd av den artikeln som rättslig grund dels ska innehålla åtgärder för tillnärmning av bestämmelser i lagar och andra författningar i medlemsstaterna, dels syfta till att upprätta den inre marknaden och få den att fungera.[11] Sådana harmoniseringsåtgärder på den inre marknaden som avses i artikel 114 FEUF måste dessutom verkligen ha som syfte att förbättra villkoren för att upprätta den inre marknaden och få den att fungera.[12]

39. Det framgår av fast rättspraxis att unionslagstiftaren enligt artikel 114 FEUF därför kan förbjuda saluföring av vissa produkter på hela den inre marknaden om detta syftar till att minska handelshindren för en grupp av produkter eller enbart avser att förebygga att sådana handelshinder uppkommer.[13]

10 — Tidpunkten den 20 maj 2020 följer av artikel 7.14 i direktivet, eftersom försäljningsvolym av mentolcigaretter inom unionen enligt samstämmiga uppgifter från parterna överstiger 3 %.

11 — Dom Förenade kungariket/rådet och parlamentet (C-270/12, EU:C:2014:18, punkt 100).

12 — Dom British American Tobacco (Investments) och Imperial Tobacco (C-491/01, EU:C:2002:741, punkt 60), dom Vodafone m.fl. (C-58/08, EU:C:2010:321, punkt 32) och dom Inuit Tapiriit Kanatami m.fl./kommissionen (C-398/13 P, EU:C:2015:535, punkt 26).

13 — Dom Arnold André (C-434/02, EU:C:2004:800, punkterna 34 och 35) och dom Swedish Match (C-210/03, EU:C:2004:802, punkterna 33 och 34). Även i den nyligen avkunnade domen Inuit Tapiriit Kanatami m.fl./kommissionen (C-398/13 P, EU:C:2015:535) förelåg ett sådant fall där artikel 95 EG (numera artikel 114 FEUF) tillämpades som rättslig grund för förbudet mot saluföring av produkter på den inre marknaden.

40. Detta kan åskådliggöras genom följande exempel avseende de här aktuella tobaksvarorna. Förbudet mot vissa former av saluföring av tobak inom unionen syftar till att skapa enhetliga handelsvillkor för alla tobaksvaror inom hela unionen. Förbudet mot tobaksvaror med karakteristisk smak inom unionen är därmed det pris som får betalas för att ”vanliga” tobaksvaror som uppfyller villkoren i direktivet ska kunna få röra sig fritt på den inre marknaden samtidigt som en hög hälsoskyddsnivå garanteras. [14] Med andra ord får tobaksvaror fortsättningsvis i princip visserligen saluföras inom unionen, men utan några karaktäristiska smaker.

41. Det verkar följaktligen inte heller som om Polen i förevarande fall har ifrågasatt att artikel 114 FEUF i princip kan utgöra korrekt rättslig grund för harmoniseringsåtgärder på den inre marknaden med avseende på tobaksvaror, inbegripet förbudet mot saluföring av vissa produkter som ingår i en större grupp av tobaksvaror.

42. Särskilt vad gäller mentolcigaretter förelåg enligt Polen emellertid vid tidpunkten för antagandet av direktivet inte någon skillnad mellan nationella lagar och andra nationella författningar (första delen av den första grunden, se i detta avseende punkt a), och någon skillnad kunde inte heller förväntas i fråga om utvecklingen av dessa bestämmelser (andra delen av den första grunden, se i detta avseende punkt b). Polen drog därav slutsatsen att det aktuella förbudet mot mentolcigaretter inte kunde antas med stöd av artikel 114 FEUF. [15]

a) Minskning av handelshinder (första delen av den första grunden)

43. Den första delen av den första grunden bygger i huvudsak på invändningen att de aktuella bestämmelserna i direktivet inte är ägnade att minska befintliga handelshinder, utan att de tvärtom skulle leda till att framtida handelshinder uppstår.

i) Skillnader mellan nationella lagar och andra nationella författningar

44. Det framgår av fast rättspraxis att unionslagstiftaren kan använda artikel 114 FEUF bland annat om skillnaderna mellan de nationella lagstiftningarna är ägnade att medföra hinder för utövandet av grundläggande friheter och, på detta sätt, ha en direkt inverkan på den inre marknadens funktion, [16] eller att snedvrida konkurrensen. [17]

45. Polen har, med stöd av Rumänien, gjort gällande att det vid tidpunkten för antagandet av direktivet inte förelåg några skillnader mellan medlemsstaternas lagar och andra författningar *avseende mentolcigaretter*.

46. Detta argument kan inte godtas. Det bygger nämligen på den felaktiga uppfattningen att unionslagstiftaren enligt artikel 114 FEUF enbart var behörig att anta bestämmelser om användning av mentol som karaktäristisk smak i tobaksvaror när det särskilt med avseende på mentolcigaretter förelåg skillnader mellan medlemsstaternas bestämmelser.

47. En sådan ”salamitaktik” inom ramen för vilken varje marknadssegment som regleras i en harmoniseringsåtgärd på den inre marknaden och om möjligt till och med enskilda beståndsdelar av varor beaktas för sig, kan inte godtas. Det som är avgörande är i stället huruvida direktivet i dess helhet kan antas med stöd av artikel 114 FEUF.

14 — Se även artikel 24.1 i direktivet.

15 — Såvida Polen har gjort gällande samma argument inom ramen för den andra grunden med avseende på proportionalitetsprincipen, kommer de att prövas av mig i det följande, och jag kommer inte att återigen ta ställning till dem nedan.

16 — Dom Tyskland/parlamentet och rådet (C-380/03, EU:C:2006:772, punkt 37), dom Vodafone m.fl. (C-58/08, EU:C:2010:321, punkt 32) och dom Inuit Tapiriit Kanatami m.fl./kommissionen (C-398/13 P, EU:C:2015:535, punkt 26).

17 — Dom Tyskland/parlamentet och rådet (C-376/98, EU:C:2000:544, punkterna 84 och 106), dom Vodafone m.fl. (C-58/08, EU:C:2010:321, punkt 32) och dom Inuit Tapiriit Kanatami m.fl./kommissionen (C-398/13 P, EU:C:2015:535, punkt 26).

– Huruvida det saknas anledning att bedöma mentolcigaretter för sig

48. Det hade möjligen varit tänkbart att, såsom förspråkas av Polen och Rumänien, bedöma mentolcigaretter för sig om mentolcigaretter hade haft en särskild ställning i förhållande till andra smaksatta tobaksvaror.

49. Polen har i förfarandet vid domstolen förvisso försökt att göra gällande att mentolcigaretter har en sådan särskild ställning. En sådan argumentation är inte övertygande. Tvärtom har mentolcigaretter, å ena sidan, och övriga smaksatta cigaretter, å andra sidan, tillräckligt gemensamt för att unionslagstiftaren ska kunna behandla dem på ett enhetligt sätt i direktivet.

50. Detta framgår av en jämförelse mellan de båda cigarettyperna med beaktande av samtliga relevanta omständigheter. Härvid ska såväl beaktas att de båda produkterna liknar varandra med avseende på deras objektiva egenskaper [18] och att de med avseende på de mål som eftersträvas med de aktuella bestämmelserna befinner sig i jämförbara situationer. [19]

51. Om inledningsvis den fysiska beskaffenheten hos olika typer av cigaretter beaktas, kan inte några större skillnader fastställas mellan mentolcigaretter och övriga smaksatta cigaretter. De förbrukas även på samma sätt. I samtliga fall förbränns tobak och röken puffas ut eller inhaleras. [20]

52. Några större skillnader framgår inte heller vid en jämförelse mellan mentolcigaretter och andra smaksatta cigaretter med avseende på det övergripande målet med direktiv 2014/40, nämligen att säkerställa den fria rörligheten för tobaksvaror på den inre marknaden och härvid garantera en hög hälsoskyddsnivå. [21] Alla karaktäristiska smaker, oavsett om det rör sig om mentol eller andra smaker, kan nämligen i princip leda till att smaken av tobaksrök som i allmänhet är ganska skarp eller till och med bitande mildras eller döljs. Härigenom uppkommer en allvarlig risk för att smaksatta cigaretter underlättar för icke-rökare att börja konsumera tobak [22] och försvårar för vanerökare, i vart fall vissa av dem, att bli av med sitt nikotinberoende. [23]

53. Polen har i detta sammanhang utan framgång invänt att mentolcigaretter är en ”traditionell” vara som har funnits på marknaden under många år och är mindre attraktiv för ungdomar och unga vuxna än andra smaksatta cigaretter. [24]

54. För det första föreligger nämligen inte några objektiva skäl för att ställa lägre krav på påstått ”traditionella” och väletablerade produkter på marknaden med avseende på hälsoskydd än på nya produkter. Det kan visserligen i förekommande fall vara motiverat att vidta strängare åtgärder i fråga om vissa produkter i förhållande till andra framför allt på grund av att de är nya eller att föreskriva särskilda bestämmelser för dem. [25] Härav kan emellertid inte slutsatsen dras e contrario att mindre strikta bestämmelser generellt måste gälla för väletablerade produkter på markanden än för nya produkter.

18 — Dom Rewe-Zentrale des Lebensmittel-Großhandels (45/75, EU:C:1976:22, punkt 12), dom John Walker (243/84, EU:C:1986:100, punkt 11), dom Arnold André (C-434/02, EU:C:2004:800, punkt 69) och dom Swedish Match (C-210/03, EU:C:2004:802, punkt 71).

19 — Dom Arcelor Atlantique och Lorraine m.fl. (C-127/07, EU:C:2008:728, punkterna 25 och 26), dom Association belge des Consommateurs Test-Achats m.fl. (C-236/09, EU:C:2011:100, punkt 29), dom Ziegler/kommissionen (C-439/11 P, EU:C:2013:513, punkt 167) och dom Feakins (C-335/13, EU:C:2014:2343, punkt 51).

20 — Såtillvida skiljer sig förevarande fall fundamentalt från det i målet Pillbox 38 (C-477/14, se mitt förslag till avgörande i det målet som jag föredrar denna dag, punkterna 47–49), i vilket inte olika typer av vanliga tobaksvaror ska jämföras med varandra, utan en jämförelse ska göras mellan vanliga tobaksvaror, å ena sidan, och elektroniska cigaretter, å andra sidan, av vilken det framgår att det föreligger betydande skillnader mellan dessa tobaksvaror.

21 — Se framför allt artikel 1 i slutet och skälen 5, 6, 8 och 36 i direktivet.

22 — Se i detta avseende även skäl 16 i direktivet.

23 — Se i detta avseende hänvisningen till konsumtionsvanorna i skäl 16 i direktivet.

24 — Härav har Polen dragit slutsatsen att unga människor genom mentolcigaretter inte i någon större omfattning kan förledas att börja konsumera tobak.

25 — Dom Arnold André (C-434/02, EU:C:2004:800, punkt 69) och dom Swedish Match (C-210/03, EU:C:2004:802, punkt71).

55. För det andra har Polen i sin argumentation underlåtit att beakta att målet att säkerställa en hög hälsoskyddsnivå på den inre marknaden som eftersträvas med direktivet inte är begränsat till att skydda ungdomar och unga människor, även om tyngdpunkten i direktivet ligger på denna grupp av personer. [26] Såsom anförts ovan [27] syftar direktivet nämligen även i allmänhet till att säkerställa en hög skyddsnivå för folkhälsan (se artikel 1 i direktivet), vilket omfattar målet att främja att vanerökares blir fria från sitt nikotinberoende.

