



NORGES HØYESTERETT

Den 24. juni 2009 avsa Høyesterett dom i

HR-2009-01319-A, (sak nr. 2009/43), sivil sak, anke over dom,

Pedichel AS

(advokat Jan Magne Juuhl-Langseth – til prøve)

mot

Staten v/Helse-
og omsorgsdepartementet

(Regjeringsadvokaten
v/advokat Eyvin Sivertsen – til prøve)

S T E M M E G I V N I N G :

- (1) Dommer **Endresen**: Saken gjelder gyldigheten av Markedsrådets vedtak av 22. juni 2005 vedrørende brudd på forbudet mot alkoholreklame i alkoholloven § 9-2 første ledd. Spørsmålet er om vedtaket strider mot EØS-retten.
- (2) I Norge har det siden 1975 vært et generelt forbud mot å reklamere for alkoholholdige drikker, jf. nå alkoholloven § 9-2. I forskrift om omsetning av alkohol 11. desember 1997 nr. 1292 § 9-3 er det gjort unntak blant annet for reklame i utenlandsk tidsskrift og for ”informativ annonser i bransjetidsskrifter og annen informasjon til bevilingshavere som ledd i den ordinære omsetningsprosess for alkoholholdige drikker”.
- (3) Pedichel AS er utgiver av bladet Vinforum. Bladet omtaler seg som et magasin for gourmeter og vinelskere, og inneholder i stor grad redaksjonell omtale av vin og mat.
- (4) I juli 2003 trykket Vinforum annonser for vin. Dette førte til at Sosial- og helsedirektoratet tilskrev bladet og gjorde oppmerksom på forbudet i alkoholloven § 9-2. I desember samme år hadde Vinforum igjen flere annonser med reklame for alkoholholdige

drikker. Hensikten var, etter det opplyste, å få prøvet om det norske alkoholreklameforbudet kunne anvendes overfor et blad som Vinforum uten at forbudet ville komme i strid med Norges forpliktelser etter EØS-avtalen, jf. EØS-avtalen artiklene 11 og 36.

- (5) Sosial- og helsedirektoratet fattet den 19. desember 2003 følgende vedtak:

”Med hjemmel i alkoholloven § 9-4 tredje ledd fastsetter direktoratet en forhåndsfastsatt tvangsmulkt på kr 200 000 som et engangsbeløp med en varighet på 1 år fra mottak av dette vedtaket.

Mulkten forfaller til betaling dersom det i Vinforum på nytt trykkes alkoholreklame i strid med alkoholloven § 9-2 første ledd og/eller utloddes alkohol som premie i forbindelse med vervekampanjer for nye abonnenter til bladet.”

- (6) Pedicel påklaget vedtaket til Markedsrådet. I klagen ba Pedicel Markedsrådet om å innhente en rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen. Dette ble fulgt opp av Markedsrådet, og EFTA-domstolen ga rådgivende uttalelse i saken ved dom 25. februar 2005. Domstolen fastslo at vin må anses som et landbruksprodukt, og at handel med vin ikke faller inn under avtalen. I tråd med EF-domstolens tidligere dom vedrørende alkoholreklame i det svenske bladet ”Gourmet”, la domstolen videre til grunn at reklameforbudet måtte anses som en handelsrestriksjon, særlig ved at forbudet kunne vanskeliggjøre inntreden for ikke etablerte aktører og dessuten generelt kunne favorisere nasjonale produsenter. Domstolen skisserte så under hvilke omstendigheter en slik restriksjon må godtas. I konklusjonen punkt 3 slås det fast:

”Et forbud mot reklame for alkoholholdige drikkevarer som det aktuelle kan rettferdiggjøres av hensyn til beskyttelse av folkehelsen, med mindre det er åpenbart at beskyttelsen av folkehelsen under de rettslige og faktiske omstendighetene som kjennetegner situasjonen i den aktuelle EØS-staten kan sikres ved tiltak som i mindre grad hindrer handelen innen EØS. I en situasjon som den foreliggende kan føre var-prinsippet ikke anvendes.”

- (7) Selv om EFTA-domstolens uttalelse ikke er bindende for Høyesterett, vil domstolens uttalelse måtte tillegges vesentlig vekt, jf. Rt 2000 side 1811. Jeg vil komme tilbake til de sentrale deler av domstolens premisser i redegjørelsen for mitt syn på saken.
- (8) Markedsrådet fattet vedtak i klagesaken 22. juni 2005. Klagen ble ikke tatt til følge.
- (9) Pedicel brakte saken inn for Oslo tingrett, som 16. oktober 2006 avsa dom med slik domsslutning:

”1. Markedsrådets vedtak av 26. juni 2005 er ugyldig.

