



RETTSMØTERAPPORT

i sak E-16/10

- revidert - *

ANMODNING til EFTA-domstolen i henhold til artikkel 34 i Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol fra Oslo tingrett, Norge, i en sak for denne domstol mellom

Philip Morris Norway AS

og

Staten v/Helse- og omsorgsdepartementet,

om tolkningen av EØS-avtalen artikkel 11 og 13, særlig hvorvidt de er til hinder for et forbud mot synlig oppstilling av tobakksvarer på utsalgssteder som fastsatt ved norsk lov.

I Innledning

1. Ved brev datert 12. oktober 2010, registrert ved EFTA-domstolen 19. oktober 2010, fremsatte Oslo tingrett en anmodning om rådgivende uttalelse i en sak som står for tingretten, mellom Philip Morris Norway AS (“saksøker”) og staten v/Helse- og omsorgsdepartementet (“saksøkte”).

II Fakta og prosedyre

2. Partene er uenige om hvorvidt norsk lovgivning som innfører forbud mot synlig oppstilling av tobakksvarer, innebærer en ulovlig restriksjon etter artikkel 11 i Avtalen om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (“EØS-avtalen”). Det er også omtvistet – forutsatt at det foreligger en restriksjon i strid med EØS-avtalen artikkel 11 – hvilke kriterier som skal legges til grunn for å

* Endringer i avsnitt 14, 18, 19, 53, 63, 66, 70, 74, 85-86, 88, 94, 97 og 152.

avgjøre spørsmålet om hvorvidt et oppstillingsforbud er egnet og nødvendig av hensyn til folkehelsen i henhold til EØS-avtalen artikkel 13.

3. Saksøker er et datterselskap av verdens største tobakksprodusent og importerer tobakksprodukter til Norge. Som sådan er saksøker underlagt et totalforbud mot å reklamere for tobakksvarer, et forbud som ble innført i 1973. Dette forbud gjelder alle former for markedsføring i alle typer medier, herunder aviser, radio, fjernsyn og på plakater. Dette generelle forbud omfatter også direkte og indirekte produktreklame, som bruk av varemerker eller logoer som forbindes med tobakksprodukter. Forbudet gjelder også reklame på utsalgssteder i form av plakater og lignende innretninger ved kassen eller andre steder i utsalgslokalet med avbildning av varemerker, logoer og/eller produktkarakteristika.

4. I 2009 endret saksøkte gjeldende lovgivning om reklameforbud for tobakksvarer. Med de nye bestemmelser ble reklameforbudet utvidet til synlig oppstilling av tobakksvarer og annet røykeutstyr. Lovgivningen tillater imidlertid ett unntak fra forbudet mot synlig oppstilling av tobakksvarer. I henhold til dette unntak gjelder forbudet ikke for spesialforretninger for tobakk. Den nye lovgivning trådte i kraft 1. januar 2010.

5. Saksøker tok ut søksmål mot saksøkte ved Oslo tingrett for å få forbudet tilsidesatt med henvisning til at det er i strid med EØS-avtalen. Saksøker gjør gjeldende at oppstillingsforbudet innebærer en ulovlig restriksjon som er i strid med EØS-avtalen artikkel 11 ettersom det er til hinder for det frie varebytte. Saksøkte gjør derimot gjeldende at forbudet er forenlig med EØS-avtalen.

6. Den 25. juni 2010 besluttet Oslo tingrett å anmode EFTA-domstolen om en rådgivende uttalelse om tolkningen av EØS-avtalen artikkel 11 og 13. I sin anmodning bemerker Oslo tingrett at det foreligger relevant rettspraksis fra EFTA-domstolen og Den europeiske unions domstol ("EU-domstolen") når det gjelder tradisjonell markedsføring. Tingretten mener imidlertid det er nødvendig med ytterligere veiledning fra EFTA-domstolen når det gjelder lovligheten av et generelt forbud mot synlig oppstilling av tobakksvarer i lys av EØS-avtalen artikkel 11 og 13.

III Spørsmål

7. Følgende spørsmål ble forelagt EFTA-domstolen:

1. Skal EØS-avtalen artikkel 11 forstås slik at et generelt forbud mot synlig oppstilling av tobakksprodukter utgjør et tiltak med tilsvarende virkning som en kvantitativ restriksjon på den frie bevegelse av varer?

2. Forutsatt at det foreligger en restriksjon, hvilke kriterier vil være avgjørende for å fastslå om et oppstillingsforbud begrunnet i målet

om redusert tobakksbruk i befolkningen generelt og blant unge spesielt, vil være egnet og nødvendig av hensyn til folkehelsen?

IV Rettslig bakgrunn

EØS-retten

8. EØS-avtalen artikkel 11 lyder:

Kvantitative importrestriksjoner og alle tiltak med tilsvarende virkning skal være forbudt mellom partene.

9. EØS-avtalen artikkel 13 lyder:

Bestemmelsene i artikkel 11 og 12 skal ikke være til hinder for forbud eller restriksjoner på import, eksport eller transitt som er begrunnet ut fra hensynet til offentlig moral, orden og sikkerhet, vernet om menneskers og dyrs liv og helse, plantelivet, nasjonale skatter av kunstnerisk, historisk eller arkeologisk verdi eller den industrielle eller kommersielle eiendomsrett. Slike forbud eller restriksjoner må dog ikke kunne brukes til vilkårlig forskjellsbehandling eller være en skjult hindring på handelen mellom avtalepartene.

Nasjonal rett¹

10. I Norge ble totalforbudet mot reklame for tobakksvarer innført ved lov 9. mars 1973 nr. 14 om vern mot tobakksskader (Lov om vern mot tobakksskader 9. mars 1973 nr. 14 – “tobakksskadeloven I”). Paragraf 4 første og andre ledd lyder:

Alle former for reklame for tobakksvarer er forbudt. Det samme gjelder for piper, sigarettpapir, sigaretrullere og annet røykeutstyr.

Tobakksvarer må ikke inngå i reklame for andre varer eller tjenester.

11. Lov 3. april 2009 nr. 18 (Lov om endringer i lov 9. mars 1973 nr. 14 om vern mot tobakksskader – “tobakksskadeloven II”) utvidet reklameforbudet til synlig oppstilling av tobakksvarer. Loven trådte i kraft 1. januar 2010 og endrer en rekke bestemmelser i tobakksskadeloven I. Etter endringen lyder § 5 i tobakksskadeloven I:

§ 5. Forbud mot synlig oppstilling av tobakksvarer og røykeutstyr.

Synlig oppstilling av tobakksvarer og røykeutstyr på utsalgssteder er forbudt. Tilsvarende gjelder for imitasjoner av slike varer og for

¹ [Fotnoten gjelder oversettelse til engelsk av norsk rett, og er uten relevans i den norske versjonen.]

automatkort som gir kunden adgang til å hente ut tobakksvarer eller røykeutstyr fra automat.

Forbudet i første ledd gjelder ikke for spesialforretninger for tobakk.

Det kan på utsalgssteder gis nøytrale opplysninger om pris, og om hvilke tobakksvarer som selges på stedet. Tilsvarende gjelder for røykeutstyr.

Departementet kan gi forskrifter om gjennomføring og utfylling av disse bestemmelser og gjøre unntak fra dem.

12. Tobaksskadeloven II § 2 definerer visse begreper som er relevante for oppstillingsforbudet:

§ 2. Definisjoner

Med tobakksvarer forstås i denne lov varer som kan røykes, innsnuses, suges eller tygges såfremt de helt eller delvis består av tobakk.

Med røykeutstyr forstås i denne lov varer som etter sitt formål hovedsakelig benyttes i forbindelse med tobakksvarer.

Med spesialforretning for tobakk menes utsalgssted som hovedsakelig selger tobakksvarer eller røykeutstyr.

V Skriftlige innlegg

13. I medhold av artikkel 20 i EFTA-domstolens vedtekter og artikkel 97 i rettergangsordningen er skriftlige innlegg inngitt av:

- saksøker, representert ved advokat Peter Dyrberg, Brussel, advokat Jan Magne Juuhl-Langseth, Oslo, og advokat Michel Petite, Paris,
- saksøkte, representert ved advokat Ketil Bøe Moen og advokat Ida Thue, Regjeringsadvokaten, Oslo,
- Islands regjering, representert ved Íris Lind Sæmundsdóttir, Legal Officer, Ministry for Foreign Affairs,
- Republikken Finland, representert ved Mervi Pere, Legal Counsellor, Ministry for Foreign Affairs,
- Republikken Portugal, representert ved Luís Inez Fernandes, Director of the Legal Service of the Directorate General for European Affairs and Maria João Palma, Legal Consultant of the Directorate General for Economic Activities,

- Romania, representert ved Emilian Carlogea, Director of the Directorate for Trade Policy, Ministry of Economy, Trade and Business Environment,
- Det forente kongerike Storbritannia og Nord-Irland (“Storbritannia”), representert ved Stefan Ossowski, Treasury Solicitor, Treasury Solicitor’s Office, European Division, som partsrepresentant, og Ian Rogers, barrister,
- EFTAs overvåkningsorgan, representert ved Florence Simonetti, Senior Officer, and Fiona Cloarec, Officer, Department of Legal & Executive Affairs,
- Europakommisjonen, representert ved Peter Oliver, Legal Adviser, og Günter Wilms, medlem av Kommisjonens juridiske tjeneste.

Saksøker

Det første spørsmål

14. Saksøker gjør gjeldende at forbudet mot synlig oppstilling av tobakksvarer utgjør “et tiltak med tilsvarende virkning som en kvantitativ restriksjon” på det frie varebytte i henhold til EØS-avtalen artikkel 11. Denne påstand underbygges av to argumenter. Saksøker gjør for det første gjeldende at totalforbudet mot synlig oppstilling er diskriminerende av natur, og dermed utgjør en restriksjon på det frie varebytte i henhold til EØS-avtalen artikkel 11. Dernest hevder saksøker at oppstillingsforbudet innebærer en restriksjon på det frie varebytte fordi det hindrer markedsadgang.

Restriksjon på det frie varebytte i henhold til EØS-avtalen artikkel 11

Forbud mot tiltak som kan begrense den frie bevegelse

15. Når det gjelder anførselen om at oppstillingsforbudet utgjør en restriksjon i henhold til EØS-avtalen artikkel 11, gjør saksøker gjeldende at veiledningen er å finne i artikkel 34 i traktaten om Den europeiske unions virkemåte (“TEUV”), som inneholder en bestemmelse som i det vesentlige er lik EØS-avtalen artikkel 11, om “tiltak med tilsvarende virkning som kvantitative restriksjoner”, og i EU-rettens tolkning av disse bestemmelser.² I henhold til fast rettspraksis betraktes begrepet “kvantitative restriksjoner” å omfatte “[e]nhver af medlemsstaternes bestemmelser for handelen, som direkte eller indirekte, øjeblikkeligt eller potentielt, kan hindre samhandelen i Fællesskabet”.³

² Saksøker viser til en juridisk betenkning av Sir Francis Jacobs, tidligere generaladvokat ved EF-domstolen, om spørsmålene som skal besvares i denne saken. Betenkningen ble forelagt EFTA-domstolen som Vedlegg I til saksøkers skriftlige innlegg.

³ For en definisjon av “kvantitative tiltak” viser saksøker til TEUV artikkel 34 og sak 8/74 *Procureur du Roi mot Benoît og Gustave Dassonville*, Sml. 1974 s. 837(avsnitt 5).

16. Uten hensyn til viktigheten av tiltak som faktisk begrenser det frie varebytte, understreker saksøker nødvendigheten av å gå lengre. Dermed er de potensielle virkninger av den aktuelle lovgivning også relevante. Saksøker gjør gjeldende at dersom lovgivningen kan ha begrensende virkninger, må den anses å ha tilsvarende virkning som en kvantitativ restriksjon.⁴

Diskriminerende tiltak

17. Saksøker gjør gjeldende at nasjonal lovgivning som begrenser eller forbyr visse salgsordninger ikke som sådan utgjør en direkte eller indirekte hindring for handelen mellom medlemsstatene dersom lovgivningen gjelder for alle berørte næringsdrivende og den påvirker markedsføringen av innenlandske produkter og importerte produkter på samme måte.⁵ Slik saksøker ser det, må imidlertid et totalt reklameforbud i seg selv betraktes som en restriksjon på det frie varebytte etter EU-retten.⁶ I henhold til fast rettspraksis kan videre et totalforbud mot reklame for alkoholprodukter betraktes som en restriksjon på det frie varebytte, uten at det trengs noen analyse av de faktiske virkninger av et slikt forbud på et bestemt marked.⁷ Saksøker gjør dessuten gjeldende at et totalt reklameforbud fastsatt i nasjonal lovgivning vil kunne favorisere innenlandske produkter i forhold til importerte produkter fordi forbrukerne vil kjenne de innenlandske produkter bedre enn de importerte.⁸

18. Saksøker anfører at det at det ikke er tobakksproduksjon i Norge, ikke endrer at forbudet mot synlig oppstilling av tobakksprodukter utgjør en hindring av det frie varebytte. Det faktum at det ikke er innenlandsk produksjon, er irrelevant for hvorvidt EØS-avtalen artikkel 11 kommer til anvendelse. Etter saksøkers oppfatning fører dette simpelthen til en situasjon der det omtvistede nasjonale tiltak bare går ut over importerte varer og dermed er en diskriminerende restriksjon på det frie varebytte.⁹

⁴ Saksøker viser til sak C-184/96 *Kommisjonen mot Frankrike*, Sml. 1998 s. I-6197 (avsnitt 17); forente saker 177/82 og 178/82 *Van de Haar* og *Kaveka de Meern BV*, Sml. 1984 s. 1797 (avsnitt 13); og sak 120/78 *Rewe-Zentral mot Bundesmonopolverwaltung für Branntwein "Cassis de Dijon"*, Sml. 1979 s. 649.

⁵ Saksøker viser til forente saker C-267/91 og C-268/91 *Keck og Mithouard*, Sml. 1993 s. I-6097 (avsnitt 16).

⁶ Saksøker viser til uttalelse fra generaladvokat Jacobs i sak C-412/93 *Société d'importation Edouard Leclerc-Siplec mot TF1 Publicité SA, M6 Publicité SA*, Sml. 1995 s. I-179 (avsnitt 50).

⁷ Sak C-405/98 *Gourmet International*, Sml. 2001 s. I-1795 (avsnitt 18, 20 og 21); og sak C-239/02 *Douwe Egberts NV mot Westrom Pharma NV og Christophe Souranis*, Sml. 2004 s. I-7007 (avsnitt 53–54).

⁸ Saksøker viser til *Douwe Egberts*, som sitert over (avsnitt 53).

⁹ Saksøker viser til sak C-391/92 *Kommisjonen mot Hellas*, Sml. 1995 s. I-1621 (avsnitt 17); sak C-416/00 *Morellato og Comune di Padova*, Sml. 2003 s. I-9343 (avsnitt 37); og uttalelse fra generaladvokat Mengozzi i sak C-108/09 *Ker-Optika bt mot ÁNTSZ Dél-dunántúli Regionális Intézet*, dom av 2. desember 2010, ennå ikke i Sml. (avsnitt 67).

19. Følgelig gjør saksøker gjeldende at et forbud mot synlig oppstilling av tobakksvarer av natur er diskriminerende, og at det at det ikke er innenlandsk produksjon, enten er irrelevant eller vil understøtte konklusjonen om diskriminering.

Reklameforbudet og utvidelsen av dette til et forbud mot synlig oppstilling

20. Saksøker hevder at et totalt reklameforbud i seg selv utgjør en restriksjon på det frie varebytte i henhold til EØS-avtalen artikkel 11. Ifølge saksøker gjelder dette prinsipp desto mer i tvisten i den foreliggende sak. Utvidelsen til et forbud mot synlig oppstilling fjerner den eneste gjenværende muligheten for kommunikasjon som tobakksprodusentene hadde for å formidle egenskapene ved tobakksprodukter til forbrukerne. Ettersom reklameforbudet innebærer at forbrukerne bare har mulighet til å få informasjon om tobakksprodukter på utsalgsstedene, innebærer forbudet mot synlig oppstilling at denne siste gjenværende kommunikasjonskanal stenges, slik at det blir umulig for nye importerte merker å etablere seg.

