



RETTSMØTERAPPORT

i sakene E-8/94 og E-9/94

ANMODNING til Domstolen i medhold av artikkel 34 i Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol fra Markedsrådet om en rådgivende uttalelse i de to sakene som verserer for rådet mellom

Forbrukerombudet, på den ene side, og henholdsvis Mattel Norge A/S og Mattel Scandinavia A/S, og Lego Norge A/S, på den annen side,

om tolkningen av Rådsdirektiv 89/552/EØF og EØS-avtalen artikkel 11, 13 og 36.

Innhold

| | | |
|------|---|----|
| I. | Innledning | 2 |
| II. | Rettslig bakgrunn – Faktiske omstendigheter og rettergangen | 2 |
| | A. <i>Nasjonal lovgivning</i> | 2 |
| | B. <i>Bestemmelser i Avtale om det europeiske økonomiske samarbeidsområde</i> | 3 |
| | C. <i>Faktiske omstendigheter og rettergangen</i> | 5 |
| III. | Skriftlige saksfremstillinger og erklæringer som er innsendt til Domstolen | 6 |
| | A. <i>De forelagte spørsmålene</i> | 6 |
| | (a) Det første spørsmålet | 6 |
| | (b) Det andre spørsmålet | 10 |
| | (c) Det tredje spørsmålet | 12 |

I. Innledning

1. Ved beslutninger 28 oktober og 28 desember 1994, mottatt ved Domstolen 28 desember 1994 (telefaks) og 3 januar 1995 (original), anmodet Markedsrådet om en rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen i to saker som var anlagt ved rådet av Forbrukerombudet mot henholdsvis Mattel Norge A/S og Mattel Scandinavia A/S (Mattel), og Lego Norge A/S (Lego). Den rettslige bakgrunnen, de faktiske omstendighetene, rettergangen i saken og partenes saksfremstillinger og erklæringer er sammenfattet nedenfor.

2. På grunnlag av den foreløpige rapporten fra saksforberedende dommer og etter å ha gitt partene anledning til å uttale seg, besluttet Domstolen i medhold av Rettergangsordningen artikkel 39 å forene de to sakene med hensyn til den muntlige forhandling og den endelige dom.

3. I lys av at prosessfullmektigen for Mattel Scandinavia A/S i sitt skriftlige tilsvare til Markedsrådet datert 10 januar 1995 informerte Markedsrådet om at det ikke eksisterer noe selskap ved navn Mattel Norge A/S og at hun bare representerte Mattel Scandinavia A/S, et selskap registrert i Danmark som opererer i Norge gjennom et salgskontor, har Domstolen i henhold til Rettergangsordningen artikkel 96 nr 4 bedt Markedsrådet om å klargjøre hvem som er parter i saken mot Mattel.

II. Rettslig bakgrunn – Faktiske omstendigheter og rettergangen

A. *Nasjonal lovgivning*

4. Markedsrådet og Forbrukerombudet er opprettet i medhold av lov 16 juni 1972 nr 47 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår (markedsføringsloven) § 10, som permanente organer som skal medvirke ved gjennomføringen av bestemmelsene i loven. Basert på lovens ordlyd og den informasjonen som er inntatt i Markedsrådets anmodning om en rådgivende uttalelse, kan følgende sies vedrørende Markedsrådets sammensetning, kompetanse etc.

5. Etter markedsføringsloven § 11 består Markedsrådet av ni medlemmer med personlige varamenn, som alle oppnevnes av Kongen. Deres funksjonstid, som er fornybar, er fire år. Kongen oppnevner formannen og varaformannen. Inntil nå har formannen alltid vært en dommer.

6. Markedsrådets kompetanse fremgår av markedsføringsloven § 12, som lyder:

"Markedsrådet kan forby en handling som rådet finner er i strid med en bestemmelse gitt i eller i medhold av kapittel I, når det finner at inngrep tilsies av hensyn til forbrukerne, eller, i forhold til § 1 annet ledd, av hensyn til likestilling mellom kjønnene. Markedsrådet kan også forby part for Markedsrådet å bruke vilkår som nevnt i kapittel II eller foreta handlinger som tilsikter slik bruk. Markedsrådet kan videre forby handling som rådet finner er i strid med regler som Forbrukerombudet er tillagt tilsyn med etter forskrifter gitt i medhold av lov 4 desember 1992 nr 127 om kringkasting § 3-1 tredje ledd, når det tilsies av hensyn til forbrukerne eller av hensyn til likestilling mellom kjønnene. Markedsrådet kan gi påbud om de tiltak rådet finner er nødvendige for å sikre at forbudet overholdes.

Markedsrådet er vedtaksført når formannen eller varaformannen og minst 4 andre medlemmer eller varamenn er til stede. Vedtak treffes ved alminnelig flertall. Ved stemmelikhet er formannens stemme avgjørende.

Vedtak skal grunngis samtidig med at det treffes. Markedsrådets vedtak kan ikke påklages."

7. Etter markedsføringsloven § 13 skal Forbrukerombudet ut fra hensynet til forbrukerne bli å søke å unngå at det skjer markedsmissbruk i strid med loven. I den forbindelse kan han, dersom frivillig ordning ikke oppnås, forelegge saken for Markedsrådet til avgjørelse etter § 12. En slik saksbehandling begynner med at Forbrukerombudet utarbeider et sammendrag av saken, hvor sakens bakgrunn og Forbrukerombudets standpunkt er uttrykt. Sammendraget blir deretter oversendt Markedsrådet, som forelegger det for partene i saken til uttalelse.

8. Basert på de nevnte opplysninger, følger behandlingen ved Markedsrådet "alminnelige prosessuelle regler" og skjer for øvrig i samsvar med forvaltningsloven. Det avholdes normalt et møte der Forbrukerombudet fremlegger saken og sine grunner for å innbringe den for Markedsrådet. Den annen part møter som oftest med prosessfullmektig. Rådet kan også gi andre anledning til å uttale seg.

9. I markedsføringsloven § 1 heter det:

"I næringsvirksomhet må det ikke foretas handling som strider mot god forretningsskikk næringsdrivende imellom eller er urimelig i forhold til forbrukere."

