



OSLO TINGRETT

DOM

Avsagt: 14. september 2012 i Oslo tingrett,
Saksnr.: 10-041388TVI-OTIR/02
Dommer: Dommer Elisabeth Wittemann
Saken gjelder: Forbud mot synlig oppstilling av tobakk

Philip Morris Norway AS

Advokat Jan Magne Juuhl-Langseth
Rettslig medhjelpere advokat Peter
Dyrberg og advokatfullmektig Anne
Hukkelaas Gaustad

mot

Staten v/Helse- og
omsorgsdepartementet

Advokat Ketil Bøe Moen
Rettslig medhjelper advokat Ida Thue

Partshjelper

Kreftforeningen

Generalsekretær Anne Lise Ryel

DOM

Saken gjelder spørsmål om forbudet mot synlig oppstilling av tobakksvarer og røykeutstyr er i strid med EØS-avtalen artikkel 11 jf. artikkel 13.

1 Framstilling av saken

Lovregulering

Det har vært totalforbud mot reklame for tobakksvarer i Norge siden 1975. Forbudet følger av lov 9. mars 1973 nr. 14 om vern mot tobakksskader (tobakksskadeloven) § 4, tidligere § 2. I tobakksskadeloven § 4 første og andre ledd står det:

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

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

I forskrift 15. desember 1995 nr. 989 om forbud mot tobakksreklame m.v. slik den lød før innføring av synlig oppstilling av tobakksvarer (oppstillingsforbudet), var det i § 8 gjort unntak fra forbudet mot tobakksreklame blant annet ved oppstilling av tobakksvarer. Bestemmelsen hadde slik ordlyd:

"I den utstrekning et forhold vil rammes av reklameforbudet i tobakksskadeloven § 2 første, annet og femte ledd, herunder bestemmelsene i forskriften her, gjøres følgende unntak:

5. Oppstilling av tobakksvarer inne i utsalgslokalet i den utstrekning slik plassering er hensiktsmessig for en rasjonell omsetning. Unntaket gjelder ikke utstyr for plassering av varer som på grunn av sin størrelse eller utforming vil gi reklameeffekt."

Ved lov 3. april 2009 nr. 18 ble tobakksskadeloven endret slik at oppstilling av tobakksvarer og røykeutstyr, som var lov i følge unntaket i forskriften § 8 nr. 5, ble forbudt med virkning fra 1. januar 2010. Tobakksskadeloven § 5 første til tredje ledd lyder:

"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 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."

Det framgår av definisjoner som er gitt i § 2 at tobakksvarer omfatter varer som kan røykes, innsnuses, suges eller tygges så langt de helt eller delvis består av tobakk.

Formål

Formålet med innføring av oppstillingsforbudet framgår av forarbeidene til endringsloven, Ot.prp. nr. 18 (2008-2009). I proposisjonen punkt 1.1 (side 5) om hovedinnholdet står det:

"Siktemålet med forbudet er å begrense reklameeffekten av oppstilling av slike varer, for å bidra til redusert tobakksbruk og reduserte helseskader."

Videre framgår det om formålet i punkt 1.3 (side 7):

"Formålet med departementets forslag om å innføre et forbud mot synlig oppstilling av tobakksvarer og røykeutstyr på utsalgssteder er å redusere andelen røykere og snusbrukere i befolkningen generelt, og blant barn og unge spesielt. Forbudet skal bidra til å beskytte barn og unge mot de helseskadelige virkningene av tobakksbruk. En reduksjon av antallet barn og unge som begynner å røyke og/eller bruke snus vil på sikt føre til en reduksjon i andelen voksne røykere og snusbrukere. I tillegg vil et forbud mot synlig oppstilling kunne bidra til å gjøre det enklere for personer som forsøker å slutte, eller har sluttet med tobakk."

Om betydningen for barn og unges eksponering for reklame, tobakksvarer og tobakksbruk er det i proposisjonen punkt 1.2 vist til følgende (side 7):

"Nasjonalt kunnskapssenter for helsetjenesten konkluderer i Rapport nr. 11–2004, Røykeforebyggende tiltak blant barn og unge, med at det er en sammenheng mellom tidlig eksponering for tobakksindustriens markedsføring i form av reklame og fremtidig røyking blant unge i alderen 8 til 17 år. Undersøkelser har også vist at ungdom påvirkes av hvor vanlig røyking er, og at ungdom som overvurderer hvor mange som røyker har større risiko for å begynne å røyke selv. Tilgjengeligheten til salgssteder for tobakksvarer, tobakksvarenes iøynefallende plassering ved kassene og salg av tobakksprodukter sammen med andre vanlige dagligvarer kan bidra til en forestilling hos barn og unge om at tobakksbruk er mer utbredt og mindre farlig enn hva som virkelig er tilfelle."

Bakgrunn

Lovfesting av et oppstillingsforbud har sin bakgrunn i Nasjonal strategi for det tobakksforebyggende arbeidet 2006-2010 hvor Regjeringen ved Helse- og omsorgsdepartementet la fram sin strategi for tobakksforebyggende arbeid. I strategiplanen punkt 6.2 ble det som et av flere salgsbegrensende tiltak, foreslått at det "bør utredes forslag om forbud mot synlig oppstilling av tobakksvarer/avbildning av tobakksvarer på salgsstedet, for eksempel ved å plassere tobakksvarer under disk." I planens oversikt over åtte strategiske innsatsområder innen tobakksforebygging, er salgsbegrensede tiltak ett av tre punkter under innsatsområde "Forebygging av røykestart."

Sosial- og helsedirektoratet (nå Helsedirektoratet) utredet forslaget etter oppdrag fra Helse- og omsorgsdepartementet, og kom med sin faglige anbefaling i en utredningsrapport 1. november 2006. Direktoratet konstaterte at befolkningen utsettes for en betydelig

tobakksreklame på den måten tobakksvarer ble utstilt og solgt, og at det derfor ville være et viktig tobakksforebyggende tiltak å forby synlig oppstilling av tobakksvarer. Direktoratet konkluderte med at tiltaket syntes å ha et potensiale for å redusere ungdoms bruk av tobakk, selv om det ikke forelå sikker dokumentasjon om hvilken effekt et oppstillingsforbud ville ha. Det ble vist til at fravær av synlige tobakksvarer også kunne redusere impuls kjøp og derved kunne hindre tilbakefall blant tidligere røykere. Samlet sett ble oppstillingsforbud også ansett for å være med på å denormalisere bruk av tobakk.

Forslaget om innføring av et oppstillingsforbud ble sendt på høring i mars 2007 med høringsfrist 20. juni 2007.

I forbindelse med forberedelsen av lovforslaget om oppstillingsforbud ba Helse- og omsorgsdepartementet om en utredning fra Statens institutt for rusmiddelforskning (SIRUS). SIRUS utarbeidet rapporten "Kunnskapsgrunnlag for forslaget om et forbud mot synlig oppstilling av tobakksvarer" (SIRUS skrifter nr. 1/2008). Departementet ønsket en oversikt over forskning vedrørende effekter av reklame og reklameforbud, samt en identifikasjon av eventuelle effektevalueringer av forbud mot synlig oppstilling av tobakk, før forslaget eventuelt ble fremmet for Stortinget. I Ot.prp. nr. 18 (2008-2009) punkt 1.2 har departementet gjengitt SIRUS-rapporten slik:

"Statens institutt for rusmiddelforskning (SIRUS) viser i rapporten Kunnskapsgrunnlag for forslaget om et forbud mot synlig oppstilling av tobakksvarer (SIRUS skrifter nr. 1/2008) til at tobakksindustrien har investert betydelige ressurser i å utvikle pakkesdesign som skal kommunisere et budskap til eksisterende forbrukere og potensielle kunder, og at emballasjen som reklamemedium har blitt av større betydning etter innføringen av forbudet mot tobakksreklame. SIRUS konkluderer i rapporten med at det er grunn til å anta at tobakksvareutstillinger som kjøpspåvirkning fungerer langs de samme dimensjonene som ordinær reklame. Det er imidlertid vanskelig å anslå om styrken på kjøpspåvirkningen er større eller mindre enn for ordinær reklame, og i hvor stor grad helseadvarslene på pakkene har betydning for reklameeffekten. "

Helse- og omsorgsdepartementets vurderinger av effekten av oppstillingsforbudet

I proposisjonen punkt 2.3 (side 12 flg.) gir Helse- og omsorgsdepartementet sin vurdering av effekten av et oppstillingsforbud som tobakksforebyggende tiltak:

"Det er mange forhold som spiller inn og påvirker tobakksbruk og tobakksalg. I områder der forbud mot synlig oppstilling er innført er forbudet bare ett av flere tiltak med samme formål. De ulike tiltakene virker sammen og kan ha en viss synergieffekt. Det er derfor vanskelig å avgjøre hvilke virkninger som skyldes det enkelte tiltak. (...)

Enkelte høringsinstanser bemerker at det foreslåtte forbudet ikke vil ha noen forebyggings-effekt fordi det i Norge allerede skjer en betydelig holdningspåvirkning i form av reklameforbud og regler for merking av tobakksprodukter. Departementet legger vekt på at det foreslåtte forbudet er et viktig element i en større pakke med tiltak som har som formål å redusere og forebygge skadevirkningene av tobakk. Forbudet

må ikke betraktes som et alternativ til øvrige tiltak i det tobakksforebyggende arbeidet, men som et supplement til disse. Erfaringer med tidligere lovreguleringer på tobakksområdet viser at regulering i stor grad kan bidra til endrede holdninger. Et eksempel på lovregulering som har hatt slik effekt er innføringen av røykfrie serveringssteder. (...)

Departementet legger på bakgrunn av kunnskapsoppsummeringen fra SIRUS til grunn at tilgjengelig kunnskap om reklame og reklamens effekt har overføringsverdi til synlig oppstilling av tobakksvarer. Synlig oppstilling utgjør slik departementet ser det en ikke ubetydelig kjøpspåvirkning, og et forbud mot synlig oppstilling vil være et egnet virkemiddel for å hindre slik påvirkning. Etter departementets syn er det grunnlag for å anta at en ved å fjerne denne kjøpspåvirkningen vil bidra til redusert tobakksbruk både blant barn og unge og i befolkningen generelt. Det er videre grunn til å anta at det kan ta tid før en ser effekten av et forbud mot synlig oppstilling av tobakksvarer, og at det derfor ikke vil skje dramatiske endringer på kort sikt."

Helse- og omsorgskomiteens innstilling

Helse- og omsorgskomiteen sluttet seg til departementets vurdering i Innst. O. nr. 49 (2008-2009). Komiteens flertall bemerket:

"Flertallet har merket seg at intensjonen ved forbudet er å bidra til å beskytte barn og unge mot de helseskadelige virkningene av tobakksbruk. Ifølge tobakkskadeloven oppstiller § 2 et totalforbud mot reklame for tobakksvarer, og synlig oppstilte tobakksvarer innebærer en reklameeffekt for disse varene. Flertallet er enig i at en reduksjon av antallet barn og unge som begynner å røyke og/eller bruke snus, på sikt vil føre til en reduksjon i andelen voksne røykere og snusbrukere. I tillegg vil et forbud mot synlig oppstilling kunne bidra til å gjøre det enklere for personer som forsøker å slutte eller har sluttet med tobakk."

Lovforarbeidenes angivelse av hvilke opplysninger som kan gis til forbruker

Når det gjelder hvilke opplysninger som kan gis til forbrukerne om vareutvalg på utsalgsstedene, har departementet vurdert dette i proposisjonen punkt 4.3 hvor det står:

"Lister med opplysninger om vareutvalg og priser kan bare henges opp i umiddelbar nærhet av stedet der varene oppbevares. Listene må ha en nøytral typografi og layout. Merker, logoer, bilder mv. som vil ha reklameeffekt kan ikke benyttes. Slike lister må heller ikke utformes slik at de fremhever noe merkenavn fremfor andre. Bruken av lister bør tillates kun i den grad dette er hensiktsmessig for en rasjonell omsetning. I dette ligger at det ikke vil være tillatt å henge opp store lister eller en overdreven mengde av lister slik at disse i seg selv får reklameeffekt."

Helse- og omsorgsdepartementets vurdering av forholdet til EØS-avtalen

I proposisjonen punkt 6.2 på side 29-30 blir oppstillingsforbudet vurdert opp mot andre tobakksbegrensende tiltak:

"Enkelte høringsinstanser har tatt til orde for at det bør tillates en begrenset oppstilling av tobakksvarer. Dette kan eksempelvis skje ved at det tillates oppstilt ett eller to eksemplarer av hvert vareslag. Etter departementets vurdering vil en slik ordning

innebære at den kjøps- og bruksoppfordring som synlig oppstilling medfører opprettholdes, noe som ikke er forenlig med formålet med det foreslåtte forbudet

En annen innvending mot det foreslåtte forbudet er at målet om å hindre at barn og unge kjøper tobakksvarer kan oppfylles like godt ved hjelp av strengere alderskontroll ved salg av slike varer. Selv med en strengere håndhevelse av aldersgrensene for tobakksalg vil synlig oppstilling av tobakksvarer innebære en oppfordring til kjøp og bruk av slike varer. Strengere håndhevelse av aldersgrensen er derfor slik departementet ser det et supplerende tiltak, som ikke i seg selv er diskvalifiserende for legitimiteten eller proporsjonaliteten av å begrense indirekte markedsføring. Det bemerkes i den sammenheng at det foreslåtte forbudet ikke bare har som formål å påvirke tobakksbruken blant barn og unge, men også å begrense forbruket av tobakk generelt. Departementet kan ikke se at det finnes mindre restriktive tiltak som vil gi den samme effekt."

Oppstillingsforbud i andre land

Island innførte oppstillingsforbud i august 2001. Irland vedtok oppstillingsforbud i 2002. Det ble iverksatt i 2009. I Storbritannia ble oppstillingsforbud vedtatt i 2009, og forbudet skal iverksettes gradvis fra 1. april 2012. Finland iverksatte oppstillingsforbud 1. januar 2012. Det er ikke nødvendig å gå nærmere inn på innholdet i de ulike lands oppstillingsforbud. Det er imidlertid forskjeller i den nærmere reguleringen, blant annet er det i Storbritannia og Finland etter anmodning adgang til å vise prislistor med bilder av produkter.

Det er også innført oppstillingsforbud i alle Canadas 13 provinser i perioden mars 2002 til januar 2010, og i fem av Australias åtte stater fra 2010. Thailand innførte oppstillingsforbud i 2005, Panama i 2010 og New Zeeland i juli 2012.

Oversikt over tobakksmarkedet i Norge

Oppstillingsforbudet omfatter alle tobakksprodukter. Hovedkategoriene av tobakksprodukter er Factory manufactured cigaretts (heretter FMC eller sigaretter), Roll Your Own (heretter RYO eller rulletobakk), og snus.

Det er ikke produksjon av tobakk i Norge per i dag, men det ble produsert tobakksprodukter i Norge fram til 2008.

Tidemanns Tobakksfabrikk AS produserte sigarettmerket Prince fra 1967 til 2008, på lisens fra House of Prince i Danmark. Videre ble sigarettmerkene Petterøes, Tidemanns Rød, Teddy, Blue Master produsert i Norge i tillegg til andre merker som etter hvert gikk ut av produksjon i tiden mellom 1965 og 2008. Tidemanns Tobakksfabrikk AS produserte også rulletobakkmerkene Tiedemanns Gul, Tiedemanns Rød, Mentolet og Blå Rose.

Rulletobakkmerkene Tiedemanns Gul, Tiedemanns Rød, Mentolett og Petterøes, er fortsatt i det norske markedet, hvorav de tre første eies av Scandinavian Tobacco Group, mens Philip Morris eier Petterøes.

Sigarettermerkene Prince, Tiedemanns Rød og Petterøes og Blue Master er fortsatt i det norske markedet. Teddy og South State var i markedet inntil 2010/2011. Prince eies i dag av British American Tobacco. Philip Morris eier Petterøes, South State og Blue Master, mens Scandinavian Tobacco Group eier Teddy og Tiedemanns Rød.

I tillegg finnes Eventyrblanding, RYO, som ble produsert av Asbjørnsens Tobakksfabrikk fram til 2004. Produktet er fortsatt i det norske markedet og eies nå av Imperial.

Snus for det Norske markedet har siden 80-tallet vært produsert av Swedish Match.

Saksøker Philip Morris Norway AS (heretter Philip Morris) har framlagt en oversikt som viser fordelingen mellom de tre hovedkategoriene av tobakksprodukter i det norske tobakksmarkedet. Oversikten er basert på tall fra AC Nielsen for dagligvarehandelen (DVH), og tallene er sammenstilt og beregnet av Philip Morris i forbindelse med saken. Per 31. desember 2011 var fordelingen slik: 45 % FMC, 26 % RYO og 29 % snus.

Saksøkte Staten v/Helse- og omsorgsdepartementet (heretter staten) har i sin saksframstilling gitt en oversikt av salg av FMC og RYO for perioden 2000 til 2011 basert på salgstall fra AC Nielsen. Oversikten viser at salget av sigaretter per 2000 var ca. 1,5 mrd., at antallet i perioden 2007 til 2009 økte slik at tallet var ca. 1,7 mrd. i 2009, og deretter sank til 1,6 mrd. i 2010 og 1,55 mrd. per desember 2011.

De tilsvarende tallene for RYO var, omregnet til sigaretter, 1,4 mrd. i 2000, som fram til 2006 sank til 780 millioner, for deretter å øke noe og igjen synke ytterligere i perioden 2008 til 2011 til ca. 672 millioner sigaretter (672 tonn rulletobakk).

I følge statens saksframstilling var forholdet mellom FMC og RYO slik i 2002: Ca. 52 % FMC og ca. 48 % RYO. I 2011 var forholdet: Ca. 68 % FMC og ca. 32 % RYO.