56. Mot bakgrund av vad som anförts ovan är det således inte avgörande om det aktuella förbudet mot mentolcigarretter särskilt har positiv inverkan på unga människors hälsa. Även om detta inte i någon större omfattning är fallet kan förbudet mot mentolcigaretter påverka andra grupper av konsumenter [28] och på så sätt bidra till att förbättra hälsoskyddnivån på den inre marknaden. Enbart detta motiverar antagandet av ett enhetligt förbud mot saluföring av mentolcigaretter och andra smaksatta cigaretter i direktivet.

57. Följaktligen ska Polens och Rumäniens ståndpunkt att mentolcigaretter intar en särställning som skiljer dem från andra cigaretter med karaktäristiska smaker och som kräver ett undantag från det förbud mot saluföring som gäller enligt direktivet för denna typ av tobaksvaror inom unionen, underkännas. [29]

– Huruvida det föreligger tillräckliga skillnader mellan de nationella bestämmelserna

58. Avgörande för om artikel 114 FEUF kan tillämpas är således enbart om det vid tidpunkten för antagandet av direktivet, med avseende på tillämpningen av karaktäristiska smaker i tobaksvaror, oavsett om det rör sig om mentol eller andra smaker, fanns sådana skillnader mellan medlemsstaternas lagar och andra författningar som skulle undanröjas på grund av att de kunde inverka på handeln på den inre marknaden.

59. Såsom framför allt rådet och Förenade kungariket utförligt anfört i förfarandet vid domstolen, utan att bli motsagda, hade en rad medlemsstater vid den tidpunkten redan reglerat användningen av karaktäristiska smaker, medan andra inte hade gjort detta. I de medlemsstater där nationella bestämmelser fanns skiljde de sig avsevärt från varandra och avsåg inte nödvändigtvis samma smaker. [30] Detta lapptäcke av nationella bestämmelser kunde leda till betydande handelshinder på den inre marknaden för tobaksvaror, vilka präglas av en omfattande gränsöverskridande handel. [31]

26 — Artikel 1 i slutet och skälen 8 och 19 i direktivet.

27 — Se ovan punkterna 40 och 52 i detta förslag till avgörande.

28 — Se i detta avseende kommissionens konsekvensbedömning (”Impact Assessment”), som lades fram den 19 december 2012, dokument SWD (2012) 452 slutlig, där framför allt del 1, s. 101. Där anges följande i samband med det planerade förbudet mot karaktäristiska smaker ”… a certain impact is also expected for established smokers”.

29 — Se, för ett liknande resonemang, rapport från Permanenta överprövningsorganet vid WTO av den 4 april 2012 (WT/DS406/AB/R, ”United States – Measures affecting the production and sale of clove cigarettes”, som finns tillgänglig på WTO:s webbplats, där det utgås från att cigaretter med smak av nejlika är jämförbara med cigaretter med mentolsmak (se framför allt slutsatserna i punkt 298 i rapporten).

30 — Till exempel förbjöd Tyskland användning av alla smaksatta kapslar i cigaretter, i Belgien var däremot enbart användning av mentolkapslar förbjuden. I Frankrike föreskrevs gränsvärden för användning av tillsatser som ger en söt eller syrlig smak. I Litauen är i sin tur vissa smaker helt förbjudna, till exempel all smak av vanilj eller nejlika. En överblick avseende denna fråga återfinns i kommissionens konsekvensbedömning av den 19 december 2012 (”Impact Assessment”), dokument SWD (2012) 452 slutlig, där framför allt del 1 s. 34 och del 4 s. 6.

31 — Skäl 6 i direktivet, se för ett liknande resonemang, dom British American Tobacco (Investments) och Imperial Tobacco (C-491/01, EU:C:2002:741, punkt 64), dom Arnold André (C-434/02, EU:C:2004:800, punkt 39) och dom Swedish Match (C-210/03, EU:C:2004:802, punkt 38).

60. Även om det inte finns några betydande handelshinder särskilt för mentolcigaretter så påverkar detta inte tillämpningen av artikel 114 FEUF. För att tillämpa artikel 114 FEUF förutsätts nämligen inte att varje detaljreglering av en harmoniseringsåtgärd på den inre marknaden som antagits med stöd av denna bestämmelse måste behandla de konkreta skillnader som föreligger mellan medlemsstaternas lagar och andra författningar. Avgörande är däremot regelverket i dess helhet. [32]

61. Såsom unionsinstitutionerna och vissa av de parter som intervenerat till stöd för dem har påpekat kunde unionslagstiftaren i förevarande fall även ta hänsyn till att förbudet mot cigaretter med karaktäristiska smaker i betydligt mindre grad hade bidragit till att uppnå en hög hälsoskyddsnivå om mentolcigaretter även fortsättningsvis hade funnits på den inre marknaden som alternativ för befintliga eller potentiella konsumenter av smaksatta tobaksvaror. [33]

62. Bortsett från detta fanns vid tidpunkten för antagandet av direktivet i minst två medlemsstater, Belgien och Tyskland, dessutom redan ett förbud mot vissa mentolkapslar i cigaretter, så att i vart fall dessa konkreta varianter av mentolcigaretter inte kunde saluföras där. [34] Däremot fanns, såvitt framgår, inte några motsvarande förbud i andra medlemsstater vid den tidpunkten. Polens invändning att det inte förelåg några skillnader mellan de nationella bestämmelserna, framför allt med avseende på mentolcigaretter, är således inte enbart föga övertygande med avseende på tillämpningen av artikel 114 FEUF, utan även ogrundad i det konkreta fallet.

63. Jag vill i detta sammanhang påpeka att antalet medlemsstater som hade lagstiftat eller avsåg att lagstifta på det berörda området vid den tidpunkt då kommissionen lade fram sitt förslag, i sig inte är avgörande vid bedömningen av om det var lagenligt att unionslagstiftaren tillämpade artikel 114 FEUF, om villkoren för att tillämpa denna artikel var uppfyllda den dag då den berörda lagstiftningsakten antogs. [35]

64. Förutsättningarna för att unionslagstiftaren ska ingripa i enlighet med artikel 114 FEUF är nämligen inte av kvantitativ utan av kvalitativ art. För att en harmoniseringsåtgärd ska vidtas har det inte så stor betydelse om och i hur många medlemsstater en viss produkt omfattas av bestämmelser eller till och med förbud. Varje störning i handeln på den inre marknaden som föreligger eller faktiskt kan förväntas, kan motivera en harmoniseringsåtgärd, förutsatt att de allmänna principerna för att utöva harmoniseringsbefogenheter iakttas [36] särskilt subsidiaritetsprincipen och proportionalitetsprincipen (artikel 5.3 och 5.4 FEU). [37]

65. Polens argument inom ramen för den första grundens första del kan således inte godtas.

32 — För att återge domstolens uttalande förutsätter tillämpningen av artikel 114 FEUF som rättslig grund nämligen inte att det föreligger något faktiskt samband med den fria rörligheten mellan medlemsstaterna i varje situation som avses med den rättsakt som har en sådan grund. Avgörande är däremot att den rättsakt som antas på grundval av artikel 114 FEUF sammantaget faktiskt syftar till att förbättra villkoren för att upprätta den inre marknaden och få den att fungera (se dom Tyskland/parlamentet och rådet, C-380/03, EU:C:2006:772, punkt 80).

33 — Se i detta avseende även skäl 16 i direktivet, av vilken slutsatsen kan dras att unionslagstiftaren särskilt har uppmärksammat karaktäristiska smaker som kan påverka konsumtionsvanorna.

34 — Se i detta avseende hänvisningarna i kommissionens konsekvensbedömning (”Impact Assessment”), som lades fram den 19 december 2012, dokument SWD (2012) 452 slutlig, där framför allt del 1, s. 34.

35 — Dom Inuit Tapiriit Kanatami m.fl./kommissionen (C-398/13 P, EU:C:2015:535, punkt 24). Se, för ett liknande resonemang, dom Arnold André (C-434/02, EU:C:2004:800, punkt 38) och dom Swedish Match (C-210/03, EU:C:2004:802, punkt 37).

36 — Se i detta avseende mitt resonemang i samband med den andra och den tredje grunden.

37 — Se mitt förslag till avgörande i målet Inuit Tapiriit Kanatami m.fl./kommissionen (C-398/13 P, EU:C:2015:190, punkt 51).

ii) Påståendet om framtida handelshinder

66. Polen har vidare med stöd av Rumänien inom ramen för den första delen av den första grunden anfört att det materiella tillämpningsområdet för förbudet mot saluföring av tobaksvaror med en karaktäristisk smak inte är tillräckligt klart definierat i artikel 7.1 i direktivet, eftersom denna bestämmelse inte innehåller någon förteckning över tillåtna och förbjudna smaker. Enligt Polen leder detta inte till att eventuella handelshinder avvecklas, utan tvärtom till att nya handelshinder uppkommer, eftersom det kan befaras att medlemsstaterna kommer att utnyttja sitt handlingsutrymme vid införlivandet på denna punkt på olika sätt.

67. Detta påstående är emellertid inte heller övertygande.

68. För det första ligger det i sakens natur att obestämda rättsliga begrepp tillämpas i rättsregler. Detta gäller i än högre grad för direktivbestämmelser som alltid måste införlivas i nationell rätt (se artikel 288 tredje stycket FEUF). Härvid förfogar unionslagstiftaren över ett utrymme för skönsmässig bedömning avseende den mest lämpliga tillnärmningstekniken för att uppnå önskat resultat. [38]

69. För det andra är det nämligen svårt att föreställa sig hur ett förbud mot *samtliga* tobaksvaror med karaktäristiska smaker, som föreskrivs inom unionen i artikel 7.1 i direktivet kan leda till sådana inkonsekvenser vid införlivandet i medlemsstaterna att det föreligger en allvarlig risk för nya handelshinder.

70. Även om inkonsekvenser skulle uppkomma i detta avseende har unionslagstiftaren vidtagit erforderliga åtgärder i direktivet för att undvika dessa. Enligt artikel 7.2–7.5 i direktivet kan kommissionen till exempel under de villkor som anges där anta genomförandeakter eller delegerade akter för att undanröja de oklarheter som eventuellt kvarstår.

71. Polens förslag att införa en förteckning över tillåtna och förbjudna smaker på unionsnivå (en typ av positiv eller negativ förteckning) som alternativ till artikel 7 i direktivet skulle ha den avgörande nackdelen att en sådan lagstiftningsteknik är trög och kan kringgås och förteckningen skulle för övrigt med hänsyn till den snabba utvecklingen inom detta område ständigt behöva aktualiseras. Ett sådant tillvägagångssätt skulle även leda till onödiga inskränkningar i det utrymme för skönsmässig bedömning som återstår för de nationella myndigheterna, vilket strider mot proportionalitetsprincipen (artikel 5.4 FEUF).

72. Talan kan följaktligen inte vinna bifall vad avser den första delen av den första grunden.

b) Risken för en olikartad utveckling av nationella lagar och andra författningar (första grundens andra del)

73. Polen har genom den första grundens andra del gjort gällande att det är ”högst osannolikt” att nationella förbud mot mentolcigaretter kommer att leda till handelshinder på den inre marknaden.

74. Jag kommer i det följande enbart att behandla denna fråga i andra hand. Av min bedömning av den första delen av den första grunden framgår nämligen att det redan vid tidpunkten för antagandet av direktivet förelåg betydande handelshinder med hänsyn till de skillnader mellan nationella lagar och andra författningar avseende tobaksvaror med karaktäristiska smaker som fanns vid den tiden. Därmed är egentligen frågan om uppkomsten av handelshinder *i framtiden* besvarad.