21. Dette innebærer også særlig forskjellsbehandling av importerte merker. De første norske tobakksmerker kom i 1885 og ble produsert i Norge frem til 2008. Lokal skikk og bruk gjør at disse merker har en sterk tilstedeværelse. Oppstillingsforbudet fører til konkurransevridning når det gjelder stillingen for nye importerte merker, da mange av disse er ukjente for forbrukerne.

Oppstillingsforbudet og spesialiserte internettsider som selger tobakk

22. Etter saksøkers oppfatning gjelder oppstillingsforbudet spesialiserte internettsider som utelukkende selger tobakk. Derimot gjelder oppstillingsforbudet ikke spesialforretninger for tobakk som selger tobakksprodukter til forbrukere. Derfor kan spesialiserte internettsider ikke vise sine produkter.

23. Saksøker hevder at denne ramme innebærer at salget behandles forskjellig alt etter om det skjer i en forretning eller på Internett. Saksøker peker på at selv om heller ikke norske tobakksforretninger har tillatelse til å vise produkter på sine nettsider, så kan de gjøre det i forretningene. Slik behandling innebærer indirekte forskjellsbehandling av importerte produkter og har en tilsvarende virkning som en kvantitativ importrestriksjon i henhold til EØS-avtalen artikkel 11.¹⁰ Følgelig er oppstillingsforbudet en større hindring for utenlandske tobakksforretninger enn for norske.

Oppstillingsforbudet er en restriksjon på det frie varebytte ettersom det forhindrer markedsadgang

¹⁰ Det vises til sak C-322/01 *Deutscher Apothekerverband eV og 0800 DocMorris NV, Jacques Waterval, Sml.* 2003 s. I-14887; og *Ker-Optika*, som sitert over.

Tiltak som hindrer markedsadgang for produkter fra andre EØS-stater, utgjør en restriksjon i henhold til EØS-avtalen artikkel 11

24. Ifølge saksøker følger det av rettspraksis at nasjonale tiltak som forhindrer markedsadgang for produkter fra andre medlemsstater, innebærer en restriksjon på det frie varebytte.¹¹ Rettspraksis har derfor klarlagt i hvilket omfang regler kan betraktes som restriksjoner på det frie varebytte i henhold til EØS-avtalen artikkel 11.

25. Det følger av denne rettspraksis, fortsetter saksøker, at enhver regel som i) har som siktemål eller fører til forskjellsbehandling av importerte varer; ii) fastsetter kriterier for importerte varer, eller iii) hindrer adgang for importerte varer til markedet i en medlemsstat, må betraktes som en restriksjon i henhold til EØS-avtalen artikkel 11. I lys av denne analyse må et totalforbud mot synlig oppstilling betraktes som en restriksjon på det frie varebytte fordi det av natur er diskriminerende¹² og forhindrer markedsadgang for importerte produkter.¹³

Oppstillingsforbud og markedshindring

26. Med hensyn til hvordan forbudet hindrer markedsadgang fra andre EØS-stater, gjør saksøker gjeldende at oppstillingsforbudet effektivt hindrer nye merker fra andre EØS-stater i å etablere seg i en del av EØS-området. Når en slik restriksjon pålegges tobakksmarkedet, er det vanskelig for produsentene å bygge opp anerkjennelse for nye merker.¹⁴

27. Saksøker hevder at forbudet hindrer bruken av merker i en slik grad at de ikke kan reklameres for eller fremvises i forretninger eller på nettstedet på noen meningsfull måte. Dermed er det ikke bare vanskelig, men til og med umulig å kommunisere merker før salg, særlig for produkter som de innenlandske forbrukere ikke er kjent med. Merkekommunikasjon, hevder saksøker, er av særlig betydning når markedsføring av tobakksprodukter gjennom reklame er forbudt, et standpunkt som har støtte i en tidligere kommisjonsbeslutning om tobakksindustrien.¹⁵ Der reklameforbudet gjør etableringen på markedet vanskelig, gjør forbudet mot synlig oppstilling det med andre ord umulig for utenlandske merker å etablere seg på markedet, og det er derfor i strid med EØS-avtalen artikkel 11.

¹¹ Det vises til sak C-110/05 *Kommisjonen mot Italia*, Sml. 2009 s. I-519 og sak C-142/05 *Mickelsson og Roos*, Sml. 2009 s. I-4273. Saksøker viser dessuten til uttalelse fra generaladvokat Bot i *Kommisjonen mot Italia* (avsnitt 77–84), og uttalelse fra generaladvokat Geelhoed i *Douwe Egberts*, som sitert over (avsnitt 71).

¹² Saksøker viser til *Keck og Mithouard*, *Gourmet International*, og *Douwe Egberts*, alle som sitert over.

¹³ Saksøker viser til *Kommisjonen mot Italia* og *Mickelsson og Roos*, begge som sitert over.

¹⁴ Det vises til kommisjonsbeslutning i sak COMP/M.2779 – *Imperial Tobacco/Reemtsma Cigarettenfabriken* av 8. mai 2002 (avsnitt 54).

¹⁵ Saksøker viser til kommisjonsbeslutning i sak COMP/M.4581 – *Imperial Tobacco/Altadis* av 18. oktober 2007 (avsnitt 68) til støtte for dette syn.

28. Saksøker foreslår følgende som svar på det første spørsmål:

EØS-avtalen artikkel 11 må forstås slik at et generelt forbud mot synlig oppstilling av tobakksprodukter utgjør et tiltak med tilsvarende virkning som en kvantitativ importrestriksjon.

Det andre spørsmål

29. Når det gjelder det andre spørsmål, gjør saksøker gjeldende at EFTA-domstolen bør – slik det følger av rettspraksis – gi den anmodende domstol veiledning med hensyn til begrunnelsen eller vurderingen av forholdsmessighet som er nødvendig etter EØS-avtalen artikkel 13.¹⁶ Imidlertid anfører saksøker at tidligere avgjørelser ikke har gitt den anmodende nasjonale domstol noen veiledning med hensyn til forholdsmessighetsvurderingen.¹⁷

30. Avgjørelser truffet av nasjonale domstoler som følge av svarene fra EU-domstolen og EFTA-domstolen har gitt forskjellige resultater. Ifølge saksøker er slik motstrid uforenlig med EØS-avtalens grunnleggende mål, nemlig å sikre ensartet anvendelse av reglene for det indre marked i hele EØS-området. Følgelig bør EFTA-domstolen legge frem veiledning i form av detaljerte kriterier for proporsjonalitetsvurderingen.

31. Saksøker mener at proporsjonalitetsvurderingen må omfatte de grunnleggende begreper egnethet og nødvendighet. Følgelig må den berørte stat bevise at restriksjonen er egnet og ikke mer inngripende enn det som er berettiget ut fra allmenne hensyn.¹⁸

32. I tillegg understreker saksøker at andre faktorer er relevante for vurderingen i henhold til EØS-avtalen artikkel 13. Denne bestemmelse må undergis en streng fortolkning ettersom den fraviker prinsippet om fritt varebytte.¹⁹ Det er staten som må bevise at tiltakene er berettiget og at formålet med dem ikke kan oppnås med mindre inngripende alternativer.²⁰ Videre må

¹⁶ Saksøker viser til sak C-73/08 *Bressol m.fl., Chaverot m.fl. mot Gouvernement de la Communauté française*, dom av 13. april 2010, ennå ikke i Sml. Rep (avsnitt 65), samt uttalelse fra generaladvokat Maduro i sak C-434/04 *Ahokainen og Leppik*, Sml. 2006 s. I-9171 (avsnitt 32).

¹⁷ Det vises bl.a. til *Gourmet International*, som sitert over, og den nasjonale domstolens etterfølgende avgjørelse.

¹⁸ Saksøker siterer *Rewe-Zentral*, som sitert over (avsnitt 8); forente saker C-388/00 og C-429/00 *Radiosistemi Srl mot Prefetto di Genova*, Sml. 2002 s. I-5845 (avsnitt 42); *Ahokainen og Leppik*, som sitert over (avsnitt 39); sak C-170/04 *Rosengren m.fl. mot Riksåklagaren*, Sml. 2007 s. I-4071 (avsnitt 47); og forente saker C-34/95, C-35/95 og C-36/95 *Konsumentombudsmannen (KO) og De Agostini (Svenska) Förlag AB og Konsumentombudsmannen (KO) og TV-Shop i Sverige AB*, Sml. 1997 s. I-3843 (avsnitt 47).

¹⁹ Saksøker viser til sak E-4/04 *Pedical AS og Sosial- og helsedirektoratet*, EFTA Ct. Rep. 2005 s. 4 (avsnitt 53), og uttalelse fra generaladvokat Maduro i *Ahokainen og Leppik*, som sitert over (avsnitt 21).

²⁰ Det vises til sak E-3/06 *Ladbrokes Ltd. og Den norske stat ved Kultur- og kirke departementet, Landbruks- og matdepartementet*, EFTA Ct. Rep. 2007 s. 89; sak E-2/06 *ESA mot Norge*, EFTA Ct.

begrunnelsen for et unntak i henhold til EØS-avtalen artikkel 13 ikke være basert på spekulasjon, men på vitenskapelige bevis.²¹

33. Endelig understreker saksøker behovet for at tiltakene som gjennomføres, skal ha et legitimt mål. Selv om saksøker går med på at å redusere røyking er et legitimt mål, fritar ikke dette etter saksøkers mening staten fra å måtte bevise at forbudet tjener sitt mål, og at formålet med det aktuelle tiltaket ikke kan nås med mindre inngripende virkemidler. Dersom et tiltak begrenser handelen med tobakksprodukter, men ikke begrenser forbruket av tobakk eller bidrar til å oppnå statens fastsatte folkehelsemål, kan dette – ifølge saksøker – dermed ikke utgjøre en rettmessig begrunnelse for å fjerne bruken av tobakksmerker slik saksøkte har gjort i den foreliggende sak.

Kriterier for vurderingen av forholdsmessighet

34. Ifølge saksøker må staten legge frem bevis for at de omstendigheter et tiltak retter seg mot, faktisk skaper en risiko for folkehelsen, og på at det omtvistede tiltaket reduserer denne risiko.²²

35. Saksøker gjør gjeldende at det ikke foreligger noen uenighet om det første punktet, altså at tobakksprodukter har en negativ innvirkning på folkehelsen. Når det gjelder det andre punktet, konstaterer saksøker at partene er uenige i den forstand at saksøker mener at synlig oppstilling av tobakksprodukter ikke utgjør noen risiko for folkehelsen med mindre det fører til økt forbruk av tobakk. Etter saksøkers mening er det relevante spørsmålet i foreliggende sak derfor for det første om et forbud mot oppstilling av tobakk på utsalgssteder vil redusere forbruket, og dernest, om så er tilfellet, om denne effekt kan oppnås med andre, mindre inngripende virkemidler.

Egnetetskriterier

36. Saksøker anfører at forbudet mot synlig oppstilling er uegnet for å redusere forbruket av tobakk. I henhold til det omtvistede tiltaket skal tobakksprodukter ikke være synlige på utsalgssteder. Det vil imidlertid ikke berøre deres tilgjengelighet i og med at de vil være lagret i lukkede skap merket "tobakk". Derfor mener saksøker at tiltaket utelukkende er en tilleggsulempe som kun vil ha marginal innvirkning på forbruket.²³ Ettersom det ikke kan antas at oppstillingsforbudet vil ha noen positive effekter, bør saksøkte pålegges å legge

Rep. 2007 s. 167 (avsnitt 88); sak E-1/06 *ESA mot Norge*, EFTA Ct. Rep. 2007 s. 11 (avsnitt 50); og sak E-3/05 *ESA mot Norge*, EFTA Ct. Rep. 2006 s. 104 (avsnitt 61).

²¹ Det vises til sak E-3/00 *ESA mot Norge*, EFTA Ct. Rep. 2000-2001 s. 75.

²² Til støtte for dette synspunktet viser saksøker til *Bressol*, som sitert over (avsnitt 71); sak C-319/06 *Kommisjonen mot Luxembourg*, Sml. 2008 s. I-4323 (avsnitt 51); og sak C-254/05 *Kommisjonen mot Belgia*, Sml. 2007 s. I-4269 (avsnitt 36).

²³ Det vises til *Rosengren*, som sitert over, og sak E-9/00 *ESA mot Norge*, EFTA Ct. Rep. 2002 s. 74 (avsnitt 56–57).

frem bevis for at det å vise tobakksprodukter faktisk skaper en helserisiko, og at det å fjerne synlig oppstilling av tobakk reduserer denne risiko.

Utilstrekkelig bevisførsel fra statens side

37. Saksøker gjør gjeldende at saksøkte ikke har fremlagt tilstrekkelig bevis til støtte for forbudet mot synlig oppstilling. Før forbudet ble innført, anmodet saksøkte et offentlig organ om å utarbeide en rapport om eksisterende litteratur som støtter et oppstillingsforbud, en anmodning som resulterte i en rapport som ga lite støtte til et oppstillingsforbud. Saksøkte har derfor ikke oppfylt kravet om å fremlegge bevis til støtte for forbudet mot synlig oppstilling.

38. Derimot anfører saksøker at det ikke finnes noe kunnskapsgrunnlag for å anta at forbudet mot synlig oppstilling av tobakksprodukter på utsalgssteder vil redusere forbruket av tobakk, eller endog at det finnes noe årsakssammenheng mellom oppstilling av tobakksprodukter på utsalgssteder og oppstart av røyking eller utbredelsen av røyking.²⁴

Erfaringen fra andre jurisdiksjoner

39. Saksøker peker på at oppstillingsforbud har vært innført i andre land, f.eks. Australia, Canada, Island, Irland og Thailand. Disse tiltak og virkningen av dem har vært gjenstand for ulike akademiske studier, som alle har konkludert med at det ikke finnes noe empirisk bevis for at forbud mot synlig oppstilling fører til mindre røyking. Erfaringen fra andre jurisdiksjoner viser derfor at oppstillingsforbud ikke har ført til en reduksjon i forbruket av tobakk.

40. Saksøker viser videre til studier gjennomført i land som har innført forbud mot synlig oppstilling, som har undersøkt effekten av dette. Analysen av utbredelsen av røyking før og etter innføringen av slike forbud mot synlig oppstilling har ikke vist noen forbindelse mellom forbudet og forbruket av tobakk. Særlig gjør saksøker gjeldende at studiene har konkludert med at innføringen av et forbud mot synlig oppstilling ikke har ført til raskere reduksjon i forekomsten av røyking.²⁵

Vurdering av motargumenter

41. Saksøker hevder at forbudet mot synlig oppstilling har utilsiktede konsekvenser idet det oppmuntrer til ulovlig handel med tobakksprodukter, dvs.

²⁴ Saksøker viser til rapporten fra dr. James J. Heckman, Professor of Economics ved University of Chicago, om hvorvidt det er mulig å finne pålitelig dokumentasjon for at det finnes et årsaksforhold mellom oppstilling av sigaretter på utsalgsstedet og oppstart av røyking. Rapporten ble forelagt EFTA-domstolen som Vedlegg 2 til saksøkers skriftlige innlegg.

²⁵ Det vises til rapporter fra dr. Jose Padilla, Research Fellow ved Centre for Economic Policy Research (London) og Centro de Estudios Monetarios y Financieros (Madrid), og fra dr. Gorm Grønnevet, post.doc. ved Norges Handelshøyskole, som undersøkte totalforbudet mot synlig oppstilling i ulike deler av Canada og Island. Disse rapportene ble lagt frem for EFTA-domstolen som Vedlegg 3–5 til saksøkers skriftlige innlegg.

ulovlig tobakk, smuglervarer og falske tobakksmerker. Disse konsekvenser og virkningen av dem på den lovlige handel med tobakk har ikke blitt innrømmet av saksøkte.

42. Saksøker anfører at saksøkte ikke har klart å vise at de påståtte fordeler ved forbudet mot synlig oppstilling ikke blir utlignet av en økning i den ulovlige handel. Ifølge saksøker er en av de negative effekter av forbudet mot synlig oppstilling at billigere, uregulerte tobakksprodukter blir lettere tilgjengelig for unge røykere. Derfor blir folkehelseinitiativer for å redusere forbruket av tobakk undergravd ettersom billige tobakksprodukter blir solgt til ungdom i et uregulert miljø.