Når det gjelder de ulike sigarettmerkene markedsandel målt i salg i DVH for de seks største merkene i 2005 – 2011, er Prince og Marlboro de største med en andel på henholdsvis 37,9 prosent og 25 prosent per 31. desember 2011. For Prince sin del innebærer dette en gradvis nedgang fra 44,2 prosent i 2005. Marlboro har ligget omtrent på samme nivå, men økt sin markedsandel fra 23,8 prosent i 2009 til 25 prosent per 2011. Dernest har Barclay/Kent i perioden 2005 – 2011 hatt ca. 10 prosent markedsandel. Petterøes har i perioden ligget omkring 7 prosent, mens Lucky Strike har gått fra 3,2 til 4,7 prosent. Lucky Strike har økt sin markedsandel fra 4,1 prosent i 2009 til 4,7 prosent per 2011. Paramount som ble introdusert i 2007 med en markedsandel på 4,7 prosent, har

gradvis økt sin andel til 6,9 prosent i 2009 og videre til 8,7 prosent per 2011. Sammenstillingen er gjort av staten og er grafisk framstilt i hjelpedokument 6.

I følge oppstilling framlagt av Philip Morris er markedsandelen per 31. desember 2011 for merker som tidligere ble produsert i Norge av norskeide selskap eller på lisens (Prince), i tillegg til Prince og Petterøes, Blue Master med 0,4 prosent, og Tiedemann med 1,5 prosent. South State og Teddy hadde ingen markedsandel. Totalt utgjorde dette per 31. desember 2011 46,9 prosent av markedet for sigaretter, hvorav 37,9 prosent er Prince mens de resterende 9 prosent er merker fra tidligere norskeide selskaper.

RYO er dominert av merker som tidligere ble produsert i Norge og disse produktene hadde per 31. desember 2011 97,3 prosent av markedet for RYO.

Partene synes å være enige om at ingen helt nye merker er lansert etter iverksettingen av oppstillingsforbudet. Imidlertid er det introdusert undergrupper eller varianter av eksisterende merker.

Philip Morris International eier Marlboro. Selskapet eier en rekke andre store internasjonale sigarettmerker, men disse selges så vidt retten forstår ikke i det Norske markedet.

Tobakksmarkedet i Norge, Sverige og Danmark er forskjellige når det gjelder ulike sigarettmerkens markedsandeler. Philip Morris har framlagt en grafisk sammenligning mellom de tre landene og de seks største sigarettmerkene i hvert land. Mens Marlboro har relativt stor andel i Norge og Sverige, er Marlboro ikke blant de seks største i Danmark. Prince har en stor andel i Norge og Danmark, men noe mindre i Sverige. Det nest største merket i Danmark, L.A., er fraværende i Norge og Sverige.

Norge skiller seg fra Sverige og Danmark ved at RYO har en større del tobakksmarkedet, 22,5 prosent mot 6,9 prosent i Danmark og 2,3 prosent i Sverige, i følge taloppstilling framlagt av Philip Morris. Videre utgjør snus en betydelig del av det totale tobakksmarkedet i Norge og Sverige, i følge Philip Morris henholdsvis 33 prosent og 54,1 prosent. I Danmark er salg av snus underlagt strengere EU-restriksjoner.

Retten bemerker her at opplysningen om at snus utgjør 33 prosent av tobakksmarkedet og RYO 22,5 prosent, ikke samsvarer med angivelsen av at henholdsvis 29 og 26 prosent slik det framgår av Philip Morris sin oversikt og som retten har vist til ovenfor. Retten går ikke nærmere inn på dette da det uansett ikke har noen betydning for den store oversikten eller resultatet.

Røykevaner

Statistisk sentralbyrå (SSB) sin røykevaneundersøkelse for perioden 1995 – 2010 viser en jevnt nedadgående trend i antall dagligrøykere fra 1998.

I 1998 røykte 33 prosent i alderen 16-74 år daglig, mot 19 prosent i 2010. Nedgangen i dagligrøyking har vært størst for unge i alderen 16-24 år. I 1998 røykte 30 prosent av de unge i alderen 16-24 år, mot 12 prosent i 2010. Fra 2009 til 2010 var det en nedgang fra 21 prosent til 19 prosent i dagligrøyking i alderen 16-74 år. For de unge gikk andelen dagligrøyking ned fra 17 prosent i 2009 til 12 prosent i 2010. Nedgangen har vært større blant unge menn enn blant unge kvinner.

Undersøkelsene viser en økning i bruk av snus. Andelen unge menn som snuser daglig har fordoblet seg i perioden 2003 til 2010 fra 11 til ca. 25 prosent. Etter 2007 har det vært en økning i daglig snusing for unge kvinner. Fra under 1 prosent i 2007 til 8 prosent i 2010.

Saksgangen

Philip Morris reiste sak ved stevning 9. mars 2010 mot staten med påstand om at oppstillingsforbudet innebærer en ulovlig restriksjon etter EØS-avtalen artikkel 11. Staten påstod seg frifunnet i tilsvar 15. april 2010.

Tingretten besluttet 25. juni 2010 å forelegge tolkningsspørsmål for EFTA-domstolen i medhold av domstolloven § 51 a. Det var enighet om at EFTA-domstolen ved besvarelsen av spørsmålene skulle legge til grunn at det norske regelverket ikke er direkte diskriminerende, og at spørsmålet var om regelverket indirekte innebar diskriminering. Etter å ha mottatt partenes synspunkter besluttet tingretten 12. oktober 2010 følgende anmodning om rådgivende uttalelse:

"I forbindelse med avgjørelsen av om EØS-avtalen artikkel 11 og 13 er til hinder for et forbud mot synlig oppstilling av tobakksprodukter på utsalgsstedene som inntatt i tobakkskadeloven § 5, ber Oslo tingrett om svar på følgende spørsmål:

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?"

EFTA-domstolen avsa dom 12. september 2011. Som svar på spørsmålene avga domstolen følgende rådgivende uttalelse: "

1. Et forbud mot synlig oppstilling av tobakksprodukter fastsatt i en EØS-stats nasjonale lovgivning, som det denne sak gjelder, utgjør et tiltak med tilsvarende

virkning som en kvantitativ importrestriksjon etter EØS-avtalen artikkel 11, dersom forbudet faktisk påvirker markedsføringen av produkter importert fra andre EØS-stater i større grad enn det påvirker markedsføringen av importerte produkter som inntil nylig ble produsert i Norge.

2. Det er den nasjonale domstol som skal klargjøre de mål den aktuelle lovgivning faktisk har til hensikt å fremme, og avgjøre om folkehelsemålet om redusert tobakksbruk i befolkningen generelt kan oppnås gjennom mindre inngripende tiltak enn et forbud mot synlig oppstilling av tobakksprodukter."

I prosesskriv 29. mars 2012 erklærte Kreftforeningen partshjelp etter tvisteloven § 15-7 første ledd bokstav b.

Hovedforhandling i saken ble holdt over åtte rettsdager i perioden 4. – 13. juni 2012. Det ble ført ni sakkyndige vitner i tillegg til partsforklaring fra Michael Saxon, General Manager, Philip Morris Norway AS.

2 Phillip Morris Norway AS sin påstand og påstandsgrunnlag

Philip Morris la ned slik påstand:

1. Forbudet i lov om vern mot tobakksskader (tobakkskadeloven) § 5 første ledd kan ikke anvendes på (overfor) Philip Morris' tobakksprodukter som har EØS-opprinnelse og som blir importert fra et annet EØS-land til Norge
2. Saksøkte dømmes til å betale saksøkers saksomkostninger, inkludert forsinkelsesrenter fra forfall inntil endelig betaling skjer.

Som grunnlag for påstanden har Philip Morris i hovedtrekk anført:

Oppstillingsforbudet er en restriksjon etter EØS-avtalen artikkel 11 og er verken et egnet eller nødvendig tiltak for å ivareta folkehelsen.

Oppstillingsforbudet er helt grunnløst. Tiltakets effekt for folkehelsen er udokumentert. Samtidig utelukker oppstillingsforbudet nye produkter på markedet, fryser markedet og hindrer konkurranse mellom merker. Det er i strid med en grunnleggende verdi i EU om markedsintegrasjon. Tiltakets virkning på handelen er helt klare, mens helsevirkningene av oppstillingsforbudet er usikre og udokumenterte.

Det er enighet om at tobakk er farlig. Det er imidlertid legitimt for Philip Morris å ønske konkurranse i markedet for å øke sine markedsandeler, og av den grunn angripe oppstillingsforbudet rettslig.

Restriksjon

Oppstillingsforbudet er en restriksjon som kommer under EØS-avtalen artikkel 11. Det er restriktivt og faktisk diskriminerende på det frie varebyttet og derfor i strid med EØS-avtalen.

Når det gjelder at tiltaket er restriktivt, vises det til EFTA domstolens rådgivende uttalelse avsnitt 42 om at forbudet etter sin natur kan ha en begrensende virkning på markedsføringen av tobakksprodukter, særlig for lansering av nye produkter i markedet. Dette støttes av den øvrige bevisførselen. Den restriktive effekten er stor på grunn av det generelle reklameforbudet mot tobakk.

Oppstillingsforbudet hindrer enhver gjenværende mulighet for konkurranse mellom merker i tobakksmarkedet. Merker og produkttilgjengelighet kan ikke formidles på utsalgsstedene og voksne forbrukere som har besluttet å kjøpe tobakksprodukter, har ikke mulighet til å se merker eller utvalget av tilgjengelige produkter. Det er dermed umulig for et nytt merke å lykkes med å komme inn på markedet. Forbrukernes merkeloyalitet tilsier at det er enda vanskeligere å konkurrere i markedet, når forbrukerne ikke har anledning til å se produktene og eventuelle nye merker/merkevariasjoner. Uansett er av og til røykerne ikke så merkelojale og mer bevegelig mellom merker, og det tilsier at det er relevant å konkurrere merkene mellom.

EFTA-domstolen definerer restriksjonsvurderingen slik at tingretten må ta særskilt hensyn til de hindringer oppstillingsforbudet medfører for adgangen til å tilby nye produkter på det norske markedet, sammenlignet med etablerte nasjonale merker. Det vises til EFTA-domstolens uttalelse avsnitt 48 – 50. EFTA-domstolen etablerer en ny gruppe av produkter som det kan diskrimineres til fordel for, da det ikke finnes nasjonal tobakksproduksjon. Det er produkter som tidligere ble produsert i Norge, nasjonale produkter.

Diskriminerings testen skal legge særlig vekt på markedsadgangen til nye produkter, merkeloyalitet og om den er for usikker eller indirekte til å utgjøre en handelshindring.

Det vises i denne sammenhengen til at nasjonale produkter er dominerende i sigarett- og rulletobakksegmentet. Til sammen utgjør nasjonale produkter ca. 65 prosent av markedet, hvorav nasjonale produkter har 97 prosent av rulletobakkmarkedet. Det må i denne sammenhengen legges til grunn at Prince er et nasjonalt produkt. Prince har ca. 38 prosent av sigarettmarkedet mens Marlboro har ca. 25 prosent av markedet. Det er umulig for ett nytt merke å komme inn på markedet i det segmentet hvor Prince står sterkt, og umulig å komme inn på rulletobakkmarkedet hvor nasjonale produkter er helt dominerende. Dette innebærer en diskriminering mellom nasjonale og importerte produkter. Det gjelder uavhengig av om noen etablerte importerte produkter skulle komme bedre ut, mens andre etablerte nasjonale produkter kommer dårligere ut etter innføringen av oppstillingsforbudet.

Diskrimineringsstesten som EFTA domstolen oppstiller, er i tråd med rettspraksis fra EU-domstolen og EFTA-domstolen, jf. Gormetsaken og Pedicel. I begge saker var det tilsvarende spørsmål om innenlandske produkter som forbrukerne kjenner bedre, hadde en mer fordelaktig stilling ved reklameforbud enn importerte produkter, og at det derved var en faktisk diskriminering. Det har ingen betydning om nye nasjonale produkter har samme vanskeligheter som nye importerte produkter med å komme inn på markedet.

Prince er et nasjonalt produkt. Det har i denne sammenhengen ingen betydning at Prince ble produsert på lisens i Norge. Det sentrale er om et produkt har vokst seg sterkt i markedet og at det gjør det vanskeligere for utenlandske merker. Det er uansett ikke sannsynliggjort at norske forbrukere vet at Prince er laget på lisens fra Danmark.

Proporsjonalitet

Oppstillingsforbudet ikke er egnet til å oppnå lovens formål om å beskytte folkehelsen.

Tobakk som produkt har blitt veldig synlig i butikken etter oppstillingsforbudet. Synlig oppstilling av tobakksvarer er erstattet med store grå skap som gjør mye ut av seg. Oppstillingsforbudet gjør tobakksvarene som kategori mer iøynefallende enn tidligere. Tobakksvarene er med andre ord mer synlig med forbudet og fungerer ikke.

Det er ikke sannsynlig at noen begynner å røyke fordi de ser tobakksvarer oppstilt ved kassen på utsalgssteder. Klarer man ikke å formidle til barna at de ikke skal røyke, betyr synlig oppstilling ikke noe i den sammenhengen.

Det er staten som velger nivå for beskyttelse av folkehelse. Norge står videre fritt til å velge løsninger for å nå det nivået som er satt. Men det tiltaket staten velger skal være proporsjonalt, egnet og nødvendig, jf. EFTA-domstolens uttalelse avsnitt 81. Kontrollen etter EØS-avtalen gjelder kontroll av hvilke midler som brukes for å nå formålet, ikke hvilket beskyttelsesnivå staten velger.

Føre var prinsippet får ingen anvendelse i saken. Det er ingen vitenskapelig usikkerhet om helsekonsekvensene av tobakksbruk, og det er det som er kjernen i føre var prinsippet, jf. Pedicelsaken E-4/04 avsnitt 59-61.

EFTA-domstolen bedømmer ikke egnetheten av oppstillingsforbudet i sin uttalelse avsnitt 84. På samme måte som i avsnitt 42, uttaler domstolen at oppstillingsforbudet etter sin natur/art er egnet, men uten at det er foretatt noen vurdering av fakta. EFTA-domstolen har ikke konkret tatt stilling til egnetheten. Philip Morris er uenig i statens angivelse av egnethetstesten, at det er nok at det er grunn til å anta at oppstillingsforbudet ville bidra til beskyttelse av folkehelsen. En terskel om at domstolen ikke bør gripe inn med mindre

tiltaket er åpenbart urimelig eller uegnet var presentert for domstolen, jf. avsnitt 68, men er ikke tatt med i domstolens konklusjon.

EØS-avtalen artikkel 13 skal tolkes strengt. Det er staten som har bevisbyrden for at det ikke finnes mindre restriktive tiltak.

Det vises som eksempel på den strenge proporsjonalitetstesten, til sak C-170/04 Rosengren som EFTA-domstolen henviser til via C-421/09 Humanplasma avsnitt 38. I Rosengren kom EU-domstolen til at salgsordningen for egenimport av alkohol gjennom Systembolaget ikke var egnet da det hadde begrensede virkninger på folkehelsen. Forbrukerne ville handle alkohol uansett, og tiltaket var ikke egnet. Det samme gjelder for oppstillingsforbudet. Forbrukerne vil handle tobakk uavhengig av forbudet.

Konkret om egnethet

Før oppstillingsforbudet ble innført har det vært totalforbud mot reklame i 35 år i Norge. I løpet av disse årene har synlig oppstilling av tobakk ikke vært noe problem. Ingen av statens sakkyndige vitner har tidligere sett på oppstilling av tobakk som et stort problem. Sakkyndig vitne Karl Erik Lund nevnte heller ikke oppstillingsforbud som et tiltak i sin rapport til myndighetene i 2002, "En gjennomgang av forskningslitteraturen om tiltak for å redusere røyking blant ungdom".

Fram til arbeidet i Verdens Helseorganisasjon (WHO) om guidelines til rammedirektivet om tobakk i 2006-2007, har det ikke kommet noe litteratur om at synlig tobakksoppstilling er et problem eller at det er rapportert som et problem.

Lund og hans kollegaer i SIRUS laget et grunnlagsdokument for oppstillingsforbudet i SIRUS-rapporten 1/2008. Det var vanskelig å finne noe kunnskapsgrunnlag om oppstillingsforbud. Det var lite eller ingen forskning om at oppstilling er et problem som begrunner et forbud. Likevel konkluderte SIRUS med at det var grunn til å anta at et oppstillingsforbud ville redusere tobakksbruk og denormalisere tobakk.

Det mønsteret som finnes i SIRUS rapporten 1/2008 er gjentatt av statens sakkyndige vitner. Mønsteret kjennetegnes ved at det blir gjennomgått de rapporter for vitenskapelig objektive funn som finnes. Utvalget av studier er selektiv. Deretter går det fram at det ikke kan utledes så mye av dataene. Men de sakkyndige konkluderer likevel med at oppstillingsforbudet er egnet og nødvendig.

Dette er et kjernepunkt i saken. Philip Morris mener den naturlige konklusjonen man bør trekke når man ikke vet, er at man ikke vet. Statens konklusjon er at man velger å tro. Det er fundamentalt problematisk at det kommer rapporter som konkluderer med sikkerhet der det er usikkerhet. Det er ikke nok å håpe på at tiltaket virker.

Det vises i denne sammenhengen til utgangspunktet i mandatet til SIRUS 1/2008 fra Helse- og omsorgsdepartementet. Departementet viser til at det finnes begrenset med dokumentasjon på virkningen av forbud mot synlig oppstilling, men departementet anser likevel et slikt forbud som en forlengelse av reklameforbudet. Tilsvarende i Sosial- og Helsedirektoratets utredning 1. november 2006 om oppstillingsforbud. Der konkluderes det med at oppstillingsforbud ikke har effekt, men at tiltaket synes å ha et potensiale på unge og hindre tilbakefall blant tidligere røykere.

Dette står i motsetning til professor Sedvalls vitneforklaring om at det ikke er noe som heter impulstilbakefall. Et tilbakefall er alltid utslag av en bevisst beslutning.

Mønsteret går igjen også i Lavik/Scheffels 2011, Evaluering av oppstillingsforbudet. Det kan ikke påvises effekt, men kan ikke utelukkes.

