



RETTSMØTERAPPORT

i sak E-4/04

ANMODNING til EFTA-domstolen i medhold av artikkel 34 i Avtalen mellom EFTA-landene om opprettelse av et Overvåkingsorgan og en Domstol fra Markedsrådet, Norge, i en sak for dette mellom

Pedical AS

og

Sosial- og helsedirektoratet

vedrørende fri bevegelighet for varer og tjenester innen EØS.

I. Innledning

1. Ved beslutning av 7. juli 2004, mottatt ved EFTA-domstolen 9. juli 2004, anmodet Markedsrådet om en rådgivende uttalelse i en verserende klagesak mellom Pedical AS ("klageren") og Sosial- og helsedirektoratet ("direktoratet"/"innklagede").

II. Faktum og rettslig bakgrunn

2. Saken gjelder en klage på direktoratets vedtak av 19. desember 2003 der klageren på grunnlag av foretatte brudd på forbudet mot alkoholreklame i alkoholloven av 2. juni 1989 nr. 27 ("alkoholloven") § 9-2, ble ilagt en forhåndsfastsatt tvangsmulkt etter samme lovs § 9-4 tredje ledd for eventuelle nye brudd på alkoholreklameforbudet i lovens § 9-2 i de neste 12 måneder.

3. Klageren er et selskap som utgir publikasjonen *Vinforum*, som beskriver seg selv som et "magasin for gourmeter og vinelskere". Det utgis fem nummer av *Vinforum* i året, og det distribueres i det alt vesentlige gjennom abonnement.

Gjennomsnittlig opplag er på 4 500 per nummer. Ifølge en foretatt undersøkelse er over 90 prosent av leserne over 30 år.

4. Direktoratet fører tilsyn med at bestemmelsene om reklameforbud fastsatt i eller i medhold av alkoholloven overholdes, jf. alkoholloven § 9-3.

5. Alkoholloven § 9-2 lyder:

Reklame for alkoholholdig drikk er forbudt. Forbudet gjelder også reklame for andre varer med samme merke eller kjennetegn som drikk som inneholder over 2,50 volumprosent alkohol. Slike varer må heller ikke inngå i reklame for andre varer eller tjenester.

Departementet gir forskrifter om avgrensning, utfylling og gjennomføring av bestemmelsene i første ledd. Departementet kan gjøre unntak fra forbudene når særlige grunner foreligger.

6. Omtale av alkoholholdige drikkevarer innenfor rammen av den redaksjonelle trykkefrihet omfattes ikke av forbudet i lovens § 9-2, som for eksempel redaksjonell omtale i dagsaviser, tidsskrifter, ukeblader og på internett.

7. Alkoholloven § 9-4 lyder:

Finner Sosial- og helsedirektoratet at reklameforbudet er overtrådt, kan det pålegge retting av forholdet. Samtidig fastsettes en frist for rettingen.

Samtidig med at pålegg om retting gis, kan tvangsmulkt fastsettes. Mulkten løper fra oversittelse av fristen for retting, og kan fastsettes i form av engangsmulkt eller dagmulkt. Mulkten tilfaller staten.

Dersom Sosial- og helsedirektoratet ved avdekking av en overtredelse finner særlig grunn til å tro at det vil bli begått nye brudd på reklameforbudet som ikke kan stanses etter første og annet ledd, kan det på forhånd fastsette at mulkt vil løpe fra det tidspunkt ny overtredelse tar til. Slik tvangsmulkt kan fastsettes for inntil ett år.

Når særlige grunner taler for det, kan Sosial- og helsedirektoratet helt eller delvis frafalle ilagt tvangsmulkt.

Departementet kan gi forskrifter om fastsettelse, beregning og innkreving av tvangsmulkt.

8. Etter alkoholloven § 9-5 kan et vedtak etter § 9-4 påklages til Markedsrådet.

9. Forskrift om omsetning av alkoholholdig drikk mv. av 11. desember 1997 nr. 1292 ("forskriften") § 9-2 lyder:

Med reklame forstås enhver form for massekommunikasjon i markedsføringsøyemed, herunder reklame i trykt skrift, film, radio, fjernsyn, telefonnett, datanettverk, lysreklame, plakater, skilt og lignende innretninger, avbildninger, utstillinger og liknende, distribusjon av trykksaker, vareprøver mv.

10. Forskriften § 9-3 lyder:

Unntatt fra forbudet er:

1. Annonser i et utenlandsk trykt skrift som innføres til Norge, med mindre hovedformålet med skriftet eller importen er å reklamere for alkoholholdig drikk i Norge.

2. Informative annonser i bransjetidsskrifter og annen informasjon til bevillingshavere som ledd i den ordinære omsetningsprosess for alkoholholdige drikker.

3. Annonser om salgssted eller skjenkested med informasjon om stedets navn, adresse og åpningstider samt bevillingsrettigheter.

4. Opplysningsskilt av lite format i umiddelbar tilknytning til salgs- eller skjenkested.

5. Merking av vanlig serveringsutstyr på skjenkested med alkoholprodusenters eller grossisters firmanavn og/eller firmamerke.

6. Merking av bevillingshavers kjøretøyer, emballasje, betjeningsuniformer ol med eget firmanavn og/eller firmamerke.

7. Reklame i utenlandske fjernsynskanaler, når reklamen er i samsvar med reklamereglene i det land kanalen sendes fra.

8. Produkt- og prisopplysninger på Internett når opplysningene gis av A/S Vinmonopolet som grunnlag for bestilling over nettet (nettsalg) eller innehaver av kommunal salgsbevilling for nettsalg av øl.

Unntaket i første ledd gjelder likevel ikke reklame i fjernsynssendinger som er spesielt rettet mot Norge.

11. Desemberutgaven av Vinforum inneholdt kommersiell reklame for vin, herunder for vin produsert i Frankrike og Spania. Ingen av reklamene inneholdt reklame for øl eller brennevin. Den 19. desember 2003 traff direktoratet vedtak om forhåndsfastsatt tvangsmulkt. I vedtaket heter det blant annet:

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 utloddet alkohol som premie i forbindelse med vervekampanjer for nye abonnenter til bladet.

12. Pedicel AS påklaget 14. januar 2004 vedtaket til Markedsrådet, med påstand om at vedtaket oppheves. Klageren erkjenner at den markedsføringen som ligger til grunn for vedtaket rammes av ordlyden i alkoholloven § 9-2 første ledd, og det er heller ikke omstridt at vilkårene for forhåndsfastsett tvangsmulkt i samme lov § 9-4 tredje ledd isolert sett er oppfylt. Grunnlaget for klagen – og for påstanden om at vedtaket må oppheves som ugyldig – er at et generelt forbud mot alkoholreklame er i strid med EØS-avtalens artikkel 11 og 36.

13. Etter Markedsrådets oppfatning er det behov for avklaring blant annet av spørsmålet om i hvilken grad vin er omfattet av EØS-avtalen, om prinsippet om fri bevegelighet av varer og tjenester får betydning for tolkningen av et nasjonalt generelt forbud mot alkoholreklame, og i tilfelle på hvilken måte. Det er ikke bestridt at Markedsrådet kan regnes som ”domstol” i henhold til artikkel 34(2) i Avtalen mellom EFTA-landene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol.¹

III EØS-rett

14. I del II av EØS-avtalen (Det frie varebytte) heter det i artikkel 8 nr. 3 at:

3. Med mindre annet er særskilt angitt, får bestemmelsene i denne avtale anvendelse bare for

a) varer som hører inn under kapittel 25 til 97 i det harmoniserte system for beskrivelse og koding av varer, med unntak av varer oppført i protokoll 2;

b) varer oppført i protokoll 3 i samsvar med de særlige bestemmelser som er fastsatt i protokollen.

15. EØS-avtalens artikkel 11 lyder:

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

16. EØS-avtalens 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

¹ Se forente saker E-8/94 og E-9/94 *Matell and Lego* [1994] EFTA Ct. Rep. 113, avsnitt 12 flg.

eiendomsrett. Slike forbud eller restriksjoner må dog ikke kunne brukes til vilkårlig forskjellsbehandling eller være en skjult hindring på handelen mellom avtalepartene.