2. Staten v/Helse- og omsorgsdepartementet dømmes til innen to uker å betale Pedicel AS saksomkostninger med kr 253 126,50 – tohundreogfemtittusenett hundreogtjuesekskronerogfemtiføre – med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra forfall til betaling skjer.”

- (10) Staten anket tingrettens dom til lagmannsretten på grunn av feil i rettsanvendelsen og bevisvurderingen. Borgarting lagmannsrett avsa dom 3. november 2008 med slik domsslutning:

”1. Staten v/Helse- og omsorgsdepartementet frifinnes.

2. **Pedice AS dømmes til innen 2 – to – uker fra dommens forkynnelse å betale til Staten v/Helse- og omsorgsdepartementet saksomkostninger for tingretten med 75.000 – syttifemtusen – kroner, og for lagmannsretten med 105.900 – etthundreogfemtusenihundre – kroner med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra forfall til betaling skjer.”**

- (11) Pedicel har anket lagmannsrettens dom til Høyesterett på grunn av feil ved rettsanvendelsen.
- (12) Sakens parter har langt på vei sammenfallende syn på de fleste faktiske og rettslige spørsmål som saken reiser. Jeg finner det derfor hensiktsmessig å gi en sammenfatning av den omforenede ramme som er trukket opp for tvisten, før jeg gjengir partenes anførsler.
- (13) Partene er enige om at vinannonsene i Vinforum isolert sett innebærer brudd på reklameforbudet i alkoholloven § 9-2. Avgjørende vil følgelig være om det må anses å stride mot EØS-avtalen å gi bestemmelsen anvendelse på de annonser som ble trykket i Vinforum.
- (14) Det er også enighet om at det norske reklameforbudet for alkoholholdige drikker innebærer en restriksjon i relasjon til EØS-avtalen artiklene 11 og 36 om fri bevegelighet av henholdsvis varer og tjenester, og at spørsmålet følgelig er om restriksjonen likevel er tillatt i medhold av EØS-avtalen artikkel 13, jf. også artikkel 33, jf. artikkel 39, som i noen utstrekning tillater slike restriksjoner blant annet av hensyn til folkehelsen. Det er da et vilkår at restriksjonen må anses egnet og nødvendig. Reklameforbudet forfølger et legitimt formål, og gitt de små krav som gjennom praksis er etablert for å anse et virkemiddel som egnet, er det enighet om at egnethetskravet er oppfylt.
- (15) Forbud av hensyn til folkehelsen som innebærer vilkårlig forskjellsbehandling eller en skjult hindring for handelen mellom partene, omfattes ikke av unntakene etter artikkel 13, men dette er ikke en aktuell problemstilling i denne saken. EFTA-domstolen konstaterte i premiss 54:
- ”I den foreliggende saken er det ikke fremlagt noen dokumentasjon for EFTA-domstolen som kunne antyde at det norske forbudet mot alkoholreklame innebærer vilkårlig forskjellsbehandling eller en skjult hindring på handelen mellom avtalepartene, hvilket ville være i strid med artikkel 13 EØS annen setning.”**
- (16) Misbruk av alkohol utgjør et betydelig samfunnsproblem, og norsk alkoholpolitikk tilsikter et høyt beskyttelsesnivå. Det følger av komparative studier at Norge over tid har fulgt en vesentlig mer restriktiv linje enn de fleste land i EØS-området, og at alkoholkonsumet i Norge, relativt sett, fortsatt er lavt. Alkoholforbruket er i en rekke av de land som inngår i sammenligningen, mer enn dobbelt så høyt som i Norge.
- (17) I Ot.prp. nr. 7 (1996–1997) redegjøres det for de strategiske overveielser som ligger til grunn for norsk alkoholpolitikk. Det understrekes at norsk politikk bygger på totalkonsumteorien, som legger til grunn en sammenheng mellom flertallets forbruk og antall storforbrukere, og det legges stor vekt på et langsiktig holdningsskapende arbeid. På side 12 fremheves det at

”Opplysning og informasjon bidrar til å skape et miljø og forståelse rundt den alkoholpolitikken som føres. Den er rettet mot å påvirke atferd gjennom å endre oppfatninger og holdninger, og ikke mot å påvirke atferd direkte.”