10. Markedsføringsloven § 17 første ledd lyder:

"Den som forsettlig overtrer §§ 2-9 i denne lov eller vedtak som er gjort i medhold av denne lov eller som medvirker hertil, straffes med bøter eller fengsel i inntil 3 måneder."

11. Kringkastingsloven 4 desember 1992 § 3-1 annet ledd lyder:

"Det kan ikke sendes reklameinnslag i tilknytning til barneprogram eller reklameinnslag som særlig er rettet mot barn."

B. Bestemmelser i Avtalen om det europeiske økonomiske samarbeidsområde

12. EØS-avtalen artikkel 36 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."

13. Vedlegg X om audiovisuelle tjenester henviser til Rådsdirektiv 89/552/EØF av 3. oktober 1989 om samordning av visse bestemmelser om utøvelse av fjernsynsvirksomhet fastsatt ved lov eller forskrift i medlemsstatene (fjernsynsdirektivet)¹. Direktivets artikkel 2 nr 2, inntatt i "Kapittel II Alminnelige bestemmelser", lyder (så langt det er relevant i denne sammenheng):

"2. Medlemsstatene skal sikre fri mottaking og skal ikke hindre videresending på sitt territorium av fjernsynssendinger fra andre medlemsstater på grunn av forhold som faller inn under områder som samordnes ved dette direktiv. Medlemsstatene kan midlertidig avbryte videresending av fjernsynssendinger dersom følgende forhold foreligger:

¹ EFT nr L 298, 17.10.89, s 23.

- a) en fjernsynssending fra en annen medlemsstat utgjør et åpenbart, vesentlig og alvorlig brudd på artikkel 22,

..."

14. Fjernsynsdirektivets artikkel 16, inntatt i "Kapittel IV Fjernsynsreklame og sponing", lyder:

"Fjernsynsreklame skal ikke påføre mindreårige moralsk eller fysisk skade og skal derfor for å beskytte dem være i samsvar med følgende kriterier:

- a) den skal ikke direkte påvirke mindreårige til å kjøpe et produkt eller en tjeneste ved å utnytte deres uerfarenhet eller godtroenhet,
- b) den skal ikke direkte påvirke mindreårige til å overtale foreldrene eller andre til å kjøpe produktene eller tjenestene det reklameres for,
- c) den skal ikke utnytte mindreåriges særlige tillit til foreldre, lærere eller andre personer,
- d) den skal ikke uten saklig grunn fremstille mindreårige i farlige situasjoner."

15. Fjernsynsdirektivets artikkel 22, som er den eneste bestemmelsen i "Kapittel V Beskyttelse av mindreårige", lyder:

"Medlemsstatene skal treffe passende tiltak for å sikre at fjernsynsselskaper underlagt deres myndighet ikke sender programmer som i alvorlig grad kan skade mindreåriges fysiske, mentale og moralske utvikling, særskilt programmer som inneholder pornografiske scener eller umotivert vold. Denne bestemmelsen skal utvides til å omfatte andre programmer som kan skade mindreåriges fysiske, mentale og moralske utvikling, med mindre det ved valg av sendetid eller ved andre tekniske tiltak sørges for at mindreårige som befinner seg i sendeområdet, vanligvis ikke ser eller hører slike sendinger.

Medlemsstatene skal også påse at sendinger ikke inneholder elementer som sporer til hat på grunnlag av rase, kjønn, religion eller nasjonalitet."

16. EØS-avtalen artikkel 11 lyder:

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

17. EØS-avtalen artikkel 13 lyder:

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

C. *Faktiske omstendigheter og rettergangen*

18. Fjernsynsselskapet TV3 er opprettet med et morselskap i Storbritannia og datterselskaper i Danmark, Norge og Sverige. Hvert av disse selskapene sender fjernsynsprogrammer som er særlig rettet mot de respektive landene fra Storbritannia via satellitt. Høsten 1993 sendte Lego og Mattel reklameinnslag på TV3 Norge. Ved brev datert 25 november 1993 anmodet Forbrukerombudet Lego og Mattel om å la være å sende reklamefilmene i fremtiden. Etter Forbrukerombudets syn var de reklameinnslagene som ble sendt i fjernsynssendinger rettet mot Norge særlig rettet mot barn, og derfor i strid med markedsføringsloven § 1, jf kringkastingsloven § 3-1 annet ledd.

19. Lego og Mattel ga uttrykk for at internasjonale avtaler inngått av Norge var til hinder for at Forbrukerombudet kunne holde annonsøren ansvarlig etter markedsføringsloven, siden reklamen var formidlet via TV3.

20. Ved sammendrag datert 1 november 1994 brakte Forbrukerombudet sakene inn for Markedsrådet, som besluttet å anmode om en rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen før rådet avgjorde sakene. Ved beslutninger 28 oktober og 28 desember 1994 anmodet Markedsrådet EFTA-domstolen om å avgi en rådgivende uttalelse i henhold til artikkel 34 i Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol (Overvåknings- og domstolsavtalen) til følgende spørsmål:

– **Skal Rådsdirektiv 89/552/EØF om samordning av visse lover og administrative bestemmelser i medlemslandene vedrørende utøvelse av fjernsyns- og radiovirksomhet, tolkes slik at det er uforenlig med at mottakerstaten anvender nasjonale bestemmelser hvoretter en annonsør kan forbys å gjøre bruk av en reklamefilm som er særlig rettet mot barn, i sending som er særlig rettet til Norge fra et annet EØS-land?**

– **Skal EØS-avtalen artikkel 36 om fri bevegelse av tjenester tolkes slik at den er uforenlig med at mottakerstaten anvender nasjonale bestemmelser hvoretter en annonsør kan forbys å gjøre bruk av reklamefilm som er særlig rettet mot barn, i sending som er særlig rettet til Norge fra et annet EØS-land?**

– **Er anvendelse av markedsføringsloven § 1, jf kringkastingsloven § 3-1, forenlig med EØS-avtalen artikkel 11 og artikkel 13, vedrørende kvantitative importrestriksjoner?**