38 — Dom Förenade kungariket/parlamentet och rådet (C-66/04, EU:C:2005:743, punkt 45), dom Förenade kungariket/parlamentet och rådet (C-217/04, EU:C:2006:279, punkt 43) och dom Vodafone m.fl. (C-58/08, EU:C:2010:321, punkt 35).

75. Det verkar för övrigt som om Polen motsäger sig självt. Dess påstående inom ramen för den första grundens andra del att en olikartad utveckling av nationella lagar och andra författningar inte kan förväntas är inte förenligt med de farhågor som har uttryckts i den första grundens första del att förbudet mot karaktäristiska smaker kommer att införlivas på olika sätt i de olika medlemsstaterna. [39]

76. I vilket fall som helst framgår det av fast rättspraxis att artikel 114 FEUF kan användas som rättslig grund för att förhindra att framtida handelshinder uppstår till följd av en olikartad utveckling av nationell lagstiftning, såvida det är sannolikt att sådana hinder kan komma att uppstå och den vidtagna harmoniseringsåtgärden har till syfte att förebygga dem. [40]

77. Så är fallet i förevarande mål, framför allt om man här även beaktar Världshälsoorganisationens (WHO) verksamhet i ett internationellt sammanhang.

78. Unionsorganen och vissa av de parter som intervenerat till stöd för svaranden har på ett övertygande sätt anfört att unionen och dess medlemsstater enligt WHO:s ramkonvention om tobakskontroll [41] uppmanades att begränsa eller förbjuda användningen av sådana ingredienser i tobaksvaror, även användningen av mentol, som kunde förbättra deras smak. Detta framgår visserligen inte av ordalydelsen i ramkonventionen i sig, men följer av riktlinjerna för genomförande av artiklarna 9 och 10 i denna som antogs av partskonferensen för några år sedan. [42]

79. Även om dessa riktlinjer inte ens som sådana är rättsligt bindande, har de globalt karaktären av rekommendation vid parternas genomförande av WHO:s ramkonvention. [43] De ger följaktligen även vägledning till EU-medlemsstaterna som har anslutit sig till denna ramkonvention.

80. Under dessa omständigheter kunde unionslagstiftaren utgå från att bestämmelser om användning av mentol och andra karaktäristiska smaker i tobaksvaror inom kort skulle antas på nationell nivå om en enhetlig ordning inte antogs på unionsnivå. Detta har även bekräftats av Irland och Frankrike vid domstolsförfarandet med avseende på deras nationella praxis. Den omständigheten som framhållits av Polen att det på detta område i själva verket under en lång tidsperiod nästan inte har antagits några bestämmelser inom EU-medlemsstaterna beror enbart på att kommissionen [44] mer eller mindre samtidigt med WHO:s riktlinjer inom unionen förberedde och påbörjade lagstiftningsförfarandet för antagande av det angripna direktivet. [45]

81. Därutöver kunde unionslagstiftaren rimligen anta att eventuella nationella bestämmelser för införlivande av WHO-ramkonventionen skiljer sig från medlemsstat till medlemsstat och följaktligen skulle leda till framtida handelshinder på den inre marknaden om ingen harmoniseringsåtgärd vidtogs på unionsnivå. I dessa riktlinjer föreskrivs nämligen inte några konkreta bestämmelser för parterna i konventionen, utan parterna ges ett så stort handlingsutrymme som möjligt. Enligt riktlinjerna överlåts framförallt åt medlemsstaterna att välja mellan förbud och inskränkningar vad avser användningen av smaktillsatser i tobaksvaror och innehåller enbart exempel på sådana ingredienser.

39 — Se i detta avseende punkt 66 ovan i detta förslag till avgörande.

40 — Dom Alliance for Natural Health m.fl. (C-154/04 och C-155/04, EU:C:2005:449, punkt 29), dom Tyskland/parlamentet och rådet (C-380/03, EU:C:2006:772, punkterna 38 och 41) och dom Irland/parlamentet och rådet (C-301/06, EU:C:2009:68, punkt 64).

41 — Godkändes genom rådets beslut 2004/513/EG av den 2 juni 2004 (EUT L 213, 2004, s. 8).

42 — Se i detta avseende ”Partiella riktlinjer för genomförande av artiklarna 9 och 10”, som beslutades av partskonferensen till WHO:s ramkonvention om tobakskontroll vid den fjärde sammankomsten i Punta del Este (2010), FCTC/COP/4(10), och ändrades vid den femte sammankomsten i Seoul (2012), FCTC/COP/5(6), nedan även riktlinjer eller WHO:s riktlinjer. I punkt 3.1.2.2 i dessa riktlinjer som uttryckligen även avser mentol som smaktillsats anges följande: “Parties should regulate, by prohibiting or restricting, ingredients that may be used to increase palatability in tobacco products”.

43 — Ibidem, punkt 1.1.

44 — Kommissionens förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om tillnärmning av medlemsstaternas lagar och andra författningar om tillverkning, presentation och försäljning av tobaksvaror och liknande produkter, (EUT C 237, 2013, s. 65, KOM(2012) 788 slutlig), lades fram den 19 december 2012. Kommissionens interna förberedelser och samråd ägde rum tidigare.

45 — Se, för ett liknande resonemang, mitt förslag till avgörande i målet Inuit Tapiriit Kanatami m.fl./kommissionen (C-398/13 P, EU:C:2015:190, punkt 34, sista meningen).

82. Vid detta förhållande kan talan inte heller bifallas såvitt avser den andra delen av den första grunden.

c) Slutsats i denna del

83. Följaktligen kan talan inte vinna bifall på någon del av den första grunden.

2. Proportionalitetsprincipen (andra grunden)

84. Den andra grunden avser proportionalitetsprincipen. Polen har anfört att de omtvistade bestämmelserna i direktivet strider mot proportionalitetsprincipen som föreskrivs i artikel 5.4 FEU.

a) Allmänna överväganden avseende proportionalitetsprincipen

85. Det framgår av fast rättspraxis att proportionalitetsprincipen utgör en del av unionsrättens allmänna principer och har, vad särskilt avser unionsorganens befogenhetsutövning, fastställts i artikel 5.4 FEU. Den innebär att rättsakterna från unionsdomstolarna ska vara ägnade att säkerställa att de legitima mål som eftersträvas i den berörda lagstiftningen uppnås och att de inte går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå dessa mål.[46] Om valet står mellan flera lämpliga åtgärder ska den minst betungande väljas, och de avgifter som påläggs måste stå i rimlig proportion till de eftersträvade målen.[47]

86. Vid domstolsprövningen av huruvida unionens rättsakter är proportionerliga ska det beaktas att unionslagstiftarens utrymme för skönsmässig bedömning, när det är fråga om ingrepp i grundläggande rättigheter, ska vara begränsat på grund av ett antal omständigheter. Dessa omständigheter omfattar bland annat det område som berörs, beskaffenheten av den grundläggande rättigheten, ingreppets beskaffenhet och allvar samt ingreppets syfte.[48]

87. I förevarande fall berörs näringsfriheten, som är en grundläggande rättighet (artikel 16 i stadgan om de grundläggande rättigheterna). Det framgår av fast rättspraxis att näringsfriheten kan bli föremål för ett stort antal olika myndighetsingrepp, som är ägnade att i det allmännas intresse begränsa hur näringsverksamhet får bedrivas.[49] Unionslagstiftaren har härvid tillerkänts ett vidsträckt utrymme för skönsmässig bedömning på områden inom vilka det krävs val av politisk, ekonomisk eller social art och komplicerade bedömningar måste göras.[50]

88. Det är obestridligt att unionsslagstiftaren vid antagandet av direktiv 2014/40 ställdes inför sådana komplicerade frågor av ekonomisk social och politisk art, och detta har för övrigt inte heller på allvar ifrågasatts av någon av parterna. Unionslagstiftaren ska således tillerkännas ett stort utrymme för skönsmässig bedömning med avseende på den bedömning som ligger till grund för direktivet, inte minst med hänsyn till de åtgärder genom vilka den höga hälsoskyddsnivå som föreskrivs (artiklarna 9

46 — Dom Maizena m.fl. (137/85, EU:C:1987:493, punkt 15), dom Förenade kungariket/rådet (C-84/94, EU:C:1996:431, punkt57), dom British American Tobacco (Investments) och Imperial Tobacco (C-491/01, EU:C:2002:741, punkt 122), dom Digital Rights Ireland (C-293/12 och C-594/12, EU:C:2014:238, punkt 46) och dom Gauweiler m.fl. (C-62/14, EU:C:2015:400, punkt 67).

47 — Dom Schräder HS Kraftfutter (265/87, EU:C:1989:303, punkt 21), dom Jippes m.fl. (C-189/01, EU:C:2001:420, punkt 81) och dom ERG m.fl. (C-379/08 och C-380/08, EU:C:2010:127, punkt 86), se, för ett liknande resonemang även dom Gauweiler m.fl. (C-62/14, EU:C:2015:400, punkt 91).

48 — Dom Digital Rights Ireland (C-293/12 och C-594/12, EU:C:2014:238, punkt 47).

49 — Dom Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28, punkt 46).

50 — Dom British American Tobacco (Investments) och Imperial Tobacco (C-491/01, EU:C:2002:741, punkt 123), dom S.P.C.M m.fl. (C-558/07, EU:C:2009:430, punkt 42), dom Vodafone m.fl. (C-58/08, EU:C:2010:321, punkt 52) och dom Gauweiler m.fl. (C-62/14, EU:C:2015:400, punkt 67).

FEUF, 114.3 FEUF, 168.1 FEUF och 35 andra meningen i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna) på den inre marknaden kan uppnås på bästa sätt. Det sagda gäller även av det skälet att det nödvändigtvis på sin höjd kan prövas huruvida prognoser om den relevanta marknadens funktion är sannolika.

89. Detta utrymme för skönsmässig bedömning innebär att ett åsidosättande av proportionalitetsprincipen från unionslagstiftarems sida enbart kan antas föreligga när den berörda unionsrättsakten är *uppenbart oproportionerlig*, det vill säga när den är uppenbart olämplig i förhållande till det legitima mål som eftersträvas, uppenbarligen går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå detta mål eller medför nackdelar som uppenbarligen är oproportionerliga i förhållande till målet.[51] Det saknar däremot betydelse huruvida den åtgärd som vidtagits genom rättsakten är den enda tänkbara eller anses vara den mest lämpade.

90. Det är mot bakgrund av vad som anförts ovan som domstolens prövning av frågan huruvida den aktuella direktivbestämmelsen är proportionerlig ska göras.

b) Huruvida ett försäljningsförbud är lämpligt och nödvändigt (första och andra delen av den andra grunden)

91. Polen har genom de första båda delarna av den andra grunden gjort gällande att ett förbud mot mentolcigaretter varken är lämpligt eller nödvändigt för att uppnå den höga hälsoskyddsnivå som unionslagstiftaren eftersträvar med direktivet.

i) Inledande anmärkningar avseende försiktighetsprincipen

92. Det ska inledningsvis påpekas att ingen av parterna har förnekat de hälsorisker som är kopplade till rökning.[52] Samtliga parter instämmer i princip även i att karaktäristiska smaker underlättar eller stödjer rökning och därför kan medföra hälsorisker.[53]

93. Frågan hur ett förbud mot mentolcigaretter kommer att påverka befintliga och potentiella rökares konsumtion är emellertid föremål för en intensiv debatt mellan parterna. Båda parter stödjer sina uppfattningar på vetenskapliga studier och anklagar motparten för att deras uttalanden inte baserar på tillräckliga vetenskapliga fakta.