- (18) På den påfølgende side understrekes det at de ulike tiltak må sees i sammenheng:

”De ulike tiltakene må gripe inn i og forsterke hverandre. Det avgjørende for valg av strategier og virkemidler er derfor at de samspiller og danner en helhet. I denne sammenhengen er det også viktig å se alkoholpolitikken som en del av en samlet rusmiddelpolitikk.”

- (19) Ved vurderingen av om en restriksjon oppfyller nødvendighetskravet i artikkel 13, må det tas utgangspunkt i det beskyttelsesnivå den enkelte stat har valgt å etablere av hensyn til innbyggernes helse. I premiss 55 i *Pedicel*-dommen skriver EFTA-domstolen:

”Det tilkommer den enkelte EØS-stat å bestemme hvilket beskyttelsesnivå de ønsker å opprettholde for folkehelsen, samt med hvilke virkemidler denne beskyttelsen skal oppnås. Dette kan de likevel bare gjøre innenfor EØS-avtalens rammer, og særlig må proporsjonalitetsprinsippet overholde.”

- (20) I EF-domstolens avgjørelser i sak C-262/02, *Loi Evin* og sak C-429/02, *Bacardi*, som er to av de avgjørelser domstolen viser til, ble innvendinger mot den konkret valgte regulering avvist, og EF-domstolen fant det tilstrekkelig å vise til (C-429/02):

”at medlemsstaterne har et frit skøn til at træffe et sådant valg, da det tilkommer dem at afgøre, hvor langt de vil strække beskyttelsen af den offentlige sundhed, og hvorledes de vil nå deres mål.”

- (21) Det spørsmål som gjenstår for Høyesterett å ta stilling til, er om det totale reklameforbud kan anses nødvendig. Dette er for det første et spørsmål om alternative egnede tiltak, som i mindre grad hindrer handelen innen EØS, kunne gitt like stor måloppfyllelse. Dessuten må det tas standpunkt til om det også skal foretas en avveining av de alkoholpolitiske interesser opp mot inngrepet i prinsippet om fri bevegelighet. På disse punktene har partene klart divergerende anførsler.

- (22) Den ankende part, *Pedicel AS*, har i det vesentligste gjort gjeldende:

- (23) Ved den proporsjonalitetsvurdering som må gjøres i forhold til artikkel 13, må det vurderes om det generelle forbud er nødvendig. Det ligger i dette et krav om at formålet ikke kan nås ved et mindre inngripende tiltak, og det må dessuten foretas en forholdsmessighetsvurdering i snever forstand, som innebærer at det som oppnås ved forbudet, må avveies mot det mothensyn at restriksjonen griper inn i retten til fri bevegelighet.

- (24) Det generelle forbud kan ikke anses nødvendig. Det er ingen holdepunkter for at en alternativ regulering, som åpner for begrenset reklame i nisjetidsskrifter for mat og drikke, vil være mindre effektiv enn det generelle forbud. Nødvendighetstesten må gjøres i forhold til det konkrete alternativ; at et forbud av en eller annen art kan anses nødvendig, er ikke relevant. Det er staten som har bevisbyrden, og de generelle undersøkelser som antyder en meget beskjeden sammenheng mellom reklame/ikke reklame og konsum, er åpenbart ikke tilstrekkelig til å fylle bevisbyrden. De fleste undersøkelser er uten signifikante resultater; de undersøker i hovedsak andre reklamemedier, og gjelder helt andre samfunnsforhold enn i Norge.