17. EØS-avtalens artikkel 18 lyder:

Med forbehold for de særlige ordninger som gjelder handelen med landbruksvarer, skal avtalepartene sikre at ordningene etter artikkel 17 og 23 bokstav a) og b), når de anvendes for andre varer enn dem som går inn under artikkel 8 nr. 3, ikke motvirkes av andre tekniske handelshindringer. Artikkel 13 får anvendelse.

18. EØS-avtalens artikkel 23 lyder:

Særlige bestemmelser og ordninger er fastlagt i:

a) protokoll 12 og vedlegg II med hensyn til tekniske forskrifter, standarder, prøving og sertifisering,

b) protokoll 47 med hensyn til avskaffelse av tekniske handelshindringer for vin,

[...]

Bestemmelsene får anvendelse på alle varer, med mindre annet er særskilt angitt.

19. I innledningen til EØS-avtalens protokoll 47 om oppheving av tekniske hindringer for handel med vin heter det:

Avtalepartene skal tillate import og markedsføring av vinprodukter med opprinnelse på deres territorier som er i samsvar med EFs regelverk, slik det er tilpasset for avtalens formål, og som er oppført i tillegg 1 til denne protokoll med hensyn produktdefinisjon, ønologisk praksis, sammensetning av produkter og omsetnings- og markedsføringsmåter.

[...]

For alle andre formål enn handel mellom EFTA-stater og Fellesskapet kan EFTA-statene fortsatt anvende sin nasjonale lovgivning.

20. EØS-avtalens artikkel 36 i del III (Fri bevegelse for personer, tjenester og kapital) lyder:

1. Innen rammen av bestemmelsene i denne avtale skal det ikke være noen restriksjoner på adgangen til å yte tjenester innen avtalepartenes territorium for statsborgere i en av EFs medlemsstater eller en EFTA-stat

som har etablert seg i en annen av EFs medlemsstater eller EFTA-stat enn tjenesteytelsens mottager.

2. Vedlegg IX til XI inneholder særlige bestemmelser om adgangen til å yte tjenester.

21. EØS-avtalens artikkel 39 lyder:

Bestemmelsene i artikkel 30 og artikkel 32 til 34 skal anvendes på det saksområde som dette kapittel omhandler.

22. EØS-avtalens artikkel 33 lyder:

Bestemmelsene i dette kapittel og tiltak truffet med hjemmel i disse bestemmelsene, skal ikke hindre at bestemmelser om særbehandling av fremmede statsborgere får anvendelse når de er fastsatt ved lov eller forskrift og begrunnet med hensynet til offentlig orden, sikkerhet og folkehelsen.

IV Spørsmål

23. Følgende spørsmål ble forelagt EFTA-domstolen:

- 1. Ettersom vin ikke er omfattet av EØS-avtalens produktdekning etter artikkel 8 nr. 3: Skal avtalen – herunder artikkel 18 og artikkel 23 jf. protokoll 47 – forstås slik at artikkel 11 og/eller artikkel 36 får anvendelse på vin?**
- 2. Skal EØS-avtalen artikkel 11 og/eller artikkel 36 forstås slik at de får anvendelse på nasjonal lovgivning som inneholder et generelt forbud mot reklame for alkoholholdige drikkevarer, slik som i lov om omsetning av alkoholholdig drikk m.v. § 9-2 flg.?**
- 3. Dersom spørsmål 2 besvares bekræftende: Kan et slikt forbud likevel opprettholdes av hensyn til folkehelsen, og er det i tilfelle i samsvar med EØS-rettens proporsjonalitetsgrunnsetning? Ved besvarelsen av dette spørsmål bør det angis i hvilken grad anvendelse av et generelt forsiktighetsprinsipp ("precautionary principle") på dette området vil være i samsvar med praksis fra EFTA-domstolen/EF-domstolen?**

V. Skriftlige saksfremstillinger

24. I medhold av artikkel 20 i vedtektene for EFTA-domstolen og artikkel 97 i rettergangsordningen er skriftlige saksfremstillinger mottatt fra:

- Pedicel AS, representert ved advokat Jan Magne Langseth, advokatfirmaet Schjødt, Oslo;

- Sosial- og helsedirektoratet og den norske stat, representert ved advokat Fredrik Sejersted, Regjeringsadvokaten;
- Den islandske republikk, representert ved Finnur Thór Birgisson, Utenriksdepartementet;
- Den polske republikk, representert ved T. Nowakowski, Komiteen for europeisk integrasjon;
- EFTAs overvåkingsorgan, representert ved juridisk direktør Niels Fenger og juridisk saksbehandler Arne Torsten Andersen;
- Kommisjonen for De europeiske fellesskap representert ved Gregorio Valero Jordana og Xavier Lewis, fra dens rettsavdeling.

Klageren

25. Som utgangspunkt poengterer klageren hvor viktig det er med markedsføring for å oppnå tilgang til andre lands markeder og hevder at alkohollovens totalforbud mot reklame gir veletablerte ølprodusenter i Norge. Det understrekes videre at sanksjonene ved brudd på loven inkluderer bøter og opptil 2 års fengsel, så konsekvensene av å ikke overholde forbudet kan være alvorlige.

26. Klageren foreslår at spørsmålet om artikkel 11 og/eller artikkel 36 er anvendelige for vin besvares bekræftende. Klager anfører først at artikkel 8(3) ikke kan være til hinder for anvendelse av artikkel 36, ettersom artikkel 8(3) kun viser til varer og ikke tjenester, og fordi tjenester ikke er dekket av det harmoniserte system for beskrivelse og koding av varer. Dessuten vises det til at Vedlegg IX til XI, som det refereres til i EØS-avtalens artikkel 36(2), ikke inneholder noen unntak for tjenester med hensyn til vin. At det i EFTA-statene ble gjort særskilte tilpassinger av TV-direktivet med hensyn til alkoholreklame, tar klageren som en bekræftelse på en regel om at slik reklame er omfattet av EØS-avtalen. Endelig anføres det at dersom anvendelsesområdet for artikkel 36 skulle være avhengig av om produktet som tjenesten relaterer seg faller utenfor eller innenfor artikkel 8(3), ville praktiseringen av artikkel 36 bli svært vanskelig, og prinsippene om homogenitet og likebehandling ville bli skadelidende.

27. Dersom artikkel 36 omfatter tjenesteytelser tilknyttet alkoholreklame, derunder for vin, ville det innebære en uoverensstemmelse i EØS-avtalen om de ikke også faller inn under artikkel 11. Det ville også stå i sterk kontrast til situasjonen innenfor EU. Det følger av EFTA-domstolens rettspraksis at flere

alkoholholdige drikker, som for eksempel øl, faller innenfor artikkel 11.² For så vidt gjelder vin, anfører klageren at det ikke er noe i avtalen eller dens vedlegg som skulle tilsi at vin skal begunstiges i mindre grad enn andre produkter som omfattes av artikkel 8. Vin er nevnt i artikkel 23 og protokollene 8 og 47, og dekkes også av den bilaterale handelsavtalen om landbruksprodukter mellom Norge og Det europeiske fellesskap som det er vist til i EØS-avtalens protokoll 42. Så snart vin er importert i henhold til denne avtalen, sikrer EØS-avtalen at vinen ikke blir utsatt for diskriminerende behandling.