Det er ikke grunnlag for å overføre forskning om effekt av tobakksreklame til effekt av tobakksoppstilling. SIRUS 1/2008 argumenterer med at reklame er kommunikasjon, at oppstilling er kommunikasjon, og ergo at oppstilling er reklame og at resultatet fra reklameforskning derfor må gjelde for oppstilling. Det finnes ingen sikkerhet for slik overføring. Det vises til de sakkyndige vitnene professor James J. Heckman og professor Fred E. Selnes som mener det er vanskelig å overføre resultatet fra ett forskningsområde til et annet. Også Wakefields undersøkelse fra 2006 drar ulike konklusjoner fra reklame og oppstilling.

Helse- og omsorgsdepartementet hadde som et premiss i mandatet for SIRUS rapport 1/2008 at oppstillingsforbudet vare en forlengelse av reklameforbudet, og at det derfor var behov for oppdatert kunnskap om effekter av reklame og reklameforbud på røykeadferd.

SIRUS rapport 1/2008 konkluderer gjennom seks forhold for at forskning på reklame skal inngå som grunnlag for oppstillingsforbudet. Alle de seks forholdene kan tilbakevises. Det postuleres at det er en overføringsverdi uten at man har noe bevismessig grunnlag for det.

Det har ikke betydning for hvordan tobakksoppstilling skal vurderes, at oppstilling er definert som reklame i forskrift om forbud mot tobakksreklame. Dette er en legaldefinisjon. EUs tobakksdirektiv omfatter for eksempel ikke oppstilling. Det er en juridisk lovteknisk definisjon og sier intet om overføringsverdien fra reklame. Det bygger ikke på noe vitenskapeliggrunnlag. Det samme gjelder en uttalelse i en NOU fra 1974 om tobakksindustriens disponeringer vedrørende pakke design og vareutstillinger, hvor det framgår at utstilling tilfredsstiller kriterier som for reklame.

At tobakksindustrien har investert ressurser i design av pakker mv., beviser heller ikke at det er overføringsverdi mellom reklame for tobakk og synlig oppstilling av tobakk. Dette har ingen betydning for hverken røykestart eller tilbakefall etter røykeslutt.

Henvisningen til at det virker logisk at oppstilling aktiverer de samme kognitive prosesser som reklame, og argumentet om industriens sterke motstand mot oppstillingsforbud som bekreftelse på reklameeffekt, kan være hypoteser men beviser intet.

Staten hadde ikke grunnlag for å innføre forbudet og ny litteratur underbygger det heller ikke. I den oppdaterte SIRUS rapporten fra mars 2012 er det vist til nye undersøkelser og vitenskapelig artikler. Philip Morris viser her til sakkyndig vitne professor Heckmans gjennomgang av artiklene. Han konkluderte med at det ikke er sammenheng mellom oppstilling og totalforbruk. Det samme uttalte sakkyndig vitne professor Selnes. Det finnes ingen studie som etablerer kausal sammenheng mellom oppstillingsforbud og tobakkskonsum, at unge begynner å røyke, eller tilbakefall hos tidligere røykere. Heller ikke en bredere tilnærming gir noe svar. Det er ikke grunnlag for antakelser om effekt slik konklusjonen er i SIRUS rapporten 2012.

Heller ikke ny økonometrisk analyse fra sakkyndig vitne Hans Olav Melberg dokumenterer at oppstillingsforbudet har hatt en signifikant effekt på tobakksforbruket. Melbergs økonometriske analyse tilfredsstiller ikke anerkjente vitenskapelige kriterier.

Det er ikke holdepunkter for at tobakksforbruket har gått ned som følge av oppstillingsforbudet. Den nedadgående trenden i markedet var den samme før og etter oppstillingsforbudet, og i den grad det var en knekk per 2010 så viser alle analyser at den må tilskrives avgiftsøkningen per 1. januar 2010. Det samme gjelder for snusforbruket, den oppadgående trenden før oppstillingsforbudet har fortsatt på samme måte etter 2010.

Når det gjelder nedgangen i sigarettforbruk i aldersgruppen 16 – 24 år, vises det til sakkyndig vitne professor Maria M. Meschis forklaring om at nedgangen må tilskrives endring i SSB metode for å rapportere røykeutbredelse i befolkningen. Det er ikke holdepunkter for å tilskrive oppstillingsforbudet som årsak til endringen.

Tilsvarende oppstillingsforbud i andre land har heller ikke hatt noen effekt på tobakksforbruket.

Det er klart urimelig å tro at oppstillingsforbudet har en effekt. Tiltaket består derfor ikke egnethetstesten, jf. EØS-avtalen artikkel 13.

Ad statens bruk av WHO's rammekonvensjon og EU-relaterte dokumenter

Det er ikke grunn til å tro at WHO i arbeidet med guidelines og anbefaling om oppstillingsforbud, har bygget på noen annen eller mer forskning enn det SIRUS har bygget på i utredning fra 2008. Det er med andre ord ikke noe bevis for tiltakets effekt at WHO går inn for et oppstillingsforbud.

Rammekonvensjonen artikkel 13 sier bare noe om et omfattende reklameforbud. Det er kun i retningslinjene, som ikke er rettslig bindende, at oppstillingsforbudet inngår. Uansett følger det for Norges del av EØS-avtalen artikkel 2 at artikkel 11 og 13 skal ha forrang, ellers er det brudd på EØS retten.

I EUs direktiv 2003/33/EF er det en legaldefinisjon av reklame. Det framgår av artikkel 8 at oppfylning av reklameforbudet ikke skal begrense den frie handelen av varer og tjenester. Reklameforbudet i artikkel 3 og 4 er ikke generelt, men begrenser seg til forskjellige former for reklame, jf. EU domstolens dom i sak C-380/03 avsnitt 87 og 88. Oppstillingsforbud er ikke en del av reklameforbudet i direktivet, men medlemslandene er fri til å beslutte det innen rammene av artikkel 8 og 9.

Det har ingen betydning i denne saken at kommisjonen, Health and Consumers Directorate-General, i 2010 har sendt ut et forslag til revisjon av tobakksdirektivet på høring hvor oppstillingsforbud nevnes som ett av flere alternative tiltak. Rand Europe rapporten som ligger til grunn for forslaget i høringsbrevet, gir ikke uttrykk for EU-kommisjonens mening.

Heller ikke rådets henstilling 2. desember 2002 om forebygging av røyking og initiativer til forbedring av bekjempelse av tobakksrøyking, har betydning.

Nødvendighet

Selv om forbudet skulle oppfyllet kravet til egnethet, er forbudet ikke et nødvendig tiltak for å nå målet om å beskytte folkehelsen. Alternative tiltak som er mindre inngripende for det frie varebytte og som vil beskytte folkehelsen mer effektivt, ble ikke vurdert før oppstillingsforbudet ble innført.

Philip Morris peker her på tilstrekkelig håndheving av aldersgrense for tobakk, innføring av bevillingsordninger for tobakksalg, antirøykekampanjer i massemedia, skoleprogrammer og pristiltak. Dette er tiltak som staten kjenner til og at er veldig effektive. I stedet for valgte staten et tiltak som er usikkert og udokumentert.

Det er enighet om at aldersgrensen for kjøp av tobakk ikke håndheves godt nok i dag. I sak E-9/00 Rusbrus ble det i avsnitt 56 vist til at en mer effektiv håndhevelse av aldersgrensen ville være et mer egnet og mindre restriktivt tiltak. Håndheving av aldersgrense ble også vurdert som alternativt tiltak i Rosengrensaken.

Bevilling- eller lisenssystem for å hindre at unge kjøper tobakk var nevnt av SIRUS i vurdering av virkemidler allerede i 2002 uten at staten har gjort noe med dette. Det står i sterk kontrast til effekten av oppstillingsforbudet. Lisensiering har sterke påviselige effekter.

Massemediakampanjer vil ha langt større denormaliseringseffekt enn konsekvensen av oppstillingsforbudet. Det samme gjelder for faren for tilbakefall etter røykestopp.

Oppstillingsforbudet går langt utover det som er nødvendig for å nå lovens formål. Det kunne vært regulert oppstillingsordninger på en måte som ville ha tillatt meningsfylt intermerke konkurranse, og som ikke ville medført en uberettiget handelsrestriksjon.

Staten mener de alternativene som Philip Morris viser til, ikke kan tas i betraktning fordi de er kvalitativt annerledes. Det finnes ingen domstolpraksis som støtter et slikt synspunkt. Eksempler på saker hvor andre kvalitativt annerledes tiltak ble ansett som tilstrekkelige om mindre inngripende, er sak E-9/00 Rusbrus og sak C-17/00 De Coster.

Staten har videre anført at alle tobakksforebyggende tiltak er supplerende. Det er et uakseptabelt argument og fører til at det ikke kan foretas en proporsjonalitetstest. Staten gjør saken til sak om hele tobakkspolitikken. Det skal vurderes alternative tiltak og denne prøvingen kan ikke omgås ved å si at alle alternative tiltak er supplerende.

Det framgår av lovforarbeidene at myndighetene overveide mer begrensede former for oppstilling som alternativ til oppstillingsforbudet. Det er imidlertid ikke helt klar hva som ble gjort, om det ble forsket på alternativene, hvilke argumenter som ble brukt og hva man har vurdert av effekt ved begrenset oppstilling.

En regulering av begrenset oppstilling ville vært tilstrekkelig til å ivareta statens bekymring for folkehelsen, og lagt til rette for fortsatt intermerke konkurranse.

3 Staten ved Helse- og omsorgsdepartementets påstandsgrunnlag og påstand

Staten ved Helse- og omsorgsdepartementet la ned slik påstand:

1. Staten v/Helse- og omsorgsdepartementet frifinnes.
2. Staten v/Helse- og omsorgsdepartementet tilkjennes sakskostnader.

Som grunnlag for påstanden har staten i hovedtrekk anført:

Forbudet mot synlig oppstilling av tobakksprodukter er fullt ut forenelig med EØS-avtalen. Forbudet er ikke et tiltak med tilsvarende virkning som en kvantitativ importrestriksjon etter EØS-avtalen artikkel 11, da det ikke foreligger noen nasjonalitetsbestemt forskjellsbehandling, og den i alle fall ikke er tilstrekkelig klar.

Oppstillingsforbudet er uansett et egnet og nødvendig virkemiddel for å nå formålene om redusert tobakksbruk generelt og blant unge spesielt.

EFTA-domstolens rådgivende uttalelse gir uttrykk for en ny restriksjonstest som må tolkes i lys av EU praksis. Det er ingen grunn til å tro at EFTA-domstolen har ment å fravike EU-domstolens praksis, og det er ikke holdepunkter for å fravike tidligere domstolpraksis. EFTA-domstolens uttalelse er rådgivende og ikke bindende for retten, men skal tillegges vesentlig vekt, jf. Rt. 2000 side 1811.

Restriksjon

Oppstillingsforbudet er en salgsregulering som kun kan anses som en restriksjon etter artikkel 11, dersom den formelt eller reelt innebærer nasjonalitetsbestemt forskjellsbehandling.

Partene er uenige om hvordan EFTA-domstolens konkrete råd i avsnitt 50 og svar på det første spørsmålet skal forstås.

Hvis Philip Morris sin forståelse legges til grunn, innebærer det at man aksepterer at det er tilstrekkelig å fastslå at det foreligger en markedshindring. EFTA-domstolen har avvist at dette skal prøves. I avsnitt 42 og 43 viser EFTA-domstolen til oppstillingsforbudet etter sin natur virker som markedshindring for nye produkter. Det er en henvisning til at en markedshindringstest ville ført til at oppstillingsforbudet var en restriksjon.

Staten er enig i at oppstillingsforbudet gir en fordel for etablerte merker, blant annet som følge av stor merkeloyalitet og at det blir vanskeligere å etablere nye merker, dette ble også anført i statens innlegg for EFTA-domstolen. Det er imidlertid krav om diskriminering basert på nasjonalitet, ikke bare stor aktør versus liten eller etablert aktør versus ny.

Vurderingstemaet er det som framgår av EFTA-domstolens uttalelse avsnitt 44-47. EFTA-domstolen slår fast i avsnitt 45 at oppstillingsforbudet er en salgsordning. Det foreligger da ikke en restriksjon dersom bestemmelsene rettslig og faktisk påvirker salg av innenlandske produkter og salg av varer fra andre EØS-stater likt, jf. avsnitt 46. Det er den som påstår at det foreligger en slik diskriminering som har bevisbyrden for at salgsordningen innebærer en faktisk forskjellsbehandling som er ikke uvesentlig.

Ved den konkrete vurderingen som EFTA-domstolen har oppstilt, er det krav om at oppstillingsforbudet må påvirke markedsføring av tidligere nasjonale produkter annerledes enn andre utenlandske produkter, og at en eventuell forskjell klart må kunne fastslås. Det er i den sammenhengen krav om at det ikke kan utelukkes at oppstillingsforbudet rammer tidligere norske produkter mindre hardt som følge av lokal skikk og bruk knyttet til tobakksbruk, jf. avsnitt 48.

EFTA-domstolens rådgivende uttalelse har fellestrekk med avgjørelsene i C-405/98 Gourmet og E-4/04 Pedicel ved at det ikke er avgjørende i seg selv at det er snakk om et omfattende forbud, og at markedsandeler ikke er et tema. Videre at det i seg selv ikke er

avgjørende at nye merker rammes hardere. I motsetning til i disse sakene har ikke EFTA-domstolen funnet grunnlag for å konkludere i vår sak. Det framheves at en eventuell ulik behandling klart må kunne fastslås, og at dette er fordi det er uklart om det er noen avgjørende forskjeller på tidligere norske merker og andre merker – dvs. om forbrukerne kjenner de tidligere norske merkene bedre og derfor automatisk prioriterer disse.

Det er ikke i seg selv avgjørende at nye/små aktører/merker rammes hardere enn store eller etablerte. Dette var ikke et vurderingstema i Gourmet eller Pedicel eller i andre saker. Tvert om er det dommer som indikerer at det er akseptert at regulering særlig rammer små aktører, jf. C-387/93 Banchemo avsnitt 38 og 40 og C-189/95 Franzen, avsnitt 65-66.

Det er ikke holdepunkter for å fravike tidligere EFTA/EU praksis, og EFTA-domstolens uttalelse må tolkes i lys av slik praksis. Det er nytt at diskrimineringstesten skal knyttes til tidligere nasjonalt produserte varer. EFTA-domstolens rådgivende uttalelse avsnitt 49 kan ikke forstås slik at det er et avgjørende argument at nye produkter rammes hardere enn etablerte produkter. Dette var det enighet om mellom partene under behandlingen, og hvis domstolen mente det var avgjørende ville den kunne si noe nærmere om dette. Videre vil det være å bygge på en markedshindringstest som EFTA-domstolen har avvist i avsnitt 42 – 43. Domstolens anvisning i avsnitt 49 er uklar. Det konkrete rådet i saken framgår i avsnitt 50.

Hvilke produkter som inntil nylig er produsert i Norge og fortsatt i markedet, er RYO, og sigarettmerker Petterøes, Tidemann Rød og South State [Blue Master]. Prince ble tidligere produsert i Norge men på lisens fra Danmark, og kan i denne sammenhengen ikke anses som et nasjonalt produkt. Det kan ikke være produksjonssted som er avgjørende, men hva som faller inn under lokal skikk og bruk, lokale sedvaner. Hvis Marlboro ble produsert i Norge ville ikke det gjøre Marlboro til et norsk merke. Poenget i vurderingen er at et norsk merke som er produsert i Norge har en fordel fordi det har en tilknytning til Norge.

Det er riktig at markedet for RYO er dominert av tidligere norskproduserte varer. Men markedet for FMC er dominert av utenlandske merker. Markedet for RYO har vært i fall siden 1970 tallet og er nå samlet på nivå med Prince. Markedet for snus øker.

For FMC er det en stigende tendens blant internasjonale merker. Markedsandelen for Prince synker.

Det er ikke slik at markedet er dominert av tidligere nasjonale merker som på alkoholmarkedet med øl og som var tema i E-9/00 Rusbrus. De store internasjonale tobakksmerkene er store og kjente i Norge.

Det er lite undersøkelser om folks holdninger til merkene. Janne Scheffel, SIRUS, sitt notat "Preferanser for tobakksmerker på det norske markedet", 2012, viste ikke at det er

preferanser for norske merker eller merker assosiert med Norge. Det kom fram at utenlandske merker gir positiv klangbunn, mens tradisjonelle norske merker og Prince ble vurdert mer negativt.

Det er ikke holdepunkter for at norske forbrukere ikke kjenner utenlandske merker og ikke vil velge slike. På det norske markedet er det ikke skikk og bruk som gjør at utenlandske merker blir rammet hardere en nasjonale.

Sammensetningen av produkter i det norske markedet er annerledes enn i andre land. Det er et sidehensyn, men dette innebærer at det forbrukerne får sett av reklame i internasjonale tidsskrifter og synlig oppstilling av tobakk i andre land, er de store internasjonale merkene – ikke de lokale merkene. Prince har ikke reklame i andre land enn for eksempel Danmark. Dette gir internasjonale merker en fordel.

Det er ikke dokumentert at det er særlige sedvaner, skikk og bruk på tobakksmarkedet i Norge slik at tidligere norske merker har lettere tilgang til markedet og at internasjonale merker rammes hardere. Det er ikke dokumentert at en slik virkning klart kan fastslås.

Proporsjonalitet

Proporsjonalitetstesten er det treleddet. Tiltaket må ivareta et legitimt hensyn, være egnet og nødvendig. Staten har ingen plikt til å begrunne lover etter EØS-retten. Det er lovens virkning som er avgjørende, ikke oppgitt formål. Statene har stor grad av skjønnsfrihet med hvor nivået for beskyttelse av folkehelsen skal ligge og hvordan nivået skal oppnås. Dette tilsier tilbakeholdenhet også ved overprøving av tiltakets nødvendighet. Tilsvarende hensyn som ved det tradisjonelle føre var hensynet for usikkerhet om helseskade, gjør seg gjeldende ved effekten av tiltak på helseområdet, jf. EFTA-domstolen avsnitt 82-83.