- (25) Det er under enhver omstendighet klart at forbudet ikke kan opprettholdes etter den interesseavveining, som også er en del av proporsjonalitetsvurderingen. Virkningen av også å la reklameforbudet omfatte nisjetidsskrifter som Vinforum, er i hvert fall ubetydelig, og kan ikke forsvare en inngripende handelsrestriksjon innenfor EØS-avtalens kjerneområde. Det er som utgangspunkt opp til den enkelte stat å bestemme beskyttelsesnivå, men derved elimineres ikke kravet til forholdsmessighet; det er utgangspunktet for forholdsmessighetsvurderingen som fastsettes av den enkelte stat ut fra hvilken grad av beskyttelse som er ønskelig. Markedsadgangstesten vil måtte være det avgjørende element i interesseavveiningen. Det er ikke noe holdepunkt for en stor grad av tilbakeholdenhet fra domstolens side ved prøvingen av spørsmålet. Det er ikke dekkende å si at problemstillingen er av politisk karakter; ved EØS-avtalen er problemstillingen rettsliggjort.
- (26) Den ankende part, Pedicel AS, har nedlagt slik påstand:
- ”1. **Tingrettens dom i sak 05-142471TVI-OTIR/08 stadfestes for så vidt gjelder produkter som omfattes av EØS-avtalens virkeområde, jf. dens artikkel 8 nr. 3.**
 2. **Pedicel AS tilkjennes saksomkostninger for lagmannsretten og Høyesterett, med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra forfall inntil betaling skjer.”**
- (27) Ankemotparten, *staten v/Helse- og omsorgsdepartementet*, har i det vesentligste gjort gjeldende:
- (28) Den proporsjonalitetsvurdering som må gjøres ved anvendelse av unntaket i EØS-avtalen artikkel 13, er begrenset til to elementer. Ved siden av kravet til egnethet, er det et vilkår at den samme effekt ikke kan oppnås ved andre tiltak, som ikke medfører de samme begrensninger i handelen. Dersom det ikke finnes alternative tiltak som fremmer det tilstrebede formål like godt, må tiltaket anses nødvendig. I hvert fall som den alt overveiende hovedregel inngår det ikke ytterligere avveininger i proporsjonalitetsvurderingen. Om det i ekstraordinære tilfeller skulle anses å være plass også for en interesseavveining, er det under ingen omstendighet aktuelt i denne saken. Her er det tale om en indirekte handelsrestriksjon som har en helt marginal betydning for handelen. Innenfor de begrensninger som følger av det alminnelige norske regelverk, kan de aktuelle varer fritt selges, og det er ved forskrift åpnet for markedsføring overfor de aktuelle salgskanaler.
- (29) Den sentrale rettskilde i saken er EFTA-domstolens dom i Pedicel-saken, og de rettsavgjørelser som domstolen påberoper til støtte for sin avgjørelse. Det er påfallende at den ankende part, som initierte henvendelsen til EFTA-domstolen, legger så liten vekt på avgjørelsen.
- (30) Ved nødvendighetsvurderingen må det generelle forbud vurderes. Det er ikke noe rettslig holdepunkt for å knytte nødvendighetsvurderingen til et mer eller mindre inngripende unntak. En slik endring av vurderingstemaet er i realiteten en overprøving av beskyttelsesnivået. For øvrig er det klart at unntaket i seg selv ville ha en negativ effekt på det overordnede holdningsskapende arbeid. Det er avgjørende for å kunne opprettholde den restriktive alkoholpolitikk at denne har forståelse i befolkningen, og det å åpne for reklame vil klart være et uheldig signal. Det er ellers ingen grunn til å anta at reklame i

vintidsskrifter vil være uten effekt på volum. Det synes nærliggende at sammenhengen med den redaksjonelle omtale, vil gjøre reklame i slike tidsskrifter særlig effektive.

(31) Staten v/Helse- og omsorgsdepartementet har nedlagt slik påstand:

- ”1. Lagmannsrettens dom stadfestes.
2. Staten tilkjennes saksomkostninger for Høyesterett.”

(32) *Jeg er kommet til samme resultat som lagmannsretten, og anken må forkastes.*

(33) *Egnethet*

(34) Partene er som nevnt enige om at det krav til egnethet som følger av artikkel 13, er oppfylt. Jeg finner det da tilstrekkelig å utdype dette med noen korte bemerkninger. 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 at 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.

(35) I tillegg til den direkte virkning av et reklameforbud, kommer imidlertid den mer indirekte effekt. I saken er det fremlagt en betenkning om reklame og konsum av alkohol skrevet av førstemanuensis Bendik M. Samuelsen og stipendiat Lars Erling Olsen. Om den indirekte betydning av reklameforbudet skriver de:

”I tillegg er det et vesentlig argument at en eventuell aksept av reklame for alkohol fra myndighetene vil kunne virke som en betydelig signaleffekt om samfunnets aksept av drikking og drikkekultur. En slik aksept vil i seg selv kunne ha betydning for påvirkningen av konsum utover reklamens egeneffekt.”

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

”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.”