Nødvendighetskriteriene

Forpliktelse til å utrede mindre inngripende tiltak

43. Saksøker understreker at EFTA-domstolen bør gi veiledning med hensyn til hva bevisbyrden som ligger på saksøkte innebærer. Dette er, ifølge saksøker, at saksøkte må bevise at fordelene ved et oppstillingsforbud ikke kan oppnås ved bruk av alternative tiltak som virker mindre begrensende på handelen. Dette er spesielt viktig ettersom saksøkte har erkjent at det finnes andre metoder for å redusere tobakksforbruket. Saksøker hevder derfor at staten er forpliktet til å utrede muligheten for å bruke tiltak som virker mindre begrensende på det frie varebytte når det gjelder tobakksprodukter.²⁶

44. Saksøker gjør gjeldende at mindre inngripende tiltak kan bestå av forskrifter som begrenser størrelsen på utstillingen på utsalgssteder, effektiv håndhevelse av eksisterende aldersgrenser og lisens for forhandlerne. Det anføres imidlertid at slike tiltak enten ikke er vedtatt eller ikke blir håndhevet av saksøkte.

Mindre inngripende tiltak for å redusere forbruket av tobakksprodukter

45. Samtidig som saksøker erkjenner at hovedmålet med forbudet mot synlig oppstilling er å redusere tobakksforbruket blant barn og unge, understreker saksøker at det viktigste spørsmål er om forbudet faktisk sikrer dette mål, og om mindre inngripende alternativer kan gjennomføres for å nå det samme mål.

46. Når det gjelder forpliktelsen til å godtgjøre at tiltaket er nødvendig, understreker saksøker at bevisbyrden med hensyn til restriksjonens berettigelse ligger hos saksøkte, særlig dersom andre alternativer er tilgjengelige.²⁷ I denne sammenheng understreker saksøker at streng håndhevelse av aldersgrensen er et

²⁶ Saksøker viser til sak C-320/03 *Kommisjonen mot Østerrike*, Sml. 2005 s. I-9871 (avsnitt 87); uttalelse fra generaladvokat Kokott i sak C-198/08 *Kommisjonen mot Østerrike*, dom av 4. mars 2010, ennå ikke i Sml. (avsnitt 61, 62 og 64); og sak C-216/98 *Kommisjonen mot Hellas*, Sml. 2000 s. I-8921 (avsnitt 30–33).

²⁷ Det vises til *Rosengren*, som sitert over (avsnitt 50 og 55–57).

mindre inngripende tiltak når målet er å hindre forbruk blant unge.²⁸ Etter saksøkers mening viser imidlertid forskning gjennomført av norske offentlige institusjoner at saksøkte ikke håndhever aldersgrensen i tilstrekkelig grad.

47. I tillegg gjør saksøker gjeldende at saksøkte har unnlatt å innføre en lisensordning for forhandlere. Med en slik ordning ville utsalgsstedene måtte ha lisens for å selge tobakksprodukter. Ethvert brudd på lisensvilkårene ville medført tilbaketreking av lisensen. Saksøker hevder at en slik ordning ville vært mindre inngripende enn forbudet mot synlig oppstilling.

Norsk retts ytterliggåenhet og WHO's rammekonvensjon

48. Saksøker gjør gjeldende at selv om et forbud mot synlig oppstilling skulle betraktes som berettiget, så er det omtvistede tiltak unødvendig ytterliggående ettersom det forbyr enhver bruk av merker eller pakker på utsalgssteder. Dermed går forbudet lengre enn tilsvarende forbud i andre land, som Finland og Storbritannia.

49. På dette punkt viser saksøker til holdningen inntatt av det finske parlament. I vurderingen av hvorvidt et tilsvarende forbud mot synlig oppstilling av tobakksprodukter skulle vedtas, konkluderte det finske parlament med at et slikt forbud ville være unødvendig strengt ettersom det ville begrense de næringsdrivendes yringsfrihet i markedsføringen av deres produkter og begrense varemerkeinnhaverens rett til å utnytte sine eiendomsretter i forretningsdriften. Disse vurderinger resulterte i et tiltak som tillater bruk av fargekataloger som inneholder bilder av pakker og varemerker på utsalgssteder.

50. Når det gjelder WHO's rammekonvensjon av 2003 ("WHO-konvensjonen"),²⁹ anfører saksøker at konvensjonen ikke løser saksøkte fra sine forpliktelser i henhold til EØS-avtalen artikkel 11 og 13. Videre fastsetter konvensjonen etter saksøkers mening generelt ikke noen forpliktelse til å vedta lover som er i strid med en stats konstitusjonelle orden og særlig ingen forpliktelse til å innføre et forbud mot synlig oppstilling av tobakksprodukter. Følgelig kan det ikke anses som påkrevd å innføre et forbud mot synlig oppstilling av tobakksprodukter, for å etterkomme reklameforbudet fastsatt i WHO-konvensjonen artikkel 13. Selv om et forbud mot synlig oppstilling ble drøftet mellom konvensjonspartene, førte disse diskusjoner kun til at det ble vedtatt ikke-bindende retningslinjer for gjennomføring av artikkel 13 i WHO-konvensjonen. Dermed foreligger det ingen forpliktelse til å vedta et forbud mot synlig oppstilling. Dersom en EU-stat gjennomfører tiltak innen sin jurisdiksjon på grunnlag av disse retningslinjer, må denne stat, ifølge saksøker, dokumentere

²⁸ Saksøker viser til sak E-9/00 *ESA mot Norge*, som sitert over (avsnitt 56).

²⁹ WHO's rammekonvensjon om tobakksbekjempelse av 21. mai 2003.

at tiltakene er egnet, og at fordelene ved tiltakene ikke kan oppnås ved mindre inngripende tiltak.³⁰

51. Saksøker anmoder EFTA-domstolen om å besvare det andre spørsmål på følgende måte:

EØS-avtalen artikkel 11 og 13 må fortolkes slik at de er til hinder for et generelt forbud mot synlig oppstilling av tobakksprodukter slik som tilfellet er i saken, med mindre den anmodende domstol, etter å ha vurdert alle bevisene i saken, kommer til at forbudet er berettiget i lys av formålet om å redusere forbruket av tobakksprodukter.

Det er de nasjonale myndigheter som skal legge frem tilstrekkelig bevismateriale som underbygger at:

- *forbudet er egnet til å oppnå dette mål, dvs. at forbudet vil redusere forbruket av tobakksprodukter, og at fordelene ved forbudet ikke blir mindre enn dets utilsiktede konsekvenser; og*
- *at forbudet ikke går lenger enn det som er nødvendig for å oppnå dette mål, og at de faktiske fordeler av tiltaket (om det er noen) ikke kan oppnås med mindre inngripende alternativer, som en lisensordning for forhandlere, streng håndhevelse av forbudet mot salg til mindreårige, eller begrensninger knyttet til størrelsen og/eller plasseringen av utstyr for vareplassering hos forhandlerne.*

Saksøkte

Elementer i saksøktes tobakkspolitikk

52. Saksøkte gjør gjeldende at man i flere tiår har hatt en konsekvent, streng tobakkspolitikk og betraktes som en av de ledende nasjoner når det gjelder å utforme politiske tiltak for å redusere forbruket av tobakk. Grunnen til denne politikk er at bruk av tobakk representerer en av de største helserisikoer i verden, idet ca. 15 % av alle dødsfall i Europa skyldes aktiv røyking.³¹ Disse

³⁰ Saksøker viser til sak C-197/08 *Kommisjonen mot Frankrike*, dom av 4. mars 2010, ennå ikke i Sml. (avsnitt 45). Det vises videre til sak C-221/08 *Kommisjonen mot Irland*, dom av 4. mars 2010, ennå ikke i Sml., og sak C-198/08 *Kommisjonen mot Østerrike*, som sitert over.

³¹ Saksøkte viser til ulike kilder når det gjelder dødsfall relatert til tobakksbruk, herunder RAND Europe, *Assessing the Impacts of Revising the Tobacco Products Directive*, September 2010, og WHO, *Global Health Risks. Mortality and burden of disease attributable to selected major risks* (2009). Disse rapportene ble lagt frem for EFTA-domstolen som Vedlegg 2 og 3 til saksøktes skriftlige innlegg.

skadevirkninger gjør tobakksbruk til den største unngåelige årsak til tidlig død i verden.³²

53. Saksøkte understreker at den har brukt lovgivningsmessige tiltak for å gjennomføre sin helhetlige og mangfoldige politikk for å redusere bruken av tobakk. Disse tiltak omfatter et forbud mot reklame for tobakksprodukter, en aldersgrense på 18 år for kjøp av tobakk og påbudt merking av tobakksprodukter. Det siste tiltak ble innført etter offentlige høringer og forskning gjennomført av SIRIUS på de forventede virkninger av det foreslåtte forbud mot synlig oppstilling.³³

54. Saksøkte gjør gjeldende at forbudet mot synlig oppstilling utgjør en integrert del av saksøktes tobakkspolitikk. Hovedhensikten med forbudet er å begrense reklameeffekten av oppstillingen av tobakksprodukter og bidra til å redusere tobakksbruken og tobakksrelaterte helseproblemer. Følgelig er målet med forbudet å redusere antallet røykere i befolkningen generelt og blant barn og unge spesielt. Dessuten kan forbudet gjøre det lettere for folk som prøver å slutte å røyke, eller som har sluttet, å overvinne avhengigheten.

55. Saksøkte peker på at forbudet ikke bare vil ha en direkte effekt på bruken av tobakk, men også ha en indirekte effekt ved å endre holdningen til tobakksprodukter i befolkningen generelt. Plasseringen av farlige produkter sammen med ufarlige produkter på utsalgsstedene kan gi villedende budskap som kan få kundene til å tro at tobakksprodukter ikke er farlige. Dermed vil signaleffekten som forbudet mot synlig oppstilling i siste instans vil føre til, avnormalisere bruken av tobakk over tid i befolkningen generelt.

Tobakksreklame i EU/EØS og WHO

Dagens lovgivning og oppfordring fra lovgiverne i EU

56. Saksøkte anfører at reklame for tobakksprodukter er regulert i EU- og EØS-regelverket. Selv om regelverket verken krever eller forbyr forbud mot synlig oppstilling, er EU-institusjonenes gjentatte oppfordringer til medlemsstatene av spesiell interesse.

57. Saksøkte peker på at de fleste former for tradisjonell markedsføring av tobakksprodukter er forbudt i EU og EØS. I henhold til sekundærretten i EU og EØS kan det ikke reklameres for tobakksprodukter på fjernsyn, ved bruk av

³² Det vises til WHO, *Report on the Global Tobacco Epidemic* (2008) og rådsrekommandasjon 2003/54/EF, EUT 2003 L 22, s. 31, inntatt som Vedlegg 4 til saksøktes skriftlige innlegg for EFTA-domstolen.

³³ SIRUS (Statens Institutt for Rusmiddelforskning) er ifølge saksøkte et forskningsinstitutt som i forskningsspørsmål er uavhengig av offentlige myndigheter, men som formelt sett er underlagt Helse- og omsorgsdepartementet. I tillegg viser saksøkte til Lund & Rise, *Kunnskapsgrunnlaget for forslaget om et forbud mot synlig oppstilling av tobakksvarer* (2008), forelagt EFTA-domstolen som Vedlegg 6 til saksøktes skriftlige innlegg.

audiovisuelle tjenester, i skriftlige publikasjoner eller på radio.³⁴ Det er viktig å understreke at forbudene fastsatt i EU- og EØS-regelverket er minstekrav. Derfor har medlemsstatene myndighet til å innføre strengere regler forutsatt at EU-retten generelt overholdes. Faktisk har både Rådet og Kommisjonen gitt sitt bifall til medlemsstater som har innført strengere regler enn det som er fastsatt i EU-retten.³⁵

58. Dessuten har Rådet, i sine kommentarer til spørsmål i forbindelse med forebygging av røyking, erkjent behovet for omfattende forbud og oppfordret medlemsstatene til å innføre strengere regler enn det som er fastsatt i de ulike direktiver.³⁶ Kommisjonens og Rådets erklæringer er i tråd med EUs aktive deltakelse i WHO's arbeid.³⁷ Saksøkte anfører at særlig Rådets rekommandasjoner bør forstås som en oppfordring til blant annet å forby den reklame som følger av synlige tobakksprodukter på utsalgssteder.³⁸

59. Saksøkte viser til at Kommisjonen har sendt ut et høringsdokument om revisjon av eksisterende rettsakter vedrørende tobakksprodukter.³⁹ Høringsdokumentet beskriver tre mulige alternativer vedrørende tilgangen til tobakksprodukter: 1) Ingen endringer (medlemsstatene beholder sin kompetanse til å begrense tilgangen), 2) kontroll av tilbud og tilgang (alderskontroll, begrenset adgang til salgsautomater og begrenset oppstilling av tobakk på utsalgssteder), og 3) forbud (forbud mot salg på internett til andre land, forbud mot salgsautomater, forbud mot salgsautomater og forbud mot oppstilling på utsalgssteder). Høringsdokumentet erkjenner videre at medlemsstatene har kompetanse til å bestemme hvilket alternativ de ønsker, herunder om de vil vedta et oppstillingsforbud eller ikke.

Forbud mot synlig oppstilling i andre land

³⁴ Saksøkte viser til artikkel 13 i rådsdirektiv 1989/552/EØF av 3. oktober 1989 om samordning av visse bestemmelser om utøvelse av fjernsynsvirksomhet, fastsatt ved lov eller forskrift i medlemsstatene, EFT 1989 L 298, s. 23; europaparlaments- og rådsdirektiv 2003/33/EF av 26. mai 2003 om tilnærming av lovene og forskriftene i medlemsstatene om reklame for og sponning av tobakksvarer, EUT 2003 L 152, s. 16, og artikkel 5, 7 og 8 i europaparlaments- og rådsdirektiv 2001/37/EF av 5. juni 2001 om tilnærming av medlemsstatenes lover og forskrifter om fremstilling, presentasjon og salg av tobakksvarer, EFT 2001 L 194, s. 26.

³⁵ Det vises til Europakommisjonen, *Report on the implementation of the EU Tobacco Advertising Directive* COM(2008) 330 final, s. 5-6, og Europakommisjonen, *Green Paper Towards a Europe free from smoke: policy options at EU level*, COM(2007) 27 final, s. 3.

³⁶ Det vises til rådsrekommandasjon 2003/54/EF av 2. desember 2002 om forebygging av røyking og initiativer for en strengere tobakkskontroll, EFT 2003 L 22, s. 31.

³⁷ Det vises til betraktning 7 og 17 i fortalen til rådsrekommandasjon 2003/54/EF, som sitert over.

³⁸ Rekommandasjon 2a)–f) i rådsrekommandasjon 2003/54/EF, som sitert over.

³⁹ Saksøkte viser til Europakommisjonen, DG SANCO 2010, *Possible revision of the Tobacco Product Directive 2001/37/EC*, offentlig høringsdokument, tilgjengelig på: http://ec.europa.eu/health/tobacco/docs/tobacco_consultation_en.pdf.

60. Saksøkte understreker at andre land har innført forbud mot synlig oppstilling av tobakksprodukter. Island, Irland, Finland og Storbritannia har alle innført forbud mot synlig oppstilling. Disse forbud har det til felles at de betrakter synlig oppstilling av tobakksprodukter som reklame. Derfor betraktes oppstillingsforbudet som en naturlig, integrert del av reklameforbudet som disse land allerede hadde.

61. Ifølge saksøkte bør enhver henvisning fra saksøker til det faktum at andre stater ikke har gjennomført et forbud mot synlig oppstilling betraktes som irrelevant i foreliggende sak, i og med at dette ikke har noen betydning for lovligheten av oppstillingsforbudet. Som tidligere drøftet følger det av EU-retten at den enkelte medlemsstat har kompetanse til å innføre et forbud mot synlig oppstilling. Saksøkers henvisninger til Sverige og Danmark er etter saksøktes oppfatning dessuten feilaktige ettersom saksøkte ikke er kjent med at det har pågått arbeid i disse land for å innføre et forbud mot synlig oppstilling.