21. Beslutningen ble mottatt ved Domstolen 28 desember 1994 (telefaks) og 3 januar 1995 (original).

22. I henhold til Vedtektene for EFTA-domstolen artikkel 20 og Rettergangsordningen artikkel 97 nr 1 ble skriftlige saksframstillinger og erklæringer mottatt på telefaks 9 mars 1995 fra:

- Forbrukerombudet, Kjersti Graver;
- Mattel Scandinavia A/S, representert ved Siri Teigum, advokat i advokatfirmaet Thommessen Krefting Greve Lund;
- Lego Norge A/S, representert ved Hans Skirstad, advokat i advokatfirmaet Bull & Co;

- Den norske regjering, representert ved Didrik Tønseth, advokat ved Regjeringsadvokatens kontor, som partsrepresentant;
- Den svenske regjering, representert ved Ingrid Larén-Marklund, departementsråd i Utenriksdepartementet, som partsrepresentant;
- Den greske regjering, representert ved Joanna Kiki, ansatt i rettsavdelingen i Utenriksdepartementet, og Sophia Hiniadou, rådgiver i Presse- og massemediadepartementet, som partsrepresentanter;
- EFTAs overvåkningsorgan, representert ved Håkan Berglin, direktør i Rettsavdelingen, som partsrepresentant;
- EF-kommisjonen, representert ved Berend Jan Drijber, ansatt i Rettsavdelingen, som partsrepresentant.

III. Skriftlige saksfremstillinger og erklæringer som er innsendt til Domstolen

A. *De forelagte spørsmålene*

(a) Det første spørsmålet

23. Et kort sammendrag av de saksfremstillingene og erklæringene som er mottatt fra partene, institusjonene og regjeringene vedrørende det første spørsmålet er inntatt i avsnitt 24-38 nedenfor. Kort sagt er *Forbrukerombudet, regjeringene i Norge, Sverige og Hellas* samt *EFTAs overvåkningsorgan* av den oppfatning at det første spørsmålet må besvares benektende, dvs at fjernsynsdirektivet må tolkes slik at det ikke er til hinder for at en mottakerstat anvender nasjonal lovgivning av den aktuelle norske typen. På den annen side gjør *Mattel og Lego* og *EF-kommisjonen* gjeldende at spørsmålet bør besvares bekreftende.

Forbrukerombudet

24. Forbrukerombudet kommer innledningsvis, før behandlingen av selve spørsmålene, med noen generelle synspunkter på kringkastingslovens rekkevidde, den norske markedsføringslovens territoriale virkeområde, og TV3s organisasjon og virksomhet. Kringkastingslovens forbud mot reklame som retter seg mot barn gjelder bare for kringkastingselskap med norsk konsesjon, hvilket ikke er tilfellet med TV3 som har britisk konsesjon. Forbrukerombudet gjør gjeldende at et forbud rettet mot en annonsør i medhold av markedsføringsloven § 1 ikke kan betraktes som hindring av videresending av en fjernsynssending i direktivets forstand. Forbrukerombudet gjør videre gjeldende at siden fjernsynsdirektivet ikke inneholder noen uttrykkelige bestemmelser om rettede reklamesendinger, er det intet til hinder for å anvende de spesielle bestemmelsene i den Europeiske konvensjon om fjernsyn over landegrensene i slike tilfeller. Dersom man lot senderstatsprinsippet omfatte også annonsører, ville det, ifølge Forbrukerombudet, åpne for omgåelse av regelverket. Mottakerstaten må derfor i slike tilfeller ha adgang til å iverksette tiltak. Forbrukerombudet viser i denne sammenheng til EF-domstolens dom i *TV10-saken*.²

25. Forbrukerombudet gjør etter dette gjeldende at EFTA-domstolen bør fastslå at fjernsynsdirektivet ikke er til hinder for at en mottakerstat anvender nasjonale bestemmelser

² Sak C-23/93 *TV10 SA v Commissariat voor de Media*, dom 5 oktober 1994, ennå ikke offentliggjort i Samlingen.

hvoretter en annonsør kan forbys å gjøre bruk av en reklamefilm som er særlig rettet mot Norge fra et annet EØS-land.

Den norske regjering

26. Den norske regjering gjør gjeldende at fjernsynsdirektivet bare samordner fjernsynsvirksomhet og ikke dekker forholdet mellom annonsører og mottakerstater. Etter den norske regjeringens oppfatning er tjenesteytelser fra et fjernsynsselskap i visse stater til annonsører, særlig annonsører som er etablert i den stat hvor programmene mottas, ikke samordnet ved fjernsynsdirektivet. Dersom EFTA-domstolen skulle komme til et annet resultat, fastholder den norske regjering at reklamesendinger som er særlig rettet mot seere i en bestemt EØS-stat og omgår nasjonal lov, faller utenfor direktivets rekkevidde. Den omstendighet at fjernsynsdirektivet ikke nevner omgåelse av nasjonale reklameregler betyr ikke at slik omgåelse er beskyttet av direktivet. Den norske regjering viser i den forbindelse til rettspraksis fra EF-domstolen (*Van Binsbergen-saken*³, *Veronica-saken*⁴ og *TV10-saken*), alminnelige rettsgrunnsetninger, en erklæring avgitt av et av Kommissjonens medlemmer i 1990 og hensynet til like konkurransevilkår.

27. Den norske regjering foreslår etter dette at det første spørsmålet fra Markedsrådet bør besvares som følger:

"Rådsdirektiv 89/552/EØF kan ikke tolkes slik at det er til hinder for at mottakerstaten anvender nasjonale bestemmelser hvoretter en annonsør kan forbys å gjøre bruk av en reklamefilm som er særlig rettet mot barn, i sending som er særlig rettet mot Norge fra et annet EØS-land."