94. Vid bedömningen av huruvida direktiv 2014/40 är lagenligt och framför allt vid frågan huruvida den aktuella bestämmelsen är proportionerlig saknar det emellertid betydelse om de hälsoskyddsskäl som unionslagstiftaren anfört med avseende på mentolcigaretter – vilka enligt min mening förefaller mycket rimliga – kan styrkas på ett tillfredsställande sätt med hänsyn till nuvarande vetenskapliga rön.

51 — Dom Gauweiler m.fl. (C-62/14, EU:C:2015:400, punkterna 74, 81 och 91), för ett liknande resonemang, dom Vodafone m.fl. (C-58/08, EU:C:2010:321, punkt 52), dom S.P.C.M. m.fl. (C-558/07, EU:C:2009:430, punkt 42) och dom Afton Chemical (C-343/09, EU:C:2010:419, punkt 46).

52 — Domstolen har i sin tur medgett att nikotin är ett beroendeframkallande och obestridligen giftigt ämne (dom Arnold André, C-434/02, EU:C:2004:800, punkt 50, och dom Swedish Match, C-210/03, EU:C:2004:802, punkt 52).

53 — Se i detta avseende punkt 52 ovan i detta förslag till avgörande.

95. Unionslagstiftaren var nämligen skyldig att iaktta försiktighetsprincipen när direktivet antogs.[54] Om resultaten av genomförda undersökningar inte är så fullständiga, övertygande eller exakta att det är möjligt att med säkerhet fastställa förekomsten eller omfattningen av den påstådda risken, men det är sannolikt att det skulle uppstå en verklig skada för folkhälsan om risken förverkligades, är det enligt försiktighetsprincipen motiverat att vidta begränsande åtgärder, under förutsättning att de är icke-diskriminerande och objektiva.[55]

96. Den uppmaning som framfördes inom ramen för WHO att användningen av ingredienser i tobaksvaror som kan förbättra smaken av dessa, inbegripet användning av mentol,[56] ska begränsas eller förbjudas globalt, är inte heller något annat än ett uttryck för försiktighetsprincipen.

97. Enligt försiktighetsprincipen är det visserligen nödvändigt att unionslagstiftaren alltid fattar beslut utifrån de mest tillförlitliga vetenskapliga uppgifter som finns tillgängliga och de senaste resultaten av den internationella forskningen[57] (se för ett liknande resonemang även artikel 114.3 FEUF).Varken Polen eller Rumänien har emellertid på allvar ifrågasatt att unionslagstiftaren har beaktat denna skyldighet i förevarande fall.[58] Parterna har emellertid skilda åsikter om de slutsatser som borde ha dragits av tillgängliga vetenskapliga uppgifter. Unionslagstiftaren hade i detta avseende emellertid ett stort utrymme för skönsmässig bedömning, vars gränser den inte på något sätt har överskridit här.

98. Mot bakgrund av vad som anförts ovan var det enligt försiktighetsprincipen berättigat och eventuellt till och med nödvändigt att införa mer restriktiva bestämmelser om användning av karaktäristiska smaker i tobaksvaror, särskilt som en *hög* hälsoskyddsnivå eftersträvas enligt de primärrättsliga bestämmelserna (artiklarna 9 FEUF, 114.3 FEUF, 168.1 FEUF och 35 andra meningen i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna).

ii) Huruvida ett försäljningsförbud är lämpligt (första delen av den andra grunden)

99. Polen har anfört tre argument till stöd för sin uppfattning att förbudet mot saluföring av mentolcigaretter inte är lämpligt för att uppnå den ökade hälsoskyddsnivå som eftersträvas med direktivet, framför allt med avseende på unga människor. Polen anser för det första att mentolcigaretter är en ”traditionell” produkt som för unga människor är mindre attraktiv än andra smaksatta tobaksvaror. För det andra har det inte objektivt visats att förbudet mot mentolcigaretter över huvud taget är ägnat att i mindre omfattning förleda unga människor till rökning eller allmänt minska antalet rökare. För det tredje kommer den illegala marknaden för mentolcigaretter i Europa att blomma upp.

54 — Se, för ett liknande resonemang, dom Alliance for Natural Health m.fl. (C-154/04 och C-155/04, EU:C:2005:449, punkt 68), där domstolen påpekade att unionslagstiftaren ”när åtgärder vidtas inom ramen för den inre marknaden som syftar till att skydda folkhälsan är skyldig att iaktta försiktighetsprincipen”.

55 — Dom Förenade kungariket/kommissionen (C-180/96, EU:C:1998:192, punkt 99), dom kommissionen/Danmark (C-192/01, EU:C:2003:492, punkterna 52 och 53), dom kommissionen/Frankrike (C-333/08, EU:C:2010:44, punkt 93), dom Afton Chemical (C-343/09, EU:C:2010:419, punkterna 60–62) och dom Acino/kommissionen (C-269/13 P, EU:C:2014:255, punkt 57).

56 — Se ovan punkterna 77–79 i detta förslag till avgörande.

57 — Dom kommissionen/Danmark (C-192/01, EU:C:2003:492, punkt 51), dom kommissionen/Frankrike (C-333/08, EU:C:2010:44, punkt 92) och dom Afton Chemical (C-343/09, EU:C:2010:419, punkt 60), se även dom Monsanto Agricoltura Italia m.fl. (C-236/01, EU:C:2003:431, punkt 113).

58 — Även WHO-riktlinjerna (ovan fotnot 42) som unionslagstiftaren har grundat sig på enligt artikel 1 och skäl 7 i direktivet baseras på ”bästa tillgängliga vetenskapliga bevis och parternas erfarenhet” (de i detta avseende punkt 1.1 i riktlinjerna).

– Hälsoeffekten av ett förbud mot mentolcigaretter

100. Vad gäller Polens första båda argument har jag redan ovan i samband med artikel 114 FEUF anfört att det inte föreligger några objektiva skäl för att ställa lägre krav på påstått ”traditionella” och väletablerade produkter på marknaden i fråga om hälsoskydd än på nya produkter.[59] Såsom Frankrike helt riktigt har påpekat rättfärdigar den traditionella karaktären hos en produkt inte dess fortsatta existens på marknaden, om detta innebär att det blir svårare att uppnå en hög hälsoskyddsnivå.

101. Därutöver anser jag att Polens argumentation att unionsinstitutionerna på ett objektivt sätt måste visa att ett förbud mot mentolcigaretter leder till att unga människor kommer att röka mindre eller att det totala antalet rökare minskar, är felaktig.

102. Såsom redan anförts ovan saknar det vid bedömningen av frågan om de aktuella bestämmelserna är lämpliga, betydelse om de konsekvenser som unionslagstiftaren anser att ett förbud mot karaktäristiska smaker har på (befintliga eller potentiella) rökares konsumtion kan styrkas på ett tillfredsställande sätt av vetenskapliga bevis. Prognoser om den relevanta marknadens funktion kan ofrånkomligen inte bli föremål för bevisning i strikt mening, utan det kan på sin höjd prövas huruvida de är sannolika.

103. Det verkar sannolikt att ett förbud mot mentolcigaretter och andra smaksatta cigaretter, såsom unionslagstiftaren antagit, innebär att det blir mindre attraktivt för ungdomar och unga vuxna att börja konsumera tobak och att det samtidigt underlättar för vanerökare, i vart fall vissa av dem, att bli fria från deras nikotinberoende. Kort sagt gäller följande. Om karaktäristiska smaker underlättar eller stödjer rökning på så sätt att smaken av tobaksrök, som i allmänhet är ganska skarp eller till och med bitande, mildras eller döljs, ligger det nära till hands att anta att ett avstående från användning av sådana smaker har motsatt verkan och således kan bidra till att främja hälsoskyddet.

104. Ett förbud mot karaktärisitiska smaker i tobaksvaror kan inte under några omständigheter betraktas som *uppenbart olämpligt* för att uppnå det ovannämnda eftersträvade målet och följaktligen bidra till en hög hälsoskyddsnivå på den inre marknaden. Detta gäller i än högre grad om försiktighetsprincipen och det stora utrymme för skönsmässig bedömning som tillkommer unionslagstiftaren vid val av de bästa åtgärderna för att uppnå den höga hälsoskyddsnivå som föreskrivs på den inre marknaden, beaktas.

– Påståendet att den illegala marknaden med mentolcigaretter blommar upp

105. Polens prognos att den illegala marknaden med mentolcigaretter kommer att blomma upp är enbart ett påstående som för övrigt inte har styrkts närmare.

106. Unionsinstitutionerna och vissa av de parter som intervenerat till stöd för dessa har försökt att bemöta påståendet framför allt genom att hänvisa till de nya bestämmelserna i artiklarna 15 och 16 i direktivet som innehåller detaljerade krav på styckförpackningars utseende och innehåll och på den säkerhetsmärkning som dessa förpackningar ska förses med.

107. Polen har visserligen rätt i att sådana åtgärder i sig inte är ägnade att på ett säkert sätt förhindra eventuell smuggling av mentolcigaretter från tredje land och försäljning av mentolcigaretter som importerats eller marknadsförts olagligt på den illegala marknaden inom den Europeiska unionen.

59 — Se ovan punkt 53 i detta förslag till avgörande.

108. Enligt min mening saknar det även betydelse om smugglingen och handeln på den illagala marknaden härigenom kan förhindras effektivt.[60] Däremot är följande två aspekter avgörande. För det första innebär artiklarna 15 och 16 i direktivet att olaglig verksamhet försvåras och att det blir lättare att upptäcka sådan verksamhet. För det andra, blir det framför allt svårare för konsumenter att köpa mentolcigaretter och andra smaksatta cigaretter efter det att förbudet mot saluföring av tobaksvaror med karaktäristiska smaker trätt i kraft. Detta förhållande rättfärdigar i sig antagandet att ett sådant förbud kommer att säkerställa en hög hälsoskyddsnivå. Den omständigheten att förbud kan komma att kringgås i enstaka fall talar i princip inte mot att de är lämpliga för att uppnå det eftersträvade målet.

109. Talan kan följaktligen inte vinna bifall såvitt avser den andra grundens första del.

iii) Huruvida ett förbud mot saluföring är nödvändigt (den andra delen av den andra grunden)

110. Polen har dessutom bestritt att ett förbud mot saluföring av mentolcigarretter är nödvändigt för att uppnå den höga hälsoskyddsnivå på den inre marknaden som eftersträvas med direktivet.

111. De argument som Polen har framfört i detta sammanhang kan indelas i två kategorier. För det första rör det sig om huruvida ett allmänt förbud mot alla karaktäristiska smaker, inklusive mentol, var nödvändigt, och för det andra om inte mildare, mindre ingripande åtgärder än ett förbud kunde vidtas av unionslagstiftaren.

– Huruvida ett allmänt förbud mot alla karaktäristiska smaker är nödvändigt

112. Vad gäller den första av ovannämnda frågor har jag redan ovan i samband med artikel 114 FEUF anfört att Polens argument att mentolcigaretter har en särskild ställning på marknadssegmentet för smaksatta cigaretter är föga övertygande.[61]

113. Framför allt är inte Polens påstående avseende den traditionella karaktären hos mentolcigaretter i förhållande till andra smaksatta cigaretter ägnat att rättfärdiga någon minskning av den höga hälsoskyddsnivå som eftersträvas på den inre marknaden för tobaksvaror, inte ens om påståendet anses vara korrekt.

114. Genom att förbjuda alla karaktäristiska smaker överensstämmer direktivet, vilket inte minst framgår av artikel 1 och dess ingress,[62] med de bestämmelser som utarbetats inom ramen för WHO.[63]

115. Om unionslagstiftaren hade underlåtit att inbegripa mentol i förbudet mot karaktäristiska smaker så hade direktivet i betydligt mindre utsträckning kunnat bidra till att en hög hälsoskyddsnivå uppnås. För befintliga eller potentiella konsumenter av smaksatta tobaksvaror hade mentolcigaretter nämligen även fortsättningsvis funnits som alternativ på den inre marknaden, vilket underlättar för ungdomar och unga vuxna att börja konsumera tobak samtidigt som det kan försvåra för vanerökare att bli av med sitt nikotinberoende.[64]

60 — Se, för ett liknande resonemang, dom British American Tobacco (Investments) och Imperial Tobacco (C-491/01, EU:C:2002:741, punkt 129). En liknande tankegång finns för övrigt i mitt förslag till avgörande i målen CHEZ Razpredelenie Bulgaria (C-83/14, EU:C:2015:170, punkt 123) och Belov (C-394/11, EU:C:2012:585, punkterna 107 och 108).

61 — Se ovan punkterna 48–57 i detta förslag till avgörande.

62 — Skäl 7 i direktivet.

63 — Se i detta avseende ovan punkterna 77–79 och punkt 96 i detta förslag till avgörande.

64 — Detta utgör inte hinder mot att mentol enligt en undersökning till vilken Polen hänvisat är det mest sällsynta skäl som anges som orsak till att personer börjar röka. En eliminering av varje orsak, oavsett hur obetydlig den är, är nämligen ägnad att bidra till att säkerställa en hög hälsoskyddsnivå på den inre marknaden för tobaksvaror.

116. Dessutom vore det möjligt att inleda ett rättsligt förfarande mot Europeiska unionen inom ramen för WHO om mentolcigaretter inte hade förbjudits på samma sätt som andra smaksatta cigaretter. I en rapport från 2012 ansåg ett tvistlösningsorgan inom WHO att den omständigheten att USA förbjudit försäljning av cigaretter med smak av nejlika medan försäljningen av mentolcigaretter fick fortsätta att säljas utgjorde ett åsidosättande av WTO:s regler.[65] Tvärtemot vad Polen har hävdat är det på intet sätt uteslutet utan ligger till och med nära till hands att överföra WTO-rapporten på den här aktuella frågan, särskilt som det i rapporten uttryckligen utgås från att cigaretter med smak av nejlika är jämförbara med cigaretter med mentolsmak (det rör sig om varor av samma slag i den mening som avses i Världshandelsorganisationens avtal om tekniska handelshinder).

117. Det kan med beaktande av dessa omständigheter inte på allvar ifrågasättas att ett förbud mot *alla* karaktäristiska smaker, inklusive mentol, är nödvändigt.[66] Ett sådant allmänt förbud går i vart fall inte *uppenbart* utöver vad som är nödvändigt för att uppnå en hög hälsoskyddsnivå på den inre marknaden.

– De påstått mildare åtgärder som anförts av Polen

118. Polen har med avseende på den andra kategorin huvudsakligen anfört tre alternativ, som enligt dess uppfattning utgör mildare åtgärder i förhållande till ett absolut förbud mot mentolcigaretter och som borde ha beaktats. Det rör sig om införande av åldergränser för försäljning av sådana cigaretter, om att förse cigarettförpackningarna med varningar och om riktade informationskampanjer.

119. Det ska i detta avseende påpekas att eventuella mildare åtgärder än de åtgärder som antagits av unionslagstiftaren inom ramen för en proportionalitetsbedömning enbart kan beaktas om de är lika lämpade att uppnå de mål som eftersträvas med den aktuella unionsrättsakten.[67]

120. Det förhåller sig inte på det sättet vad gäller nämnda åldersgräns. Såsom de unionsinstitutioner och flera av de medlemsstater som har deltagit i förfarandet på ett övertygande sätt har anfört kan nämligen åldersgränser i handeln lätt kringgås, och det är ytterst svårt att kontrollera att de respekteras.

121. För det första kan minderåriga förse sig med smaksatta cigaretter med hjälp av myndiga personer i deras familjer eller deras vänner och bekanta. För det andra kan det inte ens genom ett krav på uppnådd myndighetsålder vid köp av smaksatta cigaretter säkerställas att unga konsumenter som helt nyligen överskridit åldersgränsen på lämpligt sätt skyddas mot de risker som nikotinkonsumtion innebär. Såsom emellertid på ett övertygande sätt anförts i förfarandet vid domstolen är inte enbart minderåriga utan även unga vuxna som uppnått myndighetsåldern (framför allt åldergruppen mellan 18 och 25 år) särskilt utsatta, eftersom de under den perioden fram till 25-årsåldern ofta kan och börjar konsumera produkter som innehåller nikotin.

122. En skyldighet för tillverkare och importörer att förse förpackningar av mentolcigaretter med varningar kan med hänsyn till syftet att säkerställa en hög hälsoskyddsnivå inte heller anses vara lika lämplig som ett förbud mot saluföring av alla tobaksvaror med karaktäristiska smaker. Även om man skulle utarbeta särskilda varningar med budskapet att smaksatta cigaretter inte är mindre farliga än icke smaksatta cigaretter, så skulle detta nämligen inte påverka den omständigheten att dessa produkter även fortsättningsvis är tillgängliga för konsumenterna. Försäljningen av cigaretter med karaktäristiska smaker skulle således även i fortsättningen kunna utgöra en hämsko för att uppnå en

65 — Rapport från Permanenta överprövningsorganet vid WTO av den 4 april 2012 (WT/DS406/AB/R, ”United States – Measures affecting the production and sale of clove cigarettes”, som finns tillgänglig på WTO:s webbplats under www.wto.org), där framför allt punkt 298.

66 — Se, för ett liknande resonemang, med avseende på förbudet mot saluföring av tobak för användning i munnen, dom Arnold André (C-434/02, EU:C:2004:800, punkt 47) och dom Swedish Match (C-210/03, EU:C:2004:802, punkt 49).

67 — Dom Arnold André (C-434/02, EU:C:2004:800, punkt 55) och dom Swedish Match (C-210/03, EU:C:2004:802, punkt 56).

hög hälsoskyddsnivå på den inre marknaden. Inte nog med det. Såsom Irland mycket riktigt påpekat kan specifika varningar avseende smaker till och med vara kontraproduktiva, eftersom de i likhet med ett reklambudskap, i högre grad än en uppgift om innehållet, särskilt kan fästa konsumenteras uppmärksamhet på förekomsten av karaktäristiska smaker.

123. Detsamma gäller för Polens idé om informationskampanjer avseende risken med tobaksvaror med karaktäristiska smaker. Sådana kampanjer är inte under några omständigheter, såsom kommissionen helt riktigt påpekat, ägnade att, i den mening som avses i artikel 114 FEUF, avveckla handelshinder som föreligger på grund av olika nationella bestämmelser om användning av karaktäristiska smaker eller att förhindra deras uppkomst.

124. Talan kan följaktligen inte vinna bifall såvitt avser de första två delarna av den andra grunden.

c) Proportionalitet i strikt bemärkelse (den tredje delen av den andra grunden)

125. Polen har genom den tredje delen av den andra grunden påtalat frågan om proportionalitet i strikt bemärkelse. Polen har gjort gällande att förbudet mot mentolcigaretter skulle medföra ekonomiska och sociala problem i Polen i större utsträckning än i andra medlemsstater. Polen har i detta sammanhang även invänt att unionslagstiftaren inte har utfört någon kostnads-nyttoanalys, i vart fall ingen som specifikt avser mentolcigaretter.

126. Tvärtemot vad Förenade kungariket hävdat är proportionalitetsprövningen i strikt mening en självständig tredje del inom ramen för proportionalitetsprincipen. Enligt denna måste, såsom inledningsvis anförts, de problem som är förknippade med en unionsrättsakt stå i rimlig proportion till de eftersträvade målen.[68] Unionslagstiftaren måste av det skälet alltid förvissa sig om att de eftersträvade målen med bestämmelserna är av sådan betydelse att de negativa ekonomiska effekterna därav, även omfattande sådana, för vissa aktörer är motiverade[69] (se även för förslag till lagstiftningsakter – artikel 5 sista meningen i protokollet om tillämpning av subsidiaritets- och proportionalitetsprinciperna[70]).

127. I förevarande fall kunde parlamentet och rådet i deras egenskap av unionslagstiftare framför allt grunda sig på kommissionens konsekvensbedömning,[71] i vilken även de ekonomiska och sociala konsekvenserna av de åtgärder som vidtagits i samband med direktivet anges.[72]

128. Eftersom mentolcigaretter, såsom anförts ovan, *inte* har någon särskild ställning inom marknadssegmentet för smaksatta cigaretter,[73] var en konsekvensbedömning avseende denna specifika vara, tvärtemot vad Polen hävdat, inte nödvändig.

129. Det kan förhålla sig på det sättet att det förhållandet att mentolcigaretter inte längre är tillgängliga på marknaden, till följd av ett förbud mot saluföring av tobaksvaror med karaktäristiska smaker inom union, tillfälligt kan få negativa effekter på den ekonomiska situationen för vissa jordbrukare som odlar tobak och vissa företag som tillverkar och saluför tobaksvaror och i värsta fall till och med kan leda till förlust av arbetstillfällen.

68 — Dom Schräder HS Kraftfutter (265/87, EU:C:1989:303, punkt 21), dom Jippes m.fl. (C-189/01, EU:C:2001:420, punkt 81) och dom ERG m.fl. (C-379/08 och C-380/08, EU:C:2010:127, punkt 86). Se, för ett liknande resonemang, även dom Gauweiler m.fl. (C-62/14, EU:C:2015:400, punkt 91).

69 — Dom Arcelor Atlantique och Lorraine m.fl. (C-127/07, EU:C:2008:728, punkt 59), dom Vodafone m.fl. (C-58/08, EU:C:2010:321, punkt 53) och dom Luxemburg/parlamentet och rådet (C-176/09, EU:C:2011:290, punkt 63).

70 — Protokoll nr 2 till EU-fördraget och FEU-fördraget (nedan kallat protokoll nr 2).

71 — ”Impact Assessment”, som lades fram av kommissionen den 19 december 2012, dokument SWD (2012) 452 slutlig, där framför allt del 1, s. 98 och följande sida, s. 120 och följande sidor.

72 — Även domstolen beaktar en sådan konsekvensbedömning som görs av kommissionen vid prövningen av giltigheten av en unionsrättsakt (se till exempel dom Vodafone m.fl., C-58/08, EU:C:2010:321, punkterna 55 och 65).

73 — Se ovan punkterna 48–57 ovan i detta förslag till avgörande.

130. Det ska emellertid beaktas att folkhälsa tillerkänns ett långt högre värde i unionsrättens värdeordning än skyddet för ekonomiska intressen (se i detta avseende artiklarna 9 FEUF, 114.3 FEUF, 168.1 FEUF och artikel 35 andra meningen i stadgan om de grundläggande rättigheterna), vilket innebär att hälsoskydd kan rättfärdiga negativa ekonomiska följder, till och med betydande sådana, för vissa ekonomiska aktörer. [74]

131. Den omständigheten att den polska ekonomin kan drabbas hårdare av förbudet mot mentolcigaretter än ekonomin i andra medlemsstater innebär emellertid inte att förbudet mot karaktäristiska smaker i direktivet är oproportionerligt. Med avseende på de skillnader som föreligger i medlemsstaternas ekonomiska strukturer finns det inte något fall där en unionsrättsakt har exakt samma inverkan i alla medlemsstater. [75] Såsom de unionsinstitutioner som yttrat sig i förfarandet vid domstolen har framhållit skulle en tillnärmning av lagstiftningen på den inre marknaden i stor utsträckning förlora sin verkan om den enbart skulle komma i fråga i sådana fall där liknande förhållanden i hög grad redan råder i alla medlemsstater.