Egnethet

Lovgiver har vurdert oppstillingsforbudet som et egnet virkemiddel. Oppstilling av tobakk er ansett som omfattet av reklameforbudet i tobakksskadeloven § 2, men slik at det ble unntatt i forskrift om tobakksreklame § 8 nr. 5. At oppstilling av tobakk er reklame er også lagt til grunn i kunnskapsinnhenting forut for lovendringen som innførte forbudet. I forarbeidene til loven ble det lagt til grunn at oppstilling er reklame, og at oppstillingsforbudet ville få effekt som reklameforbudet på lang sikt.

Det er ikke krav om sikre vitenskapelige bevis eller sammenfallende bevis for egnethet, jf. EFTA-domstolen avsnitt 83. Det er tilstrekkelig å godtgjøre at det var rimelig grunn til/fornuftig å anta at tiltaket ville kunne bidra til å beskytte folkehelsen. EFTA-domstolen gir anvisning på en begrenset overprøving. Det er ingen krav til vitenskapelig dokumentasjon eller å sannsynliggjøre effekt av et tiltak for at det kan anses egnet. Dette er i tråd med tidligere domstolpraksis.

EFTA-domstolen går langt i å konkludere at oppstillingsforbudet er et egnet tiltak, jf. avsnitt 83. Det vises til at formuleringen av svar på tingrettens andre spørsmål er begrenset til å gjelde nødvendighet, jf. også avsnitt 88. EFTA-domstolen overfører bevisføringsplikten over på Philip Morris og oppstiller krav om "klare bevis" for at tiltaket ikke er egnet til å begrense forbruket av tobakk, i alle fall på lang sikt.

EFTA-domstolen konkluderer med at tiltaket er egnet på samme måte som i domstolpraksis hvor forbud mot alkohol- og tobakksreklame anses som egnet virkemiddel. Den samme argumentasjonen knyttet til tobakksreklame er bakgrunnen for direktivene som regulerer forbud mot tobakksreklame, direktiv 89/552/EØF, fjernsynsdirektivet, og 2003/33/EF, tobakksreklamedirektivet.

EU-kommisjonen sendte i april 2010 ut forslag om regulering av synlig tobakksoppstilling, både begrenset oppstilling og totalforbud. Forslaget bygger på rapport fra Rand Europe 2010 hvor det legges til grunn at oppstilling har liknende effekt som reklame på utsalgsstedet

I retningslinjer til WHO's rammekonvensjon om forbud mot tobakksreklame, er oppstilling av tobakk likestilt med reklame og det anbefales derfor et totalt forbud mot oppstilling for å oppnå et mest mulig omfattende reklameforbud.

Flere EU/EØS-stater har innført oppstillingsforbud uten at EU-kommisjonen og ESA har hatt noen kommentarer til det.

Kommisjonen og ESA har i sine innlegg til EFTA-domstolen i denne saken, lagt til grunn at oppstilling virker på samme måte som reklame. EU-kommisjonen har vist til at WHO anbefaler oppstillingsforbud.

Det er ikke framlagt klare bevis for at oppstillingsforbudet ikke har effekt. Det er kun vist til enkeltstudier som konkluderer med at en effekt ikke kan påvises med høy grad av sikkerhet. Philip Morris har forsøkt å dokumentere at det ikke finnes studier som vitenskapelig fastslå at forbudet har effekt. Dette er det imidlertid enighet om. Philip Morris forholder seg ikke til den testen som EFTA-domstolen har oppstilt, men fastholder at staten ikke har bevist at forbudet har en effekt.

Etter statens syn er det mest sannsynlig at forbudet har en effekt på sikt. Det som finnes av kunnskapsgrunnlag trekker klar i den retning. Økonometriske studier er ikke alene egnet til å måle effekt. Forbudet retter seg mot mange målgrupper, og en økonometrisk undersøkelse av totalforbruk vil ikke gi noe svar på hvordan forbudet virker i ulike aldersgrupper eller blant grupper av røykere og tidlige røykere.

Nødvendig

Det følger av EFTA-domstolen avsnitt 83 at en viss vitenskapelig usikkerhet om tiltakets nødvendighet ikke har noen betydning ved vurderingen av om tiltaket er nødvendig.

Det er statene som fastsetter beskyttelsesnivået og hvordan denne beskyttelsen skal oppnås. Alternative tiltak må vurderes ut fra formålet med oppstillingsforbudet, være overlappende og gi minst like god effekt.

Formålet er å fjerne påvirkning av synlig oppstilt tobakk på personer som kommer til utsalgsstedene, særlig rettet mot barn og ungdom og personer som ønsker å slutte eller som nylig har sluttet. Videre å redusere forestillingen om tobakk som et normalt produkt på linje med brød og såpe. Overordnet formål er et tobakksfritt samfunn.

Alternative tiltak som er foreslått av Philip Morris har ikke tilsvarende virkning. De fjerner ikke reklameeffekten, eller forestillingen om at tobakk er et normalt produkt og treffer heller ikke alle målgruppene. Et lisenssystem med intensivert alderskontroll vil ikke ivareta formålet med å fjerne påvirkningen av oppstilt tobakk, eller formålet om å denormalisere tobakksbruk.

Det er nødvendig med et bredt spekter av tiltak som på ulike måter kan bidra til redusert tobakksbruk. I Norge er det en lang rekke tiltak allerede før oppstillingsforbudet ble innført, og det er forslag om ytterligere tiltak. Ingen av øvrige eksisterende eller foreslåtte tiltak fjerner påvirkningen av synlig oppstilling. Partielle forbud mot tobakksreklame har begrenset effekt.

4 Kreftforeningens innlegg

Kreftforeningen støtter oppstillingsforbudet. Hvis oppstillingsforbudet blir opphevet, vil det bety to skritt tilbake i det arbeidet som Kreftforeningen gjør overfor barn og unge. Det vil være et tilbakesteg i arbeidet med denormalisering av tobakksbruk.

Ulike tiltak som prisregulering, tilgjengelig, sluttehjelp, holdninger og adferd i form av reklame på den ene siden og kampanjer mot tobakksbruk, virker sammen som en helhet. Oppstillingsforbudet er i denne sammenhengen effektivt og nødvendig.

WHO har kun én konvensjon, og det er tobakkskonvensjonen. Det er 175 land som har ratifisert konvensjonen. Når det er så mange land som har blitt enige om en tekst, som er forpliktende, understreker det betydningen av teksten. Det viser hvor alvorlig WHO og verdenssamfunnet ser på tobakksbruk som årsak til helseskader og død.

Formålet er å beskytte folks helse. Det er relevant som tolkningsmoment når man skal forstå rekkevidden av helselovgivning og helsekonvensjoner ellers, som FNs konvensjon om politiske og sosiale rettigheter artikkel 12 om rett til helse. Ved bruk av EØS-avtalen

artikkel 13 må det tas hensyn til tobakkskonvensjonen når man skal forstå det som gjelder hensynet til folkehelse.

Norge var med på og initierte tobakkskonvensjonen og var det første landet som ratifiserte den. Norge synliggjør at konvensjonen er viktig og plikter da å etterleve den. Konvensjonens retningslinjer må oppfattes som bindende når de bruker "should".

Tobakkskonvensjonen slår innledningsvis fast at statene skal prioritere sin rett til å beskytte folkehelsen. Det er en iboende konflikt ved at staten skal beskytte folkehelsen mens tobakksindustrien på den annen side ønsker en markedsposisjon med et produkt som er helseskadelig. Samlet sett ønsker tobakksindustrien å beskytte sin vare som lovlig, og jobber mot statenes regulering.

Det er talende at det er konvensjonsfestet at statene skal beskytte sin helsepolitikk mot tobakksindustrien, jf. artikkel 5 nr. 3. Det har vært nødvendig å ta inn i retningslinjene til artikkel 5 nr. 3, at samfunnet må gjøres oppmerksom på hvordan tobakksbransjen opererer for å være i stand til å jobbe mot tobakksindustrien. Årets røykfrie dag, 31. mai 2012, ble i år viet temaet tobakksindustriens innblanding i helseregulering, og skal være tema ut året.

Oppstillingsforbudet er egnet og nødvendig, dette er slått fast i retningslinjene til konvensjonen. Verdenssamfunnet har sluttet seg til den forståelsen, inkludert EU. Dette innebærer at tiltaket opplagt er egnet.

I Norge har oppstillingsforbudet større effekt enn i land hvor reklame fortsatt er tillatt. Det er helt nødvendig med så inngripende regulering. Det er annerledes for tobakksindustrien enn for andre industrier på grunn av stor risiko for helseskade. Inngripen er proporsjonalt med alvorlighetsgraden med skadeeffekten av tobakk.

Kreftforeningen støttet Staten v/Helse- og omsorgsdepartementets påstand.

5 Rettens vurdering

Retten har kommet til at forbudet mot synlig oppstilling av tobakksvarer ikke er en restriksjon etter EØS-avtalen artikkel 11. Retten har også vurdert tiltaket ut fra vilkårene i artikkel 13 og mener det er egnet og nødvendig for å ivareta hensynet til vern om folkehelsen.

Det er enighet om at Philip Morris importerer tobakksprodukter til Norge som har opprinnelse i en EØS-stat, og at EØS avtalen får anvendelse. Retten går ikke nærmere inn på dette.

Det generelle forbudet mot tobakksreklame er ikke omtvistet. Det er videre ikke uenighet om at tobakksbruk innebærer fare for helseskade.

5.1 Restriksjon

Rettslig utgangspunkt og EFTA-domstolens uttalelse

Det følger av EØS-avtalen artikkel 11 at et tiltak som har tilsvarende virkning som kvantitative importrestriksjoner er i strid med EØS-avtalen. Artikkel 11 har slik ordlyd:

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

Formålet med bestemmelsen er å ivareta fri flyt av varer og tjenester. Tiltak som hindrer fri bevegelse av varer, er i strid med EØS-avtalen med mindre tiltaket er unntatt etter artikkel 13.

EFTA-domstolen slår fast utgangspunktet i sin uttalelse avsnitt 39 med henvisning til rettspraksis. Forbudet får anvendelse på alle handelsregler som direkte eller indirekte, aktuelt eller potensielt, kan hindre handelen innenfor EØS-området, da slike tiltak har tilsvarende virkning som kvantitative importrestriksjoner.

I avsnitt 41 skisserer EFTA-domstolen hvilke tiltak som anses å ha tilsvarende virkning som kvantitative importrestriksjoner. For det første omfattes tiltak hvis formål eller virkninger er at produkter fra andre EØS-stater får en mindre gunstig behandling enn innenlandske produkter. Videre omfattes regler som fastsetter produktkrav for importerte varer, og et hvert annet tiltak som hindrer markedsadgang for produkter med opprinnelse i en annen EØS-stat.

Det er åpenbart at oppstillingsforbudet ikke fastsetter produktkrav eller har som formål å regulere varehandelen mellom EØS-stater.

EFTA-domstolen gir i avsnitt 42 uttrykk for at oppstillingsforbudet etter sin natur kan ha en begrensende virkning på markedsføringen av tobakksprodukter i det aktuelle markedet, særlig for lansering av nye produkter. Tingretten forstår dette slik at EFTA-domstolen konstaterer at oppstillingsforbudet i utgangspunktet vil være et tiltak som kan hindre markedsadgang, og i utgangspunktet derfor omfattes av artikkel 11.

Videre uttaler EFTA-domstolen i avsnitt 43 at nasjonale bestemmelser som gjelder for produkter fra andre EØS-stater og som begrenser eller forbyr visse salgsordninger, generelt har den egenskap at de anses å hindre handelen mellom EØS-stater, direkte eller indirekte, aktuelt eller potensielt. I utgangspunktet rammes også slike bestemmelser av artikkel 11.

Et unntak fra dette er imidlertid når bestemmelsene utgjør en salgsordning og de gjelder for alle berørte næringsdrivende og rettslig og faktisk påvirker markedsføringen av innenlandske produkter og produkter fra andre EØS-stater likt. EFTA-domstolen uttaler videre i avsnitt 44:

"I så fall er anvendelsen av slike regler på salg av produkter fra andre EØS-stater ikke av en slik natur at adgangen til markedet hindres eller vanskeliggjøres i større grad for slike produkter enn for innenlandske produkter (jf. *Keck og Mithouard*, som omtalt over, avsnitt 16 og 17, og *Kommisjonen mot Italia*, som omtalt over, avsnitt 36)."

EFTA-domstolen fastslår deretter i avsnitt 45 at oppstillingsforbudet er en salgsordning:

"De nasjonale bestemmelser som denne sak gjelder, som fastsetter at produkter ikke kan oppstilles eller bare kan oppstilles på en bestemt måte, gjelder salgsordningene for disse varer ved at de fastsetter måten disse produkter kan oppstilles på steder som har rett til å selge dem. EFTA-domstolen anser følgelig at det aktuelle oppstillingsforbud utgjør en salgsordning etter den rettspraksis som er omtalt i avsnitt 40 og 43."

Det er enighet om at det ikke foreligger noen rettslig forskjellsbehandling. Oppstillingsforbudet gjelder for alle næringsdrivende i det norske markedet og berører alle produkter likt.

Retten skal etter dette ta stilling til om oppstillingsforbudet faktisk påvirker salg av innenlandske produkter og salg av varer fra andre EØS-stater likt. Foreligger det likebehandling, er det ingen restriksjon etter artikkel 11.

I avsnitt 50 angir EFTA-domstolen konkret hva retten skal vurdere for å prøve om oppstillingsforbudet innebærer en faktisk forskjellsbehandling, og oppstiller krav om at en virkning klart må kunne fastslås:

"Det er den nasjonale domstol som må vurdere om anvendelsen av nasjonal lovgivning innebærer at de nasjonale regler om oppstilling av tobakksprodukter påvirker markedsføringen av varer som tidligere ble produsert i Norge, på en annen måte enn markedsføringen av produkter fra andre EØS-stater, eller om en slik virkning ikke klart kan fastslås og derfor er for usikker eller indirekte til å utgjøre en handelshindring (jf. sak C-291/09 *Guarnieri & Cie*, dom av 7. april 2011, ennå ikke i Sml., avsnitt 17, og den rettspraksis som det vises til der). I denne vurdering må den nasjonale domstol ta hensyn til de faktiske forhold i saken og betraktningene i avsnitt 39 til 45 og dette avsnitt."

Partene er enige om at EFTA-domstolen med dette oppstiller en ny kategori produkter som skal inngå i vurderingen av om det foreligger forskjellsbehandling. Innenlandsk produserte tobakksvarer byttes her ut med produkter som tidligere ble produsert i Norge, i avsnitt 49 er dette angitt som "inntil nylig ble produsert i Norge".

EFTA-domstolens resonnement bak dette framgår av domstolens uttalelse avsnitt 48. EFTA-domstolen viser til sak C-391/92 *Kommisjonen mot Hellas*, og fastslår at det ikke er

avgjørende for vurderingen om det finnes innenlands produksjon av tobakksprodukter i Norge. Domstolen viser deretter til at det ikke kan utelukkes at produksjon i Norge kan bli gjenopptatt på et senere tidspunkt. Videre skriver domstolen:

"Ut fra dette og på bakgrunn av den faktiske situasjon i den foreliggende sak kan det ikke utelukkes at enkelte importerte tobakksprodukter, særlig de som ble produsert i Norge frem til 2008, har en mer fordelaktig stilling på det norske marked enn andre produkter, som følge av lokal skikk og bruk knyttet til tobakksbruk (jf. *Pedical*, som omtalt over, avsnitt 46)."

Retten kan ikke se at det er en helt opplagt følge av Kommisjonen mot Hellas, sammenholdt med muligheten for en framtidig norsk tobakksproduksjon, at det skal foretas en vurdering av om importerte tobakksvarer som tidligere ble produsert i Norge, opp mot andre importerte produkter. EFTA-domstolen legger opp til en vurdering som om det fortsatt er tobakksproduksjon i Norge. Det er også uklart hva EFTA-domstolen mener når den i tillegg viser til "på bakgrunn av den faktiske situasjonen i den foreliggende sak". Retten antar at domstolen sikter til at oppstillingsforbudet virker i et marked med totalforbud mot reklame for tobakksprodukter.

Sak C-391/92 Kommisjonen mot Hellas, gjaldt regler om at morsmelkerstatning bare kunne selges på apoteker. Det var ikke produksjon av morsmelkerstatning i Hellas, og det fantes heller ikke nasjonale alternative og konkurrerende produkter. EU-domstolen kom til at reglene om salgsordning ikke skilte mellom opprinnelsesland eller næringsdrivende i Hellas, og ikke hadde noen annen effekt for salg av produkter fra andre EU-stater enn innenlandske produsenter. EU-domstolen uttalte videre at vurderingen måtte bli den samme uavhengig av om Hellas hadde innenlandsk produksjon av morsmelkerstatning eller ikke, fordi dette faktum kunne endre seg over tid, og også for å sikre ensartet praktisering av reglene mellom medlemslandene. Med andre ord ville det ikke vært forskjellsbehandling selv om det i dette tilfellet fantes nasjonal produksjon av morsmelkerstatning.

Eventuelle framtidige norskproduserte tobakksvarer vil utvilsomt være underlagt oppstillingsforbudet på samme måte som alle tobakksprodukter er i dag. Poenget i Kommisjonen mot Hellas slik retten forstår det, var at det ikke automatisk foreligger en restriksjon (forskjellsbehandling) alene fordi det kun var importerte produkter som ble rammet av en salgsordning i fravær av nasjonale produkter.

Vurderingen av om importerte tidligere norskproduserte varer har en mer fordelaktig stilling enn andre importerte varer, skal knyttes til om disse produktene har en annen stilling som følge av lokal skikk og bruk knyttet til tobakksbruk.

I sak E-4/04 *Pedical* avsnitt 46, som EFTA-domstolen viser til, framgår det at det ikke kan utelukkes at et reklameforbud for et lovlig produkt, kan ha større innvirkninger for

produkter fra andre EØS-stater. EFTA-domstolen skriver videre i avsnitt 46 under henvisning til sak C-405/98 Gourmet, at:

"for varer som alkoholholdige drikkevarer, hvis inntak er knyttet til samfunnsmessige tradisjoner og lokale skikker og sedvaner, kan et forbud mot enhver reklame overfor forbrukere medføre større ulemper for markedsadgangen for varer med opprinnelse i andre medlemsstater enn for innenlandske varer. (...) Det er ikke langt frem opplysninger for EFTA-domstolen som tilsier at denne presumpsjonen ikke også gjelder i Norge".

