



RÅDGIVENDE UTTALELSE FRA DOMSTOLEN

14 mai 1997*

(Spørsmål om avvisning - Fri bevegelse av varer - Lisensordning)

I sak E-5/96,

ANMODNING til Domstolen om rådgivende uttalelse i medhold av artikkel 34 i Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol fra Borgarting lagmannsrett i saken for denne domstol mellom

Ullensaker kommune med flere

og

Nille AS

om tolkningen av EØS-avtalen artikkel 11 og artikkel 13.

DOMSTOLEN,

sammensatt av: President Bjørn Haug og dommerne Thór Vilhjálmsson og Carl Baudenbacher (saksforberedende dommer),

Justissekretær: Per Christiansen,

etter å ha vurdert de skriftlige saksfremstillinger inngitt av:

* Språket i anmodningen om en rådgivende uttalelse: Norsk.

- De ankende parter, Ullensaker kommune med flere, representert ved advokat Morten F. Arnesen;
- Nille AS ("Nille"), representert ved advokat Morten Steenstrup;
- Den norske regjering, representert ved Hege M. Hoff, juridisk rådgiver i Utenriksdepartementet, som partsrepresentant;
- EFTAs overvåkningsorgan, representert ved direktør Håkan Berglin, Avdelingen for juridiske saker og eksekutivesaker, assistert av Bjarnveig Eiriksdóttir, saksbehandler samme sted, som partsrepresentant;
- Kommisjonen for De europeiske fellesskap, representert ved Richard B. Wainwright, Førsterådgiver, og Hans Støvlbæk, ansatt i Rettsavdelingen, som partsrepresentanter.

med henvisning til rettsmøterapporten,

og etter å ha hørt de muntlige innleggene fra Nille, Den norske regjering, EFTAs overvåkningsorgan og Kommisjonen for De europeiske fellesskaper på høringen 26 februar 1997,

gir slik

Rådgivende uttalelse

- 1 Ved skriv datert 21 juni 1996, mottatt ved Domstolen 26 juni 1996, har Borgarting lagmannsrett anmodet om en rådgivende uttalelse i et spørsmål om tolkningen av EØS-avtalen artikkel 11 og artikkel 13.
- 2 Spørsmålet ble reist i ankesak innbrakt av Ullensaker kommune, Nes kommune, Eidsvoll kommune, Sørums kommun og Sunndal kommune ("de ankende parter") mot ankemotparten Nille. Sunndal kommune trakk tilbake sin anke 3 juni 1996, og ved kjennelse av 2 september 1996 ble ankesaken fra Sunndal kommune hevet.
- 3 Saken for den nasjonale domstol gjelder gyldigheten av avslagene fra fire kommuner på søknad om konsesjon for salg av videogrammer og krav på erstatning for tap som følge av avslagene. Ifølge opplysningene fra den nasjonale domstol er Nille en landsomfattende butikk-kjede bestående av ca 120 butikker som bl a selger videofilmer. Alle butikkene har søkt om konsesjon for salg av videogrammer. Søknadene fra syv butikker etablert i fem

forskjellige kommuner ble avslått høsten 1994. Søknadene fra de øvrige butikkene ble alle innvilget. Begrunnelsen for avslagene fra fire av kommunene var at butikkene ikke oppfylte kravet som faghandlere. I to av disse kommunene, Nes og Eidsvoll, ble det forut for de endelige administrative avgjørelsene uttalt at kravet om faghandlere bare var anvendelig på nyetableringer. Sunndal kommune hadde også uttalt at det ut fra kulturelle og politiske hensyn måtte være en målsetting å bygge opp lokal fagkunnskap hva gjelder salg og utleie av videofilmer i de lokale firmaene som allerede var tildelt en lisens.

4 I et søksmål for Indre Follo herredsrett hevdet Nille at avslagene var ugyldige i henhold til nasjonale reguleringer og i strid med EØS-avtalen artikkel 11.

5 *Lov om film og videogram av 15. mai 1987 nr. 21 § 2, første ledd bestemmer:*

"Framsyning og omsetning av film eller videogram i næring må ikkje skje utan løyve frå kommunestyret eller den kommunestyret har gitt fullmakt. Dette gjeld ikkje omsetning av film eller videogram for vidareomsetning."

6 Om formålet med bestemmelsen heter det i *Ot.prp. nr. 20 (1986-87)* bl a:

"Etter departementets syn vil ei slik konsesjonsordning saman med reglane om merking og registrering av videogram vere effektiv når det gjeld å hindre omsetning av ulovlege videogram. Dessutan vil konsesjonsordninga vere eit viktig kulturpolitisk verkemiddel. Kommunane kan til dømes stille krav til dei som søker om konsesjon om ei viss breidde i film- og videogramtilbodet."