(37) Selv om det kan være vanskelig å påvise slike indirekte sammenhenger, må det etter mitt skjønn være klart at også disse, i tråd med det føre var prinsipp som gjelder i andre sammenhenger, må hensyntas både ved egnethetsvurderingen og ved vurderingen av om alternative tiltak vil fremme formålet like effektivt som reklameforbudet.

(38) *Nødvendighet*

- (39) Den ankende part har gjort gjeldende at det ved vurderingen av om et tiltak er nødvendig, ikke er tilstrekkelig å vurdere om det samme resultat kunne vært oppnådd med alternative virkemidler, men at det også følger av proporsjonalitetsprinsippet at det må foretas en interesseavveining der tiltakets betydning for de alkoholpolitiske målsettinger holdes opp mot restriksjonen i den grunnleggende rett til fri handel.
- (40) Den ankende part har i denne sammenheng særlig vist til EF-domstolens dom i Gourmet-saken av 8. mars 2001, sak C-405/98, og til den svenske Marknadsdomstolens dom av 5. februar 2003 i samme sak. På side 27 i dommen skriver Marknadsdomstolen:

”Enligt Marknadsdomstolens mening bör proportionalitetsprövningen i detta fall innefatta en fullständig intressevägning mellan annonsförbudets fördelar för det allmänna och förbudets nackdelar för gemenskapshandeln. Står den fördel som det allmänna vinner genom ingreppet i rimlig proportion till en skada som ingreppet förorsakar den enskilde?”

- (41) Jeg kan ikke se at det kan utledes av den påberopte praksis fra EF-domstolen og EFTA-domstolen vedrørende artikkel 13 at det skal foretas en slik interesseavveining, unntagen kanskje som en alternativ uttryksmåte i forhold til restriksjoner som det ellers kunne være aktuelt å anse som vilkårlige eller som en skjult hindring på handelen, eller i andre ekstraordinære tilfeller.
- (42) Jan H. Jans refererer i ”Proportionality Revisited”, Legal Issues of Economic Integration 2000 side 239-265 til EF-domstolens dom i Stoke-on-Trent saken, C-169/91, som et eksempel på at en slik interesseavveining er foretatt, men tilføyer på grunnlag av senere praksis:

”I have not come across a similar explicit application of the proportionality requirement (in the narrow sense) in the case law on Articles 28-30 since then. I do not mean to imply by this that Court has changed its mind. What I do mean, is that the Court is apparently extremely cautious about applying the proportionality principle in this way and that it will take exceptional circumstances to justify it.”

- (43) Jeg kan ikke se at det påberopte avsnitt 28 fra EF-domstolens bindende forhåndsuttalelse i Gourmet-saken angir at det skal foretas en slik interesseavveining.
- (44) Avsnittet sier etter min mening ikke noe annet enn EFTA-domstolen gir uttrykk for i Pedicel-saken, avsnitt 56, der det heter:

”Proporsjonalitetsprinsippet medfører at de tiltak som velges ... må være forholdsmessige i forhold til den målsetting som forfølges.”

- (45) I avgjørelsen legges det klart ikke opp til at det skal foretas noen interesseavveining utover å vurdere alternative tiltak. Etter blant annet å ha konstatert at det norske forbudet ikke innebærer vilkårlig forskjellsbehandling eller en skjult hindring for handelen, skriver domstolen i avsnitt 58:

”Den nasjonale domstolen vil måtte ta i betraktning muligheten for tiltak som hindrer handelen innen EØS i mindre grad enn et generelt forbud mot reklame for alkoholholdige drikkevarer, forutsatt at slike tiltak er like effektive for å oppnå norsk alkoholpolitikkens legitime formål.”

- (46) Og domstolens konklusjon i avsnitt 61 i denne sammenheng er at:

”et forbud mot reklame for alkoholholdige drikkevarer som det aktuelle kan rettferdiggjøres av hensyn til beskyttelse av folkehelsen, med mindre det er åpenbart at beskyttelse av folkehelsen under de rettslige og faktiske omstendighetene som kjennetegner situasjonen i den aktuelle EØS-staten kan sikres ved tiltak som i mindre grad hindrer handelen innen EØS”