Uten EFTA-domstolens innføring av en ny kategori "nasjonale" produkter som en salgsordning kan virke diskriminerende til fordel for, følger det av tidligere domstolpraksis om salgsordninger at fravær av produksjon av tobakk i Norge innebærer at det ikke foreligger en restriksjon. Dette ble også anført av både ESA og Kommisjonen i deres innlegg til EFTA-domstolen, jf. avsnitt 35 og 36.

I avsnitt 49 angir EFTA-domstolen hva som skal inngå i vurderingen av om oppstillingsforbudet påvirker markedsføringen av produkter fra andre EØS-stater i større grad enn markedsføringen av importerte produkter som inntil nylig ble produsert i Norge:

"For å kunne fastslå om dette er tilfellet, vil det måtte foretas en analyse av hva som kjennetegner det aktuelle marked, og andre faktiske forhold. Den nasjonale domstol må særlig ta hensyn til virkningen av oppstillingsforbudet for produkter som er nye på markedet, sammenlignet med produkter som bærer et etablert merke. I denne sammenheng peker EFTA-domstolen på at det kan være vanskeligere for nye produkter å komme inn på markedet som følge av oppstillingsforbudet som gjelder i tillegg til et totalforbud mot reklame, avhengig av graden av merkeloyalitet blant tobakksbrukerne."

Partene er uenige om hvordan EFTA-domstolens uttalelse skal forstås, når det vises til at retten må ta særlig hensyn til virkningen for produkter som er nye i markedet sammenlignet med produkter som bærer et etablert merke. Retten er enig med staten i at uttalelsen ikke kan forstås slik at nye produkters muligheter til å komme inn på det norske tobakksmarkedet skal være avgjørende for om det foreligger en restriksjon. Dette ville være en markedshindringstest uavhengig av spørsmålet om det er faktisk forskjellsbehandling av importerte produkter til fordel for tidligere norskproduserte varer. EFTA-domstolens veiledning på dette punktet må ses i lys av tidligere domstolpraksis.

I sakene Pedicel og Gourmet fant ikke domstolene det nødvendig å foreta en nærmere gjennomgang av de faktiske omstendigheter for å konstatere at forbudet mot alkoholreklame fikk større ulemper for markedsadgangen for varer med opprinnelse i andre medlemsstater enn for innenlandske varer. I vår sak konkluderer ikke EFTA-domstolen med en tilsvarende presumpsjon for tobakksprodukter, og angir at eventuell forskjellsbehandling klart må kunne fastslås.

Det sentrale i sakene, som gjaldt alkoholreklame, var at forbrukerne kjenner de lokale varene bedre og vil velge disse framfor importerte i fravær av reklame. Det er ikke lagt opp til et skille mellom nye og etablerte produkter, men at importerte produkter generelt får en mindre fordelaktig stilling enn lokalt produserte fordi forbrukerne kjenner de lokale bedre og prioriterer disse.

Det er ikke i seg selv avgjørende at oppstillingsforbudet og særlig sett i sammenheng med reklameforbudet, er omfattende. Det følger forutsetningsvis av at det oppstilles krav om faktisk diskriminering når nasjonale bestemmelser innebærer en salgsordning, C-268/01 Keck og Mithouard avsnitt 16. Retten viser også til avsnitt 44 i forente saker C-34/94 De Agostini, om at et fullstendig reklameforbud ikke er en restriksjon med mindre det godtgjøres en faktisk forskjellsbehandling basert på nasjonalitet. Videre foreligger det domstolpraksis som aksepterer nasjonale reguleringer som rammer små aktører i markedet. Retten viser her til sak C-387/93 Banchemo om regulering av utsalgssteder for tobakk. I avsnitt 38 jf. avsnitt 40, framgår det av sammenhengen at det ikke har betydning at mindre etterspurte merker i visse utsalg kan være vanskelig å finne, da dette ikke vil skade utenlandske tobakksvarer enn innenlandske varer.

I den forberedende behandlingen for EFTA-domstolen var det enighet om at oppstillingsforbudet ville gjøre det vanskeligere for nye produkter å komme inn på markedet. I statens innlegg 19. januar 2011 til EFTA-domstolen framgår det at forbudet ikke hindrer introduksjon av nye produkter, men (avsnitt 198):

"Indeed, the Government hopes that the introduction of new products will be more difficult with the display ban. As the prevailing research indicates, there is good reason to expect such an effect."

I lys av denne enigheten, om enn med gradforskjeller i partenes syn på dette, og den domstolpraksis som EFTA-domstolen bygger på, kan ikke retten forstå at EFTA-domstolen mener det skal ha avgjørende betydning for restriksjonsspørsmålet at markedsadgangen for nye produkter generelt faktisk blir vanskeligere. EFTA-domstolen kunne i så fall, gitt dette klare utgangspunktet, uttalt at det var avgjørende eller slått fast at oppstillingsforbudet har slik virkning og er en restriksjon etter artikkel 11.

Slik retten ser det må uttalelsen i avsnitt 49 inngå som et element i rettens analyse av hva som kjennetegner tobakksmarkedet sammenholdt med samfunnsmessige tradisjoner og lokale skikker og sedvaner knyttet til tobakksbruk. I den vurderingen som oppstilles i avsnitt 50 og i svaret på det første spørsmålet i foreleggelsen, er det ikke foretatt noe eksplisitt skille mellom nye og etablerte produkter i markedet.

Retten oppfatter den vurderingen som EFTA-domstolen gir råd om, som noe annet enn den mulige restriksjonsvurderingen som EU-kommisjonen antyder i EFTA-domstolens uttalelse avsnitt 37, og som ikke forfølges videre i domstolens bemerkninger.

Nærmere vurdering av om det foreligger faktisk forskjellsbehandling basert på nasjonalitet
Spørsmålet er om oppstillingsforbudet påvirker markedsføringen av produkter som inntil nylig ble produsert i Norge på en annen måte enn markedsføringen av produkter fra andre EØS stater, og om en slik virkning klart kan fastslås.

Det er spørsmål om nasjonale produkter har en mer fordelaktig stilling som følge av lokal skikk og bruk knyttet til tobakksbruk.

Det Philip Morris som må påvise at oppstillingsforbudet faktisk og ikke bare potensielt, påvirker markedsføringen av importerte tobakksvarer annerledes enn importerte tobakksvarer som tidligere ble produsert i Norge, jf. Barnard, *The substantive law of EU*, 3. utg. 2010, s. 136-137.

Tobakksmarkedet

Retten ser først på hva som kjennetegner det norske tobakksmarkedet og om det finnes lokale merker som har en fordelaktig stilling som følge av skikk og bruk.

Som det framgår av saksframstillingen innledningsvis består det norske markedet av tre hovedkategorier av tobakksprodukter, RYO, FMC og Snus. Sigarettmarkedet består av internasjonale merker og noen mindre merker som tidligere ble produsert i Norge. Sigarettmarkedet er synkende. I rulletobakkmarkedet finnes det i hovedsak kun importerte merker som inntil nylig ble produsert i Norge. Dette markedet er nedadgående og har en brattere nedadgående kurve enn sigaretter. Snusmarkedet består utelukkende av importerte produkter og ingen i kategorien importerte produkter som inntil nylig ble produsert i Norge. Snusmarkedet er i vekst.

Utviklingen i tobakksmarkedet er at bruken av røyketobakk (FMC/RYO) går ned, mens bruk av snus øker – særlig blant unge. Sakkyndig vitne forskningsleder Karl Erik Lund, SIRUS, forklarte det slik at nedgangen i sigarettmarkedet sammenholdt med økningen i snusbruk, innebærer at tobakksalget totalt sett er relativt stabil.

Et spørsmål som er omtvistet er i hvilken kategori Prince skal plasseres. Prince ble fram til 2008 produsert i Norge, men på lisens fra et dansk selskap. I den sammenhengen EFTA-domstolen har skissert i avsnitt 48, betydningen av lokal skikk og bruk knyttet til tobakksbruk, og spørsmål om diskriminering basert på nasjonalitet, kan retten ikke se at Prince skal plasseres i kategorien "inntil nylig" produsert i Norge. Prince er i denne sammenhengen et internasjonalt merke som også har relativt store markedsandeler i Danmark og Sverige. De øvrige tidligere norskproduserte merkene, herunder RYO, finnes i hovedsak kun i det Norske tobakksmarkedet. Situasjonen for Prince er etter rettens syn tilsvarende som om det var Marlboro eller et annet større internasjonalt merke, som inntil nylig ble produsert på lisens i Norge. Philip Morris har argumentert med at Prince

oppfattes som et norsk merke og at det sentrale er at Prince har etablert seg i markedet som er formet av lokale merker. Det er ikke ført bevis for at Prince oppfattes som et nasjonalt merke. Slik retten ser det har både Prince og Marlboro etablert seg som store merker i det norske markedet i en periode hvor mulighetene lå til rette for det. Retten legger til grunn at Marlboro har vært i det norske markedet siden 1970-tallet slik General Manager Michael Saxon forklarte.

Når det gjelder røykeres preferanser er det framlagt et notat fra SIRUS ved Janne Scheffels, Preferanser for tobakksmerker på det norske markedet, mars 2012. I oppsummeringen avslutningsvis i notatet framgår det:

"Merkevarebygging bygger på en ide om at forbrukerne velger hvilke produkter de kjøper ikke bare ut ifra funksjonelle hensyn, men fordi forbruk har en symbolsk dimensjon. Å bruke en merkevare kan tjene til å kommunisere og konsolidere identitet. (...)

Norske data fra intervjustudier peker i retning av at sigarettmerker har en symbolsk mening som uttrykk for sosial og individuell identitet. Et statushierarki som bygger på hovedkriteriene styrke, klasseprofil, femininitet/maskulinitet og urbanitet/ruralitet plasserer merkene Petterøes og Prince nederst, mens Marlboro, Lucky Strike og til dels også Kent vurderes mest positivt. I det siste kriteriet inngår også en assosiasjon til nasjonalitet: det kan synes som om utenlandske merker vurderes mer positivt enn merker med norsk eller skandinavisk opprinnelse. (...)"

Selv om studien kan ha en begrenset rekkevidde som følge av undersøkelsesgrunnlaget, underbygger den ikke at det foreligger lokal skikk og bruk knyttet til tobakksbruk i betydningen at brukerne velger/kjenner nasjonale merker framfor utenlandske. Imidlertid forstår retten det slik at valg av tobakksmerke henger sammen med hvilken identitet brukeren har og/eller eventuelt ønsker å kommunisere. I denne sammenhengen ble internasjonale merker vurdert mer positivt enn nasjonale merker.

Det som er spesielt for det norske markedet er bruk av rulletobakk. Som det framgår innledningsvis, er rulletobakk vesentlig mer utbredt i Norge enn i Danmark og Sverige. Partsrepresentant Michael Saxon forklarte at bruk av rulletobakk slik det er utbredt i Norge, ikke finnes i noe annet tobakksmarked. Retten legger dette til grunn. Totalt salg av RYO per 2011 er noe høyere enn antall solgte Princesigaretter, som er det mest solgte sigarettmerket. Sammenholdt med at nær all rulletobakk inntil nylig ble produsert i Norge, er det spørsmål om disse merkene har en mer fordelaktig stilling i det norske markedet ved at forbrukerne velger disse fordi de kjenner disse best, i fravær av synlig oppstilling av tobakksvarer. Retten kommer tilbake til dette i oppsummeringen.

Salgstall og markedsandeler før og etter oppstillingsforbudet

Retten ser dernest på om salgstall og markedsandeler for tobakksprodukter og merker, gir grunnlag for å si at oppstillingsforbudet påvirker markedsføringen av importerte produkter på en annen måte enn importerte produkter som inntil nylig ble produsert i Norge. Et mål

på dette er de ulike merkenes markedsandel før og etter innføringen av oppstillingsforbudet 1. januar 2010.

Av de større internasjonale sigarettmerkene, Marlboro, Barclay/Kent, Lucky Strike har alle per 31. desember 2011 stort sett beholdt sin markedsandel fra før oppstillingsforbudet, men slik at Marlboro og Lucky Strike har hatt en økning etter innføringen. Prince har fortsatt sin nedadgående kurve fra 2005 også etter innføringen av oppstillingsforbudet. Paramount som etablerte seg i markedet i 2007 med 4,7 prosent, har økt sin markedsandel fra ca. 7 prosent i 2009 og 2010 til 8,7 prosent i 2011. Retten forstår det slik at Paramount er et lavprismerke. Samlet har de seks største sigarettmerkene 93,5 prosent av markedet per 2011. Av disse er det bare Petterøes med 7,1 prosent som inntil nylig ble produsert i Norge, mens internasjonale merker har 86,4 prosent av markedet. Selv om Prince med 37,9 prosent holdes utenfor har de fire største internasjonale merkene en markedsandel på 48,5 prosent.

Når det gjelder de sigarettmerkene som inntil nylig ble produsert i Norge, har Petterøes beholdt sin markedsandel, mens andre nasjonale merker, Teddy og South State, er ute av markedet. Allerede før oppstillingsforbudet ble innført viste sigarettmerker som inntil nylig ble produsert i Norge, for eksempel Blue Master en nedadgående trend.

Andre små mindre internasjonale merker eller varianter av et internasjonalt merke, både FMC og RYO, har også gått ut av markedet. Philip Morris har framlagt en liste med produkter hvis markedsandel er så liten at forhandlerleddet tar produktet ut av varesortimentet i butikkene (delisting), faktisk utdrag (FU) side 2399-2400. Produktet er da i praksis er ute av det norske markedet. Oversikten viser at flere produkter er delistet etter enn før innføringen av oppstillingsforbudet, samtidig som det er lansert færre nye produkter og ingen nye merker etter oppstillingsforbudet, jf. FU side 40.

Oversikten viser delisting av både varianter av de store merkene og små merker, og i begge grupper - importerte produkter og importerte inntil nylig produsert i Norge. Det er ikke framlagt noen nærmere analyse av hvor lenge de enkelte merkene som er delistet, har vært i markedet eller hvilken markedsandel de har opparbeidet seg i tiden forut for oppstillingsforbudet.

Retten mener at gjennomgangen av salgstall og markedsandeler, viser at oppstillingsforbudet har gjort det vanskeligere for de små merkene/merkevariantene å beholde sin markedsandel, men at dette rammer begge kategorier (importerte og importerte tidligere produsert i Norge). De seks største sigarettmerkene har økt sin markedsandel fra 90,4 prosent i 2007 til 93,5 prosent i 2011. Dette indikerer at de store merkene beholder eller øker sin markedsandel på bekostning av de små merkene, og også på bekostning av nye merker som ønsker å etablere seg i markedet.

Dette er også forklart i Passport rapport, Tobacco in Norway, august 2011, hvor det står på side 23:

"The strict rules and regulations related to the sale and marketing of cigarettes make it almost impossible to communicate new products to consumers. Consequently, consumers tend to purchase the established brands with which they have a high degree of familiarity."

Sakkyndig vitne professor Fred Selnes viste også til denne effekten, og har oppsummert dette slik i sin skriftlige rapport 10. mai 2012:

"The ban on product display at the point of sale (...) has reduced the competitive dynamics in the Norwegian market dramatically. The ban has on aggregate favored and protected the brands already in the market before the ban. In addition, the ban has benefitted the larger brands so that the big becomes bigger and thus reduced competitive dynamics even more in favor of the larger and established brands in the market."

Et eksempel på det motsatte er Paramount som har klart å etablere seg i markedet i 2007 og siden økt sin markedsandel, også etter oppstillingsforbudet.

Gjennomgangen gir ikke holdepunkter for at tidligere norskproduserte sigarettmerker har fått en mer fordelaktig stilling som følge av oppstillingsforbudet. Det er ikke holdepunkter for at forbrukerne velger tidligere nasjonale merker framfor importerte i fravær av synlig oppstilling av tobakksvarer.

Merkelojalitet

Retten ser videre på graden og betydningen av merkeloyalitet.

I den ovennevnte Passportrapporten, på side 26, står det om merkeloyalitet i forbindelse med vanskelighetene med å introdusere nye merker på grunn av myndighetenes fokus på å redusere røyking:

"However, hard core smokers are notoriously brand loyal. Hard core smokers are more likely to find cheaper sources for their favorite brands, such as a cross-border shopping trip to Sweden, rather than switch to a new cigarette brand simply because of lower prices. Moreover, the number of younger smokers has fallen dramatically in the review period, which indicates a drop in the new number of new smokers ready to choose a new brand."

Professor Selnes viste også til at merkeloyalitet fører til at de små merkene blir dårligere stilt enn de store når produktene ikke er synlig for forbrukerne.

Også i forarbeidene til EUs tobakksreklamedirektiv, direktiv 2003/33/EF, KOM (2001) 283 er det vist til høy grad av merkeloyalitet. I punkt 7.4(dansk versjon) står det:

"Diverse undersøgelser viser imidlertid, at rygerne er meget trofaste over for deres tobaksmærke, og at cigaretter er blandt de varer, hvor trofastheden over for mærket er højest."

Slik retten ser det er høy grad av merkeloyalitet en også en årsak til at det er vanskeligere for nye og små merker å etablere seg i markedet. En høy grad av merkeloyalitet gjelder likt for importerte produkter og produkter inntil nylig produserte i Norge. Det innebærer i seg selv at det er vanskelig for mindre og nye produkter å etablere seg i markedet uavhengig av oppstillingsforbudet. Retten kan ikke se at det er framlagt opplysninger om at av-og-til-røykere er mindre merkelojale enn fastrøykere.