7 Herredsretten dømte i favør av Nille og tilsto erstatning. Alle fem kommunene anket til Borgarting lagmannsrett mot dommen.

8 Borgarting lagmannsrett, som fant det nødvendig å tolke bestemmelser i EØS-avtalen for å treffe en avgjørelse, anmodet i medhold av artikkel 34 i Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol ("Overvåknings- og domstolsavtalen") EFTA-domstolen om å gi en rådgivende uttalelse med følgende spørsmål:

"Skal EØS-avtalens artikkel 11, sammenholdt med artikkel 13, forstås slik at den setter forbud mot at en kommune kan nekte tillatelse til detaljsalg av innspilte videokassetter (videogrammer) med den begrunnelse at slike tillatelser bare bør gis til forretninger som kan karakteriseres som faghandel (spesialforretninger) for videogrammer og/eller at fagkunnskapen bør bygges opp hos allerede etablerte forhandlere?"

9 Det vises til rettsmøterapporten for sakens rettslige bakgrunnen, gangen i prosedyren og anførselene og argumentene til partene, som i det følgende bare vil bli omtalt og drøftet så langt det er nødvendig for Domstolens begrunnelse.

Spørsmål om avvisning av siste del av spørsmålet

- 10 Som tidligere nevnt trakk en av de ankende parter (Sunndal kommune) tilbake sin anke til Borgarting lagmannsrett den 3 juni 1996, før den nasjonale domstol forela saken for EFTA-domstolen.
- 11 De ankende parter og Den norske regjering gjør gjeldende at siste del av spørsmålet som er forelagt ("og/eller at fagkunnskapen bør bygges opp hos allerede etablerte forhandlere") ikke kan realitetsbehandles da det gjelder et hypotetisk spørsmål all den tid Sunndal kommune var den eneste blant de ankende parter som fastslo at fagkunnskap skulle bygges opp blant etablerte forhandlere. På den muntlige høringen gjorde EFTAs overvåkningsorgan og Kommisjonen for de europeiske fellesskap gjeldende at tvisten for den nasjonale domstolen er reell og at spørsmålet i sin helhet må realitetsbehandles.
- 12 Domstolen bemerket i sak E-1/95 *Ulf Samuelsson mot Svenska staten* [1994-95] EFTA Court Report 145, avsnitt 13 at den rådgivende uttalelsen er et spesielt etablert middel for judisielt samarbeid mellom Domstolen og de nasjonale domstoler med det formål å forsyne de nasjonale domstoler med nødvendige EØS-rettslige elementer for at de skal kunne avgjøre saker som verserer for dem. Ifølge artikkel 34 i Overvåknings- og domstolsavtalen har en nasjonal domstol, om den anser det nødvendig for å avsi dom i en sak, rett til å anmode EFTA-domstolen om en slik uttalelse. Av ordlyden, som i vesentlige deler er identisk med EF-traktaten artikkel 177, følger det at det er opp til den nasjonale domstol å vurdere hvorvidt det er nødvendig å tolke EØS-avtalen for at den skal kunne avsi dom. Det er opp til den nasjonale domstol å avgjøre, i lys av de særskilte omstendighetene i saken, såvel nødvendigheten av en rådgivende uttalelse for å kunne avsi dom som relevansen av de spørsmål den fremlegger for Domstolen (se særlig EF-domstolens dom av 24 oktober 1996 i sak C-217/94 *Eismann Alto Adige Srl mot Ufficio IVA di Bolzano*, ennå ikke i samlingen).
- 13 I den foreliggende sak fremgår det av saksdokumentene at den nasjonale domstol besluttet å forelegge spørsmålet for EFTA-domstolen etter at Sunndal kommune hadde trukket tilbake sin anke. Selv om denne delen av ankesaken formelt er avsluttet, er det fortsatt en reell tvist ved den nasjonale domstol. Denne delen av spørsmålet synes å være nært knyttet til tvistepunktene i saken for den nasjonale domstol og har ikke blitt trukket tilbake. Under disse omstendighetene må det ligge innenfor den nasjonale domstols skjønn å avgjøre om en rådgivende uttalelse er nødvendig for denne delen av spørsmålet, se sak C-412/93 *Leclerc-Siplec mot TF1 Publicité og M6 Publicité* [1995] ECR I-179 (heretter "*Leclerc*").
- 14 Følgelig finner Domstolen at argumentene fra de ankende parter og Den norske regjering må forkastes og at anmodningen om en rådgivende uttalelse når det gjelder siste del av spørsmålet kan realitetsbehandles.