- (47) Det kreves med andre ord at de alternative tiltak skal være likeverdige med hensyn til måloppnåelse, og det må være åpenbart at dette er tilfellet.
- (48) Etter mitt syn kan det da legges til grunn at det, i hvert fall i den aktuelle sak, ikke skal foretas noen avveining av hva som ved totalforbudet kan oppnås i forhold til de alkoholpolitiske målsettinger og den indirekte virkning for handelen som følger av dette.
- (49) Det er i EFTA-domstolens dom i Pedicel-saken, og i flere avgjørelser av EF-domstolen, uttalt at den enkelte stat ikke bare står fritt til å fastsette beskyttelsesnivået, men at dette også gjelder for hvilke virkemidler som skal tas i bruk for å oppnå dette. Valgfriheten med hensyn til virkemidler er imidlertid begrenset ved proporsjonalitetsprinsippet; det vil stadig være et vilkår at det ikke er alternative tiltak som vil fremme formålet like effektivt som det valgte virkemiddel.
- (50) Begge parter har for Høyesterett gitt uttrykk for at staten har bevisbyrden for at det fastsatte beskyttelsesnivå ikke kan nås ved alternative virkemidler, som i mindre grad griper inn i den frie bevegelse for varer. Slik partene nærmere har utviklet dette, er det imidlertid på det rene at partene har et markert ulikt syn på hva dette innebærer, og jeg skal si noe om mitt syn på rekkevidden av bevisbyrdebetraktninger i denne sammenheng.
- (51) Den sammenfatning som gis av professor Ludwig Krämer i EC Environmental Law sjette utgave side 114 gir et realistisk utgangspunkt:

”There is a lot of discussion on questions of the burden of proof or det burden of evidence. However, this rule of procedure simply means that in a dispute attempts must be made from the Commission, other parties, private bodies and Member States to clarify the facts as far as possible. The more substantiated the arguments from one side are, the more detailed those from the other side have to be. Only at the end of this process, where factual aspects remain open, can there be a question of who is to have the charge that a factual aspect has not been clarified.”

- (52) I artikkelen Proportionality Revisited, Legal Issues of Economic Integration 27 (3): 239-265, 2000, gir professor Jan H. Jans uttrykk for helt sammenfallende synspunkter.
- (53) Etter mitt syn følger det videre allerede av at den enkelte stat bestemmer beskyttelsesnivået, og at et virkemiddel anses egnet, at bevisføringsplikten må snus i forhold til alternative virkemidler som ikke kvalitativt, men bare kvantitativt atskiller seg fra det virkemiddel som er tatt i bruk.
- (54) Dette må også sees i sammenheng med at statenes anerkjente behov for å kunne oppstille generelle og praktikable regler. I sak C-110/05, Kommisjonen mot Italia, uttalte EF-domstolen

”...at medlemsstaterne ikke kan afskæres fra muligheden for at nå et formål som trafikksikkerhed ved at indføre almene og simple regler, som førerne let kan forstå og anvende, og som de kompetente myndigheder nemt kan forvalte og håndhæve.”

- (55) Juridisk direktør i ESA, dr. juris Niels Fenger, har i Forvaltning og fællesskab, side 638-639, sammenfattet dette slik:

”Drejer saken sig derimod om udstedelse af en generel retsregel, er vedkommende myndighed ikke efter den interne fællesskabsret forpligtet til at inddrage individuelle omstændigheder hos de berørte borgere. På samme måde lægger den efterfølgende gyldighedsprøvelse ikke vægt på, om den enkelte part i sagen rammes unødigt hårdt. Afgørende er derimod, om retsakten generelt fremtræder som uforholdsmæssig. Domstolen accepterer således en vis generalisering for ikke at lamme fællesskabsretlige regeldannelse.”

- (56) I note 274 gjøres den reservasjon at det må tas høyde for de på forhånd tenkelige hyppigst forekommende typetilfeller.
- (57) Ved vurderingen av hvor langt den enkelte stat kan gi generelle regler for å ivareta relevante interesser, har også Direktiv 2003/33 EF om innbyrdes tilnærming av medlemsstatenes lover og administrative bestemmelser om reklame for tobakksvarer og sponning til fordel for disse, atskillig interesse. Direktivet gir et generelt reklameforbud etter samme mønster som det norske forbud mot reklame for alkoholholdige drikker.
- (58) Med disse utgangspunkter må de alternative virkemidler som er fremhevet av den ankende part vurderes. I tråd med praksis er denne konkrete vurderingen ikke gjort av EFTA-domstolen, som i avsnitt 57 overlater subsumsjonen til de norske domstoler:

”Anvendelsen av proporsjonalitetstesten forutsetter en analyse av de rettslige og faktiske omstendighetene som kjennetegner situasjonen i den aktuelle EØS-staten, og den nasjonale domstolen er derfor i bedre stand til å foreta analysen enn EFTA-domstolen (se sak C-405/98 *Gourmet*, avsnitt 33). EFTA-domstolen kan bare gi generell veiledning om hvilke elementer som må tas i betraktning.”