28. I sin vurdering av EØS-avtalens artikkel 18 fokuserer klageren på spørsmålet om en ordning som forutsatt i artikkel 17 og 23 er blitt motvirket av andre tekniske handelshindringer. Formålet med slike ordninger er å sikre fri bevegelse for de aktuelle varer, kun med forbehold for bestemmelsene i artikkel 13 og for de særskilte regelsett som gjelder landbruksprodukter. Å sikre fri handel med De europeiske fellesskap ligger også til grunn for protokoll 47. For så vidt gjelder uttrykket ”tekniske handelshindringer”, hevder klageren at det ikke kan tolkes bokstavelig, men at det må forstås som ”tiltak med tilsvarende virkning som kvantitative restriksjoner” – i tråd med forståelsen på den tiden EØS-avtalen ble fremforhandlet. På det tidspunkt var De europeiske fellesskap i ferd med å utvikle det indre marked, og EF-domstolen hadde ennå ikke fastslått at ikke-diskriminerende begrensninger av bestemte former for salg falt utenfor forbudet i EF-traktaten artikkel 28. Klagerens forståelse er også begrunnet i formålsbetraktninger, samt i hensyn til systematikk og forutsigbarhet. Det fremheves særskilt at en forståelse som innebærer at kun produktkrav kan utgjøre ”tekniske hindringer”, ville være i strid med det forhold at ordningene som reguleres av artiklene 17 og 23 også kan omfatte andre krav enn produktkrav. En slik forståelse ville videre innebære at også diskriminerende begrensninger av bestemte former for salg ville vært unntatt fra EØS-avtalens anvendelsesområde, hvilket ville motvirket målsettingen om likebehandling. Dersom EFTA-domstolen skulle komme til at kun produktkrav er omfattet av EØS-avtalen, ville det ikke være mulig å reparere de skadelige virkningene av andre tiltak, heller ikke i form av statlig erstatningsansvar. Klageren gjør et ytterligere poeng av muligheten for gjennomføring av sekundærlovgivning: Hvis et produkt som ikke omfattes av artikkel 8(3), men som er underlagt en ordning som fastsatt i artikkel 17 eller 23, skulle anses å falle utenfor EØS-avtalen hva gjelder reklame, ville EFTA/EØS-statene, fordi EØS-komiteen ville mangle kompetanse,³ neppe kunne innlemme sekundærlovgivning som har betydning for reklamevirksomhet uten å gjøre unntak for slike produkter.⁴ Til slutt fremholdes det at en fortolkning som ikke setter likhetstegn mellom ”tekniske handelshindringer” og ”tiltak med tilsvarende virkning som kvantitative restriksjoner”, ville skape usikkerhet om

² Det vises til sakene E-6/96 *Wilhelmsen* [1997] EFTA Ct. Rep. 53, og E-1/97 *Gundersen* [1997] EFTA Ct. Rep. 108.

³ Det vises til sak E-6/01 *CIBA* [2002] EFTA Ct. Rep. 218.

⁴ Det vises i dette henseende, som et eksempel, til Rådets direktiv 84/450 (EØF) av 10. september 1984 om tilnærming av medlemsstatenes lover og administrative bestemmelser om villedende reklame.

hvilke regler som skal gjelde for handelen. Både handlende og EØS-statene ville være tjent med om man fulgte EF-domstolens rettspraksis når det først er fastslått at det aktuelle produktet omfattes av en ordning etter artikkel 17 eller 23. Klageren finner støtte i EF-domstolens avgjørelse i *Franzén*.⁵

29. Klager anfører at spørsmål nr. 2 må besvares bekreftende og støtter seg på EF-domstolens avgjørelser i *De Agostini*⁶ og *Gourmet*⁷. Den svenske lovgivningen om alkoholreklame som var tema i *Gourmet* var til sammenligning mindre streng enn den norske. Den svenske lovgivningen tillot reklame i restauranter og barer, samt på Systembolaget, som har over 1200 utvalg mens Vinmonopolet har færre enn 200. Det vises videre til at øl (med alkoholvolum på over 3,5 prosent) i Sverige selges på Systembolaget, mens øl (med alkoholvolum opp til 4,75 prosent) – hvorav det meste er hjemlig produsert – i Norge selges fritt fra mer enn 4500 utvalg. Klageren anfører at EF-domstolen i *Gourmet* var nær ved å finne den svenske lovgivningen diskriminerende og mener at importerte produkter diskrimineres i enda større grad i Norge.

30. I sin drøftelse av spørsmål nr. 3 viser klageren først til den samarbeidsånd som ligger til grunn for artikkel 34 i Avtale mellom EFTA-landene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol og anmoder EFTA-domstolen om å gi Markedsrådet veiledning også om forholdsmessighetsvurderingen, ettersom rådet eksplisitt har bedt om dette. EFTA-domstolen oppfordres også til å ta hensyn til dommene avsagt av Stockholm tingsrätt og Marknadsdomstolen⁸ i *Gourmet*-saken, der den svenske lovgivningen ble funnet å være uforholdsmessig. Selv om dommene ikke er bindende for EFTA-domstolen, påberopes de som overbevisende fortilfeller. Og det forhold at EØS-statene i stor utstrekning ved skjønn kan fastsette begrensninger for alkoholreklamen, avskjærer ikke EFTA-domstolen fra å konkludere med at et totalforbud er uakseptabelt under EØS-avtalen.

31. For så vidt gjelder de særskilte forhold i Norge, er klageren av den oppfatning at de avdekker et mer graverende brudd enn det som var tilfelle i den svenske saken. Norske forbrukere eksponeres for øl – stort sett hjemlig produsert – i dagligvarehandelen, mens de ikke får se reklame for vin. Ølprodusenter er dertil stort sett større virksomheter, mens vinprodusenter ikke er det. Klageren ser ikke noe særegent ved Norges uttalte målsetting om å redusere alkoholmisbruket og totalkonsumet av alkohol. Det som imidlertid er særegent i Norge, i forhold til Sverige, er de inkonsekvente og drakoniske tiltak som iverksettes for å oppnå målsettingen – til skade for utenlandske tilbydere som ønsker adgang til det norske markedet. Forbudet ble opprinnelig utformet for å

⁵ Sak C-189/95 *Franzén* [1997] ECR I-5909.

⁶ Forente saker C-34/95, C-35/95 og C-36/95 *Konsumentombudsmannen (KO) v De Agostini (Svenska) Förlag AB and TV-shop i Sverige AB* [1997] ECR I-3843.

⁷ Sak C-405/98 *Konsumentombudsmannen (KO) v Gourmet International Products AB (GIP)* [2001] ECR I-1795.

⁸ Dom av 5. februar 2003, <http://www.marknadsdomstolen.se>.

beskytte hjemlige bryggerier. At det senere har festnet seg i norsk kultur, endrer ikke dette. Klageren tviler videre på at den norske politikk for å redusere totalkonsumet av alkohol kan gjennomføres med det ønskede resultat, ettersom det ville innebære stengning av hjemlige bryggerier, oppsigelse av arbeidstakere, konkurs hos serveringssteder, redusert omsetning i transportbransjen osv. Endelig er ikke klageren overbevist om at forbud mot reklame i et slikt blad som Vinforum vil bidra til at man når norsk alkoholpolitikks uttalte målsettinger. At en leserkrets på 4500, hvorav 90 prosent er over 30 år, eksponeres for reklame for vin vil ikke motvirke norsk alkoholpolitikk.

32. Klageren benekter at føre-var-prinsippet – etablert i sak E-3/00 *EFTAs Overvåkingsorgan v. Norge*, i forbindelse med vitenskapelig usikkerhet om virkningene av jernberikelse av mat – kan ha betydning i denne saken. Prinsippet er så langt funnet anvendelig i tilfeller der virkningene av et produkt fortsatt er uklare. Virkningene av alkohol er derimot klarlagt. Alkohol har positive, eller i det minste nøytrale, helsemessige virkninger ved moderat forbruk, og negative virkninger ved overdrevet forbruk. Spørsmålet om reklamens påvirkningskraft på menneskelig atferd, faller etter klagerens oppfatning utenfor området for eksakt vitenskapelig undersøkelse, hvilket utelukker føre-var-prinsippet's anvendelse. Domstoler bør ikke i omstridte samfunnsspørsmål overlate rollen som konfliktløser til vitenskapen. Klageren erkjenner at det har formodningen for seg at reklame generelt er effektivt ettersom virksomheter ellers neppe ville investert i det, men fremholder at det ikke derav følger at reklame vil medføre en økning i det totale salgsvolumet i bransjen. Til tross for at dette likevel ble vurdert som en mulighet av Marknadsdomstolen, fant denne at den svenske lovgivningen ikke oppfylte forholdsmessighetsvilkåret. Klageren hevder endelig at sunn fornuft tilsier at et produkt bør kunne markedsføres i like stor utstrekning som det tillates solgt. Når vin først kan selges, bør den også kunne reklameres for. Man kan ikke forby reklame på grunn av usikkerhet om dens virkninger, bare fordi man vet at produktet har skadelige virkninger ved overdrevet forbruk. Hensynet til folkehelsen kan ivaretas gjennom regulering av hvordan reklamevirksomheten skal utføres.

33. Klageren foreslår at spørsmålene besvares som følger:

(1) Et forbud mot alkoholreklame som det som er omtvistet i hovedsaken er omfattet av EØS-avtalens artikkel 11.