Den svenske regjering

28. Den svenske regjering gjør gjeldende at senderstatsprinsippet bare gjelder i tilfeller som uttrykkelig faller innenfor de områder som er samordnet ved fjernsynsdirektivet. Direktivet inneholder ingen bestemmelser vedrørende handelspraksis, noe som også bekreftes i fortalen. Den svenske regjering gjør også gjeldende at selv på områder som er samordnet ved fjernsynsdirektivet, innebærer direktivet ingen begrensninger i mottakerstaters rett til å regulere hvordan foretak som er underlagt deres myndighet markedsfører seg ved hjelp av fjernsynssendinger, så lenge mottakerstaten ikke hindrer mottak og videresending av en fjernsynssending fra en annen medlemsstat ettersom det aktuelle tiltaket er rettet mot annonsøren og ikke fjernsynsselskapet. Hvis senderstatsprinsippet innebærer begrensninger i mottakerstaters rett til å regulere hvordan foretak som er underlagt deres myndighet markedsfører seg ved hjelp av fjernsynssendinger, er den svenske regjering av den oppfatning at et unntak fra dette prinsippet må aksepteres i omgåelsestilfeller.

29. Den svenske regjering foreslår at det første spørsmålet bør besvares på den samme måten som er foreslått av den norske regjering (se avsnitt 27 ovenfor).

³ Sak 33/74 *van Binsbergen v Bestuur van de bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid* [1974] ECR I-299.

⁴ Sak C-148/91 *Vereniging Veronica Omroep Organisatie v Commissariat voor de Media* [1993] ECR I-487.

Den greske regjering

30. Den greske regjering gjør gjeldende at den interne lovgivningen i en medlemsstat kan inneholde forbud og restriksjoner vedrørende reklamer som er direkte rettet mot mindreårige og at en midlertidig avbrytelse i henhold til direktivets artikkel 2 nr 2 a) er tillatt.

EFTAs overvåkningsorgan

31. EFTAs overvåkningsorgan vurderer hvilke områder som er samordnet ved direktivet, og om beskyttelse av barn mot fjernsynsreklame er et slikt område. Det gjør gjeldende at det særlige behovet for beskyttelse av barn mot fjernsynsreklame er et område som er omfattet av direktivet og at senderstatsprinsippet følgelig kommer til anvendelse for såvidt gjelder dette aspektet. Senderstaten er dermed forpliktet etter direktivets artikkel 3 nr 2 til å sikre at direktivets bestemmelser overholdes, og direktivets artikkel 2 nr 2 forbyr mottakerstaten å hindre mottak og videresending av fjernsynssendingen. EFTAs overvåkningsorgan mener imidlertid at fjernsynsdirektivets artikkel 2 nr 2 ikke er til hinder for at en mottakerstat iverksetter tiltak i forbindelse med en reklamesending fra en annen EØS-stat, så lenge tiltaket er rettet mot og bare angår annonsørens virksomhet og følgelig ikke er rettet mot fjernsynsselskapet eller på annen måte er ment å skulle gripe inn i fjernsynssendingen eller videresendingen av denne.

32. Av disse grunner foreslår EFTAs overvåkningsorgan at det første spørsmålet bør besvares som følger:

"Den rettsakten som det er henvist til under punkt 1 i vedlegg X til EØS-avtalen (Rådsdirektiv 89/552/EØF) må tolkes slik at den ikke er til hinder for at en mottakerstat anvender nasjonale bestemmelser hvoretter en annonsør kan forbys å gjøre bruk av, i en fjernsynssending fra en annen EØS-stat og rettet mot den mottakende staten, en reklame som særlig retter seg mot barn, så lenge bestemmelsene ikke anvendes mot fjernsynsselskapet eller på annen måte med det formål å gripe inn i fjernsynssendingen, eller mottakingen eller videresendingen av denne".

Mattel og Lego

33. Mattel og Lego understreker at et mulig forbud mot at de saksøkte benytter de aktuelle reklamene i fjernsynssendinger rettet mot det norske publikum vil få rettslige konsekvenser for TV3. Dette skyldes at TV3 i henhold til norsk lov (markedsføringsloven § 17 første ledd) kan straffes for å sende reklamene etter at Markedsrådet har forbudt Mattel og Lego å gjøre bruk av dem. De saksøkte ber Domstolen ta dette i betraktning når den avgir sin uttalelse, særlig for såvidt gjelder spørsmålet om det er mulig å skille mellom beskyttelsen av fjernsynsselskaper og annonsører. De saksøkte gjør gjeldende at det norske forbudet mot reklame som er særlig rettet mot barn har en videre rekkevidde enn fjernsynsdirektivets artikkel 16. Den norske bestemmelsen går dermed lenger enn det som følger av den artikkelen. De saksøkte understreker også at for å sikre "effet utile" av senderstatsprinsippet, slik dette er nedfelt i direktivets artikkel 2 nr 2, kan forbudet mot å hindre fjernsynssendinger som inneholder slike reklamer ikke tolkes så snevert som at det bare refererer seg til tiltak som fører til midlertidig avbrudd av utsendingen av en fjernsynssending i teknisk forstand.

34. Selv om de saksøkte er prinsipielt enige i at en EØS-stat kan være berettiget til å iverksette tiltak mot personer som ved å påberope seg EØS-retten omgår lovlig nasjonal lovgivning, mener de at spørsmålet om omgåelse er uten relevans i de aktuelle sakene. Fraværet av en bestemmelse i direktivet tilsvarende artikkel 16 i den Europeiske konvensjon om fjernsyn over landegrensene, om omgåelse av nasjonale reklameregler, tyder etter de saksøktes mening på

at direktivet ikke åpner for muligheten for slik beskyttelse. Hvis Domstolen ikke deler dette synet, gjør de saksøkte gjeldende at artikkel 16 i den Europeiske konvensjon om fjernsyn over landegrensene må tillegges betydning ved tolkningen av omgåelsesbegrepet etter EØS-retten. Også i det tilfellet gjøres det imidlertid gjeldende at det ikke foreligger noen omgåelse i de aktuelle sakene, hverken fra annonsørenes eller fjernsynsselskapets side.