Retten viser her til Michael Saxons forklaring om at Philip Morris før oppstillingsforbudet, omkring 2004-2005, forsøkte å etablere et nytt stort internasjonalt merke, L&M, i Norge uten å lykkes. Dette merket ble lansert i Danmark noe tidligere, omkring 2000, og var per 2011 det fjerde mest solgte i Danmark. Videre forklarte Saxon at Philip Morris i 2008 også mislyktes med å etablere merket Next i Norge. Han forklarte videre at dersom et nytt merke ikke oppnår 0,4 prosent markedsandel i løpet av 12 måneder, vil det ikke klare seg. Når det gjelder RYO forklarte Saxon at Lucky Strike forsøkte å etablere seg med RYO før oppstillingsforbudet uten å lykkes. I tillegg til dette viser også tallene fra AC Nilsen at det i tiden før oppstillingsforbudet var vanskelig for mindre merker å ta markedsandeler i tobakksmarkedet, herunder RYO. Partene er enige om at det ikke er forsøkt lansert helt nye merker etter innføringen av oppstillingsforbudet, men kun varianter av etablerte merker.

Oppstillingsforbudet hindrer ikke forbrukere som ønsker å vurdere andre merker å få en oversikt over hva som finnes av produkter. Retten viser til at forbrukeren kan se lister med oversikt over hvilke produkter utsalgsstedet har, med navn og priser. Forbrukeren er med andre ord ikke forhindret fra å få informasjon om produkter og utvalg, dersom det er ønskelig for eksempel for å vurdere merkebytte. Retten viser her til forarbeidene som er gjengitt foran og også Helse- og sosialkomiteens innstilling Innst. O. nr. 49 (2008-2009) side 3:

"Flertallet viser til at forslaget ikke er til hinder for voksne som ønsker å kjøpe tobakksvarer. De fleste voksne tobakksbrukere vet hvilke produkter de foretrekker, og trenger ingen visuell påminnelse om dette. Prislistene vil gi kundene mulighet til å orientere seg om utvalg og priser."

Etter rettens syn må det ved vurderingen av virkningen av oppstillingsforbudet ses hen til at vanskelighetene med å beholde/få markedsposisjon ikke klart kan knyttes til oppstillingsforbudet alene, men må ses i sammenheng med andre faktorer som høy grad av merkeloyalitet. Philip Morris har anført at merkeloyalitet kombinert med reklameforbud gjør oppstillingsforbudet så omfattende at nye produkter er utestengt fra markedet og at oppstillingsforbudet derfor er en restriksjon. Slik retten tolker EFTA-domstolens uttalelse og som det er redegjort for ovenfor, er retten ikke enig i at merkeloyalitet må ses som en

medvirkende og ikke en alternativt virkende faktor, når virkningen av oppstillingsforbudet skal vurderes som angitt i avsnitt 50.

Oppsummering

Oppsummert mener retten at det ikke klart kan fastslås at oppstillingsforbudet påvirker markedsføringen av tidligere norskproduserte tobakksvarer på en annen måte enn produkter fra andre EØS-stater. En slik virkning er for usikker til å utgjøre en handelshindring. Internasjonale merkenavn og produkter er godt kjent og har store markedsandeler i markedet for Snus og FMC. Det er ikke holdepunkter for at oppstillingsforbudet har som virkning at produkter inntil nylig produsert i Norge blir valgt framfor internasjonale merker. Bevisførselen har vist at de største internasjonale merkene har økt sin markedsandel etter oppstillingsforbudet. Det er ikke tilfelle for tidligere norskproduserte merker.

Det samme gjelder for RYO som i denne sammenhengen faller innenfor "lokal skikk og bruk knyttet til tobakksbruk". Vurderingen må etter rettens syn foretas for tobakksmarkedet totalt sett og ikke innenfor hver varekategori. Samlet sett er det norske markedet dominert av importerte merker, og tidligere nasjonale merker utgjør en mindre andel – hvorav RYO har størst andel. Det er ikke klare holdepunkter for at oppstillingsforbudet gir tidligere norskprodusert rulletobakk en mer fordelaktig stilling på det norske markedet enn importerte tobakksprodukter, herunder snus og sigaretter. Det er ikke holdepunkter for at forbrukere i større grad velger disse produktene fordi de kjenner norske rulletobakkmerker bedre enn importerte merker og produkter. Salget av RYO har gått gradvis nedover både før og etter oppstillingsforbudet, med både raskere og større nedgangen enn for sigarettsalget.

En virkning av oppstillingsforbudet er at det er vanskeligere for nye og små merker å komme inn på markedet og beholde markedsandeler. Dette gjelder imidlertid for både importerte produkter og importerte produkter inntil nylig produsert i Norge, og det er ikke klare holdepunkter for å fastslå ulik påvirkning på markedsføringen som følge av oppstillingsforbudet. Retten mener dette understrekes av at et kjent internasjonalt merke, Paramount, har klart å etablere seg i markedet i 2007 for siden å øke, også etter oppstillingsforbudet, til 8,7 prosent i 2011, sannsynligvis på grunn av konkurransedyktig pris.

Salget av snus som utelukkende er importerte merker, har fortsatt sin vekst etter oppstillingsforbudet. Det er imidlertid ikke holdepunkter for at markedsføringen av snus påvirkes annerledes enn tobakksprodukter som tidligere ble produsert i Norge. Det er rimelig å forklare økningen i snussalget med en generell økning i snusbruk på bekostning av røyketobakk (FMC/RYO).

Retten kommer etter dette til at oppstillingsforbudet ikke utgjør et tiltak med tilsvarende virkning som en kvantitativ restriksjon etter EØS-avtalen artikkel 11, da forbudet ikke faktisk påvirker markedsføringen av produkter fra andre EØS-stater i større grad enn markedsføringen av importerte produkter som inntil nylig ble produsert i Norge.

5.2 Proporsjonalitet - egnet

Retten behandler også spørsmålet om proporsjonalitet. Det er spørsmål om tiltaket er egnet og nødvendig for å nå det fastsatte formålet.

Rettslig utgangspunkt

EØS-avtalen artikkel 13 har slik ordlyd:

"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."

Artikkel 13 innebærer at tiltaket både må være egnet til å nå det fastsatte folkehelsemålet, og at det ikke går lengre enn det som er nødvendig for å nå målet.

Formålet med oppstillingsforbudet er å begrense reklameeffekten av oppstilling av tobakksvarer for å bidra til redusert tobakksbruk, i befolkningen generelt og blant barn og unge spesielt, og reduserte helseskader, som ledd i et langsiktig mål om et tobakksfritt samfunn.

Retten er ikke tvil om at dette er et legitimt hensyn. Slik også EFTA-domstolen slår fast i sin rådgivende uttalelse avsnitt 77.

Det er enighet om at røyking er helseskadelig. I Helse- og omsorgsdepartementets høringsnotat om endringer i tobakkskadeloven, januar 2012, er helseskadene ved tobakksbruk beskrevet slik innledningsvis:

"Ifølge Nasjonalt folkehelseinstitutt er tobakksrøyking antagelig den enkeltfaktoren som har skapt størst helseskade i befolkningen de siste tiårene. Instituttet uttaler i sin Folkehelse rapport 2010 at vi nå forhåpentligvis ser "begynnelsen på slutten av tobakksepidemien", men at det ennå trengs stor innsats før epoken med tobakksykdommer er slutt. Klarer vi å drive tobakksbruken ned til et minimum i løpet av de nærmeste årene, kan epidemien av tobakksykdommene være borte når vi nærmer oss år 2050.

Å hindre at barn og unge begynner å bruke tobakk er hovedfokus i departementets arbeid med tobakksforebygging. Tobakksbruk er en atferd barn og unge sosialiseres

inn i, og tobakksfrie voksne er derfor en forutsetning for tobakksfrie barn og unge. Om tobakksbruk i mindre grad er et synlig og akseptert fenomen i samfunnet, vil også barn og unge i mindre grad begynne å røyke og snuse."

Og videre under punkt 2.2 Helseskader av tobakksbruk:

"Røyking er den viktigste risikofaktoren både for tidlig død og tap av friske leveår i Norge. Nye beregninger fra Nasjonalt folkehelseinstitutt viser at hvert år dør rundt 5100 personer på grunn av røyking.. En tidligere rapport fra instituttet viser at hver av dem i gjennomsnitt har tapt 11 leveår. Blant kvinner i alderen 40-70 år er røyking skyld i 26 prosent av alle dødsfall i denne aldersgruppen, det tilsvarende tallet for menn er 40 prosent. Menn i denne aldersgruppen som dør av røyking, taper i gjennomsnitt 14 leveår, mens kvinner taper 20 leveår. (...)

Selv om bruk av snus er langt mindre helseskadelig enn røyking, kan også bruk av snus innebære risiko for alvorlig sykdom."

Retten legger etter dette til grunn at tobakksbruk er svært helseskadelig og et alvorlig folkehelseproblem. Norske helsemyndigheter har som mål å redusere tobakksbruken til et minimum. Et hovedpoeng i denne sammenhengen er å redusere røyking blant barn og unge.

Den enkelte EØS-stat har skjønnsfrihet til å bestemme nivået for beskyttelse av folkehelsen og hvordan nivået skal oppnås. Det vil si hvor langt man vil gå i beskyttelsen og hvilke tiltak man ønsker å sette i verk. EFTA-domstolen viser til dette i avsnitt 80.

Tiltak som fastsettes er imidlertid bare berettiget dersom de er egnet til å nå det aktuelle mål og ikke går lengre enn det som er nødvendig for å nå målet, jf. EFTA-domstolen avsnitt 81.

Forståelsen av EFTA-domstolens rådgivende uttalelse om beviskrav

Partene er uenige om hvilke krav som stilles til bevis for at et tiltak skal anses egnet etter artikkel 13.

EFTA-domstolen tar i avsnitt 82 utgangspunkt i føre var prinsippet som gjelder usikkerhet knyttet til folkehelse- og sykdomsrisiko, og understreker at slik usikkerhet ikke avskjærer en EØS-stat fra å iverksette beskyttelsestiltak:

"Der det er usikkerhet om eksistensen eller omfanget av risikoer for menneskers helse, bør imidlertid en EØS-stat kunne treffe beskyttelsestiltak uten å måtte vente til det blir helt klart at risikoene er reelle. Videre kan en EØS-stat iverksette de tiltak som i størst mulig grad reduserer en folkehelse- og sykdomsrisiko (jf. forente saker C-171/07 og C-172/07 Apothekerkammer des Saarlandes og andre, Sml. 2009 s.I-4171, avsnitt 30)."

I avsnitt 83 følger EFTA-domstolen dette opp og angir krav til bevis for et tiltaks egnethet og nødvendighet, når EØS-staten har valgt et høyt nivå for beskyttelse av folkehelsen:

"Det følger av dette at der den berørte EØS-stat med rette tar sikte på en svært høy grad av beskyttelse, må det være tilstrekkelig at myndighetene godtgjør at det var rimelig å tro at tiltaket ville kunne bidra til å beskytte menneskers helse, selv om det måtte foreligge en viss vitenskapelig usikkerhet vedrørende det omtvistede tiltaks egnethet og nødvendighet."

Slik retten ser det gjelder saken et område hvor norske myndigheter med rette tar sikte på en svært høy grad av beskyttelse. Dette er heller ikke omtvistet.

Det er imidlertid uenighet om EFTA-domstolens bruk av føre var prinsippet som begrunnelse for aksept av vitenskapelig usikkerhet knyttet til egnethet og nødvendighet, er riktig.

Retten tar ikke stilling til om det beviskravet domstolen oppstiller kan utledes av føre var prinsippet i tradisjonell forstand eller ikke. Men retten mener at EFTA-domstolens uttalelse er i overensstemmelse med det som følger av domstolpraksis om folkehelseiltak.

Retten viser her til noen av de avgjørelsene som statens prosessfullmektig gjennomgikk i sin prosedyre.

I sak E-1/06 Spilleautomater, hvor tiltakets mål var å bekjempe spillavhengighet, oppstilte EFTA-domstolen ikke krav om faste bevis for effekt. Domstolen uttalte i avsnitt 51 at det var "reasonable to assume" at staten var i bedre stand til å ivareta hensynet til spillavhengighet enn private aktører. Videre uttalte domstolen: "Futhermore, it is plausible to assume that in principle the State can more easily control and direct a wholly State-owned operator than private operators."

I forente saker C-1/90 og 176/90 Aragonesa som gjaldt begrenset forbud mot reklame for drikkevarer med alkoholnivå høyere enn 23 prosent, uttalte EU-domstolen i avsnitt 17 at tiltaket ikke var "åpenbart urimelig som led i bekæmpelsen af alkoholisme."

Sak C-262/02 Loi Evin gjaldt forbud mot alkoholreklame ved overføring av utenlandske sportsarrangementer på fransk TV hvor det vises reklameskilt på TV-skjermen. Det ble ikke oppstilt krav til dokumentasjon av egnethet, men konstatert at tiltaket var egnet til å sikre "virkeliggjørelsen af det mål om beskyttelse af den offentlige sundhed, som ordningen forfølger.", avsnitt 31. Det ble også slått fast at ordningen ikke gikk ut over det som var nødvendig for å nå målet. Det ble vist til at tiltaket begrenset situasjonene hvor reklameskilt for alkoholholdige drikkevarer ble vist, og at det da ble færre tilfeller hvor seerne "påvirkes til forbrug af alkoholholdige drikkevarer."

I sak E-4/04 Pedicel som gjaldt forbud mot alkoholreklame, ble egnethetskriteriet ikke drøftet. EFTA-domstolen viste imidlertid til de ovennevnte sakene fra EU-domstolen. Saken ble avgjort av Høyesterett i dom inntatt i Rt. 2009 side 839. Partene var enige om at

reklameforbudet var et egnet tiltak. Høyesterett utdypet likevel kravet til egnethet i avsnitt (34):

"Det er utvilsomt forbundet med store praktiske vanskeligheter å måle effekten av ulike alkoholpolitiske tiltak, og det er åpenbare vanskeligheter ved å overføre undersøkelser foretatt under ett alkoholpolitisk regime til land med en annen tradisjon når det gjelder alkoholbruk og med en annen alkoholpolitikk. Det skulle eksempelvis være grunn til å forvente at adgang til reklame vil kunne øke totalforbruket mer i land med et relativt sett lavt alkoholforbruk, enn i et land der alkoholbruken ligger nærmere hva man kunne anse som et metningspunkt. Det er da heller ikke grunn til å gå inn på enkeltundersøkelser. I denne sammenheng er det tilstrekkelig å vise til de sammenfatninger som er foretatt av ulike internasjonale organisasjoner eller organer, rimelig entydig konkluderer med at det er en sammenheng, om enn beskjeden, mellom reklame og totalforbruk.

Etter dette mener retten det ikke er grunn til å fravike det utgangspunktet EFTA-domstolen tar i avsnitt 83. Det er ikke grunnlag for å oppstille et krav om vitenskapelig sikre bevis for at oppstillingsforbudet er egnet til å nå formålet.

Det er på denne bakgrunn EFTA-domstolens uttalelse i avsnitt 84 må forstås. I avsnitt 84 står det:

"I denne sammenheng legger EFTA-domstolen til grunn at et tiltak som forbyr synlig oppstilling av tobakksprodukter, som er det denne sak gjelder, etter sin art synes egnet til å begrense, i alle fall på lang sikt, forbruket av tobakk i den berørte EØS-stat. I mangel av klare bevis for det motsatte, kan et tiltak av denne type således ses som egnet til å beskytte folkehelsen."

Retten forstår dette slik at EFTA-domstolen for det første uttaler at oppstillingsforbudet i utgangspunktet synes egnet, og knytter dette til formålet om begrenning i tobakksbruk på sikt. Videre oppfatter retten at EFTA-domstolen konkluderer med at et tiltak som oppstillingsforbudet kan ses som egnet, hvis det ikke foreligger klare bevis for at det ikke er egnet. EFTA-domstolen pålegger Philip Morris å føre klare bevis for at tiltaket ikke er egnet.

Philip Morris har i sin prosedyre vist til sak C-170/04 Rosengren og mener EFTA-domstolen ved sin henvisning i avsnitt 85 til sak C-421/09 Humanplasma avsnitt 38 med videre henvisning til rettspraksis, har ment at det skal gjennomføres en proporsjonalitetsvurdering som i Rosengren-saken. Retten forstår ikke henvisningen til Humanplasma avsnitt 38 på samme måte, men som en henvisning til praksis som underbygger det som EFTA-domstolen slår fast i avsnitt 85. Den videre henvisningen i Humanplasma til Rosengren gjelder avsnitt 50 som angir det samme prinsippet som EFTA-domstolen angir i avsnitt 85. Retten kan ikke se at henvisningen til Rosengren avsnitt 50 via Humanplasma avsnitt 38, innebærer en annen forståelse av den egnethetstesten som EFTA-domstolen oppstiller, enn den retten har lagt til grunn ovenfor.

Vurdering av egnethet - innledning

Spørsmålet retten etter dette skal vurdere er om det finnes klare bevis for at oppstillingsforbudet ikke er egnet til å begrense forbruket av tobakk i Norge, i alle fall på lang sikt.

På grunn av partenes ulike forståelse av EFTA-domstolens uttalelse i avsnitt 83 og 84, har partenes bevisførsel knyttet seg til noe ulikt bevistema.

Philip Morris har anført at det må kreves vitenskapelige bevis for at det er kausal sammenheng mellom oppstillingsforbudet og reduksjon i tobakksbruk, og at det er klart urimelig å tro at forbudet har en effekt. Bevisførselen har vært konsentrert om at det ikke finnes vitenskapelig sikre bevis for at det er sammenheng mellom oppstillingsforbud og røykeadferd. På to hovedpunkter har Philip Morris har anført mangler ved argumentasjonen for at oppstillingsforbudet har effekt. For det første at det ikke kan trekkes sikre slutninger om effekten av synlig oppstilling av tobakksvarer fra forskning om reklamens betydning for tobakksbruk. Videre at økonometriske undersøkelser avviser at oppstillingsforbudet har effekt.