(2) Artikkel 11 og/eller artikkel 36 i EØS-avtalen må forstås slik at de er anvendelige på nasjonal lovgivning som inneholder et generelt forbud mot alkoholreklame, slik som i alkoholloven § 9-2 flg.

(3) Et totalforbud som det som er omtvistet i hovedsaken oppfyller ikke vilkåret om forholdsmessighet, og kan derfor ikke rettferdiggjøres etter EØS-avtalens artikkel 13 og 33, jf. artikkel 39. Forholdsmessighetsvurderingen påvirkes ikke av føre-var-prinsippet.

Innklagede

34. Innklagede understreker innledningsvis at det generelle forbudet mot reklame for drikker med alkoholinnhold på over 2.5 volumprosent utgjør en integrert del av en omfattende alkoholpolitikk, hvis formål er å beskytte folkehelsen. Reklameforbudet utgjør en del av den ene av to pilarer i norsk alkoholpolitikk; å begrense etterspørselen. Den andre pilaren supplerer den første og begrenser tilgangen til alkohol, ved tiltak som opprettelse av et statlig salgsmonopol og et begrenset antall utvalg, restriksjoner på åpningstider og -dager, fastsettelse av en minstealder for å kunne handle alkoholholdige drikker og høye alkoholavgifter. Innklagede mener at den offentlige norske alkoholpolitikken ikke bare er strengere enn i de fleste andre europeiske land, men at den også er mer omfattende og effektiv. Den bidrar til at gjennomsnittsforkonsumet av alkohol i Norge er nest lavest i Europa. Likevel har totalforbruket vært økende i de senere år, hvilket nærmest alene kan tilskrives en økning i forbruket av vin – et produkt som i sin helhet er importert. Selv om det norske drikkemønsteret skulle være blitt mer ”kontinentalt”, er det stadig preget av høy beruselsesgrad (fyll), både hos personer som drikker ofte og blant dem som kun drikker leilighetsvis. Rettslige utfordringer med grunnlag i EØS-avtalen (ofte på bakgrunn av innsigelser fra EFTAs overvåkningsorgan og tidvis på grunnlag av Domstolens avgjørelser) har også i betydelig grad svekket den nasjonale alkoholpolitikken og således bidratt til økt alkoholkonsum. Innklagede mener at det er nødvendig å opprettholde en streng alkoholpolitikk for å begrense økningen i forbruket og redusere dette til tidligere nivåer. Reklameforbudet er en sentral del av denne politikken.

35. For så vidt gjelder spørsmål nr. 1 poengterer innklagede at det omtvistede vedtaket – selv om det er fattet med hjemmel i det generelle forbudet i alkoholovens § 9-2 – konkret kun gjelder vinreklame. Etter artikkel 8(3) faller vin utenfor EØS-avtalens produktdekning. Etter innklagedes oppfatning må uttrykket ”tekniske handelshindringer” i EØS-avtalens artikkel 18 tolkes som å omfatte typiske produktkrav, slike som krav til hvilke stoffer et produkt kan inneholde m.v. Produkter som faller utenfor EØS-avtalens produktdekning etter artikkel 8(3), men som omfattes av særlige ordninger etter artikkel 17 eller 23, kan ikke gjennom artikkel 18 bringes innenfor EØS-avtalens generelle anvendelsesområde. Artikkel 18 er begrenset til å åpne EØS-avtalen for visse nærmere bestemte sekundære rettsakter om harmonisering av tekniske handelshindringer som partene har blitt enige om. EØS-avtalens protokoll 47, som det vises til i artikkel 23, omfatter kun sekundærlovgivning som gjelder rent tekniske handelshindringer, som regler om merking og benevnelse av opprinnelsessted. Protokoll 47 gir ikke grunnlag for å hevde at de generelle bestemmelsene i EØS-avtalens hoveddel får anvendelse på vinhandel. Innklagede viser videre til EØS-avtalens protokoll 8 som eksplisitt gir artikkel 16 anvendelse på vin, og slutter motsetningsvis at hovedregelen må være at vin ikke faller innunder EØS-avtalen. Endelig viser innklagede til rettspraksis fra EFTA-domstolen for å underbygge sitt standpunkt om at artikkel 11 ikke får anvendelse

på salg av vin.⁹ Innklagede konkluderer med at et nasjonalt forbud mot alkoholreklame ikke kan utgjøre en restriksjon etter artikkel 11.

36. Innklagede legger i fortsettelsen til grunn at artikkel 11 ikke er anvendelig for vin og hevder at det ville være inkonsekvent om artikkel 36 da skulle beskytte reklame for vin, ettersom reklamens eneste hensikt er å øke vinsalget. At beskyttelse etter artikkel 36 i denne saken kan sies å gjelde friheten til å tilby reklameplass til tilbydere av vin fra andre EØS-stater, endrer ikke det faktum at den eneste hensikt ved slik markedsføring er å øke salget av et produkt (vin) som ikke faller innenfor EØS-avtalen. Markedsføringen av vin kan ikke holdes atskilt fra salget av nettopp samme produkt, hvilket gjenspeiles i EF-domstolens sammenfallende vurdering av fri bevegelighet for varer og tjenester i *Gourmet*-saken. Dersom det hadde vært intensjonen at EØS-avtalen skulle beskytte vinreklame etter artikkel 36, måtte det ha foreligget en bestemmelse som – på samme måte som protokoll 8 gjør det for artikkel 16 – eksplisitt uttaler at artikkel 36 er anvendelig på markedsføring av vin. Dette er imidlertid ikke tilfelle. Det faktum at EFTA-domstolen har funnet at det generelle diskrimineringsforbudet i artikkel 4 ikke gjelder ved salg av vin, støtter videre standpunktet om at ingen av hovedbestemmelsene om de fire friheter får anvendelse på nasjonale bestemmelser som skal motvirke salg av vin. Det anføres også at dersom EØS-statene hadde ment at bestemte artikler i EØS-avtalens hoveddel skulle få anvendelse på produkter som ikke omfattes av artikkel 8(3), så ville de ha oppstilt en liste av samme type som i artikkel 8(2). Endelig understrekes det at adgangen til som en tjenesteytelse å tilby reklameplass for markedsføring av vin på det norske marked, kun er begrenset for så vidt gjelder nasjonale medier.

37. Innklagede anfører at begrensningene på adgangen til å reklamere for vin faller utenfor EØS-avtalens anvendelsesområde og er en sak for den nasjonale lovgiver. Ettersom det omtvistede forvaltningsvedtaket kun gjelder reklame for vin, skal det kun vurderes i forhold til nasjonal rett. Om forbudet mot reklame for andre alkoholholdige drikker (dvs. øl og brennevin som begge faller innenfor EØS-avtalen) er i overensstemmelse med EØS-retten, har ikke egentlig interesse i denne saken. Selv om EØS-retten skulle tvinge Norge til å åpne for f.eks. ølreklame, kan det fortsatt ønske å beholde forbudet for så vidt gjelder reklame for vin. I en slik situasjon bør EFTA-domstolen avstå fra å gi uttrykk for en oppfatning på hva som anses som et hypotetisk grunnlag.

38. Subsidiært, for det tilfellet at EFTA-domstolen skulle finne at artikkel 11 og/eller 36 er anvendelige i denne saken – eller at EFTA-domstolen finner det riktig å vurdere det generelle forbudet uten hensyn til hvilke produkter denne saken gjelder – hevder saksøkte til spørsmål nr. 2 at forbudet i alkoholloven § 9-2 er i overensstemmelse med EØS-retten. Innklagede erkjenner at et nasjonalt forbud mot alkoholreklame faller innenfor anvendelsesområdet til artikkel 36 og utgjør en restriksjon på adgangen til å yte tjenester. Innklagede merker seg også at EF-domstolen i *Gourmet*-saken fant at et slikt forbud også er en restriksjon på

⁹ Sak E-1/97 *Gundersen*, avsnitt 8-11.

den frie bevegelse av varer.¹⁰ I denne sammenheng bestrides det ikke at det generelle norske forbudet potensielt kan påvirke markedsføringen av produkter fra andre EØS-stater i noe større grad enn markedsføringen av hjemlige produkter.