35. Av de grunner som er nevnt foreslår Mattel og Lego at Domstolen bør besvare det første spørsmålet som følger:

"Artikkel 2 nr 2 og 16 i direktiv 89/552/EØF tillater ikke at en nasjonal myndighet i en EØS-stat forbyr en næringsdrivende å vise en reklame i en sending fra et fjernsynsselskap som er etablert i en annen EØS-stat hvis dette forbudet direkte eller indirekte er basert på en nasjonal bestemmelse som inneholder et generelt forbud mot reklame som er særlig rettet mot barn."

EF-kommisjonen

36. EF-kommisjonen anfører at fjernsynsdirektivets hovedformål er å lette den frie bevegelse for fjernsynssendinger innen fellesskapet. Dette er grunnen til at det er kjent som "Fjernsyn uten grenser-direktivet". Direktivet forfølger denne målsetningen ved å fastsette minimumskrav som må overholdes av fjernsynsselskaper underlagt en medlemsstats myndighet. Sendinger som er i samsvar med disse kravene, kan sendes til andre medlemsstater. Direktivets artikkel 2 nr 2 pålegger medlemsstatene å sikre fri mottaking og å ikke hindre videresending på sitt territorium av fjernsynssendinger fra andre medlemsstater på grunn av forhold som faller inn under områder som er samordnet ved direktivet. Denne regelen er kjent som senderstatsprinsippet. Det eneste unntaket fra denne regelen følger av artikkel 2 nr 2 annen setning. Medlemsstatene har adgang til, på strenge vilkår, å midlertidig avbryte fjernsynssendinger som åpenbart, vesentlig og alvorlig er i strid med bestemmelser som tar sikte på å beskytte mindreåriges fysiske, mentale eller moralske utvikling (artikkel 22).

37. EF-kommisjonen er av den oppfatning at fjernsynsdirektivets artikkel 16 i prinsippet ikke gir rom for avvikende nasjonale regler. I motsetning til den norske kringkastingsloven § 3-1 annet ledd, innebærer artikkel 16 etter EF-kommisjonens mening ikke noe absolutt forbud mot fjernsynsreklame som er særlig rettet mot barn eller mot reklame i tilknytning til barneprogrammer, men søker å hindre at barn blir utilbørlig påvirket av budskap på fjernsyn. EF-kommisjonen gjør derfor gjeldende at artikkel 16 oppstiller samordnede regler som tar sikte på å beskytte unge barn mot moralsk eller fysisk skade forårsaket av fjernsynsreklame, som i prinsippet ikke gir rom for avvikende nasjonale regler. Den norske bestemmelsen går derfor ut over kravene i direktivets artikkel 16. Når det gjelder spørsmålet om direktivet kan påberopes av annonsører eller bare av fjernsynsselskaper, er EF-kommisjonen av den oppfatning at en slik distinksjon mellom de to kategoriene hverken er relevant eller holdbar, og at følgelig ethvert statlig tiltak som har som sitt formål eller virkning å skape hindringer for fjernsynssendinger fra andre medlemsstater, herunder fjernsynsreklame som er en del av slike sendinger, er i strid med senderstatsprinsippet. Dette ville bare stilt seg annerledes dersom direktivet selv oppstilte unntak. Det er ingen slike unntak her. Siden artikkel 16 samordner lovgivningen om reklame for såvidt gjelder beskyttelse av mindreårige, kan nasjonale regler som ikke er i overensstemmelse med den bestemmelsen ikke lenger anvendes i forhold til fjernsynssendinger fra andre medlemsstater.

38. EF-kommisjonen foreslår et felles svar til alle de tre spørsmålene:

"Artikkel 2 nr 2 og 16 i direktiv 89/552/EØF tillater ikke at det oppstilles forbud hvorefter en næringsdrivende er avskåret fra å vise en reklame som en del av et fjernsynsprogram fra et fjernsynsselskap som er etablert i en annen EØS-stat dersom et

slikt forbud er basert på en nasjonal bestemmelse som inneholder et generelt forbud mot reklameinnslag som er rettet mot barn."

(b) Det andre spørsmålet

39. *Forbrukerombudet, regjeringene i Norge, Sverige og Hellas og EFTAs overvåkningsorgan* besvarer også det andre spørsmålet, vedrørende EØS-avtalen artikkel 36, benektende, mens *Mattel og Lego* foreslår et bekreftende svar. *EF-kommisjonen* er av den oppfatning at artikkel 36 ikke er relevant etter ikrafttreddelsen av fjernsynsdirektivet. Et kort sammendrag av de saksfremstillingene og erklæringene som er mottatt fra partene, institusjonene og regjeringene på dette punkt er inntatt i avsnitt 40-51 nedenfor.

Forbrukerombudet

40. Forbrukerombudet viser til rettspraksis fra EF-domstolen og understreker at medlemsstatene på ikke samordnede områder står fritt til å innføre eller beholde bestemmelser som er i strid med prinsippet om fri bevegelse av tjenesteytelser forutsatt at de kan rettferdiggjøres av hensynet til almene interesser, at de er ikke-diskriminerende og at de er forholdsmessige i forhold til den tilsiktede hensikten. Forbrukerombudet er av den oppfatning at dommen i *Keck-saken*⁵ også er viktig ved vurderingen av hva som utgjør en restriksjon i tilknytning til fri bevegelse av tjenester. Dersom EFTA-domstolen skulle komme til at det norske forbudet er en restriksjon på friheten til å yte tjenester, gjør Forbrukerombudet gjeldende at forbudet er rettferdiggjort av almene hensyn og at det er ikke-diskriminerende og forholdsmessig.

41. Forbrukerombudet gjør følgelig gjeldende at EFTA-domstolen bør fastslå at EØS-avtalen artikkel 36 om frihet til å yte tjenester ikke er til hinder for at en mottakerstat anvender nasjonale bestemmelser hvoretter en annonsør kan forbys å benytte en fjernsynsreklame som er særlig rettet mot barn i en sending som er særlig rettet mot Norge fra en annen EØS-stat.

Den norske regjering

42. Den norske regjering legger særlig vekt på forbrukervern som et alment hensyn og anfører at beskyttelse av barn mot fjernsynsreklame utvilsomt er basert på slike almene hensyn som er beskyttet under den eksisterende fellesskapsretten.