Staten har knyttet bevisførselen til EFTA-domstolens uttalelse om at det er tilstrekkelig at myndighetene godtgjør at det var rimelig å tro at tiltaket ville kunne bidra til å beskytte folkehelsen. Retten har ikke oppfattet at staten eller statens sakkyndige vitner mener at det finnes vitenskapelige sikre bevis for kausal sammenheng mellom oppstillingsforbud og reduksjon i tobakksbruk.

Vurdering av egnethet – oppstillingsforbudet og reklameforbud

Retten er enig med staten i at uttalelsen i avsnitt 83 og 84 må forstås slik at EFTA-domstolen bygger på at synlig oppstilling av tobakksvarer kan likestilles med reklame, eller at effekten av oppstillingsforbud kan sammenlignes med effekten av reklameforbud. Domstolen bruker tilsvarende formulering som i avgjørelser som gjelder reklameforbud, jf. rettens gjennomgang av disse ovenfor. I disse avgjørelsene er det lagt til grunn at reklameforbud anses som et egnet virkemiddel ut fra formålet med reklameforbudet - at forbruket skal gå ned. Både ESA og Kommisjonen har i sine innlegg til EFTA-domstolen i vår sak, vurdert oppstillingsforbudet på linje med reklameforbud.

Som det framgår av saksframstillingen innledningsvis, ble det i lovgivningsprosessen tatt opp og vurdert om effekten av synlig oppstilling av tobakk kan sammenlignes med effekten av tobakksreklame.

Philip Morris har anført at det ikke finnes noen vitenskapelig sikkerhet for at man kan overføre forskning fra reklame til synlig oppstilling av tobakk, og har vist til sakkyndige vitner professor James J. Heckman og professor Fred E. Selnes.

Etter rettens syn befinner vi oss på et tilsvarende område som Høyesterett har formulert i Rt. 2009 side 839, Pedicel, avsnitt (34) og som er sitert ovenfor. Dette sammenholdt med EFTA-domstolens formulering av beviskrav, og at det er fravær av effekt det skal føres klarte bevis for, tilsier at det klart er tilstrekkelig å vise til sammenfatninger om spørsmålet som er foretatt av ulike internasjonale organisasjoner eller organer. I vår sammenheng konkluderer slike sammenfatninger rimelig entydig med at synlig oppstilling av tobakksvarer har tilsvarende virkninger som reklame, særlig synlig oppstilling virker i en sammenheng med totalt forbud mot tobakksreklame.

Innledningsvis legger retten til grunn at det er akseptert kunnskap at reklame for tobakk har betydning for forbruket. Dette er fundamentet for WHO rammekonvensjon om tobakkskontroll (Framework Convention on Tobacco Control). I rammekonvensjonens innledning framgår det blant annet at partene i konvensjonen er "alvorlig bekymret over virkningen av alle former for reklame, salgsfremmende tiltak og sponsing som har som formål å oppmuntre til bruk av tobakksprodukter." Videre framgår det av artikkel 13 nr. 1. at partene "erkjenner at et omfattende forbud mot reklame, salgsfremmende tiltak og sponsing ville redusere forbruket av tobakksprodukter."

Også i forarbeidene til EUs tobakksreklamedirektiv, direktiv 2003/33/EF, KOM (2001) 283 er betydningen av tobakksreklame behandlet. Det slås fast at forbud mot reklame skal begrense salg og bruk av tobakk. Videre at tobakksreklamens formål er å øke det totale salget, ikke utelukkende at røykere skal skifte til et annet tobakksmerke slik tobakksindustrien argumenterte. I punkt 7.4(dansk versjon) står det:

"Det ser i den forbindelse ud til, at reklame er en af de faktorer, der har medført vækst i markedet for tobakksvarer. De overvældende mange ord og billeder, der har til formål at fremme forbruget af tobakksvarer, skygger for alle henvisninger til tobakkens skadelige virkninger og tilskynder unge til å følge et adfærdsmønster, der fremstilles som socialt acceptabelt. (...)

Ifølge tobaksbranchen tager reklamerne blot sigte på at få rygerne til at skifte mærke, og de styrker således konkurrencen mellem de forskellige produkter på markedet. Alle former for reklame forsøger pr. definition at øge den pågældende vares markedsandel. Diverse undersøgelser viser imidlertid, at rygerne er meget trofaste over for deres tobaksmærke, og at cigaretter er blandt de varer, hvor trofastheden over for mærket er højest.

Allestedsnærværende tobaksreklamer trænger sig ind i bevidstheden hos alle befolkningsgrupper, børn og unge, rygere og ikke-rygere, for slet ikke at tale om rygere, der gerne ville lægge tobakken på hylden. Mange børn prøver at ryge cigaretter i en meget ung alder, og det er rimeligt at antage, at da de er vokset op med reklamer om trofasthed over for et mærke, kan de alene af den grund blive faste rygere."

Philip Morris argumenterer på tilsvarende måte mot oppstillingsforbudet som tobakksindustrien har argumentert mot reklameforbud. At synlig oppstilling av

tobakksvarer har effekt på konkurransen mellom merker, men samtidig ingen betydning for rekruttering av nye røykere.

WHO har lagt til grunn at synlig oppstilling av tobakksvarer er reklame. I retningslinjene til rammekonvensjon artikkel 13 står det:

"Display of tobacco products at points of sale in itself constitutes advertising and promotion. Display of products is a key means of promoting tobacco products and tobacco use, including by stimulating impulse purchases of tobacco products, giving the impression that tobacco use is socially acceptable and making it harder for tobacco users to quit. Young people are particularly vulnerable to the promotional effects of product display."

Det er på denne bakgrunn gitt følgende anbefaling til medlemslandene:

"Display and visibility of tobacco products at points of sale constitutes advertising and promotion and should therefore be banned. Vending machines should be banned because they constitute, by their very presence, a means of advertising."

Det samme framgår av en rapport fra RAND Europe, *Assessing the Impacts of Revising the Tobacco Products Directive, Study to support a DG SANCO Impact Assessment*, September 2010. Rapporten var et grunnlagsdokument for forslag fra EU-kommisjonen, Health and Consumers Directorate-General, 2010, om blant annet forbud mot oppstilling av tobakk, i forbindelse med revisjon av *The Tobacco Products Directive 2001/37/EC*. I oppsummeringen på side 235 i RAND rapporten er forslaget "Ban the display of products at PoS" markert blant tiltak med størst effect (PoS er point of sale). Videre står det:

"Reduction in smoking prevalence among youths in particular is likely as evidence shows promotion at PoS influences youth smoking behavior and uptake of smoking. A similar impact may be observed, albeit smaller, on adult smokers as bans on promotion remove smoking cues. (...) The strongest measure which would consist of a complete ban on PoS promotions and displays, would have the strongest health impact of all the measures as it would remove all smoking cues from the sight of consumers.

Impact likely to be strongest on youths although some adult smokers and would-be quitters may also be positively affected."

I SIRUS rapport 1/2008 konkluderte Karl Erik Lund og Jostein Rise med at det var grunn til å anta at tobakksvareutstillinger som kjøpspåvirkning fungerer langs de samme dimensjoner som ordinær reklame, men at det er vanskelig å anslå hvorvidt styrken på kjøpspåvirkningen er større eller mindre enn ordinær reklame. Rapporten er basert på samfunnsvitenskapelig metode hvor det etablerers kunnskap ved å sammenstille et spredt kunnskapsgrunnlag fra flere ulike forskningsområder, tradisjoner og tilnæringsmåter. Konklusjonen bygger på flere elementer, blant annet at:

"tobakksindustrien har investert betydelige ressurser i å utvikle pakkedesign som skal kommunisere et budskap til eksisterende forbrukere og potensielle kunder. I

produsentenes egne øyne er altså emballasjen et kommunikasjonsmedium som til og med har økt sin viktighet fordi stadig flere land legger restriksjoner på ordinær tobakksreklame."

I rapporten er det vist til sitater fra bransjejournaler og tidligere interne og hemmelige, nå frigitte, dokumenter fra tobakksindustrien. Blant annet om betydningen av kommunikasjon inne i utsalgsstedet:

"The primary point of communication between ourselves and our consumers will be inside a retail outlet. In Summary, the spend focus has shifted from media, outdoor and consumer promotions to in-store management, contracting for display space and partnerships with retailers to build business."

Når det gjelder forskning på pakkesdesign viser SIRUS-rapporten til Wakefield et al (2002) som ved å ha undersøkt tidligere interne, hemmelige dokumenter fra amerikansk tobakksindustri, konstaterer at tobakkspakkens utforming er en integrert del av industriens markedsføringsstrategi. Pakkens utforming skal tjene to formål; som blikkfang i butikkens utstilling av tobakk og kommunisere et budskap om image.

I forbindelse med saken for Oslo tingrett har SIRUS ved Elisabeth Kvaavik på oppdrag fra saksøkte, foretatt en oppdatert vurdering av forventet effekt av forbud mot synlig oppstilling av tobakksvarer. I notat, mars 2012, fastholder SIRUS konklusjonen om tobakksvareutstillings betydning som kjøpspåvirkning. Rapporten konkluderer med at oppstillingsforbudet forventes å ha effekt overfor unge personer, for røykere som nylig har eller vurderer å slutte, og ha en holdningsskapende effekt – alt i form av at antall brukere eller totalforbruk av tobakk går ned.

Retten viser også til sakkyndig vitne professor Frank J. Chaloupka som i sin skriftlige rapport 22. april 2012 oppsummerer slik:

"Given the evidence discussed above and given my own experiences researching the impact of tobacco company marketing on tobacco use, I conclude that the marketing of tobacco products significantly influences tobacco use, particularly among young people. Tobacco product displays are a key component of tobacco company marketing strategies, particularly in places like Norway where other types of marketing have already been banned. Banning tobacco product displays at the point-of-sale will almost certainly add to the effectiveness of comprehensive marketing bans in reducing tobacco use, with the impact of a display ban likely to grow over time as tobacco use is denormalized. A display ban is expected to have greater impact on youth uptake of tobacco use by eliminating one source of the branding and imagery that appeal to potential users and by changing perceptions that tobacco use is normative."

Chaloupka understreker videre at oppstillingsforbud har større effekt når andre former for markedsføring av tobakk er forbudt, og viser til at han bruker en tilnæringsmåte som er tilsvarende den som brukes av flere organisasjoner:

"My approach is consistent with that used by a number of organizations in their assessments of the evidence on various aspects of tobacco use, including the U.S. Surgeon General, the International Agency for Research on Cancer, the U.S. National Cancer Institute and the Food and Drug Administration. My approach begins with the conclusions that point-of-sale displays are one element in overall tobacco company marketing efforts and then marketing influences tobacco use, and then recognizes that the importance of point-of-sale displays is greater in environments where other forms of tobacco company marketing have been eliminated."

Sakkyndig vitne professor Gerard B. Hastings forklarte seg i samme retning som professor Chaloupka.

Retten går ikke nærmere inn på rapportene fra SIRUS og professor Chaloupka eller de undersøkelsene som det refereres til. Retten går heller ikke nærmere inn på den kritikken mot rapportene som Philip Morris og enkelte sakkyndige vitner har framført. Retten har ikke holdepunkter for annet enn at rapportene er forankret i anerkjente samfunnsvitenskapelige metoder. En hoveddel av kritikken er at ingen av rapportene eller de undersøkelsene som de bygger på, fastslår vitenskapelig sikker årsakssammenheng mellom oppstilling og tobakksbruk. Så vidt retten kan forstå har ikke noen av Philip Morris sine sakkyndige vitner nærmet seg problemstillingen basert på en tilsvarende bred samfunnsvitenskapelig metode.

Sakkyndig vitne professor Fred E. Selnes forklarte at han ikke vurderte vareoppstilling som reklame, og at man ikke kan overføre studier om tradisjonell reklame til virkning av et oppstillingsforbud. Retten oppfattet professor Selnes slik at han uttalte seg om oppstilling generelt, og at han ikke har studert eller forsket på tobakksbransjen spesielt, heller ikke tobakksbransjens pakkedesign. Videre at Selnes la til grunn et krav om vitenskapelig sikre bevis for kausal sammenheng mellom oppstilling av tobakksprodukter og tobakkskonsum.

Sakkyndig vitne professor James J. Heckman mente det ikke var legitimt å låne bevis fra forskning på tobakksreklame og konkludere med disse for synlig oppstilling av tobakksvarer. Retten forstod også professor Heckman slik at han etterlyste vitenskapelig sikre bevis for en sammenheng mellom oppstilling og røykeadferd.

Etter rettens syn er det ikke framlagt klare bevis for at synlig oppstilling av tobakk ikke har virkning som reklame.

Vurdering av egnethet – økonometri

Philip Morris har i tillegg til å bestride sammenligning med reklame og reklameforbud, vist til økonometriske undersøkelser av effekten av oppstillingsforbudet i Norge og i Canada, Island og Irland.

Økonometri, som er en matematisk-statistisk metode, tar sikte på å isolere effekten av oppstillingsforbudet i samvirke med andre tiltak, for eksempel pris- og avgiftsøkning og

røyketrender. Metoden tar utgangspunkt i en nulleffekthypotese, det vil si en hypotese om at tiltaket ikke har effekt. Svaret undersøkelsen gir er om nulleffekthypotesen kan forkastes eller ikke og med hvilken grad av statistisk signifikans.

Metoden åpner for ulike valg av variabler og valg av innholdet i variablene, og avhengig av dette kan man få ulike svar. Dette har flere av de sakkyndig vitnene framhevet som svakhet ved metoden. For eksempel kan det gi ulike svar avhengig av om man måler salgstall for tobakk ut fra engrossalg eller salg til forbruker, og for hvor mange perioder med salgstall man legger inn (antall observasjoner), antall røykere og hvilke priser på tobakk som legges inn. For flere av variablene og innholdet i variablene, for eksempel pris og valg av type salgstall, er det ulikheter i analysene som er gjort av virkningen i Norge.

Det er ikke nødvendig for retten å gå nærmere inn på disse undersøkelsene og hver av partenes inngående innsigelser mot de undersøkelsene som motparten viser til. Slik retten ser det er resultatene av de økonometriske undersøkelsene uansett ikke klare bevis for at oppstillingsforbudet ikke har effekt. Analysene kan ikke konkludere med at oppstillingsforbudet helt sikkert har hatt, eller helt sikkert ikke har hatt effekt.

Det er to forhold retten vil peke på i denne sammenhengen, og som ble påpekt av statens sakkyndig vitner professor Chaloupka og førsteamanuensis Hans Olav Melberg, som begge også bruker økonometrisk analyse.

For det første er effekten av oppstillingsforbudet forventet å komme på sikt. Det er også det EFTA-domstolen knytter vurderingen til i avsnitt 84. Økonometrisk analyse er ikke uten videre egnet til å måle en slik effekt når oppstillingsforbudet ikke har virket lenger enn to og et halvt år. Videre vil undersøkelse av totaltall for tobakksforbruk ikke fange opp effekter for mindre grupper. For eksempel røykere som ønsker eller er i ferd med å slutte å røyke, eller effekten på ungdom og om ungdom påvirkes til ikke å begynne å røyke. En nedgang i rekruttering av unge røykere vil ikke vise seg i en synlig reduksjon i antall røykere fordi antallet som begynner å røyke er ubetydelig i forhold til det store antallet røykere. En slik virkning vil først gi utslag på det totale antallet røykere på lengre sikt.

Retten viser her også til sakkyndig vitne professor James J. Heckman. Han understreket at det ikke finnes noe vitenskapelig grunnlag for å si at det er årsakssammenheng mellom oppstillingsforbudet og reduksjon i røyking. Men han forklarte også at man ikke har noen vitenskapelige sikre bevis for å utelukke at forbudet har effekt.

Også sakkyndig vitne professor Göran Sedvall forklarte at det ikke finnes noen vitenskapelige undersøkelser som sier at oppstillingsforbudet har eller ikke har effekt på røykere som har eller forsøker å slutte å røyke. I hans skriftlige rapport, april 2012, står det:

"Simply put, no studies exist which demonstrate that POS displays cause adult smokers to lapse/relapse. Moreover, no study published to date has even attempted to examine the question whether POS displays cause adult smokers to lapse or relapse as part of its study design."

Vurdering av egnethet – konklusjon

Retten konkluderer etter dette at det ikke er klare bevis for at oppstillingsforbudet ikke er et egnet tiltak til på sikt å begrense forbruket av tobakk i Norge. Retten mener derfor at tiltaket er egnet til å ivareta hensynet til folkehelsen.

Det er ikke nødvendig for retten å gå nærmere inn på graden av effekt av oppstillingsforbudet. Retten bemerker imidlertid at de undersøkelsene som bygger på samfunnsvitenskapelig metode, med kunnskapsinnhenting og sammenstilling av forskning fra flere ulike fagfelt og metoder, konkluderer alle med at oppstillingsforbudet sannsynligvis har slik effekt som er oppstilt som mål for innføringen av tiltaket i Norge. Retten kan utfra EFTA-domstolens uttalelse ikke se annet enn at en slik tilnærming for å vurdere egnethet er relevant.

5.3 Proporsjonalitet - nødvendig

Det andre spørsmålet under proporsjonalitetstesten er om oppstillingsforbudet går ut over det som er nødvendig for å nå målene som tiltaket skal ivareta.

Rettslig utgangspunkt

EFTA-domstolen understreker i avsnitt 85 at artikkel 13 må tolkes strengt fordi den gjør unntak fra det frie varebyttet. Det er de nasjonale myndigheter som må godtgjøre at tiltaket er nødvendig for å oppnå det erklærte mål, og at målet ikke kan nåes ved bruk av mindre omfattende forbud eller restriksjoner eller ved forbud eller restriksjoner som påvirker samhandelen i EØS-området i mindre grad. Det følger av EFTA-domstolens uttalelse avsnitt 83 at tiltaket kan være lovlig selv om det foreligger en viss vitenskapelig usikkerhet vedrørende oppstillingsforbudets nødvendighet.

Det avgjørende er om andre alternative, mindre inngripende tiltak enn oppstillingsforbudet kunne gi et tilsvarende resultat, jf. EFTA-domstolen avsnitt 86.