132. För övrigt är Polens prognoser vad gäller förlusterna för jordbruket och tobakshandeln i den medlemsstaten, [76] om de antas vara korrekta, förhållandevis små och ekonomiskt bärbar, särskilt som det uppenbarligen enbart rör sig om minskningar av omsättningen och inte om minskningar av nettovinsten.

133. Bortsett från vad som anförts ovan lindras de sociala och ekonomiska problem som kan uppkomma i samband med förbudet mot mentolcigaretter genom den långa övergångsperiod som fastställts till den 20 maj 2020, det vill säga en period som överstiger fristen för införlivande av direktivet med fyra år. Vad särskilt beträffar de berörda jordbrukarna kan dessa för övrigt i förekommande fall erhålla inkomststöd inom ramen för den gemensamma jordbrukspolitiken.

134. Sammantaget var det således berättigat av unionslagstiftaren – och i vart fall inte *uppenbart oproportionerligt* – att vid antagandet av direktivet ge den höga hälsoskyddsnivå som eftersträvas företräde framför sådana ekonomiska och sociala överväganden som i förevarande fall gjorts gällande av Polen.

135. Följaktligen kan talan inte heller bifallas på den tredje delen av den andra grunden.

d) Slutsats i denna del

136. Av detta följer att talan sammantaget inte kan vinna bifall på den andra grunden.

3. Subsidiaritetsprincipen (tredje grunden)

137. Den tredje och sista grunden som framförts av Polen avser subsidiaritetsprincipen som fastställs i artikel 5.1 andra meningen FEU jämförd med artikel 5.3 FEU.

74 — Se, för ett liknande resonemang, dom Nelson m.fl. (C-581/10 och C-629/10, EU:C:2012:657, punkt 81), avseende konsumentskydd.

75 — Till exempel drabbar unionens miljöskyddsbestämmelser för bilar hårdare de medlemsstater i vilka bilindustrin är av stor betydelse. På samma sätt drabbar unionsrättsakter om tillverkning och saluföring av öl hårdare de medlemsstater som tillverkar denna dryck i stor omfattning och de i vilka förbrukningen av denna dryck är störst.

76 — I ansökan påpekas att Polen hör till de medlemsstater i vilken en förhållandevis stor andel mentolcigaretter tillverkas och förbrukas. Enligt Polen skulle ett förbud mot mentolcigaretter innebära att omsättningen per tobaksproducerande jordbrukare skulle minska med mellan 400 euro och 500 euro per år. Dessutom anser Polen att en minskning av omsättningen är mest sannolik för små och medelstora försäljningsställen av tobaksvaror, men den har inte angett några siffror i detta avseende.

138. Enligt subsidiaritetsprincipen ska unionen på de områden där den inte har exklusiv befogenhet vidta en åtgärd endast om och i den mån som målen för den planerade åtgärden inte i tillräcklig utsträckning kan uppnås av medlemsstaterna, vare sig på central nivå eller på regional och lokal nivå, och därför, på grund av den planerade åtgärdens omfattning eller verkningar, bättre kan uppnås på unionsnivå (artikel 5.3 FEU).

139. Eftersom unionen inte har någon allmän behörighet att reglera den inre marknaden [77] och den inre marknaden är ett område på vilket unionen har delad befogenhet med medlemsstaterna (artikel 4.2 a FEUF), är subsidiaritetsprincipen tillämplig på harmoniseringsåtgärder enligt artikel 114 FEUF och således på förevarande direktiv. [78]

140. Frågan huruvida subsidiaritetsprincipen har iakttagits är underkastad unionsdomstolens kontroll. [79] Denna kontroll omfattar framför allt två aspekter. För det första huruvida unionens rättsakter är förenliga med subsidiaritetsprincipen (se i detta avseende nedan punkt a), och för det andra huruvida de är motiverade med hänsyn till subsidiaritetsprincipen (se i detta avseende nedan punkt b). Polen har berört de båda frågorna inom ramen för den tredje grunden.

a) Huruvida direktivet är förenligt med subsidiaritetsprincipen

141. Polen har med stöd av Rumänien för det första gjort gällande att unionslagstiftaren inte genomförde någon ”prövning av den jämförande effektiviteten” innan direktivet antogs.

142. Polen har därmed anspelat på det test i två steg som enligt artikel 5.3 FEU ska genomföras för att tillämpa subsidiaritetsprincipen i praktiken:

— För det första ska unionsinstitutionerna försäkra sig om att de ska vidta åtgärder endast om och i den mån målen för den planerade åtgärden inte i tillräcklig utsträckning kan uppnås av medlemsstaterna (*den negativa delen* av testet).

— För det andra kan unionen vidta åtgärder endast om och i den mån målen för den planerade åtgärden på grund av dess omfattning eller verkningar, bättre kan uppnås på unionsnivå (*den positiva delen* av testet).

Genom dessa båda delar av subsidiaritetstestet prövas en och samma fråga ur två olika perspektiv, nämligen om åtgärder ska vidtas på unionsnivå eller på nationell nivå för att uppnå de uppställda målen.

143. Tvärtemot vad de unionsinstitutioner som yttrat sig i förfarandet har anfört är villkoren i detta test inte alltid uppfyllda när förutsättningarna för tillämpning av artikel 114 FEUF som rättslig grund för antagande av harmoniseringsåtgärder på den inre marknaden föreligger. Det stämmer visserligen att en stor del av de överväganden som ska göras inom ramen för artikel 5.3 FEU liknar dem som även är av betydelse inom ramen för artikel 114 FEUF. Men de överlappar inte varandra helt.

77 — Dom Tyskland/parlamentet och rådet (C-376/98, EU:C:2000:544, punkt 83).

78 — Se även hittillsvarande rättspraxis avseende tiden innan Lissabonfördraget trädde i kraft, dom British American Tobacco (Investments) och Imperial Tobacco (C-491/01, EU:C:2002:741, punkt 179) och dom Vodafone m.fl. (C-58/08, EU:C:2010:321, punkt 75).

79 — Se framför allt dom Tyskland/parlamentet och rådet (C-233/94, EU:C:1997:231, punkterna 23-29), dom Nederländerna/parlamentet och rådet (C-377/98, EU:C:2001:523, punkterna 30–34), dom British American Tobacco (Investments) och Imperial Tobacco (C-491/01, EU:C:2002:741, punkterna 177–185), dom Vodafone m.fl. (C-58/08, EU:C:2010:321, punkterna 72–79) och dom Estland/parlamentet och rådet (C-508/13, EU:C:2015:403, punkterna 44–55).

144. Artikel 114 FEUF ger nämligen information om huruvida unionen över huvud taget har behörighet att anta harmonieringsåtgärder på den inre marknaden. Däremot fastställs med tillämpning av subsidiaritetsprincipen enligt artikel 5.3 FEU om och på vilket sätt unionen ska utnyttja denna behörighet i det konkreta fallet. Med andra ord ska *fördelningen av befogenhet* mellan unionen och medlemsstaterna bestämmas enligt artikel 114 FEUF, medan subsidiaritetsprincipen föreskriver rättsligt bindande riktlinjer för *utövandet* av deras *befogenheter* (artikel 5.1 FEU).

145. Prövningen av huruvida subsidiaritetsprincipen iakttagits ska i princip ske med avseende på direktivet i dess helhet, och inte med avseende på varje enskild bestämmelse däri.[80] Härvid ska såsom redan antyds i ordalydelsen i artikel 5.3 FEU *åtgärderna* i direktivet bedömas med beaktande av de *mål* som eftersträvas med dem. I förevarande fall ska subsidiaritetsfrågan följaktligen inte enbart bedömas med hänsyn till *mentolcigaretter*, eftersom förbudet mot denna specifika typ av cigaretter – såsom redan anförts ovan[81] – inte kan betraktas som en självständig och separat åtgärd i förhållande till förbudet mot alla tobaksvaror med karaktäristiska smaker.

146. Om det vid unionsdomstolen ifrågasätts huruvida subsidiaritetsprincipen har iakttagits vid tillämpningen av artikel 114 FEUF, ska det beaktas att unionsinstitutionerna när de utövar sin behörighet vid antagandet av harmoniseringsåtgärder på den inre marknaden ställs inför val av politisk, ekonomisk eller social art och därvid måste göra komplicerade bedömningar. Deras kontroll sker i första hand på politisk nivå i samarbete med de nationella parlamenten beträffande vilken vissa förfaranden har införts genom protokoll 2 till Lissabonfördraget. Sådana överväganden som de som redan anförts inom ramen för proportionalitetsprincipen[82] kan däremot enbart prövas vid domstolen i begränsad omfattning.

147. Domstolen kan logiskt sett endast kontrollera om unionens politiska organ hållit sig inom de gränser för det utrymme för skönsmässig bedömning som de tilldelats när de utövat sin befogenhet med avseende på subsidiaritetsprincipen. Unionsdomstolen ska i detta avseende pröva om organens bedömning avseende subsidiaritetsfrågan i det konkreta fallet grundas på ett tillräckligt faktaunderlag och om de därvid gjort en uppenbart oriktig bedömning.[83]

148. En mer strikt domstolsprövning av subsidiaritetsfrågan kan bli nödvändig om en unionsrättsakt undantagsvis avser frågor om den nationella identiteten i medlemsstaterna (artikel 4.2 FEU).[84] I förevarande fall finns det emellertid inte något stöd för att det skulle förhålla sig på det sättet, vilket innebär att de bedömningskriterier som gäller vid prövningen av om det föreligger en uppenbart oriktig bedömning ska tillämpas.

i) Negativ del av subsidiaritetstestet: Åtgärder som inte i tillräcklig utsträckning kan genomföras på nationell nivå

149. Vad inledningsvis gäller den negativa delen av subsidiaritetstestet ska det prövas om de mål som eftersträvas med de åtgärder som ska vidtas avseende tillverkning, presentation och försäljning av tobaksvaror hade kunnat uppnås i tillräcklig utsträckning på nationell nivå.

80 — Se, för ett liknande resonemang, även dom Estland/parlamentet och rådet (C-508/13, EU:C:2015:403, punkt 51).

81 — Se punkterna 48–57 ovan i detta förslag till avgörande.

82 — Se i detta avseende ovan punkterna 89 och 90 i detta förslag till avgörande.

83 — Se, för ett liknande resonemang, vissa formuleringar som använts i nyare rättspraxis, se å ena sidan dom Estland/parlamentet och rådet (C-508/13, EU:C:2015:403, punkt 54”… unionslagstiftaren, när denna … på grundval av närmare uppgifter och utan att göra sig skyldig till en oriktig bedömning har fastställt att det är bättre för unionens allmänna intresse att en åtgärd vidtas på unionsnivå”), och, å andra sidan, dom Vodafone m.fl. (C-58/08, EU:C:2010:321, punkt 78, där det diskuteras om unionslagstiftaren ”med rätta [kunde] anse” att en viss reglering på unionsnivå var nödvändig.