Spørsmålet som er forelagt EFTA-domstolen

15 EØS-avtalen artikkel 11 lyder:

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

16 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 for handelen mellom avtalepartene."

17 *De ankende parter, Den norske regjering, EFTAs overvåkningsorgan og Kommisjonen for de europeiske fellesskap* gjør bl a gjeldende at EØS-avtalen artikkel 11 ikke får anvendelse i en situasjon der en kommune nekter tillatelse til detaljsalg av videogrammer på bakgrunn av at slik tillatelse bare bør gis til butikker som kan karakteriseres som faghandlere for videogrammer og/eller med den begrunnelse at ekspertkunnskap bør bygges opp hos allerede etablerte forhandlere, så lenge de nasjonale bestemmelsene det gjelder verken rettslig eller faktisk skiller mellom innenlandske produkter og produkter importert fra andre EØS-stater og at alle involverte næringsdrivende påvirkes på samme måte. Standpunktet til de ankende parter, Den norske regjering og EFTAs overvåkningsorgan er basert på EF-domstolens dom i forente saker C-267/91 og C-268/91 *Keck og Mithouard* [1993] ECR I-6097 (heretter "*Keck*") og etterfølgende avgjørelser som anvender de samme prinsippene, mens Kommisjonen for de europeiske fellesskap viser til EF-domstolens dommer i sak C-379/92 *Peralta* [1994] ECR I-3453 og de forente saker C-140/94, C-141/94 og C-142/94 *DIP med flere mot Comune di Bassano del Grappa og Comune di Chioggia* [1995] ECR I-3257 (heretter "*Bassano del Grappa*").

18 For det tilfelle at Domstolen skulle finne at konsesjonsordningen er i strid med EØS-avtalen artikkel 11, gjør de ankende parter subsidiært gjeldende at ordningen kan begrunnes i såvel offentlig moral og offentlig politikk under EØS-avtalen artikkel 13 og i det faktum at ordningen er basert på et alment hensyn utledet av kulturelle hensyn og kulturpolitikk som uttrykket av EF-domstolen i saken kjent som *Cassis de Dijon* (sak C-120/78 *Rewe mot Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* [1979] ECR 649) (heretter "*Cassis de Dijon*"). Den norske regjering gjør gjeldende at ordningen er basert på et alment hensyn og kan begrunnes i offentlige interesser i forbindelse med kulturpolitikken.

- 19 Etter EFTA overvåkningsorgans oppfatning kan nektelsen av lisenser verken rettferdiggjøres i EØS-avtalen artikkel 13 eller i allmenne hensyn av den art EF-domstolen anerkjente i *Cassis de Dijon* dersom den nasjonale domstol finner at tiltakene som er omtvistet i den foreliggende sak inneholder diskriminerende elementer.
- 20 *Nille* gjør gjeldende at det er i strid med EØS-avtalen artikkel 11, sett i sammenheng med artikkel 13, at en kommune gir avslag på konsesjon for detalj salg av videogrammer med den begrunnelse at slike tillatelser bare bør gis til forretninger som kan karakteriseres som faghandlere for videogrammer og/eller med den begrunnelse at spesialkunnskap bør bygges opp hos allerede etablerte forhandlere. Etter Nilles oppfatning begrenser konsesjonsordningen antall utsalgsteder for videogrammer og derigjennom innebærer en restriksjon på salg og utleie av videogrammer. Ettersom mange av videogrammene som blir solgt eller utleid i Norge er importert leder dette til at importen reduseres. Enn videre innebærer konsesjonsordningen det her er tale om at det knyttes nasjonale krav til selve varen ved å forby at videogrammer ikke kan selges uten at det skjer gjennom forretninger som har fått en spesiell tillatelse fra kommunen. Konsesjonsordningen tillater hver kommune vilkårlig å avgjøre hvem som kan selge videogrammer.
- 21 *Domstolen* bemerker at ifølge EØS-avtalen artikkel 11 er kvantitative importrestriksjoner og alle tiltak med tilsvarende virkning forbudt mellom avtalepartene. Artikkelen er innholdsmessig identisk med EF-traktaten artikkel 30. EØS-avtalen artikkel 6 og Overvåknings- og domstolsavtalen artikkel 3 (2) er således anvendelig ved tolkningen av EØS-avtalen artikkel 11.
- 22 Med hensyn til EF-traktaten artikkel 30 har EF-domstolen konsekvent lagt til grunn at ethvert tiltak som direkte eller indirekte, aktuelt eller potensielt, hindrer samhandelen, utgjør et tiltak med tilsvarende effekt som en kvantitativ importrestriksjon i henhold til denne bestemmelsen, se særlig sak 8/74 *Procureur du Roi mot Dassonville* [1974] ECR 837 (heretter "*Dassonville*").
- 23 EF-domstolen har videre slått fast at det ikke er sannsynlig at handelen mellom medlemsstatene blir hindret, direkte eller indirekte, aktuelt eller potensielt, i *Dassonville*-dommens forstand, ved anvendelsen av nasjonale bestemmelser som hindrer eller forbyr visse salgsformer på produkter fra andre medlemsstater, så lenge disse bestemmelsene får anvendelse på alle berørte næringsdrivende som opptrer på det nasjonale territoriet og så lenge de, rettslig og faktisk, påvirker omsetningen av innenlandske produkter og produkter fra andre medlemsland likt. Når disse vilkårene er oppfylt, er anvendelsen av slike bestemmelser på salg av produkter fra andre medlemsstater ikke etter sin art egnet til å hindre adgangen til markedet eller å hindre adgangen i større grad enn den hindrer adgangen for innenlandske produkter. Slike bestemmelser faller derfor utenfor anvendelsesområdet til EØS-avtalen artikkel 11, se EF-domstolens dommer i *Keck*, sitert ovenfor, avsnitt 16 og 17; sak C-292/92