WHO's rammekonvensjon

62. Saksøkte understreker at WHO er en særlig viktig aktør i arbeidet for å redusere skadene som forbruket av tobakk påfører befolkningen. WHO-konvensjonen er en hjørnestein i dette arbeid. Selv om konvensjonen først trådte i kraft i 2005, har de fleste stater tiltrådt den. Per januar 2011 er 172 stater parter til konvensjonen, herunder to EFTA-stater, Island og Norge, og 26 EU-medlemsstater.

63. Saksøker viser til at artikkel 13 nr. 2 i WHO-konvensjonen fastsetter en forpliktelse til å innføre et generelt forbud mot alle former for tobakksreklame, salgsfremmende tiltak og sponsing. Begrepet reklame er bredt definert i artikkel 1 bokstav c) i konvensjonen; det dekker enhver form for meddelelse, anbefaling eller påvirkning som har som formål å fremme omsetningen av et tobakksprodukt, enten direkte eller indirekte, eller som har slik virkning eller sannsynlig virkning. Konvensjonen er ledsaget av en rekke retningslinjer; noen er ikke-bindende, andre mer tungtveiende, ettersom de representerer partenes egen forståelse av de forpliktelser de pålegges og den gjennomføring som kreves i forbindelse med den aktuelle artikkel. Saksøkte mener retningslinjene for gjennomføring av artikkel 13 i WHO-konvensjonen faller inn under den sistnevnte kategori.

64. Saksøkte gjør gjeldende at arbeidet som er igangsatt i regi av WHO, herunder formuleringen av artikkel 13 og retningslinjene som klargjør innholdet i artikkelen, understreker det faktum at et reklameforbud må være bredt anlagt for å være effektivt. Retningslinjene tar for seg oppstilling av tobakksprodukter på utsalgssteder og anbefaler vedtakelse av et totalforbud på utsalgssteder. Ifølge retningslinjene faller et slikt forbud inn under konvensjonen artikkel 13 og omfattes av forpliktelsen til å innføre et omfattende forbud mot synlig oppstilling av tobakksprodukter.

Det første spørsmål

65. Saksøkte henleder oppmerksomheten mot det faktum at målet med forbudet mot synlig oppstilling av tobakksprodukter er å begrense reklameeffekten som synligheten av sigarettpakker og andre tobakksprodukter representerer. Derfor gjelder ikke oppstillingsforbudet tobakksprodukter som sådan, men en bestemt form for reklame. Dette leder til den konklusjon at foreliggende sak faller utenfor virkeområdet til prinsippet om produktkrav fastsatt i *Cassis de Dijon*.⁴⁰ Denne sak må snarere vurderes i henhold til rettspraksis som gjelder “nasjonale bestemmelser som begrenser eller forbyr bestemte former for salg”, særlig *Keck og Mithouard*.⁴¹ Denne tilnærming har vært fulgt av EFTA-domstolen⁴² og EU-domstolen⁴³ i en rekke saker.

66. Saksøkte baserer sitt syn på to hovedpoenger. For det første understreker saksøkte at forbudet mot synlig oppstilling gjelder for alle berørte handelsoperasjoner uten hensyn til de berørte parters nasjonalitet. Derfor innebærer det omtvistede forbud ingen forskjellsbehandling. Gitt at det rettslig sett ikke foreligger noen forskjellsbehandling, gjenstår spørsmålet om det faktisk foreligger forskjellsbehandling. Saksøkte gjør gjeldende at det ikke foreligger noen slik forskjellsbehandling i denne sak.⁴⁴ Derneft gjør saksøkte gjeldende at salgsordninger muligens også må underlegges en test vedrørende hindring av markedsadgang. Etter saksøktes oppfatning er imidlertid det omtvistede tiltak klart ikke utformet for å hindre markedsadgang. Skulle saksøker få medhold i anførselen om at ikke-diskriminerende salgsordninger må underlegges en test vedrørende markedshindring, noe saksøkte er uenig i, anfører saksøkte subsidiært at en slik mulig test har betydelig snevrere grenser enn hva saksøker anfører. Under enhver omstendighet må anvendelsen begrenses til situasjoner hvor muligheten for å bruke tobakksprodukter er blitt betydelig redusert.

67. Saksøkte anfører at det ikke er EFTA-domstolen som skal vurdere de faktiske forhold i saken eller vurdere om nasjonal lovgivning er forenlig med EØS-retten. Derfor er det den nasjonale domstol som skal vurdere hvorvidt forbudet mot synlig oppstilling utgjør en restriksjon i strid med EØS-avtalen artikkel 11.⁴⁵ Saksøkte anfører at dersom EFTA-domstolen ikke følger denne

⁴⁰ *Rewe-Zentral*, som sitert over.

⁴¹ *Keck og Mithouard*, som sitert over (avsnitt 16).

⁴² Det vises til sak E-5/96 *Ullensaker kommune m.fl. mot Nille AS*, EFTA Ct. Rep. 1997 s. 32 (avsnitt 23–27); sak E-6/96 *Tore Wilhelmsen AS mot Oslo kommune*, EFTA Ct. Rep. 1997 s. 56 (avsnitt 45); sak E-9/00 *ESA mot Norge*, som sitert over (avsnitt 50); og *Pedicel*, som sitert over (avsnitt 45–46).

⁴³ Det vises f.eks. til *Leclerc-Siplec* (avsnitt 21); *De Agostini og TV-Shop* (avsnitt 40); *Kommisjonen mot Italia* (avsnitt 36); og *Ker-Optika* (avsnitt 51–52), alle som sitert over.

⁴⁴ Saksøkte viser til *Keck og Mithouard*, som sitert over (avsnitt 17).

⁴⁵ Det vises til sak E-1/10 *Periscopos AS mot Oslo Børs ASA og Erik Must AS*, EFTA Ct. Rep. 2009-2010 s. 198 (avsnitt 28); sak C-421/01 *Traunfellner GmbH og Österreichische Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-AG (Asfinag)*, Sml. 2003 s. I-11941 (avsnitt 21–24); og forente saker C-428/06 til C-434/06 *Unión General de Trabajadores de la Rioja (UGT-Rioja) m.fl. mot Juntas Generales del Territorio Histórico de Vizcaya m.fl.*, Sml. 2008 I-6747 (avsnitt 77).

argumentasjon, bør den, ettersom bevisførselen i denne sak har vært begrenset, begrense seg til å gi veiledning med hensyn til relevante argumenter og kriterier.

Fravær av forskjellsbehandling

68. Saksøkte gjør gjeldende at ifølge rettspraksis er den relevante test hvorvidt det foreligger noen form for indirekte forskjellsbehandling.⁴⁶ Forskjellsbehandling er et grunnleggende element i forbudet fastsatt ved EØS-avtalen artikkel 11. Dersom det verken rettslig eller faktisk foreligger forskjellsbehandling, kan en salgsordning ikke anses å utgjøre et tiltak som har tilsvarende virkning som en kvantitativ importrestriksjon etter EØS-avtalen artikkel 11.

69. Saksøkte hevder at dersom det legges til grunn at forbudet mot synlig oppstilling utgjør en salgsordning, vil det foreligge en presumpsjon om at det som sådan faller utenfor virkeområdet til EØS-avtalen artikkel 11. I tillegg hevder saksøkte at det er saksøker som må legge frem dokumentasjon på at forbudet mot synlig oppstilling inneholder diskriminerende elementer i strid med EØS-avtalen artikkel 11.⁴⁷

70. Saksøkte anfører at i mange saker overlater EU-domstolen denne vurdering til den nasjonale domstol, i samsvar med de generelle prinsipper for kompetansefordeling mellom felleskapsdomstolene og nasjonale domstoler.⁴⁸ I noen saker har riktignok EU-domstolen hatt et tilstrekkelig faktagrunnlag til å konkludere med at det ikke foreligger noen diskriminerende elementer.⁴⁹ Saksøkte anførere videre at EU-domstolen lettere har akseptert muligheten for et diskriminerende element dersom restriksjonen i form av salgsordninger eller ordninger vedrørende en bestemt salgsmetode har hatt større betydning for importerte produkter. Ifølge saksøkte skiller disse saker seg imidlertid fra oppstillingsforbudet i den foreliggende sak, idet forbudet rammer alle salgskanaler på samme måte.

71. Saksøkte vedgår at det finnes dommer som fastsetter at strenge regler for markedsføring under visse betingelser kan innebære ulemper for importerte produkter, og anfører at saksøker primært baserer sine anførsler på disse saker. Saksøkte er imidlertid av den oppfatning at selv om tiltakets strenghet er en relevant faktor i vurderingen av hvorvidt det foreligger forskjellsbehandling, gjør ikke dette automatisk at salgsordningen faller inn under virkeområdet til EØS-avtalen artikkel 11. Forskjellsbehandling foreligger bare dersom det strenge

⁴⁶ Det vises bl.a. til *Keck og Mithouard*.

⁴⁷ Det vises til *De Agostini og TV-Shop*, som sitert over (avsnitt 44).

⁴⁸ Det vises til Sak C-20/03 *Burmanjer*, Sml. 2005 I-4133, og Sak C-441/04 *A-punkt Schmuckhandels*, Sml. 2006 I-2093.

⁴⁹ Det vises til Sak C-71/02 *Herbert Karner Industrie-Auktionen GmbH mot Troostwijk GmbH*, Sml. 2004 I-3025 (avsnitt 42), og *Nille*, sitert over (avsnitt 27).

nasjonale tiltak ikke berører utenlandske og innenlandske produkter på samme måte.⁵⁰

72. Saksøkte peker på at praksis eller skikk og bruk i en bestemt stat kan spille en rolle i vurderingen av forskjellsbehandling, særlig dersom disse elementer er knyttet til forbruket av det aktuelle produkt. Dette spørsmål har vært relevant i saker som har dreid seg om alkoholholdige drikker, der det ble lagt til grunn at et totalforbud mot alle former for reklame kunne hemme markedsadgangen for produkter fra andre medlemsstater.⁵¹ Saksøkte er ikke kjent med noen slik praksis eller skikk og bruk på det norske tobakkmarkedet. Dessuten er tobakkmarkedet etter saksøktes oppfatning annerledes enn markedet for alkoholholdige drikker, ikke minst fordi alkoholholdige drikker blir produsert i nesten alle medlemsstater, noe som ikke er tilfellet for tobakk. Når det ikke er tobakksproduksjon i Norge, kan følgelig et forbud mot synlig oppstilling av tobakksprodukter umulig begunstige innenlandske produkter.

73. Saksøkte gjør derfor gjeldende at grunnforutsetningen for saksøkers sak, nemlig at det foreligger forskjellsbehandling til tross for det objektive faktum at det ikke finnes noen sammenlignbare nasjonale produkter, er uholdbar. I stedet er det det motsatte prinsippet som gjelder, nemlig at fraværet av sammenlignbare produkter fører til den konklusjon at det ikke foreligger forskjellsbehandling.⁵² Samtidig vedgår saksøkte at fraværet av norsk tobakksproduksjon ikke som sådan utelukker muligheten for at det kan finnes diskriminerende elementer i en situasjon der det finnes tilsvarende innenlandske produkter.⁵³ Etter saksøktes oppfatning foreligger det i denne sak imidlertid ingen tilsvarende innenlandske produkter som behandles gunstigere.

74. Når det gjelder betydningen av varemerker, er saksøkte enig med saksøker i at tobakksemballasje, herunder varemerker for tobakksmerker, utgjør en viktig del av tobakksprodusentenes kommunikasjon med forbrukerne. Når det er sagt, anfører saksøkte at det er ingen indikasjon på at oppstillingsforbudet først og fremst vil føre til en mindre intens konkurranse mellom merker snarere enn et lavere totalsalg av tobakksprodukter. Når det gjelder saksøkers påstand om virkningen for nye produkter, fastholder saksøkte at et slikt argument ser bort fra at det må foreligge et element av forskjellsbehandling mellom utenlandske og innenlandske produkter. Saksøkte bemerker at både eksisterende og nye produkter kan importeres fra andre stater.⁵⁴

⁵⁰ Det vises til *Keck og Mithouard* (avsnitt 16), og *De Agostini og TV-Shop* (avsnitt 43–44), begge som sitert over.

⁵¹ Det vises til *Gourmet International og Pedicel* (avsnitt 46), begge som sitert over.

⁵² Sak C-383/01 *De Danske Bilimportører og Skatteministeriet, Told- og Skattestyrelsen*, Sml. 2003 s. I-6065 (avsnitt 42).

⁵³ Sak C-391/92 *Kommisjonen mot Hellas* (avsnitt 16–17), og *Morellato* (avsnitt 18), begge som sitert over.

⁵⁴ Det vises til *Gourmet International* (avsnitt 21), og *Pedicel* (avsnitt 46), begge som sitert over.

Markedsadgangen forhindres ikke

75. Saksøkte bemerker at i saker som gjelder salgsordninger, er det avgjørende spørsmål hvorvidt disse ordninger rettslig eller faktisk innebærer forskjellsbehandling. Saksøkte innrømmer imidlertid at under ekstraordinære omstendigheter, der adgangen til markedet forhindres, kan salgsordninger som ikke innebærer forskjellsbehandling potensielt være i strid med EØS-avtalen artikkel 11.⁵⁵

76. Når det gjelder markedsadgang og salgsordninger som ikke innebærer forskjellsbehandling, understreker saksøkte to forhold. For det første har EU-domstolen lagt til grunn en restriktiv forståelse av begrepet markedsadgang. Dette unntak fra kriteriet om forskjellsbehandling er følgelig begrenset til situasjoner der markedsadgangen rettslig og faktisk er mer eller mindre stengt, og er dermed begrenset til nokså få saker.⁵⁶ Derneft har EU-domstolen aldri brukt dette unntak direkte. Tvert imot har den slått fast at nasjonale salgsordninger som vil kunne begrense det totale salgsvolum og følgelig redusere salgsvolumet av varer fra andre medlemsstater, ikke medfører at tiltaket omfattes av TEUV artikkel 34 dersom det rettslig og faktisk ikke innebærer forskjellsbehandling. Ifølge saksøkte er dette unntak derfor bare relevant i ekstraordinære tilfeller der markedet rettslig og faktisk er stengt.⁵⁷

77. Saksøkte er uenig i saksøkers anførsel om at testen som skal anvendes, ikke skal ta hensyn til hvorvidt adgangen til markedet forhindres, men bør bestå i en annen test med fokus på markedshindring. Saksøkte avviser dette synspunkt og hevder at saksøkers syn er basert på en misforståelse av dommene i sakene *Kommisjonen mot Italia* og *Mickelsson og Roos*.⁵⁸ Når det gjelder den første dom gjør saksøkte gjeldende at denne sak underbygger at når det gjelder salgsordninger, er det hindring av markedsadgang, og ikke hvorvidt det foreligger markedshindring, som saksøker påstår, som er den test som må brukes. Når det gjelder den sistnevnte sak, hevder saksøkte at saken ikke er relevant ettersom den ikke gjaldt salgsordninger for, men forbud mot bruk av vannscootere.

Ingen markedshindring

78. Dersom EFTA-domstolen legger til grunn at ikke-diskriminerende salgsordninger som utgjør en markedshindring omfattes av forbudet fastsatt i

⁵⁵ *Keck og Mithouard*, som sitert over (avsnitt 17).

⁵⁶ Det vises til *Gourmet International* (avsnitt 18), *Karner* (avsnitt 51), og *Ullensaker kommune* (avsnitt 23), alle som sitert over.

⁵⁷ Det vises f.eks. til *Leclerc-Siplec*, som sitert over (avsnitt 20), *Karner*, som sitert over (avsnitt 42), og sak C-441/04 *A-punkt Schmuckhandels*, Sml. 2006 s. I-2093 (avsnitt 23–24).

⁵⁸ Saksøkte viser til *Kommisjonen mot Italia*, som sitert over (avsnitt 33–36), og kritiserer særlig saksøkers forståelse av avsnitt 37. Dessuten viser saksøkte til *Mickelsson og Roos*, som sitert over.