84 — I detta avseende är det värt att uppmärksamma rättspraxis avseende proportionalitetsprincipen som beroende på det område eller den grundläggande rättighet som berörs omfattas av en mer eller mindre strikt rättslig prövning (se i detta avseende, å ena sidan, dom Digital Rights Ireland, C-293/12 och C-594/12, EU:C:2014:238, punkt 47, och, å andra sidan, dom Sky Österreich, C-283/11, EU:C:2013:28, punkt 46).

150. I allmänhet kan framför allt följande tre faktorer beaktas inom ramen för denna negativa del av subsidiaritetstestet.

151. För det första är medlemsstaternas tekniska och finansiella förmåga av betydelse. Om det finns medlemsstater som över huvud taget inte kan vidta de åtgärder som krävs för att lösa ett problem så tyder detta på att den negativa delen i subsidiaritetstestet är uppfylld.

152. För det andra uppkommer frågan om det finns nationella, regionala eller lokala särdrag. Om det förhåller sig på det sättet så talar detta snarare för att åtgärder ska vidtas på nationell nivå och att de myndigheter som utmärker sig genom sin närhet och sakkunskap med avseende på de åtgärder som ska vidtas ska agera.

153. Det ska för det tredje prövas om det problem som ska lösas enbart är av lokal eller regional karaktär eller om det tvärtom har gränsöverskridande dimensioner som per definition inte kan hanteras effektivt på nationell, regional eller lokal nivå. Förekomsten av gränsöverskridande problem är ett av de viktigaste tecknen på att den negativa delen av subsidiaritetstestet är uppfyllt. [85]

154. Avvecklingen av hinder för den gränsöverskridande handeln på den inre marknaden som står i centrum för artikel 114 FEUF är ett typexempel på åtgärder som i allmänhet inte i tillräcklig omfattning kan förverkligas på nationell nivå. [86] Bortsett från det högst osannolika fallet att alla berörda medlemsstater inom rimlig tid antar en parallell lagstiftning som i huvudsak har samma innehåll, leder ett förfarande på nationell, regional och lokal nivå nämligen mycket ofta till ett lapptäcke av olika bestämmelser som inte medför att handelshinder avlägsnas, utan snarare ökar. [87]

155. I förevarande fall har Polen emellertid försökt att bestrida att det föreligger ett problem av gränsöverskridande karaktär genom att hänvisa till olika konsumentvanor och olika ekonomiska strukturer i de 28 medlemsstaterna. Eftersom mentolcigaretter uppnår förhållandevis stora marknadsandelar i enbart tre medlemsstater – nämligen i Polen, Slovakien och Finland – anser Polen att hälsoskyddsåtgärder med avseende på användning av mentol som karaktäristisk smak i tobaksvaror kan vidtas på nationell nivå.

156. Detta argument kan inte godtas av två skäl.

157. För det första har Polen missuppfattat syftet med de åtgärder som vidtagits. Varken direktivet i allmänhet eller det aktuella förbudet mot mentolcigaretter i synnerhet är av rent hälsoskyddspolitisk karaktär. Syftet är däremot att avveckla handelshinder för tobaksvaror samtidigt som en hög hälsoskyddsnivå säkerställs. Såsom redan anförts ovan [88] är förbudet mot karaktäristiska smaker priset för den fria rörligheten för tobaksvaror på den inre marknaden samtidigt som en hög hälsoskyddsnivå säkerställs. När ett direktiv emellertid, såsom här, eftersträvar två mål mellan vilka det för övrigt föreligger ett samspel kan dessa mål inte betraktas för sig vid ett subsidiaritetstest, utan ska bedömas gemensamt. [89]

85 — Se också, för ett liknande resonemang, ”Den övergripande strategin för tillämpningen av subsidiaritetsprincipen” som antogs vid Europeiska rådets möte i Edinburgh den 11–12 december 1992 (se i detta avseende ordförandelandets slutsatser, del A, bilaga 1, avsnitt II, punkt ii, som offentliggjorts i *Europeiska gemenskapernas bulletin nr* 12/1992), där det talas om ”transnationella aspekter”.

86 — Dom Nederländerna/parlamentet och rådet (C-377/98, EU:C:2001:523, punkt 32).

87 — Se, för ett liknande resonemang, även dom British American Tobacco (Investments) och Imperial Tobacco (C-491/01, EU:C:2002:741, punkterna 182 och 183) och dom Alliance for Natural Health m.fl. (C-154/04 och C-155/04, EU:C:2005:449, punkterna 106 och 107).

88 — Se ovan punkt 40 i detta förslag till avgörande.

89 — Se, för ett liknande resonemang, dom Estland/parlamentet och rådet (C-508/13, EU:C:2015:403, punkterna 46–48).

158. För det andra kan inte enbart den omständigheten att förhållandena på marknaden skiljer sig från varandra från medlemsstat till medlemsstat innebära att det inte föreligger något problem av gränsöverskridande karaktär. Situationen på marknaden före antagandet av harmoniseringsåtgärder på den inre marknaden är sällan lika i alla medlemsstater. Detta saknar för övrigt betydelse. Avgörande är däremot om det förekommer någon större gränsöverskridande handel eller sådan handel kan förväntas inom den berörda branschen och om de handelshinder som föreligger eller kan förväntas kan avvecklas effektivt av medlemsstaternas själva.

159. I förevarande mål är det utrett att marknaden för tobaksvaror kännetecknas av en betydande gränsöverskridande handel,[90] att de regler om användningen av karaktäristiska smaker som gäller i medlemsstaterna skiljer sig från varandra avsevärt och att ytterligare skillnader kan förväntas.[91]

160. Unionslagstiftaren kan under dessa förhållanden inte klandras för att ha gjort sig skyldig till en uppenbart oriktig bedömning när den utgått från att det föreligger ett problem av gränsöverskridande karaktär som inte enbart kan lösas genom nationella åtgärder.[92]

ii) Positiv del av subsidiaritetstestet: Åtgärder som på grund av deras omfattning eller verkningar bättre kan förverkligas på unionsnivå

161. Det ska med avseende på den positiva delen i subsidiaritetstestet därefter prövas om de mål som eftersträvas med de planerade åtgärderna avseende tillverkning, presentation och försäljning av tobaksvaror på grund av deras omfattning eller verkningar bättre kan uppnås på unionsnivå.

162. I det andra skedet av subsidiaritetstestet rör det sig således om huruvida unionsinstitutionernas åtgärder ger ett *mervärde* på så sätt att det är bättre för unionens allmänna intresse att en åtgärd vidtas på unionsnivå än på nationell nivå.[93]

163. Därmed uppmanas de politiska unionsinstitutionerna slutligen att före antagandet av en rättsakt som inte omfattas av unionens exklusiva behörighet enbart reglera viktiga frågor som är av gemensamt europeiskt intresse.

164. Det föreligger visserligen en stark presumtion för att åtgärder som vidtas på unionsnivå har ett mervärde när den berörda unionsakten syftar till att lösa problem av gränsöverskridande karaktär, framför allt att undanröja handelshinder och därmed förbättra den inre marknadens funktion (artikel 26.1 FEUF). Den omständigheten att det föreligger en gemenskapsdimension kan emellertid inte automatiskt leda till antagandet att den positiva delen i subsidiaritetstestet nödvändigtvis ska anses vara uppfylld. I annat fall skulle subsidiaritetsprincipen förtas en stor del av dess ändamålsenliga verkan när det gäller frågor som rör den inre marknaden.

165. Frågan huruvida unionsinstitutionernas åtgärder har ett mervärde i den mening som angetts ovan ska snarare – inte minst när det gäller frågor som rör den inre marknaden – bedömas i såväl kvantitativt som kvalitativt hänseende. I kvantitativt hänseende är mervärdet av verksamhet på unionsnivå tydligare ju fler unionsmedborgare eller aktörer som berörs och ju större handelsvolymen är. I kvalitativt hänseende ska den betydelse som det område som ska regleras har för ekonomin, politiken och samhället bedömas med beaktande av de i artikel 3 FEU angivna målen som eftersträvas

90 — Skäl 6 i direktivet. Se, för ett liknande resonemang, dom British American Tobacco (Investments) och Imperial Tobacco (C-491/01, EU:C:2002:741, punkt 64), dom Arnold André (C-434/02, EU:C:2004:800, punkt 39) och dom Swedish Match (C-210/03, EU:C:2004:802, punkt 38).

91 — Se ovan punkterna 59 och 62 i detta förslag till avgörande.

92 — Se i detta avseende framför allt skäl 60 i direktivet.

93 — Dom Estland/parlamentet och rådet (C-508/13, EU:C:2015:403, punkt 54).

av unionen, och därvid ska de grundläggande värden som unionen bygger på enligt artikel 2 FEU iakttas. Den omständigheten att en produkt är ny och beträffande vilken det i brist på enhetliga rättsliga bestämmelser ännu inte föreligger någon marknad, kan också tala för att åtgärder ska vidtas på unionsnivå. [94]

166. Dessa överväganden ska alltid företas med beaktande av unionens allmänna intresse. Situationen i en viss medlemsstat betraktad för sig är därvid – tvärtemot vad Polen anfört – normalt sett inte avgörande. [95] Det kan undantagisvis förhålla sig på annat sätt när de åtgärder som unionsorganen planerar avser den nationella identiteten i en medlemsstat (artikel 4.2 FEU) eller dess grundläggande intressen. I förevarande fall finns det emellertid inte något som tyder på detta. Det skulle även vara mycket överraskande om frågan om tillverkning, försäljning och förbrukning av mentolcigaretter på allvar skulle betraktas som en fråga av nationellt intresse.

167. Bortsett från vad som anförts ovan kan det inte förnekas att tillverkning, presentation och försäljning av tobaksvaror och liknande produkter avser en marknad med en stor handelsvolym och påverkar vardagen för miljoner unionsmedborgare. Handel med tobaksvaror utgör även i kvalitativt hänseende ett gränsöverskridande viktigt område, inte minst på grund av de hälsorisker som är kopplade till rökning, så att det här utan tvivel kan antas att det föreligger ett gemensamt europeiskt intresse.

168. Unionslagstiftaren kan under dessa förhållanden inte klandras för att ha gjort sig skyldig till en uppenbart oriktig bedömning när den utgått från att det föreligger ett problem av gränsöverskridande karaktär som bättre kan lösas på unionsnivå än på nationell nivå. [96]

169. Intrycket förstärks även av de överväganden som har gjorts inom ramen för WHO:s ramkonvention om tobakskontroll. Unionen hade i egenskap av part i denna konvention skyldighet att inom ramen för sin befogenhet bidra till dess genomförande, varvid även de rekommendationer som följer av riktlinjerna för införlivande av artiklarna 9 och 10 i konventionen ska beaktas. [97] En sådan internationell skyldighet ska tas i beaktande vid frågan om och på vilket sätt unionsinstitutionerna ska utöva den behörighet som tillkommer dem.

170. Endast för fullständighetens skull ska det anmärkas att även om ett gemensamt europeiskt intresse och vissa internationella skyldigheter föreligger var det vid den aktuella tidpunkten inte nödvändigt att reglera samtliga aspekter avseende tillverkning, presentation och försäljning av tobaksvaror och liknande produkter på unionsnivå. Vid införlivandet av de antagna bestämmelserna, övervakningen av deras efterlevnad i den berörda medlemsstaten och åläggandet av eventuella sanktioner, rör det sig nämligen om frågor med avseende på vilka unionen i allmänhet kan utgå från att de kan lösas bättre av de nationella myndigheterna, varvid nationella, regionala och lokala särdrag ska beaktas. Enligt det här aktuella direktivet överlåts sådana uppgifter följaktligen i största möjliga utsträckning åt medlemsstaterna.