39. Eventuelle diskriminerende virkninger av forbudet er imidlertid utilsiktede, indirekte og (i verste fall) svært begrensede. Forbudet i alkoholloven § 9-2 er nøytralt både i forhold til det alkoholholdige produkts opprinnelse og tilbyderens hjemland. Det finnes videre ingen vinproduksjon av betydning i Norge og kun begrenset produksjon av brennevin (stort sett akevitt). Den største forbruksøkningen i Norge kan for øvrig tilskrives økt vinsalg, til tross for (den tilsynelatende feilaktige) antagelsen om at reklameforbudet virker negativt inn på vinsalget. Endelig påpekes det at redaksjonelle artikler i norske aviser og blader om alkoholholdige drikkevarer oftest handler om utenlandske viner, og i noen grad sterkøl og brennevin, mens artikler om norsk øl og brennevin er heller sjeldne. At redaksjonelt stoff er tillatt bidrar derfor ikke til noen form for indirekte diskriminering av utenlandske produsenter.

40. Til spørsmål nr. 3 anfører innklagede at en slik nasjonal restriksjon på alkoholreklame som den foreliggende er berettiget etter artikkel 13 og/eller 33 for å beskytte folkehelsen. Det følger av rettspraksis fra EF-domstolen at nasjonale myndigheter har adgang til ikke bare å bestemme det beskyttelsesnivå som søkes for folkehelsen når det gjelder alkoholforbruk, men også den måten beskyttelsen søkes realisert på, herunder om alkoholreklame skal forbys.¹¹ Også EFTA-domstolen har fremholdt at en EØS-stat har stor frihet til å utforme og gjennomføre sin alkoholpolitikk, og at den har betydelig skjønnsfrihet i forhold til hvor restriktiv politikken skal være.¹² Det generelle alkoholreklameforbudet i Norge er et utslag av lovgivers valg av et høyt beskyttelsesnivå for folkehelsen. Det har vært en konsekvent politikk i Norge gjennom årtier som det har vært bred enighet om, og det finnes intet grunnlag for å hevde at forbudet noen gang har blitt misbrukt for – direkte eller indirekte – å diskriminere utenlandske varer eller tjenester eller å beskytte hjemlige produkter.

41. Innklagede er av den oppfatning at det generelle norske forbudet mot alkoholreklame er forholdsmessig. Innklagede bestrider i denne sammenheng den måten de svenske domstolene anvendte proporsjonalitetsprinsippet på i *Gourmet*-saken – i alle fall så langt dette kan være relevant for saken her. I stedet anføres det at en korrekt vurdering av forholdsmessighet ikke kan knyttes til en spesifikk type publisering som *Vinforum* alene. Anvendelsen av det generelle forbudet

¹⁰ Sak C-405/98 *Gourmet*, avsnitt 18-25.

¹¹ Det vises til sak C-152/78 *Commission v France* [1980] ECR 2299, avsnitt 17; forente saker C-1/90 og C-176/90 *Aragonesa de Publicidad Exterior* [1991] ECR 4151, avsnitt 14-16; sak C-405/98 *Gourmet*, avsnitt 33 og domsslutningen; sak C-262/02 *Commission v France*, avsnitt 24-37 og sak C.426/02 *Bacardi France*, begge avgjørelser av 13. juli 2004 og ikke ennå publisert i ECR.

¹² Sak E-1/97 *Gundersen*, avsnitt 20.

mot alkoholreklame, som gjelder alle medier og alle typer alkoholholdige drikker, må tas i betraktning. Det er den generelle virkningen av forbudet som må vektlegges i forholdsmessighetsvurderingen. Man kan ikke velge ut ett (eller noen få) spesifikke utslag av det generelle forbudet og foreta en selvstendig forholdsmessighetsvurdering for disse. Selv for regler som er lite inngripende, vil man alltid kunne finne eksempler der man kan diskutere forholdsmessigheten av et konkret utslag av et generelt forbud, for eksempel for forbud mot bestemte former for reklame, i bestemte medier, for bestemte typer drikkevarer osv. Det forhold at de fleste (eller alle) EØS-stater har mindre inngripende regler om alkoholreklame enn Norge, tilsier ikke i seg selv at det norske forbudet er uforholdsmessig.¹³ Det gjenspeiler snarere at Stortinget, i forhold til alkoholmisbruk, har søkt et høyere beskyttelsesnivå for folkehelsen når det gjelder farene ved å nyte alkohol enn de fleste andre EØS-stater, og at den norske alkoholpolitikken er mer omfattende og effektiv enn de fleste andre lands. Videre anføres det at det er vanskelig å evaluere virkningene av reklameforbudet uavhengig av andre virkemidler som tar sikte på å redusere forbruket. Det må tas hensyn til at en virkelig effektiv alkoholpolitikk oppnås gjennom et samvirke av forskjellige virkemidler. At andre virkemidler har vært under press eller er blitt svekket, kan ikke være et argument for å oppheve de gjenværende virkemidler. Tvert imot må det være et argument for å styrke dem. Innklagede anfører til slutt at det i reklameforbudet ligger en iboende forholdsmessighet. Dess mer effektivt forbudet er for forbruket, jo bedre blir beskyttelsen av folkehelsen. Og motsatt: Dess mindre effektivt forbudet er, jo svakere blir virkningen på handelen innenfor EØS. Selv om det norske forbudet skulle anses å være lite effektivt (hvilket det ikke er), ville det derfor uansett ikke foreligge sterke argumenter for at det er uforholdsmessig. På samme måte blir det feil å spørre om de samme målsettinger for folkehelsen kan oppnås gjennom tiltak som har mindre virkning på handelen i EØS, ettersom nettopp virkningene på handelen er en nødvendig forutsetning for at målsettingene skal nås. I en slik situasjon er det relevante spørsmål egentlig bare om det nasjonale forbudet direkte eller indirekte diskriminerer utenlandske tjenester og varer i uforholdsmessig omfang. Det er ikke tilfelle med det norske forbudet.

42. Selv om innklagede – for å gi EFTA-domstolen den nødvendige bakgrunn – argumenterer for at forbudet er forholdsmessig, er det av den oppfatning at EFTA-domstolen ikke bør vurdere spørsmålet om forholdsmessighet. Det vises til EF-domstolens avgjørelse i *Gourmet*-saken, der den fant at spørsmålet om et slikt nasjonalt forbud er forholdsmessig, fordrer en analyse av de faktiske og rettslige omstendigheter som kjennetegner situasjonen i vedkommende stat, og at det er en analyse som de nasjonale domstoler er best egnet til å foreta. Innklagede anfører derfor at EFTA-domstolen bør besvare spørsmålet på samme måte som det ble gjort i *Gourmet*-saken, og at den påfølgende forholdsmessighetsvurdering deretter må foretas av de nasjonale domstoler.

¹³ Sak C-262/02 *Commission v France*, avsnitt 37.

43. Innklagede foreslår at spørsmålene besvares som følger:

Ettersom vin ikke faller innenfor EØS-avtalens produktdekning kan ikke et nasjonalt forbud mot vinreklame være i strid med artikkel 11 og 36.

Derfor er det ikke av aktuell interesse i hovedsaken at EFTA-domstolen besvarer spørsmål 2 og 3.

44. Subsidiært foreslår innklagede at EFTA-domstolen besvarer spørsmål 2 og 3 slik:

EØS-avtalens artikkel 11 og 13 og EØS-avtalens artikkel 33 og 36 er ikke til hinder for et slikt forbud mot alkoholreklame som det nedfelt i lov av 2. juni 1989 nr. 27 om omsetning av alkoholholdig drikk § 9-2 med endringer, med mindre det, ut fra de faktiske og rettslige omstendigheter som kjennetegner situasjonen i vedkommende EFTA-stat, klart fremgår at beskyttelsen av folkehelsen mot de skadelige virkninger av alkohol kan oppnås gjennom virkemidler som har mindre virkning på handelen innen EØS.