- (59) Den ankende part har ikke gjort gjeldende at det er alternative tiltak som ikke er knyttet til restriksjoner på markedsføring, som må vurderes, men det gjøres gjeldende at det å nekte markedsføring i et snevert nisjetidsskrift er uten betydning for totalforbruket, og dessuten at det samme kan oppnås ved restriksjoner på arten av markedsføring, som ved et totalforbud.
- (60) I Samuelson og Olsens tidligere nevnte betenkning heter det om spesialblader:

”Man kan kanskje innvende at leseren av spesialblader for alkohol har såpass stor interesse for produktene at en enkeltreklame i seg selv ikke vil påvirke totalkonsum, men slik vi har påvist ovenfor, har forskningen god dekning for at reklame i sammenheng med matchende redaksjonelt innhold vil kunne ha god effekt på holdninger og intensjon om kjøp selv hos disse leserne, selv om marginaleffekten rimeligvis vil være svært moderat. På den annen side vet vi generelt at de fleste blader og tidsskrifter har flere lesere enn kjøpere. Det vil si at selv om kjøperen av tidsskriftet er spesielt interessert i vin, betyr dette ikke at alle leserne av bladet (ektefelle, barn, naboer, venner eller andre) har den samme ekspertisen.”

- (61) Jeg kan ikke se at det er anført noe som tilsier at det alternative tiltak å åpne for reklame for alkoholholdige drikker i relevante spesialtidsskrifter, er noe annet enn en kvantitativ begrensning i totalforbudet som må presumeres å svekke effekten av tiltaket, og jeg finner det klart at dette alternative tiltak ikke kan føre til at totalforbudet ikke kan anses nødvendig.

- (62) Det er ikke fra den ankende parts side gjort gjeldende at det er forskningsmessig belegg for at den effekt reklame må antas å ha for totalvolumet vil bli eliminert ved innføring av restriksjoner på hvordan alkoholreklame tillates utformet, eventuelt ved at det også innføres påbud om at det skal inntas helseadvarsel i alle annonser. Den ankende part har imidlertid gjort gjeldende at det ikke er fremlagt dokumentasjon for at det anførte alternative tiltak vil være uten virkning, og at dette innebærer at staten ikke har fylt sin bevisbyrde, og at totalforbudet da må anses unødvendig. Jeg finner det klart at heller ikke den teoretiske mulighet for at innholdsmessige begrensninger skulle ha like god effekt som et totalforbud, kan føre til at totalforbudet anses uforholdsmessig. Det må sies å være en naturlig formodning for at reklame, også med innholdsmessige begrensninger, vil ha betydning for totalforbruket, og det er ikke særlige omstendigheter som kan begrunne en bevisføringsplikt for staten utover dette, jf. EFTA-domstolens angivelse av at det må være åpenbart at de alternative tiltak vil sikre den samme måloppnåelse.
- (63) Anken har ikke ført frem. Jeg kan ikke se at noen av lovens unntaksbestemmelser er aktuelle, og staten v/Helse- og omsorgsdepartementet må tilkjennes sakskostnader også for Høyesterett. Sakskostnader tilkjennes i overensstemmelse med den inngitte kostnadsoppgave til 238 500 kroner, hvorav 186 000 kroner utgjør salær.
- (64) Jeg stemmer for denne

D O M :

1. Anken forkastes.
 2. I sakskostnader for Høyesterett betaler Pedicel AS til staten v/Helse- og omsorgsdepartementet 238 500 – tohundreogtrettiåttetusenfemhundre – kroner innen – 2 – to uker fra forkynnelsen av denne dom.
- (65) Dommer **Øie:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (66) Dommer **Matningsdal:** Likeså.
- (67) Dommar **Utgård:** Det same.
- (68) Dommer **Lund:** Likeså.

(69) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. Anken forkastes.
2. I sakskostnader for Høyesterett betaler Pedicel AS til staten v/Helse- og omsorgsdepartementet 238 500 – tohundreogtrettiåttetusenfemhundre – kroner innen – 2 – to uker fra forkynnelsen av denne dom.

Riktig utskrift bekrefte: