

**TAMPEREEN KAUPUNKI YMPÄRISTÖTERVEYS/
ELINTARVIKEVALVONTA**
elintarvikevalvonta@tampere.fi

Asia Vastine/ Kuuleminen tupakkalain 96 §:n mukaisesta kiellosta
Tapahtumatunnus 1343485

Vastineen antaja
Pufftalo Oy/ Puff Tampere
2765755-5

Vastineen antajan asiamies ja prosessiosoite
Petteri Snell
OTK, Vantaa
Lakiasiaintoimisto Petteri Snell
Museokatu 13 A1, 00100 Helsinki
Puh 010 505 2440, Gsm 0400 431192
E-mail psnell@psnell.fi

VASTINE

Tampereen kaupungin ympäristöterveys on 13.10.2021 päivätyssä kuulemiskirjeessään varannut vastineen antajalle tilaisuuden lausua asiasta (tapahtumatunnus 1343485). Vastineen antaja lausuu asiasta seuraavasti.

Kyseisessä kuulemiskirjeessä todetaan, että Tampereen kaupungin ympäristöterveyden suorittamalla valvontasuunnitelman mukaisella tarkastuksella ja uusintatarkastuksella, havaittiin myynnissä tupakkalain makuainekiellon vastaisia höyrystettäväksi tarkoitettuja nikotiinittomia nesteitä, joissa on tunnusomainen maku. Kuulemiskirjeessä todetaan, että koska Puff Tampere on tupakkalain alaisten tuotteiden myyntiin erikoistunut sähkösavukkeiden erikoisliike, on liikkeessä myynnissä olevilla nikotiinittomilla nesteillä katsottu olevan yhteys höyrystämistarkoitukseen sähkösavukkeiden avulla. Näin ollen myynnissä olevat nesteet on virheellisesti katsottu tupakkalain alaisiksi höyrystettäväksi tarkoitetuiksi nikotiinittomiksi nesteiksi, joita koskee tunnusomaisen tuoksun tai maun kiello.

Todettakoon, että Tampereen kaupungin ympäristöterveys viittaa näillä tuotteilla yhtiön myymiin elintarvikemakutiivisteisiin, joita ei tosiasiasa voida pitää tupakkalain tarkoitamina höyrystettäväksi tarkoitettuina nikotiinittomina nesteinä. Kuulemiskirjeen perusteella on selvää, että ympäristöterveyden näkemys nojaa puhtaasti kyseisten tuotteiden myyntipaikkaan. Tämä myyntipaikan perusteella tehtävä johtopäätös tuotteista puolestaan nojaa nimenomaisesti Sosiaali- ja terveysalan lupa- ja valvontaviraston (Valvira) ohjeeseen Dnro V/6284/2018 missä todetaan, että ”*mikäli tupakkalaissa tarkoitettujen tuotteiden erikoisliikkeissä myydään makunesteitä, ne ovat pääsääntöisesti höyrystettäväksi tarkoitettuja nikotiinittomia nesteitä.*” Kyseessä on näin ollen puhtaasti oletamus tuotteen käyttötarkoituksesta sen myyntipaikan perusteella.

Tosiasiasa tupakkalain 25 §, 24 § ja 11 § pykälien asettama kielto on yleinen myyntikielto koskien tunnusomaisen maun tai tuoksun sisältämiä höyrystettäväksi tarkoitettuja nikotiinittomia nesteitä. Puff Tampereessa myynnissä olevat elintarvikemakutiivisteet eivät voi lukeutua tupakkalain kieltämiin tuotteisiin, sillä täysin vastaavia tuotteita on laajasti saatavilla muissa elintarvikeliikkeissä, joissa myös myydään sähkösavuketuotteita (liitteet 1 ja 2). Kyseisten tuotteiden myyntiä kuluttajille ei siis ole säännönmukaisesti kielletty. Näin ollen mikäli Puff Tampereelle annettaisiin asiassa kielto myydä kyseisiä tuotteita kyse ei olisi lain mukaisesta myyntikiellosta, vaan tiettyyn myyntikanavaan kohdistuvasta syrjinnästä.

Todettakoon, että tupakkalaissa tai sitä koskevassa hallituksen esityksessä ei ole mainintaa siitä, että myyntipaikan perusteella voitaisiin tehdä oletama tuotteen käyttötarkoituksesta. Perustuslaki edellyttää, että julkisen vallan käytön on perustuttava lakiin, ja hallinto-oikeudellinen yhdenvertaisuusperiaate edellyttää sitä, että viranomaisen on kohdeltava hallinnossa asioivia tasapuolisesti. Kielto asettaa pienten elinkeinonharjoittajan yhdenvertaisuusperiaatteen vastaiseen epäyhdenvertaiseen asemaan suhteessa muihin elintarvikeliikkeisiin, jotka myös myyvät sähkösavuketuotteita sekä kyseisiä elintarvikemakutiivisteitä.

Tuotteen käyttötarkoituksen voidaan olettaa ilmenevän pakkausmerkinnöistä ja kauppiaan tai myyjän antamista ohjeista (liite 3). Nyt kyseessä olevien elintarvikemakutiivisteiden pakkausmerkinnöistä sekä myyjien antamista ohjeista ilmenee, että elintarvikemakutiivisteet ovat nimenomaan tarkoitettu elintarvikekäyttöön, kuten juomien ja ruokien maustamiseen. Puff Tampereen -liikkeessä myynnissä olevat elintarviketiivisteet eivät itsessään edes sovellu sähkösavukekäyttöön ellei loppukäyttäjä tee muutoksia tuotteeseen ja väärinkäytä tuotetta sen käyttötarkoituksen vastaisesti. Korostettakoon vielä, että tupakkalaki ei kiellä yksittäisten elintarvikkeiden myyntiä liikkeessä, jossa lähes yksinomaan myydään tupakkalain alaisia tuotteita.

Vastineen antaja nostaa esille myös kaksi Helsingin hallinto-oikeuden päätöstä 21/0020/4 ja 21/0021/4 (liite 4). Kyseisissä päätöksissä on tuotu esiin, että elintarvikemakutiivisteitä on pidettävä nimenomaan elintarvikkeina arvonlisäverotuksessa ja kuinka niistä näin ollen tulee kantaa 14 % arvonlisäveroa. Helsingin hallinto-oikeuden päätöksissä kyse on nimenomaan samoista tuotteista, mistä nytkin tässä asiassa on kyse. Arvonlisäverotuksesta annetut päätökset tukevat vastineen antajan näkemystä siitä, että samanlaisia tuotteita tulee kohdella samalla tavoin myyntipaikasta riippumatta ja nyt kyseessä olevien tuotteiden osalta ei voida tehdä käyttötarkoitusolettamaa puhtaasti myyntipaikan perusteella ja, että nyt kyseessä olevat tuotteet on luokiteltava nimenomaan elintarvikkeiksi.

Vastineen antaja korostaa myös EU-oikeudellisten seikkojen esiin tuomisen välttämättömyyttä asiassa. Vastineen antaja viittaakin pyytämäänsä asiantuntijalausuntoon (liite 5).

Tupakkatuotedirektiivin 24 artiklassa edellytetään, että direktiiviä ankaramman kansallisen kiellon eli tässä tapauksessa höyrystettäväksi tarkoitettun nikotiinittoman nesteen tunnusomaisen maun ja tuoksun kiellon tulee liittyä jäsenvaltion erityistilanteeseen ja olla kansanterveyden suojelemisen kannalta perusteltua. Näiden kieltojen tulee myös olla suhteellisuusperiaatteen mukaisia eli **perusteltuja, välttämättömiä ja oikeasuhteisia tavoitteeseensa nähden, eivätkä välineitä mielivaltaiseen syrjintään tai jäsenvaltioiden välisen kaupan peiteltyyn**

rajoittamiseen. Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen (SEUT) 34 artiklan perusteella jäsenvaltioiden väliset tuonnin määrälliset rajoitukset ja kaikki vaikutukseltaan vastaavat toimenpiteet ovat kiellettyjä. Jonkin tuotteen tai menettelyn täydellistä kieltä on pidettävä unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan kaikkein äärimmäisempänä sisämarkkinoiden rajoituksena¹. SEUT 36 artiklan perusteella se, mitä SEUT 34 artiklassa määrätään, ei estä sellaisia tuontia, vientiä tai kauttakuljetusta koskevia kieltoja tai rajoituksia, jotka ovat perusteltuja julkisen moraalien, yleisen järjestyksen tai turvallisuuden kannalta, ihmisten, eläinten tai kasvien terveyden ja elämän suojelemiseksi, taiteellisten, historiallisten tai arkeologisten kansallisaarteiden suojelemiseksi taikka teollisen ja kaupallisen omaisuuden suojelemiseksi. Nämä kiellot tai rajoitukset eivät kuitenkaan saa olla keino mielivaltaiseen syrjintään tai jäsenvaltioiden välisen kaupan peiteltyyn rajoittamiseen. Sovellettaessa SEUT 36 artiklaa on muistettava, että kyse on nimenomaisesti poikkeustapauksista ja, että lähtökohtaisesti jäsenvaltioiden tulisi aina varmistaa unionin vapaiden sisämarkkinoiden esteetön toteutuminen².

Vastineen antajaan mahdollisesti kohdistettavaa myyntikieltoa ei voitaisi pitää perusteltuna, välttämättöminä eikä oikeasuhteisena tavoitteeseen nähden, sillä täysin samanlaisia tuotteita myydään muissa myyntikanavissa edelleen riippumatta siitä kielletäänkö elintarvikemakutiivisteiden myynti Puff Tampereen -liikkeessä. Kun mahdollisesti asetettavaa myyntikieltoa ei sovelleta kaikkiin kansallisilla markkinoilla saatettuihin tuotteisiin yhtäläisesti, kieltä on väline mielivaltaiseen syrjintään. Vastineen antaja toteaaakin, että Tampereen kaupungin ympäristöterveyden harkitsema kieltä ei olisi yhdenmukainen direktiivin 2014/40/EU 24 artiklan eikä tavaroiden vapaan liikkuvuuden periaatteen kanssa.

Vastineen antaja nostaa seuraavaksi esiin direktiivin 2015/1535 kannalta oleelliset seikat. Korkein hallinto-oikeus on ratkaisussaan KHO 2020:77 todennut johtopäätöksensä seuraavasti: *"Tupakkalain 25 §, jossa kielletään sähkösavukkeiden avulla höyrystettäväksi tarkoitettua muulta nesteeltä kuin nikotiininesteeltä tunnusomainen tuoksu tai maku, on*

¹ Euroopan unionin tuomioistuimen tuomio asiassa 34/79 ("*Henn ja Darby*").

² Euroopan unionin tuomioistuimen tuomio asiassa C-113/80 ("*Irish Souvenirs*").

tekninen määräys, jota ei ole annettu tiedoksi komissiolle teknisten määräysten direktiivin 5 artiklan 3 kohdan mukaisesti. Kun otetaan huomioon direktiivin tarkoitus ja EUT:n oikeuskäytäntö, korkein hallinto-oikeus katsoo, ettei tupakkalain 25 §:ää voida soveltaa SKA Liquids Oy:tä vastaan nyt käsillä olevassa asiassa. ” Korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisun jälkeen teknisen määräyksen lopullinen teksti on tietojemme mukaan toimitettu komissiolle. Kuten liitteessä olevassa asiantuntijalausunnossakin todetaan, ei kuitenkaan ole selvää, mikä merkitys viivästyneellä teknisen määräyksen ilmoittamisella on elintarvikemakutiivisteiden nyt kyseessä olevan vähittäismyynnin kannalta.