43. Den norske regjering foreslår at svaret på det andre av Markedsrådets spørsmål bør være:

"EØS-avtalen artikkel 36 om frihet til å yte tjenester må tolkes slik at den tillater mottakerstaten å anvende nasjonale bestemmelser hvoretter en annonsør kan forbys å benytte en reklame som er særlig rettet mot barn i en fjernsynssending som er særlig rettet mot Norge fra en annen EØS-stat."

Den svenske regjering

44. Den svenske regjering viser til *Debauve-saken*⁶ og hevder at rettspraksis fra EF-domstolen inneholder klare holdepunkter for at en analogisk anvendelse av bestemmelsene om fri bevegelse for varer (EF-traktaten artikkel 30-36) er mulig, idet almene hensyn tas i

⁵ Forente saker C-267/91 og 268/91 *Keck og Mithouard* [1993] ECR I-6097.

⁶ Sak 52/79 *Procureur du Roi v Debauve* [1980] ECR 833.

betraktning. Den anfører også at det omstridte tiltaket er rettet mot annonsøren og bare innebærer at han er forhindret fra å benytte den aktuelle reklamen i fremtiden, og at det følgelig ikke kan sies at et inngrep av denne art skaper hindringer for den fri bevegelse av tjenester ettersom hverken selve sendingen eller fjernsynsselskapets mulighet for å tilby reklametid hindres.

45. Den svenske regjering foreslår etter dette at det andre spørsmålet bør besvares som følger:

"EØS-avtalen artikkel 36 om frihet til å yte tjenester kan ikke tolkes slik at den er til hinder for at mottakerstaten anvender nasjonale bestemmelser hvoretter en annonsør kan forbys å gjøre bruk av en fjernsynsreklame som er særlig rettet mot barn, i en sending som er særlig rettet mot Norge fra en annen EØS-stat."

Den greske regjering

46. Den greske regjering understreker også, med henvisning til rettspraksis fra EF-domstolen, at forbrukervern og i særdeleshet beskyttelse av mindreårige er slike almene hensyn som legitimt kan begrunne begrensninger i friheten til å yte tjenester.

EFTAs overvåkningsorgan

47. EFTAs overvåkningsorgan understreker også at EF-domstolen ved tolkningen av EF-traktaten artikkel 59 (som innholdsmessig er identisk med EØS-avtalen artikkel 36), konsekvent har anerkjent medlemsstatenes rett til under visse forutsetninger å oppstille begrensninger i friheten til å yte tjenester ut fra almene hensyn, herunder forbrukervern. Ifølge Overvåkningsorganet er formålet med de aktuelle nasjonale bestemmelsene å sikre sunne forretningsmetoder og, i særdeleshet, å oppstille en tilfredsstillende beskyttelse av barn som forbrukere. Overvåkningsorganet erkjenner at fjernsynsdirektivet inneholder regler som tar sikte på å beskytte barn mot fjernsynsreklame. Disse reglene kan imidlertid, ifølge Overvåkningsorganet, ikke anses å låse det beskyttelsesnivået som en stat må være berettiget til å ta sikte på. I lys av dette mener Overvåkningsorganet at det må være tillatt, og betraktes som et legitimt politisk valg ut fra almene hensyn, for Norge å fastsette det beskyttelsesnivået for barn som må respekteres av annonsører underlagt norsk myndighet, og å fastsette og anvende slike nasjonale regler som anses nødvendige for å sikre gjennomføringen av den valgte politikk.

48. EFTAs overvåkningsorgan foreslår at EFTA-domstolen besvarer det andre og tredje spørsmålet på samme måte:

"EØS-avtalen artikkel 11 og 36 må tolkes slik at de ikke er til hinder for at en EFTA-stat anvender nasjonale bestemmelser hvoretter en annonsør kan forbys å gjøre bruk av en fjernsynsreklame som er særlig rettet mot barn, selv om reklamen sendes fra en annen EØS-stat, forutsatt at forbudet gjelder for alle annonsører uten hensyn til deres nasjonalitet eller etableringssted."

Mattel og Lego

49. Mattel og Lego viser til *Säger-saken*⁷ og saken *Kommisjonen v Nederland*⁸, og peker på at restriksjoner på reklame kan være i strid med EØS-avtalen artikkel 36 selv om det ikke skjer noen forskjellsbehandling av nasjonale og utenlandske tjenesteytere. De saksøkte understreker at fjernsynsreklame omfatter ulike tjenester på forskjellige nivåer. Det norske forbudet vil begrense

⁷ Sak C-76/90 *Säger v Dennemeyer* [1991] ECR I-4221, avsnitt 12.

⁸ Sak C-353/89 *Kommisjonen v Nederland* [1991] ECR I-4069, avsnitt 17.

de muligheter et fjernsynsselskap har til å tilby reklametjenester til annonsører. De saksøkte er enige i at forbrukervern er et alment hensyn som kan rettferdiggjøre restriksjoner på reklame. Siden fjernsynsdirektivet inneholder minstekrav til reklame rettet mot barn og siden så strenge regler som de norske er uhørte i de fleste andre EØS-stater, kan imidlertid de norske begrensningene på mulighetene for å utøve grenseoverskridende fjernsynssendinger av reklame ikke anses nødvendig for å beskytte barn som fjernsynspublikum. De saksøkte gjør derfor gjeldende at anvendelsen av det norske forbudet slik det er forutsatt av norske myndigheter, ikke er forholdsmessig i forhold til de almene hensyn som ønskes ivaretatt. Ifølge de saksøkte er det derfor i strid med EØS-avtalen artikkel 36 å anvende den norske markedsføringsloven på annonsører, selv om annonsørene selv ikke anses beskyttet av direktivet. Spørsmålet om omgåelse er, etter de saksøktes oppfatning, heller ikke relevant i denne sammenhengen.

