



## **EFTA-DOMSTOLENS DOM**

12. september 2011\*

*(Fritt varebytte – forbud mot synlig oppstilling av tobakksprodukter – EØS-avtalen artikkel 11 og 13 – tiltak med tilsvarende virkning som kvantitative importrestriksjoner – salgsordninger – beskyttelse av folkehelsen – forholdsmessighet)*

I sak E-16/10,

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

**Philip Morris Norway AS**

og

**Staten v/Helse- og omsorgsdepartementet,**

om tolkningen av artikkel 11 og 13 i Avtalen om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (“EØS-avtalen”), særlig med hensyn til et forbud mot synlig oppstilling av tobakksprodukter på utsalgssteder som fastsatt ved norsk lov, innebærer en ulovlig restriksjon etter EØS-avtalen artikkel 11, og dersom en slik restriksjon foreligger, hvilke kriterier som er avgjørende i vurderingen av om nevnte oppstillingsforbud er forholdsmessig i henhold til i EØS-avtalen artikkel 13, avsier

**DOMSTOLEN,**

sammensatt av Carl Baudenbacher, president, Thorgeir Örlygsson (saksforberedende dommer) og Per Christiansen, dommere,

Justissekretær: Skúli Magnússon,

---

\* Språket i anmodningen om rådgivende uttalelse: norsk

etter å ha tatt i betraktning de skriftlige innlegg inngitt på vegne av:

- Philip Morris Norway AS ("saksøker"), representert ved advokat Peter Dyrberg, advokat Jan Magne Juuhl-Langseth og Michel Petite, avocat,
- Staten ("saksøkte"), representert ved advokat Ketil Bøe Moen og advokat Ida Thue, Regjeringsadvokaten, Oslo,
- Finlands regjering, representert ved Mervi Pere, Legal Counsellor, Ministry for Foreign Affairs,
- Islands regjering, representert ved Íris Lind Sæmundsdóttir, Legal Officer, Ministry for Foreign Affairs,
- Portugals regjering, representert ved Luís Fernandes, Director of the Legal Service of the Directorate General for European Affairs, og Maria João Palma, Legal Consultant of the Directorate General for Economic Activities,
- Romanias regjering, representert ved Emilian Carlogea, Director of the Directorate for Trade Policy, Ministry of Economy, Trade and Business Environment,
- Storbritannias regjering, representert ved Stefan Ossowski, Treasury Solicitor, Treasury Solicitor's Office, European Division, og Ian Rogers, barrister,
- EFTAs overvåkningsorgan ("ESA"), representert ved Florence Simonetti, Senior Officer, og Fiona Cloarec, Officer, Department of Legal & Executive Affairs,
- Europakommisjonen ("Kommisjonen"), representert ved Peter Oliver, Legal Adviser, og Günther Wilms, medlem av Kommisjonens juridiske tjeneste,

med henvisning til rettsmøterapporten

og etter å ha hørt muntlige innlegg fra saksøker, representert ved Peter Dyrberg, saksøkte, representert ved Ketil Bøe Moen og Ida Thue, Finlands regjering, representert ved Mervi Pere, Storbritannias regjering, representert ved Ian Rogers, ESA, representert ved Xavier Lewis, og Kommisjonen, representert ved Peter Oliver og Günther Wilms, i rettsmøte 8. juni 2011,

slik

## Dom

### I Fakta og prosedyre

- 1 Ved brev datert 12. oktober 2010, registrert ved EFTA-domstolen 19. oktober 2010, fremsatte Oslo tingrett en anmodning om rådgivende uttalelse i en sak som står for tingretten mellom Philip Morris Norway AS og staten v/Helse- og omsorgsdepartementet.
- 2 Et totalforbud mot reklame for tobakksvarer har vært i kraft i Norge siden et slikt forbud ble innført i 1973. Forbudet, som ble innført ved lov om vern mot tobakksskader 9. mars 1973 nr. 14, har et bredt virkeområde ettersom det gjelder alle former for markedsføring i alle typer medier.
- 3 Saksøker er et datterselskap av en av verdens største tobakksprodusenter og importerer tobakksprodukter til Norge. Ifølge opplysninger gitt EFTA-domstolen av saksøker og saksøkte under rettsmøtet, var det tobakksproduksjon i Norge frem til 2008. Denne produksjon omfattet sigaretter, rulletobakk og sigarer. Alle rulletobakksmerker var norske merker og varemerker, og enkelte av disse ble ikke markedsført utenfor Norge. Når det gjelder sigaretter, synes partene å være enige om at lokal produksjon hadde en betydelig markedsandel.
- 4 I april 2009 vedtok saksøkte etter den nødvendige stortingsbehandling ytterligere lovgivning som endret gjeldende regler. Den nye lov utvidet reklameforbudet til synlig oppstilling av tobakksvarer og annet røykeutstyr. Forbudet mot synlig oppstilling tillater ett unntak idet det ikke gjelder for spesialforretninger for tobakk.
- 5 Saksøker reiste søksmål ved Oslo tingrett for å få forbudet mot synlig oppstilling satt til side fordi det er i strid med EØS-avtalen. Saksøker gjorde gjeldende at den nye lovgivning, som innførte forbudet mot synlig oppstilling av tobakksprodukter, innebar en ulovlig restriksjon etter EØS-avtalen artikkel 11. Saksøkte avviste dette og hevdet tvert om at den nye lovgivning var forenlig med EØS-avtalen.
- 6 Den 25. juni 2010 besluttet Oslo tingrett å anmode EFTA-domstolen om en rådgivende uttalelse, særlig vedrørende tolkningen av EØS-avtalen artikkel 11 og 13. I sin anmodning om rådgivende uttalelse nevnte Oslo tingrett at det foreligger relevant rettspraksis fra EFTA-domstolen og Den europeiske unions domstol ("EU-domstolen") for så vidt gjelder tradisjonell markedsføring. Tingretten mente imidlertid at det er nødvendig med ytterligere veiledning fra EFTA-domstolen om lovligheten av et generelt forbud mot synlig oppstilling av tobakksvarer i lys av EØS-avtalen artikkel 11 og 13.
- 7 Følgende spørsmål ble forelagt EFTA-domstolen:

1. *Skal EØS-avtalen artikkel 11 forstås slik at et generelt forbud mot synlig oppstilling av tobakksprodukter utgjør et tiltak med tilsvarende virkning som en kvantitativ restriksjon på den frie bevegelse av varer?*
2. *Forutsatt at det foreligger en restriksjon, hvilke kriterier vil være avgjørende for å fastslå om et oppstillingsforbud begrunnet i målet om redusert tobakksbruk i befolkningen generelt og blant unge spesielt, vil være egnet og nødvendig av hensyn til folkehelsen?*

## **II Rettslig bakgrunn**

### *EØS-rett*

- 8 EØS-avtalen artikkel 11 lyder:

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

- 9 EØS-avtalen artikkel 13 lyder:

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

### *Nasjonal rett*

- 10 I norsk rett er totalforbudet mot reklame for tobakksprodukter innført ved § 4 i lov 9. mars 1973 nr. 14 om vern mot tobakksskader. Paragrafen lyder:

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

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

- 11 Lov 3. april 2009 nr. 18, som endret 1973-loven, utvidet reklameforbudet. Den nye lov, som trådte i kraft 1. januar 2010, innførte et forbud mot synlig oppstilling av tobakksprodukter i § 5 i 1973-loven. Paragrafen lyder:

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

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

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

*Forbudet i første ledd gjelder ikke for spesialforretninger for tobakk.*

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

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

- 12 Paragraf 2 i 1973-loven definerer visse begreper som er relevante for oppstillingsforbudet:

### *§ 2 Definisjoner*

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

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

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

- 13 Det vises til rettsmøterapporten for en mer utførlig redegjørelse for den rettslige ramme, de faktiske forhold, saksgangen og de skriftlige innlegg inngitt til EFTA-domstolen, som i det følgende bare vil bli omtalt og drøftet så langt dette er nødvendig for domstolens begrunnelse.

