

YTTRANDE  
Sieps Dnr 21/0036  
Stockholm den 2021-08-27

Socialdepartementet  
Dnr S2021/02982

## **Hårdare regler för nya nikotinprodukter (SOU 2021:22)**

Sieps har särskilt haft anledning att granska utredningens EU-rättsliga bedömningar. Helhetsintrycket är att utredningen beaktar de EU-rättsliga aspekterna mycket väl. Särskilt analysen av marknadsföringsbegreppet i en svensk och EU-rättslig kontext är mycket omsorgsfullt utförd och värdefull. Sieps har några synpunkter på kapitel 4 och 11 i utredningen, vilka tas upp i det följande

### *Undantag från marknadsföringsförbudet (kap. 4)*

Utredningens grundläggande analys av den svenska rättens förenlighet med tobaksreklamdirektivet, och i synnerhet undantaget för passivt saluhållande, visar på ett komplext införlivningsproblem som sammanfattas väl av utredningen på sid 128 där den uttrycker:

”Sammanfattningsvis bygger undantagen för passiv saluhållning rättssystematiskt på en svårförenlig blandning av gammalt och nytt, svensk rätt och EU-rätt, på ett område som i själva verket är fullharmoniserat. Det finns ett behov av att ändra bestämmelserna.”

Sieps delar utredningens bedömning att det skulle föra för långt att utmönstra det för svensk rätt centrala marknadsföringsbegreppet. Det skulle äventyra den befintliga svenska rättssystematiken. Det framstår dock som lämpligt att, i likhet med vad utredningen föreslår, ta bort undantaget för passivt saluhållande för att uppnå större enhetlighet med unionsrätten (se s. 130).

När det gäller hänvisningar till att andra potentiella diskrepanser mellan den svenska rätten och unionsrätten kan lösas genom direktivkonform tolkning, vill Sieps betona att lagstiftaren normalt inte ska luta sig mot denna tolkningsteknik i införlivningsskedet. När den nationella rätten anpassas ska det unionsrättsliga direktivinhålllet komma till så klart uttryck att en framtida konform tolkning framstår som obehövligt. Direktivkonform tolkningen är ett verktyg

---

Sieps är en statlig myndighet som tar fram forskningsbaserade analyser i europapolitiska frågor. Målgruppen är i första hand svenska beslutsfattare på olika nivåer. Arbetet sker i samarbete med svenska och internationella forskare.

som ska används i rättstillämpningen för att överbrygga mindre diskrepanser mellan den nationella rätten och unionsrätten samt säkerställa att det nationella rättsläget överensstämmer med den framtida rättsutvecklingen vid EU-domstolen. Möjligheten till direktivkonform tolkning är alltså inte ett skäl för lagstiftaren att bibehålla vagheter i förhållande till direktivtexten.

Sieps inser dock att förevarande situation är synnerligen komplex och att hänsyn måste tas, inte bara till den annorlunda svenska rättssystematiken, utan också den avvägning som kan behöva göras i förhållande till framför allt yttrandefrihetsgrundlagen. Sieps har därför inget att invända mot utredningens förslag i denna del, men vill framhålla att det kan krävas en genomtänkt och övertygande förklaring om det nödvändiga i att inte övergå till en mer renodlad EU-rättslig begreppsapparat i de fortsatta kontakterna med kommissionen.

Sieps delar alltså utredningens uppfattning att, med de föreslagna ändringarna, bringas svensk rätt i full överensstämmelse med unionsrätten i förhållande till det resultat som ska uppnås. En förutsättning är dock att svenska domstolar beaktar vad som följer av unionsrätten och inte tar fasta på äldre förarbeten.

### *Svenska handelsrestriktioner och anmälningar (kap. 11)*

Den andra frågan som Sieps vill lämna synpunkter på redogörs för i kapitel 11 i utredningen – fri rörlighet och anmälningsplikt.

Utredningen föreslår en rad åtgärder som i ett näringslivsperspektiv är betungande och innebär inskränkningar i den fria rörligheten av tobaksfria nikotinprodukter, e-cigarett, påfyllningsbehållare mm. Som utredningen påpekar innebär förslaget om att det ska finnas ett tydligt och klart synbart meddelande om ålderskrav på försäljningsställen för tobaksvaror, e-cigarett och påfyllningsbehållare också en inskränkning av den fria rörligheten (se s. 364 ff).

Med den utgångsläge som utredningen har, att nikotin är ett potentiellt farligt ämne, även om det separeras från andra skadliga substanser som ingår i tobak, saknas anledning att i ett EU-rättsligt perspektiv invända mot att inskränkningar av detta slag införs. Som utredningen påpekar är det Sverige som medlemsstat som har att, med beaktande av de krav som är förenade med den fria rörligheten, bestämma på vilken nivå man vill säkerställa skyddet för människors hälsa och liv (s. 367).

Nikotinprodukter säljs nu allt mer och i nya former och det kan finnas goda skäl att förhindra en liknande utveckling som skett med koffeinprodukter där koffein ingår i ett stort antal sport-


och hälsodrycker och andra energigivande preparat. De konkreta hälsoriskerna framstår inte som vetenskapligt tvärsäkra, men att ämnet är beroendeframkallande råder det inget tvivel om. Sieps vill också påminna om att EU-domstolen, med hänvisning till snus och andra tobaksprodukter, har uttalat att nikotin ”är ett beroendeframkallande och obestridligen giftigt ämne” (Mål C-210/03, Swedish Match, EU:C:2004:802, punkt 52).

Utredningen har redovisat sin egen proportionalitetsprövning och i den delen har Sieps inget att invända. Som bekant är dock en proportionalitetsprövning sällan självklar och det kan antas att det finns marknadsaktörer som kommer att hävda att deras produkter är hälsomässigt harmlösa och därför genom de svenska åtgärderna träffas av oproportionerliga handelsrestriktioner.

Ett viktigt test blir därför den anmälan som ska göras till kommissionen och andra medlemsstater enligt förordningen (1994:2029) om tekniska mot bakgrund av direktiv (EU) 2015/1535. Sieps vill i detta sammanhang tillägga att det kan finnas anledning att ta höjd för att kommissionen finner att de svenska åtgärderna aktualiserar ett behov av ytterligare EU-harmonisering, vilket ger den rätt att skjuta upp ikraftträdandet av de svenska åtgärderna medan den överväger EU-gemensamma regler (s.k. frysningsperioder om 12-18 månader), se förordningen om tekniska regler 14 § andra stycket 4-6.

Enligt Sieps mening ska en sådan försening, om den skulle uppstå, emellertid inte betraktas som ett problem, utan bör i stället ses som en framgång om det får till följd att svensk tobakspolitik (eller nikotinpolitik) får genomslag på hela den inre marknaden. Det är ingen tvekan om att skilda synsätt i EU:s medlemsstater på hur de aktuella nikotinprodukterna får marknadsföras i EU:s medlemsländer på sikt kan leda till invecklade handelsproblem. En svensk anmälan av de aktuella åtgärderna är därför inte bara en besvärande formalitet, utan viktig i ett bredare europeiskt perspektiv. Det är riktigt att en anmälan också bör ske enligt tjänstedirektivet (2006/123/EG), i enlighet med artikel 15.7. Denna anmälningsskyldighet tycks dock konsumeras av en anmälan på varuområdet (se artikel 15.7, sista meningen) och innebär hursomhelst inga längre frysningsperioder.

I detta ärende har Göran von Sydow beslutat. Jörgen Hettne har varit föredragande.



Göran von Sydow  
Direktör