50. De saksøkte foreslår følgelig at Domstolen besvarer det andre spørsmålet som følger:

"EØS-avtalen artikkel 36 tillater ikke at en nasjonal myndighet i en EØS-stat forbyr en næringsdrivende å vise en reklame i en sending fra et fjernsynsselskap som er etablert i en annen EØS-stat, såfremt en slik beslutning direkte eller indirekte er basert på en nasjonal bestemmelse som inneholder et generelt forbud mot reklameinnslag som særlig retter seg mot barn."

EF-kommisjonen

51. Siden EF-kommisjonen er av den oppfatning at dens konklusjon vedrørende tolkningen av fjernsynsdirektivet er tilstrekkelig til at Domstolen kan avgi sin rådgivende uttalelse, behandler den bare anvendelsen av EØS-avtalen artikkel 11 og 36 "for helhetens skyld". I forbindelse med EØS-avtalen artikkel 36 peker EF-kommisjonen på at restriksjoner på fjernsynssendinger fra andre medlemsstater etter ikrafttreddelsen av fjernsynsdirektivet må bedømmes utelukkende etter direktivet, som er *lex specialis* i forhold til EØS-avtalen artikkel 36.

(c) Det tredje spørsmålet

52. *Forbrukerombudet, regjeringene i Norge og Sverige samt EFTAs overvåkningsorgan* besvarer alle det tredje spørsmålet bekreftende, mens *Mattel og Lego* på den annen side foreslår et benektende svar. *EF-kommisjonen* hevder igjen at restriksjoner på fjernsynssendinger fra andre medlemsstater må bedømmes utelukkende etter direktivet. Et kort sammendrag av de saksfremstillinger og erklæringer som er mottatt fra partene, institusjonene og regjeringene på dette punkt er inntatt i avsnitt 53-66 nedenfor.

Forbrukerombudet

53. Forbrukerombudet viser til *Keck*-dommen samt til *Hünermund*-saken⁹ og *Leclerc-Siplec* saken¹⁰, og gjør gjeldende at kravet i markedsføringsloven § 1, jf kringkastingsloven § 3-1 annet ledd, om at et reklameinnslag ikke må være særlig rettet mot barn, må anses som et "selling arrangement" i *Keck*-dommens forstand. Etter Forbrukerombudets oppfatning innebærer forbudet ikke et generelt forbud mot markedsføring av bestemte produkter, men innebærer krav til måten markedsføringen foregår på. Leker kan markedsføres, men annonsøren må utforme reklamen slik at den ikke har en særlig appell til barn. Dersom EFTA-domstolen skulle komme til at de norske

⁹ Sak C-292/92 *Hünermund* [1993] ECR I-6787.

¹⁰ Sak C-412/93 *Leclerc-Siplec v TF1 Publicité og M6 Publicité*, dom 9 februar 1995, ennå ikke offentliggjort i Samlingen.

bestemmelsene utgjør en kvantitativ importrestriksjon, gjør Forbrukerombudet gjeldende at forbudet er rettfærdiggjort ut fra almene hensyn, at det er ikke-diskriminerende og forholdsmessig.

54. Forbrukerombudet gjør følgelig gjeldende at EFTA-domstolen bør fastslå at anvendelsen av markedsføringsloven § 1, jf kringkastingsloven § 3-1 annet ledd, er i samsvar med EØS-avtalen artikkel 11 og 13 vedrørende kvantitative importrestriksjoner.

Den norske regjering

55. Ifølge den norske regjering innebærer den aktuelle norske lovgivningen et forbud mot visse markedsføringsmetoder, dvs fjernsynsreklame rettet mot barn. Det kommer til anvendelse for alle handlende i Norge, uavhengig av opprinnelsen til det annonserte produktet. Slike bestemmelser faller utenfor anvendelsesområdet for EØS-avtalen artikkel 11. Den norske regjering viser i denne sammenheng til *Keck*-saken, *Hünermund*-saken og *Leclerc-Siplec* saken.

56. Den norske regjering foreslår derfor følgende svar:

"Nasjonal lovgivning som forbyr en bestemt markedsføringsmetode, herunder fjernsynsreklame rettet mot barn, faller utenfor anvendelsesområdet for EØS-avtalen artikkel 11, selv om den kan begrense volumet av salg fra andre EØS-stater."

Den svenske regjering

57. Ifølge den svenske regjering er formålet med det norske forbudet mot reklame rettet mot barn, ikke å regulere handelen mellom medlemsstater. Siden forbudet bare berører fjernsynsreklame som særlig er rettet mot barn, innebærer det ingen begrensning av adgangen til å markedsføre visse produkter og heller ingen krav som må være oppfylt av slike produkter. Videre kan det, ifølge den svenske regjering, ikke legges til grunn at forbudet er egnet til å skape hindringer i form av økede omkostninger. I tillegg gjelder forbudet for alle handlende innen det nasjonale territoriet og berører på samme måte, faktisk og rettslig, markedsføringen av nasjonale produkter og produkter fra andre medlemsstater. Etersom disse vilkårene ifølge den svenske regjering er oppfylt, er ikke forbudet av en slik art at det hindrer markedsadgang for utenlandske produkter eller vanskeliggjør deres adgang i større grad enn det vanskeliggjør adgangen for nasjonale produkter. Basert på rettspraksis etter *Keck*-dommen faller anvendelsen av forbudet utenfor anvendelsesområdet for EØS-avtalen artikkel 11. Dersom forbudet blir ansett å falle innenfor anvendelsesområdet for EØS-avtalen artikkel 11, må anvendelsen anses rettfærdiggjort av de grunner som er omhandlet i EØS-avtalen artikkel 13.

58. I lys av disse betraktningene foreslår den svenske regjering at det tredje spørsmålet bør besvares som følger:

"Anvendelsen av markedsføringsloven § 1, jf kringkastingsloven § 3-1 annet ledd, er i samsvar med EØS-avtalen artikkel 11 og 13 vedrørende kvantitative importrestriksjoner."