### **III Det første spørsmål**

- 14 Med sitt første spørsmål søker den nasjonale domstol å fastslå hvorvidt et generelt forbud mot synlig oppstilling av tobakksprodukter utgjør et tiltak med tilsvarende virkning som en kvantitativ restriksjon på det frie varebytte, som er forbudt i henhold til EØS-avtalen artikkel 11. Den nasjonale domstol understreker at lovgivningen som her vurderes, ikke innebærer direkte forskjellsbehandling idet lovgivningen anvendes likt på alle produkter som den omfatter. Den nasjonale domstol opplyser imidlertid at partene er uenige om lovgivningen innebærer indirekte forskjellsbehandling.

#### *Innlegg inngitt til EFTA-domstolen*

- 15 Saksøker gjør gjeldende at forbudet mot synlig oppstilling av tobakksprodukter utgjør "et tiltak med tilsvarende virkning som en kvantitativ restriksjon" på det

frie varebytte. Denne argumentasjon er todelt: Saksøker gjør for det første gjeldende at forbudet er diskriminerende av natur, og for det andre at det hindrer markedsadgang. På dette grunnlag anfører saksøker at forbudet mot synlig oppstilling er uforenlig med EØS-avtalen artikkel 11.

- 16 Ifølge saksøker utgjør et forbud mot synlig oppstilling, på samme måte som et totalt reklameforbud, uten videre en restriksjon på det frie varebytte, som er ulovlig etter EØS-avtalen artikkel 11. Saksøker erkjenner at rettspresis har tillatt et unntak fra dette prinsipp, særlig der nasjonal lovgivning begrenser bestemte former for salg, men samtidig gjelder for alle berørte næringsdrivende og påvirker markedsføringen av innenlandske og importerte produkter på samme måte. Dette er imidlertid ikke tilfellet i den foreliggende sak. Her vil et forbud mot synlig oppstilling ifølge saksøker kunne favorisere innenlandske produkter sammenlignet med importerte, fordi forbrukerne vil kjenne de innenlandske produkter bedre.
- 17 Etter saksøkers oppfatning endrer ikke fraværet av tobakksproduksjon i Norge det faktum at et totalforbud mot synlig oppstilling uten videre utgjør en restriksjon på det frie varebytte. Tvert imot er forskjellsbehandlingen mer alvorlig i tilfeller der det ikke er innenlandsk produksjon, ettersom det utelukkende er importerte produkter som blir berørt. Det at det ikke er tobakksproduksjon i Norge, har uansett ingen innvirkning på om EØS-avtalen artikkel 11 kommer til anvendelse, slik det følger av rettspraksis fra EU-domstolen, særlig sak C-391/92 *Kommisjonen mot Hellas*, Sml. 1995 s. I-1621, avsnitt 17. Derfor er et forbud mot synlig oppstilling diskriminerende av natur, og det at det ikke er innenlandsk produksjon, er enten irrelevant eller vil understøtte konklusjonen om diskriminering.
- 18 Saksøker gjør gjeldende at forbudet mot synlig oppstilling hindrer markedsadgang og utgjør dermed en restriksjon på det frie varebytte etter EØS-avtalen artikkel 11. Med henvisning til sak C-110/05 *Kommisjonen mot Italia*, Sml. 2009 s. I-519 og C-142/05 *Mickelsson og Roos*, Sml. 2009 s. I-4273, anfører saksøker at enhver regel som i) har som siktemål eller fører til forskjellsbehandling av importerte varer, ii) fastsetter tilleggskrav for importerte varer, eller iii) hindrer adgang for importerte varer til markedet i en EØS-stat, må betraktes som en restriksjon i henhold til EØS-avtalen artikkel 11. Etter saksøkers oppfatning oppfyller lovgivningen som innfører forbudet mot synlig oppstilling av tobakksprodukter, alle disse kriteriene.
- 19 Når det gjelder spørsmålet om hvorvidt forbudet mot synlig oppstilling hindrer adgang til tobakksmarkedet, gjør saksøker gjeldende at etter innføringen av det totale reklameforbud har synlig oppstilling av tobakksprodukter vært den eneste måte importørene har kunnet gjøre sine produkter kjent for forbrukerne på. Et forbud mot synlig oppstilling stenger denne siste gjenværende kommunikasjonskanal. Dette gjelder særlig for nye produkter som ikke er kjent for innenlandske forbrukere. Der reklameforbudet gjør markedsføring vanskelig, gjør et forbud mot synlig oppstilling all kommunikasjon mot forbrukeren umulig, da særlig hva gjelder nye tobakksprodukter.

- 20 Endelig anfører saksøker at Verdens helseorganisasjons rammekonvensjon av 2003 (“WHO’s rammekonvensjon”), som saksøkte henviser til, ikke kan løse saksøkte fra sine forpliktelser etter EØS-avtalen artikkel 11 og 13. Likeledes kan ingen retningslinjer vedtatt i regi av WHO påberopes for dette formål, særlig fordi disse retningslinjer simpelthen er ikke-bindende regler for gjennomføring av ulike artikler i rammekonvensjonen.
- 21 Saksøkte gjør gjeldende at forbudet mot synlig oppstilling er ledd i en konsekvent tobakkspolitikk hvis formål er å begrense reklameeffekten av den synlige oppstilling av tobakksprodukter og bidra til å redusere tobakksbruken og tobakksrelaterte helseproblemer. Saksøkte gjør gjeldende at målet med forbudet mot synlig oppstilling er å redusere antallet røykere i befolkningen generelt og blant barn og unge spesielt. Forbudet vil dermed ha en direkte effekt på bruken av tobakk ved å begrense eksponeringen av tobakksprodukter. Dessuten vil det ha en indirekte effekt ved å endre holdningen i befolkningen generelt ved at det skapes en signaleffekt, ettersom tobakksprodukter, hvis skadevirkninger er hevet over tvil, ikke lenger vil bli stilt sammen med ufarlige produkter på utsalgsstedene. Virkningen på lang sikt vil være at bruken av tobakk avnormaliseres i befolkningen generelt.
- 22 Saksøkte anfører at reklame for tobakksprodukter er regulert i EU- og EØS-regelverket, men at synlig oppstilling av tobakksprodukter ikke er det. Idet forbudet fastsatt i sekundærretten i EU ikke omfatter synlig oppstilling av tobakksprodukter, har EØS-statene kompetanse til å innføre strengere regler. Det må da ifølge saksøkte tas hensyn til EUs gjentatte oppfordringer til medlemsstatene om å innføre strengere regler innenfor deres kompetanseområder enn det som er fastsatt i EU-retten.
- 23 Saksøkte gjør dessuten gjeldende at WHO’s arbeid er viktig. Særlig viktig er WHO’s rammekonvensjon, hvis formål er å redusere skadene som forbruket av tobakk påfører folk. Saksøkte bemerker at de fleste stater har tiltrådt denne konvensjon, herunder 26 EU-medlemsstater og to EØS-stater (Norge og Island). I henhold til artikkel 13 nr. 2 i WHO’s rammekonvensjon skal konvensjonspartene innføre et generelt forbud mot alle former for tobakksreklame, salgsfremmende tiltak og sponning. Saksøkte anfører videre at partene til ovennevnte konvensjon har vedtatt retningslinjer for gjennomføring av ulike artikler, herunder artikkel 13. Etter saksøktes oppfatning er disse retningslinjer bindende, ettersom de representerer partenes egen forståelse av de forpliktelser som WHO’s rammekonvensjon inneholder.
- 24 Når det konkret gjelder det første spørsmål, gjør saksøker gjeldende at målet med forbudet mot synlig oppstilling ikke er å hindre handel mellom EØS-stater men å begrense reklameeffekten som synlige tobakksprodukter representerer. Denne sak faller derfor utenfor området for prinsippet fastsatt i sak 120/78 *Rewe-Zentral (Cassis de Dijon)*, Sml. 1979 s. 649, og faller i stedet inn under området for prinsippet fastsatt i forente saker C-267/91 og C-268/91 *Keck og Mithouard*, Sml. 1993 s. I-6097, om “salgsordninger”.