EØS-avtalen artikkel 11, gjør saksøkte gjeldende at oppstillingsforbudet ikke fører til slik markedshindring.

79. Saksøkte anfører at testen vedrørende markedshindring fremgår av *Kommisjonen mot Italia og Mickelsson og Roos*. Etter saksøktes mening viser disse saker imidlertid at terskelen for markedshindring er høy, tilsvarende den som gjelder ved spørsmålet om adgangen til markedet forhindres. Det foreligger derfor bare markedshindring dersom forbrukerne praktisk talt ikke har noen interesse av å kjøpe det aktuelle produkt, og vedkommende tiltak forhindrer etterspørsel i markedet.⁵⁹ Videre, fortsetter saksøkte, anses ikke-diskriminerende tiltak å utgjøre en markedshindring i henhold til EØS-avtalen artikkel 11 bare om de forhindrer eller sterkt begrenser bruken av det aktuelle produkt.⁶⁰ Det følger av dette at mildere tiltak faller utenfor virkeområdet til EØS-avtalen artikkel 11.

80. Saksøkte viser til fast rettspraksis og gjør gjeldende at terskelen for en markedshindring er svært høy. Saksøkte anfører at oppstillingsforbudet ikke innebærer noen markedshindring.

81. Saksøkte anmoder EFTA-domstolen om å besvare det første spørsmål på følgende måte:

Et oppstillingsforbud for tobakksprodukter på utsalgssteder som fastsatt i tobakkskadeloven paragraf 5, utgjør ikke et tiltak som har tilsvarende virkning som en kvantitativ importrestriksjon i henhold til EØS-avtalen artikkel 11.

Det andre spørsmål

82. Ettersom det første spørsmål etter saksøktes mening bør besvares benektende, gjør saksøkte gjeldende at EFTA-domstolen bør komme til at det er unødvendig å besvare det andre spørsmål.

83. Om EFTA-domstolen derimot legger til grunn at det er nødvendig å realitetsbehandle det andre spørsmål, gjør saksøkte gjeldende at oppstillingsforbudet er berettiget av hensyn til folkehelsen og må betraktes som forholdsmessig. Saksøkte understreker at EU-domstolen og EFTA-domstolen har vurdert folkehelsen som en legitim målsetning av største betydning. Dette innebærer at det er den enkelte stat selv som skal bestemme beskyttelsesnivå og hvordan dette nivå skal oppnås, samtidig som tiltaket som velges, må stå i forhold til det fastsatte målet.⁶¹

⁵⁹ Det vises til *Kommisjonen mot Italia*, som sitert over (avsnitt 52, 53 og 57).

⁶⁰ Saksøkte viser til *Mickelsson og Roos*, som sitert over (avsnitt 25, 26 og 28).

⁶¹ Saksøkte siterer fra *Ker-Optika* (avsnitt 58), og *Pedicel* (avsnitt 56), begge som sitert over.

84. Saksøkte understreker at de tidligere omtalte anbefalinger fra EU og WHO har betydning i to relasjoner. For det første inneholder disse anbefalinger argumenter og forskning som underbygger at reklame effektivt øker salget av tobakk, at oppstilling av tobakksprodukter innebærer reklame, at forbud mot reklame må være omfattende, og at forbudet vil bidra til å redusere bruken av tobakk blant ungdom og voksne. Dernest inneholder anbefalingene rettslige argumenter som gjør det vanskelig å se hvordan et oppstillingsforbud kan være uforholdsmessig. I tillegg underbygger dokumentene standpunktet om at et omfattende forbud er avgjørende når det gjelder tobakksreklame.

85. Ifølge saksøkte er det klart ut fra spørsmålene som stilles av Oslo tingrett, som anmoder om veiledning med hensyn til relevante kriterier, at det ikke er EFTA-domstolen som skal vurdere de faktiske forhold i saken eller hvorvidt nasjonal lovgivning er forenlig med EØS-retten. Derfor bør EFTA-domstolen bare gi generell veiledning med hensyn til de elementer som skal tas i betraktning.⁶² Av denne grunn har saksøkte lagt frem for EFTA-domstolen momenter vedrørende de relevante folkehelsemål, vedrørende forholdsmessighetstesten generelt, og mer spesifikt vedrørende de relevante tester om oppstillingsforbudets egnethet og nødvendighet.

Legitime mål

86. Forbudet mot synlig oppstilling søker å nå et legitimt mål, nemlig å redusere bruken av tobakk og de alvorlige helseproblemer som tobakksbruk forårsaker. Denne bruk utgjør en grunnleggende risiko for menneskers liv. Saksøkte forventer at oppstillingsforbudet vil ha en umiddelbar effekt, men også at det kan være en ytterligere langtidseffekt i form av at oppstillingsforbudet kan bidra til å endre den generelle holdning til tobakksprodukter, ved å skape et signal om at tobakksprodukter ikke er vanlige produkter på lik linje med andre produkter som er tilgjengelige på utsalgsstedene. Denne signaleffekt er omtalt i forarbeidene som ble formulert i forkant av innføringen av forbudet mot synlig oppstilling og er internasjonalt anerkjent.⁶³

Forholdsmessighetstesten

87. Saksøkte anfører at forholdsmessighetsprinsippet innbefatter egnethets- og nødvendighetskriteriene. Følgelig er de spørsmål som skal behandles, hvorvidt angjeldende tiltak faktisk er egnet til å sikre de aktuelle folkehelsemål, og hvorvidt andre virkemidler kan vurderes som like effektive men mindre restriktive for handelen i EØS-området.

88. Saksøkte bemerker at selv om partene synes å være enige om de grunnleggende elementer ved forholdsmessighetsprinsippet som fastsatt i det

⁶² *Pedical*, som sitert over (avsnitt 57).

⁶³ Det vises til WHO Global Tobacco Epidemic Report 2009, s. 52, og forslaget til tobakksreklamedirektivet, COM(2001) 283 final, s. 9.

ovenstående, synes de å være uenige om EØS-rettens kriterier for hvilken bevisførsel som kreves for å godtgjøre forholdsmessigheten av lovgivningsmessige tiltak. Denne uenighet skyldes at selv om det følger av fast rettspraksis at det påligger nasjonale myndigheter å bevise egnetheten og nødvendigheten av en restriksjon, kan bevisbyrden variere avhengig av hvilken sektor og sak det er tale om. Etter saksøktes oppfatning bør dette også ses i sammenheng med intensiteten i den rettslige prøving, hvor det bør utvises varsomhet i saker som den foreliggende.

89. Ifølge saksøkte tilsier rettspraksis både fra EU-domstolen og EFTA-domstolen vedrørende restriksjoner på alkoholreklame at en forsiktig tilnærming til rettslig overprøving er påkrevet.⁶⁴ Følgelig må plikten til å legge frem bevis ikke anvendes på en slik måte at det blir vanskelig å vedta nye tiltak med sikte på å redusere forbruket av tobakk. Effekten av tobakkskontrolltiltak viser seg typisk gradvis og over tid. Etter saksøktes mening bør dokumentasjonskravene følgelig ikke være strenge, og fremtidige effekter som ikke kan forutses nøyaktig, bør granskes i et forholdsmessighetsperspektiv bare dersom de er åpenbart feilaktige.⁶⁵

90. Følgelig understreker saksøkte at staten ikke kan avkreves sikre bevis, bare bevis for at tiltaket sannsynligvis vil bidra effektivt til å nå det aktuelle mål.⁶⁶ I tillegg, selv om det medgis at relevant dokumentasjon må legges frem, gjør saksøkte gjeldende at EU-domstolen har forkastet synet om at nasjonale myndigheter må være i stand til å legge frem en konkret studie som underbygger forholdsmessigheten av et restriktivt tiltak, før det vedtas.⁶⁷

Egnethetstesten

91. Saksøkte gjør gjeldende at oppstillingsforbudet er egnet om det utgjør et adekvat tiltak for å redusere bruken av tobakk i de gruppene lovgivningen retter seg mot. Egnethetstesten er derfor etter saksøktes oppfatning et bevisspørsmål,

⁶⁴ Det vises til forente saker C-1/90 og C-176/90 *Aragonesa de Publicidad Exterior SA og Publivia SAE mot Departamento de Sanidad y Seguridad Social de la Generalitat de Cataluña*, Sml. 1991 s. I-4151 (avsnitt 16), og *Pedicel* (avsnitt 61), som sitert over.

⁶⁵ Det vises til sak C-504/04 *Agrarproduktion Staebelow GmbH mot Landrat des Landkreises Bad Doberan*, Sml. 2006 s. I-679 (avsnitt 38).

⁶⁶ Uttalelse fra generaladvokat Fennelly i sak C-376/98 *Tyskland mot Parlamentet og Rådet*, Sml. 2000 s. I-8419 og sak C-74/99 *The Queen mot Secretary of State for Health m.fl., ex parte Imperial Tobacco Ltd m.fl.*, Sml. 2000 s. I-8599 (avsnitt 159–160); sak C-491/01 *The Queen mot Secretary of State for Health, ex parte British American Tobacco (Investments) Ltd og Imperial Tobacco Ltd.*, Sml. 2002 s. I-11453 (avsnitt 129); uttalelse fra generaladvokat Tizzano i sak C-262/02 *Kommisjonen mot Frankrike*, Sml. 2004 s. I-6569 (avsnitt 81); og sak E-1/06 *ESA mot Norge*, som sitert over (avsnitt 51).

⁶⁷ Det vises til forente saker C-316/07, C-358/07, C-360/07, C-409/07 og C-410/07 *Markus Stoß, Avalon Service-Online-Dienste GmbH, Olaf Amadeus Wilhelm Happel mot Wetteraukreis og Kulpa Automaten-service Asperg GmbH, SOBO Sport & Entertainment GmbH, Andreas Kunert mot Land Baden-Württemberg*, dom av 8. september 2010, ennå ikke i Sml. (avsnitt 70–72).

eller med andre ord: Er det rimelig å anta at oppstillingsforbudet vil ha en viss effekt?

92. Saksøkte hevder at plikten til å legge frem bevis bør forstås på en måte som ikke er til hinder for at legitime folkehelseiltak kan vedtas. Staten nyter en omfattende skjønnsmargin, herunder til å vurdere hvilke tiltak som sannsynligvis vil kunne bidra til å oppnå en konkret effekt.⁶⁸ I tillegg tilsier rettspraksis at en delvis effekt i en eller flere målgrupper er tilstrekkelig.⁶⁹ Ifølge saksøkte synes EU-domstolen derfor å ha underkjent et tiltaks egnethet bare i saker der effekten av tiltaket vurderes som rent teoretisk.⁷⁰

93. Saksøkte anfører at i vurderingen av egnethet har EU-domstolen og EFTA-domstolen i enkelte tilfeller sett på hvorvidt det nasjonale tiltak er et ledd i en konsistent, helhetlig politikk. Etter saksøktes oppfatning er det unødvendig å forfølge dette spørsmål i denne sak ettersom forbudet mot synlig oppstilling objektivt sett er et ledd i en konsistent, helhetlig tobakkspolitikk.

94. Ettersom egnethetstesten i den foreliggende sak dreier seg om bevisspørsmål, gjør saksøkte gjeldende at EFTA-domstolen bør avstå fra å analysere dette spørsmål nærmere. I stedet bør en henvisning til testen behandlet over utgjøre tilstrekkelig veiledning for den nasjonale domstol. Under enhver omstendighet beskriver saksøkte eksisterende forsknings- og kunnskapsbaserte vurderinger som ifølge saksøkte viser at et oppstillingsforbud vil være effektivt og derfor tilfredsstillende egnethetstesten.⁷¹

Nødvendighetstesten

95. Saksøkte gjør gjeldende at om en nasjonal restriksjon er basert på et legitimt mål begrunnet i allmenne hensyn og betraktes som egnet til å oppnå dette mål, vil den endelige test i henhold til EØS-retten være hvorvidt tiltaket også er nødvendig i den forstand at samme mål ikke kan nås like effektivt med mindre inngripende virkemidler.

96. EFTA-domstolen og EU-domstolen har i tidligere saker allerede redegjort for grunnelementene i nødvendighetstesten. Men ifølge saksøkte vil disse grunnelementer og den særskilte anvendelse av dem variere avhengig av

⁶⁸ Det vises til sak C-394/97 *Heinonen*, Sml. 1999 s. I-3599 (avsnitt 43), uttalelse fra generaladvokat Saggio i samme sak (avsnitt 32), og *Ahokainen og Leppik*, som sitert over (avsnitt 32).

⁶⁹ Saksøkte viser til *Ahokainen og Leppik*, som sitert over (avsnitt 39), og uttalelse fra generaladvokat Maduro i samme sak (avsnitt 24).

⁷⁰ Saksøkte viser til sak C-366/04 *Schwarz mot Bürgermeister der Landeshauptstadt Salzburg*, Sml. 2005 s. I-10139 (avsnitt 35–36).

⁷¹ Saksøkte viser særlig til WHO-rapporten *Global Health Risks. Mortality and burden of disease attributable to selected major risks* (2009); RAND Europe, *Assessing the Impacts of Revising the Tobacco Product Directive* (2010); og Lund *et al*, *Updated report on the knowledge base concerning the prohibition on the display of tobacco products* (SIRUS 2010). Disse rapporter eller relevante deler av dem ble fremlagt for EFTA-domstolen som Vedlegg 2, 3 og 10 til saksøktes skriftlige innlegg.

enkelthetene i den aktuelle sak. Det samme gjelder nivået og intensiteten i prøvingen. Uansett er det etter saksøktes oppfatning slik at om det viser seg at det finnes mindre inngripende virkemidler, er det nasjonale domstoler som skal foreta denne realitetsvurdering.⁷²

97. Saksøkte understreker to forhold når det gjelder bevisbyrden. For det første innebærer ikke bevisbyrden at nasjonale myndigheter må legge frem positive bevis for at ikke noe annet tenkelig tiltak vil kunne være like effektivt. I tillegg er en stats behov for å nå sine legitime mål gjennom generelle og enkle regler, relevant i vurderingen av om andre tenkelige tiltak er tilgjengelige.⁷³ For det andre er det slik at dersom nasjonale myndigheter har vist at et tiltak innen folkehelsesektoren er egnet, kan tiltaket dermed rettfærdiggjøres, med mindre det er åpenbart at folkehelsen kan beskyttes like effektivt med mindre inngripende virkemidler.⁷⁴

98. Saksøkte anfører at plikten til å legge frem bevis typisk flytter seg mellom partene i en tvist.⁷⁵ Imidlertid forkaster saksøkte den påstand saksøker har fremsatt i denne anledning, som følger av saksøkers tolkning av Høyesteretts dom i *Pedicel*-saken.⁷⁶ Slik saksøkte forstår det, synes saksøker å påstå at Høyesterett i *Pedicel*-saken legger bevisbyrden med hensyn til nødvendighet på den private part. Men ifølge saksøktes tolkning understreker Høyesterett i sin begrunnelse at dersom en stat fastsetter et beskyttelsesnivå og har godtgjort at tiltaket er egnet og ved første øyekast nødvendig, må motparten likevel vise at et alternativt tiltak ville vært like virkningsfullt dersom dette tiltak skiller seg fra det omtvistede tiltak bare ved å være mindre omfattende.⁷⁷

99. Saksøkte avviser saksøkers påstand om at målet med oppstillingsforbudet kunne vært like godt oppnådd gjennom mindre inngripende virkemidler, herunder en lisensordning for tobakksforhandlere og strengere håndhevelse av aldersgrensen for kjøp av tobakk. Saksøkte hevder at andre, like effektive tiltak ikke finnes; de alternative tiltak saksøker viser til, ville verken ha fylt hullet som forbudet mot tobakkreklame etterlater, eller bidra til å avnormalisere bruken av tobakk. Ifølge saksøkte er det særlig viktig å fylle det siste hull i forbudet mot tobakksreklame. Bare av denne grunn må reklameforbudet anses som nødvendig.

100. Saksøkte anfører i tillegg at en del av tiltakene saksøker viser til, f.eks. kampanjer i massemedia, er supplementer, ikke alternativer, til

⁷² Saksøkte viser til *Pedicel*, som sitert over (avsnitt 57 og 61).