Kuten edellä ollaan esiin tuotu oletamus tuotteen käyttötarkoituksesta myyntipaikan perusteella, perustuu nimenomaan Valviran antamaan ohjeeseen V/6284/2018. Direktiivin 2015/1535 5 artiklan 1 kohdassa todetaan, että jäsenvaltioiden on tarvittaessa toimitettava komissiolle samalla **kertaa keskeisimpien ja välittömästi asiaa koskevien perustana olevien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten teksti, jos sen tunteminen on tarpeen** teknistä määräystä koskevan ehdotuksen vaikutuksen arvioimiseksi ja jollei sitä ole toimitettu aiemman tiedonannon yhteydessä. Kuten asiantuntijalausunnossa tuodaan esiin, tupakkalain 25, 24 ja 11 §:n muodostaman kokonaisuuden vaikutusten arviointi ei ole mahdollista ilman Valviran ohjetta. Näin ollen vastineen antajan käsityksen mukaan höyrystettäväksi tarkoitettun nikotiinittoman nesteen tunnusomaisen tuoksun taikka maun kieltoa ei voida edes soveltaa yksittäistä subjektia kohtaan, sillä Suomi ei ole vastineen antajan tietojen mukaan vielääkään toiminut asiassa direktiivin 2015/1535 ilmoitusmenettelyn mukaisesti jättäessään Valviran ohjeen V/6284/2018 toimittamatta komissiolle.

Vastineen antaja nostaa tässä kohtaa esiin, että täysin samanlaisessa asiassa Jyväskylän kaupungin ympäristöterveysjaosto on päättänyt (liite 6) jättää kiellon antamatta, koska se on katsonut, että lainsäädännön tulkinta on epäselvä elintarvikekäyttöön myytävien nikotiinittomien makutiivisteiden osalta. Päätöksessä todetaan, että vastaavia tuotteita myydään myös varsinaisissa elintarvikeliikkeissä ja, että osa myös näissä liikkeissä myytävistä makutiivisteistä päätyy höyrystämistarkoitukseen. Tämä osoittaa sen, että mikäli Puff Tampereessa myynnissä olevat elintarviketiivisteet päätyisivät niiden tosiasiallisen käyttötarkoituksen vastaisesti höyrystämistarkoitukseen, niin päätyisivät

elintarvikeliikkeidenkin vastaavat tuotteet. Mikäli siis katsottaisiin, että Puff Tampereen -liikkeessä myynnissä olevat elintarvikemakutiivisteet olisivat höyrystettäväksi tarkoitettuja nikotiinittomia nesteitä, muuallakin myytävät vastaavat tuotteet olisi tällaisiksi katsottava. Vastaavia tuotteita on kohdeltava samalla tavalla.

Todettakoon vielä, että viranomaisten tulisi tuntea toimialaansa liittyvät lainsäädökset. Viranomaisten ei tule asettaa toimijoille kieltoja, mikäli ne eivät perustu lakiin. Tässä tapauksessa kieltoa ei siis tulisi osoittaa Pufftalo Oy:lle/ Puff Tampereelle, sillä se ei perustu lakiin vaan nojaa puhtaasti Valviran antamaan ohjeistukseen, jossa puolestaan tehdään olettamus tuotteen käyttötarkoituksesta ainoastaan sen myyntipaikan perusteella. Mikäli kuitenkin edellä esiintuodusta huolimatta kaupungin viranomaiset tulevat asettamaan kiellon, he näin aiheuttavat ylimääräisiä asian selvittelystä aiheutuvia kustannuksia vastineen antajalle. Yhtiö varaa itselleen mahdollisuuden hakea näitä kustannuksia myöhemmin Tampereen kaupungilta.

Kaiken edellä todetun perusteella on selvää, että Tampereen kaupungin ympäristöterveyden ei tulisi asettaa asiassa nyt kyseessä olevien tuotteiden myyntikieltoa.

Helsingissä 1/11.2021



OTK Petteri Snell

Vastineen antajan asiamiehenä

Liitteet:

- 1) Kuvat K-Supermarketin kuitista ja ostetuista tuotteista
- 2) Kuvia kuiteista ympäri Suomea ostetuista elintarviketiivisteistä ja nikotiininesteistä (11 kpl)
- 3) Itä-Suomen hallinto-oikeuden päätöksestä nro 19/0482/1 erimieltä olleen hallinto-oikeustuomarin äänestyslausunto
- 4) Helsingin hallinto-oikeuden päätökset 21/0020/4 ja 21/0021/4
- 5) Sakari Melanderin 14.5.2021 päivätty oikeudellinen asiantuntijalausunto
- 6) Jyväskylän kaupungin ympäristöterveysjaoston päätös