- 25 Saksøkte anfører tre hovedargumenter i relasjon til det første spørsmål. For det første kan det ikke foreligge noen rettslig eller faktisk forskjellsbehandling ettersom forbudet mot synlig oppstilling utgjør en salgsordning som gjelder alle handelstransaksjoner uten hensyn til de næringsdrivendes nasjonalitet. For det andre er forbudet mot synlig oppstilling ikke ment å hindre markedsadgang for importerte eller innenlandske produkter. I dette henseende anfører saksøkte at det ikke finnes innenlandske produkter ettersom det ikke er tobakksproduksjon i Norge. Uansett dette faktum ville forbudet, om det på noen måte skulle hindre markedsadgang, bare høre inn under virkeområdet for EØS-avtalen artikkel 11 dersom det ble fastslått forskjellsbehandling. For det tredje, dersom EFTA-domstolen skulle konkludere med at en ikke-diskriminerende salgsordning omfattes av EØS-avtalen artikkel 11, foreligger det uansett ikke noen markedshindring. I dette henseende må det ifølge saksøkte anvendes en svært høy terskel, det vil si at forbudet mot synlig oppstilling må forhindre eller sterkt begrense bruken av det aktuelle produkt.
- 26 Finlands regjering peker på at det finske parlament har vedtatt lovgivning som innfører et forbud mot synlig oppstilling. De nye rettsregler vil tre i kraft i 2012. Etter regjeringens oppfatning og i samsvar med prinsipper fastsatt i rettspraksis, skal et forbud mot synlig oppstilling betraktes som en salgsordning. Følgelig er spørsmålet om forskjellsbehandling relevant, særlig hvorvidt rettslig eller faktisk forskjellsbehandling kan bevises. Her understreker regjeringen at det er den nasjonale domstol som bør gjøre realitetsvurderingen, særlig av om det foreligger faktisk diskriminering.
- 27 Finlands regjering understreker dessuten at saksøkers henvisninger til rettspraksis vedrørende alkoholreklame etter dens oppfatning ikke er relevant for den foreliggende sak. Regjeringen anfører at tobakksprodukter ikke kan sammenlignes med alkoholholdige drikker, noe som gjenspeiles i det faktum at tobakksmarkedet og alkoholmarkedet er av forskjellig natur. Endelig må saksøkers argumenter om markedshindringen for importerte produkter til fordel for innenlandske produkter, avvises. I så henseende bemerker regjeringen for det første at det ikke finnes innenlandske produkter på markedet, og for det annet at oppstillingsforbudet vil påvirke markedsadgangen for nye innenlandske produkter på samme måte som for importerte produkter.
- 28 Islands regjering opplyser at et generelt forbud mot synlig oppstilling av tobakk og tobakksmerker, har vært i kraft i Island siden 2001. Et unntak gjelder for spesialforretninger for tobakk. Islands regjering har det syn at forbudet mot synlig oppstilling av tobakksprodukter er forenlig med EØS-retten, og anfører at forbudet ikke går ut over det som er nødvendig for å nå målet som søkes oppnådd.
- 29 Portugals regjering hevder at et forbud mot synlig oppstilling begrenser det frie varebytte, og at det, sammen med et reklameforbud, gjør det uoverkommelig for produsenter å lansere og markedsføre nye produkter. Regjeringen understreker behovet for konkurranse og anfører at forbudet mot synlig oppstilling også vil medføre konkurransevridning, som fastslått i nyere rettspraksis fra EU-domstolen



vedrørende minstepriskrav for tobakksprodukter, jf. sak C-198/08 *Kommisjonen mot Østerrike*, dom av 4. mars 2010, ennå ikke i Sml., avsnitt 30, og sak C-221/08 *Kommisjonen mot Irland*, dom av 4. mars 2010, ennå ikke i Sml., avsnitt 41.

- 30 Portugals regjering anfører videre at et totalforbud mot synlig oppstilling er diskriminerende av natur, til ulempe for importerte produkter. Selv om forbudet ikke skulle bli betraktet som diskriminerende, hindrer det markedsadgang for tobakksprodukter fra andre EØS-stater. En slik konkurransevridning vil påvirke markedet og begrense det til det marked som alt eksisterer etter lokal skikk og bruk. Om et forbud mot synlig oppstilling tillates, vil dette følgelig skape presedens for å tillate EØS-statene å lukke markedet og hindre introduksjon av nye merker og produkter.
- 31 Romanias regjering erkjenner at tiltak til beskyttelse av folkehelsen kan innføres av EØS-stater med henvisning til føre-var-prinsippet. Etter regjeringens oppfatning påligger det imidlertid stater som innfører slike tiltak, å bevise at tiltakene er nødvendige. I tillegg må det foreligge vitenskapelig dokumentasjon som underbygger en årsakssammenheng mellom den synlige oppstilling av tobakksprodukter og forbruket av tobakksprodukter i befolkningen generelt. Den berørte stat må videre ta hensyn til mulige alternative tiltak som virker mindre begrensende på handelen.
- 32 Storbritannias regjering hevder at forbudet mot synlig oppstilling ikke er et tiltak med tilsvarende virkning som en kvantitativ restriksjon etter EØS-avtalen artikkel 11, men skal betraktes som en salgsordning etter rettspraksis. Det fastsatte formål med tiltaket, nemlig å redusere salgsvolumet for tobakksprodukter, kan ikke gi grunnlag for den konklusjon at forbudet omfattes av EØS-avtalen artikkel 11. Når det gjelder forskjellsbehandling, er det ifølge regjeringen umulig å fastslå om det foreligger noen rettslig eller faktisk forskjellsbehandling mellom innenlandske og importerte produkter, av to grunner: For det første gjelder forbudet mot synlig oppstilling for alle næringsdrivende og alle tobakksprodukter, uavhengig av hvilket land de har sin opprinnelse i. For det annet finnes det ingen innenlandske tobakksprodukter ettersom det ikke produseres tobakksprodukter i Norge. Når det gjelder sistnevnte punkt, anfører regjeringen at om det hadde eksistert innenlandske tobakksprodukter, ville forbudet mot synlig oppstilling gjelde for disse produkter på samme måte som for importerte produkter.
- 33 Storbritannias regjering fremhever de ulike markeders ulike natur. Dette gjelder ikke minst for markedet for alkoholholdige drikker og markedet for tobakksprodukter. Etter regjeringens oppfatning bør EFTA-domstolen følgelig vurdere kritisk enhver henvisning til rettspraksis vedrørende alkoholholdige drikker. Endelig gjør regjeringen gjeldende at EØS-avtalen artikkel 11 ikke får anvendelse på nasjonal lovgivning som oppfyller tre kriterier: Nasjonal lovgivning i) som ikke skiller mellom produkter på grunnlag av deres opprinnelse, ii) som ikke regulerer varehandelen mellom EØS-stater, og iii) hvis begrensende virkning er altfor usikker og indirekte til at den kan anses å hindre