⁷³ *Kommisjonen mot Italia*, som sitert over (avsnitt 66–67).

⁷⁴ *Pedicel*, som sitert over (avsnitt 61).

⁷⁵ Uttalelse fra generaladvokat Kokott i sak C-8/08 *T-Mobile Netherlands BV m.fl.*, Sml. 2009 s. I-4529 (avsnitt 89).

⁷⁶ Dom av 24. juni 2009, HR 2009-1319-A, Rt. 2009, s. 839.

⁷⁷ Saksøkte viser til Høyesteretts dom i *Pedicel*-saken for å understreke sitt syn på forskjellen mellom bevisførsel og bevisbyrde. Jf. dom av 24. juni 2009, HR 2009-1319-A, Rt. 2009, s. 839 (avsnitt 51–53 og 62).

oppstillingsforbudet. Alle tiltakene gjennomført av saksøkte inngår i en eksisterende tobakkspolitikk. Behovet for en omfattende og mangfoldig tobakkskontrollpolitikk er av største betydning for å motvirke skadevirkningene av bruk av tobakk for folkehelsen. Det er etter saksøktes oppfatning derfor ikke et spørsmål om å velge mellom alderskontroll og oppstillingsforbud, men snarere om hvorvidt alderskontroll og oppstillingsforbud til sammen er mer effektive enn alderskontroll alene. Dermed vil den samlede effekt av flere tiltak føre til økt beskyttelse av folkehelsen.

101. Saksøkte gjør gjeldende at tiltak som ligner oppstillingsforbudet, bare mindre omfattende, må antas å være mindre effektive. Dette gjelder forskrifter som gjelder maksimalareal ved oppstilling av tobakksprodukter eller begrenset synlighet for slike produkter. Saksøker anfører at et totalforbud mot oppstilling av tobakksprodukter er mer effektivt enn ethvert slikt delvis forbud. Saksøkte setter dessuten spørsmålstegn ved hvorvidt noen av de alternative tiltak, f.eks. en lisensordning for forhandlere, faktisk ville være mindre inngripende for tobakkshandelen enn dagens forbud mot synlig oppstilling.

102. Derfor gjør saksøkte gjeldende at oppstillingsforbudet må betraktes som nødvendig, og at andre, mindre inngripende tiltak ikke ville være like effektive med hensyn til å nå det legitime mål om å beskytte folkehelsen. Uansett, fortsetter saksøkte, er det nasjonale domstoler som skal gjennomføre nødvendighetstesten, herunder vurdere hvorvidt det rettslig og faktisk er klart at beskyttelsen av folkehelsen mot skadevirkningene av bruken av tobakk kan sikres like effektivt gjennom tiltak som har mindre innvirkning på handelen innenfor EØS-området.

103. Saksøkte anmoder EFTA-domstolen om å besvare det andre spørsmål på følgende måte:

Forutsatt at den nasjonale domstol konkluderer med at oppstillingsforbudet hører inn under virkeområdet til EØS-avtalen artikkel 11, er forbudet berettiget av hensyn til folkehelsen med mindre det er åpenbart, under de rettslige og faktiske omstendigheter som kjennetegner situasjonen i den aktuelle EØS-stat, at folkehelsen kan beskyttes like effektivt mot skadevirkningene av tobakksbruk med tiltak som har mindre innvirkning på handelen innenfor EØS-området.

Finlands regjering

104. Finlands regjering viser til at Finlands parlament i 2010 vedtok et forbud mot synlig oppstilling som vil tre i kraft i 2012. Det fremste mål med den finske lov er å styrke dagens lovgivning vedtatt i 1976, for å redusere røyking og helseskadene i den forbindelse og sikre seg mer effektive tiltak for å redusere mulighetene for at barn og unge skal begynne å røyke.

105. Finlands regjering bemerker at forbudet mot synlig oppstilling av tobakksprodukter er et av de viktigste elementer i den nye lovgivning. Selv om reklame for tobakksprodukter og andre salgsfremmende aktiviteter har vært forbudt i over tre tiår, er det nye forbud nødvendig fordi den synlige oppstilling av tobakksprodukter har blitt en viktig markedsføringsmetode. Dessuten vekker måten produktene stilles ut på, særlig bekymring. Tobakksproduktene blir som regel plassert ved kassadisen på utsalgsstedene, der produkter beregnet på barn og unge settes. Å plassere produkter som er attraktive for disse grupper, sammen med tobakksprodukter, trekker deres oppmerksomhet mot tobakksproduktene og øker risikoen for at de vil begynne å røyke.

Det første spørsmål

106. Etter den finske regjeringens syn kan et generelt forbud mot synlig oppstilling av tobakksprodukter ikke anses å utgjøre et tiltak med tilsvarende virkning som en kvantitativ importrestriksjon i henhold til EØS-avtalen artikkel 11.

107. Finlands regjering anfører at alle handelsregler som er vedtatt av medlemsstatene, og som direkte eller indirekte kan hindre handelen innenfor Fellesskapet, i henhold til fast rettspraksis skal betraktes som tiltak med tilsvarende virkning som kvantitative importrestriksjoner.⁷⁸ Imidlertid betraktes ikke nasjonale bestemmelser som begrenser eller forbyr visse salgsordninger som restriksjoner dersom bestemmelsene gjelder for alle berørte næringsdrivende som driver virksomhet innenfor det nasjonale territorium, og berører markedsføringen av innenlandske og importerte produkter på samme måte.

108. Finlands regjering er av den oppfatning at det omtvistede oppstillingsforbud bør regnes som en salgsordning. Anvendelsen av oppstillingsforbudet utgjør derfor ikke en hindring på det frie varebytte ettersom forbudet gjelder alle berørte forhandlere som driver virksomhet i Norge, og forbudet påvirker markedsføringen og omsetningen av tobakksprodukter på samme måte, både rettslig og faktisk.⁷⁹ Uansett bør realitetsvurderingen av hvorvidt forbudet rettslig og faktisk påvirker markedsføringen og omsetningen av tobakksprodukter på samme måte, gjøres av den nasjonale domstol. Dette gjelder særlig det siste punkt.

109. Finlands regjering bemerker at saksøker baserer sin sak på sin tolkning av *Gourmet*, særlig punktet om at et omfattende forbud mot markedsføring av alkoholholdige drikker kan hemme markedsadgangen for produkter fra andre medlemsstater mer enn det hemmer adgangen for innenlandske produkter. Regjeringen inntar den holdning at prinsippet fastsatt i nevnte sak ikke får

⁷⁸ Finlands regjering viser til *Dassonville*, som sitert over (avsnitt 5).

⁷⁹ Det vises til *Keck og Mithouard*, som sitert over (avsnitt 16–17), *Kommisjonen mot Italia*, som sitert over (avsnitt 36), og sak C-531/07 *Fachverband der Buch- und Medienwirtschaft mot LIBRO Handels-gesellschaft mbH*, Sml. 2009 s. I-3717 (avsnitt 17).

anvendelse i den foreliggende sak fordi tobakksprodukter i motsetning til alkoholholdige drikker generelt ikke kan betraktes som produkter hvis forbruk er knyttet til tradisjonell sosial praksis og lokal skikk og bruk.

110. Finlands regjering godtar ikke saksøkers anførsel om at forbudet mot synlig oppstilling hemmer adgangen til markedet for nye produkter fra andre EØS-stater til fordel for merker som allerede er etablert. Regjeringen anfører at ingen tobakksprodukter fremproduseres i Norge, og gjør først gjeldende at forbrukerne følgelig ikke kan være mer kjent med innenlandske produkter.⁸⁰ Dernest påvirker oppstillingsforbudet markedsadgangen for nye innenlandske produkter på samme måte som det påvirker markedsadgangen for nye produkter fra andre medlemsstater. Den finske regjering forkaster likeledes påstanden om at oppstillingsforbudet innebærer en markeds hindring, og anfører at den rettspraksis som saksøker viser til, ikke er relevant.⁸¹

111. Følgelig anmoder den finske regjering EFTA-domstolen om å besvare det første spørsmål på følgende måte:

Et generelt forbud mot synlig oppstilling av tobakksprodukter utgjør ikke et tiltak med tilsvarende virkning som en kvantitativ importrestriksjon i henhold til EØS-avtalen artikkel 11.

Det andre spørsmål

112. Ettersom Finlands regjering har konkludert med at svaret på det første spørsmål må bli at det omtvistede tiltak ikke har samme virkning som en kvantitativ restriksjon i henhold til EØS-avtalen artikkel 11, anser den det som unødvendig å besvare det andre spørsmål.

113. Om EFTA-domstolen derimot konkluderer med at et generelt forbud mot synlig oppstilling av tobakksprodukter utgjør et tiltak med tilsvarende virkning som en kvantitativ importrestriksjon, mener Finlands regjering at restriksjonen kan rettferdiggjøres begrunnet ut fra hensynet til vernet om menneskers liv og helse i henhold til EØS-avtalen artikkel 13.

114. Ifølge Finlands regjering er målet for det omtvistede forbud mot synlig oppstilling å redusere bruken av tobakk i befolkningen generelt og blant unge mennesker spesielt. Det er derfor basert på unntaket som er begrunnet i hensynet til folkehelsen, som fastsatt i EØS-avtalen artikkel 13. Selv om folkehelsen er et legitimt mål i henhold til fast rettspraksis, må et slikt mål, for å berettigede et hinder for handelen mellom EØS-stater, oppfylle flere kriterier. Tiltaket må ikke utgjøre et middel for vilkårlig forskjellsbehandling eller en skjult begrensning på handelen mellom medlemsstater. Tiltaket må dessuten være hensiktsmessig for å oppnå målet som søkes oppnådd og ikke gå ut over det som er nødvendig.

⁸⁰ Det vises til *De Agostini og TV-Shop*, som sitert over.

⁸¹ Det vises til *Mickelsson og Roos*, som sitert over.

115. Finlands regjering fremholder tre forhold i relasjon til hensynet til folkehelsen i EØS-avtalen artikkel 13. For det første er regjeringen av den oppfatning at de folkehelsehensyn som de norske myndigheter viser til, ikke er blitt mistolket i forhold til intensjonen.⁸² Dernest anfører regjeringen at forbudet mot synlig oppstilling verken har blitt brukt til å forskjellsbehandle produkter fra andre medlemsstater eller til å beskytte nasjonale produkter. Derfor er forbudet et hensiktsmessig tiltak for å sikre oppnåelse av folkehelsemålet som forfølges.

116. Her anfører Finlands regjering særlig at forbudet er ment å begrense synligheten av tobakksprodukter på utsalgssteder i den hensikt effektivt å redusere risikoen for at barn og unge begynner å røyke. I denne sammenheng er det ifølge regjeringen derfor viktig ved en vurdering av hvorvidt forbudet er et hensiktsmessig tiltak for å sikre oppnåelse av folkehelsemålet, å ta hensyn til at WHO-konvensjonen og dokumenter knyttet til gjennomføringen av den tillater og anbefaler statene å innføre et forbud mot synlig oppstilling. Denne oppfatning er basert på og underbygget av vitenskapelig dokumentasjon. Hvis man tar hensyn til det faktum at forbudet ikke er det eneste tiltaket som er vedtatt for å redusere røyking, er det uansett nesten umulig å bevise den individuelle virkning av forbudet når det gjelder å redusere røyking. Derfor kan det ikke være en forutsetning for å vedta forbudet at det legges frem vitenskapelig dokumentasjon som beviser med sikkerhet at forbudet vil virke. For det tredje gjør regjeringen gjeldende at det er de nasjonale domstoler som skal vurdere hvorvidt forbudet rettslig eller faktisk går ut over det som er nødvendig for å oppnå det fastsatte mål.

117. Når det gjelder andre tiltak som kunne vært brukt som alternativer til forbudet, gjør Finlands regjering gjeldende at selv om disse tiltak kanskje kan redusere bruken av tobakk i befolkningen generelt, kan de ikke betraktes som alternativer til et forbud mot synlig oppstilling. De bør heller betraktes som parallelle tiltak som kan innføres for å oppnå den grad av beskyttelse som søkes. Dessuten har visse mindre inngripende tiltak i praksis vist seg å være ineffektive, noe som fremgår av erfaringen fra andre land.

118. I lys av denne analyse gjør Finlands regjering primært gjeldende at det er unødvendig å besvare det andre spørsmål og mener at EFTA-domstolen subsidiært bør besvare spørsmålet som følger:

Et generelt forbud mot synlig oppstilling av tobakksprodukter er begrunnet ut fra hensynet til vernet om menneskers liv og helse i henhold til EØS-avtalen artikkel 13 med mindre det er åpenbart at målet med forbudet under de rettslige og faktiske omstendigheter som kjennetegner situasjonen i den berørte EØS-stat, kan sikres gjennom tiltak som påvirker det frie varebytte i mindre grad.

⁸² Finlands regjering viser til *Gourmet International*, som sitert over (avsnitt 32), og den rettspraksis som siteres der.

Islands regjering

119. Islands regjering peker på at et forbud mot synlig oppstilling ble gjennomført på Island i 2001. Dette forbud innebærer at tobakk og tobakksmerker må plasseres på en slik måte at de ikke er synlige for forbrukerne. Oppstillingsforbudet har imidlertid blitt påvirket av en høyesterettsavgjørelse i 2006,⁸³ som konkluderte med at forbudet mot synlig oppstilling av tobakk krenket den enkeltes rett til å utøve det yrke man selv ønsker, og individers menings- og trosfrihet som hjemlet i Islands forfatning. Som en følge av dette ble loven som opprettet forbudet mot synlig oppstilling endret, slik at spesialforretninger for tobakk fikk tillatelse til å ha tobakksprodukter synlig for kunder.

120. Islands regjering støtter argumentene fremsatt av saksøkte i den foreliggende sak. Derfor inntar regjeringen det syn at forbudet mot synlig oppstilling av tobakksprodukter er forenlig med EØS-retten, og at det ikke går ut over det som er nødvendig for å nå målet som søkes oppnådd.

Portugals regjering

Det første spørsmål

121. Portugals regjering er av den oppfatning at oppstillingsforbudet begrenser det frie varebytte. Den gjør videre gjeldende at sett i sammenheng med det generelle reklameforbud, vil forbudet mot synlig oppstilling gjøre det uoverkommelig for enhver produsent av tobakksprodukter å introdusere et nytt produkt.

122. Portugals regjering understreker behovet for konkurranse på tobakksmarkedet og anfører at EU-domstolen nylig har kjent ugyldig minstepriskravene som Island, Frankrike og Østerrike hadde innført, alle med henvisning til folkehelsen, da tiltakene kunne undergrave konkurransen.⁸⁴ Regjeringen bemerker videre at Europakommisjonen har erkjent betydningen av merkekommunikasjon i forbindelse med konkurranse og introduksjon av nye merker.⁸⁵

123. Portugals regjering gjør gjeldende at et totalforbud mot all merkekommunikasjon begrenser det frie varebytte og av natur innebærer forskjellsbehandling.⁸⁶ Kombinert med et generelt reklameforbud har et forbud

⁸³ Dom av 6. april 2006, Islands høyesterett, sak nr. 220/2005, H 2006 1689.

⁸⁴ Det vises til sak C-197/08 *Kommisjonen mot Frankrike*, sak C-198/08 *Kommisjonen mot Østerrike* (avsnitt 30), og *Kommisjonen mot Irland* (avsnitt 41), alle som sitert over.

⁸⁵ Portugals regjering viser til sak COMP/M.2779 – *Imperial Tobacco/Reemtsma* (avsnitt 54), og sak COMP/M.4581 – *Imperial Tobacco/Altadis*.

⁸⁶ Portugals regjering viser til uttalelse fra generaladvokat Jacobs i *Leclerc-Siplec* og til *Gourmet International* (avsnitt 21), begge som sitert over.

mot synlig oppstilling av tobakksprodukter alvorlig innvirkning på det frie varebytte.