Hünermund med flere [1993] ECR I-6787, avsnitt 21; *Leclerc*, sitert ovenfor; sak C-63/94 *Belgapom ITM og Vocarex* [1995] ECR I-2467, avsnitt 12; og sak C-387/93 *Banchero* [1995] ECR I-4663.

- 24 Lisensordningen i den foreliggende sak innebærer ingen krav til selve produktet (så som krav til betegnelse, form, størrelse, vekt, sammensetning, presentasjon, merking og pakking). Tvert om kanaliserer systemet bare salg og utleie av videogrammer til visse utsalgssteder. Konesjonsordningen må derfor ses på som en regulering av markedsføring og ikke som en regulering av videogrammer som et produkt.
- 25 Det fremgår at den nasjonale lovgivning får anvendelse på alle næringsdrivende som opptrer på det norske markedet.
- 26 Enn videre skiller ikke den nasjonale lovgivning mellom innenlandske eller utenlandske næringsdrivende, heller ikke mellom innenlandske eller utenlandske produkter, med hensyn til vilkårene om at konsesjon bare bør tildeles butikker som kan karakteriseres som faghandlere (spesialbutikker) for videogrammer og/eller at spesialkunnskap bør bygges opp hos allerede etablerte forhandlere. Det er intet i bestemmelsene som innebærer diskriminering mellom importerte og innenlandske produkter, hvilket ellers kunne hindre anvendelsen av *Keck*-unntaket til EØS-avtalen artikkel 11.
- 27 I lys av det ovenstående faller ikke lisensordningen innenfor anvendelsesområdet til EØS-avtalen artikkel 11 forutsatt at den får anvendelse på alle næringsdrivende i Norge og forutsatt at den ikke rettslig eller faktisk diskriminerer mellom omsetningen av innenlandske produkter og produkter importert fra andre EØS-stater.
- 28 Når det gjelder EØS-avtalen artikkel 11, bemerker Domstolen avslutningsvis at EF-domstolen nylig avgjorde at en italiensk bestemmelse som krevde handelslisens for å åpne butikker med detaljomsetning av visse produkter ikke kan betraktes som å være i stand til å hindre samhandelen mellom medlemsstatene, se *Bassano del Grappa*, sitert ovenfor. EF-domstolen slo fast at det var tilstrekkelig å konstatere at bestemmelser slik som de i den italienske loven ikke sondret mellom opprinnelsen til varene omsatt i de aktuelle forretningene, at deres formål ikke var å påvirke handelen med varer fra andre medlemsstater og at de restriktive virkningene de kan ha på den frie varebevegelse var for usikre og indirekte til at forpliktelser som følger av loven anses for å være i stand til å hindre samhandelen mellom medlemsstatene (se dommens avsnitt 29). Domstolen finner det ikke nødvendig å gå nærmere inn på dette aspektet i den foreliggende sak.
- 29 Det er opp til den nasjonale domstol å bringe på det rene alle relevante fakta vedrørende anvendelsen av lisensordningen i praksis. Selv om det ikke synes å foreligge noen rettslig diskriminering, vil det kunne foreligge faktisk

diskriminering. I fall den nasjonale domstol skulle finne at konsesjonsordningen, rettslig eller faktisk, innebærer en diskriminering som bringer den innenfor anvendelsesområdet til EØS-avtalen artikkel 11, vil det bli nødvendig å vurdere en mulig anvendelse av unntaket i EØS-avtalen artikkel 13.