handelen mellom EØS-stater, omfattes nemlig ikke av EØS-avtalen artikkel 11. Ifølge regjeringen oppfyller forbudet mot synlig oppstilling disse kriterier.

- 34 ESA anfører at selv om det ikke foreligger noen uenighet om den relevante rettspraksis fra EU-domstolen, må det tas særlig hensyn til de dommer som gir en nærmere avklaring av realitetsinnholdet i artikkel 34 i traktaten om Den europeiske unions virkemåte (“TEUV”). Derfor er avklaringene i *Keck og Mithouard* viktige, ikke minst på grunn av tre-trinnstesten som fastsettes der, nemlig i) hvorvidt den aktuelle lovgivning utgjør en “salgsordning”, ii) hvorvidt den nasjonale bestemmelse gjelder for alle berørte næringsdrivende på det nasjonale territorium, og 3) hvorvidt tiltakene rettslig og faktisk berører markedsføringen av innenlandske og importerte produkter på samme måte.
- 35 Når det gjelder testens første to elementer, anfører ESA at forbudet mot synlig oppstilling oppfyller kriteriene fastsatt i rettspraksis. Det er klart at synlig oppstilling er et virkemiddel for å reklamere for og markedsføre tobakksprodukter. Ethvert tiltak som innebærer at et tobakksprodukt ikke kan oppstilles, utgjør per definisjon en salgsordning. Det fremgår dessuten av den nasjonale domstols henvisning til rettspraksis at oppstillingsforbudet gjelder for alle næringsdrivende på det aktuelle territorium. Når det gjelder den siste del av testen, gjør ESA gjeldende at etter tilnærmingen i *Keck og Mithouard* kan spørsmålet om det rettslig eller faktisk foreligger noen forskjellsbehandling bare besvares benektende.
- 36 Europakommisjonen hevder at forbudet mot synlig oppstilling kan betraktes som et reklameforbud i en radikal form. Følgelig er rettspraksis om reklamebegrensninger, herunder om “salgsordninger”, relevant i denne sak. I vurderingen av hvorvidt forbudet mot synlig oppstilling omfattes av EØS-avtalen artikkel 11, er det avgjørende om det rettslig eller faktisk foreligger forskjellsbehandling. Gitt at det ikke finnes noen tobakksproduksjon i Norge, kan forbudet mot synlig oppstilling følgelig ikke ses som et tiltak med tilsvarende virkning som en kvantitativ importrestriksjon etter EØS-avtalen artikkel 11.
- 37 Kommisjonen erkjenner imidlertid at forbudet mot synlig oppstilling er en begrensning, og at det vil få negativ effekt på konkurransen mellom merker som allerede er etablert på det norske marked, og på næringsdrivendes muligheter til å delta i markedet med nye produkter. I denne sammenheng vedgår Kommisjonen, med henvisning til *Kommisjonen mot Italia*, som omtalt over, at et forbud mot synlig oppstilling, selv i fravær av innenlandsk produksjon, kan utgjøre et tiltak med tilsvarende virkning som en kvantitativ importrestriksjon, som er forbudt i henhold til EØS-avtalen artikkel 11. I lys av det syn Kommisjonen inntar vedrørende det andre spørsmål, gjør Kommisjonen imidlertid gjeldende at EFTA-domstolen ikke trenger å realitetsbehandle dette punkt i forbindelse med det første spørsmål.

*Rettenns bemerkninger*

- 38 I lys av spørsmålet fra den anmodende domstol og innleggene som er lagt frem, finner EFTA-domstolen det hensiktsmessig først å undersøke om og i hvilken grad EØS-avtalen artikkel 11 får anvendelse på slike nasjonale regler som bestemmelsene i norsk lov om vern mot tobakksskader.
- 39 EØS-avtalen artikkel 11 forbyr alle tiltak med tilsvarende virkning som kvantitative importrestriksjoner. Etter fast rettspraksis får dette forbud anvendelse på alle handelsregler gjennomført av EØS-statene som direkte eller indirekte, aktuelt eller potensielt, kan hindre handelen innenfor Det europeiske økonomiske samarbeidsområde, fordi slike regler er å betrakte som tiltak med tilsvarende virkning som kvantitative importrestriksjoner (se sak E-4/04 *Pedice AS mot Sosial- og helsedirektoratet*, EFTA Ct. Rep. 2005 s. 1, avsnitt 45, og den rettspraksis som det vises til der, jf. sak C-110/05 *Kommisjonen mot Italia*, Sml. 2009 s. I-519, avsnitt 33, og sak C-108/09 *Ker-Optika*, dom av 2. desember 2010, ennå ikke i Sml., avsnitt 47).
- 40 I denne sammenheng må EØS-avtalen artikkel 11 forstås som en forpliktelse til å overholde de EØS-rettslige prinsipper om ikke-diskriminering og gjensidig godkjenning av produkter som er lovlig fremstilt og markedsført i andre EØS-stater, samt prinsippet om fri adgang for EØS-produkter til nasjonale markeder (jf. *Kommisjonen mot Italia*, som omtalt over, avsnitt 34, og den rettspraksis som det vises til der, samt *Ker-Optika*, som omtalt over, avsnitt 48).
- 41 Følgelig skal nasjonale tiltak vedtatt av en EØS-stat som har som formål eller virkning at produkter fra andre EØS-stater får en mindre gunstig behandling enn innenlandske produkter, betraktes som tiltak med tilsvarende virkning som kvantitative importrestriksjoner, og er dermed omfattet av EØS-avtalen artikkel 11. Det samme gjelder for regler som fastsetter produktkrav for importerte varer, selv om disse regler gjelder likt for alle produkter. Ethvert annet tiltak som hindrer adgang for produkter med opprinnelse i en EØS-stat til markedet i en annen EØS-stat, anses også å ha tilsvarende virkning i henhold til EØS-avtalen artikkel 11 (jf. *Kommisjonen mot Italia*, avsnitt 35 og 37, og *Ker-Optika*, som omtalt over, avsnitt 49 og 50).
- 42 EFTA-domstolen nevner at forbudet mot synlig oppstilling som denne sak gjelder, ikke er ment å regulere varehandelen mellom EØS-stater. Forbudet kan imidlertid etter sin natur ha en begrensende virkning på markedsføringen av tobakksprodukter i det aktuelle marked, særlig for lansering av nye produkter i markedet.
- 43 Det følger av den rettspraksis som er omtalt over, at nasjonale bestemmelser som gjelder for produkter fra andre EØS-stater og som begrenser eller forbyr visse salgsordninger, generelt må anses å hindre, direkte eller indirekte, aktuelt eller potensielt, handelen mellom EØS-stater.