EFTAs overvåkingsorgan

45. Med hensyn til spørsmål nr. 1 sondres det mellom anvendelse av EØS-avtalens artikkel 11 og artikkel 36. Når det gjelder anvendeligheten av artikkel 11, starter EFTAs overvåkingsorgan med å påpeke at vin etter EØS-avtalens artikkel 8(3) faller utenfor avtalens produktdekning. EFTAs overvåkingsorgan avviser, under henvisning til avsnitt 8 i *Gundersen*-saken, at artikkel 18 kan medføre at artikkel 11 indirekte får anvendelse på vin, ettersom uttrykket "tekniske handelshindringer" der har et annet innhold enn under artikkel 11 og omfatter færre tiltak enn begrepet "kvantitative restriksjoner og alle andre tiltak med tilsvarende virkning". Dette utledes fra forskjellene i ordlyden, så vel som fra det faktum at artikkel 18 kun viser til artikkel 13, og ikke til artikkel 11. Dertil kommer at begrepet "tekniske handelshindringer" bygger på andre frihandelsregimer, derunder det som er utviklet innenfor GATT og WTO og Rådsdirektiv 83/189/EØF. Det hevdes videre at henvisningen til "andre tekniske hindringer" i artikkel 18 innebærer at uttrykket "tekniske hindringer" ikke kan ha nøyaktig det samme omfang som under de rettsakter det henvises til, særlig hva gjelder innholdet i protokoll 47. Hvis uttrykket "tekniske hindringer" skulle tolkes slik at det kun omfattet det som er regulert i lovgivningen i protokoll 47, ville artikkel 18 være sirkulær og uten selvstendig mening eller hensikt. Lovgivningen som er opplistet i protokoll 47 er inntatt i EØS-avtalen ved artikkel 23(b) og protokoll 47 selv. Det kan neppe ha vært EØS-statenes hensikt å innføre en særskilt bestemmelse i EØS-avtalens hoveddel kun for å fastslå at EØS-statene ikke kan overtre (et begrenset antall) andre bestemmelser i avtalen. Av

disse grunner hevder EFTAs overvåkingsorgan at artikkel 18 kun kan anvendes hvor vedkommende tiltak motvirker de ordningene som omhandles i den opplistede lovgivningen. Dette innebærer at det nasjonale tiltaket bare faller innunder artikkel 18 hvis det har samme målsetting, og omhandler det samme, som den lovgivningen som det er henvist til i protokoll 47 eller en av de andre protokollene eller vedleggene nevnt i artikkel 17 og 23(a). EFTAs overvåkingsorgan konkluderer med at EØS-avtalen ikke kan forstås slik at artikkel 11 får anvendelse på vin.

46. Til spørsmålet om artikkel 36 kan anvendes for vin, begynner EFTAs overvåkingsorgan med å uttale at det forhold at vin er en vare snarere enn en tjeneste, ikke utelukker at artikkel 36 kan være anvendelig for tjenester med tilknytning til vinhandel, som for eksempel reklametjenester. Innklagedes synspunkt om at tjenester med tilknytning til vinhandel må falle utenfor anvendelsesområdet til hovedbestemmelsene i EØS-avtalen fordi vin gjør det, er verken i overensstemmelse med begrunnelsen for at vinhandel er holdt utenfor eller med strukturen i avtalen og måten den hittil er anvendt på. Da EFTA-statene under fremforhandlingen av EØS-avtalen var opptatte av å holde landbruket utenfor Den felles landbrukspolitik, gjaldt det kun selve landbruket og ikke all industri som leverer varer og tjenester til landbruket. Det fremholdes at salg av reklametjenester er en selvstendig næring, hvis sentrale hensikt ikke er å selge produktet det reklameres for, men snarere å selge reklametjenesten som sådan. Den grunnleggende distinksjonen mellom varer og reklametjenester har vært anvendt konsekvent i rettspraksis fra EF-domstolen.¹⁴ EFTAs overvåkingsorgan hevder at denne distinksjonen må anvendes også i EØS-retten og slutter at nasjonale regler om reklame som i EF-retten ville ha blitt vurdert etter EF-traktatens artikkel 28, kun skal bedømmes etter EØS-retten dersom det aktuelle produktet er dekket av avtalen. I tilfeller der en restriksjon på reklame for et produkt i EF-retten derimot ville blitt vurdert etter EF-traktatens artikkel 49, må det gjennomføres en liknende vurdering etter EØS-avtalens artikkel 36, uavhengig av om produktet det reklameres for er dekket av EØS-avtalen eller ikke.

47. I sitt svar på spørsmål nr. 2, understreker EFTAs overvåkingsorgan at det omtvistede vedtak inneholder så generelle formuleringer at det vil ramme alle fremtidige brudd på reklameforbudet, uansett hvilket alkoholholdig produkt reklamen gjelder, og uansett om dette faller innenfor eller utenfor EØS-avtalen. Av den grunn bør det ikke være tvil om at EØS-avtalens artikkel 11 er relevant. Til spørsmålet om forbudet mot alkoholreklame er en restriksjon på handel i strid med artikkel 11, anses EF-domstolens dom i *Gourmet*-saken å ha stor betydning. Det anføres at det særlig må tas tilbørlig hensyn til de klare likhetene mellom det svenske og det norske alkoholreklameforbudet og hvordan alkoholholdige drikker omsettes i de to landene, nemlig stort sett gjennom salgsmonopoler. I lys av de klare likhetene mellom faktum i *Gourmet*-saken og i denne saken, er EFTAs

¹⁴ Det vises til forente saker C-34/95 til C-34/95 *De Agostini*; og sak C-405/98 *Gourmet*.

overvåkingsorgan av den oppfatning at resultatet i denne saken må bli at reklameforbudet utgjør en restriksjon på den frie bevegelse for tjenester.

48. I forhold til spørsmål nr. 3 hevder EFTAs overvåkingsorgan at det følger av rettspraksis fra EF-domstolen at regler som begrenser adgangen til alkoholreklame for å bekjempe alkoholmisbruk, avspeiler hensyn til folkehelsen. Dette gjelder både i forhold til reglene om fri bevegelse av varer og reglene om fri bevegelse av tjenester.¹⁵ I forhold til spørsmålet om forholdsmessighet, understrekes viktigheten av å vurdere om det omstridte tiltak er egnet til å oppnå sitt formål og om det er nødvendig. EFTAs overvåkingsorgan mener imidlertid at EFTA-domstolen bør avstå fra å vurdere forholdsmessigheten, da den nasjonale domstol er bedre egnet til å vurdere de faktiske og rettslige omstendigheter som kjennetegner situasjonen i Norge. Dette syn er i overensstemmelse med EF-domstolens avgjørelse i *Gourmet*-saken. Likevel hevder EFTAs overvåkingsorgan at ønsket om å sikre ensartet anvendelse av reglene om fri bevegelse vil være best tjent ved at EFTA-domstolen gir ytterligere veiledning. Særlig gjelder dette fordi forholdsmessighetsvurderingen på dette området må følge en autonom EØS-rettslig standard og ikke baseres på nasjonale prinsipper – særlig ikke eventuelle nasjonale prinsipper om tilbakeholdenhet i prøvingen av lovgivers vurderinger. På den annen side, tatt i betraktning den begrensede beskrivelsen av bakgrunnen, formålet og virkningen av den norske alkoholreklamepolitikken, mener EFTAs overvåkingsorgan at EFTA-domstolen ikke har forutsetninger for å gi et mer konkret og presist svar på dette spørsmål enn det EF-domstolen ga i *Gourmet*-saken.

49. EFTAs overvåkingsorgan benekter at føre-var-prinsippet kan være relevant for forholdsmessighetsvurderingen i denne saken, siden det ikke er noen tvil om alkoholens potensielle skadevirkninger på folkehelsen. Dette synspunktet rokkes ikke av den mulige vitenskapelige usikkerhet om hvilken virkning reklame vil ha på alkoholforbruket, i motsetning til merkevarelojalitet.