124. Ifølge Portugals regjering vil en restriksjon, selv om den ikke innebærer forskjellsbehandling, likevel krenke prinsippet om fritt varebytte om den hindrer adgang til markedet.⁸⁷ Etter dens oppfatning hindrer forbudet mot synlig oppstilling adgang til markedet fordi ingen produkter med opprinnelse i andre stater kan introduseres i Norge ettersom de ikke kan reklameres for og ikke en gang stilles ut på utsalgsstedene. Under slike omstendigheter vil markedet uten tvil bli begrenset til det som allerede eksisterer i samsvar med lokal skikk og bruk. Endelig mener regjeringen at dersom EFTA-domstolen tar saksøktes påstand i denne sak til følge, vil dette skape presedens for å tillate medlemsstatene å fryse markedet for et hvilket som helst produkt ved å forhindre adgang til markedet for nye merker.

Det andre spørsmål

125. Portugals regjering anfører at EØS-avtalen artikkel 13 bør tolkes strengt ettersom den utgjør et unntak fra grunnregelen, som fastsetter fritt varebytte.⁸⁸ Derfor må en stat som innfører et tiltak som virker begrensede på handelen, bevise at det både er egnet for å oppnå det aktuelle mål og ikke går ut over det som er nødvendig for å nå det.⁸⁹ I tillegg må staten bevise at tiltaket er nødvendig og forholdsmessig, og at målene ved tiltaket ikke kan nås ved hjelp av tiltak som medfører mindre inngrep i forhold til handelen innenfor EØS-området.⁹⁰ Endelig må det staten påberoper seg som begrunnelse for et bestemt tiltak, underbygges med dokumentasjon på eller en analyse av det vedtatte tiltaks egnethet og forholdsmessighet.⁹¹

126. Portugals regjering er av den oppfatning at selv om det å redusere røyking er et legitimt mål, er det ikke mulig å finne dokumentasjon til støtte for slutningen om at et forbud mot synlig oppstilling reduserer røyking. Fraværet av slik dokumentasjon er viktig i vurderingen av hvorvidt forbudet er forholdsmessig. Etter regjeringens oppfatning er følgende kriterier relevante for vurderingen av hvorvidt et forbud er forholdsmessig: i) hvorvidt staten har godtgjort at forbudet reduserer utbredelsen av røyking, ii) hvorvidt staten har vurdert virkningen av forbud innført i andre stater, iii) hvorvidt staten har vurdert potensielle negative effekter av forbudet på konkurransen og på ulovlig handel, og iv) hvorvidt staten har godtgjort at ingen alternative, mindre inngripende virkemidler for å nå målet om å redusere røyking, er tilgjengelig.

⁸⁷ Det vises til *Mickelsson og Roos* og *Kommisjonen mot Italia* (avsnitt 59), begge som sitert over.

⁸⁸ *Pedicel*, som sitert over (avsnitt 53), sak E-1/94 *Ravintoloitsijain Liiton Kustannus Oy Restamark*, EFTA Ct. Rep. 1994-1995 s. 17 (avsnitt 56), og *Ullensaker kommune*, som sitert over (avsnitt 33).

⁸⁹ Det vises til *Kommisjonen mot Italia*, som sitert over (avsnitt 59).

⁹⁰ Det vises til *De Agostini* og *TV-Shop*, som sitert over (avsnitt 47).

⁹¹ Det vises til *Kommisjonen mot Belgia*, som sitert over (avsnitt 36).

127. Portugals regjering gjør gjeldende at et forbud mot synlig oppstilling vil ha en negativ virkning. Det vil drive forbrukerne mot det illegale marked, et fenomen som allerede vekker bekymring i Europa. Ulovlige tobakksprodukter er billigere enn lovlige produkter og kan føre til en økning i forbruket som vil undergrave innsatsen for å holde barn og unge borte fra røyking. Dessuten, anfører regjeringen, kan et oppstillingsforbud føre til en kraftig begrensning av konkurransen mellom merkene og føre til en konkurranse på pris. Denne konkurransevridning kan i det lange løp føre til lavere priser og økt forbruk.

128. Endelig understreker Portugals regjering at et forbud mot synlig oppstilling er et brudd på ytringsfriheten ettersom det begrenser muligheten for å utnytte et varemerke som et kjennetegn ved produkter som tilbys for salg eller distribueres på annen måte i næringsvirksomhet. Videre vil et totalforbud mot synlig oppstilling krenke friheten til å drive kommersiell virksomhet.

129. I lys av ovenstående analyse anmoder Portugals regjering EFTA-domstolen om å besvare spørsmålene på følgende måte:

Spørsmål 1:

En lovgivning som fastsetter et generelt forbud mot synlig oppstilling av tobakksprodukter, utgjør et tiltak som har tilsvarende virkning som en kvantitativ importrestriksjon, og er forbudt i henhold til EØS-avtalen artikkel 11 da det påvirker markedsadgangen for importerte varer.

Spørsmål 2:

Selv om det å redusere røyking er et prisverdig mål, kan en slik begrensning ikke betraktes som begrunnet ut fra hensynet til folkehelsen i henhold til EØS-avtalen artikkel 13 ettersom det ikke er tilstrekkelig godtgjort at denne restriksjon er det mest egnede og forholdsmessige tiltak for å sikre oppnåelse av målene som forfølges.

Romaniens regjering

130. Romaniens regjering understreker betydningen av å etablere en årsakssammenheng mellom forbruket av tobakksprodukter og hvordan tobakksprodukter oppstilles. Enhver slik årsakssammenheng må bevises ved vitenskapelig forskning. Til tross for at en del produkter er skadelige for folkehelsen, gjør regjeringen gjeldende at statene bør forholde seg til handel på en tilbørlig måte.

131. Romaniens regjering erkjenner at tiltak til beskyttelse av folkehelsen kan innføres med henvisning til føre-var-prinsippet. Etter dens oppfatning ligger det imidlertid i dette prinsippets natur at når medlemsstater innfører tiltak for å beskytte folkehelsen, påligger det disse stater å bevise at slike tiltak er nødvendige.

132. Romanias regjering understreker at det i vurderingen av den begrunnelse for det omtvistede tiltak som saksøkte har fremsatt, må tas hensyn til mulige alternative tiltak som har mindre innvirkning på handelen. Etter regjeringens mening bør Norge derfor vurdere muligheten for å innføre andre, mindre inngripende tiltak for å redusere tobakksforbruket. Ut fra denne analyse vil dagens regime gi produsenter som allerede er til stede på det norske marked, større makt, på bekostning av produsenter som prøver å komme seg inn på det samme marked for å introdusere sine produkter for forbrukerne.

Storbritannia

Det første spørsmål

133. Storbritannia er av den oppfatning at oppstillingsforbudet for tobakk ikke er et tiltak med tilsvarende virkning som en kvantitativ importrestriksjon. Det omtvistede tiltak gjelder hvordan omsetningen av tobakk foregår. Derfor utgjør det en salgsordning slik dette begrep er definert i relevant rettspraksis.⁹² Det faktum at en salgsordning er ment å redusere eller faktisk reduserer salgsvolumet og følgelig importvolumet, er ikke nok til at tiltaket omfattes av EØS-avtalen artikkel 11.

134. Storbritannia gjør gjeldende at saksøker ikke kan godtgjøre at forbudet mot synlig oppstilling rettslig eller faktisk innebærer at markedsføringen av innenlandske tobakksprodukter behandles forskjellig fra markedsføringen av importerte tobakksprodukter. For det første gjelder forbudet mot synlig oppstilling alle berørte næringsdrivende med virksomhet i Norge, og berører markedsføringen av tobakksprodukter på samme måte, uavhengig av deres opprinnelse. Derfor innebærer ikke forbudet noen rettslig forskjellsbehandling. Dernest, som det fastslås i anmodningen fra Oslo tingrett, produseres det ikke tobakk i Norge. Alle tobakksprodukter som selges i Norge, er fremprodusert i andre stater. Dermed blir konklusjonen at det er umulig å vise at det omtvistede tiltak vil påvirke innenlandske produkter på en annen måte enn importerte produkter. Følgelig innebærer ikke forbudet noen faktisk forskjellsbehandling.

135. Storbritannia gjør videre gjeldende at selv om tobakksprodukter hadde vært fremprodusert i Norge, så ville enhver påstått vanskelighet oppstillingsforbudet hadde medført, gjelde for alle produkter, uavhengig av opprinnelse. Etter Storbritannias oppfatning bør enhver henvisning til rettspraksis når det gjelder begrensninger på reklame for alkoholholdige drikker, der forbruksmønstrene er knyttet til sosial praksis og lokal skikk og bruk, vurderes kritisk på grunn av de forskjeller som finnes mellom tobakksmarkedet og alkoholmarkedet i denne relasjon.⁹³ Storbritannia gjør gjeldende at sosial praksis og lokal skikk og bruk ikke er relevant for forbruket av tobakksprodukter.

⁹² Storbritannia viser til *Keck og Mithouard*, som sitert over.

⁹³ Det vises til *Gourmet International*, som sitert over (avsnitt 21).

136. Storbritannia understreker at et forbud mot synlig oppstilling regulerer atferden for alle utsalgssteder og gjelder for alle tobakksprodukter. Derfor, ettersom EØS-avtalen artikkel 11 ikke får anvendelse på lovgivning som begrenser distribusjonen ved å forby reklame, og som berører alle næringsdrivende i distribusjonssektoren på samme måte,⁹⁴ kommer ikke forbudet mot synlig oppstilling inn under virkeområdet til EØS-avtalen artikkel 11.

137. Videre gjør Storbritannia gjeldende at EØS-avtalen artikkel 11 ikke får anvendelse på nasjonal lovgivning i) som ikke skiller mellom opprinnelsen til varene den får anvendelse på, ii) hvis formål ikke er å regulere varehandelen med andre medlemsstater, og iii) hvis begrensende virkning på varebyttet er altfor usikker og indirekte til at den forpliktelse den fastsetter, kan anses å være av en art som hindrer handelen mellom medlemsstatene.⁹⁵ Storbritannia anfører at det omtvistede forbud mot synlig oppstilling oppfyller disse kriterier.

Det andre spørsmål

138. Storbritannia støtter saksøktens holdning, nemlig at det er tilstrekkelig, alle tilgjengelige kilder tatt i betraktning, at det er rimelige grunner til å anta at oppstillingsforbudet for tobakk vil fremme forbudets mål. I tillegg slutter Storbritannia seg til saksøktens påstand om at det er den nasjonale domstol som skal vurdere egnetheten av forbudet mot synlig oppstilling.

139. Når det gjelder den tilnærming som bør anlegges ved vurderingen av egnetheten og nødvendigheten av tobakskontrolltiltak som søkes begrunnet i hensynet til folkehelsen i henhold til EØS-avtalen artikkel 13, anfører Storbritannia at staten har en bred skjønnsmargin, og at EFTA-domstolen ikke bør gripe inn med mindre tiltaket må anses som åpenbart urimelig eller åpenbart uegnet i relasjon til det oppsatte mål. Derfor er det staten som skal vurdere hvilket beskyttelsesnivå som skal oppnås.⁹⁶ Det følger av dette prinsipp at verken EU-domstolen eller EFTA-domstolen skal undersøke i hvilken grad helsefordelene som det omtvistede tiltak vil medføre, er større enn eventuelle skadevirkninger.

140. Storbritannia peker på at man konsekvent har fastholdt at beskyttelse av menneskers liv og helse er blant de viktigste hensyn som kan begrunne et unntak fra det frie varebytte.⁹⁷ Etter Storbritannias oppfatning må imidlertid de nasjonale lovgivere og Unionens lovgivere innrømmes en bred skjønnsmargin på folkehelseområdet, med de politiske, økonomiske og sosiale valg basert på komplekse vurderinger, som dette medfører. Lovligheten av et tiltak vedtatt på folkehelseområdet kan derfor bare trekkes i tvil om tiltaket vurderes som

⁹⁴ Det vises til *Leclerc-Siplec* og *Keck og Mithouard*, begge som sitert over.

⁹⁵ Storbritannia viser til sak C-372/92 *Peralta*, Sml. 1994 s. I-3453 (avsnitt 23).

⁹⁶ Sak C-262/02 *Kommisjonen mot Frankrike* (avsnitt 24), og *Pedicel*, begge som sitert over.

⁹⁷ Det vises til *Deutscher Apothekerverband*, som sitert over.

åpenbart uegnet. Det følger av dette at EFTA-domstolen ikke bør gripe inn i de nasjonale lovgiveres vurdering med mindre forbudet mot synlig oppstilling vurderes som åpenbart uegnet.⁹⁸

141. Uansett peker Storbritannia på at veiledning med hensyn til hvilken tilnærming som bør velges, er å finne i *Aragonesa*. I denne sak ble det for det første lagt til grunn at alkoholreklame fungerte som oppmuntring til forbruk, og at regler som begrenset reklame for alkoholholdige drikker for å bekjempe alkoholisme, gjenspeilte hensynet til folkehelsen, og for det andre – i mangel av felles eller harmoniserte regler som regulerer reklame for alkoholholdige drikker – at medlemsstatene hadde skjønnsmyndighet til å fastsette graden av beskyttelse såfremt grensene fastsatt i traktaten og forholdsmessighetsprinsippet ble overholdt.⁹⁹ Storbritannia bemerker at EU-domstolen i denne sak anså at det nasjonale tiltak ikke syntes å være åpenbart urimelig.¹⁰⁰

142. Når det gjelder EØS-avtalen artikkel 13, særlig dersom fordelene ved et tiltak ikke kan vurderes nøyaktig, anfører Storbritannia at det at det er forskjellige oppfatninger om virkningene av et tiltak, ikke innebærer at lovgiverne går ut over grensene for sin skjønnsmyndighet når de foretrekker ett syn fremfor et annet. Denne meningsforskjell betyr ikke at lovgiverne ikke har hatt gode grunner til å handle som de har gjort.¹⁰¹ I så henseende er det avgjørende ikke det at det foreligger motstridende dokumentasjon, men hvorvidt det foreligger tilstrekkelig dokumentasjon som det kan sies at lovgiverne har hatt rimelige grunner til å handle på grunnlag av.¹⁰²

143. Når det gjelder påstanden om at mindre inngripende tiltak ville kunne bidra til å oppnå samme mål, anfører Storbritannia at saksøkte vurderer alternativene som saksøker viser til, som mindre effektive når det gjelder å beskytte barn, avnormalisere bruken av tobakk og hjelpe voksne til å slutte å røyke.¹⁰³ I denne forbindelse understreker Storbritannia at bevisbyrden ikke kan anses å være så omfattende at den ville kreve at en stat positivt beviser at ingen

⁹⁸ Sak C-210/03 *The Queen, on the application of: Swedish Match AB og Swedish Match UK Ltd mot Secretary of State for Health*, Sml. 2004 s. I-11893 (avsnitt 47–48).

⁹⁹ *Aragonesa de Publicidad Exterior*, som sitert over (avsnitt 14–18).

¹⁰⁰ Det vises også til sak C-262/02 *Kommisjonen mot Frankrike*, som sitert over (avsnitt 30–39); sak C-429/02 *Bacardi France SAS, tidligere Bacardi-Martini SAS mot Télévision française 1 SA (TF1), Groupe Jean-Claude Darmon SA og Giro Sport SARL*, Sml. 2004 s. I-6613 (avsnitt 36–40), og uttalelse fra generaladvokat Tizzano i sistnevnte sak (avsnitt 78–80), om anvendelsen av forholdsmessighetsprinsippet i saker som vedrører folkehelsen. Storbritannia viser dessuten til uttalelse fra generaladvokat Geelhoed i *British American Tobacco*, som sitert over (avsnitt 230), og hans felles uttalelse i sak C-434/02 *Arnold André GmbH & Co. KG mot Landrat des Kreises Herford*, Sml. 2004 s. I-11825 og *Swedish Match*, som sitert over (avsnitt 111–112).

¹⁰¹ Storbritannia viser til uttalelse fra generaladvokat Fennelly i sak C-376/98 *Tyskland mot Parlamentet og Rådet*, som sitert over (avsnitt 160).

¹⁰² Samme sted, (avsnitt 162).