- 44 Bestemmelser som gjelder salgsordninger, utgjør imidlertid ikke en restriksjon dersom de gjelder for alle berørte næringsdrivende som driver virksomhet på det nasjonale territorium og rettslig og faktisk påvirker markedsføringen av innenlandske produkter og produkter fra andre EØS-stater likt. 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).
- 45 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.
- 46 Deretter må det undersøkes om den aktuelle nasjonale lovgivning oppfyller de to vilkår nevnt i avsnitt 44 over. Med andre ord må det analyseres om bestemmelsene gjelder for alle berørte næringsdrivende på det aktuelle nasjonale territorium, og om de rettslig og faktisk påvirker salg av innenlandske produkter og salg av varer fra andre EØS-stater likt.
- 47 Partene er enige om at det ikke foreligger noen rettslig forskjellsbehandling i dette tilfelle fordi forbudet mot synlig oppstilling gjelder for alle næringsdrivende på det aktuelle marked og berører alle produkter på samme måte. Uenigheten mellom partene, som beskrevet i foreleggelsen fra den nasjonale domstol, er begrenset til spørsmålet om forbudet mot synlig oppstilling innebærer en faktisk forskjellsbehandling. Saksøker anfører at selv om det ikke er tobakksproduksjon i Norge, finnes det merker på det norske marked som frem til 2008 ble produsert innenlands, men som nå produseres i utlandet og importeres til Norge. Disse produkter er ifølge saksøker mindre berørt av forbudet mot synlig oppstilling fastsatt ved de nasjonale bestemmelser saken gjelder, og har følgelig en mer fordelaktig stilling på det aktuelle marked enn andre tobakksprodukter.
- 48 Som EU-domstolen fastslo i *Kommisjonen mot Hellas*, som omtalt over, avsnitt 17, er spørsmålet om det finnes innenlandsk produksjon, ikke avgjørende når det gjelder å vurdere virkningene av et restriktivt tiltak. Det kan ikke utelukkes at produksjon i Norge kan bli gjenopptatt på et senere tidspunkt. 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. *Pedicel*, som omtalt over, avsnitt 46).
- 49 Den tilgjengelige informasjon gjør det ikke mulig for EFTA-domstolen å fastslå med sikkerhet om de aktuelle nasjonale bestemmelser som forbyr oppstilling av

tobakksprodukter, påvirker markedsføringen av produkter fra andre EØS-stater i større grad enn de påvirker 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.

- 50 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.
- 51 Det følger av det ovenstående at svaret på det første spørsmål må være at et forbud mot synlig oppstilling av tobakksprodukter innført ved en EØS-stats nasjonale lovgivning, som det denne sak gjelder, utgjør et tiltak med tilsvarende virkning som en kvantitativ restriksjon etter EØS-avtalen artikkel 11 dersom forbudet faktisk påvirker markedsføringen av produkter fra andre EØS-stater i større grad enn markedsføringen av importerte produkter som inntil nylig ble produsert i Norge.

#### **IV Det andre spørsmål**

- 52 Det andre spørsmål fra den nasjonale domstol gjelder hvilke kriterier som er avgjørende – gitt at det foreligger en restriksjon i strid med EØS-avtalen artikkel 11 – i vurderingen av om et forbud mot synlig oppstilling, hvis formål er å redusere antallet røykere i befolkningen generelt og blant barn og unge spesielt, er egnet og nødvendig av hensyn til folkehelsen i henhold til EØS-avtalen artikkel 13.

#### *Innlegg inngitt til EFTA-domstolen*

- 53 Saksøker anfører at EFTA-domstolen bør gi den anmodende domstol veiledning med hensyn til begrunnelsen og vurderingen av forholdsmessighet som er nødvendig etter EØS-avtalen artikkel 13. Saksøker mener dette fordi nasjonale domstoler, som jo skal foreta vurderingen som kreves i EØS-avtalen artikkel 13, har kommet til forskjellige resultater. Etter saksøkers oppfatning har dette undergravid et av EØS-avtalens grunnleggende mål, nemlig ensartet anvendelse

av avtalens prinsipper. EFTA-domstolen bør derfor gi den nasjonale domstol detaljert veiledning.

- 54 Saksøker anfører at en forholdsmessighetsvurdering av de norske tiltak må omfatte en vurdering av egnethet og nødvendighet. Ettersom EØS-avtalen artikkel 13 utgjør et unntak fra prinsippet om fritt varebytte, er det videre nødvendig med en streng tolkning i forbindelse med forholdsmessighetsvurderingen. Derfor er det etter saksøkers oppfatning saksøkte som må godtgjøre og legge frem bevis underbygget av vitenskapelig dokumentasjon for at forbudet mot synlig oppstilling er berettiget, og at resultatet ikke kan oppnås med mindre inngripende midler.
- 55 Når det gjelder hvilke forhold saksøkte må legge frem bevis for, er det ifølge saksøker to spørsmål som er av særlig betydning: For det første må det godtgjøres at tobakksprodukter faktisk skaper en risiko for folkehelsen, for det annet at forbudet mot synlig oppstilling reduserer denne risiko. Saksøker anfører at selv om det ikke foreligger noen uenighet mellom partene om at bruken av tobakksprodukter har en negativ innvirkning på folkehelsen, er partene uenige om hvorvidt et forbud mot synlig oppstilling reduserer forbruket, og om den virkning saksøkte tilsikter kan oppnås med andre, mindre inngripende virkemidler. Saksøker gjør gjeldende at saksøktes syn med hensyn til effekten av et forbud ikke er understøttet av vitenskapelig dokumentasjon, herunder case-studier fra land som har innført forbud mot synlig oppstilling.
- 56 Saksøker anfører at forbudet mot synlig oppstilling verken oppfyller kriteriene for egnethet eller kriteriene for nødvendighet. Når det gjelder det første spørsmål, hevder saksøker at forbudet ikke er egnet til å redusere forbruket av tobakk. Produktene er fremdeles tilgjengelige på utsalgssteder selv om de ikke er synlige. Forbudet mot synlig oppstilling medfører dermed bare en tilleggsulempe. Når det gjelder det andre spørsmål, gjør saksøker gjeldende at saksøkte er forpliktet til å vurdere andre, mindre inngripende virkemidler som ville være like effektive for å oppnå målet som søkes oppnådd. Dette er ikke blitt gjort; tvert imot viser dokumenter fra regjeringen at saksøkte ikke har iverksatt andre kontrolltiltak.
- 57 Saksøkte gjør gjeldende at om EFTA-domstolen legger til grunn at det er nødvendig å realitetsbehandle det andre spørsmål, må forbudet mot synlig oppstilling betraktes som berettiget og forholdsmessig i henhold til EØS-avtalen artikkel 13 ettersom det er innført for å beskytte folkehelsen. Dette formål er blitt vurdert som et legitimt mål av største betydning. Saksøkte understreker at det er den enkelte stat selv som skal bestemme beskyttelsesnivå og hvordan dette nivå skal oppnås; dog alltid forutsatt at statens tilnærming står i forhold til målet som søkes oppnådd.
- 58 Med hensyn til dette anfører saksøkte at selv om Oslo tingrett anmoder om veiledning med hensyn til relevante kriterier, er det ikke EFTA-domstolen som skal vurdere de faktiske forhold i saken eller om nasjonal lovgivning er forenlig med EØS-retten. Derfor bør veiledningen være i form av en generell drøftelse der elementene som er av betydning for Oslo tingretts vurdering, identifiseres.