50. EFTAs overvåkingsorgan antar at et totalt reklameforbud må anses som egnet til å oppnå den ønskede målsetting. Det er ikke grunnlag for å trekke i tvil at forbudet er effektivt selv om – som fremholdt av den svenske Marknadsdomstolen i *Gourmet*-saken – alkoholreklame likevel vil forekomme gjennom utenlandske publikasjoner og fjernsyn, samt over internett. Et generelt forbud mot hjemlig reklame vil uansett være det mest effektive tilgjengelige virkemiddel. I sin vurdering av om hensynet til folkehelsen som ligger til grunn for forbudet kunne vært ivaretatt ved virkemidler som i mindre grad enn et totalforbud griper inn i de aktuelle friheter, fremhever EFTAs overvåkingsorgan EØS-statenes skjønnsfrihet, både i forhold til hvor langt de vil gå i å beskytte folkehelsen og hvordan beskyttelsen skal oppnås. Men når det er sagt, oppfordres den nasjonale domstol likevel til å ta i betraktning at et generelt forbud er et

¹⁵ Det vises til sak 152/78 *Kommisjonen v France*, avsnitt 17; forente saker C-1/90 og C-176/90 *Aragonesa*, avsnitt 15; sak C-405/98 *Gourmet*, avsnitt 27 flg.; sak C-262/02 *Kommisjonen v France*, avsnitt 30; og sak C-426/02 *Bacardi*, avsnitt 37.

omfattende inngrep i vare- og tjenestehandelen innen EØS. Det har som virkning at reklame for et produkt, som lovlig kan omsettes i det norske marked, overhodet ikke tillates, uavhengig av hvor det reklameres, hvilket produkt reklamen gjelder og hvordan reklamen er utformet. Forbudet gjelder også i tilfeller der reklamen er så lite iøyenfallende plassert at den vil ha minimal, om noen, påvirkning på alkoholforbruket. Særlig vil det kunne spørres om effekten på alkoholforbruket av vinreklame i et spesialblad om vin (som leses av voksne og som i sin helhet inneholder artikler om vin) er så ubetydelig at den kan ses bort fra. Videre stilles det spørsmål ved om samme målsetting kan nås ved at det i stedet for totalforbud foretas en nærmere regulering av hvor det kan reklameres, samt reklamens innhold og utforming. Aktuelle tiltak kunne for eksempel være forbud mot alkoholreklame langs hovedveier og på kino, eller å forby reklame for produkter med alkoholinnhold over en bestemt grense. I korthet stiller EFTAs overvåkingsorgan spørsmål ved om man i stedet for et totalforbud kunne utformet reklameforbudet slik at det kun rammer tilfeller der reklamen får en slik fremtredende plassering at den vil ha en merkbar effekt på alkoholforbruket. Avslutningsvis peker EFTAs overvåkingsorgan på et punkt der norsk alkoholreklamepolitikk muligens mangler konsekvens: Etter norsk rett er det tillatt å reklamere for alkohol i bransjeblader som er ment for grossister og handlende, men ikke i blader som er ment for privatpersoner (slik som det som er tema i denne saken), men som har både en profil og et innhold som er svært likt bransjebladene.¹⁶

51. EFTAs overvåkingsorgan foreslår at spørsmålene besvares slik:

1. EØS-avtalen – inklusive artikkel 18 og 23(b), jf. protokoll 47 – må forstås slik at artikkel 11 ikke får anvendelse for vin.

2. EØS-avtalens artikkel 36 får anvendelse på reklametjenester, uavhengig av om den aktuelle reklamen gjelder vin.

3. Et generelt forbud mot reklame for alkoholdige drikker, slik som det som er nedfelt i den norske alkoholloven § 9-2 flg., utgjør både en restriksjon på den frie bevegelse av varer etter EØS-avtalens artikkel 11 og en restriksjon på friheten til å yte tjenester etter EØS-avtalens artikkel 36.

4. Et forbud mot alkoholreklame, slik som det i den norske alkoholloven § 9-2, kan være berettiget etter EØS-avtalens artikkel 13 og 39 ut fra et hensyn til folkehelsen, med mindre det, ut fra de faktiske og rettslige omstendigheter som kjennetegner situasjonen i Norge, klart fremgår at beskyttelsen av folkehelsen mot de skadelige virkninger av alkohol kan oppnås gjennom virkemidler som har mindre virkning på handelen innen EØS.

¹⁶ Det vises imidlertid til sak C-262/02 *Commission v France*, avsnitt 33, og forente saker C-1/90 og C-176/90 *Aragonesa*, avsnitt 16.

Kommisjonen for De europeiske fellesskap

52. Til spørsmål nr. 1 anfører Kommisjonen først at EØS-avtalens artikkel 11 verken får anvendelse på vin eller reklame for vin når publikasjonen utgis og distribueres i Norge. Vin er gjennom artikkel 8(3) unntatt fra EØS-avtalens generelle anvendelsesområde, og artikkel 18 har ikke som virkning at artikkel 11 indirekte får anvendelse på vin. Det vises til avsnitt 8 i dommen i *Gundersen-saken*. Henvisningen der til ”ingen andre særlige bestemmelser” må omfatte artikkel 18. Det ville være inkonsekvent om man tolket artikkel 18 slik at landbruksprodukter ble gjeninnført i anvendelsesområdet til artikkel 11 i strid med artikkel 8(3). De ordningene som omhandles i protokoll 47 (dvs. dem som det er vist til i artikkel 23b) skal ikke motvirkes av ”andre tekniske handelshindringer”. De restriksjoner på fri bevegelse av vin som kan gjennomføres som følge av at vin er unntatt fra anvendelsesområdet til artikkel 11, kan altså ikke inneholde tekniske produktkrav som er forskjellige fra, eller i strid med, den lovgivningen som er opplistet i protokoll 47. Intet av den lovgivning som er opplistet i protokoll 47 regulerer kommersiell reklame for vin. Hensikten med protokoll 47 er å sikre at vin som er produsert i overensstemmelse med kravene i den lovgivningen som opplistes, ikke blir pålagt ytterligere produktkrav når den innføres til Norge, Island eller Liechtenstein.

53. Kommisjonen anfører at selv om artikkel 11 ikke kan anvendes for vin eller reklame for vin, kan artikkel 36 etter omstendighetene i denne saken få anvendelse. Fra EF-domstolens konklusjon i *Karner-saken* sluttet det antitetisk at der hovedpoenget med aktiviteten er spredning av reklame snarere enn salg av varer (her vin), må restriksjonen på aktiviteten vurderes i forhold til bestemmelsene om adgangen til å yte tjenester.¹⁷ At vin som sådan faller utenfor hovedbestemmelsene i EØS-avtalen, kan ikke medføre at alle tjenester med tilknytning til vin faller utenfor anvendelsesområdet til artikkel 36. Landbruksprodukter (derunder vin) er beskyttet mot konkurranse ved at de er unntatt fra de generelle bestemmelsene i EØS-avtalen, men det ville være å gå for langt om man strakk beskyttelsen så langt at den ville omfatte all økonomisk virksomhet forbundet med vin eller andre landbruksprodukter.

54. Med hensyn til spørsmål nr. 2 minner Kommisjonen om at den forhåndsfastsatte tvangsmulkt vil utløses ved at klageren publiserer reklame for en hvilket som helst alkoholholdig drikk, og ikke bare ved reklame for vin. Det reises derfor spørsmål om forbudet mot reklame for andre alkoholholdige drikker (som er dekket av EØS-avtalen) utgjør en restriksjon i den forstand begrepet benyttes i artikkel 11. I denne sammenheng gir EF-domstolens avgjørelse i *Gourmet-saken* veiledning. Man kan komme til tilsvarende konklusjon – det vil

¹⁷ Sak C-71/02 *Herbert Karner Industrie-Auktionen GmbH v Troostwijk GmbH*, dom av 25. mars 2004, ikke ennå publisert i ECR, avsnitt 46.

si at det foreligger en restriksjon – ettersom reklameforbudene i de to sakene er sammenlignbare og alkoholholdige drikker både i Norge og Sverige selges fra utsalgsmonopoler. Den samme konklusjonen bør trekkes i spørsmålet om det foreligger en restriksjon etter artikkel 36.

55. Kommisjonen støtter seg på dommen i *Gourmet*-saken også i vurderingen av spørsmål nr. 3. *Gourmet*-saken reiste, som den foreliggende, spørsmål om reklameforbudet kan være berettiget av hensyn til beskyttelse av folkehelsen. Det foreligger, som i den saken, ikke noe grunnlag for å hevde at hensynet til folkehelsen har blitt misbrukt, og det påpekes særskilt at det ikke er grunnlag for å hevde at reklameforbudet blir benyttet til å forsterke det statlige salgsmonopolet ved å hindre direkte salg. For så vidt gjelder forholdsmessighetsvurderingen viser Kommisjonen igjen til *Gourmet*-saken, og hevder at det må være den nasjonale domstolen som skal foreta denne. Det gjenstår derfor for den foreleggende domstol å avgjøre om et mindre strengt reklameforbud kunne bidratt like effektivt til målsettingen om redusert alkoholforbruk. Til slutt anfører Kommisjonen at det ikke er grunnlag for å hevde at det foreligger vitenskapelig usikkerhet om eksistensen eller omfanget av den risiko for folkehelsen som overdrevet alkoholforbruk representerer, og at spørsmålet om anvendelse av føre-var-prinsippet derfor er mindre relevant enn spørsmål om forholdsmessighet.