171. Sammantaget kan det med avseende på direktivet – lika lite som med avseende på dess föregångare [98] – inte anses att subsidiaritetsprincipen har åsidosatts. Denna slutsats påverkas för övrigt inte av den omständigheten att flera nationella parlament under lagstiftningsförfarandet avgav motiverade yttranden i den mening som avses i artikel 6 i protokoll nr 2. [99] För det första var

94 — Se i detta avseende mitt förslag till avgörande i målet Inuit Tapiriit Kanatami m.fl./kommissionen (C-398/13 P, EU:C:2015:190, punkt 52).

95 — Se återigen dom Estland/parlamentet och rådet (C-508/13, EU:C:2015:403, punkterna 53 och 54).

96 — Se i detta avseende särskilt skäl 60 i direktivet.

97 — Se i detta avseende ovan punkterna 78 och 79 i detta förslag till avgörande.

98 — Se i detta avseende dom British American Tobacco (Investments) och Imperial Tobacco (C-491/01, EU:C:2002:741, punkterna 181–185).

99 — Mot bakgrund av kommissionens förslag till direktiv inkom Bulgariens, Republiken Tjeckiens, Danmarks, Greklands, Italiens, Portugals, Rumäniens och Sveriges parlament med motiverade yttranden. Inget av dessa motiverade yttranden innehöll emellertid något betydande resonemang om det här aktuella förbudet mot mentolcigaretter.

nämligen inte antalet invändningar avseende subsidiaritetsprincipen tillräckligt stort i dessa yttranden för att över huvud taget utlösa ett förfarande med ”gult kort” enligt artikel 7.2 i protokoll nr 2. För det andra grundar sig sådana invändningar snarare på en politisk än en rättslig bedömning av det lagförslag som utarbetats av kommissionen.

b) Huruvida direktivet är tillräckligt motiverat med avseende på subsidiaritetsprincipen

172. Polen har vidare åberopat att subsidiaritetskraven inte har bedömts tillräckligt i ingressen till direktivet. Polen har därmed slutligen gjort gällande att direktivet inte har motiverats tillräckligt.

173. Enligt fast rättspraxis ska den motivering som krävs enligt artikel 296 andra stycket FEUF vara anpassad till rättsaktens beskaffenhet. Av motiveringen ska vidare klart och tydligt framgå hur den institution som har antagit rättsakten har resonerat, så att de som berörs därav kan få kännedom om skälen för den vidtagna åtgärden och så att behörig domstol ges möjlighet att utföra sin prövning. [100]

174. När det ska prövas huruvida subsidiaritetsprincipen har iakttagits, måste det av motiveringen av en unionsrättsakt framgå om unionslagstiftaren i tillräcklig mån har tagit upp de frågor som är relevanta med avseende på subsidiaritetsprincipen och om denna fråga besvaras jakande, vilka slutsatser som denne dragit med avseende på subsidiaritetsprincipen.

175. Polen har i detta avseende gjort gällande att det i ingressen till direktivet enbart finns ett enda skäl avseende subsidiaritetsprincipen, nämligen skäl 60 som för övrigt enbart innehåller en standardformulering.

176. I nämnda skäl 60 i direktivet anges i själva verket enbart kortfattat att ”målen för detta direktiv, nämligen att tillnärma medlemsstaternas lagar och andra författningar om tillverkning, presentation och försäljning av tobaksvaror och relaterade produkter inte i tillräcklig utsträckning kan uppnås av medlemsstaterna utan snarare, på grund av deras omfattning och verkningar kan uppnås bättre på unionsnivå”, och därav har slutsatsen dragits ”att … unionen [kan] vidta åtgärder i enlighet med subsidiaritetsprincipen i artikel 5 i EU-fördraget.”

177. En sådan formulering som slutligen återger ordalydelsen i de tillämpliga bestämmelserna i EU-fördraget är inte ett lysande exempel på den mycket omtalande tekniken för ”bättre lagstiftning” som unionsinstitutionerna sedan lång tid tillbaka strävar mot.

178. Blotta förekomsten av en sådan standardformulering i ingressen av en unionsrättsakt kan visserligen inte leda till förhastade slutsatser om huruvida kraven på motivering har iakttagits. En sådan formulering tyder likväl på att det finns brister i motiveringen av rättsakten. Visserligen framgår av rättsakten i vart fall att unionslagstiftaren själv var övertygad om att subsidiaritetsprincipen hade iakttagits, men av rättsakten framgår inte klart exakt vilka överväganden denne gjorde avseende subsidiaritetsproblematiken och hur intensivt den befattade sig med ämnet.

179. En sådan floskelartad formulering som den i skäl 60 i direktivet som är aktuellt i förevarande mål måste inte nödvändigtvis leda till en ogiltigförklaring av den angripna unionsrättsakten. Ståndpunkter avseende subsidiaritetsfrågan kan även återfinnas i andra skäl i ingressen, även om det där inte uttryckligen hänvisas till subsidiaritetsprincipen. [101]

100 — Dom Atlanta Fruchthandelsgesellschaft m.fl. (II) (C-466/93, EU:C:1995:370, punkt 16), dom AJD Tuna (C-221/09, EU:C:2011:153, punkt58) och dom Gauweiler m.fl. (C-62/14, EU:C:2015:400, punkt 70).

101 — Se, för ett liknande resonemang, dom Tyskland/parlamentet och rådet (C-233/94, EU:C:1997:231, punkterna 25–29) och dom Nederländerna/parlamentet och rådet (C-377/98, EU:C:2001:523, punkt 33).

180. Så är fallet i förevarande mål. Brister i förhållande till åtgärder på nationell nivå och fördelarna med att anta en harmoniseringsåtgärd på den inre marknaden på unionsnivå påtalas inte minst i skälen 4–7, 15, 16 och 36 i direktivet. Även om uttalandena där i första hand avser villkoren för tillämpning av artikel 114 FEUF som rättslig grund, kan de samtidigt även gälla för subsidiaritetsprincipen. Såsom anförts ovan [102] överlappar nämligen de överväganden som unionslagstiftaren gjort inom ramen för artikel 114 FEUF och 5.3 FEU i stor utsträckning varandra.

181. Det bör också betänkas att det enligt fast rättspraxis inte krävs att det i motiveringen av en unionsrättsakt anges alla relevanta faktiska och rättsliga omständigheter. Bedömningen av om motiveringen är tillräcklig ska heller inte ske endast utifrån motiveringens lydelse, utan även utifrån det sammanhang i vilket den ingår och samtliga rättsregler på det aktuella området. [103] Detta gäller i än högre grad när, såsom i förevarande fall, syftet är att anta rättsakter med allmän giltighet med avseende på vilka motiveringen snarare får begränsas till en allmän beskrivning av grunddragen i bestämmelsen och de syften som ska uppnås med den. [104]

182. I förevarande mål ska det understrykas att unionslagstiftaren för det första kunde grunda sig på skälen till kommissionens direktivsförslag [105] och för det andra på kommissionens omfattande sammanställning inom ramen för konsekvensbedömningen [106] avseende det nu angripna direktivet. Nackdelarna med olika nationella bestämmelser och fördelarna med åtgärder på unionsnivå har diskuterats ingående såväl i den del av texten som särskilt avser subsidiaritetsprincipen som i flera andra delar av de båda texterna.

183. Det är därmed tillräckligt fastställt att de lagstiftande organen förfogade över ett omfattande material som de kunde lägga till grund för sin bedömning av att subsidiaritetsprincipen hade iakttagits.

184. Av artikel 5 till protokoll nr 2 kan för övrigt inte heller slutsatsen dras att de ”detaljerade uppgifter” som i Lissabonfördraget nyligen har uppställts för subsidiaritetsfrågor som krav för att anta lagstiftning på unionsnivå nödvändigtvis måste anges i ingressen till den rättsakt som Europaparlamentet och rådet slutligen antar. Med hänsyn till att de överväganden som måste göras i detta sammanhang är komplicerade hade detta varit svårt att genomföra i praktiken och hade lätt kunnat överskrida omfattningen av en sådan ingress.

185. Avgörande är däremot att de ”detaljerade uppgifter” som krävs i artikel 5 till protokoll nr 2, vilka obestridligen angetts i förevarande fall, utgör beslutsunderlag för de behöriga unionsorganen och de nationella parlamenten under lagstiftningsförfarandet. Vid en närmare granskning framgår det till och med av ordalydelsen i artikel 5 till protokoll nr 2. Denna bestämmelse avser nämligen *förslag till lagstiftningsakter*, däremot inte de slutliga rättsakter som parlamentet och rådet antar inom ramen för deras lagstiftningsarbete.

186. Mot bakgrund av vad som anförts ovan kan talan inte bifallas såvitt avser påståendet att motiveringen i direktivet är bristfällig med avseende på subsidiaritetsprincipen.

102 — Se ovan punkt 143 i detta förslag till avgörande.

103 — Se återigen dom Atlanta Fruchthandelsgesellschaft m.fl. (II) (C-466/93, EU:C:1995:370, punkt 16), dom AJD Tuna (C-221/09, EU:C:2011:153, punkt 58) och dom Gauweiler m.fl. (C-62/14, EU:C:2015:400, punkt 70), vidare dom Estland/parlamentet och rådet (C-508/13, EU:C:2015:403, punkterna 58, 59 och 61).

104 — Se, för ett liknande resonemang, dom Förenade kungariket/rådet (C-150/94, EU:C:1998:547, punkterna 25 och 26), dom AJD Tuna (C-221/09, EU:C:2011:153, punkt 59) och dom Inuit Tapiriit Kanatami m.fl./kommissionen (C-398/13 P, EU:C:2015:535, punkt 29).

105 — KOM(2012) 788 slutlig, som lades fram av kommissionen den 19 december 2012.

106 — Kommissionens ”Impact Assessment” av den 19 december 2012, dokument SWD (2012) 452 slutlig.

c) Slutsats i denna del

187. Subsidiaritetsprincipen kan således varken i materiellt eller formellt hänseende anses ha åsidosatts. Talan kan följaktligen inte heller bifallas såvitt avser Polens tredje grund.

188. Likväl bör unionslagstiftaren i framtiden underlåta att använda sig av sådana floskelartade formuleringar som de i skäl 60 i direktivet och i stället i ingressen till den berörda unionsrättsakten göra konkreta uttalanden som i högre grad avser de aktuella åtgärderna i förhållande till subsidiaritetsprincipen.

C – *Sammanfattning*

189. Eftersom ingen av de grunder som Polen har åberopat – delvis med stöd av Rumänien – kan godtas, ska talan ogillas i sin helhet, då denna i vissa delar inte kan tas upp till sakprövning [107] och i övriga delar är ogrundad.

V – **Rättegångskostnader**

190. Enligt artikel 138.1 i rättegångsreglerna ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Eftersom Polen har tappat målet enligt den av mig föreslagna lösningen och parlamentet och rådet har yrkat att Polen ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, ska parlamentets och rådets yrkande bifallas.

191. Med avvikelse från ovanstående ska emellertid Frankrike, Rumänien, Förenade kungariket och kommissionen i egenskap av intervenienter bära sina rättegångskostnader enligt artikel 140.1 i rättegångsreglerna.

VI – **Förslag till avgörande**

192. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen beslutar enligt följande:

1) Talan ogillas.

2) Irland, Republiken Frankrike, Rumänien, Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland och Europeiska kommissionen ska bära sina rättegångskostnader. Republiken Polen ska i övrigt förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna.

107 — Avseende de delar av talan som inte kan tas upp till sakprövning se ovan punkterna 24–30 och 34 i detta förslag till avgörande.