- 59 Saksøkte gjør gjeldende at elementene egnethet og nødvendighet inngår naturlig i en forholdsmessighetsvurdering etter EØS-avtalen artikkel 13. Når det gjelder forholdsmessighetstesten generelt, understreker saksøkte imidlertid at selv om bevisbyrden uomtvistelig ligger på staten, varierer intensiteten av denne byrde avhengig av det aktuelle saksforhold. Rettspraksis tilsier ikke bare at en forsiktig tilnærming til rettslig overprøving er påkrevet, men også at plikten til å legge frem bevis ikke må anvendes på en slik måte at det blir vanskelig å vedta nye tiltak med sikte på å redusere forbruket av tobakk. Saksøkers tilnærming til dokumentasjonskrav ville, dersom EFTA-domstolen skulle ta den til følge, faktisk gjøre det umulig å vedta nye tiltak med sikte på å redusere forbruket av tobakk. Saksøkte gjør derimot gjeldende at dokumentasjonskravene ikke bør forstås slik at det må legges frem studier som understøtter forholdsmessigheten av et bestemt tiltak før det innføres, og videre at fremtidige effekter som ikke kan forutses nøyaktig, bør granskes i et forholdsmessighetsperspektiv bare dersom de omtvistede tiltak er åpenbart feilaktige.
- 60 Med hensyn til egnethetstesten og nødvendighetstesten gjør saksøkte gjeldende at det omtvistede tiltak består begge disse. Forbudet mot synlig oppstilling er egnet ettersom det utgjør et adekvat tiltak for å redusere forbruket av tobakk. I så henseende har saksøkte en omfattende skjønnsmargin til å vurdere hvilke tiltak som mest sannsynlig vil kunne bidra til konkrete resultater. I dette tilfelle har saksøkte basert sin vurdering på ulike dokumenter fra EU og WHO som ikke bare inneholder omfattende argumenter som underbygger faktiske forhold knyttet til forbudet mot synlig oppstilling, men også rettslige argumenter til støtte for forbudets egnethet. Dette element i saken dreier seg faktisk om bevisspørsmål, noe som etter saksøktes oppfatning har til følge at EFTA-domstolen bør avstå fra å analysere spørsmålet nærmere og nøye seg med å veilede den nasjonale domstol.
- 61 Når det gjelder nødvendighetstesten, gjør saksøkte gjeldende at forbudet mot synlig oppstilling er basert på et legitimt mål begrunnet i allmenne hensyn, og at forbudet er nødvendig fordi det legitime mål ikke kan nås effektivt med mindre inngripende virkemidler.
- 62 Saksøkte anfører at resonnementet i *Kommisjonen mot Italia*, som omtalt over, bør følges, nemlig at en stat som med et bestemt formål innfører tiltak som har innvirkning på det frie varebytte, ikke plikter positivt å bevise at ingen andre tenkelige tiltak ville kunne gjøre at dets legitime mål ble nådd. Saksøkte understreker at EØS-stater ikke kan nektes muligheten til å nå et mål gjennom å innføre generelle og enkle regler. Saksøkte anfører i tillegg, i samsvar med EFTA-domstolens resonnement i *Pedicel*, som omtalt over, at der det er konkludert med at et omtvistet tiltak som beskytter folkehelsen er berettiget, må dette tiltak betraktes som lovlig med mindre det er åpenbart, både rettslig og faktisk, at beskyttelsen av folkehelsen kan ivaretas ved mindre inngripende tiltak.
- 63 Saksøkte gjør gjeldende at like effektive tiltak for å sikre oppnåelse av det aktuelle folkehelsemål ikke foreligger i dette tilfelle. Ingen av alternativene saksøker viser til, ville ha samme virkning som forbudet mot synlig oppstilling,

nemlig å fylle det siste hull i forbudet mot tobakksreklame. Saksøkte anfører dessuten at enkelte av disse alternativer faktisk ville hatt en mer begrensende innvirkning på handelen enn forbudet mot synlig oppstilling. Videre må saksøkers påstand om at eksisterende tiltak bør håndheves strengere i stedet for å innføre et forbud mot synlig oppstilling, også avvises. Bare den samlede effekt av flere tiltak, deriblant forbudet mot synlig oppstilling, vil føre til økt beskyttelse av folkehelsen og avnormalisere bruken av tobakk i befolkningen generelt.

- 64 Dersom EFTA-domstolen finner det nødvendig å besvare det andre spørsmål, gjør Finlands regjering gjeldende at restriksjonen på synlig oppstilling av tobakksprodukter er berettiget av hensyn til folkehelsen i henhold til EØS-avtalen artikkel 13. Etter regjeringens oppfatning er tre forhold av særlig betydning i relasjon til EØS-avtalen artikkel 13. For det første er hensynet til folkehelsen som forbudet mot synlig oppstilling er basert på, ikke brukt i den hensikt å forskjellsbehandle importerte varer med sikte på å beskytte nasjonale produkter. For det annet er forbudet mot synlig oppstilling etter Finlands regjeringens oppfatning et hensiktsmessig tiltak for å beskytte folkehelsen. For det tredje er det den nasjonale domstol som skal vurdere hvorvidt det omtvistede tiltak under de rettslige og faktiske omstendigheter går ut over det som er nødvendig for å nå målet om å beskytte folkehelsen. Endelig bør de mindre inngripende tiltak saksøker viser til, etter regjeringens oppfatning ikke betraktes som alternativer til et forbud mot synlig oppstilling, men som parallelle tiltak som kan innføres for å oppnå et bestemt beskyttelsesnivå.
- 65 Portugals regjering gjør gjeldende at EØS-avtalen artikkel 13 utgjør et unntak fra EØS-avtalen artikkel 11 og derfor bør tolkes strengt. Følgelig må en stat som innfører et restriktivt tiltak, bevise at tiltaket er hensiktsmessig for å nå målet som søkes oppnådd, og ikke går ut over det som er nødvendig for å nå det. Det må legges frem dokumentasjon eller en analyse for å underbygge det staten påberoper seg som begrunnelse for de aktuelle restriktive tiltak. Selv om målet om å beskytte folkehelsen anses som legitimt, er det ikke lagt frem noen vitenskapelig dokumentasjon til støtte for påstanden om at et forbud mot synlig oppstilling reduserer bruken av tobakk. Slik dokumentasjon, eller fraværet av slik dokumentasjon, er avgjørende i vurderingen av hvorvidt det omtvistede tiltak er forholdsmessig. Fire elementer er særlig relevante: i) hvorvidt staten har godtgjort at forbudet reduserer utbredelsen av røyking, ii) hvorvidt staten har vurdert virkningen av forbud innført i andre stater, iii) hvorvidt staten har vurdert potensielle negative effekter av forbudet på konkurransen og på ulovlig handel, og iv) hvorvidt staten har godtgjort at ingen alternative, mindre inngripende tiltak for å nå målet om å redusere røyking, er tilgjengelig. I tillegg vil et forbud mot synlig oppstilling ifølge regjeringen ha innvirkning på handelen innenfor EØS-området ettersom det vil drive forbrukerne mot det illegale marked. Som et resultat kan forbruket øke og undergrave innsatsen for å bekjempe tobakksbruk. Endelig anfører regjeringen at et forbud mot synlig oppstilling vil krenke den grunnleggende ytringsfriheten og friheten til å drive kommersiell virksomhet.