56. Kommisjonen foreslår at spørsmålene besvares slik:

1. EØS-avtalens artikkel 8(3), 11, 18 og 23 bør forstås slik at artikkel 11 ikke får anvendelse på vin eller reklame for vin. Derimot bør EØS-avtalens artikkel 36 forstås slik at den får anvendelse på ytelse av reklametjenester uavhengig av om reklamen gjelder vin.

2. EØS-avtalens artikkel 11 og 36 må forstås slik at nasjonal lovgivning som inneholder et generelt forbud mot reklame for alkoholholdige drikker, slike som det i den norske alkoholoven § 9-2 flg., utgjør en restriksjon på handel i disse bestemmelsenes forstand.

3. EØS-avtalens artikkel 11 og 13 og EØS-avtalens artikkel 36 og 39 er ikke til hinder for et slikt forbud mot alkoholreklame som det nedfelt i den norske alkoholoven § 9-2, med mindre det, ut fra de faktiske og rettslige omstendigheter som kjennetegner situasjonen i EØS-staten, fremgår at beskyttelsen av folkehelsen mot de skadelige virkninger av alkohol kan oppnås gjennom virkemidler som har mindre virkning på handelen mellom EØS-statene.

Den islandske regjering

57. Etter den islandske regjeringens oppfatning er EFTA-domstolens avgjørelse i *Gundersen*-saken av betydning ved avgjørelse av det første spørsmålet om

EØS-avtalens produktdekning for vin.¹⁸ Det konkluderes i den saken med at vin faller utenfor EØS-avtalens generelle anvendelsesområde, og med at artikkel 11 ikke får anvendelse på handel med vin. For så vidt gjelder spørsmålet om anvendelse av artikkel 36, slutter den islandske regjering – uansett EF-domstolens avgjørelse i *Gourmet*-saken – fra ordlyden i artikkel 8(3) og EFTA-domstolens rettspraksis, at bestemmelsene i EØS-avtalen ikke får anvendelse på vin. Ordlyden i artikkel 8(3) viser til bestemmelsene i EØS-avtalen som helhet, og ikke bare til bestemmelsene om fri bevegelighet for varer. På den annen side nevner den islandske regjering at den rett en utgiver etablert i en EØS-stat har til å tilby reklameplass i sine utgivelser til potensielle reklamekunder fra andre EØS-stater – uavhengig av innholdet i slike reklamer – kan utgjøre en selvstendig rett til å yte tjenester etter artikkel 36 og derfor ikke ha relevans for vinhandel. Men siden spørsmålsstillingen kun går på om artikkel 36 kan få anvendelse på vin, antyder den islandske regjering at spørsmål nr. 1 må besvares benektende.

58. Den islandske regjering diskuterer spørsmål nr. 2 og spørsmål nr. 3 under ett fordi de angår det samme generelle tema, nemlig om et nasjonalt forbud mot alkoholreklame er i overensstemmelse med EØS-avtalen. Det minnes om at disse spørsmål refererer seg til alle alkoholholdige drikker og ikke bare til vin. EØS-avtalens artikkel 11 får anvendelse både på øl og brennevin.¹⁹ Til spørsmålet om det foreligger en restriksjon vises det – både når det gjelder fri bevegelighet av varer og friheten til å yte tjenester – til EF-domstolens avgjørelse i *Gourmet*-saken. I forhold til vilkåret om forholdsmessighet mener den islandske regjering at det er nødvendig å analysere den særskilte situasjonen i den enkelte EØS-stat, både når det gjelder faktum og rettslig situasjon. På samme måte som markedsforholdene, kan også virkningen av slike tiltak variere, både på kampen mot alkoholisbruk og på handelen med alkoholholdige varer innen EØS. Et forbud mot alkoholreklame kan derfor være uforholdsmessig i ett land, men forholdsmessig i ett annet. Det er også grunnen til at de nasjonale domstoler anses best egnet til å foreta forholdsmessighetsvurderingen i sine respektive stater. Til spørsmålet om føre-var-prinsippets rolle, viser den islandske regjering til Domstolens avgjørelse i sak E-3/00, *EFTAs overvåkningsorgan mot Norge*²⁰. Ettersom både EFTA- og EF-domstolen har funnet at kampen mot alkoholisbruk må anses omfattet av hensynet til folkehelsen²¹, kan det imidlertid vanskelig sies at det foreligger vitenskapelig usikkerhet om virkningene av overdrevet alkoholforbruk. I lys av de alvorlige virkninger alkohol kan ha på menneskers helse og av at reglene om alkoholreklame ikke er harmonisert, må det tilligge EØS-statene å fastsette beskyttelsesnivået for folkehelsen. Forbud mot alkoholreklame må derfor være et av de virkemidler en

¹⁸ Det vises til sak E-1/97 *Gundersen*, avsnitt 8-11, og sak E-9/00 *EFTAs Overvåkningsorgan v Norge* [2000] EFTA Ct. Rep. 72, avsnitt 30.

¹⁹ Sak E-9/00 *EFTAs Overvåkningsorgan v Norge*, avsnitt 30.

²⁰ Sak E-3/00 *EFTAs Overvåkningsorgan v Norge* [2000-2001] EFTA Ct. Rep. 73.

²¹ Det vises til sak E-6/96 *Wilhelmsen* og sak C-176/90 *Aragonesa*.

EØS-stat kan benytte for å bekjempe denne alvorlige helseplagen. At det vitenskapelig er uklart i hvilken grad et forbud mot alkoholreklame reduserer risikoen for alkoholmisbruk, er ikke i seg selv tilstrekkelig grunn til å finne at et slikt forbud er i strid med EØS-avtalen. Føre-var-prinsippet støtter derfor konklusjonen om at EØS-avtalens bestemmelser er ikke til hinder for et forbud mot alkoholreklame.

59. Den islandske regjering foreslår at spørsmålene bør besvares slik:

1. EØS-avtalens artikkel 11 og 36 får ikke anvendelse på vin.

2. EØS-avtalens artikkel 11 og 13 og EØS-avtalens artikkel 36 og 39 er ikke til hinder for et forbud mot reklame for alkoholholdige drikker, med mindre det, ut fra de faktiske og rettslige omstendigheter som kjennetegner situasjonen i vedkommende EFTA-stat, klart fremgår at beskyttelsen av folkehelsen mot de skadelige virkninger av alkohol kan oppnås gjennom virkemidler som har mindre virkning på handelen innen EØS.

Den polske regjering

60. Den polske regjering ønsker ved sitt innlegg å støtte innklagedes standpunkt. I utgangspunktet vises det til prinsippet i EF-traktatens artikkel 30, så vel som i artikkel 10 i avtalen mellom Polen og EFTA/EØS-statene, hvorefter restriksjoner på import av varer er lovlige så langt de kan rettferdiggjøres ut fra hensynet til folkehelsen og ikke medfører vilkårlig diskriminering eller utgjør skjulte handelsrestriksjoner. Det vises til EF-domstolens rettspraksis der det fremkommer at slik lovgivning som den som er tema i saken her, utgjør en restriksjon på den frie bevegelse av varer, men at den er berettiget av hensyn til å beskytte folkehelsen. Det understrekes at EF-domstolen overlot vurderingen av de omtvistede virkemidlenes forholdsmessighet til nasjonale domstoler og derved fant at begrensninger i adgangen til å reklamere er lovlige hvis de beskytter folkehelsen. Videre tilfaller det EØS-statene å bestemme hvilke virkemidler som er egnede og forholdsmessige for å nå målsettingen.

61. Avslutningsvis understrekes det at bestemmelsene i polsk rett om forbud mot, og begrensninger av, adgangen til å drive reklame for alkoholholdige drikker er på linje med de som denne saken gjelder.

Carl Baudenbacher
Forberedende dommer