EFTAs overvåkningsorgan

59. EFTAs overvåkningsorgan viser også til EF-domstolens begrunnelse i *Keck*-saken, *Hünermund*-saken og *Leclerc-Siplec* saken, og gjør gjeldende at det forbudet som det er spørsmål om i de foreliggende sakene refererer seg til et "selling arrangement" i *Keck*-dommens forstand. Forbudet faller dermed utenfor anvendelsesområdet for EØS-avtalen artikkel 11, forutsatt at det gjelder for alle handlende som opererer i Norge og at det påvirker på samme måte, faktisk og rettslig, markedsføringen av norske produkter og produkter fra andre EØS-stater. Etter Overvåkningsorganets oppfatning er begge disse vilkårene oppfylt, og forbudet faller følgelig

utenfor anvendelsesområdet for EØS-avtalen artikkel 11. Overvåkningsorganet finner det da unødvendig å vurdere forholdet i relasjon til EØS-avtalen artikkel 13. EFTAs overvåkningsorgan foreslår ett felles svar til spørsmål to og tre (se avsnitt 48 ovenfor).

Mattel og Lego

60. Med henvisning til nyere rettspraksis fra EF-domstolen (*Keck*-saken, *Hünermund*-saken og *Leclerc-Siplec* saken, herunder generaladvokatens uttalelse i den sistnevnte sak) peker de saksøkte på at restriksjonene på reklame i de aktuelle sakene er mer vidtgående enn de restriksjonene EF-domstolen hadde å gjøre med i *Hünermund*-saken og *Leclerc-Siplec* saken, som begge gjaldt distributørers reklameaktivitet. EF-domstolen uttalte seg ikke om mer generelle restriksjoner på reklame, der hverken produsenter, importører, distributører eller andre lovlig kan annonsere sine varer eller tjenester på fjernsyn. Ifølge de saksøkte er fjernsynsreklame den viktigste metoden å kommunisere med barn som forbrukere på. Reklame i aviser og magasiner, på reklameboards, i radio osv er i praksis ikke noe alternativ for næringsdrivende som ønsker å reklamere overfor barn. Mattel og Lego gjør derfor gjeldende at forbudet har ekskluderende virkninger som er uforenlige med EØS-avtalen artikkel 11, og at disse ekskluderende virkninger i praksis også kan påvirke omsetningen av produkter fra andre EØS-stater annerledes enn norske produkter.

61. På denne bakgrunn foreslår de saksøkte at det tredje spørsmålet blir besvart som følger:

"Et forbud etter nasjonal rett mot reklameinnslag som særlig retter seg mot barn, som kommer til anvendelse på reklameinnslag som er bestilt av næringsdrivende i andre EØS-stater i fjernsynssendinger fra andre EØS-stater, utgjør et tiltak med tilsvarende virkning som en kvantitativ importrestriksjon i den betydningen det har i EØS-avtalen artikkel 11."

EF-kommisjonen

62. Som tidligere omtalt er EF-kommisjonen av den oppfatning at dens konklusjon vedrørende tolkningen av fjernsynsdirektivet er tilstrekkelig til at Domstolen kan avgi sin rådgivende uttalelse, og behandler derfor bare EØS-avtalen artikkel 11 "for helhetens skyld".

63. EF-kommisjonen reiser først spørsmålet om ikke et så generelt forbud mot fjernsynsreklame må betraktes som en uberettiget restriksjon på andre tjenesteytelser, f eks tjenester som ytes av fjernsynsselskaper til annonsører eller av reklamebyråer til annonsører. Den noterer at EF-domstolen konsekvent har vurdert nasjonale regler som begrenser reklame i forhold til reglene om varers frie bevegelse og ikke i forhold til EF-traktaten artikkel 59. Bare EØS-avtalen artikkel 11 kan dermed være relevant. EF-kommisjonen retter deretter oppmerksomheten mot nyere rettspraksis fra EF-domstolen vedrørende reklame, i første rekke konsekvensene av *Keck*-dommen. Uttrykket "selling arrangements", som er benyttet i den dommen, bør forstås som et felles uttrykk for nasjonale regler som definerer hvem som kan selge hvilke varer på hvilket tidspunkt og på hvilken måte. I *Leclerc-Siplec* saken fastslo EF-domstolen at en bestemmelse som den franske, som forbød distribusjonssektoren å reklamere på fjernsyn, gjelder "selling arrangements" ettersom den er til hinder for en bestemt form for markedsføring (fjernsynsreklame) av en bestemt måte å avsette produkter på (distribusjon). I lys av denne entydige ordlyden er det etter EF-kommisjonens syn vanskelig å se hvorfor den norske bestemmelsen som forbyr markedsføring rettet mot barn bør behandles annerledes.

64. Et annet syn kan imidlertid etter EF-kommisjonens syn forsvares dersom det kan påvises at den aktuelle bestemmelsen påvirker utenlandske produsenters muligheter for å oppnå

markedsadgang. Et generelt forbud mot fjernsynsreklame kan være vanskelig å karakterisere som et "selling arrangement" hvis det påvirker markedsadgangen og reduserer det totale salgsvolumet for de aktuelle produktene. Dette ville være situasjonen dersom det kan påvises at fjernsynsreklame er den eneste effektive måten å markedsføre et produkt på, som ikke kan erstattes av andre markedsføringstiltak uten at det reduserer salgsvolumet. Dette kan være tilfelle for reklame rettet mot barn, ettersom det er rimelig å anta at barn konsumerer fjernsynsprogrammer i større utstrekning enn trykksaker.

65. Hvis det like fullt antas at den aktuelle norske bestemmelsen utgjør et "selling arrangement", er det nødvendig å undersøke nærmere om de to tilleggsbetingelsene som er oppstilt i Keck er oppfylt. Ifølge EF-kommisjonen kan et forbud mot fjernsynsreklame ha som virkning at nasjonale produsenter beskyttes, hvilket kan resultere i at markedsføringen av utenlandske produkter rettslig, men ikke faktisk, påvirkes på samme måte som markedsføringen av nasjonalt produserte produkter.

66. EF-kommisjonen finner det ikke mulig på grunnlag av den foreliggende informasjon å anvende de kriteriene som er oppstilt i Keck og senere rettspraksis på den foreliggende saken.

(sign)
Sven Norberg
saksforberedende dommer