- 66 Også Romanias regjering erkjenner folkehelsemålets legitimitet. Imidlertid understreker regjeringen samtidig at det må legges frem bevis som underbygger eksistensen av en årsakssammenheng mellom den synlige oppstilling av tobakksprodukter og bruken av tobakk. Videre gjør regjeringen gjeldende at forbudet mot synlig oppstilling vil ha en negativ effekt for produsenter av tobakksprodukter. Produsenter som ikke allerede er til stede på det norske marked, vil være ute av stand til å komme inn på markedet ved å markedsføre sine produkter. Derfor bør det etter regjeringens oppfatning innføres mindre inngripende tiltak, ikke minst på grunn av den diskriminerende virkning forbudet mot synlig oppstilling har for produsenter, avhengig av hvorvidt de allerede var til stede på det norske marked da forbudet mot synlig oppstilling trådte i kraft.
- 67 Storbritannias regjering har to bemerkninger til EØS-avtalen artikkel 13. For det første er det tilstrekkelig at det er rimelig å anta, alt tatt i betraktning, at forbudet mot synlig oppstilling av tobakksprodukter vil fremme det mål som søkes nådd. For det andre er det den nasjonale domstol som skal vurdere og fastslå egnetheten av det omtvistede tiltak.
- 68 Storbritannias regjering anfører at en vurdering av egnetheten og nødvendigheten av det omtvistede tiltak bør gi saksøkte en vid skjønnsmargin til å fastsette beskyttelsesnivået, og at EFTA-domstolen ikke bør gripe inn med mindre tiltaket kan anses som åpenbart urimelig eller uegnet sett i forhold til målet som søkes oppnådd. I denne sammenheng bør veiledningen som gis av EFTA-domstolen ta hensyn til begrunnelsen i forente saker C-1/90 og C-176/90 *Aragonesa de Publicidad*, Sml. 1991 s. I-4151, som gjaldt nasjonale regler for alkoholreklame. Regjeringen viser særlig til sentrale poeng som ble drøftet i den sak; for det første at reklame fungerer som oppmuntring til forbruk, og for det annet at det i fravær av felles regler som regulerer alkoholreklame er den enkelte medlemsstat som skal fastsette graden av beskyttelse av folkehelsen og hvordan denne grad av beskyttelse skal oppnås.
- 69 Selv om EØS-statene har et vidt skjønn til å fastsette beskyttelsesnivå, er egnetheten og nødvendigheten av slike bestemmelser i lys av det tilsiktede mål gjenstand for domstolskontroll. Men det at det er forskjellige oppfatninger om fordelene et bestemt tiltak vil gi, medfører ikke at den aktuelle stat har gått ut over grensene for sin skjønnsmyndighet. Dessuten kan forskjellige oppfatninger om andre tiltak kan anses å være mindre inngripende, ikke være avgjørende i vurderingen av omfanget av saksøktes skjønnsmyndighet. I den foreliggende sak har saksøker vist til bestemte tiltak som saksøker betrakter som mindre inngripende, mens saksøkte på sin side ikke bare har argumentert for det motsatte, men også at disse tiltak ikke er like effektive for å oppnå målet. Ifølge regjeringen skal bevisbyrden etter rettspraksis ikke anses som så omfattende at saksøkte må bevise at ingen andre tiltak under ellers like vilkår kan føre til at de legitime mål nås.
- 70 Selv om Storbritannias regjering erkjenner at markedsaktørens frihet vil påvirkes negativt av et forbud mot synlig oppstilling, anfører regjeringen at saksøkte har skjønnsmyndighet til å fastsette, begrunnet i allmenne hensyn,

hvordan og på hvilken måte folkehelsen bør beskyttes. Bare om det er påvist at det omtvistede tiltak ikke kan nå de tilsiktede mål om folkehelse fordi det åpenbart er uegnet, bør tiltaket ikke ses som omfattet av unntaket i EØS-avtalen artikkel 13. Ettersom dette ikke kan godtgjøres, og med henvisning til det faktum at saksøkte har vurdert et bredt spekter av materiale før lovgivningen ble vedtatt, må det etter regjeringens oppfatning konkluderes med at tiltaket ikke er åpenbart uegnet.

- 71 ESA anfører at dersom det omtvistede tiltak anses å være en restriksjon som er forbudt etter EØS-avtalen artikkel 11, kan det rettfærdiggjøres på grunnlag av EØS-avtalen artikkel 13. Det foreligger fast rettspraksis som godtar at begrensninger på reklame for helseskadelige produkter kan være berettiget. Videre er det EØS-statene som fastsetter hvilket beskyttelsesnivå menneskers helse skal ha.
- 72 EØS-statene bør ha en stor skjønnsmargin når det gjelder saksområdet menneskers helse. Følgelig er det i den foreliggende sak ikke tilstrekkelig for saksøker å hevde at det ikke kan legges frem dokumentasjon til støtte for påstanden om at et forbud mot synlig oppstilling påvirker forbruket av tobakk. Det er imidlertid tilstrekkelig å godtgjøre, slik saksøkte har gjort, at det er rimelig grunn til å tro at forbudet mot synlig oppstilling vil påvirke forbruket.
- 73 Videre understreker ESA at det omtvistede tiltak bare er ett element i en generell politikk for å redusere forbruket av tobakk. I den foreliggende sak synes forbudet mot synlig oppstilling å være et konsistent og logisk supplement til reklameforbudet som gjelder i Norge. ESA kan ikke se hvilke andre, mindre inngripende tiltak som kunne iverksettes.
- 74 Kommisjonen anfører at EU-domstolen i sin rettspraksis, særlig sak 152/78 *Kommisjonen mot Frankrike*, Sml. 1980 s. 2299, og *Aragonesa*, som omtalt over, har erkjent at restriksjoner på reklame for helseskadelige produkter kan rettfærdiggjøres av hensyn til folkehelsen fordi de har som mål å redusere forbruket.
- 75 Forbudet mot synlig oppstilling må videre anses å være ikke bare nødvendig, men også forholdsmessig da det ikke er mulig å oppnå samme grad av beskyttelse med mindre inngripende virkemidler. Her har EØS-statene en bred skjønnsmyndighet hjemlet i unntaket begrunnet i allmenne hensyn. Følgelig hadde saksøkte anledning til å bestemme at det var nødvendig å begrense synligheten av tobakksprodukter.
- 76 Etter Kommisjonens oppfatning har unntaket fra forbudet mot synlig oppstilling som gjelder for spesialforretninger for tobakk, ingen betydning for spørsmålet om hvorvidt det aktuelle tiltak er berettiget. Kommisjonen anser at oppstilling av tobakksprodukter i slike forretninger ikke kan forventes å oppmuntre kunder til å kjøpe tobakk ettersom kundene alvorlig vurderer eller allerede har bestemt seg for å kjøpe tobakk før de besøker de aktuelle utsalgssteder.