¹⁰³ Storbritannia viser til uttalelse fra generaladvokat Geelhoed i *Swedish Match*, som sitert over (avsnitt 55).

andre tenkelige tiltak ville kunne gjøre at dets legitime mål ble nådd under de samme omstendigheter.¹⁰⁴

144. Storbritannia erkjenner at det ikke er til å unngå at markedsaktørens frihet påvirkes negativt når et forbud mot synlig oppstilling av tobakksprodukter gjennomføres. Etter dens oppfatning er imidlertid beskyttelsen av folkehelsen et allment hensyn som de nasjonale lovgivere må være i stand til å beskytte fullt ut. Dette allmenne hensyn er så viktig at når det gjelder lovgivernes vurdering må andre faktorer, f.eks. markedsaktørens frihet, komme i annen rekke.¹⁰⁵

145. Av grunnene som det er redegjort for i det ovenstående, anmoder Storbritannia EFTA-domstolen om å besvare spørsmålene fra Oslo tingrett på følgende måte:

(1) *EØS-avtalen artikkel 11 skal ikke forstås slik at et generelt forbud mot synlig oppstilling av tobakksprodukter utgjør et tiltak med tilsvarende virkning som en kvantitativ importrestriksjon på det frie varebytte.*

(2) *Det kriterium som skal anvendes i en sak som gjelder lovligheten av et forbud mot oppstilling av tobakksprodukter, er hvorvidt det var åpenbart uriktig av de nasjonale lovgivere å konkludere med at oppstillingsforbudet for tobakk kan bidra til å nå folkehelsemålet om å redusere bruken av tobakk i befolkningen generelt og blant unge mennesker spesielt.*

EFTAs overvåkingsorgan

Det første spørsmål

146. EFTAs overvåkingsorgan ("ESA") viser til EU-domstolens rettspraksis, som medfører at alle handelsregler gjennomført av medlemsstatene og som direkte eller indirekte, aktuelt eller potensielt, kan hindre handelen innenfor Fellesskapet, skal betraktes som tiltak med tilsvarende virkning som kvantitative importrestriksjoner i henhold til EØS-avtalen artikkel 11.¹⁰⁶ ESA bemerker imidlertid at EU-domstolen tok for seg regelen på nytt og avklarte dens anvendelsesområde.¹⁰⁷ EU-domstolen fant at salgsordninger ikke skal betraktes slik at de direkte eller indirekte, aktuelt eller potensielt, hindrer handelen mellom medlemsstatene dersom bestemmelsene som gjelder disse ordninger, får anvendelse for alle berørte næringsdrivende som driver virksomhet på det nasjonale territorium, og rettslig og faktisk berører markedsføringen av

¹⁰⁴ Det vises til *Kommisjonen mot Italia*, som sitert over (avsnitt 66–67).

¹⁰⁵ Det vises til uttalelse fra generaladvokat Geelhoed i *British American Tobacco*, som sitert over (avsnitt 229).

¹⁰⁶ ESA viser til *Dassonville* (avsnitt 5), *Kommisjonen mot Italia* (avsnitt 33), og *Ker-Optika* (avsnitt 47), alle som sitert over.

¹⁰⁷ ESA viser til *Keck og Mithouard*, som sitert over (avsnitt 16–17).

innenlandske og importerte produkter på samme måte. Følgelig omfattes ikke salgsordninger av TEUV artikkel 34, som tilsvarer EØS-avtalen artikkel 11.

147. ESA gjør gjeldende at avklaringen fra EU-domstolen medfører en tre-trinnstest, nemlig: 1) hvorvidt den aktuelle lovgivning utgjør en “salgsordning”, 2) hvorvidt den nasjonale bestemmelse gjelder for alle berørte næringsdrivende på det nasjonale territorium, og 3) hvorvidt tiltakene rettslig og faktisk berører markedsføringen av innenlandske og importerte produkter på samme måte.

148. Når det gjelder det første punkt, anfører ESA at synlig oppstilling av tobakksprodukter bør betraktes som en form for reklame og salgsfremmende tiltak. Derfor er oppstilling av tobakksprodukter et grunnleggende virkemiddel for å markedsføre tobakk. Ethvert reklameforbud som berører markedsføringen av et tobakksprodukt, utgjør, i henhold til rettspraksis, en salgsordning.¹⁰⁸ Saken ville stilt seg annerledes om emballasjen eller merkingen av importerte produkter måtte endres.¹⁰⁹ I så tilfelle ville det omtvistede tiltaket ikke kunne betraktes som en salgsordning. Dette er imidlertid ikke tilfellet i den foreliggende sak. Det omtvistede forbud krever ikke at tobakksprodukter reemballeres eller endres på noen måte. Produktene skal ganske enkelt holdes skjult fra synlig oppstilling.

149. Med hensyn til det andre punkt gjør ESA gjeldende at forbudet gjelder alle utsalgssteder som ikke utelukkende selger tobakksprodukter, til sammen 15 000–18 000 utsalgssteder. Det eneste unntaket fra forbudet mot synlig oppstilling er for spesialforretninger for tobakk. Men ettersom det er tale om et meget lite antall, anfører ESA at forbudet mot synlig oppstilling bør anses i praksis å gjelde for alle næringsdrivende på det aktuelle territorium.

150. Når det gjelder det tredje punkt, kan saken etter ESAs oppfatning deles i to. For det første må det vurderes hvorvidt det omtvistede tiltak *rettslig* berører markedsføringen av innenlandske produkter og produkter fra andre medlemsstater på samme måte. Dernest må det vurderes hvorvidt det omtvistede tiltak *faktisk* berører markedsføringen av innenlandske produkter og produkter fra andre medlemsstater på samme måte.

151. ESA er av den oppfatning at den første del, som gjelder det omtvistede tiltaks *rettslige* virkning, bare kan besvares bekreftende. Ettersom oppstillingsforbudet gjelder for alle tobakksprodukter uavhengig av deres opprinnelse, berører det omtvistede tiltak *rettslig sett* markedsføringen av innenlandske produkter og produkter fra andre stater på samme måte. Imidlertid er den andre del mer komplisert og må analyseres fra tre ulike synsvinkler, nemlig: 1) om det er avgjørende at det ikke finnes innenlandske produkter, 2) om oppstillingsforbudet er et regelrett reklameforbud til fordel for innenlandske produkter, og 3) om eventuelle restriksjoner på adgangen til det norske marked

¹⁰⁸ Det vises til *De Agostini og TV-Shop* og *Gourmet International*, begge som sitert over.

¹⁰⁹ Det vises til *Keck og Mithouard*, som sitert over (avsnitt 37), og sak C-12/00 *Kommisjonen mot Spania*, Sml. 2003 s. I-459 (avsnitt 76).

for importerte produkter er tilstrekkelig til at oppstillingsforbudet kan karakteriseres som et tiltak med tilsvarende virkning som en kvantitativ importrestriksjon.

152. ESA behandler spørsmålene etter tur. Når det gjelder det første spørsmål, fremholder ESA at det faktisk at det ikke er innenlandsk produksjon, ikke er avgjørende for om det norske tiltak er i strid med EØS-avtalen artikkel 11.¹¹⁰ Når det gjelder det andre spørsmål, mener ESA at i betraktning av den informasjon som er gitt i anmodningen om rådgivende uttalelse, synes det ikke sannsynlig at oppstillingsforbudet vil medføre at innenlandske produkter behandles annerledes enn produkter importert fra andre EØS-stater.¹¹¹ Til det tredje spørsmål anfører ESA at EU-domstolen aldri har ansett en salgsordning for å falle inn under EØS-avtalen artikkel 11 / TEUV artikkel 34 utelukkende fordi det er sannsynlig at ordningen vil hindre markedsadgang for importerte produkter, uavhengig av om ordningen også får betydning for innenlandske produkter. EU-domstolen har alltid vurdert hvorvidt det var sannsynlig at tiltaket ville hindre markedsadgangen for importerte produkter mer enn for innenlandske produkter.¹¹²

Det andre spørsmål

153. ESA anfører at selv om det omtvistede oppstillingsforbud anses å omfattes av EØS-avtalen artikkel 11, kan det rettferdiggjøres av hensyn til folkehelsen i henhold til EØS-avtalen artikkel 13.

154. ESA understreker at i henhold til fast rettspraksis har statene fått medhold når de har gjort gjeldende at restriksjoner på reklame for særskilte produkter som betraktes som helseskadelige, kan rettferdiggjøres av hensyn til folkehelsen. ESA peker på at det er EØS-statene som skal fastsette et hensiktsmessig nivå for beskyttelse av menneskers helse.¹¹³

155. ESA bemerker at det omtvistede tiltak er del av en sammenhengende politikk for å redusere forbruket av tobakk. Forbudet mot synlig oppstilling inngår i et regime som har vært på plass siden 1975. Etter ESAs mening var det, i lys av totalforbudet mot reklame som ble innført før det omtvistede tiltak, bare logisk å innføre et forbud mot synlig oppstilling for å gripe fatt i det siste store markedsføringsmoment, nemlig den synlige oppstilling av tobakk. På samme måte er unntaket for spesialforretninger for tobakk berettiget idet kundene i disse utsalgssteder allerede har bestemt seg for å kjøpe tobakk før de går inn.

¹¹⁰ Det vises til sak C-391/92 *Kommisjonen mot Hellas* (avsnitt 17–18), og *Morellato* (avsnitt 37), begge som sitert over.

¹¹¹ ESA viser til *Leclerc-Siplec* og *Gourmet International*, begge som sitert over, og uttalelse fra generaladvokat Jacobs i sistnevnte sak (avsnitt 35–36).

¹¹² Det vises til *Leclerc-Siplec*, *De Agostini* og *TV-Shop*, *Gourmet International* og *Morellato*, alle som sitert over.

¹¹³ Det vises til sak 152/78 *Kommisjonen mot Frankrike*, Sml. 1980 s. 2299; *Aragonesa de Publicidad Exterior*, som sitert over, og sak C-380/03 *Tyskland mot Parlamentet og Rådet*, Sml. 2006 s. I-11573 (avsnitt 40).

156. Når det gjelder hvorvidt mindre inngripende tiltak finnes eller ikke, viser ESA til hovedformålet med forbudet mot synlig oppstilling, nemlig å forhindre at kundene på et bestemt utsalgssted blir stilt overfor tobakksprodukter, en situasjon som kan få slike kunder til å kjøpe tobakk på impuls. Etter ESAs oppfatning ville de alternative og etter sigende mindre inngripende tiltak saksøker viser til, ikke bidra til å oppnå samme beskyttelsesnivå ettersom disse alternativer hovedsakelig tar sikte på å avskrekke unge mennesker fra å røyke. Forutsatt at målet med tiltaket er legitimt, kan ikke ESA se hvilke andre, mindre inngripende tiltak som kunne vært innført.

157. I lys av disse betraktninger anmoder ESA EFTA-domstolen om å besvare spørsmålene fra Oslo tingrett på følgende måte:

EØS-avtalen artikkel 11 er ikke til hinder for nasjonale tiltak slik som et oppstillingsforbud for tobakksprodukter som utgjør en salgsordning som ikke fører til at innenlandske produkter behandles annerledes enn produkter importert fra andre avtalestater. Uansett ville slike tiltak, om de ble betraktet som tiltak med tilsvarende virkning, omfattes av unntaket som er begrunnet i folkehelsen.

Europakommisjonen

Det første spørsmål

158. Ifølge Europakommisjonen (“Kommisjonen”) kan et oppstillingsforbud for et produkt betraktes som et reklameforbud, bare i en mer radikal form. Derfor er rettspraksis som gjelder begrensninger på reklame, av direkte relevans i denne sak. Videre fremholder Kommisjonen at et oppstillingsforbud, på samme måte som en begrensning på reklame, må betraktes som en salgsordning. Dersom det verken rettslig eller faktisk foreligger noen forskjellsbehandling, faller det utenfor virkeområdet til TEUV artikkel 34 og EØS-avtalen artikkel 11.¹¹⁴

159. Ifølge rettspraksis kan imidlertid et reklameforbud rent faktisk innebære forskjellsbehandling av importerte produkter, eller i realiteten utgjøre forskjellsbehandling.¹¹⁵ Etter Kommisjonens oppfatning ville det omtvistede forbud vært i strid med EØS-avtalen artikkel 11 dersom det hadde vært produksjon av tobakksprodukter i Norge. Men i og med at det ikke fremproduseres tobakk i Norge, kan det omtvistede forbud ikke anses å diskriminere importerte produkter.¹¹⁶ Av disse grunner gjør Kommisjonen gjeldende at det omtvistede forbud mot synlig oppstilling av tobakksprodukter

¹¹⁴ Kommisjonen viser til *Keck og Mithouard*, som sitert over (avsnitt 16).

¹¹⁵ Det vises til *De Agostini og TV-Shop* (avsnitt 42–44), og *Gourmet International* (avsnitt 21), begge som sitert over.

¹¹⁶ Det vises til sak C-391/92 *Kommisjonen mot Hellas*, som sitert over, og sak C-47/88 *Kommisjonen mot Danmark*, Sml. 1990 s. I-4509 (avsnitt 10).

ikke utgjør et tiltak med tilsvarende virkning i henhold til EØS-avtalen artikkel 11.

160. På den annen side erkjenner Kommisjonen at selv om det ikke produseres noe innenlandsk tobakk, innebærer et oppstillingsforbud store begrensninger da det kan kvele konkurransen mellom merkene og gjøre det vanskelig for nye produkter å komme inn på markedet. Derfor anser Kommisjonen at det kan hevdes, på grunnlag av *Kommisjonen mot Italia*,¹¹⁷ at et slikt forbud kan utgjøre et tiltak med tilsvarende virkning ettersom det hindrer markedsadgang. Men i lys av det Kommisjonen foreslår som svar på det andre spørsmål, ser Kommisjonen ikke behov for å begi seg inn på dette område, som ville innebære en analyse av forhold som er spesifikke for tobakksprodukter.

Det andre spørsmål

161. Kommisjonen anfører at EU-domstolen har erkjent at begrensninger på reklame for helseskadelige produkter kan være begrunnet ut fra hensynet til folkehelsen i og med at de bidrar til å redusere forbruket.¹¹⁸

162. Kommisjonen gjør gjeldende at oppstillingsforbudet både er nødvendig og forholdsmessig fordi samme beskyttelsesnivå ikke kan oppnås med mindre inngripende virkemidler. Norge hadde anledning til å bestemme at det var nødvendig å begrense synligheten av tobakksprodukter i tillegg til det generelle reklameforbud som allerede var på plass. Kommisjonen ser det slik at virkningen av oppstillingsforbudet når det gjelder å beskytte barn og unge og å støtte dem som prøver å slutte å bruke tobakk, ikke kan oppnås med andre, mindre inngripende virkemidler.

163. Endelig anfører Kommisjonen at unntaket for spesialforretninger for tobakk ikke er til hinder for at den omtvistede lovgivning er berettiget av hensyn til folkehelsen. Oppstilling av tobakksprodukter i slike spesialforretninger for tobakk kan ikke forventes å oppmuntre kunder til å kjøpe varer de ellers ikke ville kjøpt. Denne antakelse er basert på det faktum at personer som går inn i slike forretninger, har bestemt seg for å kjøpe eller svært sannsynlig vil kjøpe tobakksprodukter uten hensyn til om tobakken er oppstilt.

164. I lys av disse bemerkninger mener Kommisjonen at spørsmålene bør besvares som følger:

1. *Et generelt forbud mot synlig oppstilling av tobakksprodukter utgjør ikke et tiltak med tilsvarende virkning i henhold til EØS-avtalen*

¹¹⁷ Kommisjonen viser til *Kommisjonen mot Italia*, som sitert over. Det vises også til *Rewe-Zentral og Keck og Mithouard*, begge som sitert over.

¹¹⁸ Kommisjonen viser til sak 152/78 *Kommisjonen mot Frankrike og Aragonesa de Publicidad Exterior*, begge som sitert over.

artikkel 11 dersom ingen slike produkter produseres på territoriet til den berørte avtalepart.

2. *Dersom et generelt forbud mot synlig oppstilling av tobakksprodukter likevel utgjør et tiltak med tilsvarende virkning i henhold til EØS-avtalen artikkel 11, er det begrunnet ut fra hensynet til folkehelsen i henhold til EØS-avtalen artikkel 13.*

Thorgeir Örlygsson
Forberedende dommer