- 30 En diskriminerende anvendelse av lisensordningen i praksis kan ikke begrunnes i noen av de "allmenne hensyn" EF-domstolen har vist til i *Cassis de Dijon*, sitert ovenfor, og i andre saker.
- 31 Etter EØS-avtalen artikkel 13 er ikke EØS-avtalen artikkel 11 til hinder for diskriminerende forbud eller restriksjoner på import 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 skal imidlertid ikke utgjøre et middel til vilkårlig forskjellsbehandling eller være en skjult hindring for handelen mellom avtalepartene.
- 32 EØS-avtalen artikkel 13 er innholdsmessig identisk med EF-traktaten artikkel 36. EØS-avtalen artikkel 6 og Overvåknings- og domstolsavtalen artikkel 3 (2) er således anvendelig ved tolkningen av EØS-avtalen artikkel 13.
- 33 EF-domstolen har konsekvent slått fast at EF-traktaten artikkel 36 må tolkes restriktivt siden den utgjør et unntak fra den grunnleggende regel om at alle hindringer for den frie varebevegelse mellom medlemsstatene må fjernes. Denne rettspraksisen viser at EF-domstolen er uvillig til å utvide området for aktuelle hensyn ut over de som direkte er nevnt i EF-traktaten artikkel 36, se særlig sak 7/61 *Commission mot Italy* [1961] ECR 317; sak 46/76 *Bauhuis mot Netherlands* [1977] ECR 5, sak 113/80 *Commission mot Ireland* [1981] ECR 1625; og Case 72/83 *Campus Oil Limited mot Minister for Industry and Energy* [1984] ECR 2727.
- 34 Da det ikke vises til kulturpolitikk i EØS-avtalen artikkel 13 må konklusjonen bli at tiltaket ikke vil kunne begrunnes på det grunnlaget.
- 35 EF-domstolen har også slått fast at dersom unntaket skal få anvendelse, har de kompetente nasjonale myndigheter bevisbyrden for at tiltaket er begrunnet, se sak 304/84 *Ministère public mot Muller* [1986] ECR 1521.
- 36 Det fremgår av forslaget til Odelstinget, sitert ovenfor, at konsesjonsordningen ble sett på som et effektivt hinder for salg eller utleie av ulovlige videogrammer. Selv om et formål av denne natur under visse omstendigheter kan dekkes av uttrykkene "offentlig moral" eller "offentlig orden", er det intet i de fakta eller argumenter som er presentert for Domstolen som underbygger at tiltakene er begrunnet i den foreliggende sak.

37 Som en følge av dette kan ikke unntaket i artikkel 13 anses å være anvendelig for det tilfellet at den nasjonale domstolen skulle finne at konsesjonsordningen diskriminerer, rettslig eller faktisk.

Saksomkostninger

38 Omkostninger som er påløpt for Den norske regjering, EFTAs overvåkningsorgan og Kommisjonen for de europeiske fellesskap, som har gitt saksfremstillinger for Domstolen, kan ikke kreves dekket. Fordi rettergangen her, for partene i hovedsaken, utgjør en del av rettergangen for den nasjonale domstolen, er avgjørelsen av saksomkostninger en sak for den nasjonale domstolen.

På dette grunnlag avgir

DOMSTOLEN,

som svar på de spørsmål som er forelagt av Borgarting lagmannsrett ved beslutning av 21 juni 1996, følgende rådgivende uttalelse:

EØS-avtalen artikkel 11 må tolkes slik at den ikke forbyr en kommune å avslå tillatelse for detalj salg av innspilte videokassetter (videogrammer) med den begrunnelse at slik tillatelse bare bør gis butikker som kan karakteriseres som faghandlere (spesialbutikker) for videogrammer og/eller at spesialkunnskap bør bygges opp hos allerede etablerte forhandlere, så sant den aktuelle nasjonale bestemmelsen ikke rettslig eller faktisk skiller mellom innenlandske produkter og produkter importert fra andre EØS-stater og således ikke diskriminerer mot utenlandske produkter. For det tilfellet at den nasjonale domstolen skulle finne at konsesjonsordningen diskriminerer, rettslig eller faktisk, kan ikke artikkel 13 anses å være anvendelig.

Bjørn Haug

Thór Vilhjálmsson Carl Baudenbacher

Avsagt i åpen rett i Luxembourg 14 mai 1997.

Per Christiansen
Justissekretær

Bjørn Haug
President