*Rettenns bemerkninger*

- 77 I henhold til fast rettspraksis står menneskers liv og helse øverst blant de verdier og interesser som beskyttes av EØS-avtalen artikkel 13. Det er EØS-statene, innenfor begrensningene fastsatt i EØS-avtalen, som skal bestemme hvilken grad av beskyttelse de ønsker å gi (se *Pedicel*, som omtalt over, avsnitt 52, jf. sak C-421/09 *Humanplasma*, dom av 9. desember 2010, ennå ikke i Sml., avsnitt 32, og den rettspraksis som det vises til der). Lovgivning som har til formål å kontrollere forbruket av tobakk for å forebygge skadevirkningene av tobakksbruk på menneskers helse, gjenspeiler etter EFTA-domstolens oppfatning klart hensynet til helse som anerkjennes i EØS-avtalen artikkel 13.
- 78 Det er den nasjonale domstol som identifiserer de mål den aktuelle lovgivning faktisk har (se sak E-3/06 *Ladbroke's*, EFTA Ct. Rep. 2007 s. 86, avsnitt 43). EFTA-domstolen bemerker imidlertid at partene i denne sak ikke synes å være uenige om at bruk av tobakksprodukter er negativt for folkehelsen, og at målet med det nasjonale forbud mot synlig oppstilling av tobakksprodukter er å redusere dette forbruk.
- 79 Partene i denne sak er imidlertid uenige om hvilke virkninger forbudet kan få på forbruket av tobakksprodukter, og om de samme virkninger kan oppnås ved andre, mindre inngripende midler.
- 80 I henhold til den rettspraksis som er nevnt i avsnitt 77 i denne dom, må en vurdering av om forholdsmessighetsprinsippet er overholdt på folkehelseområdet, ta hensyn til det faktum at en EØS-stat har myndighet til å fastsette nivået for beskyttelse av folkehelsen og hvordan denne beskyttelse skal oppnås. Siden EØS-statene har en viss skjønnsmargin i denne sammenheng, kan beskyttelsen variere fra en EØS-stat til en annen. Det at en EØS-stat innfører mindre strenge regler enn en annen, medfører således ikke at sistnevntes regler er uforholdsmessige (jf. sak C-141/07 *Kommisjonen mot Tyskland*, Sml. 2008 s. I-6935, avsnitt 51).
- 81 Likevel kan nasjonale regler eller praksis som begrenser, eller som kan begrense, en grunnleggende frihet etter EØS-avtalen som det frie varebytte, bare være berettiget dersom de er egnet til å nå det aktuelle mål og ikke går lenger enn det som er nødvendig for å nå målet (se bl.a. *Pedicel*, som omtalt over, avsnitt 55, jf. *Humanplasma*, som omtalt over, avsnitt 34, og den rettspraksis som det vises til der).
- 82 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 folkehelseisriko (jf. forente saker C-171/07 og C-172/07 *Apothekerkammer des Saarlandes og andre*, Sml. 2009 s. I-4171, avsnitt 30).

- 83 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.
- 84 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.
- 85 I den utstrekning den aktuelle lovgivning anses som egnet, må det vurderes om de aktuelle tiltak går ut over det som er nødvendig for å nå målene som søkes oppnådd. Det følger av rettspraksis at EØS-avtalen artikkel 13 må tolkes strengt fordi den gjør unntak fra det frie varebytte innenfor EØS-området. Derfor er det de nasjonale myndigheter som må godtgjøre at reglene er nødvendige for å oppnå det erklærte mål, og at målet ikke kan nås ved bruk av mindre omfattende forbud eller restriksjoner eller ved forbud eller restriksjoner som påvirker samhandelen innenfor EØS-området i mindre grad (jf. *Humanplasma*, som omtalt over, avsnitt 38, og den rettspraksis som det vises til der).
- 86 Når det gjelder den videre vurdering av om mindre inngripende tiltak enn forbudet mot synlig oppstilling kunne gi et tilsvarende resultat, bør vurderingen overlates til den nasjonale domstol på grunnlag av alle rettslige og faktiske forhold i saken. Undersøkelsen av forholdsmessigheten og virkningene av tiltakene som er iverksatt, bygger på faktiske forhold som den anmodende domstol har bedre forutsetninger for å foreta enn EFTA-domstolen (se *Pedidel*, som omtalt over, avsnitt 55, og den rettspraksis som det vises til der, og sak C-434 *Ahokainen og Leppik*, Sml. 2006 s. I-9171, avsnitt 38).
- 87 Her bør det minnes om at det i saker som behandles etter artikkel 34 i Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkingsorgan og en Domstol, som er basert på et klart skille mellom EFTA-domstolens og de nasjonale domstolers funksjoner, er det den nasjonale domstol som skal bringe på det rene de faktiske forhold som tvisten springer ut av, og fastsette konsekvensene disse har for dommen den skal avsi.
- 88 I samsvar med det ovenstående må svaret på det andre spørsmål være at det er den nasjonale domstol som skal identifisere de mål den aktuelle lovgivning har og avgjøre om folkehelsemålet om redusert tobakksbruk i befolkningen generelt kan oppnås med mindre inngripende tiltak enn et forbud mot synlig oppstilling av tobakksprodukter.

## **V Saksomkostninger**

- 89 Omkostninger som er påløpt for Finlands regjering, Islands regjering, Portugals regjering, Romanias regjering, Storbritannias regjering, ESA og

Europakommisjonen, som har inngitt innlegg for EFTA-domstolen, kan ikke kreves dekket. Ettersom foreleggelsen for EFTA-domstolen utgjør ledd i behandlingen av saken som står for Oslo tingrett, ligger det til tingretten å ta en eventuell avgjørelse om saksomkostninger for partene.

På dette grunnlag avgir

#### EFTA-DOMSTOLEN

som svar på spørsmålene forelagt den av Oslo tingrett, 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.**

Carl Baudenbacher

Thorgeir Örlygsson

Per Christiansen

Avsagt i åpen rett i Luxembourg den 12. september 2011.

Skúli Magnússon  
Justissekretær

Carl Baudenbacher  
President