Retten har ikke oppfattet staten slik at den mener at alternativer som er kvalitativt annerledes, generelt ikke kan tas i betraktning i nødvendighetsvurderingen, slik Philip Morris synes å tolke statens anførsler. Retten oppfatter imidlertid staten slik at den mener at ingen kvalitativt alternative tiltak vil gi tilsvarende effekt i denne konkrete saken.

Målet med lovbestemmelser om oppstillingsforbud

Formålet med oppstillingsforbudet er en generell reduksjon i tobakksbruk i befolkningen og spesielt blant unge, som ledd i et overordnet mål om et tobakksfritt samfunn. Ut fra

formålet og begrunnelsen for tiltaket, må oppstillingsforbudet ses som en forlengelse av reklameforbudet og som et tiltak for å tette det myndighetene anså om et hull i reklameforbudet. Det vises til rettens gjennomgang ovenfor under egnethets spørsmålet, om sammenligningen mellom reklame og oppstilling.

Slik formålet med oppstillingsforbudet er beskrevet i forarbeidene, legger retten til grunn at målet mer konkret er å fjerne reklameeffekten av synlig oppstilling av tobakk på utsalgsstedet har. Oppstillingsforbudet skal videre bidra til denormalisering av røyking ved at tobakksvarer ikke oppstilles synlig sammen med, eller samme sted som kiosk- og dagligvarer. Videre er tiltaket spesielt rettet mot at barn og unge ikke skal begynne å røyke. Dette er et element av både reklameeffekten og denormalisering. Det er også vist til at oppstillingsforbudet kan bidra til å lette røykeslutt og hindre tilbakefall for røykere som har sluttet, ved at tobakksvarene ikke er synlige i butikken. Samlet skal dette over tid føre til nedgang i tobakksbruken og positiv effekt på folkehelsen.

Tobakksforebyggende tiltak – betydning for nødvendighetsvurderingen

Norge har en av de strengeste tobakksreguleringene i Europa. I "The Tobacco Control Scale 2010 in Europe" ble Norge rangert som nr. 3 etter Storbritannia og Irland. Rangeringen er gjort ved at ulike tiltak blir rangert etter et poengsystem. Tiltakene som vurderes er innenfor pris, røykfrie steder, penger brukt på massemediakampanjer, helseadvarsler, hjelp og behandling for røykere som ønsker å slutte og reklame. Under den sistnevnte kategorien "Comprehensive bans on advertising and promotion", er "Ban on display of tobacco products at the point of sales" en egen poenggruppe sammen angitte typer av reklameforbud. På dette området skårer Norge høyest med 12 poeng sammen med Irland og Island som også hadde innført oppstillingsforbud på dette tidspunktet.

I oppsummeringen om Norge står det:

"Norway has been and remains one of the strong leaders in tobacco control in Europe since the 1960s. It recently introduced a ban on tobacco displays at the point of sale and has the highest cigarette prices in the world."

Samtidig scorer Norge dårlig på flere av de øvrige kategoriene. WHO evaluerte det norske tobakskontrollregimet i 2010. Blant annet ble det reist kritikk blant annet for at Norge ikke bruker nok midler på holdningskampanjer i massemedia og fravær av hjelpetiltak for røykeslutt. Det er videre enighet om at håndheving av aldersgrensen på 18 år for å kjøpe tobakk ikke har fungert tilfredsstillende.

Det synes å være en klar oppfatning om at tobakksforebyggende arbeid krever et bredt spekter av tiltak, og hvor forskjellige tiltak virker på ulike grupper av personer. Helse- og omsorgsdepartementet la dette til grunn i lovforarbeidene og understrekte at oppstillingsforbudet måtte betraktes som et supplement og ikke alternativ til andre tiltak.

I Nasjonal strategi for det tobakksforebyggende arbeidet 2006-2010 vises det i denne sammenhengen til USAs Surgeon General, WHO og Verdensbanken, som alle understreker betydningen av en utstrakt blanding av metoder og strategier. Helse- og omsorgsdepartementet skriver i den forbindelse at det er antydning at en helhetlig tilnærming kan gi synergieffekter ved at effekten av en pakke med tiltak kan være større enn effekten av enkelttiltakene summert.

Det samme er framhevet av flere av de sakkyndig vitnene i saken, retten viser her til Chaloupka og Lund.

Retten mener dette er må tas i betraktning ved nødvendighetsvurderingen. Det innebærer at selv om det finnes andre tiltak som man med større grad av sikkerhet vet har effekt for nedgang i tobakksbruk, utelukker ikke det tiltak som kan ha effekt på andre måter og overfor andre målgrupper.

I Norge finnes det en lang rekke tobakksforebyggende tiltak og det er foreslått flere nye i departementets høringsnotat 2012. Retten går ikke nærmere inn på de ulike tiltakene.

Vurdering av nødvendighet

Slik retten ser det er det ingen andre tiltak som vil ha tilsvarende effekt som oppstillingsforbudet.

Det er en sentral målsetting for myndighetene at færrest mulig unge starter å røyke for dermed å hindre at de i framtiden blir avhengig av tobakk. Fravær av synlig tobakksvarer i butikk vil være sentralt både som fravær av reklameeffekt, og som ledd i denormalisering.

Under hovedforhandlingen ble det stilt spørsmål ved statens mål om denormalisering som effekt av oppstillingsforbudet, og at det var uklart hva staten mener med det.

I SIRUS rapport 1/2008 side 49 refererer Lund og Rise til SIFO rapport "Ute av syne ute av sinn?" (Jacobsen og Lavik 2007), som omtaler dette slik:

"Butikkhyllene bidrar på mange måter til å normalisere og dermed legitimere ulike former for forbruk. Hyllene viser fram et repertoar av sidestilte mulige forbrukspraksiser. Knekkebrød, melk, frukt, lyspærer, kondomer, godteri og sigaretter står oppstilt på en fullstendig sideordnet og amoralsk måte. De deler plass i kategorien dagligvarer. Slik låner sigarettene og kondomene legitimitet fra knekkebrødet og melka, og forbruket av dem normaliseres. Det er grunn til å tro at dette også har betydning i forhold til barns- og ungdoms forbruksforståelse og egen identitetsbygging. Derfor, når tobakksvarene forsvinner fra det synlige offentlige rom, kan en ikke utelukke at de også får en mindre framtrædende plassering i forståelsen av forbruk og i identitetsdannende prosesser."

Retten mener dette gir en forståelig forklaring på normaliseringseffekt ved synlig oppstilte tobakksvarer, og motsatt - denormalisering ved fravær av slik oppstilling.

Retten viser også til en evaluering av oppstillingsforbudet i Irland, Evaluation of the removal of point-of-sale tobacco displays in Ireland, Ann McNeill med flere, 2010. Her ble det konkludert blant annet slik:

"At short term follow-up, the legislation appears to be contributing positively to the de-normalisation of smoking among children, and providing a more supportive environment for adults to quit and children not to smoke."

Om denormalisering står det nærmere i rapporten:

"The law appeared to be effective at de-normalising smoking, at least in the short term: as evidence by decreases in the proportion of children thinking that more than 20% of teenagers smoke. Over a third of teenagers, nearly 2 months after the legislation, though that removal of the displays had made it easier for children not to smoke."

Sakkyndig vitne professor Gerard B. Hastings understrekte at reduksjonen i antatt utbredelse av røyking er viktig fordi barns oppfatning om at mange røyker er en grunn til at de selv røyker. Evalueringen fra Irland viste at fjerning av synlig oppstilte tobakksvarer endret barns oppfatning av hvor vanlig det var å røyke. Hastings pekte videre på at unge mennesker er mottakelige for den dobbeltkommunikasjonen det innebærer når barn og unge blir fortalt at det er farlig å røyke, samtidig som tobakk er synlig oppstilt der de kjøper godteri.

Philip Morris har pekt på en bevillingsordning for salg av tobakk som et alternativt tiltak for å hindre at barn under 18 år kjøper røyk. Dette er også foreslått i Helse- og omsorgsdepartementets høringsnotat, 2012, og det er ikke uenighet om at et slikt tiltak vil kunne ha betydning. Retten er imidlertid enig med staten i at en bevillingsordning ikke vil fjerne reklameeffekten av synlig oppstilling, og heller ikke bidra til denormalisering av tobakksbruk. Tiltaket vil heller ikke treffe målgruppen voksne som kan bli påvirket negativt i forbindelse med røykeslutt.

Det samme gjelder med en skjerpet håndheving av aldersgrensen for å kjøpe tobakk. Det vil kunne føre til at færre under 18 år kjøper tobakk, men vil ikke fjerne reklamepåvirkning og normaliseringseffekten av synlig tobakksoppstilling. Sak E-9/00 Rusbus, hvor det ble pekt på en bedre håndheving av aldersgrensen for å kjøpe alkohol, er ikke sammenlignbar for vår sak. I Rusbus-saken var målet med at rusbus måtte selges på Vinmonopolet, å gjøre produktet vanskeligere tilgjengelig for unge. I den saken var ikke denormalisering og fjerning av reklameeffekten ved oppstilling et formål. Det samme gjelder for C-170/04 Rosengren og henvisningen til håndheving av aldersgrensen som et alternativt tiltak.

Videre har Philip Morris pekt på holdningskampanjer i massemedia. Dette er allerede et tiltak som er i bruk, og det er enighet om at massemediakampanjer kan ha effekt på totalforbruk – herunder ved denormaliseringseffekt. Sakkyndig vitne Lund forklarte imidlertid at effekten av slike kampanjer kan avta over tid, og har mindre effekt i et samfunn hvor skadevirkningene ved tobakk er godt kjent.

Selv om slike kampanjer bidrar til denormalisering, vil fravær av synlig tobakk i butikkene etter rettens mening forsterke effekten og virke i samme retning. Motsatt vil fortsatt påvirkningen av synlig oppstilte tobakksvarer kunne svekke denormaliseringseffekten av massemediakampanjer. Retten viser i denne sammenhengen til Rt. 2009 side 839, Pedicel, avsnitt (36) om den indirekte virkningen av reklame, normaliseringseffekt, og hvor Høyesterett viser til et eksempel som også kan belyse denne problemstillingen i vår sak - overført til påvirkningen av synlig oppstilling av tobakk:

"Et eksempel på en slik sammenheng er referert i EF kommisjonens forslag til tobakksdirektiv 19.01.2001 (COM(22001) 283) side 6 (501PC0283):

"As regards the subtle implications of the advertising of a product such as tobacco, the United Kingdom example is significant. In this Member State two thirds of the adult smokers say they want to stop, but half agreed with the statement that smoking cannot be all that dangerous, or the government would not allow tobacco to be advertised." "

Et begrenset oppstillingsforbud vil heller ikke fjerne reklame- og normaliseringseffekten, av synlig tobakksoppstilling. Staten har i denne sammenhengen vist til WHO's Guidelines hvor det understrekes at effekten av et partielt reklameforbud er begrenset. Dette ble også understreket av statens sakkyndige vitner Lund, Chaloupka og Hastings. Retten viser også til Rt. 2009 side 839, Pedicel, avsnitt (61), hvor det legges til grunn at et mindre omfattende tiltak, en kvantitativ begrensning i totalforbudet, må presumeres å svekke effekten av tiltaket. Høyesterett fant det klart at et slikt alternativt tiltak ikke kan føre til at totalforbudet mot alkoholreklame ikke anses nødvendig. Dette må gjelde tilsvarende i vår sak for så vidt gjelder et begrenset oppstillingsforbud.

Retten mener etter dette at oppstillingsforbudet er nødvendig og at det ikke er andre alternative, mindre inngripende tiltak, som kan gi tilsvarende resultat.

5.4 Sakskostnader

Staten har vunnet saken og har krav på erstatning for sine sakskostnader etter hovedregelen i tvisteloven § 20-2 første ledd. Retten kan ikke se at det foreligger noen forhold som tilsier at unntaksbestemmelsen i tredje ledd kommer til anvendelse.

Statens prosessfullmektig har framlagt en oppgave over kostnader med 1 364 200 kroner, hvorav 1 056 000 kroner er salær. Det øvrige er utgifter. Philip Morris har ikke framsatt

innsigelser mot oppgaven, og retten legger den til grunn som statens nødvendige kostnader ved saken, jf. § 20-5.

Dommen er ikke avsagt innen lovens frist. Grunnen er sakens omfang, ferieavvikling og dommerens øvrige arbeidsoppgaver.

DOMSSLUTNING

1. Staten v/Helse- og omsorgsdepartementet frifinnes.
2. Philip Morris Norway AS dømmes til å betale sakskostnader til Staten v/Helse- og omsorgsdepartementet med 1 364 200 -enmilliontrehundreogsekstifiretusentohundrekroner innen to uker fra forkynnelsen av dommen.

Retten hevet

Elisabeth Wittemann

Rettledning om ankeadgangen i sivile saker vedlegges.

Rettledning om ankeadgangen i sivile saker

Reglene i tvisteloven kapitler 29 og 30 om anke til lagmannsretten og Høyesterett regulerer den adgangen partene har til å få avgjørelser overprøvd av høyere domstol. Tvisteloven har noe ulike regler for anke over dommer, anke over kjennelser og anke over beslutninger.

Ankefristen er én måned fra den dagen avgjørelsen ble forkynt eller meddelt, hvis ikke noe annet er uttrykkelig bestemt av retten.

Den som anker må betale behandlingsgebyr. Den domstolen som har avsagt avgjørelsen kan gi nærmere opplysning om størrelsen på gebyret og hvordan det skal betales.

Anke til lagmannsretten over dom i tingretten

Lagmannsretten er ankeinstans for tingrettens avgjørelser. En dom fra tingretten kan ankes på grunn av feil i bedømmelsen av faktiske forhold, rettsanvendelsen, eller den saksbehandlingen som ligger til grunn for avgjørelsen.

Tvisteloven oppstiller visse begrensninger i ankeadgangen. Anke over dom i sak om formuesverdi tas ikke under behandling uten samtykke fra lagmannsretten hvis verdien av ankegenstanden er under 125 000 kroner. Ved vurderingen av om samtykke skal gis skal det blant annet tas hensyn til sakens karakter, partenes behov for overprøving, og om det synes å være svakheter ved den avgjørelsen som er anket eller ved behandlingen av saken.

I tillegg kan anke – uavhengig av verdien av ankegenstanden – nektes fremmet når lagmannsretten finner det klart at anken ikke vil føre fram. Slik nekting kan begrenses til enkelte krav eller enkelte ankegrunner.

Anke framsettes ved skriftlig ankeerklæring til den tingretten som har avsagt avgjørelsen. Selvprosederende parter kan inngi anke muntlig ved personlig oppmøte i tingretten. Retten kan tillate at også prosessfullmektiger som ikke er advokater inngir muntlig anke.

I ankeerklæringen skal det særlig påpekes hva som bestrides i den avgjørelsen som ankes, og hva som i tilfelle er ny faktisk eller rettslig begrunnelse eller nye bevis.

Ankeerklæringen skal angi:

- ankeinstansen
- navn og adresse på parter, stedfortredere og prosessfullmektiger
- hvilken avgjørelse som ankes
- om anken gjelder hele avgjørelsen eller bare deler av den
- det krav ankesaken gjelder, og en påstand som angir det resultatet den ankende parten krever
- de feilene som gjøres gjeldende ved den avgjørelsen som ankes
- den faktiske og rettslige begrunnelse for at det foreligger feil
- de bevisene som vil bli ført
- grunnlaget for at retten kan behandle anken dersom det har vært tvil om det
- den ankende parts syn på den videre behandlingen av anken

Anke over dom avgjøres normalt ved dom etter muntlig forhandling i lagmannsretten. Ankebehandlingen skal konsentreres om de delene av tingrettens avgjørelse som er omtvistet og tvilsomme når saken står for lagmannsretten.

Anke til lagmannsretten over kjennelser og beslutninger i tingretten

Som hovedregel kan en *kjennelse* ankes på grunn av feil i bevisbedømmelsen, rettsanvendelsen eller saksbehandlingen. Men dersom kjennelsen gjelder en saksbehandlingsavgjørelse som etter loven skal treffes etter et skjønn over hensiktsmessig og forsvarlig behandling, kan avgjørelsen for den skjønnsmessige avveiningen bare angripes på det grunnlaget at avgjørelsen er uforsvarlig eller klart urimelig.

En *beslutning* kan bare ankes på det grunnlaget at retten har bygd på en uriktig generell lovforståelse av hvilke avgjørelser retten kan treffe etter den anvendte bestemmelsen, eller på at avgjørelsen er åpenbart uforsvarlig eller urimelig.

Kravene til innholdet i ankeerklæringen er som hovedregel som for anke over dommer.

Etter at tingretten har avgjort saken ved dom, kan tingrettens avgjørelser over saksbehandlingen ikke ankes særskilt. I et slikt tilfelle kan dommen isteden ankes på grunnlag av feil i saksbehandlingen.

Anke over kjennelser og beslutninger settes fram for den tingretten som har avsagt avgjørelsen. Anke over kjennelser og beslutninger avgjøres normalt ved kjennelse etter ren skriftlig behandling i lagmannsretten.

Anke til Høyesterett

Høyesterett er ankeinstans for lagmannsrettens avgjørelser.

Anke til Høyesterett over *dommer* krever alltid samtykke fra Høyesteretts ankeutvalg. Slikt samtykke skal bare gis når anken gjelder spørsmål som har betydning utenfor den foreliggende saken, eller det av andre grunner er særlig viktig å få saken behandlet av Høyesterett. – Anke over dommer avgjøres normalt etter muntlig forhandling.

Høyesteretts ankeutvalg kan nekte å ta til behandling anker over *kjennelser og beslutninger* dersom de ikke reiser spørsmål av betydning utenfor den foreliggende saken, og heller ikke andre hensyn taler for at anken bør prøves, eller den i det vesentlige reiser omfattende bevisspørsmål.

Når en anke over kjennelser og beslutninger i tingretten er avgjort ved kjennelse i lagmannsretten, kan avgjørelsen som hovedregel ikke ankes videre til Høyesterett.

Anke over lagmannsrettens kjennelse og beslutninger avgjøres normalt etter skriftlig behandling i Høyesteretts ankeutvalg.